



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die Emanzipation des Prüfungsausschusses im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft“

Dissertation vorgelegt von Pius O. Dolzer

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dirk A. Verse

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Die Dissertation behandelt im Kern das Erstarren des Prüfungsausschusses von einem einfachen Ausschuss des Aufsichtsrats zu einem möglicherweise vierten Organ neben oder an Stelle des Aufsichtsrats, die Hintergründe für diese Entwicklung und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der deutschen Aktiengesellschaft.

[Die Emanzipation des Prüfungsausschusses]

Das mit dem Stichwort der „Emanzipation“ umschriebene Erstarren des Prüfungsausschusses und seine damit einhergehende Verselbständigung kann schon seit einigen Jahren beobachtet werden, wurde aber jüngst im Zuge der Abschlussprüferreform aus dem Jahr 2016 noch einmal deutlich bekräftigt.

An dem von § 107 Abs. 3 AktG vorgesehenen und dem Gedanken der Organisationsautonomie des Aufsichtsrats entsprechenden Charakter des Prüfungsausschusses als eines *fakultativen* Ausschusses, konnte der deutsche Gesetzgeber etwa nur noch aufgrund eines Mitgliedstaatenwahlrechts festhalten. Denn die APRL verpflichtet die Mitgliedstaaten im Grundsatz dazu, sicherzustellen, dass jedes Unternehmen von öffentlichem Interesse (= kapitalmarktorientierte Unternehmen, Versicherungsunternehmen, Kreditinstitute) *zwingend* einen Prüfungsausschuss hat. Hinzu kommt, dass die Aufgaben, etwa das detailliert vorgegebene Auswahlverfahren zur Wahl eines Abschlussprüfers oder die Billigung von Nichtprüfungsleistungen, von der APVO ausdrücklich als Aufgabe des Prüfungsausschusses genannt werden. Dass sich der grundsätzlich fakultative Prüfungsausschuss zum obligatorischen entwickelt, zeigt sich dann auch im nationalen Recht, dort insb. in § 324 HGB und § 25d Abs. 9 KWG. Und auch der DCGK sorgt mit seiner Empfehlung zur Errichtung eines Prüfungsausschusses in Ziff. 5.3.2 dafür, dass das „ob“ eines Prüfungsausschusses in der Praxis keine Frage ist. Zudem wurde der Prüfungsausschuss im Laufe der letzten Jahre - beginnend schon mit dem KonTraG, fortgesetzt vor allem über das BilMoG und nun zuletzt durch das AReG - nicht nur aus dem Kreis der einfachen Aufsichtsratsausschüsse hervorgehoben, sondern auch zunehmend typisiert und institutionalisiert.

[Hintergründe für die Emanzipation des Prüfungsausschusses]

Bei der Analyse über die Hintergründe für die Emanzipation des Prüfungsausschusses können mehrere Entwicklungslinien identifiziert werden.

So folgt das Erstarren des Prüfungsausschusses im Kern dem Bestreben um eine Professionalisierung des Aufsichtsrats. Auf der Suche nach Verbesserungen hat man sich in anderen Rechtsordnungen umgesehen und dabei das *audit committee* im monistischen Modell der angelsächsischen Länder, insb. den USA und dem Vereinigten Königreich, als rechtliches Vorbild für den Prüfungsausschuss entdeckt. Der Prüfungsausschuss ist dabei sowohl aus rechtstatsächlicher, als auch rechtswissenschaftlicher Perspektive ein Musterbeispiel für ein sog. „*legal transplant*“.

Diese nationale Entwicklungslinie wird durch eine internationale bzw. europäische ergänzt. In dieser soll der Prüfungsausschuss nicht den Aufsichtsrat, sondern die Abschlussprüfung verbessern. Er wird damit zum „Garant des Garanten“. Auch hier orientiert sich - nunmehr der europäische - Gesetzgeber am monistischen Modell und damit zugleich am *audit committee*. Eine Professionalisierung des Aufsichtsrats spielt insoweit keine Rolle. Vielmehr ist der Prüfungsausschuss / das *audit committee* inzwischen zum unmittelbaren Regelungsgegenstand des Europäischen Gesellschaftsrecht geworden. Das liegt mitunter an den Erfahrungen um das

Scheitern der Struktur-RL. Eine Harmonisierung des Aufsichtsrats wird wegen der rechtspolitischen Schwierigkeiten um die Mitbestimmungs-Problematik tunlichst vermieden.

[Problematik]

Der angelsächsische Einfluss ist allerdings nicht unproblematisch, denn das dualistische und das monistische Modell unterscheiden sich trotz ihrer Konvergenz noch immer in den Grundlagen. Weder die *non-executive-directors*, noch das *audit committee* können daher 1:1 mit dem Aufsichtsrat oder dem Prüfungsausschuss gleichgesetzt werden.

Während den *non-executive-directors* als vollwertigen Mitglieder des *board of directors* eine echte Doppelfunktion zukommt und sie daher auch initiativ unternehmerisch tätig werden könnten, liegt das Initiativrecht im dualistischen Modell allein beim Vorstand. Der Aufsichtsrat hat weder ein Initiativ- noch ein Weisungsrecht.

Und während das *audit committee* im monistischen Modell für eine Institutionalisierung der Überwachungsfunktion im *board of directors* sorgt, ist das im dualistischen Modell nicht nötig. Denn dort wird die von der Leitung getrennte Überwachung schon vom Aufsichtsrat abgedeckt. Die Institutionalisierung des Prüfungsausschusses ist daher nicht erforderlich.

[Untersuchungsgang]

Vor diesem Hintergrund setzt die Dissertation dazu an, den Prüfungsausschuss im System der Corporate Governance und in Würdigung des Wettbewerbs zwischen dem dualistischen und monistischen Modell der Unternehmensverfassung zu vermessen. Dabei werden nicht nur die Gefahren einer Verselbständigung des Prüfungsausschusses zum Organ aufgezeigt, sondern auch die systematischen Spannungen, die sich aus der Rezeption des monistischen Modells im dualistischen Modell ergeben. Dies führt zu folgenden zentralen Ergebnissen:

[Übersicht zu zentralen Ergebnissen]

Der Prüfungsausschuss hat über die Jahre und jüngst im Zuge der Abschlussprüferreform einen enormen Bedeutungszuwachs erfahren. Diese Emanzipation des Prüfungsausschusses ist im Grundsatz zu begrüßen; denn ein starker Prüfungsausschuss trägt zu einer effizienten und professionellen Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe im Aufsichtsrat bei und es kann mit ihm Vertrauen in die Abschlussprüfung und Rechnungslegung gewonnen werden.

Allerdings führt die Emanzipation des Prüfungsausschusses auch zu systematischen Spannungen, die sich einerseits im Verhältnis des Prüfungsausschusses zum Vorstand, andererseits in seinem Verhältnis zum Aufsichtsrat stellen.

In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Prüfungsausschuss und dem Vorstand besteht die Gefahr, dass der Prüfungsausschuss zu eng an den Bereich der Leitung und der Geschäftsführung herangeführt wird und dadurch die sinnvolle Trennung zwischen Leitung und Überwachung im dualistischen Modell überwunden wird. Dies droht namentlich mit der zunehmenden Einbindung des Prüfungsausschusses in die Überwachung der Kontrollsysteme und Rechnungslegungsprozesse.

Ein Beispiel hierfür liefert § 107 III 3 AktG, wonach der Prüfungsausschuss Empfehlungen oder Vorschläge zur Gewährleistung der Integrität des Rechnungslegungsprozesses unterbreiten soll. Würde er das in manchem Detail tun, würde er in den Zuständigkeitsbereich

des Vorstands eingreifen. Zudem würde sich in der Folge das Problem missbräuchlicher Selbstüberwachung stellen. Die deshalb angezeigte restriktive Auslegung dieser Regelung stellt dann allerdings schon die Notwendigkeit ihrer Normierung in Frage.

In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Prüfungsausschuss und dem Aufsichtsrat besteht dagegen die Gefahr, dass der Prüfungsausschuss sich mit zunehmender Eigenständigkeit vom Aufsichtsrat löst und diesen in seiner Überwachungsaufgabe verdrängt. Das droht namentlich aufgrund der häufig abschließend wahrgenommenen Aufgabentätigkeiten des Prüfungsausschusses, in deren Folge sich der Aufsichtsrat nur vermeintlich entspannt zurückzulehnen können glaubt. Nach der (allerdings in Frage zu stellenden) h.M. kann dem Prüfungsausschuss sogar der Prüferwahlvorschlag (§ 124 III AktG) sowie die Erteilung des Prüfauftrags an den Abschlussprüfer (§ 111 II 3 AktG) zur abschließenden Erledigung delegiert werden. Und selbst, wenn der Prüfungsausschuss Aufgaben nur vorbereitet, stellt sich dies doch häufig als *de facto* abschließende Tätigkeit dar, weil der Aufsichtsrat die Beschlussvorlagen nur noch pro forma absegnet. Schließlich wird, wie schon eingangs erwähnt, manch' Aufgabe nunmehr schon im Gesetz ausdrücklich dem Prüfungsausschuss zugeschrieben. Das betrifft aber nicht nur das europäische Recht. Auch im nationalen Recht wird in § 319a III HGB nunmehr zuerst der Prüfungsausschuss genannt. Der Aufsichtsrat wird dagegen nur noch subsidiär für den Fall vorgesehen, dass ein Prüfungsausschuss nicht eingerichtet wurde.

Durch die unmittelbare Aufgabenwahrnehmung des Prüfungsausschusses wächst die Informationsasymmetrie zum Aufsichtsrat, die zudem dadurch verstärkt wird, dass an die Prüfungsausschussmitglieder höhere persönliche Voraussetzungen gestellt sind. So muss jedes Prüfungsausschussmitglied „*financial literate*“ sein, es bedarf mindestens eines Finanzexperten und die Mitglieder müssen in ihrer Gesamtheit mit dem Sektor, in dem die Gesellschaft tätig ist, vertraut sein.

Hinzu tritt sodann die Wechselwirkung zwischen der Emanzipation des Prüfungsausschusses und dem Rollenwandel des Aufsichtsrats zum mitunternehmerischen Organ. Dabei tendiert einerseits der Prüfungsausschuss dazu, zum eigenständigen Überwachungsorgan zu werden; andererseits besteht mit Blick auf den Aufsichtsrat manche Tendenz, dass sich dieser erneut zu einer Art Verwaltungsrat oder Strategieorgan entwickelt. Auch insoweit ist der Einfluss des monistischen Modells zu spüren. Allerdings ist zu wiederholen: Dem Aufsichtsrat kommt, anders als den NED gerade keine Doppelfunktion aus Leitung und Überwachung zu.

Würde sich der Aufsichtsrat dennoch zum neuen Verwaltungsrat entwickeln, hätte er seine Überwachungsfunktion hinter sich gelassen. Der Prüfungsausschuss ist indes nicht in der Lage, die damit aufgekommene Überwachungslücke zu schließen. Denn die allgemeine Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats umfasst mehr als „nur“ die Überwachung der Rechnungslegung und Abschlussprüfung. Aber auch Bausteine der externen Corporate Governance, namentlich der *market for corporate control*, sind alleine nicht in der Lage eine wirksame Überwachung zu gewährleisten.

Die Emanzipation des Prüfungsausschusses rüttelt damit an den Grundfesten des dualistischen Modells. Deshalb besteht Anlass, sie ebenso wie den Rollenwandel des Aufsichtsrats kritisch zu begleiten. Eine Erosion des dualistischen Modells ist zu vermeiden. Denn die damit zugleich im Raum stehende Befürchtung einer Überwachungslücke würde über kurz oder lang zu erneuten Unternehmenskrisen und -skandalen führen.

Eine Erosion des dualistischen Modells bzw. die Renaissance eines Verwaltungsratsmodells ist allerdings - und ganz zurecht - weder das Ziel des deutschen, noch des europäischen

Gesetzgebers. Der deutsche Gesetzgeber hat sich in mehrfacher Auseinandersetzung mit dem monistischen Modell (namentlich im Zuge der AktR-Reformen 1937 und 1965) stets aufs Neue für das dualistische Modell ausgesprochen und bringt dies auch im Zuge der Umsetzung der Abschlussprüferreform mit dem AReG zum Ausdruck. Auch der europäische Gesetzgeber hat seinen Versuch einer Harmonisierung der Organisationsstruktur nach Scheitern der Strukturrichtlinie aufgegeben, erkennt das dualistische und monistische Modell als grundsätzlich gleichwertige Alternativen an und ist einem Wahlmodell der Unternehmen aufgeschlossen.

Aus all dem ergeben sich mitunter folgende Konsequenzen:

Der Prüfungsausschuss ist in Bezug auf den Vorstand weiterhin von Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben abzuschotten. Dagegen erfordert die Emanzipation des Prüfungsausschusses und der Rollenwandel des Aufsichtsrats, letzteren - also den Aufsichtsrat - stärker als vollumfassend verantwortliches Überwachungsorgan zu betonen. Das kann wo möglich *de lege lata* und hat wo nötig *de lege ferenda* zu erfolgen. Zudem ist die für eine gute Corporate Governance wertvolle Eigenschaft des Prüfungsausschusses als grundsätzlich vorbereitender Ausschuss des Aufsichtsrats zu bewahren.

Die Plenumsvorbehalte des Aufsichtsrats sollten betont bzw. *de lege ferenda* ergänzt werden. Das betrifft etwa die Überwachung der Internen Kontrollsysteme (*de lege lata*), aber auch den Prüferwahlvorschlag (§ 124 III AktG) und die Erteilung des Prüfauftrags (§ 111 II 3 AktG) (beide *de lege ferenda*).

Zudem sind auf der einen Seite die Organisations- und Kontrollpflichten des Aufsichtsrats bei abschließender Delegation hervorzuheben; auf der anderen Seite die Berichtspflichten des Prüfungsausschusses an den Aufsichtsrat.

Auch sollte die Teilnahme des Abschlussprüfers an Sitzungen des Prüfungsausschusses nur kumulativ zur Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen hinzutreten dürfen, nicht (wie nach aktueller Gesetzesfassung des § 171 I 2 AktG) auch alternativ. Entsprechendes hat der Gesetzgeber jüngst für den schriftlichen Prüfbericht vorgesehen (§ 321 V 2 HGB). Damit wird die Informationsasymmetrie zwischen Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss geglättet.

Im Rahmen eines dergestalt kontrollierten, systemadäquaten Einsatzes des Prüfungsausschusses ist zugleich zu gewährleisten, dass der Prüfungsausschuss die ihm zugesprochenen Aufgaben wahrnehmen und damit die in ihn gesetzten Erwartungen erfüllen kann. Dazu hat der Aufsichtsrat für einen leistungsfähigen Prüfungsausschuss zu sorgen. Eine Überlastung des Prüfungsausschusses ist zu vermeiden.

Für die Praxis stellt sich mithin die Schwierigkeit, die richtige Balance zu finden. Denn einerseits bedarf es eines effizienten und schlagkräftigen Prüfungsausschusses zur wirksamen Wahrnehmung der Aufsichtsratsaufgaben. Andererseits muss eine Verselbständigung zu Lasten des Aufsichtsrats vermieden werden. Es hat deshalb vor allem der Aufsichtsratsvorsitzende dafür Sorge zu tragen, dass sich der Prüfungsausschuss auch nicht faktisch zu stark gegenüber dem Aufsichtsrat emanzipiert. Deshalb bedarf es eines klaren Verständnisses der Beteiligten über die Rollenfunktion und Verantwortlichkeiten von Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss, einer Überprüfung und ggf. Neujustierung der inneren Ordnung und Aufgabenverteilung sowie die Schaffung klarer Regelungen etwa mit Hilfe einer Informations- bzw. der Geschäftsordnung.