

Tobias Berdesinski, RA/FAArbR

# Wirtschaftsprüfer bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden: Leitende Angestellte nach § 45 S. 2 WPO

Gemäß § 45 S. 1 Wirtschaftsprüferordnung (WPO) sollen Wirtschaftsprüfer als Angestellte von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Rechtsstellung von Prokuristen haben. Seit dem Inkrafttreten des hinzugefügten § 45 S. 2 WPO am 6.9.2007 gelten angestellte Wirtschaftsprüfer als leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Das BAG hat am 29.6.2011 (7 ABR 15/10) im Falle eines angestellten Wirtschaftsprüfers einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft entschieden, dass § 45 S. 2 WPO in Verbindung mit § 45 S. 1 WPO im Lichte von Art. 3 GG verfassungskonform einschränkend so ausgelegt werden müsse, dass die Bereichsaufnahme von der Betriebsverfassung nur angestellte Wirtschaftsprüfer mit Prokura erfasse. Dieser Beitrag untersucht mögliche Folgen der Entscheidung auf den betriebsverfassungsrechtlichen Status angestellter Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden im Sinne der §§ 53 bis 64c Genossenschaftsgesetz. Da diese in der Rechtsform des eingetragenen Vereins (e.V.) geführt werden und keine Prokura erteilen können, stellt sich die Frage, ob und inwieweit § 45 S. 2 WPO überhaupt Anwendung finden kann. Im Ergebnis kommt der Verfasser zu dem Schluss, dass wegen der Besonderheiten des genossenschaftlichen Prüfungswesens kein Raum für eine Einschränkung des in § 45 S. 2 WPO verwirklichten Willens des Gesetzgebers gegeben ist. Angestellte Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden sind unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes.

## I. Ausgangslage

### 1. Leitende Angestellte im Sinne des BetrVG

Regelmäßig delegiert der Arbeitgeber die Wahrnehmung seiner unternehmerischen Aufgaben und Arbeitgeberfunktionen auf verschiedene angestellte Führungskräfte. § 5 Abs. 3 BetrVG nimmt leitende Angestellte aus dem Schutzbereich des BetrVG heraus, um Interessenskonflikte bei einer Vertretung der „arbeitgebernahen“ Person durch den Betriebsrat und insbesondere bei einer Wahl des Arbeitnehmers in den Betriebsrat zu vermeiden. Aus dem Interessensgegensatz erklärt sich auch die Regelung in § 3 Abs. 1 Drittelbeteiligungsgesetz, wonach die in § 5 Abs. 3 BetrVG bezeichneten Personen nicht als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes der Unternehmensmitbestimmung gelten. Ausgehend von diesem Zweck der Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG müssen leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes durch die Erfüllung ihrer Aufgaben im „Arbeitgeberlager“ stehen und für diesen unternehmerische Aufgaben wahrnehmen. Der Interessensgegensatz zum Betriebsrat besteht aber nur dann, wenn die Aufgaben von einigem Gewicht sind, also tatsächlich Führungsaufgaben wahrgenommen werden und im Verhält-

nis zum Arbeitgeber eine bedeutsame Entscheidungskompetenz besteht.<sup>1</sup>

Die Qualifizierung als leitender Angestellter hat zur Folge, dass die betroffenen Personen aus dem persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes herausgenommen werden. Für Betriebsratswahlen sind sie weder aktiv noch passiv wahlberechtigt. Die Vertretung durch den Sprecherausschuss bietet einen geringeren Schutz, da dieses im Sprecherausschussgesetz geregelte Organ der Mitbestimmung mit deutlich weniger Kompetenzen ausgestattet ist als der Betriebsrat. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich in der Lage sind, ihre Interessen gegenüber dem Arbeitgeber selbst wahrzunehmen. In der Praxis besonders bedeutsam ist die Norm des § 18 Abs. 1 ArbZG, welcher leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes herausnimmt. Da die Bestimmungen der Arbeitszeitgestaltungsrichtlinie RL 2003/88/EG gemäß Art. 17 Abs. 1a) auf leitende Angestellte ebenfalls keine Anwendung finden, ergeben sich vorbehaltlich vertraglicher Absprachen für den betroffenen Arbeitnehmer Grenzen bei der Arbeitszeit grundsätzlich nur aus Gründen des Gesundheits- und Arbeitsschutzes.<sup>2</sup>

An der Frage, wer leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 BetrVG ist, entzündet sich in der Praxis immer wieder Streit. Sehr häufig werden die besonderen Anforderungen der Rechtsprechung verkannt. Viele Führungskräfte und AT-Angestellte fühlen sich von ihrem Selbstverständnis her als leitende Angestellte, sind es aber nicht im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Die in der Praxis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber weit verbreiteten einvernehmlichen Zuordnungen von Personen als leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sind rein rechtlich gesehen irrelevant, da der betriebsverfassungsrechtliche Status nicht durch Betriebsvereinbarung oder sonstige Einigung entschieden werden darf.<sup>3</sup>

Nach § 5 Abs. 3 BetrVG ist leitender Angestellter, wer durch Arbeitsvertrag und tatsächliche Stellung im Unternehmen oder Betrieb einen der drei dort geregelten Tatbestände erfüllt.

§ 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG betrifft als allgemein gefasster Grundtatbestand Arbeitnehmer mit für den Bestand oder die Entwicklung des Unternehmens oder Betriebs bedeutsamen Aufgaben, deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt und die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen treffen oder sie maßgeblich beeinflussen. Leitende Angestellte haben eigene Entscheidungs- und Gestaltungskompetenz in einem wesentlichen Bereich und nehmen typische Unternehmernaufgaben wahr. Ausschließlich bei Zwei-

<sup>1</sup> BAG, 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, NZA 2009, 1296.

<sup>2</sup> BAG, 13.3.1967 – 2 AZR 133/66, BB 1967, 669.

<sup>3</sup> *Fitting*, BetrVG, 25. Aufl., § 5, Rn. 358; LAG BaWü, 29.4.2011 – 7 TaBV 7/10.

fehl über die Erfüllung dieser Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG kann die – weitgehend überflüssige – Regelung des § 5 Abs. 4 BetrVG herangezogen werden, welche verschiedene Beispiele zur weiteren Orientierungshilfe enthält.

§ 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG umfasst Arbeitnehmer, die im Innen- und Außenverhältnis zur selbständigen Entlassung und Einstellung einer bedeutsamen Gruppe von Arbeitnehmern berechtigt sind.

§ 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG betrifft solche Arbeitnehmer, die eine auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutende Prokura nach § 48 ff. HGB haben. Die ebenfalls genannte Alternative einer Generalvollmacht kommt in der Praxis nur selten vor. Die Prokura ist eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht mit einem in §§ 48 ff. HGB gesetzlich definierten Umfang. Sie darf im Außenverhältnis grundsätzlich nicht beschränkt werden. Bei der Auslegung, was unter einer „nicht unbedeutenden“ Prokura zu verstehen ist, orientiert sich die Rechtsprechung an der Definition des Grundtatbestands des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG.<sup>4</sup> Um leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG zu sein, muss dem Arbeitnehmer im Verhältnis zum Arbeitgeber im Innenverhältnis die Ausübung der Prokura in nicht unbedeutendem Umfang auch gestattet sein.<sup>5</sup> Bloße „Titularprokuristen“ sind keine leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG. Nicht gefordert wird dagegen eine vollständige Deckungsgleichheit zwischen der gesetzlich festgelegten Vertretungsmacht nach Außen und der Erlaubnis zum Handeln im Inneren.<sup>6</sup> Maßgeblich ist vielmehr, ob der Arbeitnehmer im Innenverhältnis zum Arbeitgeber einen eigenen Entscheidungsspielraum für ein nicht unbedeutendes Aufgabengebiet hat.

## 2. Besondere Stellung von angestellten Wirtschaftsprüfern

Ob ein angestellter Wirtschaftsprüfer als leitender Angestellter im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes anzusehen war, richtete sich vor Inkrafttreten des § 45 S. 2 WPO am 6.9.2007 nach den allgemeinen Regeln, also der Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG im konkreten Einzelfall des betroffenen Wirtschaftsprüfers.

Wirtschaftsprüfer sind eine hochqualifizierte und in der Regel sehr gut bezahlte Berufsgruppe, die durch die Durchführung von betriebswirtschaftlichen Prüfungen eine wichtige gesellschaftliche Aufgabe wahrnimmt. Die Ausübung ihrer Tätigkeit ist insbesondere bei den Vorbehaltsaufgaben des § 2 WPO mit einer Vielzahl von Pflichten und Befugnissen verbunden. Besondere Regelungen für diesen Beruf finden sich etwa in §§ 316 ff. HGB, der WPO sowie in der Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer. Um ihrer Aufgabe ungehindert nachkommen zu können, betonen unter anderem die berufsrechtlichen Vorschriften der §§ 43 Abs. 1 S. 1, 44 WPO die grundsätzlich eigenverantwortliche und unabhängige Tätigkeit auch der angestellten Wirtschaftsprüfer gegenüber dem sie beschäftigenden Arbeitgeber. Dieser hat gemäß § 44 Abs. 1 WPO keine Möglichkeit, die Wirtschaftsprüfer gegen ihre Überzeugung zur Unterzeichnung von Prüfungsberichten und Gutachten anzuweisen. Durch die Einführung des § 45 WPO im Jahr 1961 hat der Gesetzgeber seine Vorstellung unterstrichen, dass auch angestellte Wirtschaftsprüfer durch ihre eigenverantwortliche Tätigkeit den Unternehmenszweck von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften besonders verwirklichen und eine arbeitgebernahe Stellung innehaben. Gemäß § 45 WPO sollen angestellte Wirtschaftsprüfer von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Rechtsstellung von Prokuristen haben. Nach der Gesetzesbegründung

der Soll-Vorschrift sollte das Ansehen des Berufsstands gewahrt werden.<sup>7</sup> In der Praxis wird die Erteilung der Prokura von den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften unterschiedlich gehandhabt. Die überwiegende Mehrzahl der angestellten Wirtschaftsprüfer hat entsprechend der Soll-Vorschrift Prokura.<sup>8</sup>

Bei der Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG im konkreten Fall des betroffenen Wirtschaftsprüfers kam es bei der Wahrnehmung von unternehmerischen Aufgaben neben den allgemeinen Kriterien insbesondere auf den selbständigen Entscheidungsspielraum über die Mandatsannahme und Akquisition von Neukunden, die Gestaltbarkeit des Prüfungsauftrags, die Möglichkeit der Vereinbarung von Honorar- und Haftungsvereinbarungen, die selbständige Einstellungs- und Entlassungsbefugnis von Teammitgliedern, eine Budgetverwaltung sowie die Zugehörigkeit zur Hierarchieebene und den Umfang der Zeichnungsberechtigung an.<sup>9</sup> Soweit das BAG in einer Entscheidung vom 28.1.1975 davon ausgegangen war, dass angestellte Wirtschaftsprüfer von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bereits aufgrund ihrer Eigenschaft als Prüfungsleiter und Berichtskritiker leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes seien,<sup>10</sup> lag dieser Entscheidung das damalige Normverständnis des § 5 Abs. 3 BetrVG zugrunde. Unabhängig davon, ob dieses heute als überholt anzusehen ist,<sup>11</sup> hat das BAG zutreffend die besondere Stellung und Arbeitgebernähe der angestellten Wirtschaftsprüfer hervorgehoben.<sup>12</sup> Die meisten Wirtschaftsprüfer auf höheren Hierarchieebenen mit Führungsverantwortung sind aufgrund ihrer besonderen Stellung auch nach den hohen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG tatsächlich leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes.

## 3. Ergänzung des § 45 WPO

Da § 45 WPO aus Sicht des Gesetzgebers die eigenverantwortliche Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers nicht genügend betonte<sup>13</sup>, wurde durch das am 6.9.2007 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung der Berufsaufsicht und zur Reform berufsrechtlicher Regelungen in der Wirtschaftsprüferordnung (Berufsaufsichtsreformgesetz – BARefG, BGBl. I S. 2178)<sup>14</sup> die Regelung des § 45 WPO um einen weiteren Satz ergänzt. § 45 WPO lautet seitdem wie folgt: „Wirtschaftsprüfer sollen als Angestellte von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Rechtsstellung von Prokuristen haben. Angestellte Wirtschaftsprüfer gelten als leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes.“ Der Gesetzgeber hat durch diese „Klarstellung“<sup>15</sup> den betriebsverfassungsrechtlichen Status der Berufsgruppe der angestellten Wirtschaftsprüfer zwingend geregelt und von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG im konkreten Einzelfall gelöst. Auf eine Einzelfallprüfung der Umstände des betroffenen Wirtschaftsprüfers kommt es nach dem Wortlaut bei § 45 S. 2 WPO nicht an. Eine vergleichbare Regelung für andere Berufsgruppen gibt es bislang nicht.

4 BAG, 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, NZA 2009, 1296.

5 BAG, 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, NZA 2009, 1296.

6 So noch die frühere Rechtsprechung zum alten Gesetzeswortlaut: BAG, 27.4.1988 – AP Nr. 37 zu § 5 BetrVG 1972.

7 BT-Drucks. 3/201, 56.

8 Teckemeyer, in: Hense/Ulrich, WPO, 2008, § 45, Rn. 1, geht insgesamt betrachtet von einer Größenordnung von rund 70 % der angestellten Wirtschaftsprüfer von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften aus.

9 Hensler, in: Maschmann (Hrsg.), FS Hromadka, 2008, S. 136 ff.

10 BAG, 28.1.1975 – 1 ABR 52/73, DB 1975, 1034 f.

11 So Hensler, in: Maschmann (Hrsg.), FS Hromadka, 2008, S. 146 ff.

12 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris Rn. 44 f. unter Bezugnahme auf BAG, 28.1.1975 – 1 ABR 52/73, DB 1975, 1034 f.

13 BT-Drucks. 16/5544, 6.

14 Berufsaufsichtsreformgesetz – BARefG, BGBl. I, S. 2178.

15 BT-Drucks. 16/5544, 6.

#### 4. Gerichtsverfahren zu § 45 S. 2 WPO

Wegen der weitreichenden Folgen des § 45 S. 2 WPO und der Sonderbehandlung der Berufsgruppe insbesondere gegenüber angestellten Rechtsanwälten und Steuerberatern von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften wurde die Vorschrift zum Teil kritisiert.<sup>16</sup> Das Landesarbeitsgericht Stuttgart,<sup>17</sup> das Landesarbeitsgericht Düsseldorf<sup>18</sup> sowie das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg<sup>19</sup> kamen in Gerichtsverfahren jeweils zu dem Schluss, dass § 45 S. 2 WPO – ohne verfassungskonforme Einschränkung – als Bereichsausnahme von der Betriebsverfassung nicht gegen Art. 3 GG verstößt. Zwar unterliegen angestellte Rechtsanwälte und Steuerberater in §§ 57 Abs. 1, 60 StBerG, § 43a Abs. 1 BRAO ebenfalls besonderen berufsrechtlichen Regelungen, welche ihre eigenverantwortliche und selbständige Tätigkeit betonen. Wegen der arbeitgebernahen Stellung der Wirtschaftsprüfer durch die Verwirklichung des Unternehmenszwecks von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften<sup>20</sup> und der Besonderheiten des Berufsbilds<sup>21</sup> lag es aber im Ermessen des Gesetzgebers, (nur) für angestellte Wirtschaftsprüfer eine typisierende Regelung des betriebsverfassungsrechtlichen Status zu erlassen. Auf die Umstände des Einzelfalls bei den in den Gerichtsverfahren betroffenen Wirtschaftsprüfern kam es danach nach Auffassung der Landesarbeitsgerichte nicht mehr an.

## II. Entscheidung des BAG

Am 29.6.2011 befasste sich das BAG<sup>22</sup> mit der Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Stuttgart vom 18.12.2009,<sup>23</sup> welche einen angestellten Wirtschaftsprüfer einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit Prokura betraf. Das BAG entschied, dass § 45 S. 2 WPO in Verbindung mit § 45 S. 1 WPO wegen Art. 3 GG verfassungskonform einschränkend so auszulegen sei, dass die Bereichsausnahme von der Betriebsverfassung nur für angestellte Wirtschaftsprüfer mit Prokura gelten könne.<sup>24</sup>

### 1. Die Entscheidungsgründe

Das BAG stellt in den Entscheidungsgründen zunächst fest, dass der Gesetzgeber durch die Einführung von § 45 S. 2 WPO in einer typisierenden Betrachtung alle angestellten Wirtschaftsprüfer zwingend als leitende Angestellte qualifizieren wollte.<sup>25</sup> Die Gesetzessystematik, der Regelungszweck sowie die Entstehungsgeschichte stütze dieses Ergebnis. Seit 1961 komme durch § 45 WPO zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Berufsgruppe im Außenverhältnis eine herausgehobene Stellung zukommt.<sup>26</sup> § 45 S. 2 WPO betone die Arbeitgebernähe der Berufsgruppe, indem der Wortlaut alle Wirtschaftsprüfer als leitende Angestellte qualifiziere.<sup>27</sup> Auch der Regelungszweck sowie die Gesetzeshistorie ließen auf eine typisierende Betrachtungsweise des betriebsverfassungsrechtlichen Status unabhängig von den Umständen der betroffenen Wirtschaftsprüfer schließen. Denn die Vorschrift wäre überflüssig, wenn es weiterhin auf die Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG ankäme.<sup>28</sup>

§ 45 S. 2 WPO müsse aber wegen des im Zusammenhang zu lesenden § 45 S. 1 WPO im Lichte des Art. 3 GG verfassungskonform einschränkend ausgelegt werden.<sup>29</sup> Unter Hinzuziehung von § 45 S. 1 WPO gebiete Art. 3 GG nämlich eine notwendige Differenzierung innerhalb der Berufsgruppe der Wirtschaftsprüfer zwischen Angestellten mit und ohne Prokura sowie im Verhältnis zu angestellten Rechtsanwälten und Steuerberatern.<sup>30</sup> Eine solche Ungleichbehandlung kommt in Betracht, weil es für diese Berufe keine Regelung wie § 45

S. 2 WPO gibt und deswegen die allgemeinen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG im Einzelfall geprüft werden müssen. Das BAG hat dazu in einer Parallelenentscheidung vom selben Tag für angestellte Rechtsanwälte und Steuerberater klargestellt, dass die bloße berufsrechtliche Regelung der Unabhängigkeit der Tätigkeit nach §§ 57 Abs. 1, 60 StBerG, § 43a Abs. 1 BRAO für sich genommen noch nicht ausreichen könne, die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG automatisch zu erfüllen.<sup>31</sup>

Die Minderung des arbeitsrechtlichen Schutzes durch die Herausnahme aus der Betriebsverfassung gemäß § 45 S. 2 WPO sei nach dem Zweck des § 5 Abs. 3 BetrVG nur wegen der Arbeitgebernähe des leitenden Angestellten und der Gefahr einer Interessenkollision gerechtfertigt, wobei sich der Gesetzgeber einer Typisierung, also Verallgemeinerung unabhängig vom konkreten Einzelfall, bedienen könne.<sup>32</sup> Die typisierende Betrachtungsweise des Gesetzgebers bei der Behandlung unterschiedlicher Gruppen sei jedoch nur dann vom gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum gedeckt, wenn er keinen atypischen Fall als Leitbild wähle, sondern sich realitätsgerecht am Regelfall orientiere.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber müsse bei einer Typisierung nicht allen Besonderheiten Rechnung tragen. Die ungleiche Wirkung dürfe aber ein gewisses Maß nicht übersteigen. Es müsse vielmehr sichergestellt werden, dass die Vorteile der Typisierung im richtigen Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit stehen.<sup>34</sup> Der Gesetzgeber überschreite die Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit, wenn er eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandle, obwohl zwischen den beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht beständen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>35</sup> Das BAG geht in seiner Entscheidung erkennbar davon aus, dass der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum überschreite, wenn er wegen des im Zusammenhang zu lesenden und verstehenden § 45 S. 1 WPO bei angestellten Wirtschaftsprüfern von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ohne Prokura in einer typisierenden Betrachtungsweise unterstelle, dass von dieser Gruppe unternehmerische Leitungsaufgaben wahrgenommen würden.

Stattdessen sei § 45 S. 2 WPO verfassungskonform einschränkend im Zusammenhang mit § 45 S. 1 WPO so zu verstehen, dass die Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG, die bei der Prokura im Innenverhältnis die Wahrnehmung von unternehmerischen Aufgaben verlangen,<sup>36</sup> vom Gesetzgeber „abgekoppelt“

16 Zweifelnd etwa *Henssler*, in: Maschmann (Hrsg.), FS Hromadka, 2008, S. 154.

17 LAG Stuttgart, 18.12.2009 – 17 TaBV 2/09.

18 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08.

19 LAG Berlin-Brandenburg, 30.9.2008 – 16 TaBV 848/08; in der Entscheidung ging es um den Status von angestellten Rechtsanwälten und Steuerberatern einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.

20 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris Rn. 44, 45, unter Bezugnahme auf BAG, 28.1.1975 – 1 ABR 52/73, DB 1975, 1034f.

21 LAG Berlin-Brandenburg, 30.9.2008 – 16 TaBV 848/08, juris, Rn. 40.

22 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris.

23 LAG Stuttgart, 18.12.2009 – 17 TaBV 2/09.

24 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 23.

25 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 15 bis 20, Rn. 28; im Widerspruch hierzu unterzieht das BAG in Rn. 33 den Willen des Gesetzgebers bereits der verfassungskonformen Auslegung.

26 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 18.

27 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 18.

28 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 19.

29 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 23.

30 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 27, Rn. 35.

31 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 5/10, BB 2011, VI m. BB-Komm. *Ralf Heine* = DStR 2011, 2219.

32 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 32.

33 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 26.

34 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 26, unter Verweis auf BVerfG, 6.4.2011 – 1 BvR 1765/09, Rn. 42, HFR 2011, 812.

35 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 24, unter Verweis auf BVerfG, 11.2.1992 – 1 BvL 29/87 – zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 85, 238.

36 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 29.

würden.<sup>37</sup> § 45 S. 2 WPO ersetzt nach Auffassung des BAG bei § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG damit die Einzelfallprüfung, ob die erteilte Prokura im Innenverhältnis bedeutungslos ist oder nicht, also ob der angestellte Wirtschaftsprüfer im Innenverhältnis tatsächlich unternehmerische Leitungsaufgaben wahrnimmt oder nicht.

Durch diese im § 45 S. 1 WPO angelegte Unterscheidung in Angestellte mit und ohne Prokura werde auch die Differenzierung zwischen den Wirtschaftsprüfern, welche die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllen und den Wirtschaftsprüfern, bei denen dies nicht der Fall ist, in einer typisierenden Betrachtungsweise gewährleistet. Die sachliche Rechtfertigung für einen so im Zusammenhang mit § 45 S. 1 WPO verstandenen § 45 S. 2 WPO folge nicht aus der Eigenverantwortlichkeit der Tätigkeit nach § 43 Abs. 1 S. 1, 2 WPO, sondern aus dem Zweck der Herausnahme aus der Betriebsverfassung. Denn die besonderen Pflichten und Befugnisse der hochqualifizierten Berufsgruppe der Wirtschaftsprüfer, insbesondere bei den Vorbehaltsaufgaben nach § 2 WPO, ermächtigten den Gesetzgeber, in einer typisierenden Betrachtungsweise die Wahrnehmung von unternehmerischen Aufgaben im Innenverhältnis und damit eine besonders „arbeitgebernahe“ Position der Wirtschaftsprüfer mit Prokura unwiderlegbar zu unterstellen.<sup>38</sup> Diese besonderen Aufgaben im öffentlichen Interesse mit Verantwortung vor der Öffentlichkeit, die im Vorbehaltsbereich nach § 2 WPO besonders strengen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Tätigkeit unterliegen, rechtfertigten auch die unterschiedliche Behandlung zu den angestellten Rechtsanwälten und Steuerberatern.<sup>39</sup>

## 2. Folgen für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften

Ohne dass das BAG dies in den Entscheidungsgründen ausdrücklich erwähnt, hat diese Auslegung zur Folge, dass de facto eine bloße Titularprokura ausreicht, um einen angestellten Wirtschaftsprüfer einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zum leitenden Angestellten zu machen. Denn wegen § 45 S. 2 WPO kommt es nach Auffassung des BAG nicht darauf an, ob der einzelne Wirtschaftsprüfer im Innenverhältnis tatsächlich die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG erfüllt oder nicht. Dieses Ergebnis ist allerdings nur folgerichtig, da die durch den Gesetzgeber eingeführte Vorschrift des § 45 S. 2 WPO auch nach Auffassung des BAG sinnentleert und überflüssig wäre, wenn es bei § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG doch auf eine Einzelfallprüfung der Umstände beim einzelnen Wirtschaftsprüfer ankäme.<sup>40</sup>

Der Entscheidung des BAG kann nicht entnommen werden, dass durch § 45 S. 2 WPO ausschließlich Wirtschaftsprüfer mit Prokura leitende Angestellte sein können. Angestellte Wirtschaftsprüfer ohne Prokura, welche die Voraussetzungen einer der beiden übrigen Tatbestandsgruppen des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG oder § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG erfüllen, sind ebenfalls leitende Angestellte.

## III. Auswirkungen auf genossenschaftliche Prüfungsverbände

Der vom BAG entschiedene Sachverhalt betraf einen angestellten Wirtschaftsprüfer einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, so dass das Gericht sich nicht mit den Besonderheiten der genossenschaftlichen Prüfungsverbände im Sinne der §§ 53 bis 64c GenG auseinandersetzen musste. Entsprechend einer Sollvorschrift im § 63b Abs. 1 GenG werden die genossenschaftlichen Prüfungsverbände in Deutschland in der Rechtsform der eingetragenen Vereine geführt. Da sie einen nichtwirtschaftlichen Zweck verfolgen und kein Handelsgewerbe betreiben,

können und dürfen sie als eingetragene Vereine keine Prokura nach § 48 HGB erteilen. Es stellt sich damit die Frage, inwieweit § 45 S. 2 WPO auf angestellte Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden Anwendung finden kann und welche Auswirkungen die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts<sup>41</sup> hat.

## 1. Grundlagen der genossenschaftlichen Prüfungsverbände

Jede Genossenschaft muss nach § 54 GenG einem Verband angehören, dem das Prüfungsrecht verliehen ist. Dieser Prüfungsverband hat nach § 53 Abs. 1 GenG die Aufgabe, die Pflichtprüfungen vorzunehmen. Gemäß § 53 Abs. 2 GenG betrifft dies insbesondere den Jahresabschluss unter Einbeziehung der Buchführung und des Lageberichts. Das Prüfungsrecht liegt nach § 55 Abs. 1 GenG beim Verband, der sich zum Prüfen grundsätzlich der von ihm angestellten im Genossenschaftswesen ausreichend vorgebildeten und erfahrenen Prüfer bedient. Hierbei handelt es sich nicht notwendig um Wirtschaftsprüfer, so dass im Prüfungsdienst auch andere Berufe vertreten sind, wie etwa Steuerberater. Aufgrund ihrer speziellen gesetzlichen Befugnisse und Fähigkeiten haben die hochqualifizierten Wirtschaftsprüfer im Prüfungsdienst aber großen Einfluss und besetzen die meisten Führungspositionen.

Die besondere Führungsstellung der Wirtschaftsprüfer im Verband wird vom Gesetzgeber vielfach unterstrichen. So soll die fachgerechte Leitung der Prüfung nach § 63b Abs. 5 GenG durch einen Wirtschaftsprüfer im Vorstand oder notfalls durch die Bestellung eines Wirtschaftsprüfers als besonderen Vertreter nach § 30 BGB sichergestellt werden; bei Kreditinstituten in der Rechtsform von Genossenschaften muss der Vorstand des Prüfungsverbands darüber hinaus nach § 340k Abs. 2 HGB grundsätzlich mehrheitlich von Wirtschaftsprüfern besetzt sein, um das Prüfungsrecht zu erhalten. Art. 25 Abs. 1 EGHGB enthält ähnliche Vorgaben für bestimmte Gesellschaften im mehrheitlichen Genossenschaftsbesitz. Gemäß § 340k Abs. 2a S. 1 HGB sowie Art. 25 Abs. 2 S. 1 EGHGB dürfen in diesen Fällen nur Wirtschaftsprüfer des Verbandes den Bestätigungsvermerk erteilen.

Die Wirtschaftsprüfern von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden übertragenen Aufgaben entsprechen inhaltlich der Tätigkeit von Wirtschaftsprüfern bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.<sup>42</sup> Der Umfang der genossenschaftlichen Pflichtprüfung nach § 53 GenG ist weiter gefasst als die Jahresabschlussprüfung von mittelgroßen und großen Kapitalgesellschaften nach §§ 316 ff. HGB für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.<sup>43</sup> Die genossenschaftlichen Prüfungsverbände müssen nicht nur wie Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Ordnungsmäßigkeit des Jahresabschlusses kontrollieren, sondern darüber hinaus auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung. Eine weitere Besonderheit ist, dass die Pflichtprüfung nicht nur vergangenheitsbezogene Kontrollfunktion hat, sondern auch eine zukunftsgerichtete Beratungsfunktion.<sup>44</sup>

## 2. Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 45 S. 2 WPO

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat sich bereits am 3.4.2009 mit der Anwendbarkeit des § 45 S. 2 WPO auf genossenschaftliche Prü-

37 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 30.

38 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 34, 35.

39 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 34, 35.

40 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 19.

41 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris.

42 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris, Rn. 39.

43 Beuthien, GenG, 15. Aufl. 2011, § 53 Rn. 13.

44 Beuthien, GenG, 15. Aufl. 2011, § 53 Rn. 12.

prüfungsverbände auseinandergesetzt und wie die Vorinstanz zutreffend entschieden, dass die mit einem eigenständigen Regelungsgehalt ausgestattete Vorschrift auf Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden anwendbar ist.<sup>45</sup> Aus der Aufzählung in § 43a WPO folgt die Vorstellung des Gesetzgebers, dass Wirtschaftsprüfer auch angestellt sein dürfen. Die Liste der zulässigen Arbeitgeber umfasst nicht nur Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, sondern auch die genossenschaftlichen Prüfungsverbände. Das Berufsbild der Wirtschaftsprüfer ist einheitlich, unabhängig davon, ob sie bei einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder einem genossenschaftlichen Prüfungsverband arbeiten. § 43 Abs. 1 WPO sowie der sich auf genossenschaftliche Prüfungsverbände beziehende Art. 25 Abs. 2 EGHGB betonen in nahezu identischem Wortlaut die Unabhängigkeit von angestellten Wirtschaftsprüfern gegenüber ihrem Arbeitgeber.<sup>46</sup> Es gibt insbesondere keine inhaltlichen Unterschiede zwischen den Wirtschaftsprüfern von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und genossenschaftlichen Prüfungsverbänden, die eine Herausnahme aus dem Geltungsbereich der Vorschrift rechtfertigten.<sup>47</sup> Die Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden übertragenen Aufgaben entsprechen inhaltlich der Tätigkeit von Wirtschaftsprüfern bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, auch soweit sie nicht nur Vorbehaltsaufgaben im Sinne des § 2 WPO ausführen.<sup>48</sup> Beide sind „als Wirtschaftsprüfer“ tätig. Die WPO umfasst das einheitliche Berufsbild des „Wirtschaftsprüfers“ und ist damit auch für angestellte Wirtschaftsprüfer bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden anwendbar. Dies betrifft insbesondere den sich systematisch mit § 43a WPO im selben Abschnitt befindenden § 45 S. 2 WPO.

Der zweite Satz des § 45 WPO hat einen eigenständigen Regelungsgehalt, so dass auch der systematisch benachbarte § 45 S. 1 WPO die Anwendbarkeit von § 45 S. 2 WPO nicht verhindert. § 45 S. 1 WPO greift bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden schon vom Wortlaut her nicht, da nur angestellte Wirtschaftsprüfer „von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften“ erwähnt sind. Dass die (gesamte) Vorschrift des § 45 WPO auch nach Einfügung des Satzes 2 unverändert die Überschrift „Prokuristen“ trägt, ist rein redaktionell bedingt und ohne sachliche Bedeutung.<sup>49</sup>

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat in seiner rechtskräftigen Entscheidung zugleich die Verfassungsmäßigkeit von § 45 S. 2 WPO bejaht. Der Gesetzgeber habe wegen der besonderen und arbeitgebernahen Stellung der Wirtschaftsprüfer eine sachliche Rechtfertigung gehabt, diese Berufsgruppe gesondert zu behandeln.<sup>50</sup>

### 3. Die Entscheidung des BAG

Das BAG geht bei den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften davon aus, dass vor dem Hintergrund des im Zusammenhang zu lesenden § 45 S. 1 WPO eine einschränkende Differenzierung innerhalb der Gruppe der Wirtschaftsprüfer mit und ohne Prokura erforderlich sei.<sup>51</sup> Für eine solche Einschränkung gibt es aber bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden keine Veranlassung. Sowohl aus der Entscheidungsbegründung, dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowie aus Wortlaut, Gesetzssystematik und Gesetzeshistorie folgt, dass § 45 S. 2 WPO auf genossenschaftliche Prüfungsverbände ohne verfassungskonforme einschränkende Auslegung anwendbar ist. Vielmehr muss der Leitsatz des BAG ergänzend so gelesen werden: § 45 S. 2 WPO ist in Verbindung mit § 45 S. 1 WPO verfassungskonform einschränkend so zu verstehen, dass die *für alle angestellten Wirtschaftsprüfer geltende* Bereichsausnahme von der Betriebsverfassung bei

*Wirtschaftsprüfungsgesellschaften* nur für angestellte Wirtschaftsprüfer mit Prokura gilt.

#### a) Wille des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat nach Wortlaut, Gesetzeshistorie und Systematik mit § 45 S. 2 WPO das Ziel verfolgt, in einer typisierenden Betrachtung alle angestellten Wirtschaftsprüfer als leitende Angestellte zu qualifizieren, unabhängig von den Umständen des Einzelfalls. Davon geht auch das BAG in seiner Entscheidung aus.<sup>52</sup> Der Wortlaut ist eindeutig und erfasst alle angestellten Wirtschaftsprüfer. Eine Differenzierung in Angestellte von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und von anderen in § 43a WPO aufgezählten zulässigen Arbeitgebern findet nicht statt. Wie unter Gliederungspunkt III.2. dargestellt, findet die berufsrechtliche Vorschrift des § 45 S. 2 WPO auf Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden grundsätzlich Anwendung, da es sich beim „Wirtschaftsprüfer“ um ein einheitliches Berufsbild handelt, welches in der WPO geregelt wird. § 45 S. 2 WPO enthält für sich betrachtet einen selbständigen inhaltlichen Regelungsgehalt. Als logische Konsequenz würden nach dem Willen des Gesetzgebers auch angestellte Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden als leitende Angestellte gelten.

#### b) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Es stellt sich damit die Frage, ob der Gesetzgeber die Berufsgruppe der Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden erfassen *durfte* oder ob § 45 S. 2 WPO aufgrund der Entscheidung des BAG auch bei den Wirtschaftsprüfern von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden gegen den Gesetzgeberwillen zwingend eingeschränkt ausgelegt werden muss. Es geht also um den Umfang des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.

#### aa) Fehlender Ansatzpunkt für eine Beschränkung

Die Entscheidung des BAG befasst sich ausschließlich mit Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und kann inhaltlich nicht übertragen werden. Das BAG stützt seine Entscheidung maßgeblich auf § 45 S. 1 WPO. Indem es § 45 S. 2 WPO im Zusammenhang mit § 45 S. 1 WPO liest, beschränkt das Gericht in seiner Auslegung die erfasste Gruppe auf Wirtschaftsprüfer mit Prokura. Diese vom BAG als Grundlage für die Einschränkung herangezogene Vorschrift greift aber bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden schon vom Wortlaut her nicht, da sie nur angestellte Wirtschaftsprüfer „von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften“ erfasst. Es fehlt also bereits der Ansatzpunkt des BAG für die Beschränkung auf Wirtschaftsprüfer mit Prokura. Eine solche Differenzierung ist auch nicht nach Art. 3 GG geboten, da es aufgrund der fehlenden Möglichkeit der Erteilung der Prokura keine Gruppenbildung in Wirtschaftsprüfer mit und ohne Prokura gibt, also auch keine dieser beiden Gruppen „ungleich“ behandelt werden könnte. Da die Vorschrift des § 45 S. 2 WPO für sich genommen einen isolierten Sinngehalt aufweist, ist nur dieser

45 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08; ArbG Düsseldorf, 15.7.2008 – 11 BV 36/08; so auch Koch, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 212, Rn. 15.

46 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris, Rn. 38.

47 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris, Rn. 37 ff.

48 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris, Rn. 39, 40.

49 So auch LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris, Rn. 37.

50 LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris, Rn. 44, 45, unter Bezugnahme auf BAG, 28.1.1975 – 1 ABR 52/73, DB 1975, 1034 f.

51 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris.

52 So auch BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 15 bis 20, Rn. 28; im Widerspruch hierzu unterzieht das BAG in Rn. 33 den Willen des Gesetzgebers bereits der verfassungskonformen Auslegung.

Satz auf Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden anwendbar.

## bb) Keine verfassungskonforme einschränkende Auslegung

Damit verbleibt die Frage, ob der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum bei den angestellten Wirtschaftsprüfern von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden eingehalten hat, als er in § 45 S. 2 WPO alle Wirtschaftsprüfer als leitende Angestellte bewerten wollte. Dies ist im Ergebnis zu bejahen, da die Besonderheiten des Berufsbilds des Wirtschaftsprüfers und des genossenschaftlichen Prüfungswesens eine ausreichende sachliche Rechtfertigung für die Herausnahme aus der Betriebsverfassung bieten. Ein solches Ergebnis vermeidet insbesondere die Überflüssigkeit der Vorschrift des § 45 S. 2 WPO für genossenschaftliche Prüfungsverbände und damit die Negierung des Gesetzgeberwillens.

Eine Differenzierung innerhalb der Gruppe der angestellten Wirtschaftsprüfer bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden in solche, welche die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllen, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, erfordert für sich genommen keine verfassungskonforme einschränkende Auslegung. Es ist vielmehr das Wesen einer typisierenden Betrachtung, dass auch solche Wirtschaftsprüfer als leitende Angestellte behandelt werden, die es ohne den in § 45 S. 2 WPO verwirklichten Willen des Gesetzgebers nicht gewesen wären. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Gesetzgeber die Typisierung vornehmen durfte und ob er Art. 3 GG verletzt. Dem Gesetzgeber ist nicht bereits wegen Art. 3 GG jede Differenzierung untersagt.<sup>53</sup> Der Gleichheitssatz ist nur dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder anderweitig einleuchtender Grund für die vorgenommene Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt.<sup>54</sup> Die typisierende Betrachtungsweise des Gesetzgebers bei der Behandlung unterschiedlicher Gruppen ist vom gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum gedeckt, wenn er keinen atypischen Fall als Leitbild wählt, sondern sich realitätsgerecht am Regelfall orientiert.<sup>55</sup> Auch nach Auffassung des BAG werden Wirtschaftsprüfer bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften mit bloßer Titularprokura nach § 48 HGB und strenger Begrenzung der Befugnisse im Innenverhältnis als leitende Angestellte behandelt werden. Es ist wenigstens davon auszugehen, dass eine erhebliche Anzahl von Prokuristen bei den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ohne § 45 S. 2 WPO keine leitenden Angestellten wären. Wenn der Gesetzgeber aber auch solche Prokuristen erfassen *durfte*, dann *durfte* er dies ebenfalls bei den Wirtschaftsprüfern der genossenschaftlichen Prüfungsverbände.

Der Gesetzgeber geht wegen der besonderen Befugnisse und Pflichten von Wirtschaftsprüfern typisierend davon aus, dass diese besonders arbeitgebernah sind und deswegen eine Herausnahme aus der Betriebsverfassung gerechtfertigt ist.<sup>56</sup> Dieses Leitbild des leitenden Angestellten gilt für die genossenschaftlichen Wirtschaftsprüfer wegen der Besonderheiten des genossenschaftlichen Prüfungswesens in besonderem Maße. Ihre spezielle Arbeitgebernähe kommt zunächst dadurch zum Ausdruck, dass sie den in § 55 GenG verwirklichten Verbandszweck der Prüfungsverbände, nämlich die Wahrnehmung des Prüfungsrechts, selbständig und weisungsunabhängig verwirklichen. Betont wird diese „Arbeitgebernähe“ des *Berufes* des Wirtschaftsprüfers dadurch, dass in § 63 GenG, Art. 25 EGHGB und § 340k HGB gesetzlich vorgesehen ist, dass der *Beruf* des Wirtschaftsprüfers in Führungsgremien vertreten sein soll. Es ist zwingende

Voraussetzung, dass die Wirtschaftsprüfer im Genossenschaftswesen ausreichend vorgebildet und erfahren sind. Ihre Prüfungspflichten und damit einhergehend ihre Prüfungskompetenzen gehen von Gesetzes wegen weiter als die Prüfpflichten der §§ 316ff. HGB, da sie nach § 54, 55 GenG auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung prüfen und einen zukunftsgerichteten Beratungsansatz verfolgen müssen.

Dass der Beruf des Wirtschaftsprüfers bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden gerade im Verhältnis zu Rechtsanwälten und Steuerberatern eine hervorgehobene, arbeitgebernahe Stellung innehat, die eine Ungleichbehandlung zu diesen Berufsgruppen rechtfertigt, wird beispielsweise bei der Prüfung von Jahresabschlüssen von Kreditgenossenschaften nach § 340k HGB sowie bei der Prüfung von Gesellschaften im mehrheitlichen Genossenschaftsbesitz im Sinne des Art. 25 Abs. 1 EGHGB deutlich. Gemäß § 340k Abs. 2a S. 1 HGB sowie Art. 25 Abs. 2 S. 1 EGHGB dürfen nur Wirtschaftsprüfer des Verbandes den Bestätigungsvermerk erteilen. Nach § 340k Abs. 2a S. 5 HGB, Art. 25 Abs. 2 S. 5 EGHGB muss die Zahl der im Prüfungsverband tätigen Wirtschaftsprüfer so bemessen sein, dass die den Bestätigungsvermerk unterschreibenden Wirtschaftsprüfer die Prüfung verantwortlich durchführen können.

Diese Besonderheiten des Berufsbilds des Wirtschaftsprüfers und des genossenschaftlichen Prüfungswesens genügen als sachlicher Grund für den Gesetzgeber, die Wirtschaftsprüfer als leitende Angestellte zu qualifizieren. Darüber hinaus sind die Besonderheiten des genossenschaftlichen Prüfungswesens auch dann als sachlicher Grund für die Bereichsausnahme aus der Betriebsverfassung geeignet, wenn man auf die Begründung des BAG zur Erfassung der Prokuristen zurückgreifen möchte. Vergleicht man die Wirtschaftsprüfer bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden mit den Wirtschaftsprüfern mit Prokura bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, so bestehen nicht nur bei den Führungskräften des Verbandes inhaltliche Ähnlichkeiten bei der Bedeutung sowie der Wahrnehmung von eigenverantwortlichen und unternehmerischen Aufgaben und Befugnissen. Die bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zahlenmäßig weit verbreitete Prokura ist bei Wirtschaftsprüfern Ausdruck und Bestätigung für eine auf Qualifikation oder Erfahrung beruhende Position, die regelmäßig mit weiter gefassten Prüfungsgestaltungsbefugnissen im Innenverhältnis verbunden ist. Diese weiter gefassten Prüfungskompetenzen ähneln – vergleichend betrachtet – den weiter gefassten Prüfungskompetenzen, die allen Wirtschaftsprüfern der genossenschaftlichen Prüfungsverbände im geschlossenen Bereich des Genossenschaftswesens schon von Gesetzes wegen zustehen. Bei den bedeutsamen mittelgroßen und großen Kapitalgesellschaften geht die genossenschaftliche Pflichtprüfung über die §§ 316ff. HGB hinaus. Die üblicherweise mit der Prokura einhergehende besondere Qualifikation ähnelt der vom Gesetzgeber verlangten notwendigen Erfahrung im Genossenschaftswesen, die von den Prüfern für die Ausübung des Prüfungsrechts des Verbandes benötigt wird. Ähnlich wie bei Prokuristen geht der Gesetzgeber davon aus, dass Wirtschaftsprüfer bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden nach § 340k Abs. 2 a S. 1 HGB sowie Art. 25 Abs. 2 S. 1 EGHGB den Bestätigungsvermerk erteilen dürfen und sollen.

53 LAG Berlin-Brandenburg, 30.9.2008 – 16 TaBV 848/08, juris, Rn. 37 m. w. N.

54 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 24, unter Verweis auf BVerfG, 29.9.2010 – 1 BvR 1789/10, NVwZ 2011, 355.

55 BAG, 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, juris, Rn. 26.

56 In diesem Sinne auch bereits LAG Düsseldorf, 3.4.2009 – 10 TaBV 302/08, juris, Rn. 45, unter Bezugnahme auf BAG, 28.1.1975 – 1 ABR 52/73, DB 1975, 1034f.

Ein solcher Bedeutungsvergleich zwischen den Wirtschaftsprüfern mit Prokura und den Wirtschaftsprüfern der genossenschaftlichen Prüfungsverbände berücksichtigt nicht nur den Zweck der Herausnahme aus der Betriebsverfassung, sondern auch die historische Begründung des Gesetzgebers, welcher mit § 45 S. 1 WPO insbesondere das Ansehen des Berufsstands wahren wollte.<sup>57</sup> Ziel der Soll-Vorschrift des § 45 S. 1 WPO ist nicht (allein) die gesetzlich bedingte Vertretungsmacht des Prokuristen einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, sondern die Sicherstellung und Unterstreichung der eigenverantwortlichen Berufsausübung des Wirtschaftsprüfers.<sup>58</sup> Die Wirtschaftsprüfer des Verbandes ähneln im Bereich des Genossenschaftswesens dem in der Praxis verbreiteten arbeitgebernahen Leitbild der Wirtschaftsprüfer von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften mit Prokura. Für die Führungskräfte des Verbandes, die im Prüfungsdienst größtenteils mit Wirtschaftsprüfern besetzt sind, gilt dies nur noch verstärkter. Wenn der Gesetzgeber Prokuristen in einer typisierenden Betrachtung die Wahrnehmung von unternehmerischen Leitungsaufgaben und die Arbeitgeberebene unterstellen *durfte*, so rechtfertigen die Besonderheiten des genossenschaftlichen Prüfungswesens dies ebenfalls für die Wirtschaftsprüfer bei den genossenschaftlichen Prüfungsverbänden.

#### IV. Fazit

Angestellte Wirtschaftsprüfer von genossenschaftlichen Prüfungsverbänden sind leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gemäß § 45 S. 2 WPO. Auf die Umstände des Einzelfalles kommt es nicht an. Für eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung gibt es anders als bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften keinen Anlass.

#### // Autor

**Tobias Berdesinski** ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in der Kanzlei Ruge · Krömer in Hamburg. Er befasst sich schwerpunktmäßig mit der Umsetzung betriebsverfassungsrechtlicher Projekte.



<sup>57</sup> BT-Drucks. 3/201, 56.

<sup>58</sup> BAG, 28.1.1975 – 1 ABR 52/73, DB 1975, 1034 f.