



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 224/10

Verkündet am:
19. April 2012
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 675

Zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers wegen Beratungsfehlern im Zusammenhang mit der Verschmelzung zweier Gesellschaften.

BGH, Urteil vom 19. April 2012 - III ZR 224/10 - OLG Köln

LG Köln

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 2012 durch den Vizepräsidenten Schlick sowie die Richter Dörr, Hucke, Seiters und Tombrink

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 23. September 2010 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wird das vorbenannte Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu seinem Nachteil erkannt worden ist. Die Sache wird in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Der Kläger, Konkursverwalter über das Vermögen der S. AG & Co. KG (im Folgenden: Gemeinschuldnerin), begehrt von dem Beklagten, einem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, im Wege der Teilklage Ersatz des Schadens, welcher der Gemeinschuldnerin durch die Verschmelzung mit der überschuldeten S. D. GmbH entstanden ist.

- 2 Die Gemeinschuldnerin wurde am 29. Oktober 1996 gegründet. Gründungsgesellschafter waren die S. Verwaltungs AG, vertreten durch die Vorstände K. -P. S. und K. P. , die Kommanditisten S. D. GmbH und S. C. GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer K. -P. S. und K. P. , sowie vier weitere Kommanditisten.
- 3 Im Juni 1997 testierte der Beklagte im Auftrag der S. D. GmbH als Wirtschaftsprüfer deren Jahresabschluss zum 31. Dezember 1996, der ein bilanzielles Eigenkapital von 666.000 DM auswies.
- 4 Bereits zuvor am 13. Mai 1997 hatten der Beklagte und die Gemeinschuldnerin einen "Beratungsvertrag" mit einer Laufzeit von zwei Jahren - rückwirkend ab 1. Januar 1997 bis zum 31. Dezember 1998 - unterzeichnet, nach dem der Beklagte die Gemeinschuldnerin "in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der betriebswirtschaftlichen Beratung, der Wirtschaftsberatung, der Finanzberatung und dergleichen mehr" berät und vertritt. Der Beklagte war damals außerdem stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der S. Verwaltungs AG. In beiden Funktionen sprach er sich für eine Fusion der Gemeinschuldnerin mit der S. D. GmbH aus. Der Verschmelzungsbericht stammte ebenfalls vom Beklagten.
- 5 Nach § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags der Gemeinschuldnerin waren (unter anderem) für eine Verschmelzung 75 % der Stimmen aller Gesellschafter erforderlich; die von S. und P. repräsentierten Gesellschafter genügten für dieses Quorum nicht. Am 18. August 1997 fand eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Gemeinschuldnerin statt. Auch bei dieser

Gelegenheit vertrat der Beklagte den Standpunkt, dass es sich bei der Fusion um eine sinnvolle Maßnahme handele, insbesondere weil die S. D. GmbH wirtschaftlich gesund sei. Die Gesellschafterversammlung beschloss einstimmig, dem zuvor zwischen der Gemeinschuldnerin, vertreten durch deren Komplementärin, diese vertreten durch S. und P. , und der S. D.

GmbH, ebenfalls vertreten durch S. und P. , abgeschlossenen und notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag vom selben Tag zuzustimmen.

6 Eine Sonderprüfung bei der Gemeinschuldnerin durch die Firma P. GmbH vom 21. Juli 1998 ergab, dass in den Jahresabschluss 1996 der S. D. GmbH Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von mindestens 6.672.000 DM nicht eingestellt, dafür in Höhe von 1.305.000 DM zu hohe Forderungen aufgenommen worden waren. Unter Berücksichtigung dessen belief sich das bilanzielle Eigenkapital nach Beurteilung des Sonderprüfers auf minus 7.311.000 DM. Ferner wurde festgestellt, dass für Regressansprüche der DG D. AG sonstige Verbindlichkeiten hätten eingestellt werden müssen, was nicht geschehen war.

7 Die Gemeinschuldnerin hatte zuvor Ende 1996/Anfang 1997 vom Land Nordrhein-Westfalen im Rahmen des Projekts "Kommunikations-Offensive NRW" verlorene Zuschüsse in Höhe von über 15 Mio. DM erhalten. Außerdem gewährten ihr die Kreissparkassen K. und H. einen Kredit über 20 Mio. DM, für den sich das Land Nordrhein-Westfalen zu 80 % rückverbürgte.

8 Infolge der Verschmelzung mit der S. D. GmbH geriet die Gemeinschuldnerin in wirtschaftliche Schwierigkeiten, was dazu führte, dass die

aus den Zuschüssen und Krediten zugeflossenen Mittel zur Tilgung von Altverbindlichkeiten der S. D. GmbH verwendet wurden und nicht mehr für den eigentlichen Förderungszweck zur Verfügung standen. Die Bezirksregierung K. widerrief die Mittelzuwendung mit Bescheid vom 8. September 1998 und forderte bereits ausgezahlte Mittel in Höhe von 5,5 Mio. DM zurück. Bedingt hierdurch musste die Gemeinschuldnerin am 10. Oktober 1998 Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen.

- 9 Der Kläger hat den Beklagten im Wege der Teilklage auf Schadensersatz in Höhe von 2,5 Mio. DM in Anspruch genommen. Das Landgericht hat - unter Abweisung der weitergehenden Klage - den Beklagten zur Zahlung von 226.890,11 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung des Beklagten hatte keinen, die des Klägers nur bezüglich der Korrektur einer fehlerhaften Umrechnung von DM in Euro (500.000 DM = 255.645,94 €) Erfolg. Hiergegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen beider Parteien.

Entscheidungsgründe

- 10 Die Revision des Beklagten ist unbegründet, die Revision des Klägers führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I.

- 11 Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die vom Kläger erhobene Teilklage zwar zulässig, jedoch nur in geringerem Umfang begründet.

12

Zu Recht habe das Landgericht einen der Höhe nach auf 500.000 DM (§ 323 Abs. 2 Satz 1 HGB a.F.) begrenzten Schadensersatzanspruch aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB a.F. in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht. Dem Beklagten müsse aufgrund der zahlreichen Verflechtungen zwischen der Gemeinschuldnerin und der geprüften GmbH sowie aufgrund seiner eigenen Stellung bei der Gemeinschuldnerin deutlich vor Augen gestanden haben, dass die S. D. GmbH den von ihm geprüften Jahresabschluss gegenüber der Gemeinschuldnerin dazu gebrauchen werde, um auf dieser Grundlage über eine Verschmelzung zu verhandeln. Ihm habe angesichts seiner persönlichen detaillierten Kenntnisse der verschiedenen Gesellschaften der S. -Gruppe klar sein müssen, dass von ihm auch im Drittinteresse, nämlich der zur Verschmelzung neigenden Gemeinschuldnerin, eine besondere Leistung erwartet werde, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung hinausgehe. Zutreffend habe das Landgericht aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme und der eingeholten Sachverständigengutachten festgestellt, dass der Beklagte in mehrfacher Hinsicht seine Pflicht zur gewissenhaften Abschlussprüfung verletzt habe. Diese Pflichtverletzung sei kausal für den später eingetretenen Schaden der Gemeinschuldnerin. Es sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich die Fremdkommanditisten gegen eine Verschmelzung ausgesprochen hätten, wenn ihnen die wahre wirtschaftliche Situation der S. D. GmbH bekannt gewesen wäre. Der Umstand, dass das Testat auf einer vorsätzlichen Irreführung des Prüfers durch die vertretungsberechtigten Organe der geprüften GmbH S. und P. beruhe, die zudem identisch seien mit den Vertretungsorganen der Komplementärin der Gemeinschuldnerin, führe nicht aufgrund einer Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB zu einem Haftungsausschluss. Allerdings sei das Fehlverhalten

gemäß §§ 31, 254 BGB auf den Anspruch der Gemeinschuldnerin anzurechnen. Der Verantwortungsteil des Beklagten sei insoweit mit zumindest 10 % des Gesamtschadens in Ansatz zu bringen, wobei es einer genaueren Bestimmung im Hinblick auf die der Höhe nach bei fahrlässigem Verhalten begrenzte Haftung auf 500.000 DM (§ 323 Abs. 2 HGB a.F.) nicht bedürfe. Vorsätzliches Handeln des Beklagten habe das Landgericht zu Recht nicht feststellen können.

- 13 Unmittelbare Ansprüche der Gemeinschuldnerin aufgrund positiver Vertragsverletzung des Beratervertrags vom 13. Mai 1997 sowie aufgrund der Beiratsstellung des Beklagten schieden dagegen aus. Der Beklagte habe nicht die Ermittlung neuer Erkenntnisse und deren Weitergabe an die Gemeinschuldnerin geschuldet. Eine Verpflichtung zur aktiven Recherche, gerichtet auf die Offenlegung bislang unentdeckt gebliebener Vorgänge und etwaiger Manipulationen bei anderen Gesellschaften, lasse sich dem vertraglich vereinbarten Pflichtenkatalog nicht entnehmen. Da das Landgericht ein positives Wissen des Beklagten bezüglich der Bilanzmanipulationen nicht habe feststellen können, fehlten im Rahmen der unmittelbaren vertraglichen Beziehungen der Parteien zu reichende tatsächliche Anknüpfungspunkte für ein haftungsbegründendes Fehlverhalten. Der Beklagte habe keine Information über Umstände geschuldet, die ihm damals nicht bekannt gewesen seien. Seine Nachlässigkeiten im Rahmen der Pflichtprüfung erstreckten sich nicht auf sein Verhältnis mit der Gemeinschuldnerin. Der Beratervertrag sehe eine spezielle Betreuung der Gemeinschuldnerin bezüglich etwaiger Übernahme- oder Verschmelzungsgeschäfte nicht vor. Hätten die Parteien eine Einbindung des Beklagten in diesem Punkte gewünscht, hätte man im Hinblick auf die damals parallel stattfindenden Fusionsgespräche annehmen können, dass dies im Vertragstext ausdrücklich zum Ausdruck gekommen wäre. Hinzu trete, dass auch die vertraglich vereinbarte

Haftungsobergrenze von 2 Mio. DM gegen einen derart erweiterten Aufgabenkreis spreche; bei einer gezielten Mandatierung des Beklagten zu diesem Punkt wäre angesichts der Haftungsträchtigkeit solcher Aufgaben wohl eine höhere Haftungssumme vereinbart worden. Auch könne dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, vor der Fusion nicht auf der Durchführung einer sogenannten due diligence bestanden zu haben. Genauso wenig folge eine entsprechende Verpflichtung aus der Stellung des Beklagten als Mitglied des Beirats.

II.

- 14 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht über 500.000 DM (255.645,94 €) hinausgehende Schadensersatzansprüche der Gemeinschuldnerin verneint hat. Denn dieser steht gegen den Beklagten ein unmittelbarer Anspruch auf Schadensersatz aufgrund des Beratungsvertrags vom 13. Mai 1997 zu. Die Frage, ob der zwischen dem Beklagten und der S. D. GmbH abgeschlossene Prüfungsauftrag Schutzwirkung zugunsten der Gemeinschuldnerin entfaltet und sich eine diesbezügliche Haftung des Beklagten nach § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB a.F. auf 500.000 DM (255.645,94 €) beschränkt, bedarf deshalb keiner Entscheidung.
- 15 1. Entgegen der Rüge des Beklagten ist die erhobene Teilklage nicht als unzulässig abzuweisen.
- 16 a) Die in der Revisionsbegründung angesprochene Entscheidung (BGH, Urteil vom 8. Dezember 1989 - V ZR 174/88, NJW 1990, 2068) ist nicht einschlägig. Zwar muss dann, wenn sich der eingeklagte Schadensersatz aus mehreren eigenständigen, nicht als bloße unselbständige Rechnungsposten

anzusehenden Schadenspositionen zusammensetzt und insoweit mehrere prozessuale Ansprüche vorliegen, ein Kläger gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO angeben, wie sich die geltend gemachte Gesamtsumme ziffernmäßig auf die verschiedenen Ansprüche verteilt, oder zumindest die Reihenfolge bestimmen, in welcher die Ansprüche bis zu der geltend gemachten Gesamtsumme gefordert werden (BGH, aaO S. 2069; siehe auch Senatsurteil vom 3. Dezember 1953 - III ZR 66/52, BGHZ 11, 192, 194; BGH, Urteile vom 22. Mai 1984 - VI ZR 228/82, NJW 1984, 2346, 2347, vom 19. Juni 2000 - II ZR 319/98, NJW 2000, 3718, 3719 und vom 17. Juli 2008 - IX ZR 96/06, NJW 2008, 3142 Rn. 7 ff). Anderenfalls würden sich unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Festlegung des Streitgegenstands und damit zusammenhängend bei Fragen der materiellen Rechtskraft und der Verjährung ergeben. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Der Kläger macht nicht im Rahmen einer Teilklage mehrere Schadenspositionen, sondern einen bezifferten Teil eines einheitlichen Gesamtschadens geltend, den er daraus ableitet, dass der Beklagte unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten pflichtwidrig gehandelt habe, wobei jede dieser Pflichtverletzungen ursächlich dafür gewesen sei, dass die Gemeinschuldnerin mit der insolventen S. D. GmbH verschmolzen und aufgrund dessen geschädigt wurde.

- 17 b) Zu Unrecht beruft sich der Beklagte auf den Hinweisbeschluss des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. März 2011 (I ZR 108/09, BGHZ 189, 56). Zwar hat der I. Zivilsenat dort in einer Markensache unter Bezugnahme auf die oben genannte Rechtsprechung zur Teilleistungsklage ausgeführt, dass hinsichtlich der Notwendigkeit einer Bestimmung der Prüfungsreihenfolge nichts anderes bei der Verfolgung eines einheitlichen Klagebegehrens gelten könne, das aus mehreren Schutzrechten oder mehreren wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen hergeleitet werde, sofern sie verschiedene prozessuale An-

sprüche (Streitgegenstände) bildeten und nicht kumulativ, sondern alternativ verfolgt würden (aaO Rn. 10). Abgesehen davon, dass der I. Zivilsenat in diesem Zusammenhang maßgeblich auf Besonderheiten der Rechtsverfolgung bei Marken- und Kennzeichenrechten abgestellt hat, ist der vorliegende Fall hiervon abweichend - siehe auch die Abgrenzung des I. Zivilsenats (aaO Rn. 12) zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4. Juli 1997 (V ZR 48/96, NJW-RR 1997, 1374) - davon geprägt, dass der Kläger mit den vorgetragenen Klagegründen stets nur ein und denselben Schadensersatz geltend macht. Es geht deshalb nicht darum, dass der Kläger mehrfach Schadensersatz aus mehreren Gründen fordern könnte, aber sich im Verfahren auf eine Teilklage beschränkt. Eine unzulässige alternative Klagenhäufung liegt daher nicht vor.

- 18 2. Zu Recht rügt der Kläger, dass das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten wegen Verletzung des Beratungsvertrags vom 13. Mai 1997 mit der Begründung verneint hat, dieser Vertrag habe sich nicht auf die Fusion bezogen. Zwar ist die Auslegung von Individualvereinbarungen grundsätzlich Sache des Tatrichters. Sie unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung danach, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Verfahrensvorschriften, anerkannte Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegen und sich der Tatrichter mit dem Verfahrensstoff umfassend sowie widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat; leidet die Auslegung an solchen Fehlern, bindet sie das Revisionsgericht nicht (vgl. nur BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 37; Senat, Urteil vom 13. Januar 2011 - III ZR 87/10, BGHZ 188, 71 Rn. 14). Die Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht erweist sich insoweit aber als rechtsfehlerhaft. Da es keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen mehr bedarf, kann der erkennende Senat die Auslegung selbst vornehmen.

19

a) Nach Ziffer I des Vertrags vom 13. Mai 1997 hat der Beklagte die Beratung der Gemeinschuldnerin "in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der betriebswirtschaftlichen Beratung, der Wirtschaftsberatung, der Finanzberatung und dergleichen mehr" übernommen. Hierbei wird diese Aufzählung der Tätigkeitsbereiche im Vertrag im folgenden Satz ausdrücklich als "nur beispielhaft" und ohne den Anspruch auf "Ausschließlichkeit" bezeichnet. Insoweit hat das Berufungsgericht zunächst zutreffend festgestellt, dass der Beklagte gegen das im Vertrag vereinbarte Tageshonorar von 3.500 DM der Gemeinschuldnerin sein Wissen und seinen Sachverstand zur Verfügung stellen sollte, wobei sein Pflichtenkreis "global definiert war" und "im Ergebnis nahezu eine Rundumbetreuung in allen finanziellen und steuerlichen Angelegenheiten umfasste". Vor diesem Hintergrund ist es aber nicht nachvollziehbar und widersprüchlich, wenn das Berufungsgericht etwas später an anderer Stelle darauf abstellt, dass der Vertrag eine spezielle Beratung der Gemeinschuldnerin bezüglich etwaiger Übernahme- oder Verschmelzungsgeschäfte nicht ausdrücklich vorgesehen habe, dies aber zu erwarten gewesen wäre, wenn die Parteien eine solche Einbindung des Beklagten gewünscht hätten. Denn war eine umfassende Betreuung geschuldet, bedurfte es gerade keiner Aufzählung bestimmter Beratungsgegenstände. Da bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Verschmelzung der Gemeinschuldnerin mit der GmbH ein konkretes Thema war - so hat sich etwa der Aufsichtsrat der Komplementärin der Gemeinschuldnerin in Anwesenheit des Beklagten am Tag der Vertragsunterzeichnung am 13. Mai 1997 in einer Sitzung damit befasst -, liegt es fern, dass dieses für die Belange der Gemeinschuldnerin zentrale Ereignis aus der "Rundumbetreuung" hätte herausgenommen werden sollen. Derartiges hat im Übrigen der Beklagte in den Tatsacheninstanzen selbst nicht geltend gemacht. Der Hinweis des Berufungsgerichts darauf, dass die vertraglich vereinbarte Haftungsobergrenze von 2 Mio. DM gegen einen entsprechenden Aufgabenkreis des Beklagten spreche,

weil bei einer gezielten Mandatierung zu diesem Punkt angesichts der Haftungsträchtigkeit solcher Aufgaben wohl eine höhere Haftungssumme vereinbart worden wäre, geht fehl. Es geht nicht um die Frage der gezielten Mandatierung, sondern angesichts des eindeutigen Wortlauts des Vertrags um eine etwaige Einschränkung der Rundumbetreuung gerade bezogen auf ein zentrales Ereignis. Darüber hinaus weist die Revision zu Recht darauf hin, dass angesichts der damaligen Haftungsbegrenzung auf 500.000 DM für fahrlässige Pflichtverletzungen im Rahmen einer Abschlussprüfung nach § 323 HGB a.F., die nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil vom 2. April 1998 - III ZR 245/96, BGHZ 138, 257, 266) auch für etwaige Ansprüche im Rahmen eines Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter Geltung beansprucht, eine Haftungssumme von zwei Millionen DM eine deutliche Erweiterung bedeutet. Die Haftungsträchtigkeit einer entsprechenden Beratung spricht daher - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht dafür, dass die Parteien, wenn sie dies bedacht hätten, eine höhere Haftungssumme vereinbart hätten; vielmehr lässt sich dieser Umstand als Beleg für das erkennbare Interesse des Beraters daran anführen, seine Haftung summenmäßig zu begrenzen.

- 20 b) Im Übrigen hat das Berufungsgericht bei seiner Bewertung auch entscheidungserheblichen Prozessstoff außer Acht gelassen. Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass der Beklagte selbst für sich und seinen Mitarbeiter W. Beratungsleistungen "i.S. Fusion" (Rechnungen vom 7. April und 14. Juli 1997) beziehungsweise "i.S. Fusionierung der S. D. GmbH mit der S. AG & Co." und der "Rechnungslegung bei Verschmelzung" (Rechnung vom 9. Oktober 1997) gegenüber der Gemeinschuldnerin abgerechnet hat. In letzterer Rechnung wird ausdrücklich unter der Überschrift "Beratung in der Zeit 01.08. - 30.09.97 gemäß Vereinbarung vom 13.05.1997" die "Vorbereitung und

Teilnahme an der Gesellschafterversammlung in Köln am 18.08.1997 (9,35 Stunden = 1,2 Tage à 3.500 DM = 4.200 DM") aufgeführt. Auch hat das Berufungsgericht selbst im Tatbestand seines Urteils festgestellt, dass der Beklagte sich in seiner Funktion als Berater der Gemeinschuldnerin für eine Fusion mit der GmbH ausgesprochen und auch auf der außerordentlichen Gesellschafterversammlung am 18. August 1997 den Standpunkt vertreten hat, dass es sich um eine sinnvolle Maßnahme handle, insbesondere weil die GmbH wirtschaftlich gesund sei. Der Beklagte hat damit Beratungsleistungen im Rahmen der Fusion ausgeübt und sie der Gemeinschuldnerin berechnet.

- 21 c) Vor diesem Hintergrund fehlt der Annahme des Berufungsgerichts, der Beratungsvertrag habe sich nicht auf die Fusion bezogen, sodass ein haftungsbegründendes vertragliches Fehlverhalten des Beklagten nur vorliege, wenn er, was nicht habe festgestellt werden können, um die Bilanzmanipulationen gewusst und diese dann verschwiegen hätte, die notwendige Grundlage. Vielmehr war Gegenstand des Vertrags auch die Beratung der Gemeinschuldnerin, ob die geplante Verschmelzung eine wirtschaftlich sinnvolle unternehmerische Entscheidung darstellt. Für diese Beratung hatte dabei der zuvor von der S. D. GmbH dem Beklagten erteilte Auftrag zur Abschlussprüfung, aufgrund dessen dann ab Mai 1997 die wesentlichen Prüfungstätigkeiten entfaltet wurden, erhebliche Bedeutung. Die Auffassung des Berufungsgerichts, etwaige Versäumnisse des Beklagten im Rahmen seiner Prüfertätigkeit hätten mit dem Beratungsvertrag nichts zu tun, greift insoweit zu kurz. Die ordnungsgemäße Prüfung des Jahresabschlusses und die Feststellung (vgl. den diesbezüglichen Wortlaut des Testats des Beklagten), ob die Buchführung und der Jahresabschluss "ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft" widerspiegelt, war für die Frage einer Fusion der beiden Gesellschaften wichtig. Im späteren Ver-

schmelzungsvertrag, dem die Gesellschafterversammlung am 18. August 1997 einstimmig zugestimmt hat, ist in § 1 Abs. 2 dementsprechend auch ausdrücklich aufgeführt, dass der Verschmelzung die Bilanz der S. D. GmbH zum 31. Dezember 1996 zugrunde gelegt wird. Angesichts des den Vertragsparteien bei Vertragsschluss am 13. Mai 1997 vor Augen stehenden Umstands, dass der Beklagte mit der Prüfung des Jahresabschlusses 1996 der S. D. GmbH befasst war, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Beklagte die Beratung auch und gerade unter Berücksichtigung der von ihm bei der (gewissenhaft und unparteiisch durchzuführenden) Prüfung erlangten Kenntnisse und Einblicke in die wirtschaftliche Situation der zu prüfenden GmbH vorzunehmen hatte. Ohne korrekte Abschlussprüfung war es dem Beklagten mithin gar nicht möglich, die geschuldete Fusionsberatung sachgerecht durchzuführen.

- 22 3. Ausgehend hiervon hat der Beklagte die ihm gegenüber der Gemeinschuldnerin obliegenden (vertraglichen) Pflichten verletzt, weil er die Fusion unter Hinweis darauf, dass die GmbH wirtschaftlich gesund sei, als sinnvoll empfohlen hat, obwohl die Verschmelzung der Gesellschaften objektiv wegen der Überschuldung der S. D. GmbH nicht vertretbar war und die von ihm nicht gewissenhaft durchgeführte Abschlussprüfung keine Grundlage für eine solche Empfehlung bot. Insoweit hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf der Grundlage der erstinstanzlich eingeholten Gutachten des Sachverständigen R. und der Wirtschaftsprüferkammer B. ohne Rechtsfehler festgestellt, dass der Beklagte bei der Abschlussprüfung in mehrfacher Weise - vor allem: keine Einholung von Rechtsanwalts- und Saldenbestätigungen; keine Überprüfung der (angeblichen) Forderung der S. D. GmbH gegen die Gemeinschuldnerin in Höhe von 790.000 DM - pflichtwidrig gehandelt hat. Die diesbezüglichen Angriffe der Revision bleiben

ohne Erfolg. Dabei trifft es nicht zu, dass der Sachverständige und die Wirtschaftsprüferkammer - und ihnen folgend die Instanzgerichte - von unrichtigen Beurteilungsgrundlagen beziehungsweise Prüfungsmaßstäben ausgegangen sind; insbesondere handelt es sich auch bei dem für den hier interessierenden Zeitraum einschlägigen Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1996 nicht um eine völlig unverbindliche "private Meinung". Die im Hinblick auf eine behauptete Verletzung von § 286 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat im Einzelnen geprüft und für nicht durchgreifend erachtet; von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen. Bei sachgerechter Beratung unter Berücksichtigung der bei einer gewissenhaften Abschlussprüfung erzielten Erkenntnisse hätte der Beklagte deshalb von einer Fusion abraten müssen. Seine gegenteilige Empfehlung war zumindest fahrlässig; jedenfalls hat sich der Beklagte nicht entlasten können (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. §§ 282, 285 BGB a.F. analog).

- 23 4. Entgegen der Auffassung des Beklagten steht seiner Haftung nicht entgegen, dass den Vorstandsmitgliedern der zur Geschäftsführung und Vertretung (§ 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags) berufenen Komplementärin der Gemeinschuldnerin S. und P. im Rahmen ihrer gleichzeitigen Geschäftsführer- und Gesellschafterstellung in der S. D. GmbH deren tatsächliche Situation bekannt war. Nach § 13 Abs. 1 UmwG wird ein Verschmelzungsvertrag nur wirksam, wenn die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger ihm durch Beschluss (Verschmelzungsbeschluss) zustimmen, wobei dieser Beschluss nur in einer Versammlung der Anteilsinhaber gefasst werden kann. Ergänzend hierzu bestimmt § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages der Gemeinschuldnerin, dass mit einer Mehrheit von 75 % der Stimmen aller Gesellschafter und mit Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafterin die Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung die Verschmelzung

der Gesellschaft beschließen können. Damit ist das zur Entscheidung berufene Organ der Gemeinschuldnerin die Gesellschafterversammlung, auf die in diesem Zusammenhang abzustellen ist. Die die Fusion betreffenden Beratungsleistungen, die nach dem Vertrag vom 13. Mai 1997 der Gemeinschuldnerin geschuldet waren, hatte der Beklagte deshalb angesichts der existentiellen wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit sowie der gesellschaftsinternen Kompetenzverteilung nicht (nur) gegenüber der Geschäftsführung, sondern (vor allem) gegenüber der Mitgliederversammlung der Gesellschafter als dem für die Entscheidung über die Verschmelzung zuständigen Organ zu erbringen. Dementsprechend hat der Beklagte auch in seiner Funktion als Berater an der Versammlung am 18. August 1997 teilgenommen und sich dort für die Fusion ausgesprochen. Vor diesem Hintergrund ist das Berufungsgericht zu Recht der Meinung des Beklagten nicht gefolgt, die Kenntnis von S. und P. führe analog § 166 Abs. 1 BGB zu einem Haftungsausschluss. Dies schließt allerdings eine Berücksichtigung im Rahmen von § 254 BGB nicht aus (siehe 6 a).

24 5. Die Pflichtverletzung des Beklagten ist auch kausal für den Schaden der Gemeinschuldnerin gewesen.

25 a) Ob bezüglich der Frage, inwieweit die Kommanditisten der Gemeinschuldnerin bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten der Fusion nicht zugestimmt hätten, die Vermutung aufklärungs- oder beratungsgerechten Verhaltens beziehungsweise die Grundsätze des Anscheinsbeweises eingreifen, ist nicht entscheidungserheblich. Denn das Berufungsgericht hat keine Beweislastentscheidung getroffen. Vielmehr wird im angefochtenen Urteil festgestellt, dass "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" davon auszugehen sei, dass sich die Fremdkommanditisten gegen eine Verschmelzung ausgesprochen hätten, wenn ihnen die wirtschaftliche Situation der GmbH bekannt gewesen wäre;

bei einer Offenlegung der Überschuldung hätten diese nicht für eine Verschmelzung votiert. Diese tatrichterliche - im Rahmen der Prüfung der Haftung nach § 323 HGB vorgenommene - Würdigung ist rechtsfehlerfrei und gilt genauso für die Kausalität der vorliegenden Beratungspflichtverletzung des Beklagten.

26 b) Der Beklagte verweist demgegenüber darauf, dass nach seinem Vortrag vor den Instanzgerichten dem Kommanditisten M. die Manipulationen der Buchführung bekannt gewesen seien und der Kommanditist St. als Angestellter der Komplementärin der Gemeinschuldnerin in einer besonderen Abhängigkeit von dieser und damit von deren Vorständen S. und P. gestanden habe. Die behaupteten Pflichtverletzungen seien daher nicht kausal für die Zustimmung von M. zur Fusion gewesen. Bei St. habe zumindest die ernstzunehmende Möglichkeit bestanden, dass er infolge seiner Abhängigkeit trotzdem die Verschmelzung gebilligt hätte. Berücksichtige man, dass sowohl die Komplementärin der Gemeinschuldnerin als auch die Kommanditisten S. D. GmbH und S. C. GmbH von S. und P. beherrscht worden seien, wäre mithin das notwendige Quorum von 75 % für die Fusion in jedem Fall erreicht worden.

27 Zunächst ist hierzu anzumerken, dass es mehr als fraglich ist, ob S. und P. im Falle einer pflichtgemäßen Beratung des Beklagten an dem Vorhaben der Fusion versucht hätten festzuhalten. Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb allein das Beschäftigungsverhältnis des Kommanditisten St. diesen hätte veranlassen sollen, der Verschmelzung mit einem überschuldeten Unternehmen zuzustimmen und damit den wirtschaftlichen Verlust seines Kommanditanteils über 100.000 DM in Kauf zu nehmen. Dies mag aber letztlich dahinstehen. Entscheidend ist, dass der Beklagte bei seiner Betrachtung, ob

das Quorum von 75 % erreicht worden wäre, lediglich darauf abstellt, wer mit welchem Anteil zum Zeitpunkt der Gründung der Gemeinschuldnerin am 29. Oktober 1996 deren Kommanditist war. Hierbei übersieht er, dass ausweislich des zu den Akten gereichten Handelsregisterauszugs in der Folgezeit bis zur Fusion weitere Kommanditisten der Gemeinschuldnerin beigetreten sind; dass auch diese der Verschmelzung im Falle der Kenntnis des wahren Sachverhalts mehrheitlich zugestimmt hätten, so dass das notwendige Quorum von 75% der Stimmanteile erreicht worden wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr kann ein solch wirtschaftlich unsinniges Verhalten offenkundig ausgeschlossen werden.

28 6. Ausgehend hiervon ist im Ergebnis die Annahme des Berufungsgerichts, der Haftungsanteil des Beklagten betrage mindestens 10 %, nicht zum Nachteil des Beklagten rechtsfehlerhaft, sodass dessen Revision zurückzuweisen war. Im Umfang der Anfechtung des Klägers ist demgegenüber das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und, da die Sache mangels ausreichender tatrichterlicher Feststellungen nicht zur Entscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Denn im Rahmen des Beratungsvertrags spielt die Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB a.F. keine Rolle, sodass der Annahme von Land- und Oberlandesgericht, es bedürfe bei der Abwägung der beiderseitigen Verschuldensanteile keiner genaueren Bestimmung des Haftungsanteils des Beklagten ("zumindest 10 %"), die Grundlage entzogen ist. Diese Abwägung muss nunmehr nachgeholt werden. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

29 a) Nach § 254 Abs. 1 BGB hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, ins-

besondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

30 Insoweit wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob der Beklagte nur fahrlässig oder gegebenenfalls auch bedingt vorsätzlich seine Pflichten aus dem Beratungsvertrag verletzt hat. Bei der Abwägung gemäß § 254 BGB ist dabei die Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht anzuwenden (vgl. nur BGH, Urteil vom 23. Dezember 1966 - V ZR 26/64, BGHZ 46, 260, 267 f; Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 254 Rn. 72), das heißt, der Kläger muss insoweit Vorsatz des Beklagten nachweisen. Bedingter Vorsatz setzt allerdings, anders als es das Land- und das Oberlandesgericht im Rahmen der Prüfung des Vorsatzes bei § 323 HGB angenommen haben, nicht voraus, dass der Beklagte mit S. und P. kollusiv zusammengearbeitet beziehungsweise von den Bilanzmanipulationen Kenntnis gehabt hat. Dies hat auch Auswirkung auf die zusätzliche Erwägung des Berufungsgerichts, der Kläger habe keine ausreichenden Anhaltspunkte für diesbezügliches vorsätzliches Verhalten des Beklagten dargelegt. Bedingter Vorsatz liegt, worauf die Revision des Klägers zutreffend hinweist, bereits dann vor, wenn der Handelnde die tatbestandsrelevanten Umstände für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (vgl. nur BGH, Urteil vom 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10, NJW-RR 2012, 404 Rn. 10 mwN). Es reicht deshalb aus, wenn der Beklagte, der nach den Feststellungen der Instanzgerichte im Rahmen der Abschlussprüfung kritische Prüffelder "umschiffte" sowie grundlegende Berufspflichten unberücksichtigt gelassen hat und dessen Verschulden deshalb schwer wiegt, es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben sollte, die Gemeinschuldnerin falsch zu beraten beziehungsweise die Fusion zu Unrecht zu empfehlen. Diese Prüfung setzt eine umfassende Würdigung aller Umstände voraus (vgl. BGH,

Urteil vom 20. Dezember 2011, aaO Rn. 11 mwN), die das Berufungsgericht nachzuholen haben wird.

31 Im Rahmen der Abwägung muss sich die Gemeinschuldnerin zwar das Verhalten der Vorstandsmitglieder ihrer zur Geschäftsführung und Vertretung (§ 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags) berufenen Komplementärin S. und P. anrechnen lassen, die in Kenntnis der Überschuldung der GmbH an der Fusion mitgewirkt und den Verschmelzungsvertrag für die Gemeinschuldnerin abgeschlossen haben. Dieses vorsätzliche Organverschulden kann aber vor dem Hintergrund, dass - wie oben ausgeführt - die vom Beklagten geschuldeten Beratungsleistungen vor allem gegenüber der Mitgliederversammlung der Gesellschafter als dem für die Entscheidung über die Verschmelzung zuständigen Organ zu erbringen waren, nicht zu einem vollständigen Haftungsausschluss führen, selbst wenn auf Seiten des Beklagten nur fahrlässiges Verhalten festzustellen sein sollte. Insoweit gilt im Grundsatz nichts anderes als regelmäßig für Ansprüche einer geprüften Gesellschaft gegen einen Abschlussprüfer bei Fehlverhalten der Geschäftsführung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - VII ZR 42/08, BGHZ 183, 323, Rn. 54 ff).

32 b) Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass der Beklagte seine Pflichten aus dem Beratervertrag bedingt vorsätzlich verletzt hat, so ist im Übrigen der im Beratervertrag festgelegte Höchstbetrag von 2,0 Mio. DM hinfällig. Nach § 276 Abs. 3 BGB kann die Haftung des Schuldners für Vorsatz nicht abbedungen werden; dieses Verbot erfasst auch summenmäßige Haftungsbegrenzungen (Palandt/Grüneberg, aaO, § 276 Rn. 35). Dabei ist es bezüglich dieser Haftungsbeschränkung Sache des Beklagten nachzuweisen, dass er seine Beraterpflichten nur fahrlässig und nicht vorsätzlich verletzt hat; § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB (bzw. § 282 BGB a.F.) bürdet dem Schuldner den

Entlastungsbeweis auf, ohne dass dabei eine Differenzierung nach dem Verschuldensgrad vorgenommen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298 Rn. 17).

33

c) Vorsorglich weist der Senat für den Fall, dass es hierauf noch ankommen sollte, darauf hin, dass eine Haftung des Beklagten im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Mitglied des sogenannten Partnerbeirats der Gemeinschuldnerin nicht in Betracht kommt. Der Kläger vertritt in seiner Revision unter Hinweis auf das Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. Oktober 1979 (II ZR 151/77, WM 1979, 1425) die Auffassung, dass den Beklagten in dieser Eigenschaft umfassende Kontroll- und Überwachungspflichten sowie im Hinblick auf die von der Geschäftsführung angedachte Fusion weitreichende Nachforschungspflichten - vergleichbar denen eines Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft - getroffen hätten. Die zitierte Entscheidung ist jedoch zu einer Publikums-Kommanditgesellschaft ergangen; der II. Zivilsenat hat auf die Besonderheiten der Massengesellschaft und die speziellen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der dortigen Kommanditgesellschaft abgestellt. Insofern ist das Urteil nicht einschlägig, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat. Soweit der Kläger behauptet, der Beklagte habe in seiner Funktion als Beirat die Verschmelzung aktiv unterstützt und betrieben, was angesichts der Überschuldung der GmbH objektiv pflichtwidrig gewesen sei, hat das Berufungsgericht keine entsprechende Feststellung getroffen. Im Urteil ist ein entsprechendes Verhalten des Beklagten nur für seine Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied der Komplementärin und in seiner Funktion als Berater der Gemeinschuldnerin festgehalten. Eine Tatbestandsberichtigung hat der Kläger nicht beantragt. Abgesehen davon ist der in diesem Zusammenhang erfolgte Hinweis der Revision auf den Inhalt der Klageschrift untauglich. Zwar hat der Kläger dort vorgetragen, der Beklagte habe im Partnerbeirat nachdrücklich die Auffassung

vertreten, dass eine Verschmelzung der Gesellschaften sinnvoll sei. Hierzu hat er als Anlage K 21 das Protokoll der 1. Partnerbeiratssitzung vom 28. Mai 1997 (nicht wie in der Klage angegeben 16. Juni 1997; an diesem Tag ist das Protokoll nur unterzeichnet worden) vorgelegt und sich auf den Zeugen B. berufen. Der Beklagte hat jedoch ausweislich des Protokolls an dieser Sitzung nicht teilgenommen. Dies gilt auch für den Zeugen B., der im Übrigen kein Mitglied des Beirats, sondern des Aufsichtsrats war. Da auf dieser Sitzung zudem einstimmig beschlossen worden ist, dass die Partnerbeiratssitzung gewöhnlich nur einmal jährlich stattfindet, fehlt es an einem hinreichend substantiierten Vortrag des Klägers, dass der Beklagte sich als Beirat in dem behaupteten Sinn geäußert hat.

Schlick

Dörr

Hucke

Seiters

Tombrink

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 10.12.2009 - 2 O 394/00 -

OLG Köln, Entscheidung vom 23.09.2010 - 8 U 2/10 -