

Thies Eggers/Dr. Christian Reiß/Dr. Bernd Schichold^{*)}

Der Sachverstand des Financial Expert – Praxisfragen nach BilMoG

Der Gesetzgeber definiert eine neue Rolle im Aufsichtsrat und läutet damit einen Paradigmenwechsel ein. Nunmehr muss mindestens ein Aufsichtsratsmitglied explizit über Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. Der so genannte Financial Expert wird neben dem Aufsichtsratsvorsitzenden zur wichtigsten Schlüsselperson im Aufsichtsrat. Die Frage nach dem erforderlichen Sachverstand des Financial Expert sowie seinem konkreten Anforderungsprofil ist von entscheidender praktischer Relevanz und dürfte bald auch die Rechtsprechung beschäftigen. Die Anforderungen sind hoch. Fehlender Sachverstand ist ein Risiko.

I. Regulativer Hintergrund

Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25.05.2009 sieht vor, dass der Aufsichtsrat eines kapitalmarktorientierten Unternehmens mit mindestens einem unabhängigen Mitglied besetzt sein muss, das über Fachexpertise auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt (§ 100 Abs. 5 AktG). Die Rede ist von dem Financial Expert. Die Konkretisierung der fachlichen Anforderungen an bestimmte Aufsichtsratsmitglieder hat den Zweck, die Qualität und die Effizienz der Aufsichtsratsarbeit zu erhöhen. Solange Mitglieder des Aufsichtsrats vor dem 29.05.2009 bestellt wurden, finden die neuen Anforderungen noch keine unmittelbare Anwendung (§ 12 Abs. 4 EGAktG). Bei der nächsten anstehenden turnusmäßigen Neubesetzung des Aufsichtsrats oder bei Nachwahlen ist allerdings zwingend darauf zu achten, dass mindestens ein Kontrolleur das notwendige Fachwissen mitbringt. Zur Frage der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern hat die EU-Kommission bereits am 15.02.2005 eine Empfehlung herausgegeben, auf die wir an dieser Stelle verweisen.

II. Ableitung des fachlichen Anforderungsprofils

Die Anforderungen an den Sachverstand, der den gesetzlichen Ansprüchen des § 100 Abs. 5 AktG genügt, sind hoch. Sie bestimmen sich aus § 107 Abs. 3 AktG und können folgerichtig aus der Aufgabenstellung des Prüfungsausschusses abgeleitet werden, die nach der Regierungsbegründung umfassend zu verstehen ist. Zu seinen Aufgaben gehört die Überwachung

1. des Rechnungslegungsprozesses,
2. der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems,
3. des Risikomanagementsystems,
4. des internen Revisionssystems,

5. der Abschlussprüfung, hier insbesondere der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen und
6. nach Tz. 5.3.2 DCGK auch von Compliance-Fragen.

Diese Aufgabenstellung besteht für den Aufsichtsrat von kapitalmarktorientierten Unternehmen unabhängig davon, ob ein Prüfungsausschuss gebildet wurde oder wird.

Die Aufgaben des Prüfungsausschusses werden nachfolgend als Vorbehaltsaufgaben bezeichnet, die nur wirksam wahrgenommen werden können, wenn der geforderte Sachverstand im Aufsichtsrat vertreten ist – andernfalls wären die Vorschriften des § 100 Abs. 5 AktG bzw. des § 107 Abs. 3 AktG nicht erforderlich gewesen. Wegen der weitgehenden Deckungsgleichheit der vorgenannten Aufgaben mit denen des Abschlussprüfers ist insbesondere die Prüfung und damit die Billigung des (Konzern-) Jahresabschlusses Ausfluss dieser Vorbehaltsaufgaben.

Die Aufgaben des Prüfungsausschusses sind mit § 107 Abs. 3 AktG spezifisch festgelegt. Die Überwachung dieser vom Gesetz festgelegten Bereiche erfordert besondere Kenntnisse und eine mehrjährige Ausbildung und Berufspraxis im Bereich des Rechnungswesens, der Erstellung von Jahres- und Konzernabschlüssen sowie in der Implementierung und Überwachung von Unternehmensabläufen insbesondere hinsichtlich des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems. Der Financial Expert sollte über entsprechend fundiertes Prozess- und System-Know-how verfügen.

Entsprechend der Regierungsbegründung zu § 100 Abs. 5 AktG können Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und vereidigte Buchprüfer die Anforderungen des Gesetzes erfüllen. Ferner sollen auch Finanzvorstände, fachkundige Angestellte aus dem Bereich Rechnungswesen oder Controlling sowie Analysten und Betriebsräte mit entsprechender

„Fehlender Sachverstand ist ein Risiko.“

^{*)} WP/StB Dipl.-Kfm. Thies Eggers, Pullach; WP/StB Dipl.-Kfm. Dr. Christian Reiß, Hamburg; Dipl.-Kfm. Dr. Bernd Schichold, Hamburg.

Weiterbildung als Financial Expert in Betracht kommen. Damit sind Berufsqualifikationen definiert, welche die fachlichen Anforderungen an den Sachverstand erbringen können. Allerdings wird der in Frage kommende Personenkreis ausdrücklich nicht abschließend festgelegt. Auch liefern das Gesetz und die Regierungsbegründung keine näheren Hinweise dazu, wie der Begriff Sachverstand zu interpretieren ist. Eine Klärung wird letztlich erst nach Anfechtungsklagen durch die Gerichte erfolgen.

Jedenfalls sollte der Financial Expert eine Person mit besonderer Sachkunde und einer überdurchschnittlichen Expertise in den betroffenen Fachgebieten sein. Die Fachkompetenz wird in der Regel erworben durch mehrjährige Fachausbildung und fachbezogene Berufserfahrung/-praxis bzw. Weiterqualifikation auf dem entsprechenden Gebiet. Ferner sind ein fortgesetzter Bezug zur Praxis, die ständige Auseinandersetzung mit der Weiterentwicklung im Berufsfeld und die Kenntnis des jeweils neuesten Stands der dazugehörigen Regeln und Standards Grundvoraussetzungen für die Sachverständigentätigkeit. Dazu gehören wirtschaftliche und rechtliche Kenntnisse sowie die persönliche Befähigung zur sachlichen und unvoreingenommenen objektiven Analyse und Dokumentation von Sachverhalten. Einen Qualifikationsnachweis zum Financial Expert in Form eines Zertifikats gibt es bislang nicht. Allerdings hat sich zwischenzeitlich ein Verband konstituiert, der sich mit diesem Thema auseinandersetzt.

Finanzvorstände sind neben Wirtschaftsprüfern „geborene“ Financial Experts, weil sie im Rahmen ihrer Vorstandstätigkeit regelmäßig die primäre Verantwortung für die Erstellung und Richtigkeit der Abschlüsse und Lageberichte tragen. In ihr Ressort fällt üblicherweise auch die Verantwortung für das interne Kontroll- und Risikomanagementsystem. Die damit zusammenhängenden Tätigkeiten werden oft an den Leiter des Controllings delegiert. In angelsächsisch dominierten Unternehmen ist der Controller zudem häufig mit Fragen des Rechnungswesens betraut. In deutschen Unternehmen werden derartige Fragestellungen vom Leiter des Rechnungswesens bearbeitet, während der Controller das Zahlenwerk und die Gründe für Planabweichungen analysiert und dokumentiert. Generell scheinen Controller insbesondere wegen der ihrer Tätigkeit innewohnenden Kontrollaufgaben mit Zukunftsbezug geeignet, die Funktion des Financial Expert auszuüben. Vorstandsvorsitzende haben die Verantwortung für die Unternehmensstrategie und – wie auch die anderen Vorstände – für das operative Ergebnis. Das Gesetz fordert jedoch spezifische Kenntnisse in den genannten Bereichen, sodass diese allgemeinen Aufgaben ohne zusätzliche fachliche Qualifikationen nicht ausreichen sollten, um die Anforderungen zu erfüllen.

Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und vereidigte Buchprüfer sind kraft ihrer Ausbildung grundsätzlich geeignet, die Funktion des Financial Expert wahrzunehmen. Sie sollten allerdings auch tatsächlich einschlägige Erfahrungen bei kapitalmarkt-orientierten Unternehmen gesammelt haben, was praktisch vor allem bei Steuerberatern und vereidigten Buchprüfern nicht immer der Fall sein wird. Auch Analysten und externe Sachverständige, die regelmäßig im Rahmen ihrer Tätigkeit das Zahlenwerk der Gesellschaft analysieren, können nach der Regierungsbegründung Financial Expert sein.

III. Auswirkungen bei fehlendem Sachverstand

1. Auswirkungen auf das Unternehmen

Fehlender Sachverstand im Aufsichtsrat ist ein Risiko, sofern im Rahmen einer Hauptversammlung eines kapitalmarkt-orientierten Unternehmens eine Person in den Aufsichtsrat gewählt wurde, die von ihrer Ausbildung und Tätigkeit nicht die geforderte Qualifikation an den Sachverstand erfüllt und auch kein anderes Mitglied die Anforderungen des § 100 Abs. 5 AktG erfüllt. Die Wahl dieser Person wäre nach § 251 AktG anfechtbar, da § 100 Abs. 5 AktG verletzt ist. Mit einer erfolgreichen Anfechtung der Wahl wird diese rückwirkend nichtig. Je nach Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats sind die rechtlichen Folgen unterschiedlich – und zum Teil gravierend.

Bei einem Aufsichtsrat, der lediglich aus drei Mitgliedern besteht, sind dann alle Beschlüsse des Aufsichtsrats als nichtig anzusehen. Entsprechend § 95 AktG besteht der Aufsichtsrat mindestens aus drei Mitgliedern. Eine Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats ist nur gegeben, wenn mindestens drei Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen (§ 108 Abs. 2 Satz 3 AktG). Die Forderung, dass dem Aufsichtsrat von kapitalmarkt-orientierten Unternehmen mindestens eine Person mit Sachverstand in der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung angehören muss, ist unabdingbar (§ 100 Abs. 5 AktG). Ist eine solche Person in einem Dreier-Aufsichtsrat nicht vorhanden, ist der Aufsichtsrat nicht beschlussfähig. Sind dennoch Beschlüsse gefasst worden, so sind diese nichtig. Wesentliche Auswirkungen ergeben sich bei einem Dreier-Aufsichtsrat insbesondere in den folgenden Bereichen:

- Neu abgeschlossene Vorstandsverträge sind nicht rechts-wirksam gefasst. Die nichtigen Vorstandsverträge sind Dritten gegenüber wirksam, im Innenverhältnis jedoch nicht (§ 15 HGB). Der Vorstand kann sich nicht auf die Wirksamkeit nach außen berufen.
- Rechtsgeschäfte des Vorstands, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, sind gegenüber Dritten zwar wirksam, im Innenverhältnis wurde die Zustimmung jedoch nicht wirksam erteilt, sodass der Vorstand bei Kenntnis der fehlenden Qualifikation die Folgen einer fehlerhaften Zustimmung zu tragen hat.
- Sofern der Jahresabschluss vom Aufsichtsrat gebilligt und damit festgestellt wird (§ 172 AktG), kann eine rechtlich wirksame Feststellung durch den Aufsichtsrat nicht erfolgen. Ausschüttungen aus dem Bilanzgewinn eines nicht wirksam festgestellten Jahresabschlusses sind nichtig. Einem Hauptaktionär dürfte der Mangel der fehlerhaften Besetzung des Aufsichtsrats zuzurechnen sein, sodass ein gutgläubiger Erwerb der Dividendenzahlungen nach § 62 AktG nicht erfolgen kann.
- Der Vorschlag zur Wahl des Abschlussprüfers ist auf die Empfehlung des Prüfungsausschusses zu stützen (§ 124 Abs. 3 Satz 2 AktG). Besteht ein solcher Prüfungsausschuss nicht, so wird die Empfehlung durch den Gesamtauf-sichtsrat erfolgen. Gemäß § 107 Abs. 3 AktG hat der Prüfungsausschuss u.a. die Aufgabe, die Unabhängigkeit des Ab-

schlussprüfers zu prüfen. Abgeleitet aus den bisherigen Ausführungen wäre der Aufsichtsrat nicht qualifiziert besetzt, um diese Prüfung vorzunehmen. Jedoch handelt es sich bei der Empfehlung des Aufsichtsrats zur Wahl des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung lediglich um einen Wahlvorschlag – die Hauptversammlung ist daran nicht gebunden und kann einen anderen Abschlussprüfer wählen. Eine Nichtigkeit des Wahlvorschlags mit der Konsequenz, dass möglicherweise deshalb auch die Wahl des Abschlussprüfers nichtig sein soll, kann aus dem fehlenden Sachverstand im Aufsichtsrat nicht geschlossen werden.

Bei einem Aufsichtsrat, der aus mehr als drei Personen besteht, können die Rechtsfolgen hinsichtlich der Vorbehaltsaufgaben nicht anders sein als bei einem mit drei Personen besetzten Aufsichtsrat – ansonsten wäre eine Umgehung von § 100 Abs. 5 AktG leicht möglich. Lediglich Beschlüsse, die nicht zu den Vorbehaltsaufgaben zählen, können wirksam gefasst werden, sofern an der Beschlussfassung außer dem „Sachverständigen“ mindestens weitere drei Aufsichtsratsmitglieder teilnehmen. Eine Beschlussfassung zu Nicht-Vorbehaltsaufgaben bei einer Anwesenheit von lediglich drei Aufsichtsratsmitgliedern einschließlich des „Sachverständigen“ wäre dagegen aus dem gleichen Grunde nichtig wie Beschlüsse eines Aufsichtsrats, der satzungsgemäß nur aus drei Mitgliedern besteht.

Die Forderung des § 100 Abs. 5 AktG wirkt sich hinsichtlich der festgelegten Aufgaben des Prüfungsausschusses nach außen insbesondere bei der Beratung/Prüfung des Jahresabschlusses und dessen Billigung aus. Bei fehlendem Sachverstand können die besonderen Aufgaben, die dem Prüfungsausschuss zugeordnet sind, nicht entsprechend den gesetzlichen Anforderungen erfüllt werden. Unabhängig davon, ob bei einem Aufsichtsrat, der aus mehr als drei Personen besteht, ein Prüfungsausschuss eingerichtet ist oder nicht, und unabhängig davon, dass ein solcher Aufsichtsrat grundsätzlich beschlussfähig ist, ist die besondere Qualifikation, die für die Billigung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat gefordert wird, bei fehlendem Sachverstand im Aufsichtsrat nicht vorhanden. Folglich kann auch eine rechtlich wirksame Beschlussfassung über die Billigung/Feststellung des Jahresabschlusses nicht erfolgen. Damit dürften unter den genannten Voraussetzungen auch Beschlüsse zur Billigung/Feststellung eines Jahresabschlusses bei einem Aufsichtsrat, der aus mehr als drei Personen besteht, nichtig sein. Die Rechtsfolgen aus einer auf einem nicht wirksam festgestellten Jahresabschluss beruhenden Ausschüttung sind entsprechend denen bei einem Dreier-Aufsichtsrat zu sehen.

2. Haftungskonsequenzen

Unabhängig von der Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats stellt sich die Frage, welche Haftungsfolgen eintreten, wenn Beschlüsse eines Aufsichtsrats nichtig sind, weil der Aufsichtsrat nicht nach den gesetzlichen Vorschriften besetzt war. Diese Haftungsfolgen dürften vornehmlich die Person treffen, die vorgibt, den geforderten Sachverstand zu besitzen, sie können jedoch gegebenenfalls auch die anderen Mitglieder des Aufsichtsrats und in den Fällen des § 117 Abs. 1 AktG auch den Vorstand und Dritte mit maßgeblichem Einfluss auf die Gesellschaft (insbesondere den Hauptaktionär) treffen. Die

Schadenersatzpflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds bzw. gegebenenfalls des gesamten Aufsichtsrats ergibt sich aus § 116 i. V. m. § 93 AktG, sofern eine Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats verletzt wurde. Eine solche Sorgfaltspflicht ist insbesondere als verletzt anzusehen, wenn eine Person ohne fehlenden Sachverstand behauptet, die entsprechende Qualifikation zu besitzen, und bei der Gesellschaft Schäden aus fehlerhaften Beschlüssen des Aufsichtsrats eintreten. Bei Inanspruchnahme eines Organs wegen eines eingetretenen Schadens aus der Falschbesetzung des Aufsichtsrats könnte eine Abdeckung des Anspruchs durch eine D&O-Versicherung bestehen. Jedoch ist die Versicherung vom Ersatz des Schadens befreit (§ 28 VVG), sofern der Schaden vom Versicherungsnehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde. Hierbei trägt der Versicherungsnehmer die Beweislast für das Nichtvorliegen grober Fahrlässigkeit.

3. Auswirkungen auf die Arbeit des Abschlussprüfers

Der Abschlussprüfer hat im Rahmen seiner Abschlussprüfung eine Redepflicht, sofern er bei der Durchführung der Prüfung Unrichtigkeiten oder Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften festgestellt hat, die den Bestand der Gesellschaft gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können oder die schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter gegen Gesetz oder Satzung erkennen lassen (§ 321 Abs. 1 Satz 3 HGB). Nach dem Prüfungsstandard 210 des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW PS 210) zählen zu den Unrichtigkeiten auch Auswirkungen einer Nichteinhaltung sonstiger, nicht rechnungslegungsbezogener Gesetze, soweit diese die Rechnungslegung berühren. Darüber hinaus stellt IDW PS 210 klar, dass auch sonstige Gesetzesverstöße von der Redepflicht des Abschlussprüfers erfasst werden. Aus dem Anforderungsprofil an den Sachverstand des Aufsichtsrats ergibt sich, dass die Aufgaben unmittelbar die Rechnungslegung berühren. Selbst wenn bei fehlendem Sachverstand noch keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Jahresabschluss eintreten, so liegt in der fehlerhaften Besetzung des Aufsichtsrats zumindest ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften vor, über die der Abschlussprüfer pflichtgemäß zu berichten hat. Entsprechend IDW PS 400 Tz. 99 ist ein Vorbehalt auf den Vorjahresabschluss im Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers nicht erforderlich, wenn mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass der noch nicht (bzw. der nicht wirksam) festgestellte Vorjahresabschluss ohne Feststellung beibehalten werden kann. In der Praxis wird ein solcher Vorbehalt auf den Vorjahresabschluss auch bei einer nichtigen Feststellung des Vorjahresabschlusses kaum zu erwarten sein, wenn der diesjährige Abschlussprüfer auch Abschlussprüfer des Vorjahres war.

IV. Ausblick

Vor dem Hintergrund gestiegener Anforderungen, des erhöhten Sorgfaltsmaßstabs und Haftungsrisikos des Financial Expert stellt sich die Frage nach einem Qualifikationsnachweis. Neben der fachlichen Expertise wird auch die persönliche Eignung und Weiterbildungsverpflichtung des Financial Expert zu diskutieren sein.

Literaturhinweis:

Regierungsbegründung zum Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz vom 30.07.2008, Drucksache 16/10067.