BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 256/04

Verkündet am:
6. April 2006
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

HGB §§ 316 ff, 323; BGB § 328; BörsZulV § 30 Abs. 1 (F: 9. September 1998)

a) Dass im Zusammenhang mit einem geplanten Börsengang einer Aktiengesellschaft Bestätigungsvermerke des Abschlussprüfers über eine Pflichtprüfung der Gesellschaft nach § 30 Abs. 1 Börsenzulassungs-Verordnung in einen Verkaufsprospekt aufgenommen werden müssen, führt nicht zur Einbeziehung an einer Beteiligung interessierter Dritter in den Schutzbereich des Prüfvertrages.

b) Zu den Grenzen einer Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Prüfvertrages über eine Pflichtprüfung nach §§ 316 ff HGB (Fortführung des Senatsurteils BGHZ 138, 257).

BGH, Urteil vom 6. April 2006 - III ZR 256/04 - OLG München
LG München I

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 2006 durch den Vorsitzenden Richter Schlick und die Richter Dr. Wurm, Streck, Dörr und Dr. Herrmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1 wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. April 2004 insoweit aufgehoben, als es die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Klage betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Klägerin macht in gewillkürter Prozessstandschaft Schadensersatzansprüche der P. E. D. (im Folgenden PE), einer Gesellschaft nach dem Recht der Cayman Islands, und der 3D KG (im Folgenden 3D KG) im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien der W. Aktiengesellschaft (im Folgenden W. AG) geltend. Die Aktien wurden Anfang des Jahres 2000 zum ganz überwiegenden Teil von B. W. , dem alleinvertretungsberechtigen

Vorstandsvorsitzenden der Gesellschaft, gehalten. Die Beklagten zu 2 und 3 hielten Anteile von 3,4 und 3 v.H. Ein für das Frühjahr 2000 geplanter Börsengang der Gesellschaft scheiterte, nachdem sich die als Konsortialführerin vorgesehene Bank, die Beklagte zu 3, aus dem Engagement zurückgezogen hatte. Im Anschluss hieran erwarben die PE und die 3D KG im Hinblick auf einen späteren Börsengang als sogenannte Pre-IPO-Investoren (IPO = Initial Public Offering) Aktien im Wert von 51 v.H. des Grundkapitals durch mehrere Verträge vom 18. April/3. Mai 2000 zum Kaufpreis von insgesamt 61.200.004,55 DM. W. ließ sich bei den Vertragsverhandlungen durch Rechtsanwalt Dr. B. vertreten, der bei dem Erwerb der von den Beklagten zu 2 und 3 gehaltenen Aktien als Treuhänder für die PE und die 3D KG auftrat. Auf Seiten der Erwerberinnen führte der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der W. AG D. , zugleich Vertreter der 3D KG, die Verhandlungen. Die W. AG wurde im Juni 2000 mit der Wo. AG verschmolzen; über das Vermögen dieser Gesellschaft wurde 2001 das Insolvenzverfahren eröffnet. Hintergrund war, dass unter der maßgeblichen Federführung von W. , der durch Urteil der Strafkammer des Landgerichts M. wegen Betruges in 95 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt wurde, die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der Gesellschaft infolge simulierter Geschäftsvorfälle und nicht korrekt bezeichneter Lagerbestände kein zutreffendes Bild über die Ertragskraft des Unternehmens vermittelten. Wegen Scheinbuchungen wurde gegen W. seit Oktober 1999 ermittelt; am 27. Oktober 1999 fand eine Durchsuchung der Geschäftsräume der W. AG statt.

2 Die Beklagte zu 1, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, war mit der Pflichtprüfung der Gesellschaft für das Geschäftsjahr 1998/99 (Jahresabschluss zum 30. September 1999 unter Einbeziehung der Buchführung und des Lage-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

berichts für den Zeitraum 1. Oktober 1998 bis 30. September 1999) und das vom 1. Oktober bis 30. November 1999 reichende Rumpfgeschäftsjahr befasst und erteilte mit Prüfberichten vom 19. November 1999 und 17. Dezember 1999 einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk. Im Auftrag des Vorstands der W. AG fertigte sie ferner über Warenlieferungen und Warenbezüge der Gesellschaft mit ausgewählten Kunden im Zeitraum von Oktober 1998 und September 1999 am 19. November 1999 eine sondergutachtliche Stellungnahme, in der auch auf konkrete Fragen der Steuerfahndungsstelle des Finanzamts M. eingegangen wurde. Auf Bitten des Beklagten zu 2, seinerzeit Finanzvorstand der Gesellschaft, nahm die Beklagte zu 1 am 31. Januar 2000 zur Problematik behaupteter Scheingeschäfte und zu den zur Überprüfung dieses Vorwurfs von ihr durchgeführte Untersuchungen erneut Stellung. Schließlich wurde die Beklagte zu 1 im Hinblick auf die geplante Börseneinführung im Sommer 1999 durch die Beklagte zu 3 mit der Erstellung eines Due-Diligence-Review beauftragt, der nicht unterschrieben ist und auf jeder Seite den Vermerk "Entwurf" trägt.

3 Die Klägerin wirft den Beklagten vor, sie hätten von den Manipulationen W. 's Kenntnis gehabt. Die Haftung der Beklagten zu 1 ergebe sich aus ihren unrichtigen Bestätigungsvermerken und gutachtlichen Stellungnahmen. Die Erwerberinnen seien in den Schutzbereich der hierüber geschlossenen Verträge einbezogen, da es der Beklagten zu 1 erkennbar gewesen sei, dass ihre gutachtlichen Äußerungen im Rahmen der Veräußerung der Aktien der W. AG Verwendung finden sollten.

4 Das Landgericht hat die Klage ohne Beweisaufnahme insgesamt abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin, soweit sie die Klage gegen die Beklagte zu 3 betraf, zurückgewiesen und im Übrigen das Urteil

aufgehoben und das Verfahren an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision der Beklagten zu 1 begehrt diese für ihr Prozessrechtsverhältnis mit der Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

5 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit es die gegen die Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagte) gerichtete Klage betrifft, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Während das Landgericht eine Haftung der Beklagten für die von ihr vorgenommenen Pflichtprüfungen gegenüber den Erwerberinnen nach § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB verneint und eine solche auch nicht aufgrund einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung für gegeben gehalten hat, kommt nach Auffassung des Berufungsgerichts eine Dritthaftung der Beklagten in Betracht. Sie ergebe sich aus dem Umstand, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der Prüfaufträge ein Börsengang der W. AG konkret geplant gewesen sei. Der Börsengang habe die Erstellung eines Verkaufsprospektes vorausgesetzt, in den die Bilanzen sowie die Gewinn- und Verlustrechnungen der Gesellschaft für die letzten drei Geschäftsjahre, die Bestätigungsvermerke der Abschlussprüfer sowie deren Namen, Anschrift und Berufsbezeichnung aufzunehmen gewesen seien. Danach sei für beide Vertragspartner des Prüfungsauftrags klar gewesen, dass die Bestätigungsvermerke und die genannten Informationen über die

Beklagte gegenüber Käufern von Aktien im Zuge des Börsengangs Verwendung finden würden mit dem Ziel, die Anlagebereitschaft der Anleger positiv zu beeinflussen. Wenn es auch nicht zu dem vorgesehenen Börsengang gekommen sei, sei der Beklagten spätestens im Zuge der Aufsichtsratssitzung der W. AG vom 11. Februar 2000 bekannt geworden, dass ein Pre-IPO-Investor in die Gesellschaft aufgenommen werden solle, um den Börsengang zu einem späteren Zeitpunkt zu verwirklichen. Dabei sei ihr deutlich geworden und sie sei damit einverstanden gewesen, dass ihre Bestätigungsvermerke Grundlage für dessen Investitionsentscheidung sein sollten. Ob der Beklagten im Hinblick auf ihre Prüfungstätigkeit Pflichtverletzungen vorzuwerfen seien, bedürfe einer umfangreichen Beweisaufnahme, die das Landgericht vornehmen müsse, weil es bei seiner Entscheidung die Frage der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich von Prüfungsverträgen und die dazu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung völlig unberücksichtigt gelassen habe.

II.

7 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

8 1. Hat das Berufungsgericht - wie hier in Bezug auf das Prozessrechtsverhältnis zur beklagten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - das Urteil der Vorinstanz wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, kann mit der Revision nur geltend gemacht werden, die ausgesprochene Aufhebung und Zurückverweisung verstoße gegen das Gesetz (BGH, Urteile vom 24. Februar 1983 - IX ZR 35/82 - NJW 1984, 495; vom 21. Oktober 1992 - XII ZR 125/91 - NJW-RR 1993, 442, 443; Beschluss vom 18. Februar 1997 - XI ZR 317/95 - NJW 1997, 1710; Urteil vom 19. März 2003

- IV ZR 233/01 - NJW-RR 2003, 1572). Dabei ist die Frage, ob ein Verfahrensmangel vorliegt, nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom materiell-rechtlichen Standpunkt des Erstrichters aus zu beurteilen, und zwar auch dann, wenn dieser verfehlt ist (vgl. Urteil vom 21. Oktober 1992 aaO m.w.N.). Hieran ist auch unter Geltung der durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27. Juli 2001 (BGBl I S. 1887) neu gefassten Vorschrift des § 538 ZPO, die in Absatz 1 die Pflicht zur eigenen Sachentscheidung durch das Berufungsgericht hervorhebt und in Absatz 2 die Ausnahmen von diesem Grundsatz gegenüber dem früheren Recht eingeschränkt hat (vgl. BT-Drucks. 14/4722 S. 102), festzuhalten.

9 2. Nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, auf den das Berufungsgericht seine Entscheidung gestützt hat, darf die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen werden - den erforderlichen Antrag hatte die Klägerin gestellt -, soweit das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist. Mit Recht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht gemessen an diesen Voraussetzungen die Sache nicht zurückverweisen durfte, sondern selbst zu entscheiden hatte.

10 a) Es erscheint schon zweifelhaft, ob dem Landgericht überhaupt ein Verfahrensfehler unterlaufen ist. Denn zunächst einmal beruht seine Auffassung, eine Haftung der Beklagten scheide nach § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB aus und sie bestehe auch nicht aufgrund einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung, auf einer materiell-rechtlichen Würdigung. Richtig ist, was die Klägerin in der Berufungsinstanz beanstandet hat, dass sich das Landgericht in der knappen Begründung seiner Entscheidung nicht näher mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die mit der Beklagten geschlossenen Prüfverträge für

die Erwerberinnen Schutzwirkungen entfalten konnten. Soweit man den oben wiedergegebenen Begründungselementen entnehmen wollte, das Landgericht habe diese Frage - mehr oder weniger unausgesprochen - verneint, wäre auch dies eine materiell-rechtliche Würdigung, die keinen Anlass zu einer Zurückverweisung böte. Allerdings prüft das Landgericht im Zusammenhang mit seiner Auffassung, die Haftung sei auch nicht - ausdrücklich oder konkludent - durch vertragliche Vereinbarung begründet worden, ob man einen solchen Vertragsschluss in der von der Klägerin behaupteten Zusendung der Kaufvertragsentwürfe an die Beklagte sehen könnte. Auf die - andere - Frage, ob sich aus der Erteilung der Prüfaufträge durch die W. AG Schutzwirkungen für einen Pre-IPO-Investor ergaben, ist das Landgericht nicht ausdrücklich eingegangen. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob man hierin - wie die Klägerin dies für richtig hält - einen schweren Verfahrensmangel in Gestalt der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu sehen hat, der unter den weiteren Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO eine Zurückverweisung rechtfertigen könnte (vgl. etwa zur grundlegenden Verkennung des Prozessstoffs Senatsurteil vom 5. April 1990 - III ZR 4/89 - NJW-RR 1990, 1500, 1501; Urteil vom 3. November 1992 - VI ZR 361/91 - NJW 1993, 538 f, jeweils m.w.N.).

11 b) Einer abschließenden Beantwortung dieser Frage bedarf es jedoch nicht, weil das Berufungsgericht die Sache bei richtiger Anwendung des materiellen Rechts, wie die Revision mit Recht rügt, nicht hätte zurückverweisen dürfen. Insoweit ist das Revisionsgericht auch bei einer kassatorischen Entscheidung zur Nachprüfung des materiellen Rechts berechtigt (vgl. BGHZ 31, 358, 363 f; Urteile vom 24. Februar 1983 - IX ZR 35/82 - NJW 1984, 495; vom 21. Oktober 1992 - XII ZR 125/91 - NJW-RR 1993, 442, 443; vom 19. März 2003 - IV ZR 233/01 - NJW-RR 2003, 1572). Denn auf der - nicht zutreffenden - Annahme des Berufungsgerichts, die Erwerberinnen seien in den Schutzbereich

der Prüfverträge einbezogen worden und deswegen bedürfe es einer umfangreichen Beweisaufnahme, beruht seine Entscheidung, die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

12 aa) Im Ausgangspunkt zutreffend gibt das Berufungsgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - auch des Senats - wieder, wonach sich aus einem Vertrag Schutzwirkungen für einen Dritten, der selbst keinen Anspruch auf die Hauptleistung aus dem Vertrag hat, ergeben können. Dies gilt etwa für Verträge, mit denen der Auftraggeber von einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, ein Gutachten oder eine gutachtliche Äußerung bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen (vgl. Senatsurteil vom 2. April 1998 - III ZR 245/96 - BGHZ 138, 257, 260 f m.w.N.). Die Beklagte als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gehört prinzipiell zu einem Personenkreis, dessen Stellungnahmen aufgrund der Sachkunde und der von ihm erwarteten Unabhängigkeit, Gewissenhaftigkeit und Unparteilichkeit - insbesondere bei Prüfungsaufträgen - von besonderer Bedeutung sind und Grundlage für Entscheidungen Dritter im wirtschaftlichen und finanziellen Bereich sein können. Nicht zufällig betreffen daher einige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, in denen aus einem Vertrag Schutzwirkungen für Dritte oder eine Haftung aus Vertrauensgesichtspunkten in Rede standen, Angehörige dieses Berufsstands (vgl. Urteile BGHZ 145, 187, 197 f; vom 8. Juni 2004 - X ZR 283/02 - NJW 2004, 3420, 3421; Senatsurteile BGHZ 138, 257 und vom 15. Dezember 2005 - III ZR 424/04 - WM 2006, 423, 425).

13 bb) Kommt es für die Annahme einer Schutzwirkung daher wesentlich darauf an, dass eine von Sachkunde geprägte Stellungnahme oder Begutachtung den Zweck hat, Vertrauen eines Dritten zu erwecken und - für den Sachkundigen hinreichend deutlich erkennbar - Grundlage einer Entscheidung mit

wirtschaftlichen Folgen zu werden, genügt dies für eine - von der Rechtsprechung entwickelte - Vertragshaftung gegenüber dem Dritten allein indes nicht. So kommt Bestätigungsvermerken von Abschlussprüfern schon aufgrund verschiedener Publizitätsvorschriften, wie z.B. § 325 Abs. 1 HGB oder der im Zusammenhang mit einer Börseneinführung vom Berufungsgericht herangezogene § 30 Abs. 1 der Börsenzulassungs-Verordnung (hier i.d.F. vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2832; aufgehoben durch Art. 4 Nr. 7 des Prospektrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 22. Juni 2005, BGBl. I S. 1698, 1716), die Bedeutung zu, Dritten einen Einblick in die wirtschaftliche Situation des publizitätspflichtigen Unternehmens zu gewähren und ihnen, sei es als künftigen Kunden, sei es als an einer Beteiligung Interessierten, für ihr beabsichtigtes Engagement eine Beurteilungsgrundlage zu geben. Ungeachtet dieser auf Publizität und Vertrauensbildung angelegten Funktion hat der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers für eine Pflichtprüfung, wie sie auch hier vorgenommen wurde, wegen einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung von Pflichten nach § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB auf Ansprüche der Kapitalgesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auf Ansprüche dieses Unternehmens beschränkt. Gläubigern wie Aktionären gegenüber haftet er nach dieser Bestimmung nicht. Der Senat hat in seinem Urteil vom 2. April 1998 zwar befunden, diese gesetzliche Regelung schließe Ansprüche von Dritten nach Maßgabe der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Dritthaftung Sachkundiger nicht von vornherein aus; der unmittelbare Anwendungsbereich des § 323 Abs. 1 HGB werde nicht durch eine Dritthaftung berührt, die wesentlich darauf beruhe, dass es Sache der Vertragsparteien sei zu bestimmen, gegenüber welchen Personen eine Schutzpflicht begründet werden solle (vgl. BGHZ 138, 257, 261). Er hat aber zugleich anerkannt, dass die gesetzgeberische Intention, das Haftungsrisiko des Abschlussprüfers angemessen zu begrenzen, auch im Rahmen der vertraglichen Dritthaftung zu beachten

sei und die Einbeziehung einer unbekannten Vielzahl von Gläubigern, Gesellschaftern oder Anteilserwerbern in den Schutzbereich des Prüfauftrags dieser Tendenz zuwiderliefe. In einem neueren Urteil, das eine freiwillige Prüfung betraf, die nach den Maßstäben der §§ 316, 317 HGB vorgenommen wurde, hat der Senat entschieden, ein Zeichnungsinteressent könne billigerweise keinen weitergehenden Drittschutz erwarten als in Fällen einer Pflichtprüfung (Urteil vom 15. Dezember 2005 - III ZR 424/04 - WM 2006, 423, 425). Diese vom Senat als restriktiv verstandene Anwendung von Grundsätzen der vertraglichen Dritthaftung im Bereich der Pflichtprüfung ist auch im Hinblick auf das Gesetzgebungsverfahren zu dem am 1. Mai 1998 in Kraft getretenen Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998 (BGBl. I S. 786) geboten. Nach der Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung sollte § 323 Abs. 1 HGB ein weiterer Satz angefügt werden, wonach der Abschlussprüfer anderen als den in Satz 3 Genannten für eine fahrlässige Verletzung seiner Pflichten nicht hafte. In der Begründung hierzu wurde ausgeführt, wenn die Frage eines Schadensersatzes der Rechtsprechung überlassen werde, bedeute dies für den Abschlussprüfer das Vorliegen von unkalkulierbar hohen wirtschaftlichen Risiken (BT-Drucks. 13/9712 S. 35). Zu einer entsprechenden Regelung kam es nicht, weil der Rechtsausschuss des Bundestages dies im Hinblick auf den Wortlaut des § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB und unter Berücksichtigung eines Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main (WPK-Mitteilungen 1997, 236) für entbehrlich hielt (BT-Drucks. 13/10038 S. 25). Der Senat sieht sich durch den Gang dieses Gesetzgebungsverfahrens nicht veranlasst, seine im Urteil vom 2. April 1998 vertretene Auffassung einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der Grundsätze über die vertragliche Dritthaftung im Bereich von Pflichtprüfungen aufzugeben. Es ist jedoch erneut zu unterstreichen, dass an die Annahme einer vertraglichen Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich strenge Anforderungen gestellt werden müssen. Diese

waren in der dem Senatsurteil BGHZ 138, 257 zugrunde liegenden Fallgestaltung, in der es während der Prüftätigkeit zu einer Kontaktaufnahme des Dritten mit dem Prüfer gekommen war, gegeben.

14 cc) Gemessen an diesen Maßstäben, die das Berufungsgericht nicht beachtet hat, weshalb der Senat an dessen Auslegung nicht gebunden ist, kommt den zwischen der W. AG und der Beklagten am 1./8. Oktober 1999 für das Geschäftsjahr 1998/99 und am 29./30. November 1999 für das Rumpfgeschäftsjahr 1. Oktober bis 30. November 1999 geschlossenen Prüfverträgen keine Schutzwirkung für die späteren Erwerberinnen zu. Im Zeitpunkt der Erteilung der Prüfaufträge stand ein solcher Erwerb nicht im Raum, vielmehr war daran gedacht, dass die W. AG an die Börse gehen sollte. Soweit das Berufungsgericht darauf abstellt, vor der geplanten Börseneinführung habe ein Verkaufsprospekt erstellt werden müssen, in dem über die Bestätigungsvermerke sowie den Namen und die Berufsbezeichnung der Beklagten hätte informiert werden müssen, gibt dies den Inhalt des § 30 Abs. 1 Börsenzulassungs-Verordnung zwar zutreffend wieder. Richtig ist auch, dass durch solche Angaben die Anlagebereitschaft von an einer Beteiligung interessierten Dritten positiv beeinflusst werden kann. Jeden in solcher Weise an einer Beteiligung Interessierten in den Schutzbereich der Prüfverträge einzubeziehen, wäre jedoch ein offener Widerspruch gegen die in § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung, die die Gerichte zu beachten haben. Eine andere Frage ist, ob ein Wirtschaftsprüfer als Garant aus Prospekthaftung oder wegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Schadensersatz schuldet, wenn er die Prüfung eines Verkaufsprospekts übernommen hat und ihm hierbei Fehler unterlaufen sind (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8. Juni 2004 - X ZR 283/02 - NJW 2004, 3420). Eine solche Fallkonstellation liegt jedoch nicht vor,

und zur Herausgabe eines Verkaufsprospekts kam es im Hinblick auf die Absage des Börsengangs nicht.

15 Als Anknüpfungspunkt (und Mindestvoraussetzung) für eine Dritthaftung käme daher von vornherein nur in Betracht, dass der Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt bekannt geworden wäre, ein als Pre-IPO-Investor interessierter Dritter warte ihre Begutachtung ab, um über ein mögliches Engagement zu entscheiden. Ein solcher Geschehensablauf ist jedoch weder von der Klägerin behauptet noch vom Berufungsgericht festgestellt. Soweit sich das Berufungsgericht auf die Aufsichtsratssitzung vom 11. Februar 2000 bezieht, in der über den Rückzug der Konsortialbank und die Möglichkeit gesprochen wurde, nach einem Pre-IPO-Investor zu suchen und den Börsengang hinauszuschieben, erlaubt der zugrunde gelegte Geschehensablauf eine Einbeziehung der späteren Erwerberinnen in die Prüfverträge nicht. Anders als in dem dem Senatsurteil BGHZ 138, 257 zugrunde liegenden Fall, in dem es während der Prüftätigkeit zu einem Kontakt des Dritten mit dem Prüfer kam, war hier die Prüfung bereits seit geraumer Zeit mit den Testaten vom 19. November 1999 und vom 17. Dezember 1999 abgeschlossen. Die Anwesenheit des Prüfers in der Aufsichtsratssitzung beruhte auf § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG; die Beklagte genügte daher einer gesetzlichen Pflicht, um den Aufsichtsrat bei seiner Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Gewinnverwendungsvorschlags zu unterstützen. Der Umstand, dass in dieser Sitzung in Anwesenheit des Prüfers erörtert wurde, man beabsichtige jetzt, einen Pre-IPO-Investor in die Gesellschaft aufzunehmen und dann den Börsengang durchzuführen, genügt nicht für die Annahme, es habe zwischen den Parteien der Prüfverträge eine stillschweigende Übereinkunft bestanden, einen Pre-IPO-Investor in den Schutzbereich der Prüfverträge einzubeziehen. Da ein Bestätigungsvermerk ohnehin einen publizitätspflichtigen Vorgang darstellt, andererseits die Haftung des Ab-

schlussprüfers im Zusammenhang damit nach § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB beschränkt ist, kann das bloße Wissen um oder die Erkennbarkeit von Bemühungen, anstelle eines zunächst geplanten Börsengangs einen Pre-IPO-Investor zu finden, keine Dritthaftung auslösen. Zum einen steht einer entsprechenden Erwartung des Vertragspartners schon die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthaltene Klausel entgegen, wonach die Weitergabe beruflicher Äußerungen des Wirtschaftsprüfers an einen Dritten seiner schriftlicher Zustimmung bedürfe. Zum anderen kann aber auch ein möglicher Erwerber, dem - wie hier über das Aufsichtsratsmitglied D. , der nach dem Vortrag der Klägerin als späterer Vertreter der Erwerberseite bei den Vertragsverhandlungen aufgetreten ist - das Scheitern des Börsengangs und die hierfür angeführten Gründe bekannt waren, billigerweise nicht erwarten, die bloße Erkennbarkeit der Relevanz der Bestätigungsvermerke genüge für eine vertragliche Haftung, sofern es an einer ausdrücklich erhobenen Verwahrung hiergegen fehle. Eine stillschweigende Ausdehnung der Haftung auf Dritte kommt daher grundsätzlich nicht in Betracht, wenn nicht deutlich wird, dass vom Abschlussprüfer im Drittinteresse eine besondere Leistung erwartet wird, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung hinausgeht.

16 3. Kommt es daher im Weiteren nicht auf die Frage an, ob die Beklagte ihre Pflichten aus den Prüfverträgen verletzt hat, ist der zurückverweisenden Entscheidung des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Deliktsrechtliche Ansprüche hat das Berufungsgericht noch nicht geprüft. Soweit das Berufungsgericht der behaupteten Übergabe des

Due-Diligence-Review keine rechtliche Bedeutung beigemessen hat, hat es Gelegenheit, sich mit den Rügen der Revisionserwiderung auseinanderzusetzen.

Schlick Wurm Streck

Dörr Herrmann

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 25.03.2003 - 28 O 2416/02 -
OLG München, Entscheidung vom 20.04.2004 - 5 U 3767/03 -