

Die Haftung des Wirtschaftsprüfers

I. Einführung

Wirtschaftsprüfer sind ins Gerede geraten. Die Zusammenbrüche von Enron und WorldCom in den USA wurden von zweifelhaften Bilanzierungspraktiken begleitet, die von den Abschlussprüfern entweder nicht entdeckt oder nicht beanstandet wurden. Die Insolvenzen haben in der Öffentlichkeit eine massive Kritik an den Wirtschaftsprüfern ausgelöst. Der politische Druck in den USA war so groß, dass der Gesetzgeber mit dem *Sarbanes-Oxley Act of 2002* stark regulierend in die Berufsausübung der Wirtschaftsprüfer eingegriffen hat. Auch deutsche Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die Leistungen für in den USA börsennotierte Unternehmen erbringen, werden zur Einhaltung der Bestimmungen verpflichtet. Insofern entfaltet das Gesetz extraterritoriale Wirkung.¹

Die Krise wird durchaus als global empfunden. Der 64. Deutsche Juristentag, der in Berlin vom 16. bis 20. September 2002 tagte, empfiehlt, *„effektive Maßnahmen zu ergreifen, um die Korrektheit der Abschlussprüfstate sicherzustellen, insbesondere um die Unabhängigkeit der Abschlussprüfer zu stärken und um die Durchsetzung des Bilanzrechts zu gewährleisten (Enforcement)“*.² Damit erteilt der Deutsche Juristentag der in Deutschland auf der Wirtschaftsprüferordnung beruhenden Qualitätskontrolle schlechte Noten.³ Ein Übriges tun Fälle wie der der *Bankgesellschaft Berlin*. Die Misswirtschaft in diesem hybriden Konzern⁴ hat nicht nur zum Scheitern einer Berliner Koalition, sondern zur Abwendung einer drohenden Insolvenz zur Verabschiedung eines hochumstrittenen *Risikoabschirmungsgesetzes vom 16. April 2001*⁵ geführt, mit dem das ohnehin

¹ Wiesner, BB 2002, Heft 35 - 1. Seite -.

² Die Empfehlung wurde angenommen mit: 58 : 02 vgl. DB 2002, 2037.

³ Vertiefend Sahner/Clauß/Sahner, Qualitätskontrolle in der Wirtschaftsprüfung, 2002, S. 27 ff.

⁴ Zur Entstehung und Struktur des Konzerns vgl. Torsten Fett..., Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, 2000, passim.

⁵ Gesetzes- und Verordnungsblatt für Berlin vom 24.04.2002, A3227A

hoch verschuldete Land Berlin eine Garantie über 21,6 Mrd. € für Altrisiken über einen Zeitraum von 30 Jahren übernommen hat. Wir wissen alle nicht, in welchem Umfang sich diese Risiken letztlich konkretisieren werden. Die Vermutungen schwanken zwischen 4 bis 40 Mrd. €. Bei der Aufarbeitung der Probleme um die Bankgesellschaft steht die Frage im Mittelpunkt, wie es zu diesem Desaster kommen konnte, obwohl dem Vernehmen nach das BAKred (heute BAFin) in den Jahren 1994 bis 2001 etwa 20 Sonderprüfungen hat durchführen lassen und obwohl in diesen Jahren große und namhafte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften *uneingeschränkte Bestätigungsvermerke* nach § 322 Abs. 1 HGB erteilt haben.

Die daraus resultierenden Fragen liegen auf der Hand. Wie kann es sein, dass renommierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften jahrelang gegenüber den Einzelabschlüssen und dem Konzernabschluss keine Einwendungen erheben, obwohl der Konzern, wie sich seit 2001 zeigt, offensichtlich schon seit Mitte der 90er Jahre in eine beträchtliche, seine Existenz bedrohende, Schiefelage hineinschlittert und obwohl ein Risikomanagementsystem, das den Anforderungen des § 91 Abs. 2 AktG entspricht, offensichtlich nicht existierte? Wie ist es zu erklären, dass die sich abzeichnenden, die Existenz des Konzerns bedrohenden Risiken, insbesondere aus dem Bereich des Immobiliengeschäftes, in den Lageberichten der 90er Jahre praktisch nicht vorkommen?

Könnte es sein, dass das *Haftungskonzept für Wirtschaftsprüfer*, wie wir es im § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB verankert haben, möglicherweise nicht oder nicht hinreichend greift? Bei genauerem Hinsehen wird sich zeigen, dass dieses Konzept mit seinen weiten, generalklauselartigen Rechtsbegriffen eine ganze Reihe von Fragen offen und damit die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zu einem nicht gerade kleinen Teil auch im Regen stehen lässt. Darüber hinaus ist es aber nach meiner Einschätzung nicht nur das Haftungskonzept, das zu wünschen übrig

lässt. Wir brauchen in Deutschland - und wohl auch in Europa - flankierende Maßnahmen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer und eine Gebührenordnung, die den Gesellschaften ein angemessenes und hinreichendes Honorar für die Abschlussprüfung sichert.

II. Der rechtliche Rahmen

Ein Abschlussprüfer, der vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflichten verletzt, ist der Kapitalgesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Mehrere Personen haften als Gesamtschuldner - so der Wortlaut von § 323 Abs. 1 Satz 3 und 4 HGB. Man muss kein Prophet sein, um sagen zu können, dass es entscheidend um die Frage gehen wird, *welche Pflichten* eigentlich der Abschlussprüfer hat, deren Verletzung zum Schadensersatz führen könnte.

Die Ersatzpflicht ist bei Fahrlässigkeit der Höhe nach auf 1 Mio. bzw. 4 Mio. _ beschränkt (§ 323 Abs. 2 HGB). Eine darüber hinaus gehende Beschränkung der Ersatzpflicht ist nach § 323 Abs. 4 HGB nicht möglich. Flankiert wird diese Haftung des Wirtschaftsprüfers durch eine Strafdrohung. Wer als Abschlussprüfer einen inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerk (§ 322 HGB) erteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (§ 332 HGB).

Die Pflichten, die der Abschlussprüfer hat, ergeben sich zunächst einmal aus den §§ 316, 317 HGB. Nach § 316 Abs. 1 HGB hat der Abschlussprüfer den Jahresabschluss und den Lagebericht von Kapitalgesellschaften zu prüfen. Aus § 317 HGB ergeben sich Gegenstand und Umfang der Prüfung. Bei der Prüfung des Jahresabschlusses sind die gesetzlichen Vorschriften und sie ergänzende Be-

stimmungen des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung zu beachten. Vor allem hat der Jahresabschluss unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft zu vermitteln (§§ 317 Abs. 1, 264 Abs. 2 HGB). Darüber hinaus muss der Lagebericht insgesamt eine zutreffende Vorstellung von der Lage des Unternehmens und des Gesamtkonzerns vermitteln (§ 317 Abs. 2 HGB). Dabei ist auch zu prüfen, ob die *Risiken der künftigen Entwicklung* zutreffend dargestellt sind (§ 317 Abs. 2 Satz 2 HGB).

Ausgehend von dieser Pflichtenbindung hat der Abschlussprüfer zunächst einen Prüfbericht nach § 321 HGB vorzulegen. In diesem Bericht ist vorweg darzustellen, ob Tatsachen festgestellt worden sind, die den Bestand des geprüften Unternehmens oder des Konzern gefährden oder seine Entwicklung *wesentlich beeinträchtigen können* (§ 321 Abs. 1 HGB). Im Hauptteil des Prüfungsberichts ist auch darauf einzugehen, ob der Abschluss insgesamt *ein den tatsächlichen Verhältnissen* entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft vermittelt.

Schließlich hat der Abschlussprüfer das Ergebnis seiner Prüfung in einem Bestätigungsvermerk zum Jahresabschluss und zum Konzernabschluss zusammenzufassen (§ 322 Abs. 1 HGB). Sind vom Abschlussprüfer *keine* Einwendungen zu erheben, so hat er in seinem Bestätigungsvermerk zu erklären, dass die von ihm nach § 317 HGB durchgeführte Prüfung zu keinen Einwendungen geführt hat und dass der Jahres- oder Konzernabschluss unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens oder des Konzerns vermittelt (§ 322 Abs. 1 HGB).

Dabei soll die Beurteilung des Prüfungsergebnisses allgemein verständlich und problemorientiert erfolgen (§ 322 Abs. 2 Satz 1 HGB). Auf Risiken, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden, ist gesondert einzugehen (§ 322 Abs. 2 Satz 2 HGB). Schließlich ist im Bestätigungsvermerk auch darauf einzugehen, ob der Lagebericht insgesamt eine zutreffende Vorstellung von der Lage des Unternehmens vermittelt. Dabei ist auch darauf einzugehen, ob Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind.

Sind *Einwendungen* zu erheben, so hat der Abschlussprüfer seinen Bestätigungsvermerk einzuschränken oder zu versagen (§ 322 Abs. 4 HGB). Sowohl Einschränkung als auch Versagung sind zu begründen. Einschränkungen sind so darzustellen, dass deren Tragweite erkennbar wird (§ 322 Abs. 4 Satz 4 HGB).

In der Presse wird berichtet, dass sich die Haftung von Abschlussprüfern möglicherweise auch aus den allgemeinen Grundsätzen der *Prospekthaftung* ergeben kann. Hintergrund ist der Fall Comroad, in dem Kleinaktionäre Klage gegen die Emissionsbanken und die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG beim Landgericht Frankfurt eingereicht haben. Die Rechtsanwältin Daniela Bergdolt, die mehrere Kleinaktionäre vertritt, wirft der KPMG krasse Fehler bei der Prüfung des Comroad-Prospektes vor. Das mit der Prospektprüfung verbundene Eigeninteresse von KPMG begründet nach ihrer Auffassung die *allgemeine Prospekthaftung*.⁶

Fragen dieser Art sollen im Folgenden nicht vertieft werden. Es soll vielmehr am Beispiel der Bankgesellschaft Berlin um die Erörterung des Pflichtenkreises der beteiligten Abschlussprüfer und dabei insbesondere darum gehen, welche Pflichten eigentlich bestanden, welche Modelle zur angemessenen und hinreichenden Erfassung unternehmerischer Risiken verwendet werden dürfen und bei

⁶ FAZ vom 26. 10. 2002 Nr. 249 S. 19, sowie ergänzendes Telefongespräch mit der Anwältin Anfang November 2002.

welchem Verschuldensgrad die Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 HGB einsetzt. Schließlich sollen Wege aus der Krise angedeutet und diskutiert werden.

III. Die Fakten

1. Ausgangslage

Die Bankgesellschaft hat in den 90er Jahren über die Immobilientöchter der Gruppe in großem Umfang Anteile an *geschlossenen Immobilienfonds* (LBB-Fonds) verkauft. Es sollen etwa 70.000 Anleger gezeichnet haben. Die Fonds der LBB-Linie zeichnen sich durch die besondere Sicherheit der Erträge aus. Diese Sicherheit ergibt sich aus 25- bis 30-jährigen Mietgarantien, aus Generalmietverträgen zugunsten der Fonds sowie aus einem Andienungsrecht, das es dem Anleger erlaubt, seinen Anteil kurz vor Ablauf der Garantiezeit zum Nominalwert zurückzugeben. Durch die abgegebenen Garantien kann man die Fonds fast als Garantiefonds bezeichnen, dem Anleger verbleibt nur ein geringes Restrisiko.

Das den Fonds immanente Ausfallrisiko ist durch Gesetz vom 16. April 2002⁷ durch das Land Berlin abgeschirmt, das heißt im Sinne einer Landesbürgschaft übernommen worden. Die Abschirmung durch das Land Berlin ist auf einen Höchstbetrag von 21,6 Mrd. _ begrenzt. Wenn und soweit sich Risiken aus der Erfüllung der Generalmietverträge, der Mietgarantien und des Andienungsrechtes bis Ende 2032 realisieren, wird dafür das Land Berlin, und damit letztlich der Steuerzahler, eintreten.

⁷ BGVB1. v. 24. April 2002, 3227 A, S. 121.

2. Der Walther-Bericht

Die LBB-Fonds sind vom Wirtschaftsprüfer Achim Walther im Frühsommer 1997 einer Sonderprüfung unterzogen worden. Der Walther-Bericht vom 24. Juli 1997 kommt zu dem Ergebnis: *„Die IBG ist durch Mietgarantien über 25 Jahre und die angebotenen Andienungsrechte so hohe wirtschaftliche Risiken eingegangen, die sie aus heutiger Sicht vielleicht nicht aus eigener Kraft bewältigen kann“*. Erschwerend kommt hinzu, dass, so der Walther-Bericht weiter, *„von diesen Risiken nur der kleinere Teil rückstellungspflichtig“* ist. *„Die langfristigeren Risiken, die in der kalkulierten Geldentwertung von rund 3 % p. a. bei Gewerbeobjekten und der unvorhersehbaren Mieten- und Wertentwicklung im Berliner Wohnungsbau liegen, sind als unternehmerisches Risiko nicht rückstellungsfähig, so dass auf diese Weise keine Vorsorge getroffen werden kann“*. Auch die bisher getroffenen *„organisatorischen Maßnahmen im kaufmännischen Bereich reichen nicht aus, um die eingegangenen Risiken rechnerisch zu erfassen und steuern zu können. Die augenblickliche Mietvertragsdatenverwaltung lässt einen testfähigen Jahresabschluss der IBG nicht zu“*. Schließlich, so der Walther-Bericht weiter, wurde der *„Wertansatz für Mietgarantierückstellungen in den Jahresabschlüssen 1995 und 1996 methodisch falsch gebildet. Die notwendige Abgrenzung von Mietgarantiegebühren ist unterblieben, die Regelungen der Generalmietverträge wurden in der Praxis nicht umgesetzt. Die Umstellung auf reine Garantieverträge soll rückwirkend erfolgen.“*

Der Walther-Bericht schließt damit, dass *„wichtige Arbeitsbereiche der Fondsverwaltung und der Produktkalkulation konzeptionell und organisatorisch kurzfristig neu zu gestalten sind. In der Vergangenheit hat es hier an einer ausreichenden gestalterischen Führung gefehlt, so dass sich ein vermeidbares, zusätzliches Administrationsrisiko gebildet hat“* (S. 34 Walther-Bericht).

3. Bericht der Fides-Treuhandgesellschaft vom 12. November 1997

Am 12. November 1997 legte die „Fides“-Treuhandgesellschaft einen Bericht über die Prüfung des Geschäftsbetriebes der Landesbank Berlin - Girozentrale - Berlin nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 KWG vor. Ab S. 89 wird das rechtliche Konzept der zum Teil recht unterschiedlich ausgestalteten Fondsgesellschaften beschrieben. Eine weitgehende Übereinstimmung besteht bei den LBB-Fonds 3 bis 9, die 78 % der in die Prüfung einbezogenen Fonds ausmachen (Fondsvolumen DM 5.238 Mio. [Rn. 227]). Ebenso wie der Walther-Bericht wird auch hier bestätigt, dass Mietgarantien über 25 Jahre gewährt wurden (Rn. 249). Daneben wird über eine Beteiligungs-KG auf die Dauer von 10 Jahren ein jährlicher Durchschnittsertrag aus den Wertpapieranlagen von jeweils 6,5 % bis 7,5 % garantiert (Rn. 241). Auf die Risiken aus den gesondert vereinbarten *Andienungsrechten* der Anteilseigner nach jeweils 25 bzw. 30 Jahren wird in Rn. 267, 284 ff. verwiesen. In Rn. 287 heißt es: *„Nach unserer Auffassung müssten in einem Risikomodell die folgenden Modifikationen vorgenommen werden:*

- *Anstelle der prospektierten Mieten, die zur Zeit wegen der regelmäßig bestehenden Generalmietverhältnisse auch erzielt werden, müssten aktuelle marktgängige Mieten herangezogen werden, weil die Mietgarantien im Zeitpunkt der Ausübung des Andienungsrechts auslaufen und ein potenzieller Erwerber des Immobilienvermögens sich bei seinen Renditeüberlegungen an den Marktverhältnissen orientieren würde.*
- *Der Kapitalisierungsfaktor von 16,66 erscheint uns deutlich zu hoch, wenn man bedenkt, dass die Immobilien beim Einstand regelmäßig mit Kapitalisierungsfaktoren zwischen 12 und 14 gehandelt werden und in die Fonds zur Zeit einschließlich „weiche“ Kosten mit einem Kapitalisierungsfaktor von 15,25 eingebracht werden.*

- *Die Überwälzbarkeit von Inflation auf die Nettomieten ist nach unserer Auffassung nicht als so sicher anzusehen, dass sie in einem Risikomodell zu berücksichtigen wäre. Außerdem erscheint eine einseitige Berücksichtigung positiver Wertänderungen, ohne gleichzeitige Einbeziehung auch negativer Einflussfaktoren (Kostensteigerungen, Wertminderungen), als nicht sachgerecht.*
- *Beim Ansatz der Liquiditätsreserve sind Veränderungen, die sich gegenüber den Berechnungen im Fondsprospekt ergeben, zu berücksichtigen“.*

In Rn. 289 wird auf ein potenzielles Haftungsrisiko aus den drohenden Übernahmeverpflichtungen nach 25 Jahren (Andienungsrecht) in Höhe von DM 235 Mio. hingewiesen, das in den Berechnungen der IBG bisher vernachlässigt wurde. In Rn. 290 heißt es, dass für die Bemessung einer etwaigen Risikovorsorge im Jahresabschluss der LBB "wir es als nicht sachgerecht ansehen, in die Wertermittlung für das Fondsvermögen einseitig nur erwartete Wertsteigerungen im Grundvermögen einzubeziehen, während zusätzliche Belastungen und Wertverzehre, die in der Zukunft eintreten können, nicht ausreichend berücksichtigt werden". In Konsequenz dessen wird darauf hingewiesen, dass *Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften* zu bilden sind.⁸ Geschätzt wird eine notwendige Risikovorsorge in der Größenordnung von insgesamt DM 62 Mio. (Rn. 290). Ferner wird auf Risiken aus der Prospekthaftung hingewiesen (Rn. 291 ff.), ebenso wie auf Risiken aus den Kreditverträgen (Rn. 295). Verwiesen wird auf Planungen, Immobilien der IBG-Gruppe im Wert von etwa DM 4 Mrd. in Zukunft in die Fondsgesellschaften (ab 1998) einzubringen (Rn. 298). Auch der Ankauf von Plattenbauten der Aubis-Gruppe war im Aufsichtsrat der IBG intensiv erörtert worden (Rn. 300). Danach wird die *„Zukunft von Plattenbauten tendenziell kritisch gesehen“* und *„dieses umso mehr, als beim Fondsvertrieb ein Zeitraum von mehr als 20 Jahren zu berücksichtigen*

⁸ ähnlich Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 5. Aufl., Anm. 80 zu § 249 HGB.

sei“. Für die Entscheidung des Aufsichtsrates der IBG, dem Erwerb der Plattenbauten von der Aubis-Gruppe zuzustimmen, waren ergänzende Ausführungen der IBG-Geschäftsführung maßgebend:

- Der nachverhandelte Ankaufspreis wird von der Geschäftsführung als angemessen eingestuft.
- Die aktuelle Nutzung der Plattenbauten wird als sehr günstig qualifiziert.
- Technisch sind die Gebäude in einem ordentlichen Zustand.
- Die Konkurrenzsituation der Objekte wird als günstig eingeschätzt (weitere Ergänzungen in Rn. 300).

In den Schlussbemerkungen heißt es, dass ein wirksames Beteiligungscontrolling bei der LBB nicht vorliegt (Rn. 305), dass die Beachtung des § 18 KWG im Zusammenhang mit Beteiligungsengagements nicht sicher gestellt ist (Rn. 306), dass Zweifel an der Angemessenheit von Rückstellungen für Risiken auf Mietgarantien und Anteilsandienungsrechten sowie an der zutreffenden Höhe der Rechnungsabgrenzungsposten im Jahresabschluss der IBG bestehen (Rn. 309). Ein wirksames und vor allem aufeinander abgestimmtes, umfassendes Controlling konnte die Fides-Treuhandgesellschaft bei den geschlossenen Immobilienfonds *nicht feststellen* (Rn. 313). Das zeigt sich unter anderem darin, dass aussagefähige Unterlagen zur Quantifizierung von Risiken aus Mietgarantien, Anteilsandienungsrechten und Wertpapiergarantien nicht vorgelegt werden konnten. Bei den Anteilsandienungsrechten wurde in einem vereinfachten Verfahren ein Risiko von 235 Mio. ermittelt (Rn. 313). Das Risiko aus einer etwaigen Prospekthaftung wurde weder bei der Bankgesellschaft noch bei der LBB bisher einer umfassenden Prüfung unterzogen (Rn. 315).

4. Sonderprüfbericht von Fasselt-Mette & Partner vom 14. März 2000

Ein weiterer Sonderprüfbericht nach § 44 KWG wurde von Fasselt-Mette & Partner - Wirtschaftsprüfungsgesellschaft am 14. März 2000 vorgelegt. Band IV betrifft das Immobilien- und Baumanagement der Bankgesellschaft Berlin GmbH. Ab S. 48 setzt sich der Bericht mit künftigen Risiken aus den Mietgarantieverträgen auseinander. Die in den Prospekten ausgewiesenen Mieterträge beruhen danach auf folgender unterstellter jährlicher Inflationsrate:

- LBB-Fonds 3, 4, 5, 7: 3,5 %
- LBB-Fonds 6, 8, 9, 10, 11: 3,23 %
- LBB-Fonds 12, 13: 2 %
- IBV-Fonds 1, 2: 2 %

Der Bericht weist auf S. 52 darauf hin, dass aufgrund der extrem niedrigen gegenwärtigen Inflationsrate von unter 1 % jährlich der Mietgarant (die Bankgesellschaft) gezwungen ist, ständig Mietausgleichszahlungen an die Fonds zu leisten. *„Da sich nahezu alle Fonds noch im ersten Viertel der Laufzeit der Mietgarantie befinden, führt die derzeit niedrige, aber offenbar dauerhafte, Inflationsrate zu einem erheblichen Auseinanderfallen bei den gewerblichen Mietverträgen“* (S. 52).

Mit Blick auf **Wohnimmobilien** wurde bei den von der ARWOBAU angemieteten Objekten von jährlichen Mieterhöhungen von 3 % ausgegangen (S. 52/53). Der Anteil der ARWOBAU-Mieten am gesamten Mietvolumen der Fonds 8 bis 13 liegt zwischen 4 % (Fonds Nr. 9) und 27 % (Fonds Nr. 8). Das Risiko besteht darin, dass die Miete, die ARWOBAU an die Fonds abzuführen hat, nicht von den Objektmietern erzielt werden kann, jedenfalls dann, wenn sich die jährlichen Mieterhöhungen von 3 % nicht auf dem Wohnungsmarkt

durchsetzen lassen (S. 53). Ferner gehen die prospektierten Mieten von der Annahme einer *Vollvermietung* der Objekte aus, eine Leerstandsquote wird nicht berücksichtigt (S. 55). Das Gleiche gilt für Bonitätsrisiken auf der Mieterseite (S. 55). Das Problem der Abzinsung von Drohverlustrückstellungen aus Mietgarantien wird ab S. 71 breit entwickelt. Entscheidet man sich, wie es die Bankgesellschaft getan hat, für eine Rückstellung mit Abzinsung 7 %, so wäre dem gegenüber die Rückstellung auf Basis eines Risikomodells *ohne Abzinsung* um 148 % (das entspricht etwa 400 Mio. DM) höher anzusetzen (S. 74/75).

Ferner kommt der Bericht zu dem Ergebnis, dass bei der Bankgesellschaft nicht allein die üblichen Kreditrisiken verbleiben, sondern dass die Bankgesellschaft über die von der IBG abgegebenen Garantien *„das volle wirtschaftliche Risiko des gesamten Immobilienbestandes der Publikumsfonds der IBG trägt“* (S. 109). Das Risiko erhöht sich zusätzlich durch die abgegebene Wertpapiergarantie, die für in Wertpapieren gehaltene Liquidität eine Mindestverzinsung sicherstellt (S. 109).

In den Schlussbemerkungen (ab S. 112) heißt es: *„Die IBG hat umfangreiche Garantien für die von ihr initiierten Fondsgesellschaften gewährt. Die größte Bedeutung haben dabei die im Allgemeinen über 25 Jahre laufenden Mietgarantien und Generalmietverträge gegenüber den Fonds sowie die Andienungs-garantien für die Fondszeichner. Der Umfang der abgegebenen Mietgarantien belief sich zum 31. 12. 1999 auf 19,206 Mrd. DM. Hierin sind die in 1999 neu aufgelegten Fonds nicht enthalten.“*

Die IBG erhält von den Fondsgesellschaften für die Übernahme der Mietgarantien bzw. Generalmietvertrag eine Einmalgebühr. Diese Mietgarantiegebühr ist von der IBG bisher sofort realisiert worden. Die Vorgehensweise der IBG entspricht nach unserer Auffassung nicht den Grundsätzen der Ertragsrealisation

bei schwebenden Geschäften. Hierdurch ist es im Zeitraum 1994 bis 1998 in erheblichem Umfang zum Ausweis von nicht realisierten Gewinnen gekommen (S. 113). Die Korrektur der realisierten Mietgarantiegebühren hat zur Folge, dass die Drohverlustrückstellung neu zu berechnen ist (S. 114). Den ursprünglich prospektierten Mieterlösen haben deutlich höhere Inflationsraten zugrunde gelegen, als sie derzeit feststellbar sind (S. 115). Künftige Forderungsausfälle werden pauschal mit 0,5 % der Mieterlöse angesetzt. Die Leerstandsquoten betragen 2 % für Wohnobjekte. Bei gewerblichen Objekten werden Leerstandsquoten nur für die in den Gewerbezentren angesiedelten Kleinflächen der Konzessionäre berücksichtigt. Diese Werte erscheinen wegen der Verschärfung auf dem Vermietungsmarkt als eher optimistisch (S. 115). Die von der IBG übernommenen Andienungsgarantien (Rücknahme der Fondsanteile nach 25 Jahren zum Nominalwert bzw. nach 30 Jahren zu 115 % des Nominalwertes) werden in der Bilanz der IBG nicht berücksichtigt (S. 116). Das Gleiche gilt für die Wertpapiergarantien (S. 116). Zusätzlich gehen Risiken aus Generalmietverträgen, insbesondere mit der ARWOBAU, ergebnisbelastend ein (S. 116). Schließlich trägt der BGB-Konzern durch die vollständige Absicherung der künftigen Mieterlöse sowie die garantierte Rückzahlung des eingesetzten Fondskapitals in vollem Umfang das wirtschaftliche Risiko der Fondsgesellschaften (S. 117).

„Die nach unserer Auffassung im Einzel- und Konzernabschluss der IBG erforderlichen Korrekturen können für die Übernahme in den Konzernabschluss der Bankgesellschaft Berlin AG durch eine unmittelbare Änderung in Einzel- und Konzernabschluss der IBG, durch eine Anpassung in der Handelsbilanz II des IBG-Teilkonzernabschlusses oder - im Vorgriff auf eine im Jahr 2000 vorzunehmende Korrektur durch eine zweckgebundene Rücklage nach § 340 f HGB Berücksichtigung finden“ (S. 118).

5. Schlussfolgerungen

Aus allen drei Sonderprüfberichten ergibt sich, dass die Probleme der Bankgesellschaft im Bereich des Immobiliengeschäftes im Wesentlichen zwei Ursachen haben. Auf der einen Seite werden den Fondszeichnern ungewöhnlich lange Mietgarantien (25 bis 30 Jahre), verbunden mit einem Andienungsrecht kurz vor Ablauf der Laufzeit zum Nominalwert gegeben. Daneben steht in den ersten 10 Jahren eine Garantieverzinsung zwischen 6,5 % und 7,5 %. Auf diese Weise nimmt die Bankgesellschaft den Anlegern nahezu das gesamte unternehmerische Eigenrisiko ab. Der Immobilienfondsanteil gleicht in seiner Struktur und Ausgestaltung eher einem langfristig festverzinslichen Wertpapier, z. B. einem Bundesschatzbrief.

Um die aus diesen langfristigen Garantien und Andienungsrechten resultierenden Risiken (Umfang der Mietgarantien zum 31. 12. 1999: 19,206 Mrd. DM) abzudecken, geht die Bankgesellschaft von einer durchschnittlichen Inflationsrate zwischen 2 % und 3 % aus. Sie unterstellt Vollvermietung und eine Mietsteigerung bei Wohnimmobilien von 3 % p. a. und sie zinst Risikorückstellungen außerordentlich optimistisch mit 7 % ab. Außerdem werden die Einmalgebühren bei Übernahme der Mietgarantie sofort realisiert, so dass es im Zeitraum 1994 bis 1998 in erheblichem Umfang zum Ausweis von nicht realisierten Gewinnen gekommen ist (Fasselt & Mette S. 113). Reduziert man die Probleme der Bankgesellschaft Berlin im Immobiliengeschäft auf den eigentlichen Kern, so liegen diese im *Gewähren von langfristigen Sicherheiten weit oberhalb des marktüblichen Niveaus*. In Konsequenz dessen musste sie sich bilanziell „schönrechnen“ um - zumindest zeitweise - die finanziellen Folgen der viel zu hohen Garantien zu verdecken, also so zu tun, als könne man am Markt das Geld wirklich verdienen, das man den Fondszeichnern versprochen hatte. Aus der Perspektive der Wirtschaftsprüfung ist damit die Frage gestellt,

wie es angesichts dieser Daten und Fakten kommen konnte, dass die Abschlüsse der Tochtergesellschaften und der Konzernabschluss der Bankgesellschaft bis zum Jahre 2000 unbeanstandet testiert wurden und weder im Bestätigungsvermerk noch in den Lageberichten die heute bekannten Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt wurden. Erst Anfang des Jahres 2001 änderte sich die Lage, als die KPMG die Prüfung des Jahresabschlusses der Berlin-Hyp für das Jahr 2000 vornahm. Während der Jahresbericht der Berlin-Hyp 1999 einen Aufwandssaldo für die Risikovorsorge des Kreditgeschäftes von 125,6 Mio. _ auswies, werden nach dem Jahresbericht 2000 Wertberichtigungen in Höhe von 657,9 Mio. _ notwendig und in 2001 weitere Wertberichtigungen in Höhe von 296,4 Mio. _.⁹

IV. Die Problemkreise

1. Die Pflichten des Wirtschaftsprüfers

Der Abschlussprüfer, seine Gehilfen und die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter der Prüfungsgesellschaft sind nach § 323 Abs. 1 HGB der Kapitalgesellschaft, und wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie ihre *Pflichten* vorsätzlich oder fahrlässig verletzen. Gemeint sind damit nach Auffassung des BGH und eines Großteils der Literatur *alle Berufspflichten* des Abschlussprüfers.¹⁰ Dies ist zutreffend, weil die zur Haftung führende Verletzung der Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung die *gesamte Prüfungstätigkeit* im Sinne von § 316 HGB und damit die Tätigkeit umfasst, die erforderlich ist, um eine Prüfung als die gesetzlich vorgesehene Abschlussprüfung anzuerken-

⁹ Jahresberichte der Berlin-Hannoverschen Hypothekenbank AG 1999, S. 37; 2000, S. 20; 2001, S. 23.

¹⁰ BGHZ 16, 17, 26 f.; MüKo HGB-EBKE § 323 Rn. 19; Baumbach/Hopt, 30. Aufl., § 323 Rn. 7; enger: Beck Bil.Komm/Budde/Hense § 323 Rn. 101 HdR _-Puckler, § 323 Rn.8; Koller/Roth/Morck, § 323 Rn.6.

nen.¹¹ Dazu gehört die gesetzlich vorgeschriebene Untersuchung der Prüfungsobjekte ebenso wie die korrekte Berichterstattung und die Erteilung des Bestätigungsvermerks.

Auch die Tatsache, dass der Wortlaut des § 317 HGB durch das KonTraG¹² eine gewisse Neubeschreibung der Prüfungstätigkeit erfahren hat, ändert nach allgemeiner Meinung an den Pflichten des Abschlussprüfers vor oder nach 1998 nichts. Heute wird in § 317 Abs. 1 Satz 3 HGB der selbstständige Inhalt der Abschlussprüfung gesetzlich festgeschrieben, also der in der Vergangenheit regelmäßig angewandte Prüfungsmaßstab.¹³ Auch in dem neu angefügten § 317 Abs. 2 Satz 2 HGB, demzufolge zu prüfen ist, ob die Risiken der künftigen Entwicklung im Lagebericht zutreffend dargestellt sind, wird nur etwas auch vorher schon selbstverständliches verlangt. Die nach Abs. 2 Satz 1 vorzunehmende sachgerechte Beurteilung, ob der Lagebericht eine zutreffende Vorstellung von der Unternehmenslage vermittelt, impliziert die Prüfung der *Entwicklungsrisiken*. Der Prüfungsteil umfasst folglich bereits die Überprüfung dieser Risikodarstellung, so dass die zusätzliche Betonung keinen eigenen Regelungsgehalt hat.¹⁴

Gegenstand der Abschlussprüfung sind somit der Jahresabschluss (bestehend aus GuV und Bilanz sowie dem Anhang), die Buchführung und das Inventar und der Lagebericht. Die Geschäftsführung selbst ist dagegen nicht Gegenstand der Prüfung. Der Abschlussprüfer ist folglich nicht berechtigt, im Rahmen der Prüfung *Sinn und Zweckmäßigkeit von Entscheidungen des Vorstands oder der Geschäftsführung zur Wirtschaftlichkeit und zur Rentabilität zu begutachten*.¹⁵ Bei der Prüfung des *Jahresabschlusses* ist darauf zu achten, ob die *Grundsätze ord-*

¹¹ Zimmer, in Großkomm. Bilanzrecht, § 323 Rn. 26.

¹² vom 27. 4. 1998, BGBl. I 786.

¹³ Moxter BB 1997, 724; Dörner/Schweegler DB 1997, 286; Zimmer in Großkomm. Bilanzrecht, § 317 Rn. 2.

¹⁴ Moxter BB 1997, 724; Zimmer a.a.O. § 317 Rn. 3.

¹⁵ Zimmer a.a.O. § 317 Rn. 7.

nungsmäßiger Buchführung (GoB) eingehalten sind, da nach § 243 Abs. 1 HGB der Jahresabschluss unter ihrer Berücksichtigung aufzustellen ist. Dazu gehören neben den kodifizierten GoB auch die so genannten nichtkodifizierten GoB.¹⁶ Es ist aber nicht Aufgabe des Prüfers festzustellen, ob sämtliche Vorschriften etwa des Steuerrechts im Zusammenhang mit Immobilienfinanzierungen, beachtet wurden. Sofern sich jedoch aus diesen Gesetzen *mittelbare Auswirkungen* auf den Jahresabschluss oder aus ihrer Nichtbeachtung Risiken ergeben, denen im Jahresabschluss Rechnung zu tragen ist, erstreckt sich die Abschlussprüfung auch auf die Einhaltung solcher Vorschriften.¹⁷ Ganz generell ist nach § 317 Abs. 1 Satz 3 HGB darauf abzustellen, ob die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens möglicherweise *unrichtig* dargestellt ist. Unrichtigkeiten sind insbesondere Fehler im Rahmen der Rechnungslegung.¹⁸ Unrichtigkeiten dieser Art liegen immer dann vor, wenn Risiken, die aus den vom Unternehmen getätigten Geschäften resultieren nicht oder nicht zutreffend im Jahresabschluss abgebildet werden.

Genau dies scheint aber nach den drei oben dargestellten Prüfberichten im Konzern der Bankgesellschaft in den Jahren 1997 bis 2000 der Fall gewesen zu sein. Die Risiken aus den langfristigen Mietgarantien und dem Andienungsrecht wurden, so der Vorwurf der Prüfberichte, nicht zutreffend abgebildet. Die dafür gebildeten *Drohverlustrückstellungen* waren zu niedrig und fehlerhaft abgezinst. Die der Risikobewertung zugrunde liegende Inflationsrate war zu hoch ebenso wie die prognostizierte jährliche Mietmehreinnahme. Konzerninterne Erträge aus Mietgarantieeinnahmen hätten nicht als Gewinn verbucht werden dürfen. Treffen diese Vorwürfe zu, so handelt es sich um *Unrichtigkeiten* im Rahmen der Rechnungslegung mit der Folge, dass der Jahresabschluss jedenfalls nicht uneingeschränkt hätte testiert werden dürfen.

¹⁶ HdR_*-Baetge/Fischer* § 317 Rn. 22 f.; ADS § 317 Rn. 26; *Zimmer* a.a.O. Rn. 10.

¹⁷ KK-*Claussen/Korth* § 317 Rn. 24; *Koller/Roth/Morck* § 317 Rn. 2; *Zimmer* a.a.O. § 317 Rn. 10.

¹⁸ *Teemöller/Keller* DStR 1997, 1989.

Auch der *Lagebericht* ist darauf zu prüfen, ob er mit dem Jahresabschluss sowie mit den bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnissen des Abschlussprüfers in Einklang steht, ob er insgesamt eine zutreffende Vorstellung von der Lage des Unternehmens vermittelt und ob die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind. Die vom Abschlussprüfer durchzuführende *Risikoprüfung* korrespondiert mit der von ihm im Rahmen der Jahresabschlussprüfung ohnehin vorzunehmenden Beurteilung, ob vom Fortbestand des Unternehmens auszugehen ist (§ 321 Abs. 1 HGB). Die Risikoprüfung führt somit nicht zu einer Erweiterung, sondern stellt eine Konkretisierung des Prüfungsumfangs im Hinblick auf die Einschätzung der zukünftigen Entwicklungsrisiken des Unternehmens dar.¹⁹

Es entspricht dem risikoorientierten Ansatz, dass der Prüfer sich zur Beurteilung der Risiken umfassend über die Lage des Unternehmens sowie über aktuelle oder potentielle Gefährdungen informiert. Dabei darf der Abschlussprüfer eine von ihm getroffene Risikoprognose nicht an die Stelle derjenigen der gesetzlichen Vertreter des Unternehmens setzen.²⁰ Es ist vielmehr seine Aufgabe, die Darstellung und Bewertung durch die gesetzlichen Vertreter daraufhin zu untersuchen, ob diese sich innerhalb des gesetzlich festgelegten Rahmens bewegt.

Legt man die Aussagen der oben beschriebenen drei Prüfberichte zugrunde, so wäre es Aufgabe des Abschlussprüfers gewesen, sowohl in den Teilabschlüssen, etwa der IBG und dem Konzernabschluss der Bankgesellschaft, darauf hinzuweisen, dass die Risiken der zukünftigen Entwicklung der Bankgesellschaft in den jeweiligen Lageberichten der Jahre 1997 bis 2000 auf der Grundlage der geltenden Rechnungslegungsvorschriften nicht hinreichend abgebildet worden

¹⁹ *Gelhausen* AG-Sonderheft 1997, 81; *Lenz/Ostrowski* BB 1997, 1527; *Teemöller/Keller* DStR 1997, 1989; *Zimmer* a.a.O. § 317 Rn. 19; a.A. *Forster* WPg 1998, 46, der eine Erweiterung des Aufgabengebiets des Prüfers annimmt.

²⁰ *Dörner* DB 1998, 2; *Zimmer* a.a.O. § 317 Rn. 20.

sind. Das belegt besonders eindringlich die große Differenz im Jahresbericht der BerlinHyp aus dem Jahre 1999 (125,6 Mio. _) gegenüber 657,9 Mio. _ im Jahresbericht 2000.²¹ Aber auch der Wertberichtigungsbedarf, der etwa für die IBG im Bericht von Fasselt & Mette aus dem Jahre 2000 dargestellt wird, ist beeindruckend. Der Eindruck wird verstärkt, wenn man sich vor Augen führt, dass das Land Berlin durch Gesetz vom 16. April 2002 für die Vergangenheit zugunsten der Bankgesellschaft eine *Risikoabschirmung* über 21,6 Mrd. _ beschlossen hat. Diese Risiken ergeben sich aus den Geschäften, die der Konzern bis Ende 2001 getätigt hat; sie müssten also sowohl im Jahresabschluss als auch im Lagebericht der davor liegenden Jahre bei den verschiedenen Tochtergesellschaften und im Gesamtkonzern zum Ausdruck gekommen sein. Wir alle wissen heute, dass dies nicht der Fall gewesen ist. Das bedeutet, die Abschlussprüfer müssen, wenn die Risikoabschirmung durch das Land Berlin zutreffend ist, in den davor liegenden Jahren die den Jahresabschluss beeinflussenden Risiken unrichtig und damit auch die Lage des Unternehmens unzutreffend dargestellt haben.

Wo im Einzelnen die Fehler lagen, kann hier dahingestellt sein. Die Fehler bei der Einschätzung der Inflationsrate, der Steigerung der jährlichen Mieteinkünfte, der Vermietbarkeit der Mietobjekte liegen aber als Ursache ebenso auf der Hand, wie umgekehrt die überlangen Mietgarantien, das Andienungsrecht zum Nominalwert und die zehnjährige Zinsgarantie. Es geht bei alledem nicht um die Frage, ob das Management der Bankgesellschaft Produkte dieser Art hätte auflegen können und dürfen. Daran kann man - wie es der Walther-Bericht tut - aus steuerrechtlicher Sicht zweifeln, weil eine Reihe von Argumenten dafür sprechen, dass die völlig ungewöhnliche Garantie-Konstruktion der Fondsanteile weder mit dem Bauherrenerelass vom 31.08.1990²² noch mit dem BMF-Schreiben vom 01.09.1994²³ in Einklang zu bringen ist. Auch der BFH hat in

²¹ Jahresbericht 1999, S. 37; 2000 S. 20.

²² BStBl. 1990 I, 366.

²³ BStBl. I, 94, Tz. 9.

seinem Urteil vom 27.01.1993²⁴ keinen Zweifel daran gelassen, dass nach seiner Auffassung die rechtliche Stellung als Kommanditist allein nicht ausreicht, um den Tatbestand der Vermietungstätigkeit zu erfüllen. Vorformulierte Verträge, fehlende Einflussnahme der Anleger und reine Kapitalgeberfunktion können nach Auffassung des Gerichtes dazu führen, dass keine Vermietungstätigkeit, sondern nur Kapitalhingabe vorliegt.

Diese steuerrechtlichen Zweifel zu prüfen, war nicht Aufgabe der Abschlussprüfer. Die Abschlussprüfer hatten auch nicht darüber zu urteilen, ob die Bankgesellschaft mit den von ihr gewährten überlangen Garantien und Andienungsrechten möglicherweise gegen Grundwertungen unserer marktwirtschaftlichen Rechtsordnung verstoßen hat. Immerhin wirkt das im Grundgesetz verankerte Wertesystem nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes über § 138 BGB in das Privatrecht ein.²⁵ Hiervon ausgehend hat der BGH eine wertvolle Schenkung unter offensichtlicher Verletzung von Haushaltsvorschriften für sittenwidrig und nichtig erachtet.²⁶ Auch Rechtsgeschäfte zum Schaden der Sozialhilfeträger und damit zum Schaden der Allgemeinheit verstoßen grundsätzlich gegen die guten Sitten, wenn nicht ganz besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen.²⁷ So ist beispielsweise ein Unterhaltsverzicht in einer Scheidungsvereinbarung sittenwidrig, wenn er geschlossen wird, um den dadurch begünstigten Ehegatten auf Kosten des Sozialhilfeträgers zu entlasten.²⁸

Aus alledem könnte man schlussfolgern, dass die Bankgesellschaft schon im Rahmen der Privatrechtsordnung nicht berechtigt war, Verträge mit Fondszeichnern zu schließen, die letztlich - entweder über die Konzernhaftung oder über die Gewährträgerhaftung - vom Land Berlin und damit vom Steuerzahler zu er-

²⁴ BStBl. II, 1994, 616.

²⁵ So bereits BVerfGE 7, 206; 24, 251; NJW 1990 1420; 1994, 38; BGHZ 70 324.

²⁶ BGHZ 36, 398.

²⁷ BGHZ 86, 82, 86; NJW 1985, 1835 f.; BGHZ 111, 36, 40; NJW 1991, 913, 914; 1992, 3164, 3165; VGH Mannheim NJW 1993, 29, 53.

²⁸ BGHZ 86, 82, 86; 111, 36, 41.

füllen sind. Dies ergibt sich wohl auch aus den Grundwertungen unseres Insolvenzrechts (§ 134 InsO), das die Anfechtung von Verträgen zulässt, mit deren Hilfe der in die Insolvenz geratene Schuldner zuvor Vermögen an Dritte ohne hinreichende Gegenleistung gegeben und damit letztlich verschenkt hat. Über Fragen dieser Art ließe sich noch viel sagen - aber auch darum geht es hier nicht. Es ist nicht Sache des Abschlussprüfers, dem Management zu sagen, welche Geschäfte im Sinne eines Unternehmens sinnvoll, zweckmäßig oder womöglich ökonomisch geboten sind. Das ist die originäre Aufgabe des Managements - der Abschlussprüfer hat sich in diese Fragen nicht einzumischen.

Eine völlig andere Frage ist es aber, ob der Abschlussprüfer auch dann noch schweigen darf, wenn die Entscheidungen des Managements sich im Jahresabschluss und im Lagebericht unter Anwendung der Vorschriften des geltenden Bilanzrechts nicht oder nicht hinreichend niederschlagen. In einem solchen Fall werden nämlich die Konsequenzen des Verhaltens des Managements für das Unternehmen nicht oder jedenfalls nicht zutreffend dargestellt. Genau das soll aber durch die Tätigkeit des Abschlussprüfers verhindert werden. Die Prüfung ist nach § 317 Abs. 1 HGB so anzulegen, dass Unrichtigkeiten und Verstöße gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens wesentlich auswirken, bei gewissenhafter Berufsausübung erkannt werden. Die Tätigkeit des Abschlussprüfers ist also gerade darauf gerichtet, die Konsequenzen der Entscheidungen des Managements für die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens transparent zu machen und auf diese Weise das Management zu disziplinieren. Legt der Abschlussprüfer dagegen die Konsequenzen der Entscheidungen des Managements nicht oder nicht hinreichend offen, so entfällt diese Disziplinierungswirkung. Die Entscheidungsgrundlagen für die Aktionäre in der Hauptversammlung werden verwässert, aber auch die Gläubiger und die interessierte Öffentlichkeit rea-

gieren ebenso falsch wie die Märkte für Unternehmensanteile (unter anderem die Börsen).

2. Die Bewertungsmethode: Ertragswertverfahren versus Discounted Cash-Flow-Verfahren

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass ausgehend von den drei oben dargestellten Berichten bei der Prüfung der Bankgesellschaft möglicherweise erhebliche Fehler gemacht worden sind. Anders ist es kaum zu erklären, dass das Land Berlin mit Gesetz vom 16. April 2001 eine Risikoabschirmung über 21,6 Mrd. _ zugunsten der Bankgesellschaft beschlossen hat. Worauf diese Risiken im Einzelnen beruhen, lässt sich teilweise jedenfalls aus der zwischen dem Land Berlin und der Bankgesellschaft vereinbarten *Detailvereinbarung* entnehmen. Dabei ist unstrittig, dass ein wesentlicher Teil der das Land Berlin und damit den Steuerzahler heute belastenden Risiken aus dem *Immobiliengeschäft* der Bankgesellschaft, insbesondere der Tochter IBG, resultierte.

Aus diesem Grunde erscheint es nicht abwegig, in diesem Zusammenhang über die Frage nachzudenken, wie es eigentlich zu jenen Annahmen kommen konnte, die die Bankgesellschaft veranlasst haben, völlig überdimensionierte Mietgarantien und Andienungsrechte verbunden mit einer zehnjährigen Zinsgarantie den Fondszeichnern zu offerieren. Letztlich beruhten diese Versprechungen auf der Annahme einer langfristigen durchschnittlichen Inflationsrate um 3 %, einer jährlichen Mietsteigerung im Wohnbereich (um ebenfalls 3 %) und einer Vollvermietung innerhalb der nächsten 30 Jahre. Die Möglichkeit des Leerstands wurde nur minimal berücksichtigt. Die Tatsache, dass Mietobjekte selbst in Zeiten erheblichen Wachstums standort- und lagebedingt unter Umständen nicht nachgefragt werden, wurde ebenso wenig berücksichtigt, wie die Tatsache, dass sich die Menschen aus den Plattenbauten zurückziehen und dass das Bevölke-

runge wachstum in der Bundesrepublik stark negativ ist. Es spielte auch keine Rolle, dass die Menschen aus bestimmten Regionen abwandern, etwa weil es dort keine Arbeitsplätze gibt, mit der Folge, dass Objekte die sich in einem durchaus guten baulichen Zustand befinden, plötzlich wertlos werden.

Abstrahiert man von diesen Überlegungen, so rücken zwei *Bewertungsmethoden* in den Mittelpunkt des Interesses, die wie es scheint, in einem Gegensatz zueinander stehen. Auf der einen Seite steht das eher traditionelle und auf Mellerowicz zurückzuführende *Ertragswertverfahren*.²⁹ Auf der anderen Seite steht das speziell in den anglo-amerikanischen Ländern stärker verbreitete discounted-cash-flow-Verfahren.³⁰ Das der Wertvermittlungsverordnung 1998 zugrunde liegende Ertragswertverfahren beruht auf der Ermittlung der jährlich erzielbaren Erträge unter Abzug des Bodenwertes und berücksichtigt detailliert die Größe des Grundstücks, seine Lage, die Geschossflächen, den Bodenwert, die zu erwartenden Instandhaltungskosten, den Leerstand, die Betriebskosten sowie etwaige Mietsteigerungen oder Mietausfälle. Die Ertragswertmethode ist somit ein *Kostenkonzept*. Sie entspricht strukturell etwa den Anforderungen an die Preisermittlung für Strom, den die Tarifaufsichtsbehörden der BTOElt durchführen. Auch die Kartellbehörden bedienen sich des Kostenkonzeptes etwa bei der Festlegung der Entgelte für den Zugang zu den Strom- oder Gasnetzen.

Demgegenüber gehört die discounted-cash-flow-Methode zu jenen Konzepten, die unter dem Stichwort *Vergleichsmarktkonzept* eingeordnet werden können. Für den Wert eines Grundstücks oder Gebäudes kommt es danach nicht auf die realen Kosten und Erträge, sondern darauf an, wie sich die Grundstückswerte im Vergleich zu alternativen Anlagen (z.B. Wertpapieren) entwickeln. Geht man davon aus, dass ein Anleger sein Geld dort anlegt, wo es am besten verzinst wird, so lautet seine Frage beim Erwerb eines Gebäudes ob sich sein Kapital da-

²⁹ Melerowicz, Der Wert der Unternehmung als Ganzes, 1952, passim.

³⁰ Barthel, Unternehmenswert: Die nutzenorientierten Bewertungsverfahren DstR 1995, 343, 348 m. w. N.

durch im Vergleich zu alternativen Investitionen besser oder schlechter verzinst. Da es sich bei der Antwort auf diese Frage um eine zukunftsgerichtete, also prognostische, handelt ist man gezwungen, mit Annahmen zu arbeiten. Nimmt man nun an, dass der Investor in ein Gebäude damit rechnen kann, dass in den nächsten 30 Jahren kein Leerstand herrscht, dass die Inflationsrate 3 % im Durchschnitt beträgt und dass bei Wohngebäuden eine jährliche Mietsteigerung von 3 % stattfindet, so ergibt sich auf relativ simple Art und Weise ein - wegen der gewählten Annahmen - verhältnismäßig hoher Gebäudewert.

Das DCF-Verfahren bildet den Wert eines Gebäudes immer dann realistischer ab als die Ertragswertmethode, wenn die zugrundegelegten langfristigen Annahmen über die Kapitalverzinsung und den Leerstand zutreffen und der Wettbewerb auf den Märkten für die Anlage von Kapital unverfälscht ist. Da wir alle nicht in die Zukunft schauen können, lassen sich Bewertungen nach der DCF-Methode in einem seriösen Sinne allenfalls über Zeiträume von 3 bis 5 Jahren unter gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen durchführen. Umgekehrt gelten ähnliche Vorbehalte für die Ertragswertmethode, da die Prognostizierung von Erträgen und Kosten ebenfalls nur über einen begrenzten allenfalls 5-jährigen Zeitraum seriös ist. Mit Blick auf das Immobiliengeschäft kommt hinzu, dass der Bereich der Wohnungsmieten durch den Gesetzgeber stark reguliert und reglementiert ist, so dass Mietsteigerungen nur in sehr begrenztem Umfang möglich sind. Im Bereich der Gewerbemieten nimmt der Gesetzgeber nicht selten durch Standortsubventionierung Einfluss auf die Bewertung der Grundstücke und verzerrt auf diese Weise den Wettbewerb.

Es liegt von daher auf der Hand, dass beide Bewertungsmethoden wirklich belastbare Aussagen über Zeiträume von 25 und 30 Jahren nicht zulassen. Mit Blick auf die Anforderungen an die Pflichten der Wirtschaftsprüfer kommt es auf diese Unsicherheiten bei der Wahl der angemessenen Bewertungsmethode

für Immobilien nicht an. Wie schon mehrfach betont, ist es nicht Aufgabe des Abschlussprüfers, das Management im Bereich der Verantwortung für das operative Geschäft zu entlasten. Der Prüfer hat zu einem bestimmten Stichtag nur zu klären, ob die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens und die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind. Hiervon ausgehend muss der Prüfer untersuchen, ob die Annahmen, die das Management bei der Darstellung der Vermögens- und Finanzlage des Unternehmens macht, aus der Perspektive eines objektiven Betrachters im Zeitpunkt der Aufstellung der Bilanz zumindest plausibel sind. Dabei muss sich der Abschlussprüfer von der Methode leiten lassen, die das Management gewählt hat. Stellt er, wie im Fall der Bankgesellschaft, fest, dass der Wert der Immobilien nach der DCF-Methode berechnet wurde, so hat er zu prüfen, ob die dieser vergleichenden Betrachtung zugrunde liegenden Annahmen am Bilanzstichtag der Wirklichkeit entsprechen oder nicht. Der Prüfer hat also am Bilanzstichtag zu fragen, ob die Inflationsrate tatsächlich um 3 % schwankt, ob die Einnahmen für Wohnmieten tatsächlich um 3 % jährlich steigen und ob die in die Fonds genommenen Immobilien tatsächlich keinen Leerstand aufweisen. Wenn und insoweit die vom Management getroffenen Annahmen zutreffen, hat der Abschlussprüfer das gewählte Bewertungskonzept zu akzeptieren, es sei denn, ihm sind weitere Risiken immanent, die sich mittel- und langfristig auf die künftige Entwicklung des Unternehmens auswirken. In gleicher Weise wird der Abschlussprüfer vorgehen, wenn das Management die Bewertung nach der Ertragswertmethode vorgenommen hätte. Es wäre dann zu klären, ob die Erträge den Annahmen entsprechen, ob die Instandhaltungskosten höher oder niedriger sind, ob die Vermietungsquote zutreffend ist und wie sich der Bevölkerungsschwund auf den jeweiligen Standort auswirkt. Für den Abschlussprüfer geht es also nicht um die zutreffende Wahl der Methode - das ist Managementaufgabe, sondern entscheidend um die Frage, ob die daraus resultierenden Konsequenzen und Risiken für das Unternehmen zutreffend so dargestellt sind, dass der Anleger die

Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens im Wesentlichen zutreffend erkennen kann.

Das ist jedenfalls dann kaum der Fall, wenn sich - wie im Fall der Bankgesellschaft - zeigt, dass die zugrunde gelegten Inflations- und Preissteigerungsraten ebenso wie die Annahmen über den Leerstand langfristig um etwa zwei Drittel nach unten korrigiert werden müssen. In einer solchen Situation hat nicht nur das Management im wohlverstandenen Unternehmensinteresse keine andere Wahl als den Immobilienbestand nach den Kriterien des Ertragswertverfahrens nach- und neu zu bewerten. Auch der Wirtschaftsprüfer ist, weil es nur noch diesen einen Weg gibt, um die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zutreffend zu erfassen, nun verpflichtet, auf diese Zusammenhänge nach § 322 Abs. 4 HGB hinzuweisen.

3. Der Grad des Verschuldens

Die an der Abschlussprüfung mitwirkenden Personen haften nur bei Verschulden, das heißt bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten. Vorsatz liegt vor, wenn der Abschlussprüfer wissentlich und willentlich gegen seine Pflichten verstößt oder die Pflichtverletzung als möglich erkennt und diese Möglichkeit in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz). Fahrlässig handelt der Abschlussprüfer wenn er unter Außerachtlassung der im Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt darauf vertraut, dass keine Pflichtverletzung vorliegt. Fahrlässigkeit orientiert sich, wie im bürgerlichen Recht (§ 276 BGB) an einem objektiven, das heißt typisierten, Sorgfaltsmaßstab, wobei dieser sich nach § 323 HGB auf einen fachlich qualifizierten und gewissenhaft tätigen Abschlussprüfer bezieht.

Nach § 323 Abs. 2 HGB wird die Haftung für *fahrlässige Pflichtverletzungen* auf insgesamt 1 Mio. €, bei Aktiengesellschaften, die Aktien mit amtlicher No-

tierung ausgegeben haben, auf 4 Mio. _ begrenzt. Die Haftung für *vorsätzliche Pflichtverletzungen* ist dagegen unbegrenzt. In der Literatur wird wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Haftungsbegrenzung für jede Form von Fahrlässigkeit gilt.³¹ Aus meiner Sicht ist dies keinesfalls selbstverständlich. Im bürgerlichen Recht wird zwischen Fahrlässigkeit einerseits und grober Fahrlässigkeit andererseits differenziert. Das BGB sieht in den §§ 300 Abs. 1, 521, 599, 680 und 968 eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit vor. Entsprechende Haftungsbeschränkungen bestehen im Energierecht.³² Dabei liegt grobe Fahrlässigkeit immer vor, wenn die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, wenn schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden und das nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste.³³

Während der Maßstab der einfachen Fahrlässigkeit ein ausschließlich objektiver ist, sind bei der groben Fahrlässigkeit auch subjektive in der Individualität des Handelnden begründete Umstände zu berücksichtigen.³⁴ Hiervon ausgehend leuchtet es nicht ein, dass die in § 323 Abs. 2 HGB angeordnete Haftungsbeschränkung *jede Form von Fahrlässigkeit* umfassen soll. Zum einen deshalb nicht, weil auch im bürgerlichen Recht zwischen Fahrlässigkeit einerseits und grober Fahrlässigkeit andererseits differenziert wird. Die Haftungsfreistellung von fahrlässigen Verhaltensvorwürfen impliziert regelmäßig die umgekehrte Haftung für grob fahrlässiges Verhalten. In ähnlicher Weise ist anerkannt, dass die Haftung für grobe Fahrlässigkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht im Voraus erlassen werden kann (§ 309 Nr. 7 BGB). Darüber hinaus ist das Verbot des Haftungsausschlusses gerade in jenen Fällen anerkannt, in denen eine Person Kraft ihres Berufes in besonderer Weise Vertrauen in Anspruch nimmt oder eine qualifizierte Vertrauensstellung einnimmt. Unter diesen Um-

³¹ Zimmer, in Großkom Bilanzrecht § 323 Rn. 45.

³² Jeweils § 6 Nr. 2, 3 von AVBEltV, AVBGasV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV.

³³ BGHZ 10, 16; 89, 161; NJW-RR. 1994, 1471.

³⁴ BGHZ 10, 17; 119, 149; BAG DB 1972, 780.

ständen wird man darüber nachzudenken haben, ob die Haftungsbegrenzung in § 323 Abs. 2 HGB möglicherweise ihrem Sinn und Zweck nach, insbesondere wegen der besonderen Vertrauensstellung des Wirtschaftsprüfers auch gegenüber den Aktionären (Gedanke aus § 311 Abs. 3 BGB) zwar auf fahrlässiges Fehlverhalten, nicht aber auch auf grob fahrlässiges Fehlverhalten beschränkt ist.³⁵

V. Wege aus der Krise

Die vorstehenden, paradigmatischen, Überlegungen zeigen, dass wir auch im deutschen Bilanzrecht über Maßnahmen nachdenken müssen, die in den USA Gegenstand des Sarbanes-Oxley-Act von 2002 gewesen sind. Es wird im Wesentlichen um drei Schritte gehen. Auf der einen Seite ist das **Haftungsregime** so zu verbessern, dass § 323 Abs. 1 HGB nicht tendenziell leer läuft. Dies wäre de lege lata zu erreichen, wenn die Gerichte bereit wären, die Haftungsbegrenzung des § 323 Abs. 2 HGB zwar auf Fahrlässigkeit, nicht aber auf grobe Fahrlässigkeit zu erstrecken.

In einem zweiten Schritt müsste die **Unabhängigkeit** der Abschlussprüfer gesichert werden. In den Vereinigten Staaten ist es den Prüfungsunternehmen seit 23. 10. 2003 verboten, neben Prüfungsleistungen, die nachfolgenden Nicht-Prüfungsleistungen zu erbringen (Sec. 201 [a]):

- Buchführungs- oder andere Leistungen, die im Zusammenhang mit der Buchführung oder dem Jahresabschluss stehen
- Entwicklung und Implementierung von Rechnungslegungs- und Informationssystemen

³⁵ Dem stünde auch der Wortlaut von § 54a WPO, der ebenfalls nur an Fahrlässigkeit anknüpft, nicht entgegen.

- Bewertungsgutachten, Sachanlageprüfungen
- versicherungsmathematische Dienstleistungen
- Übernahme von Tätigkeiten, der internen Revision
- Übernahme von Managementfunktionen beim Mandanten oder Personalberatung
- Finanzdienstleistungen oder ähnliche Leistungen
- Rechtsberatungs- und Gutachtertätigkeiten, die nicht mit der Prüfung in Zusammenhang stehen
- sonstige Dienstleistungen, die vom Board als unzulässig erklärt werden

Es soll nicht verschwiegen werden, dass man in der Europäischen Union mit der Empfehlung der Kommission vom 16. 5. 2002 „*Unabhängigkeit des Abschlussprüfers in der EU - Grundprinzipien*“ einen anderen Weg geht.³⁶ Die Erbringung von Nicht-Prüfungsleistungen ist danach grundsätzlich zulässig, sofern bestimmte Bedingungen und Sicherungsmaßnahmen eingehalten werden. Zur Erhöhung der Transparenz wird die Offenlegung der Honorare, aufgeschlüsselt nach Hauptleistungskategorien, gefordert. Bis auf Weiteres hält die Kommission daran fest, dass der Berufsstand sich seiner Verantwortung zur Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit der gesetzlichen Abschlussprüfung bewusst ist und deshalb von sich aus in den Mitgliedstaaten tätig wird. Sollte dies jedoch „nicht zur gewünschten Harmonisierung der Unabhängigkeitsanforderungen an Abschlussprüfer führen, wird die Kommission erneut die Notwendigkeit einer Rechtsvorschrift ins Auge fassen und zu diesem Zweck die Lage drei Jahre nach Annahme der Empfehlung erneut überprüfen. Besonderes Gewicht sollte sie dabei der Frage zuwenden, ob für die Abschlussprüfung nicht ein *angemessenes Honorierungssystem* eingeführt werden müsste. Vorbild könnte die Rechtsanwaltsgebührenordnung oder die Honorarordnung für Architekten sein.

Schließlich wäre über die Frage nachzudenken, ob die auf die zu prüfende Unternehmensgruppe beschränkte Haftung (§323 Abs. 1 Satz 3 HGB) hinreichend ist. Schon ein Blick auf den neuen § 311 Abs. 3 BGB zeigt, dass die in Deutschland tradierte Doktrin von der Begrenzung der Haftung des Abschlussprüfers auf die zu prüfende Unternehmensgruppe³⁷ schon heute jedenfalls dann in Frage zu stellen ist, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, woran angesichts seiner herausgehobenen Stellung als Abschlussprüfer nicht gezweifelt werden kann. Hierneben hat der BGH bereits am 2. April 1998 jedenfalls die individuelle vertragliche Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des *Prüfungsvertrages* bejaht.³⁸ Der mit der Pflichtprüfung beauftragte Wirtschaftsprüfer hatte gegenüber der zu prüfenden Gesellschaft und auf deren Veranlassung hin gegenüber einer zweiten Gesellschaft die Auskunft erteilt, der zu prüfende Jahresabschluss könne von ihnen bestätigt werden. Daraufhin hatte die zweite Gesellschaft sämtliche Anteile an der ersten erworben - später stellte sich heraus, dass anstelle des angekündigten Überschusses ein Fehlbetrag in zweistelliger Millionenhöhe vorlag. In ähnlicher Weise dürften die Erwerber von Aktien der Bankgesellschaft in den 90er Jahren davon ausgegangen sein, dass die in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Überschüsse der wirklichen Finanz- und der Ertragslage der Unternehmensgruppe entsprechen. Im Vertrauen darauf werden sie gezeichnet haben. Der Gesetzgeber sollte klar stellen, dass sich die Haftung des Abschlussprüfers jedenfalls auch auf diese Fälle in Anspruch genommenen Vertrauens erstreckt.

³⁶ Veröffentlicht in ABIEG Nr. L 191/22 vom 19.7.2002, dazu *Niehues*, BB 2002, Heft 23, die 1. Seite.

³⁷ BGHNJW 1998, 1951; vertiefend *MükoHGB-Ebke* § 323 Rn. 108 ff.

³⁸ NJW 1998, 1951 = JZ 1998, 1013 mit Aufsatz *Ebke*, S.991 = JR 1999, 67 mit Anm. *Zimmer/Vosberg* = ZGR 1999, 583 mit Aufsatz *Grunewald* S. 583.

VI. Wesentliche Ergebnisse

1. Die Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer sollte im Sinne des Sarbanes-Oxley-Act von 2002 gestärkt werden. Dies bedeutet insbesondere, dass Prüfung und Beratung strikt zu trennen sind.³⁹
2. Eine angemessene Honorierung für die Prüfungsleistung ist, z. B. durch eine entsprechende Honorarordnung, zu sichern.
3. Die Haftungsbegrenzung des § 323 Abs. 2 HGB erfasst fahrlässiges Fehlverhalten, nicht aber grob fahrlässiges.
4. Die Haftung des Wirtschaftsprüfers erstreckt sich zumindest auch auf solche Dritte, die im Vertrauen auf die Abschlussprüfung Anteile am Unternehmen erworben haben.

³⁹ Dies entspricht der Empfehlung des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, wonach es sich empfiehlt, effektive Maßnahmen zu ergreifen, um die Korrektheit der Abschlussprüfungsstate sicherzustellen, insbesondere, um die Unabhängigkeit der Abschlussprüfer zu stärken und um die Durchsetzung des Bilanzrechts zu gewährleisten (Enforcement - angenommen mit 58:02; vgl. DB 2002, 2037).