

BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN

GZ. 23 1009/8-V/14/01

Abteilung V/14

Referent:

z. H. Frau Dr. Beate Schaffer

Unser Zeichen:

Himmelpfortgasse 4 – 8

Datum:

1015 Wien

Sehr geehrte Frau Doktor Schaffer!

Wie mit Frau Mag. Ozlberger telefonisch besprochen übersenden wir im Nachhang zu unserer Stellungnahme zum Entwurf des Finanzmarktaufsichtsgesetzes ein Rechtsgutachten von Herrn Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brandstetter und Herrn ao.Univ.-Prof. Dr. Markus Dellinger zur beabsichtigten Änderung des § 275 HGB und ersuchen, die darin enthaltenen Argumente zu berücksichtigen.

Der besseren Übersichtlichkeit halber erlauben wir uns überdies, den Text des § 323 dHGB und einen Vorschlag zur Neufomulierung des § 275 Abs. 2 HGB zu übermitteln.

Die Stellungnahme zur Rotation gemäß § 62 Z 6a BWG (Z 109) und § 8 Abs 1 VAG (Z 71) werden wir nachreichen.

Dieses Schreiben sowie die Beilagen senden wir an Frau Dr. Bydlinski zur Kenntnisnahme.

Wir verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Dr. Gerald Klement  
(Kammerdirektor)

Beilagen

Beilage zum Schreiben an das Bundesministerium für Finanzen vom 16.5.2001

Text des § 323 Abs.2 dHGB:

„(2) Die Ersatzpflicht von Personen, die fahrlässig gehandelt haben, beschränkt sich auf zwei Millionen Deutsche Mark für eine Prüfung. Bei Prüfung einer Aktiengesellschaft, die Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben hat, beschränkt sich die Ersatzpflicht von Personen, die fahrlässig gehandelt haben, abweichend von Satz 1 auf acht Millionen Deutsche Mark für eine Prüfung. Dies gilt auch, wenn an der Prüfung mehrere Personen beteiligt gewesen oder mehrere zum Ersatz verpflichtende Handlungen begangen worden sind, und ohne Rücksicht darauf, ob andere Beteiligte vorsätzlich gehandelt haben.“

Die Kammer der Wirtschaftstreuhänder schlägt eine Neufassung des § 275 Abs. 2 HGB entsprechend dieser Bestimmung vor, wobei hinsichtlich der Definition der sogenannten börsennotierten Unternehmen und der kürzeren Formulierung dem Entwurf des Finanzmarktaufsichtsgesetzes gefolgt wird.

§ 275 Abs. 2 HGB sollte daher lauten

„(2) Die Ersatzpflicht von Personen, die fahrlässig gehandelt haben, beschränkt sich auf .....Euro für eine Prüfung. Bei Prüfung einer Aktiengesellschaft, deren Aktien an einem geregelten Markt im Sinn des § 2 Z 37 BWG oder an einem anerkannten, für das Publikum offenen, ordnungsgemäß funktionierenden Wertpapiermarkt in einem Vollmitgliedstaat der OECD zugelassen sind, beschränkt sich diese Ersatzpflicht auf .....Euro für eine Prüfung (, wenn deren Umsatz und Bilanzsumme 500 Millionen Euro und deren Mitarbeiterzahl 1.000 Personen übersteigt, ansonsten auf .....Euro für eine Prüfung). Die gilt auch, wenn an der Prüfung mehrere Personen beteiligt gewesen oder mehrere zum Ersatz verpflichtende Handlungen begangen worden sind, und ohne Rücksicht darauf, ob andere Beteiligte vorsätzlich gehandelt haben.“

Wien, am 16. Mai 2001

An die  
Kammer der Wirtschaftstreuhänder  
Z.Hd.S.g. Frau Mag. Elisabeth Ozlberger  
Schönbrunnerstr. 222-228  
A – 1120 Wien

**Gutachterliche Stellungnahme zu dem vom Justizressort  
erarbeiteten Beitrag zum geplanten  
Finanzmarktaufsichtsgesetz, insbesondere zur  
vorgeschlagenen Neuregelung des § 275 Abs 2 HGB**

**erstattet im Auftrag  
der  
Kammer der Wirtschaftstreuhänder**

**1. Zur Anhebung der Haftungsbeträge**

Dem vorliegenden Gesetzesentwurf ist insofern zu folgen, als die bisherigen Haftungsbeträge im internationalen Vergleich niedrig waren. Gegen die konkret vorgeschlagene Anhebung der Haftungsbeträge auf 1 Mio E bzw bei Börsennotierung der geprüften AG auf 4 Mio E ist aus wissenschaftlicher Sicht nichts Grundsätzliches einzuwenden. Es ist letztlich eine politische Entscheidung, welche Beträge man hier wählt. Die Orientierung am deutschen Vorbild macht die vorgeschlagenen Zahlen plausibel; zwingend ist sie freilich nicht. Der naheliegende Einwand, dass die Anhebung auf 4 Mio E den bisherigen Haftungsbetrag auf einen Schlag mehr als verzehnfachen würde und dass für eine derart starke und plötzliche Erhöhung kein zwingendes Bedürfnis bestehe, hätte wohl auch einiges für sich.

Klar ist, dass eine derartige Erhöhung auch zu einer Erhöhung der Versicherungsprämien führen würde, und dass diese wieder auf die Kosten der Abschlussprüfung umgelegt werden müssen. Letztlich würden also alle abschlussprüfungspflichtigen Unternehmen den Preis für diese Erhöhung zahlen. In dieser Belastung dürfte der handgreiflichste volkswirtschaftliche Nachteil der vorgeschlagenen starken Erhöhung liegen. Der Vorteil läge in einer im Haftungsfall höheren Konkursquote bei Insolvenz einer abschlussprüfungspflichtigen Gesellschaft.

Ob die vorgesehene drastische Erhöhung bei Abwägung aller Vor- und Nachteile (etwa auch der voraussichtlichen Auswirkungen auf die strukturelle Verteilung von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Österreich) insgesamt für den Wirtschaftsstandort Österreich günstig wäre, ist fraglich und könnte nur durch eine eigene makroökonomische Untersuchung geklärt werden. Da eine solche nicht vorliegt, dürfte eine etwas moderatere Erhöhung empfehlenswerter sein und wohl auch eher

der im Regierungsprogramm postulierten „Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreich“ entsprechen.

## **2. Zum Entfall der Haftungsbegrenzung bei grober Fahrlässigkeit**

Der Entwurf sieht eine Haftungsbegrenzung überhaupt nur noch für Personen vor, die „leicht fahrlässig gehandelt haben“, nicht aber für Fälle „grober Fahrlässigkeit“, die zu unbegrenzter Haftung des Prüforgans bzw der Prüfungsgesellschaft führen sollen. Dagegen bestehen schwere Bedenken:

Der Abschlussprüfer haftet gemäß § 275 Abs 1 HGB insbesondere für eine „gewissenhafte und unparteiische Prüfung“. Dazu gehört die sorgfältige Erfüllung all jener Pflichten, die dem Abschlussprüfer in den §§ 268 ff HGB auferlegt werden<sup>1)</sup>. Dass bei den erforderlichen Prüfungshandlungen Fehler passieren können, liegt auf der Hand. Auch bei bester Absicht aller Beteiligten gibt es unzählige Bewertungsfragen, deren richtige Lösung nicht immer leicht fällt. Darüber hinaus ist es auch Aufgabe des Abschlussprüfers, einseitige Darstellungen (zB Beschönigungen, frisierte Bilanzen) als solche zu erkennen und insbesondere auch Bilanzfälschungen und Betrugereien etc aufzudecken. Es liegt in der Natur der Sache, dass andere an der Jahresabschlusserstellung im weitesten Sinne beteiligte Personen gerade in den kritischen Fällen danach trachten, all diese Dinge zu verbergen, und dass sie dabei machmal ein erhebliches Maß an Phantasie, und unter Umständen auch an krimineller Energie aufwenden. Die Schäden aus der Nichterkennung von Bilanzfälschungen und

---

<sup>1)</sup> HM zB *Lechner* in *Straube*, HGB II<sup>2</sup> § 275 Rz 4.

Betrügereien können gewaltig sein. Auch die Nichterkennung von (ohne spezielle Nachforschungen) erkennbar gewordenen Bestandsgefährdungen und/oder die Nichterfüllung der Warnpflicht nach § 273 HGB kann letztlich den Unterschied ausmachen zwischen Insolvenz und rechtzeitiger Sanierung. So war es denn auch die historische ratio der in den Dreißigerjahren zugleich mit der verpflichtenden Abschlussprüfung eingeführten Haftungsbeschränkung des Abschlussprüfers, diesen vor exorbitanten Haftungsrisiken zu bewahren und ihm damit die Chance auf eine erschwingliche Versicherung zu geben<sup>2)</sup>. An dieser Interessenlage hat sich bis heute nichts geändert.

Angesichts der Schadensgeneigtheit der Abschlussprüfertätigkeit sowie der enormen Höhe möglicher Schäden einerseits und der gesetzlichen Verpflichtung zur Abschlussprüfung andererseits, muss der Gesetzgeber für eine Versicherbarkeit des Risikos sorgen, um die Abschlussprüfung für die Unternehmen erschwinglich zu machen. Andernfalls müssten für die Abschlussprüfung vernünftigerweise Risikoprämien verlangt werden, die sich niemand leisten kann. Wird dies aus Konkurrenzgründen unterlassen, müsste es zu Abschlussprüferkonkursen kommen. Dies wäre volkswirtschaftlich schädlich und der Attraktivität des „Wirtschaftsstandorts Österreich“ mit Sicherheit abträglich. Selbst aus der Sicht eines Gläubigers einer abschlussprüfungspflichtigen Gesellschaft ist es wesentlich besser, wenn die Haftung des Abschlussprüfers zwar beschränkt, aber dafür durch eine Versicherung gedeckt ist, als wenn die Gesellschaft einen unbeschränkten, dafür aber uneinbringlichen Schadenersatzanspruch hat. Abwehrstrategien eines rational handelnden Abschlussprüfers müssten gerade in die Richtung

---

<sup>2)</sup> Vgl nur *Peter Bydlinski*, Gedanken zur Haftung der Abschlußprüfer in Ostheim-FS (1990) 349 (368).

der Auslagerung des Risikos in eine eigene mäßig kapitalisierte Prüfungsgesellschaft gehen, die dann notfalls eben in Konkurs geht. Da die unbeschränkte Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht versicherbar wäre und da weiters die grobe Fahrlässigkeit von der leichten keineswegs immer eindeutig abgrenzbar ist, kann vor einer Abschaffung der Haftungsbegrenzung bei grober Fahrlässigkeit nur eindringlich gewarnt werden.

Schon rein theoretisch darf man den „Haftungsfilter“, der sich durch die Voraussetzung grob fahrlässigen Verhaltens ergibt, nicht überschätzen. So ist beispielsweise völlig unbestritten, daß es „grobe Fahrlässigkeit“ im hier verstandenen Sinn nicht nur bei bewußter, sondern auch bei unbewußter Fahrlässigkeit geben kann. Man darf auch nicht in allen Fällen, in denen die Judikatur „schweres Verschulden“ verneint hat, darauf schließen, daß damit auch zwingend die „grobe Fahrlässigkeit“ verneint worden wäre, da letztere nur den Unrechtstatbestand prägt, während der Begriff des „schweren Verschuldens“ auch den bloß schuldrelevanten Gesinnungsunwert umfaßt, der in jenen Fällen, in denen nicht nur „grobe Fahrlässigkeit“, sondern auch „schweres Verschulden“ verlangt wird, zusätzlich gegeben sein muß, um eine strafrechtliche Haftung zu begründen<sup>3)</sup>.

Vor allem aber muß man in diesem Zusammenhang unbedingt bedenken, daß die Judikatur zur „grobe Fahrlässigkeit“ in jenen Bereichen, in denen es auf diesen Haftungsmaßstab ankommt, tendenziell grobe Fahrlässigkeit eher großzügig bejaht, und zwar sowohl im zivilrechtlichen, als auch im strafrechtlichen Bereich. Seit der grundlegenden Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1971, in der er den Begriff der „grobe Fahrlässigkeit“ - für das Zivilrecht als auch für

---

<sup>3)</sup> Siehe dazu insbesondere *Burgstaller*, Das schwere Verschulden des berufsmäßigen Parteienvertreters in § 34 Abs 3 FinStG, ÖStZ 1982, 108ff mwN

das Strafrecht gleichermaßen gültig - als „ungewöhnliche, auffallende Sorglosigkeit“ definierte, durch die der Schadenseintritt „als wahrscheinlich und nicht bloß als entfernt möglich vorhersehbar war“<sup>4)</sup>, ist in beiden Rechtsbereichen deutlich geworden, daß die Judikatur diesen nur theoretisch sehr restriktiven Sorgfaltsmaßstab durchaus haftungsfreundlich konkretisiert hat.

So hat beispielsweise sogar das Arbeits- und Sozialgericht in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren „grobe Fahrlässigkeit“ bei einem Dienstnehmer bejaht, der als Elektroinstallateur nicht verhinderte, daß ein unter seiner Verantwortung tätiger Lehrling Installationsrohre so verlegte, daß keine Drähte durchgezogen werden konnten, und ihn für den vollen Schadenersatz haften lassen<sup>5)</sup>.

Der OGH hat kürzlich grobe Fahrlässigkeit bei einem Scheckaussteller bejaht, der Verrechnungsschecks mit einfacher, nicht eingeschriebener Post ins Ausland versendet und es unterlassen hat, sich Gewißheit über das ordnungsgemäße Einlangen der Schecks beim Empfänger zu verschaffen, weil er offenbar meinte, daß bei reinen Verrechnungsschecks ohnehin nichts passieren könne<sup>6)</sup>.

Man denke auch an die versicherungsrechtliche Judikatur, die mit der Annahme grober Fahrlässigkeit oft recht schnell bei der Hand ist. So wurde es schon als grobe Fahrlässigkeit beurteilt, wenn man einen Pkw in Italien nicht auf einem bewachten Hotel-Parkplatz, sondern über Nacht

---

<sup>4)</sup> OGH 15.11.1971, 11 Os 191/71, SSSt 42/59 = ÖJZ-EvBl 1972/118.

<sup>5)</sup> ASG Wien, 9.12.1999, ARD 5119/18/2000.

<sup>6)</sup> OGH 26.8.1999, 8 Ob 59/99f, ÖJZ-EvBl 2000/43.



auf der Straße abgestellt hat oder wenn man einen Reserveschlüssel im Handschuhfach eines auf der Straße abgestellten Pkw aufbewahrt<sup>7)</sup>.

Es kann der Beurteilung des Lesers überlassen bleiben, ob in Fällen wie diesen die Annahme grober Fahrlässigkeit durch „ungewöhnliche, auffallende Sorglosigkeit, durch die der Schadenseintritt als wahrscheinlich vorhersehbar war“, wirklich so zwingend ist.

Auch die bislang zum erst im Vorjahr eingeführten Tatbestand der „grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ (§ 159 StGB) ergangenen wenigen Entscheidungen machen deutlich, daß es eine Illusion wäre, zu glauben, daß die Haftung für „grobe Fahrlässigkeit“ nur in extrem seltenen, ganz exzeptionellen Fällen zum Tragen kommen könnte. Die Materialien zum vorliegenden Entwurf argumentieren diesbezüglich nur mit theoretischen Lehrmeinungen, ohne die Rechtswirklichkeit ausreichend zu berücksichtigen.

Der in der Frage der Haftungsbeträge zum Vorbild genommene § 323 Abs 2 des deutschen HGB unterscheidet sohin aus gutem Grund nicht zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit, sondern gewährt die Haftungsbeschränkung in allen Fällen .

Unter Berücksichtigung der Rechtspraxis kann kein Zweifel daran bestehen, daß der Wegfall einer Betragsbeschränkung für die Haftung von Abschlußprüfern im Falle „grober Fahrlässigkeit“ für diese tatsächlich ein im Ergebnis erhebliches Haftungsrisiko und jedenfalls ein enormes Prozeßrisiko bedeuten würde, weil es in vielen Fällen zu aufwändigen Verfahren kommen würde, um die Frage der „grobe Fahrlässigkeit“ zu klären. Derartige Verfahren sind für die Betroffenen selbst dann eine große Belastung, wenn sich am Ende eines

---

<sup>7)</sup> Vgl dazu und zu weiteren Beispielen zuletzt zB *Ertl*, Rechtsprechungsübersicht Versicherungsrecht (I), *ecolex* 2000, 346 ff.

kostenintensiven Prozesses letztendlich herausstellt, daß bloß leichte Fahrlässigkeit vorlag.

Eine Verschärfung der Haftung für Abschlußprüfer erhöht naturgemäß auch deren Risiko, in Strafverfahren wegen eines „Gläubigerschädigungsdelikts“ im weitesten Sinn verwickelt zu werden. Die praktische Erfahrung lehrt, daß Unternehmensverantwortliche, wenn sie selbst eines solchen Delikts beschuldigt werden, naturgemäß geneigt sind, sich mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen, daß man sich auf den Abschlußprüfer verlassen habe und diesen daher zumindest eine Mitverantwortung treffe. Daß eine solche Befürchtung nicht etwa graue Theorie ist, zeigt sich beispielsweise gerade jetzt im Zusammenhang mit den Strafverfahren rund um die „Bank Burgenland“.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß der Wegfall der Haftungsbegrenzung für die Fälle „grober Fahrlässigkeit“ verfehlt und auch und gerade unter dem Aspekt der erklärten Ziele des Regierungsprogramms („Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreich“) absolut kontraproduktiv wäre.

## **2. Zu § 255 AktG**

Die Bedenken gegen die vorgeschlagene Neufassung des § 255 AktG betreffen vor allem Abs 2. Sonderberichte sind gemäß § 81 Abs 1 zunächst einmal „bei wichtigem Anlaß“ zu erstatten (der Klammerausdruck „Sonderbericht“ bezieht sich, wie aus § 81 Abs 2 AktG hervorgeht, eindeutig auch auf den ersten Halbsatz des § 81 Abs 1 letzter Satz); der wichtige Anlass wird im Gesetz nicht weiter spezifiziert,

muss aber keinesfalls etwas mit einer bedrohlichen Situation für das Unternehmen zu tun haben. Soll man hier wirklich strafbar sein, wenn man es als Vorstand ernstlich für möglich hält, dass ein wichtiger Anlass besteht, aber keine Zeit findet, dem AR-Vorsitzenden zu berichten und sich damit abfindet. Ein Schaden für die Gesellschaft braucht damit nicht verbunden zu sein. Das gilt auch für den Sonderbericht „über Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind“. Auch wesentliche Rentabilitätssteigerungen können „von erheblicher Bedeutung“ sein. Selbst ein Rentabilitätseinbruch muss nicht existenzgefährdend sein. Die diesbezügliche Strafdrohung ist daher gänzlich fehl am Platz.

Auch der vorgeschlagene § 255 Abs 1 Z 5 AktG erweckt Bedenken. Das Verschweigen wesentlicher Punkte gegenüber dem AR hat doch ein ganz anderes Gewicht als die falsche Darstellung gegenüber der Öffentlichkeit. Nur im zweiten Fall ist etwa der Schutz des Kapitalmarktes erforderlich; Schäden für Anleger sind hier wahrscheinlich. Im ersten Fall hingegen kann zwar unter Umständen immerhin Schaden für die Gesellschaft entstehen, der aber durch die strenge Vorstandshaftung nach § 84 AktG auszugleichen wäre. Ein zusätzlicher strafrechtlicher Schutz scheint nicht erforderlich. Letztlich würde eine Strafdrohung für bloßes Lügen eingeführt - dies unabhängig von einem daraus entstehenden Schaden oder einem Bereicherungsvorsatz. Auch dies erscheint als unverhältnismäßig. Mangels eines Schadens genügt es zB, den Vorstand aus wichtigem Grund vorzeitig abuberufen. Diese Strafdrohung sollte man sich daher ersparen, um dem bei der Schaffung von Straftatbeständen zu beachtenden „ultima ratio Prinzip“ gerecht zu werden.

### 3. Dritthaftung von Abschlussprüfern?

Abschließend sei noch auf einen im Gesetzesentwurf nicht berücksichtigten dringenden Handlungsbedarf im Zusammenhang mit der Haftung des Abschlussprüfers hingewiesen: In der Entscheidung des OGH zur Haftung des Abschlussprüfers in der BHI-Pleite spricht der OGH davon, dass „die Vorschriften der §§ 273 - 275 HGB Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB“ seien, „die gerade auch den Zweck haben, die geprüfte Gesellschaft vor ... Vermögensschäden zu schützen“<sup>8)</sup>. In der Sache ging es dem OGH nur um die Haftung gegenüber der Gesellschaft selbst (bzw gegenüber der Konkursmasse). Eine Berufung auf § 1311 ABGB war deshalb überflüssig; die Haftung ergab sich ohnehin unmittelbar aus § 275 HGB. Es hätte genügt, wenn der OGH, was er im Ergebnis ja auch getan hat, den Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen den übertretenen Pflichten und dem eingetretenen Schaden geprüft hätte. Dennoch ließ die Verwendung des Terminus „Schutzgesetz“ aufhorchen: Es hätte unabsehbare und für den einzelnen Abschlussprüfer regelmäßig existenzvernichtende Folgen, wenn man annehmen wollte, die Regeln über die Abschlussprüfung hätten angesichts der Publizität des Bestätigungsvermerks den Charakter von Schutzgesetzen zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft. Die herrschende Meinung verneint dies zwar zu Recht und leitet aus § 275 HGB eine Beschränkung der Anspruchsberechtigung auf die geprüfte Gesellschaft bzw auf verbundene Unternehmen ab, aber es gibt Stimmen, die im Anschluss an die Rechtsprechung zur Sachverständigenhaftung für Gutachten, die erkennbar Dritten vorgelegt werden sollen, im Ergebnis eine

---

<sup>8)</sup> Vgl OGH 23.10.2000, 8 Ob 141/99i RdW 2001, 81 (82).

unbeschränkte gesetzliche Außenhaftung der Abschlussprüfer propagieren<sup>9)</sup>, wie man sie herkömmlich bei Annahme einer Schutzgesetzeigenschaft aus § 1311 ABGB hätte ableiten können. Daraus könnte unter Umständen sogar eine strafrechtliche Haftung, die auf die Sorgfaltswidrigkeit der Schutzgesetzverletzung aufbaut, resultieren.

Angeichts solcher Tendenzen wäre es angebracht, wenn sich der Gesetzgeber, wenn schon nicht im Gesetzestext, so doch wenigstens in den Materialien zu der Klarstellung durchringen könnte, dass die Bestimmungen über die Abschlussprüfung (wie jene über die Rechnungslegung insgesamt) keine Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger oder der Vertragspartner der Gesellschaft sind und dass auch aus der Offenlegung des Bestätigungsvermerks nicht gefolgert werden kann, dass den Abschlussprüfer drittbezogene Pflichten treffen würden.

Wien, am 16.5.2001

-----  
Univ.Prof.Dr.Wolfgang Brandstetter

-----  
Univ.Prof.Dr. Markus Dellinger

---

<sup>9)</sup> Vgl *Artmann*, Die Haftung des Abschlussprüfers für Schäden Dritter, JBl 2000, 623 ff.