



Universität Hamburg

Seminar für Handels-, Schifffahrts-
und Wirtschaftsrecht

Geschäftsführender Direktor
Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley)

Seminar

Rechtsvergleichendes Seminar zum Gesellschaftsrecht

Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley)

Sommersemester 2007

Die Rolle des Abschlussprüfers und des Prüfungsausschusses im dualistischen System

von
Konstantin Kucherenko

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| A. Dualistische Unternehmensverfassung und der Abschlussprüfer | 6 |
| <i>I. Dualistische Unternehmensverfassung</i> | 6 |
| <i>II. Abschlussprüfer und seine Funktion</i> | 10 |
| <i>III. Zusammenfassung</i> | 13 |
| B. Der Abschlussprüfer und die Organe des dualistisch organisierten Unternehmens | 14 |
| <i>I. Abschlussprüfer und Aufsichtsrat</i> | 14 |
| 1. Wahlvorschlag | |
| 2. Erteilung des Prüfungsauftrages | 15 |
| 3. Prüfungsbericht und seine Vorlage an den Aufsichtsrat | 19 |
| 4. Berichtspflicht des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat <i>(insbesondere: Teilnahme an der Bilanzsitzung)</i> | 23 |
| <i>II. Abschlussprüfer und Vorstand</i> | 25 |
| 1. Unabhängigkeit des Abschlussprüfers vom Vorstand | 25 |
| 2. Kommunikation zwischen Abschlussprüfer und Vorstand | 26 |
| a. Informationen des Abschlussprüfers an den Vorstand | 26 |
| b. Informationsfluss Vorstand – Abschlussprüfer | 27 |
| <i>III. Abschlussprüfer und Hauptversammlung</i> | 28 |
| 1. Wahl des Abschlussprüfers | 28 |
| 2. Teilnahme des Abschlussprüfers an der Hauptversammlung | 29 |
| <i>IV. Zusammenfassung</i> | 30 |
| C. Audit Committees in der dualistischen Unternehmensverfassung | 32 |
| <i>I. Begriff und Rechtsgrundlagen</i> | 32 |
| <i>II. Zusammensetzung</i> | 34 |
| <i>III. Funktionen</i> | 36 |
| <i>IV. Zusammenfassung</i> | 39 |
| D. Zusammenfassung und Ausblick | 40 |

Literatur

- Adler, Hans
Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen: Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, PubiG nach den Vorschriften des Bilanzrichtlinien-Gesetzes / Adler, Düring, Schmaltz (Begr.).
6. Auflage, Stuttgart 2000
- Baumbach, Adolf
Hopt, Klaus
Handelsgesetzbuch
32., Neubearb. und erw. Auflage,
München 2006
- Brinkhaus, Josef (Hrsg.)
Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Auslandsinvestmentgesetz, Kommentar
München 2003
- Coenenberg, Adolf
Reinhart, Alexander
Schmitz, Jochen
Audit Committees – Ein Instrument zur Unternehmensüberwachung?, DB 1997, 989
- Dörner, Dietrich
Zusammenarbeit von Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer im Lichte des KonTraG,
DB 2000, 101
- Geßler, Ernst
Hefermehl, Wolfgang u. a.
Aktien-Gesetz: Kommentar
München 1994
- Hachmeister, Dirk
Die gewandelte Rolle des Wirtschaftsprüfers als Partner des Aufsichtsrats nach den Vorschriften des KonTraG, DStR 1999, 1453
- Hirte, Heribert
Kapitalgesellschaftsrecht
5., neu bearb. Auflage, Köln 2006
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)
Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, B. 4 Aktiengesellschaft
2., Neubearb. und erw. Auflage,
München 1999
- Hommelhoff, Peter
Abschlussprüfer-Berichte an den Wirtschaftsausschuss? – ZIP 1990, 218

| | |
|--|---|
| Hommelhoff, Peter Mattheus, Daniela | Corporate Governance nach dem KonTraG, AG 1998, 249 |
| Hommelhoff, Peter | Die neue Position des Abschlussprüfers im Kraftfeld der aktienrechtlichen Organisationsverfassung (Teil I), BB 1998, 2567 |
| Hommelhoff, Peter | Die neue Position des Abschlussprüfers im Kraftfeld der aktienrechtlichen Organisationsverfassung (Teil II), BB 1998, 2625 |
| Hopt, Klaus Wiedemann, Herbert (Hrsg.) | Aktiengesetz: Großkommentar 4., neubearb. Auflage, Berlin 2004 |
| Hüffer, Uwe | Aktiengesetz: Kommentar 7, neubearb. Auflage, München 2006 |
| Kropff, Bruno (Hrsg.) | Münchener Kommentar zum Aktiengesetz 2. Auflage, München 2000 |
| Leyens, Patrick | Information des Aufsichtsrats: Ökonomisch- funktionale Analyse und ein Rechtsvergleich zum englischen Board Tübingen, 2007 |
| Neuling, Jasper | Die Teilnahmepflicht des Abschlussprüfers an Bilanzsitzungen des Aufsichtsrats im Aktienrecht, BB 2003, 166 |
| Obermüller, Walter Werner, Winfried Winden, Kurt | Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft 4. Auflage, Stuttgart 2001 |
| Ostermeyer, Robert | Unternehmensüberwachung durch Audit Committees im anglo-amerikanischen Board- Modell – Teil I, IStR 2001, 256 |
| Ostermeyer, Robert | Unternehmensüberwachung durch Audit Committees im anglo-amerikanischen Board- Modell – Teil II, IStR 2001, 292 |
| Raiser, Thomas | Recht der Kapitalgesellschaften |

4. , neubearb. Auflage, München 2006
- Semler, Johannes (Hrsg.)
Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder
2. Auflage, München 2004
- Schaaf, Andreas
Die Praxis der Hauptversammlung:
erfolgreiche Vorbereitung und Durchführung
bei der Publikums-AG
Köln 1996
- Strieder, Thomas
Graf, Michael
Zusammenarbeit zwischen Abschlussprüfer
und Aufsichtsrat, BB 1997, 1943
- Windblicher, Christine
Zur Trennung von Geschäftsführung und
Kontrolle bei amerikanischen Großgesell-
schaften, ZGR 1985, 51

A. Dualistische Unternehmensverfassung und der Abschlussprüfer

Der Rechtsvergleich vieler europäischer und außereuropäischer Rechtsordnungen zeigt, dass das Gesellschaftsrecht weltweit zwei grundsätzliche Organisationssysteme der Verwaltung kennt, wobei sich die einzelne Rechtsordnung entweder für das eine, nämlich das dualistische, oder für das andere, das monistische, oder für ein gemischtes Organisationssystem entscheidet. Die Grenze zwischen den beiden Organisationssystemen verläuft da, wo auch die Grenze zwischen den zwei wichtigsten Rechtsfamilien verläuft: So ist das dualistische System der Unternehmensverfassung im kontinentaleuropäischen, vor allem im deutschen Recht verwurzelt. International ist dieses System eine Ausnahme¹. Das angloamerikanische, d. h. vor allem das US-amerikanische und das britische Recht folgen demgegenüber traditionell dem monistischen Modell. Einige Rechtsordnungen, z. B. in Osteuropa², haben Mischformen eingeführt.

Nachfolgend soll der Unterschied zwischen der dualistischen und der monistischen Unternehmensverfassung kurz dargestellt sowie auf die Prüfung der Gesellschaft durch einen externen Abschlussprüfer eingegangen werden.

I. Dualistische Unternehmensverfassung

Das im deutschen Recht verankerte Führungsmodell von Kapitalgesellschaften, allen voran der Aktiengesellschaft, geht von einer dreigliedrigen Führungsorganisation aus: zwischen die üblichen Organe der Mitgliederversammlung und des Vorstands tritt der Aufsichtsrat als drittes Organ.

Diese dreigliedrige Organisation wird auch als *dual-board* oder als dualistisches System³ bezeichnet, weil die Verwaltung der

¹ Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rdnr. 3.2.

² So z. B. das ukrainische Recht, das die Entscheidung, ob ein dem Aufsichtsrat ähnliches besonderes Überwachungsorgan in der Gesellschaft eingerichtet werden soll oder nicht den Gesellschaftern überlässt (Art. 160 Abs. 1 ukrZGB).

³ Vgl. Hirte, aaO.

Kapitalgesellschaft gleichsam von zwei Organen ausgeübt wird, nämlich dem Vorstand und dem Aufsichtsrat.

Zwingend vorgeschrieben ist das dreigliedrige Modell zunächst einmal für Aktiengesellschaften: hier ist der Aufsichtsrat ein notwendiges Organ und muss so bezeichnet sein⁴. Die §§ 95ff. regeln ausführlich die Zusammensetzung und Wahl, die Kompetenzen sowie interne Entscheidungsverfahren im Aufsichtsrat. Grundsätzlich sind die gesetzlichen Regelungen zum Aufsichtsrat nach dem Prinzip der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) zwingend und können durch die Satzung nicht abbedungen werden.

Aber auch in einer GmbH kann und muss unter Umständen ein Aufsichtsrat gebildet werden. Eine Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrates besteht nur dann, wenn sie durch besondere Gesetze außerhalb des GmbH-Gesetzes vorgeschrieben ist. Dabei beruhen die wichtigsten Fälle der Bestellung eines sog. obligatorischen Aufsichtsrates in einer GmbH auf mitbestimmungsrechtlichen Gesetzen, nämlich dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz und dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz⁵. Hier dient der Aufsichtsrat in erster Linie den Zwecken der unternehmerischen Mitbestimmung: durch Einschaltung eines (partiell) durch Vertreter der Arbeitnehmerseite besetzten Aufsichtsratsgremiums soll den Arbeitnehmervertretern die Mitbestimmung bei einzelnen unternehmerischen Entscheidungen⁶ sowie die Überwachung des Managements ermöglicht werden.

Aber auch einige andere Spezialgesetze ordnen die obligatorische Bildung eines Aufsichtsorgans bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung an. Zu erwähnen ist hier vor allem das Investmentrecht, das in § 6 Abs. 2 Investmentgesetz die Bildung eines Aufsichtsrates auch dann vorschreibt, wenn die Kapitalanlagegesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrieben wird. Grund für die Anordnung des dualistischen Systems ist hier

⁴ Hüffer, AktG, § 95, Rdnr. 1

⁵ Vgl. Baumbach / Zöllner, GmbHG, § 52, Rdnr. 2

⁶ Hier geht es um solche Entscheidungen des Managements, die der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen, vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

nicht die unternehmerische Mitbestimmung, sondern vielmehr das erhöhte Publikumsschutzinteresse⁷. Auch für den obligatorischen GmbH-Aufsichtsrat nach dem Investmentgesetz sind einzelne wesentliche Vorschriften der §§ 90, 95ff. AktG zwingend.

Daneben kann in einer GmbH auch mangels einer Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrates ein solches Organ fakultativ gebildet werden. Ein solcher fakultativer Aufsichtsrat ist dem im GmbH-Recht für das Innenverhältnis der Gesellschafter geltenden Prinzip der Vertragsfreiheit (§ 45 Abs. 2 GmbHG) unterworfen, § 52 Abs. 1 a. E. GmbHG.

Somit geht der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass eine dualistische Unternehmensverfassung besser als eine monistische dazu geeignet ist, die Interessen bestimmter Stakeholder eines Unternehmens zu schützen.

Historisch entstand der Aufsichtsrat im 19. Jahrhundert allerdings als Ersatz für den Wegfall der Staatsaufsicht über Aktiengesellschaften⁸. Somit war der Aufsichtsrat von Anfang an als ein Überwachungsorgan angelegt, dem jedoch teilweise auch Beratungskompetenzen für den Vorstand zugewiesen waren. Im Zuge der Reformen des Aktienrechts im 19. und im 20. Jahrhundert wurden die Kompetenzen des Aufsichtsrates auf Kosten der Hauptversammlung ausgebaut. Somit erhielt die Unternehmensverfassung der deutschen Aktiengesellschaft ihr heutiges Gepräge, das die Bildung zweier starker Organe der Unternehmensverwaltung, nämlich des Vorstands und des Aufsichtsrates vorsieht.

Sinn und Zweck der dualistischen Unternehmensverfassung besteht darin, die Geschäftsführungs- und Aufsichtsfunktion in der Verwaltung strikt voneinander zu trennen. Während die Geschäftsleitungsfunktion im Wesentlichen dem in eigener Verantwortung handelnden Vorstand übertragen ist (§ 76 Abs. 1 AktG), wird die Überwachungs- und Kontrollfunktion vom Aufsichtsrat ausgeübt. Diesem Grundgedanken folgt im deutschen

⁷ Brinkhaus / Zeller, KAGG, § 3, Rdnr. 2

⁸ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 13, Rdnr. 8

Recht das sog. Trennungsprinzip, das Vorstand und Aufsichtsrat auch in personeller und sachlicher Hinsicht voneinander abgrenzt⁹. So verbietet das Gesetz ausdrücklich die gleichzeitige Mitgliedschaft derselben Person im Vorstand und im Aufsichtsrat (§ 105 Abs. 1 AktG) sowie die Übertragung der Kompetenzen des Aufsichtsrates auf den Vorstand (§ 111 Abs. 4 AktG).

Dabei kann allerdings nicht behauptet werden, dass das monistische System des angloamerikanischen Rechts eine Trennung der Geschäftsführungs- und Überwachungsfunktion in der Verwaltung nicht kennt. Denn innerhalb des einheitlichen *boards*, das beispielsweise in Kapitalgesellschaften des US-amerikanischen Rechts gebildet wird, gibt es in der Praxis ebenso eine personelle Trennung zwischen den tatsächlich geschäftsführenden Managern, den sog. *inside directors* sowie den übrigen *board*-Mitgliedern, den *outside directors*, die im Wesentlichen (wohl aber nicht ausschließlich) mit der Überwachung der Manager betraut sind¹⁰. Vieles beim Gesamt-*board* erinnert an den deutschen Aufsichtsrat: so tagen die *directors* in vergleichsweise wenigen Sitzungen und sind regelmäßig anderweitig beruflich engagiert; sie sind oft nur schlecht informiert¹¹. Insofern bewegen sich beide Systeme also durchaus aufeinander zu.

Des Weiteren liegt der Grund für die Durchsetzung des dualistischen Systems in Deutschland sicherlich auch in dem hier sehr populären Gedanken der unternehmerischen Mitbestimmung. Diese wurde von Anfang an im Aufsichtsrat angesiedelt¹², denn sie konnte im Rahmen dieses Gremiums mit Sicherheit am effizientesten realisiert werden. Durch Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat wird der Gedanke der Kontrolle der Arbeitnehmer über ihr Unternehmen umgesetzt. Gleichzeitig bekommen die Arbeitnehmer dadurch nicht die Möglichkeit, an den laufenden Geschäftsführungsmaßnahmen mitzuwirken, was über den Zweck

⁹ Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, B. 4, § 19, Rdnr. 2

¹⁰ Windblicher, Zur Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle bei amerikanischen Großgesellschaften, ZGR 1985, 51, 56

¹¹ Ebenda

¹² Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 13, Rdnr. 9

der unternehmerischen Mitbestimmung wohl hinausschießen würde¹³.

Schließlich kann in einem dualistischen Unternehmensmodell die Unabhängigkeit des Managements von der Hauptversammlung und somit seine eigenverantwortliche Leitung des Unternehmens besser sichergestellt werden, als in einem monistisch organisierten Unternehmen. Dies wird vor allem dadurch erreicht, dass der Vorstand nicht direkt von der Hauptversammlung, sondern von dem zwischengeschalteten Aufsichtsrat bestellt und abberufen wird (§ 84 Abs. 1, 3 AktG), und zwar letzteres nur aus wichtigem Grund. Außerdem wird die Zustimmung zum Abschluss einzelner zustimmungspflichtiger Geschäfte nicht von der Hauptversammlung, sondern vom Aufsichtsrat erteilt (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG).

II. Abschlussprüfer und seine Funktion

Das deutsche Recht schreibt eine obligatorische Prüfung der Rechnungslegung für alle Aktiengesellschaften (wie auch für GmbH und sonstige Kapitalgesellschaften¹⁴) durch einen externen Wirtschaftsprüfer vor, § 316 Abs. 1 HGB. Dabei können als externe Abschlussprüfer nur Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften fungieren (§ 319 Abs. 1 S. 1 HGB).

Eine Ausnahme wird lediglich für kleine Gesellschaften im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB gemacht, also für solche, die gewisse Schwellenwerte in Bezug auf die Bilanzsumme, Umsatzerlöse sowie die durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern nicht überschreiten. Dabei sind auch solche Gesellschaften, die diese Schwellenwerte nicht überschreiten, zur Durchführung einer externen Abschlussprüfung verpflichtet, wenn sie den Kapitalmarkt in Anspruch nehmen, d. h. am organisierten Markt ihre Wertpapiere emittieren (arg. § 267 Abs. 3 S. 2 HGB).

Für Gesellschaften, die zur Beauftragung eines externen Abschlussprüfers verpflichtet sind, ist die Prüfung Voraussetzung für

¹³ Allerdings haben die Arbeitnehmer nach § 33 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz das Recht, einen Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied in den Vorstand einer Aktiengesellschaft zu entsenden.

die Feststellung des Jahresabschlusses¹⁵, die ihrerseits Voraussetzung für die Gewinnverteilung ist. Dabei ist es erforderlich, dass die Prüfung überhaupt durchgeführt wurde; dass der Abschlussprüfer den Bestätigungsvermerk z. B. aufgrund eines negativen Prüfungsergebnisses versagt, ist für die Feststellung des Jahresabschlusses unschädlich. Ohne Prüfung ist aber der festgestellte Jahresabschluss nichtig¹⁶.

Daneben ist auch der Aufsichtsrat im Rahmen seiner allgemeinen Überwachungspflicht als internes Prüfungsorgan zur Prüfung des Jahresabschlusses verpflichtet. Dabei hat der Aufsichtsrat den Jahresabschluss daraufhin zu prüfen, ob sie Gesetz und Satzung entsprechen¹⁷ – somit deckt sich zumindest teilweise der Prüfungsgegenstand der Abschlussprüfung mit dem der Prüfung durch den Aufsichtsrat. Jedoch hat hier freilich keine Doppelprüfung stattzufinden: der Aufsichtsrat kann sich vielmehr darauf verlassen, dass das Zahlenwerk des Jahresabschlusses, der mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers versehen wurde, aus den Büchern der Gesellschaft entwickelt worden ist und die Gebote der ordnungsmäßigen Buchführung und Bilanzierung beachtet wurden¹⁸. Insofern prüft also der Aufsichtsrat die Rechnungslegung des Vorstands gleichsam „durch die Brille des Abschlussprüfers hindurch“¹⁹. Entscheidend ist aber, dass im Aufsichtsrat zusätzlich die Kontrolle über die Zweckmäßigkeit der vom Vorstand bei der Aufstellung des Jahresabschlusses getroffenen bilanzpolitischen Entscheidungen stattzufinden hat, während dem Abschlussprüfer im Wesentlichen die Prüfung der Rechtmäßigkeit vorbehalten bleibt²⁰.

Daraus ergibt sich die Funktion des Abschlussprüfers, den Aufsichtsrat bei der Prüfung des Jahresabschlusses zu unterstützen: der Abschlussprüfer ist gleichsam ein Gehilfe des Aufsichtsrats,

¹⁴ Aufgrund von § 264a HGB erstreckt sich diese Pflicht auch auf GmbH & Co. KG

¹⁵ Baumbach / Hopt / Merkt, HGB, § 316, Rdnr. 2

¹⁶ Ebenda

¹⁷ Adler / Düring / Schmaltz, Rechnungslegung, § 171 AktG, Rdnr. 19

¹⁸ Hoffmann-Becking in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, B. 4, § 44, Rdnr. 15

¹⁹ Hommelhoff, Abschlußprüfer-Berichte an den Wirtschaftsausschuß?, ZIP 1990, 218

²⁰ vgl. Hoffmann-Becking in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, B. 4, § 44, Rdnr. 14

damit dieser die Rechnungslegung des Vorstandes fachkundig angeleitet überprüfen kann²¹. Auf diese Funktion des Abschlussprüfers wird noch nachfolgend einzugehen sein.

Zugleich – und so war der Abschlussprüfer von jeher im deutschen Aktienrecht konzipiert²² - ist der Abschlussprüfer aber auch Garant der öffentlichen Rechnungslegung der Gesellschaft gegenüber der Allgemeinheit²³. Denn die Rechnungslegung, jedenfalls nach dem HGB, hat einen breiten Adressatenkreis: sie richtet sich an die Anteilseigner, Gläubiger, Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmer und den Fiskus²⁴. Alle diese Personen haben Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung, das durch Einschaltung eines unabhängigen Prüfers geschützt werden soll. Die Ausübung der Garantiefunktion tritt vor allem dann zutage, wenn der Abschlussprüfer den Jahresabschluss mit einem Bestätigungsvermerk (§ 322 HGB) versieht. Bis zur Reform des Rechnungslegungsrechts durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)²⁵ hatten sich die Gewichte in Richtung auf die Garantiefunktion verschoben²⁶. Dies entsprach auch der Stellung des Abschlussprüfers in zahlreichen anderen Rechtsordnungen, die den Abschlussprüfer in erster Linie als den Publizitätsgaranten betrachten. Eine Kehrtwende brachte das KonTraG, das die Unterstützungsfunktion des Abschlussprüfers für den Aufsichtsrat in den Vordergrund gerückt und somit auch die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gestärkt hat.

Damit erfüllt der Abschlussprüfer im Allgemeinen eine Doppelfunktion: er ist Garant der öffentlichen Publizität und zugleich Funktionsträger innerhalb der Unternehmensverfassung²⁷. Diese Stellung ähnelt der eines Notars, der bei Beurkundungen zugleich im Interesse des Mandanten wie auch im öffentlichen Interesse handelt. Trotz der Verschiebung der Akzente zugunsten der

²¹ Hommelhoff / Mattheus, AG 1998, 249, 251

²² Der Abschlussprüfer wurde im Jahre 1931 als Folge der Wirtschaftskrise durch eine Notverordnung im deutschen Aktienrecht eingeführt: s. Erste Notverordnung des Reichspräsidenten v. 19.9.1931, RGBl. 1931 I, 493

²³ Ebenda

²⁴ Winnefeld, Bilanzhandbuch, Einf., Rdnr. 17

²⁵ BGBl. I 1998, 786ff.

²⁶ Hommelhoff / Mattheus, AG 1998, 249, 251

²⁷ Hommelhoff, BB 1998, 2567

Funktion innerhalb der Unternehmensverfassung spielt die Garantiefunktion nach wie vor eine große Rolle. Dies umso mehr, wenn die geprüfte Gesellschaft am Kapitalmarkt auftritt und die vom Abschlussprüfer geprüften Informationen für die Anlageentscheidung der potentiellen Anleger am Kapitalmarkt ausschlaggebend sein können. Hier rückt wiederum die Schutzbedürftigkeit des als Anlegerschaft angesprochenen breiten Publikums und der Funktionsschutz von Kapitalmarkt und Wirtschaft in den Vordergrund²⁸. Die Garantiefunktion des Abschlussprüfers ist also gerade bei börsennotierten Aktiengesellschaften als besonders signifikant zu qualifizieren.

III. Zusammenfassung

Somit bleibt festzuhalten, dass das deutsche Gesellschaftsrecht nach wie vor am traditionellen System einer dualistischen Unternehmensverfassung festhält. Diese ist gekennzeichnet durch eine strikte organisatorische Trennung der Geschäftsführungs- und Überwachungskomponente in der Unternehmensverfassung, durch die Ansiedelung der unternehmerischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat sowie durch eine eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft durch das Management.

Dem Abschlussprüfer kommt im deutschen Recht eine Doppelfunktion zu: er trifft eine Aussage über die Richtigkeit der Rechnungslegung gegenüber dem weiten Publikum und er fungiert als Gehilfe des Aufsichtsrates bei der Überwachung der Geschäftsführung, insbesondere bei der Prüfung des Jahresabschlusses. Die Reform des Aktien- und Rechnungslegungsrechts durch das KonTraG hat zur Stärkung der zweiten Komponente der Abschlussprüferfunktion beigetragen.

²⁸ Vgl. Baumbach / Merkt, HGB, § 267, Rdnr. 9

B. Der Abschlussprüfer und die Organe eines dualistisch organisierten Unternehmens (am Beispiel der deutschen AG)

Nachfolgend wird darzustellen sein, wie sich der Abschlussprüfer im Einzelnen zu den Organen der dualistisch organisierten Aktiengesellschaft deutschen Rechts verhält. Dabei steht gerade die Hilfefunktion des Abschlussprüfers, und nicht seine öffentliche Garantfunktion im Vordergrund der Betrachtung.

I. Abschlussprüfer und Aufsichtsrat

1. Wahlvorschlag

Der Abschlussprüfer wird in der AG auch nach dem Inkrafttreten des KonTraG im Jahre 1998 von der Hauptversammlung gewählt (§ 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG). Eine Ausnahme besteht lediglich für Versicherungsunternehmen, wo die Auswahl und Bestellung des Abschlussprüfers direkt dem Aufsichtsrat übertragen ist (§ 341k Abs. 2 HGB).

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Aufsichtsrat außerhalb der Versicherungswirtschaft keinen Einfluss auf die Wahl des Abschlussprüfers hat. Vielmehr hat der Aufsichtsrat das Recht und sogar die Pflicht²⁹, der Hauptversammlung einen Wahlvorschlag zu unterbreiten (§ 124 Abs. 3 S. 1 AktG). Hierbei ist zu betonen, dass nur die Aufsichtsratsmitglieder einen Wahlvorschlag zu unterbreiten haben, nicht jedoch auch der Vorstand. Darin kommt gerade die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers vom Vorstand zum Ausdruck, die durch einen Wahlvorschlag des Vorstands unterlaufen werden könnte. Der BGH unterstreicht diese Kompetenzzuweisung, indem er die Wahl des Abschlussprüfers sogar dann für anfechtbar hält, wenn der Wahlvorschlag gemeinsam vom Vorstand und Aufsichtsrat unterbreitet wurde³⁰.

Die gesetzlich angeordnete Kompetenzzuweisung in Bezug auf den Abschlussprüfer-Wahlvorschlag wurde auch im Deutschen

²⁹ Kropff, § 8, Rdnr. 150

³⁰ BGH AG 2003, 319

Corporate Governance Kodex aufgegriffen. Nach Ziff. 7.2.1. DCGK hat der Aufsichtsrat nicht nur einen Abschlussprüfer formell vorzuschlagen, sondern auch vorher eine Erklärung des vorgesehenen Prüfers einzuholen, „ob und ggf. welche beruflichen, finanziellen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Prüfer und seinen Organen und Prüfungsleitern einerseits und dem Unternehmen und seinen Organmitgliedern andererseits bestehen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können. Die Erklärung soll sich auch darauf erstrecken, in welchem Umfang im vorausgegangenen Geschäftsjahr andere Leistungen für das Unternehmen, insbesondere auf dem Beratungssektor erbracht wurden bzw. für das folgende Jahr vertraglich vereinbart sind.“ Diese Empfehlung des Kodex unterliegt der Entsprechungserklärung nach § 161 AktG. Damit ist der Abgabe des Wahlvorschlags durch den Aufsichtsrat eine zumindest vorläufige Prüfung der Unbefangenheit des Abschlussprüfers vorgeschaltet.

Somit ist die bisher verbreitete Praxis, wonach Aufsichtsräte ihre mit dem Vorschlagsrecht verbundene Einflussmöglichkeit nicht nutzen, sondern einen (inoffiziellen) Vorschlag des Vorstands mehr oder weniger ungeprüft übernehmen, nicht rechens³¹. Die Auswahl des Abschlussprüfers und die im DCGK geforderte vorbereitende Fühlungnahme obliegt gerade dem Aufsichtsrat. Es ist für den Aufsichtsrat auch sinnvoll, bereits im Vorfeld der Wahl des Prüfers durch die Hauptversammlung mit diesem eine Einigkeit über die Grundlagen der Honorierung zu erzielen, da nach einer solchen Wahl dem Aufsichtsrat bereits die Hände gebunden sind.

Dennoch ist zu betonen, dass die endgültige Wahl des Abschlussprüfers der Hauptversammlung überlassen ist. Diese ist freilich an den Vorschlag des Aufsichtsrates nicht gebunden. Im Gegenteil – der Aufsichtsrat ist an die von der Hauptversammlung getroffene Wahl gebunden³².

2. Erteilung des Prüfungsauftrages

³¹ Kropff, § 8, Rdnr. 151

³² Kropff, § 8, Rdnr. 153

Eine der wesentlichen Novellen des KonTraG bestand in der Verlagerung der Kompetenz zur Erteilung des Prüfungsmandats vom Vorstand auf den Aufsichtsrat³³. Nunmehr erteilt der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 2 S. 3 AktG dem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag für den Jahres- und Konzernabschluss gemäß § 290 HGB. Damit wurde die für das dualistische System durchaus gerechtfertigte Anknüpfung des Abschlussprüfers an das Überwachungsorgan Aufsichtsrat vollzogen und dem allgemeinen Grundsatz Rechnung getragen, dass der Überwachte sich seine Überwacher nicht selber aussuchen darf³⁴. Die gesetzliche Neuregelung soll auch Signalwirkung entfalten, nämlich die Unabhängigkeit des Prüfers vom Vorstand unterstreichen und verdeutlichen³⁵. Aus der Verlagerung der Auftragserteilungskompetenz auf den Aufsichtsrat ergibt sich in gewisser Weise auch eine Neuordnung des Verhältnisses der Gesellschaftsorgane zum Prüfer; der Prüfer ist nun einerseits an die Weisungen des Aufsichtsrates gebunden, andererseits aber auch auf die Mitwirkung des Vorstands angewiesen. Dies könnte für den Abschlussprüfer eine wahre Zerreißprobe bedeuten³⁶. Für den Aufsichtsrat bedeutet die Zuständigkeit für die Erteilung des Prüfungsauftrages dagegen eine gewisse Steigerung der Pflichten³⁷. Denn die Erteilung des Prüfungsauftrages ist nicht wie ein formeller Akt zu betrachten, sondern mit ihm geht in gewisser Weise auch die *Festlegung des Prüfungsumfanges* einher. Somit rücken nunmehr die Abschlussprüfung und die Ausgestaltung ihrer Durchführung in die Gesamtverantwortung von Prüfer und Aufsichtsrat³⁸. Die inhaltliche Festlegung des Prüfungsauftrages bedeutet indes gewiss nicht, dass der gesetzliche Mindeststandard der Prüfung durch den Aufsichtsrat ausgehebelt werden kann. Denn was Gegenstand der Prüfung sein soll und wie diese Prüfung angelegt werden muss, ergibt sich aus dem Gesetz (§ 317 HGB) und den

³³ Leyens, S. 205

³⁴ Vgl. Semler in: MünchKomm AktG, § 111, Rdnr. 315

³⁵ Hüffer, AktG, § 111, Rdnr. 12a

³⁶ Leyens, S. 206

³⁷ Hommelhoff, BB 1998, 2567, 2569

³⁸ Ebenda

darauf gestützten Grundsätzen ordnungsgemäßer Prüfung. Der gesetzliche Prüfungsumfang kann vom Aufsichtsrat freilich nicht eingeschränkt werden³⁹.

Möglich ist aber die Bestimmung der Gegenstände im Prüfungsauftrag, die bei der Prüfung zur Unterstützung der Aufsichtsratsüberwachung mit erledigt werden können. Zunächst einmal kommt eine solche Gestaltung des Prüfungsauftrages in Betracht, die den gesetzlichen Prüfungsumfang nicht erweitert, ihn vielmehr nur konkretisiert und an den konkreten Prüfungswünschen des Aufsichtsrates ausrichtet. Hierzu gehört wohl noch in der Regel die Festlegung der Prüfungsschwerpunkte für die Abschlussprüfung. Solche Prüfungsschwerpunkte können z. B. sein die Prüfung besonders risikoreicher Geschäfte, wie z. B. der Auslands-Engagements oder – besonders relevant im Bankenbereich – Prüfung des Derivatehandels⁴⁰. Eine solche Schwerpunktsetzung, die im Prüfungsauftrag gemacht wird, ist für den Abschlussprüfer verbindlich.

Des Weiteren kann der Aufsichtsrat noch im Rahmen einer Konkretisierung des gesetzlichen Prüfungsauftrages die Art und Weise der Berichterstattung festlegen und z. B. einen *monitoring letter* verlangen, der durch die Darstellung systematisch wechselnder Überwachungsfelder eine permanente Abbildung des Unternehmensgeschehens ermöglicht und die Zusammenarbeit zwischen den internen und externen Überwachern nachhaltig stärken kann⁴¹. Wichtig kann zudem insbesondere im Hinblick auf Ziff. 7.1.2 DCGK die Festlegung des Termins für die Abgabe des Prüfungsberichts sein. Zulässig und vom Corporate Governance Kodex sogar empfohlen ist die Vereinbarung einer Rede- und Berichtspflicht des Abschlussprüfers in Bezug auf alle für die Aufgaben des Aufsichtsrates wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse, die sich bei der Durchführung der Abschlussprüfung ergeben (Ziff. 7.2.3. DCGK). Dieser Empfehlung des Kodex kann

³⁹ Kropff, § 8, Rdnr. 155

⁴⁰ Leyens, S. 217

⁴¹ Leyens, S. 217

der Aufsichtsrat durch eine entsprechende Ausgestaltung des Prüfungsauftrages nachkommen.

Zulässig und auch sinnvoll ist daneben auch eine solche Ausgestaltung des Prüfungsauftrages, die den gesetzlichen Prüfungsumfang erweitert. Die unmittelbare Kompetenz des Aufsichtsrates zur *Erweiterung des gesetzlichen Prüfungsumfanges* folgt aus § 111 Abs. 2 S. 2 AktG⁴²., der den Aufsichtsrat im Rahmen seiner eigenen Prüfungskompetenz ermächtigt, „für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige“ zu beauftragen.

Die Entscheidung über die Erweiterung des Prüfungsumfanges liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Aufsichtsrates und kann sich bei erhärteten Verdachtsmomenten sogar zu einer Pflicht verdichten⁴³.

Die Informationsrechte des Abschlussprüfers im Rahmen einer Erweiterung des Prüfungsumfanges nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG sind allerdings von denen des Aufsichtsrates abgeleitet; daher können sie im Einzelfall nicht weiter reichen, als die des Aufsichtsrates. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach dem jetzigen Meinungsstand in der Literatur die Information des Aufsichtsrates vorrangig durch die Vorstandsberichterstattung (§ 90 AktG) zu erfolgen hat; die Information durch vorstandsunabhängige Quellen hat demgegenüber eine untergeordnete Bedeutung und ist nur bei Vorliegen eines besonderen Anlasses begründet, so die (noch) h. M⁴⁴.

Schließlich ist in der Auftragserteilung an den Abschlussprüfer auch die Vereinbarung der Vergütung des Prüfers enthalten. Gerade in diesem Punkt manifestiert sich die durch das KonTraG gestärkte Unabhängigkeit des Abschlussprüfers vom Vorstand: nach dem vor 1998 geltenden Recht war auch die Festlegung des Abschlussprüfer-Vergütung Sache der gesetzlichen Vertreter der zu prüfenden Gesellschaft. Dabei schließt die Auftragserteilung durch den Aufsichtsrat es freilich nicht aus, dass der Vorstand zunächst verschiedene Angebote vorbereitend bewertet⁴⁵. Dabei muss sich der

⁴² Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 111, Rdnr. 469

⁴³ Leyens, S. 218

⁴⁴ Vgl. Leyens, S. 160

⁴⁵ Kropff, § 8, Rdnr. 156

Aufsichtsrat allerdings bewusst sein, dass der Vorstand insoweit nur Hilfsdienste leistet und die verantwortliche Entscheidung beim Aufsichtsrat liegt.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass durch die Übertragung der Kompetenz zur Erteilung des Prüfungsauftrages auf den Aufsichtsrat zwischen dem Wahlvorschlag und der Auftragserteilungskompetenz eine logische funktionale Einheit geschaffen wurde⁴⁶, die mit dem Grundgedanken des dualistischen Systems, nämlich der Trennung der Geschäftsführungs- und Überwachungsfunktion in der Verwaltung durchaus vereinbar ist. Schon vor Abgabe ihres Wahlvorschlags müssen sich die Aufsichtsratsmitglieder darüber Gedanken machen, wie die künftige Prüfung des Unternehmens auszusehen hat und auf dieser Grundlage einen geeigneten Kandidaten für die Durchführung der Abschlussprüfung aussuchen. Nachfolgend hat der Aufsichtsrat in regelmäßigen Abständen darüber zu befinden, ob der vertraute Abschlussprüfer unter den gewandelten Überwachungsaufgaben immer noch in der Lage ist, den Aufsichtsrat bei der Vorstands-Überwachung optimal zu unterstützen.

3. Prüfungsbericht und seine Vorlage an den Aufsichtsrat

Das Ergebnis der Prüfung des Jahres- oder Konzernabschlusses hat der Abschlussprüfer in einem Prüfungsbericht nach § 321 HGB darzulegen. Daneben besteht die Pflicht des Abschlussprüfers nach § 322 HGB, das Prüfungsergebnis in einem Bestätigungsvermerk zusammen zu fassen; dabei ist – je nach den Feststellungen des Abschlussprüfers während der Prüfung und seiner Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung – ein Bestätigungsvermerk uneingeschränkt bzw. eingeschränkt zu erteilen oder zu versagen⁴⁷ (§ 322 Abs. 2 HGB). Der Bestätigungsvermerk ist in den Prüfungsbericht aufzunehmen und somit Bestandteil desselben (§ 322 Abs. 7 S. 2 HGB).

⁴⁶ Vgl. Hommelhoff, BB 1998, 2567, 2569

⁴⁷ Wird der Bestätigungsvermerk versagt, so ist der Vermerk des Abschlussprüfers freilich nicht als „Bestätigungsvermerk“ zu bezeichnen, § 322 Abs. 4 S. 2 HGB

Die Erstattung des Prüfungsberichts gehört bei der Pflichtprüfung ebenso wie die Erteilung des Bestätigungsvermerks zu den Vertragspflichten des Abschlussprüfers. Während sich der formelhafte Bestätigungsvermerk aber in erster Linie an die Öffentlichkeit wendet und das Prüfungsergebnis in zusammengefasster Form als Gesamturteil bekannt geben soll, hat der Prüfungsbericht die Aufgabe, die Ergebnisse der Prüfung für die Organe näher zu erläutern⁴⁸.

Der Prüfungsbericht enthält zum einen eine Erläuterung der Prüfung gegenüber dem Vorstand. Insbesondere ist im Prüfungsbericht festzustellen, ob die Rechnungslegung des geprüften Unternehmens den gesetzlichen Vorgaben entspricht und ob der Abschluss insgesamt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der geprüften Kapitalgesellschaft bzw. des Konzerns vermittelt (§ 321 Abs. 2 HGB).

Dieser erläuternde Teil des Prüfungsberichts ist aber durch das KonTraG um mehrere wesentliche Punkte ergänzt worden, so vor allem um den Prüfkomentar zum Vorstandslagebericht (§ 321 Abs. 1 S. 2 HGB) sowie um einen Prüferbericht zum Controlling (§ 321 Abs. 4 HGB).

Vor allem mit der Aufnahme des Prüferkommentars zum Lagebericht in den Prüfungsbericht nach § 321 HGB hat der Gesetzgeber diesen bis dahin hauptsächlich vergangenheitsbezogenen Bericht um einen zukunftsbezogenen Aspekt erweitert. Das Ziel dieser Erweiterung bestand darin, die Abschlussprüfung auf die zunehmend zukunfts- und risikoorientierte Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat abzustimmen⁴⁹. Vom Abschlussprüfer werden dadurch in einem stärkeren Masse als bis dahin unternehmerische Beurteilungen gefordert. Dabei ist zu betonen, dass der Abschlussprüfer selbst keinen Bericht zur Unternehmenslage abzugeben hat. Seine Aufgabe besteht eben gerade nur darin, einen Kommentar zu dem vom

⁴⁸ Adler / Düring / Schmaltz, Rechnungslegung, § 321 HGB, Rdnr. 19

⁴⁹ Leyens, S. 204

Vorstand nach §§ 289 und 315 HGB aufgestellten Lagebericht abzugeben, wobei er insbesondere auf die Beurteilung des Fortbestandes und der künftigen Entwicklung des Unternehmens durch den Vorstand einzugehen hat. Zu einer solchen Stellungnahme ist der Prüfer freilich nur dann verpflichtet, wenn und soweit der Lagebericht des Vorstands eine Beurteilung erlauben, woraus nochmals deutlich wird, dass der Prüfer nur die Beurteilung des Vorstands zu überprüfen hat⁵⁰.

Die Stellungnahme des Prüfers zum Lagebericht dient vor allem dazu, die subjektiven Darlegungen des Vorstands zur Unternehmenslage aus dem Blickwinkel eines sachkundigen Dritten zu verobjektivieren. Eine solche objektive Betrachtung soll es dem Aufsichtsrat ermöglichen, sich ein unvoreingenommenes Bild von der Lage des Unternehmens und seinen Perspektiven zu machen. Daher ist der Prüfer bei der Beurteilung des Lageberichts berechtigt und verpflichtet, nicht nur den Lagebericht selbst, sondern auch andere Unterlagen, wie insbesondere die Vorstandsberichte nach § 90 AktG mit einzubeziehen. Der Prüferkommentar dient dem Aufsichtsrat gleichsam als „Lesehilfe“, um den Vorstand effektiv überwachen zu können⁵¹.

Des Weiteren hat der Prüfer im Prüfungsbericht nach § 321 Abs. 4 HGB eine *Beurteilung des Risikomanagementsystems* bei dem zu prüfenden Unternehmen abzugeben. Hintergrund ist, dass nach § 91 Abs. 1 AktG der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen hat, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden können. Dies erfordert die Einrichtung eines besonderen Risiko-Überwachungssystems. Nach § 317 Abs. 4 HGB ist bei einer AG, die Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben hat, im Rahmen der Abschlussprüfung auch zu beurteilen, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 AktG obliegenden Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat und ob das danach einzurichtende Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann. Diese Regelung, die mit dem KonTraG eingeführt wurde, brachte

⁵⁰ Dörner, DB, 2000, 101, 104

⁵¹ Hommelhoff, BB 1998, 2567, 2571

einschneidende Veränderungen für die Abschlussprüfer mit sich: sie haben nunmehr nicht nur die Unrichtigkeiten der Rechnungslegung aufzudecken, sondern zusätzlich auch die Organisation der Gesellschaft zu prüfen⁵². Somit werden die Aufgaben des Prüfers ein gutes Stück in Richtung auf die funktionale Prüfung der Geschäftsführung erweitert⁵³. Dem Prüferteil zum Controlling-System wird innerhalb des Prüfungsberichts eine große Bedeutung zugemessen: der Abschlussprüfer hat das Ergebnis seiner Prüfung in einem besonderen Teil des Prüfungsberichts zu unterbreiten (§ 321 Abs. 4 S. 1 HGB).

Nach Ansicht von *Hommelhoff* folgt aus der in § 317 Abs. 4 HGB kodifizierten Pflicht des Prüfers zur Prüfung des Überwachungssystems eine Warnpflicht gegenüber dem Aufsichtsrat für den Fall, dass er Fehler dieses Systems erkennt. Der Prüfer soll nämlich nicht das im Rahmen der Prüfung erlangte Wissen für sich behalten und dieses erst später nach Abschluss des Prüfungsberichts dem Aufsichtsrat eröffnen⁵⁴. Vielmehr resultiert aus dem Prüfungsverhältnis eine Sofortwarnpflicht.

Es ist hier jedoch zu betonen, dass der Abschlussprüfer lediglich die Funktionsfähigkeit des Überwachungssystems zu beurteilen hat; die Beurteilung der Effizienz des Systems, also der Angemessenheit des Kosten / Nutzenverhältnisses bleibt einzig und allein dem Aufsichtsrat überlassen⁵⁵.

Der Abschlussprüfer hat den Prüfungsbericht zu unterzeichnen und – anders als noch vor Inkrafttreten des KonTraG – den Aufsichtsratsmitgliedern *unmittelbar zuzuleiten*. Dies ist eine weitere gesetzliche Maßnahme, die darauf abzielt, die Unabhängigkeit der Abschlussprüfung vom Vorstand zu stärken. Nach der vor der Reformierung geltenden Rechtslage wurde der Prüfungsbericht nämlich nur über die gesetzlichen Vertreter an die Aufsichtsratsmitglieder geleitet. Dies eröffnete der Manipulation

⁵² Dörner, DB, 2000, 101, 103

⁵³ Hommelhoff, BB, 1998, 2625

⁵⁴ Hommelhoff, BB, 1998, 2625, 2629

⁵⁵ Leyens, S. 209

freilich Tür und Tor⁵⁶. Nunmehr ist jegliche Einwirkung durch den Vorstand ausgeschlossen. Der Prüfungsbericht ist zusammen mit den Vorstandsvorlagen jedem Aufsichtsratsmitglied auszuhändigen (§ 170 Abs. 3 S. 2 AktG). Es genügt jedoch auch eine Aushändigung an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, soweit eine Weiterleitung an die anderen Mitglieder gewährleistet ist⁵⁷⁵⁸.

Somit schließt sich der Kreis: der Aufsichtsrat sucht den Abschlussprüfer aus und unterbreitet der Hauptversammlung einen Wahlvorschlag; er erteilt den Prüfungsauftrag und legt somit den Prüfungsumfang fest; er erhält auch unmittelbar das Ergebnis der Abschlussprüfung.

4. Berichtspflicht des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat (insbesondere: Teilnahme an der Bilanzsitzung)

Ein wesentliches Element der gesetzlich angeordneten Funktion des Abschlussprüfers als Gehilfe des Aufsichtsrates besteht in der mündlichen Information der Aufsichtsratsmitglieder über das Ergebnis der Abschlussprüfung. Formell findet diese Information in der sog. Bilanzsitzung des Aufsichtsrates statt.

Die Bilanzsitzung ist die einmal jährlich stattfindende Sitzung des Überwachungsorgans, die im Wesentlichen zwei Zwecke verfolgt: Unterrichtung des Aufsichtsrates zu den Jahresabschluss-Vorlagen des Vorstands sowie Prüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Vorlagen durch den Aufsichtsrat⁵⁹. Fällt die Bewertung des Aufsichtsrates positiv aus, wird also der vom Vorstand aufgestellte Jahresabschluss gebilligt, so liegt darin zugleich die Feststellung des Jahresabschlusses nach § 172 AktG. Der Termin der Bilanzsitzung ergibt sich aus dem zeitlichen Ablauf der Abschlussarbeiten, er sollte jedoch spätestens 6 Monate nach Schluss des Geschäftsjahres stattfinden⁶⁰.

Zur Erfüllung seiner mündlichen Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat hat der Abschlussprüfer an dieser Bilanzsitzung

⁵⁶ vgl. Leyens, S. 210

⁵⁷ Baumbach / Hopt / Merkt, HGB, § 321, Rdnr. 11

⁵⁸ Zur Frage, ob die Vorlage nur an die Mitglieder des Bilanzausschusses genügt, s. u. III.

⁵⁹ Kropff, § 8 Rdnr. 166

teilzunehmen, § 171 Abs. 1 S. 2 AktG. Die Teilnahme des Abschlussprüfers ist seit dem Inkrafttreten des KonTraG obligatorisch: weder die Hauptversammlung noch der Aufsichtsrat können diesen Gesetzesbefehl modifizieren und auf die Teilnahme des Abschlussprüfers verzichten⁶¹. Der Abschlussprüfer hat der Sitzung persönlich beizuwohnen; ist eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zum Abschlussprüfer bestellt, so muss der den Prüfungsbericht und Bestätigungsvermerk unterzeichnende verantwortliche Wirtschaftsprüfer anwesend sein⁶². Erforderlich ist in der Regel die körperliche Anwesenheit des Abschlussprüfers: nur so ist die vom Gesetzgeber geforderte intensive Kommunikation zwischen dem Abschlussprüfer und dem Aufsichtsrat gewährleistet. Für ausreichend wird aber auch eine Zuschaltung per Videokonferenz gehalten⁶³. Insgesamt soll der persönliche Austausch zwischen dem Abschlussprüfer und jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied sichergestellt sein.

Der Abschlussprüfer hat in der Bilanzsitzung über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung zu berichten. Dabei handelt es sich keineswegs um ein Verlesen des schriftlichen Prüfungsberichts: der Zweck der Teilnahme des Abschlussprüfers an der Sitzung besteht vielmehr darin, den Aufsichtsratsmitgliedern die Schwerpunkte der durchgeführten Abschlussprüfung, ihre wesentlichen Feststellungen und die Gesamtzusammenhänge in Erinnerung zu rufen, um auf diese Weise dem Aufsichtsrat Hinweise zu geben, auf welchen Gebieten und in welche Richtungen dieser seine Überwachungstätigkeit entfalten könnte⁶⁴.

Dabei ist zu betonen, dass der Abschlussprüfer gegenüber dem Aufsichtsrat zu voller Offenheit verpflichtet ist. Eine Verschwiegenheitspflicht besteht insoweit nicht.

Somit hat der Abschlussprüfer als Gehilfe des Aufsichtsrates diesem nicht nur ein schriftliches Ergebnis der Abschlussprüfung zu

⁶⁰ Kropff, § 8 Rdnr. 169

⁶¹ Neuling, BB 2003, 167

⁶² Neuling, BB 2003, 167, 168

⁶³ Neuling, BB 2003, 167, 169

⁶⁴ Hommelhoff, BB 1998, 2625, 2626

übermitteln, sondern auch zu diesem Prüfungsergebnis persönlich Rede und Antwort zu stehen.

II. Abschlussprüfer und Vorstand

1. Unabhängigkeit des Abschlussprüfers vom Vorstand

Die logische Konsequenz aus der Stellung der Abschlussprüfung im Rahmen des dualistischen Systems als Gehilfe des Überwachungsorgans besteht in seiner Distanz zum überwachten Organ, dem Vorstand. Diese Distanz ist mit der Reformierung des Rechnungslegungsrechts durch das KonTraG zusätzlich gestärkt und unterstrichen worden.

Zu den die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers stärkenden Regelungen gehört die bereits oben erwähnte Verlagerung der Kompetenz zur Erteilung des Prüfungsauftrages auf den Aufsichtsrat. Eine weitere Neuerung liegt in der Verpflichtung des Abschlussprüfers, seinen Prüfungsbericht direkt dem Aufsichtsrat und nicht wie bisher zunächst dem Vorstand auszuhändigen.

Allerdings soll auch nach dem jetzt geltenden Recht dem Vorstand Gelegenheit gegeben werden, zum Prüfungsbericht des Abschlussprüfers vor dessen Zuleitung an den Aufsichtsrat Stellung zu nehmen. In der Literatur ist in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen worden, wer Adressat der Stellungnahme des Vorstandes sein soll: der Abschlussprüfer oder der Aufsichtsrat.

Nach herrschender und wohl auch richtiger Auffassung hat der Vorstand seine Stellungnahme zum Prüfungsbericht an den Aufsichtsrat zu richten. Denn die Zuleitung der Stellungnahme an den Abschlussprüfer würde eine Verfestigung der Vorabstimmung zwischen Vorstand und Abschlussprüfer bedeuten, der der Gesetzgeber gerade entgegenzutreten versuchte. Sinn und Zweck der Stellungnahme ist es vielmehr, dass der Aufsichtsrat den fertigen Prüfungsbericht und die Auffassung des Vorstands aneinander messen kann. Aus Sinn und Zweck der Direktvorlage des Prüfungsberichts an den Aufsichtsrat muss auch folgen, dass der Abschlussprüfer seinen Bericht abgeschlossen und unterzeichnet hat,

bevor dieser dem Vorstand zur Stellungnahme zugeleitet wird. Die Stellungnahme ist sodann direkt gegenüber dem Aufsichtsrat abzugeben⁶⁵.

2. Kommunikation zwischen Abschlussprüfer und Vorstand

Die Notwendigkeit des Zugriffs des Abschlussprüfers auf die zur Prüfung erforderlichen Informationen und Unterlagen zum einen sowie seine Stellung als Berater des geprüften Unternehmens zum anderen erfordern einen ständigen Informationsfluss zwischen dem Vorstand und dem Abschlussprüfer.

a. Informationen des Abschlussprüfers an den Vorstand

Aufgrund des besonderen Vertragsverhältnisses, dass durch die Erteilung des Prüfungsauftrages zwischen der Gesellschaft und dem Abschlussprüfer zustande kommt, übernimmt der Prüfer auch gewisse Beratungspflichten, die über die bloße Prüfung des Jahres- oder Konzernabschlusses hinausgehen. Daraus kann auch die Verpflichtung des Prüfers erwachsen, nicht nur dem Aufsichtsrat, sondern auch dem Vorstand des geprüften Unternehmens die bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnisse über den Zustand des Unternehmens zu übermitteln. Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang der sog. *management letter*, der sich an den Vorstand des geprüften Unternehmens richtet.

Der *management letter* enthält Feststellungen des Abschlussprüfers, die im Rahmen des Prüfungsauftrages nicht als wesentlich anzusehen sind oder nicht unmittelbar Gegenstand des Prüfungsauftrages sind. So kann der Prüfer beispielsweise auf Verfahrensweisen des Unternehmens stoßen, die zwar die Ordnungsmäßigkeit des Rechnungswesens nicht tangieren, die aber gleichwohl nicht als optimal bezeichnet werden können⁶⁶. Oder der Abschlussprüfer hat Vorschläge für eine effizientere Gestaltung des internen Kontrollsystems etc. Generell kann der *management letter*

⁶⁵ Vgl. Leyens, S. 210f.

⁶⁶ Adler / Düring / Schmaltz, Rechnungslegung, § 321 HGB, Rdnr. 206

jegliche Hinweise zu organisatorischen Mängeln oder auch zur fehlenden fachlichen Eignung der Mitarbeiter enthalten⁶⁷.

Die Erstellung eines *management letter* und die damit verbundene Informierung des Vorstands kann aber nur als Nebenpflicht aus dem Prüfungsverhältnis verstanden werden. Diese Pflicht beruht jedenfalls nicht unmittelbar auf dem Gesetz, sondern wohl in der Regel auf vertraglichen Vereinbarungen mit dem Prüfer oder gar auf Usancen. Selbstverständlich kann es in einem System offen-loyaler Zusammenarbeit dem Abschlussprüfer nicht verwehrt werden, von sich aus den Vorstand zu informieren, soweit es nur nicht im Widerspruch zu den Pflichten des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat steht⁶⁸.

Aber auch in einem anderen Zusammenhang kann eine Informationspflicht des Abschlussprüfers gegenüber dem Vorstand angenommen werden: nämlich, wenn der Prüfer Mängel im Controlling-System feststellt, die eine effektive Risikovorsorge behindern. In solchen Fällen hat der Prüfer parallel zum Aufsichtsrat (s. o.) auch den Vorstand sofort zu informieren⁶⁹.

b. Informationsfluss Vorstand – Abschlussprüfer

Umgekehrt ist natürlich auch der Abschlussprüfer auf eine ganze Reihe von Informationen angewiesen, mit denen ihn nur der Vorstand versorgen kann. Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis, in dem der Prüfer steht: er hat Weisungen des Aufsichtsrates zu befolgen, ist aber auf die Mitwirkung des Vorstandes angewiesen.

Zur Mitwirkung bei der Abschlussprüfung ist der Vorstand kraft § 320 HGB verpflichtet. So hat der Vorstand dem Prüfer uneingeschränkt Einsicht in die Bücher und Schriften der Kapitalgesellschaft zu gewähren sowie es ihm zu ermöglichen, Vermögensgegenstände und Schulden des geprüften Unternehmens zu prüfen. Außerdem sind die Mitglieder des Vorstandes gegenüber dem Abschlussprüfer auskunftspflichtig (§ 320 Abs. 2 HGB).

⁶⁷ Leyens, S. 212

⁶⁸ Vgl. Hommelhoff, BB 1998, 2625, 2630

⁶⁹ Hommelhoff 1998, 2625, 2630

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Abschlussprüfer im Rahmen des gesetzlichen Prüfungsumfangs prüft oder im Rahmen eines erweiterten Prüfungsumfangs von dem Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG als Sachverständiger eingesetzt wird. Denn im letzteren Fall hat der Abschlussprüfer jedenfalls eine vom originären Recht des Vorstands abgeleitete Befugnis, Einsicht in die Bücher des geprüften Unternehmens zu nehmen und Vermögensgegenstände wie auch Schulden zu prüfen (§ 111 Abs. 2 S. 1 AktG).

III. Abschlussprüfer und Hauptversammlung

1. Wahl des Abschlussprüfers

Wie bereits oben erwähnt, ist bei allen Aktiengesellschaften mit Ausnahme von Versicherungsunternehmen die Hauptversammlung für die Bestellung des Abschlussprüfers zuständig. Die Hauptversammlung ist an den Wahlvorschlag des Aufsichtsrates nicht gebunden⁷⁰. Satzungsmäßige Beschränkungen der Wahlfreiheit im Sinne zusätzlicher persönlicher Anforderungen an den Abschlussprüfer über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinaus sind analog § 100 Abs. 4 AktG zulässig⁷¹. Eine echte Wahl muss aber dennoch möglich sein.

Nach h. M. hat die Wahl des Abschlussprüfers für jedes Geschäftsjahr neu und gesondert zu erfolgen, eine gleichzeitige Bestellung für die Prüfung der Jahresabschlüsse mehrerer künftiger Geschäftsjahre ist grundsätzlich unzulässig⁷².

Mit Annahme der Wahl wird der Wirtschaftsprüfer zum Abschlussprüfer der Gesellschaft.

Die Hauptversammlung kann jedoch nicht willkürlich einen beliebigen Wirtschaftsprüfer zum Abschlussprüfer bestellen. Vielmehr muss der bestellte Prüfer zur Prüfung des jeweiligen Unternehmens fachlich geeignet sein und es darf insbesondere auch kein Ausschlussgrund in der Person des gewählten Abschlussprüfers im Sinne des § 319 Abs. 2 bis 5 sowie des § 319a HGB vorliegen. Ist

⁷⁰ Obermüller / Werner / Winden, S. 386

⁷¹ Baumbach / Hopt / Merkt, § 318, Rdnr. 1

dies nicht der Fall, so kann die Bestellung des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung durch eine gerichtliche Bestellung nach § 318 Abs. 3 HGB ersetzt werden. Antragsberechtigt ist dabei der Vorstand, der Aufsichtsrat sowie Aktionäre, deren Anteile zusammen bei Antragstellung 5% des Grundkapitals oder einen Börsenwert von mind. 500 000 EUR erreichen (§ 318 Abs. 3 S. 1 HGB).

2. Teilnahme des Abschlussprüfers an der Hauptversammlung

Eine vom Gesetz angeordnete Teilnahmepflicht des Abschlussprüfers besteht nur dann und insoweit, als die Feststellung des Jahresabschlusses ausnahmsweise Gegenstand der Hauptversammlung ist (§ 176 Abs. 2 S. 1 AktG). Dabei ist der Abschlussprüfer aufgrund der Bestimmung des § 176 Abs. 2 S. 3 AktG nicht verpflichtet, einem Aktionär Auskunft zu erteilen⁷³.

Teilweise wird angenommen, die Teilnahmepflicht beschränke sich nur auf die Feststellung des Jahresabschlusses als Tagesordnungspunkt⁷⁴. Dies wird unter anderem mit dem Willen des Gesetzgebers begründet, der eine übermäßige Belastung des Abschlussprüfers vermeiden wollte. Die andere – wohl herrschende – Meinung erstreckt die Teilnahmepflicht auf die mit der Feststellung des Jahresabschlusses verbundenen Verhandlungen über die Verwendung des Bilanzgewinns und die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat⁷⁵.

Umstritten ist Außerdem, ob der Abschlussprüfer auch ansonsten berechtigt ist, an der Hauptversammlung teilzunehmen. Teilweise wird angenommen, dass eine solche Berechtigung des Prüfers nicht besteht und er vielmehr nur auf Einladung des Hauptversammlungsleiters teilnehmen darf⁷⁶. Mit der h. M.⁷⁷ ist hier aber wohl davon auszugehen, dass der Abschlussprüfer sehr wohl an Hauptversammlungen der geprüften Gesellschaft teilnehmen darf.

⁷² Obermüller / Werner / Winden, S. 383

⁷³ Daher wird der Abschlussprüfer auch als "steinerner Gast" der Hauptversammlung bezeichnet.

⁷⁴ Hüffer, AktG, § 176, Rdnr. 7

⁷⁵ Semler in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, B. IV, § 36 Rdnr. 6

⁷⁶ Schaaf, Rdnr. 289f.

⁷⁷ Semler in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, B. IV, § 36 Rdnr. 6

Dies gebietet die besondere Stellung des Abschlussprüfers innerhalb der Gesellschaft sowie die Tatsache, dass dem Prüfer durch die Teilnahme die Möglichkeit eröffnet wird, Hinweise und Anregungen zu erhalten, welche für seine Prüftätigkeit wertvoll sein könnten⁷⁸.

IV. Zusammenfassung

Innerhalb des Organgefüges der Aktiengesellschaft steht der Abschlussprüfer in einem besonderen Verhältnis zum Aufsichtsrat. Dies entspricht auch der Logik des dualistischen Verwaltungssystems, das eine strikte organisatorische Trennung der Geschäftsführung und der Überwachung vorsieht. Durch die Reformierung des Aktien- und Rechnungslegungsrechts durch das KonTraG im Jahre 1998 wurde diese besondere Verbindung zwischen Abschlussprüfer und Aufsichtsrat in zwei bedeutenden Punkten gestärkt: zum einen wurde die Kompetenz zur Erteilung des Prüfungsauftrages auf den Aufsichtsrat verlagert; zum anderen wurde eine Direktvorlage des Jahresabschlusses durch den Abschlussprüfer an den Aufsichtsrat eingeführt – quasi am Vorstand vorbei. Beibehalten wurde jedoch das Recht des Vorstandes, noch vor Zuleitung des Abschlusses an den Aufsichtsrat zu den Feststellungen des Abschlussprüfers Stellung zu nehmen. Nach h. M. hat diese Stellungnahme jedoch gegenüber dem Aufsichtsrat zu erfolgen, so dass eine Beeinflussung des Abschlussprüfers insoweit nicht möglich ist.

Das Verhältnis des Abschlussprüfers zum geschäftsführenden Organ, dem Vorstand, ist dadurch gekennzeichnet, dass das Gesetz versucht, eine Distanz des Abschlussprüfers zu diesem Organ zu schaffen. Eine sinnvolle Zusammenarbeit ist jedoch nicht ausgeschlossen, insbesondere durch Vorlage eines *management letter* an den Vorstand.

Eine Teilnahmepflicht des Prüfers an der Hauptversammlung besteht nur dann, wenn die Hauptversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses entscheidet. Mit der h. M. kann davon ausgegangen werden, dass der Prüfer jederzeit an den

⁷⁸ Kropff in Geßler / Hefermehl / Eckardt / Kropff, AktG, § 162, Rdnr. 5

Hauptversammlungen des geprüften Unternehmens teilnehmen darf.

C. Audit Committees in der dualistischen Unternehmensverfassung

I. Begriff und Rechtsgrundlagen

Der Begriff *audit committees* entstammt ursprünglich dem angloamerikanischen Rechtskreis. Es handelt sich hierbei um einen Ausschuss innerhalb des monistischen *boards*, der mit zentralen Überwachungskompetenzen in der Unternehmensleitung betraut ist⁷⁹. Im deutschen Recht hat sich – insbesondere auch durch eine Erwähnung im Deutschen Corporate Governance Kodex der Begriff Prüfungsausschuss⁸⁰ oder auch Bilanzausschuss⁸¹ eingebürgert.

Der Grund für die Entstehung der *audit committees* in Großbritannien und den USA liegt wohl vor allem in dem dort verankerten monistischen System. Der ursprüngliche Ansatz des monistischen Systems bestand in der Leitung der Gesellschaft durch einen einheitlichen *board* ("*managed by board of directors*"), der jedenfalls organisatorisch keine Trennung zwischen der Geschäftsführung und der Überwachung hatte. Jedoch hat man in den USA wohl spätestens noch in Ende der 30-er Jahre im Anschluss an den Betrugsfall "McKesson & Robbins" erkannt, dass die Einrichtung eines unabhängigen *audit committee* dem Zwecke einer effizienten Unternehmensüberwachung dienlich ist⁸². Nachfolgend wurde die Forderung nach der Einrichtung von *audit committees* vor allem von der US-amerikanischen Kapitalmarktaufsicht SEC⁸³ sowie von den amerikanischen Börsen gefordert. So verlangt die SEC seit dem Jahre 1974 von registrierten Gesellschaften im sog. Proxy-Statement anzugeben, ob ein *audit committee* installiert worden ist und wie es sich zusammensetzt. Zudem ist seit 1.7.1978 die Einrichtung und Aufrechterhaltung eines unabhängigen *audit committee* für eine Börsenzulassung an der NYSE zwingend vorgeschrieben⁸⁴. Aus diesem Grunde haben *audit committees*,

⁷⁹ Ostermeyer, IStR 2001, 256

⁸⁰ Ziff. 5.3.2. DCGK

⁸¹ Kropff, § 8, Rdnr. 177

⁸² Ostermeyer, IStR 2001, 256, 258

⁸³ US Securities and Exchange Commission

⁸⁴ Ostermeyer, IStR 2001, 256, 258

obwohl gesellschaftsrechtlich in den USA nicht vorgeschrieben, eine große Verbreitung gefunden.

Ähnlich verhält es sich mit den *audit committees* auch in Großbritannien. Obwohl auch hier nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben, haben sich *audit committees* zum Standard der Corporate Governance entwickelt. Vor allem durch den *Code of Best Practice* der *Cadbury Commission* wurden *audit committees* für börsennotierte Gesellschaften de facto normiert⁸⁵.

Ins deutsche Recht hat das *audit committee* mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex Eingang gefunden. Im Gesetz ist lediglich erwähnt, dass der Aufsichtsrat aus seiner Mitte Ausschüsse bilden darf, "um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen" (§ 107 Abs. 3 AktG). Die Einrichtung eines dem angloamerikanischen *audit committee* ähnlichen Prüfungsausschusses dürfte aber mittlerweile auch hierzulande als Standard der Corporate Governance jedenfalls für börsennotierte Aktiengesellschaften gelten, zumal solche Gesellschaften in ihrer Entsprechungserklärung nach § 161 AktG angeben müssen, ob sie die in Ziff. 5.3.2. DCGK enthaltene Empfehlung befolgen.

Für die Einrichtung und Funktion von *audit committees* gibt es mittlerweile auch europäische Vorgaben. Empfehlungen zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses enthält die Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Aufgaben der nicht geschäftsführenden Direktoren/ Aufsichtsratsmitglieder sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/ Aufsichtsrats⁸⁶. Die Empfehlung der Kommission enthält bereits konkrete Anforderungen an die Zusammensetzung sowie die Funktionen des Prüfungsausschusses. So soll sich die Zuständigkeit des Ausschusses nicht lediglich auf die Kontrolle der Finanzinformationen der Gesellschaft beschränken, sondern darüber hinaus auch auf die Überprüfung der internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme

⁸⁵ Ostermeyer, IStR 2001, 256, 259

⁸⁶ Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 107, Rdnr. 309f.

und die Gewährleistung der Effizienz der internen Prüfung erstrecken⁸⁷.

Nachfolgend wird zu untersuchen sein, welche besondere Stellung der Prüfungsausschuss im Organgefüge der deutschen Aktiengesellschaft hat, die ja – anders als das angloamerikanische Recht, dem die Idee der *audit committees* entstammt – dem dualistischen Modell folgt.

II. Zusammensetzung

Im US-amerikanischen wie auch im englischen Rechtskreis wird traditionell ein sehr hoher Wert auf die *Unabhängigkeit* der Mitglieder des *audit committee* gelegt. So sollen die *audit committees* jedenfalls mehrheitlich aus vom Unternehmen unabhängigen und an der Geschäftsführung nicht beteiligten sog. *Outside directors* gebildet werden⁸⁸. Eine Forderung nach der Unabhängigkeit der Mitglieder des Prüfungsausschusses enthält auch die hier bereits zitierte Empfehlung der EU-Kommission⁸⁹.

In den USA wurden die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des *audit committee* insbesondere nach dem Inkrafttreten des *Sarbanes-Oxley Act* verschärft. Die von der SEC erlassenen Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz machen nunmehr die Notierung an einer amerikanischen Börse auch für nichtamerikanische Unternehmen davon abhängig, dass die Mitglieder des *audit committee* besonderen Unabhängigkeitserfordernissen genügen. Sie und ihnen nahe stehende Personen dürfen von der Gesellschaft und den mit ihr verbundenen Unternehmen weder direkt noch indirekt Beratungshonorare oder sonstige Kompensationsleistungen erhalten, ausgenommen Versorgungsbezüge oder eine Aufsichtsratsvergütung⁹⁰.

Im deutschen Recht ist zu beachten, dass bereits das Gesetz gewisse Regeln aufstellt, die darauf abzielen, die Unabhängigkeit aller

⁸⁷ Vgl. Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 107, Rdnr. 310

⁸⁸ Ostermeyer, IStR 2001, 256, 257

⁸⁹ Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 107, Rdnr. 322

⁹⁰ Kropff, § 8, Rdnr. 178

Aufsichtsratsmitglieder sicherzustellen. So können nach § 100 Abs. 2 Nr. 2 und 3 gesetzliche Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens oder eines Unternehmens, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft gehört, nicht zum Mitglied des Aufsichtsrates bestellt werden. Unvereinbar ist nach § 105 Abs. 2 AktG die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat mit der Stellung eines Vorstandsmitglieds, eines Prokuristen oder eines zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigten Handlungsbevollmächtigten. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern sowie Kreditgewährung an diese ist nach §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 AktG nur mit Zustimmung des Gesamtaufichtsrates möglich. Im Übrigen ist die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder auch in gewisser Weise durch die organisatorische Trennung von Aufsichtsrat und Vorstand gewährleistet. Was für alle Aufsichtsratsmitglieder gilt, gilt selbstverständlich auch für Mitglieder des Prüfungsausschusses.

Dennoch ist durch die gesetzlichen Bestimmungen des AktG die Unabhängigkeit der Mitglieder des Prüfungsausschusses nicht in dem Maße gewährleistet, wie es die heutigen Standards der Corporate Governance und auch das Sarbanes-Oxley Act verlangen. Daher enthält der DCGK insoweit einige Ergänzungen: so soll der Gesamtaufichtsrat eine "ausreichende Anzahl" unabhängiger Mitglieder angehören (Ziff. 5.4.2. DCGK). Ein Aufsichtsrat gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder zum Vorstand steht. Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses soll überdies kein ehemaliges Mitglied des Vorstands der Gesellschaft sein (Ziff. 5.3.2.). Dass der Prüfungsausschuss aus unabhängigen Mitgliedern i. S. d. Ziff. 5.4.2. DCGK bestehen soll, schreibt der Kodex jedoch nicht vor.

Insgesamt kann also festgestellt werden, dass das Gesetz in Verbindung mit dem Kodex einen gewissen Grad der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder und somit auch Ausschussmitglieder vorschreibt. Die Unabhängigkeit im Sinne des Sarbanes-Oxley Act ist aber nicht sichergestellt.

Des Weiteren folgt aus dem Sinn und Zweck des *audit committee*, dass seine Mitglieder *sachkundig*, d. h. vor allem bilanzkundig sein sollten. So schreiben die Börsenregeln der amerikanischen Börsen NYSE und NASDAQ vor, dass alle Mitglieder des Prüfungsausschusses *financial literate* sein müssen⁹¹.

Vorschriften zur Vorqualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern enthält das deutsche Recht nicht. Der Kodex empfiehlt dagegen, fachlich qualifizierte Ausschüsse zu bilden (Ziff. 5.3.1.). Außerdem soll der Vorsitzende des Prüfungsausschusses über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen (Ziff. 5.3.2.). Weder das deutsche Aktienrecht noch der Kodex verlangen aber eine *financial literacy* der Ausschussmitglieder. Das wird aber wohl ein Gebot der Praxis sein.

III. Funktionen

Im amerikanischen Recht werden als klassische Kernaufgaben von *audit committees* bezeichnet⁹²:

- 1) die Nominierung bzw. Mitwirkung an der Bestellung des External Auditor und Festlegung der Gebühren für die Abschlussprüfung;
- 2) Besprechung von Umfang, Schwerpunkt und Ansatz des Prüfungsplans bzw. -programms im Vorfeld der Abschlussprüfung mit dem External Auditor;
- 3) Diskussion mit dem External Auditor über die geprüften Jahresabschlussunterlagen, die Berichte hierzu sowie die Auskunftsbereitschaft des Management;
- 4) Erörterung von Vorschlägen des External Auditor zur Verbesserung des Internal Control System sowie anderer bedeutender Unternehmensbereiche.

Hinzu kommen neuerdings auch Aufgaben aus dem Bereich der Überwachung sowie der Sicherstellung der Effizienz des Internal Control System, d. h. der Innenrevision.

⁹¹ Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 107, Rdnr. 323

⁹² Ostermeyer, IStR 2001, 256, 259

Zu betonen ist vor allem, dass nach angloamerikanischem Recht die vollständige Übertragung der Kompetenzen zur Auswahl und Begleitung der Abschlussprüfung möglich ist, obwohl dies so wohl kaum praktiziert wird: rechtstatsächlich wirkt das *audit committee* bei der Prüfung und Genehmigung von Unternehmensabschlüssen nur vorbereitend mit, der *board* behält sich die Genehmigung vor.

Davon, dass durch die Einrichtung eines Prüfungsausschusses die Kernkompetenzen des Gesamtaufsichtsrates nicht angetastet werden können, wird im deutschen Recht auszugehen sein.

So kann davon ausgegangen werden, dass dem Prüfungsausschuss im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat nach § 171 AktG vorbereitende Aufgaben übertragen werden können⁹³. Dabei ist jedoch zu unterstreichen, dass im Ausgangspunkt die Prüfung des Jahresabschlusses Sache des Gesamtaufsichtsrates ist. Die endgültige Entscheidung über die Billigung des Jahresabschlusses kann freilich nur vom Plenum getroffen werden, §§ 107 Abs. 3 S. 2, 171 AktG. Nach der Musteragenda der Schmalenbach-Gesellschaft⁹⁴ kann aber der Prüfungsausschuss insoweit vorbereitend mitwirken, als er einen Bericht von ca. 20-30 Seiten erstellt, die den Aufsichtsrat wirklich zu interessieren haben und die im Plenum zu diskutieren sind. Der Prüfungsausschuss kann außerdem Prüfungsschwerpunkte setzen⁹⁵. Eng damit verbunden ist die Frage, ob es ausreicht, wenn der Prüfungsbericht des externen Abschlussprüfers nicht allen Mitgliedern des Aufsichtsrates, sondern nur den Mitgliedern des Prüfungsausschusses vorgelegt wird. Nach § 170 Abs. 3 S. 2 AktG kann der Gesamtaufsichtsrat beschließen, dass Vorstandsvorlagen und Prüfungsberichte den Mitgliedern eines Ausschusses (meist: des Prüfungsausschusses) vorgelegt werden. Dies wird insbesondere von der Regierungsbegründung dahingehend interpretiert, als die Aushändigung nur an die Ausschussmitglieder beschlossen werden könne. Nach Ansicht von Hommelhoff verstößt aber eine solche

⁹³ Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 107, Rdnr. 315

⁹⁴ Die Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V. hat im Jahre 1995 einen Arbeitskreis Interne und Externe Überwachung der Unternehmung gegründet.

⁹⁵ Ebenda

Auslegung dieser Norm gegen den Grundsatz der Verantwortung des Gesamtaufsichtsrates für die Prüfung der Rechnungslegung⁹⁶. Daher müsste die Norm so interpretiert werden, dass der Gesamtaufsichtsrat lediglich beschließen kann, dass die Prüfungsberichte *zunächst* nur den Mitgliedern des Prüfungsausschusses zugeleitet werden sollen. Außerdem folgt aus der Gesamtverantwortung der Aufsichtsratsmitglieder für die Überwachung der Gesellschaft, dass zumindest der Prüferkommentar zum Lagebericht im Interesse einer problemorientierten Unterstützung der Aufsichtsratsstätigkeit sämtlichen Mitgliedern des Aufsichtsrates ausgehändigt wird.

Eine weitere daran anknüpfende Frage besteht darin, ob die Kompetenz zur Formulierung des Wahlvorschlags für einen externen Abschlussprüfer sowie zur Erteilung des Prüfauftrages und der damit zusammenhängenden Festlegung des Umfangs der Prüfung auf den Prüfungsausschuss übertragen werden können. Hier wird man wohl mit Hommelhoff⁹⁷ ebenso davon ausgehen müssen, dass diese Aufgaben zu den Kompetenzen des Gesamtaufsichtsrats gehören. Denn die Vorstands-Überwachung fällt in die Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrats und damit in die Verantwortung eines jeden Ratsmitglieds. Eines der Kernelemente dieser Überwachung ist die Auswahl und die Beauftragung des Abschlussprüfers.

Umstritten ist schließlich die Frage der Teilnahme des Abschlussprüfers an den Sitzungen des Prüfungsausschusses. Fraglich ist vor allem, ob die Teilnahme an der Sitzung des Ausschusses die Teilnahme an der Bilanzsitzung des Plenums ersetzen kann und damit ausreicht, um eine Anfechtbarkeit der Feststellung des Jahresabschlusses auszuräumen. Die Alternativformulierung des § 171 Abs. 1 S. 2 AktG spricht dafür, dass die Teilnahme des Abschlussprüfers an der Sitzung des Ausschusses genügen sollte. Dennoch geht die h. M davon aus, dass die Teilnahme des Prüfers an der Sitzung des Plenums in jedem Fall

⁹⁶ Hommelhoff, DB 1998, 2567, 2573

⁹⁷ Hommelhoff, DB 1998, 2567, 2570

gefordert werden kann⁹⁸. Jedenfalls zum Prüferkommentar zum Lagebericht (§ 321 Abs. 1 S. 2 AktG) sowie zum Controlling-Bericht (§ 321 Abs. 4 AktG) wird der Prüfer dem Gesamtaufsichtsrat Rede und Antwort stehen müssen⁹⁹.

Die Übertragung der Pflichten zur Prüfung der internen Revision sowie des Risikomanagements¹⁰⁰ auf den Prüfungsausschuss, wie er von den modernen Corporate Governance Standards verlangt wird, ist auch in der deutschen Aktiengesellschaft möglich. Denn eine Information des Aufsichtsrates durch die interne Revision ist mit dem Aufsichtsratssystem vereinbar¹⁰¹.

IV. Zusammenfassung

Der Prüfungsausschuss ist im dualistischen System des deutschen Aktienrechts ein Hilfsausschuss des Aufsichtsrates, der im Wesentlichen dem angloamerikanischen Modell des *audit committee* nachgebildet ist. Die Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder wird bis zu einem gewissen Grad bereits durch die gesetzlichen Vorschriften zur Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder sichergestellt, die auch durch einschlägige Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex ergänzt werden.

Was die Kompetenzen des Prüfungsausschusses angeht, so ist vor allem davon auszugehen, dass im dualistischen Modell die Überwachung des Vorstandes in der Gesamtverantwortung des Aufsichtsrates liegt. Daher kann der Ausschuss in jedem Fall nur vorbereitende und die Arbeit des Gesamtaufsichtsrates unterstützende Aufgaben übernehmen. Eigenständige Kompetenzen im Organgefüge der Aktiengesellschaft werden ihm aber nicht zugedacht sein.

⁹⁸ Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 107, Rdnr. 316

⁹⁹ Hommelhoff, DB 1998, 2625, 2627

¹⁰⁰ Das letztere ist in Ziff. 5.3.2. DCGK sogar ausdrücklich erwähnt.

¹⁰¹ Hopt / Roth, GroßKomm AktG, § 107, Rdnr. 318

D. Zusammenfassung und Ausblick

Die dualistische Unternehmensverfassung zeichnet sich durch eine strikte organisatorische Trennung von Geschäftsführungs- und Überwachungsfunktionen auf der Ebene der Verwaltung der Gesellschaft. Die Geschäftsführung übernimmt in der AG der Vorstand, die Überwachung des Vorstands der Aufsichtsrat. Folgerichtig ist der Abschlussprüfer, dessen Aufgabe die externe Kontrolle über die Rechnungslegung der Gesellschaft im Interesse aller Stakeholder ist, im Organgefüge am stärksten mit dem Aufsichtsrat verknüpft. Neben seiner Rolle als Garant der öffentlichen Rechnungslegung der Gesellschaft ist der Abschlussprüfer deshalb in der dualistischen Unternehmensverfassung vor allem Gehilfe des Aufsichtsrates. Der Aufsichtsrat bedient sich gleichsam des Abschlussprüfers, ohne dessen Unterstützung eine ordnungsgemäße und fachkundige Überwachung des Vorstandes und somit die Erfüllung der zentralen gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Aufsichtsrates nicht möglich wäre. Die Reformierung des deutschen Aktien- und Rechnungslegungsrechts durch das KonTraG im Jahre 1998 hat diese Rolle des Abschlussprüfers nochmals deutlich unterstrichen. Die von der Corporate Governance gebotene Abkopplung des Abschlussprüfers vom Vorstand wurde endgültig gesetzlich verankert.

Während der Aufsichtsrat bei seiner Überwachung des Vorstandes sich auch mit der unternehmerischen Zweckmäßigkeit der Vorstands-Entscheidungen auseinandersetzt, beschränkt sich die Prüfung durch den Abschlussprüfer im Wesentlichen auf die Rechtmäßigkeit der Rechnungslegung. Der Gesetzgeber hat aber durch das KonTraG die Prüfungskompetenz des Abschlussprüfers um zwei wesentliche Punkte erweitert, nämlich um die Stellungnahme zum Lagebericht sowie um die Prüfung der Funktionsfähigkeit des Controlling-Systems einer börsennotierten AG. Damit wurde nochmals die Stellung des Prüfers als Gehilfe des Aufsichtsrats gestärkt, denn die Ergebnisse dieser zusätzlichen Prüfungen sollen nur dem Aufsichtsrat im Prüfungsbericht und nicht

der Öffentlichkeit im Bestätigungsvermerk präsentiert werden. Die Erweiterung der Kompetenzen des Abschlussprüfers bedeutet deshalb insoweit vor allem eine effizientere Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat.

Eine organisatorische Trennung der Überwachung vom Management ist, wie auch das amerikanische Beispiel zeigt, ein Gebot der Corporate Governance. Diese Trennung ist im dualistischen System zweifelsfrei durch die Organisation der Verwaltung sichergestellt. Deshalb stößt auch das besondere Verhältnis des Prüfers zum Verwaltungsorgan Aufsichtsrat auf keine Bedenken: die Unterstützung des Aufsichtsrates bedeutet für den Abschlussprüfer keinen Interessenkonflikt.

Gerade wegen dieser gesetzlich angeordneten organisatorischen Trennung spielt der Prüfungsausschuss, das sog. *audit committee* im dualistischen System keine so große Rolle wie im angloamerikanischen Rechtskreis. Denn der Aufsichtsrat als Ganzes ist bereits personenverschieden vom Management. Seine Unabhängigkeit ist – wenn auch nicht auf dem erforderlichen Niveau – durch eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen gesichert. Vor einem solchen Hintergrund kann der Prüfungsausschuss vor allem als ein Fachausschuss, in dem bilanzkundige Aufsichtsratsmitglieder Rechnungslegungs-relevante Entscheidungen des Aufsichtsrates vorbereiten, sinnvoll sein. Dabei kann es aber nicht um eine vollständige Ersetzung des Gesamtaufichtsrates gehen, auch soweit nur die Prüfung der Rechnungslegung betroffen ist.

Abschließend darf hier noch die These gewagt werden, dass beide Systeme, nämlich das dualistische und das monistische trotz aller konzeptionellen Unterschiede sich stark aufeinander zubewegen. Dies betrifft auch die Rolle und Stellung des Abschlussprüfers wie auch des *audit committee*. Die noch vorhandenen formellen Unterschiede werden durch die Praxis ausgeglichen, die systemübergreifend sehr ähnlich ist. Getrieben wird die Angleichung beider Systeme durch den Kapitalmarkt. Die gleichermaßen dynamische Entwicklung des Kapitalmarkts in Kontinentaleuropa und in den Ländern des angloamerikanischen Rechts stellt immer

neue gleiche Anforderungen an die Corporate Governance. Und auf diese Anforderungen reagiert, auch wenn der Gesetzgeber untätig bleibt, die Praxis.