

Marcus Kaiser*

Der Finanzexperte im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft – mangelnde persönliche Qualifikation als Haftungsgrund und dessen ökonomische Konsequenzen

Abstract

Der Aufsatz befasst sich umfassend mit den Qualifikationsanforderungen des Aufsichtsrats einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft im Allgemeinen und im Speziellen mit denen des vor kurzem neu eingeführten Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG. Die Qualifikationsanforderungen an den Finanzexperten werden im Vergleich zu den gewöhnlichen Mitgliedern des Aufsichtsrats aus haftungsrechtlicher Perspektive herausgearbeitet. Anschließend werden die Ergebnisse interdisziplinär gewürdigt, indem die ökonomischen Konsequenzen der veränderten Haftungssituationen untersucht werden. Die Arbeit richtet sich an alle Leser, die sich vertiefend mit dem Unternehmens- und Gesellschaftsrecht auseinandersetzen und für eine interdisziplinäre Betrachtung offen sind.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin.

I. Einleitung und Gliederung

„Das Ansehen der Aufsichtsräte ist tief gesunken – nachlässige Aufseher tragen nach Ansicht vieler erhebliche Mitschuld an der Wirtschafts- und Finanzkrise.“¹ Dieses Zitat steht beispielhaft für die Woge der Kritik, die dem Aufsichtsrat in einer nicht enden wollenden Diskussion erneut entgegen schlägt.

Enron, Worldcom, Comroad, Ahold, Flowtex, Parmalat und jüngst Hypo Group Alpe Adria sind weltweite Synonyme für Skandale, welche ihren Ursprung in manipulierten, aber durch die Aufseher genehmigten Jahresabschlüssen haben.² Es scheint eine Diskrepanz zwischen gesetzlicher Aufgabe i. S. des § 111 Abs. 1 AktG und tatsächlicher Tätigkeit des Aufsichtsrats zu bestehen. So ist in einer empirischen Studie durch die Universität von Chicago festgestellt worden, dass innerhalb von US-amerikanischen Unternehmen lediglich 34,3 % der Betrugs- und Korruptionsfälle durch die Verwaltung, sprich durch das Unternehmensmanagement oder das „board of directors“, aufgedeckt werden.³ Eine der wesentlichen Ursachen für die unbefriedigende Erfüllung der Überwachungspflicht wird in der zum Teil mangelnden fachlichen Qualifikation der Mitglieder des Aufsichtsrats vermutet.⁴ So weist etwa *Hilmar Kopper* seine Aufsichtsratskollegen auf folgende Formel hin: „Unwissenheit schützt keinen Mandatsträger vor Schadensersatz“.⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat mit einem Bündel an neuen Gesetzen auf die öffentlich geführte Debatte, europarechtlichen Vorgaben und internationalen Entwicklungen reagiert. So wurden mit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), dem Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG), die Einsetzung der Kommission Deutscher Corporate Governance zur Ausarbeitung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK), dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) und dem Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) Änderungen am deutschen Aktienrecht vorgenommen. Ein Bestandteil der Änderungen war die Optimierung der rechtlichen Vorgaben für die Unternehmensüberwachung und deren Durchsetzung.⁶

Durch das am 29.5.2009 in Kraft getretene BilMoG hat der deutsche Gesetzgeber unter anderem Absatz 5 dem § 100 AktG und Absatz 4 dem § 107 AktG neu angefügt. Diese regeln, dass der Aufsichtsrat einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft oder

1 *Freudenberg* Wenn auch Aufsichtsräte Berater brauchen Handelsblatt 19/2010, 60 (60).

2 *Altmeyden* Der Prüfungsausschuss – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat ZGR 2004, 390 (390).

3 *Dyck/Morse/Zingales* Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?, S. 45, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891482 (zuletzt aufgerufen am 1.4.2011).

4 Zur Debatte siehe überblicksartig bei *Säcker* Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern AG 2004, 180.

5 *Kopper* in Semler Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder 3. Aufl. (2009), S. VIII.

6 Beispielhaft hierfür die Gesetzesbegründung des KonTraG BT-Drs. 13/9712, S. 11 ff.

ein von ihm gebildeter Prüfungsausschuss über mindestens einen unabhängigen Finanzexperten⁷ verfügen muss.

Die vorliegende Arbeit untersucht die haftungsrechtlichen Konsequenzen, welche sich aus dem eingefügten Absatz 5 des § 100 AktG ergeben. Um die Konsequenzen logisch herleiten zu können und das Thema umfassend zu beleuchten, wird in den Abschnitten II.–IV. auf die geforderten Qualifikationen der Aufsichtsratsmitglieder im Allgemeinen, anschließend auf die des Finanzexperten und des nahe stehenden Prüfungsausschusses im Speziellen eingegangen. Dem vorangestellt ist eine Einführung über die Tätigkeit des Aufsichtsrats. Mit den so herausgearbeiteten Erkenntnissen ist es möglich die Haftung und den dabei anzulegenden Sorgfaltsmaßstab an den Aufsichtsrat und den Finanzexperten darzustellen. Die sich tatsächlich ergebenden ökonomischen Konsequenzen der zivilrechtlichen Haftungsrisiken des Finanzexperten werden im Abschnitt VII. aufgezeigt. Die Arbeit schließt mit einem Kanon aus zusammenfassenden Thesen.

II. Der Aufsichtsrat und die Qualifikationsanforderungen an dessen Mitglieder

In diesem Abschnitt wird eine Einführung in die Tätigkeit des Aufsichtsrats gegeben und der Meinungsstand zur Qualifikationsanforderung an dessen Mitglieder dargestellt. Das Ergebnis dient als Grundlage für eine umfassende Betrachtung der Haftung für fehlende Qualifikationen.

1. Die Tätigkeit des Aufsichtsrats

Die Rechtsgrundlage für die Arbeit des Aufsichtsrats bilden die §§ 95 bis 116 des AktG. Der Aufsichtsrat hat nach § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsleitung einer Aktiengesellschaft zu überwachen. Die Geschäftsleitung der Aktiengesellschaft liegt nach § 76 Abs. 1 AktG beim Vorstand. Vorstand und Aufsichtsrat sind nach deutschem Recht gesonderte Gremien, dem sogenannten dualistischen System, wohingegen im anglo-amerikanischen Rechtsraum die Geschäftsleitung und Kontrolle in einem Gremium organisiert ist, dem sogenannten monistischen System.

Bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist zwischen dem nicht mitbestimmten Aufsichtsrat und dem mitbestimmten Aufsichtsrat zu unterscheiden. Die Zusammensetzung des nicht mitbestimmten Aufsichtsrats richtet sich allein nach den §§ 95 ff. AktG. Der nicht mitbestimmte Aufsichtsrat besteht aus drei Mitgliedern gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 AktG, wobei die Satzung der Gesellschaft eine größere Mitgliederzahl vorsehen kann, solange eine bestimmte Zahl festgelegt wird und sie nach § 95 Abs. 1 S. 2, 3 AktG durch drei teilbar ist. Die Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre werden nach § 101 Abs. 1 S. 1 AktG grundsätzlich mit einfacher Mehrheit durch die Hauptversammlung gewählt.

⁷ Begrifflichkeit orientiert sich am amerikanischen „financial expert“ nach Sec. 407 Sarbanes-Oxley-Act of 2002 (USA).

Praktisch ist es jedoch überwiegend der Fall, dass zu den aktienrechtlichen Normen die Vorschriften des Mitbestimmungsrechts treten und es sich um einen mitbestimmten Aufsichtsrat handelt.⁸ Das Ziel des deutschen Gesetzgebers ist es hierbei, die Arbeitnehmermitbestimmung auf Aufsichtsratsebene, neben der betrieblichen Mitbestimmung nach Betriebsverfassungsrecht, sicherzustellen. Ob ein Aufsichtsrat von den Arbeitnehmern mitbestimmt ist, richtet sich nach dem Geschäftsfeld des Unternehmens und der Zahl seiner Arbeitnehmer. Betreibt eine Aktiengesellschaft zum Beispiel ihr Geschäft nicht im Bereich der Montanindustrie und beschäftigt in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer greift das Mitbestimmungsrecht. Näheres regeln Spezialgesetze, wobei die unterschiedlichen Normkomplexe zur Zusammensetzung des mitbestimmten Aufsichtsrats in § 96 AktG zusammengefasst sind. In mitbestimmten Unternehmen werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite von den Arbeitnehmern gewählt.⁹

Neben der Überwachung des Vorstandes ist eine weitere wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder nach § 84 AktG sowie der Abschluss, der Änderung und der Beendigung des Anstellungsvertrags zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft. Um seiner Überwachungspflicht nachzukommen, ist der Aufsichtsrat unter anderem befugt Geschäftsführungsmaßnahmen nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Des Weiteren kann sich der Aufsichtsrat nach §§ 109 Abs. 1 S. 2, 111 Abs. 2 S. 2 AktG durch Beauftragung von Sachverständigen oder von Auskunftspersonen und deren Hinzuziehung zu seinen Sitzungen informieren. Die Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts nach § 171 Abs. 1 AktG ist ein wesentlicher Teil der Überwachungspflicht. In dieser Funktion tritt er im Interesse der zahlreichen Aktionäre einer Publikumsgesellschaft auf und ermöglicht es so, die unterschiedlichen Interessen dieser heterogenen Gruppe zu kanalisieren.

Es ist zu diskutieren, inwieweit die Mitglieder des Aufsichtsrats für eine effektive Erfüllung ihrer Aufgabe als Kontrollorgan der Geschäftsleitung fachlich qualifiziert und unabhängig sein müssen.

2. Kenntnisse

a) Gesetzliche Anforderungen

Das Gesetz spricht in § 100 Abs. 1 AktG davon, dass jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person in den Aufsichtsrat wählbar ist. Es werden, außer im später zu behandelnden neu eingefügten § 100 Abs. 5 AktG, ausdrücklich keine fachlichen Qualifikationen im Aktiengesetz gefordert.¹⁰ Nach § 100 Abs. 4 AktG ist es der Gesellschaft gestattet, in ihrer Satzung Qualifikationsanforderungen festzulegen.

⁸ *Langenbacher* Aktien- und Kapitalmarktrecht 2008, S. 63.

⁹ *Ebd.*, S. 66.

¹⁰ Ausdrückliche fachliche Anforderungen sind in Spezialgesetzen für den Aufsichtsrat der Rechtsanwaltsaktiengesellschaft in § 59 f. Abs. 1 S. 2 BRAO analog, für den der Kapitalanlagegesellschaft in § 6 Abs. 4 InvG und in § 36 Abs. 3 KWG für Kreditinstitute und Finanzholding-Gesellschaften geregelt, auf diese ist hier jedoch nicht näher einzugehen.

b) Anforderungen konkretisiert durch die Rechtsprechung

Somit kannte das deutsche Recht keine gesetzlich materiellen Anforderungen an die Eignung einer Person, die ein Aufsichtsratsmandat wahrnehmen will. Der *BGH* hat sich im Jahr 1982 im sogenannten Hertie-Fall¹¹ mit den Anforderungen an die Fähigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds auseinandergesetzt. Der *BGH* stellt zunächst fest, dass es sich um eine höchstpersönliche Tätigkeit nach § 111 Abs. 5 AktG handelt und somit die Aufsichtsratsmitglieder ihre Tätigkeit nicht durch andere wahrnehmen lassen können.¹² Daraus folgert er: „Mit diesem Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung ist vorausgesetzt, dass ein Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muss, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.“¹³

Dieser Mindestqualifikation eines jeden Mitglieds des Aufsichtsrats stellt der *BGH* einen Bereich gegenüber, in dem es um „Spezialkenntnisse“ oder um Fragen geht, „die über die Fachkunde oder die zeitlichen und technischen Möglichkeiten“ der Aufsichtsratsmitglieder hinausgehen.¹⁴ Hieraus folgen zwei Dinge: Zum einen ist es dem Aufsichtsrat möglich, sich in Einzelfragen der nach § 111 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 AktG zugelassenen externen Sachverständigen zu bedienen.¹⁵ Zum anderen, und dies ist für die Aufsichtsratsarbeit von grundlegender Bedeutung, folgt daraus, dass trotz der Anforderungen an die Mindestqualifikation eines jeden einzelnen Mitglieds eine arbeitsteilige, also auf die fachlichen Qualifikationen von einzelnen Mitgliedern zurückgreifende, Aufsichtsratsarbeit möglich ist und nicht jedes Mitglied über sämtliche Qualifikationen zur Bewältigung der Aufgabe verfügen muss.¹⁶

c) Anforderungen konkretisiert durch die Literatur

Die Literatur übernimmt als Grundlage die Meinung des *BGH*. Innerhalb der Literatur ist jedoch streitig, welche Kenntnisse das Gesamtorgan abdecken muss.

aa) Meinungsstreit

Eine Meinung spricht sich dafür aus, dass der Aufsichtsrat im Wege des arbeitsteiligen Zusammenwirkens insgesamt alle Bereiche mit den erforderlichen Kompetenzen abdeckt. Folglich sind jeweils einige oder zumindest eines der Aufsichtsratsmitglieder mit seinen speziellen Fähigkeiten und Kenntnissen zur Bewältigung der gesetzlichen

11 BGHZ 85, 293.

12 BGHZ 85, 293 (295).

13 BGHZ 85, 293 (295 f.).

14 BGHZ 85, 293 (296 f.).

15 *Hommelhoff* Die Autarkie des Aufsichtsrats – Besprechung der Entscheidung BGHZ 85, 293 „Hertie“ ZGR 1983, 551 (565).

16 *Dreher* Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder in FS für Boujong 1996, S. 71 (75); *Hommelhoff* (Fn. 15), S. 560 f.

Aufgaben des Aufsichtsrats in der Lage.¹⁷ Die erforderliche Kompetenz richtet sich hierbei nach Art, Größe und Organisation des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens.¹⁸ So wird zum Beispiel bei DAX 100-Gesellschaften gefordert, dass mindestens ein Mitglied mit besonderer betriebswirtschaftlicher Sachkunde, eines mit Bilanz- und Finanzsachkunde, eines mit besonderer rechtlicher Sachkunde und eines mit besonderer Branchensachkunde zur Begleitung und Überwachung von strategischen Zielen dem Aufsichtsrat angehört.¹⁹

Eine gegensätzliche Meinung findet sich bei *Möllers*. Dieser hält das Idealbild, dass der Aufsichtsrat selbst alle Fähigkeiten und Kenntnisse bereithält, um den Vorstand in dessen konkreter augenblicklicher und absehbar künftiger wirtschaftlicher Lage effektiv und reibungslos zu überwachen, für realitätsfern.²⁰ Hiernach braucht der Aufsichtsrat nicht für alle Überwachungsfacetten eigene Spezialisten bereithalten, sondern kann auf externe Sachverständige bei „bestimmten Aufgaben“²¹ zurückgreifen.²² Dies wird zum einen mit dem Wortlaut des § 111 Abs. 5 AktG begründet, als auch mit der gesetzlichen Vorgabe der §§ 319, 319a HGB zur Vermeidung von Unternehmensberatungstätigkeit durch den Abschlussprüfer.

bb) Stellungnahme

Die zweite Literaturmeinung, welche nicht den Anspruch an den Aufsichtsrat stellt, diesen zumindest als Gesamtorgan mit der erforderlichen Fachkompetenz zu besetzen, ist abzulehnen. Gegen diese Ansicht spricht zum einen die gesetzliche Vorgabe der höchstpersönlichen Aufgabe und zum anderen die praktische Konsequenz, dass ein in bestimmten Fragen unkundiges Aufsichtsorgan die Beratungen der externen Spezialisten nur unzureichend einzuschätzen vermag.²³

3. Unabhängigkeit

Die Frage, ob die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat eine gewisse Unabhängigkeit voraussetzt, war bis zur Einführung des § 100 Abs. 5 AktG nur insofern gesetzlich normiert, dass nach § 105 Abs. 1 AktG kein Vorstandsmitglied, dauernder Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern, Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft Mitglied im Aufsichtsrat sein

17 *Habersack* in MünchKomm AktG II 3. Aufl., § 116 Rn. 24; *Altmeyen* (Fn. 2), S. 409 f.; *Lutter* Auswahlpflichten und Auswahlverschulden bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern ZIP 2003, 417 (418); *Scheffler* Der Aufsichtsrat – nützlich oder überflüssig ZGR 1993, 63 (73 ff.).

18 *Habersack* Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsorgans der Gesellschaft ZSR 2005, 533 (556); *Lutter* (Fn. 17), S. 418.

19 *Habersack* (Fn. 17), § 101 Rn. 18; *Lutter* (Fn. 17), S. 418; *Wardenbach* Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde als Bestellungshindernisse zum Aufsichtsrat der AG 1996, S. 279.

20 *Möllers* Professionalisierung des Aufsichtsrates ZIP 1995, 1725 (1730).

21 § 111 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 AktG.

22 *Möllers* (Fn. 20), S. 1730.

23 *Altmeyen* (Fn. 2), S. 410.

darf. Zudem gibt es in § 100 Abs. 2 AktG eine Auflistung von persönlichen Merkmalen, welche eine Übernahme des Aufsichtsmandats verhindern. So sollen zum Beispiel ehemalige Vorstände nach § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG nicht unmittelbar in den Aufsichtsrat wechseln, um so der Konfliktsituation zu entgehen, dass das ehemalige Vorstandsmitglied die eigene Amtszeit auf Fehler überprüfen muss.²⁴

Hierbei ist zu bedenken, dass das noch so qualifizierte Mitglied des Aufsichtsorgans keine Gewähr für eine ordnungsgemäße Überwachung der Geschäftsleitung bietet, wenn es sich in einem Interessenskonflikt befindet und die Gefahr besteht, dass es diesen Konflikt zu Lasten der von ihm zu beaufsichtigenden Gesellschaft löst.²⁵ Diese Gefahr wurde von der Europäischen Kommission erkannt, welche am 15.2.2005 eine Empfehlung veröffentlichte, in der sie konkrete Anforderungen an ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats formuliert.²⁶ Diese Empfehlung ist allerdings nach Art. 288 Abs. 4 AEUV²⁷ nicht verbindlich. Der ebenfalls nicht verbindliche Deutsche Corporate Governance Kodex greift in Ziff. 5.4.2 den Gedanken der Unabhängigkeit auf und fordert den Aufsichtsrat auf, dass diesem nach seiner Einschätzung eine ausreichende Zahl unabhängiger Mitglieder angehören soll.

4. Zusammenfassung

Gesetzliche Qualifikationsanforderungen schrieb das Aktienrecht bisher nicht vor. Die Rechtsprechung hat in der Hertie-Entscheidung den wesentlichen Weg gebnet und fordert von jedem Aufsichtsratsmitglied eine Mindestqualifikation zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Mandats. Darüber hinaus hat die Literatur den Anspruch an das Organ Aufsichtsrat konkretisiert. Dieser muss als Gesamtorgan die für seine unternehmensspezifischen Aufgaben erforderlichen Fachkenntnisse abdecken. Es stellt sich die Frage, wie durch die Einfügung des § 100 Abs. 5 AktG die Anforderungen gesetzlich konkretisiert wurden.

III. Qualifikationsanforderungen an den Finanzexperte nach § 100 Abs. 5 AktG

Eine allgemeine Diskussion über die Schaffung von gesetzlichen Qualifikationsanforderungen an Aufsichtsratsmitglieder bestand schon Anfang des 20. Jahrhunderts.²⁸ Als Gegenargument gegen solche Reformbewegungen wurde insbesondere angeführt, dass es jeder Möglichkeit fehle, die Eigenschaft eines „Fachmanns“ entsprechend zu be-

24 *Terlau* Pflicht zur Niederlegung eines Aufsichtsratsmandats aufgrund von Interessenskonflikten KSzW 2010, 29 (30).

25 *Habersack* (Fn. 18), S. 557.

26 AblEG Nr. L 52 S. 51.

27 Ehemals Art. 249 Abs. 4 EGV.

28 Überblick bei *Wardenbach* (Fn. 19), S. 171.

grenzen und es juristisch absolut unmöglich sei, einen wie auch immer gearteten Befähigungsnachweis in einer entsprechenden Vorschrift festzulegen.²⁹

Das Gesetz fordert nun bestimmte Qualifikationen von mindestens einem Mitglied des Aufsichtsrats einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft i. S. des § 264d HGB. Das sind im Wesentlichen alle Gesellschaften, die Wertpapiere i. S. des § 2 Abs. 5 WpHG emittiert oder die Zulassung zum Handel in einem organisierten Markt beantragt haben. Der Aufsichtsrat muss nach § 100 Abs. 5 AktG mit einem „unabhängigen“ Mitglied besetzt sein, das über „Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt“. Bisher gab es eine ähnliche Empfehlung in Ziff. 5.3.2 DCGK. Hiernach soll der Vorsitzende des Prüfungsausschusses „über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen“. § 100 Abs. 5 AktG stellt zwar die Anforderung an den Aufsichtsrat unabhängig vom einem fakultativ einzurichtenden Prüfungsausschuss, bleibt aber im Umfang (Rechnungslegung „oder“ Abschlussprüfung) hinter dem DCGK zurück. Als Rechtsnorm geht die Verbindlichkeit jedoch erheblich über das „comply or explain“-Prinzip³⁰ des DCGK hinaus. Die gesetzlichen Anforderungen an die Sachkunde und Unabhängigkeit sind richterlicher Auslegung zugänglich und die Norm ist ohne Ausweichmöglichkeit zu befolgen.³¹

Die gesetzliche Qualifikationsanforderung des § 100 Abs. 5 AktG wird an den Aufsichtsrat als Gesamtorgan gestellt und stellt keine persönliche Voraussetzung für die Berufung in den Aufsichtsrat dar.³² Zunächst ist zu untersuchen, wie die Qualifikationsanforderungen auszulegen sind.

1. Qualifikationsanforderungen des § 100 Abs. 5 AktG

a) Sachverstand

Nach der Gesetzesbegründung muss sich der Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung aus beruflicher Erfahrung ableiten.³³ Wobei die berufliche Erfahrung nicht auf die klassischen Berufsbilder beschränkt ist, sondern auch durch beispielsweise Finanzvorstände, Analysten sowie langjährige Mitglieder in Prüfungsausschüssen oder Betriebsräten, die sich diese Fähigkeit im Zuge ihrer Tätigkeit durch Weiterbildung angeeignet haben, erbracht wird.³⁴

Der gesetzliche Wortlaut fordert nur Sachverstand. Es ist fraglich, ob dieser Sachverstand nach der Rechtsprechung in Sachen Hertie über den Sachverstand eines jeden Mitglieds des Aufsichtsrats hinausgeht.

29 *Küntzel* Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, seine Rechte und Pflichten 1902, S. 88.

30 Näheres hierzu bei *v. Werder* in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder DCGK* 3. Aufl., Rn. 121.

31 *Kropff* Der unabhängige Finanzexperte in der Gesellschaftsverfassung in *FS für Schmidt* 2009, S. 1023 (1025).

32 *Gruber* Der unabhängige Finanzexperte im Aufsichtsrat nach dem Referentenentwurf des BilMoG NZG 2008, 12 (14); *Kropff* (Fn. 31), S. 1024.

33 BT-Drs. 16/10067, S. 102.

34 BT-Drs. 16/10067, S. 102.

Die Prüfung der Abschlussunterlagen nach § 171 Abs. 1 AktG bildet den Schwerpunkt der Überwachungstätigkeit³⁵ und gehört so zu den „normalen Geschäftsvorgängen“³⁶ des Aufsichtsrats. Der Umfang der Prüfung erstreckt sich entsprechend der des Abschlussprüfers nach § 317 HGB auf die Rechtmäßigkeit der Abschlussunterlagen.³⁷

Der Aufsichtsrat hat zwar keine zweite Abschlussprüfung durchzuführen und kann sich bei seiner Beurteilung auf den Bericht des Abschlussprüfers stützen. Im Ergebnis hat er jedoch eigenverantwortlich zu entscheiden, inwiefern die Abschlussunterlagen, welche auf den gesetzlichen Rechnungslegungsvorschriften nach §§ 238 ff. HGB beruhen, gesetzeskonform sind.³⁸ Um diesem Prüfungsumfang nachkommen zu können, benötigt jedes Mitglied des Aufsichtsrats den unternehmensspezifisch erforderlichen Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung.³⁹ Um diesen Sachverstand mitzubringen, müssten nach der Gesetzesbegründung zum § 100 Abs. 5 AktG folglich alle Mitglieder des Aufsichtsrats berufliche Erfahrungen in den Bereichen Rechnungslegung oder Abschlussprüfung gesammelt haben. Dies kann allerdings nach Auslegung des Telos und dem Wortlaut des § 100 Abs. 5 AktG, dass mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats über den Sachverstand verfügen muss, nicht gemeint sein. Vielmehr ist das Gesetz so zu verstehen, dass besonderer bzw. qualifizierter Sachverstand vorliegen muss.⁴⁰

Es wird kritisch angemerkt, dass der Gesetzgeber nur die kleinste mögliche Anforderung stellt und nicht Rechnungslegungs- und Abschlussprüfungssachverstand fordert.⁴¹ Hierbei bleibt er hinter den Möglichkeiten von Art. 41 Abs. 1 S. 3 der Abschlussprüfer-Richtlinie⁴² zurück. Eine Trennung des Sachverstandes und der praktischen Tätigkeit in Rechnungslegung und Abschlussprüfung ist kaum möglich.⁴³

Folglich ist anzunehmen, dass die Untergrenze, ab welcher Gerichte dem Finanzexperten den erforderlichen Sachverstand zusprechen, eher niedrig sein dürfte. Diesem Ergebnis entspricht der Beschluss des 23. *Zivilsenats des OLG München* im Jahr 2010 die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, die ein Urteil des *LG München I* angefochten hat.⁴⁴ Nach den Ausführungen des *OLG München* müsse ein Finanz-

35 *Kropff* in MünchKomm AktG V/12. Aufl., § 171 Rn. 10; *Hüffer* in Hüffer 8. Aufl., § 116 Rn. 1; *Hommelhoff* (Fn. 15), S. 555 f.

36 BGHZ 85, 293 (298); *Kropff* (Fn. 35), § 171 Rn. 77.

37 Statt aller *Ebd.*, § 171 Rn. 24.

38 *Ebd.*, § 171 Rn. 27; *Hüffer* (Fn. 35), § 171 Rn. 5.

39 BGHZ 85, 293 (299 f.).

40 So auch *Bröcker/Mosel* Der unabhängige Finanzexperte – Neue Herausforderungen bei der Besetzung des Aufsichtsrates durch das BilMoG GWR 2009, 132 (134).

41 *Habersack* Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss nach dem BilMoG AG 2008, 98 (104).

42 Die §§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 4 AktG dienen der Umsetzung von Art. 41 Abschlussprüfer-RL (Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinie 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. 2006 L 157/87).

43 *Habersack* (Fn. 41), S. 104.

44 *OLG München* NZG 2010, 784.

experte im Sinne des § 100 Abs. 5 AktG zwar eine besondere Erfahrung im Bereich der Rechnungslegungs- oder Abschlussprüfung aus beruflicher Tätigkeit besitzen, diese Kenntnisse müssen aber keineswegs durch eine schwerpunktmäßig Tätigkeit in diesem Bereich erworben worden sein oder zwangsläufig den beruflichen Qualifikationen eines Abschlussprüfer entsprechen.⁴⁵ Der umstrittene Finanzexperte im Aufsichtsrat war zuvor neun Jahre als Generalbevollmächtigter einer Versicherungsaktiengesellschaft tätig und direkt dem Vorstand unterstellt. Hierbei führte er verantwortlich das gesamte operative Geschäft der Versicherung, wozu auch das Berichtswesen des Konzerns gehörte.

b) Unabhängigkeit

Das Aktiengesetz verzichtet auf eine nähere Umschreibung des Begriffs Unabhängigkeit. Die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich auf Erwägungsgrund 24 der Abschlussprüfer-Richtlinie,⁴⁶ welcher selbst auf die Empfehlung⁴⁷ der Europäischen Kommission vom 15.2.2005 als Auslegungsgrundlage aufmerksam macht. Problematisch ist hierbei, dass Empfehlungen nach Art. 288 Abs. 4 AEU „nicht verbindlich“ sind. Nach Ansicht des *EuGH* müssen nationale Gerichte allerdings Empfehlungen indes bei der Auslegung des zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht ergangenen nationalen Rechts sowie zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften heranziehen.⁴⁸ Überwiegend wird vertreten, dass die „Unabhängigkeit“ in Anlehnung an die Kommissionsempfehlung zu beurteilen ist.⁴⁹ Die Kommissionsempfehlung gibt Anhaltspunkte für eine mögliche Abhängigkeit des Finanzexperten, wobei letztendlich dem Aufsichtsrat ein umfangreicher Beurteilungsspielraum zuteil werden soll.⁵⁰

Das deutsche Recht kennt durch seine dualistische Ausprägung des Verwaltungsorgans eine Trennung in Vorstand und Aufsichtsrat nach § 105 Abs. 1 AktG. Die Kommissionsempfehlung geht jedoch hierüber hinaus. Unabhängig ist demnach ein Mitglied, „wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu dem Unternehmen, dessen Mehrheitsgesellschafter oder dessen geschäftsführenden Organen steht, die einen Interessenskonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinträchtigen könnte“. Lässt diese Formulierung trotz ihrer weiten Fassung („sonstige Beziehungen“) noch Raum für eine einschränkende Interpretation, so zeigt der Anhang II der Kommissionsempfehlung, dass sie den Begriff weit ausgelegt und insbesondere in Konzernbeziehungen grundsätzlich eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit sieht.⁵¹ Ein Mitglied ist danach unter anderem nicht unabhängig, wenn es

45 *OLG München* NZG 2010, 784 (785).

46 BT-Drs. 16/10067, S. 101.

47 ABLEG Nr. L 52 S. 51.

48 *EuGH* v. 13.12.1989, Rs. C-322/88, Slg. 1989, I-4407, Rn. 18.

49 *Kropff* (Fn. 31), S. 1027; *Habersack* (Fn. 41), S. 105; *Gruber* (Fn. 32), S. 13.

50 BT-Drs. 16/10067, S. 102; *Bidmon/Diekmann* Das unabhängige Aufsichtsratsmitglied nach dem BilMoG – insbesondere als Vertreter des Hauptaktionärs NZG 2009, 1087 (1089); *Gruber* (Fn. 32), S. 13.

51 *Kropff* (Fn. 31), S. 1027.

aktuell oder innerhalb der vergangenen fünf Jahre ein Vorstandsmitglied des Unternehmens oder eines verbundenen Unternehmens oder wenn es aktuell oder innerhalb der letzten drei Jahre in einer wichtigen Führungsposition dieser Unternehmen ist/war, wenn es Anteilseigner mit Kontrollbeteiligung ist oder solche Anteilseigner vertritt oder wenn es Geschäftsbeziehungen von bedeutendem Umfang zu dem Unternehmen oder verbundenen Unternehmen unterhält.

Die Gesetzesbegründung des § 100 Abs. 5 AktG verweist zudem auf Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK, wonach es darauf ankommt, dass das Aufsichtsratsmitglied in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen Interessenskonflikt begründet.⁵² Es gilt, dass unabhängige Mitglieder nur von der Anteilseignerseite stammen können, die Arbeitnehmervertreter (einschließlich der Vertreter der Gewerkschaften) sind angesichts des in ihrer Person verkörperten Interessenskonflikts per se abhängig.⁵³

2. Zusammenfassung

Der Finanzexperte nach § 100 Abs. 5 AktG bedarf eines besonderen Sachverstandes auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung und seine Unabhängigkeit ist mithilfe der Kriterien der Kommissionsempfehlung vom 15.2.2005 festzustellen.

IV. Qualifikationsanforderungen an den Prüfungsausschuss nach § 107 Abs. 3 AktG

Im Folgenden werden die fachlichen Anforderungen an den Prüfungsausschuss⁵⁴ dargestellt, der sich nach § 107 Abs. 3 S. 2 AktG primär mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems sowie der Abschlussprüfung befasst. Dieser steht aufgrund der fachlichen Aufgaben in einem engen Zusammenhang zu dem Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG.

1. Gesetzliche Grundlagen

Mit der Diskussion um mangelnde fachliche Kompetenz ging auch die Kritik an zu großen und dadurch ineffektiven Aufsichtsräten einher.⁵⁵ Zur Bündelung von Fach-

52 Näher zu konflikträchtigen Beziehungen bei *Vetter* Update des Deutschen Corporate Governance Kodex BB 2005, 1689 (1691); *Lieder* Das unabhängige Aufsichtsratsmitglied – Zu den Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex NZG 2005, 569 (572).

53 *Hüffer* (Fn. 35), § 100 Rn. 2b; *Habersack* (Fn. 41), S. 105.

54 Überblick hierzu bei *Scheffler* Aufgaben und Zusammensetzung von Prüfungsausschüssen ZGR 2003, 237; *Deckert* Effektive Überwachung der AG-Geschäftsführung durch Ausschüsse des Aufsichtsrates ZIP 1996, 985; internationale Sicht bei *Luttermann* Unabhängige Bilanzexperten in Aufsichtsrat und Beirat BB 2003, 745.

55 Beispielhaft schon *Scheffler* (Fn. 17), S. 63.

kompetenzen und zur Ermöglichung einer möglichst effizienten Kontrolltätigkeit⁵⁶ kann der Aufsichtsrat Ausschüsse nach § 107 Abs. 3 S. 1 AktG bilden. Der Gesetzgeber verzichtet auf eine obligatorische Einrichtung von Ausschüssen. Dies entspricht der weitgehenden Organisationsautonomie des Organs.⁵⁷ Wird kein Ausschuss eingerichtet, bleibt der Aufsichtsrat als Gesamtorgan zuständig.

2. Qualifikationsanforderungen

Für Mitglieder in Ausschüssen wurden bisher keine gesetzlichen Qualifikationsanforderungen gestellt. Durch den neu eingefügten Absatz 4 in § 107 AktG muss mindestens ein Mitglied des fakultativ gebildeten Prüfungsausschusses einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft i. S. des § 264d HGB, die Qualifikationen des § 100 Abs. 5 AktG erfüllen.

Hinter der Idee eines Prüfungsausschusses steckt die Konzentration von Fachkenntnissen und die damit verbundene Steigerung der Effektivität der Arbeit. Aus diesem Grund sollten die übrigen Mitglieder des Prüfungsausschusses neben dem Finanzexperten zumindest ein grundlegendes Verständnis für die Geschäftstätigkeit besitzen sowie über einschlägige Kenntnisse der Bilanzierung verfügen, welche über die Mindestkenntnisse eines gewöhnlichen Aufsichtsratsmitglieds hinausgehen.⁵⁸ Andernfalls erscheint ein konstruktiver Dialog mit dem Wirtschaftsprüfer und dem Finanzvorstand des Unternehmens kaum möglich.⁵⁹

In Bezug auf die Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder ist auf die allgemeinen Ausführungen zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern zu verweisen.⁶⁰

3. Zusammenfassung

Gesetzliche Qualifikationsanforderungen werden zur Mitgliedschaft im Prüfungsausschuss nur an den Finanzexperten gestellt. Zur effektiven Erfüllung ihrer spezialisierten Aufgabe im Gesamtorgan, sollten die Ausschüsse durch Mitglieder mit entsprechenden Qualifikationen besetzt sein.

56 *Langenbacher* (Fn. 8), S. 68; *Deckert* (Fn. 54), S. 986.

57 BGHZ 83, 106 (114 ff.); 122, 342 (355); *Hüffer* (Fn. 35), § 107 Rn. 16.

58 *Nonnenmacher/Poble/v. Werder* Aktuelle Anforderungen an Prüfungsausschüsse DB 2007, 2412 (2413); *Scheffler* (Fn. 54), 259; *Schiessl* Deutsche Corporate Governance post Enron AG 2002, 593 (597); *Blies/Ranzinger* Audit Committees im internationalen Kontext AG 2001, 455 (460).

59 *Blies/Ranzinger* (Fn. 58), S. 460; *Habersack* (Fn. 18), S. 554.

60 Siehe dazu oben Abschnitt II. 3.

V. Mangelnde persönliche Qualifikation als Haftungsgrund

Die Diskussion um die Qualifikation spiegelt sich endlich in der entscheidenden Frage der Haftung wieder. Haftung soll die Schäden der Gesellschaft kompensieren, die auf Pflichtverletzungen der Mandatsträger beruhen, also der Pflicht als Wahrer fremder Interessen mit der gebotenen Sachkunde, Sorgfalt und Uneigennützigkeit nachzukommen.⁶¹

Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft bestimmt sich nach den §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Aufsichtsratsmitglieder haften hiernach für Sorgfalts- und Treuepflichtverletzungen. Die Haftungsvoraussetzungen entsprechen den Prinzipien des allgemeinen Schadensersatzrechts. Es sind Schadenseintritt, Rechtswidrigkeit, Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens und Verschulden zu prüfen. Handelt somit ein Mitglied des Aufsichtsrats bei der Erfüllung seiner Aufgaben schuldhaft nicht mit der gesetzlich festgeschriebenen Sorgfalt und tritt aufgrund der rechtswidrigen Sorgfaltsverletzung ein Schaden für die Gesellschaft ein, so ist er nach den vorher genannten Bestimmungen zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet.⁶²

Hierbei ist fraglich, welchen Einfluss fehlende Qualifikationen auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern haben.

1. Sorgfaltsmaßstab für Aufsichtsratsmitglieder

a) Grundsatz

Der Aufsichtsrat handelt nach §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG mit der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsrats“. Nach der ganz herrschenden Meinung stellt dies die grundsätzlich objektive Betrachtung der Fähigkeiten heraus und gilt mithin für alle Aufsichtsratsmitglieder einheitlich.⁶³ Die Anforderungen können zwar nach Größe und wirtschaftlicher Situation des Unternehmens, nicht aber nach personenbezogenen Sorgfaltsanforderungen der Aufsichtsratsmitglieder variieren.⁶⁴

Dem geschuldeten Sorgfaltsmaßstab kann das einzelne Aufsichtsratsmitglied von vornherein nur genügen, wenn es über eine hinreichende Qualifikation verfügt.⁶⁵

⁶¹ *Habersack* (Fn. 18), S. 535.

⁶² In § 93 Abs. 2 S. 2 AktG statuiert das Gesetz zusätzlich eine Beweislastumkehr, wonach das Verschulden vermutet wird.

⁶³ *Habersack* (Fn. 17), § 116 Rn. 16 m. w. N.; *Hüffer* (Fn. 35), § 116 Rn. 2; *Lutter* Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlussprüfern und Aktionären ZSR 2005, 415 (438); *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss* Kommentar zum Aktiengesetz (f. Österreich) 2. Aufl., § 13 Rn. 31; *Schwark* Zum Haftungsmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder einer AG in FS für Werner 1984, S. 841 (850).

⁶⁴ *Langenbacher* (Fn. 8), S. 43.

⁶⁵ *Habersack* (Fn. 17), § 116 Rn. 16; *Hüffer* (Fn. 35), § 116 Rn. 2; *Lutter* (Fn. 63), S. 438; *Doralt* (Fn. 63), § 13 Rn. 31; *Schwark* (Fn. 63), S. 850.

Ohne ausreichende Kenntnisse kann es der höchstpersönlichen Aufgabe nicht mit der gesetzlich geforderten Sorgfalt nachkommen, so dass es seine Sorgfaltspflicht mit dem Versuch der Erfüllung der anfallenden Aufgaben permanent schuldhaft verletzt. Das Aufsichtsratsmitglied macht sich aufgrund des sogenannten Übernahmeverschuldens haftbar.⁶⁶

Mithin gehört es zu der Pflicht eines jeden potenziellen Mandatsträgers, Überwachungsaufgaben nur zu übernehmen, wenn sie dem zeitlich und fachlich gewachsen sind.⁶⁷ Entsteht der Gesellschaft ein Schaden durch eine fehlerhafte Überwachungstätigkeit, so können sie sich nicht mit dem Hinweis auf subjektiv fehlende fachliche Kenntnisse entschuldigen.⁶⁸

Somit haben subjektiv fehlende fachliche Qualifikationen aufgrund des objektiven Sorgfaltsmaßstabs keine Entschuldigungswirkung für fehlerhaftes Handeln der Aufsichtsratsmitglieder.

b) Verschärfter Sorgfaltsmaßstab bei Spezialkenntnissen

Fehlende subjektive Mindestkenntnisse sind nicht vereinbar mit dem objektiven Sorgfaltsmaßstab. Wie verhält es sich jedoch in Haftungsfragen mit Qualifikationen, die über dem objektiv Geforderten liegen? Sind diese bei dem an sich einheitlichen Sorgfaltsmaßstab nicht zu berücksichtigen oder erhöhen sie diesen für das Mitglied mit Spezialkenntnissen? Diese Fragen stellen sich bei dem sehr heterogen angelegten Kreis des Aufsichtsrats⁶⁹ im Besonderen für Mitglieder von Ausschüssen, wie auch beim Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG. Hierüber besteht Streit.

aa) Befürwortende Meinung

Eine Meinung vertritt die Ansicht, dass sich derjenige mit einer individuell höheren Qualifikation nicht auf den objektiven Sorgfaltsmaßstab berufen kann und seine Spezialkenntnisse zu einem verschärften Sorgfaltsmaßstab führen. Innerhalb dieser Meinung sind der betroffene Personenkreis und die Begründung different.

(1) Spezialkenntnisse selbst führen zu einer Verschärfung

Eine Gruppe⁷⁰ vertritt die Ansicht, dass jedes Aufsichtsratsmitglied mit Spezialkenntnissen diese nutzen muss und sich der Sorgfaltsmaßstab adäquat verschärft. Jeder, der Spezialkenntnisse in den Aufsichtsrat mitbringt, muss sich an diesen messen lassen, unabhängig davon, ob hiermit ein spezielles Amt innerhalb des Organs verbunden ist.

66 *Hüffer* (Fn. 35), § 116 Rn. 3.

67 *Lutter* (Fn. 63), S. 438.

68 *Ebd.*, S. 438.

69 *Wirth* Anforderungsprofil und Inkompatibilität für Aufsichtsratsmitglieder ZGR 2005, 327 (332); *Schwark* (Fn. 63), S. 841.

70 *LG Hamburg* ZIP 1981, 194; *OLG Düsseldorf* ZIP 1984, 825; *Hüffer* (Fn. 35), § 116 Rn. 3; *Langenbacher* (Fn. 8), S. 80; *Peltzer* Trial and Error – Anmerkungen zu den Bemühungen des Gesetzgebers, die Arbeit des Aufsichtsrates zu verbessern NZG 2009, 1041 (1042); *Bröcker/Mosel* (Fn. 40), S. 132; *Habersack* (Fn. 18), S. 556; *Altmeppen* (Fn. 2), S. 411 f.; *Säcker* (Fn. 4), S. 184; *Deckert* (Fn. 54), S. 992; *Dreber* (Fn. 16), S. 83.

Die Grundlage hierfür bilden die folgenden Überlegungen. Die §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG konkretisieren für Aufsichtsratsmitglieder den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab aus § 276 Abs. 1 S. 2 BGB. Der § 93 Abs. 1 S. 1 AktG dient mit seiner Objektivierung wie § 276 Abs. 1 S. 2 BGB dem Schutz des Verkehrs.⁷¹ Folge hiervon ist zunächst, dass die personelle Differenzierung bei den Qualifikationsanforderungen an Aufsichtsratsmitglieder notwendig von den bereits genannten Mindestanforderungen ausgehen muss.⁷² Hieraus wird gefolgert, dass sich die Objektivierung nur auf das normalerweise erwartbare Maß an Fähigkeiten und Kenntnissen bezieht und ein Freiraum im Verkehrsschutzinteresse für die Berücksichtigung von Spezialisierungen bleiben muss.⁷³

Diese Ansicht betrachtet die Mehrqualifikation somit mit einem subjektiven Sorgfaltsmaßstab. Die Anwendung eines subjektiven Sorgfaltsmaßstabs zur Berücksichtigung von Mehrqualifikationen wird weiterhin mit einer Treuepflicht des Mandatsträgers begründet.⁷⁴ Jeder, der Spezialkenntnisse in den Aufsichtsrat mitbringt, darf es nicht sehenden Auges zulassen, eine für die Gesellschaft nachteilige Entscheidung unaufgedeckt zu lassen.⁷⁵

Der Aufsichtsrat handelt nach dem Grundsatz des arbeitsteiligen Zusammenwirkens. Im Gesamtorgan müssen alle Kenntnisse für die sachgerechte Erfüllung der Aufgaben vorhanden sein.⁷⁶ Daraus wird geschlussfolgert, dass derjenige, dessen Fachkenntnisse bekannt sind,⁷⁷ diese auch in die Aufsichtsratsarbeit einbringen muss.⁷⁸ Die übrigen Mitglieder müssen sich in einem gewissen Rahmen auf die Expertise des Spezialisten verlassen können, um so seine Erklärungen als Grundlage für ihre Entscheidung nehmen zu können.⁷⁹ Das Instrument des verschärften Sorgfaltsmaßstabs soll dies sicherstellen.⁸⁰

(2) Besondere Funktion führt zu einer Verschärfung

Eine andere Gruppe⁸¹ innerhalb dieser Meinung nimmt die Verschärfung erst an, wenn das Mitglied innerhalb des Organs eine besondere Funktion ausübt. Beispielfür besondere Funktionen sind etwa die Mitgliedschaft in einem Ausschuss,⁸²

71 Siehe nur Palandt/*Grünberg* 69. Auflage, § 276 Rn. 15; *Unberath* in Bamberg/Roth 16. Auflage, § 276 Rn. 20; *Schulze* in Schulze/Dörner/Ebert 5. Auflage, § 276 Rn. 15 f.

72 Siehe dazu oben Abschnitt V. 1. a).

73 Ausführlich hergeleitet von *Dreher* (Fn. 16), S. 78 ff.

74 *Deckert* (Fn. 54), 985 (992); *Dreher* (Fn. 16), S. 80.

75 *LG Hamburg* ZIP 1981, 194 (196).

76 Siehe dazu oben Abschnitt II. 4.

77 Dies ist zumindest für den ausgeübten Beruf nach § 124 Abs. 3 S. 4 AktG bekannt.

78 *LG Hamburg* ZIP 1981, 194 (196); *Altmeyen* (Fn. 2), S. 412.

79 *Ebd.*, S. 413; *Deckert* (Fn. 54), S. 992.

80 *Lutter* Defizite für eine effiziente Aufsichtsrats Tätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung ZHR 1995, 287 (304).

81 *Schmidt* Gesellschaftsrecht 4. Aufl., S. 829; *Möllers* (Fn. 20), S. 1733; *Wardenbach* (Fn. 19), S. 277; auch zustimmend bei der verschärften Haftung für Spezialaufgaben *Altmeyen* (Fn. 2), S. 412; *Dreher* (Fn. 16), S. 84.

82 Siehe dazu oben Abschnitt IV. 2.

der Finanzexperte nach § 100 Abs. 5 AktG oder der Aufsichtsratsvorsitzende und sein Stellvertreter.

Begründet wird diese Auffassung damit, dass die Bewältigung einer besonderen Funktion innerhalb des Gremiums eine erhöhte Qualifikationsanforderung zur effektiven Bewältigung der Aufgabe mit sich bringt.⁸³ Es wird davon ausgegangen, dass sich das Anforderungsprofil spezifisch auf die Aufgabe richtet und wie im Sinn der Hertie-Entscheidung eine Mindestqualifikation mitgebracht werden muss, um die Aufgabe höchstpersönlich erfüllen zu können. Wird die verlangte Qualifikation für eine besondere Funktion nicht in die Aufsichtsratsarbeit eingebracht, kann dies nicht anders behandelt werden als ihr gänzlich Fehlen und im letzteren liegt ein Übernahmeverschulden.⁸⁴

Diese Ansicht harmoniert mit den Entwicklungen des allgemeinen Zivilrechts. Eine Berücksichtigung von berufsspezifischen Qualifikationen ist im allgemeinen Zivilrecht seit langem anerkannt.⁸⁵ Das spezifische Wissen einer Gruppe beziehungsweise eines Verkehrskreises, zum Beispiel eines Facharztes oder -anwalts, hat eine weiter reichende Haftung für Fehler zur Folge, als sie einem praktischen Arzt oder einem Anwalt ohne diese spezifische Qualifikation auferlegt würde.⁸⁶ Überträgt man nun diese Erkenntnis auf die Mitglieder mit einer besonderen Funktion und sieht diese als eigenen Verkehrskreis innerhalb des Aufsichtsrats, ergibt sich ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab im Rahmen dieser besonderen Funktion.⁸⁷

bb) Ablehnende Meinung

Eine andere Meinung vertritt die Ansicht, dass ein objektiver und daher einheitlicher Sorgfaltsmaßstab für alle Aufsichtsratsmitglieder angelegt werden muss und Spezialkenntnisse im Haftungsfall keine Berücksichtigung finden.⁸⁸

Der Wortlaut der §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG spricht von einem ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglied und lässt auf den ersten Blick keinen Raum für einen subjektiven Haftungsmaßstab. Zudem gilt der Grundsatz der Gleichheit aller Aufsichtsratsmitglieder. Nach dem Aktiengesetz haben grundsätzlich⁸⁹ alle Aufsichtsratsmitglieder gleiche Rechte und Pflichten.⁹⁰ Dies spricht gegen einen differenzierten Sorgfaltsmaßstab innerhalb des Organs und die Berücksichtigung von Spezialkenntnissen.

83 *Möllers* (Fn. 20), S. 1733; *Dreher* (Fn. 16), S. 84; so auch der BGH für einen Kreditausschuss einer Bank *BGH ZIP* 1993, 1079 (1083).

84 *Altmeyden* (Fn. 2), S. 412.

85 *Unberath* (Fn. 71), § 276 Rn. 20; *Schulze* (Fn. 71), § 276 Rn. 15 f.; j. m. w. N.

86 *Grüneberg* (Fn. 71), § 276 Rn. 15.

87 *Schwark* (Fn. 63), S. 848.

88 *Luttermann* (Fn. 54), S. 748; im Ergebnis zustimmend *Schwark* (Fn. 63), S. 854; *Wirth* (Fn. 69), S. 334 ff.; kritisch *Gayk/Mutter* Wie die Verbesserung der Aufsichtsratsarbeit – wider jeder Vernunft – die Haftung verschärft *ZIP* 2003, 1773 (1776).

89 Vgl. die Ausnahmen z. B. für den Vorsitzenden des Aufsichtsrats nach §§ 90 Abs. 1 S. 3, 109 Abs. 2 AktG.

90 Vgl. nur *BGHZ* 83, 106 (113); 83, 144 (147).

Es wird im Hinblick auf die Differenzierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs in § 276 BGB in Gruppen und Verkehrskreisen darauf hingewiesen, dass sich diese Differenzierung nicht auf einzelne Mitglieder der Gruppe erweitern lässt.⁹¹ Hiernach wird der Aufsichtsrat als einheitliche Gruppe betrachtet, welche unabhängig von der inneren Organisation einem einheitlichen Sorgfaltsmaßstab unterliegt.

Weiterhin werden praktische Überlegungen angeführt. So wird befürchtet, dass eine Haftung für Spezialkenntnisse den Kreis der zur Verfügung stehenden Kandidaten so stark beschränkt, dass das Gesamtorgan nicht mit einer ausreichenden Qualifikation besetzt werden kann.⁹² Dies würde im Ergebnis eine geringere Qualität der Überwachung zur Folge haben.⁹³

Unterstützend wird ein Rechtsvergleich mit den USA vorgenommen. Hier hat die Börsenaufsicht SEC ausdrücklich einen sogenannten „safe harbor“ zur Vermeidung einer stärkeren Sorgfaltspflicht des Finanzexperten im „board of directors“ geschaffen.⁹⁴ Der Finanzexperte haftet in den USA nicht mit einem höheren Sorgfaltsmaßstab als die anderen Mitglieder des Boards.

cc) Stellungnahme

Nach dem Wortlaut der Norm müsste man von einem einheitlichen und somit objektiven Haftungsmaßstab ausgehen und der ablehnenden Meinung folgen.

Es überzeugt jedoch nicht, den Aufsichtsrat nach dem Sinn und Zweck als einheitlichen Verkehrskreis anzusehen und so die individuellen Fähigkeiten und Aufgaben des einzelnen zu egalisieren. Nach der überzeugenden Meinung muss der Aufsichtsrat als Gesamtorgan mit ausreichenden Spezialkenntnissen besetzt sein, so dass eine effektive Überwachung möglich ist. Somit ist festgestellt, dass dem Aufsichtsrat nicht ein typischer Mandatsträger angehört, sondern eine heterogene Gruppe zur Abdeckung der Überwachungsaufgabe gebildet wird. Diese heterogene Zusammensetzung und Spezialisierung erkennt und fördert der Gesetzgeber, indem er die Möglichkeit der Ausschussbildung nach § 107 Abs. 3 AktG im Gesetz festgelegt hat. Hierbei lässt er selbst die Kompetenzübertragung im Rahmen des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG auf die Ausschüsse zu.⁹⁵

Die weiteren Argumente der ablehnenden Meinung überzeugen nicht, da sie nur praktische Folgen vermuten und bei der gesetzlichen Auslegung nicht zu berücksichtigen sind. Somit ist im Grundsatz der befürwortenden Meinung zu folgen und ein verschärfter Sorgfaltsmaßstab für Spezialkenntnisse anzunehmen.

Fraglich ist, welche Meinung innerhalb des verschärften Sorgfaltsmaßstabs überzeugt. Entweder diejenige, die bei Spezialkenntnissen generell einen verschärften Sorgfaltsmaßstab anlegen will oder diejenige, die dies nur bei besonderen Funktionen anerkennt.

91 Schwark (Fn. 63), S. 851.

92 Luttermann (Fn. 54), S. 748; Lutter (Fn. 80), S. 304.

93 Luttermann (Fn. 54), S. 748.

94 Ebd., S. 748; vgl. auch SEC Rules Sec. 406/407–5.

95 Statt aller Habersack (Fn. 17), § 107 Rn. 132 m. w. N.

Für die Ansicht, dass Spezialkenntnisse nur bei besonderen Funktionen zum strengeren Sorgfaltsmaßstab führen, spricht als stärkstes Argument, dass es bei dieser Ansicht möglich ist, ein objektivierbares Anforderungsprofil für die besondere Funktion festzulegen. Die besondere Funktion entspricht einem eigenen Verkehrskreis, für welchen nach dem Wortlaut der Norm ein objektiver Sorgfaltsmaßstab gilt.

Jedoch muss berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber keine Pflicht zur Bildung von Ausschüssen aufgestellt hat. Werden keine Ausschüsse gebildet, müssen Aufgaben, welche Kenntnisse erfordern, die über die Mindestqualifikation hinausgehen, durch das Plenum bearbeitet werden. Im Haftungsfall könnten nur den besonders gesetzlich verpflichteten Mitgliedern im Plenum, so zum Beispiel den Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG, deren besondere Funktion nachgewiesen werden. Die anderen Aufsichtsratsmitglieder mit Spezialkenntnissen würden für ihr besonderes Verschulden nur mit dem Sorgfaltsmaßstab eines gewöhnlichen Aufsichtsratsmitgliedes haften.

Dies bedarf einer teleologischen Korrektur. Wie oben dargestellt, dienen die §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG nach dem Sinn und Zweck dem Verkehrsschutz. Der Verkehr hat ein Interesse an einer bestmöglichen Überwachung des Vorstandes, welche nur mit dem Einsatz von Spezialkenntnissen erbracht werden kann. Jeder, der diese Kenntnisse besitzt, muss diese gemäß der Treue- und Förderpflicht zur Gesellschaft einsetzen und sich daran im Falle der Haftung messen lassen.

dd) Ergebnis

An jedes Mitglied des Aufsichtsrats mit vorhandenen Spezialkenntnissen ist ein verschärfter Sorgfaltsmaßstab bei der Beurteilung des Verschuldens im Haftungsfall anzulegen.

2. Haftung für fehlende Unabhängigkeit

Ein Aufsichtsratsmitglied unterliegt im Verhältnis zur Gesellschaft, in der es bestellt ist, einer Treuepflicht.⁹⁶ Die Treuepflicht gebietet es, dass ein Aufsichtsratsmitglied bei der Ausübung seines Amtes allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet ist.⁹⁷ Es muss deshalb dem Unternehmensinteresse in jedem Fall den Vorrang gegenüber kollidierenden Eigen- oder Fremddinteressen einräumen, mithin den Vorteil der Gesellschaft wahren und Nachteile von ihr abwenden.⁹⁸

Jedoch ist es, wie oben festgestellt, nicht zur generellen Unabhängigkeit verpflichtet und kann außerhalb der Gesellschaft anderen Interessen nachgehen.⁹⁹ Dies wird in § 110 Abs. 3 AktG deutlich, der dem Aufsichtsratsmandat den Charakter eines Nebenamtes gibt. Der Konflikt entschärft sich zudem durch die erhebliche Spannweite

⁹⁶ Hüffer (Fn. 35), § 116 Rn. 4; Habersack (Fn. 17), § 116 Rn. 43; Ulmer Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision NJW 1980, 1603 (1605).

⁹⁷ Hüffer (Fn. 35), § 116 Rn. 4; Ulmer (Fn. 96), S. 1605.

⁹⁸ BGH ZIP 2006, 72 (73).

⁹⁹ Hüffer (Fn. 35), § 116 Rn. 4.

des Unternehmensinteresses und die dadurch gegebene Möglichkeit, in gewissen Grenzen auch Partikular- oder Gruppeninteressen zu verfolgen.¹⁰⁰ Einzig der Finanzexperte muss unabhängig sein und hat somit eine größere Neutralitätspflicht gegenüber Partikular- oder Gruppeninteressen zu wahren, als es den anderen Aufsichtsratsmitgliedern obliegt.

3. Haftung für Wahlvorschläge

Wie oben herausgearbeitet, hat das einzelne Mitglied eine Mindestqualifikation mitzubringen. Die Leistungsfähigkeit des Gesamtaufwichtsrats hängt davon ab, dass auch Mitglieder mit besonderem Sachverstand dem Organ angehören. Der Aufsichtsrat muss nach § 124 Abs. 3 S. 1 Halbs. 3 AktG der Hauptversammlung Wahlvorschläge für seine eigene Neuwahl oder Ergänzung unterbreiten. Es stellt sich die Frage, ob es eine Haftung für mangelnde Sorgfalt bei der Auswahl der Wahlvorschläge durch den Aufsichtsrat gibt, insbesondere ob ein Finanzexperte nach § 100 Abs. 5 AktG vorgeschlagen werden muss.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats unterliegen, soweit sie der Hauptversammlung Vorschläge zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern machen, auch unabhängig der Empfehlung in Ziff. 5.4.1 DCGK, einer Vorschlagsverantwortung und haben somit auf hinreichend qualifizierte Vorschläge hinzuwirken.¹⁰¹ Zu Bedenken ist, dass es keine gesetzliche Pflicht für den Aufsichtsrat gibt, eine Idealbesetzung zu formulieren und daran seine Vorschläge auszurichten.¹⁰² Einzig muss sichergestellt sein, dass der Vorschlag mindestens einen Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG umfasst.¹⁰³ Die Verantwortung beschränkt sich auf die Wahlvorschläge und nicht auf die tatsächliche Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Denn der Aufsichtsrat wird nach § 101 Abs. 1 AktG durch die Hauptversammlung gewählt, so dass dieser nach Bekanntgabe der Wahlvorschläge selbst keinen Einfluss mehr auf die Umsetzung der optimierten Zusammensetzung des Gremiums nehmen kann. Sind sorgfältige Vorbereitungen des Gesamtplans der Besetzung sowie Plausibilität und Verantwortlichkeit des konkreten Vorschlags gegeben, so handelt der Aufsichtsrat im Übrigen im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens.¹⁰⁴

Somit ist der Aufsichtsrat angehalten auf eine optimierte Zusammensetzung des Organs hinzuwirken und hat der Hauptversammlung entsprechende Wahlvorschläge zu unterbreiten.

100 *Habersack* (Fn. 17), § 116 Rn. 46.

101 *Habersack* (Fn. 17), § 116 Rn. 22; *Wardenbach* (Fn. 19), S. 281.

102 *Sünner* Auswahlpflichten und Auswahlverschulden bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern – Eine Antwort auf Lutter ZIP 2003, 834 (837).

103 *Widmann* Das Fehlen des Finanzexperten nach dem BilMoG – Worst-Case-Szenario für den Aufsichtsrat? BB 2009, 2602 (2604); *Bröcker/Mosel* (Fn. 40), S. 134.

104 *Langenbacher* (Fn. 8), S. 77; *Lutter* (Fn. 17), S. 419.

4. Zusammenfassung

Der Sorgfaltsmaßstab für Aufsichtsratsmitglieder bestimmt sich grundsätzlich objektiv und lässt es nicht zu, sich mit fehlenden fachlichen Qualifikationen von seiner Haftung zu befreien. Das Verschulden liegt hierbei in der Übernahme des Mandats. Vorhandene Spezialkenntnisse des jeweiligen Mitglieds verschärfen seinen Sorgfaltsmaßstab, so dass er mit besonderer Sorgfalt sein Amt auszuüben hat. Dies trifft auch auf den Finanzexperten zu. Die Aufsichtsratsmitglieder haften nicht für fehlende Unabhängigkeit, sind aber aufgrund ihrer Treuepflicht dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Der Aufsichtsrat hat die Auswahl der Wahlvorschläge gewissenhaft vorzunehmen und trägt hierfür eine Vorschlagsverantwortung. Der Wahlvorschlag muss mindestens einen Vorschlag für einen geeigneten Finanzexperten enthalten. Der Aufsichtsrat trägt keine Verantwortung für die tatsächliche Besetzung, weil diese durch die Wahl der Hauptversammlung vorgenommen wird.

VI. Die Haftung des Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG

In diesem Abschnitt werden die bisher herausgearbeiteten Ergebnisse konkret auf die Haftung des Finanzexperten übertragen. So können die Haftungsfolgen, welche sich aus § 100 Abs. 5 AktG ergeben, später konkret benannt werden.

1. Haftung

Der Finanzexperte ist Mitglied des Aufsichtsrats und haftet somit nach den §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG für Sorgfalts- und Treuepflichtverletzungen. Das Gesetz schreibt in § 100 Abs. 5 AktG ausdrücklich Sachverstand und ein Unabhängigkeitspostulat für den Finanzexperten vor. Daraus folgt im Haftungsfall zum einen wegen seiner Spezialkenntnisse ein verschärfter Sorgfaltsmaßstab und zum anderen ist er wegen seiner Unabhängigkeit zu einer besonderen Treue gegenüber dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Der sachliche Schwerpunkt seiner Aufgaben wird entsprechend des § 107 Abs. 3 S. 2 AktG auf der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, des internen Kontrollsystems, des Risikomanagements und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung und deren Unabhängigkeit liegen.¹⁰⁵ Hierbei muss er seinen gesetzlich geforderten Sachverstand einsetzen. Ist streitig, ob er dem verschärften Sorgfaltsmaßstab bei der Aufgabenerfüllung nachgekommen ist, trägt er nach § 116 S. 1, 93 Abs. 2 S. 2 AktG hierfür die Beweislast. Bringt er nicht die oben herausgearbeiteten Fähigkeiten zur Erfüllung des Mandats mit und übernimmt die Rolle des Finanzexperten, setzt er sich durch ein Übernahmeverschulden einem zusätzlichen Haftungsrisiko aus.

105 *Widmann* (Fn. 103), S. 2605.

2. Offenlegungspflicht

Problematisch für eine Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Finanzexperten könnte sein, dass es nicht ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben ist, dass mindestens ein Finanzexperte aus dem Kreis des Aufsichtsrats benannt werden muss. Fraglich ist, ob diese Pflicht mittelbar aus einer Norm abzuleiten ist.

Mit dem BilMoG wurde § 289a in das HGB eingefügt. Nach § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB müssen Angaben zur Arbeitsweise des Aufsichtsrats sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise von dessen Ausschüssen in einer Erklärung im Jahresbericht enthalten sein. Zudem regelt § 285 Nr. 10 HGB, dass alle Mitglieder des Aufsichtsrats benannt werden müssen und die Funktionen des Vorsitzenden eines Aufsichtsrats und seiner Stellvertreter als solche zu bezeichnen sind. In beiden Normen wird der Finanzexperte nicht ausdrücklich genannt.

Nach § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB ist die Zusammensetzung der gebildeten Ausschüsse offen zu legen. Zusammensetzung kann vom Wort her als Zusammensetzungen der Personen nach ihrem Namen verstanden werden oder als Zusammensetzung der Funktionen der Ausschussmitglieder. Nach § 107 Abs. 4 AktG muss dem Prüfungsausschuss mindestens ein Finanzexperte angehören. Die Norm regelt die funktionale Zusammensetzung des Prüfungsausschusses. Legt man § 289a HGB nach der Systematik des Aktiengesetzes aus, so ist auch der Finanzexperte innerhalb des Prüfungsausschusses zu benennen.

§ 289a HGB dient der Umsetzung von Art. 46a der Bilanz-Richtlinie.¹⁰⁶ Dieser fordert neben der Benennung der Zusammensetzung der Ausschüsse, auch die Benennung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Allgemeinen. Diese wurde nach der Gesetzesbegründung¹⁰⁷ zu § 289a HGB nicht in diesen aufgenommen, weil § 285 Nr. 10 HGB diese Funktion bereits erfüllt. Besteht kein Prüfungsausschuss ist somit auch die funktionale Zusammensetzung des Aufsichtsrats als Gesamtorgan nach § 285 Nr. 10 HGB offen zu legen und formal mindestens ein Finanzexperte zu benennen.¹⁰⁸ Wobei sich die materielle Pflicht, dass dem Aufsichtsrat mindestens ein Finanzexperte angehört, aus § 100 Abs. 5 AktG ergibt.

Die folgende Tabelle zeigt exemplarisch die Umsetzung dieser Pflicht bei den DAX 30-Gesellschaften auf.

106 78/660/EWG, ABl. 1978 L 222/11.

107 BT-Drs. 16/10067, S. 77.

108 Im Ergebnis zustimmend *Widmann* (Fn. 103), S. 2605; *Merkt* in *Baumbach/Hopt* 34. Aufl., § 289a Rn. 4, § 285 Rn. 10; *Kropff* (Fn. 31), S. 1036; a. A. *Gruber* (Fn. 32), S. 14; *Bröcker/Mosel* (Fn. 40), S. 133.

Ausdrückliche Benennung des Finanzexperten

Quelle: jeweils Geschäftsbericht 2009/schriftliche Anfrage

Stand: 01. April 2010

	Benennung		Benennung
Adidas AG	Ja	Fresenius SE	Ja
Allianz SE	Ja	Henkel AG & Co. KGaA	Nein
BASF SE	Ja	Infineon Technologies AG	Ja
Bayer AG	Ja	K+S AG	Ja
Beiersdorf AG	Nein	Linde AG	Ja
BMW AG	Ja	MAN SE	Ja
Commerzbank AG	Ja	Merck KGaA	Nein
Daimler AG	Ja	Metro AG	Ja
Deutsche Bank AG	Ja	Munich Re AG	Ja
Deutsche Börse AG	Nein	RWE AG	Ja
Dt. Lufthansa AG	Ja	Salzgitter AG	Nein
Deutsche Post AG	Ja	SAP AG	Ja
Deutsche Telekom AG	Ja	Siemens AG	Ja
E.ON AG	Ja	Thyssen Krupp AG	Ja
FMC AG & Co. KGaA	Ja	Volkswagen AG	Ja

3. Zusammenfassung

Die Gesellschaft muss mindestens einen Finanzexperten benennen. Hierdurch ist die Identifikation eindeutig möglich und im Falle eines Schadens in seinem Aufgabenbereich muss der Finanzexperte die Erfüllung seiner verschärften Sorgfaltspflicht nachweisen. Insgesamt ist festzustellen, dass der Finanzexperten einem exponierten Haftungsregime unterliegt.

VII. Ökonomische Konsequenzen der Haftung des Finanzexperten

Wie oben herausgearbeitet, unterliegt der Finanzexperte expliziten Qualifikationsanforderungen und damit einhergehend einem erhöhtem Haftungsrisiko. Fraglich ist, welche ökonomischen Konsequenzen sich hieraus ergeben, also wie sich die rechtliche Regelung auf die Interaktion der Akteure auswirkt. Um die Überlegungen auf eine fundierte Grundlage zu stellen, werden die Konsequenzen mit den Instrumenten der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) untersucht. Zunächst einige einführende Grundlagen.

1. Grundlagen der Neuen Institutionenökonomik

Grundgedanke ist es, eine Entscheidung unter Knappheit zu analysieren, wobei angenommen wird, dass alle Akteure ihren Nutzen maximieren wollen.¹⁰⁹ Es wird weiter angenommen, dass die Präferenzen (Ausdruck einer Bewertung konkurrierender Güter bzw. Güterbündel) der Akteure konstant sind, während sich die Restriktionen, denen man in seinen Handlungen unterliegt, ändern können.¹¹⁰ Zu den relevanten Restriktionen gehören das verfügbare Budget der Akteure, staatlich sanktionierte Gesetze sowie zeitliche Beschränkungen und Informations- und Wissensbeschränkungen.¹¹¹

Es wird von einer beschränkten Rationalität der Akteure ausgegangen und dass bei den vorzunehmenden Transaktionen Informations-, Such-, Verhandlungs- und Durchsetzungskosten (sogenannte Transaktionskosten) entstehen.¹¹²

Die Annahme beschränkter Rationalität der Akteure beruht auf der Erkenntnis, dass die Akteure nicht in der Lage sind, alle möglichen Zustände der Welt vorherzusehen und so ihren Erwartungsnutzen nicht vollständig berechnen können.¹¹³ Bei dieser Unsicherheit werden sie von Institutionen (allgemeine, sanktionsbewährte Regelungen) beeinflusst und geleitet.¹¹⁴

2. Kreis der zur Verfügung stehenden Personen

Um die für die Gesellschaft entstehenden Konsequenzen des § 100 Abs. 5 AktG zu zeigen, wird zunächst der Kreis der zur Verfügung stehenden Personen eingegrenzt. Der Kreis der zur Verfügung stehenden Personen steht in einer sogenannten trade-off-Beziehung zu den Anforderungen, die an potenzielle Aufsichtsratsmitglieder gestellt werden. Das heißt, je höher die fachlichen Anforderungen an die potenziellen Mitglieder des Aufsichtsrats sind, desto weniger Personen kommen aufgrund ihrer Vorbildung hierfür in Frage.

a) Allgemeine Beschränkungen

Die zur Verfügung stehenden Personen sind unabhängig von der persönlichen Bereitschaft durch gesetzliche Vorgaben begrenzt.¹¹⁵ Weichen die Personen von den gesetzlichen Vorgaben ab, stellt dies ein Bestellungshindernis dar und ihre Wahl ist nichtig.¹¹⁶ Darüber hinaus sind weitere Beschränkungen vorhanden, die den Kreis begrenzen. Hiermit sind speziell die haftungsbewehrten Qualifikationsanforderun-

109 Voigt Institutionenökonomik 2. Aufl. (2009), S. 20.

110 *Ebd.*, S. 20.

111 *Ebd.*, S. 21.

112 *Ebd.*, S. 22.

113 *Ebd.*, S. 23.

114 *Ebd.*, S. 27.

115 Siehe dazu oben Abschnitt II. 2. und 3.

116 Siehe dazu § 250 AktG.

gen gemeint.¹¹⁷ Diese haben zur Folge, dass sich minderqualifizierte Personen nur eingeschränkt zur Wahl stellen, da sie sich sonst der Haftung durch Übernahmeverschulden aussetzen. Jedoch ist die bedingte Rationalität der Akteure zu beachten. Nicht alle potenziellen Kandidaten kennen die Mindestqualifikationen, so dass sie nur unzureichend ihren Erwartungsnutzen kalkulieren können. Zudem muss der Grad der Geltendmachung und die Erfolgsaussichten von Schadensersatzansprüchen beachtet werden, welche als defizitär eingestuft werden.¹¹⁸

b) Spezielle Beschränkungen durch § 100 Abs. 5 AktG

Durch die Einführung des § 100 Abs. 5 AktG wurden explizit gesetzliche Kennzifferanforderungen an mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats formuliert. Diese werden von einer geringeren Anzahl an Personen erfüllt, als die allgemeinen Anforderungen an gewöhnliche Aufsichtsratsmitglieder.¹¹⁹ Das Unabhängigkeitspostulat führt zudem dazu, dass wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats die Funktion des Finanzexperten übernimmt, er nur eingeschränkt weitere Mandate, seien es gewöhnliche oder die des Finanzexperten, annehmen darf.¹²⁰

Die Nachfrage nach dem Finanzexperten ist im Vergleich zum gewöhnlichen Aufsichtsratsmitglied geringer. Der Aufsichtsrat muss aus mindestens drei Mitgliedern nach § 95 S. 1 AktG bestehen und es bedarf nur mindestens eines Finanzexperten. Jedoch ist zu bedenken, dass der Finanzexperte ebenso die Mindestqualifikationen für ein gewöhnliches Mandat mitbringt und daher nicht nur innerhalb der Gruppe der Finanzexperten konkurriert.

c) Schlussfolgerung

Somit ist der Kreis der zur Verfügung stehenden Personen für das Mandat des Finanzexperten begrenzt und als Ressource knapper als die des gewöhnlichen Aufsichtsratsmitgliedes. Es bedarf einem Mehr an Qualifikation, wobei die allgemeine Nutzung des Sachverständigen in mehreren Aufsichtsräten durch die Anforderung an ausreichende Unabhängigkeit beschränkt ist.

3. Auswirkungen auf die Vergütung

Fraglich ist, ob sich durch den Eingriff des Staates die Kosten für die Gesellschaft in Form der Vergütung für den Finanzexperten verändern werden.

117 Siehe dazu oben Abschnitt V. 2.

118 *Langenbacher* (Fn. 8), S. 77; *Lutter* Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlussprüfern und Aktionären ZSR 2005, 415 (451); *Paal* Die persönliche Haftung – ein wirksames Mittel zur Verbesserung der Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrats bei kapitalmarktorientierten Unternehmen? DStR 2005, 382 (384) m. w. N.; *Ulmer* Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns ZHR 1999, 290.

119 *Luttermann* (Fn. 54), S. 748.

120 *Ebd.*, S. 748.

a) Grundlagen des Vergütungssystems für Mandatsträger

Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder ist nicht gesetzlich vorgeschrieben, aber nach § 113 Abs. 1 S. 1 AktG zulässig. Soll den Aufsichtsratsmitgliedern eine Vergütung gewährt werden, verlangt das Gesetz einen Hauptversammlungsbeschluss oder die Festsetzung in der Satzung gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 AktG. Anderweitige Vergütungsformen für eine als Aufsichtsratsmitglied geschuldete Tätigkeit sind ausgeschlossen.¹²¹ Die Vergütung soll in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen, § 113 Abs. 1 S. 3 AktG. Es ist anerkannt, dass die Vergütung je nach der Leistung der Aufsichtsratsmitglieder differenziert ausfallen kann.¹²²

b) Die Vergütung des Finanzexperten

Das Einbringen des besonderen Sachverstandes durch den Finanzexperten auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung gehört zu den gesetzlichen Pflichten als Aufsichtsratsmitglied, was die Vergütung auf dem Wege des Beratungsvertrages ausscheiden lässt.¹²³ Übernimmt der Finanzexperte die Aufgabe, unterwirft er sich der Entscheidung der Gesellschafter über die Höhe seiner Vergütung.¹²⁴

Unter Berücksichtigung der oben festgestellten Knappheit der Ressource Finanzexperte und der gesteigerten Verantwortung durch das Damoklesschwert der verschärften Schadensersatzregeln, liegt es nicht fern, eine überdurchschnittliche Vergütung für den Finanzexperten als gerechtfertigt anzusehen.¹²⁵

Diese Vermutung wird durch eine empirische Studie von *Proft/Nieding/Köhler* unterstützt, welche durch Befragung von Aufsichtsratsvorsitzenden von deutschen börsennotierten Aktiengesellschaften deren Sichtweise auf das Amt untersucht haben. Hiernach gehen die Aufsichtsratsvorsitzenden von einer sinkenden Attraktivität des Mandats aus¹²⁶ und fordern zugleich eine generell höhere Vergütung der Tätigkeit.¹²⁷ Ein Drittel der befragten Aufsichtsratsvorsitzenden sieht bei einer größeren Verantwortung eine höhere Vergütung als verpflichtend an.¹²⁸ Untersuchungen bei den DAX 30-Gesellschaften haben ergeben, dass der Finanzexperte im Durchschnitt eine annähernd so hohe Vergütung wie der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende erhält und erheblich mehr als das gewöhnliche Aufsichtsratsmitglied.

121 *Habersack* (Fn. 17), § 113 Rn. 9; *Hüffer* (Fn. 35), § 113 Rn. 5.

122 Statt aller *Ebd.*, § 113 Rn. 4.

123 BGHZ 114, 127; 126, 340 (344 ff.); *Kropff* (Fn. 31), S. 1039.

124 *Ebd.*, S. 1039.

125 *Ebd.*, S. 1039; *Luttermann* (Fn. 54), S. 748; *Altmeyen* (Fn. 2), S. 413; *Bibr/Blättchen* Aufsichtsräte in der Kritik: Ziele und Grenzen einer ordnungsgemäßen Aufsichtsratsstätigkeit – Ein Plädoyer für den „Profi-Aufsichtsrat“ BB 2007, 1285 (1291).

126 *Proft/Nieding/Köhler* Neue Regelungen für Aufsichtsräte – die Sicht der Aufsichtsratsvorsitzenden, S. 24, abrufbar unter http://www.odgersberndtson.de/fileadmin/uploads/germany/Documents/100122_OB_Aufsichtsrate.pdf (zuletzt aufgerufen am 1.4.2011).

127 *Ebd.*, S. 23.

128 *Ebd.*, S. 25.

Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder von DAX 30-Gesellschaften in Euro

Quelle: jeweils Geschäftsbericht 2009, Stand 01. April 2010

	Vor- sitzender	Stell- vertreter	Finanz- experte	Vergütung Mitglieder	Geschäfts- jahr
Adidas AG	140.000	80.000	100.000	60.000	2009
Allianz SE	224.500	150.000	124.500	123.400	2009
BASF SE	228.000	117.000	121.000	88.456	2009
Bayer AG	270.000	180.000	135.000	114.000	2009
Beiersdorf AG	227.500	136.500	k. A.	115.501	2009
BMW AG	175.000	120.000	120.000	80.000	2009
Commerzbank AG	284.000	152.000	147.520	98.690	2009
Daimler AG	293.000	206.000	202.000	130.000	2009
Deutsche Bank AG	281.733	245.017	206.300	128.065	2009
Deutsche Börse AG	205.300	143.000	k. A.	106.277	2009
Dt. Lufthansa AG	75.000	35.000	35.000	26.250	2009
Deutsche Post AG	82.050	70.900	50.100	36.036	2009
Deutsche Telekom AG	73.400	63.400	62.600	35.470	2009
E.ON AG	453.020	302.013	302.013	215.184	2009
FMC AG & Co. KGaA	108.000	80.000	80.000	63.833	2009
Fresenius SE	242.000	159.000	159.000	132.000	2009
Henkel AG & Co. KGaA	150.000	133.250	k. A.	89.053	2009
Infineon Technologies AG	50.000	37.500	37.500	32.161	2009
K+S AG	125.500	100.750	75.500	67.564	2009
Linde AG	316.900	160.450	148.300	144.983	2009
MAN SE	118.000	90.000	70.000	58.812	2009
Merck KGaA	k. A.	k. A.	k. A.	27.187	2009
Metro AG	194.856	129.904	129.904	85.790	2009
Munich Re AG	268.000	104.183	108.465	77.074	2009
RWE AG	358.285	234.000	234.000	172.300	2009
Salzgitter AG	61.500	45.750	k. A.	33.302	2009
SAP AG	225.000	152.500	107.500	115.000	2009
Siemens AG	384.000	150.000	216.000	97.984	2009
Thyssen Krupp AG	263.672	194.426	100.440	93.937	2008/2009
Volkswagen AG	390.500	263.667	289.464	192.025	2009
Ø	216.163	139.180	134.484	94.678	

c) Schlussfolgerung

Die Einführung des § 100 Abs. 5 AktG wird nach allgemeiner Meinung und empirischen Untersuchungen mit erhöhten Vergütungszahlungen an den Finanzexperten verbunden sein.

4. Auswirkungen auf D&O-Versicherungen

Fraglich ist, ob die Einführung des § 100 Abs. 5 AktG eine Auswirkung auf die Organ-Vermögensschadenshaftpflichtversicherung (sogenannte D&O-Versicherung) hat.

a) Grundlagen der D&O-Versicherung

Gegenstand der Versicherung ist die Deckung von Vermögensschäden, die Organmitglieder in Ausübung ihrer Tätigkeit unter fahrlässiger Verletzung ihrer gesetzlichen Pflichten entweder ihrem Unternehmen oder außenstehenden Dritten zufügen.¹²⁹

b) Auswirkungen durch § 100 Abs. 5 AktG

Ausgangspunkt ist auch hier die Verschärfung der Haftung und insbesondere die Zuordnung des Verschuldens zu einem Mitglied in Schadensersatzfragen der Bilanzierung und Rechnungslegung.

Unternehmen jeder Größe sind in Deutschland in den vergangenen Jahren dazu übergegangen D&O-Versicherungen für ihre Verwaltung abzuschließen.¹³⁰ Alle DAX 30-Gesellschaften haben eine solche Versicherung für ihre Aufsichtsratsmitglieder abgeschlossen.

Abschluss einer D&O-Versicherung für Aufsichtsratsmitglieder

Quelle: jeweils Geschäftsbericht 2009/schriftliche Anfrage

Stand: 01. April 2010

	ohne Selbstbehalt	mit Selbstbehalt
Adidas AG		X
Allianz SE		X
BASF SE		X
Bayer AG	X	
Beiersdorf AG		X
BMW AG		X
Commerzbank AG		X
Daimler AG		X
Deutsche Bank AG		X
Deutsche Börse AG	X	
Dt. Lufthansa AG		X
Deutsche Post AG		X
Deutsche Telekom AG		X

129 *Lange* Praxisfragen der D&O-Versicherung DStR 2002, 1626.

130 *Dreher* Die selbstbeteiligungslose D&O Versicherung in der Aktiengesellschaft AG 2008, 429 (429).

	ohne Selbstbehalt	mit Selbstbehalt
E.ON AG		X
FMC AG & Co. KGaA	k. A.	k. A.
Fresenius SE		X
Henkel AG & Co. KGaA	k. A.	k. A.
Infineon Technologies AG	X	
K+S AG		X
Linde AG		X
MAN SE		X
Merck KGaA		X
Metro AG		X
Munich Re AG		X
RWE AG		X
Salzgitter AG		X
SAP AG	X	
Siemens AG		X
Thyssen Krupp AG		X
Volkswagen AG		X

Es scheint zu einer Regel von Gesellschaften geworden zu sein, die Haftungsrisiken der Aufsichtsratsmitglieder abzusichern.¹³¹ Man kann vermuten, dass eine steigende Zahl von potenziellen Aufsichtsratsmitgliedern nur bereit ist das Amt auszuüben, wenn die Gesellschaft eine D&O-Versicherung abgeschlossen hat.¹³² Dies gilt besonders für den spezialisierten und fähigen Finanzexperten. Dies unterstreicht die empirische Studie von *Proft/Nieding/Köhler*. Hiernach besteht mit der einhergehenden Verschärfung des Haftungsrechts für Aufsichtsratsmitglieder der Wunsch nach einer umfassenden Absicherung der Haftungsrisiken.¹³³

c) Erhöhung der Prämie

Zu bedenken gilt es hierbei, dass die Überwälzung des Haftungsrisikos auf einen D&O-Versicherer in Verbindung mit einer Verschärfung der persönlichen Haftung letztlich zu einer höheren Prämienbelastung der Gesellschaften führen dürfte. Die Versicherer schätzen das Potenzial der Wahrscheinlichkeit des eintretenden Schadens durch Aktuarer ein.¹³⁴ Steigt die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, welches bei einer verschärften Haftung nicht fern liegt, wirkt sich dies steigend auf die Prämien aus.¹³⁵

131 *Proft/Nieding/Köhler* (Fn. 126), S. 13.

132 *Hendricks* Kreist der Pleitegeier, sind Beiräte oft überfordert Handelsblatt 13/2010, S. 30 (30).

133 *Proft/Nieding/Köhler* (Fn. 126), S. 22.

134 *Schneck* Lexikon der Betriebswirtschaft 6. Aufl. (2005), S. 36.

135 *Paal* (Fn. 118), S. 430.

d) Schlussfolgerung

Eine verschärfte Haftung für Aufsichtsratsmitglieder, welche besonders für den Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG gilt, lässt das Bedürfnis bei den Aufsichtsratsmitgliedern nach Absicherung der Haftungsrisiken durch D&O-Versicherungen steigen und wird für die Gesellschaft höhere Prämienzahlungen bedeuten.

5. Probleme der asymmetrischen Haftungsverteilung

Durch die Schaffung eines gesetzlich geforderten und ausdrücklich benannten Finanzexperten wird dessen besonderer Sachverstand für alle Mitglieder des Aufsichtsrats sichtbar. Wie oben festgestellt, kommt hierzu eine verschärfte Haftung des Finanzexperten. Es entsteht somit eine asymmetrische Haftungsverteilung innerhalb des Aufsichtsrats, ausdrücklich in dem wichtigen Feld der Rechnungslegung.¹³⁶

a) Mögliche Folgen

Der Aufsichtsrat hat in arbeitsteiligem Zusammenwirken die Überwachung des Vorstandes sicherzustellen. Hierbei tritt das Problem der Trittbrettfahrerposition nach *Alchian* und *Demsetz* auf.¹³⁷ Wird ein Ergebnis gemeinsam erarbeitet, ist es schwierig, den Grenzbeitrag der einzelnen Organmitglieder zu ermitteln beziehungsweise zu messen.¹³⁸ Jedes einzelne Teammitglied hat einen Anreiz, seine individuelle Anstrengung zur Erreichung des gemeinsamen Ziels zu reduzieren und darauf zu hoffen, dass alle anderen Teammitglieder seine Minderleistung ausgleichen.¹³⁹ Dieses Problem könnte beim Finanzexperten dadurch verstärkt werden, dass dieser besonderen Sachverstand mitbringen muss und so die anderen Aufsichtsratsmitglieder davon ausgehen könnten, dass wenn ihm kein Fehler auffällt, den restlichen Mitgliedern auch keine Fehler auffallen müssen.¹⁴⁰ Bedenkt man nun noch die Einrichtung eines Prüfungsausschusses, in dem die Rechnungslegungskompetenzen gebündelt werden und der Finanzexperte in der Regel den Vorsitz haben wird, könnte die Überwachungstätigkeit der restlichen Mitglieder des Aufsichtsrats rudimentär ausfallen.

b) Zusammenfassung

Die Divergenz von gesetzlich gefordertem Sachverstand innerhalb des Aufsichtsrats kann zu Trittbrettfahrerpositionen führen und so die Kontrollintensität von jedem einzelnen Mitglied des Gesamtorgans negativ tangieren.

136 *Bröcker/Mosel* (Fn. 40), S. 133.

137 *Voigt* (Fn. 109), S. 81 f.

138 *Ebd.*, S. 81.

139 *Ebd.*, S. 82.

140 *Bröcker/Mosel* (Fn. 40), S. 133; *Paal* (Fn. 118), S. 429; *Lutter* (Fn. 80), S. 304.

VIII. Zusammenfassende Thesen

- Der Aufsichtsrat sollte gesetzlich verpflichtet werden zur Sicherung seiner Leistungsfähigkeit eine abstrakte Idealbesetzung festzulegen und regelmäßig zu überprüfen, welche auf die konkreten Anforderungen des Unternehmens zugeschnitten ist und bei Wahlvorschlägen an die Hauptversammlung Berücksichtigung finden muss. Für diese Aufgabe könnte zum Beispiel ein Nominierungsausschuss im Sinn der Ziff. 5.3.3 DCGK verpflichtet werden.
- Diese Idealbesetzung sollte im Rahmen des Jahresabschluss veröffentlicht und aufgezeigt werden, welche Positionen mit adäquat qualifiziertem Personal besetzt sind. So ließe sich der verschärfte Haftungsmaßstab für die Mitglieder mit Spezialkenntnissen leichter bestimmen und das Bewusstsein für die verschärfte Sorgfaltspflicht schärfen.
- Der Wortlaut des § 100 Abs. 5 AktG muss so ergänzt werden, dass deutlich wird, dass hiermit besonderer oder qualifizierter Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung gemeint ist.
- Zur Klarstellung der Offenlegungspflicht in Bezug auf den Finanzexperten sollte der § 285 Nr. 10 S. 2 HGB neben dem Vorsitzenden und den Stellvertretern den Finanzexperten nennen.
- Die Verbesserung des Sachverstandes in Finanzfragen ist nicht ohne Auswirkungen auf die Kosten des Aufsichtsrats. Sowohl eine steigende Vergütung als auch eine mehrheitliche Absicherung der Haftungsrisiken durch eine D&O-Versicherung mit steigenden Versicherungsprämien dürfte die Einführung des § 100 Abs. 5 AktG zur Folge haben.