

CB-BEITRAG

Prof. Dr. Michael Nietsch und Dr. iur. Katharina Hastenrath, RAin

Business-Judgement bei Compliance-Entscheidungen – ein Ausweg aus der Haftungsfalle? – Teil 1*

Der folgende, in zwei Teilen erscheinende Beitrag beschäftigt sich mit der Fragestellung, ob und wie durch die Anerkennung eines Geschäftsleiterermessens bei der Compliance-Organisation eine Enthaftung der verantwortlichen Vorstände erreicht werden kann. Den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden dabei typische, der Unternehmenswirklichkeit entnommene Entscheidungsfragen im Rahmen des Aufbaus und der Führung einer Compliance-Organisation (II.). Die Auswahl des Anschauungsmaterials orientiert sich an Unternehmen der Realwirtschaft. Der vorliegende erste Teil des Beitrags befasst sich sodann mit der Frage, ob Compliance-Maßnahmen als „unternehmerische Entscheidungen“ i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG unmittelbar der Business Judgement Rule zugänglich sein können (III.). In der nächsten Ausgabe (CB 7/2015) wird sich Teil 2 des Beitrags mit der Anwendbarkeit der weiteren sachlichen Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Compliance-Entscheidungen befassen (IV.). Dabei ist zwischen den allgemeinen Anforderungen an den Aufbau einer Compliance-Organisation im Unternehmen (V.) und der Ermessensausübung bei konkreten Anlässen (VI.) zu unterscheiden, was anhand der nachstehenden Beispielfälle Darstellung findet. Eine abschließende Folgerung fasst die gefundenen Ergebnisse zusammen (VII.).

I. Problemstellung

Geschäftsleiter in deutschen Unternehmen sind zunehmend der zivilrechtlichen Haftung wegen aus dem Unternehmen heraus begangenen Rechtsverstößen ausgesetzt. Das gilt im Verhältnis zu Dritten,¹ v. a. aber im Innenverhältnis gegenüber dem von den Folgen der Rechtsverstöße betroffenen Rechtsträger. Nach wie vor prägend ist hier das sog. *Neubürger-Urteil* des LG München I.² Darin wurde der ehemalige CFO von Siemens zu Schadensersatz i. H. v. 15 Millionen Euro verurteilt.³ Grundlage hierfür ist der Vorwurf der unzureichenden Compliance-Organisation.⁴ Nach einem Vergleich der Prozessparteien steht eine ober- und höchstrichterliche Klärung der damit verbundenen Fragen aus. Hierfür besteht allerdings ein dringendes Bedürfnis, birgt der dahinterstehende Ansatz für den Vorstand viele Probleme: Wie kann die Geschäftsleitung eines oft multinationalen Konzerns mit einer Vielzahl an Tochtergesellschaften in In- und Ausland ein System schaffen, welches Gesetzesverstöße zwar nicht gänzlich verhindern kann, aber doch so beschaffen sein muss, dass die Beteiligten alles zur Wahrnehmung der ihnen dahingehend obliegenden Pflichten getan haben? Angesichts der Vielzahl der potentiellen Rechtsrisiken ein praktisch kaum erreichbares und noch weniger mit Genauigkeit festzulegendes Ziel.

II. Typische Problemlagen bei Compliance-Maßnahmen aus Sicht der Praxis

Die Geschäftsführung steht bei der Ausgestaltung einer Compliance-Organisation sowie verschiedener Einzelmaßnahmen vor der Frage, ob und wie sie den rechtlichen Anforderungen genügen und damit nach Möglichkeit Sanktionen und Reputationsschäden vermeiden kann. Außerhalb von speziellen Wirtschaftsgebieten, wie dem Finanz-, dem Versicherungs- und dem Healthcaressektor, sind die Anforderungen im Compliance-Bereich gesetzlich oftmals nicht normiert.⁵

* Teil 2 folgt in der nächsten Ausgabe des CB.

1 Vgl. etwa zur Außenhaftung wegen der Untreuebeihilfe durch Unterlassen BGH, 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26; dazu *Nietsch*, CCZ 2013, 192.

2 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls m. BB-Komm. *Grützner*, WM 2014, 947.

3 Das Verfahren ist mittlerweile durch einen Vergleich in Höhe von 2,5 Mio. Euro zwischen Siemens und Herrn Neubürger beendet worden.

4 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls m. BB-Komm. *Grützner*, WM 2014, 947, Leitsatz 1.

5 Zu unterscheiden ist hierbei von den Organisationspflichten, die dem einwandfreien Funktionieren einer Infrastruktureinrichtung (wie etwa der Energieversorgung) oder der Gefahrenvermeidung (z. B. durch Immissionen) dienen, da diese i. d. R. technischen Charakter haben.

Leitungsorgane und Compliance-Beauftragte sehen sich deshalb im Regelfall mit einer Situation konfrontiert, in der sie ohne hinreichend bestimmte gesetzliche Vorgaben bestehende Sach- und Rechtsrisiken erkennen und bewerten sowie über die zu ihrer Bewältigung zur Verfügung stehenden Mittel entscheiden müssen. Erschwert wird die Ausgestaltung von Kontrollinstrumenten nicht nur durch die Unbestimmtheit der Pflichtenlage, sondern auch durch zahlreiche tatsächliche Graubereiche, also Entscheidungssituationen, in welchen aufgrund der Sachlage unklar ist, ob ein Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.⁶ In der Praxis ergeben sich hierbei typische Problemlagen, die sich exemplarisch in folgende Kategorien einteilen lassen:

1. Fallszenarien im Bereich der allgemeinen organisatorischen Aufstellung von Compliance im Unternehmen

a) Ausgestaltung der Compliance-Organisation

Aufbau und Umsetzung einer Compliance-Organisation sind trotz gewisser Übereinstimmungen über die allgemeinen Bestandteile von Compliance-Systemen (CMS)⁷ in unterschiedlichen Formen denkbar. So kann eine interne, selbstständige Compliance-Abteilung oder eine als Teil der Rechtsabteilung fungierende Abteilung etabliert werden. Denkbar ist weiterhin auch z. B. die Übernahme der Compliance-Organisation in kleineren Unternehmen durch den Inhaber, als zusätzliche Teilzeitaufgabe eines Mitarbeiters oder mehrerer Mitarbeiter als Zusatzfunktion sowie das Outsourcing von Compliance an eine externe Kanzlei. Weitere Fragen betreffen die Verbindung von Compliance mit anderen Abteilungen im Unternehmen, namentlich mit den operativen Einheiten und der Revision.

b) Eingehung von Risikolagen, bewusste Regelverstöße und Kosten-Nutzen-Betrachtung

Eine weitere praktische Fragestellung zur Ausgestaltung von Compliance liegt im Erschließen von Märkten, die hohe Compliance-Risiken, wie z. B. eine hohe Korruptionsgefahr⁸, bergen. Es wird sogar erwogen, ob auch das Eingehen eines bewussten Regelverstößes trotz einer damit verbundenen möglichen Bebußung des Unternehmens den Tatbestand der Pflichtwidrigkeit aus Sicht der Geschäftsleitung hindert, weil der Verstoß aus rein ökonomischen Gesichtspunkten für sich genommen vorteilhafter für das Unternehmen sein kann, als die Einhaltung der geltenden Regelung. Unterhalb der Schwelle solcher vorsätzlichen Rechtsverletzungen stellt sich aber v. a. die Frage, welcher Aufwand für Compliance betrieben werden muss, d. h. etwa wie viele Mitarbeiter eingestellt werden müssen, welche Qualifikationsvoraussetzungen zu beachten sind, wie häufig Schulungen stattzufinden haben usw.

2. Graubereiche bei anlassbedingten Compliance-Maßnahmen

Die Geschäftsleitung muss in der Praxis möglicherweise Einzelfallentscheidungen zu Compliance-Themen treffen, die tatsächliche und rechtliche Unsicherheiten aufweisen.

a) Kritische Vertragsabschlüsse

Als risikobehaftete Einzelfallentscheidung der Geschäftsleitungen ist etwa der Abschluss eines großvolumigen Vertrages, der in der tatsächlichen und rechtlichen Bewertung Grauzonen enthält, denkbar,

d. h. ein solcher, bei dem mit verhältnismäßigen Mitteln nicht mit Sicherheit aufklärbar ist, ob ein Gesetzesverstoß vorliegt oder nicht. Das kann bspw. korruptive Praktiken des Geschäftspartners oder ein Geldwäscherisiko beim Beteiligungserwerb betreffen. Der Überprüfung solcher Sachverhalte sind v. a. tatsächliche Grenzen, etwa durch kulturelle, räumliche, sprachliche oder finanzielle Hürden aufgelegt.

b) Untersuchung von Hinweisen

Mit gewisser Regelmäßigkeit steht die Geschäftsleitung ferner vor der Entscheidung, ob ein eingegangener Hinweis auf einen potenziellen Rechtsverstoß verfolgt wird. Zeigt sich bei erfolgter Prüfung, etwa durch ein forensisches Audit, jedoch weder ein eindeutiger Verstoß noch kann das Vorliegen eines solchen gänzlich ausgeschlossen werden, muss die Geschäftsleitung eine Entscheidung über das weitere Vorgehen treffen.

c) Verhältnis zur hoheitlichen Rechtsverfolgung

Erhärtet sich der Verdacht einer Gesetzesverletzung, stellt sich für Leitungsorgane grundsätzlich die Folgefrage, ob sie im Falle eines Verstoßes selbst Aufklärungs- oder Anzeigepflichten unterliegen bzw. auch dort wo dies nicht der Fall ist, an Behörden herantreten sollen und wie in Konfliktfällen zwischen der hoheitlichen Rechtsverfolgung und dem Unternehmensinteresse zu verfahren ist.

III. Anerkennung eines Business Judgement bei Compliance-Maßnahmen

Angesichts der vielfältigen Unbekannten, denen sich Leitungsorgane bei der Ausgestaltung von Compliance im Unternehmen gegenüber sehen, hat bei Schäden, die infolge von Rechtsverstößen entstehen (Sanktionen, Umsatzeinbußen, Schadensersatzzahlungen, Beraterkosten) die Frage nach haftungsbegrenzenden Ermessensspielräumen entscheidende Bedeutung. Geht man zunächst von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aus, so liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁹ Zentrale Bedeutung hat zunächst die Frage, ob es sich bei Compliance-Entscheidungen der Geschäftsleitung um eine „unternehmerische Entscheidung“ handelt.

6 Abzugrenzen ist diese Situation von der Unklarheit der materiellen Rechtslage bei feststehendem Sachverhalt, für die sich die Frage nach einem „Legal Judgement“ ergibt (dazu u. III.).

7 Vgl. dazu Bay/Hastenrath, Compliance Management-Systeme, 2014, S. 49ff.

8 Anhaltspunkte für die Korruptionsgefahr in einem Land bietet hier in etwa der Korruptionswahrnehmungsindex von Transparency International; siehe zum aktuellen Index 2013 unter www.transparency.de/Corruption-Perceptions-Index-2.2396.0.html, Stand: 16.5.2015.

9 Zum sog. „Recht auf Irrtum“ Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 176 ff.

1. Compliance-Organisation als „unternehmerische Entscheidung“ nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG?

Ein allgemein anerkanntes, randscharfes Begriffsverständnis der „unternehmerischen Entscheidung“ findet sich bislang nicht.¹⁰ Im Ausgangspunkt lässt sie sich als Auswahl der dem Interesse der Gesellschaft am besten dienenden Handlungsmöglichkeit beschreiben.¹¹ Einen näheren Anhaltspunkt geben die Materialien, die einerseits für unternehmerische Entscheidungen auf deren Zukunftsbezogenheit bzw. ihren Prognosecharakter verweisen und ihnen andererseits gegenbegrifflich „gebundene Entscheidungen“, also solche, bei denen eine rechtliche Handlungspflicht besteht, gegenüberstellen. Auch damit ist allerdings nur begrenzt Klarheit gewonnen. So lässt sich Compliance wegen der vielfältigen Entscheidungsunsicherheiten, ob vorhandene Mechanismen Rechtsverletzungen ausreichend vorbeugen und wie sich wirtschaftliche Folgen von Rechtsrisiken auswirken einerseits als unternehmerisches Handeln i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG begreifen. Andererseits ist dagegen einzuwenden, dass Entscheidungen der Geschäftsführung zu Compliance-Themen ausschließlich einer gesetzlichen Handlungspflicht entsprechen würden, die eine derartige Safe-Harbour-Regelung nicht kennt.

a) Bestandsaufnahme in Rechtsprechung und Schrifttum

Die im deutschen Rechtskreis bislang einzig dazu ergangene *Neubürger*-Entscheidung des LG München I räumt dem Vorstand zwar nicht ausdrücklich, aber implizit ein gewisses Handlungsermessen bei der Ausgestaltung der Compliance-Abteilung und -Maßnahmen ein. Entscheidend für deren Umfang im Einzelnen sollen nämlich „Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geografische Präsenz wie auch die Verdachtsfälle aus der Vergangenheit“ sein.¹² Ob es sich dabei um einen Fall des *unternehmerischen* Ermessens handelt, bleibt aber offen. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG oder der Begriff des Business Judgements werden nicht erwähnt. Die dem Zusammenhang zu entnehmende Orientierung an § 91 Abs. 2 AktG, der als die Überwachungspflicht konkretisierende Norm bezeichnet wird, deutet allenfalls auf einen im Rahmen der Erfüllung einer gesetzlichen Pflichtaufgabe bestehenden voll überprüf- baren Beurteilungsspielraum. Denkbar ist sogar, dass das LG München I hier überhaupt nicht an einen Fall des Ermessens, sondern des Sorgfaltsmaßstabs gedacht hat und hier eine entsprechende Konkretisierung vornehmen wollte.

Das Schrifttum ging zunächst ohne Weiteres von der Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aus.¹³ Den Unterschied gegenüber der rein betriebswirtschaftlich-kaufmännischen Entscheidung hielt man dabei offenbar nicht für ins Gewicht fallend.¹⁴

Die Gegenposition sieht die Unterscheidung zwischen unternehmerischen Entscheidungen i. S. d. BJR und eines ggf. anzuerkennenden Beurteilungsspielraums im Rahmen gesetzlicher Pflichtaufgaben als zwingend an und schließt Compliance aus dem Anwendungsbereich des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aus.¹⁵ Der Grund wird darin gesehen, dass Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen bereits aus der „Natur der Sache“ folge, wohingegen es im Rahmen der Pflichtaufgaben den begründungsbedürftigen Einzelfall darstelle. Hier sieht man sich durch die Materialien zu § 91 Abs. 2 AktG bestätigt: Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit sehe, das Ermessen in der Regierun- gsbegründung eigens zu er-

wähnen, zeige dessen Ausnahmecharakter. Im Übrigen gelte aber, Compliance habe mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG „jedoch nichts zu tun“¹⁶. In der jüngeren Diskussion gibt es – ausgehend von den Stellungnahmen zum *Neubürger*-Urteil – Tendenzen für die Anerkennung eines solchen Ermessens.¹⁷ Die Grundlage bleibt aber weitgehend offen.

b) Abweichung vom Normaltypus der unternehmerischen Entscheidung

Zur Beantwortung der Frage, ob die Ausgestaltung von Compliance durch den Vorstand als „unternehmerische Entscheidung“ einem Ermessen des Vorstands i. S. d. BJR unterliegt, hat man sich zunächst die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals und die bei Compliance gegebenen Besonderheiten gegenüber dem normtypischen Regelfall des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu verdeutlichen. Das Merkmal der „unternehmerischen Entscheidung“ umschreibt den Anlass der haftungsrechtlichen Privilegierung. Er liegt im Regelfall in dem mit kaufmännischer Tätigkeit typischerweise verbundenen Risiko, dass sich eine in Bezug auf getätigte Investitionen gehegte Renditeerwartung nicht erfüllt. Grund für die Unsicherheit ist der Markt, der angebotene Produkte oder Dienstleistungen entweder überhaupt nicht, nur für kurze Dauer oder zu nicht kostendeckenden Preisen annehmen will.¹⁸ Hinter der BJR verbirgt sich also zunächst die Einsicht der mangelnden Vorhersehbarkeit unternehmerischen Erfolgs. Die daraus gezogene Konsequenz: Misserfolge dürfen nicht generell über die Regressebene der Geschäftsleitung zugewiesen werden, sondern sind von der Gesellschaft zu tragen. Einigkeit darüber besteht aber nur für den in seinen *wirtschaftlichen Folgen* nicht beherrschbaren Pflichtenkreis

10 Krit. insoweit *Spindler*, AG 2013, 889, 891.

11 Vgl. *Koch*, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 93, Rn. 4 f.; ähnlich *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 41 ff.

12 Vgl. LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls m. BB-Komm. *Grützner*, WM 2014, 947, 951, B. I.1.a.(1) a. E. unter Bezugnahme auf *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 4. Aufl. 2014, § 91, Rn. 36.

13 Vgl. *Bachmann*, in: Bachmann/Baums/Goette, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2007, S. 65, 85 f.; *ders.*, ZHR 177 (2013), 1, 8 f.; *Bürkle*, BB 2005, 565, 568 f.; *Fleischer*, AG 2003, 291, 293; *Kocher*, CCZ 2009, 215 ff.; in der Tendenz auch *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 75 ff.; vgl. hinsichtlich eines weiten Ermessens jedenfalls im Ergebnis auch *Kremer/Klarhold*, ZGR 2010, 113; *Nothelfer*, CCZ 2013, 23; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, § 3 II 3. a, Rn. 75.

14 Dazu etwa *Bachmann*, in: Bachmann/Baums/Goette, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2007, S. 65, 85 f., der das Merkmal der unternehmerischen Entscheidung jedoch zugleich insgesamt für überflüssig erachtet; *ders.*, ZHR 177 (2013), 1, 8 f.

15 *Habersack*, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009, S. 17 f.; *Holle*, AG 2011, 778, 780 f.; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 93, Rn. 4 f.; ferner Arbeitskreis Überwachung, DB 2005, 2189, 2190 f.; jüngst auch wieder *Bicker*, AG 2014, 8, 9.

16 *Habersack*, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009, S. 17 f.; *Holle*, AG 2011, 778, 780.

17 *Bürkle*, CCZ 2015, 52, 54 f.; *Fleischer*, NZG 2014, 321; *Simon*, AG 2014, 318, 319; *Oppenheim*, DStR 2014, 1063, 1065; *Fett*, CCZ 2014, 142, 144.

18 Dazu *Dauner-Lieb*, in: *Crezelius/Hirte/Vieweg* (Hrsg.), FS Röhrich, 2005, S. 83, 84 ff.; zum betriebswirtschaftlichen Gehalt der BJR auch Arbeitskreis Überwachung, DB 2005, 2189, 2190 ff.; vgl. zu hohen Kosten „ersteigerten“ Mobilfunklizenzen, die bald technisch überholt sind, vgl. BGH, 3.3.2008 – II ZR 124/06, BGHZ 175, 365, 368 ff.

des Leitungsorgans.¹⁹ Zudem muss überhaupt eine Entscheidungsalternativität bestehen.

c) Verhältnis zu Rechtsrisiken und Legalitätspflicht

Beides wird für die hier interessierende Problematik der Compliance-Organisation unter Hinweis darauf, dass es sich um eine gesetzliche Pflicht handele, deren Bezugspunkt also nicht der wirtschaftliche Erfolg, sondern die Rechtsbindung der Gesellschaft sei, von Teilen der Literatur verneint.²⁰ Die Anwendung der BJR scheidet demnach an der Legalitätspflicht des Vorstands. Danach muss ein Vorstandsmitglied Sorge dafür tragen, dass im Außenverhältnis sämtliche Vorschriften eingehalten werden, welche die Gesellschaft als Rechtsobjekt betreffen.²¹ Diesbezüglich gäbe es nur eine „gebundene“ Entscheidung, nämlich in Form der uneingeschränkten Beachtung von Recht und Gesetz. Angesprochen ist damit die Legalitätspflicht des Vorstands.

Was auf den ersten Blick plausibel klingt, nämlich die konsequente Befolgungspflicht des Rechts, greift indessen zu kurz, um damit die Unanwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Compliance zu begründen. Richtig ist zwar, dass mit der Lockerung der Haftung der strikte Gleichlauf zwischen der die Gesellschaft treffenden Rechtspflicht (im Außenverhältnis) und der dieser gegenüberstehenden Pflicht des Vorstands (im Innenverhältnis) u.U. relativiert wird. Zutreffend ist auch, dass die Reichweite der Legalitätspflicht der weiteren dogmatischen Klärung bedarf. Nicht übersehen werden sollte aber, dass der Geltungsanspruch des Rechts durch die Anerkennung eines Entscheidungsermessens nicht generell angezweifelt wird. In Rede steht ein Ermessen nicht hinsichtlich der hierdurch vorgegebenen Rechtsbindung als solches, sondern in Bezug auf die Art und Weise ihrer Verwirklichung auf betriebsorganisatorischer Ebene.²² Die Legalitätspflicht wirkt daher haftungsrechtlichen Privilegierungen bei Compliance-Maßnahmen zumindest solange nicht entgegen, wie man sich darüber einig ist, dass hierdurch kein *vorsätzlich* rechtswidriges Verhalten gedeckt ist.²³

d) Reichweite und Wesen der Business Judgement Rule

Damit sind die Bedenken gegen eine Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Compliance-Maßnahmen aber noch nicht ausgeräumt. Denn auch soweit man von einer Pflichtaufgabe ausgeht, soll der Vorstand in Anlehnung zu § 91 Abs. 2 AktG ja – wie gesehen – über einen dahingehenden Beurteilungsspielraum verfügen. Den Kerneinwand gegen die Anwendbarkeit der BJR auf Compliance-Maßnahmen scheint daher weniger deren haftungsbegrenzende Wirkung als solche, sondern vielmehr deren befürchtete Reichweite zu bilden. Die unausgesprochene Prämisse besteht dabei darin, dass bei § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Vergleich zum Beurteilungsspielraum bei der Erfüllung der Pflichtaufgabe eine deutlich reduzierte gerichtliche Nachprüfung stattfindet.

Im Ausgangspunkt sind diese Bedenken durchaus nachvollziehbar. Die Konturen der BJR sind alles andere als randscharf. Es handelt sich um einen Rechtsimport, dessen Funktionsgleichheit mit dem US-amerikanischen Recht als der Herkunftsrechtsordnung mit dem deutschen Recht nicht abschließend geklärt ist.²⁴ Deutlich wird die Unsicherheit neben dem Merkmal der unternehmerischen Entscheidung auch bei Fragen ihrer Rechtsnatur, so v. a., ob § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die Pflichtenebene oder (nur) den Sorgfaltsmaßstab

betrifft.²⁵ Versteht man die BJR als Regelung des Verschuldensmaßstabs und nimmt weiter an, dass nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, droht selbst dann, wenn man sich über den o.g. Grundsatz, dass bewusste Rechtsverletzungen als Verstoß gegen die Legalitätspflicht uneingeschränkt haftungsrechtlich sanktioniert werden müssen, hinweg setzt, eine unangemessene Vernachlässigung der Rechtsbindung des Vorstands. Wie ernst zu nehmen diese Gefahr ist, zeigt sich nicht nur an der derzeit geführten Debatte, das Angemessenheitskriterium des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG durch die Aufnahme der groben Fahrlässigkeit als Sorgfaltsmaßstab in den Gesetzestext aufzunehmen.²⁶ Nicht anders verhält es sich, wenn man die Grenzen der BJR erst als erreicht ansehen will, wenn das Vorstandshandeln „völlig unvertretbar“ erscheint.²⁷

Diese Befürchtungen sprechen allerdings nicht gegen eine Anerkennung der Geltung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Zum einen zeigt die in Deutschland unter anderen prozessualen Vorzeichen als in den USA zur Welt gekommene BJR durchaus ein von ihrer Herkunftsrechtsordnung losgelöstes Eigenleben.²⁸ Die Tendenz besteht bei ihrer

-
- 19 Daher ist ihre Anknüpfung an das Vorliegen einer dadurch gekennzeichneten unternehmerischen Entscheidung erforderlich und entgegen a. A. unverzichtbar; s. aber anders *Bachmann*, in: *Bachmann/Baums/Goette*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2007, S. 65, 85 f.; *ders.*, ZHR 177 (2013), 1, 8 f. und die jetzt wieder geführte Diskussion, ob es hier überhaupt eine haftungsrechtliche Privilegierungswirkung gibt; dazu *Druey*, in: *Habersack/Hommelhoff* (Hrsg.), FS Goette, 2011, S. 57, 70; v. *Falkenhausen*, NZG 2012, 644.
 - 20 Deziert *Holle*, AG 2011, 778, 780 ff.; Arbeitskreis Überwachung, DB 2005, 2189, 2190 ff.; so wohl auch *Habersack*, in: *Lorenz* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009, S. 5, 17 f.; ähnlich auch *Bürkle*, CCZ 2015, 52, 53.
 - 21 Grundlegend *Schneider*, ZIP 2003, 645 ff.; vgl. auch *Habersack*, AG 2014, 1 ff.; *Simon/Merkelbach*, AG 2014, 318.
 - 22 So wohl auch – bezogen auf das Problem der mangelnden Randschärfe von Pflichtaufgaben und unternehmerischen Entscheidungen des Vorstands allgemein – *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, 3. Aufl. 2009, § 93, Rn. 17.
 - 23 Das von Anfang an klarstellend schon *BegrRegE.* zum UMAG, BT-Drs. 15/5092, 11 f.; trotz Unterschieden in der Begründung allg. Meinung, vgl. *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, 3. Aufl. 2009, § 93, Rn. 25; *Hauschka*, ZRP 2004, 65, 66.
 - 24 Das gilt nicht zuletzt angesichts der prozessualen Bedeutung der BJR als einem Mittel zur Begrenzung der Pre Trial Discovery im US-amerikanischen Recht, dazu *Kern*, in: *Perspektiven des Wirtschaftsrechts*, Schriften der EBS-Law School Bd. 1, 2012, S. 159, 172.
 - 25 Für Letzteres etwa Arbeitskreis Überwachung, DB 2006, 2189, 2190; so wohl auch *Habersack*, in: *Lorenz* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009, S. 5, 17 f. zu verstehen mit dem Hinweis, BJR und Risikoeerkennung i. S. d. § 91 Abs. 2 AktG „habe miteinander nichts zu tun“; zur prozessualen Bedeutung der BJR im US-Recht neben *Kern*, in: *Perspektiven des Wirtschaftsrechts*, Schriften der EBS-Law School Bd. 1, 2012, S. 159, 163 ff. noch *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, 3. Aufl. 2009, § 93, Rn. 14; *Paefgen*, *Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, 2002, S. 151 ff., zum Haftungsmaßstab: S. 181 ff.
 - 26 Ausgangspunkt ist hier der Umstand, dass anstelle der zunächst vom Gesetzgeber erwogenen Formulierung „ohne grobe Fahrlässigkeit“ das Merkmal „vernünftigerweise“ in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aufgenommen wurde, vgl. *Spindler*, AG 2013, 889, 882, 894 ff.; ferner *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 8 ff.
 - 27 So etwa *Holle*, AG 2011, 778, 783, der unter Hinweis auf die Zurückhaltung der inhaltlichen Kontrolle der Entscheidung in der US-Gerichtspraxis lediglich einer „jeder Rationalität und Nachvollziehbarkeit entbehrenden Entscheidung den sicheren Hafen verwehren“ will; *Paefgen*, *Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, 2002, S. 180.
 - 28 Das gilt insbesondere für das Verständnis der Darlegungs- und Beweislastverteilung, vgl. *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, 3. Aufl. 2009, § 93, Rn. 14; *Paefgen*, NZG 2009, 891 ff., 894 f.

Anwendung durch die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung zumindest bisher eher in einer zu strengen als einer zu weiten Handhabung – beispielhaft abzulesen an dem Streit, ob ein Handeln aufgrund „angemessener“ Information mit einem solchen unter Berücksichtigung „aller“ zur Verfügung stehenden Informationen gleichzusetzen ist.²⁹ Betrachtet man das Schrifttum, ist umgekehrt bemerkenswert, dass die Stimmen, welche eine gerichtliche Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung im soeben genannten Sinne nur sehr begrenzt, also bei völliger Unvertretbarkeit zulassen wollen, nahezu sämtlich älteren Datums sind und anlässlich der Einführung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG durch das UMAG rechtsvergleichend auf das US-Recht Bezug nehmen.³⁰ Zum anderen lässt sich die BJR trotz des verständlichen Wunsches nach einem weit und in seiner Ausdehnung klar dimensionierten Safe Harbour kaum jemals in statische Formen zwingen, sondern sie verlangt nach Ausdifferenzierungen hinsichtlich der Kontrolldichte, die maßgeblich vom Entscheidungsgegenstand und den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängen.³¹ Das kann durchaus eine strengere Handhabung der Regel bei solchen betrieblichen Maßnahmen zur Folge haben, die zur Erfüllung von Pflichtaufgaben ergriffen werden.³² Eine grundsätzliche Nichtanwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfordert dies jedoch nicht.

2. Parallelen zwischen Compliance und marktbezogenem Handeln

Geht es bei der Anwendung der BJR auf die Compliance-Organisation also nicht wie befürchtet um das Schicksal einer der eigenüblichen Sorgfalt preisgegebenen Legalitätspflicht, so hängt die Frage, ob sich die BJR trotz der gegenüber dem Normaltypus der unternehmerischen Entscheidung gegebenen Unterschiede bei Compliance als zur Haftungsbegrenzung probates Mittel erweist, von den Übereinstimmungsmerkmalen beider Kategorien ab.³³ Folgende Parallelen sprechen dafür:

a) Vermeidung von Rückschaufehlern

Zunächst besteht bei fehlgeschlagener Compliance in besonderer Weise die Gefahr der Verbindung von Rückschaufehlern (*Hind Sight Bias*) und unterschwelliger Tendenz zur Annahme einer Erfolgshaftung.³⁴ Das gilt umso mehr bei schweren oder lange Zeit unbemerkten Rechtsverstößen und wird – je nach Umständen und aufmerksamer Anteilnahme einer breiteren Öffentlichkeit – noch weiter befeuert. Zwar mag man bei realistischer Betrachtung zweifeln, ob es gelingt, der naturgegebenen Ex-Post-Perspektive des Richters durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG wirksam zu begegnen.³⁵ Die Vorschrift bietet aber – auch darin liegt ihr Vorteil gegenüber „ungeschriebenen“ Beurteilungsspielräumen – allein schon aufgrund ihrer Aufarbeitung in Rechtsprechung und Lehre zumindest eine *normative* Handlungsanweisung, sich dieser Neigung bewusst zu machen und gegenzusteuern.

Der in Form der BJR vermittelte Haftungsfreiraum hat bei Compliance noch einen weiteren Nutzen: Vielfach werden Defizite deshalb nicht behoben, weil man sich dann Fragen nach einer früheren Fehleinschätzung bzw. Gefahrerkennung und Haftungsvermeidung gefallen lassen muss.³⁶ Diese Hemmschwelle kann abgesenkt werden, wenn damit nicht zwangsläufig die ernstzunehmende Gefahr persönlicher Inanspruchnahme einhergeht. Insoweit kann die

BJR auch bei „repressiver Compliance“ einen förderlichen Beitrag leisten.

b) Tatsächliche Unsicherheitslage

Sodann sind bei Compliance augenfällige Parallelen zum Regelfall der kaufmännischen Führungsentscheidung zu berücksichtigen. Dazu gehört insbesondere die vielfältige *tatsächliche* Unsicherheit hinsichtlich der Sachlage. So berichtet die Praxis immer wieder davon, dass es zwar keine greifbaren Anhaltspunkte für Rechtsverletzungen, z. B. auf Seiten eines Geschäftspartners oder einer ausländischen Tochtergesellschaft gäbe, gänzlich ausschließen könne man dies aber auch nicht. Der Grund für diese Unsicherheit liegt – insoweit dem Erreichen von Renditezielen nicht ganz unähnlich – maßgeblich in der Abhängigkeit vom Verhalten Dritter, nämlich der Mitarbeiter und direkter und indirekter (Lieferkette) Geschäftspartner. Wie Schulungen, Mission Statements und Kodizes aufgenommen werden und welche Maßnahmen die betreffenden Personen zur Normtreue anhalten und eine viel beschworene nachhaltige Compliance-Kultur schaffen, lässt sich weder allgemein noch für das konkrete Unternehmen vorhersagen. Angesichts der zahlreichen, zum Teil auch kulturell und mentalitätsbedingten Unterschiede in einem internationalen Konzern dürfte das Maß an Unvorhersehbarkeit teilweise noch größer sein, als bei Vorhersage des Marktverhaltens im Rahmen rein kaufmännischer Entscheidungen.

In einer Reihe von Situationen bleiben dem Vorstand ohne Anerkennung eines haftungsfreien Entscheidungsspielraums dann aber nur zwei Handlungsoptionen: Entweder durch Einsatz von erheblichen Unternehmensressourcen versuchen, alle denkbaren Schlupflöcher zu schließen oder dem kritischen Geschäft fernbleiben. Bei der Beurteilung, welche personellen und sachlichen Mittel zur Verwirklichung welcher Compliance-Ziele erforderlich, aber auch ausreichend sind, wandelt die Geschäftsleitung indessen auf einem schmalen Grat. Nicht ohne Grund besteht hierbei die Gefahr, „zu viel des Guten“ zu tun und bei einer Absicherung „um jeden Preis“ Unternehmensmittel zu verschwenden. Insoweit unterscheidet sich Compliance wenig von anderen Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit und der

29 Vgl. BGH, 14.7.2008 – II ZR 202/07, NJW 2008, 3361 (zur GmbH); dazu krit. *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2339; v. *Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 648; zurückhaltender nachfolgend auch BGH, 3.11.2008 – II ZR 236/07, BB 2009, 465, NZG 2009, 117, und BGH, 22.2.2011 – II ZR 146/09, ZIP 2011, 766; jetzt aber wieder BGH, 18.6.2013 – II ZR 86/11, BB 2013, 2257, NZG 2013, 1021.

30 So etwa *Langenbacher*, DStR 2005, 2083, 2087 f.; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1257; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 180; *Thümmel*, DB 2004, 471, 472.

31 So sinngemäß in auch *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 11; *Koch*, ZGR 2006, 767, 783; *Druey*, in: *Habersack/Hommelhoff* (Hrsg.), FS Goette, 2011, S. 57, 71 („Rule ist nicht Vorschrift“).

32 Krit. zu einem variantenreicheren Verständnis der BJR aber *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, 3. Aufl. 2009, § 93, Rn. 18.

33 Ob man das Merkmal der „unternehmerischen Entscheidung“ insoweit erweiternd auslegt oder aufgrund der Vergleichbarkeit mit Compliance zu einer Analogie gelangt, kann hier offen bleiben.

34 Zum Anliegen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Instrument zur Vermeidung eines erfolgshaftungsgetriebenen Denkens *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, 3. Aufl. 2009, § 93, Rn. 13.

35 Eingehend dazu jüngst *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 4 ff.

36 Auf diesen Zusammenhang hinweisend auch *Grunewald*, NZG 2013, 841, 843.

dabei vorzunehmenden Ressourcenallokation, wobei die Nähe zur „Qualitätssicherung“ im Rahmen der Produktsicherheit besonders augenfällig ist. Die als Alternative in Betracht zu ziehende Abstandnahme vom kritischen Geschäft entspricht andererseits mitunter zugleich der Vermeidung ganzer Märkte. Verlangt man dem Vorstand zur Vermeidung von Haftung das ab, so wird nicht nur die unternehmerische Initiative gelähmt. Zugleich ist eine solche Maßgabe für die Volkswirtschaft insgesamt von Nachteil.³⁷ Beides berührt also Kernanliegen der BJR, die dies insbesondere im volkswirtschaftlichen Interesse vermeiden will und muss, und spricht für eine Anwendbarkeit der Regel. Insgesamt ergibt sich damit eine gegenüber (rein) kaufmännischen Entscheidungen festzustellende weitgehende Vergleichbarkeit der Entscheidungssituation und Übereinstimmung zentraler Regelungsbedürfnisse zwischen kaufmännischen Entscheidungen und Compliance-Entscheidungen.

3. Ergebnis

Im Ergebnis sprechen Normzweckerwägungen und praktische Gründe daher dafür, Compliance-Maßnahmen der Unternehmensleitung als „unternehmerische Entscheidung“ i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einzustufen. Compliance unterscheidet sich zwar vom Regelungsleitbild dieses Tatbestandsmerkmals in der Weise, dass sich Fehleinschätzungen und Nachteile für das Unternehmen nicht in Form einer Marktreaktion, sondern in anderer Weise begründen können. Zugleich zeigen sich aber zwischen dem Normalfall der unternehmerischen Entscheidung i. S. d. Vorschrift und Compliance-Maßnahmen deutliche Parallelen. Dazu gehört namentlich die vielfach gegebene tatsächliche Entscheidungsunsicherheit und die Gefahr von Rückschaufehlern, insbesondere im Rahmen von gerichtlichen Beurteilungen, die für eine Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Compliance-Maßnahmen sprechen. Bedenken gegen die Anwendbarkeit der BJR auf Compliance-Maßnahmen gründen v. a. auf einer in ihrer Reichweite liegenden unangemessenen Beschränkung der Legalitätspflicht. Diese greifen allerdings solange nicht durch, soweit man die als solche anerkannte Prämisse befolgt, dass bewusste Rechtsverstöße als „nützliche Pflichtverletzungen“ keine haftungsrechtliche Privilegierung finden. Im Übrigen ist der Bedeutung der Legalitätspflicht im Rahmen der konkreten Anwendung der BJR ausreichend Rechnung zu tragen. Beide Anliegen sind bei den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen für die Anerkennung eines

unternehmerischen Ermessens, dem Handeln aufgrund angemessener Information und zum Wohle der Gesellschaft im zweiten Teil des Beitrags Rechnung zu tragen.

AUTOREN



Prof. Dr. Michael Nietsch ist Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Kapitalmarktrecht an der EBS Law School in Wiesbaden. Zuvor war er geschäftsführender wissenschaftlicher Assistent am Institut für Deutsches und Internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität, Mainz. Forschungsinteressen und Schwerpunkte der Lehre liegen in den Fächern Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht. Michael Nietsch ist Direktor des Centers for Corporate Compliance an der EBS Law School.



Dr. Katharina Hastenrath, RAin, war für drei Unternehmen als Compliance Counsel bzw. Chief Compliance Officer tätig. Aktuell berät sie als Inhaberin der „Kanzlei Dr. Hastenrath“ Unternehmen in allen Fragen zu Compliance, Compliance-Management-Systemen und Corporate Social Responsibility (www.hastenrath-compliance.de). Sie ist Vorstand im Netzwerk Compliance, Fachbeirätin, Dozentin an renommierten Hochschulen sowie Autorin (z. B. *Compliance-Management-Systeme*, Bay/Hastenrath, Beck, 2014) im Compliance-Bereich.

³⁷ Zur volkswirtschaftlichen Dimension der BJR *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, 3. Aufl. 2009, § 93, Rn. 13.