

## CB-BEITRAG

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

# Business-Judgement bei Compliance-Entscheidungen – ein Ausweg aus der Haftungsfalle? – Teil 2\*

Nachdem in Teil 1 des Beitrags (CB 6/2015) dargelegt wurde, dass Compliance-Maßnahmen aus Sicht des Vorstands grundsätzlich dem Begriff der unternehmerischen Entscheidung i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG unterfallen können, sollen im Folgenden die sich aus dieser Vorschrift ergebenden weiteren Voraussetzungen untersucht werden. Im ersten Schritt werden dazu die sich hieraus nach allgemeinem aktienrechtlichen Verständnis ergebenden Anforderungen an das Handeln aufgrund angemessener Information und zum Wohle der Gesellschaft im besonderen Kontext der Compliance-Organisationsentscheidung betrachtet. Im darauffolgenden zweiten Schritt gilt es, die Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in ausgewählten typischen Compliance-Sachverhalten zu untersuchen.

## IV. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

### 1. Handeln aufgrund angemessener Information

Zentrale Voraussetzung für die Anerkennung eines haftungsfreien Ermessensspielraums ist das Handeln des Vorstands aufgrund angemessener Informationslage. Darunter wird im Schrifttum eine Entscheidungsfindung verstanden, der Informationen über Risiken und Chancen zugrunde liegen, die dem Umfang und der Qualität nach für die anstehende Entscheidung angemessen sind.<sup>38</sup> Der maßgebliche Betrachtungszeitpunkt der Angemessenheit ist *ex ante*,<sup>39</sup> es kommt also auf den Zeitpunkt der Entscheidung an. Die Angemessenheit beurteilt sich an den jeweiligen Kriterien des Einzelfalls, wie der Art der Entscheidung, der tatsächlichen Situation, der wirtschaftlichen oder zeitlichen Dringlichkeit oder den Folgen für das Unternehmen.<sup>40</sup> Der BGH hat zunächst gefordert, der Vorstand müsse dazu alle verfügbaren rechtlichen und tatsächlichen Informationen ausschöpfen,<sup>41</sup> er scheint zwischenzeitlich daran aber nicht mehr festzuhalten.<sup>42</sup> Da über einen solchen Anspruch der vollkommenen Information rückwärtig die vollständig inhaltliche Überprüfung der Richtigkeit der Entscheidung droht, diese dadurch aber nicht unbedingt erhöht wird, ist auch an dieser Stelle mit dem Schrifttum daher dafür zu plädieren, von einer generellen Pflicht zur Beschaffung aller nur erdenklichen Informationen abzusehen.<sup>43</sup> Anhaltspunkte für ein sachgerecht-begrenztes Verständnis der Entscheidungsgrundlage bietet neben dem einschränkenden Gesetzeswortlaut auch die betriebswirtschaftliche Sichtweise. Nach ihr geht es v. a. darum, dass der Vorstand sich Klarheit über die zur Verfügung stehenden Handlungsalternativen schafft und dadurch befähigt wird, zu einer ausgewogenen Entscheidung zu finden.<sup>44</sup> Das Angemessenheitskriterium weist bei Compliance-Entscheidungen allerdings zumindest vier Besonderheiten auf: *Erstens* stehen weniger kaufmännische Opportunitäts Gesichtspunkte, sondern die

Erschließung des mit dem unternehmerischen Handeln verbundenen rechtlichen Risikos an. *Zweitens* bedarf es einer Bewertung der allgemein zutreffend und vollständig erfassten Risiken für das konkrete Unternehmen. *Drittens* kann die Betrachtung nicht einmalig *ex ante* auf den Entscheidungszeitpunkt bezogen werden, sondern muss in bestimmten Abständen wiederholt und auf notwendige Anpassungen hinterfragt werden. Compliance ist ein kontinuierlicher Prozess. In welchen Intervallen das zu geschehen hat, wird nicht einheitlich beurteilt. So ist mancherorts von einer Pflicht zur „fortlaufenden und regelmäßigen Information“ die Rede,<sup>45</sup> andere denken hier an zumindest quartalsweise Berichterstattung.<sup>46</sup> Sodann bestehen *viertens* zumindest bei ernstzunehmenden Verdachtsfällen von Rechtsverstößen gesteigerte Anforderungen an die informatorische Grundlage der daran zu knüpfenden Entscheidungen.

Letzteres führt dazu, dass hinsichtlich des Angemessenheitskriteriums bei Compliance zwischen einer (anlassunabhängigen) Ausgangssituation und einer durch mögliche oder festgestellte (anlassabhängige) Situation zu unterscheiden ist.<sup>47</sup> In der Grundkonstellation dürfte der Vorstand regelmäßig der Pflicht zum Handeln aufgrund angemessener

\* Teil 1 ist veröffentlicht in CB 2015, 177 ff.

38 *Bürgers/Kürber*, HeidelbergKomm AktG, 2008, S. 599, Rn. 13.

39 *Bürgers/Kürber*, a. a. O.

40 *Spindler/Stilz*, Komm. z. AktG, Bd. 1, §§ 1-149, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 73; Vgl. hierzu *Bürgers/Kürber*, a. a. O.

41 BGH NJW 2008, 3361.

42 So zumindest die Andeutungen aus BGH NZG 2009, 117; ZIP 2011, 766.

43 *Spindler/Stilz*, Komm. z. AktG, Bd. 1, §§ 1-149, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 73.

44 Vgl. etwa *Grundeis/v. Werder*, AG 2005, 825, 832 ff.

45 *Grützner*, BB 2014, 850.

46 *Simon/Merkelbach*, AG 2014, 318, 321.

47 Zum Zusammenhang zwischen Ermessen und Gefahrenschwelle auch *Bürkle*, CCZ 2015, 52, 53 f.

Information genügen, wenn er sich zunächst mit den anerkannten Methoden der Compliance vertraut macht. So ist bei der Etablierung eines Compliance-Management-Systems (CMS) zu erwarten, dass die allgemeinen Anforderungen an ein solches System berücksichtigt werden. Solche sind in Benchmarks zu eruieren oder es können einschlägige Standards herangezogen werden. Hier kommen v. a. der IDW PS 980<sup>48</sup> oder die ISO 19600<sup>49</sup> zu Compliance-Management-Systemen in Betracht, im Bereich der Antikorruption sicher auch noch die derzeit in Abstimmung befindliche ISO 37001<sup>50</sup>, die sich ausschließlich mit dem herausgeschälten Compliance-Einzelthema der Korruptionsvermeidung befasst. Teil dieser allgemeinen Anforderungen sind insbesondere die Beachtung der 7 Felder

1. Compliance-Kultur,
2. Compliance-Ziele,
3. Compliance-Organisation,
4. Compliance-Risiken,
5. Compliance-Programm,
6. Compliance-Kommunikation und
7. Compliance-Überwachung und Verbesserung

nach IDW PS 980 oder die 10, derzeit nur in Englisch erhältlichen, Themen

1. Scope,
  2. Normative references,
  3. Terms and definition,
  4. Context of the organization,
  5. Leadership,
  6. Planning,
  7. Support
  8. Operation,
  9. Performance Evaluation und
  10. Improvement
- nach ISO 19600.

Allerdings stellen alle existenten Standards auch immer zu einem Großteil auf die spezifische Ausgestaltung, Art, Größe, Historie u. ä. des Unternehmens ab, an der sich der Aufbau des CMS orientieren soll. Dementsprechend besteht die Notwendigkeit, die *allgemeinen* Bestandteile des CMS mit den *konkreten* Inhalten des eigenen Unternehmens zu füllen und daraus die notwendigen Schlüsse zu ziehen. Dabei bleibt dem Vorstandsmitglied im positiven Sinne ein weites Ermessen in der Umsetzung, im negativen Sinne besteht auch unter der Befolgung dieser Standards eine weitere Unsicherheit, ob die Maßnahmen ausreichend i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sind. Eine allgemeine Enthftung erfolgt durch eine mögliche Zertifizierung nach einem Standard nach richtiger Auffassung nicht.<sup>52</sup> Dies wird auch deutlich von den Zertifizierern in ihren Bewertungen betont.<sup>53</sup>

## 2. Handeln im Unternehmenswohl

Die Voraussetzung des Handelns im Unternehmenswohl erfordert zunächst, dass Maßnahmen, die aufgrund des Erkenntnis- und Auswahlprozesses als erforderlich erkannt wurden, ergriffen worden sind. Das Unternehmenswohl kann als langfristige Rentabilität und Wettbewerbsfähigkeit beschrieben werden.<sup>54</sup> Der Handlungsbegriff ist hierbei weit auszulegen, sodass davon auch ein Unterlassen erfasst ist.<sup>55</sup> Erforderlich ist allerdings nicht, dass tatsächlich zum Besten des Unternehmens gehandelt wurde, vielmehr genügt, dass ein Vorstandsmitglied annehmen durfte, dies zu tun. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, ohne sachfremde Erwägungen und in Gutgläubigkeit zu handeln.<sup>56</sup> Für beides ist maßgeblich, dass

das Vorstandsmitglied die Entscheidung ohne ein unmittelbares Eigeninteresse, Interessenkonflikte und Fremdeinflüsse trifft.<sup>57</sup>

### a) Interessenkonflikte

Das Handeln zum Wohle der Gesellschaft weist in Compliance-Sachverhalten unterschiedliche Besonderheiten auf, die hier nur angedeutet werden können. Dazu gehört zunächst die Frage, wie sich Interessenkonflikte auswirken, die daraus entstehen können, dass sich ein Vorstandsmitglied durch mangelnde Sorgfalt im Vorfeld der Compliance-Entscheidung möglicherweise selbst haftbar gemacht hat. Diese Situation kann daraus entstehen, dass die Grundorganisation der Compliance mangelhaft war und Überprüfungen die Versäumnisse der Vergangenheit aufdecken würden. Folgt man einer im Gesellschaftsrecht derzeit festen Grundposition, so besteht allein aufgrund des Umstands der Interessenkollision die Gefahr, dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG *insgesamt* unanwendbar ist, also auch seine Privilegierungswirkung zugunsten der anderen – unbefangenen – Vorstandsmitglieder verliert. Sachfremde Erwägungen in Compliance-Sachverhalten wären ferner etwa eine persönliche Bereicherung durch eine Kick-Back-Zahlung oder andere Vergünstigungen an das Vorstandsmitglied, z. B. keine unerheblichen (Werbe-)geschenke. Klar zu sein hat man sich bei Compliance sodann, dass bewusste Rechtsverstöße auch dann nicht dem Wohle des Unternehmens dienen, wenn deren kurzfristiger Nutzen die Risiken (insbesondere von Geldbußen) übersteigt. „Nützliche Pflichtverletzungen“ sind daher auch deshalb kein Fall der BJR.

### b) Verhältnis zu öffentlichen Interessen

Probleme können sodann in der Weise entstehen, ob zum Wohl des Unternehmens gehandelt werden darf, wenn dadurch öffentliche Interessen zurückgestellt werden. Unternehmenswohl und Interessen der Allgemeinheit können insbesondere im Bereich der repressiven Compliance-Maßnahmen auseinander gehen. Bspw. kann die Rückübertragung eines durch einen Mitarbeiter rechtswidrig aus Schwarzgeldern im Ausland gekauften Grundstückes auf das Unternehmen aus Gründen der Schadensminimierung im Unternehmensinteresse liegen. Dabei ist es vielfach auf die Mitwirkung des Mitarbeiters angewiesen. Die Mitwirkung an einer Festnahme oder die zwangsweise Durchsetzung einer Rückkehr in ein verfolgungswilliges Land, liegt in solchen Fällen nicht unbedingt im Unternehmensinteresse. Aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden besteht dagegen ein Bedürfnis,

48 Abrufbar unter [www.idw.de/idw/portal/n281334/n281114/n302246/index.jsp](http://www.idw.de/idw/portal/n281334/n281114/n302246/index.jsp) (Abruf: 1.6.2015).

49 Weitere Informationen dazu unter [www.iso.org/iso/catalogue\\_detail?csnumber=62342](http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=62342) (Abruf: 15.4.2015).

50 Abrufbar unter [www.iso.org/iso/catalogue\\_detail.htm?csnumber=65034](http://www.iso.org/iso/catalogue_detail.htm?csnumber=65034) (Abruf: 1.6.2015).

51 ISO/DIS 19600:2013 (E), vi.

52 Vgl. dazu *Fleischer*, NZG 2014, 321, 326; *Schött*, JZ 2013, 771; s. auch *Nietsch*, ZGR 2015, Heft 5 (im Erscheinen).

53 Vgl. hierzu die Aussagen von Ernst & Young sowie von PricewaterhouseCoopers zu ihrer Zertifizierung der Deutschen Telekom AG unter [www.telekom.com/compliancezertifizierung](http://www.telekom.com/compliancezertifizierung) (Abruf: 1.6.2015).

54 *Bürgers/Kürber*, a. a. O.

55 *Spindler/Stilz*, Komm. z. AktG, Bd. 1, §§ 1-149, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 70; *Bürgers/Kürber*, HeidelbergKomm AktG 2008, S. 599, Rn. 15.

56 Auch wenn das Tatbestandsmerkmal „keine sachfremden Erwägungen“ nicht explizit genannt wird, ist es nach zutreffender Meinung jedoch integraler Bestandteil des Handelns zum Wohle der Gesellschaft, vgl. *Spindler/Stilz*, a. a. O. *Bürgers/Kürber*, a. a. O.

57 *Bürgers/Kürber*, HeidelbergKomm AktG, 2008, S. 599, Rn. 14; *Spindler/Stilz*, Komm. z. AktG, Bd. 1, §§ 1-149, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 72.

des Verdächtigen möglichst habhaft zu werden. Soweit das Unternehmen als Sachwalter für die Allgemeininteressen einzustehen hätte oder über Hoheitsbefugnisse verfügte, wären die Verpflichtungen sehr weitreichend. Dieses Verständnis ginge allerdings zu weit. Es kann nicht die Pflicht des Unternehmens sein, originär staatliche Aufgaben, wie die Strafverfolgung, zu übernehmen. Eine klare Grenze bilden nur die Fälle, in denen eine gesetzliche Anzeigepflicht bestünde (vgl. etwa §§ 138, 261 StGB) bzw. die Handlung des Vorstands als Strafvereitelung anzusehen wäre (§ 258 StGB).

Der Vorstand hat aber zweierlei zu beachten: Angemessene Information beinhaltet in einer solchen Situation die Erfassung der Rechtsrisiken, die dem Unternehmen bei einer vorrangigen Verfolgung der Schadensbegrenzung im Eigeninteresse drohen. Dazu gehört u. a. auch, dass man den Tatbestand der Behinderung der Justiz in anderen Staaten, insbesondere den USA (Obstruction of Justice), deutlich weiter fasst als in der Bundesrepublik. Sodann sind in die Abwägungsentscheidung auch Nachteile miteinzubeziehen, die aus einer Belastung der Zusammenarbeit mit Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden entstehen können.

### c) Spannungsverhältnis von Kosten-Nutzen-Betrachtung und Effektivität von Compliance

Wie bei der Frage der Begrenzung der unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als „angemessen“ anzusehenden Information stellt sich auch bei der auf ihrer Grundlage vorzunehmenden Abwägungsentscheidung die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von Kosten- und Nutzen-Aspekten. Eine vernünftige Maßnahme nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kann jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn eine Kosten-Nutzen-Analyse zur bewussten Inkaufnahme von Rechtsverletzungen (=nützlichen Pflichtverletzungen) führen soll. Hiergegen spricht einerseits bereits das Legalitätsprinzip, dem die Vorstandsmitglieder verpflichtet sind, andererseits Sinn und Zweck des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, der keinen Rechtsbruch, sondern nur im Falle von unsicheren Prognoseentscheidungen eine Enthaftung intendiert. Jenseits dieser vergleichsweise eindeutigen Situation entfaltet sich aus Sicht des Vorstands allerdings die regelmäßig schwer zu kalkulierende Frage, in welchem Umfang Compliance-Anstrengungen unternommen (und bezahlt) werden sollen. Ob zwei, drei oder 10 Mitarbeiter eingesetzt, Schulungen jährlich, quartalsweise oder monatlich, in Gruppen, Einzelkursen oder Intensivkursen durchgeführt werden müssen – stets besteht die Gefahr, dass in der Folge von Verstößen (ex post) als unzureichend erscheint, was ex ante jedenfalls nicht als erkennbar unvertretbar gelten konnte. Allerdings wird die Justiziabilität des betriebswirtschaftlichen Compliance-Einsatzes von Ressourcen im Nachgang des *Neubürger*-Urteils im Schrifttum in Frage gestellt. Ausgehend von der Forderung, die Compliance-Organisation müsse permanent wirksam sein,<sup>58</sup> wird etwa gesagt, der betriebswirtschaftliche Aspekt der Kosten-/Nutzenbetrachtung überlagere das Wirksamkeitsgebot nicht. Die rechtlich geforderte Effektivität von Compliance dürfe auch durch betriebswirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen nicht beeinträchtigt werden.<sup>59</sup> Das kann in dieser Form nicht zutreffen. Denn die pflichtgemäße Organisationsentscheidung muss sich grundsätzlich an betriebswirtschaftlichen Kriterien orientieren. Zudem lässt ein Rechtsverstoß die betriebswirtschaftlich gebotene Überlegung nicht rückwirkend der Unvertretbarkeit anfallen. Daher kann die Auswahl der Entscheidungsalternativen Kosten-/Nutzensichtspunkten durchaus Rechnung tragen, also im Einzelfall dargelegt werden, dass man die gewählte Entscheidungsalternative als günstiger und gleichwertig bzw. zwar nicht gleichwertig, aber in Hinblick auf

das zu bewältigende Risiko als hinreichend geeignet angesehen habe. Anderenfalls droht aus Gründen der Haftungsbegrenzung die Einstellung, bei Compliance dürften keinerlei Kosten gescheut werden.

### 3. Ergebnis

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass sich die Voraussetzungen der Business Judgement Rule sinnvoll auf Compliance-Maßnahmen oder die Implementierung eines CMS anwenden lassen und welche Besonderheiten hier gelten. Zwar hängt es vom Einzelfall ab, ob sie vom Vorstandsmitglied erfüllt werden. Abschließende Vorgaben zur Ausgestaltung von Compliance-Maßnahmen gibt es nicht. Zumindest bei der anlassunabhängigen Compliance weist aber die Orientierung an anerkannten Standards den Weg. Eine pauschale Freistellung vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit lässt sich allerdings auch durch den Aufbau eines CMS nicht per se erreichen.

## V. Betrachtung der Ermessensvoraussetzungen bei typischen Compliance-Maßnahmen

Zur Veranschaulichung von Leitlinien sollen folgend einige Fallgestaltungen aus der Praxis ausführlich dargestellt und auf die gefundenen Ergebnisse zur Subsumptionsfähigkeit unter die BJR bewertet werden.

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

#### a) Ausgestaltung der Compliance-Organisation

Anwendungsbeispiel: Selbständige Compliance-Abteilung  
Unternehmen A hat sich entschieden, eine Compliance-Abteilung einzurichten. Dazu wird ein Chief Compliance Officer (folgend: CCO) benannt sowie zwei Compliance Officer (folgend: CO), die ihm unterstellt sind. Die Compliance-Abteilung wird als eigenständige Abteilung neben der Rechtsabteilung errichtet. Der CCO hat eine direkte Berichtslinie zum CEO. Das Unternehmen hat 10.000 Mitarbeiter und ist international tätig. Insbesondere werden Tochtergesellschaften in Russland, China, Indien und den USA betrieben. Der CCO ist ein langjährig erfahrener Unternehmensjurist, der bereits vorher die Rechtsabteilung in einer der größten, deutschen Tochtergesellschaften geleitet hat. Seine rechtliche Expertise hat er in vielen Situationen erfolgreich unter Beweis gestellt. Er hat keine gesonderte praktische Erfahrung in den Feldern der Antikorruption oder des Kartellrechts, hat aber eine anerkannte Weiterbildung zum Thema Compliance besucht. Die beiden CO sind ein Betriebswirt mit Revisions- bzw. Risikomanagementhintergrund und ein Jurist, der nach dem Referendariat zwei Jahren einer Rechtsabteilung angehört hat. In Russland, China, Indien und den USA gibt es jeweils einen lokalen Compliance Officer (LCO), der zu 10 % seiner Zeit Antikorruptions-Sachverhalte bearbeitet.

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Organisationsgestaltung um eine unternehmerische Entscheidung i. S. d. BJR. Deren Anwendungsproblem besteht im Kern in der Beschreibung

<sup>58</sup> *Fett*, CCZ 2014, 143, 144.

<sup>59</sup> *Bürkle*, CCZ 2015, 52, 54.

der Erfordernisse der angemessenen Informationsgrundlage und der zum Wohle des Unternehmens zu treffenden Abwägungsentscheidung. Entscheidend für Ersteres ist in diesem Falle, ob die Ausgestaltung der Compliance-Organisation prinzipiell aus der ex-ante-Sicht hinsichtlich ihrer Eignung, einen Rechtsverstoß zu verhindern, beurteilt werden konnte. Ausgangspunkt hierfür ist zunächst das dabei gegebene Rechtsrisiko. Je höher bspw. die Korruption in einem Land ist, gemessen etwa am Transparency International Korruptionsindex,<sup>60</sup> desto mehr ist es dem Vorstand anzuraten, eine ausführliche Prüfung, Begründung und Dokumentation der Entscheidung, in diesem Land zu agieren und Rechtsverstöße im Bereich der Korruption zu vermeiden, durchzuführen.

Sofern das geschehen ist, kommt es im Rahmen der zu treffenden Abwägungsentscheidung darauf an, ob die gewählte Organisation aufgrund der tatsächlichen Unternehmensrisiken geeignet war, Rechtsverstöße möglichst zu verhindern, auf jeden Fall aber zeitnah aufzudecken. Entscheidend ist dabei, ob es aufgrund der Risikoanalyse, durchgeführter Benchmarks und der Unternehmenshistorie Anhaltspunkte gab, die gegen die oben gewählte Ausgestaltung der Compliance-Abteilung gesprochen hätten. Unter Berücksichtigung dieser Parameter lässt sich sagen, dass das Risiko eines Verstoßes in den genannten Ländern nicht nur hoch, sondern durch die gleichzeitige Marktpräsenz in den USA zudem noch ausgeprägte Verfolgungs- und Sanktionsrisiken bestehen, die näher geprüft werden müssen.<sup>61</sup> Die Zahl der Compliance-Mitarbeiter ist – anders als man auf den ersten Blick angesichts der Gesamtbeschäftigtenzahl vermuten könnte – nicht von vornherein unverhältnismäßig gering. Für eine angemessene Ausstattung ist von Bedeutung, wie hoch der Kontrollaufwand ist, was nicht mit der Mitarbeiterzahl, sondern den kritischen Geschäftsvorgängen – die möglicherweise überschaubar sind – zu tun hat. Erheblich kritisch zu sehen ist im Beispiel allein die Qualifikation des CCO. Zwar ist nicht auszuschließen, dass dieser „mit seinen Aufgaben wächst“. Zudem leisten Schulungen hierzu einen Beitrag. Die *praktische Erfahrung* gehört jedoch zu den herausragenden Kriterien, die von Aufsichtsbehörden im Rahmen der Eignungs- und Zuverlässigkeitsprüfung bzw. im Bußgeldverfahren großen Stellenwert einnehmen. Insoweit ist die Wahl eines CCO, der noch über keinerlei nennenswerte Expertise verfügt, auch im vorliegenden Fall zwar nicht von vornherein mit dem Unternehmenswohl unvereinbar. Es bedarf jedoch der Darlegung, weswegen einem unerfahrenen Mitarbeiter mit nur einer theoretischen Weiterbildung eine Funktion mit hohem Risikopotential zugewiesen werden soll. Hierauf sollte sich der Vorstand im Zweifel nicht einlassen.

Anwendungsbeispiel: Compliance-Abteilung als Teil der Rechtsabteilung

Abweichend von der vorgenannten Fallgestaltung verfügt der CCO über reichhaltige praktische Erfahrung im Bereich der Korruptionsbekämpfung. Die Compliance-Abteilung wird aber als Teil der Rechtsabteilung errichtet, und der CCO hat keine direkte Berichtslinie zum CEO, sondern berichtet an den Leiter Recht. Der hat keinerlei Erfahrungen mit dem Thema Compliance und dem Aufbau eines Compliance-Management-Systems.

Auch hier ist zunächst zu thematisieren, ob der Vorstand aufgrund angemessener Informationen gehandelt hat. Das erscheint zweifelhaft, weil Vorgaben für die Verhinderung von Kartellverstößen möglicherweise nicht berücksichtigt wurden.<sup>62</sup> Auch Compliance-Standards,

hier sei exemplarisch die ISO 19600 aufgeführt, verlangen eine *unabhängige Compliance-Funktion* sowie ein angemessenes Reporting des CCO an den Vorstand.<sup>63</sup> Ob die Unabhängigkeit bei der Einbindung in die Rechtsabteilung besteht und ein angemessenes Reporting gewährleistet ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Das Beispiel zeigt die Grundproblematik auf, die darin besteht, dass es zwischen dem Aufgabenbereich des Leiters Recht und dem des CCO zu Konfliktslagen kommen kann. Zwar besteht hier kein Interessenkonflikt auf Vorstandsebene, der ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft von vorne herein ausschließen würde, wohl aber ein Konflikt im Bereich der Compliance-Organisation selbst. Wohingegen der Leiter der Rechtsabteilung v. a. der Erwartung der Ausnutzung rechtlicher Spielräume ausgesetzt ist, besteht die Verantwortung des CCO darin, das Verhalten des Unternehmens auch hinsichtlich von Rechtsverstößen in Graubereichen kritisch zu prüfen und sogar innerhalb des Erlaubten auf ein ethisch korrektes Verhalten des Unternehmens hinzuwirken. So ist es bei rein rechtlicher Betrachtung nach derzeitigem Verständnis bspw. rechtlich wohl nicht zu beanstanden, dass Mitarbeiter von Zulieferern im Ausland unter fraglichen Arbeitsbedingungen arbeiten müssen, die aber dem Landesrecht entsprechen. Für den CCO kann es damit jedoch nicht sein Bewenden haben. Er muss hier weitere, gesellschaftliche Verpflichtungen des Unternehmens im Auge behalten, u. a. auch einen Standard wie dem UN Global Compact,<sup>64</sup> dem sich das Unternehmen verschrieben haben mag. An dieser Stelle würde es also möglicherweise zu einem Interessenkonflikt zwischen den Funktionen des Leiters Recht und dem CCO kommen, den der CCO aufgrund seiner hierarchischen Stellung unterhalb des Leiters Recht verlieren würde. Dies widerspricht aber einer funktionierenden und unabhängigen Compliance-Funktion. Darüber hätte sich das Vorstandsmitglied informieren können und müssen. Sofern dies geschehen und gleichwohl von der Schaffung einer im Ansatz unabhängigen Compliance-Funktion abgesehen wurde, sind die Voraussetzungen der BJR zwar nicht generell zu verneinen. Es wird aber darauf ankommen, ob und weshalb vom geltenden Maßstab abgewichen wurde. Das kann etwa der Fall sein, weil Interessenkonflikte der aufgezeigten Art nicht entstehen können. Dabei führt der Vorstand aber ein Rückzugsgefecht.

## b) Eingehung von Risikolagen

Praxisrelevanz beinhalten auch Fallkonstellationen, die eine gewisse Risikolage beinhalten.

Anwendungsbeispiel: Geschäft im Hochrisikoland

Die Geschäftsführung des Unternehmens A beschließt, in einem hoch korrupten Land eine Tochtergesellschaft zu gründen, um notwendiges Wachstum des Unternehmens sicherzustellen. Sie stockt die vorhandene Compliance-Abteilung um acht Mitarbeiter nur für dieses Land auf und baut ein CMS auf, welches „state

60 Abrufbar unter <https://www.transparency.de/Pressemitteilung-Transparenz/2576.0.html> (Abruf 1.6.2015).

61 Das gilt insbesondere für die FCPA-Relevanz.

62 S. BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/08; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10.

63 ISO/DIS 19600:2013 (E), Abschn. 9.1.7 zum Reporting; Abschn. 5.3.3. e) verlangt zudem eine unabhängige Compliance-Funktion, die nicht von Interessenkonflikten tangiert werden kann und darf.

64 Abrufbar unter [www.unglobalcompact.org/languages/german/](http://www.unglobalcompact.org/languages/german/) (Abruf: 1.6.2015).



of the art“ ist und lässt sich dies durch eine große Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zertifizieren. Die Größe und fachliche Expertise der acht Compliance-Mitarbeiter vor Ort liegen erheblich über dem Durchschnitt einer solchen Abteilung und gehen damit über die best practice hinaus. Teil des CMS sind die Integration von Compliance-Maßnahmen in relevante Prozesse des Business sowie eine regelmäßige Überprüfung des Systems ebenso wie kritischer Sachverhalte. Dies wird in einem Protokoll der Geschäftsführung festgehalten. Trotzdem kommt es in der Folgezeit zu einem Verstoß in besagtem Land. Kann die Unternehmensleitung sich hier im Grundsatz auf die BJR berufen?

Da nach der maßgeblichen ex-ante-Sicht das „Wie“ der Ausgestaltung der Compliance-Abteilung erheblich über die best-practice hinausging und das CMS so aufgebaut wurde, dass von einer wirksamen Verhinderung von systematischen Verstößen ausgegangen werden konnte, was sogar extern geprüft wurde, scheint hier dem Gebot angemessener Information vollumfänglich Rechnung getragen. Zu berücksichtigen ist aber, dass es eine auf den Einzelfall bezogene Unbedenklichkeitsbescheinigung i. S. d. „state of the art“ nicht gibt, sondern diese Aussage zumindest bei erkennbaren Risiken, wie hier der Korruptionsgefahr, stets auch auf eben dieses Risiko bezogen werden muss. Sofern der überobligationsmäßig erscheinende Personalbestand dazu dient, gesteigerte Rechtsrisiken durch eine – etwa von der *Neubürger*-Entscheidung geforderten – Prüfung sämtlicher Zahlungsvorgänge zu bewältigen, trägt das die vernünftige Annahme, mit dem Schritt in das Hochkorruptionsland insgesamt zum Wohl des Unternehmens zu handeln.

In einer gerichtlichen Prüfung im Organhaftungsprozess kann es dann nach der hier vertretenen Auffassung nur noch darauf ankommen, ob das Vorstandsmitglied in irgendeiner Weise von einem möglichen Verstoß im Vorfeld der Rechtsverletzung, die zu einer Sanktionierung oder einem Reputationsverlust geführt hat, von dem nicht mangelfrei funktionierenden CMS Kenntnis hatte bzw. haben musste (Verletzung der anlassbezogenen Compliance-Pflichten). Dies wird in der Praxis oft der Fall sein, da Verstöße oder Systemmängel in einer Organisation in der Mehrzahl der Fälle bekannt sind, dies auch an den Vorstand berichtet wird, allerdings keine Beachtung findet.<sup>65</sup> Insofern hätte dann zum einen das System angepasst werden müssen und zum zweiten der konkrete Verstoß untersucht werden müssen. Unterbleibt dies, wird es sich schon nicht mehr um eine Prognoseentscheidung auf angemessener Grundlage handeln.<sup>66</sup>

## 2. Graubereiche bei anlassbedingten Compliance-Maßnahmen

In der Praxis obliegt es der Geschäftsleitung eine Reihe von möglicherweise Compliance-relevanten Einzelfallentscheidungen zu treffen. Die Relevanz für Compliance wird hier oftmals in tatsächlichen und/oder rechtlichen Unsicherheiten liegen. Hier sind insbesondere folgende Fallgestaltungen denkbar.

### a) Umgang mit dem Verdacht auf Rechtsverstöße

Anwendungsbeispiel: Untersuchung von Hinweisen  
Die Geschäftsleitung des Unternehmens A erhält einen Hinweis von Bestechungszahlungen bei der Auftragsvergabe über den Bau von Fußballstadien in einem arabischen Land durch einen anonymen Hinweisgeber. Die Geschäftsleitung beschließt, den Hinweis durch den CCO verfolgen zu lassen, stellt jedoch keine Mittel für

eine forensische Prüfung durch externe Kanzleien zur Verfügung. Der CCO kommt nach Bewertung der vorhandenen Informationen zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß weder belegt noch ausgeschlossen werden kann und legt dies in seinem Abschlussbericht der Geschäftsleitung vor. Dieser Bericht besagt, dass eine forensische Prüfung möglicherweise einen Verstoß aufdecken könnte. Die Geschäftsleitung wägt daraufhin noch einmal ab, ob sie eine Kanzlei zu einem Audit einsetzen kann, verwirft dies jedoch wegen der angespannten, finanziellen Lage sowie vor dem Hintergrund, dass die letzten drei forensischen Audits zu Hinweisen bei A keinen Verstoß aufgedeckt haben. Als trotzdem in der Folgezeit herauskommt, dass der Hinweisgeber dieses Mal tatsächlich auf einen Gesetzesverstoß hingewiesen hat, fragt sich die Geschäftsleitung, ob sie deswegen persönlich haftet.

Diese besonders schwierige Entscheidung des Vorstandsmitglieds könnte nur dann unter die BJR fallen, wenn die Art der Hinweisgeberuntersuchung als zulässige Ausgestaltung der Organisationspflicht des Vorstandsmitglieds zu bewerten und damit als unternehmerische Entscheidung nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu qualifizieren wäre. Davon ist hier auszugehen: Das Vorstandsmitglied kommt seiner Überwachungspflicht zunächst nach, indem es eine Prüfung durch den CCO veranlasst. Die Art der Überwachung unterliegt nach richtiger Auffassung dem unternehmerischen Ermessenspielraum.<sup>67</sup> Auch die auf der Grundlage des Prüfungsergebnisses getroffene (weitere) Entscheidung über das anschließende Vorgehen partizipiert daran. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht wiederum, ob das Vorstandsmitglied bei dieser weiteren Entscheidung aufgrund angemessener Information handelte. Wie bereits gesagt,<sup>68</sup> muss hier auf die konkrete Situation abgestellt werden, d. h. die Information nach der Ansicht eines objektiven Dritten als angemessen zu bewerten sein, wobei nicht alle erdenklichen Informationen beschafft und berücksichtigt werden müssen. Dafür sprechen hier gute Argumente. Im vorliegenden Fall weist der CCO zwar darauf hin, dass möglicherweise eine forensische Prüfung einen Verstoß aufdecken könnte. Das kann dafür sprechen, hier die Informationsbeschaffungspflicht des Vorstandsmitglieds nur in der Durchführung einer solchen als *nicht* erfüllt zu betrachten. Ob das der Fall ist, kann aber nur unter Berücksichtigung der konkreten Situation beantwortet werden. Hier zeigt weder die Untersuchung des CCO greifbare Anhaltspunkte für einen Verstoß noch haben vergleichbare Untersuchungen in der Vergangenheit zu einem Entdecken eines Verstoßes beigetragen. Hinzu kommt, dass das Vorstandsmitglied auch die finanzielle Situation mit in die Abwägung aufnimmt, was nach der hier vertretenen Auffassung zulässig ist und zumindest solange nicht leichtfertig erscheint, wie die Untersuchung durch den CCO erkennbar ungeeignet war, um den erhaltenen Hinweis zu überprüfen. Aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht hinsichtlich des angestrebten Gesellschaftswohls, welches sich auch in der langfristigen Erwerbsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit ausdrückt,<sup>69</sup>

65 Vgl. zur Bewertung der Vorgänge beim Siemens-Fall auch schon vor dem *Neubürger-Urteil Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn. 6.

66 Zur anlassabhängigen Prognoseentscheidung bei Untersuchungen sogleich noch unter V. 2.

67 *Spindler/Stilz*, Komm. z. AktG, Bd. 1: §§ 1-149, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 69.

68 S. oben unter Punkt V. 2.

69 Vgl. hierzu auch *Spindler/Stilz*, Komm. z. AktG, Bd. 1: §§ 1-149, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 71.

hat das Vorstandsmitglied die Ergebnislosigkeit vorangegangener Prüfungen, den Kostenaufwand und die Prüfung des CCO abgewogen und i. S. d. Gesellschaftswohls entschieden, dass die Ausgaben für eine nach den Erfahrungen der Gesellschaft ergebnislose, aber kostspielige Prüfung durch Externe, zu unterlassen sei.

### b) Vertragsabschlüsse

Weiterhin sind auch risikobehaftete Einzelfallentscheidungen der Geschäftsleitungen denkbar, die Grauzonen enthalten, d. h. es ist mit verhältnismäßigen Mitteln nicht mit Sicherheit aufklärbar, ob ein Gesetzesverstoß vorliegt oder nicht.

#### Anwendungsbeispiel:

Die Geschäftsführung beschließt einen Compliance-relevanten Vertrag über einen Auftrag von 100 Mio. Euro abzuschließen, nachdem eine gründliche interne und externe Rechtsprüfung ergeben hat, dass keine Rechtsverstöße festgestellt werden konnten, jedoch einige Fragestellungen hinsichtlich der Geschäftspartner „grau“ geblieben sind. Eine aufwendige und teure Prüfung im Land könnte weitere Klarheit schaffen, sicher ist dies jedoch nicht. Trotzdem zeigt sich in der Folgezeit, dass in besagtem Vertrag Unterlieferanten involviert sind, die vom Vertragspartner „geschmiert“ wurden. Kann sich die Geschäftsleitung hier auf die BJR berufen?

Die Fragestellung scheint dem vorhergehenden Fall auf den ersten Blick vergleichbar. Der Sachverhalt ist allerdings insoweit anders gelagert, als eine Beurteilung eines möglichen Rechtsverstößes *ex ante* gefordert ist, der *nicht von einem Unternehmensmitarbeiter*, sondern einem Dritten begangen wurde. Beides zeichnet von einer Einstandspflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG keineswegs frei. Entscheidend ist, dass das Vorstandsmitglied seiner Compliance-Verantwortung durch Erarbeitung und Anwendung der Grundsätze über die Vertragspartner-Due-Diligence nachgekommen ist.<sup>70</sup> War das der Fall, sollte es im Haftpflichtprozess nicht darauf ankommen, weshalb im Ergebnis auf dieser Grundlage eine falsche Prognose getroffen wurde.

## VI. Fazit

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass es überzeugende Argumente für ein Verständnis von Compliance-Maßnahmen als unternehmerische Entscheidungen i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG gibt. Bedenken einer Unvereinbarkeit mit der Legalitätspflicht erscheinen insoweit nicht durchgreifend, als keine vorsätzliche Entscheidung für einen Rechtsbruch vorliegt. Der Meinungsstand im Schrifttum ist in dieser Frage allerdings noch zu keiner abschließenden Bewertung gekommen. Insbesondere die mit der Anwendung der BJR verbundene Abkoppelung der Legalitätspflicht im Innenverhältnis (Organmitglied zum Verband) vom Außenverhältnis (Verband als direkter oder indirekter Normadressat) bedarf der wissenschaftlichen Aufarbeitung. Die weitere Untersuchung der einzelnen Tatbestandsmerkmale hat die Besonderheiten in Bezug auf Compliance-Maßnahmen dargestellt und erläutert. Dazu gehört v. a. die Voraussetzung der angemessenen Information. Zwar sollte auch hier gelten, dass keineswegs alle erdenklichen Quellen ausgeschöpft werden müssen, also im Wege einer Kosten-/Nutzenbewertung Fakten nur begrenzt erhoben werden dürfen. Zu beachten ist aber insbesondere die zeitliche Perspektive (periodische Überprüfung von Compliance) und sodann ihre

unterschiedliche Ausprägung je nachdem, ob es sich um eine anlassunabhängige oder anlassbezogene Entscheidung handelt.

Bei der Anwendung der BJR auf einzelne, typische Fallgestaltungen aus der Praxis konnten die neuralgischen Punkte, die über die Anwendbarkeit der BJR auf den jeweiligen Fall entscheidend waren, herausgearbeitet und näher beleuchtet werden. Insoweit gilt: Angemessene Information setzt die Beachtung geltender Compliance-Standards zumindest im Ausgangspunkt voraus. Sofern der Vorstand hiervon im Einzelfall abweicht, bedarf das einer konkreten, auf das jeweilige Risiko bezogenen Darlegung. Mangels höchstrichterlicher Befassung mit derartigen Sachverhalten und der Beendigung des *Neubürger*-Verfahrens durch Vergleich der Parteien bleibt abzuwarten, wie die genaue Ausdifferenzierung aussehen wird. Um eine weitgehende Lähmung der Vorstände aus Angst vor nicht absehbaren und persönlichen, hohen Repressalien trotz erheblichen Aufwands für Compliance-Maßnahmen oder dem volkswirtschaftlich nachteiligen Fernbleiben von ganzen Märkten in Compliance-kritischen Regionen vorzubeugen, wäre eine Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Grundsatz zu begrüßen.

## 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](http://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.

<sup>70</sup> Vgl. dazu Moosmayer, *Compliance*, 2. Aufl. 2012, D. III. 3.; Waeber, *CCZ* 2012, 114, 115; Mössner/Kerner, *CCZ* 2011, 182.