

---

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

# Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil I

Spektakuläre Rechtsverstöße in Unternehmen liefern Hinweise auf das Kontrollversagen von Vorständen und Geschäftsführern. Die Erwartungen in effizientere Kontrollen durch Aufsichtsräte steigen. Die Presse thematisiert einen neuen Trend in der Praxis, der sogar als „Revolution in der Unternehmensführung“ bezeichnet wird (Manager-Magazin 11/2016, 58, 60). Danach bekommt der Aufsichtsrat ein immer stärkeres Gewicht im Unternehmen. Er wird zum Mitentscheidergremium, zur Nebenregierung und übernimmt immer häufiger das Kommando. Diese Feststellungen in der Managementpresse veranlassen die folgende Analyse der Kontrollaufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat im Compliance-Management. Kontrolllücken müssen erkannt und geschlossen werden. Der Aufsichtsrat überwacht die Kontrollen durch Vorstände, Abschlussprüfer und Compliance-Beauftragte. Legal Tech bietet technische Hilfen zur Kontrolle der Legalitätspflichterfüllung an. Die Haftung für Rechtsverstöße und strafrechtliche Sanktionen lassen sich vermeiden.

## I. Der vorprogrammierte Interessenkonflikt von Vorständen bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht durch Selbstkontrollen

Vorstand und Aufsichtsrat sind Organe einer Aktiengesellschaft. Der Vorstand leitet die Gesellschaft, der Aufsichtsrat überwacht den Vorstand. Zur Leitungsaufgabe des Vorstands gehört es, die Erfüllung seiner Legalitätspflicht zu organisieren und zu kontrollieren. Der Aufsichtsrat hat die Erfüllung der Leitungs- und Kontrollpflicht des Vorstands zu überwachen. Vorstände müssen sich selbst überwachen, ob sie sich erstens legal verhalten, ob sie zweitens ausreichend auf ein legales Verhalten ihrer Angestellten hingewirkt und diese wiederum effizient überwacht haben. Das eigene legale Verhalten der Vorstände als auch der Angestellten im Unternehmen ist eine anspruchsvolle organisatorische Aufgabe. Alle Pflichten des Unternehmens müssen erstens ermittelt, zweitens an Mitvorstände und an Angestellte delegiert, drittens aktualisiert, viertens erfüllt, fünftens kontrolliert und sechstens dokumentiert werden. Mit diesen sechs Aufgaben erfüllt der Vorstand seine Pflicht zur Organisation legalen Verhaltens im Unternehmen und vermeidet sechs typische Organisationsrisiken, nämlich das Unterlassen der lückenlosen Ermittlung der Unternehmenspflichten, der Delegation der Pflichten, deren Aktualisierung, ihrer Erfüllung, der Kontrolle und der Dokumentation. Seit dem 15.12.2014 gilt die neue ISO 19600 als Benchmark für ordnungsgemäße Unternehmensorganisation für Geschäftsleiter, die im Rahmen der Selbstregulierung die Organisationspflicht mit internationaler Geltung formuliert.<sup>1</sup> Wird auch nur eine dieser sechs Aufgaben nicht erfüllt, kann es zum Verstoß gegen Rechtspflichten des Unternehmens und zu einem dadurch verursachten Schaden kommen. Der

Vorstand hat sechs potentielle Fehlerquellen bei der Organisation legalen Verhaltens zu kontrollieren. Das Risiko eines Rechtsverstoßes wächst mit der Vielzahl der Unternehmenspflichten und der Vielzahl der Unternehmensmitarbeiter, auf die die Pflichten delegiert werden müssen.

## II. Das Risiko der Selbstbelastung durch Organisationsverschulden

Verstößt nur einer von vielen Angestellten gegen nur eine der vielen Unternehmenspflichten, kann es sich sowohl um ein vorwerfbares Einzelverhalten des Angestellten, als auch um ein Organisationsverschulden des Vorstands handeln. Jedes illegale Einzelverhalten eines Angestellten kann durch ein potentielles Organisationsverschulden des Vorstands verursacht sein. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Einhaltung der Legalitätspflicht des Vorstands deshalb nicht effizient selbst vom Vorstand überwacht werden kann, weil ihm unbefangenes Überwachungsverhalten nicht als selbstverständlich zuzutrauen ist.<sup>2</sup> Der Interessenkonflikt besteht darin, dass der Vorstand bei seiner Kontrolle des Legalitätsverhaltens möglicherweise sein eigenes Organisationsverschulden aufdeckt und sich damit im Ergebnis selbst belastet. Aktuelle Fälle aus der Rechtsprechung

---

1 Rack, CB 2014, 279.

2 Habersack, Zur Aufklärung gesellschaftsinternen Fehlverhaltens durch den Aufsichtsrat der AG, in: Habersack/Huber/Spindler (Hrsg.), FS Stitz, 2014, S. 192, 202, 203.

zeigen, dass der Pflichtenverstoß eines Mitarbeiters auf ein Organisationsverschulden des Vorstands oder Geschäftsführers zurückgeführt werden kann. Geschäftsleiter neigen dazu, gegenüber ihren Angestellten bei Rechtsverstößen Vorwürfe illegalen Verhaltens zu erheben, während die Angestellten sich wiederum mit dem Gegenwurf des Organisationsverschuldens durch Vorstände und Geschäftsleiter zu entlasten versuchen. Es liegt nahe, dass Vorstände und Angestellte sich gegenseitig die Schuld für einen eventuellen Rechtsverstoß zuweisen. Die Rechtsprechung liefert dazu eine Reihe von Beispielen.

Das Arbeitsgericht Frankfurt entschied zu Gunsten der Klage der Angestellten im Rahmen ihres Kündigungsschutzprozesses, dass dem Vorstand ein Organisationsverschulden vorzuwerfen ist. Der Vorstand habe die Sitzordnung organisatorisch geändert und Händler und Ermittler des Libor-Satzes nicht voneinander getrennt gesetzt, um einen Informationsaustausch zu unterbinden. Vielmehr habe man Händler und Ermittler durch eine ausdrückliche organisatorische Anordnung sogar zusammengesetzt, um den Informationsaustausch zu fördern anstatt ihn zu verhindern.<sup>3</sup>

In der Schienenkartellentscheidung des LAG Düsseldorf hat das Gericht ebenfalls ein Organisationsverschulden angenommen, obwohl das Unternehmen den Angestellten für das Betreiben des Schienenkartells allein verantwortlich zu machen versucht hat.<sup>4</sup> Ähnliches gilt für die Neubürger-Entscheidung des Landgerichts München, das dem Vorstand das Unterlassen eines Compliance-Management-Systems vorgeworfen hat, mit dem die Schmiergeldpraxis der Angestellten des Siemenskonzerns hätte verhindert werden sollen.<sup>5</sup> Die Schmiergeldzahlungen einzelner Angestellter wurden vom Gericht als Organisationsverschulden des Vorstands gewertet. Für Klinikorganisationen wurde umfassend analysiert, dass Behandlungsfehler von Ärzten als Organisationsverschulden patientenferner Entscheider in der Klinikleitung durch Gerichte bewertet werden.<sup>6</sup>

In der BGH-Entscheidung zur Beweiskraft einer Bankquittung<sup>7</sup> haben beide Vorinstanzen bei einer fehlerhaften ausgestellten Bankquittung Beweis erhoben und die Klage auf Auszahlung des quittierten Betrages abgewiesen. Der BGH hat dagegen der Klage stattgegeben und als Grund für die fehlerhafte Bankquittung ein Organisationsverschulden der Bank angenommen. Im Nachhinein hat der BGH eine neue Organisationspflicht für die Organisation eines Bankschalters und für das Ausstellen von Bankquittungen formuliert. Die Bank wurde so behandelt, als hätte sie den Einzahlungsvorgang an Bankschaltern so organisiert, dass es gar nicht erst zu einer falschen oder umstrittenen Bankquittung kommen konnte.

In seiner Entscheidung zu unternehmenszweckwidrigen Derivategeschäften durch Angestellte wurde die Organisationspflicht für Vorstandsmitglieder entschieden, ihren jeweiligen Verantwortungsbebereich so zu organisieren, dass sich alle Mitarbeiter legal verhalten und Geschäfte unterlassen, die dem Unternehmenszweck widersprechen, der in der Satzung geregelt ist.<sup>8</sup>

Im Nachhinein lassen sich für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf entsprechende organisatorische Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten.<sup>9</sup>

Als Konsequenz aus dieser aktuellen Rechtslage ist Vorständen und Geschäftsleitern zu empfehlen, alle Organisationspflichten zu erfüllen, um von vorneherein zu vermeiden, dass illegales Fehlverhalten von Unternehmensmitarbeitern mit dem Organisationsverschulden des Vorstands begründet werden kann. Kommt es zu einem Rechtsverstoß durch Mitarbeiter des Unternehmens, darf es nicht an der Organisation gelegen haben.

### III. Die exklusive Leitungspflicht des Vorstands zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems

Aus § 76 AktG ergibt sich die Aufgabe des Vorstands, das Unternehmen eigenverantwortlich zu leiten, ohne Weisungen unterworfen zu sein, weder durch die Hauptversammlung noch durch den Aufsichtsrat. Zu den Leitungsaufgaben gehört auch die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems. Beschrieben wird diese Rechtslage in Ziff. 4.1.3. DCKG (Deutscher Corporate Governance Kodex). Danach hat der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken.

Inzwischen bestehen keine Zweifel mehr an der Pflicht des Vorstands zur Einrichtung und Unterhaltung eines effizienten Compliance-Management-Systems. Die Gegenansicht ist durch die neuere Rechtsprechung überholt.<sup>10</sup> Hergeleitet wird diese Pflicht zum Compliance Management methodisch als Gesamtanalogie aus den §§ 93 AktG, 91 Abs. 2 AktG, 4.1.4 DCGK, § 130 OWiG, § 14 GWG, § 76 Abs. 1 AktG. Die Frage, ob ein Unternehmen ein Compliance-Management-System benötigt, hat sich durch die herrschende Meinung erledigt. Insbesondere begründet die neuere Rechtsprechung aus dem bloßen Unterlassen eines Compliance-Management-Systems Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden des Vorstands.<sup>11</sup>

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass auch der Aufsichtsrat zur Einrichtung eines Compliance-Systems verpflichtet ist. Im Falle seines Unterlassens könnte er sich der Untreue strafbar machen, wenn es zu einer Straftat kommt. Der Vorwurf bezieht sich auf die unterlassene abstrakte präventive Maßnahme der Einrichtung eines Compliance-Management-Systems.<sup>12</sup>

3 ArbG Frankfurt a.M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 (Libor-Manipulations-Entscheidungen).

4 LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 (Schienenkartell-Entscheidung), CB 2015, 127 m. CB-Komm. *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. *Kollmann/Aufdermauer*, ZIP 2015, 829–833.

5 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Neubürger-Entscheidung), CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*, NZG 2014, 345, 346.

6 *Neelmeier*, Organisationsverschulden patientenferner Entscheider und einrichtungsbezogener Aufklärung, 2014.

7 BGH, 28.9.1987 – II ZR 35/87, NJW-RR 1988, 881.

8 BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11 (Unternehmenszweckwidrige Derivate Geschäfte), NJW 2013, 1958, Rn. 22.

9 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.

10 *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1105; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91, Rn. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Aufl. 2012.

11 ArbG Frankfurt a.M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 (Libor-Manipulations-Entscheidungen); LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 (Schienenkartell-Entscheidung), CB 2015, 127 m. CB-Komm. *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. *Kollmann/Aufdermauer*, ZIP 2015, 829–833; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Neubürger-Entscheidung), CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*, NZG 2014, 345, 346.

12 *Schwertfeger*, Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten, 2016, S. 32 m. w. N. in Fn. 33; *Mosiek*, wistra 2003, 370, 374; *Teile*, wistra 2010, 457, der eine Pflichtverletzung verneint; *Helmrich*, NZG, 2011, 12 52, 1255, mit Zweifeln am Vorliegen eines Vermögensschadens.

#### IV. Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat ist im Gegensatz zum Vorstand von der Leitung des Unternehmens ausgeschlossen. Nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG können ihm keine Geschäftsführungsaufgaben übertragen werden. Der Aufsichtsrat ist nach § 111 Abs. 1 AktG verpflichtet, die Geschäftsführung zu überwachen. Dazu gehört die Unternehmenskontrolle durch den Vorstand und sämtliche Compliance-Aufgaben, die der Vorstand wahrzunehmen hat.<sup>13</sup>

Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats wird im Wortlaut des § 111 Abs. 1 AktG nicht näher konkretisiert. Danach überwacht der Aufsichtsrat die Geschäftsführung. Ein Begriff, der auslegungsbedürftig ist. Der Umfang der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats wird durch den Zweck des § 111 AktG bestimmt. Die Überwachungspflicht bezieht sich nur auf die Leitungsaufgaben und nicht auf alle Geschäftsführungstätigkeiten des Vorstands. Ansonsten könnte der Aufsichtsrat zum eigentlichen Leitungsorgan des Unternehmens werden und eine intensive Kontrolle aller Vorgänge erfordern.

Eine unbegrenzte Überwachungspflicht des Aufsichtsrats widerspräche der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, nach der der Aufsichtsrat überwacht und der Vorstand das Unternehmen leitet.

Der Überwachungsumfang durch den Aufsichtsrat ist restriktiv auszulegen. Die a. F. des § 111 Abs. 1 AktG regelte die Überwachung für „alle Zweige der Verwaltung“. Die spätere Neufassung des § 111 Abs. 1 AktG von 1937 enthält nicht den weiten Überwachungsbereich über alle Zweige der Verwaltung.<sup>14</sup> Der Wortlaut wurde eingeschränkt und rechtfertigt die restriktive Auslegung des Überwachungsumfangs durch den Aufsichtsrat. Grundsätzlich ist der Aufsichtsrat nicht verpflichtet, Angestellte auch unterhalb der Organebene zu überwachen. Grundsätzlich darf es zwar keine „überwachungsfreien“ Räume geben.<sup>15</sup> Dadurch, dass aber der Vorstand zur Kontrolle verpflichtet ist, sämtliche von ihm delegierte Pflichten zu kontrollieren und der Aufsichtsrat wiederum die Kontrollpflichten des Vorstands zu überwachen hat, bleiben keine kontrollfreien Räume im Unternehmen. Schließlich hat der Aufsichtsrat auf der unteren Hierarchieebene keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten.<sup>16</sup> Alle rechtlichen Instrumente des Aufsichtsrats zur Einwirkung beziehen sich nur auf den Vorstand.<sup>17</sup> Zu erinnern ist an das Verbot der Übertragung von Leitungsentscheidungen auf Angestellte unterhalb der Vorstandsebene.<sup>18</sup> Werden allerdings Vorstandsaufgaben von Angestellten ohne Vorstandsfunktion wahrgenommen,<sup>19</sup> sind nach überwiegender Ansicht auch diese Aufgaben vom Aufsichtsrat zu überwachen.<sup>20</sup>

Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats umfasst neben der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung, deren Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, insbesondere die Rechtsmäßigkeit der Geschäftsführung.<sup>21</sup> Wie der Vorstand, ist auch der Aufsichtsrat zur Rechtsaufsicht verpflichtet. Bei Pflichtverletzungen durch den Vorstand hat der Aufsichtsrat die Pflicht, einzuschreiten.<sup>22</sup> Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats bezieht sich auf Zukunft und Vergangenheit. Vor allem ist der Aufsichtsrat zur präventiven Überwachung verpflichtet.<sup>23</sup> Für die Vergangenheit überwacht der Aufsichtsrat das legale Verhalten des Vorstands. Die präventive Überwachung betreibt der Aufsichtsrat durch die Beratung des Vorstands.<sup>24</sup> Präventiv überwachen kann der Aufsichtsrat auch über den Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Bestimmte Arten von Geschäften kann er unter den Vorbehalt seiner vorherigen Zustimmung stellen. Diese Rechtslage findet sich formuliert in Ziff. 5.1. DCGK:

„Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu beraten und zu überwachen. Er ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für das Unternehmen einzubinden.“

#### V. Die Instrumente des Aufsichtsrats zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgaben

Weil der Aufsichtsrat keine Leitungsfunktion hat, ist er für seine Überwachungsaufgabe auf Informationen aus dem Tagesgeschäft des Unternehmens angewiesen. Die Berichte des Vorstands auf Grund der Berichtspflicht nach § 90 AktG sind die wichtigsten Informationsquellen des Aufsichtsrats. In § 90 AktG ist keine Berichterstattungspflicht des Vorstands zu Compliance-Themen geregelt. Nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG müssen Compliance-Fälle einen „wichtigen Anlass“ geben, um eine Berichtspflicht des Vorstands an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats auszulösen. In Ziff. 3.4 Abs. 2 des DCGK ist seit 2007 die Pflicht enthalten, dass der Vorstand den Aufsichtsrat regelmäßig zeitnah umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Compliance informieren muss. In Ziff. 3.4 Abs. 2 und in Ziff. 5.3.2 DCGK wird die Rechtspflicht für Compliance erwähnt, verbunden mit der Empfehlung, die Compliance-Überwachung auf den Prüfungsausschuss zu übertragen und aus dem Prüfungsausschuss zu berichten. Unterlässt der Vorstand Compliance-Berichte an den Aufsichtsrat, sind die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, Anforderungsberichte vom Vorstand zu verlangen und im Rahmen einer Informationsanordnung den Vorstand zu einer regelmäßigen Compliance-Berichterstattung zu verpflichten. Der Aufsichtsrat ist vom Vorstand über das eingesetzte Compliance-System zu informieren, insbesondere über konkrete Compliance-Fragestellungen. Der Aufsichtsrat

- 
- 13 *Habersack*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 111, Rn. 18, 20; *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1108; *Götte*, in: Canaris/Heldrich (Hrsg.), FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 125; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 76, Rn. 10 ff.; *Schneider*, ZIP 2007, 2061; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 15.
  - 14 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 4.
  - 15 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 8 und 9.
  - 16 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 29; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 AktG, Rn. 9.
  - 17 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 28; *Schwerdtfeger*, Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten, 2016, S. 34, 133.
  - 18 *Schwerdtfeger*, Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten, 2016, S. 34, 133.
  - 19 Im Presseangriffsurteil des BGH vom 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200, wurde eine Vorstandsaufgabe vom Justiziar des Unternehmens wahrgenommen.
  - 20 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 9; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 76, Rn. 10.
  - 21 BGH, 12.7.1979 – III ZR 154/77, BGHZ 75, 120, 133; BGH, 25.3.1991 – II ZR 188/89 (Erblasser-Urteil), BGHZ 114, 127, 129, BB 1991, 1068; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 111, Rn. 6.
  - 22 *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1109.
  - 23 BGH, 25.3.1991 – II ZR 188/89 (Erblasser-Urteil), BGHZ 114, 127, 130, BB 1991, 1068; BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck-Urteil), BGHZ 135, 244, 255, BB 1997, 1169; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 76, Rn. 10.
  - 24 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 AktG, Rn. 10; *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.

ist regelmäßig und insbesondere aus begründetem Anlass vom dem Vorstand zu informieren.<sup>25</sup>

### 1. Die Pflicht zur vollständigen Berichterstattung nach § 90 Abs. 4 S. 1 AktG

Gerade weil der Aufsichtsrat auf die Informationsquelle der Vorstandsberichte angewiesen ist, besteht die Pflicht zu einer vollständigen Berichterstattung. Nach § 90 Abs. 4 S. 1 AktG haben die Berichte den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Die Berichterstattung muss deshalb wahrheitsgemäß und inhaltlich vollständig sein. Erfüllt der Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat seine Berichtspflicht nicht, verletzt er seine Organpflichten. Die Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG gilt nicht gegenüber dem Aufsichtsrat.<sup>26</sup>

Verpflichtet ist der Vorstand insbesondere, auch über Umstände zu berichten, die ihn selbst belasten und die möglicherweise Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihn begründen könnten, die der Aufsichtsrat wiederum verpflichtet ist, geltend zu machen. Ohne die uneingeschränkte Berichtspflicht auch über Schadensersatz begründende Umstände könnte der Aufsichtsrat seine Überwachungspflicht nicht ausüben. Hervorzuheben ist, dass der Vorstand zum Bericht über Tatsachen verpflichtet ist, nicht jedoch zur rechtlichen Wertung seines Vorstandshandelns.<sup>27</sup>

### 2. Vorstandsabhängige Informationen als Pflichtrecht des Aufsichtsrats

Aus der Berichtspflicht des Vorstands ergibt sich der Umfang der Informationspflicht des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat soll sich nicht mit dem Hinweis auf fehlende oder lückenhafte Informationen durch den Vorstand entlasten können.<sup>28</sup> Der Aufsichtsrat hat eine Pflicht zur Eigeninformation. Ohne die Informationspflicht des Aufsichtsrats wäre dessen Überwachung wirkungslos. Der Aufsichtsrat hat eine Informationsbeschaffungspflicht.<sup>29</sup> Nach Ziff. 3.4 Abs. 1 DCGK handelt es sich um eine gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. Bleibt der Vorstand nach seiner Berichterstattung untätig, muss der Aufsichtsrat selbst tätig werden. Bleiben die Vorstandsberichte unvollständig, hat der Aufsichtsrat weitere Informationen anzufordern.<sup>30</sup> Die Holschuld des Aufsichtsrats besteht nur soweit, wie der Vorstand seiner Bringschuld nicht gerecht wird. Die Holschuld des Aufsichtsrats wird durch die Nichterfüllung der Bringschuld des Vorstands ausgelöst. Die Rechte des Aufsichtsrats zur Selbstorganisation beinhalten gleichzeitig eine Pflicht.<sup>31</sup> Der Aufsichtsrat kann sich nicht von einer drohenden Haftung mit der Begründung entlasten, er sei nicht ausreichend informiert worden. Es handelt sich um ein sog. Pflichtrecht des Aufsichtsrats.<sup>32</sup> In 3.4 Abs. 3 DCGK wird eine Berichtsordnung als Geschäftsordnung empfohlen, die einseitig durch den Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand gem. § 77 Abs. 2 S. 1 AktG erlassen werden kann.<sup>33</sup>

### 3. Vorstandsunabhängige Informationen als Pflichtrecht des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat hat die Gesellschaft unabhängig zu überwachen und kann sich deshalb nicht allein auf die Vorstandsberichte als einzige Informationsquelle verlassen. Dies gilt insbesondere bei Compliance-Fragen, bei denen sich der Vorstand dem Risiko der Selbstbelastung aussetzt und deshalb als möglicherweise befangen gelten kann. § 111 Abs. 2 S. 1 AktG gewährt dem Aufsichtsrat deshalb umfassende Frage- und Einsichtsrechte, die ihm von den Vorstandsberichten unabhängig machen. Die Einsichts- und Prüfungsrechte des Aufsichtsrats

stehen ausschließlich dem Gesamtorgan zu. Der Aufsichtsrat leitet die Ausübung der Frage- und Einsichtsrechte durch einen Beschluss des Organs ein. Die Mehrheit des Überwachungsorgans muss deshalb die Kontrollen befürworten. Die Entscheidung des Organs kann jedoch durch einen Generalbeschluss erleichtert werden. Einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats können mit der Aufgabe gem. § 111 Abs. 2 S. 2 AktG beauftragt werden. Auch externe Sachverständige können nach § 111 Abs. 2 S. 2 2. Var. AktG hinzugezogen werden. Der Aufsichtsrat hat eine persönliche Überwachungspflicht und kann diese nicht auf Externe übertragen. Nach § 107 Abs. 3 AktG kann das Gesamtorgan Ausschüsse stellen.<sup>34</sup> Das Einsichts- und Fragerecht gewährt unbeschränkten Zugriff auf die Informationen und Dokumente der Gesellschaft. Gegenüber dem Vorstand hat der Aufsichtsrat ein Fragerecht. Auch Angestellte und Mitarbeiter des Unternehmens können unmittelbar befragt werden, ohne dass es dazu einer Vermittlung durch den Vorstand bedarf.<sup>35</sup> Das Einsichts- und Fragerecht ist ein Pflichtrecht des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat muss selbst ausreichend informiert sein, um eine wirkungsvolle Überwachung gewährleisten zu können. Er hat nicht nur das Recht, sondern v. a. auch gerade die Pflicht, eine Informationsgrundlage zu schaffen und aus allen Quellen Informationen heranzuziehen.<sup>36</sup>

Die Pflicht zur vorstandsunabhängigen Information des Aufsichtsrats wird ausdrücklich bestätigt durch den BGH im Beschluss vom 6.11.2012 zur sog. Sardinien-Äußerung. Danach hat sich der Aufsichtsrat einer AG über erhebliche Risiken, die der Vorstand eingeht, selbst zu informieren. Genügt er dieser Anforderung nicht, handelt er pflichtwidrig. „Ein Aufsichtsrat handelt pflicht- und damit gesetzeswidrig nach § 116 S. 1 AktG i. V. m. § 93 AktG, wenn er seiner Überwachungspflicht nicht genügt. Zu der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats gehört es, dass er sich über erhebliche Risiken, die der Vorstand mit Geschäften eingeht, kundig macht und die Ausmaße unabhängig vom Vorstand selbstständig abschätzt. Unterschiedliche Rechtsmeinungen, die einem Gesetzesverstoß die Eindeutigkeit nehmen könnten, werden dazu nicht vertreten“. Schon im Leitsatz wird die Pflicht hervorgehoben, dass sich der Aufsichtsrat selbst zu informieren hat. Er kann sich damit nach dieser Rechtsprechung des BGH nicht auf die Vorstandsberichte oder auf Erklärungen des Vorstands beschränken. Dies gilt insbesondere für Risiken, die objektiv nicht abschätzbar scheinen. In der BGH-Entscheidung zur Sardinien-Äußerung waren die Risiken aus Derivategeschäften abzuschätzen.

25 Winter, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1114.

26 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck-Urteil), BGHZ 135, 244, 255, BB 1997, 1169.

27 Winter, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1115.

28 Huthmacher, Pflichten und Haftungen der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 38.

29 BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12 (Sardinien-Äußerung) (OLG Stuttgart), AG 2013, 90.

30 Habersack, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 111, Rn. 47.

31 Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 39.

32 Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rn. 383; Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 39.

33 Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 41.

34 Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 42.

35 Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 43; Habersack, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 111, Rn. 68.

36 Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 44.

#### 4. Das Verhältnis von vorstandsabhängigen und vorstandsunabhängigen Informationsbeschaffungen

Die Rechte des Aufsichtsrats zur Anforderung von Vorstandsberichten nach § 90 Abs. 3 AktG und das Einsichts- und Fragerecht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 AktG stehen nach dem Gesetzeswortlaut gleichberechtigt nebeneinander.<sup>37</sup> Die Ausübung liegt im ausschließlichen Ermessen des Aufsichtsrats. Das Gesetz legt kein Informationsvermittlungsmonopol des Vorstands fest. Dem Vorstand steht kein Vorrecht zur vorrangigen Berichterstattung nach § 90 AktG an den Aufsichtsrat zu. Ein Stufenverhältnis ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Norm, der darin besteht, dem Aufsichtsrat zu einer effizienten Überwachung zu verpflichten. Transparenz hat Vorrang vor dem Bedürfnis nach gesellschaftsinternen Vertraulichkeitsversicherungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Die unbefangene Aufklärung unternehmensinterner Missstände ist nur von Vorteil für die Gesellschaft. Der Aufsichtsrat ist der Gesellschaft und nicht den Vorständen gegenüber verpflichtet.<sup>38</sup> Ein Stufenverhältnis zwischen beiden Rechten würde dem umfassenden Informationsbedürfnis des Aufsichtsrats widersprechen. Abzulehnen ist damit die Ansicht<sup>39</sup>, das Einsichts- und Prüfungsrecht sei nachrangig nach den Vorstandsberichten und nur als Ultima ratio zu verstehen.

Diese Ansicht ist insbesondere deshalb zu unterstützen, weil nur so die Befangenheit des Vorstands zur eigenen Kontrolle in Compliance-Fragen überwunden werden kann. Das Risiko der Selbstbelastung schränkt alle vorstandsabhängigen Informationen erheblich ein. Der Interessenkonflikt beim Vorstand zwischen seiner Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat einerseits und seinem Selbstbelastungsrisiko andererseits, lässt sich durch das gleichrangige Einsichts- und Fragerecht nach § 111 Abs. 2 AktG auflösen.

#### VI. Routinierte Kontrollen

Das Kontrollversagen bei Vorständen und Aufsichtsräten ist regelmäßig auf menschliches Fehlverhalten zurückzuführen. Die Befangenheit von Vorständen bei der Selbstkontrolle ihres eigenen legalen Verhaltens ist menschlich nachvollziehbar, widerspricht aber dem Interesse des Unternehmens am regelkonformen Verhalten und an der Vermeidung von Schäden durch illegales Verhalten im Unternehmen. Der menschliche Faktor als Risiko lässt sich durch datenbanktechnische Lösungen entschärfen. Ein Compliance-Management-System, mit dem sämtliche Organisationspflichten erfüllt und dokumentiert werden, lässt sich als Kontrollinstrument einsetzen und zwar personenunabhängig als Routineverfahren, das alle Kontrolleure in einem allgemeinverbindlich angeordneten Verfahren zu legalem Verhalten verpflichtet. Gegenseitige Kontrollen werden möglich.

Sämtliche Kontrollergebnisse im Unternehmen lassen sich auf einer Oberaufsichtsmaske bündeln. Mit einem Klick können alle Beteiligten mit gleichberechtigtem Zugang erkennen, welche Unternehmenspflichten erfüllt sind. Vorstände, Aufsichtsräte, Abschlussprüfer und Compliance-Beauftragte können vor einer allgemeinen zugänglichen Informationsplattform ihre Kontrollen ausüben. Aufsichtsräte sind von Berichten durch Vorstände, Compliance-Beauftragte und Abschlussprüfer unabhängig und können sich ihre Informationen über legales Verhalten im Unternehmen unabhängig von allen anderen Beteiligten beschaffen. Mit einer digitalen Meldemaske können Vorstände Risiken im Unternehmen abfragen, ihre Mitarbeiter zur Meldung von rechtlich relevanten Informationen verpflichten. Umgekehrt

können Unternehmensmitarbeiter über Risiken im Unternehmen direkt von der Arbeitsebene in die Führungsebene berichten.

Durch die Kontrollvereinbarung mit Hilfe des EDV gestützten Compliance-Management-Systems werden Kontrollen personenunabhängig, insbesondere von Befürchtungen, illegales Verhalten, v. a. eigenes Fehlverhalten, aufzudecken.

#### VII. Fazit

Festzuhalten bleibt, dass mehr Kontrollen durch den Aufsichtsrat notwendig sind, weil das Kontrollversagen von Vorständen durch das System der Selbstkontrolle verursacht wird und das Risiko der Befangenheit bei Vorständen begründet. Es droht bei jeder Kontrolle das Risiko der Selbstbelastung durch den Vorwurf des Organisationsverschuldens als Grund eines Gesetzesverstößes durch Angestellte des Unternehmens. Diese Kontrolllücke lässt sich rechtlich durch vorstandsunabhängige Informationen nach § 111 Abs. 2 AktG schließen, ohne dass der Aufsichtsrat auf die Vorstandsberichte angewiesen ist.

Der Beitrag wird in der kommenden Ausgabe des CB fortgesetzt. Zu untersuchen bleibt, wie durch die Vereinbarung zur Erweiterung der Prüfpflichten des Abschlussprüfers die Kontrolllücke in § 317 Abs. 4 HGB zu schließen ist. Auch durch einen ausdrücklichen Auftrag an den Compliance Officer zur unbefangenen Compliance-Kontrolle lassen sich Kontrolllücken schließen und das Kontrollversagen vermeiden. Schließlich wird eine Legal Tech-Lösung vorgeschlagen, mit der Kontrollen durch technische Lösungen unabhängig von persönlichen Interessen der beteiligten Vorstände, Aufsichtsräte und Abschlussprüfer über das Pflichtenmanagement im Unternehmen organisiert werden können, indem alle kontrollverantwortlichen Vorstände, Abschlussprüfer, Aufsichtsräte und Compliance Officer gleichzeitig zugreifen können und sich Informationen über den Bearbeitungsstand des Compliance-Management-Systems beschaffen können. Schließlich wird die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach § 116 i. V. m. § 93 AktG sowie die strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten behandelt.

#### AUTOR



**Dr. Manfred Rack, RA, Rack Rechtsanwälte, Frankfurt a. M.** Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems „Recht im Betrieb“: Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.

37 Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 3; Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 47.

38 Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 48.

39 Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rn. 303 und 307; Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 46; Winter, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1116.