

Corporate Governance

Separater, vorstandsunabhängiger Hinweisgeberkanal als direkter Meldeweg zum Aufsichtsrat



Dr. Burkhard Fassbach, Rechtsanwalt in Frankfurt am Main; Dr. Frank Hülsberg, Wirtschaftsprüfer/Steuerberater in Düsseldorf

Die EU-Whistleblower-Richtlinie rückt Hinweisgebersysteme auf die Agenda der Aufsichtsräte. In der Compliance-Trias Prevent, Detect, Respond spielen Hinweisgeber eine Schlüsselrolle bei der Aufdeckung von Rechtsverstößen. Die Systeme

sind nur wirksam, wenn Whistleblower effektiv geschützt sind und Vertrauen in die Folgemaßnahmen haben. Steht der Vorstand im Verdacht, in Compliance-Verstöße involviert zu sein, kann ein direkter Kanal zum Aufsichtsrat die Meldebereitschaft potenzieller Hinweisgeber steigern und im Unternehmensinteresse liegen.

I. Hinweisgebersysteme

In der Aufdeckung von Compliance-Fällen spielen Whistleblower eine zentrale Rolle. Zahlreiche Unternehmen und Behörden haben zur Anregung und Entgegennahme entsprechender Meldungen Hinweisgebersysteme eingerichtet, wobei erfahrungsgemäß die Whistleblower unternehmensinterne Hinweisgebersysteme vorziehen. Zudem verlangte die „Doktrin des Vorrangs der internen Meldung“ des Bundesarbeitsgerichts eine entsprechende Nutzung unternehmensinterner Meldesysteme. Nach der EU-Whistleblower-Richtlinie sind Hinweisgeber aber demnächst auch bei unmittelbarer Meldung an die Behörden vor Repressalien seitens des Unternehmens geschützt. Diese vom europäischen Parlament durchgesetzte „2-Stufen-Theorie“ wird mit Umsetzung der Richtlinie durch das kommende deutsche Hinweisgeberschutzgesetz der „Game Changer“ und trägt entscheidend zum besseren Schutz von Hinweisgebern bei.¹ Damit kommt es dann aber auch

zwangsläufig zu einem Wettbewerb der Meldekanäle.

Wirksam und damit erfolgreich im Wettbewerb sind interne Hinweisgebersysteme jedenfalls nur dann, wenn der Vorstand Compliance zur „Chefsache“ macht. Ohne Vertrauen in die Unternehmensleitung werden potenzielle Hinweisgeber von entsprechenden Meldungen ganz absehen, oder sich – i.d.R. anonym – an die Presse oder an Behörden wenden; u.a. die BaFin, das Bundeskartellamt und die Landeskriminalämter haben bereits anonyme Hinweisgebersysteme eingerichtet. Bei Nutzung unternehmensexterner Meldewege hat der Verdacht dann unwiderruflich die Unternehmenssphäre verlassen und kann – auch wenn er sich am Ende als unberechtigt erweisen sollten – schwere Konsequenzen für die Reputation des Unternehmens nach sich ziehen.

Des Weiteren müssen sich unternehmensinterne Hinweisgebersysteme bei der Einrichtung und im Regelbetrieb an „Best Practice“-Grundsätzen – beispielsweise den „ISO 37002 (2021) Guidelines – Whistleblowing Management Systems“ – orientieren. Anonyme Meldekanäle sind für Whistleblower niedrighschwelliger als

INHALT

- I. Hinweisgebersysteme
- II. Die direkte Kommunikation zwischen Whistleblower und Aufsichtsrat
- III. Legalitätspflicht, Legalitätskontrollpflicht und Pflichten des Aufsichtsrates
- IV. Fazit

Keywords

Hinweisgeberschutz; Hinweisgebersysteme; Whistleblower

„lediglich“ die Zusicherung von Vertraulichkeit. Der Frankfurter Rechtsanwalt Rainer Buchert hat als Compliance-Ombudsmann mit mehr als 8.000 Whistleblowern gesprochen. Sein Tipp an Whistleblower: „Ich kann jedem Hinweisgeber nur raten, seine Identität nicht preiszugeben.“² Daneben kann die Einführung eines monetären Anreizsystems die Meldebereitschaft weiter fördern.³ In Fällen schwerster Wirtschaftskriminalität

¹ Vgl. grundlegend: Ninon Colneric und Simon Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower Richtlinie in deutsches Recht, HSI-Schriftenreihe Band 34, Frankfurt am Main 2020.

² Vgl. Marcus Jung, Soll ich Whistleblower werden?, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16.10.2021, S. 28.

³ Vgl. Thomas Granetzny und Melena Krause: Was kostet ein gutes Gewissen? – Förderung von Whistleblowing durch Prämien nach US-Vorbild?, CCZ 2020, 29 ff.

und Korruption – insbesondere mit Auslandsbezug – kann ein Hinweisgeberschutz ohne Kronzeugenregelung mit wirtschaftlicher Absicherung und Garantien für die (körperliche) Unversehrtheit nicht funktionieren.

II. Die direkte Kommunikation zwischen Whistleblower und Aufsichtsrat

Die Einrichtung unternehmensinterner Hinweisgebersysteme fällt in die Zuständigkeit des Vorstands. Die Bearbeitung eingehender Hinweise übernimmt im Regelbetrieb die Compliance-Funktion des Unternehmens oder eine vom Vorstand bestellte Ombudsperson; beide berichten an den Vorstand bzw. ein Mitglied des Vorstands. Unternehmensinterne Meldekanäle stoßen deshalb dann an ihre Grenze, wenn der Vorstand möglicherweise selbst in Compliance-Verstöße verwickelt ist und diese entweder deckt oder sogar selbst betreibt. Nach den aktienrechtlichen Kompetenzregeln ist dann der Aufsichtsrat für die Aufklärung zuständig. Ein separater, vorstandsunabhängiger Hinweisgeberkanal zum Aufsichtsrat kann potenzielle Whistleblower in solchen Fällen ermutigen, eine interne Meldung gegenüber einer externen Meldung zu bevorzugen. Die in der Berichtslinie zum Vorstand stehende Compliance-Abteilung kann hier nicht für den Aufsichtsrat Hinweise von Whistleblowern entgegennehmen. Dies wäre ein unauflösbarer Interessenkonflikt und würde potenzielle Hinweisgeber auch abschrecken. Der Meldekanal direkt zum Aufsichtsrat ist dort am besten beim Prüfungsausschuss oder bei einem Compliance-Ausschuss verortet.

Den Regelbetrieb des Hinweisgeberkanals kann der Aufsichtsrat an einen externen Dienstleister oder an einen vom Aufsichtsrat bestellten Vertrauensanwalt delegieren. Diese führen Interviews mit den Whistleblowern, nehmen eine Plausibilitätskontrolle

vor und geben dem Aufsichtsrat auf dieser Grundlage eine Einschätzung und Handlungsempfehlung. Das für das Outsourcing des Hinweisgeberkanals erforderliche Budget ergibt sich aus der Annexkompetenz des Aufsichtsrats.

Aber auch einen direkten Weg zum Aufsichtsrat werden Whistleblower nur dann nutzen, wenn sie auf die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats vertrauen und diesen auch als „abhilfebereiten Adressaten“ sehen. Entscheidend sind also unabhängige Aufsichtsratsmitglieder. Bei der Besetzung des Aufsichtsrats wird die Compliance-Expertise als Auswahlkriterium bei zunehmender Regulierung und verschärften Gesetzen immer wichtiger. Marc Tüngler, geschäftsführendes Vorstandsmitglied beim Arbeitskreis deutscher Aufsichtsrat (AdAR) e.V. stellt völlig zu Recht die Frage: „Wenn nicht ein Aufsichtsrat den Charakter und die Power hat, ihm bekannte Missstände im Gremium und im Unternehmen anzugehen und vor allem zu klären, wer dann?“⁴

Ein medienwirksamer Fall aus den USA bestätigt dies. Unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Vorwürfe von Facebook-Whistleblowerin Frances Haugen und der entschiedenen Zurückweisung der Anschuldigungen von Facebook-Chef Mark Zuckerberg schenkt der Aufsichtsrat der Whistleblowerin Gehör: „I have accepted the invitation to brief the Facebook Oversight Board about what I learned while working there. Facebook has lied to the board repeatedly, and I am looking forward to sharing the truth with them.“ zeigte sich die Whistleblowerin Frances Haugen – mittlerweile selbst ein internationaler Medienstar – in ihrem Twitterkanal erfreut über die Einladung des Facebook Aufsichtsrats.⁵ Dr. Nico Herold vom Sonderforschungsbereich Whistleblowing der LMU München

unterstützt einen Hinweisgeberkanal für den Aufsichtsrat: „Für Whistleblower spielt die Unabhängigkeit und Verlässlichkeit der Melde-Adressaten eine entscheidende Rolle. Die Weiterverarbeitung der Meldungen ist in Richtung Rechtskonformität essenziell.“

In den USA müssen im Übrigen bereits seit 2002 sämtliche Wertpapieremittenten einen geschäftsführungsunabhängigen Hinweisgeberkanal zugunsten des Audit Committee als intern zuständigem Aufsichtsorgan einrichten – der Gesetzeswortlaut: „Each audit committee shall establish procedures for the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters.“⁶ Auslöser für die Aufnahme dieser Vorschrift in das US-Kapitalmarktrecht waren zahlreiche von der Geschäftsleitung mitverursachte Bilanzfälschungsskandale.⁷

III. Legalitätspflicht, Legalitätskontrollpflicht und Pflichten des Aufsichtsrates

Legalitätspflicht bedeutet die Pflicht, organschaftliche Tätigkeit im Einklang mit dem geltenden Recht auszuüben. Unter Legalitätskontrollpflicht versteht man die Pflicht, für die Einhaltung des Rechts durch Dritte, namentlich durch Unternehmensangehörige, zu sorgen. Dabei geht es insbesondere um die Einhaltung der an die Gesellschaft als juristische Person adressierten Gesetzenormen. Die Legalitätspflicht der Leitungsorgane erschöpft sich also nicht in eigener Rechtstreue. Haftungsansprüche kommen auch dann in Betracht, wenn der Vorstand nicht selbst in Rechtsverstöße verwickelt ist, sondern ihn ein Organisationsverschulden trifft. Der Vorstand kann auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wenn er ein mangelhaf-

4 https://twitter.com/marc_tuengler/status/1447980945089380353.

5 <https://twitter.com/franceshaugen/status/1447617378402160642?s=11>.

6 § 301 des Sarbanes Oxley Acts von 2002, 15 U.S.C. § 78j 1(m)(4)(B).

7 Vgl. Colneric / Gerdemann, aaO, S. 47f.

tes Compliance-Management-System eingeführt hat, oder bei Verdacht auf Compliance-Verstöße keine unverzügliche und umfassende Compliance-Untersuchung eingeleitet hat.

Besonders schwerwiegende Rechtsverstöße sind ohne Kenntnis des Vorstands allerdings kaum denkbar. Insbesondere in Fällen von eigennützigem Compliance-Verstößen (beispielsweise Wettbewerbsabreden) ist die Verwicklung des Vorstands naheliegend. Dafür gibt es zahlreiche Beispiele. Die „Theorie des Einzeltäters“ ist oftmals eine Mär. Bedenklich stimmt auch, dass bei den bekannten medienwirksamen Compliance-Fällen das vom Vorstand eingerichtete Hinweisgebersystem die Rechtsverstöße nicht verhindern bzw. rechtzeitig aufdecken konnte. Hier hätte womöglich ein direkter Meldekanal zum Aufsichtsrat frühzeitig Abhilfe schaffen können. Ohne informiert zu sein, kann der Aufsichtsrat seinen Pflichten denknottwendigerweise nicht nachkommen. Dann können schwerwiegende Compliance-Verstöße schnell zum Bestandsrisiko für die Gesellschaft werden.

Im Zuge der Umsetzung der EU-Whistleblower Richtlinie sollte der Aufsichtsrat deshalb die Einrichtung eines separaten, vorstandsunabhängigen Hinweisgeberkanals in Erwägung ziehen. Dies entspricht auch der binnenrechtlichen Organisationsstruktur im deutschen Two Tier Board System.

Bei begründetem Verdacht auf Compliance-Verstöße des Vorstands muss der Aufsichtsrat dann eine unabhängige Compliance-Untersuchung oder eine Sonderprüfung einleiten.⁸ Die unabhängigen und ergebnisoffenen Ermittlungen werden i.d.R. durch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder Law Firms durchgeführt. Nach der ARAG Doktrin des Bundesgerichtshofs muss der Aufsichtsrat Organhaftungsansprüche gegen den Vorstand prüfen und diese grundsätzlich auch verfolgen.

Kommt der Aufsichtsrat seiner Prüfungs- und Anspruchsverfolgungspflicht nicht nach, so läuft er Gefahr, sich selbst schadensersatzpflichtig zu machen. Im „Worst Case“ ist dann optimaler D&O-Versicherungsschutz für den Aufsichtsrat kriegsentscheidend. Eine gesellschaftsfinanzierte separate Aufsichtsrats-D&O-Versicherung („Twin Tower“ oder „Two-Tier Trigger Policy“) mit einer nur für den Aufsichtsrat vorgesehenen Versicherungssumme bei einem unabhängigen D&O-Versicherer gebietet sich unter dem Aspekt guter Corporate Governance. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann einen zusätzlichen Schutzschirm durch eine persönliche D&O-Versicherung aufspannen.

⁸ Vgl. Lambertus Fuhrmann: Internal Investigations: Was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?, NZG Heft 23/2016, S. 881 ff.

IV. Fazit

Dem Aufsichtsrat wird empfohlen, einen separaten, vorstandsunabhängigen Hinweisgeberkanal einzurichten bzw. durch den Vorstand für sich einrichten zu lassen. Der Abwehrreflex, dass hierdurch die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat in Frage gestellt oder gar zerstört würde, kann vor dem Hintergrund von Wirecard, Cum/Ex und Dieselgate als Begründung nicht halten. Selbstverständlich darf das Bestehen eines solchen Meldekanals nicht zu einem beständigen Misstrauen dadurch führen, dass der Vorstand nicht weiß, welche Vorwürfe gegen ihn möglicherweise gerade im Raum stehen. Daher ist ebenfalls zu empfehlen, dass der Aufsichtsrat den Vorstand unverzüglich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen anhört, aber das Heft des Handelns in der Hand behält und eine Klärung der erhobenen Vorwürfe durchführt und auch dokumentiert. Das Vertrauensverhältnis besteht grundsätzlich weiter, muss aber naturgemäß im übergeordneten Unternehmensinteresse bei einem sich erhärtenden Verdacht auf Compliance-Verstöße des Vorstands zurückgestellt werden.

 Reguvis



**Bestellen Sie
direkt online
unter**

shop.reguvis.de



Wissen für Experten.

Reguvis bietet gut recherchierte und aufbereitete Fachinformationen für Ihren beruflichen Alltag. Unsere Nähe zur Gesetzgebung gewährleistet Informationen direkt von der Quelle. Dabei sind unsere Autoren ausgewiesene Experten, von deren Wissen Sie profitieren.