

## Abschlussprüferhaftung, Bestätigungsvermerk und Kausalitätsbeweis bei Anlegerschäden

Jüngste E des OGH<sup>2)</sup> beschäftigten sich mit dem Kausalitätsbeweis des geschädigten Anlegers iZm der Beeinflussung seiner Anlageentscheidung durch einen fehlerhaften Bestätigungsvermerk.<sup>3)</sup> Der OGH sieht die Behauptungs- und Beweislast des geschädigten Anlegers für den Kausalzusammenhang im Gegensatz zu seiner bisherigen Judikatur schon dann als ausreichend erfüllt, wenn sich die Nachricht von einem richtigerweise eingeschränkten oder versagten Bestätigungsvermerk am Kapitalmarkt verbreitet und zu einer Kaufwarnung geführt und der Anleger daher (überwiegend wahrscheinlich) vom Investment abgesehen hätte. Ein konkretes Vertrauen auf die Richtigkeit des Bestätigungsvermerkes soll nicht mehr erforderlich sein. Dieser Beitrag zeigt auf, dass die jüngsten E des OGH nicht im Einklang mit seiner bisherigen Judikatur stehen und diese zu einer undifferenzierten, uneinheitlichen sowie aus Sicht des Abschlussprüfers nicht überzeugenden, jedenfalls überschießenden Haftung führen.

### I. Ausgangspunkt: Bisherige OGH-Judikatur zur Kausalitätsfrage

Unstrittige Rechtslage ist es, dass der Geschädigte grds nicht nur den Eintritt des behaupteten Schadens und dessen Höhe, sondern auch den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Schadenseintritt zu behaupten und zu beweisen hat.<sup>4)</sup> Dies wird vom OGH auch in seinen jüngst judizierten E nicht anders gesehen und ausdrücklich bestätigt.

Nach bisher gesicherter Judikatur des OGH zur Dritthaftung des Abschlussprüfers haftet der Abschlussprüfer im Wege der Dritthaftung dem Anleger nur dann, wenn dieser im *Vertrauen* auf die Richtigkeit bzw Verlässlichkeit des Bestätigungsvermerkes verfehlt investiert und

damit einen Schaden erleidet.<sup>5)</sup> Der Anleger (oder der sonstige Gläubiger) muss auf den richtigen Bestätigungsvermerk *konkret vertrauen* und damit *in seiner Anlageentscheidung beeinflusst* sein. Ist ein konkretes Vertrauen mangels Kenntnis des Bestätigungsvermerkes nicht nachweisbar, muss – so die schon gelockerte weitergehende OGH-Judikatur<sup>6)</sup> – zumindest ein solches *Vertrauen durch eine* auf die Anlageentscheidung positiv einwirkende *Beratung* hervorgerufen sein, sodass der Berater selbst von dem erteilten Bestätigungsvermerk in Kenntnis oder beeinflusst ist. Das Wissen des Anlageberaters tritt sohin an die Stelle des Wissens des Anlegers.<sup>7)</sup> Ist jedoch ein derartiger konkreter vertrauensbegründender Kausalzusammenhang zwischen fehlerhaftem Testat und Kaufentschluss vom Anleger bzw vom Berater nicht nachgewiesen, bestand bis dato mangels Erfüllung des Kausalitätsbeweises keine Haftung des Abschlussprüfers.<sup>8)</sup>

### II. Jüngste Judikatur des OGH zur Kausalitätsfrage

Der OGH will nunmehr in den E 10 Ob 46/13g, 6 Ob 187/13p, 4 Ob 210/13f und 5 Ob 208/13v von dieser Judikatur-Linie

abgehen und auf das *Erfordernis eines konkreten Vertrauens* des Anlegers bzw seines Beraters auf den erteilten Bestätigungsvermerk *verzichten*. Unbeachtlich bleiben soll, ob mit dem Anleger im Beratungsgespräch über den Bestätigungsvermerk gesprochen wurde und ob der Bestätigungsvermerk dem Anleger bzw seinem Berater *überhaupt bekannt* war.<sup>9)</sup> Unbeachtlich sein soll auch, ob sowohl Anleger als auch sein Berater wussten, ob ein Bestätigungsvermerk überhaupt vorlag oder ob der Bestätigungsvermerk uneingeschränkt erteilt war.<sup>10)</sup> Noch weitergehender soll unbeachtlich sein, ob der Anleger oder sein Berater überhaupt *wussten, was ein Bestätigungsvermerk für den Abschluss einer Kapitalgesellschaft bedeutet*.<sup>11)</sup>

Insgesamt will der OGH nach den oben genannten E den Kausalzusammenhang zwischen dem fehlerhaften Bestätigungsvermerk und dem Investment des Anlegers schon dann genügen lassen, wenn dem Anleger (oder Berater) die *Information über eine Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerkes*, wäre dies jeweils korrekt erfolgt, *über den Kapitalmarkt zugekommen wäre*, weil sich die Nachricht von einem eingeschränk-

1) Der Autor dankt Herrn Mag. Rainer Wolfbauer für die kritische Durchsicht des Manuskriptes und seine wertvollen Anregungen.  
2) Die OGH-E 10 Ob 46/13g, 6 Ob 187/13p, 4 Ob 210/13 f sind im Zeitraum 17. 12. 2013 bis 17. 2. 2014 ergangen. Die jüngste E 5 Ob 208/13v datiert vom 30. 6. 2014.  
3) Unter einem „fehlerhaften“ Bestätigungsvermerk wird im Folgenden ein rechtswidrig uneingeschränkt statt eingeschränkt/versagend bzw ein rechtswidrig eingeschränkt statt versagend erteilter Bestätigungsvermerk verstanden. Zu den einzelnen Prüfurteilsvarianten des Bestätigungsvermerkes vgl § 274 Abs 1 Z 3 UGB sowie die Kommentierung bei *Steckel in U. Torggler*, UGB (2013) § 274 UGB Rz 17–19. Rechtswidrig erteilt kann ein Bestätigungsvermerk auch dann sein, wenn gem § 274 Abs 2 UGB zusätzliche Ergänzungen zB bei einem uneingeschränkten oder eingeschränkten Bestätigungsvermerk fehlen, um einen „wesentlichen“ falschen „Gesamteindruck“ vom Prüfergebnis bzw vom geprüften Unternehmen nicht entstehen zu lassen; *Steckel in U. Torggler*, UGB (2013) § 274 Rz 19.  
4) *Reischauer in Rummel* § 1298 ABGB Rz 4a; vgl exemplarisch OGH 3 Ob 225/11a.

5) So die bisherige Judikaturlinie des OGH, vgl die Leitentscheidungen 5 Ob 262/01t, 5 Ob 123/06h, 1 Ob 35/12x, 3 Ob 230/12p, 7 Ob 194/13z, 10 Ob 88/11f vor allem 8 Ob 105/13v.  
6) Vgl OGH 10 Ob 48/13a, 8 Ob 105/13v, 5 Ob 208/13v.  
7) Vgl zur Zurechnung des Beraterwissens an den beratenen Anleger *Graf*, Die Prospekthaftung und der Kausalitätsbeweis des geschädigten Anlegers, GeS 2011, 203 (211–212).  
8) So ausdrücklich OGH 8 Ob 105/13v.

9) Diese Fallkonstellation besteht zu allen drei E 4 Ob 210/03f, 10 Ob 46/13g, 10 Ob 46/13p.  
10) So die Feststellungen des Erstgerichtes zu 10 Ob 46/13g, die vom Rechtsmittelgericht sowie vom OGH iSd der den geschädigten Anleger grds treffenden Behauptungs- und Beweislast nicht weiter hinterfragt oder problematisiert wurden.  
11) So ebenfalls die Feststellungen des Erstgerichtes zu OGH 10 Ob 46/13g, die vom Rechtsmittelgericht sowie vom OGH nicht weiter hinterfragt bzw problematisiert wurden. Der OGH nimmt auf diese Feststellungen in 6 Ob 187/13p sogar ausdrücklich Bezug, ohne sie zu hinterfragen.

ten oder versagten Bestätigungsvermerk am Kapitalmarkt rasch verbreitet hätte und es sodann zu einer *Kaufwarnung* gekommen wäre.<sup>12)</sup> Dem Anleger soll hinsichtlich seines Kausalitätsnachweises nunmehr offensichtlich im Ergebnis eine „Beweiserleichterung“ (im Sinne eines Anscheinsbeweises oder einer widerlegbaren Kausalitätsvermutung) zukommen, wie dies ua auch mit der Rechtsfigur der Anlagestimmung verbunden ist.<sup>13)</sup> Der OGH vermutet mit Bezug auf seine *Judikatur zum hypothetischen Kausalverlauf bei Unterlassen pflichtgemäßen Handelns* pauschal eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“, dass der Anleger oder sein Berater über den Kapitalmarkt von einem eingeschränkten oder versagten Bestätigungsvermerk Kenntnis „erlangt hätten“.<sup>14)</sup> Nichtkennen, Nichtwissen, Nichtverstehen der Bedeutung eines Bestätigungsvermerkes führt nach Ansicht des OGH nicht zur Verneinung des tatsächlichen Kausalitätsnachweises. Behauptet der Anleger, er hätte vom richtig erteilten Bestätigungsvermerk mittelbar über seinen Berater oder die Fachpresse Kenntnis erlangt, reiche dies ohne Weiteres für den Kausalitätsnachweis. Dagegen habe der Abschlussprüfer nachzuweisen, dass dieser Kausalzusammenhang nicht vorliege, weil ein anderer Kausalverlauf wahrscheinlicher sei.

### III. Kritik

Zunächst ist schon die Prämisse des OGH, bei der Erteilung eines fehlerhaften Bestätigungsvermerkes handle es sich um eine Schadensverursachung durch Unterlassung anzuzweifeln, weil hierbei gerade nichts unterlassen, sondern ein zu positiver Bestätigungsvermerk erteilt wird (1.). Die damit im Ergebnis faktisch verbundene Verschiebung der Behauptungs- und Beweislast vom geschädigten Anleger auf den Abschlussprüfer ist zudem unsachlich und unzumutbar, weil der Kausalitätsgegenbeweis für den Abschlussprüfer praktisch nicht zu erbringen ist (2.). Soll dem Anleger eine über den Kapitalmarkt vermittelte Kau-

salitätsvermutung zugutekommen, würde dies im Ergebnis auch ein Anknüpfen an die *Rechtsfigur der Anlagestimmung* implizieren. Die Rechtsfigur der Anlagestimmung wird in der österreichischen Literatur nicht nur ausführlich (und kontrovers) diskutiert.<sup>15)</sup> Sie ist *vom OGH bis dato nicht aufgegriffen worden*. Wie zu zeigen ist, hat der OGH im Bereich der Berater-, Anlegerberater- und Prospekthaftung Beweiserleichterungen abgelehnt (3.). Gleiches gilt für den Anscheinsbeweis bei individuellen Kaufentscheidungen iZm der Prospekthaftung (4). Durch Ablehnung des Anscheinsbeweises in der Prospekthaftung gab der OGH bisher zu verstehen, dass er der Anlagestimmung als Rechtsfigur (mit den damit verbundenen „Beweiserleichterungen“ durch Anscheinsbeweis oder widerlegbare Kausalitätsvermutung) nicht näher treten möchte. Aus verschiedenen Gründen ist ein Anknüpfen an die Rechtsfigur der Anlagestimmung iZm der Kausalität eines fehlerhaft erteilten Bestätigungsvermerkes auch zukünftig abzulehnen (5.). Gegen „Beweiserleichterungen“ geschädigter Anleger können im Falle der Abschlussprüferdritthaftung weiters die Ungleichbehandlung geschädigter Dritter (6.) sowie die generelle Zurückhaltung des OGH bei der Begründung der Dritthaftung des Abschlussprüfers (7.) ins Treffen geführt werden.

#### 1. Keine Schadensverursachung durch Unterlassung

Schon der vom OGH judizierte Grundsatz, wonach an den *Beweis des hypothetischen Kausalverlaufes im Falle eines Unterlassens geringere Anforderungen* zu

15) Kritisch zur Rechtsfigur der Anlagestimmung äußern sich *Gruber/Zahradnik*, RdW 2010, 619; *Schopper*, Ad-hoc-Meldepflicht als Schutzgesetz, ÖBA 2014, 495; *Karollus*, Neues zur Prospekthaftung (Konkurrenz zum Verbot der Einlagenrückgewähr und zur „fehlerhaften Gesellschaft“, Kausalität des Prospektfehlers für die Disposition des Anlegers, Schadensberechnung und Schadensnachweis), Anmerkungen zu OGH 30. 3. 2011, 7 Ob 77/10i, ÖBA 2011, 450 (456–457); differenziert kritisch *Kalss*, Anlagestimmung – ein Instrument des österreichischen Kapitalmarktrechts?, GesRZ 2010, 245; ähnlich *Nowotny*, Kausalität und Prospekthaftung bei Investmentfonds, RdW 2011, 453; *Schobel*, Anlagestimmung und Kausalitätsbeweis, FS Koziol 2010, 1111; positiv zur Rechtsfigur der Anlagestimmung äußern sich dagegen *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarkt I (2005) § 11 Rz 25; *Graf*, Die Prospekthaftung und der Kausalitätsbeweis des geschädigten Anlegers, GeS 2011, 203; *Hofmann*, Kausalitätserfordernis und „positive Anlagestimmung“ bei der Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen, GeS 2011, 317; *Ladstätter*, Kausalität und Anscheinsbeweis bei der Prospekthaftung nach dem InvFG 2011, wbl 2012, 255.

setzen seien als bei einer Schadenszufügung durch positives Tun,<sup>16)</sup> trifft im Falle eines fehlerhaft erteilten Bestätigungsvermerkes nicht zu. *In der Ausstellung eines fehlerhaften Testates liegt gerade ein aktiv positives Tun*. Es wird ein Testat „erteilt“ und beim Firmenbuch „eingereicht“ (vgl § 277 Abs 1 UGB). Die durch das Testat zusammenfassende Bewertung des Prüfungsergebnisses fällt nur zu positiv aus. Darauf vertrauen wiederum Dritte und diese könnten in ihrer Anlageentscheidung zu „positiv“ beeinflusst sein. Im Ergebnis liegt bei einem fehlerhaft erteilten Testat primär eine Schadensverursachung durch einen positiv gesetzten Fehler des Abschlussprüfers vor, der wiederum zu einer aktiven Fehlinformation Dritter führen kann.<sup>17)</sup> *Da keine Schadensverursachung durch Unterlassen vorliegt*, besteht auch kein Anlass für eine Beweiserleichterung durch das Genügenlassen „einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ für den (ohnehin schon vermuteten) Kausalzusammenhang zwischen dem Anlegerscha-den und der fehlerhaften Testatserteilung.

#### 2. Unsachliche und unzumutbare Verschiebung der Behauptungs- und Beweislast

Behauptet der Anleger, er hätte vom richtig erteilten Bestätigungsvermerk mittelbar über seinen Berater oder die Fachpresse Kenntnis erlangt, soll dies – als überwiegend wahrscheinlicher Kausalverlauf – für den Kausalitätsnachweis ausreichen. Dagegen habe der Abschlussprüfer nachzuweisen, dass dieser Kausalzusammenhang nicht vorliege, weil ein anderer Kausalverlauf wahrscheinlicher sei. Diese neue Judikatur zum Kausalzusammenhang führt im *Ergebnis zu einer faktischen Verschiebung der Behauptungs- und Beweislast vom geschädigten Dritten auf den Abschlussprüfer*. Der OGH schützt den geschädigten Dritten durch eine widerlegbare Kausalitätsvermutung, der Abschlussprüfer hat diese Kausalitätsvermutung zu widerlegen. Diese faktische Verschiebung der Behauptungs- und Beweislast zulasten des Abschlussprüfers ist aus Sicht des Abschlussprüfers *nicht zumutbar, weil das Widerlegen der Kausalitätsvermutung nicht annähernd möglich ist*. Der Ab-

16) So die ständige Judikatur des OGH, exemplarisch in 4 Ob 210/03f und 10 Ob 46/13g.  
17) Die aktive Erteilung des fehlerhaften Testates ist der primäre Verstoß, die damit logischerweise verbundene Unterlassung des Gebotenen ist nur die sekundäre Umkehrfolge des positiv gesetzten Falschen.

12) So der OGH in allen drei E 4 Ob 210/03f, 10 Ob 46/13g, 10 Ob 46/13p.  
13) Zur Verknüpfung von Anscheinsbeweis bzw widerlegbarer Kausalvermutung und Rechtsfigur der Anlagestimmung in der Prospekthaftung vgl *Gruber/Zahradnik*, Zum Kausalitätsbeweis bei der Prospekthaftung, RdW 2010, 619 (619–620).  
14) Diese Verknüpfung erfolgt durch den OGH zwar nicht explizit, lässt sich aber in 4 Ob 210/03f sowie in 10 Ob 46/13g iZm den dort enthaltenen Urteilsbegründungen zu 2.1, 2.3 und 2.4 erschließen.

abschlussprüfer hat keinen persönlichen Kontakt zum Anleger, er verfügt somit über keine Unterlagen (Risikoprofile, Beratungsprotokolle etc) des Anlegers und kann daher die Beweggründe für die individuelle Anlageentscheidung des Anlegers nicht kennen.<sup>18)</sup> Der Abschlussprüfer, der nur mit dem geprüften Unternehmen in Kontakt steht, kann nicht wissen (oder kontrafaktisch darlegen), was die tatsächlichen Beweggründe des Anlegers für sein Investment waren. Der vom OGH dem Abschlussprüfer aufgebürdete *widerstrebende Kausalitätsnachweis* zum Nichtvorliegen eines Kausalzusammenhangs, nachdem zuvor eine positive Kausalitätsvermutung zugunsten des Anlegers unterstellt wird, ist (weil praktisch nicht durchführbar) *unzumutbar*.<sup>19)</sup> Im Übrigen widerspricht dies der *Judikatur von der Nähe zum Beweis*,<sup>20)</sup> wonach jene Person die Behauptungs- und Beweislast zu tragen hat, die näher am Beweis liegt.

Der Anleger kennt dagegen die Gründe für seine Anlageentscheidung (ua unterstützt von seinem Berater). Es *liegt keine Sachverhaltskonstellation vor, in der „konkrete Beweise vom Beweispflichtigen nicht erwartet werden können“*.<sup>21)</sup> Anleger und Berater, die nicht einmal wissen, *was* ein Bestätigungsvermerk überhaupt ist und welche *Bedeutung* er hat, wird man nicht mit Beweiserleichterungen schützen dürfen. Dass Anleger und Berater auf das reine Zukommen von Kapitalmarktinformation vertrauen dürfen, ohne grds Kenntnis oder Verständnis von bestimmten Informationsquellen zu haben, ist weder schlüssig noch lebensnah. Ein über den Kapitalmarkt vermittelter *Anlagestimmungsschutz statt Kausalität*<sup>22)</sup> für derartig „*uninformierte*“ Anleger (und Berater) ist *abzulehnen*. Anders kann der Fall dann liegen, wenn der Anleger oder sein Berater plausibel behaupten (und nachweisen), dass sie regelmäßig und aufmerksam die Entwicklung des Emittenten, dessen Wertpapiere gekauft

wurden, verfolgen und sie sich so über den Emittenten (auch durch Überprüfung des erteilten Bestätigungsvermerkes) informieren.<sup>23)</sup> Bei einem derartigen Sachverhalt wäre es eher schlüssig und lebensnah anzunehmen, dass der Berater von einem eingeschränkten oder versagten Bestätigungsvermerk tatsächlich Nachricht erhalten *und im Wissen darum, was dies bedeutet*, seinen Kunden als Anleger gewarnt hätte.

### 3. Widerspruch zur Berater-, Anlageberater- und Prospekthaf-tungs-Judikatur des OGH

Die neueste Judikatur-Linie des OGH zur Kausalität eines fehlerhaften Bestätigungsvermerkes ist auch deshalb kritisch zu betrachten, weil der OGH bei der Haftung wegen *fehlerhafter Anlageberatung bisher keinen Anlass* gesehen hat, dem geschädigten Anleger – abweichend von der allgemeinen Beweisführung – *Beweiserleichterungen* in Bezug auf die Kausalität zwischen der fehlerhaften Anlageberatung und der vermögensdisponierenden Kaufentscheidung zuzugestehen.<sup>24)</sup> Eine im Bereich der Arzthaftung bestehende Beweiserleichterung beim Kausalitätsbeweis wird vom OGH auf die Anlageberaterhaftung nicht übertragen, da der Anlageberater bei einer Fehlberatung nicht in ein absolutes Rechtsgut seines Vertragspartners eingreift und sich die besonderen Schwierigkeiten eines exakten Beweises der Kausalität eines festgestellten Behandlungsfehlers bei Anlageberatungsfehlern nicht stellen.<sup>25)</sup> Auch im *Notar- und Rechtsanwaltschaftsrecht* hat der OGH Beweiserleichterungen in Bezug auf die Kausalität der Sorgfaltsverletzung abgelehnt.<sup>26)</sup> Es ist daher nicht ersichtlich, warum gerade beim *Abschlussprüfer*, noch dazu bei einem Fall der durch die Judikatur bereits ohnehin ausgedehnten Dritthaftung des Abschlussprüfers, wenn auch zu Fragen der Kausalität, davon abgegangen werden soll.

### 4. Ablehnung des Anscheinsbeweises bei Prospekthaftung

Der Anscheinsbeweis beruht darauf, dass bestimmte *Geschehensabläufe typisch*

sind und es daher wahrscheinlich ist, dass auch im konkreten Fall ein derartig typischer und nicht atypischer Geschehensverlauf vorliegt.<sup>27)</sup> Der Anscheinsbeweis kann vom Schädiger entkräftet werden, wenn ein anderer Geschehensverlauf plausibler ist als der typische.<sup>28)</sup>

Fraglich ist, ob iZm Anlageentscheidungen überhaupt ein *typischer Geschehensverlauf* vorliegen kann. Die *Annahme eines typischen Geschehensverlaufes ist im Kapitalmarktrecht*, in dem vielfältige kursbeeinflussende Faktoren des Kapitalmarktes und eine Uneinheitlichkeit der individuellen Willensentscheidung der einzelnen Marktteilnehmer vorliegen, *im Einklang mit dem BGH nicht pauschal anzunehmen*.<sup>29)</sup> Auch der OGH judiziert nach ständiger Judikatur, dass der *Anscheinsbeweis* dort *ausgeschlossen* ist, wo der *Kausalverlauf durch den individuellen Willensentschluss eines Menschen bestimmt* wird.<sup>30)</sup> Da es sich bei einem Kaufentschluss des Anlegers stets um einen sehr individuell geprägten Willensentschluss handelt, der von verschiedensten (rationalen oder irrationalen) Parametern (insb von teils spekulativen Elementen) beeinflusst sein kann,<sup>31)</sup> hält auch der OGH daran fest, dass in Fragen des Kausalitätszusammenhangs zwischen mangelhaften Prospektangaben eines Anlegers und Anlageentscheidung ein Anscheinsbeweis nicht zulässig ist.<sup>32)</sup> Einen *Anscheinsbeweis* zugunsten des Anlegers hat der OGH<sup>33)</sup> im Falle der *Abschlussprüferdritthaftung wegen eines fehlerhaften Bestätigungsvermerkes* sogar ausdrücklich *abgelehnt*. Da der *Anlageentschluss* nach Ansicht des OGH *ausschließlich in die Ingerenz des Anlegers bzw dessen Beraters* fällt, ist der individuelle *Kausalitätsnachweis* ohne Beweiserleichterungen zwischen fehlerhaftem Verhalten und eingetretenem Schaden dem Geschädigten *zumutbar*.<sup>34)</sup> Die jüngste Judikaturlinie des OGH steht dagegen im Widerspruch.

18) So auch Schopper mit Bezug auf das Verhältnis von Emittent und Anleger, Ad-hoc-Meldepflicht als Schutzgesetz, ÖBA 2014, 495, (503).

19) Der OGH hat jüngst in 6 Ob 108/13w vom 28. 8. 2014 in einer E zum Hypo-Alpe-Adriakomplex gerade zum Grundsatz der Beweisnähe festgehalten, dass „den Beklagten mangels Kenntnis der internen Vorgänge bei der Klägerin und mangels Einsichtsmöglichkeit in deren (...) geschützte Unterlagen ein schlüssiges (...) Vorbringen“ zu den Vorbringen der Kläger „unmöglich ist“.

20) Vgl ebenso OGH in 6 Ob 108/13w vom 28. 8. 2014 mwN.

21) Diese Fallkonstellationen werden aber vom OGH gefordert, um den Anscheinsbeweis als sachgerecht zuzulassen, vgl nur OGH 2 Ob 167/07h und auch Rechberger, Zivilprozessrecht<sup>9</sup>, Rz 770 (Hervorhebung durch Autor).

22) So ausdrücklich Nowotny, RdW 2011, 454.

23) So die Fallkonstellation in OGH 6 Ob 187/13p sowie in der jüngsten E des OGH 5 Ob 208/13v.

24) OGH 5 Ob 106/05g, 6 Ob 231/10d, zuletzt 7 Ob 77/10i.

25) So der OGH ausdrücklich in 3 Ob 225/11a, vgl auch Schopper, ÖBA 2014, 503.

26) OGH 6 Ob 2100/96h ausdrücklich mit Verweis auf 6 Ob 2174/96s.

27) OGH 6 Ob 2100/96h, Schopper, ÖBA 2014, 503.

28) OGH 6 Ob 2100/96h.

29) So ausdrücklich BGH II ZR 218/03.

30) Insb OGH 6 Ob 2100/96h sowie 7 Ob 77/10i mwN.

31) Zu dieser Wertung ausdrücklich BGH 19. 7. 2004, II ZR 218/03 mwN. Diese Wertung ist auch für die vom OGH zu FN 2 judizierten Fälle relevant: Gerade in den die AvW-Genussscheine betreffenden Jahresabschlussprüfungen und Testaten zur AvW Gruppe AG im Zeitraum von 2001 bis 2008 gab es einen stark renditeorientierten „Anlegerhype“, der erst durch die Finanzkrise im Jahr 2008 gestoppt wurde.

32) OGH 6 Ob 2100/96h, ebenfalls BGH 19. 7. 2004, II ZR 218/03 mwN.

33) OGH 8 Ob 105/13w mit Verweis auf die zur Prospekthaftung ergangene E 10 Ob 69/11m.

34) OGH 6 Ob 2100/96h.

## 5. Reichweite der Rechtsfigur der Anlagestimmung fraglich

### a) Allgemeines

Wie bereits ausgeführt, würde das Zulassen einer über den Kapitalmarkt vermittelten Kausalitätsvermutung zugunsten der geschädigten Anleger der Rechtsfigur der „Anlagestimmung“ nahekommen. Daher ist in einem weiteren Schritt zu klären, was unter dem Begriff der „Anlagestimmung“ zu verstehen ist. Hierzu ist auf die deutsche Rechtslage einzugehen, weil von dort der Begriff der „Anlagestimmung“ herrührt (b). Sodann wird die bisherige Position des OGH zur Rechtsfigur der Anlagestimmung referiert (c). Mit Blick auf die BGH-Judikatur ergibt sich ein eingeschränktes Anwendungsfeld der Anlagestimmung (d), die auch für die OGH-Judikatur Vorbild sein sollte. Der begrenzte Informationsquellencharakter des Jahresabschlusses sowie des Bestätigungsvermerkes spricht – anders als bei einem Emissionsprospekt – zudem grds gegen die Möglichkeit der Begründung einer Anlagestimmung (e). Nicht übersehen werden darf, dass eine Anlagestimmung auch nur zeitlich begrenzt bestehen kann (f).

### b) Begriff der Anlagestimmung – deutsches Recht und Judikatur des BGH

Unter der Rechtsfigur der „Anlagestimmung“ wird eine „positive“ (also eine durch aktives Tun von Marktteilnehmern am Kapitalmarkt herbeigeführte) Marktstimmung verstanden, die von der deutschen Judikatur für den speziellen Bereich der Emissionsprospekthaftung entwickelt wurde und nunmehr *gesetzlich* (seit dem 3. Finanzmarktförderungsgesetz 1998) *ausdrücklich in den §§ 44, 45 Abs 2 dBörseG verankert* ist.<sup>35)</sup> Mit dem Begriff der Anlagestimmung soll der geschädigte Anleger nicht nachweisen müssen, dass er selbst den fehlerhaften Prospekt gelesen und daraufhin das Wertpapier gekauft hat.<sup>36)</sup> Es reicht ihm darzulegen und zu beweisen, dass es den fehlerhaften Prospekt am Markt zum Zeitpunkt des Erwerbs gegeben und dass dieser Prospekt am Markt zB durch Kaufempfehlungen, sonstige Beeinflussungen oder Mitbestimmung von Fachkreisen eine positive Stimmung erzeugt hat. Diese Stimmung

kann der Anleger sodann ohne Rücksicht auf die individuelle Kenntnis des Prospektes nach Art einer „*tatsächlichen Vermutung*“ für den Kausalzusammenhang zwischen dem Prospektfehler und dem Investment in Anspruch nehmen. Hat der Anleger während einer solchen (allerdings zeitlich begrenzten)<sup>37)</sup> Anlagestimmung Wertpapierkäufe getätigt, hat sich der Prospektfehler mittelbar auf seine Kaufentscheidung ausgewirkt. Der Emittent als Prospektersteller hat für die Widerlegung der Kausalitätsvermutung dann darzulegen, dass die Wertpapiere nicht aufgrund des Prospektes erworben wurden oder dass diese trotz Kenntnis des Prospektes nicht erworben worden wären.

Außerhalb der oben beschriebenen Prospekthaftungsnorm hat das deutsche Gesetzesrecht die Rechtsfigur der Anlagestimmung nicht weiter geregelt.<sup>38)</sup> Auch der BGH judiziert die Rechtsfigur der Anlagestimmung außerhalb der Emissionsprospekthaftung grds nicht.<sup>39)</sup> Bei sonstigen Kapitalmarktinformationen lässt er die (individuelle) Berufung auf die Anlagestimmung nur dann zu, wenn sonstige Kapitalmarktinformationen „*verkaufsfördernd*“ mit einer feststellbaren Auswirkung auf die Transaktionsaktivität am Kapitalmarkt feststellbar sind.<sup>40)</sup> Nur in diesem Fall kann sich der Anleger auf eine konkret nachzuweisende Anlagestimmung berufen. Der BGH verneint überdies, dass *nur im Ausnahmefall* und nicht im Regelfall eine kapitalmarktrechtliche Information eine Anlagestimmung erzeugen kann.<sup>41)</sup> So tragen Ad-hoc-Meldungen nach Ansicht des BGH im Normalfall nicht zur dauerhaften Bildung einer Anlagestimmung bei.<sup>42)</sup> Wenn dem so ist, muss dies umso mehr für den Kausalitätsverlauf zwischen einem fehlerhaften Bestätigungsvermerk und einem Anlegerschaden gelten. Auch hier kann nur im *Ausnahmefall* und je nach *Gewichtigkeit der Information* sowie (!) bei entsprechender *Kapitalmarktorientierung eines Unternehmens*

mit damit einhergehender *Rezeption von Kapitalmarktinformationen durch den Kapitalmarkt* angenommen werden, dass sich eine Anlagestimmung bis zu den Finanzintermediären und sodann zu deren Kunden herumgesprochen und dies zu einer anderen Investmententscheidung der Anleger geführt hätte.<sup>43)</sup> Diese Ausnahmesituation liegt bei veröffentlichten Bestätigungsvermerken idR nicht vor.

### c) Position des OGH zur Anlagestimmung

Der OGH hat sich bisher mit der *Rechtsfigur der Anlagestimmung nicht explizit auseinandergesetzt*. Dieser Fragestellung ist er bis dato vielmehr ausgewichen,<sup>44)</sup> ua etwa mit dem Hinweis, dass kein Vorbringen zu einer Anlagestimmung vorläge.<sup>45)</sup> In der eine Dritthaftung des Abschlussprüfers betreffenden E des OGH 8 Ob 105/13v zitiert der OGH zwar 10 Ob 69/11m, in welcher der OGH ausführt, dass ein Teil der Lehre vertrete, dass ein am Markt vorhandener fehlerhafter Prospekt zu einer „Anlagestimmung“ führen und damit ein Prima-facie-Beweis zugunsten des Anlegers vorliegen könne, wobei „*die österreichische Rechtsprechung einen solchen Anscheinsbeweis jedoch ablehne*“. In der weiteren Urteilsbegründung zu 8 Ob 105/13v hält der OGH – ohne nochmals Bezug auf die Anlagestimmung zu nehmen – fest, dass zum Nachweis der Kausalität der Geschädigte „*also*“ (also mit Bezug auf den Vorab-satz, in dem von der Anlagestimmung die Rede ist) darzulegen habe, dass er seine Anlageentscheidung „*tatsächlich im Vertrauen*“ auf den erteilten Bestätigungsvermerk getroffen und diesen zur Grundlage seiner schadensauslösenden Disposition gemacht habe. Durch den „*also*“-Bezug zeigt der OGH, dass er dem Anscheinsbeweis – wie nach ständiger Judikatur in Anlageberatungshaftungsfällen – auch iZm der Rechtsfigur der Anlagestimmung nicht näher treten möchte. *Durch die Ablehnung des Anscheinsbeweises im Bereich der Anlageberatungs-, Prospekt- und Abschlussprüferhaftung ergibt sich daher mE eine – wenn auch mittelbare – Ablehnung der Rechtsfigur der Anlagestimmung* (als einer zum Anscheinsbeweis analogen Beweiserleichterung) *durch den OGH*.

Auch wenn man – so wie der BGH – grundsätzlich die Rechtsfigur der An-

35) Zum Folgenden ausführlich *Kalss*, GesRZ 2010, 245 ff, 246; vgl auch die BGH-E XI ZR 173/97, II ZR 175/81 und II ZR 218/03.

36) *Kalss*, GesRZ 2010, 246; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht I (2005) § 11 Rz 25.

37) Nach § 44 Abs 1, § 45 Abs 2 Nr 1 dt BörseG wird der Kausalzusammenhang unwiderleglich vermutet, wenn das Investment innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der Prospektveröffentlichung getätigt wird, vgl dazu auch *Kalss*, GesRZ 2010, 246.

38) *Kalss*, GesRZ 2010, 246.

39) Vgl zB BGH 19. 7. 2004, II ZR 218/03 mwN.

40) *Kalss*, GesRZ 2010, 246, mit Verweis auf II ZR 218/03. Auch *Graf* definiert in GeS, 2011, 211, die Anlagestimmung mit dem Hinweis auf das Vorliegen einer „*Transaktionsdynamik*“.

41) BGH II ZR 218/03.

42) BGH XI ZR 59/10, ähnlich *Schopper*, ÖBA 2014, 503.

43) So auch *Kalss*, GesRZ 2010, 249.

44) In 4 Ob 5/13m und 10 Ob 69/11m ist der OGH zB auf die Anlagestimmung nicht eingegangen.

45) OGH 4 Ob 5/13m und 10 Ob 69/11m.

gestimmung im Kapitalmarktrecht und bei Anlegerschäden nicht pauschal ablehnen möchte, so ist doch fraglich, wie diese Anlagestimmung begründet wird, in welchen Bereichen die Anlagestimmung zur Anwendung gelangen soll und ob Bestätigungsvermerke überhaupt eine Anlagestimmung erzeugen können (vgl 5. d); ferner, wie lange eine Anlagestimmung überhaupt zeitlich gilt (vgl 5. f). Weiters ist zu fragen, ob der Anlagestimmungsschutz undifferenziert bei allen Anlegern, egal wie deren Informationsstand und Rezeptionskultur aussieht, greifen soll (vgl 6.), auch unabhängig davon, um welche Art des Unternehmens am Kapitalmarkt es sich hierbei handelt (vgl 5. d).

#### d) Eingeschränkte BGH-Judikatur als Maßgabe

Knüpft man an die Judikatur des BGH an, ergibt sich bereits der zu 5. b) dargestellte sachlich eingeschränkte Anwendungsbe- reich der Anlagestimmung. *Fraglich* ist nach Maßgabe der BGH-Judikatur daher, ob ein Jahresabschluss oder ein fehlerhafter Bestätigungsvermerk eine „positive“ (aktive) Anlagestimmung grds begründen kann. Wenn überhaupt, kann das Erzeugen einer Anlagestimmung wohl nur bei Testierung eines kapitalmarktorientierten (oder börsennotierenden) Unternehmens iSd Emissionsprospekthaftung des BGH möglich sein. Denn nur hier gibt es – abgesehen von der effektiven Bewerbung durch Werbeprospekte – einen rezipierenden Kapitalmarkt (durch Analysten), der Einfluss auf eine Anlagestimmung nehmen kann.<sup>46)</sup> Bei Emittenten, die nicht an der Börse notieren, sondern am freien unregulierten Markt Investmentmöglichkeiten anbieten,<sup>47)</sup> gibt es keine Analysten, die laufend Informationen über das Emissionsunternehmen kritisch würdigen und damit eine Anlagestimmung erzeugen/beeinflussen. Ein *Bestätigungsver-*

*merk wird auch nicht aktiv in den Markt kommuniziert*, sondern beim Firmenbuch „eingereicht“ und somit „hinterlegt“ (vgl § 277 Abs 1 UGB). Somit kann bei einem fehlerhaften Bestätigungsvermerk eine positive Anlagestimmung noch viel schwerer entstehen als bei einem Prospekt oder einer Ad-hoc-Mitteilung, die dezidiert an den Kapitalmarkt gerichtet und kommuniziert werden. Wenn daher schon der BGH die Begründung einer Anlagestimmung bei Ad-hoc-Mitteilungen ablehnt, die ein börsennotierendes Unternehmen als Emittenten zur Voraussetzung haben, *müsste dies umso mehr für fehlerhafte Testate eines Abschlussprüfers für Emittenten gelten, die nicht an der Börse notieren.*

Der BGH hält, anders als beim Prospekt, bei Ad-hoc-Mitteilungen eines börsennotierten Unternehmens das Auslösen einer Anlagestimmung auch deshalb für nicht möglich, weil durch Ad-hoc-Mitteilungen nur *selektive* Informationen bereitgestellt werden, die eine anhaltende Anlagestimmung nicht auslösen.<sup>48)</sup> Dies muss umso mehr für einen fehlerhaften Bestätigungsvermerk gelten, und zwar auch im Fall eines börsennotierenden Unternehmens.<sup>49)</sup> Ein *Bestätigungsvermerk kann eine positive Anlagestimmung nicht erzeugen, da diesem eine im Vergleich zum Prospekt oder zu einer Ad-hoc-Mitteilung andere Informationswirkung zukommt* (vgl dazu auch 5. f). Denn was wird bei einem eingeschränkten oder versagten Bestätigungsvermerk der Öffentlichkeit anders als bei einem uneingeschränkten Testat gegenüber bestätigt? Im Falle eines eingeschränkten Bestätigungsvermerkes, dass der Jahresabschluss *nur ein „im Wesentlichen“ getreues Bild* der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt (§ 274 Abs 3 UGB) und nicht – wie bei einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk – *auch „ein möglichst getreues“ Bild* von der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens (§ 274 Abs 2 UGB). Und im Falle eines versagten Bestätigungsvermerkes, dass der Abschlussprüfer nach Ausschöpfung aller angemessenen Möglichkeiten zur Klärung des Sachverhaltes *nicht in der Lage war, ein Prüfurteil zum geprüften Jahresabschluss abzugeben* (vgl § 274 Abs 4 UGB). Weder ein eingeschränkter noch ein versagter Bestätigungsvermerk

sagen Qualifiziertes über den erstellten Jahresabschluss samt Anhang und Lagebericht aus. Jedenfalls müsste – wenn man schon eine Beeinflussung einer Anlagestimmung durch einen fehlerhaften Bestätigungsvermerk annehmen möchte – *zwischen einem unrichtigen Testat, weil uneingeschränkt statt eingeschränkt erteilt, und einem unrichtigen Testat, weil uneingeschränkt oder eingeschränkt statt versagend erteilt, unterschieden werden*, weil nur bei einem versagten Testat die Wahrnehmungsschwelle in der Öffentlichkeit als ausreichend hoch angesetzt gesehen werden kann (Ausnahmecharakter der Kapitalmarktinformation). Viel lebensnaher ist es dagegen anzunehmen, dass sich ein renditeorientierter Anleger oder ein optimistischer und von einem Anlageprodukt überzeugter Berater allein von einem eingeschränkten oder versagten Testat nicht abschrecken lässt. Eine Kausalitätsvermutung zugunsten des Anlegers bei jeder Form eines fehlerhaften Testates ist jedenfalls überschießend und eine Überbewertung des Aussagewertes eines veröffentlichten Bestätigungsvermerkes mit Blick auf den durchschnittlichen Empfängerhorizont eines Anlegers bzw seines Beraters.

#### f) Jahresabschluss und Bestätigungsvermerk als begrenzte Informationsquelle

Wie schon angedeutet, kommt einem Jahresabschluss und einem Bestätigungsvermerk im Vergleich zu einem Prospekt ein anderer, nämlich weniger qualitativer Informationsquellenwert zu. Der Bestätigungsvermerk attestiert (kontrollierend) nur, dass Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht zu einem bestimmten Stichtag den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (§ 273 UGB), ohne jedoch eine qualitative Aussage über die tatsächliche wirtschaftliche Lage des geprüften Unternehmens, die Qualität der Geschäftsführung oder über die Sorgfalt und Zweckmäßigkeit der Geschäftsgebarung zu treffen.<sup>50)</sup> Der Bestätigungsvermerk dient nicht als Garantie für den Fortbestand des Unternehmens und es ist anerkannt, dass dem *Bestätigungsvermerk nur begrenzter Informationswert* zukommt.<sup>51)</sup>

Der Jahresabschluss nach dem österreichischen UGB (und darauf Bezug nehmend der Bestätigungsvermerk) orientiert sich am *Vorsichtsprinzip* und

46) Zur Bildung einer „Anlagestimmung“ ua durch gezielte Informationsaufbereitung in der Finanzanalyse oder durch bestimmte Werbemaßnahmen vgl *Kalss*, GesRZ 2010, 246–251. Auch *Graf*, GeS 2011, 211 geht im Falle einer Anlagestimmung davon aus, dass ein bestimmtes Wertpapier entsprechende Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit genießen muss, sodass die dadurch entstandene Transaktionsdynamik wiederum das Interesse der Öffentlichkeit an dem Wertpapier steigert. Jedenfalls muss eine erhöhte Öffentlichkeit vorausgesetzt werden, damit eine Anlagestimmung als Transmissionsrahmen wirksam werden kann.

47) Dies ist etwa bei den OGH-E 6 Ob 187/13p, 4 Ob 210/13f zu berücksichtigen, die Anlegeransprüche gegen den Abschlussprüfer der AWW Gruppe AG zum Gegenstand haben. Die AWW-Gruppe war nicht börsennotiert, sodass die von ihr ausgegebenen Genußscheine tatsächlich nur einem „Insiderberatermarkt“ bekannt waren.

48) BGH XI ZR 51/10, vgl für die österr Rechtslage auch *Schopper*, ÖBA 2014, 495, 501 ff.

49) Vgl die OGH-E 10 Ob 46/13g, die zu einem Testat der börsennotierenden Immofinanz AG ergangen ist.

50) OGH 5 Ob 262/01t, *Steckel* in U. *Torggler*, UGB (2013) § 274 Rz 1.

51) *Steckel* in U. *Torggler*, UGB (2013) § 274 Rz 1–2.

damit primär an den *Interessen der Gläubiger*.<sup>52)</sup> Anleger sind (anders als Gläubiger wie Banken oder Lieferanten, die mit dem geprüften Unternehmen in laufender Geschäftsbeziehung stehen) dagegen stärker an einem kaufmännischen Unternehmenswert und an einer entsprechenden weiteren Wertentwicklung des erworbenen Investments interessiert.<sup>53)</sup> Ein *Prospekt* hat daher gerade den Sinn, den Anleger über alle wirtschaftlichen Fragen des Unternehmens eingehend und substanziiert zu informieren, und stellt den *Schutz der Anleger* in den Vordergrund.<sup>54)</sup> Ein *Prospekt* will dem Anleger ein fundiertes *Urteil über die Zukunftsaussichten des Emittenten* (§ 7 Abs 1 KMG). Anders als der *Prospekt* beziehen sich Jahresabschluss und Bestätigungsvermerk jedoch stets nur auf einen konkreten Bilanzstichtag bzw auf eine konkrete Berichtsperiode und enthalten diese – zumindest für den durchschnittlichen Anleger – grds *keine wesentlichen zukunftsgerichteten Aussagen* über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens.<sup>55)</sup> Der *Informationswert* des Jahresabschlusses sowie des Bestätigungsvermerkes ist anders als der Informationswert des Prospekts *qualitativ-sachlich eingeschränkt und – im Wesentlichen – vergangenheitsbezogen*. Insgesamt spricht dies dafür, dass ein Bestätigungsvermerk gegenüber einem geschädigten Anleger aufgrund seines eingeschränkten Informationswertes grds keine „Anlagestimmung“ erzeugen kann.

### e) Zeitliche Einschränkung der Anlagestimmung

Zu beachten ist ferner, dass eine *Anlagestimmung* stets *zeitlich* begrenzt ist. Der deutsche Gesetzgeber hat für die Verlagerung der Kausalitätsbeweises vom Anleger auf den Emittenten eine zeitliche Begrenzung von *6 Monaten ab erstmaliger Veröffentlichung des Prospektes* in § 45 Abs 2 Nr 1 dBörsG festgelegt. Nach alter Judikatur des BGH war eine Anlagestimmung – dort wo er sie vor der gesetzlichen Regelung partiell zuließ – auf *ein Jahr* nach der Prospektveröffent-

lichung begrenzt.<sup>56)</sup> Abzulehnen ist es daher, wenn der Anleger (Dritte) oder sein Berater, der im Zeitpunkt seiner Anlageentscheidung nicht einmal weiß, ob ein Bestätigungsvermerk vorliegt (und was er bedeutet), sich Jahre später auf einen typischen Geschehnisverlauf berufen können, dessen Verwirklichung überwiegend wahrscheinlich sein soll („Anlagestimmung“). Nachdem eine Anlagestimmung (wenn überhaupt) nur bis maximal ein Jahr nach Erteilung eines Bestätigungsvermerkes mitbegründet sein kann, weil sich das *Prüfurteil* auf einen bestimmten *Jahresabschluss* bezieht, kann jedenfalls die Erzeugung einer Anlagestimmung ein Jahr nach Testaterteilung (bzw Einreichung und Hinterlegung des Testates im Firmenbuch) durch dieses *jahresbezogene Testat* nicht mehr möglich sein.

### 6. Ungleichbehandlung geschädigter Dritter

Nach gefestigter Judikatur des OGH<sup>57)</sup> leitet sich die Dritthaftung des Abschlussprüfers von den *Schutzwirkungen des Prüfauftrages* zwischen der geprüften Gesellschaft und dem Abschlussprüfer ab. Bisher war im Falle der Dritthaftung anerkannt, dass von den Schutzwirkungen nur *diejenigen Dritten* erfasst sind, die *im Vertrauen auf den Bestätigungsvermerk disponieren* (oben I.). Sollten nunmehr nach der neuesten Judikatur des OGH (oben II.) auch Dritte (Anleger) geschützt werden, die nicht konkret auf die richtige Erteilung des Bestätigungsvermerkes vertrauen, sondern sich auf eine allgemeine „Anlagestimmung“ berufen dürfen („gelockerte“ Kausalität), würde dies zu einer *Ungleichbehandlung zwischen unterschiedlichen Drittgeschädigten* führen. Zum einen würden bei einer zu *uferlosen Kausalität bestimmte Dritte* (nämlich jene, die lediglich behaupten, auf eine Anlagestimmung zu vertrauen) gegenüber anderen Dritten, letztlich aber auch gegenüber dem geprüften Unternehmen, die *konkretes Vertrauen* in die Richtigkeit der Jahresabschlüsse und Testate des Abschlussprüfers *haben*, unsachgemäß *bevorzugt* werden.<sup>58)</sup> Dies würde dem Grundsatz widersprechen, wonach der Dritte aus einem Vertrag mit Schutz-

wirkung zu seinen Gunsten nicht mehr Rechte ableiten kann als die primäre geschützte Vertragspartei (dh die geprüfte Gesellschaft).<sup>59)</sup> Zum anderen müssten sich bei einer zu weit ausgedehnten Kausalität die jeweils unterschiedlichen Drittgeschädigten den gem § 275 UGB bestehenden *begrenzten Haftungsfond*<sup>60)</sup> teilen.<sup>61)</sup> Schon aus diesen *Sachlichkeitsüberlegungen* sollte der OGH auf einem plausiblen Kausalitätsnachweis ohne gesonderte Beweiserleichterungen bestehen und einer Ausweitung der Kausalität restriktiv gegenüberstehen.

### 7. Zurückhaltungsgebot bei Dritthaftung des Abschlussprüfers

Die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zur Begründung der Dritthaftung des Abschlussprüfers und die vom OGH seit Jahren selbst praktizierte konsequente und *einheitliche Erstreckung des Haftungsprivilegs des Abschlussprüfers gem § 275 UGB auf Dritte*<sup>62)</sup> geben weiteren Anlass für Zurückhaltung. Sowohl die (einmal zur Verfügung stehende) Höchsthafungsgrenze pro Prüfung als auch die absolute Verjährung von Ansprüchen binnen 5 Jahren ab Eintritt des Primärschadens<sup>63)</sup> kommen dem Abschlussprüfer im Dritthaftungsfall zugute. Dies ergibt sich ua aus der rechtsdogmatischen Begründung

52) *W. Doralt*, Haftung der Abschlussprüfer (2005) 13. Anders ist es freilich, wenn Jahresabschlüsse auf Basis IFRS/IAS erstellt werden, was bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften vorgeschrieben ist.  
53) *W. Doralt*, Haftung der Abschlussprüfer (2005) 13.  
54) *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktech I (2005) § 10 Rz 24.  
55) Diese Aussage findet man auch beim BGH zu III ZR 424/04.

56) BGH III ZR 424/04. Zum zeitlichen „Verstreichen“ einer Anlagestimmung vgl auch *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktech I (2005) § 11 Rz 25.  
57) OGH 5 Ob 262/01t, 4 Ob 236/02p, 7 Ob 269/07w, 5 Ob 123/06h, zuletzt vor allem 1 Ob 35/12x und 3 Ob 230/12p.  
58) So auch die Begründungen des Erst- und Berufungsgerichtes in der OGH-E 5 Ob 208/13v.

59) So zuletzt vor allem OGH 1 Ob 35/12x und 3 Ob 230/12p.  
60) Vgl dazu ausführlich *Karollus*, Die Haftungshöchstgrenze bei der Dritthaftung des Abschlussprüfers de lege lata und de lege ferenda, RdW 2006, 389 ff, ebenso *Wilhelmer*, Abschlussprüferhaftung und Versicherungsschutz, RdW 2007, 455, 456.  
61) Vgl ausdrücklich die Argumentation des Berufungsgerichtes in 5 Ob 208/13v vom 30. 6. 2014: „Auch für die Haftung als Abschlussprüfer gelte, dass ein Vertrauen des Anlegers auf den Jahresabschluss und den vom Abschlussprüfer erteilten Bestätigungsvermerk deren Kenntnis voraussetze. Von den Schutzwirkungen des Prüfungsvertrages sollten nur diejenigen Dritten erfasst sein, die im Vertrauen auf den ihnen bekannten Bestätigungsvermerk disponiert haben. Diese Beschränkung erscheine auch geboten, könne doch nicht davon ausgegangen werden, dass § 275 UGB jeden schütze, der auch nur durch entfernte Folgewirkungen einer unrichtigen Prüfung geschädigt werde. Eine derartige uferlose Haftung würde dazu führen, dass die Ansprüche derjenigen, die im Vertrauen auf die ihnen bekannten Bestätigungsvermerke disponiert haben, aufgrund der (auch bei Dritthaftung anwendbaren [vgl 5 Ob 262/01t]) Haftungsbegrenzung nach § 275 Abs 2 UGB verringert würden. Da diese Anleger aber weit eher schutzwürdig seien als solche, die nicht in die konkreten inkriminierten Bestätigungsvermerke vertraut haben, erscheine die Differenzierung sachlich geboten.“  
62) Dazu OGH 1 Ob 35/12x und 3 Ob 230/12p.  
63) Vgl *P. Bydlinski*, Abschlussprüferhaftung und Verjährung, FS Jud 2012, 61 ff; ausdrücklich OGH 1 Ob 35/12x.

der Abschlussprüferdritthaftung durch Bezugnahme auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Würde der OGH die „Kausalität“ zu sehr „weiten“, würden die *Rechtsgrundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* wie „Leistungsnahe“ bzw. „Gläubignähe“,<sup>64)</sup> die auf Dritte zu beziehen sind,<sup>65)</sup> nicht mehr ausreichend beachtet werden. Umgelegt auf das Verhältnis zwischen Abschlussprüfer (Schädiger), Gläubiger (geprüftes Unternehmen) und Dritten (geschädigter Anleger) muss sohin der Anleger „gläubigergleich“ (also wie das geprüfte Unternehmen) geschädigt sein, um über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mitgeschützt zu werden. Dies betrifft nicht nur die speziellen Haftungsfragen zur Höchsthaftungsgrenze und zur Verjährung, sondern auch Rechtsfragen zur Kausalität. Das konkrete Vertrauen des geprüften Unternehmens (bzw der Gesellschafter des Unternehmens) auf eine korrekte Prüfung (Kontrollfunktion gegenüber den Organen des geprüften Unternehmens) muss auch für Dritte gelten. Dritte (Anleger bzw mediatisiert über deren Berater) müssen genauso einen *begründeten* Kausalzusammenhang zwischen Testartertei-

lung und Anlagedisposition nachweisen wie das geprüfte Unternehmen selbst.

Schließlich ein marktpolitisches Argument: Das Risiko des Abschlussprüfers ist infolge der Dritthaftungsjudikatur ohnehin schon verschärft. Würde jeder *Dritte mit entfernten Folgewirkungen eines unrichtigen Testates* in den Genuss einer Schadensdeckung durch den Versicherer kommen, könnte der Abschlussprüfer infolge einer uferlosen Haftung an die *Grenzen finanzierbarer Haftpflichtversicherungsdeckungen* stoßen.<sup>66)</sup> Der Abschlussprüfer würde Gefahr laufen, keine oder nur sehr viel teurere Haftpflichtdeckungen zu erhalten, was zu weiteren Konzentrationsprozessen in der Wirtschaftsprüferlandschaft führen würde.<sup>67)</sup> Gerade im sensiblen Bereich der Abschlussprüferhaftung sollte eine haftungsbegründete Judikatur vorsichtig und umsichtig agieren, wie dies der OGH und der BGH mit seiner Dritthaftungsjudikatur praktizieren.<sup>68)</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Zur Wahrung der Rechtssicherheit und Rechtseinheit sollte die bisherige Judikatur des OGH zum Kausalitätsbeweis und zur Beweisführung des geschädigten Anlegers beibehalten werden. Die

„pauschale“ Kausalitätsvermutung einer über den Kapitalmarkt dem geschädigten Anleger zukommenden Warnung (Anlagestimmung) kann ein fehlerhafter Bestätigungsvermerk nicht begründen. Weder stünde dies im Einklang mit der bisherigen Judikatur des OGH zur Berater-, Anlageberatungs- und Prospekthaftung, noch hat sich der OGH bisher nur annähernd mit der Rechtsfigur der Anlagestimmung beschäftigt, mehr sogar, er hat diese Rechtsfigur durch Ablehnung des Anscheinsbeweises bei der Berater-, Anlageberatungs- und Prospekthaftung nicht aufgegriffen und (mittelbar) wohl verneint. Das Gebot einer möglichst genauen Kausalitätsprüfung ergibt sich auch aus dem ohnehin (in Deutschland) nur selektiven Anwendungsbereich der Anlagestimmung sowie aus dem eingeschränkten Informationsquellenwert von Jahresabschlussprüfung und Testat. Ferner sprechen Sachlichkeitsüberlegungen dafür, Drittgeschädigte (untereinander) sowie Dritte gegenüber der geprüften Gesellschaft durch divergierende Beweismaße nicht zu bevorzugen. Die Notwendigkeit einer generellen Zurückhaltung bei Dritthaftungsfragen des Abschlussprüfers lässt sich zudem aus der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ableiten. Eine uferlose Haftung durch zu gelockerte Kausalitätsnachweise würde letztlich zu einer unsachlich schnellen Ausschöpfung des Haftungsfonds durch nicht schützenswerte Dritte und zu schwer bis nicht finanzierbaren Prämienlasten in der Haftpflichtversicherung des Abschlussprüfers führen.

64) Vgl dazu *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006) 65 ff.

65) Das Merkmal „Leistungsnahe“ behandelt die Frage, welche Anforderungen an das Verhältnis von Schädiger gegenüber den Dritten zu stellen sind. „Leistungsnahe“ wird ua in jenen Fällen angenommen, in welchen der Dritte „gläubigergleich gefährdet“ ist, ihn also die Gefahr einer Schutzpflichtverletzung genauso trifft wie den Gläubiger; *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 66.

66) Zum Zusammenhang von Abschlussprüferhaftung und Versicherungsschutz vgl schon *Wilhelmer*, RdW 2007, 456–457; vgl auch *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> (2014) Rz 7/413 und *Doralt*, Haftung der Abschlussprüfer, Rz 414 ff.

67) Vgl insb *Wilhelmer*, RdW 2007, 456 FN 12.

68) Zur BGH-Judikatur ausführlich *Meixner/Schröder*, Wirtschaftsprüferhaftung (2013) 25 ff, insb 59–82.



#### Der Autor:

Dr. Hermann Wilhelmer ist Haftpflicht- und Versicherungsspezialist für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe und Leiter der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH in Österreich. Er berät laufend Wirtschaftsprüfer in Haftungs- und Versicherungsfragen und hat ua den Beitrag „Abschlussprüfung und Versicherungsschutz“ in RdW 2007, 455 ff verfasst. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

**Kontakt:** h.wilhelmer@vonlauffundbolz.at

#### ERRATUM

In RWZ 9/2014 ist im Beitrag von Prof. Dr. *Leonhard Knoll* „Ewige Rente und Wachstum – the Final Cut“ bei Formel (8) auf Seite 273 aufgrund eines Versehens ein Teil leider nicht dargestellt worden. Korrekt muss die Formel lauten:

$$tb = 1 - (1 - X) \cdot \left( 1 - \frac{w}{\frac{ROE}{tb_c}} \right) = 1 - \left( 1 - \frac{\left( 1 - \frac{w}{ROE} \right) \cdot \pi}{z - w} \right) \cdot \left( 1 - \frac{w}{ROE} \right) = \frac{w}{ROE} + \underbrace{\frac{\left( 1 - \frac{w}{ROE} \right)^2 \cdot \pi}{z - w}}_{> 0} \quad (8)$$