

OLG Karlsruhe Beschluß vom 27.10.2015, 11 Wx 87/15

Leitsätze

1. § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB ist bei einer anhängigen Anfechtungsklage gegen den Beschluss zur Wahl des Abschlussprüfers, des Konzernabschlussprüfers sowie des Prüfers für die prüferische Durchsicht des im Halbjahresbericht enthaltenen verkürzten Abschluss- und Zwischenlageberichts analog anzuwenden.
2. Bei einer analogen Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB im Hinblick auf eine anhängige Anfechtungsklage kann die gerichtliche Bestellung auch während des laufenden Geschäftsjahres erfolgen.
3. Das Gericht kann bei einer analogen Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB im Hinblick auf eine anhängige Anfechtungsklage auch den von der Hauptversammlung gewählten Prüfer bestellen.

Tenor

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Amtsgerichts Mannheim - Registergericht - vom 13. August 2015 (HRB ...) aufgehoben.

Die X. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wird für das Geschäftsjahr 2015 zum Abschlussprüfer und Konzernabschlussprüfer sowie zum Prüfer für die prüferische Durchsicht des im Halbjahresfinanzbericht zum 30. Juni 2015 enthaltenen verkürzten Abschlusses und Zwischenlageberichts bestellt.

2. Das Beschwerdeverfahren ist gerichtsbührenfrei. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft.
- 2 Auf ihrer Hauptversammlung am (...) wurde folgender Beschlussvorschlag des Aufsichtsrats zu Tagesordnungspunkt 5 mit der erforderlichen Stimmenmehrheit angenommen:
- 3 „Der Aufsichtsrat schlägt auf Empfehlung seines Prüfungsausschusses vor, die X. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft für das Geschäftsjahr 2015 zum Abschlussprüfer und Konzernabschlussprüfer sowie zum Prüfer für die prüferische Durchsicht des im Halbjahresfinanzbericht zum 30. Juni 2015 enthaltenen verkürzten Abschlusses und Zwischenlageberichts zu wählen.“
- 4 Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Hauptversammlung (...) Bezug genommen.
- 5 Unter dem 29. Mai 2015 erhob Herr F. aus M. beim Landgericht Mannheim Anfechtungsklage. Der Klageantrag zu III. lautet, den Beschluss vom (...), mit dem die X. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, für das Geschäftsjahr 2015 zum Abschlussprüfer und Konzernabschlussprüfer sowie zum Prüfer für die prüferische Durchsicht des im Halbjahresbericht zum 30. Juni 2015 enthaltenen verkürzten Abschluss- und Zwischenlageberichts gewählt worden ist, für nichtig zu erklären. (...) Auf die Bekanntmachung nach § 246 Absatz 6 AktG im Bundesanzeiger wird ergänzend Bezug genommen.
- 6 Durch am 17. Juli 2015 beim Amtsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 13. Juli 2015 hat die Antragstellerin beantragt, die X. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, gemäß § 318 Absatz 4 HGB analog für das Geschäftsjahr 2015 vorsorglich erneut zum Abschlussprüfer und Konzernabschlussprüfer sowie zum Prüfer für die prüferische Durchsicht des im Halbjahresfinanzbericht zum 30. Juni 2015 enthaltenen verkürzten Abschlusses und Zwischenlageberichts zu bestellen. Zur Begründung führte sie aus, dass aufgrund der Erhebung der - ihrer Ansicht nach rechtsmissbräuchlichen - Anfechtungsklage Unsicherheit darüber bestehe, ob der von der Hauptversammlung gewählte Abschlussprüfer die Prüfung mit

verlässlicher rechtlicher Wirksamkeit durchführen könne. Im Hinblick auf die weitreichenden Folgen bei einer erfolgreichen Anfechtung der Wahl des Abschlussprüfers sei analog § 318 Absatz 4 HGB eine Bestellung durch das Amtsgericht erforderlich. Da sich die Anfechtungsklage nur auf angebliche formelle Beschlussmängel stütze, könne auch derselbe Prüfer bestellt werden. Dabei sei eine gerichtliche Bestellung analog § 318 Abs. 4 Satz 2 HGB auch noch während des laufenden Geschäftsjahres zulässig und erforderlich, da eine zeitliche Sperre in § 318 Absatz 4 HGB jedenfalls nicht bei einer analogen Anwendung der Bestimmung gelte. Die X. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft hat eine Unabhängigkeitserklärung nach den anwendbaren deutschen gesetzlichen und berufsrechtlichen Vorschriften (insbesondere §§ 319, 319a HGB, FF 20 ff. BS WP/vBP) abgegeben.

7 Durch Beschluss vom 12. August 2008 hat das Amtsgericht den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Antrag derzeit nicht begründet sei, da auch bei einer analogen Heranziehung des § 318 Absatz 4 HGB eine gerichtliche Bestellung im laufenden Geschäftsjahr rechtlich nicht zulässig sei. Gegen den der Antragstellerin am 20. August 2015 zugestellten Beschluss hat diese am 11. September 2015 Beschwerde unter Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens eingelegt. Durch Beschluss vom 17. September 2015 hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

8 Der Senat hat die Akte des Verfahrens vor dem Landgericht Mannheim (...) beigezogen.

II.

9 Die gemäß § 318 Absatz 4 Satz 4 HGB, §§ 58 Absatz 1, 59 Absatz 1, 63, 64, 375 Nr. 1, 402 Absatz 1 FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Das Amtsgericht hat den auf § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB analog gestützten Antrag auf gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers und Konzernabschlussprüfers für das Geschäftsjahr 2015 sowie des Prüfers für die prüferische Durchsicht des im Halbjahresfinanzbericht zum 30. Juni 2015 enthaltenen verkürzten Abschlusses und Zwischenlageberichts zu Unrecht zurückgewiesen.

10 1. Dabei geht das Amtsgericht zutreffend davon aus, dass hinsichtlich der von der Antragstellerin beantragten gerichtlichen Prüferbestellung die Bestimmung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB im Falle einer anhängigen Anfechtungsklage analog anzuwenden ist.

11 a) Für eine Analogie haben sich zahlreiche Amtsgerichte ausgesprochen (AG Frankfurt, Beschluss vom 2. Februar 2005, nicht veröffentlicht; AG Duisburg, Beschluss vom 24. November 2004, nicht veröffentlicht; AG Bonn, Beschluss vom 29. Oktober 2004, nicht veröffentlicht; AG Mannheim, Beschluss vom 15. Januar 2004 - AR 495/03, nicht veröffentlicht; AG Wolfsburg, AG 1992, 205). Das ist in der Literatur auf breite Zustimmung gestoßen (Baumbach/Hopt, HGB 36. Aufl. § 318 Rn. 11; Ensthaler, Gemeinschaftskommentar HGB mit UN-Kaufrecht 8. Aufl. § 318 Rn. 11; Haag/Löffler, HGB § 318 Rn. 27; Staub/Habersack/Schürnbrand, HGB 5. Aufl. § 318 Rn. 72; Marsch-Barnier, FS Hommelhoff, 653, 671; von Falkenhausen/Kocher, ZIP 2005, 602; vgl. auch MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 77). Als Argumente für eine analoge Anwendung werden dabei vorgebracht:

12 aa) Sinn und Zweck des § 318 Absatz 4 HGB ist es, die rechtzeitige Bestellung eines Abschlussprüfers sicherzustellen, damit die Gesellschaft bei vielerlei denkbaren Gestaltungen stets über einen Abschlussprüfer verfügt. Die Anfechtungsklage hat der Gesetzgeber dabei nicht berücksichtigt. Diese Lücke ist durch die analoge Anwendung des § 318 Absatz 4 HGB zu schließen (AG Wolfsburg, AG 1992, 205).

13 bb) Sollte die Anfechtungsklage Erfolg haben, wäre die Bestellung des Abschlussprüfers rückwirkend nichtig und damit auch der von ihm geprüfte Jahresabschluss (AG Mannheim, Beschluss vom 15. Januar 2004 - AR 495/03). Dies wäre mit weitreichenden Folgen für die Gesellschaft verbunden (Marsch-Barnier, FS Hommelhoff, 691, 693 f.): Mit dem Wegfall des Jahresabschlusses entfielen die Rechtsgrundlage für die Zahlung der Dividende. Diese müsste bei gleichzeitiger Kassation des Gewinnverwendungsbeschlusses

nach § 62 AktG zurückgefordert werden. Für einen etwaigen Ausfall der Gesellschaft hätten die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats persönlich einzustehen.

- 14 cc) Wegen der hohen Kosten kann die Gesellschaft nicht auf die Abhaltung einer neuen Hauptversammlung verwiesen werden (von Falkenhausen/Kocher, ZIP 2005, 602).
- 15 dd) Wird die Anfechtungsklage nicht auf die in der Person des Prüfers liegende Gründe gestützt, würde eine erfolgreiche Anfechtungsklage kein Hindernis für eine erneute Bestellung darstellen (von Falkenhausen/Kocher, ZIP 2005, 602, 603). Geht es hinsichtlich der Bestellung durch die Hauptversammlung nur um formelle Fragen, ist der Aktionär nicht beschwert, wenn das Amtsgericht den Prüfer erneut bestellt (von Falkenhausen/Kocher, ZIP 2005, 602, 603).
- 16 b) Der Senat hält eine analoge Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB bei einer anhängigen Anfechtungsklage gegen den Beschluss der Hauptversammlung zur Wahl des Prüfers aus folgenden Gründen für sachgerecht.
- 17 aa) Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige oder ungewollte Regelungslücke enthält, die sich aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zugrunde liegenden Regelungsplan ergibt, und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Beschluss vom 25. August 2015 - X ZB 5/14, juris Rn. 19 m.w.N.).
- 18 bb) Eine ungewollte Regelungslücke ist anzunehmen.
- 19 (1) Nach § 318 Absatz 4 Satz 1 HGB hat das Gericht auf Antrag der gesetzlichen Vertreter, des Aufsichtsrats oder eines Gesellschafters den Abschlussprüfer zu bestellen, wenn der Abschlussprüfer bis zum Ablauf des Geschäftsjahrs nicht gewählt worden ist. Nach § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB gilt Gleiches, wenn ein gewählter Abschlussprüfer die Annahme des Prüfungsauftrags abgelehnt hat, weggefallen ist oder am rechtzeitigen Abschluss der Prüfung verhindert ist und ein anderer Abschlussprüfer nicht gewählt worden ist.
- 20 (2) Das Gesetz nennt als Gründe für die gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers das Fehlen, Wegfallen oder die Verhinderung am rechtzeitigen Abschluss. Anknüpfungspunkt ist hierbei, dass kein wirksam bestellter Abschlussprüfer vorhanden ist (Baumbach/Hopt/Merkt, HGB 36. Aufl. § 318 Rn. 11). Eine gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers ist daher möglich, wenn dessen Wahl nichtig ist (OLG Frankfurt, ZIP 2004, 1114, 1116 f.; Baumbach/Hopt/Merkt, HGB. 36. Aufl. § 318 Rn. 11). Im Falle einer erfolgreichen Anfechtungsklage erlaubt § 318 Absatz 4 HGB daher die gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers. Bis zu einem rechtskräftigen Urteil kann der Abschlussprüfer dagegen noch nicht als nicht gewählt oder weggefallen betrachtet werden.
- 21 (3) § 318 Absatz 4 HGB dient der Verwirklichung des öffentlichen Interesses an der Pflichtprüfung nach § 316 HGB (Staub/Habersack/Schürnbrand, HGB 5. Aufl. § 318 Rn. 1), d.h. mit dieser Vorschrift soll die Durchführung und der zeitnahe Abschluss der gesetzlich vorgeschriebenen Abschlussprüfung sichergestellt werden (vgl. MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 75). Die Verwirklichung dieses Ziel ist aber nicht nur gefährdet, wenn eine Anfechtungsklage rechtskräftig Erfolg gehabt hat. Da sich ein Rechtsstreit über Jahre erstrecken kann, tritt eine Gefährdung auch dann ein, wenn eine Anfechtungsklage erhoben ist und sich u.U. erst nach langer Zeit herausstellen kann, dass kein wirksamer Jahresabschluss erstellt wurde. Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber für diesen Fall eine gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers ausschließen wollte. Die bestehende Regelungslücke ist daher als planwidrig zu betrachten.

- 22 (4) Aus der Existenz des Freigabeverfahrens nach § 246a AktG lässt sich nichts gegen die Planwidrigkeit der Regelungslücke herleiten. Gemäß § 246a Absatz 1 Satz 1 AktG kann das Gericht auf Antrag der Gesellschaft durch Beschluss feststellen, dass die Erhebung der Klage der Eintragung nicht entgegensteht und Mängel des Hauptversammlungsbeschlusses die Wirkung der Eintragung unberührt lassen, wenn gegen einen Hauptversammlungsbeschluss über eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung, der Kapitalherabsetzung oder einen Unternehmensvertrag Klage erhoben wird. Das Freigabeverfahren nach § 246a AktG ist nur für Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträge vorgesehen (Schmidt/Lutter/Schwab, AktG 3. Aufl. § 246a Rn. 1). Anders als für diese Strukturbeschlüsse gibt es für die Bestellung des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung kein Freigabeverfahren (Marsch-Barner, Festschrift Hommelhoff, S. 691, 692). Mit § 246a AktG wollte der Gesetzgeber ein allgemeines Freigabeverfahren für bestimmte eintragungsdürftige Hauptversammlungsbeschlüsse einführen, soweit nicht bereits vorrangig die Freigabeverfahren nach § 319 Absatz 6 AktG oder § 16 Absatz 3 UmwG anwendbar sind (BT-Drs. 15/5092, S. 29). Dieser Regelungskomplex verhält sich zu der hier in Rede stehenden Bestellung des Abschlussprüfers nicht und lässt daher keine Rückschlüsse auf den Willen des Gesetzgebers zu dieser Frage zu.
- 23 cc) Diese Lücke kann durch eine entsprechende Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB geschlossen werden.
- 24 (1) Beide Sachverhalte sind vergleichbar. Wegen der weitreichenden Folgen einer unwirksamen Wahl des Abschlussprüfers ist der gesetzliche Zweck der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Pflichtprüfung nicht erst bei einer rechtskräftig entschiedenen erfolgreichen Anfechtungsklage gefährdet, sondern bereits bei deren Anhängigkeit. Das Ziel der Sicherstellung der ordnungsgemäßen und zeitnahen Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Abschlussprüfung ist in Gefahr, wenn ein Jahresabschluss sich über mehrere Jahre in einem Schwebestand befindet. Dies gilt erst Recht mit Blick auf die weitreichenden Folgen für die Gesellschaft wie deren Glaubwürdigkeit am Kapitalmarkt und die Verlässlichkeit ihrer Dividendenauszahlung.
- 25 (2) Dies entspricht der gesetzgeberischen Wertung, die Abschlussprüfung zeitnah und verlässlich durchzuführen, wie sie im Zuge des Bilanzrechtsreformgesetzes durch den Ausschluss von Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen, die auf die Befangenheit des Abschlussprüfers gestützt werden, zum Ausdruck gekommen ist (§ 243 Absatz 3 AktG). In diesem Zusammenhang führt die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 318 HGB aus (BT-Drs. 15/3419, S. 35):
- 26 „Zudem stellt nach Überzeugung der Bundesregierung ein Nebeneinander von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im Anschluss an die Ausführungen des BGH im Urteil vom 25. November 2002 (II Z R 49/01) nicht die optimale Konstellation dar, um die durch eine mögliche Befangenheit des Abschlussprüfers aufgeworfene Gemengelage problemadäquat zu lösen. Neben den Interessen der Aktionäre und der Verwaltung an einer unbefangenen und ordnungsgemäßen Abschlussprüfung durch den gewählten Abschlussprüfer sind auch die Interessen des Rechtsverkehrs, insbesondere der Gläubiger der Gesellschaft an der Wirksamkeit des geprüften Jahresabschlusses, und nicht zuletzt die Interessen der Gesellschaft, ihrer Aktionäre und des gewählten Abschlussprüfers an einer zeitnahen und verlässlichen Entscheidung über die Wirksamkeit der Prüferbestellung, der von diesem vorgenommenen Prüfungshandlungen und des Ergebnisses seiner Jahresabschlussprüfung in Einklang zu bringen.“
- 27 (3) Dagegen spricht nicht das in § 318 Absatz 4 HGB statuierte Subsidiaritätsprinzip. Hiernach geht die Autonomie der Gesellschafter bzw. der sonst für die Bestellung des Abschlussprüfers Zuständigen der gerichtlichen Bestellung vor (MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 76). Dies zeigt sich daran, dass die gerichtliche Bestellung bei unmittelbarer Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 1 HGB erst erfolgen darf, wenn der Abschlussprüfer nicht bis zum Ablauf des Geschäftsjahres gewählt worden ist, und dass nach § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB eine gerichtliche Bestellung nur erfolgen kann, wenn ein anderer Abschlussprüfer nicht gewählt worden ist. Im Fall der analogen Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB bei einer anhängigen Anfechtungsklage kann von einer fehlenden Beachtung der Subsidiarität

jedoch nicht gesprochen werden. Denn die gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers verwirklicht faktisch die - wenn auch angefochtene - Mehrheitsentscheidung, einen Abschlussprüfer zu bestellen und die Pflichtprüfung nach § 316 Absatz 1 HGB ordnungsgemäß und zeitnah durchzuführen, auch wenn die Auswahlentscheidung hinsichtlich des Abschlussprüfers in diesem Fall beim Gericht liegt. Erst recht kann nicht von einer Nichtbeachtung der Subsidiarität gesprochen werden, wenn das Gericht den von der Hauptversammlung gewählten Abschlussprüfer bestellt.

- 28 (4) Gegen eine Analogie spricht ferner nicht das Argument, dass es die Gesellschaft durch Abhaltung einer neuen Hauptversammlung in der Hand hat, im Wege einer neuerlichen Beschlussfassung der Hauptversammlung einen Abschlussprüfer zu wählen. Zu berücksichtigen sind zum einen die nicht unerheblichen Kosten einer neuen Hauptversammlung. Zum anderen ist nicht gewährleistet, dass eine neue Beschlussfassung nicht Gegenstand einer erneuten Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage wird. Deshalb ist auf diesem Weg nicht sichergestellt, dass die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung ordnungsgemäß durchgeführt und zeitnah rechtsverbindlich abgeschlossen werden kann.
- 29 (5) Nicht gegen eine Analogie eingewandt werden kann, dass es nicht Sinn und Zweck der gerichtlichen Bestellung des Abschlussprüfers ist, die Folgen einer unwirksamen Wahl des Abschlussprüfers zu beseitigen. Denn wie oben dargestellt knüpft § 318 Absatz 4 HGB allein an dem Umstand an, dass keine wirksame Abschlussprüfung sichergestellt ist. Zweck der Norm ist die ordnungsgemäße und zeitnahe Gewährleistung der gesetzlich vorgeschriebenen Abschlussprüfung nach § 316 HGB. Mit Rücksicht auf dieses Ziel wäre es unvereinbar, auf eine gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers zu verzichten, um dem Anfechtungskläger Rechtsfolgen der unwirksamen Bestellung durch die Hauptversammlung zu erhalten. Diese Wertung wird dadurch belegt, dass § 318 Absatz 4 HGB im Falle einer erfolgreichen Anfechtungsklage - wegen der dann gescheiterten Wahl des Abschlussprüfers - unmittelbar anwendbar ist (OLG Frankfurt, ZIP 2004, 1114, 1116 f.; Baumbach/Hopt/Merkt, HGB. 36. Aufl. § 318 Rn. 11).
- 30 dd) Die analoge Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB erfasst nicht nur den in § 318 Absatz 1 HGB genannten Abschlussprüfer und Konzernabschlussprüfer, sondern darüber hinaus auch den Prüfer für die prüferische Durchsicht des im Halbjahresfinanzbericht enthaltenen verkürzten Abschlusses und Zwischenlageberichts.
- 31 (1) Nach § 37w WpHG hat die Antragstellerin als Inlandsemittentin für die ersten sechs Monate eines jeden Geschäftsjahrs einen Halbjahresfinanzbericht zu erstellen und diesen unverzüglich, spätestens zwei Monate nach Ablauf des Berichtszeitraums, der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Gemäß § 37w Absatz 5 Satz 1 WpHG kann der verkürzte Abschluss und der Zwischenlagebericht einer prüferischen Durchsicht durch einen Abschlussprüfer unterzogen werden. Gemäß § 37w Absatz 5 Satz 2 WpHG sind die Vorschriften über die Bestellung des Abschlussprüfers auf die prüferische Durchsicht entsprechend anzuwenden. Dieser Verweis ist so zu verstehen, dass dadurch die §§ 316 ff. HGB (KK-WpHG/Mock 2. Aufl. § 37w Rn. 117) und damit auch § 318 HGB (Assmann/Schneider/Hönsch, WpHG 6. Aufl. § 37w Rn. 41; Fuchs/Zimmermann, WpHG § 37w Rn. 24) anzuwenden ist.
- 32 (2) Eine analoge Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB ist auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten der prüferischen Durchsicht nach § 37w WpHG sachgerecht.
- 33 Zwar ist die prüferische Durchsicht nach dem Wortlaut des § 37w Absatz 5 WpHG im Gegensatz zur Prüfung nach § 316 HGB nicht zwingend (Assmann/Schneider/Hönsch, WpHG 6. Aufl. § 37w Rn. 38; Fuchs/Zimmermann, WpHG § 37w Rn. 23; KK-WpHG/Mock 2. Aufl. § 37w Rn. 110). Wenn sich der Emittent für eine prüferische Durchsicht entscheidet, muss diese Prüfung überdies auch nicht durch den Abschlussprüfer erfolgen (KK-WpHG/Mock 2. Aufl. § 37w Rn. 118), sondern kann von einer anderen geeigneten Person durchgeführt werden. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die prüferische Durchsicht nach § 37w WpHG das Ziel verfolgt, das Vertrauen des Kapitalmarkts in die Rechnungslegung zu stärken (Assmann/Schneider/Hönsch, WpHG 6. Aufl. § 37w Rn. 38). Die Antragstellerin ist trotz institutioneller Großaktionäre als börsennotiertes Unternehmen auf das Vertrauen der Kapitalmärkte angewiesen, so dass ein Verzicht auf die prüferische Durchsicht faktisch keine praktikable Lösung

darstellt. Außerdem ist durch den - wenn auch der Anfechtung unterliegenden - Mehrheitsbeschluss auf der Hauptversammlung dokumentiert, dass die Mehrheit der Anteilseigner die prüferische Durchsicht wünscht. Daher ist die Interessenlage gleich zu beurteilen wie bei der Wahl des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung.

- 34 2. Entgegen der Ansicht des Amtsgerichts scheitert die gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers nicht daran, dass dieser für das laufende Geschäftsjahr bestellt werden soll.
- 35 a) Nach § 318 Absatz 4 Satz 1 HGB hat das Gericht auf Antrag der gesetzlichen Vertreter, des Aufsichtsrats oder eines Gesellschafters den Abschlussprüfer zu bestellen, wenn der Abschlussprüfer „bis zum Ablauf des Geschäftsjahrs“ nicht gewählt worden ist. Nach § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB gilt Gleiches, wenn ein gewählter Abschlussprüfer die Annahme des Prüfungsauftrags abgelehnt hat, weggefallen ist oder am rechtzeitigen Abschluss der Prüfung verhindert ist und ein anderer Abschlussprüfer nicht gewählt worden ist.
- 36 b) Auf Grund dieses Wortlauts wird teilweise vertreten, dass der Antrag nach § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB wegen des Verweises „Gleiches gilt“ erst nach Abschluss des Geschäftsjahres gestellt werden kann (Böcking/Gros/Rabenhorst in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 3. Aufl. § 318 Rn. 24). Überwiegend wird zwar eine Antragstellung schon vor Abschluss des laufenden Geschäftsjahres zugelassen, jedoch eine gerichtliche Bestellung erst nach Ablauf des Geschäftsjahres als möglich erachtet (Staub/Habersack/Schürnbrand, HGB 5. Aufl. § 318 Rn. 70; von Falkenhausen/Kocher, ZIP 2005, 602, 604; wohl auch MünchKomm-Bilanzrecht/Bormann, HGB § 318 Rn. 117).
- 37 c) Diese Argumente können bei der vorliegend vorzunehmenden analogen Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB nicht dazu führen, von einer Bestellung schon während des laufenden Geschäftsjahres abzusehen.
- 38 aa) Bei der grammatikalischen Auslegung des Gesetzeswortlauts ist zwar zu berücksichtigen, dass § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB mit den Worten „Gleiches gilt“ beginnt. Es ist jedoch fernliegend, dass durch diese Verweisung auch der „Abschluss des Geschäftsjahres“ erfasst wird (MünchKomm-Bilanzrecht/Bormann, HGB § 318 Rn. 117). Der Verweis „Gleiches gilt“ ist vielmehr so zu verstehen, dass damit nur auf die Folgen verwiesen wird, wenn kein Abschlussprüfer gewählt wird. Damit ordnet der Gesetzgeber auch für die in § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB genannten Fälle die Rechtsfolge des § 318 Absatz 4 Satz 1 HGB an, dass das Gericht auf Antrag der gesetzlichen Vertreter, des Aufsichtsrats oder eines Gesellschafters den Abschlussprüfer zu bestellen hat. Aus dem Eingang des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB lässt sich daher keine zeitliche Begrenzung der Antragstellung und der gerichtlichen Bestellung herleiten.
- 39 bb) Überzeugend ist es, den Zeitpunkt der frühestmöglichen gerichtlichen Bestellung am Prinzip der Subsidiarität festzumachen. Nach § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB erfordert die gerichtliche Bestellung, dass „ein anderer Prüfer nicht gewählt“ worden ist. Deshalb ist es bei der direkten Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB konsequent, der Gesellschaft bei der nicht vorgenommenen Wahl oder dem Wegfall des gewählten Abschlussprüfers zunächst die Möglichkeit zu einer Wahl im laufenden Geschäftsjahr zu belassen (MünchKomm-Bilanzrecht/Bormann, HGB § 318 Rn. 117). Dieser Gesichtspunkt der Subsidiarität verfängt indes nicht bei der analogen Anwendung des § 318 Absatz 4 Satz 2 HGB und der gerichtlichen Bestellung des Abschlussprüfers. Denn Ausgangspunkt ist hierbei, dass die Hauptversammlung bereits eine Wahlentscheidung getroffen hat. Wie oben dargestellt verwirklicht die gerichtliche Bestellung des Abschlussprüfers in diesem Fall faktisch die - wenn auch angefochtene - Mehrheitsentscheidung, einen Abschlussprüfer zu bestellen und die Pflichtprüfung nach § 316 Absatz 1 HGB ordnungsgemäß und zeitnah durchzuführen sowie - bei gerichtlicher Bestellung desselben Abschlussprüfers - die getroffenen Wahlentscheidung.
- 40 3. Als zur eigenen Sachentscheidung berufenes Beschwerdegericht (§ 69 Absatz 1 Satz 1 FamFG) hält es der Senat für sachgerecht, wie von der Antragstellerin beantragt den von der Hauptversammlung gewählten Abschlussprüfer gerichtlich zu bestellen.

- 41 a) Der Gesetzeswortlaut des § 318 Absatz 4 Satz 1 HGB spricht davon, dass das Gericht „den“ Abschlussprüfer zu bestellen hat. Eine inhaltliche Einengung der Auswahlentscheidung des Gerichts enthält das Gesetz insoweit nicht.
- 42 b) Vor Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes war nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses, mit dem der Abschlussprüfer gewählt worden ist, wegen dessen Besorgnis der Befangenheit durch das Ersetzungsverfahren des § 318 Absatz 3 HGB nicht ausgeschlossen (BGHZ 153, 32). Dies bedeutete, dass eine Anfechtungsklage auch auf die Besorgnis der Befangenheit gestützt werden konnte (vgl. MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 42). Die Amtsgerichte, die § 318 Absatz 4 HGB analog bei einer Klage gegen die Wahl des Abschlussprüfers angewendet haben, haben denselben Abschlussprüfer nur dann bestellt, wenn die Klage nur auf formelle Mängel der Beschlussfassung gestützt war und keine gegen die Person des Wirtschaftsprüfers liegenden Gründe geltend gemacht wurden (AG Bonn, Beschluss vom 29. Oktober 2004; AG Mannheim, Beschluss vom 15. Januar 2004). Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz hat bei Einwänden gegen die Person des Prüfers das Nebeneinander von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage einerseits und gerichtlichem Ersetzungsverfahren andererseits beseitigt (MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 47 m.w.N.). Nach § 243 Absatz 3 Nr. 3 AktG kann eine Anfechtungsklage nicht auf Gründe gestützt werden, die ein Verfahren nach § 318 Absatz 3 HGB rechtfertigen. Für die Nichtigkeitsklage gilt Gleiches (MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 49). Stützt sich die Anfechtungsklage auf Mängel in der Person des Prüfers, ist sie von vorneherein unzulässig (MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 48; vgl. auch OLG Frankfurt, NZG 2008, 429, 430). In der Praxis erfolgt eine weite Auslegung. Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München (ZIP 2009, 1667, 1670 f.) steht § 243 Absatz 3 Nr. 2 AktG sogar einer auf die unzureichende Beantwortung von Fragen nach einer möglichen Befangenheit des Abschlussprüferkandidaten gestützten Anfechtung des Beschlusses über die Wahl des Abschlussprüfers wegen des Vorrangs des Verfahrens nach § 318 Absatz 3 HGB entgegen. Vor diesem Hintergrund gibt es keine zwingende Notwendigkeit, mit Rücksicht auf die anhängige Anfechtungsklage auf die gerichtliche Bestellung des von der Hauptversammlung gewählten Prüfers von vorneherein zu verzichten.
- 43 c) Allerdings muss das Gericht einen geeigneten Prüfer bestellen. Es ist bei seiner Auswahlentscheidung an die Vorgaben der §§ 319 ff. HGB gebunden (Staub/Habersack/Schürnbrand, HGB 5. Aufl. § 318 Rn. 77). Gibt es Hinweise auf Hinderungsgründe für einen Prüfer, muss das Gericht diesen nachgehen (von Falkenhausen/Kocher, ZIP 2005, 602, 603). Aus diesem Grund ist das Gericht gehalten, bei seiner Auswahlentscheidung die Frage etwaiger Ausschlussgründe zu prüfen. Dabei ist es vorliegend sachgerecht, den gewählten Abschlussprüfer zu bestellen.
- 44 aa) Die vorliegende Anfechtungsklage erweckt keine Zweifel an der Geeignetheit des gewählten Prüfers.
- 45 Laut der Vorbemerkung in der Klageschrift der Anfechtungsklage zum Gegenstand des Rechtsstreits soll die X. ihre Sonderuntersuchung zu den Geschäftsbeziehungen der E. und ihrer Tochterunternehmen zu dem russischen Unternehmer B. zuzuordnenden Unternehmen „aufgrund eines selektiv erteilten Prüfungsauftrags in entscheidenden Punkten - auftragsgemäß - unvollständig ermittelt und dadurch - vermutlich - rechts- und gesetzwidrige Aktivitäten in erheblichem Umfang - wissentlich oder unwissentlich - zu vertuschen geholfen“ haben. Zwar werden dem Bericht massive Defizite angekreidet, jedoch wird dies - wie die Einleitung zeigt - hauptsächlich auf eine mangelhafte Beauftragung durch die E. zurückgeführt. Im Übrigen ist Gegenstand der Anfechtungsklage, dass Fragen des Aktionärs E. in der Hauptversammlung vom (...) in folgender Hinsicht falsch beantwortet worden sein sollen: 1. Vorstand und Aufsichtsrat wird vorgeworfen, entgegen der Bekundung in der Hauptversammlung den Prüfbericht der X. nicht hinreichend geprüft zu haben, 2. Fragen zum Einfluss von Personen, die vom ehemaligen Großaktionär E-2 entsandt wurden, sollen falsch beantwortet worden sein, 3. eine Frage zu Rückstellungen soll unrichtig beantwortet worden sein und 4. soll der Aktionär E. auf mehrere Fragen keine Antwort erhalten haben (u.a. Prüfung von Konkurrenzangeboten zu X.. Thematisiert wird ausdrücklich die aus Sicht der Anfechtungsklage untragbare Rolle des Vorstandsmitglieds Z. als Beklagter in einem Regressprozess einer mittlerweile auf die Antragstellerin verschmolzenen Tochtergesellschaft. Zusammenfassend erhebt die Anfechtungsklage

daher keine Vorwürfe und Fragen in Richtung der X., die so substantiiert sind, dass an der Geeignetheit des von der Hauptversammlung gewählten Prüfers zu zweifeln ist.

- 46 bb) Zu berücksichtigen ist ferner, dass die X. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eine Unabhängigkeitserklärung nach den anwendbaren deutschen gesetzlichen und berufsrechtlichen Vorschriften (insbesondere §§ 319, 319a HGB, FF 20 ff. BS WP/vBP) abgegeben hat.
- 47 cc) Weiterhin ist in Rechnung zu stellen, dass eine Bestellung des gewählten Abschlussprüfer von vorneherein etwaige Probleme im Hinblick auf eine Doppelprüfung ausschließt. Bestellt das Gericht einen anderen Abschlussprüfer, gibt es ein Nebeneinander von gewähltem und bestelltem Abschlussprüfer. Die Rechtsprechung hatte bisher keine Gelegenheit, den in der Literatur seit langem bestehenden Streit zu entscheiden, ob eine Mehrfachprüfung rechtlich zulässig ist. Aus dem gesetzlichen Gebot einer einheitlichen Abschlussprüfung, eines einheitlichen Prüfberichts und eines eindeutigen Prüfungsurteils (MünchKomm-Bilanzrecht/Bormann, HGB § 318 Rn. 34; Staub/Habersack/Schürmbrand, HGB 5. Aufl. § 318 Rn. 19) erachtet ein Teil der Literatur die mehrfache Prüfung ein und desselben Jahresabschlusses als unzulässig (MünchKomm-Bilanzrecht/Bormann, HGB § 318 Rn. 34; MünchKomm-HGB/Ebke, 3. Aufl. § 318 Rn. 17; Staub/Habersack/Schürmbrand, HGB 5. Aufl. § 318 Rn. 19 jeweils m.w.N. auch zur Gegenauffassung). Wird wie hier der von der Hauptversammlung gewählte Prüfer gerichtlich bestellt, kann diese Frage dahinstehen.

III.

- 48 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Absatz 1 Satz 2 FamFG.
- 49 2. Aus § 318 Absatz 4 Satz 4 HGB folgt, dass die Prüferbestellung durch das Gericht unanfechtbar ist. Im Übrigen liegen die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht vor.
- 50 3. Die Festsetzung eines Geschäftswerts ist nicht veranlasst.