BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 49/01

Verkündet am:
25. November 2002
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG §§ 124 Abs. 3 und 4, 243 Abs. 1; HGB §§ 319 Abs. 2 Nr. 2 und 5, Abs. 3 Nr. 2, 318 Abs. 3

a) Haben Vorstand und Aufsichtsrat in der Bekanntmachung der Tagesordnung zur Hauptversammlung Vorschläge zur Wahl des Abschlußprüfers unterbreitet, kann die Gesetzwidrigkeit der Bekanntmachung nicht dadurch ungeschehen gemacht werden, daß der Vorstand vor Beginn der Abstimmung erklärt, der Wahlvorschlag werde nur vom Aufsichtsrat, nicht aber vom Vorstand unterbreitet und daß der Versammlungsleiter anschließend nur über den Vorschlag des Aufsichtsrates abstimmen läßt.

Dieser Gesetzesverstoß ist nicht so marginal, daß ihm die erforderliche Relevanz für eine sachgerechte Meinungsbildung der Aktionäre abzusprechen wäre.

b) Wird eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft im Rahmen einer Verschmelzung mit der Erstattung eines Verschmelzungswertgutachtens und der Ermittlung der Verschmelzungswertrelation beauftragt, folgt daraus nicht ohne weiteres, daß sie nicht zum Abschlußprüfer der aus der Verschmelzung hervorgegangenen Gesellschaft gewählt werden darf (Bestätigung von BGHZ 135, 260 - Allweiler).

Weist diese Gesellschaft in ihrem Gutachten nicht darauf hin, daß ihr aufgrund bestimmter Erschwernisse der Prüfung, die auf dem Verhalten der zu überprüfenden AG beruhen, eine sachgemäße Ermittlung der Verschmelzungswertrelation nicht möglich war, und kann aufgrund dessen ihre Mitverantwortlichkeit für einen Berichtigungsbedarf in Milliardenhöhe, der auf nicht erkannten Risiken dieser Gesellschaft beruht, nicht ausgeschlossen werden, setzt sie sich der Besorgnis aus, ihre Aufgaben als Abschlußprüfer der aus der Verschmelzung hervorgegangenen AG nicht unbefangen und unparteiisch wahrzunehmen.

c) Eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses, mit dem der Abschlußprüfer gewählt worden ist, wegen dessen Besorgnis der Befangenheit wird durch das Ersetzungsverfahren des § 318 Abs. 3 Satz 1 HGB nicht ausgeschlossen.

BGH, Urteil vom 25. November 2002 - II ZR 49/01 - OLG München

LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Henze, Kraemer und die Richterin Münke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 8. November 2000 aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts München I, 5. Kammer für Handelssachen, vom 21. Oktober 1999 teilweise abgeändert.

Die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 6. Mai 1999 zu TOP 5 (Bestellung eines Sonderprüfers) und zu TOP 14 (Wahl des Abschlußprüfers für das Geschäftsjahr 1999) werden für nichtig erklärt.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen der Nebenintervenienten der Klägerin trägt die Beklagte. Die Nebenintervenientin der Beklagten trägt ihre Kosten selber.

Von Rechts wegen

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

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

Tatbestand:

Die Klägerin, Aktionärin der Beklagten, wendet sich mit ihrer Klage gegen die in der Hauptversammlung vom 6. Mai 1999 zu TOP 5 und 14 gefaßten Beschlüsse, mit denen die B. Aktiengesellschaft Ha. (künftig: B.) zum Sonderprüfer (TOP 5) und die K. Aktiengesellschaft Be. und F. (künftig: K.) zum Abschlußprüfer (TOP 14) für das Geschäftsjahr 1999 bestellt worden sind. Der Klage liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die beklagte Bank ist aus der Verschmelzung der Ba. H.bank AG (künftig: H.-Bank) und der Ba. V.bank AG (künftig: V.bank) hervorgegangen. Dem im Verschmelzungsvertrag vom 17. März 1998 festgelegten Umtauschverhältnis liegt ein gemeinsam von der K. und der W. GmbH (künftig: W.) erstattetes Gutachten über die Unternehmenswerte der H.-Bank und der V.bank zugrunde. Nach Vollzug der Verschmelzung traten bei der Beklagten Meinungsverschiedenheiten über Erfordernis und Höhe eines Wertberichtigungsbedarfs wegen des Immobilienengagements der H.-Bank auf. Vorstand und Aufsichtsrat der Beklagten entschlossen sich daher, der Hauptversammlung die Durchführung einer Sonderprüfung vorzuschlagen.

Unter TOP 5 der Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung vom 6. Mai 1999 (Beschlußfassung über die Bestellung eines Sonderprüfers) heißt es dazu, Aufsichtsrat und Vorstand schlagen vor, die B. zum Sonderprüfer für bestimmte, im einzelnen aufgeführte Vorgänge zu bestellen, "um eine objektive und transparente Prüfung der nach Bekanntgabe der Risiken der früheren H.-Bank in der Öffentlichkeit diskutierten Fragen zu ermöglichen".

Unter TOP 14 (Wahl des Abschlußprüfers für das Geschäftsjahr 1999) wird ausgeführt, der Aufsichtsrat schlage vor, die K. zum Abschlußprüfer für das Geschäftsjahr 1999 zu wählen.

Nachdem der Sprecher des Vorstandes auf den Hinweis eines Aktionärs, die Wahl des Sonderprüfers könne nur der Aufsichtsrat vorschlagen, erklärt hatte, Vorstand und Aufsichtsrat schlügen zwar die Durchführung der Sonderprüfung vor, hingegen werde die Wahl der B. zum Sonderprüfer nur vom Aufsichtsrat vorgeschlagen, und nachdem der Versammlungsleiter (Vorsitzender des Aufsichtsrates) vor Beginn der Abstimmung zu TOP 5 auf den in der Einladung zur Hauptversammlung bekannt gegebenen Vorschlag des Aufsichtsrates, die B. zum Sonderprüfer zu bestellen, hingewiesen hatte, folgte die Hauptversammlung mit ihrem Beschluß dem Vorschlag des Aufsichtsrates. Zu TOP 14 beschloß sie die Bestellung der K. zum Abschlußprüfer für das Wirtschaftsjahr 1999.

Die Klägerin hält die Beschlüsse aus verschiedenen Gründen für nichtig.

Landgericht und Berufungsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet.

Die von der Hauptversammlung der Beklagten am 6. Mai 1999 zu TOP 5 (Bestellung der B. zum Sonderprüfer) und TOP 14 (Wahl der K. zum Abschluß-

prüfer für das Geschäftsjahr 1999) gefaßten Beschlüsse sind gesetzwidrig zustande gekommen und daher für nichtig zu erklären (§ 243 Abs. 1 AktG).

I. Die Rüge der Revision, die Beklagte sei im vorliegenden Verfahren nicht ordnungsgemäß vertreten, weil zu Lasten von Vorstand und Aufsichtsrat das Vertretungsverbot des "Richtens in eigener Sache" bestehe, ist allerdings unbegründet. Die Rüge basiert auf der Unterstellung, sämtliche Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat hätten bereits im Zeitpunkt der Zustimmung der Hauptversammlung zu dem Verschmelzungsvertrag im Jahre 1998 einen Berichtigungsbedarf in Höhe von 3,5 Mrd. DM gekannt, ihn aber der Hauptversammlung verschwiegen. Es kann dahinstehen, ob der angeführte Grundsatz die von der Revision dargelegten Folgen für die Vertretungsbefugnis von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern hat. Die Rüge scheitert bereits daran, daß die Revision keinen Tatsachenvortrag aufgezeigt hat, nach dem alle gegenwärtigen Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat diese Kenntnis gehabt und sie der Hauptversammlung verschwiegen haben.

II. Der Beschluß der Hauptversammlung zu TOP 5 über die Bestellung der B. zum Sonderprüfer beruht auf einer fehlerhaften Bekanntmachung der Tagesordnung. Nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG hat nur der Aufsichtsrat der Hauptversammlung Vorschläge zur Beschlußfassung über die Bestellung von Prüfern zu unterbreiten. In der von der Beklagten bekannt gemachten Tagesordnung haben jedoch Aufsichtsrat und Vorstand vorgeschlagen, die B. zum Sonderprüfer zu bestellen, eine Formulierung, die bei unbefangener Betrachtung als gemeinsamer Vorschlag, allenfalls noch als gleichlautende Vorschläge beider Organe verstanden werden mußte. Aufgrund dieses Gesetzesverstoßes durfte die Hauptversammlung zu TOP 5 keinen Beschluß fassen (§ 124 Abs. 4 Satz 1 AktG).

Die Ansicht der Beklagten, die gesetzwidrige Bekanntmachung habe der Beschlußfassung deswegen nicht entgegengestanden, weil in der Hauptversammlung vor der Beschlußfassung klargestellt worden sei, daß nur der Aufsichtsrat, nicht aber der Vorstand einen Beschlußvorschlag zur Bestellung eines Sonderprüfers unterbreite und der Vorstand überhaupt keinen Beschluß zu diesem Punkt gefaßt habe, kann nicht gefolgt werden. Sinn der dargelegten gesetzlichen Regelung ist es, eine Beeinflussung der Auswahl der Prüfer durch den Vorstand zu unterbinden, weil es deren Aufgabe ist, in erster Linie die Tätigkeit des Vorstandes zu prüfen (vgl. Begr. RegE Kropff, AktG 1965, S. 174). Dieses vom Gesetz verfolgte Ziel ist für den Bereich der Abschlußprüfung im Jahre 1998 erneut dadurch zum Ausdruck gebracht worden, daß nicht mehr der Vorstand gemäß § 318 Abs. 1 Satz 4 HGB a.F. i.V.m. § 78 Abs. 1 AktG, sondern der Aufsichtsrat nach §§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG, 318 Abs. 1 Satz 4 HGB n.F. i.V.m. § 112 AktG dem Abschlußprüfer den Prüfungsauftrag für den Jahres- und Konzernabschluß erteilt (vgl. dazu RegBegr. BT-Drucks. 13/9712, S. 16). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist zwar davon auszugehen, daß der Vorstand der Beklagten keinen Beschluß über einen Vorschlag zur Bestellung eines Sonderprüfers gefaßt hat. Das ändert jedoch nichts an der Gesetzwidrigkeit der Bekanntmachung der Tagesordnung. Ebensowenig konnte die Gesetzwidrigkeit der Bekanntmachung dadurch ungeschehen gemacht werden, daß der Vorstand vor Beginn der Abstimmung erklärte, der Wahlvorschlag werde nur vom Aufsichtsrat, nicht aber vom Vorstand unterbreitet, und daß der Versammlungsleiter nur über den Vorschlag des Aufsichtsrates abstimmen ließ. Entscheidend ist nicht, daß ein Vorschlag des Vorstandes, der sich aus der Tagesordnung ergibt, nicht in das Verfahren der Beschlußfassung einbezogen worden ist (so aber Hüffer, AktG 5. Aufl. § 124 Rdn. 13 unter Bezugnahme auf die beiden vorinstanzlichen Urteile). Maßge-

bend ist vielmehr, daß über einen Tagesordnungspunkt, der gesetzwidrig und damit nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden war, abgestimmt wurde. Denn Sinn der Mitteilung der Tagesordnungspunkte einschließlich der Beschlußvorschläge ist eine sachgemäße Information der Aktionäre, aufgrund deren sie nicht nur in die Lage versetzt werden sollen, sich mit den einzelnen Gegenständen der Tagesordnung zu befassen und aufgrund dieser Vorbereitung ihr Rede-, Frage- und Stimmrecht sinnvoll auszuüben, sondern auch, darüber zu befinden, ob sie überhaupt an der Hauptversammlung - selbst oder vertreten durch Dritte - teilnehmen sollen (Hüffer aaO, § 124 Rdn. 1; Werner in Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. § 124 Rdn. 2; Zöllner in Kölner Komm. AktG, § 124 Rdn. 2). Gerade diese Entscheidung über die Teilnahme kann durch die Fehlerhaftigkeit der Bekanntmachung insbesondere im Hinblick auf das in § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG ausgesprochene strikte gesetzliche Verbot, über fehlerhaft bekannt gemachte Gegenstände der Tagesordnung Beschluß zu fassen, im negativen Sinne beeinflußt werden. Das Verbot des § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG bezweckt deshalb gerade auch den Schutz der nicht in der Hauptversammlung erschienen Aktionäre (Hüffer aaO, § 124 Rdn. 18). Angesichts der Bedeutung, die dem in § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG angeordneten Ausschluß eines Rechts des Vorstandes zukommt, der Hauptversammlung einen eigenen Vorschlag für die Wahl von Prüfern zu unterbreiten oder an dem Vorschlag des Aufsichtsrats mitzuwirken, ist der Gesetzesverstoß, der in der Bekanntmachung liegt, Aufsichtsrat und Vorstand unterbreiteten den Vorschlag, zudem auch nicht etwa so marginal, daß ihm ausnahmsweise die erforderliche Relevanz für eine sachgerechte Meinungsbildung der Aktionäre abzusprechen wäre (vgl. dazu BGH, Urt. v. 12. November 2001 - II ZR 225/99, ZIP 2002, 172, 174, z.V.b. in BGHZ 149, 158).

Entgegen der Ansicht der Revision führt das jedoch nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses nach § 243 Abs. 1 AktG, nicht jedoch zu seiner Nichtigkeit gemäß § 241 Nr. 3 AktG. Das folgt aus § 245 Nr. 2 AktG, nach dem das Gesetz - auch - den nicht in der Hauptversammlung erschienenen Aktionären ein Anfechtungsrecht gewährt, wenn der Gegenstand der Beschlußfassung nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist. Diese gesetzliche Wertung kann für die Aktionäre, die an der Hauptversammlung teilgenommen und Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben, wie das die Klägerin getan hat, nicht anders gesehen werden.

Der zu TOP 5 gefaßte Beschluß war somit für nichtig zu erklären.

III. Die Revision rügt ferner zu Recht, daß das Berufungsgericht auch eine Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses zu TOP 14 (Wahl der K. zum Abschlußprüfer für das Geschäftsjahr 1999) verneint hat.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß die Bestellung der K. nicht als nichtig angesehen werden kann.

a) Die Revision ist der Ansicht, die K. habe schon deswegen nicht zum Abschlußprüfer bestellt werden dürfen, weil ihr und der W. im Jahre 1998 von den Vorständen der H.-Bank und der V.bank der Auftrag zur Erstattung eines Verschmelzungswertgutachtens erteilt worden sei. Dadurch seien beide Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in den Einflußbereich des Vorstandes gelangt, der sie entsprechend § 319 Abs. 2 Nr. 2 HGB zumindest für drei Jahre daran hindere, als Abschlußprüfer für den Aufsichtsrat bzw. die Hauptversammlung der Beklagten tätig zu werden. Dem kann nicht gefolgt werden.

Hintergrund der Regelung dieser Vorschrift ist, soweit Organmitglieder betroffen sind, die Unvereinbarkeit der Aufgaben der Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder und derjenigen der Abschlußprüfer und, soweit Arbeitnehmer der zu prüfenden Kapitalgesellschaft genannt sind, deren Abhängigkeit vom Vorstand. Die Dauer des Verbotes einer Abschlußprüfertätigkeit für das Organmitglied oder den Arbeitnehmer bemißt das Gesetz mit einem Zeitraum von drei Jahren seit dem Ausscheiden aus dem Organ bzw. dem Beschäftigungsverhältnis mit der Kapitalgesellschaft. Erhält eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft einen Gutachterauftrag, wie im Falle der Verschmelzung vom Vorstand, fehlt es an einer Verflechtung, die der im Gesetz geregelten vergleichbar wäre. Allein der Umstand, daß der Vorstand den Auftrag erteilt hat und anschließend der Aufsichtsrat einen Abschlußprüferauftrag erteilt, läßt keine Situation entstehen, die der in § 319 Abs. 2 Nr. 2 HGB auch nur annähernd vergleichbar wäre. Aus diesem Grunde bezieht das Gesetz zu Recht diese Sachverhaltsgestaltung auch nicht in den Katalog des § 319 HGB ein. Der Analogieschluß, den die Revision zieht, ist daher nicht gerechtfertigt.

b) Eine andere Frage ist es, inwieweit die Regelung des § 319 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 HGB einen solchen Sachverhalt zu erfassen vermag.

Die Revision rügt insoweit, das Berufungsgericht habe zu Unrecht eine Inhabilität der K. abgelehnt. Denn die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft habe als Verschmelzungsgutachter die Buchwerte der H.-Bank per 31. Dezember 1997 überprüft, die auch Gegenstand der Abschlußprüfungen der Jahre 1998 und 1999 gewesen seien. Auf jeden Fall falle ins Gewicht, daß die K. dabei Risiken des Immobiliengeschäfts der H.-Bank und den zu ihrer Abdeckung erforderlichen Rückstellungsbetrag von nahezu 6,7 Mrd. DM unberücksichtigt gelassen habe. Das habe sich letztlich auch in der für das Geschäftsjahr 1999 erstellten

Bilanz der Beklagten niedergeschlagen, die von der K. geprüft werden solle. Dieser Sachverhalt erfülle die Voraussetzungen des § 319 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 HGB. Auch diese Rüge ist nicht berechtigt.

Gegenstand des Verschmelzungswertgutachtens war die Ermittlung der Unternehmenswerte der H.-Bank und der V.bank sowie die Errechnung der auf diesen Werten beruhenden Verschmelzungswertrelation. Der Wert der Unternehmen ist nach der Ertragswertmethode in Form der sog. HFA-Methode (s. dazu WP-Handbuch, 12. Aufl. 2002 Bd. II, S. 1 ff. m.w.N.) auf der Grundlage detaillierter Planungen unter Berücksichtigung der Vergangenheitsanalyse ermittelt worden. Da der Ertragswert den Barwert der künftigen Überschüsse aller Einnahmen über alle Ausgaben darstellt, waren den Berechnungen als Ausgangspunkt Planzahlen zugrunde zu legen, die den detaillierten Planrechnungen der H.-Bank und der V.bank entnommen wurden. Bei Fehlen von Planrechnungen für bestimmte Beteiligungen wurden die künftigen Ergebnisse aus denjenigen der Vergangenheit abgeleitet oder es wurden verzinste Buchwerte als Beteiligungsertrag angesetzt. Zur Gewinnung von Kontrollmaßstäben für die Zukunftsprognose wurden die Aufwendungen und Erträge für die Referenzjahre 1993 bis 1997 analysiert.

Vergegenwärtigt man sich allein dieses methodische Vorgehen, so steht von vornherein außer Zweifel, daß die Zahlen des Ertragswertgutachtens mit den Ist-Zahlen der Jahresabschlußrechnung als Aufwands- und Ertragsrechnung nichts gemein haben.

Es ist zwar richtig, wie die Revision darlegt, daß die Übertragung des Vermögens der H.-Bank zu den Buchwerten der Bilanz per 31. Dezember 1997 erfolgt ist und die Gegenleistung der Beklagten sich im wesentlichen an dem

von der K./W. vorgeschlagenen Umtauschverhältnis orientiert hat. Auch die Revision vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die K. für die Erstellung dieser Buchwerte verantwortlich oder auch nur mitverantwortlich zeichnen soll. Es ist somit nicht erkennbar, inwieweit die K. als Abschlußprüfer des Jahres 1999 gegen das Selbstprüfungsverbot im Sinne des § 319 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 HGB verstoßen haben könnte.

Soweit die Revision darlegt, die K. habe im Jahresabschluß 1999 auch die von ihr vorgeschlagenen Gegenleistungen im Rahmen der im Verschmelzungsvertrag enthaltenen Kapitalerhöhung prüfen müssen, sind die Voraussetzungen der oben genannten Vorschrift ebenfalls nicht erfüllt. Wie der Senat in der sog. Allweiler-Entscheidung ausgesprochen hat, begründet es keine Inhabilität des Abschlußprüfers, wenn dem - auch gutachterlich - Beratenen die Entscheidungskompetenz verbleibt, ob er dem Vorschlag folgt oder nicht (BGHZ 135, 260, 264). Diese Entscheidungsfreiheit war im vorliegenden Falle schon deswegen gewährleistet, weil der Verschmelzungsvertrag einschließlich des Umtauschverhältnisses einer Prüfung durch einen Verschmelzungsprüfer zu unterziehen war (§§ 9 u. 12 UmwG).

Der Umstand, daß die K. die unzureichende Risikovorsorge für die Anlagefinanzierungen der H.-Bank nicht festgestellt und bekannt gegeben hat, ist für die Frage ihrer Inhabilität als Abschlußprüfer für das Geschäftsjahr 1999 somit ohne Bedeutung.

2. Der Hauptversammlungsbeschluß zu TOP 14 ist jedoch nach § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar. Aus der Sicht eines objektiv und sachgerecht urteilenden Dritten bestand im Zeitpunkt der Beschlußfassung durch die Hauptver-

sammlung der Beklagten die Besorgnis, daß die K. ihre Aufgabe als Abschlußprüfer nicht unbefangen und sachgemäß wahrnehmen werde.

a) Es ist bereits in der von der Revision in Bezug genommenen Klageschrift vorgetragen worden, die K. habe es versäumt, die Bauträgerrisiken der H.-Bank sachgerecht zu prüfen und über diese Prüfung wahrheitsgemäß an die V.bank zu berichten. Der Umfang ihres Prüfungsauftrages, die Einzelheiten des Prüfungsherganges und die Schwierigkeiten und Vorbehalte, auf welche die K. stieß und die eine umfassende und abschließende Bewertung der H.-Bank insbesondere unter dem Aspekt ihrer Bauträgerrisiken nicht zuließen, werden in dem von der K. als Nebenintervenientin zu den Akten gereichten Gutachten der B. unter Bezugnahme auf Aktenvermerke der Prüfer der K. näher dargestellt.

Ferner ist bereits in der Klageschrift vorgetragen worden, daß sich die K. wegen der dargelegten Versäumnisse gegenüber der Beklagten und den Aktionären der V.bank schadensersatzpflichtig gemacht habe. Zudem steht fest, daß die K. an die Beklagte aufgrund eines Mitte Februar 2000 abgeschlossenen Vergleichs - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - einen bestimmten Schadensersatzbetrag gezahlt hat.

Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht diesen Vortrag rechtlich nicht zutreffend gewürdigt hat.

b) Der Vortrag der Klägerin rechtfertigt den gegen die K. erhobene Vorwurf der Besorgnis der Befangenheit.

Der K. war ebenso wie der V.bank bekannt, daß das Immobilien- und Bauträgergeschäft der H.-Bank besonders hohe Risiken in sich barg. Sie hätte

deshalb als Verschmelzungswertgutachter ihrer Berechnung des Ertragswerts der H.-Bank nicht allein die Planzahlen dieser Gesellschaft unter Außerachtlassung der in ihnen nicht oder nicht ausreichend berücksichtigten ertragswirksamen Verlustrisiken zugrunde legen dürfen. Auf die Notwendigkeit, einzelne Engagements der H.-Bank zu untersuchen und bei der Risikobewertung zu berücksichtigen, war sie zudem von dem Vorstand der V.bank ausdrücklich hingewiesen worden. Dabei ist insbesondere eine Untersuchung des Immobilienportfolios der H.-Bank wegen der Vermutung eines zusätzlichen Risikovorsorgebedarfs u.a. im Großbauträgerbereich als dringlich bezeichnet worden. Dem ist die K., wie sich aus dem von ihr zu den Akten gereichten Gutachten der B. vom 22. Oktober 1999 ergibt (S. 118 ff.), nur unzureichend nachgekommen. Auch wenn ihre Prüfung, wie dort dargestellt wird, u.a. von der H.-Bank dadurch erschwert wurde, daß Auskünfte nur zögerlich und letztlich zurückhaltend erteilt wurden, mußte sie in ihrem Bericht darauf hinweisen und klarstellen, daß ihr aufgrund dieser Erschwernisse eine umfassende und abschließende Beurteilung der Risiken im Bauträgerimmobiliengeschäft der H.-Bank und damit eine sachgemäße Ermittlung der Verschmelzungswertrelation nicht möglich war. Da sie das unterlassen hat, ist ihre Mitverantwortlichkeit dafür, daß der Berichtigungsbedarf von zunächst ca. 3,5 und später ca. 6,7 Mrd. DM erst nach der Verschmelzung erkannt worden ist, zumindest nicht auszuschließen.

Die aus dem Immobiliengeschäft der H.-Bank herrührenden Risiken und der daraus folgende Berichtigungsbedarf durften in der Bilanz des Jahres 1999 nicht unberücksichtigt bleiben. Schon im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses nach § 317 Abs. 1 HGB hat der Prüfer Unrichtigkeiten nachzugehen, die sich auf die Darstellung des sich nach § 264 Abs. 2 HGB ergebenden Bildes der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens wesentlich auswirken.

Zudem verweisen die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere in der ihnen durch das KonTraG (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998, BGBl. I 786) gegebenen Fassung, sowohl den für die Rechnungslegung verantwortlichen Vorstand als auch den Abschlußprüfer nachdrücklich auf eine problemorientierte Berichterstattung und Prüfung, bei denen vor allem auch auf die weitere wirtschaftliche Entwicklung und die für das Unternehmen bestehenden Risiken einzugehen ist. Das gilt sowohl für den Lagebericht (§ 289 Abs. 1 2. Halbs. HGB) als auch - den dort normierten Darstellungspflichten entsprechend - für den Gegenstand und Umfang der Prüfung (§ 317 Abs. 2 Satz 1 und 2 HGB). Zu den für das Unternehmen bestehenden wesentlichen Risiken hat der Abschlußprüfer sodann vorweg im Prüfungsbericht Stellung zu nehmen (§ 321 Abs. 1 Satz 3 HGB); soweit sie eine bilanzielle Risikovorsorge erforderlich gemacht hätten, können sie zudem Gegenstand der Darstellung im Hauptteil des Prüfungsberichts (§ 321 Abs. 2 HGB) sein. Darüber hinaus ist auf die zutreffende Darstellung der Lage des Unternehmens und etwaiger Risiken der künftigen Entwicklung auch im Bestätigungsvermerk einzugehen (§ 322 Abs. 1-3 HGB).

Es liegt auf der Hand, daß ein Abschlußprüfer, der bei seiner vorangegangenen Tätigkeit bei Erstellung eines Verschmelzungswertgutachtens absehbare Risiken für ein an der Verschmelzung beteiligtes Unternehmen in Milliardenhöhe unberücksichtigt gelassen hat und sich deshalb in der Öffentlichkeit bereits erheblichen Angriffen ausgesetzt sieht, geneigt sein kann, diese Risiken auch bei seiner Berichterstattung nach § 321 HGB und in seinem Bestätigungsvermerk nach § 322 HGB eher als nicht gravierend und ungefährlich darzustellen und damit die ihm als Abschlußprüfer zugewiesene Aufgabe einer problemorientierten Prüfung zu verfehlen. Zumindest die Versuchung dazu resultiert

schon aus einer natürlichen Selbstrechtfertigungstendenz sowie dem verständlichen Bemühen um Ansehenswahrung.

Diese Gefahr einer Beeinträchtigung der unter den heutigen Verhältnissen mehr denn je zu wahrenden Objektivität der Prüfung durch Rücksichtnahme auf eigene Interessen der Prüfungsgesellschaft wurde im gegebenen Fall noch dadurch verstärkt, daß die K. auf Grund der ihr vorgeworfenen Versäumnisse bei der Erstellung des Unternehmenswertgutachtens mitverantwortlich gemacht wurde für eine auf der Überbewertung der H.-Bank beruhenden Unrichtigkeit der Verschmelzungswertrelation zum Nachteil der Aktionäre der V.bank und sich deshalb Schadensersatzansprüchen in beträchtlicher Höhe ausgesetzt sah. Eine objektive Stellungnahme zu der tatsächlichen Größenordnung der nach der Verschmelzung auf die Beklagte übergegangenen Risiken aus den Immobilienengagements der H.-Bank mußte damit einem Eingeständnis eigener früherer Versäumnisse der K. nahe kommen und die eigene Position der K. bei der Abwehr gegen sie gerichteter Schadensersatzansprüche beeinträchtigen.

Unter diesen Umständen konnte auch aus der Sicht eines vernünftig und objektiv denkenden Dritten die begründete Besorgnis bestehen, daß die K. nicht in der Lage sein würde, ihre Aufgabe als Abschlußprüfer unbefangen, unparteiisch und unbeeinflußt von jeder Rücksichtnahme auf eigene Interessen wahrzunehmen. Die Tatsache, daß die Beklagte und die K. später, nach Wahl der K. zum Abschlußprüfer, aber vor Erteilung des Bestätigungsvermerks, einen Vergleich über den zu ersetzenden Schaden geschlossen haben und die K. vereinbarungsgemäß einen nicht unerheblichen Betrag als Schadensersatz gezahlt hat, vermag daran nichts zu ändern. Maßgeblich für die Beurteilung kann nicht eine nachträgliche Sicht sein. Entscheidend ist allein, daß die Besorgnis der

Befangenheit der K. als Abschlußprüfer in dem Zeitpunkt begründet war, in dem die Hauptversammlung über ihre Wahl in dieses Amt abgestimmt hat.

c) Der Beschluß der Hauptversammlung, mit dem die K. trotz der bereits im Zeitpunkt der Beschlußfassung bestehenden Besorgnis ihrer Befangenheit zum Abschlußprüfer für das Jahr 1999 gewählt wurde, verstößt daher gegen das Gesetz (§§ 318 Abs. 3, 323 HGB; vgl. dazu Lutter/Hommelhoff, Anh. § 42 Rdn. 23). Kannte die Mehrheit, wie die Klägerin behauptet, bei der Beschlußfassung die diese Besorgnis begründenden Einzelheiten, so liegt zugleich eine Treuepflichtverletzung der Mehrheit gegenüber den Minderheitsaktionären vor (BGHZ 103, 184, 193 ff. - Linotype). Beide Gründe berechtigen zur Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses gemäß § 243 Abs. 1 AktG.

d) Eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses wegen Besorgnis der Befangenheit des Abschlußprüfers wird nicht durch die Regelung des § 318 Abs. 3 Satz 1 HGB ausgeschlossen.

Nach dieser Vorschrift hat das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit u.a. auf Antrag von Aktionären, deren Anteile 10 % des Grundkapitals oder anteilig einen Betrag von 1 Mio. € erreichen, einen anderen Prüfer zu bestellen, wenn das aus einem in der Person des gewählten Prüfers liegenden Grund geboten erscheint, insbesondere wenn Besorgnis der Befangenheit besteht. In der Rechtsprechung (vgl. LG München I, AG 2000, 235; LG Köln, AG 1997, 431) und im Schrifttum (MünchKomm. HGB/Ebke, § 318 Rdn. 54 ff.; Ebke/Jurisch, AG 2000, 208, 213 ff.; Ebke, BB 1999, 2515; Hoffmann-Becking in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts [Bd. 4 AG], 2. Aufl. § 44 Rdn. 7; Wittkowski, WuB II A. § 243 AktG 1.97) wird die Ansicht vertreten, das Ersetzungsverfahren nach § 318 Abs. 3 HGB sei eine Spezialregelung, die dem Anfechtungsverfah-

ren vorgehe. Dem vermag der Senat mit dem überwiegenden Schrifttum (Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen 6. Aufl. § 318 Rdn. 169; Budde/Steuber in: Beck'scher Bilanzkommentar 4. Aufl. § 318 Rdn. 17; Baumbach/Hopt, HGB 30. Aufl. § 318 Rdn. 6; Claussen/Korth in: KK z. Aktiengesetz 2. Aufl. § 318 Rdn. 33; Forster, FS Semler 1993, S. 827; Karehnke in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung 1999, II E 31; Lutter, FS Semler, S. 839 f.; Brönner in Großkomm. z. AktG, 3. Aufl. § 163 Rdn. 6; Kropff in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 163 Rdn. 24; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl. Anh. § 42 Rdn. 23) nicht zu folgen. Die historische Entwicklung dieser Vorschrift und ihre Auslegung (vgl. dazu eingehend Ebke in MünchKomm. HGB, § 318 Rdn. 53-61; Ebke/Jurisch, AG 2000, 208, 209 ff.; Ebke, BB 1999, 2515) sprechen nicht zwingend dafür, daß das Ersetzungsverfahren die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses wegen Besorgnis der Befangenheit des bestellten Abschlußprüfers ausschließt.

Es gibt zwar gewichtige Gründe, die für eine Spezialregelung sprechen oder die es als sinnvoll erscheinen lassen können, eine solche anzunehmen. Dazu gehören insbesondere die Abhängigkeit des Antrages von einem Quorum, die gegenüber der Anfechtungsfrist von einem Monat kürzere Antragsfrist von zwei Wochen - jeweils vom Zeitpunkt des Hauptversammlungsbeschlusses an gerechnet -, der Schutz der Unternehmen und des gewählten Abschlußprüfers vor der Unsicherheit über die Prüfungsberechtigung durch die Dauer des Anfechtungsverfahrens sowie der Umstand, daß durch das Ersetzungsverfahren die Gewähr für das Vorhandensein eines Abschlußprüfers gegeben ist (vgl. dazu im einzelnen MünchKomm. HGB/Ebke, § 318 Rdn. 54-59 sowie Ebke in der zu den Akten gereichten gutachterlichen Stellungnahme vom 29. September 1999, S. 32 ff., insbesondere 34 ff.). Im Wortlaut hat sich jedoch ein Ausschließlichkeitscharakter der Vorschrift nicht niedergeschlagen. Auch

der mit der Regelung verfolgte Zweck gebietet nicht, dem Verfahren im Verhältnis zur Anfechtungsklage Ausschließlichkeitscharakter zuzuerkennen.

Die Vorschriften über die Anfechtung und das Ersetzungsverfahren verfolgen einen unterschiedlichen Schutzzweck: Die Anfechtungsklage soll u.a. die Rechtmäßigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse gewährleisten. Insoweit stellt sie ein Instrument der Rechtskontrolle dar, mit dem sich der Minderheitsaktionär gegen Eingriffe der Mehrheit in seine Rechte zur Wehr zu setzen vermag (vgl. MünchKomm. AktG/Hüffer, 2. Aufl. § 243 Rdn. 6). Das Ersetzungsverfahren dient demgegenüber dem Schutz der Institution Abschlußprüfung. Die Gesellschaft soll außerstande gesetzt werden, die Wahl des Abschlußprüfers jederzeit rückgängig zu machen (vgl. § 318 Abs. 1 Satz 5 HGB; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl. Anh. § 42 Rdn. 23). Im Rahmen dieses Schutzzwecks regelt das Gesetz, von wem und unter welchen Voraussetzungen das Verfahren in Gang gesetzt werden kann.

Angesichts dieser unterschiedlichen Schutzziele kann das Ersetzungsverfahren gegenüber dem Anfechtungsverfahren bereits in den Fällen keinen Ausschließlichkeitscharakter beanspruchen, in denen ein Anfechtungsgrund gegeben ist, der nicht in der Person des gewählten Abschlußprüfers liegt. Es hätte einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft, wenn mit der Regelung des § 318 Abs. 3 HGB ein derart weitreichender Eingriff in das Anfechtungsrecht und damit in dieses Minderheitenrecht der Aktionäre verbunden werden sollte. Schließt in diesem Falle der für die Abschlußprüfung geschaffene Schutz den Minderheitenschutz, den das Gesetz dem Aktionär in Form des Kontrollrechts Anfechtungsklage gewährt, nicht aus, muß es als folgerichtig angesehen werden anzunehmen, daß die Anfechtungsklage durch das Ersetzungsverfahren auch dann nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung

ausgeschlossen wird, wenn Anfechtungs- und Ersetzungsgrund identisch sind. Ein solcher Teilausschluß des Anfechtungsrechts stünde zu dem Fortbestand des Anfechtungsrechts bei Vorliegen eines nicht in der Person des Abschlußprüfers liegenden Anfechtungsgrundes in Widerspruch, sähe man das Ziel des Ersetzungsverfahrens auch darin, der Institution Wirtschaftsprüfung einen absoluten Schutz gegenüber Anfechtungsklägern zu gewähren (im Ergebnis ebenso Lutter, FS Semler 1993, S. 835, 840).

Die unterschiedlichen Schutzrichtungen, die dem Ersetzungsverfahren und der Anfechtungsklage zugrunde liegen, sind auch miteinander vereinbar: Das Ersetzungsrecht schließt die freie Widerruflichkeit der Wahl zum Abschlußprüfer aus und beschränkt den Widerruf auf bestimmte, in der Person des Abschlußprüfers liegende Gründe, deren Vorliegen in einem Gerichtsverfahren überprüft wird. Auch die Aufhebung der Wahl durch Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses, mit dem sie vorgenommen worden ist, ist keine Aufhebung der Wahl aus freien Stücken, sondern beruht auf den Gründen der Gesetzes- oder Satzungswidrigkeit des Beschlusses, dessen Vorliegen ebenfalls in einem gerichtlichen Verfahren geprüft wird.

e) Die gegen den zu TOP 14 gefaßten Hauptversammlungsbeschluß vom 6. Mai 1999 gerichtete Anfechtungsklage greift daher ebenfalls durch, so daß auch dieser Beschluß für nichtig zu erklären ist.

Röhricht Hesselberger Henze

Kraemer Münke