

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

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

Das Kontrollversagen von Vorständen und Geschäftsführern soll mit effizienteren Kontrollen durch Aufsichtsräte ausgeglichen werden. Kontrolllücken sind aufzudecken und zu schließen. Zu untersuchen sind die Aufgaben von Abschlussprüfern und Compliance-Beauftragten als Kontrollgehilfen des Aufsichtsrats sowie die Eignung eines Compliance-Management-Systems als formalisiertes Überwachungsinstrument zur Rechtsaufsicht für alle Kontrollverantwortlichen. Insbesondere ist zu untersuchen, wie alle offenen Rechtsfragen vollständig erfasst werden können, zu denen Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet sind, Rechtsrat einzuholen.

I. Die Compliance-Kontrolle des Aufsichtsrats durch Abschlussprüfer

Informationen bezieht der Aufsichtsrat für seine Überwachungstätigkeit zunächst aus den vorstandsabhängigen Berichten nach § 90 AktG und aus den vorstandsabhängigen Informationen des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG.¹ Hinzu kommen die Informationen an den Aufsichtsrat durch den Abschlussprüfer. Der Abschlussprüfer ist die einzige unabhängige Informationsquelle zur Überwachung des Vorstands. Dass der Abschlussprüfer den Aufsichtsrat unterstützen soll, hat der Gesetzgeber im KonTraG 1998 zum Ausdruck gebracht.² Seit dieser Neuregelung wird der Prüfauftrag vom Aufsichtsrat und nicht mehr vom Vorstand an den Abschlussprüfer vergeben. Der Aufsichtsrat hat im Rahmen seines Auftrags die Gelegenheit, Prüfungsschwerpunkte zu vereinbaren. Der Abschlussprüfer wird zum „Gehilfen des Aufsichtsrats“. Diese Funktion ergibt sich schon daraus, dass der Aufsichtsrat die Abschlussprüfer auswählt und die der Hauptversammlung zur Wahl gem. § 124 Abs. 3 S. 1 AktG vorschlägt. Der Aufsichtsrat schließt im Namen der Gesellschaft die Prüfverträge mit den Abschlussprüfern und legt deren Vergütung gem. §§ 111 Abs. 2 S. 3 AktG, 290 HGB fest. Die Abschlussprüfer haben nach § 321 Abs. 5 S. 2 HGB an den Aufsichtsrat und nicht mehr wie früher an den Vorstand zu berichten.

II. Auftrag und Umfang der Prüfung des Abschlussprüfers zum Compliance-System oder eine Lücke im Kontrollsystem³

Die Prüfung durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB ist gleichzeitig mit § 91 Abs. 2 AktG eingeführt worden, wonach der Vorstand

„geeignete Maßnahmen zu treffen hat, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“

Der Abschlussprüfer hat diese Pflicht des Vorstands nach § 317 Abs. 4 HGB zu beurteilen und dem Aufsichtsrat darüber zu berichten.

Einigkeit besteht bei den Stellungnahmen zum Prüfumfang des Abschlussprüfers, dass dieser nicht die Einhaltung der Unternehmenspflichten umfasst. Compliance gehört nicht zum Prüfprogramm nach § 317 HGB.⁴ Die Prüfung des Abschlussprüfers nach § 317 Abs. 4 HGB ist eine Systemprüfung, nicht aber eine Geschäftsführungsprüfung, die umfassender als die Prüfung des internen Kontrollsystems im Rahmen der Jahresabschlussprüfung ist. Der Abschlussprüfer muss sich ein Bild des Risikobewusstseins der Unternehmensleitung und der Mitarbeiter verschaffen. Die Prüfung ist eine Eignungsprüfung und eine Funktionsprüfung. Die Eignung des Compliance-Systems setzt voraus, dass klare Verantwortungszuweisungen für Informationsweitergabe und Risikobeurteilung bestehen, sodass noch rechtzeitig Gegenmaßnahmen getroffen werden können.⁵

Der Kontroll- und Prüfungsumfang zwischen Vorstand und Abschlussprüfer unterscheiden sich. Der Kontrollumfang des Vorstands ist umfassender als der des Abschlussprüfers. Der Vorstand kann sich

1 BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12 (Sardinien-Äußerung), AG 2013, 90; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 39.

2 Reg-Begr. KonTraG, BT-Drs. 13/9712, 16; *Hommelhoff*, BB 1998, 2625, 2627 ff.

3 *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 622; *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1103, 1117.

4 *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 622.

5 *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 317 HGB, Rn. 10.

bei seiner Kontrolle nicht auf eine System- und Eignungsprüfung beschränken, sondern muss die Anwendung des Compliance-Management-Systems und die Erfüllung der Unternehmenspflichten kontrollieren,⁶ während der Abschlussprüfer das System nur auf seine Eignung und Funktionsfähigkeit prüfen muss. Im Ergebnis wäre der Aufsichtsrat nach dem gesetzlichen Umfang des Abschlussprüfers auf die Compliance-Berichte durch den Vorstand angewiesen und könnte die Informationen des Vorstands nicht durch den Abschlussprüfer überwachen. Dieses Ergebnis „der gesetzlichen Lage ist alarmierend“.⁷ Der Aufsichtsrat wäre nur auf seine eigene Informationsbeschaffungspflicht nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG angewiesen, ohne dass der Abschlussprüfer bei der Kontrolle des Vorstands helfen könnte. Der gesetzliche Prüfumfang enthält somit eine erhebliche Lücke im Kontrollsystem.

III. Die Kodexempfehlung zur erweiterten Offenlegungsvereinbarung mit dem Abschlussprüfer

Der DCGK enthält in Ziff. 7.2.3 die ausdrückliche Empfehlung einer Offenlegungsvereinbarung zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer zur verbesserten Informationsbeschaffung des Aufsichtsrats. Erweitert werden soll außerdem die gesetzliche Redepflicht des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat. Der Kodex versteht den Abschlussprüfer als unverzichtbaren Informationsgehilfen des Aufsichtsrats. Nach § 321 Abs. 1 S. 3 HGB, neu gefasst durch Art. 2 Nr. 14 a des TransPub, werden Hinweise im Prüfbericht zu Tatsachen verlangt, die den Bestand der geprüften Gesellschaft oder des Konzerns gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können. Verlangt werden außerdem im Prüfbericht solche Hinweise über schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder von Arbeitnehmern gegen Gesetze, Gesellschaftsvertrag oder die Satzung. Diese gesetzliche Redepflicht wird durch den Kodex in Ziff. 7.2.3 erweitert, um die Pflicht zur unverzüglichen Berichterstattung an den Aufsichtsrat bei Vorliegen relevanter Erkenntnisse. Erweitert wird auch der Umfang der berichtspflichtigen Tatsachen. Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats wird dadurch verbessert. Gesetzlich geregelt ist nur die Pflicht zum Bericht über gravierende Umstände sowie bestandsgefährdende Tatsachen.

Der DCGK enthält in Ziff. 7.2.3 Abs. 2 die weitere Empfehlung, die gesetzliche Entsprechenserklärung nach § 161 AktG zu erweitern. Zu den gesetzlichen Prüfpflichten des Abschlussprüfers gehört es nämlich nicht, die Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 161 AktG auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Nach § 322 Abs. 4 HGB kann das Testat vom Abschlussprüfer nur insoweit eingeschränkt werden, als die Angaben nach § 285 Abs. 1 Nr. 16 HGB fehlt oder falsch ist. Dies ist dann der Fall, wenn überhaupt keine Entsprechenserklärung abgegeben wurde oder sie den Aktionären nicht zugänglich gemacht wurde.

Mit dieser Regelung wird der Aufsichtsrat nicht zu der Frage informiert, ob und in welchem Umfang Compliance in dem Unternehmen praktiziert wird. Die Kodexempfehlung zur erweiterten Prüfung der Compliance-Praxis füllt damit ebenfalls eine Lücke. Die Informationspflichten des Abschlussprüfers werden durch die Empfehlung erweitert und zwar auf alle bei der Durchführung der gesetzlichen Abschlussprüfung festgestellten Umstände, die eine Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung ergeben. Insbesondere besteht die Lücke darin, dass nach der Kodexempfehlung nur Tatsachen vom Abschlussprüfer offen zu legen sind, die bei der Abschlussprüfung als

Zufallsfund aufgetaucht sind. Der Abschlussprüfer ist nach dieser Empfehlung nicht zu einer speziellen Compliance-Prüfung darüber verpflichtet, ob sämtliche einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen eingehalten werden.⁸

Die Lücke der Empfehlung von Abs. 1 und 2 der Ziff. 7.2.3 DCGK lassen sich durch eine gesonderte Offenlegungsvereinbarung zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer schließen. Der Aufsichtsrat hat dazu einen Beschluss zu fassen. Die Offenlegungsvereinbarung kann in den Prüfauftrag aufgenommen werden. Nur mit diesem erweiterten Prüfauftrag und der erweiterten Berichtspflicht kann der Aufsichtsrat seine beschränkten Aufsichtsmöglichkeiten über Compliance als legales Verhalten sichern.

IV. Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Erweiterung der Prüfpflichten des Abschlussprüfers

Im Ergebnis ist die gesetzliche Berichtsverpflichtung des Abschlussprüfers nach § 317 Abs. 4 HGB und seine Redepflicht nach § 321 Abs. 1 S. 3 HGB zu erweitern. Diese Pflicht hat der Aufsichtsrat.⁹ Werden nicht alle Informationsquellen erschöpfend genutzt, bleibt ein deutliches Risiko in der Organisation zur Erfüllung der Legalitätspflicht im Unternehmen. Das Compliance-System muss Rechtsrisiken vermeiden, noch bevor sie sich zu einem Schaden entwickeln konnten. Die ruinösen Auswirkungen von Rechtsverstößen in großen Firmen zeigen die Bedeutung von Compliance-Systemen für die Existenz und den Bestand der Unternehmen.

V. Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung

Nach § 171 Abs. 2 AktG hat der Aufsichtsrat jährlich über seine Tätigkeit an die Hauptversammlung schriftlich zu berichten. Die Hauptversammlung wird als Kontrollorgan des Aufsichtsrats über dessen Entscheidungen informiert. Der Zweck des Rechenschaftsberichts ist die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 120 AktG. Unerwähnt bleibt im gesetzlichen Berichtsprogramm das Risikomanagement nach § 91 Abs. 2 AktG und das Compliance-System. Der Aufsichtsrat hat zu berichten, „in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung geprüft hat.“ Zu Recht wird gefordert, die Erfüllung der Legalitätspflicht in das Berichtsprogramm aufzunehmen, da sie für die Unternehmensführung eine existenzielle Bedeutung gewonnen hat.¹⁰

⁶ Rack, CB 2014, 287.

⁷ Lutter, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.

⁸ Kremer, in: Ringleb/Kremer, Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar 3. Aufl., Ziff. 7.2.3 Rn. 13, 68.

⁹ Kremer, a. a. O., Rn. 13, 68; Lutter, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, Rn. 173; Kremer, in: Ringleb u. a., Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl. 2008, Rn. 1368; Sturz/Harms, in: Pfitzer/Ohser (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 2003, S. 216.

¹⁰ Lutter, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.

VI. Der Compliance-Beauftragte als unabhängige Kontrollinstanz

Mit der Funktion des Compliance-Beauftragten kann der Interessenkonflikt des Vorstands an der Eigenkontrolle und dem Interesse an der Vermeidung der Selbstbelastung gelöst werden. Der gleiche Interessenkonflikt musste im Umweltschutz vom Gesetzgeber geregelt werden. Schon früh wurde erkannt, dass die präventive Einhaltung aller umweltrechtlichen Vorschriften bei Vorständen und Geschäftsführern einen Interessenkonflikt auslöst.

Geschäftsleiter müssen einerseits das Interesse am legalen Verhalten in ihrem Unternehmen verfolgen. Die Erfüllung der Legalitätspflicht verursacht Kosten und schmälert den Gewinn, für den der Geschäftsleiter ebenfalls neben seiner Legalitätspflicht verantwortlich ist. In der Diskussion um die Legalitätskontrolle in Unternehmen wurde zunächst die Rechtsaufsicht durch staatliche Behörden erwogen und zu Gunsten der Eigenkontrolle durch Unternehmen abgewendet. Das System der Eigenkontrolle hat sich inzwischen bewährt.¹¹ Nach dem Modell der Eigenkontrolle wurden Angestellte des Unternehmens mit den Funktionen des Immissionsschutzbeauftragten, des Gewässer-schutzbeauftragten, des Abfallbeauftragten, des Störfallbeauftragten und der Sicherheitskraft im Arbeitsschutz betraut. Beispielhaft hat der Immissionsschutzbeauftragte nach § 54 BImSchG, erstens den Betreiber zu beraten, zweitens die Unternehmensmitarbeiter über ihre Pflichten aufzuklären und drittens die Einhaltung der Unternehmenspflichten zu überwachen.

Die Beauftragten sind als reine Stabsfunktionen ausgestaltet und treffen keine Entscheidungen, die den Mitarbeitern mit Linienfunktion vorbehalten sind. Durch die Trennung zwischen Beratungsfunktion und Entscheidungsfunktion wird der Interessenkonflikt von vornherein vermieden. Die Beauftragten geraten nicht in den Konflikt, zwischen dem Interesse an der Gewinnerzielung und der Aufwand und Kosten verursachenden Funktionen der präventiven Erfüllung der Unternehmenspflichten wählen zu müssen.

Alle Umweltbeauftragten sind gesetzlich vor Benachteiligung geschützt. Sie sind mit der Unabhängigkeit ausgestattet, die es ihnen erlaubt, die Einhaltung einschlägiger Unternehmenspflichten durchzusetzen. Sie agieren im Ergebnis wie Angehörige von Behörden und vertreten gleichzeitig die Interessen des Unternehmens, legales Verhalten zu geringstmöglichen Aufwand zu sichern.

Gesetzlich geregelt ist im Übrigen die Position des Compliance-Beauftragten im WpHG § 33 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 5 WpHG. Danach ist „eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann.“ Nach § 33 Abs. 3 Nr. 5 WpHG ist sicherzustellen, dass die Geschäftsleitung das Aufsichtsorgan in angemessenen Zeitabständen, zumindest einmal jährlich, Berichte der mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter über die Angemessenheit und Wirksamkeit der Grundsätze, Mittel und Verfahren nach Nr. 1 erhalten, die insbesondere angeben, ob zur Behebung von Verstößen des Wertpapierdienstleistungsunternehmens oder seiner Mitarbeiter gegen Verpflichtung dieses Gesetzes oder zur Beseitigung des Risikos eines solchen Verstoßes geeignete Maßnahmen ergriffen wurden.

Aus der Regelung ist zu entnehmen, dass es sich um eine präventive Rechtsberatung handelt und die Stellung des Compliance Officers unabhängig sein muss.

Zur Stellung des Compliance Officers und seiner strafrechtlichen Bedeutung ist das Urteil des BGH im Berliner Stadtreinigungsfall den gesetzlichen geregelten Beauftragten gleichzustellen.¹² Im Ergebnis

ist der Compliance Officer Gehilfe und macht sich wegen Beihilfe strafbar, wenn der Geschäftsleiter gegen eine Rechtsvorschrift verstößt und er diesen Verstoß nicht verhindert.

Auf Grund dieser Rechtslage ist der Geschäftsleitung zu empfehlen, einen Compliance-Beauftragten zu bestellen und ihn nach dem Vorbild der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Regelungen so auszustatten, dass er unabhängig ist und Rechtsverstöße auch die der Geschäftsleiter verhindern kann. Vermieden wird dadurch der Interessenkonflikt beim Geschäftsleiter, durch Kontrollen über legales Verhalten im Unternehmen sich mit dem Vorwurf des Organisationsverschuldens selbst zu belasten.

Vorschläge finden sich in der Literatur, nämlich auf Dauer Tagesordnungspunkte für Aufsichtsratssitzungen zu Compliance relevanten Sachverhalten einzurichten und den Vorstand grundsätzlich zu verpflichten, regelmäßig über die Einhaltung von Rechtsvorschriften zu berichten.¹³

VII. Compliance-Beauftragte mit Rechtskenntnissen

Der Compliance-Beauftragte sollte deshalb über Rechtskenntnisse verfügen und zur präventiven Rechtsanwendung ausgebildet und in der Lage sein. Dazu zählt es, Unternehmenssachverhalte auf ihre rechtliche Relevanz einzuschätzen. Alle Unternehmenssachverhalte müssen darauf geprüft werden, ob sie Rechtspflichten auslösen, an wen sie zur Erfüllung zu delegieren sind und wie die Erfüllung der Rechtspflichten kontrolliert, sichergestellt und dokumentiert werden kann. Die besondere rechtliche Anforderung besteht darin, dass Rechtspflichten im Unternehmen zu ermitteln sind, noch bevor ein Schaden entstanden ist und damit ein Indiz für einen Rechtsverstoß vorliegt. Rechtsrisiken sind zu erfassen, noch bevor es zu einem Rechtsverstoß gekommen ist. Rechtsrisiken lassen sich nicht erkennen, vielmehr muss man sie sich denken. Es handelt sich um Fiktionen und nicht um Fakten. Die Analyse von Rechtsrisiken stellen höhere Anforderungen als die rechtliche Prüfung bei der Abwicklung eines Schadens. Vorstände sind verpflichtet, sich selbst legal zu verhalten und für legales Verhalten ihrer Angestellten zu sorgen. Sie tragen die Legalitätspflicht. Sie üben damit in ihrem Unternehmen eine Rechtsaufsicht aus, die wiederum von Aufsichtsräten überwacht werden muss.¹⁴ Der Aufsichtsrat hat darüber zu wachen, dass der Vorstand keine rechtswidrigen Maßnahmen durchführt, wozu sogar die Einhaltung ausländischer Rechtsnormen und die Grenzen der satzungsmäßigen Unternehmensgegenstände gehören können. Einschreiten muss der Aufsichtsrat, wenn er Umstände kennt, aus denen sich Rechtsverstöße ergeben.¹⁵ Bei der Rechtsaufsicht durch Vorstände als auch durch Aufsichtsräte stellen sich regelmäßig Rechtsfragen, welche Rechtspflichten durch Unternehmenssachverhalte ausgelöst werden, wie sie zu erfüllen sind und wie deren Erfüllung zu

11 *Feldhaus* zeichnet die gesetzgeberische Diskussion nach, an dessen Ergebnis die Eigenkontrolle durch unabhängige gesetzliche geregelte Umweltbeauftragte steht, BImSchG, Stand 2016, § 54, Rn. 23 ff.; *ders.*, NVwZ 1991, 927, 933.

12 BGH, 17.7.2009 – V StR 394/05 (Berliner Stadtreinigungsfall), NJW 2004, 3173.

13 *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für Corporate Compliance, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1116; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 52.

14 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 15, 16.

15 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 15.

überwachen ist. Die Besonderheit bei der Rechtsaufsicht im Unternehmen besteht darin, dass Vorstände und Aufsichtsräte i. d. R. keine eigenen Rechtskenntnisse haben und dadurch oftmals die Tragweite ihrer Pflicht zur Rechtsaufsicht unterschätzen. Nur so lassen sich die ruinösen Rechtsverstöße in Unternehmen erklären. Entscheidungen fallen nach dem Prinzip, dass das Geschäft immer vorgeht und die Legalität der Entscheidung nachrangig behandelt wird. Bezeichnend ist, dass z. B. nach § 100 AktG als persönliche Voraussetzung für Aufsichtsratsmitglieder Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung bei mindestens einem unabhängigen Mitglied des Aufsichtsrats für Gesellschaften nach § 264d HGB verlangt werden, nicht jedoch rechtliche Vorkenntnisse. Bezeichnend ist auch, dass zum gesetzlichen Berichtsprogramm nicht das Risikomanagement nach § 91 Abs. 2 AktG und das Compliance-System gehören. Zu Recht wird gefordert, in den Berichtsumfang die Erfüllung der Legalitätspflicht durch die Unternehmensführung aufzunehmen.¹⁶ Auch der Abschlussprüfer ist nicht zur speziellen Compliance-Prüfung verpflichtet. Die Pflicht zur Rechtsaufsicht ohne eigene Rechtskenntnisse steigert das Risiko von Rechtsverstößen.

VIII. Die Organisationspflicht, Rechtsrat einzuholen

Klargestellt hat der BGH in seinem Ision-Urteil die Pflicht von Vorständen und Geschäftsführern damit auch Aufsichtsräten, bei eigener Rechtsunkenntnis und bei offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen, um Rechtsirrtümer zu vermeiden. Diese Haftung von Vorstandsmitgliedern für Rechtsirrtümer gilt auch für Aufsichtsratsmitglieder.¹⁷

Vorstände und Aufsichtsräte haften nicht, wenn der Rechtsirrtum unverschuldet ist. Die Organhaftung für Rechtsirrtümer entfällt nur dann, wenn die offene Rechtsfrage durch zugelassene unabhängige Rechtsanwälte geprüft wurde, die über die erforderliche Sachkunde verfügen, die umfassend über den Unternehmenssachverhalt durch den Vorstand aufgeklärt wurden, alle Unterlagen zur Verfügung gestellt sind und der erteilte Rechtsrat von Vorständen und Aufsichtsräten einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterzogen wurde. Eine mündliche Beratung genügt nicht, weil sie keine Grundlage für eine nachträgliche Plausibilitätskontrolle sein kann.¹⁸

IX. Das Problem des Erkennens offener Rechtsfragen

Die Erfüllung der Pflicht, zu offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen setzt voraus, zunächst offene Rechtsfragen zu erkennen. Rechtsrat einholen kann nur, wer die offene Rechtsfrage stellen kann. Ist ein Schaden durch einen Rechtsverstoß entstanden, stellt sich die offene Rechtsfrage von selbst, wenn zu entscheiden ist, wer für den Schaden haftet. Der Schaden ist der Anlass für die offene Rechtsfrage. Die Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern besteht jedoch gerade darin, eine Rechtspflicht zur Vermeidung des Schadens einzuhalten, noch bevor er eingetreten ist. Compliance-Systeme müssen so angelegt sein, dass auch ohne einen eingetretenen Schaden durch einen Rechtsverstoß die offene Rechtsfrage erkannt werden kann, und ohne dass sich Geschädigte um die Haftung streiten und sich anlässlich dieses Streits die offenen Rechtsfragen nach Rechtspflichten aufdrängen. Bevor Vorstände und Geschäftsführer Rechtsrat einholen können, müssen sie wissen, zu welchen Rechtsfragen sie sich präventiv beraten lassen müssen. Nach § 93

Abs. 1 S. 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Gerade weil Geschäftsleitern von Unternehmen nicht mit eigenen Mitteln wirtschaften, sondern fremden Vermögensinteressen verpflichtet sind, treffen Vorstände grundsätzlich erhöhte Sorgfaltspflichten.¹⁹

Zur Vermeidung des Vorwurfs der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB werden hohe Anforderungen an den Geschäftsleiter für die Kenntnis der einschlägigen Rechtsvorschriften gestellt. Die objektive Geltung der Rechtsordnung und deren Funktionsfähigkeit darf nicht von der individuellen Normkenntnis der Geschäftsleiter abhängig sein. Aus dem allgemeinen Geltungsanspruch der Rechtsordnung wird von Geschäftsleitern die Kenntnis der Rechtspflichten des Unternehmens verlangt.²⁰ Von Geschäftsleitern werden nicht die Rechtskenntnisse eines Rechtsanwalts gefordert, von dem eine einwandfreie methodologische Subsumtion erwartet wird. Für den Geschäftsleiter wird es als ausreichend angesehen, den wesentlichen Inhalt der rechtlichen Vorschriften und deren grundsätzliche juristische Deutung zu erfassen. Die Sorgfaltsanforderungen an einen Geschäftsleiter liegen unter den Anforderungen an die Rechtsberatung durch Anwälte. Die Anforderungen an den Geschäftsleiter bei der Erfüllung seiner Legalitätspflicht wird in der Literatur so unklar beschrieben, dass sie kaum praktikabel sind.

Bei der präventiven Rechtsberatung müssen Geschäftsleiter rechtlich beraten werden, wie sie die offenen Rechtsfragen ermitteln können, um ihre Pflicht überhaupt erst erfüllen zu können, Rechtsrat einzuholen.

Als ausreichend wird angesehen, dass ein „Problembewusstsein“ dafür vorhanden ist, dass eine Entscheidung gegen geltendes Recht verstößt.²¹ Können Vorstände offene Rechtsfragen nicht stellen, können auch noch so qualifizierte Anwälte nicht dabei helfen, den Geschäftsleiter zu entlasten, weil den Anwalt die offene Rechtsfrage nicht erreicht.²² Gefordert wird vom Vorstand, ein „Gespür für Rechtsrisiken“²³ oder auch „Sensibilität“.²⁴ Vom Vorstand wird nicht verlangt, die Rechtslage selbst richtig zu beurteilen sondern nur „die Fähigkeit zum Zweifel und zum kritischen Blick in Bezug auf die Vereinbarkeit der geplanten Maßnahmen mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen.“²⁵ Mehr an juristischen Fähigkeiten kann von Geschäftsleitern zu Recht nicht verlangt werden, weil ansonsten nur ausgebildete Volljuristen für die Tätigkeit des Unternehmensleiters geeignet wären.²⁶

16 Lutter, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.

17 Spindler, in: Spindler/Stilz, AkG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 49; Cahn, WM 2013, 1293, 1302.

18 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (Ision-Urteil), BB 2011, 2960 m. BB-Komm. Fedke, Rn. 16.

19 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 220.

20 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223.

21 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 221.

22 Hauschka, NJW 2004, 257, 260.

23 Schneider, DB 2011, 99, 102.

24 Binder, AG, 2008, 274, 283.

25 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 222.

26 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 222.

X. Die strengen Anforderungen der Rechtsprechung

Im Gegensatz zur Literatur mit ihren unklaren Anforderungen verlangt die Rechtsprechung für die Erfüllung der Legalitätspflicht von Vorständen, sämtliche erreichbare Informationen einzuholen und „alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen“.²⁷

Festzuhalten bleibt, dass vergleichbar zum Verbotsirrtum im Strafrecht die Rechtsordnung nicht auf die Einhaltung der einschlägigen Rechtspflichten eines Unternehmens verzichtet, vielmehr auf der Pflichtenbindung besteht, und zur Ermittlung der Rechtspflichten „sämtliche erreichbaren rechtlichen Informationen“ verlangt. Berücksichtigt man diese Rechtsprechung, reicht es nicht, von Geschäftsleitern nur „Problembewusstsein“, „Sensibilität“, oder „ein Gespür für Rechtsrisiken“ zu fordern, wenn offene Rechtsfragen erkannt werden müssen. Die Pflicht von Geschäftsleitern wird von der Literatur nicht ausreichend und praktikabel beschrieben, unter welchen Bedingungen sie Rechtsrat einzuholen haben.²⁸ Zu untersuchen bleibt deshalb, wie offene Rechtsfragen für Geschäftsleiter ohne eigene Rechtskenntnisse erschöpfend aus allen verfügbaren Informationsquellen zu erfassen sein sollen.²⁹

XI. Die Legal-Tech-Lösung für die Praxis

In der aktuellen Beschreibung der Problemlage werden die Möglichkeiten übersehen, durch den Einsatz moderner Datenbanktechnik sämtliche erreichbaren rechtlichen Informationsquellen mit vertretbarem Zeitaufwand auszuschöpfen. Alle Unternehmenssachverhalte enthalten ausnahmslos offene Rechtsfragen und sind deshalb danach zu prüfen, ob sie in Gesetzen, Verordnungen, unter gesetzlichen Regelwerken abstrakt und generell, oder ob sie in Gerichtsurteilen schon einmal im konkreten Einzelfall entschieden wurden und ob sie im Ergebnis Rechtspflichten auslösen. Sind sie gesetzlich geregelt oder von Gerichten entschieden, ist anzunehmen, dass von ihnen ein Risiko ausgeht, das durch Rechtspflichten abzuwenden ist.

Geht man davon aus, dass in Betrieben aus etwa 40 Branchen bis zu 16 000 Rechtsnormen, Gesetze, Verordnungen und untergesetzliche Regelwerke und im Durchschnitt etwa 4 000 Rechtspflichten in jedem Unternehmen einschlägig sein können, ist es unverzichtbar, mit Hilfe der Datenbanktechnik nach Rechtspflichten zu jedem Unternehmenssachverhalt zu recherchieren. Bei der Erfüllung der Legalitätspflicht kann sich kein Geschäftsleiter auf sein „Problembewusstsein“ oder sein „Gespür für Rechtsrisiken“ oder seine „Sensibilität“ verlassen, ohne sich dem Haftungsrisiko durch Rechtsverstöße auszusetzen.

Unverzichtbar ist v. a., die einschlägigen von den nicht einschlägigen Rechtspflichten zu unterscheiden und aus der Gesamtmenge aller Rechtsnormen und Rechtspflichten herauszufiltern. Je umfangreicher der Inhalt, der in eine Compliance-Management-System eingesetzte Datenbank ist, umso geringer ist das Risiko, eine Rechtspflicht zu übersehen. Große digitalisierte Sammlungen von Gesetzen, untergesetzlichen Regelwerken und Gerichtsurteilen lassen sich danach digital durchsuchen, ob und in welchen Rechtsnormen ein Unternehmenssachverhalt geregelt ist. Sichergestellt werden muss, dass alle Unternehmenssachverhalte ausnahmslos zu prüfen sind, weil jeder Sachverhalt ein potenzielles Risiko darstellt und bei der Vielzahl der gesetzlichen Regelungen und der Vielzahl der Gerichtsurteile nicht abzuschätzen ist, ob Rechtspflichten von den Unternehmenssachverhalten ausgelöst werden. Das in der Rechtsprechung geforderte Ausschöpfen aller erreichbaren rechtlichen Information lässt sich nur

mit digitalen Recherchen in Datenbanken bewältigen, in denen die verfügbaren Rechtsquellen und Informationen vollständig und lückenlos gespeichert sind. Legal-Tech-Lösungen sind unverzichtbar, um die Vorgaben der Rechtsprechung zur Ermittlung aller Rechtspflichten und zur Vermeidung des Verbotsirrtums nach § 17 StGB zu erfüllen, sämtliche erreichbaren rechtlichen Informationen erschöpfend zu ermitteln, um den zeitlichen Prüfaufwand auf ein vertretbares Maß zu senken und die Rechtssicherheit gleichzeitig zu erhöhen. Moderne Rechertechniken erlauben es, Listen von einer Vielzahl von Unternehmenssachverhalten gleichzeitig in einem einzigen Suchvorgang daraufhin zu überprüfen, in welchen Rechtsnormen sie geregelt sind. Einmal geprüfte Unternehmenssachverhalte lassen sich mit den ermittelten Rechtspflichten digital verlinken, speichern und jederzeit verfügbar abrufen. Die Prüfergebnisse müssen nicht wieder geprüft, sondern nur im gespeicherten Lösungsvorrat wieder gefunden werden. Systematisch lässt sich der Prüfaufwand senken. Sachverhalte in den Unternehmen wiederholen sich und gleiche Sachverhalte lösen gleiche Pflichten aus, lassen sich standardisieren, einmal speichern und immer wieder abrufen. Typische Anlagen wie Kräne, Gabelstapler, Versuchsautoklaven, Galvanikeinrichtungen und immer wiederkehrende Industrieverfahren wie Schweißen, Lackieren und Beschichten lösen die gleichen Pflichten aus. Systematisch gespeichert sammelt sich ein ständig wachsender Lösungsvorrat, auf den immer wieder zurückgegriffen werden kann. Mit wachsendem Lösungsvorrat sinkt der Prüfaufwand. Viele Nutzer können sich den gleichen Lösungsvorrat teilen, anstatt die gleichen Rechtsfragen immer wieder aufs Neue und getrennt voneinander zu prüfen. Standardisierung und Mehrfachnutzung von Rechtspflichten senkt den Compliance-Aufwand.³⁰

Unternehmenssachverhalte, die weder gesetzlich geregelt sind, noch von der Rechtsprechung im Einzelfall entschieden wurden, müssen erstmals daraufhin geprüft werden, ob sie Risiken für geschützte Rechtsgüter verursachen und durch Verkehrssicherungspflichten abzuwenden sind.³¹

Vorstände und Aufsichtsräte können anhand dieses Ermittlungsverfahrens von Rechtspflichten im Unternehmen ihre Pflicht zur Rechtsaufsicht erfüllen, indem sie abfragen, ob alle Unternehmenssachverhalte auf Rechtspflichten geprüft wurden. Die Prüfung lässt sich im Compliance-Management-System automatisch mit den Prüfergebnissen protokollieren, sodass Vorstände und Aufsichtsräte zu ihrer Entlastung Beweise nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG sichern können.

Die ermittelten Pflichten lassen sich im Compliance-Management-System auf Verantwortliche im Unternehmen delegieren, indem Mitarbeiter mit Pflichten digital verlinkt werden, sodass im Ergebnis jederzeit jedermann abfragen kann, welche Mitarbeiter welche Pflichten in welchem Betriebsteil und zu welchen Unternehmenssachverhalten zu erfüllen haben.

Ist das Compliance-Management-System einmal auf seine Eignung im Rahmen einer Systemprüfung durch Auditoren zertifiziert, können

27 BGH, 14.7.2008 – II ZR 202/07, ZIP 2008, 1675, 1676; OLG Celle, 28.5.2008 – 9 U 184/07, AG 2008, 711, OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – I-6 W 45 (IKB-Entscheidung), AG 2010, 126, 128; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223.

28 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 227.

29 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 227.

30 Rack, CB 2016, 19.

31 BGH 18.9.1984 – VI ZR 223/82 (Kupolofen-Entscheidung), BGHZ 92, 143, BB 1984, 1970.

Vorstände und Aufsichtsräte auch ohne eigene Rechtskenntnisse jederzeit überprüfen, ob die einmal festgelegten Verfahrensregeln in der Unternehmenspraxis erfüllt werden. Sie können abfragen, ob alle Unternehmenssachverhalte auf Rechtspflichten geprüft wurden, ob die Pflichten ausnahmslos delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert wurden.

Durch den Einsatz dieses formalisierten einmal festgelegten Compliance-Systems können sich Vorstände und Aufsichtsräte darauf verlassen, keine offenen Rechtsfragen verkannt zu haben, insbesondere alle Organisationspflichten erfüllt zu haben, um sich selbst legal zu verhalten und ausreichend dafür gesorgt zu haben, dass die Unternehmensmitarbeiter sich ebenfalls legal verhalten.

Seit dem 15.12.2014 gelten speziell die Vorgaben für die Unternehmensführung als internationale Selbstregulierung nach ISO 19600, für das Umweltmanagement die DIN ISO 14001, EMAS.³²

Die Legal-Tech-Lösung hilft beim Erkennen der Grenze zwischen rechtlich gebundenen und unternehmerischen Entscheidungen gem. § 93 Abs. 2 AktG zu finden. Die unternehmerische Entscheidung wird durch die Business Judgement Rule privilegiert und ist von der rechtlich gebundenen Entscheidung zu unterscheiden.³³ Bevor Vorstände eine unternehmerische Entscheidung annehmen dürfen, müssen sie prüfen, ob diese Entscheidung nicht rechtlich gebunden ist, ob gesetzliche Vorschriften oder Vorgaben aus der Rechtsprechung existieren und zur rechtliche gebundenen Entscheidung machen. Diese Prüfung lässt sich nur mit angemessenem Prüfaufwand lösen, indem digital in einer möglichst umfassenden Bibliothek recherchiert wird, ob der Unternehmenssachverhalt, über den zu entscheiden ist, rechtlich geregelt ist und rechtliche Vorgaben zu beachten sind.³⁴

Die Legal-Tech-Lösung hilft schließlich bei der Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers (Availability bias). Die schnelle Verfügbarkeit von rechtlichen Informationen bestimmt darüber, ob Rechtsrisiken entweder unterschätzt, überschätzt oder verkannt werden. Die Anzahl der abgerufenen Beispiele zu Unternehmenssachverhalten und Rechtsrisiken sowie die Leichtigkeit des Abrufs entscheiden darüber, ob ein Risiko, wozu auch Rechtsrisiken zu zählen sind, erfasst oder übersehen wird.³⁵

XII. Die Beweislastumkehr für Aufsichtsräte

Hervorzuheben ist, dass die nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG geltende Beweislastumkehr für Vorstände auch für Aufsichtsräte entsprechend gilt. Im Ergebnis müssen Aufsichtsratsmitglieder im Schadensfall den Nachweis erbringen, dass sie ihre Pflichten zur Überwachung, insbesondere zur Rechtsaufsicht und zur Beratung des Vorstands in Compliance-Fragen erfüllt haben.³⁶ Will sich ein in Anspruch genommenes Aufsichtsratsmitglied entlasten, so hat es darzulegen und zu beweisen, dass es bei der Ausführung seines Amtes die erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds angewandt hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.³⁷

XIII. Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern bei Gremienentscheidungen

Kommt es durch Mehrheitsentscheidungen des Aufsichtsrats zu Rechtsverstößen, trägt das einzelne Aufsichtsratsmitglied die Beweislast für das eigene pflichtgemäße Verhalten. Insbesondere gilt die Nachweispflicht des überstimmten Aufsichtsratsmitglieds für

Rechtsverstöße im Unternehmen. Bei drohenden Rechtsverstößen hat ein Aufsichtsratsmitglied die Pflicht, rechtswidrige Beschlüsse zu verhindern, Abstimmungen zu organisieren und gegen rechtswidrige Beschlüsse zu stimmen, auf eigene rechtliche Bedenken hinzuweisen und die anderen Aufsichtsratsglieder nachdrücklich zu warnen. Es reicht insbesondere nicht aus, sich der Mehrheit zu beugen, sondern meinungsbildend vor einer Abstimmung auf legales Verhalten im Unternehmen hinzuwirken. Es empfiehlt sich, Beweise zu sichern, dass das überstimmte Aufsichtsratsmitglied alles getan hat, um die Mehrheit von dem Entschluss zu illegalem Verhalten abzubringen. Die Ablehnung ist zu protokollieren. Der Nachweis lässt sich durch die Vorlage des Sitzungsprotokolls erbringen.³⁸ Bei der Überzeugungsarbeit durch Meinungsbildung innerhalb des Gremiums empfiehlt es sich, Folgerwägungen als Argumente zu nutzen, insbesondere auf Realfolgen als auch auf Rechtsfolgen hinzuweisen. Nicht entlasten kann sich ein Aufsichtsratsmitglied durch den bloßen Hinweis, von der Mehrheit überstimmt worden zu sein, ohne den Versuch nachzuweisen, seine Gegenargumente durchzusetzen.

XIV. Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern nach §§ 116, 93 AktG

Verletzt ein Aufsichtsrat seine Überwachungspflichten nach § 111 AktG, haftet er gegenüber der AG im Rahmen der Innenhaftung für den daraus entstehenden Schaden nach § 116 AktG wie Vorstände nach § 93 AktG.

Ausgenommen ist die Regelung nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG zur D&O Versicherung. Die Aufsichtsräte haben bei der Überwachung des Vorstands nach § 111 Abs. 1 AktG sowie seiner Bestellung nach § 84 AktG wie die Vorstandsmitglieder die Interessen des Unternehmens zu wahren.³⁹ Die Sorgfaltsmaßstäbe gelten sowohl für Anteilseigner als auch Arbeitnehmervertreter.

Die Haftungsnorm nach § 116 AktG hat einerseits eine Ausgleichsfunktion für die Pflichtverletzung des Aufsichtsrats, andererseits auch die Funktion eines Anreizes für Aufsichtsratsmitglieder, Schäden von dem Unternehmen abzuwenden. Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat müsste vom Vorstand geltend gemacht werden. In der Realität kommt es kaum zur Durchsetzung von Ansprüchen, weil der Vorstand und der Aufsichtsrat als Organe der Gesellschaft eng verbunden sind. Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist in § 147 AktG geregelt, wonach ein Beschluss der Hauptversammlung mit einfacher Stimmmehrheit erforderlich ist. Wird die einfache Stimmmehrheit nicht erreicht, hat das Gericht auf Antrag von Aktionären, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von einer

32 Rack, CB 2014, 279–290, CB 2014, 25.

33 Begr. RegE BT-Drs. 3/05, 18.

34 Rack, CB 2014, 54.

35 Rack, CB 2014, 238.

36 Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 135–139; Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 216.

37 BGH, 16.3.2009 – II ZR 280/07, NJW 2009, 2454, 2465, BB 2009, 1207 m. BB-Komm. Lappe/Hartmann; BGH, 1.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, Rn. 20, BB 2009, 118 m. BB-Komm. Frhr. von Falkenhausen/Kocher.

38 Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 51; Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 217.

39 Ständige Rechtsprechung, BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 330; BGH, 28.11.1988 – II ZR 57/88, BGHZ 106, 54, 65, BB 1989, 240.

Million Euro erreichen, als Vertreter der Gesellschaft zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs andere als die nach den §§ 78, 112 AktG zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Personen zu bestellen, wenn ihm dies für eine gehörige Geltendmachung zweckmäßig erscheint. Gibt das Gericht dem Antrag statt, so trägt die Gesellschaft die Gerichtskosten. Die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 147 Abs. 2 AktG ist dann sinnvoll, wenn die für die Geltendmachung der Ersatzansprüche zuständigen Organe nicht das Vertrauen einer unvoreingenommenen Rechtsverfolgung genießen.⁴⁰ Die Zulassung der Klage ist an die Voraussetzung in § 148 Abs. 1 S. 2 AktG gebunden. Das Haftungsrisiko für Aufsichtsräte steigt durch die Regelung der Klageerzwingung nach den §§ 147, 148 AktG, wonach auch Minderheitsaktionäre mit einem Anteil von zusammen 10% des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von einer Millionen Euro zur Klage berechtigt sind, wenn ein Beschluss der Hauptversammlung mit einfacher Stimmmehrheit für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat nicht zustande kommt. Die gleichen Haftungsregeln gelten auch für die mitbestimmungsfreie GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat durch den Verweis von § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 116 i. V. m. § 93 Abs. 1, 2 S. 1 und 2 AktG, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.⁴¹

Die Haftung des Aufsichtsrats nach § 116 AktG wird durch seine Stellung als Organmitglied begründet. Es kommt deshalb nicht auf schuldrechtliche Dienstverträge an. Nur die Organstellung löst die Haftung aus. Er haftet auch als faktisches Organ, wenn er die Aufsichtshandlungen vornimmt, ohne bestellt zu sein.

Aufsichtsräte müssen einen Mindeststandard erfüllen und die nötigen Kenntnisse bringen oder sich beschaffen, um eigenständig seine Aufgaben nach § 100 Abs. 5 AktG erfüllen können. Übernimmt ein Aufsichtsratsmitglied ein Mandat ohne die erforderlichen Voraussetzungen, trifft es der Vorwurf des Übernahmeverschuldens.

Die berufliche Sachkunde in aufsichtsrechtlichen Spezialgesetzen als Eignungsvoraussetzung für die Übernahme des Aufsichtsratsmandats muss gesetzlich vorgeschrieben sein, z. B. § 25d KWG, § 18 Abs. KAGB, § 119 Abs. 3 KAGB, § 147 Abs. 3 KAGB, § 7a Abs. 4 VAG. Diese Spezialsachkunde geht über die aktienrechtlichen Mindestanforderungen hinaus.

Die Pflicht des Aufsichtsrats ist persönlich geschuldet. Die Auswertung der Vorstandsberichte ist nicht delegierbar. Sachverständige können allerdings hinzugezogen werden. Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied muss darauf hinwirken, dass die Pflichten des Gesamtaufsichtsrates erfüllt werden.⁴²

Hervorzuheben ist, dass die Vorstandberichte nach § 90 AktG von einzelnen Vorstandsmitgliedern angefordert werden können oder sogar müssen. Insbesondere wenn die Berichte der Geschäftslage unklar geblieben ist.

XV. Fazit

Zur Vermeidung ihrer eigenen Haftung können Aufsichtsräte durch ein formalisiertes Verfahren im Compliance-Management-System ihre Überwachungspflichten als Rechtsaufsicht erfüllen, indem sie auf die Einführung eines Compliance-Management-Systems hinwirken, im Rahmen einer einmaligen Systemprüfung die Eignung des Systems überprüfen, um die Einhaltung aller Unternehmenspflichten durch Vorstände und Unternehmensmitarbeiter zu sichern. In der erstmaligen Systemprüfung ist sicherzustellen, dass sämtliche rechtlichen Voraussetzungen aus gesetzlichen, untergesetzlichen Regeln und aus Gerichtsurteilen im Konzept des Compliance-Management-Systems eingehalten sind. Nach der erstmaligen Anordnung und Einrichtung des Systems hat der Aufsichtsrat regelmäßig zu prüfen, ob das System praktiziert wird, die Einhaltung aller Rechtspflichten des Unternehmens gewährleistet ist und Beweise durch Protokolle im System gesichert sind.⁴³ Bei der erstmaligen Konzeption des Compliance-Management-Systems haben Vorstände und Aufsichtsräte sich rechtlich von unabhängigen Rechtsanwälten beraten zu lassen und entsprechend der BGH-Rechtsprechung im ISON-Urteil die Beratungsergebnisse einer eigenen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Mit Hilfe dieser Lösung lässt sich höchstmögliche Rechtssicherheit bei geringstmöglichem Aufwand erreichen.

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.

40 *Mock*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 147, Rn. 45.

41 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 4.

42 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 19.

43 *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1119; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363, 03 (I) (Stille Lasten), WM 2004, 2157.