

Handbuch Aufsichtsrat

Goette / Arnold

2021

ISBN 978-3-406-72433-6

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Bei einer **Prüfung** durch die **DPR** ist der Prüfungsausschuss einzubinden. Wesentliche Korrespondenz des Vorstands mit der DPR sollte mit dem Prüfungsausschuss abgestimmt werden. Darüber hinaus kann es sich empfehlen, die Zustimmung des Prüfungsausschusses einzuholen, ob das Unternehmen Fehlerfeststellungen der DPR akzeptiert. 267

bb) Gewährleistung der Integrität des Rechnungslegungsprozesses. Ein Prüfungsausschuss kann Vorschläge zur Gewährleistung der Integrität des Rechnungslegungsprozesses unterbreiten (§ 107 Abs. 3 S. 3 AktG). Unter **Integrität** ist die **Ordnungsmäßigkeit** des Rechnungslegungsprozesses zu verstehen. Gemeint sind Vorschläge für System- bzw. Prozessverbesserungen.³³⁹ 268

Nach der Regierungsbegründung zum ARcG richtet der Prüfungsausschuss solche Empfehlungen oder **Vorschläge** an den **Aufsichtsrat**.³⁴⁰ Das Plenum müsste dann nach eigener Bewertung die Vorschläge an den Vorstand weitergeben. Naheliegender und zweckmäßiger wäre die **unmittelbare Weitergabe** vom Prüfungsausschuss an den Vorstand. Konkrete Verbesserungen der Prozesse und die Umsetzung sind Aufgabe des Vorstands. 269

cc) Interne Kontrollsysteme. Die Überwachung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems (dazu → § 4 Rn. 163 ff.) und des internen Revisionssystems gehören zu den Aufgaben des Aufsichtsrats, die **typischerweise** auf den Prüfungsausschuss delegiert werden.³⁴¹ Eine trennscharfe Abgrenzung der drei genannten Systeme ist kaum möglich. Stattdessen sind sie zusammenfassend als interne Kontrollsysteme zu betrachten.³⁴² Unter dem Begriff des **Risikomanagementsystems** lassen sich allgemein Mittel zur Identifikation und Steuerung von Risiken für das Unternehmen zusammenfassen.³⁴³ Als **interne Kontrollsysteme** werden Verfahren und Umsetzung von Managemententscheidungen verstanden.³⁴⁴ Demgegenüber befasst sich ein **internes Revisionssystem** damit, ob innerhalb der Gesellschaft in Entsprechung der Satzung, der Vorstandsentscheidungen, Richtlinien und Gesetze gehandelt wurde.³⁴⁵ 270

Bei der Prüfung der internen Kontrollsysteme hat sich der Aufsichtsrat insbesondere durch den **Beiricht des Abschlussprüfers** nach § 171 Abs. 1 S. 2 AktG zu wesentlichen Schwächen des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess zu informieren. 271

Die Entscheidung über die **Einrichtung und Ausgestaltung** interner Kontroll- und Risikomanagementsysteme obliegt dem **Vorstand** im Rahmen seiner Organisationspflichten auf der Grundlage einer eigenen Risikoanalyse des Unternehmens, ohne dass der Vorstand aufgrund der Nennung in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG stets zu deren Einrichtung verpflichtet wäre.³⁴⁶ Es liegt in der Verantwortung des Vorstands, im Rahmen seiner Geschäftsführung für die Einrichtung der erforderlichen Kontrollsysteme zu sorgen.³⁴⁷ Der Prüfungsausschuss muss in diesem Fall überwachen, ob der Vorstand entsprechende Systeme installiert hat, ob die eingerichteten Systeme mit Blick auf die Verhältnisse und Risiken der Gesellschaft **angemessen, funktionsfähig** und effizient sind und ob regelmäßige **Prüfungen der Fehlerhaftigkeit** solcher Systeme vom Vorstand durchgeführt werden und festgestellte Fehler oder Prozessschwächen korrigiert werden. Der Prüfungsausschuss muss sich über mögliche Fehler Risiken in der Finanzberichterstattung, Schwächen in den Kontrollsystemen und die erforderlichen Maßnahmen unterrichten lassen. Die Prüfung der Angemessenheit, Funktionsfähigkeit und Effizienz solcher Systeme erstreckt sich zudem auf Frage, ob ausreichende personelle, finanzielle und technische **Ressourcen** zur Verfügung stehen. Zusätzlich muss der Prüfungsausschuss die Risikoanalyse des Vorstands und die vom Vorstand daraus abgeleitete Risikogewichtung einschließlich der Gegenmaßnahmen zur Risikosteuerung prüfen. 272

Die Arbeit der **internen Revision** im Einzelnen ist nicht Gegenstand der Prüfungsaufgaben des Prüfungsausschusses. Prüfungsgegenstand ist die Frage nach der Einrichtung und angemessenen Ausstattung einer internen Revision und ihrer Funktionsfähigkeit und Wirksamkeit. Diese Aufgabe umfasst insbesondere die Frage, ob die Tätigkeit der Revision alle risikobehafteten Aktivitäten des Unternehmens erfasst und ob die von der internen Revision erkannten Schwachstellen durch den Vorstand abgestellt werden. Dazu kann und sollte sich ein Prüfungsausschuss regelmäßig mit der **Prüfungsplanung** der internen Re- 273

³³⁹ Nonnenmacher/Wemmer/v. Werder DB 2016, 2826 (2830).

³⁴⁰ BT-Drs. 18/7219, 57.

³⁴¹ GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 533; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 78.

³⁴² Vgl. GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 527; MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 115; Dreher/Hoffmann ZGR 2016, 445 (466).

³⁴³ Gesell ZGR 2011, 361 (371); GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 531.

³⁴⁴ GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 530; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 65.

³⁴⁵ Dreher/Hoffmann ZGR 2016, 445 (474); K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 67.

³⁴⁶ MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 116; GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 529; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 70.

³⁴⁷ Lanfermann/Röhrich BB 2009, 887 (889); vgl. auch E. Vetter ZGR 2010, 751 (770); MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 116.

vision auseinandersetzen und überprüfen, ob die relevanten Risikobereiche ausreichend abgedeckt sind. Zudem gehört es zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses, sich zumindest von den vorstandsbezogenen Berichten der Revision Kenntnis zu verschaffen und daraus ggf. weitere Prüfungshandlungen abzuleiten.

- 274 Umstritten ist, ob und in welcher Form ein **Prüfungsausschuss** unmittelbar **Leitungspersonen** unterhalb der Vorstandsebene befragen und diese innerhalb der ihm zugewiesenen Aufgabenbereiche zur Berichterstattung auffordern kann (dazu ausführlich → Rn. 107). In Betracht kommen hier insbesondere der Leiter Interne Revision, der Leiter Recht, der Leiter Risikomanagement und ein Chief Compliance Officer. Im **Finanzsektor** gibt es im Einzelfall solche **direkten Zugriffsrechte**: Im Anwendungsbereich des § 25d Abs. 8 S. 7 KWG kann der Vorsitzende des Risikoausschusses oder, falls ein Risikoausschuss nicht eingerichtet wurde, der Vorsitzende des Aufsichtsorgans unmittelbar beim Leiter der Internen Revision und beim Leiter des Risikocontrolling Auskünfte einholen. Gleiches ist dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses gestattet (§ 25d Abs. 9 S. 4 und 5 KWG). Diese Regelungen sind jedoch als spezialgesetzliche Ausnahmefälle nicht verallgemeinerungsfähig. Mit Einwilligung des Vorstands kann dem Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss ein solcher unmittelbarer Zugriff gewährt werden.³⁴⁸ Dies kann auch in eine Geschäftsordnung aufgenommen werden. Ohne Einwilligung des Vorstands ist ein unmittelbarer Zugriff nur im Ausnahmefall zulässig, wenn konkrete Anzeichen für (Rechnungslegungs-)Verstöße des Vorstands vorliegen.
- 275 **dd) Auswahl und Unabhängigkeit des Abschlussprüfers.** Der Katalog des § 107 Abs. 3 AktG umfasst weiterhin die Auswahl des Abschlussprüfers (ausführlich zur Auswahl → § 4 Rn. 2176 ff., 2251 ff.). Nach der Regierungsbegründung zum AReG soll der eingesetzte Prüfungsausschuss konkrete **Empfehlungen für die Wahl des Abschlussprüfers** abgeben.³⁴⁹ Hierfür erarbeitet der Ausschuss typischerweise eine Vorschlag, den der Aufsichtsrat dann aufgrund eigenen Beschlusses der Hauptversammlung zur Wahl des Abschlussprüfers unterbreitet, § 124 Abs. 3 S. 2 AktG (→ § 4 Rn. 2255 ff.).³⁵⁰
- 276 Zudem soll der Prüfungsausschuss das **Auswahl- und Ausschreibungsverfahren** nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften, insbesondere Art. 16 Abs. 3 Abschlussprüfer-VO (EU) Nr. 537/2014 durchführen. Bei der Auswahl eines neuen Abschlussprüfers und für die Fälle einer freiwilligen Ausschreibung ist der Prüfungsausschuss für das Auswahlverfahren verantwortlich. Die operative Durchführung liegt jedoch beim Unternehmen. Gestützt wird dies durch Art 39 Abs. 6 lit. f Abschlussprüfer RL, der dem Prüfungsausschuss die Aufgabe zuweist, das Verfahren für die Auswahl des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft(en) durchzuführen. Bei einer Ausschreibung der Abschlussprüfung führt typischerweise der Prüfungsausschuss die Ausschreibung durch und bereitet die Beschlussempfehlung an den Aufsichtsrat vor. Dabei kann er auf Ressourcen und Personal des Unternehmens zurückgreifen.
- 277 Als eigene Aufgabe prüft der Prüfungsausschuss neben der fachlichen Qualifikation der Prüfungsgesellschaften, der Wirtschaftlichkeit des Angebots, ob und ggf. welche geschäftlichen, **finanziellen, persönlichen oder sonstigen Beziehungen** zwischen dem Prüfer, seinen Organen und Prüfungsleitern einerseits sowie der Gesellschaft und Ehrenorganmitgliedern andererseits bestehen, die Zweifel an der Unabhängigkeit des Prüfers begründen könnten.
- 278 Im Rahmen der **Auftragserteilung an den Abschlussprüfer** (→ § 4 Rn. 2259 ff.) empfiehlt es sich zu vereinbaren, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses über während der Prüfung auftretende mögliche **Ausschluss- oder Befangenheitsgründe** vom Abschlussprüfer informiert wird.
- 279 § 107 Abs. 3 S. 2 AktG weist dem Prüfungsausschuss zudem die Überwachung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und die Entscheidung über die Zustimmung zu **prüfungsfernen** sonstigen **Leistungen** des Abschlussprüfers nach § 319a Abs. 3 HGB zu.³⁵¹ In diesem Zusammenhang muss sich der Prüfungsausschuss ein Bild verschaffen, welche sonstigen prüfungsfernen Leistungen für das laufende Jahr erbracht wurden und für das folgende Jahr vereinbart worden sind die Abgabe der Erklärung des Abschlussprüfers nach § 171 Abs. 1 S. 3 AktG überwachen.
- 280 Der Prüfungsausschuss kann **Leitlinien** zu den **zulässigen Nichtprüfungsleistungen** erstellen. Der Prüfungsausschuss ist berechtigt, zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben alle erforderlichen Auskünfte vom Abschlussprüfer und vom Vorstand zu erhalten. Dies kann durch Vorstandsberichte und entsprechende Zustimmungsvorbehalte sichergestellt werden.

³⁴⁸ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 107 Rn. 108; BeckOGK/Spindler AktG § 107 Rn. 164; Großkomm-AktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 318; M. Arnold ZGR 2014, 76 (90 ff.); Gittermann in Semler/v. Schenck AR-HdB § 6 Rn. 84f.; Scheffler ZGR 2003, 236 (254f.); Dittmar NZG 2014, 210 (211); aA Habersack AG 2014, 1 (6f.); K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 75.

³⁴⁹ RegBegr. AReG, BT-Drs. 18/7219, 56; BeckOGK/Spindler AktG § 107 Rn. 154.

³⁵⁰ Scheffler ZGR 2003, 236 (249); Nonnenmacher/Wemmer/v. Werder DB 2016, 2826 (2831); MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 117.

³⁵¹ E. Vetter ZGR 2010, 751 (776); vgl. auch Schäfer ZGR 2004, 416 (427); MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 117.

ee) Qualität der Abschlussprüfung. Nach Empfehlung D.11 DCGK soll der Aufsichtsrat eine regelmäßige Beurteilung der **Qualität der Abschlussprüfung** durch den Prüfungsausschuss vornehmen.³⁵² Der DCGK gibt nicht vor, wie der Prüfungsausschuss eine solche Beurteilung vornehmen kann. Die Regierungskommission DCGK stellt in der Begründung zur Empfehlung D.11 lediglich klar, dass eine zweite Prüfung des Jahresabschlusses oder eine externe Peer-Review des Prüfungsteams nicht gefordert ist. Stattdessen soll sich die Beurteilung durchgeführter Prüfungen auf die Würdigung objektiv beurteilbarer Indikatoren (sog. **Audit Quality Indicators**) und, soweit verfügbar, auf Ergebnisse der Inspektion durch die Abschlussprüferaufsicht beschränken.³⁵³ Als Audit Quality Indicators kommen beispielsweise in Betracht: Die Kompetenz des Prüfungsteams und dessen Verfügbarkeit, Termintreue und Einhaltung von Meilensteinen der Abschlussprüfung, die Qualität und Schwerpunktsetzung der Berichterstattung, der Umgang mit signifikanten Risiken, der Einsatz von Technologie, Spezialisten und angemessen großer Teams im Prüfungsprozess. Darüber hinaus werden Feststellungen aus externen Qualitätskontrollen oder Feststellungen der DPR als Indikatoren heranzuziehen sein. Zusätzlich wird der Prüfungsausschuss bei der Prüfung der Qualität der Abschlussprüfung beurteilen, ob bei sonstigen Leistungen die Unabhängigkeitsregeln eingehalten wurden und ob sich Fehler zurückliegender Jahresabschlüsse herausgestellt haben, die in laufender Rechnung zu korrigieren waren.

ff) Aufgaben der Compliance. Nach der Vorstellung der Regierungskommission DCGK soll sich ein Prüfungsausschuss mit **Compliance** (ausführlich zur Compliance → § 4 Rn. 213 ff.) befassen. Dies bedarf der funktionalen Eingrenzung. Der Begriff der Compliance ist ebenso schillernd wie unscharf. Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss sind nicht Compliance-Organ der Gesellschaft. Grundsätzlich ist es Aufgabe des Vorstands, Maßnahmen zur Einhaltung der Compliance- bzw. Legalitätspflicht im gesamten Unternehmen (dazu → § 4 Rn. 214) zu ergreifen.³⁵⁴ Als wesentliche Aufgaben einer Befassung des Prüfungsausschusses mit Fragen der Compliance lassen sich grob drei Themenfelder identifizieren:

- (1) Bei der Überprüfung von **Compliance-Managementsystemen** gehört die fortlaufende Überprüfung der Mechanismen auf Geeignetheit und Effizienz zum Pflichtenkanon des Prüfungsausschusses.³⁵⁵ Zur Überwachungsaufgabe gehört auch die Frage, ob die Organisationsstruktur des Compliance-Managementsystems der Risikolage des Unternehmens gerecht wird. Der Prüfungsausschuss sollte sich regelmäßig über das unternehmenseigene Compliance-Managementsystem, die fortlaufende Risikoanalyse und Weiterentwicklung des Compliance-Managementsystems informieren. Stellt der Ausschuss fest, dass das Compliance-Managementsystem nicht funktionsfähig oder nicht angemessen ausgestattet ist, hat er durch Empfehlungen an den Vorstand auf die Fortentwicklung des Systems hinzuwirken. Grundsätzlich kann der Prüfungsausschuss sich dabei auf die Prüfung und Überwachung des Systems beschränken.³⁵⁶ Maßgeblich ist die Frage nach der generellen als auch der konkreten Wirksamkeit des Systems.³⁵⁷ Ergänzend ist zu überwachen, ob der Vorstand bei **festgestellten Schwachstellen** und strukturellen Compliance-Defiziten das bestehende Compliance-System überprüft und bei Bedarf **nachbessert**.
- (2) Der Prüfungsausschuss hat den Vorstand bei der Aufklärung und Reaktion von **Compliance-Verstößen** auf **nachgeordneten Unternehmensebenen** zu überwachen. Konkret hat er zu überprüfen, ob der Vorstand Hinweisen auf Compliance-Verstöße nachgeht, solche Verstöße konsequent aufklärt, ahndet, abstellt und Maßnahmen zur Vermeidung ähnlicher Verstöße ergreift. Jedoch sind der Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss nicht verpflichtet – und regelmäßig gar nicht in der Lage – alle in Betracht kommenden Verstöße gegen Rechtsvorschriften bzw. Abweichungen von der Compliance zu überwachen. Anlass für verstärkte Überwachungstätigkeit geben jedoch Hinweise des Abschlussprüfers im Prüfungsbericht nach § 321 Abs. 1 S. 3 HGB über Tatsachen, die schwerwiegende Gesetzesverstöße vermuten lassen. Art. 7 Abschlussprüferverordnung sieht vor, dass der Abschlussprüfer das Unternehmen auffordern soll, die Angelegenheit zu untersuchen. Über derartige Aufforderungen ist der Prüfungsausschuss in Kenntnis zu setzen.
- (3) Schließlich kann es Aufgabe des Prüfungsausschusses im Bereich der Compliance sein, mögliche **Verstöße von Vorstandsmitgliedern** gegen Regelungen zu Integrität und Compliance, etwa Fälle von Untreue und Korruptionsverdacht oder Verstöße gegen einen Code of Conduct, zu untersuchen so-

³⁵² Zur Wirksamkeit der Abschlussprüfung *Nonnenmacher/Wemmer/v. Werder* DB 2016, 2826 (2832).

³⁵³ Begründung der Regierungskommission DCGK zu Empfehlung D.11, vgl. auch *Nonnenmacher/Wemmer/v. Werder* DB 2016, 2826 (2832).

³⁵⁴ BeckOGK/Spindler AktG § 107 Rn. 163; Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 25; Lutter FS Hüffer, 2010, 615 (615 f.); Winter FS Hüffer, 2010, 1101 (1106 f.); Habersack AG 2014, 1 (3).

³⁵⁵ Zur Überprüfung des Compliance-Management-Systems durch den Prüfungsausschuss nach IDW PS 980 Görtz BB 2012, 178 (180); Hönsch/Kaspar, Der Prüfungsausschuss, S. 60; Siepelt/Pütz CCZ 2018, 78 (79).

³⁵⁶ K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 74 ff.; BeckOGK/Spindler AktG § 107 Rn. 163 mwN.

³⁵⁷ E. Vetter ZGR 2010, 751 (769); Dreher/Hoffmann ZGR 2016, 445 (491): „Systeme müssen auch gelebt werden“.

wie Meldungen aus einem **Hinweisgebersystem** („Whistleblower“) nachzugehen.³⁵⁸ Besteht der Verdacht, dass Vorstandsmitglieder an Compliance-Verstößen beteiligt sind, gehört es zu den Pflichten des Aufsichtsrats und in delegierter Verantwortung des Prüfungsausschusses, Fehlverhalten aufzuklären und Ursachenforschung zu betreiben.

286 Sofern der Prüfungsausschuss mit der „Compliance“ betraut werden soll, sollten die **Aufgaben und Zuständigkeiten im Beschluss des Aufsichtsrats** näher beschrieben werden.

287 **gg) Unternehmenskrise.** Befindet sich die Gesellschaft in einer **Krise**, kommt dem Aufsichtsrat und dem Prüfungsausschuss besondere Bedeutung zu (zu den **gesteigerten Überwachungspflichten** des Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise → § 4 Rn. 95 ff.). Regelmäßig dürften die Mitglieder des Prüfungsausschusses in besonderer Weise in der Lage sein, die vom Vorstand angestrebten Sanierungsmaßnahmen zu prüfen und ggf. Gutachten zur Sanierungsfähigkeit des Unternehmens zu beurteilen. Bei der Prüfung von Sanierungsmaßnahmen muss sich der Prüfungsausschuss davon überzeugen, ob das Konzept des Vorstands von korrekt ermittelten Fakten und plausiblen Annahmen ausgeht und ob die **Sanierungsmaßnahmen** geeignet und ausreichend sind, um das Unternehmen in einem überschaubaren Zeitraum zu sanieren.³⁵⁹ Nach den Grundsätzen der MPS-Entscheidung des BGH muss der Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss sich vergewissern und erforderlichenfalls darauf zu drängen, dass dem Vorstand die für die laufende Bonitäts- und Liquiditätskontrolle erforderlichen Informationsgrundlagen zur Verfügung stehen.³⁶⁰

288 **hh) Prüfung des CSR-Berichts.** § 171 Abs. 1 S. 4 AktG erweitert die Prüfungspflicht des Aufsichtsrats auf den gesonderten nichtfinanziellen (**CSR-)**Bericht gem. § 289b HGB bzw. Konzernbericht gem. § 315b HGB aus. Diese Aufgabe kann dem Prüfungsausschuss ebenfalls übertragen werden. Eine vorherige inhaltliche Prüfung der CSR-Berichterstattung durch den Abschlussprüfer ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Vom Abschlussprüfer wird nach § 317 Abs. 2 S. 5 HGB nur das Vorliegen des gesonderten nichtfinanziellen Berichts, nicht aber sein Inhalt geprüft. Eine freiwillige Prüfung der CSR-Berichterstattung durch einen Abschlussprüfer ist aufgrund besonderen Auftrags zulässig; sie kann im Einzelfall auch zweckmäßig sein.

289 Der Aufsichtsrat genügt seiner Pflicht zur Prüfung des CSR-Bericht wenn er diesen ohne vertiefte Rechtmäßigkeitsprüfung einer **Plausibilitätskontrolle** unterzieht und anhand seiner Erfahrungen und gegebenenfalls besonderen Kenntnisse verprobt.³⁶¹ Dementsprechend schuldet der Prüfungsausschuss bei der Vorbereitung der Prüfung der CSR-Berichterstattung durch den Aufsichtsrat ebenfalls keine Prüfung mit der Intensität der Jahresabschlussprüfung, sondern eine Plausibilitätskontrolle.

c) Besetzung

290 Grundsätzlich gelten für die Besetzung des Prüfungsausschusses die allgemeinen Regeln. Für die Besetzung des Prüfungsausschusses in **Unternehmen des öffentlichen Interesses**, mithin kapitalmarktorientierten Gesellschaften, CRR-Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen, stellt § 107 Abs. 4 AktG über den Verweis auf § 100 Abs. 5 AktG jedoch besondere Voraussetzungen auf. In solchen Unternehmen **muss ein Mitglied des Prüfungsausschusses ein Finanzexperte** sein, dh über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung **oder** Abschlussprüfung verfügen (vgl. → § 2 Rn. 74 ff.). Zudem müssen die Mitglieder des Ausschusses in ihrer Gesamtheit die **Sektorvertrautheit** iSd § 100 Abs. 5 Hs. 2 aufweisen. Damit werden die Vorgaben aus Art. 39 Abs. 2 Abschlussprüfer-RL umgesetzt.

291 Die für die **Qualifikation als Finanzexperte** erforderlichen Kenntnisse können erworben worden sein aus einer Tätigkeit in den steuerberatenden oder wirtschaftsprüfenden Berufen, einer Tätigkeit als Finanzvorstand, kaufmännischer Geschäftsführer oder leitender Stellung im Rechnungswesen und Controlling. Nach ganz überwiegender Auffassung ist es für die **Einordnung als Finanzexperte** jedoch nicht erforderlich, dass die betreffende Person jahrelang beruflich im Schwerpunkt mit Rechnungslegung oder Abschlussprüfung befasst oder gar als Abschlussprüfer tätig war. Stattdessen genügt es im Regelfall, wenn das Aufsichtsratsmitglied durch Ausbildung, Weiterbildung und berufliche Erfahrung die Kenntnisse erworben hat, die es ihm ermöglichen, die vom Vorstand gelieferten **Informationen zu verstehen und kritisch zu hinterfragen**. Der Finanzexperte muss in der Lage sein, die im Aufsichtsrat im Rahmen der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung konkret anfallenden Themen mit den unternehmensangehörigen Spezialisten (Rechnungslegung, Revision, Controlling, Compliance) und dem Abschlussprüfer „auf

³⁵⁸ *Nonnenmacher/Wemmer/v. Werder* DB 2016, 2826 (2830).

³⁵⁹ *Hasselbach* NZG 2012, 41 (45).

³⁶⁰ BGHZ 179, 71 = NZG 2009, 107.

³⁶¹ *Hennrichs/Pöschke* NZG 2017, 121 (123 ff.); *Hommelhoff* FS Seibert, 2019, 371 (381); *Rieckes* DB 2017, 2786 (2791 f.); *E. Vetter* FS Marsch-Barner, 2018, 559 (567 ff.); *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 111 Rn. 24a; krit. *Ekkenga* FS E. Vetter, 2019, 115 (119 ff.); *M. Schmidt/Strenger* NZG 2019, 481, (484 f.).

Augenhöhe“ zu erörtern und Nachfragen zu stellen.³⁶² Auch die langjährige Mitgliedschaft in Prüfungsausschüssen reicht regelmäßig als Grundlage aus. Daher kommen auch Arbeitnehmervertreter in Betracht, die sich entsprechende Fähigkeiten im Zuge ihrer Tätigkeit oder durch Weiterbildung angeeignet haben.³⁶³

Trotz des tendenziell großzügigen Maßstabs bei den Anforderungen an einen Finanzexperten, ist dennoch stets das **konkrete Unternehmen** in den Blick zu nehmen. Die Anforderungen an den Finanzexperten hängen von der Geschäftstätigkeit des Unternehmens und der **Komplexität der Rechnungslegung** ab. Es liegt auf der Hand, dass an einen Finanzexperten im Aufsichtsrat eines weltweit agierenden Finanzunternehmens höhere Anforderungen zu stellen sind als in einer regionalen Bergbahngesellschaft. Stellt die Gesellschaft einen Konzernabschluss nach **internationalen Rechnungslegungsstandards** auf, gehört auch ein Verständnis dieser Regelwerke zu den notwendigen Kenntnissen eines Finanzexperten.³⁶⁴

Die Notwendigkeit, einen Finanzexperten in den Prüfungsausschuss zu wählen, besteht auch dann, wenn dem **Prüfungsausschuss** nur einzelne der in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG genannten Aufgaben übertragen werden.³⁶⁵

Zusätzlich verlangt das Gesetz bei Unternehmen öffentlichen Interesses, dass die Mitglieder des Prüfungsausschusses insgesamt mit dem **Sektor der Unternehmenstätigkeit** vertraut sind. Der Sektor ist anhand des jeweiligen **Geschäftsfelds** des Unternehmens zu bestimmen.³⁶⁶ Vertrautheit heißt nicht langjährige Tätigkeit in dem konkreten Sektor, sondern – möglichst, aber nicht zwingend praktische – Erfahrung und grundsätzliches Verständnis des jeweiligen **Geschäftsmodells**, des Marktes und branchenspezifischer Fragestellungen sowie – mit Blick auf die Tätigkeit im Prüfungsausschuss – rechnungslegungsbezogener Besonderheiten, die insgesamt als **Summe einschlägiger Erfahrungen** und Kenntnisse innerhalb des Gremiums vorhanden sein müssen.³⁶⁷

Außer der Mitgliedschaft eines Finanzexperten im Prüfungsausschuss und der Sicherstellung der Vertrautheit der Mitglieder insgesamt mit dem Sektor des Unternehmens stellt das Gesetz keine weiteren Anforderungen an die Mitglieder des Prüfungsausschusses. Das gesetzliche Erfordernis eines **unabhängigen Mitglieds** des Prüfungsausschusses besteht nicht mehr (zur Unabhängigkeit des Prüfungsausschussvorsitzenden unten → Rn. 298). Gleichwohl mindestens ein unabhängiges Mitglied im Prüfungsausschuss bei **börsennotierten Gesellschaften** weit verbreitet und wird von institutionellen Investoren verlangt.³⁶⁸ Zudem ist anerkannt, dass die fachlichen Anforderungen an die Prüfungsausschussmitglieder über die Mindestqualifikation an Aufsichtsratsmitglieder hinausgehen.³⁶⁹ Im Regelfall dürfen auch bei nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften bei den Mitgliedern des Prüfungsausschusses allgemeine Kenntnisse im Bereich der Rechnungslegung, betriebswirtschaftlichen Fragen, der Kontroll- und Risikomanagementsysteme, der Compliance, Revision und Abschlussprüfung („**financial literacy**“) erwartet werden. Die Erfahrungen und Qualifikationen der Mitglieder müssen sich so ergänzen, dass der Ausschuss insgesamt die zur sachgerechten Aufgabenerfüllung notwendigen Kenntnisse versammelt.³⁷⁰

Eine **mitbestimmungsrechtliche Parität** des Aufsichtsratsplenums muss im Prüfungsausschuss nicht abgebildet werden.³⁷¹ Die geforderte Sachkunde ist ein zulässiges Differenzierungskriterium (dazu oben → Rn. 221) für die unterschiedliche Vertretung der Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite in einem Prüfungsausschuss.

³⁶² OLG Hamm NZG 2013, 1099 (1100); OLG München ZIP 2010, 1082; MüKoAktG/Habersack AktG § 100 Rn. 71; Lutter/Krieger/Verse AR Rn. 759; Hölters/Simons AktG § 100 Rn. 13; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 100 Rn. 55 f.; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 100 Rn. 76.

³⁶³ Begr. RegE, BT-Drs. 18/7219, 56; von Falkenhausen/Kocher ZIP 2009, 1601 (1603); MüKoAktG/Habersack AktG § 100 Rn. 71 mwN.

³⁶⁴ Hölters/Simons AktG § 100 Rn. 13.

³⁶⁵ K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 84; MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 121; aA Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 107 Rn. 109 wenn einem Prüfungsausschuss Aufgaben iSd § 107 Abs. 3 S. 2 AktG übertragen werden, für deren Erfüllung Kenntnisse der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung nicht von Bedeutung sind.

³⁶⁶ Begr. RegE, BT-Drs. 18/7219, 56.

³⁶⁷ Schilth ZIP 2016, 1316 (1322 f.); Nodoushani AG 2016, 381 (385); Hüffer/Koch/Koch AktG § 100 Rn. 26a; Hölters/Simons AktG § 100 Rn. 20; vgl. auch Art. 39 Abs. 1 UAbs. 3 Abschlussprüfer-RL.

³⁶⁸ Vgl. beispielsweise die ISS Richtlinie <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/emea/Europe-Voting-Guidelines.pdf>, S. 11 zur Besetzung des audit committees [zuletzt abgerufen am 1. 10. 2020].

³⁶⁹ MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 122; BeckOGK/Spindler AktG § 107 Rn. 170.

³⁷⁰ Lutter/Krieger/Verse AR Rn. 759; Hüffer/Koch/Koch AktG § 100 Rn. 25; BeckOGK/Spindler AktG § 107 Rn. 178; Nodoushani AG 2016, 381 (385); Merkt ZHR 179 [2015], 601 (619); Dreher FS Hoffmann-Becking, 2013, 313 (315 f.).

³⁷¹ Nonnenmacher/Wemmer/von Werder DB 2016, 2826 (2828); Altmeyen ZGR 2004, 390 (410); K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 47; MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 142.

- 297 Sofern in Unternehmen öffentlichen Interesses der Beschluss des Aufsichtsrats zur Einrichtung und Besetzung des Prüfungsausschusses die Vorgaben des § 107 Abs. 4 AktG **nicht erfüllt**, ist der **Beschluss** über die Besetzung des Ausschusses **nichtig**.³⁷²
- 298 Dem **Prüfungsausschussvorsitzenden** kommt wegen der Aufgaben des Prüfungsausschusses typischerweise eine bedeutende Rolle, aus Sicht vieler institutioneller Investoren sogar eine besonders wichtige Rolle innerhalb des Aufsichtsrats und für die Glaubwürdigkeit des Aufsichtsrats zu. Die **Unabhängigkeit** des Prüfungsausschussvorsitzenden wird von Gesetzes wegen nicht mehr gefordert. Dagegen empfiehlt der DCGK in Empfehlung D.4 die Unabhängigkeit des Prüfungsausschussvorsitzenden. Nach Empfehlung C.10 soll der Prüfungsausschussvorsitzende zudem unabhängig von der Gesellschaft, vom Vorstand und vom kontrollierenden Aktionär sein. Schließlich empfiehlt der DCGK noch, dass der Aufsichtsratsvorsitzende nicht zugleich den Vorsitz im Prüfungsausschuss innehaben soll. Diese Unabhängigkeitsanforderungen werden aus guten Gründen kritisiert.³⁷³ Insbesondere ist fragwürdig, ob für die konkreten Aufgaben des Prüfungsausschussvorsitzenden die umfassende Unabhängigkeit nach allen Kodex-Kriterien sachlich geboten ist. Aus Sicht institutioneller Investoren und der proxy advisors ist die formelle Unabhängigkeit des Prüfungsausschussvorsitzenden jedoch bedeutsam. In jedem Fall sollte es selbstverständlich sein, dass der Prüfungsausschussvorsitzende **unabhängig vom Abschlussprüfer** ist.

6. Nominierungsausschuss

- 299 Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt dem Aufsichtsrat, einen **Nominierungsausschuss** zu bilden, der ausschließlich mit Vertretern der Anteilseigner besetzt ist und dem Aufsichtsrat geeignete Kandidaten für dessen Vorschläge an die Hauptversammlung zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern benennt (D.5 DCGK). Über die Wahlvorschläge an die Hauptversammlung beschließt nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG der Aufsichtsrat. Dabei kommt es bei der Beschlussfassung nur auf die **Mehrheit der Stimmen der Anteilseignerseite** an (§ 124 Abs. 3 S. 5 AktG). Aus diesem Rechtsgedanken folgt die ausschließliche Besetzung mit Anteilseignervertretern. Eine Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter findet insoweit nicht statt.
- 300 Der Nominierungsausschuss soll einen effizienten, transparenten und vertraulichen **Auswahlprozess** für **Aufsichtsratskandidaten der Anteilseignerseite** ermöglichen.³⁷⁴ Daneben kann er den Einfluss des Vorstands auf die Aufsichtsratsbesetzung begrenzen.³⁷⁵ Für die von der Hauptversammlung auf Vorschlag des Aufsichtsrats zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder kann der Nominierungsausschuss zudem **Ersatzmitglieder** vorschlagen. Der Nominierungsausschuss ist nicht zuständig für die Auswahl von Aufsichtsratskandidaten, die nicht von der Hauptversammlung gewählt werden, die etwa aufgrund eines Entsendungsrechts in den Aufsichtsrat entsandt oder die von der Hauptversammlung aufgrund einer Bindung an Wahlvorschläge gewählt werden. Der Aufsichtsrat entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen durch Beschluss über die Einrichtung und die Besetzung des Nominierungsausschusses. An der Beschlussfassung nehmen die Arbeitnehmervertreter teil.³⁷⁶
- 301 Die Einrichtung eines Nominierungsausschusses ist zwingend vorgegeben nach § 25d Abs. 11 KWG für CRR-Institute und für Finanzholding-Gesellschaften und gemischten Finanzholding-Gesellschaften, denen als übergeordnete Unternehmen ein CRR-Institut nachgeordnet ist. Der Nominierungsausschuss nach § 25d Abs. 11 KWG ist zwingend zuständig für die **Festlegung der Zielgrößen** für den Frauenanteil in Vorstand und Aufsichtsrat.³⁷⁷ Bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben kann der Nominierungsausschuss nach § 25d Abs. 11 S. 3 KWG auf alle Ressourcen zurückgreifen, die er für angemessen hält, und auch externe Berater einschalten. Zu diesem Zwecke soll er vom Unternehmen angemessene Finanzmittel erhalten.
- 302 Ein Nominierungsausschuss bietet sich an, wenn entweder der Aufsichtsrat aus mehr als sechs Mitgliedern besteht. Bei einem Aufsichtsrat von bis zu sechs Mitgliedern wird das Plenum diese Aufgaben regelmäßig selbst erledigen können.³⁷⁸ Denkbar ist auch, den Nominierungsausschuss bei kleineren mitbestimmten Aufsichtsräten mit sämtlichen Mitgliedern der Anteilseignerseite zu besetzen.³⁷⁹ Der Bedarf für

³⁷² MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 122; Hüffer/Koch/Koch AktG § 107 Rn. 26; E. Vetter ZGR 2010, 751 (779).

³⁷³ Kritisch: Scheffler ZGR 2003, 236 (261); BeckOGK/Spindler AktG § 107 Rn. 171; Lutter/Krieger/Verse AR Rn. 755 („verfehlt“); Hölter/Simons AktG § 100 Rn. 14.

³⁷⁴ KBLW/Kremer DCGK Rn. 1311; Wilsing/Wilsing DCGK Ziff. 5.5.3 Rn. 1.

³⁷⁵ GroßkommAktG/Hopt/Roth § 107 AktG Rn. 568.

³⁷⁶ MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 109; Wilsing/Wilsing DCGK Ziff. 5.5.3 Rn. 4; Simons AG 2020, 75 (78); dagegen für eine analoge Anwendung des § 124 Abs. 3 S. 5 AktG MHD AG/Hoffmann-Becking § 32 Rn. 18; KBLW/Kremer DCGK Rn. 1313; GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 577.

³⁷⁷ BegrRegE BT-Drs. 18/3784, 124.

³⁷⁸ KBLW/Kremer DCGK Rn. 1279.

³⁷⁹ Vgl. KBLW/Kremer DCGK Rn. 1313; kritisch Simons AG 2020, 75 (79).

eine vertrauliche und unbefangene Beratung und Kandidatensondierung im Kreis der Anteilseignervertreter kann in kleineren mitbestimmten Aufsichtsräten ein Argument für die Bildung eines Nominierungsausschusses sein. Auch bei einem Aufsichtsrat, der nur aus Anteilseignervertretern besteht, kann die Einrichtung eines Nominierungsausschusses zweckmäßig sein. Dem Aufsichtsrat steht hier ein weiterer **Beurteilungsspielraum** zu. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn sich aus objektiver Sicht keine vertretbaren sachlichen Gründe finden lassen.

Sofern dem Nominierungsausschuss nur **vorbereitende Aufgaben** übertragen werden, sind zwei Mitglieder ausreichend. Soll der Nominierungsausschuss dem Aufsichtsrat **konkrete Wahlvorschläge** unterbreiten, ist ein echter Ausschuss mit mindestens drei Mitgliedern zu bilden. Da der Wahlvorschlag des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung nach § 124 Abs. 3 AktG nicht dem Delegationsverbot des § 107 Abs. 3 S. 7 AktG unterfällt, kann dem Nominierungsausschuss sogar die Aufgabe übertragen werden, unmittelbar ohne Beschlussfassung des Plenums den Wahlvorschlag an die Hauptversammlung zu beschließen.³⁸⁰

Der Nominierungsausschuss kann bereits in der **Geschäftsordnung** des Aufsichtsrats geregelt werden. Regelmäßig wird der Vorsitzende des Aufsichtsrats auch den Vorsitz im Nominierungsausschuss übernehmen. Eine Besetzung des Nominierungsausschusses mit **unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern** ist weder vom Kodex noch vom Gesetz vorgesehen.³⁸¹

Die inhaltlichen Aufgaben des Nominierungsausschusses umfassen bei anstehenden Wahlen die Erstellung eines **Anforderungsprofils** für die Kandidaten der Anteilseignerseite unter Berücksichtigung der spezifischen Unternehmenssituation, des Kompetenzprofils des Aufsichtsrats und der vom Aufsichtsrat beschlossenen Diversitätsziele (→ Rn. 14), einer vom Aufsichtsrat festgelegten Alters- und Zugehörigkeitsgrenze sowie ggf. den gesetzlichen Vorgaben für die geschlechterparitätische Besetzung des Aufsichtsrats nach § 96 Abs. 2 AktG (→ § 2 Rn. 25 ff.). Dabei hat der Nominierungsausschuss eine Vielzahl von Kriterien zu beachten: Zunächst müssen die Kandidaten persönlich und fachlich geeignet sein und die relevanten Erfahrungen aufweisen. Die Sektorvertrautheit des gesamten Aufsichtsrats nach § 100 Abs. 5 AktG muss sichergestellt sein. Steht die Wahl eines Finanzexperten an, muss auf die entsprechenden besonderen Kenntnisse geachtet werden. Zwingend sind die gesetzlichen Vorgaben zur Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten zu beachten. Schließlich spielt die Anzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder und die Prüfung der **Unabhängigkeit** einzelner Kandidaten eine wesentliche Rolle. Dazu gehört auch, Informationen über die persönlichen und geschäftlichen Beziehungen eines jeden Kandidaten zum Unternehmen, den Organen der Gesellschaft und einem wesentlich an der Gesellschaft beteiligten Aktionär einzuholen. Bei der Beurteilung der Unabhängigkeit und der angemessenen Zahl unabhängiger Mitglieder im Aufsichtsrat wird regelmäßig nicht nur der Blick in den DCGK und dessen Kriterien genügen, sondern auch eine Befassung mit den **Abstimmungsrichtlinien**- bzw. -empfehlungen der großen institutionellen **Stimmrechtsberater** erforderlich sein. Gleiches gilt für die Kriterien des **Overboarding**. Der Nominierungsausschuss sollte sich darüber hinaus vergewissern, dass den Kandidaten für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Aufsichtsrat genügend Zeit zur Verfügung steht (vgl. Grundsatz G.12 DCGK). Verstößt der Vorschlag des Nominierungsausschusses gegen die Empfehlungen des DCGK, begründet dies weder die Nichtigkeit des Vorschlags des Aufsichtsrats noch die Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses der Hauptversammlung.³⁸²

Der Nominierungsausschuss kann zur Unterstützung bei der Kandidatensuche externe Unterstützung, etwa durch **Personalberater**, auf Rechnung der Gesellschaft beauftragen.³⁸³ Nach den skizzierten Kriterien wird der Nominierungsausschuss, ggf. unter Einschaltung von Personalberatern, geeignete Kandidaten für eine anfängliche „long list“ und spätere „short list“ auswählen, sich bei den Kandidaten nach deren Bereitschaft erkundigen und **Auswahlgespräche** führen.

Dem Nominierungsausschuss steht es frei, dem Aufsichtsrat nur die **Zahl an Kandidaten** vorzuschlagen, die neu zu wählen sind oder eine größere Anzahl von Kandidaten zu präsentieren, aus denen der Aufsichtsrat dann seinen Vorschlag an die Hauptversammlung auswählt.³⁸⁴ Eine detaillierte schriftliche **Begründung** der Vorschläge des Nominierungsausschusses ist nicht erforderlich. Allerdings wird man

³⁸⁰ OLG Jena ZIP 2006, 1989 (1990); Hüffer/Koch/Koch AktG § 124 Rn. 21; MüKoAktG/Kubis AktG § 124 Rn. 37; BeckOGK/Rieckers AktG § 124 Rn. 43; Kölner Komm AktG/Noack/Zetsche AktG § 124 Rn. 66; Butzke HV der AG Rn. B 84; Simons AG 2020, 75 (80).

³⁸¹ KBLW/Kremer DCGK Rn. 1313; MüKoAktG/Habersack AktG § 107 Rn. 110; anders dagegen die Empfehlung der EU-Kommission 2005 vom 15.2.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats (2005/162/EG) Anhang I Ziff. 2.1.2 zur mehrheitlichen Besetzung mit unabhängigen Mitgliedern und die Praxis in den USA, dazu GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 107 Rn. 571 ff. mwN.

³⁸² BGH NZG 2019, 262 Rn. 29 ff.

³⁸³ KBLW/Kremer DCGK Rn. 1311; Simons AG 2020, 75 (81).

³⁸⁴ KBLW/Kremer DCGK Rn. 1311; Simons AG 2020, 75 (80 f.); enger v. Werder/Wieczorek DB 2007, 297 (303).

vom Nominierungsausschuss neben einer mündlichen Begründung in der Aufsichtsratsitzung zumindest einen Lebenslauf der Kandidaten erwarten können, der über relevante Kenntnisse, Fähigkeiten und fachliche Erfahrungen Auskunft gibt sowie die Information über wesentliche Tätigkeiten. Die Anteilseignerseite des Aufsichtsrats ist bei ihrer Entscheidung über die Wahlvorschläge an die Hauptversammlung nicht an die Vorschläge des Nominierungsausschusses gebunden. Verwirft der Aufsichtsrat Vorschläge des Nominierungsausschusses, muss er dies nicht gegenüber der Hauptversammlung begründen.

308 Neben der kurzfristigen Aufgabe, Kandidaten für anstehenden Aufsichtsratswahlen zu finden, gehört auch die **langfristige Nachfolgeplanung** der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat zum Tätigkeitsfeld eines Nominierungsausschusses.

309 Nicht zu den Aufgaben eines Nominierungsausschusses gehört eine etwaige Stellungnahme des Aufsichtsrats zu einem Antrag auf **gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern** nach § 104 AktG (→ § 2 Rn. 134 ff.). Das Recht, die gerichtliche Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zu beantragen, steht nach § 104 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 3 AktG nur einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern, nicht aber dem Gremium insgesamt zu. Zulässig ist es hingegen, den Nominierungsausschuss mit der Ausarbeitung einer (freiwilligen) Stellungnahme des Aufsichtsrats zu **Wahlvorschlägen von Aktionären** zu beauftragen.

7. Sonderausschüsse

a) Ausschüsse im Finanzsektor

310 Im Finanzsektor bestehen zahlreiche **Sonderregelungen zu Aufsichtsratsausschüssen** und deren **Aufgaben**. So sollen § 25d KWG Institute „abhängig von der Größe, der internen Organisation und der Art, des Umfangs, der Komplexität und dem Risikogehalt der Geschäfte des Unternehmens“ einen Risikoausschuss, einen Prüfungsausschuss, einen Nominierungsausschuss und einen Vergütungskontrollausschuss einrichten. Die (Mindest)Aufgaben dieser Ausschüsse sind in § 25d KWG Abs. 7–12 näher beschrieben.³⁸⁵ Dem Aufsichtsrat und den genannten Ausschüssen überträgt das Gesetz zum Teil operative Aufgaben (vgl. dazu § 25d KWG sowie Art. 41 ff. RL 2009/138/EG wie Art. 76 RL 2013/36/EU). Die Ausschussmitglieder müssen die erforderlichen **Fachkenntnisse** aufweisen. Um die **Zusammenarbeit und den fachlichen Austausch** zwischen den einzelnen Ausschüssen sicherzustellen, soll mindestens ein Mitglied eines jeden Ausschusses einem weiteren Ausschuss angehören (§ 25d Abs. 7 KWG). In Gesellschaften, deren Aufsichtsrat nach dem MitbestG zusammengesetzt ist, muss dem Vergütungskontrollausschuss mindestens ein Arbeitnehmervertreter angehören. Die BaFin kann die Einrichtung dieser Ausschüsse nach § 25d Abs. 7 S. 5 KWG mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzen.

311 § 25d KWG gibt dem Ausschuss bzw. dem Aufsichtsrat ein **direktes Informationsrecht** gegenüber **verantwortlichen Angestellten** des Unternehmens. Diese Ausschüsse können unmittelbar beim Leiter der internen Revision, Leiter Risikocontrolling und bei den Leitern der für die Ausgestaltung der Vergütungssysteme zuständigen Organisationseinheiten Auskünfte einholen. Die Geschäftsleitung muss hierüber unterrichtet werden.

312 **Anlageausschüsse** können insbesondere bei Versicherungsunternehmen und Hypothekenbanken zum Einsatz kommen, um die Anlagestrategie sowie -politik des Vorstandes zu kontrollieren und ggf. diesem beratend zur Seite zu stehen.³⁸⁶

b) Ausschuss für Geschäfte mit nahestehenden Personen

313 **aa) Aufgaben.** Die durch das ARUG II eingefügten § 107 Abs. 3 S. 4–6 AktG ermöglicht dem Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft einen **Ausschuss** einzusetzen, der über die **Zustimmung zu Geschäften mit nahestehenden Personen** nach § 111b Abs. 1 AktG beschließt. Nach dem gesetzlichen Leitbild soll ein mehrheitlich mit **unabhängigen Mitgliedern** besetzte Sonderausschuss diese Aufgabe übernehmen.³⁸⁷ Der Aufsichtsrat entscheidet über die Einrichtung und Größe eines solchen Ausschusses nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Aufgabe kann auch einem bereits bestehenden Ausschuss übertragen werden, der die besonderen Anforderungen an die Ausschussbesetzung nach § 107 Abs. 3 S. 4–6 AktG erfüllt.

314 Die Börsennotierung bestimmt sich nach § 3 Abs. 2 AktG. **Geschäfte mit nahestehenden Personen** sind in § 111a Abs. 1 S. 1 AktG als Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen definiert, durch die ein Gegenstand oder ein anderer Vermögenswert entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder zur Nutzung überlassen wird und die mit nahestehenden Personen gemäß § 111a Abs. 1 S. 2 AktG getätigt werden.

³⁸⁵ Näher dazu *Langenbucher* ZHR 176 [2012], 652 (657 ff.); *Apfelbacher/Metzner* AG 2013, 773 (776); *Hönsch/Kasper* AG 2014, 297; *Binder* ZGR 2018, 88 (115 ff.).

³⁸⁶ *GroßkommAktG/Hopt/Roth* AktG § 107 Rn. 236; *BeckOGK/Spindler* AktG § 107 Rn. 188, 189.

³⁸⁷ *Florstedt* ZIP 2020, 1 (6).