

# Berichterstattung des Aufsichtsrats bei Vorliegen von Compliance-Verstößen



Dr. Rita Pikó, LL.M. (Exeter), Rechtsanwältin, Frankfurt am Main

Der Aufsichtsrat berichtet jährlich über seine Prüfungstätigkeit im Aufsichtsratsbericht. Der Beitrag bietet einen Überblick über die Aspekte, die der Aufsichtsrat im Rahmen der Erstellung des Aufsichtsratsberichts bei der Aufarbeitung von Compliance-Verstößen beachten sollte.

## I. Einführung

Der Aufsichtsrat hat in seinem jährlichen Bericht an die Hauptversammlung gemäß § 171 Abs. 2 AktG über das Ergebnis seiner Prüfungstätigkeit zu berichten. Aktionäre sollen aus dem Aufsichtsratsbericht folgern können, ob der Aufsichtsrat seine Überwachungspflichten ordentlich erfüllt hat. Aus diesem Grund verlangt § 171 Abs. 2 S. 2 AktG, dass der Aufsichtsrat mitteilt, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung der Gesellschaft während des Geschäftsjahres geprüft hat. Mit diesem Bericht legt der Aufsichtsrat folglich Rechenschaft über seine aus-

geübte Überwachungstätigkeit ab.<sup>1</sup> Der Bericht ist gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 AktG zwingend vom Plenum zu beschließen und wird vom Vorsitzenden unterzeichnet. Der Bericht ist der Hauptversammlung vorzulegen und vom Aufsichtsratsvorsitzenden zu erläutern (§ 176 Abs. 1 AktG). Weder Gesetz noch der Deutsche Corporate Governance Kodex („DCGK“) legen dabei fest, in welcher Ausführlichkeit die Berichterstattung erfolgen soll. Der Aufsichtsratsbericht bildet zudem eine Entscheidungsgrundlage

<sup>1</sup> Siehe dazu Vetter, Eberhard, Die Berichterstattung des Aufsichtsrates an die Hauptversammlung als Bestandteil seiner Überwachungsaufgabe, ZIP 2006, S. 257, 258

für den Entlastungsbeschluss gemäß § 120 Abs. 3 AktG. Erst wenn die Aktionäre Bestätigung darüber erhalten, dass die Aufsichtsräte ordentlich und sachgerecht ihre Pflichten erfüllt haben, werden sie sie entlasten. Der Aufsichtsratsbericht ist folglich mit Sorgfalt zu verfassen. Sollte sich herausstellen, dass der Aufsichtsratsbericht unzureichend war, kann dies Anfechtungsrisiken für den Entlastungsbeschluss der Aufsichtsräte nach § 243 Abs. 1 AktG bergen.

## II. Compliance-Berichterstattung in der Praxis

In den vergangenen Jahren hat sich eine positive Entwicklung bei den

## INHALT

- I. Einführung
- II. Compliance-Berichterstattung in der Praxis
- III. Kontrollpflicht des Aufsichtsrats
- IV. Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Verschwiegenheit
- V. Strafrechtliche Aspekte
- VI. Fazit

## Keywords

Aufsichtsrat; Aufsichtsratsbericht; Compliance; Chief Compliance Officer; Compliance Management Systeme; Project Office; Prüfungsausschuss

## Normen

§§ 93 Abs. 1, 107 Abs. 3, 111 Abs. 1, 116, 120 Abs. 3, 131, 171 Abs. 2, 175 Abs. 2, 176 Abs. 1, 400 Abs. 1 Nr. 1, 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG; § 13 Abs. 1 StGB

Aufsichtsratsberichten gezeigt. Die Aufsichtsratsberichte von DAX-Gesellschaften sind ausführlicher und individualisierter geworden. Sie spielen in einzelnen Fällen Compliance-Themen wieder, die im Berichtsjahr für das Unternehmen von Bedeutung waren. Im Gegensatz zu den Compliance-Berichten des Vorstands enthalten die Berichte des Aufsichtsrats in der Regel weiterhin nur geringfügig Angaben darüber, in welcher Intensität sich der Aufsichtsrat mit Compliance-Themen befasst hat und welche Maßnahmen zur Aufklärung und Behebung eines Compliance-Verstoßes eingesetzt wurden. Meist findet sich in den Berichten lediglich ein Nebensatz, aus dem folgt, dass der Prüfungsausschuss „umfassend über die Compliance-Aktivitäten des Konzerns informiert“<sup>2</sup> wurde oder dass dieser sich mit „den Ergebnissen der Untersuchungen der internen Revision zur Effektivität antikorrupsionsbezogener Maßnahmen“<sup>3</sup> befasst hat.

<sup>2</sup> Bericht des Aufsichtsrats der ThyssenKrupp AG vom 2. Dezember 2011; [www.thyssenkrupp.com/de/investor/bericht-aufsichtsrat.html](http://www.thyssenkrupp.com/de/investor/bericht-aufsichtsrat.html)

<sup>3</sup> Bericht des Aufsichtsrats der Siemens AG vom 30. November 2011; [www.siemens.com/annual/11/de/an-die-aktionare/index.html](http://www.siemens.com/annual/11/de/an-die-aktionare/index.html)

Über die Tätigkeit des Compliance-Ausschusses des Aufsichtsrats wird in einem Fall aus der Praxis berichtet, dass sich der Ausschuss „in seinen Sitzungen im Wesentlichen mit den Quartalsberichten des Chief Compliance Officers beziehungsweise des Chief Counsels Compliance“ befasst hat.<sup>4</sup> Positiv hervorzuheben ist der Fall eines gesonderten, zusätzlich zum Aufsichtsratsbericht verfassten „Berichts des Prüfungsausschusses“, in dem über die regelmäßigen Einzelgespräche zwischen Prüfungsausschussvorsitzenden mit den jeweils zuständigen Vorständen, dem Monitor, einem Compliance-Berater sowie verschiedenen Abteilungsleitern berichtet wird.<sup>5</sup> In dem genannten „Bericht des Prüfungsausschusses“ wird weiter ausgeführt, dass sich der Ausschuss mit „Fragen der Compliance einschließlich kartellrechtlicher Themen befasste“, die auch die „vom Vorstand beschlossenen Weiterentwicklungen und erforderlichen Anpassungen innerhalb der konzernweiten Compliance-Strukturen und -Aktivitäten“ beinhalteten.

### III. Kontrollpflicht des Aufsichtsrats

Der Inhalt des Aufsichtsratsberichts korrespondiert mit den dem Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 1 AktG zugewiesenen Aufgaben zur Überwachung der Geschäftsführung. Der Aufsichtsrat kann einen Prüfungsausschuss bestellen, der sich gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 AktG u.a. mit der Überwachung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems befassen soll. Die dort hervorgehobenen Aufgabenschwerpunkte des Prüfungsausschusses können dabei gemäß Ziff. 5.3.2 des DCGK für börsennotierte Gesellschaften um Compliance-Fragen erweitert werden.

<sup>4</sup> Bericht des Aufsichtsrats der Siemens AG vom 30. November 2011; a.a.O.

<sup>5</sup> Bericht des Prüfungsausschusses der Daimler AG vom Februar 2012; [http://ggb2011.daimler.com/corporate\\_governance/bericht\\_pruefungsausschuss](http://ggb2011.daimler.com/corporate_governance/bericht_pruefungsausschuss)

Welche Kontrollpflichten treffen den Aufsichtsrat bei Vorliegen eines Compliance-Verstoßes? Die Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrats sollte sich insbesondere damit befassen, ob der Vorstand angemessen auf einen solchen Vorfall reagiert, die Vorstandsmitglieder bei dem Verstoß selbst involviert waren und der Verstoß hinreichend aufgeklärt wird.<sup>6</sup> Bei bedeutenden Verstößen ist es dem Aufsichtsrat zu empfehlen, einen *ad hoc* zu bildenden Compliance-Ausschuss zu bestellen, sofern kein ständiger Compliance-Ausschuss vorhanden ist. Ein solcher Ausschuss ermöglicht eine schnellere Reaktionszeit und trägt zur Wahrung der Vertraulichkeit bei. Zur Aufarbeitung des Compliance-Vorfalles bietet es sich an, zwischen Compliance-Ausschuss, Vorstand und Beratern eine neue Abteilung zu errichten (meist „Project Office“ genannt), welche weiter zur schnelleren Entscheidungsfindung und effizienteren Organisation bei der Aufarbeitung des Compliance-Verstoßes beiträgt. In dieser Phase kann ein Eingreifen des Aufsichtsrats in die Geschäftsführungsbefugnisse des Vorstands angezeigt sein. Vor allem bei Involvierung von Vorstandsmitgliedern in den Compliance-Vorfall wurde dieser Weg in prominenten Fällen beschritten. Diesen Ausnahmefall muss der Aufsichtsrat insbesondere dann in Betracht ziehen, wenn es zur Wahrung der Unternehmensinteressen einen vorstandsunabhängigen Informationsfluss sicherzustellen gilt.

In enger Zusammenarbeit zwischen Compliance-Ausschuss, Project Office und Vorstand gilt es zu prüfen, welchen Risiken das Unternehmen auf Grund des Compliance-Verstoßes gegenübersteht. Mit Unterstützung von Project Office und externen Beratern können Aufsichtsrat und Vorstand überwachen und steuern, ob und wie die Kooperation mit nationalen wie ausländischen Behörden,

<sup>6</sup> Siehe dazu Vetter/Heissler, Compliance als Aufgabe des Aufsichtsrats, BOARD 2011, S. 54, 57

Betriebsrat, Datenschutzbeauftragten und aussagewilligen Mitarbeitern erfolgt. Zu den Überwachungstätigkeiten des Compliance-Ausschusses gehört außerdem die Überwachung der Umsetzung derjenigen Maßnahmen, die aus den Ergebnissen der internen Untersuchung abgeleitet werden. Darunter fallen die Behebung der Schwachstellen, die den Compliance-Verstoß begünstigten, Anpassungen von internen Kontrollsystemen und Sanktionsmaßnahmen gegen einzelne Mitarbeiter.

#### IV. Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Verschwiegenheitspflicht

Wie sollte die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats in Bezug auf Compliance-Themen seinen Niederschlag im Aufsichtsratsbericht finden? Vor allem bei Gesellschaften, die in einer Compliance-Krise sind, ist es für Aktionäre – aber auch Stakeholder – wünschenswert, Klarheit darüber zu erhalten, ob und mit welcher Intensität sich der Aufsichtsrat damit auseinandergesetzt hat, wie der Vorstand für das Unternehmen rufschädigende bzw. existenzgefährdende Compliance-Verstöße aufarbeitet.

Je schwerwiegender eine Compliance-Krise ist, umso mehr erwarten Aktionäre, dass die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats intensiviert und diese außergewöhnlichen Prüfungsmaßnahmen entsprechend im Bericht erkennbar werden. Aktionäre haben ein Interesse zu erfahren, was der Aufsichtsrat zur Aufarbeitung des Compliance-Verstoßes sowie gegen dessen Wiederholung unternommen hat. Besondere Überwachungsmaßnahmen sind insbesondere in Fällen von laufenden nationalen oder ausländischen Ermittlungsverfahren gegen Mitglieder des Vorstands und das Unternehmen, internen Untersuchungen sowie der Implementierung neuer Compliance-Management Systeme geboten. Aus dem Aufsichts-

ratsbericht sollte erkennbar sein, wie der Aufsichtsrat mit dem Compliance-Thema umgegangen ist, um daraus erkennen zu können, ob er seiner Prüfungsverantwortung gerecht wurde.

Doch wie transparent kann der Aufsichtsrat über seine Prüfungstätigkeit im Zusammenhang mit einem Compliance-Vorfall berichten? Der Aufsichtsrat steht dabei in einem Spannungsverhältnis zwischen Berichtspflicht und Vertraulichkeit.<sup>7</sup> Die einerseits wünschenswerte Transparenz steht der Wahrung der Vertraulichkeit der Informationen, zu denen Aufsichtsräte gesetzlich verpflichtet sind, entgegen. Gemäß § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG haben Aufsichtsräte über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, also Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt wurden, Stillschweigen zu bewahren. Die Verschwiegenheitspflicht umfasst gemäß § 116 S. 2 AktG das Beratungsgeheimnis, dem vertrauliche Berichte und Beratungen, Verhandlungen wie auch Beschlüsse des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse einschließlich des Abstimmungsverhaltens und -ergebnisses unterliegen.<sup>8</sup>

Mit der Preisgabe von Interna des Aufsichtsrats können Nachteile für die Gesellschaft verbunden sein, denen keine entsprechenden Vorteile der Aktionäre gegenüberstehen. Daher hat der Aufsichtsrat den Umfang und die Ausführlichkeit seiner Berichterstattung an die Hauptversammlung unter Berücksichtigung des Unternehmensinteresses abzuwägen.<sup>9</sup> Der Aufsichtsrat kann Angaben zu den eingesetzten Überwachungsmitteln machen.<sup>10</sup> Er kann über die Häufigkeit der Prüfung, den Gegenstand und die Methoden der Prüfung berichten. Ist

die Prüfungstätigkeit des Aufsichtsrats auf Grund eines Compliance-Vorfalles erhöht, sind die Schwerpunkte und Fragestellungen der Überwachungstätigkeit, die Prüfungsmaßnahmen und Schritte zur Behebung der Compliance-Verstöße, die berichterstattenden Funktionen sowie die Berater des Aufsichtsrats hierzu grundsätzlich zu erwähnen.<sup>11</sup> In den Fällen, in denen der Aufsichtsrat aber solche außerordentlichen Überwachungsmittel einsetzt, aus denen sich ein Misstrauen in die Amtsführung des Vorstands erkennen lässt, ist die Wahrung der Vertraulichkeit geboten.<sup>12</sup> Dies gilt vor allem, solange die Untersuchungsergebnisse den Verdacht eines Gesetzesverstoßes nicht bestätigt haben. Entsprechend ist auch die Preisgabe von Prüfungsschwerpunkten, die der Aufsichtsrat mit dem Abschlussprüfer vereinbart hat, gut abzuwägen.<sup>13</sup> Aus diesem Grund muss der Aufsichtsrat einzelfallbezogen prüfen, wie weit er den Offenlegungsinteressen der Aktionäre nachkommen kann, ohne gegen seine Vertraulichkeitspflicht zu verstoßen.

Die Hauptversammlung erwartet von den Aufsichtsräten Rechenschaft über ihre Kontrolltätigkeiten bei der Aufklärung des Vorfalles. Eine oberflächliche Berichterstattung ist in einem Krisenfall nicht geeignet und führt zwangsläufig zu einer schwierigen Generaldebatte. Stellen Aktionäre zum Aufsichtsratsbericht oder bestimmten Vorgängen aus den Aufsichtsratssitzungen im Rahmen der Hauptversammlung Fragen, so trifft den Aufsichtsrat grundsätzlich keine eigene Auskunftspflicht. Denn das allgemeine Auskunftsrecht der Aktionäre gemäß § 131 AktG bestimmt den Vorstand – und nicht den Aufsichtsrat – für die Beantwortung von Aktionärsfragen. In der Praxis werden Fragen, die den Aufsichtsrat betreffen, vom Aufsichtsratsvorsitzenden frei-

7 Dazu ausführlich Drygala, Tim, Aufsichtsratsbericht und Vertraulichkeit im System der Corporate Governance, AG 2007, S. 381, 382

8 Vgl. Priester, Hans-Joachim, Interessenkonflikte im Aufsichtsratsbericht – Offenlegung versus Vertraulichkeit, ZIP 2011, S. 2081, 2083

9 Vetter, a.a.O., ZIP 2006, S. 257, 261 für den Fall des Interessenkonfliktes

10 Drygala, AG 2007, S. 381, 388, 392

11 Für eine sehr weitgehende Offenlegungspflicht ist das LG München I, Urteil vom 4. April 2007 – 5 HK O 15964/06, BB 2007, S. 2170

12 Drygala, AG 2007, S. 381, 388

13 Vetter, a.a.O., ZIP 2006, S.257, 262

willing beantwortet. Hierbei wird von einem konkludenten Einverständnis des Vorstands ausgegangen, solange zu den Ausführungen des Aufsichtsrats kein Widerspruch erfolgt.<sup>14</sup>

## V. Strafrechtliche Aspekte

Das erläuterte Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Verschwiegenheitspflicht hat auch eine strafrechtliche Relevanz. In Betracht kommen in diesem Zusammenhang für Aufsichtsräte zwei Straftatbestände: Die unrichtige Wiedergabe von Geschäftsverhältnissen und die unbefugte Preisgabe von Geheimnissen. Aufsichtsräte, die Verhältnisse der Gesellschaft in Auskünften in der Hauptversammlung unrichtig wiedergeben oder verschleiern, machen sich gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG strafbar. In der Hauptversammlung müssen Erklärungen von Mitgliedern des Aufsichtsrats insgesamt richtig sein, wenn sie die Verhältnisse der Gesellschaft zum Gegenstand haben,<sup>15</sup> z.B. die Erläuterungen des Aufsichtsratsvorsitzenden zum Aufsichtsratsbericht. Dabei kann auch das Verschweigen eines erheblichen Umstandes tatbestandsmäßig sein, wobei es sich dabei um eine unrichtige Wiedergabe durch positives Tun handelt.<sup>16</sup> Dies wäre z.B. der Fall, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende in der Hauptversammlung im Rahmen seiner Erläuterungen des Berichts behaupten würde, der Vorstand sei laufend überwacht und in den Sitzungen seien Ergebnisse der Untersuchungen zur Effektivität des Compliance-Management-Systems besprochen worden. Trifft dies nicht zu, liegt ein unrichtiger oder verschlei-

ernder Vortrag vor.<sup>17</sup> Eine unrichtige Wiedergabe von Geschäftsverhältnissen kann aber auch durch Unterlassen begangen werden.<sup>18</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter auf Grund einer Garantenstellung zur Offenbarung eines bestimmten Umstandes verpflichtet ist (§ 13 Abs. 1 StGB).<sup>19</sup> Erst kürzlich hat das OLG Braunschweig die Garantenstellung von Aufsichtsräten – allerdings für einen Untreuetatbestand – bejaht.<sup>20</sup> Es wird von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen, wann einem Aufsichtsrat das Risiko droht, sich durch Unterlassung strafbar zu machen.

Im anderen Fall macht sich ein Aufsichtsrat nach § 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG strafbar, wenn er ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm als Aufsichtsratsmitglied bekannt geworden ist, unbefugt offenbart. Unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses fallen sämtliche Angelegenheiten, die zum Schutz der Gesellschaft im Interesse ihrer Wettbewerbsfähigkeit und ihres Ansehens außenstehenden Personen nicht bekannt werden dürfen.<sup>21</sup> Die Durchführung interner Untersuchungen, die Berichte zu diesen Untersuchungen sowie daraus resultierende Entscheidungen des Aufsichtsrats können solche Geheimnisse der Gesellschaft sein. Ferner muss ein Geheimhaltungswille bestehen, der von dem hierfür zuständigen Organ abhängt.<sup>22</sup> Sofern der Aufsichtsrat in seinem Bericht ein Geheimnis der Gesellschaft offenbart, ist zu prüfen, ob eine Rechtfertigung dazu gegeben ist. Eine solche Rechtfertigung kann

in der Einwilligung bestehen. Da die Entscheidung über die Offenbarung solcher Geheimnisse meist auch den Vorstand betrifft, spricht vieles dafür, die Zustimmung des Vorstands zur Offenlegung einzuholen, selbst wenn die Veröffentlichung im Aufsichtsratsbericht erfolgt. Eine solche Befugnis kann auch aus einer gesetzlichen Auskunftspflicht folgen. Nach § 171 Abs. 2 AktG hat der Aufsichtsrat im Aufsichtsratsbericht zwar die gesetzliche Befugnis über seine Überwachungstätigkeit Rechenschaft abzulegen. Dieser Befugnis sind jedoch Grenzen gesetzt und rechtfertigen die Offenlegung nicht, wenn sie nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen.<sup>23</sup> Wie oben dargelegt, hat der Aufsichtsrat im Gegensatz zum Vorstand (§ 131 AktG) keine gesetzliche Auskunftspflicht in der Hauptversammlung, sodass hier nur eine Einwilligung als Rechtfertigungsgrund in Frage kommt.

## VI. Fazit

Aufsichtsratsberichte sind insbesondere bei Compliance-Vorfällen keine Formalie. Sofern besondere Überwachungsmaßnahmen des Aufsichtsrates im Berichtsjahr geboten waren, genügt eine rudimentäre Berichterstattung nicht mehr. Der Aufsichtsrat sollte Hauptversammlung und Aktionäre darüber aufklären, wie er mit der Aufarbeitung des Compliance-Verstoßes umgegangen ist, da seine Überwachungstätigkeit der Risikolage des Unternehmens anzupassen ist. Der Transparenz im Aufsichtsratsbericht sind jedoch Grenzen gesetzt.

14 Schlitt/Becker, in Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 3. Aufl. 2011, § 10, Rn. 99; Vetter, a.a.O., ZIP 2006, S. 257, 263

15 Schaal, in: Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 400, Rn. 27

16 Schaal, a.a.O., § 400, Rn. 37

17 Hefendehl, in: Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 400, Rn. 49

18 Schaal, a.a.O., § 400, Rn. 37

19 Schaal, a.a.O., § 400, Rn. 38; Hefendehl, a.a.O., § 400, Rn. 30

20 OLG Braunschweig, Beschl. v. 14. Juni 2012, Az. Ws 44/12, Ws 45/12, BOARD 2012, S. 209 f.

21 Schaal, a.a.O., § 404, Rn. 20; Kiethe/Hohmann, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nebenstrafrecht II, 2010, § 404 AktG, Rn. 24

22 Kiethe/Hohmann, a.a.O., § 404 AktG, Rn. 32

23 So Kiethe/Hohmann, a.a.O., § 404 AktG, Rn. 79 für den Fall der Auskunftsverweigerung durch den Vorstand