

José A. Campos Nave*)

Durchbrechung der Informationsvorherrschaft des Vorstands durch den Aufsichtsrat

Bei der Einführung von effizienten Corporate Compliance-Systemen auf Veranlassung des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften steht immer wieder die Problematik der Informationsbeschaffung und deren Weitergabe an den Aufsichtsrat im Vordergrund. Bei Verdachtsfällen oder im Rahmen der regulären betrieblichen Revision erhält zunächst nur der Vorstand compliancerelevante Erkenntnisse, obgleich der Aufsichtsrat diese Informationen benötigt, um seiner Aufsichtspflicht entsprechen zu können. Diese Informationsvorherrschaft des Vorstands muss im Interesse einer sachgerechten und effizienten Compliance-Organisation zugunsten des Aufsichtsrats durchbrochen werden.

„Corporate Compliance erfordert eine Informationsdurchlässigkeit.“

I. Risikoüberwachung durch Vorstand und Aufsichtsrat

1. Unternehmensführung und -kontrolle

Vorstand und Aufsichtsrat bilden neben der Hauptversammlung die notwendigen Organe der AG. Der Vorstand ist das geschäftsführende Organ, das der laufenden Überwachung durch den Aufsichtsrat unterliegt. Dabei kommen dem Vorstand originäre Führungsfunktionen wie die Unternehmensplanung, die Unternehmenskoordination, die Unternehmenskontrolle und die Besetzung der Führungspositionen zu.

Bei der Unternehmenskontrolle geht es um die Aufgabe, negative Entwicklungen des Unternehmens frühzeitig zu erkennen und ihnen in geeigneter Weise entgegenzuwirken. Der Vorstand hat die Pflicht, ein Überwachungssystem einzurichten, damit bestandsgefährdende Risiken des Unternehmens frühzeitig erkannt werden (§ 91 Abs. 2 AktG). Dieser Risikopräventionsansatz wird durch die Einführung einer Corporate Compliance-Organisation weiterentwickelt. Nachdem der Deutsche Corporate Governance Kodex nunmehr „Compliance“ an mehreren Stellen nennt, stellt eine funktionierende Compliance-Organisation eine unerlässliche Maßnahme einer sachgerechten Unternehmensführung dar.

2. Information durch den Vorstand

Der Aufsichtsrat hat diese Risikoüberwachungssysteme entsprechend des originären Zwecks, den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkennbar zu machen, zu überwachen. Dabei setzt Überwachung das Vorliegen von Informationen voraus. Es gilt der Grundsatz, dass das Überwachungsfeld des Aufsichtsrats einerseits alles umfasst, was ihm nach Gesetz und Satzung zu berichten ist, andererseits aber auch

durch diese Berichtspflichten begrenzt wird. In diesem Zusammenhang erfolgt vorwiegend eine Orientierung an den Berichtspflichten des Vorstands (§ 90 AktG).

3. Erweiterte Informationsinstrumente

Bei börsennotierten Gesellschaften hat außerdem der Abschlussprüfer im Rahmen der Prüfung zu beurteilen, ob der Vorstand die ihm obliegenden Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat und ob das danach einzurichtende Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann (§ 317 Abs. 4 HGB). Das Ergebnis dieser Beurteilung ist in einem besonderen Teil des Prüfungsberichts darzustellen. Aus diesen besonderen Berichtspflichten des Abschlussprüfers folgt jedoch, dass sich Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat nicht nur aus § 90 AktG ergeben.

Es ist davon auszugehen, dass zunächst der Vorstand dem Aufsichtsrat über Einrichtung, Form und Zuverlässigkeit des Überwachungssystems zu berichten hat. Eine Schlüsselstellung innerhalb des Überwachungssystems kommt der Internen Revision und einem Controlling zu, das die Ist-Entwicklung in kurzfristigen Abständen mit den Plandaten abgleicht und Abweichungen analysiert. Diese interne Überwachung ist einerseits selbst ein wesentlicher Teil des Gesamtsystems, andererseits gehört es zu ihren Aufgaben, dessen Wirksamkeit zu prüfen. Der Aufsichtsrat sollte klarstellen, dass er vom Vorstand einen Regelbericht auch über das interne Überwachungssystem und seine Wirksamkeit erwartet.

Der DCGK statuiert, dass der Aufsichtsrat die Berichtspflichten des Vorstands konkretisiert und näher festlegt (Tz. 3.4 DCGK). Als Umsetzungsmaßnahme bietet es sich an, dass der Aufsichtsrat als erweiterten Bestandteil seiner Geschäftsordnung eine „Informationsordnung“

*) José A. Campos Nave, EMBA, Rechtsanwalt, FAStR, FAHaGeR, Partner, Rödl & Partner, Eschborn.

beschließt, in der die berichtspflichtigen Tatsachen und Vorgänge verankert werden. Diese Informationsordnung ist sodann dem Vorstand als Richtlinie für die Informationen, über die der Aufsichtsrat entsprechende Berichte verlangt, bekannt zu geben. Eine solche Informationsordnung verankert die zeitnahe und umfassende Information des Aufsichtsrats über das Risikomanagementsystem durch den Vorstand.

II. Vorstandsunabhängige Information und Trennungsprinzip

1. Überwachung der Unternehmensleitung

Vor dem Hintergrund spektakulärer Unternehmenszusammenbrüche durch seitens des Vorstands nicht ausreichend offenlegte Risiken muss die Überwachung der Unternehmensleitung immer stärker unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit betrachtet werden. Das wirft die Frage nach den Möglichkeiten des Aufsichtsrats zu vorstandsunabhängigen Informationen auf.

2. Eingriff in die Geschäftsführung

Bislang wird die vorstandsunabhängige Information des Aufsichtsrats durch Angestellte, die Interne Revision oder mittels des Einsichts- und Prüfungsrechts restriktiv gehandhabt. Handelt es sich nicht um ein Informationsgespräch zur Nachfolgeplanung des Vorstands oder fehlt ein konkreter Verdacht hinsichtlich eines Fehlverhaltens des Vorstands, so wird eine direkte Befragung von Angestellten der Gesellschaft überwiegend für unzulässig gehalten. Auch ein dem anglo-amerikanischen audit committee entsprechender Prüfungsausschuss mit direktem Zugriff auf die Interne Revision soll in Deutschland nicht gebildet werden dürfen.

Beide Aktivitäten würden nach herrschender Lehre einen vom Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats nicht gedeckten Eingriff in die Geschäftsführung des Vorstands und damit einen Verstoß gegen das Prinzip der Trennung von Geschäftsführung und Überwachung darstellen. Der Ausschluss des Aufsichtsrats von der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG) und damit das Trennungsprinzip zwischen Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen wird wörtlich verstanden. Die Pflicht zur Information primär aus der Hand des Vorstands betrifft die Information durch Angestellte und die Interne Revision sowie das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats. Die Pflicht des Vorstands zur Information soll zugleich die Informationsrechte des Aufsichtsrats begrenzen. An der von der herrschenden Meinung vertretenen Pflicht des Aufsichtsrats zur Information primär aus der Hand des Vorstands erscheint jedoch bemerkenswert, dass gerade die zu überwachende Geschäftsführung die Daten für ihre Überwachung an das zuständige Überwachungsorgan liefern soll.

3. Aufsichtsrat als Empfänger vorstandsunabhängiger Informationen

Ein Recht des Aufsichtsrats zur Befragung von Angestellten wird aufgrund eines Informationsmonopols des Vorstands bislang auf den konkreten Verdacht eines schwerwiegenden Fehlverhaltens des Vorstands und damit auf das Vorliegen einer entsprechenden Berichtspflicht an den Aufsichtsrat beschränkt.

Eine direkte Befragung von Angestellten der Gesellschaft wird als Misstrauenskundgebung gegenüber dem Vorstand empfunden. Eine Mindermeinung des Schrifttums hat allerdings keine Bedenken, dass der Aufsichtsrat Angestellte des Unternehmens als Informationsgeber heranzieht.

Einen besonderen Aspekt erhält die Diskussion durch den rechtspolitischen Hinweis auf die bei amerikanischen Gesellschaften gebildeten audit committees, die vielfach als Vorbild für „Prüfungsausschüsse“ in deutschen Aufsichtsräten angesehen werden. Zu den Aufgaben der audit committees gehört speziell die Überwachung und der ständige Kontakt mit dem internen Kontrollsystem. Dem Vergleich mit den USA lässt sich allerdings die unterschiedliche Leitungsstruktur einer AG in Deutschland und in den USA entgegenhalten. Bei einer US-Gesellschaft ist das dort auch mit den Aufgaben des deutschen Aufsichtsrats befasste „board“ ein Exekutivorgan. Folglich ist auch das „audit committee“ Träger von Exekutivrechten. Doch ist der Unterschied faktisch geringer, denn die Mitglieder des audit committee dürfen nicht dem Management angehören. Es wird diesem audit committee empfohlen, dass es den Leiter der Internen Revision regelmäßig in Abwesenheit des Managements anhört.

Im deutschen Schrifttum wird ausgeführt, dass Prüfungsausschüsse „zumindest einmal jährlich den Leiter der Internen Revision zur mündlichen Berichterstattung und Revision“ heranziehen sollten. Bei Ablehnung eines rechtlichen Informationsmonopols des Vorstands erscheint es vertretbar, dass sich der Aufsichtsrat in einer die Vorstandsautorität möglichst schonenden Form auch von den leitenden Persönlichkeiten der internen Überwachung berichten lässt. Der Aufsichtsrat wird die Anhörung auch in Abwesenheit von Vorstandsmitgliedern durchführen können, wenn ihm dies zur Gewinnung eines sachgerechten „Bildes“ über den Zustand des Unternehmens erforderlich erscheint.

Fraglich ist gleichwohl, ob der Aufsichtsrat die zu befragenden Personen unmittelbar oder nur über den Vorstand laden kann. Die vielfach in diesem Zusammenhang herangezogenen Vorschriften (§§ 109 Abs. 1 Satz 2, 109 Abs. 1 Satz 1, 111 Abs. 2 Satz 2 AktG) beantworten diese Fragestellung nicht. Die Lösung dieser Problematik ergibt sich vielmehr aus dem Grundgedanken und unter Rückgriff auf den Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats, der dem Aufsichtsrat den Zugang zu allen für ihn relevanten internen Informationen sichern soll. Auch die Einsicht in Bücher und Schriften der Gesellschaft setzt ein, auf den Überwachungszweck begrenztes, Direktionsrecht gegenüber den für Rechnungswesen, Datenverarbeitung oder Archiv verantwortlichen Mitarbeitern voraus.

Der Aufsichtsrat kann daher in einer Informationsordnung autonom periodische Gespräche mit leitenden Mitarbeitern des Überwachungssystems vorsehen und bestimmen, dass der Leiter der Internen Revision an der entsprechenden Sitzung teilnimmt. Eine Anhörung im Einzelfall wird der Aufsichtsrat mit Rücksicht auf die Vorstandsautorität möglichst über den Vorstand in die Wege leiten. Gefährdet der Weg über den Vorstand aber den Zweck der Anhörung, oder kommt der

Vorstand einer entsprechenden „Bitte“ des Aufsichtsrats nicht nach, kann der Aufsichtsrat die zu befragenden Personen selbst laden und unabhängig vom Vorstand befragen. Nur durch solche weitgehenden Rechte kann der gesetzliche Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats erfüllt werden.

Alternativ kann der direkte Zugriff des Aufsichtsrats auf Informationen der Internen Revision bzw. auf die Interne Revision selbst durch eine Rahmenvereinbarung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat auf eine sichere Rechtsgrundlage gestellt werden. Durch eine solche Vereinbarung wird der Vorstand zur Informationsweiterleitung und Informationsgewährung an den Aufsichtsrat eigenständig verpflichtet. Allerdings ist darauf zu achten, dass durch eine solche Rahmenvereinbarung nicht die aktienrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat aufgehoben wird.

4. Aufträge des Aufsichtsrats

Zu untersuchen ist nunmehr, ob der Aufsichtsrat den verantwortlichen leitenden Angestellten der Internen Revision und des Controlling im Rahmen eines Risikoüberwachungssystems Aufträge zur Prüfung der Wirksamkeit des Systems oder zur Verbesserung einzelner Aspekte erteilen kann. Denkbar sind unmittelbare Aufträge, wenn Zweifel bestehen, ob der Vorstand die Ergebnisse vollständig berichtet hat.

Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat einen entsprechenden Vorschlag „skeptisch“ beurteilt. Sie geht u.a. davon aus, dass § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG zeige, dass das Gesetz den Zugriff des Aufsichtsrats auf vom Vorstand weisungsabhängige Arbeitnehmer im Regelfall nicht gestatten wolle. Aus der zitierten Vorschrift lässt sich dieses Argument jedoch nicht entnehmen. Es ließe sich im Gegenteil argumentieren, dass, wenn der Aufsichtsrat sogar fremde Sachverständige beauftragen kann, ihm dies erst recht bei den oft schon sachkundigen internen Kontrollinstanzen des Unternehmens möglich sein müsste.

Es bleibt jedoch der Einwand, dass der Aufsichtsrat mit einem solchen Auftrag erheblich in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands eingreift. Der Aufsichtsrat wird den Auftrag auch in Ausnahmefällen grundsätzlich über den Vorstand erteilen müssen. Der Vorstand wird sich der Beauftragung bereits im Hinblick auf sonst drohende personelle Konsequenzen nicht entziehen können. Im vorliegenden Zusammenhang muss der Vorstand berücksichtigen, dass der Aufsichtsrat auch den Prüfungsauftrag an den Abschlussprüfer erteilt. Unstreitig kann der Aufsichtsrat dabei besondere Schwerpunkte setzen und weiter gehende Prüfungsaufträge erteilen. Allerdings ist ein Zusammenhang solcher Aufträge mit den Gegenständen der Abschlussprüfung zu fordern.

Diese Zusammenhang wäre hier gegeben, da auch das Bestehen und die Wirksamkeit eines geeigneten internen Kontrollsystems Gegenstand der Abschlussprüfung sind. Der Aufsichtsrat kann daher den Abschlussprüfer auch mit der Überprüfung einzelner Vorgänge beauftragen, sofern aus dem Ergebnis Rückschlüsse auf die Wirksamkeit des internen Überwachungssystems gezogen werden können. Ein unwilliger

Vorstand muss mit einem entsprechenden Auftrag an den Abschlussprüfer rechnen. Sofern sich Nachteile dadurch ergeben, dass externe Sachverständige herangezogen werden, obwohl ein entsprechendes Wissen bereits unmittelbar und kostengünstiger gesellschaftsintern verfügbar ist, kommt zudem eine Schadenersatzpflicht des Vorstands in Betracht.

Widerspricht allerdings eine Auftragserteilung über den Vorstand dem Auftragsziel, beispielsweise weil es um Verfehlungen des Vorstands geht, so kann der Aufsichtsrat den Auftrag unmittelbar erteilen. In diesen Fällen wird aber oft die Heranziehung eines externen Prüfers als Sachverständigem zweckmäßiger sein (§ 111 Abs. 2 Satz 2 AktG).

III. Ergebnis und Ausblick

Der Aufsichtsrat hat zu überwachen, dass das vom Vorstand einzurichtende Risikoüberwachungssystem vorhanden, geeignet und zuverlässig ist. Die Bedeutung dieses Systems im Rahmen der Aufsichtsratsüberwachung und die das System betreffenden besonderen Berichtspflichten des Abschlussprüfers machen diese Aufgabe zu einem Schwerpunkt seiner Tätigkeit.

Der Vorstand und bei börsennotierten Gesellschaften auch der Abschlussprüfer schulden dem Aufsichtsrat die für diese Überwachung nötigen Informationen. Besteht beim Aufsichtsrat der Eindruck, dass diese Informationen nicht ausreichen, oder bestehen Zweifel an der Zuverlässigkeit des Systems, kann und muss sich der Aufsichtsrat durch Einsicht z.B. in die Berichte von Interner Revision und Controlling, durch Heranziehung von deren leitenden Mitarbeitern und äußerstenfalls durch Erteilung von Aufträgen an sie die erforderlichen Informationen beschaffen. Gleichwohl hat der Aufsichtsrat zu beachten, dass diese Informationsbeschaffung in einer die Autorität des Vorstands möglichst schonenden Form erfolgt. Hierzu wird eine grundsätzliche Regelung in einer Informationsordnung oder Rahmenvereinbarung zweckmäßig bzw. geboten sein.

Obleich das aktienrechtliche Trennungsprinzip zwischen Vorstand und Aufsichtsrat gewahrt bleiben muss, bieten sich bereits aus der gesetzlichen Formulierung ausreichende Anhaltspunkte für eine zulässige Weiterentwicklung der Informationsrechte des Aufsichtsrats. Dies folgt zuletzt aus der gesetzlichen Verpflichtung des Aufsichtsrats, den Vorstand zu überwachen. Wird diese Pflicht nicht ordnungsgemäß durch den Aufsichtsrat erfüllt, ist der Aufsichtsrat selbst Ziel von Schadenersatzansprüchen. Konsequenterweise müssen dem Aufsichtsrat daher erweiterte Informationsrechte zustehen. Dies gilt vor allem unter dem Gesichtspunkt einer auch von ihm zu erfüllenden ordnungsgemäßen Corporate Compliance im Unternehmen. Die Rechtsentwicklung von „Compliance“ macht eine solche Informationsrechtserweiterung des Aufsichtsrats unabdingbar. Letztlich erscheint dies auch sachgerecht, denn das Leitziel einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung und -überwachung ist der Fortbestand des Unternehmens, den es mit den gebotenen Maßnahmen durch beide Organe der Aktiengesellschaft zu sichern gilt.