

BOARD - aktueller Jahrgang > 2022 > BOARD 4/2022 > Aufsätze > Empfehlungen zur Verhinderung und Aufdeckung von Top Management Fraud aus der Sicht des Aufsichtsrats

Zeitschrift:	BOARD
Autoren:	Peter Henning/Kai-Uwe Marten/Anja Hücke/Jens Poll
Beitragstyp:	Beitrag
Ausgabe:	4/2022

Empfehlungen zur Verhinderung und Aufdeckung von Top Management Fraud aus der Sicht des Aufsichtsrats

Peter Henning



Prof. Dr. Peter Henning, Rechtsanwalt, Honorarprofessor der Goethe Universität Frankfurt am Main;

Kai-Uwe Marten



Prof. Dr. Kai-Uwe Marten, Institut für Rechnungswesen und Wirtschaftsprüfung, Universität Ulm;

Anja Hücke



Prof. Dr. Anja Hücke, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Deutsches und Europäisches Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Universität Rostock;

Jens Poll



Prof. Dr. Jens Poll, Aufsichtsrat und Prüfungsausschussvorsitzender, Berlin. Die Autoren sind Mitglieder des Arbeitskreises „Externe und Interne Überwachung der Unternehmung“ (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V.

Einen Spezialfall von Compliance stellen Rechtsverstöße und Betrugshandlungen wie Fraud (dolose Handlungen) dar, die von Teilen des Vorstands und damit des Top Managements gedeckt bzw. absichtlich angeordnet und durchgeführt werden. Der Arbeitskreis „Externe und Interne Überwachung der Unternehmung“ (AKEIÜ) der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V. hat vor dem Hintergrund der im Wirecard-Fall gemachten Erfahrungen untersucht, ob nur durch neue, weitere Gesetze derartige Betrugsfälle des Vorstands, d.h. des Top Managements, verhindert werden können oder ob die zahlreichen bereits bestehenden Regelungen nicht vielmehr stringenter angewendet werden müssen. Ziel des Beitrags ist

es, Aufsichtsratsmitgliedern Hilfestellungen zu geben, um Top Management Fraud zu verhindern bzw. aufzudecken. Der nachfolgende Beitrag fasst die wesentlichen Inhalte zusammen.

Inhalt

- I. Einführung
- II. Indikatoren (Red Flags) für Top Management Fraud
- III. Handlungsempfehlungen für den Aufsichtsrat
 1. Berücksichtigung der Top Management Fraud Problematik bei der Auswahl und Bestellung von Vorstandsmitgliedern
 2. Inanspruchnahme externer Expertise
 3. Kritisches Hinterfragen unternehmensinterner Informationen im Hinblick auf ihre Verlässlichkeit bei Vorliegen von Red Flags
 4. Nutzen von Informationen aus Whistleblowing-Kanälen
 5. Proaktives Beschaffen von Erkenntnissen des Abschlussprüfers zu Risiken, Vorfällen und Red Flags sowie Nutzung weiterer externer Informationsquellen
 6. Jährliche auch anlassunabhängige Befassung
 7. Kritisches Hinterfragen der Arbeitsweise im Rahmen der Selbstbeurteilung
 8. Bericht an die Hauptversammlung über die Aktivitäten des Aufsichtsrats
- IV. Vorgehen bei bestehendem Anfangsverdacht
- V. Fazit

Keywords

Red Flags; Top Management Fraud; Überwachungsaufgaben

Norm

§ 152 StPO

I. Einführung

Die Befassung mit Compliance als die „Regeltreue“ von Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung von Gesetzen, Standards und weiteren Normen gehört heutzutage regelmäßig auf die Agenda von Aufsichtsratssitzungen. Es liegt in der Verantwortung des Vorstands eines Unternehmens, sog. Compliance-Management-Systeme einzurichten. Damit ist die Gesamtheit aller Grundsätze und Maßnahmen gemeint, bestimmte Normen einzuhalten und somit zur Vermeidung von Normenverstößen beizutragen.

Einen Spezialfall in diesem Kontext stellt Top Management Fraud (dolose Handlungen) dar. Dabei kann es sich z.B. um Betrugsfälle, Unterschlagungen oder sonstige Vermögensverluste, verursacht oder geduldet durch Angehörige des Top Managements eines Unternehmens, handeln. Inwiefern ein Aufsichtsrat hier einen Beitrag zur Aufdeckung oder Verhinderung sowie zur Aufarbeitung eines solchen Top Management Fraud leisten kann, ist derzeit Gegenstand von intensiven Diskussionen in der Praxis und der Wissenschaft.

Der Vorstand eines Unternehmens ist zunehmend gefordert, eine aktive Rolle bei der Prävention, Aufdeckung und Aufarbeitung doloser Handlungen einzunehmen. Er trägt die Primärverantwortung als gesetzlicher Vertreter eines Unternehmens. Der Aufsichtsrat hat diese Aktivitäten des Vorstands zu überwachen. Falls Angehörige des Top Managements selbst in dolose Handlungen involviert sind, liegt es in der Verantwortung des Aufsichtsrats, diese ordnungsgemäß zu überwachen und sicherzustellen, dass die Geschäftstätigkeit des Unternehmens in Übereinstimmung mit den gesetzlichen und regulatorischen Anforderungen erfolgt.

Die Wahrnehmung dieser Aufgabe liegt im Interesse aller Kapitalmarktteilnehmer sowie der interessierten Öffentlichkeit. Ziel des Beitrags ist es, Mitgliedern von Aufsichtsräten eine Hilfestellung zu geben, Top Management Fraud zu verhindern, aufzudecken und aufzuarbeiten.

II. Indikatoren (Red Flags) für Top Management Fraud

Wenngleich eine erfolgreiche Aufsichtsratsstätigkeit oftmals mit einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Aufsichtsrats- und Vorstandsvorsitzendem einher geht, erfordert die Überwachungsaufgabe unabdingbar gleichzeitig eine kritische innere Distanz aller Mitglieder des Gremiums gegenüber Personen und Sachverhalten. Das Überwachungsorgan muss nicht nur für die Wahrnehmung von leicht erkennbaren Formalverstößen offen sein, sondern auch von Red Flags im Unternehmen, die sich häufig nur schleichend und im Verlauf eines längeren Zeitraums bemerkbar machen.

Der Aufsichtsrat hat bei seiner Aufgabenerfüllung ein spezielles Augenmerk auf die Corporate Governance des Unternehmens zu legen, somit auf die Organisation, die Überwachungskultur und die installierten Governance-Systeme (Internes Kontrollsystem, Risikomanagementsystem, Interne Revision). Sie können ein Indiz dafür sein, wie gut Prozesse im Unternehmen formalisiert und dokumentiert werden. Bei auffälligen Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und seinen Best Practice-Leitlinien ist zu prüfen, wie stichhaltig die dafür gegebenen Begründungen sind. Neu bestellte Aufsichtsratsmitglieder, die erfahrungsgemäß zunächst mehr Schwierigkeiten bei der Beurteilung der unternehmensinternen Governance-Systeme haben, sollten den Blick auf die Organisation des Aufsichtsrats und seine Arbeitsweise lenken. Insbesondere die Kommunikation zwischen Aufsichtsrats- und Vorstandsvorsitzendem sowie die Einbeziehung der weiteren Aufsichtsratsmitglieder können ein Anhaltspunkt dafür sein, inwiefern der Überwachungstätigkeit ein angemessener Stellenwert zugebilligt wird. Eine effiziente und effektive Arbeitsweise lässt sich u.a. an der Sitzungsfrequenz, den formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Protokollführung, Nachbereitungserfordernissen, Informationsweitergaben sowie Verantwortlichkeiten, die in einer im Einvernehmen mit dem Vorstand verfassten Geschäftsordnung verankert sind, ablesen.

Die Überwachungskultur in einem Unternehmen hängt oft maßgeblich von der Person des Aufsichtsratsvorsitzenden ab. Starke Persönlichkeiten können die Tätigkeit des Gremiums negativ beeinflussen und für die Kommunikation untereinander hinderlich sein, weil beispielsweise Fragen im Keim erstickt oder Sachverhalte ignoriert werden. Eine zu große Nähe zwischen Aufsichtsrats- und Vorstandsvorsitzendem kann mit einer nachlässigeren Überwachungstätigkeit einhergehen. Kernaufgabe des Aufsichtsratsvorsitzenden ist es, eine Gruppe unabhängiger Gremiumsmitglieder zu einem interaktiv und kollektiv handelnden Team zu formen.

Wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Überwachungstätigkeit ist das Durchdringen des Geschäftsmodells und die Befassung mit der Unternehmensstrategie. Die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder müssen sich sowohl der Werttreiber als auch der spezifischen Risikofelder des Geschäftsmodells bewusst sein und ihr besonderes Augenmerk auf die sich daraus ergebenden zentralen Kennzahlen der Finanzberichterstattung richten. Dabei ist zu bedenken, dass Kennzahlen geschönt oder gar manipuliert werden können. Daher bietet es sich an, bei Ungereimtheiten Plausibilitätsanalysen durch Dritte vornehmen zu lassen und den Sachstand mit dem Abschlussprüfer zu erörtern. Generell ist eine umfassende und kritische Informationsbeschaffung als wesentliche Voraussetzung für die Aufdeckung und Verhinderung von Top Management Fraud anzusehen.

III. Handlungsempfehlungen für den Aufsichtsrat

1. Berücksichtigung der Top Management Fraud Problematik bei der Auswahl und Bestellung von Vorstandsmitgliedern

Da Top Management Fraud in jedem Unternehmen ein latentes Risiko darstellen und eine Neubestellung die Risikolage in Bezug auf Top Management Fraud beeinflussen kann, sollte der Aufsichtsrat vor jeder Bestellung prüfen, ob der Kandidat bei seiner bisherigen Tätigkeit Red Flags gezeigt oder in einem Umfeld gearbeitet hat,

in dem es zu diesbezüglichen Vorfällen kam. Empfehlenswert ist es, professionelle Experten mit Backgroundchecks zu betrauen, um die Zuverlässigkeit des Kandidaten zu prüfen.

2. Inanspruchnahme externer Expertise

Im Sinne eines proaktiven Tätigwerdens sollte der Aufsichtsrat Forensiker, ehemalige Aufsichtsratsmitglieder mit entsprechender Erfahrung auf diesem Gebiet oder auch ehemalige Staatsanwälte, die mit der Thematik befasst waren, mit Schulungen betrauen. Dadurch wird eine Sensibilisierung des Überwachungsgremiums für die Problematik erreicht. Sollte sich ein entsprechender Verdacht im Unternehmen konkretisieren, soll der Aufsichtsrat eigenständig beschließen, weitergehende Untersuchungen durch unabhängige Experten zu beauftragen.

3. Kritisches Hinterfragen unternehmensinterner Informationen im Hinblick auf ihre Verlässlichkeit bei Vorliegen von Red Flags

Liegen zumindest Anzeichen von Red Flags vor, kann der Aufsichtsrat nicht mehr damit rechnen, ausschließlich wahrheitsgemäße und vollständige interne Informationen zu erhalten. Eine kritische Distanz empfiehlt sich gegenüber Vorstandsberichten und weiteren unternehmensinternen Informationsquellen, die an den Aufsichtsrat bzw. dessen Vorsitzenden berichten. Zudem sollte sich der Aufsichtsrat auch mit der Kommunikation bzw. Korrespondenz des Unternehmens mit den Regulatoren und entsprechenden Aufsichtsstellen, wie z.B. der BaFin, befassen und sich diese zeitnah vorlegen lassen. Da insbesondere die Interne Revision als wichtige Informationsgeberin für das Überwachungsorgan in Betracht kommt, können Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss einen direkten Kommunikationskanal zur Internen Revision etablieren. Zur Förderung der Unabhängigkeit des Leiters der Internen Revision ist zu empfehlen, diesen im Hinblick auf seine Ernennung, Vergütung und Entlassung durch einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats abzusichern.

4. Nutzen von Informationen aus Whistleblowing-Kanälen

Weltweit kommt Whistleblowern bei der Aufdeckung von Top Management Fraud eine zentrale Rolle zu. Dementsprechend verpflichtet eine EU-Richtlinie aus dem Jahre 2019 private und öffentliche Organisationen dazu, sichere Kanäle für die Meldung von Missständen einzurichten und die Hinweisgeber zu schützen. Bislang ist es zwar unüblich, dass der Aufsichtsrat einen eigenen Whistleblower-Kanal einrichtet, doch sollte er die Informationen nutzen, die über die Whistleblower-Funktion eingegangen sind und den Vorstand betreffen. Wichtig ist, dass diese zeitnah an den Aufsichtsrat weitergeleitet werden, um diesem ein effektives Reagieren zu ermöglichen.

5. Proaktives Beschaffen von Erkenntnissen des Abschlussprüfers zu Risiken, Vorfällen und Red Flags sowie Nutzung weiterer externer Informationsquellen

Da die Jahresabschlussprüfung risikoorientiert ist, kann der Abschlussprüfer im Rahmen seiner Prüfungsplanung und -durchführung das Risiko einschätzen, inwieweit Fraud zu wesentlichen Falschdarstellungen in der Rechnungslegung führen könnte oder bereits geführt hat. Der Abschlussprüfer ist aufgefordert, sich zeitnah und direkt an den Aufsichtsrat zu wenden, sofern aus seiner Sicht ein erhöhtes Risiko von Top Management Fraud besteht. Selbst ohne diesbezügliche Anhaltspunkte sollte sich der Aufsichtsrat regelmäßig die Einschätzung der Risikolage für Fraud durch den Abschlussprüfer erläutern lassen. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, dass sich der Aufsichtsrat vor Verwendung dieser Informationen der Kompetenz des Abschlussprüfers, seiner systematischen Vorgehensweise und Qualität versichert hat. Zu den weiteren externen Informationsquellen gehören Presse- und Analystenberichte über das Unternehmen und sein Marktumfeld sowie die Teilnahme einzelner Aufsichtsratsmitglieder an Analystenkonferenzen, um die Hintergründe für kritische Fragen von professionellen Begleitern des Unternehmens zur Kenntnis nehmen und verstehen zu können.

6. Jährliche auch anlassunabhängige Befassung

Dem Aufsichtsrat ist anzuraten, sich jährlich in einer Sitzung unter einem eigenständigen Tagesordnungspunkt mit der Thematik zu befassen. Damit neu bestellte Aufsichtsratsmitglieder in der Lage sind, die wichtigsten Themen und die Diskussionskultur im Aufsichtsrat und seinen Ausschüssen schneller erfassen zu können, sollten ihnen im Rahmen des Onboarding-Prozesses nicht nur Unterlagen zur Verfügung gestellt, sondern auch individuelle Einführungsgespräche mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden und weiteren Ausschussvorsitzenden sowie Vorstandsmitgliedern und Vertretern der nächsten Führungsebene angeboten werden.

7. Kritisches Hinterfragen der Arbeitsweise im Rahmen der Selbstbeurteilung

Im Rahmen der vom DCGK empfohlenen Selbstbeurteilung ist zu prüfen, ob die vom Aufsichtsrat getroffenen Maßnahmen zur Aufdeckung und Verhinderung von Top Management Fraud noch ausreichend sind. Bei Zweifeln ist umgehend nachzubessern. Darüber hinaus empfiehlt es sich, kritische Beiträge von Aufsichtsratsmitgliedern in den Sitzungsprotokollen festzuhalten und erörterte Themen konsequent nachzuverfolgen.

8. Bericht an die Hauptversammlung über die Aktivitäten des Aufsichtsrats

Top Management Fraud kann nicht nur zu erheblichen Vermögensschäden im Unternehmen, sondern auch zu wesentlichen Wertverlusten bei den Aktionären führen. Daher ist es sinnvoll, dass der Aufsichtsrat in seinem schriftlichen Bericht an die Hauptversammlung über seine diesbezüglichen Aktivitäten im Zusammenhang mit der Aufdeckung und Verhinderung Auskunft gibt.

IV. Vorgehen bei bestehendem Anfangsverdacht

Besteht ein Anfangsverdacht für Top Management Fraud, muss der Aufsichtsrat entscheiden, wie er diesen untersucht und welche Maßnahmen er ergreift. Unternehmensinterne Meldekanäle können dann an ihre Grenzen stoßen, wenn der Vorstand selbst in Rechtsverstöße verwickelt ist. Allerdings sollte der Aufsichtsrat bzgl. der über die Whistleblowing-Funktion eingegangenen Informationen, die den Vorstand betreffen, entscheiden, ob für ihn die Schwelle zum Eingreifen überschritten ist. Eine allgemein gültige Festsetzung wird kaum möglich sein, eine Orientierung findet sich in § 152 Abs. 2 StPO, wonach ein Anfangsverdacht im strafprozessualen Sinne vorliegt, wenn „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ vorliegen, es also aufgrund konkreter Tatsachen nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt. Da der Aufsichtsrat regelmäßig nicht über kriminalistische Erfahrung verfügt, empfiehlt sich in Zweifelsfällen die Hinzuziehung von Forensikern. Dabei kann es sich auch um Forensik-Experten handeln, die zum Prüfungsteam des Abschlussprüfers gehören.

Bestätigt sich nach den ergriffenen Aufklärungsmaßnahmen der Verdacht eines Pflichtverstoßes, trifft den Aufsichtsrat die Pflicht, die erforderlichen Konsequenzen zu ziehen. Dabei geht es nicht nur um die mögliche Beendigung bzw. Kündigung des Vorstandsvertrags und die Abberufung als Vorstand, sondern auch um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Interesse des Unternehmens. Unterlässt dies der Aufsichtsrat, kann er sich seinerseits haftbar und ggf. strafbar machen. Eine allgemeine Pflicht zur Erstattung von Strafanzeigen kennt das deutsche Recht nicht. Es steht daher i.d.R. im Ermessen des Aufsichtsrats, zu entscheiden, ob und wann eine Strafanzeige erstattet wird. Darüber hinaus sind etwaige Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz (GwG) oder anderen Vorschriften zu erfüllen; weiterhin können sich aus den Untersuchungsergebnissen ad hoc Berichtspflichten ergeben.

V. Fazit

Die Ausführungen zeigen, dass es schon heute möglich ist, Top Management Fraud frühzeitig durch den Aufsichtsrat aufzudecken und zeitnah Gegenmaßnahmen zu veranlassen. Es ist daher nicht notwendig, vom

Gesetzgeber neue Regelungen zu fordern. Auswahl, Umfang und Intensität der Maßnahmen, die der Aufsichtsrat ergreifen muss, hängen von der Anzahl und der Ausprägung der Red Flags ab.

Entscheidend ist, dass der Aufsichtsrat tatsächlich in der Lage ist, seine Überwachungsaufgabe sachgerecht zu erfüllen. In kritischen Situationen darf er sich nicht „wegducken“, sondern muss korrigierend eingreifen, um Schaden vom Unternehmen abzuwenden. So sollte er schon bei der Auswahl und Bestellung von Vorstandsmitgliedern im Rahmen seiner Eignungsprüfung Top Management Fraud berücksichtigen und bei ersten Anzeichen für Top Management Fraud im Unternehmen die erhaltenen unternehmensinternen Informationen kritisch hinterfragen, Informationen aus Whistleblowing-Kanälen nutzen, aktiv das Gespräch auch ohne Anlass mit dem Abschlussprüfer suchen, kritisch seine Arbeitsweise im Rahmen der Selbstbeurteilung hinterfragen und über seine diesbezüglichen Aktivitäten den verschiedenen Stakeholdern berichten.

Der vollständige Beitrag ist in der Zeitschrift „Der Betrieb“ in Heft 32 vom 08. August 2022 erschienen.