

Roland Startz

BEITEN BURKHARDT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH



Roland Startz ist Equity Partner im Münchener Büro von BEITEN BURKHARDT. Er berät hauptsächlich Aktiengesellschaften, Aufsichtsräte, Vorstände und Geschäftsführer. Herr Startz verfügt neben seiner gesellschaftsrechtlichen Expertise über Erfahrung im Kapitalmarktrecht, im Prozessrecht, im Steuerrecht, in Fragen der Rechnungslegung sowie in den Bereichen Finance und Private Equity. Roland Startz studierte in München und

begann 1996 in einer internationalen Anwaltskanzlei. Im Jahre 1998 wechselte Herr Startz in die Steuerabteilung einer internationalen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in München, wo er den Aufbau der aktien- und kapitalmarktrechtlichen Beratung begleitete. Seit 2004 ist Roland Startz bei BEITEN BURKHARDT. Herr Startz ist Gründungspartner und leitender Referent der Board Academy www.board-academy.com.

Der Aufsichtsrat als Compliance Expert

von Roland Startz

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

Seit einigen Jahren verlangen das Aktiengesetz und der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) einen Financial Expert im Aufsichtsrat, zumindest im Aufsichtsrat kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften. Zunehmend stellen sich Aktionäre, Aufsichtsräte, Vorstände und Berater die Frage, wer denn der Compliance-Experte im Aufsichtsrat ist, ob es eines solchen bedarf und – die entscheidende Frage – welche Aufgaben und Rechte er hat. Anlass sind zum Teil die öffentliche Diskussion oder gar negative Erfahrungen aus konkreten Compliance-Verstößen, zum Teil ist es nur das schlichte Bemühen, es anderen gleich zu tun. Anders als für den Financial Expert finden sich für einen Compliance Expert keinerlei Vorgaben oder gar gesetzliche Regelungen. Dies führt wiederum zu der Frage, ob nicht sämtliche Aufsichtsratsmitglieder Compliance-Experten sein müssen, schließlich trägt der Aufsichtsrat eine Gesamtverantwortung dafür, dass alle sich an Recht und Gesetz halten.

Compliance ist eine Leitungsaufgabe des Vorstands und der Vorstand ist vom Aufsichtsrat zu überwachen. Zwangsläufig hat der Aufsichtsrat somit die Pflicht und Verantwortung, den Vorstand auch bei der Erfüllung seiner Compliance-Pflichten zu überwachen und gegebenenfalls auch zu beraten. So sieht der DCGK in Ziffer 3.4.2 Abs. 2 vor, dass der Aufsichtsrat regelmäßig, zeitnah und umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Compliance informiert wird.

Besteht ein Prüfungsausschuss, hat sich dieser mit den Compliance-Fragen zu beschäftigen, sofern nicht ein anderer Ausschuss ausdrücklich hiermit beauftragt wird, Ziffer 5.3.2 des DCGK. Im Kern geht es also um zwei Pflichten des Aufsichtsrats: Einmal hat er den Vorstand dahingehend zu überwachen, ob dieser seiner allgemeinen Legalitätspflicht genügt. Zum anderen können aber aus öffentlichkeitswirksamen Compliance-Verstößen oder dem Fehlen eines Compliance-Systems auch erhebliche Reputations- oder Wettbewerbsschäden entstehen, deren Abwendung gerade in Kartell- und Korruptionssachverhalten durchaus eine zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn damit drastische Bußgelder oder Maßnahmen der Börsenaufsicht, Untersuchungshaft für Vorstandsmitglieder oder ähnlich drakonische Sanktionen einhergehen. Dementsprechend hat Compliance die Aufgabe, Fehlverhalten zu vermeiden, Fehlverhalten aufzudecken sowie im Falle eines Fehlverhaltens weiteren Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Compliance hat also sowohl eine präventive Funktion als auch die Aufgabe, auf Verstöße im Unternehmenswohl zu reagieren.

Fraglich ist allerdings, ob der Aufsichtsrat hierbei eine besondere Aufgabe hat oder ob Compliance nicht schlicht Ausfluss der allgemeinen Aufgabe von Beratung und Kontrolle ist. In beiden Fällen stellt sich die Frage, mit welchen Instrumentarien der Aufsichtsrat dieser Aufgabe gerecht werden kann und welche Mittel ihm hierfür zur Verfügung stehen. Ob es insoweit eines Compliance-Experten im

Aufsichtsrat bedarf, lässt sich ebenfalls nicht ohne weiteres beantworten. Ausgangspunkt der Betrachtung ist jedoch auch insoweit die allgemeine Aufgabe und Funktion des Aufsichtsrats. Hat der Aufsichtsrat zur Aufgabe, den Vorstand zu überwachen, so liegt die Antwort auf die Frage seines Pflichtenkreises in Compliance-Belangen in der Compliance-Aufgabe des Vorstands, deren Reichweite und Verankerung. Unabhängig davon, ob es um die Vermeidung von Rechts- und Regelverstößen, die Untersuchung solcher Verstöße oder den Umgang damit geht, hat der Aufsichtsrat die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben durch den Vorstand zu überwachen und ihn dabei zu unterstützen. Nicht mehr und nicht weniger.

Dies bedeutet, dass der Aufsichtsrat zunächst die Angemessenheit und Funktionstüchtigkeit eines Risikomanagementsystems sowie einer Compliance-Organisation zu beurteilen, ihr Fehlen anzumahnen und ihre Wirksamkeit zu kontrollieren hat. Da allerdings auch der Vorstand insoweit „nur“ eine Leitungsaufgabe hat, ist vom Aufsichtsrat auch nur die Leitungsfunktion des Vorstands zu überwachen. Unternimmt der Vorstand alles im Rahmen seiner gesetzlichen und satzungsmäßigen Verpflichtungen Erforderliche, die abstrakten und konkreten Risiken zu beherrschen und Compliance-Verstößen entgegenzuwirken, erfüllt er diese Aufgabe. Angesichts dieses grundlegenden und in der Aufsichtsratsstätigkeit als Nebentätigkeit verankerten Verständnisses kann von dem Aufsichtsrat nicht verlangt werden, selbst eine Compliance-Organisation zu imple-

mentieren. Dies ist und bleibt Aufgabe des Vorstandes. Dass die Aufsichtsratsstätigkeit nach wie vor als Nebentätigkeit anzusehen ist, darf nicht verwechselt werden mit der zunehmenden Forderung nach Qualifizierung und Expertise deutscher Aufsichtsräte. Selbst wenn die Wahrnehmung mehrerer Aufsichtsratspositionen einer berufsmäßigen Ausübung gleichkommen kann, handelt es sich bei der Aufsichtsratsstätigkeit nur um eine Nebentätigkeit. Der Aufsichtsrat ist nicht der „Übervorstand“, selbst wenn viele Aufsichtsratsvorsitzende lange Jahre in demselben Unternehmen zuvor als Vorstand agierten. Reflexartig rufen Gläubiger und Justiz im Schadensfall nach der Verantwortung des Aufsichtsrats. In der Sache zu Recht, in der Reichweite schießen sie jedoch oftmals über das Ziel hinaus. Nicht nur Aufgabe und Funktion, auch die Möglichkeiten des Aufsichtsrats sind auf seine Beratungs- und Kontrollaufgabe beschränkt. Die Leitung des Unternehmens obliegt dem Vorstand. Damit einher geht beispielsweise in Konzernunternehmen die Beschränkung der Überwachungsfunktion auf den Vorstand der Gesellschaft, dem der Aufsichtsrat angehört. Selbst wenn Tochterunternehmen einer Konzernmutter und deren Organe sich oftmals dem Aufsichtsrat der Muttergesellschaft verpflichtet fühlen, sind sie doch allein dem Gesellschafter oder – sofern ein solcher vorhanden ist – dem Aufsichtsrat der jeweiligen Tochtergesellschaft verantwortlich. Dass die Gesellschafterrechte wiederum vom beaufsichtigten Vorstand ausgeübt werden, widerspricht diesem Trennungsprinzip

nicht. Der Vorstand einer Konzernmutter hat selbstverständlich die Pflicht, die Gesellschafterrechte in der Konzernleitung, aber auch bereits bei der Konzernbildung, im Interesse der Konzernmutter auszuüben. Schließlich führt ein Verstoß gegen die gewissenhafte und sorgfältige Wahrnehmung dieser Aufgabe im Falle

eines Schadens der Tochtergesellschaft immer auch zu einer zumindest mittelbaren Wertminderung der Beteiligung und damit des Vermögens der Konzernmutter.

Mag die Konzernmutter noch so stark und mächtig sein, der Aufsichtsrat kann keinesfalls in die Belange der Tochtergesellschaft hineinregieren. So darf der Aufsichtsrat ja nicht einmal dem Vorstand der Muttergesellschaft konkrete Weisungen erteilen. Dementsprechend kann er den Vorstand nicht anweisen, wie dieser sich gegenüber den Tochtergesellschaften zu verhalten habe. Erst recht kann der Aufsichtsrat nicht Geschäftsführern von Tochtergesellschaften Weisungen erteilen. Selbst wenn der Aufsichtsrat Mehrfachmandate in Konzerngesellschaften wahrnimmt, hat er sich auf die jeweilige konkrete Organfunktion zu beschränken. Hieraus wird deutlich, dass auch der Ruf nach Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats weder dessen Rechte noch dessen Pflichten erweitert.

Dementsprechend gewährt die Compliance-Aufgabe dem Aufsichtsrat auch keine weitergehenden Informationsrechte. Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat regelmäßig im Rahmen seiner Berichtspflichten über seine Tätigkeit zu berichten. Hierzu gehören Informationen über Implementierung und Funktionstüchtigkeit einer Compliance-Organisation ebenso wie die Aufklärung über relevante Compliance-Verstöße und den Umgang damit. Dies ist in der Praxis auch allgemeiner Konsens, wenngleich Vorstandsmitglieder doch immer wieder überrascht scheinen, welche unterschiedlichen Vorstellungen Aufsichtsratsmitglieder sowohl vom Umfang als auch bereits von der Bedeutung einer Compliance-Organisation haben können. Dies mag von den Erfahrungen und der Herkunft einzelner Personen abhängen, wie letztlich die gesamte Ausgestaltung der Aufsichtsratsarbeit. Es macht eben einen Unterschied, ob ein Aufsichtsratsmitglied ein gebranntes Kind ist oder Compliance nur als eine von Beratern erfundene Modeerscheinung betrachtet.

Im Ergebnis könnte man also meinen, Compliance ist wichtig, jedoch nichts

Besonderes und wird vom Aufsichtsrat, je nach den konkreten Gegebenheiten, mehr oder weniger im Zuge seiner allgemeinen Aufgaben behandelt. Dies ist insoweit auch nicht zu beanstanden. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn Compliance-Verstöße im Raum stehen. Spätestens jetzt unterscheidet sich die Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats von seiner Verantwortung für die allgemeine unternehmerische Leitung durch den Vorstand. Steht ein Fehlverhalten im Raum, stellt sich die Frage, ob der Vorstand hiervon Kenntnis hat, ob er gar selbst und unmittelbar involviert ist und ob er angemessen auf ein Fehlverhalten anderer reagiert hat. Je mehr Verantwortung ein Vorstandsmitglied unmittelbar trägt, desto weniger wird es naturgemäß geneigt sein, den Aufsichtsrat von sich aus darüber aufzuklären. Anders als es viele theoretische Darstellungen beschreiben, besteht in dieser Konstellation gerade kein Interessengleichlauf zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, Compliance-Verstöße im Unternehmen zu vermeiden, ihnen nachzugehen und ihnen in der gebotenen Weise zu begegnen. Losgelöst von der jeweils geltenden Verantwortung als ordentliches und gewissenhaftes, im Unternehmenswohl handelndes Organ besteht in dieser konkreten Situation zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ein Interessenkonflikt. Was der Aufsichtsrat aufgrund seiner Überwachungsaufgabe aufzudecken verpflichtet ist, wird der Vorstand in seinem persönlichen Interesse in gewissem Umfang zu verschleiern versuchen. Besteht also doch eine originäre Compliance-Aufgabe des Aufsichtsrats? In dieser Situation kann die Antwort eindeutig nur Ja lauten. Umso differenzierter sind jedoch die Folgen hieraus zu beurteilen.

Lange wurde die Auffassung vertreten, der Aufsichtsrat habe sich ausschließlich mit dem Vorstand, idealerweise mit dessen Vorsitzendem, auseinanderzusetzen. Keinesfalls dürfe der Aufsichtsrat unmittelbar auf Mitarbeiter des Unternehmens, insbesondere der Rechtsabteilung oder des Rechnungswesens, zugreifen. Auch ist zu berücksichtigen, dass nur ein ganz geringer Teil der deutschen Aktiengesellschaften einen eigenen Stab an Mitarbei-

tern für den Aufsichtsrat eingerichtet hat. In aller Regel übt der Aufsichtsrat seine Tätigkeit mit seinen eigenen Mitteln und neben seiner sonstigen beruflichen oder privaten Tätigkeit aus. Bedarf es nun konkreter Aufklärung eines (vermuteten) Compliance-Verstoßes, müsste der Aufsichtsrat auf seine Kosten qualifizierte Berater einschalten, deren Zugang zu den erforderlichen Informationen gleichermaßen beschränkt ist. Diesem Problem tragen – erfreulicherweise – zunehmend Stimmen in Literatur und Praxis Rechnung, indem sie, anders als die alten Lehrmeister des Aufsichtsrats, dem Aufsichtsrat bzw. dessen Vorsitzendem den unmittelbaren Zugriff auf Mitarbeiter des Unternehmens zumindest zur Erzielung von Informationen gestatten. Doch auch insoweit kann die Welt nicht einfach schwarz-weiß gesehen werden. Wie will der Aufsichtsrat sicherstellen, dass einzelne seiner Mitglieder – etwa aus persönlicher Verbundenheit oder aufgrund persönlicher Verstrickung in das Fehlverhalten – nicht insoweit gegenläufige Interessen verfolgen? Der Mitarbeiter aus dem Finanz- und Rechnungswesen oder der Rechtsabteilung, der den Weisungen des Vorstands unterliegt und zur Loyalität demselben gegenüber verpflichtet ist, sieht sich nun auch noch den Fragen und Nachforschungen des Aufsichtsrats als Gremium oder gar einzelner Mitglieder ausgesetzt. Wie soll er sich verhalten? Kann und darf er beurteilen, welche Informationen er dem Aufsichtsrat zu Verfügung stellt? Wird nicht damit ein Konflikt zwischen Aufsichtsrat und Vorstand auf dem Rücken eines Angestellten ausgetragen? Wer Compliance nicht nur als Modeerscheinung, sondern als wichtiges Instrument zur Unternehmensführung und Mittel zum Unternehmenserfolg ansieht, wird sich diesen Fragen stellen und dem Zugriff auf Mitarbeiter und Informationen aus dem Unternehmen möglichst nichts in den Weg stellen. Nur der informierte Aufsichtsrat kann seiner Aufgabe gerecht werden. Wissen ist auch insoweit Macht. Schließlich hat der Aufsichtsrat am Ende des Tages zu beurteilen, ob er nicht sogar in seiner Personalverantwortung gegenüber dem Vorstand handeln muss. Dennoch ist hier zur Vorsicht zu mahnen. Je mehr Informationen dem

Aufsichtsrat zur Verfügung stehen und je mehr Informationen er sich beschafft hat, desto höher ist auch seine Verantwortung – und damit seine Haftung. Der Aufsichtsrat, der sich auf seine Nebentätigkeit und seine Informationsrechte gegenüber dem Vorstand beschränkt, handelt mit der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er aus diesen Informationen die richtigen Schlüsse zieht. Hat der Aufsichtsrat darüber hinaus jedoch das Recht, auf Mitarbeiter des Unternehmens zurückzugreifen und damit die möglicherweise vom Vorstand gefilterten Informationen ganz anders zu beurteilen, so hat er auch die Pflicht, dieses Informationsrecht auszuüben und die Verantwortung hieraus wahrzunehmen. Wie aber will der Aufsichtsrat beispielsweise entscheiden, ob er sämtliche Erkenntnisquellen auf dieser Ebene ausgenutzt hat, um einem etwaigen Verdacht hinreichend nachgegangen zu sein? Geht man dieser Frage in der Praxis nach, wird man schnell nach einer Einschränkung rufen, will man die Aufsichtsrats-tätigkeit nicht doch zu dem werden lassen, was sie nicht ist, nämlich eine über dem Vorstand stehende Revisions- und Überwachungsinstanz mit vollumfänglicher Aufklärungspflicht. Dies ist nicht Aufgabe des Aufsichtsrats, wenngleich manche Skandale und Unternehmenskrisen der letzten Jahre möglicherweise durch eine umfassendere und akribischere Aufsichtsrats-tätigkeit hätten verhindert werden können.

Ähnlich verhält es sich mit der Frage, inwieweit der Aufsichtsrat externe Berater beauftragen darf, die dann idealerweise von der Gesellschaft zu bezahlen sind. Das Recht hierzu gibt ihm das Gesetz. Dies ist auch sinnvoll. Auch die Berater des Unternehmens geraten in einen Interessenkonflikt, wenn sie zum einen durch den Vorstand beauftragt werden und mit ihm zusammenarbeiten, dann jedoch dem Aufsichtsrat gegenüber verpflichtet sein sollen, möglicherweise gegen die Mitglieder des Vorstands zu beraten. Doch auch insoweit sind die Grenzen relativ offen. Lässt der Vorstand beispielsweise über Monate hinweg mehrere Teams an Beratern die Werthaltigkeit eines Unternehmens als Akquisitionsobjekt unter-

suchen, müsste der Aufsichtsrat einen ebenbürtigen Aufwand betreiben, um seinerseits sicherzustellen, dass die Berater des Vorstands fehlerfrei gearbeitet haben. Der Aufwand des Aufsichtsrats könnte sogar über dem des Vorstands liegen, wenn Vorstand und Berater in kollusivem Zusammenwirken zum Schaden des Unternehmens agiert und dies dementsprechend verschleiert haben. Auch insoweit ist mit Bedacht nach externer Unterstützung des Aufsichtsrats zu rufen. Hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit und nutzt sie nicht, gerät er schon allein deshalb in die Haftung.

So sehr also der Ruf nach mehr Aufsichtsrat, mehr Qualifikation, Expertise und Spezialisierung im Aufsichtsrat wünschenswert und zeitgemäß ist, so sehr ist zu bedenken, dass der Aufsichtsrat – und das meint die Personen als seine Mitglieder – damit an die Grenzen seiner Aufgaben und seiner Leistungsfähigkeit stößt. Auch ein Compliance Expert würde dem nicht Rechnung tragen. Der Aufsichtsrat hat im Rahmen der vom Gesetzgeber vorgegebenen Grenzen und Systematik eine hochqualifizierte Aufsichtsfunktion auszuüben, jedoch nicht mehr. Eine Ausweitung seiner Rechte über die gesetzlichen Vorgaben hinaus würde zwangsläufig zu einer Erweiterung der damit korrespondierenden Verantwortung und Haftung führen. Dieser Verantwortung könnte man nur durch mehr Qualifikation gerecht werden, was an sich zu begrüßen wäre. Den Aufsichtsrat jedoch als gleichwertiges Korrektiv gegenüber dem Vorstand anzusehen, muss eine Fiktion bleiben. Zum einen müssten die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats vom Gesetzgeber schon aus Gründen der Rechtssicherheit konkreter ausgearbeitet werden, zum anderen bleibt zu bezweifeln, dass die Aktiengesellschaften in gebotenen Umfang qualifizierte Aufsichtsratsmitglieder finden würden.