
Datum: 23.09.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 2/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0923.8U2.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 2 O 394/00

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 10.12.2009 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 2 O 394/00 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird der Beklagte verurteilt, an den Kläger 255.645,94 € nebst 4 % Zinsen seit dem 11.10.2000 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung des Klägers sowie die Berufung des Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 24 % und der Beklagte zu 76 %. Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen der Kläger zu 80 % und der Beklagte zu 20 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die jeweils gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 01.01.1999 (Az.: 73 N 338/98 und 339/98) zum Konkursverwalter über das Vermögen der T. AG & Co. KG bestellt. Er begehrt von dem Beklagten Ersatz des Schadens, welcher der Gemeinschuldnerin durch die Verschmelzung mit der überschuldeten U. Datentechnik GmbH entstanden sein soll und den er auf mindestens 7,3 Mio. DM beziffert.

Die T. AG & Co. KG wurde am 29.10.1996 gegründet. Gründungsgesellschafter waren die T. Verwaltungs AG, vertreten durch ihre Vorstände, die Herren L. und M., die Kommanditisten U. Datentechnik GmbH und U. Computer D. GmbH, beide ebenfalls vertreten durch die Herren L. und M., sowie vier weitere Kommanditisten.

Der Beklagte war von der U. Datentechnik GmbH als Wirtschaftsprüfer beauftragt und testierte in dieser Eigenschaft den Jahresabschluss zum 31.12.1996, der ein bilanzielles Eigenkapital von 666.000,- DM auswies.

Am 13.05.1997 schloss der Beklagte mit der T. AG & Co. KG einen Vertrag betreffend die Beratung in sämtlichen Angelegenheiten der Betriebswirtschaft, Wirtschaftsberatung, Finanzberatung und des Steuerrechts für die Zeit vom 01.01.1997 bis zum 31.12.1998. Außerdem war er stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der T. Verwaltungsgesellschaft AG. In beiden Funktionen sprach sich der Beklagte für eine Fusion der T. AG & Co. KG mit der U. Datentechnik GmbH aus. Der Verschmelzungsbericht stammte ebenfalls vom Beklagten.

Am 18.08.1997 beschloss eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der T. AG & Co. KG, diese mit der U. Datentechnik GmbH zu verschmelzen. Auch bei dieser Gelegenheit vertrat der Beklagte den Standpunkt, dass es sich um eine sinnvolle Maßnahme handele, insbesondere weil die U. Datentechnik GmbH wirtschaftlich gesund sei. Laut Satzung der Gemeinschuldnerin waren für die Verschmelzung 75 % der Stimmen erforderlich; die Gesellschafter U. und M. erreichten zusammen dieses Quorum nicht. Mit Vertrag vom gleichen Tag wurde die U. Datentechnik GmbH auf die T. AG & Co. KG verschmolzen.

Eine Sonderprüfung bei der T. AG & Co. KG durch die Firma Q. Beratung GmbH vom 21.07.1998 ergab, dass in den Jahresabschluss 1996 der U. Datentechnik GmbH Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von mindestens 6.672.000,- DM nicht eingestellt worden waren. In Höhe weiterer 1.305.000,- DM wurden in den Jahresabschluss zu hohe Forderungen eingestellt. Unter Berücksichtigung dessen belief sich das bilanzielle Eigenkapital nach Beurteilung des Sonderprüfers auf - 7.311.000,- DM. Ferner wurde festgestellt, dass für Regressansprüche der E. AG sonstige Verbindlichkeiten hätten eingestellt werden müssen, was nicht der Fall war.

Die T. AG & Co. KG hatte Ende 1996 / Anfang 1997 vom Land Nordrhein-Westfalen im Rahmen des Projekts „Kommunikations-Offensive NRW“ verlorene Zuschüsse in Höhe von 3.231.173,- und 12.027.857,- DM erhalten. Außerdem gewährten ihr die Kreissparkassen N. und I. einen Kredit über 20 Mio. DM, für den sich das Land Nordrhein-Westfalen zu 80 % rückverbürgte.

Infolge der Verschmelzung mit der U. Datentechnik GmbH geriet die T. AG & Co. KG in wirtschaftliche Schwierigkeiten, was dazu führte, dass die aus den Zuschüssen und Krediten zugeflossenen Mittel zur Tilgung von Altverbindlichkeiten der U. Datentechnik GmbH verwendet wurden und nicht mehr für den eigentlichen Förderungszweck zur Verfügung standen. Die Bezirksregierung N. widerrief die Mittelzuweisung mit Bescheid vom 08.09.1998 und forderte bereits ausgezahlte Mittel in Höhe von 5.500.000,-- DM zurück. Bedingt hierdurch musste die T. AG & Co. KG am 11.10.1998 Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen. 10

Der Kläger hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, dass der Beklagte bei der Prüfung des Jahresabschlusses 1996 der U. Datentechnik GmbH seine Pflichten als Wirtschaftsprüfer verletzt habe, indem er einen Jahresabschluss testiert habe, der nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung entsprochen habe. Die in dem Sonderprüfungsbericht der Firma Q. Beratung GmbH vom 21.07.1998 niedergelegten Feststellungen seien sämtlich zutreffend. Der Beklagte habe keine den üblichen Gepflogenheiten und Standards entsprechende Jahresabschlussprüfung vorgenommen. Bereits stichprobenartige Überprüfungen hätten ihn auf den Umfang der Bilanzfälschungen gestoßen. Solch evidente Hinweise auf strafrechtlich relevantes Verhalten hätte der Beklagte auch nicht ignorieren dürfen. So sei die Verdreifachung des Forderungsbestandes gegenüber dem Jahresende 1995 auffällig gewesen, obwohl die Umsätze der U. Datentechnik zurückgegangen seien. Ebenfalls evident sei die Unrichtigkeit des bilanzierten Forderungsbestandes von 1,8 Mio. DM angesichts des an die E. AG im Rahmen eines Factoringvertrages verkauften Forderungsbestandes von 3,9 Mio. DM. Erst recht unstimmt seien die Zahlen, wenn die Summe der Forderungen Ende 1996 mit denen des Jahres 1995 verglichen werde. All dies hätte einem sorgfältigen Wirtschaftsprüfer Anlass zu weiteren Nachfragen und Prüfungen geben müssen. Der vom Beklagten testierte Jahresabschluss 1996 der U. Datentechnik habe in zahlreichen Punkten gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung verstoßen, weswegen kein uneingeschränktes Testat hätte erteilt werden dürfen. Es sei pflichtwidrig unterlassen worden, Rückstellungen für rechtshängige Rechtsstreitigkeiten zu bilden. Hätte der Beklagte sich insoweit erkundigt, wäre er über zwei rechtshängige Prozesse informiert worden, die - unstreitig - Anfang 1997 verloren gingen, wobei die Summe der zu Lasten der Gemeinschuldnerin titulierten Hauptforderungen rund 900.000,- DM ausmache. Insgesamt seien Rückstellungen und Rechnungsabgrenzungsposten pflichtwidrig nicht gebildet worden, welche sich in der Summe auf 1.585.000,-- DM und damit fast dem Dreifachen des zum 31.12.1996 ausgewiesenen Eigenkapitals beliefen. Bei ordnungsgemäßer Bilanzierung wäre die U. Datentechnik GmbH spätestens zu diesem Zeitpunkt wegen Überschuldung konkursantragspflichtig gewesen. Überdies habe der Beklagte seine Pflichten zur gewissenhaften Prüfung gem. § 323 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht erfüllt, indem er jedenfalls Saldenbestätigungen pflichtwidrig nicht eingeholt habe. Besonders auffällig sei weiterhin eine Forderung von 740.659,22 DM gegenüber der T. AG & Co. KG, die aufgrund der Geschäftsstruktur innerhalb der U.-Gruppe absolut untypisch gewesen sei. Auch habe der Beklagte seine Pflicht zur unparteiischen Prüfung nach § 323 Abs. 1 S. 1 HGB verletzt, da er aufgrund des Beratervertrages und der Innehabung von Organstellungen mit der U.-Gruppe verbunden gewesen sei. Insofern stehe ihr ein eigener Anspruch aus § 323 Abs. 1 S. 3 HGB zu, weil sie infolge der Verschmelzung Gesamtrechtsnachfolgerin der U. Datentechnik GmbH geworden sei. Außerdem habe sie einen Anspruch aus § 323 HGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, weil für den Beklagten erkennbar gewesen sei, dass der Jahresabschluss Grundlage der Verschmelzung sein sollte. Auch stehe der Gemeinschuldnerin ein Anspruch aus pVV des Beratervertrages zu. Ferner lägen die Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 263 StGB und 826 BGB vor. Der Beklagte hätte bei ordnungsgemäßer Erfüllung seiner Pflichten aus dem Beratervertrag in der 11

Gesellschafterversammlung vom 18.08.1997 von der Verschmelzung abraten müssen. Bei entsprechender Beratung wäre es nicht zu dem für die Verschmelzung notwendigen Gesellschafterbeschluss gekommen. Dem Beklagten seien die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der U. Datentechnik GmbH bekannt gewesen. Noch am 08.08.1997 habe sich der Vorsitzende des Aufsichtsrates der T. AG & Co. KG bei dem Beklagten über die Bewertung der U. Datentechnik GmbH beschwert, diese sei ein „Witz“. Im Übrigen sei der Beklagte auch Mitglied des Beirats der Gemeinschuldnerin gewesen; dort hätte er gleichfalls von der Verschmelzung abraten müssen. Insgesamt sei der Gemeinschuldnerin ein Schaden in Höhe von mind. 7,3 Mio. DM entstanden, indem sie in dieser Höhe Schulden der U. Datentechnik GmbH übernommen habe. Ein Mitverschulden der Organe der Gemeinschuldnerin sei nicht zu berücksichtigen, da der Beklagte seinerseits vorsätzlich gehandelt habe. Auf Seiten der Gemeinschuldnerin sei dagegen nicht vorsätzlich gehandelt worden.

Der Kläger hat in erster Instanz die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 1.278.229,70 € an ihn nebst 4 % Zinsen seit dem 11.10.2000 beantragt. Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt und widerklagend beantragt, festzustellen, dass dem Kläger auch der weiter geltend gemachte Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten in Höhe von 4,5 Mio. DM wegen behaupteter Beteiligung des Beklagten an unrichtiger Bilanzierung der Firma U. Datentechnik GmbH für das Geschäftsjahr 1996 nicht zustehe. In der mündlichen Verhandlung vom 08.10.2009 hat der Beklagte die Widerklage zurückgenommen (Bl.1031 GA). 12

Der Beklagte hat in erster Instanz die Unzulässigkeit der erhobenen Teilklage gerügt und im Übrigen behauptet, von den Bilanzmanipulationen keine Kenntnis gehabt zu haben. Im Rahmen der Abschlussprüfung hätten die Manipulationen nicht auffallen müssen. Die Abschlussprüfung habe er gewissenhaft und fachgerecht in Anlehnung an die Prüfungsstandards des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW-Fachgutachten 1/1988) und gemäß WP-Handbuch 1996 (Tz P 419) vorgenommen. Die vom Kläger geforderten Prüfungshandlungen seien erst in dem seinerzeit noch nicht geltenden Prüfungsstandard IDW PS 300 enthalten gewesen. Die stichprobenhafte Prüfung von Debitoren und Kreditoren habe keinen Anlass zu Beanstandungen gegeben. Die Einholung von Saldenbestätigungen habe nicht den Standards entsprochen. Die vom Kläger angeführten evidenten Ungereimtheiten seien entweder unwesentlich oder aber plausibel erklärbar. Wegen der vom Kläger angeführten Prozesse hätten keine Rückstellungen gebildet und auch keine Saldenbestätigungen eingeholt werden müssen. Im Rahmen des Beratervertrages mit der Gemeinschuldnerin habe ihn nicht die Verpflichtung zur Prüfung getroffen. Sein Testat und seine Beratung seien zudem nicht für den Verschmelzungsbeschluss kausal geworden. Die „Fremdkommanditisten“ hätten den Herren U. und M. voll vertraut bzw. seien von ihnen abhängig gewesen. Ihre Zustimmung zur Fusion habe allein darauf beruht, dass Herr M. als Finanzvorstand erklärt habe, die U. Datentechnik GmbH sei profitabel. Außerdem hätten die Fremdkommanditisten in der Erwartung gehandelt, durch ihre Beteiligung an der T. AG & Co. KG ihre eigenen Software-Produkte besser vermarkten zu können. Auch habe man sich nicht auf den Jahresabschluss 1996 verlassen, sondern auf den seitens der F. GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ermittelten Unternehmenswert von 730.000,- DM. Schließlich müsse sich der Kläger ein Mitverschulden der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin zurechnen lassen, welche die Manipulationen veranlasst bzw. vorgenommen hätten. 13

Das Landgericht hat durch Einholung von Gutachten der Sachverständigen S. sowie der Wirtschaftsprüferkammer C. Beweis erhoben über die ordnungsgemäße Erstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.1996 sowie die Frage, inwieweit Bilanzfälschungen dem 14

Beklagten hätten auffallen müssen und ob es sich bei den etwaigen Pflichtverstößen des Beklagten um solche gegen elementare Berufspflichten eines Wirtschaftsprüfers handele.

Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Sachverständigen S. vom 24.05.2007, dessen ergänzende Stellungnahme vom 04.09.2007, das Sitzungsprotokoll vom 28.02.2008, das Gutachten der Wirtschaftsprüferkammer C. vom 21.10.2008 sowie die ergänzende Stellungnahme hierzu vom 18.05.2009 verwiesen. 15

Die 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln hat der Klage mit dem von beiden Seiten angefochtenen Urteil vom 10.12.2009 in Höhe von 226.890,11 € stattgegeben und im Übrigen abgewiesen. Das Landgericht hat zur Begründung ausgeführt, dass die erhobene Teilklage zulässig sei. Der Kläger mache lediglich einen Teilbetrag aus der Gesamtsumme des seiner Ansicht nach durch das Fehlverhalten des Beklagten verursachten Schadens geltend, nicht etwa aus mehreren selbständigen Ansprüchen. Eine solche Vorgehensweise sei unproblematisch zulässig. Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Schadensersatz folge aus § 323 Abs. 1 S. 3 HGB in der Fassung vom 19.12.1985 in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Die T. AG & Co. KG sei in den Schutzbereich des zwischen dem Beklagten und der U. Datentechnik geschlossenen Vertrages über die Prüfung des Jahresabschlusses 1996 einbezogen. Es unterliege keinem Zweifel, dass die U. Datentechnik GmbH den von dem Beklagten geprüften Jahresabschluss 1996 gegenüber der T. AG & Co. KG gebrauchen wollte, um auf dieser Grundlage über eine Verschmelzung zu verhandeln. Dies sei dem Beklagten auch bekannt gewesen. Der Beklagte habe die ihm obliegende Pflicht zur gewissenhaften Prüfung (§ 323 Abs. 1 Satz 1 HGB a.F.) verletzt, indem er den fehlerhaften Jahresabschluss 1996 der U. Datentechnik GmbH uneingeschränkt testiert habe. So habe er anhand der im Jahresabschluss ausgewiesenen Anwaltsgebühren und Rechts- und Beratungskosten sowie der Gerichtskosten erkennen können, dass die Gesellschaft Aktiv- und/oder Passivprozesse führte. Dies habe für ihn Anlass sein müssen, Rechtsanwaltsbestätigungen über schwebende Prozesse einzuholen. Weiterhin liege eine Pflichtverletzung des Beklagten darin, dass er keine Saldenbestätigungen eingeholt habe. Der Beklagte sei schon deswegen gehalten gewesen, Saldenbestätigungen insbesondere zu den Kreditoren einzuholen, weil die Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen 3.026.000 DM oder rund 32,6 % der Bilanzsumme betrugen und deswegen sowohl absolut als auch relativ von Bedeutung gewesen seien. Die vom Beklagten vorgenommenen Nachweisprüfungen seien nicht ausreichend gewesen; insbesondere habe eine Prüfung des internen Kontrollsystems gefehlt. Die dritte Pflichtverletzung liege darin, dass der Beklagte eine angebliche Forderung der U. Datentechnik GmbH gegen die Gemeinschuldnerin in Höhe von rund 790.000 DM nicht näher geprüft habe. Anlass dazu habe bestanden, weil die Forderung sehr hoch war, sich die Parteien nahe standen und die Forderung nahe am Bilanzstichtag entstanden sein sollte, nämlich am 23.12.1996. Der Beklagte habe deshalb Nachweis- und Werthaltigkeitsprüfungshandlungen vornehmen müssen. Dem Beklagten sei eine Reihe von Verstößen gegen elementare, bereits damals gültige Berufspflichten vorzuwerfen. Die Planung und Durchführung der Jahresabschlussprüfung sei nicht dem risikoorientierten Prüfungsansatz gefolgt und habe eine Prüfung des internen Kontrollsystems vermissen lassen. Die Einwendungen des Beklagten seien insgesamt nicht geeignet, die Überzeugungskraft des Gutachtens der Wirtschaftsprüferkammer C. in Frage zu stellen. Die Pflichtverletzungen des Beklagten seien auch ursächlich für den der Gemeinschuldnerin entstandenen Schaden geworden. Die Vorstandsmitglieder der T. Verwaltungs AG, der Herren M. und U., hätten alleine nicht über das erforderliche Quorum von 75 % verfügt. Hinsichtlich der Fremdkommanditisten komme die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zum Tragen. Nach Ansicht der Kammer seien auch die Fremdkommanditisten in 16

den Schutzbereich des zwischen der U. Datentechnik GmbH und dem Beklagten geschlossenen Vertrages über die Prüfung des Jahresabschlusses 1996 einbezogen. Es erscheine nicht plausibel, dass sich diese Investoren an der T. AG und Co. KG beteiligt hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass die zu übernehmende U. Datentechnik GmbH, die das operative Geschäft bislang betrieben hatte, überschuldet und damit insolvenzantragspflichtig war. Der Beklagte habe die festgestellten Pflichtverletzungen auch schuldhaft begangen. Allerdings könne nicht von einer vorsätzlichen Begehungsweise ausgegangen werden. Im vorliegenden Fall wäre der Vorwurf vorsätzlichen Handelns gleichbedeutend damit, dass der Beklagte mit den Vorstandsmitgliedern M. und U. kollusiv zusammengewirkt hätte, denn letztere hätten Kenntnis von den Bilanzmanipulationen bei der U. Datentechnik GmbH gehabt. Hierfür biete der Sachverhalt indes keine genügenden Anhaltspunkte. Die Haftung des Beklagten sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich der Kläger das Verhalten bzw. die Kenntnisse der Geschäftsführer der Gemeinschaftsdnerin zurechnen lassen müsse. Aufgrund der Umstände des Falles sei die Haftung des Beklagten nicht vollständig ausgeschlossen, sondern betrage mindestens 10 %. Maßgeblich hierfür sei das zumindest an der Grenze zur groben Fahrlässigkeit liegende Verhalten des Beklagten sowie der Umstand, dass der auf Seiten der Herren M. und U. anzunehmende Vorsatz nicht so schwer wiege, dass ein Haftungsausschluss gerechtfertigt wäre. Eine genauere Bestimmung des prozentualen Haftungsgrades könne unterbleiben, denn aufgrund des anzuwendenden § 323 Abs. 2 HGB a.F. sei die Haftung des Beklagten der Höhe nach auf den Betrag von 500.000,-- DM beschränkt. Soweit sich der Beklagte auf die Ausschlussfrist gemäß Nr. 9 Abs. 3 S. 1 der Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften berufe, sei dieses nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgte neue Vorbringen nicht zuzulassen. Weitere Anspruchsgrundlagen, die das Klagebegehren stützen könnten, seien nicht gegeben. Eine positive Vertragsverletzung des mit der T. AG & Co. KG geschlossenen Beratervertrages komme nicht in Betracht. Vorliegend habe die Gemeinschaftsdnerin redlicherweise gerade keine Aufklärung darüber erwarten dürfen, dass der Jahresabschluss 1996 der U. Datentechnik GmbH grob fehlerhaft war, denn ihre vertretungsberechtigten Organe, die Herren M. und U., deren Wissen sie sich gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen müsse, hätten bereits über dieses Wissen verfügt. Das für die Bejahung einer Aufklärungspflicht denknotwendige Informationsgefälle läge also gar nicht vor. Zudem verhielte sich die Gemeinschaftsdnerin ihrerseits treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sie von dem Beklagten Aufklärung über Umstände verlangte, die sie nicht nur kannte, sondern die ihre Ursache auch in ihrem Bereich hatten. Die vorstehenden Ausführungen gälten entsprechend, soweit der Kläger eine positive Verletzung des zwischen dem Beklagten und der T. AG & Co. KG bestehenden Beiratsvertrages geltend mache. Die vom Kläger postulierten Verpflichtungen des Beklagten liefen darauf hinaus, dass dieser der Gesellschaft Kenntnisse zuführen sollte, über die sie in Person ihrer Organe M. und U. bereits verfügte, und dass der Beklagte die Gemeinschaftsdnerin vor der Eingehung nachteiliger Geschäfte schützen sollte, die auf das rechtswidrige Handeln eben dieser Personen zurückgingen. Deliktische Ansprüche des Klägers seien gleichfalls nicht begründet. Hinsichtlich der zurückgenommenen Widerklage habe der Kläger nicht nach § 269 Abs. 4 ZPO beantragt, dem Beklagten die Kosten der zurückgenommenen Widerklage aufzuerlegen, so dass insoweit keine Kostenentscheidung ergehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

17

Gegen dieses Urteil, das dem Kläger am 11.12.2009 und dem Beklagten am 14.12.2009 zugestellt worden ist, haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Kläger hat mit einem am 11.01.2010 beim Oberlandesgericht Köln eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und

18

diese mit einem am 10.02.2010 eingegangenen Schriftsatz begründet. Der Beklagte hat mit einem am 14.01.2010 beim Oberlandesgericht Köln eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 15.04.2010 eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem der Senat zuvor zwei rechtzeitig gestellten Anträgen auf Fristverlängerung bis zum 15.04.2010 entsprochen hat.

Der Kläger nimmt auf sein erstinstanzliches Vorbringen Bezug. Zur Begründung seiner Berufung führt er aus, dass das Landgericht im Rahmen des Anspruches aus pVV des Beratervertrages rechtsfehlerhaft ein Informationsgefälle zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer verlangt habe. Die verletzten Aufklärungspflichten hätten auch und gerade gegenüber den Kommanditisten bestanden, da diese die zuständigen Organe der Gemeinschuldnerin für die angestrebte Verschmelzung gewesen seien. Die Berufung auf die Verletzung der Aufklärungspflicht sei auch nicht treuwidrig, da es gerade nicht auf das Wissen der „vertretungsberechtigten“ Organe (M. und U.) ankomme. Maßgeblich für die Wissenszurechnung seien die entscheidungsbefugten Organe der Gemeinschuldnerin, also die Gesellschafter. Die in dem Beratungsvertrag enthaltene Haftungsbeschränkung des Beklagten sei im Hinblick auf sein vorsätzliches Handeln unwirksam. Außerdem sei die Klausel gemäß dem damals geltenden § 11 Nr. 7, 8 AGBG unwirksam. Der Beklagte hafte auch aus pVV des Beiratsverhältnisses. Weiterhin folge ein Anspruch aus § 323 Abs. 1 HGB. Fehlerhaft habe das Landgericht hierbei keinen Vorsatz des Beklagten angenommen. Der Beklagte habe kritische Prüfungsfelder „umschiff“ und dabei billigend in Kauf genommen, dass durch die dann fehlerhafte Prüfung ein Schaden entstehe. Die unterlassene Einholung von Saldenbestätigungen sei gerade im Hinblick auf die hartnäckige Weigerung der Geschäftsführung zur Vorlage dieser Bestätigungen (bedingt) vorsätzlich. Die Vielzahl der Verstöße des Beklagten gegen elementare Berufspflichten rechtfertige den Anscheinsbeweis für ein zumindest bedingt vorsätzliches Handeln des Beklagten. Das Mitverschulden der Organe der Gemeinschuldnerin sei allenfalls zu 50 % zu berücksichtigen. Auch der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung vom 10.12.2009 einen klaren Mithaftungsanteil des Wirtschaftsprüfers bejaht (BGH NJW 2010, 1808 ff.). Schließlich habe das Landgericht die Haftungsbegrenzung von 500.000,- DM nach § 323 Abs. 2 HGB a.F. falsch umgerechnet. Zu den Kosten der zurückgenommenen Widerklage stellt er Kostenantrag.

19

Der Kläger beantragt,

20

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 10.12.2009

21

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 1.278.229,70 € nebst 4 % Zinsen seit dem 11.10.2000 zu zahlen und die Kosten der Widerklage dem Beklagten aufzuerlegen.

22

Der Beklagte beantragt,

23

die Berufung zurückzuweisen.

24

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und ergänzt die erstinstanzlich bereits dargelegten Behauptungen und Auffassungen. Zu Recht habe das Landgericht über die Kosten der Widerklage nicht entschieden, da ein Kostenantrag vom Kläger nicht gestellt worden sei. In zweiter Instanz stehe dies angesichts der Widerklagerücknahme noch in erster Instanz nicht zur Entscheidung des Senats. Die Klage sei mangels Bestimmtheit des Klageantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) unzulässig, da der Kläger verschiedene prozessuale Ansprüche verfolge, ohne Teilbeträge auf die einzelnen Ansprüche anzugeben oder die verschiedenen prozessualen Ansprüche in ein Verhältnis von Haupt- und Hilfsansprüchen zu

25

staffeln. Die von dem Landgericht vertretene Auffassung, dass der Vertrag der U. Datentechnik GmbH mit dem Beklagten ein solcher mit Schutzwirkung für Dritte sei, werde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht gedeckt. Eine entsprechende Zweckbestimmung zugunsten der KG hätten die Parteien nicht getroffen. Außerdem seien dem Beklagten keine schuldhaften Pflichtverletzungen vorzuwerfen. Hierzu wiederholt und vertieft er seine Kritik an der erstinstanzlichen Beweiswürdigung auf Basis der sachverständigen Feststellungen. Für ihn seien im Rahmen der Abschlussprüfung keine Indikatoren für Prozessrisiken erkennbar gewesen. Auch die Einholung von Saldenbestätigungen sei nicht geboten gewesen. Entsprechendes gelte für die nähere Überprüfung der Forderung der U. Datentechnik GmbH gegen die Gemeinschuldnerin. Seine Aufgabe als Abschlussprüfer habe nicht darin bestanden, strafrechtliche Tatbestände aufzudecken. Eine Haftung des Beklagten aus dem Beratervertrag mit der Gemeinschuldnerin habe das Landgericht ebenso zutreffend verneint wie eine Haftung aus dem „Beiratsvertrag“, wobei er wiederholt, dass er nicht Beiratsmitglied gewesen sei. Deliktische Ansprüche seien gleichfalls nicht begründet. Im Übrigen habe das Landgericht fehlerhafte Feststellungen zur Schadenshöhe gemacht, indem es sich auf das Parteigutachten der Q. Beratung GmbH gestützt habe. Außerdem habe der Kläger seine Schadensersatzansprüche gegen die Herren U. und M. nicht dargelegt. In diesem Zusammenhang beruft er sich auf ein Gegenrecht gemäß § 255 BGB, da die Herren U. und M. vorrangig hafteten und er – der Beklagte – nur gegen Abtretung dieser Ansprüche an ihn leisten werde. Hinsichtlich der Kausalität etwaiger Pflichtverletzungen sei darauf hinzuweisen, dass auch bei „besserer“ Beratung der damaligen GmbH diese nichts hätte erfahren können, was sie nicht ohnehin schon gewusst habe. Entscheidungsgrundlage für die Verschmelzung sei ohnehin das von der KG eingeholte F.-Gutachten vom 04.08.1997 (Bl.627 – 665 GA) gewesen. Außerdem sei die Ausschlussfrist nach Abschnitt 9 Abs. 3 S. 1 der Auftragsbedingungen zu berücksichtigen.

Im Rahmen der von ihm eingelegten Berufung beantragt der Beklagte, 26

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 10.12.2009 27

die Klage insgesamt abzuweisen. 28

Der Kläger beantragt insoweit, 29

die Berufung zurückzuweisen. 30

Hierzu nimmt der Kläger inhaltlich Bezug auf sein Vorbringen im Rahmen der von ihm eingelegten Berufung. 31

II. 32

Die Berufungen beider Parteien sind insgesamt zulässig. In der Sache führt lediglich die Berufung des Klägers teilweise zum Erfolg. 33

Einen Schadensersatzanspruch der Gemeinschuldnerin gegen den Beklagten, den der Konkursverwalter im Interesse aller Konkursgläubiger der Gemeinschuldnerin durchzusetzen hat, aus § 323 Abs. 1 S. 3 HGB a.F. i.V.m. den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat das Landgericht zu Recht bejaht. Allerdings ist ein solcher Anspruch nicht nur in Höhe des in erster Instanz ausgeurteilten Betrages, sondern in Höhe von 255.645,94 € (= 500.000,- DM, vgl. § 323 Abs. 2 HGB a.F.) begründet. Im Einzelnen: 34

1. Die von dem Kläger erhobene Teilklage ist zulässig.	35
Setzt sich der von einer Partei geltend gemachte Schadensersatz aus mehreren Einzelpositionen zusammen, muss diese im Einzelnen angeben, wie sie die Gesamtsumme auf die verschiedenen Ansprüche verteilt. Der Kläger hat daher gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, der einen bestimmten Klageantrag fordert, im Einzelnen anzugeben, wie er die geltend gemachte Gesamtsumme ziffernmäßig auf die verschiedenen Ansprüche verteilt wissen will. Zumindest muss der Kläger eine Reihenfolge angeben, in welcher die Ansprüche bis zu der von ihm geltend gemachten Gesamtsumme gefordert werden (BGH NJW 1990, 2068).	36
Anders liegt es dagegen, wenn der Kläger Schadensersatz fordert, der rechtlich aus verschiedenen Anspruchsgrundlagen begründet ist, prozessual aber nur einen Anspruch darstellt. Im vorliegenden Fall fordert der Kläger den Schaden, den er insgesamt mit 7,3 Millionen DM beziffert, gleichfalls nur einmal. Das Rechtsschutzbegehren des Klägers bezieht sich auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt, nämlich die nach seiner Behauptung unzureichende Prüfung des Jahresabschlusses 1996 der U. Datentechnik GmbH durch den Beklagten und die damit einhergehende fehlende Offenlegung der Überschuldung dieses Unternehmens. Ausgehend von diesem Vorwurf an den Beklagten begehrt der Kläger Ersatz des Schadens, welcher der Gemeinschuldnerin durch die Verschmelzung mit der überschuldeten U. Datentechnik GmbH entstanden sein soll. Der Umstand, dass der Kläger zur Begründung dieses stets gleich bezifferten Schadensersatzverlangens verschiedene Anspruchsgrundlagen für sich in Anspruch nimmt, führt nicht zur Bejahung verschiedener prozessualer Ansprüche.	37
2. Die zulässige Teilklage ist in materiell-rechtlicher Hinsicht teilweise begründet.	38
a) Das Landgericht hat eine positive Vertragsverletzung des mit der T. AG & Co. KG geschlossenen Beratervertrages vom 13.05.1997 verneint mit der Begründung, dass bereits die behauptete Kenntnis des Beklagten von den unzutreffenden Angaben im Jahresabschluss 1996 vom Kläger nicht substantiiert vorgetragen sei. Eine denkbare Aufklärungspflicht des Klägers sei nach den konkreten, zwischen den Verhandlungspartnern bestehenden Rechtsbeziehungen nicht gegeben, da die Gemeinschuldnerin redlicherweise gerade keine Aufklärung darüber erwarten durfte, dass der Jahresabschluss 1996 der U. Datentechnik GmbH grob fehlerhaft war. Ihre vertretungsberechtigten Organe, die Herren M. und U., deren Wissen sich die Gemeinschuldnerin gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen müsse, hätten bereits über dieses Wissen verfügt, so dass das für die Bejahung einer Aufklärungspflicht denknotwendige Informationsgefälle schon gar nicht vorgelegen hätte. Zudem verhielte sich die Gemeinschuldnerin ihrerseits treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sie von dem Beklagten Aufklärung über Umstände verlangte, die sie nicht nur kannte, sondern die ihre Ursache auch in ihrem Bereich hatten.	39
Diese landgerichtliche Bewertung wird vom Senat weitgehend geteilt. Ein eigener vertraglicher Anspruch der Gemeinschuldnerin gegen den Beklagten ist nicht begründet. Der Beratungsvertrag vom 13.05.1997 (Anlage K 16, Bl.272 f. GA) betraf die Beratung der T. AG & Co. KG „in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der betriebswirtschaftlichen Beratung, der Wirtschaftsberatung, der Finanzberatung und dergleichen mehr“ für die Zeit vom 01.01.1997 bis zum 31.12.1998. Hiernach schuldete der Beklagte gegen ein Tageshonorar von 3.500,- DM, der KG sein Wissen und seinen Sachverstand in Finanz-, Betriebswirtschafts- und Steuerfragen zur Verfügung zu stellen. Der Pflichtenkreis des Beklagten war mithin global definiert und umfasste im Ergebnis nahezu eine „Rundumbetreuung“ in allen finanziellen und steuerlichen Angelegenheiten.	40

Nicht geschuldet war dagegen die Erforschung neuer Erkenntnisse und die Weitergabe dieser Erkenntnisse an die Gesellschaft. Eine Verpflichtung des Beklagten zur aktiven Recherche, gerichtet auf die Offenlegung bislang unentdeckt gebliebener Vorgänge und etwaiger Manipulationen bei anderen Gesellschaften, lässt sich dem vertraglich vereinbarten Pflichtenkatalog nicht entnehmen. Da das Landgericht ein positives Wissen des Beklagten bezüglich der Bilanzmanipulationen bei der U. Datentechnik GmbH nicht hat feststellen können, fehlen im Rahmen der unmittelbaren vertraglichen Beziehungen der Parteien tatsächliche Anknüpfungspunkte für ein haftungsbegründendes Fehlverhalten des Beklagten. Der Beklagte schuldet keine Information über Umstände, die ihm damals selbst nicht bekannt waren. Seine Nachlässigkeiten im Rahmen der Pflichtprüfung der U. Datentechnik GmbH entfalten zwar, wie nachfolgend noch darzustellen sein wird, im Rahmen einer Dritthaftung anspruchsbegründende Wirkung. Indes erstrecken sich diese Versäumnisse nicht auf sein unmittelbares vertragliches Beraterverhältnis mit der Gemeinschuldnerin. Mangels einer positiven Kenntnis von den Bilanzmanipulationen bei der U. Datentechnik GmbH kann ihm nicht vorgeworfen werden, Kenntnisse aus einer anderen Tätigkeit pflichtwidrig verschwiegen bzw. nicht an die KG weitergegeben zu haben.

Ohne Erfolg beruft sich der Kläger in seinem Schriftsatz vom 27.08.2010 (Bl.1249 ff., 1254 GA) in diesem Zusammenhang auf einen aus seiner Sicht erweiterten Pflichtenkreis des Beklagten dahingehend, dass dieser vor der Verschmelzung auf Durchführung einer „due diligence“ bei der U. Datentechnik GmbH hätte bestehen müssen. Auch sei der Beklagte aus eigener Initiative zur Vornahme zusätzlicher Recherchen verpflichtet gewesen. Bei dieser Argumentation überspannt der Kläger den konkreten Pflichtenkreis des Beklagten. Der Beratungsvertrag sieht eine spezielle Beratung und Prüfung der KG bezüglich etwaiger Übernahme- oder Verschmelzungsgeschäfte gerade nicht vor. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 13.05.1997 wurde die Verschmelzung mit der U. Datentechnik GmbH bereits sehr konkret thematisiert, nämlich in der Aufsichtsratssitzung vom selben Tage (Anlage K 20, Bl.280 ff. GA). Hätten die Parteien daher auch eine vertragliche Einbindung des Beklagten zu diesem Punkt gewünscht, darf im Hinblick auf die damals parallel stattfindenden Gespräche zur bevorstehenden Verschmelzung angenommen werden, dass dies im Vertragstext zum Ausdruck gekommen wäre. Hinzu tritt, dass auch die vertraglich vereinbarte Haftungsobergrenze von 2 Millionen DM (Anlage K 16, Bl.273 GA) gegen eine derart erweiterten Aufgabenkreis des Beklagten spricht. Bei einer gezielten Mandatierung des Beklagten zu diesem Punkt wäre angesichts der Haftungsträchtigkeit solcher Aufgaben wohl eine höhere Haftungssumme vereinbart worden.

Hinsichtlich einer due diligence gilt folgendes: 43

Bei vielen Käufen bedeutender Unternehmen findet vor Abschluss des Vertrages ein mehr oder weniger umfassendes Prüfverfahren statt, das dazu dient, anhand von seitens des Verkäufers zur Verfügung gestellten Unterlagen, manchmal auch Befragungen, die wirtschaftlich-technische Lage des zum Verkauf stehenden Unternehmens zu prüfen. Der Käufer und seine Berater/Mitarbeiter sollen in diesem Rahmen, der nach dem ursprünglichen anglo-amerikanischen Sprachgebrauch den Anforderungen an die „gebotene Sorgfalt“ genügen soll, so viel Information erhalten, dass Mängel des Unternehmens oder Unrichtigkeiten der bis dahin vorliegenden Angaben so deutlich erkennbar sind, dass etwaige Gewährleistungsansprüche jedenfalls für diese Umstände nach § 442 BGB scheitern. Die due diligence dient also den Käufer- wie den Verkäuferinteressen (MünchKomm-Westermann, BGB, 5. Aufl. 2008, § 453, Rdnr.58). Überwiegend wird angenommen, dass das Unterlassen einer due diligence, bei deren Durchführung die später aufgetretenen Mängel aufgedeckt worden wären, nicht als solche bereits grobe Fahrlässigkeit im Sinne des 44

§ 442 BGB begründet, da nach bisher herrschender Meinung eine entsprechende – und dann verletzte – Verkehrssitte nicht besteht (MünchKomm-Westermann, a.a.O. m.w.N.).

Hiernach ist auch vorliegend der Verzicht auf Durchführung einer due diligence nicht geeignet, dem Beklagten einen haftungsbegründenden Schuldvorwurf zu machen. Jedenfalls kann allein der in dem Vertrag niedergelegte globale Pflichtenkreis des Beklagten nicht die Verpflichtung begründen, dass dieser im Rahmen der Beratung der Gemeinschuldnerin auf Durchführung einer due diligence bestehen musste. 45

b) Die vorstehenden Überlegungen gelten entsprechend, soweit der Kläger eine positive Vertragsverletzung des zwischen dem Beklagten und der T. AG & Co. KG bestehenden Beiratsvertrages geltend macht. Auch insoweit gilt die vorstehende Überlegung, dass der Kläger aus dem Beiratsvertrag heraus gleichfalls nicht verpflichtet war, die Gesellschaft über Vorgänge zu informieren, die ihm selbst nicht bekannt waren. Eine Verpflichtung des Beklagten, aktiv mögliche Bilanzmanipulationen bei der U. Datentechnik zu recherchieren und offenzulegen, ist aufgrund des mit der KG geschlossenen Beiratsvertrages nicht begründet worden. 46

Auch im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses vermag der Senat sich nicht der Auffassung des Klägers zum Pflichtenkreis des Beirates anzuschließen. Nach Ansicht des Klägers habe der Beklagte von sich aus vor einer Verschmelzung auf der Durchführung einer due diligence bei der U. Datentechnik GmbH bestehen müssen. Hierzu verweist er auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 22.10.1979 (BGH WM 1979, 1425 ff.) zu den Aufgaben eines Beirats einer Publikums-KG. Hierbei wird indes verkannt, dass in der genannten Entscheidung die dortige KG unter anderem durch eine Vielzahl von Kommanditbeteiligungen geprägt war und dem Abschluss von Beitrittsverträgen mit neuen Gesellschaftern in erster Linie die Angaben in einem öffentlich verbreiteten Werbeprospekt zugrunde lag. Im Hinblick auf die fehlende Möglichkeit der Gesellschafter, Einblick in die Gesellschaft zu erhalten und Einfluss auf deren Zusammensetzung zu nehmen, hat der Bundesgerichtshof die Rechte und Pflichten des Beirats dieser KG denen eines Aufsichtsrates einer GmbH angenähert und den Beirat insbesondere zur Überwachung der Geschäftsführung verpflichtet. Dieser Fall ist mit der vorliegenden Gesellschaftsstruktur der Gemeinschuldnerin kaum vergleichbar. In der Anlage zum Gesellschaftsvertrag sind gerade einmal sechs Kommanditisten aufgeführt (Anlage K 3, Bl.21 ff., Bl.41 GA). Da auch im Übrigen der in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes gegebene Sachverhalt mit der vorliegenden Fallgestaltung kaum vergleichbar ist, finden die dort niedergelegten Grundsätze zu den Aufgaben eines Beirats einer Publikums-KG keine Anwendung. 47

c) Zu Recht hat das Landgericht einen der Höhe nach auf 500.000,- DM (§ 323 Abs. 2 HGB aF) begrenzten Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 323 Abs. 1 S. 3 HGB aF i.V.m. den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht. Allerdings ist das erstinstanzliche Urteil im Hinblick auf die offenkundig falsche Euro-Umrechnung hin zu korrigieren. Der Kläger kann hiernach von dem Beklagten einen Betrag von 255.645,94 €, welcher 500.000,- DM entspricht, fordern. 48

aa) Neben der Haftung des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft kommt eine Haftung auch gegenüber solchen Personen in Betracht, die – ohne Partei des Prüfungsvertrages zwischen der prüfungspflichtigen Kapitalgesellschaft und dem Pflichtprüfer zu sein („Dritte“) – im Vertrauen auf einen bestätigten, aber fehlerhaften Jahresabschluss für sie nachteilige vermögenswirksame Entschlüsse getroffen und entsprechende Maßnahmen ergriffen haben. Zu diesem Personenkreis zählen beispielsweise gegenwärtige und frühere Gesellschafter, Anleger, Unternehmenserwerber, Kreditgeber und Konkursgläubiger. Die 49

Einzelheiten der Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers gegenüber vertragsfremden Dritten, für die sich der Begriff „Dritthaftung“ durchgesetzt hat, sind umstritten (MünchKomm-Ebke, HGB, 2. Aufl. 2008, § 323, Rdnr.85).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes können sich aus einem Vertrag Schutzpflichten für einen Dritten, der selbst keinen Anspruch auf die Hauptleistung aus dem Vertrag hat, ergeben. Solche Schutzwirkungen werden insbesondere bei Verträgen angenommen, bei denen der Auftraggeber von einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (z.B. öffentlich bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), ein Gutachten oder eine gutachtliche Äußerung bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen. Es bestehen keine Bedenken, diese Grundsätze auch in Fällen anzuwenden, in denen ein Abschlussprüfer mit der Pflichtprüfung einer Kapitalgesellschaft betraut ist, wenn sich für ihn nur hinreichend deutlich ergibt, dass von ihm anlässlich dieser Prüfung eine besondere Leistung begehrt wird, von der gegenüber einem Dritten, der auf seine Sachkunde vertraut, Gebrauch gemacht werden soll. Wenn § 323 Abs. 1 S. 3 HGB eine gesetzliche Haftung (nur) gegenüber der Kapitalgesellschaft und dem verbundenen Unternehmen regelt, bedeutet dies nicht, dass damit eine vertragliche Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten nach Maßgabe der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Dritthaftung Sachkundiger von vornherein ausgeschlossen wäre. Eine derartige Sperrwirkung ist der Vorschrift in dieser Allgemeinheit nicht zu entnehmen. Eine Dritthaftung, die wesentlich darauf beruht, dass es Sache der Vertragsparteien ist zu bestimmen, gegenüber welchen Personen eine Schutzpflicht begründet werden soll, wird von dem unmittelbaren Anwendungsbereich des § 323 Abs. 1 HGB nicht berührt (BGH NJW 1998, 1948 (1949)).

50

Während die herrschende Lehre in § 323 Abs. 1 S. 3 HGB und §§ 823, 826, 831 BGB eine abschließende Regelung für die Dritthaftung des gesetzlichen Abschlussprüfers sieht (MünchKommHGB/Ebke, 2. Aufl. 2008, § 323, Rdnr. 148 m.w.N.), bestehen nach der Entscheidung des BGH vom 02.04.1998 (BGH NJW 1998, 1948 f.) keine Bedenken, die oben zitierten Grundsätze zur Schutzwirkung zugunsten Dritter auch in Fällen anzuwenden, in denen ein Abschlussprüfer mit der Pflichtprüfung einer Kapitalgesellschaft betraut ist, wenn sich für ihn nur hinreichend deutlich ergibt, dass von ihm anlässlich dieser Prüfung eine besondere Leistung begehrt wird, von der gegenüber einem Dritten, der auf seine Sachkunde vertraut, Gebrauch gemacht werden soll. Dass der Abschlussprüfer bereit ist, ein so weitgehendes Haftungsrisiko zu übernehmen, kann regelmäßig nicht angenommen werden. Anders liegt es indessen, wenn die Vertragsteile bei Auftragserteilung, gegebenenfalls auch zu einem späteren Zeitpunkt, übereinstimmend davon ausgehen, dass die Prüfung auch im Interesse eines bestimmten Dritten durchgeführt werde und das Ergebnis diesem Dritten als Entscheidungsgrundlage dienen soll. In der Entscheidung vom 06.04.2006 (BGH NJW 2006, 1975 (1977)) hat der Bundesgerichtshof betont, dass an die Annahme einer vertraglichen Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich strenge Anforderungen gestellt werden müssen. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof zuletzt in der Entscheidung vom 07.05.2009 (BGH ZIP 2009, 1166 ff.) bestätigt und ausgeführt, dass sich der Kreis der Einbezogenen auf solche Dritte beschränke, in deren Interesse die Leistung des Schuldners nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien zumindest auch erbracht werden soll. Tragender Gesichtspunkt für die Beschränkung des Kreises der einbezogenen Dritten ist das Anliegen, das Haftungsrisiko für den Schuldner kalkulierbar zu halten. Er soll die Möglichkeit haben, sein Risiko bei Vertragsschluss zu kalkulieren und gegebenenfalls zu versichern. Er soll für Schäden Dritter nicht eintreten müssen, wenn ihm nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Vertragszwecks nicht zugemutet werden kann, sich ohne zusätzliche Vergütung auf das Risiko einer erweiterten Haftung

51

einzulassen (BGH, Urteil vom 07.05.2009 – III ZR 277/08, Rdnr.17, zitiert nach JURIS).

Legt man die geschilderten Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Haftung eines mit einer Pflichtprüfung nach §§ 316 ff. HGB betrauten Wirtschaftsprüfers gegenüber Dritten zugrunde, so ist die landgerichtliche Bewertung, dass vorliegend eine vertragliche Dritthaftung des Beklagten grundsätzlich zu bejahen ist, nicht zu beanstanden. Es musste dem Beklagten aufgrund der zahlreichen Verflechtungen zwischen der Gemeinschaftsdnerin und der geprüften GmbH sowie aufgrund seiner eigenen Stellung bei der Gemeinschaftsdnerin deutlich vor Augen stehen, dass die U. Datentechnik GmbH den von ihm geprüften Jahresabschluss 1996 gegenüber der T. AG & Co. KG dazu gebrauchen werde, um auf dieser Grundlage über eine Verschmelzung zu verhandeln. Ihm musste angesichts seiner persönlichen detaillierten Kenntnisse der verschiedenen Gesellschaften der U.-Gruppe klar sein, dass von ihm auch im Drittinteresse, nämlich der zur Verschmelzung neigenden Gemeinschaftsdnerin, eine besondere Leistung erwartet wurde, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung hinausgeht. Noch vor Abschluss seiner Arbeiten zur Erteilung des Testats im Juni 1997 erörterte er als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Gemeinschaftsdnerin am 13.05.1997 im Rahmen der Aufsichtsratssitzung – offensichtlich wohlwollend – die in Aussicht genommene „Fusion mit der U. Datentechnik GmbH“ (Anlage K 20, Bl.280 ff. GA). Außerdem war er offenkundig Mitglied des Partnerbeirats der Gemeinschaftsdnerin (vgl. Anlage K 23, Bl.414 GA; Anlage K 30, Bl.573 GA). Die Planungen zur Verschmelzung der beiden Gesellschaften waren also bei Testierung des Jahresabschlusses im Juni 1997 schon sehr konkret und hatten das Stadium bloßer Vorüberlegungen bereits verlassen. Hiernach musste der Beklagte wissen, dass die ihm obliegende Prüfung in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein würde. Es war für ihn ohne weiteres absehbar, dass gerade auch sein Testat, das die Buchführung und den Jahresabschluss 1996 ohne wesentliche Beanstandungen als „ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft“ (vgl. zum Wortlaut des Testats des Beklagten Bl.220, 260 GA) bestätigte, Grundlage der bevorstehenden Verschmelzungsentscheidung sein werde. Der Kreis der in den Schutzbereich Einbezogenen war auch nicht – wie etwa im Falle der prospektmäßigen Vertrauenshaftung für potenzielle Anleger, die auf einen im Verkaufsprospekt abgedruckten Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers vertrauen (BGH NJW-RR 2006, 611 ff.) – unübersehbar groß und uneingegrenzt. Vielmehr erstreckte sich der Kreis derjenigen, die an einer vertraglichen Einbeziehung als geschützter Dritter in den Schutzbereich ein Interesse haben konnten, im Ergebnis nur auf die Gemeinschaftsdnerin, da sie – wie geschehen – im Falle einer Verschmelzung auch die nicht offengelegten Verbindlichkeiten der geprüften Gesellschaft übernehmen musste. Vor diesem Hintergrund ist die T. AG & Co. KG einem „verbundenen Unternehmen“ i.S.d. §§ 323 Abs. 1 S. 3, 271 Abs. 2 HGB, bei welchem das Mutter- oder Tochterunternehmen in den Konzernabschluß des Mutterunternehmens einzubeziehen ist, nahezu gleichzustellen. Wollte man vorliegend eine Einbeziehung der Gemeinschaftsdnerin in den Schutzbereich des Vertrages zwischen der U. Datentechnik GmbH und dem Beklagten verneinen, wäre kaum noch ein Fall denkbar, in welchem eine Dritthaftung des Jahresabschlussprüfers noch zu bejahen wäre.

bb) Auch ist nach den ausführlichen und überzeugenden Darlegungen des Landgerichts zu den einzelnen Prüfungsansätzen des Beklagten bei der Abschlussprüfung davon auszugehen, dass dieser die ihm obliegende Pflicht zur gewissenhaften Prüfung nach § 323 Abs. 1 HGB a.F. verletzt hat, als er den Jahresabschluss der U. Datentechnik GmbH 1996 uneingeschränkt testierte.

In sachlicher Hinsicht zeigt der Beklagte mit seinem im Wesentlichen gegen die landgerichtliche Beweiswürdigung gerichteten Rechtsmittelvorbringen nicht auf, dass die dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden und für den Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO grundsätzlich bindenden Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszugs unzutreffend sind und einer Wiederholung bzw. Ergänzung bedürfen. Denn nach dieser Regelung hat das Berufungsgericht grundsätzlich die vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen der eigenen Entscheidung zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der tatsächlichen Feststellungen begründen. Konkrete Anhaltspunkte für fehler- oder lückenhafte Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichtes bestehen, wenn die Tatsachenfeststellung verfahrensfehlerhaft gewonnen wurde, die Beweiswürdigung gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt, gerichts- oder allgemein bekannte Tatsachen bei der Beweiswürdigung keine Berücksichtigung erfahren oder materiell-rechtliche Fehler Auswirkungen auf die Tatsachenfeststellung haben, wie beispielsweise die Verkenntung der Beweislast (BGH NJW 2004, 2828 (2829); Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., § 529 Rdn.2; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 529 Rdn.5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 529 Rdn.5).

Einen derartigen Verfahrensfehler des Landgerichts zeigt die Berufung nicht auf. Aus dem Berufungsvorbringen des Beklagten ist nicht erkennbar, dass das Landgericht aufgrund von Verfahrensfehlern oder einer fehlerhaften Beurteilung des materiellen Rechts zu dem beanstandeten Ergebnis gelangt ist oder dass es bei seiner Beweiswürdigung gesetzliche oder allgemein anerkannte Regeln, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat. Der Beklagte setzt insoweit mit seinem Vorbringen lediglich in unzulässiger Weise seine eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des erstinstanzlichen Gerichts. Daraus sind jedoch Fehler der angefochtenen Entscheidung oder auch erhebliche abweichende Wertungsmöglichkeiten nicht ersichtlich.

55

In plausibler und für den Senat in jeder Hinsicht nachvollziehbarer Weise stellt das Landgericht maßgebend darauf ab, dass der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen habe, Saldenbestätigungen von den Kreditoren einzuholen, obschon die Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen rund 32 % der Bilanzsumme betrugen. Entsprechendes gelte für die vom Beklagten unterlassene Einholung von Rechtsanwaltsbestätigungen trotz der im Jahresabschluss ausgewiesenen Anwaltsgebühren über 55.000,- DM und der Rechts- und Beratungskosten über 187.000,- DM. Auch die unterlassene Aufklärung des genauen Hintergrundes der ungewöhnlich hohen und in zeitlicher Hinsicht auffälligen (23.12.1996) Forderung der U. Datentechnik GmbH gegen die spätere Gemeinschuldnerin über 790.000,- DM begründet den Vorwurf einer oberflächlichen und unsorgfältigen Abschlussprüfung des testierenden Wirtschaftsprüfers. Weiterhin hat das Landgericht unter Bezugnahme auf die Feststellungen der Wirtschaftsprüferkammer C. plausibel dargelegt, dass der Beklagte bei Planung und Durchführung der Jahresabschlussprüfung nicht dem gebotenen risikoorientierten Prüfungsansatz gefolgt sei und eine Prüfung des internen Kontrollsystems pflichtwidrig unterlassen habe. Der Beklagte trage selbst vor, die Abschlussprüfung gewissenhaft und fachgerecht in Anlehnung an die Prüfungsstandards des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW-Fachgutachten 1/1988) und gemäß WP-Handbuch 1996 (Tz P 419) vorgenommen zu haben. Bereits das Fachgutachten 1/1988 fordere zwingend eine risikoorientierte Vorgehensweise bei der Abschlussprüfung, ohne lediglich den Begriff „risikoorientierte Abschlussprüfung“ zu verwenden. Maßgebend sei nicht der in dem Fachgutachten verwendete Begriff, sondern der hierdurch umschriebene Pflichtenkreis des Wirtschaftsprüfers. Wegen der weiteren Details zu den dem Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen wird zur Vermeidung von Wiederholungen inhaltlich Bezug genommen auf die umfangreichen und zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in dem

56

angefochtenen Urteil sowie die sachverständigen Feststellungen.

cc) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger im Hinblick auf die gesetzliche Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 HGB a.F., die an ein fahrlässiges Fehlverhalten des Wirtschaftsprüfers anknüpft, auf eine Vorsatztat des Beklagten. Eine solche vorsätzliche Begehungsweise ist im Rahmen der Beweisaufnahme gerade nicht festgestellt worden. Es gibt weder unmittelbare noch mittelbare Anzeichen dafür, dass der Beklagte kollusiv mit den Herren U. und M. zusammenwirkte und in deren verschleiernde Tätigkeiten im Vorfeld des Jahresabschlusses bewusst eingebunden war. Allein die Kritik des Aufsichtsratsvorsitzenden des T. AG & Co. KG, des Herrn G., vom 08.08.1997, in welcher er die Bewertung der U. Datentechnik GmbH in dem Wertgutachten der F. als „Witz“ bezeichnete (vgl. Anlage K 34, Bl.583 GA), begründet zwar den Vorwurf an den Beklagten, diesen kritischen Äußerungen, auch zur Seriosität der Unternehmensleitung, nicht mit der gebotenen Sorgfalt und Sensibilität nachgegangen zu sein. Hieraus kann jedoch noch nicht der Schluss gezogen werden, dass der Beklagte an den Manipulationen im Rahmen des Jahresabschlusses 1996 aktiv beteiligt war. Im Übrigen liegt dieser Kontakt vom 08.08.1997 zeitlich nach Abschluss des Testats im Juni 1997. Im Hinblick auf die konkrete Gesetzesfassung des § 323 Abs. 2 HGB a.F. wäre es Aufgabe des Gläubigers, rein tatsächliche Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Verhalten des Abschlussprüfers jedenfalls so substantiell und konkret darzulegen, dass dieser im Gegenzug zumindest die Gelegenheit erhält, diesen Vorwurf einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen und ggfs. zu entkräften. Hieran fehlt es.

57

dd) Die vorstehend genannten Pflichtverletzungen des Beklagten waren auch kausal für den später eingetretenen Schaden der Gemeinschuldnerin. Zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass die in die Bilanzmanipulationen eingeweihten Vorstandsmitglieder M. und U. nicht über das zur Durchführung der Verschmelzung erforderliche Quorum von 75 % gemäß § 9 Abs. 4 der Satzung der Gemeinschuldnerin (Bl.30 GA) verfügten und bezüglich der Fremdkommanditisten daher die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens greift.

58

Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten (BGHZ 123, 311 (314); BGH NJW 2008, 2041). Die Beweiserleichterung für den Mandanten setzt einen Tatbestand voraus, bei dem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen (BGHZ 123, 311 (314); BGH NJW-RR 2006, 1645 (1646); BGH NJW 2009, 1591 (1592)).

59

Nach diesen Grundsätzen ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Fremdkommanditisten sich gegen eine Verschmelzung mit der U. Datentechnik GmbH ausgesprochen hätten, wenn ihnen die wahre wirtschaftliche Situation der GmbH positiv bekannt gewesen wäre. Bei einer Offenlegung der Überschuldung der zu übernehmenden U. Datentechnik GmbH, die gerade nicht über das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital von 666.000,- DM verfügte, sondern im Gegenteil in Höhe von etwa 7,3 Millionen DM verschuldet war (vgl. Sonderprüfungsbericht der Q. Beratung GmbH, Anlage K 13, Bl.149 ff., 203 GA), hätten die Fremdkommanditisten nicht für eine

60

Verschmelzung votiert. Der Hinweis des Beklagten darauf, dass die Fremdkommanditisten den Herren U. und M. „voll vertraut“ hätten, vermag angesichts der Höhe der in Rede stehenden Verschuldung von über 7 Millionen DM nicht zu überzeugen. Hierzu hätte der Beklagte substantiell darlegen müssen, aus welchen konkreten Beweggründen die Fremdkommanditisten das operative Geschäft der U.-Gruppe einem derart hoch verschuldeten und offenkundig auch manipulativ geführten Unternehmen hätten anvertrauen sollen. Allein die vage Möglichkeit, über diese Plattform die eigenen Softwareprodukte besser vermarkten zu können, begründet noch keine Bereitschaft eines wirtschaftlich und vernünftig handelnden Gesellschafters, sich für ein konkursreifes Unternehmen finanziell zu engagieren.

Die gutachterliche Stellungnahme der F. GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur Ermittlung des Unternehmenswertes der U. Datentechnik GmbH vom 04.08.1997 (Anlage K 36, Bl.627 ff. GA) wirft zwar auch ein bedenkliches Licht auf die damals bestehende Ertrags- und Vermögenslage der GmbH. So wird dort etwa auf allgemeine und auch für den Berichtsfall besondere „Bewertungsprobleme“ hingewiesen. Zudem lasse sich etwa ein positiver Unternehmenswert begründen „nur unter Berücksichtigung des Warenzeichens „U.“ “ (vgl. Bl.655 GA), was gleichfalls Anlass zu einer kritischen Betrachtung gab. Gleichwohl fehlen in dieser Stellungnahme konkrete Hinweise auf die tatsächliche Überschuldung des Unternehmens. Wenn der Beklagte dagegen unter Hinweis auf die gravierenden Fehler im Jahresabschluss das Testat versagt hätte, muss bezüglich der nicht eingeweihten Kommanditisten angenommen werden, dass diese entweder unmittelbar einer Verschmelzung entgegen getreten wären oder zumindest weitergehende kritische Untersuchungen veranlasst hätten, um sich über die tatsächlichen Vermögens- und Finanzverhältnisse der GmbH ein Bild zu machen. 61

ee) Ein vollständiger Haftungsausschluss des Beklagten aufgrund einer Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB analog kommt nicht in Betracht. 62

Bei der Entscheidung der Frage, inwieweit ein vorhandenes Wissen der Vertragspartnerin des Beklagten (= U. Datentechnik GmbH) dem geschützten Dritten nach § 166 Abs. 1 BGB analog zuzurechnen ist, muss maßgebend auf die besonderen Umstände des Einzelfalls abgestellt werden. Vorliegend besteht einerseits die Besonderheit, dass die vertretungsberechtigten Organe der geprüften GmbH identisch waren mit den Vertretungsorganen der persönlich haftenden Gründungsgesellschafterin der Gemeinschaftsdnerin T. AG & Co. KG, der T. Verwaltungs AG, also die Vorstände U. und M.. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass nach § 13 Abs. 1 S. 1 UmwG ein Verschmelzungsvertrag nur wirksam wird, „wenn die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger ihm durch Beschluss (Verschmelzungsbeschluss) zustimmen“. Im Rahmen der Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB ist danach maßgebend darauf abzustellen, wer Adressat der vom Beklagten zu erbringenden Leistungen und Informationen sein sollte. Dies war vor dem Hintergrund der anstehenden Verschmelzungsentscheidung die Gesamtheit der Anteilsinhaber der T. AG & Co. KG, also nicht nur die Herren U. und M., sondern auch die übrigen Kommanditisten, welche in die manipulativen Vorgänge im Rahmen des Jahresabschlusses 1996 gerade nicht eingeweiht waren. Die von dem Beklagten geschuldete Informations- und Warnpflicht richtete sich im Rahmen des Drittbezuges also an die KG in ihrer Gesamtheit. Vor diesem Hintergrund führt die Kenntnis einzelner Gesellschafter/Geschäftsführer nicht zu einem vollständigen Forderungsverlust nach § 166 Abs. 1 BGB analog. Vielmehr ist die vorliegend gegebenen Besonderheit, dass das fehlerhafte Testat des Beklagten auf einer vorsätzlichen Irreführung des Prüfers durch Vertretungsorgane der geprüften GmbH beruhte, über eine Zurechnung fremden Mitverschuldens gemäß §§ 31, 254 BGB zu lösen. 63

ff) Die Haftung des Beklagten ist im Hinblick auf das vorsätzliche Mitverschulden der geprüften U. Datentechnik GmbH zwar beschränkt, wird aber nicht vollständig ausgeschlossen. Der in den Schutzvertrag einbezogenen Dritten, also der Gemeinschaftsdnerin, kann der Einwand fremden Mitverschuldens nur teilweise entgegengehalten werden. 64

Zu der Frage der Zurechnung eines Mitverschuldens im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass der geschädigte Dritte sich grundsätzlich das Mitverschulden des Vertragspartners seines Schädigers anrechnen lassen muss, selbst wenn jener nicht sein Erfüllungsgehilfe oder gesetzlicher Vertreter ist (BGHZ 24, 325 (327 f.); BGHZ 33, 247 (250); BGH GI 1997, 291 (293)). Diese Begrenzung des Drittschutzes folgt unter anderem aus Treu und Glauben (§ 242 BGB): Da der Geschädigte seine Rechte gegen den Schädiger nur aus den Vertragsbeziehungen der unmittelbaren Vertragsbeteiligten herleitet, dürfen ihm nicht mehr Rechte zustehen als dem Vertragspartner des Schädigers. Die Einbeziehung des Dritten in den geschützten Vertragsbereich bringt es mit sich, dass jener mit der Erweiterung des Rechtsschutzes auch die damit verbundenen Rechtsnachteile in Kauf nehmen muss (BGH GI 1997, 291 (293)). 65

Der Bundesgerichtshof hat jedoch auch klargestellt, dass es hierbei nur um einen Grundsatz und nicht um ein unverrückbares Prinzip handelt. Die den echten Vertrag zugunsten Dritter betreffende Bestimmung des § 334 BGB, wonach dem Versprechenden die Einwendungen aus dem Verträge auch gegenüber dem Dritten zustehen, ist dispositives Recht. Diese Vorschrift kann - auch stillschweigend - abbedungen werden, was sich insbesondere aus der Natur des Deckungsverhältnisses ergeben kann (BGHZ 93, 271 (275 f.)). Eine sich aus der "Natur des Vertrages" ergebende Durchbrechung des Grundsatzes, dass die Haftung des Schutzpflichtigen gegenüber dem Dritten nicht weiterreicht als gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner, ist insbesondere anzunehmen, wenn etwa für den Gutachter erkennbar ist, dass seinen gutachterlichen Äußerungen möglicherweise ein größeres Gewicht zukommt als den Angaben des Verkäufers selbst und deshalb sein Gutachten dazu geeignet ist, ein etwaiges Misstrauen eines Kaufinteressenten gegenüber der Richtigkeit der Angaben des Verkäufers zu zerstreuen. Darin liegt auch der erkennbare besondere Wert des Gutachtens für den Auftraggeber. Ist deshalb ein Gutachtenvertrag dahin auszulegen, dass auch mögliche Käufer in den Schutzbereich des Vertrages fallen, so liegt die Annahme nahe, dass das Vertrauen des Dritten in die Richtigkeit der gutachterlichen Aussagen auch dann geschützt werden soll, wenn die Unrichtigkeit durch den Auftraggeber (mit-)veranlaßt worden ist, unabhängig davon, wie sich die Fehlinformationen durch den Auftraggeber auf das Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber auswirken (BGH NJW 1995, 392 (393)). 66

Im Rahmen der Dritthaftung des von der geprüften Gesellschaft getäuschten Wirtschaftsprüfers und der hierauf bezogenen Anspruchsreduzierung ist wie folgt zu differenzieren: 67

Grundsätzlich hat ein vorsätzliches Mitverschulden der geprüften Gesellschaft nach § 254 BGB eine Anspruchsminde rung zur Folge. Allerdings entspricht es der herrschenden Meinung, dass bei einer Anwendung des § 254 BGB im Rahmen der Haftung des Abschlussprüfers aus § 323 Abs. 1 S. 3 HGB mehr Zurückhaltung als sonst üblich geboten ist. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.12.2009 wird wiederholt betont, dass es die vorrangige Aufgabe des Abschlussprüfers ist, Fehler in der Rechnungslegung des Unternehmens aufzudecken und den daraus drohenden Schaden von diesem abzuwenden. Daher lässt auch eine vorsätzliche Irreführung des Prüfers seine Ersatzpflicht 68

nicht ohne Weiteres gänzlich entfallen. Maßgeblich sind letztlich die Umstände des Einzelfalls (BGH NJW 2010, 1808 (1812) mit Verweis auf BGH NJWE-VHR 1998, 39 (40)). Dies bedeutet aber nicht, dass der Tatrichter im Einzelfall nicht doch über § 254 BGB zu einem vollständigen Haftungsausschluss gelangen kann (BGH NJWE-VHR 1998, 39 (40); Budde/Hense, HGB, § 323; Rdnr.121 ff.).

Gemessen an den dargelegten Grundsätzen der Rechtsprechung kann die
Gemeinschuldnerin im Rahmen der Dritthaftung des Beklagten i.V.m. den Grundsätzen des
Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte auch dann eine ordnungsgemäße Prüfung des
Jahresabschlusses verlangen, wenn der Beklagte im Rahmen der Prüfung von den Personen
U. und M. bewusst getäuscht worden ist. Im Rahmen der Haftungsabwägung ist in erster
Linie das vorsätzliche Handeln der Geschäftsführer U. und M. zu berücksichtigen. Diese
haben beispielsweise ihre Erkenntnisse über den weitaus größeren Umfang der
Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen bewusst verborgen, Überbewertungen
vorgenommen, Scheinumsätze kreiert und hierdurch ein insgesamt unzutreffendes Bild der
Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der GmbH vorgespiegelt (vgl. den
Sonderprüfungsbericht der Q. Beratung GmbH, Anlage K 13, Bl.149 ff., 203 GA). Das
bewusst verschleiernde Vorgehen der beiden Geschäftsführer der geprüften GmbH war auf
eine Irreführung des Prüfers angelegt. Die Herren U. und M. sind durch rechtskräftiges Urteil
des Landgerichts Köln vom 28.11.2001 (109-14/01 LG Köln/113 Js 286/98 StA Köln) jeweils
wegen Subventionsbetruges verurteilt worden zu Freiheitsstrafen von einem Jahr und zehn
Monaten (Angeklagter U.) bzw. zwei Jahren (Angeklagter M.), wobei die Vollstreckung jeweils
zur Bewährung ausgesetzt worden ist (Bl.1553 f. der beigezogenen Strafakte 109-14/01 LG
Köln/113 Js 286/98 StA Köln). In dem Urteil des Landgerichts Köln vom 28.11.2001 wird
klargestellt, dass jedenfalls der Angeklagte M. positiv wusste, dass die vom Beklagten
testierte Bilanz der U. Datentechnik GmbH vom 31.12.1996 falsch war (Bl.1560 der
beigezogenen Strafakte 109-14/01 LG Köln/113 Js 286/98 StA Köln).

69

Demgegenüber wiegt das Fehlverhalten des Beklagten zwar weniger schwer, kann aber in
der Gesamtschau nicht unberücksichtigt bleiben. Dieser hat grundlegende Berufspflichten
unberücksichtigt gelassen und es trotz gegebener Anhaltspunkte versäumt, Rechtsanwalts-
oder Saldenbestätigungen einzuholen. Auch hat er auffällige Geschäftsvorgänge, etwa
stichtagsnahe Buchungen von Lieferungen und Leistungen, nicht der notwendigen erhöhten
Risikobetrachtung unterzogen. Der Verzicht auf Nachweis- und Werthaltigkeitsprüfungen wie
auch die unterlassene Überprüfung des internen Kontrollsystems der GmbH führten im
Ergebnis zu dem fehlerhaften Testat. Nach Ansicht des Landgerichts lag sein Verhalten
insgesamt an der Grenze zur groben Fahrlässigkeit. Dies rechtfertigt es auch nach Ansicht
des Senats, dem Beklagten einen eigenen Verantwortungsanteil von zumindest 10 %
zuzuweisen. Eine genauere Bestimmung hat das Landgericht im Hinblick auf die der Höhe
nach begrenzte Haftung von 500.000,- DM (§ 323 Abs. 2 HGB a.F.) zu Recht nicht
vorgenommen. Ein völliges Zurücktreten seiner Haftung ist angesichts seines schweren
Verschuldens nicht geboten. Dies gilt auch vor dem Hintergrund des vom Bundesgerichtshof
betonten Gesichtspunkts, dass die besondere Kontrollfunktion des Abschlussprüfers
Zurückhaltung bei der Anwendung des § 254 BGB gebietet (BGH NJW 2010, 1808 (1812);
vgl. auch Baumbach/Hopt-Hopt/Merk, HGB, 34. Aufl. 2010, § 323 Rdnr.7).

70

gg) Der Senat geht ebenso wie das Landgericht von einem Gesamtschaden von etwa 7
Millionen DM aus. Die Sonderprüfung durch die Firma Q. Beratung GmbH vom 21.07.1998
ergab, dass in den Jahresabschluss 1996 der U. Datentechnik GmbH Verbindlichkeiten aus
Lieferungen und Leistungen in Höhe von mindestens 6.672.000,- DM nicht eingestellt und in
Höhe weiterer 1.305.000,- DM zu hohe Forderungen eingestellt worden sind. Danach ergab

71

das bilanzielle Eigenkapital nach Beurteilung des Sonderprüfers eine Überschuldung des Unternehmens in Höhe von 7.311.000,- DM. Infolge der Verschmelzung mit der U. Datentechnik GmbH musste die T. AG & Co. KG die aus Zuschüssen und Krediten zugeflossenen Mittel zur Tilgung von Altverbindlichkeiten der U. Datentechnik GmbH verwenden mit der weiteren Folge, dass die Mittelzuweisungen widerrufen und bereits ausgezahlte Mittel zurückgefordert wurden. Schließlich musste die T. AG & Co. KG am 11.10.1998 Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen. Diesen tatsächlichen Angaben des Klägers zur Schadensentstehung und –höhe ist der Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten.

hh) Ein Haftungsausschluss unter Hinweis auf die Ausschlussfrist gemäß Nr. 9 Abs. 3 S. 1 der Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (Bl.266 GA) scheidet aus. Die Ausschlussklausel verstößt gegen § 323 Abs. 4 HGB a.F.; die betreffende Freizeichnung ist daher wirkungslos. Dies gilt auch gegenüber der in den Vertrag einbezogenen Gemeinschuldnerin. Soweit man eine Haftung des Abschlussprüfers nach § 323 Abs. 1 HGB mit Drittwirkung bejaht, ist konsequenterweise auch das Verbot eines/r Haftungsausschlusses/beschränkung in § 323 Abs. 4 HGB a.F. zu berücksichtigen. 72

d) Das Vorliegen deliktischer Ansprüche gemäß §§ 823 Abs. 1 BGB, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, 826 BGB hat das Landgericht mit zutreffender Begründung, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen inhaltlich Bezug nimmt, verneint. Der Senat folgt der Auffassung des Landgerichts, dass der Beklagte bei der Prüfung nicht grob leichtfertig bzw. gewissenlos gehandelt hat. 73

e) Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, dass die Gemeinschuldnerin Rechtsnachfolgerin der U. Datentechnik GmbH sei, so dass eine Gläubigerstellung der GmbH gegenüber dem Beklagten mit der Verschmelzung automatisch auf die Gemeinschuldnerin übergehe. Hierbei wird verkannt, dass bei der GmbH kein eigenständiger Schaden entstanden ist, der im Wege des Forderungsübergangs auf die Gemeinschuldnerin hätte übergehen können. Geschädigt ist vielmehr allein und originär die Gemeinschuldnerin, die infolge der Verschmelzung die Altverbindlichkeiten der U. Datentechnik GmbH bedienen musste und hierdurch im Ergebnis insolvent wurde. 74

f) Die Zinsforderung des Klägers folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB a.F. (Art. 229 § 1 Abs. 1 S. 3 EGBGB). 75

III. 76

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3, 708 Nr.10, 711 ZPO. 77

Bei der Kostenentscheidung erster Instanz ist die vom Beklagten erhobene und in der Sitzung vom 08.10.2009 (Bl.1031 GA) zurückgenommene Widerklage nicht berücksichtigt worden. Der Grundsatz der einheitlichen Kostenentscheidung gebietet indes eine Berücksichtigung der Widerklagerücknahme spätestens in dem die Instanz abschließenden Urteil. Zudem hat der Kläger in zweiter Instanz einen Kostenantrag gestellt, so dass über die Kosten erster Instanz zu entscheiden ist. Das Berufungsgericht überprüft die Kostenentscheidung der ersten Instanz ohnehin von Amts wegen (OLG Jena NJW-RR 2002, 970 (971)). Eine falsche Kostenentscheidung darf schon im Hinblick auf § 308 Abs. 2 ZPO mangels Antragsbindung auch bei erfolglosem Rechtsmittel immer korrigiert werden (Zöller-Heßler, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 528, Rdnr.35). Die zwischenzeitlich zurückgenommene Widerklage hat bei 78

Zugrundelegung eines tatsächlichen Streitwerts von insgesamt 3.579.043,10 €, was 7.000.000,00 DM entspricht, Mehrkosten von 55.200,- € verursacht. Im Verhältnis zu den tatsächlich entstandenen Gesamtkosten folgen daraus Mehrkosten, die allein durch die erhobene Widerklage verursacht worden sind, von 56 %. Addiert man hierzu den Anteil des tatsächlichen Unterliegens des Beklagten von 20 %, so ergibt sich der Kostenausspruch für die erste Instanz.

Die Entscheidung bzgl. der Kosten des Berufungsverfahrens folgen aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. Da die Widerklage noch vor der Berufungsinstanz zurückgenommen worden ist, findet insoweit keine Berücksichtigung statt. 79

IV. 80

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1, Abs. 2 ZPO) sind gegeben. Die der Entscheidung des Senats zugrunde liegenden Bewertungen der rechtlichen Fragen zur Haftung eines mit einer Pflichtprüfung nach §§ 316 ff. HGB betrauten Wirtschaftsprüfers gegenüber Dritten sowie zu der Frage, inwieweit dem Dritten Kenntnisse und ein etwaiges Mitverschulden vertretungsbefugter Personen der geprüften Gesellschaft zugerechnet werden, sind von grundsätzlicher Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 81

Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren: 82

bis zum 07.10.2009: 3.579.043,10 € (= 7.000.000,- DM) 83

ab dem 08.10.2009: 1.278.229,70 € 84

Streitwert für das Berufungsverfahren : 1.278.229,70 € 85

(Berufung Kläger: 1.051.339,59 € 86

Berufung Beklagter: 226.890,11 €) 87