

Geschäftsnummer:
11 U 21/02
6 O 405/01
Landgericht Karlsruhe



Verkündet am
24. Juli 2003

Stanulonis, JFA
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe
11. Zivilsenat
Im Namen des Volkes
Urteil

EINGEGANGEN		
E 1. AUG. 2003		
GLBP	WP	StB RAe

In dem Rechtsstreit

- Kläger / Berufungskläger -
Prozessbevollmächtigte:

gegen

1.

2.

3.

- Beklagte / Berufungsbeklagte -
Prozessbevollmächtigte zu 1 bis 3:

wegen Forderung

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung
vom 26. Juni 2003 unter Mitwirkung von

Vizepräsident des Oberlandesgerichts Dr. Kallfaß

Richter am Oberlandesgericht Dr. Bergmann

Richter am Oberlandesgericht Dr. Deichfuß

für **Recht** erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers sowie die Anschlussberufung der Beklagten zu 2 und 3 wird das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 6. Februar 2002 - 6 O 405/01 - im Kostenpunkt aufgehoben und im übrigen wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger € 20.343,28 nebst 5 % Zinsen p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 15.07.2001 zu zahlen.

2. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an den Kläger € 25.681,91 nebst 5 % Zinsen p.a. über dem Basiszinssatz aus € 20.728,80 seit dem 15.07.2001 und aus € 4.953,11 seit dem 18.10.2001 zu zahlen.

3. Die Beklagte zu 3 wird verurteilt, an den Kläger € 5.761,95 nebst 5 % Zinsen p.a. über dem Basiszinssatz aus € 5.308,23 seit dem 15.07.2001 und aus € 453,72 seit dem 18.10.2001 zu zahlen.

4. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Anschlussberufung der Beklagten zu 2 und 3 wird zurückgewiesen.

III. Von den Gerichtskosten sowie den außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen die Beklagte zu 1 37 %, die Beklagte zu 2 52 % und die Beklagte zu 3 11 %. Die Beklagten behalten ihre außergerichtlichen Kosten auf sich.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des jeweils aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vorher Sicherheit i.H.v. 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Soweit die Berufung des Klägers Erfolg hat, wird die Revision zugelassen.

TATBESTAND:

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Zahlung von Wirtschaftsprüferhonorar und Steuerberatergebühren in Anspruch.

Der Kläger ist Mitglied der Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatersozietät

Die beklagten Gesellschaften sind Mitglieder der sogenannten -Gruppe, zu der weitere in- und ausländische Gesellschaften gehören (vgl. Organigramm, Anlage B 1). Die Geschäftsanteile sämtlicher Gesellschaften der -Gruppe befinden sich in der Hand des Geschäftsführers der Beklagten

Die beklagten Gesellschaften beauftragten mit Auftragsbestätigungsschreiben vom 05.12.2000 (Beklagte zu 1) bzw. vom 14.12.2000 (Beklagte zu 2 und 3) die Sozietät mit der Prüfung der Jahresabschlüsse zum 31.12.2000 und der Lageberichte der Gesellschaften für das Jahr 2000. Mit Rechnungen vom 06.06.2001 stellte die Sozietät hierfür der Beklagten zu 1 DM 39.788,00, der Beklagten zu 2 DM 40.542,00 und der Beklagten zu 3 DM 10.382,00 in Rechnung. Außerdem berechnete die Sozietät für die Teilnahme an steuerlichen Betriebsprüfungen mit Rechnungen vom 15.08.2001 gegenüber der Beklagten zu 2 DM 14.720,40 und gegenüber der Beklagten zu 3 DM 1.252,80. Die Sozietät hat ihre diesbezüglichen Ansprüche an den Kläger abgetreten.

Die Beklagten vertreten die Ansicht, die an die Zedentin erteilten Prüfungsaufträge seien nichtig. Sie stützen sich hierbei im Wesentlichen auf folgende Umstände: Der Kläger war von 1996 - 2001 alleinvertretungsberechtigter CEO (chief executive officer) der of America Inc., einer Gesellschaft der -Gruppe. Er nahm in dieser Eigenschaft an Besprechungen der Geschäftsleitungen der Gesellschaften (sogenannte executive-meetings) der -Gruppe teil und gab bei dieser Gelegenheit Statusberichte über die of America ab. Am 14.12.1998 schloss er als Vertreter der of America Inc. mit der Beklagten zu 2 einen Darlehensvertrag über DM 4,237 Mio. (Anlage B 6). Die Gesellschaften der -Gruppe gewährten Sicherheiten für Bankkredite, die die of America Inc. aufnahm. Im Jahre 1996 führte der Kläger als Vertreter der Beklagten zu 2 Verhandlungen mit einer heute nicht mehr bestehenden Gesellschaft der

K...-Gruppe mit Sitz in Mexiko mit dem Auftrag, zwei von der Beklagten zu 2 an diese Gesellschaft gelieferte Maschinen zurückzuholen. Der Kläger schloss in dieser Eigenschaft am 28.08.1996 namens der Beklagten zu 2 einen Vertrag, wonach eine Maschine zurückgegeben werde und damit die Ansprüche der Beklagten zu 2 erfüllt seien.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten,

diese Tätigkeiten und Funktionen führten nicht zu einer Unwirksamkeit der von den Beklagten im Dezember 2000 erteilten Prüfungsaufträge an die Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatersozietät, der er angehört. Der in Rechnung gestellte zeitliche Aufwand sei tatsächlich angefallen, die in Rechnung gestellten Tagessätze entsprächen den üblichen Sätzen der Sozietät, die den Beklagten bekannt und mit denen diese einverstanden gewesen seien.

Der Kläger hat beantragt:

1. Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger DM 39.788,00 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG seit dem 15.07.2001 zu zahlen.
2. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an den Kläger DM 55.262,40 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG aus DM 40.542,00 seit dem 15.07.2001 und aus DM 14.720,40 seit dem 15.09.2001 zu zahlen.
3. Die Beklagte zu 3 wird verurteilt, an den Kläger DM 11.634,80 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG aus DM 10.382,00 seit dem 15.07.2001 und aus DM 1.252,80 seit dem 15.09.2001 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie haben die Ansicht vertreten,

der Kläger sei aufgrund seiner vielfältigen Tätigkeiten für Gesellschaften der Gruppe und für deren Gesellschafter nach § 319 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 5 HGB als Abschlussprüfer der Beklagten ausgeschlossen, jedenfalls aber befangen gewesen. Dies führe zu einer Nichtigkeit der Wahlbeschlüsse wie auch zur Nichtigkeit der schuldrechtlichen Prüfungsverträge, weshalb der Kläger keinen Anspruch auf Honorar habe. Auch Kondiktionsansprüche bestünden nicht. Im übrigen werde der in Rechnung gestellte zeitliche Aufwand bestritten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte zu 2 zur Zahlung von 7.526,42 € (= 14.720,40 DM) und die Beklagte zu 3 zur Zahlung von 640,72 € (= 1.252,80 DM) verurteilt; hinsichtlich der geltend gemachten Wirtschaftsprüferhonorare für die Prüfung der Jahresabschlüsse und Lageberichte der Beklagten hat es die Klage abgewiesen. Auf die Gründe des angefochtenen Urteils vom 06.02.2002 wird Bezug genommen.

Mit der Berufung des Klägers und der Anschlussberufung der Beklagten zu 2 und 3 verfolgen die Parteien ihre Ziele weiter.

Der Kläger vertritt die Ansicht, er sei weder nach § 319 Abs. 2 Nr. 3 noch nach § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB als Abschlussprüfer der Beklagten ausgeschlossen gewesen. Bei den Beklagten und der of America Inc. handele es sich nicht um verbundene Unternehmen i.S.d. § 319 HGB. Der Begriff des verbundenen Unternehmens werde in § 271 Abs. 2 HGB für den Anwendungsbereich des § 319 HGB abschließend definiert. Entgegen der Ansicht des landgerichtlichen Urteils könne der aktienrechtliche Konzernbegriff daher nicht zur Ausfüllung dieses Rechtsbegriffes herangezogen werden. Im übrigen sei der Kläger auch dann nicht als Abschlussprüfer ausgeschlossen gewesen, wenn man den Konzernbegriff des Aktienrechts heranziehe. Denn die Beklagten hätten für die Ausfüllung dieses Konzernbegriffs nicht hinreichend vorgetragen, insbesondere sei nicht dargetan, dass die Unternehmen der -Gruppe unter einer einheitlichen Leitung im konzernrechtlichen Sinne stünden. Der Kläger habe für die Beklagten auch keine unternehmerischen Entscheidungen getroffen. Schließlich habe sich der Kläger auch nicht wegen der Besorgnis der Befangenheit der Tätigkeit als Abschlussprüfer enthalten müssen. Wollte man dies anders sehen, führe eine Besorgnis der Befangenheit des Klägers jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der den Rechnungen zugrunde liegenden Prüfungsverträge.

Im übrigen ist der Kläger der Ansicht, dass der Sozietät selbst dann Ansprüche entstanden sind, wenn die zugrunde liegenden Prüfungsverträge nichtig sein sollten. Die Beklagten seien in diesem Fall bereicherungsrechtlich zur Zahlung des Honorars verpflichtet. Die subjektiven Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB seien in der Person des Klägers nicht erfüllt. Jedenfalls sei eine Berufung der Beklagten auf die Nichtigkeit der Verträge treuwidrig und damit unbeachtlich, weil die erteilten Testate wirksam seien und Mitarbeiter der Beklagten noch während der Anhängigkeit des vorliegenden Rechtsstreits weitere Exemplare der Prüfungsberichte angefordert hätten.

Der Kläger beantragt:

Das Urteil des LG Karlsruhe vom 06.02.2002 (Az. 6 O 405/01) wird auf die Berufung des Klägers aufgehoben, soweit es die Klage abgewiesen hat, und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger € 20.343,28 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG seit dem 15.07.2001 zu zahlen.
2. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an den Kläger € 28.255,22 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG aus € 20.728,80 seit dem 15.07.2001 und aus € 7.526,42 seit dem 15.09.2001 zu zahlen.
3. Die Beklagte zu 3 wird verurteilt, an den Kläger € 5.948,78 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG aus € 5.308,23 seit dem 15.07.2001 und aus € 640,72 seit dem 15.09.2001 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen, die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagten zu 2 und zu 3 beantragen darüber hinaus, das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 06.02.2002 dahingehend abzuändern, dass die Klage in vollem Umfang abgewiesen wird.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil, soweit es die Klage abgewiesen hat, und vertreten nach wie vor die Ansicht, dass der Kläger als Abschlussprüfer der Beklagten ausgeschlossen war. Im übrigen führe auch eine Besorgnis der Befangenheit des Klägers zur Nichtigkeit der Prüfungsverträge. Bereicherungsrechtliche Ansprüche der Sozietät bestünden in diesem Falle nicht. Die in Rechnung gestellten Steuerberatergebühren seien überhöht. Die Rechnungen enthielten Leistungen, die nach der Kündigung des

Auftrags erbracht worden seien. Die Berechnung der Höchstgebühr sei nicht berechtigt; der abgerechnete Stundenaufwand werde bestritten.

Der Kläger beantragt, die Anschlussberufung der Beklagten zu 2 und zu 3 zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die zulässigen Rechtsmittel des Klägers sowie der Beklagten zu 2 und 3 haben (zum Teil) Erfolg. Der Kläger hat Anspruch auf das geltend gemachte Wirtschaftsprüferhonorar. Der Anspruch auf Steuerberatervergütung, der in erster Instanz in vollem Umfang zugesprochen worden ist, ist jedoch nicht in voller Höhe begründet.

Dabei sind auf das Schuldverhältnis der Parteien gem. Art. 229 § 5 EGBGB die am 31.12.2001 geltenden Gesetze anzuwenden.

I. Berufung des Klägers

Die Berufung des Klägers hat Erfolg. Der Kläger ist Inhaber vertraglicher Ansprüche auf Zahlung von Honorar für die Prüfung der Jahresabschlüsse der Beklagten zum 31.12.2000 und der Lageberichte der Beklagten für das Jahr 2000. Entgegen der Ansicht des angefochtenen Urteils sind die entsprechenden Verträge, die zwischen der Zedentin und den Beklagten geschlossen worden sind, nicht unwirksam.

1. Das Landgericht hat angenommen, der Kläger bzw. die Sozietät, der er angehört, seien gem. § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HGB als Abschlussprüfer der Beklagten ausgeschlossen gewesen, weil der Kläger als CEO der _____ of America Inc. gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person gewesen sei, die mit den zu prüfenden Beklagten verbunden war. Der Senat teilt diese Ansicht nicht. Zwar bestimmt das Personalstatut der zu prüfenden Gesellschaften über die Anforderungen an die Unabhängigkeit, Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Abschlussprüfers (MünchKomm.HGB/Ebke, § 319 Rn. 3 Fn. 26), weshalb diesbezüglich deutsches Recht zur Anwendung gelangt. Die Voraussetzungen des § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 (i.V.m. Abs. 3 Nr. 3) HGB sind jedoch vorliegend nicht erfüllt, weil es sich bei den Beklagten und der _____ of America Inc. nicht um verbundene Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift handelt. Auf weiteres kommt es deshalb nicht an.

- a) Nach ganz überwiegender Auffassung wird der in § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HGB verwendete Begriff „verbunden“ durch § 271 Abs. 2 HGB gesetzlich definiert (Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., § 319 HGB Rn. 97; Hense/Veltins in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 5. Aufl., § 319 Rn. 18; Zimmer in: Großkomm.HGB, 4. Aufl., § 319 Rn. 35; Clausen/Korth in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., § 319 HGB Rn. 39; Heymann/Herrmann, HGB, 2. Aufl., § 319 Rn. 4; Ulmer, Festschrift für Goerdeler, 1987, Seite 623, 638). Danach handelt es sich bei den Beklagten und der of America Inc. nicht um verbundene Unternehmen, weil sie nicht unter der einheitlichen Leitung einer Kapitalgesellschaft stehen (§ 271 Abs. 2 i.V.m. § 290 HGB).
- b) Demgegenüber wird von Teilen der Literatur vertreten, für § 319 HGB hinsichtlich des Begriffs der verbundenen Unternehmen auf §§ 15 ff AktG zurückzugreifen (Schulze-Osterloh in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl., § 41 Rn. 73; Röhrich in: Großkomm.AktG, 4. Aufl., § 33 Rn. 31; Münch-Komm.HGB/Ebke, § 319 Rn. 25). Zur Begründung wird geltend gemacht, der Begriff der verbundenen Unternehmen in § 271 Abs. 2 HGB ermögliche keine angemessene Konkretisierung des Ausschlussgrundes der Befangenheit nach § 49 WPO (Schulze-Osterloh, a.a.O.; ebenso Röhrich a.a.O.). Dem vermag der Senat nicht zu folgen.
- aa) Nach § 271 Abs. 2 HGB sind „verbundene Unternehmen im Sinne dieses Buches“ solche Unternehmen, die als „Mutter- oder Tochterunternehmen (§ 290)“ in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens einzubeziehen sind. Da § 319 HGB wie § 271 Abs. 2 HGB dem Dritten Buch des HGB angehört, ist Wortlaut und Systematik des Gesetzes eindeutig zu entnehmen, dass der Begriff des verbundenen Unternehmens in § 319 HGB durch § 271 Abs. 2 HGB definiert wird und ein Rückgriff auf §§ 15 ff AktG ausscheidet. Darüber kann sich die Rechtsanwendung nicht hinwegsetzen.
- bb) Im übrigen erscheinen dem Senat die für die Gegenansicht angeführten Gründe letztlich nicht stichhaltig:

Die Ausschlussgründe des § 319 Abs. 2 und 3 HGB sollen die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Abschlussprüfers gewährleisten. Sie enthalten Ausformungen des berufsrechtlich (§ 49 WPO) geltenden Grundsatzes, dass der Wirtschaftsprüfer seine Unabhängigkeit wahren muss und keinen Anlass zur Besorgnis seiner Befangenheit geben soll. Sind die Voraussetzungen eines Ausschlussgrundes des § 319 Abs. 2 und 3 HGB erfüllt, wird die Befangenheit des Abschlussprüfers von Gesetzes wegen unwiderleglich vermutet; die Ausschlussgründe werden deshalb als auch „absolute“ Befangenheitsgründe bezeichnet (vgl. BayObLGZ 1987, 297, 311; MünchKomm.HGB/Ebke, § 318 Rn. 33, § 319 Rn. 11; Hense/Veltins in: Beck'scher Bilanz-Kommentar § 319 Rn. 5). Daneben gibt es noch zahlreiche weitere Sachverhalte, die in § 319 Abs. 2 und 3 HGB nicht aufgeführt werden, aber dennoch die Besorgnis der Befangenheit des Abschlussprüfers zu begründen vermögen (MünchKomm.HGB/Ebke § 318 Rn. 33, § 319 Rn. 15; Hense/Veltins in: Beck'scher Bilanz-Kommentar § 318 Rn. 23; Lutter, Festschrift für Semler, 1993, Seite 835, 838 f; vgl. BayObLG a.a.O.: „relative“ Befangenheitsgründe). Das Gesetz sieht sich somit nicht in der Lage, alle Sachverhalte, in denen der gewählte Abschlussprüfer der Besorgnis der Befangenheit ausgesetzt ist und sich deshalb der Prüfungstätigkeit enthalten soll (indem er den Prüfungsauftrag ablehnt bzw. einen bereits angenommenen Prüfungsauftrag aus wichtigem Grund gem. § 318 Abs.6 kündigt, vgl. MünchKomm.HGB/Ebke § 318 Rn. 78; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., Anh. § 42 Rn. 18), angemessen zu konkretisieren und damit abschließend zu umschreiben.

Es will dies auch nicht, wie sich unter anderem aus § 318 Abs. 3 HGB ergibt. Danach hat das Gericht den gewählten Prüfer abuberufen und einen neuen Prüfer zu bestellen, wenn die Besorgnis der Befangenheit des gewählten Prüfers besteht. Demgegenüber führen Ausschlussgründe nach § 319 Abs. 2 und 3 HGB von Gesetzes wegen analog § 241 Nr. 3 AktG zur Nichtigkeit der Wahl des Prüfers und gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit des Prüfungsauftrages (BGHZ 118, 142, 145, zu § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HGB; allgemein Schulze-Osterloh in: Baumbach-Hueck, GmbHG, § 41 Rn. 74; MünchKomm.HGB/Ebke § 318 Rn. 73, § 319 Rn. 16). Solche Gründe können deshalb ein Ersetzungsverfahren nach § 318 Abs. 3 HGB nicht rechtfertigen. Ein gerichtliches Abberufungsverfahren ist nur dann sinnvoll,

wenn der möglicherweise befangene Abschlussprüfer zunächst wirksam berufen worden ist (Hense/Veltins in: Beck'scher Bilanz-Kommentar § 318 Rn. 22; Lutter, Festschrift für Semler, Seite 839; Adler/Düring/Schmaltz § 318 HGB Rn. 317). Das Abberufungs- und Ersetzungsverfahren nach § 318 Abs. 3 HGB wegen einer Besorgnis der Befangenheit des Abschlussprüfers wäre mithin überflüssig, wenn die gesetzliche Regelung der „absoluten“ Befangenheitsgründe des § 319 Abs. 2 und 3 HGB den Ausschlussgrund der Befangenheit hinreichend konkretisieren wollte.

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass die in § 319 Abs. 2 und 3 normierten „absoluten“ Ausschlussgründe die Grundlage für weitreichende Sanktionen bilden können. So handelt nach § 334 Abs. 2 HGB ordnungswidrig, wer einen Bestätigungsvermerk gem. § 322 HGB erteilt, obwohl nach § 319 Abs. 2 HGB er oder nach § 319 Abs. 3 HGB die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, für die er tätig wird, nicht Abschlussprüfer sein darf. Die genannten Ausschlussgründe müssen mithin möglichst scharf konturiert sein. Danach verbietet es sich, entgegen Wortlaut und Systematik des Gesetzes in § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HGB einen anderen als den bilanzrechtlichen Begriff des verbundenen Unternehmens (§ 271 Abs. 2 HGB) heranzuziehen.

2. Der Kläger bzw. die Sozietät, der er angehört, waren auch nicht gem. § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5, Abs. 3 Nr. 4 HGB von der Prüfung der Beklagten ausgeschlossen.

a) Nach § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HGB darf nicht Abschlussprüfer sein, wer bei der Führung der Bücher oder der Aufstellung des zu prüfenden Jahresabschlusses der Kapitalgesellschaft über die Prüfungstätigkeit hinaus mitgewirkt hat. Die gesetzliche Regelung ist Ausschluss des Verbots der Selbstprüfung (Röhricht, WpG 1998, 153, 155, 161); als Prüfer soll nicht tätig werden, wer selbst an der Erstellung der zu prüfenden Unterlagen mitgewirkt hat (Hense/Veltins in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 319 Rn. 21; MÜchKomm.HGB/Ebke § 319 Rn. 27). Das bedeutet nicht, dass sich der Abschlussprüfer jeder weiteren Tätigkeit bei der zu prüfenden Gesellschaft enthalten muss. Die Beratung eines Auftraggebers in wirtschaftlichen und steuerlichen Angelegenheiten ist mit einer Abschlussprüfung durch den selben

Wirtschaftsprüfer grundsätzlich vereinbar. Zur unzulässigen Mitwirkung wird sie im Regelfall erst dann, wenn sie über die Darstellung von Alternativen im Sinne der Entscheidungshilfe hinausgeht, insbesondere wenn der Berater selbst an Stelle des Mandanten eine unternehmerische Entscheidung in Bezug auf den zu überprüfenden Jahresabschluss trifft (BGHZ 135, 260 ff). Dagegen begründet es keine Inhabilität des Abschlussprüfers, wenn dem Beratenen die Entscheidungskompetenz verbleibt, ob er dem Vorschlag folgt oder nicht (BGHZ 135, 260, 264; BGH ZIP 2003, 290, 293). Ohnehin können solche Handlungen des Prüfers für das Unternehmen, die ohne inneren Bezug zu der später von ihm durchzuführenden Abschlussprüfung stehen, nicht zu seinem Ausschluss nach § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HGB führen (Röhricht, WpG 1998, 158). Andererseits können auch Handlungen des Wirtschaftsprüfers, die den Tatbestand des § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HGB nicht erfüllen, Anlass sein, die Besorgnis seiner Befangenheit zu begründen (OLG Hamburg BB 1992, 1533; Hense/Veltins a.a.O.; vgl. auch BGH ZIP 2003, 290).

- b) Nach diesem Maßstab kann dem Sachvortrag der Beklagten nicht entnommen werden, dass der Kläger bzw. die Prüfungssozietät, der er angehört, von der Prüfung der Jahresabschlüsse der Beklagten zum 31.12.2000 gem. § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HGB ausgeschlossen war.

Die Tätigkeit des Klägers für die _____ of America Inc. kann nicht zur Inhabilität des Klägers nach dieser Norm führen. Dies gilt nicht nur, soweit der Kläger auf sogenannten „executive-meetings“ der Gesellschaften der _____ -Gruppe Meinungen geäußert und Vorschläge unterbreitet, sondern auch, soweit er im Namen der _____ of America Verträge mit den Beklagten (insbesondere der Beklagten zu 2) abgeschlossen hat. Die Beklagten wurden von ihren Geschäftsführern geleitet und vertreten, denen gegenüber nur der Gesellschafter _____ weisungsberechtigt ist. Dass diese Personen bei Abschluss des Darlehensvertrages zwischen der Beklagten zu 2 und der _____ of America Inc. oder bei der Stellung von Sicherheiten für Bankverbindlichkeiten dieser Gesellschaft nicht eigenverantwortlich entscheiden konnten, ob sie entsprechende Willenserklärungen für die Beklagten abgeben, ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Die Tatsache allein, dass der Prüfer mit der zu prüfenden Gesellschaft im eigenen oder im fremden Namen einen Vertrag schließt, kann nicht zu seinem Ausschluss nach § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HGB füh-

ren. Ob aus ihr eine Besorgnis der Befangenheit des Prüfers folgen kann, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden.

Aus der Tatsache, dass der Kläger im Jahre 1996 für die Beklagte zu 2 tätig war und in deren Namen einen Vertrag mit einer mexikanischen Gesellschaft des abgeschlossen hat, folgt letztlich nichts anderes. Dabei kann offen bleiben, ob er bei dieser Tätigkeit in vollem Umfang den Weisungen des Geschäftsführers und Gesellschafters der Beklagten zu 2 folgte oder nicht. Die Geschäftsführer der Beklagten zu 2 haben deren Jahresabschlüsse aufzustellen und zu verantworten (§§ 242, 245 HGB). Wenn diese in Folge des von dem Kläger abgeschlossenen Vertrages in den Jahresabschlüssen der Beklagten zu 2 von 1996 und 1997 Forderungen gegen die mexikanische Gesellschaft wertberichtigt oder abgeschrieben haben, kann daraus - auch wenn die entsprechenden Ansätze grundsätzlich in späteren Jahresabschlüssen verändert oder berichtigt werden können - nicht entnommen werden, dass der Kläger deshalb an der Aufstellung des Jahresabschlusses der Beklagten zu 2 zum 31.12.2000 mitgewirkt hat, auf den sich der seiner Wirtschaftsprüfersozietät erteilte Prüfungsauftrag bezieht.

3. Der bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung gehaltene Vortrag der Parteien führt auch nicht zu der von den Beklagten mit Schriftsatz vom 07.07.2003 begehrten Feststellung, der Kläger sei entsprechend § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 3 HGB als Abschlussprüfer ausgeschlossen.

Nach dieser Vorschrift darf u. a. nicht Abschlussprüfer sein, wer Mitglied des Aufsichtsrats der zu prüfenden Kapitalgesellschaft ist oder in den letzten drei Jahren vor seiner Bestellung war. Auf die Bezeichnung eines Organs als Aufsichtsrat soll es dabei nicht ankommen. Vielmehr soll ihm auch ein Beirat oder sonstiges Organ gleichgestellt sein, sofern ihm entsprechende überwachende Funktionen übertragen sind (Adler/Düring/Schmaltz § 319 HGB Rn. 89; Claussen/Korth in: Kölner Kommentar zum AktG § 319 HGB Rn. 33, jeweils m.w.N.). Es ist jedoch nicht vorgetragen, dass den sogenannten executive-meetings, an denen der Kläger teilgenommen hat, durch die Satzungen der Beklagten irgendwelche Kompetenzen übertragen worden wären und diesem Gremium deshalb mehr als nur beratende Funktion zukam, welche für eine

Anwendung des Ausschlussgrundes nicht ausreichend ist (vgl. nur Adler/Düring/Schmaltz und Claussen/Korth a.a.O.). Eine direkte oder auch nur entsprechende Anwendung dieses Ausschlussgrundes kann daher vorliegend nicht erfolgen. Die mündliche Verhandlung vor dem Senat wieder zu eröffnen, ist nicht veranlasst.

4. Schließlich sind die Prüfungsaufträge auch nicht deshalb unwirksam, weil sich der Kläger der Besorgnis der Befangenheit ausgesetzt sieht.

a) Der Senat ist allerdings der Ansicht, dass der Kläger und die Sozietät, der er angehört, den Auftrag zur Prüfung der Jahresabschlüsse der Beklagten gem. § 49 WPO nicht annehmen durften, weil der Kläger bei Durchführung des Auftrages der Besorgnis der Befangenheit ausgesetzt war.

aa) Die Besorgnis der Befangenheit eines Abschlussprüfers liegt vor, wenn aus der Sicht eines objektiv und sachgerecht urteilenden Dritten Umstände gegeben sind, die die Annahme rechtfertigen, dass das Prüfungsergebnis durch sachfremde Motive beeinflusst werden kann (BGH ZIP 2003, 290, 293; Schulze-Osterloh in: Baumbach-Hueck, GmbHG, § 41 Rn. 66; Adler/Düring/Schmaltz § 318 HGB Rn. 353; Zimmer in: GroßKomm.HGB § 318 Rn. 55; MünchKomm.HGB/Ebke § 318 Rn. 40). Wann dies der Fall ist, wird aus der Sicht des Berufsstandes durch § 21 der Satzung über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers (Berufssatzung der Wirtschaftsprüferkammer) vom 11.06.1996 (Bundesanzeiger Seite 7509) näher erläutert. Danach liegt Besorgnis der Befangenheit insbesondere vor, wenn nahe Beziehungen des Wirtschaftsprüfers zu einem Beteiligten oder zum Gegenstand der Beurteilung bestehen, die geeignet sein könnten, die Urteilsbildung zu beeinflussen (§ 21 Abs. 1). Nahe Beziehungen bestehen u. a. insbesondere bei finanziellen Bindungen gegenüber dem zu prüfenden Unternehmen oder einem an der Sache Beteiligten (§ 21 Abs. 2 Nr. 2) oder bei der Gefahr von Interessenkollisionen, wie sie z. B. bei der Wahrnehmung von Interessen von Vertragspartnern des zu prüfenden Unternehmens gegenüber diesem bestehen (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 der Berufssatzung der

Wirtschaftsprüferkammer). Damit ist der Begriff der Besorgnis der Befangenheit aber nicht abschließend umschrieben.

bb) Solche Beziehungen, die Anlass zur Besorgnis der Befangenheit des Klägers geben, sind im vorliegenden Fall vorhanden. So hat der Kläger - im übrigen unter Verstoß gegen § 43 a Abs. 3 Nr. 2 WPO - mit dem Alleingesellschafter der Beklagten einen Anstellungsvertrag als CEO der _____ of America Inc. abgeschlossen, der eine jährliche Mindestvergütung von 300.000,00 US-\$ vorsieht. In dieser Eigenschaft wurde der Kläger in das Management der sogenannten _____-Gruppe eingebunden. Als Vertreter der _____ of America Inc., die u. a. mit der Beklagten zu 2 vertragliche Beziehungen unterhält, war er zur Wahrnehmung der Interessen Ersterer gegenüber der Beklagten zu 2 als von ihm zu prüfenden Unternehmen verpflichtet. All dies musste gem. § 49 WPO zur Ablehnung der von den Beklagten erteilten Prüfungsaufträge führen. Außerdem hätte die Sozietät des Klägers nach § 318 Abs. 3 S. 1 HGB als Prüfer abberufen werden können.

b) Dies führt jedoch nicht zur Nichtigkeit der entsprechenden Prüfungsverträge.

Wie bereits oben (1. b) bb)) ausgeführt, hat ein Verstoß gegen die gesetzlichen „absoluten“ Ausschlussgründe des § 319 Abs. 2 und 3 HGB die Nichtigkeit der Wahl des Prüfers und gem. § 134 BGB die Nichtigkeit des Prüfungsauftrages zur Folge. Die Wahl eines Abschlussprüfers, der zwar nicht gem. § 319 Abs. 2 und 3 HGB absolut ausgeschlossen, jedoch der Besorgnis der Befangenheit ausgesetzt ist, ist demgegenüber wirksam. Er kann nach § 318 Abs. 3 S. 1 HGB durch das Gericht abberufen werden, was die Wirksamkeit seiner Wahl voraussetzt (Lutter, Festschrift für Semler, Seite 839; MünchKomm.HGB/Ebke § 318 Rn. 34 f).

In der bilanzrechtlichen Literatur, die sich zu der entsprechenden Frage äußert, besteht im Anschluss an diesen Befund Einigkeit, dass die entsprechenden Prüfungsaufträge nicht von Gesetzes wegen gem. § 134 BGB nichtig sind. Bei den Vorschriften der §§ 43, 49 WPO handele es sich nämlich um berufsrechtliche Regelungen, die sich zum einen allein an den Prüfer richten und

zum anderen als Ordnungsvorschriften zu qualifizieren seien. Sie könnten somit nicht als gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB angesehen werden. Entsprechendes gelte für § 318 Abs. 3 S. 1 HGB, der eine Ersetzungsbefugnis, aber kein gesetzliches Verbot enthält (Lutter a.a.O., MünchKomm.HGB/Ebke § 318 Rn. 34 f, 78).

Dem tritt der Senat - jedenfalls im Ergebnis - bei. Hierfür ist freilich nicht ausschlaggebend, dass sich der Normbefehl des § 49 WPO allein an den Wirtschaftsprüfer und nicht auch an seinen Vertragspartner richtet. In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist nämlich anerkannt, dass Rechtsgeschäfte auch dann gem. § 134 BGB als nichtig angesehen werden können, wenn sich das Verbot nur an einen der Partner wendet. So führt ein Verstoß gegen § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrages, obwohl sich das entsprechende Tätigkeitsverbot nur gegen einen Vertragsbeteiligten - den Rechtsanwalt - richtet (BGH NJW 1999, 1715, 1717). Auch der Ausschlussgrund des § 319 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HGB führt - wie bereits oben ausgeführt - ungeachtet des Umstandes, dass das entsprechende Tätigkeitsverbot nur an den Prüfer adressiert ist, zur Nichtigkeit des Vertrages zwischen Abschlussprüfer und zu prüfender Gesellschaft (BGHZ 118, 142). Entscheidend ist vielmehr, ob sich die jeweilige Verbotsvorschrift nach ihrem Sinn und Zweck nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäftes wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg (BGHZ 118, 142, 144; allgemein Münchener Kommentar/Mayer-Maly/Armbrüster, BGB, 4. Aufl., § 134 Rn. 41, 49).

Der Senat gelangt auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen die zweite Alternative des § 49 WPO, wonach der Wirtschaftsprüfer seine Tätigkeit versagen soll, wenn bei der Durchführung des Auftrages die Besorgnis der Befangenheit besteht, nicht zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB führt. Zwar soll auch diese Norm - ebenso wie die Ausschlussgründe des § 319 HGB - u. a. sicherstellen, dass Wirtschaftsprüfer bei ihren gesetzlich vorgesehenen Aufgaben nicht tätig werden, wenn sie wegen Beziehungen oder Verbindungen zu dem zu prüfenden Unternehmen in ihrer Unabhängigkeit beeinträchtigt sein können. Die genannten Ausschlussgründe sind

jedoch aus dem Kreis der nicht näher bezeichneten allgemeinen Befangenheitsgründe besonders hervorgehoben worden, um in jedem Fall einen bestimmten Standard an Zuverlässigkeit und Unbefangenheit der Abschlussprüfung zu gewährleisten; zu diesem Zweck erscheint es notwendig, einen gleichwohl erteilten Prüfungsauftrag an einen Abschlussprüfer - dessen Bestellung außerdem ohnehin nichtig ist - zivilrechtlich nicht bestehen zu lassen (vgl. BGHZ 118, 142, 148). Bei den gesetzlichen Ausschlussgründen handelt es sich durchweg um solche Sachverhalte, die ein besonderes Gewicht aufweisen, zuverlässig eine Sachverhaltskonstellation beschreiben, bei der die Besorgnis der Befangenheit indiziert ist, und deren Voraussetzungen hinreichend scharf konturiert sind.

Bei den daneben bestehenden sogenannten „relativen“ Befangenheitsgründen ist dies nicht der Fall: Sie erfassen auch weniger gravierende Sachverhalte. Die Feststellung von Umständen, die die Annahme rechtfertigen, dass das Prüfungsergebnis durch sachfremde Motive beeinflusst werden kann (vgl. oben 4. a) aa)), erfordert in jedem Fall eine Wertung, deren Ergebnis keineswegs eindeutig sein muss. Die zugrundeliegenden Sachverhalte sind nicht scharf konturiert, sondern können im Einzelfall fließende Übergänge aufweisen, in die erforderlichenfalls dennoch durch Zuweisung zu der einen oder anderen Fallgruppe harte Zäsuren geschlagen werden müssen. Gerade bei der Prüfung durch den ständigen Berater eines Unternehmens können vielfältige Konstellationen auftreten, die an eine Besorgnis der Befangenheit denken lassen. Dennoch hat der Gesetzgeber des Bilanzrichtlinien-Gesetzes bewusst auf die obligatorische Trennung von Prüfung und Beratung verzichtet (vgl. nur BGHZ 135, 260, 262 f m.w.N.; Röhrich, WpG 1998, 153, 162 f). Bei diesem Befund erscheint es nicht sachgerecht, an die Feststellung, dass der Wirtschaftsprüfer der Besorgnis der Befangenheit ausgesetzt war, die Sanktion der Nichtigkeit des Prüfungsauftrages zu knüpfen, zumal der Prüfer dann der unter Umständen existenzbedrohenden - Gefahr der Rückforderung der Prüfungshonorare früherer Jahre ausgesetzt sein kann (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Röhrich, WpG 1998, 153, 155). Dagegen lässt sich nicht einwenden, im vorliegenden Fall sei die Wertung über die Befangenheit des Klägers relativ eindeutig zu treffen. Welche Rechtsfolge ein Verstoß gegen § 49 2. Alt. WPO

im Hinblick auf die Wirksamkeit des Prüfungsauftrages hat, muss vielmehr abstrakt entschieden werden.

c) Bei dieser Sachlage ist es nach Ansicht des Senats ohne Hinzutreten weiterer Umstände (wie etwa der Verabredung von Pflichtverletzungen des Klägers bei der Prüfung) nicht möglich, die zwischen der Sozietät des Klägers und den Beklagten geschlossenen Prüfungsverträge als sittenwidrig i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB zu charakterisieren.

5. Die Höhe der Vergütung richtet sich entsprechend der Vereinbarung der Parteien nach dem angefallenen Zeitaufwand. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers waren die in Rechnung gestellten Tagessätze zwischen den Parteien vereinbart. Für den angefallenen Zeitaufwand trägt der Kläger die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH NJW 2000, 1107). Er hat zu diesem Zweck schriftliche Aufstellungen vorgelegt (Anlagen S + P 9-11, Anlagenheft Seite 57-111), aus denen sich detailliert ergibt, welcher Mitarbeiter der Sozietät des Klägers an welchem Tag zur Erfüllung der entsprechenden Aufträge tätig war. Damit hat der Kläger seiner Darlegungslast genügt. Soweit die Beklagten für einige wenige Tage substantiiert bestritten haben, dass der Kläger insoweit für die Beklagten (gemeint ist wohl die Beklagte zu 1) tätig war (vgl. Seite 7 oben der Klageerwiderung vom 07.11.2001, I/53), hat der Kläger mit Schriftsatz vom 27.11.2001 (dort Seite 7 unten bis 8 oben, I/79-81) schlüssig repliziert, ohne dass die Beklagten hierauf zurückgekommen wären. Die Beklagten rügen insoweit noch, aus den Aufstellungen ergebe sich nicht, welcher zeitlicher Aufwand an einem Tag angefallen sei. Der Kläger hat jedoch unwidersprochen vorgetragen, dass diese Handhabung langjähriger unbeanstandeter Praxis zwischen den Parteien entspricht. Die Sozietät des Klägers hat auch keineswegs für jeden Tag und Mitarbeiter ein volles Tagwerk abgerechnet. Angesichts dessen obliegt es den Beklagten, näher darzulegen, inwieweit der in Rechnung gestellte Zeitaufwand nicht angefallen sein soll. Der Senat hat hierauf im Verhandlungstermin ergebnislos hingewiesen. Die Klagansprüche sind somit auch der Höhe nach begründet.

II. Berufung der Beklagten zu 2 und 3

Die Berufungen der Beklagten zu 2 und 3 haben zum Teil Erfolg. Dem Kläger steht Steuerberatervergütung nicht in dem zugesprochenen Umfang, sondern lediglich i.H.v. 4.953,11 € (= 9.687,45 DM) gegen die Beklagte zu 2 und i.H.v. 453,72 € (=887,40 DM) gegen die Beklagte zu 3 zu.

1. Der Kläger macht gem. § 29 Nr. 1 StBGebV Vergütung für die Teilnahme an steuerlichen Betriebsprüfungen bei den Beklagten zu 2 und 3 gelten. Hierfür fallen Zeitgebühren an (§ 13 StBGebV). Die Zeitgebühr ist gem. § 13 S. 2 StBGebV eine Rahmengebühr, bei der dem Steuerberater nach § 11 StBGebV das Bestimmungsrecht gem. § 315 BGB a.F. zukommt. Die Sozietät des Klägers hat die Höchstgebühr i.H.v. DM 90,00 je halbe Stunde in Rechnung gestellt. Die Beklagten rügen dies und gestehen nur die Mittelgebühr zu. Der Steuerberater muss jedoch im Streitfall die tatsächlichen Voraussetzungen, die eine Überschreitung der Mindestgebühr rechtfertigen sollen, darlegen und beweisen (OLG Düsseldorf OLGR 2002, 173; OLG Hamm NJW-RR 1999, 510). Hierfür sind Bedeutung, Umfang und Schwierigkeitsgrad der Angelegenheit maßgebend; liegen diese im Durchschnitt, rechtfertigt dies nur die Mittelgebühr (OLG Düsseldorf a.a.O.).

Der Kläger hat insoweit lediglich vorgetragen, die Höchstgebühr sei „angesichts der Komplexität der Buchprüfung angemessen“. Dies genügt nicht für eine substantiierte Darlegung, worauf nicht nur die Beklagten, sondern auch der Senat ergebnislos hingewiesen haben. Damit bleibt es bei der von den Beklagten zu 2 und 3 zugestandenen Mittelgebühr i.H.v. DM 63,75 je halbe Stunde. Die Rechnungen vom 15.08.2001 sind entsprechend zu kürzen.

2. Die zu Lasten der Beklagten zu 2 abgerechneten fünf Arbeitsstunden des Klägers, die dieser am 17.07.2001 geleistet hat, erfolgten unstreitig nach Kündigung des Mandats. Der Kläger ist insoweit der Ansicht, er sei nach der Kündigung des Mandats noch zur Erstellung eines Briefentwurfs verpflichtet gewesen. Er war jedoch nicht gehindert, bei seiner Auftraggeberin nachzufragen, ob diese die Fertigung eines solchen Entwurfs wünsche. Der dafür angefallene Zeitaufwand ist somit nicht vergütungsfähig, weshalb die Rechnung auf 65,5 Stunden á DM 127,50 zu kürzen ist.

3. Soweit die Beklagten den abgerechneten Zeitaufwand pauschal mit Nichtwissen bestreiten, führt dies nicht zum Erfolg der Berufung. Die Sozietät des Klägers hat mit den Rechnungen stundengenaue Zeitaufstellungen vorgelegt. Angesichts dieser Aufstellungen liegt es an den Beklagten, ihr Bestreiten zu substantiieren, zumal sich ein großer Teil der abgerechneten Tätigkeit in ihrem Hause abgespielt hat. Sie sind hierauf ergebnislos hingewiesen worden.

Das Formerfordernis des § 9 Abs. 2 StBGebV ist erfüllt. Spätestens im Prozess hat der Kläger auf die §§ 11, 13 StBGebV hingewiesen.

III.

Die zugesprochenen Zinsen rechtfertigen sich aus §§ 284, 286, 288 BGB a.F.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits folgt aus §§ 91, 92 Abs. 2, 100 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Soweit die Berufung des Klägers Erfolg hat (Anspruch auf Zahlung von Wirtschaftsprüferhonorar) lässt der Senat gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO die Revision zu. Die Frage nach der Reichweite der geltend gemachten Ausschlussgründe gem. § 319 Abs. 2 und 3 HGB hat ebenso wie die Frage, ob ein trotz Besorgnis der Befangenheit des Prüfers angenommener Prüfungsauftrag nichtig ist, grundsätzliche Bedeutung.