

Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens

Von Prof. Dr. Jochem Reichert, Mannheim*

I. Einleitung

Der Terminus Corporate Compliance ist derzeit so aktuell wie selten zuvor. Korruptionsfälle, Datenskandale, Kartellabsprachen, die Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften sowie Untreue und Betrugsfälle auch in großen Unternehmen, deren Führung man als vorbildlich eingeschätzt hätte, haben dem Ansehen deutscher Unternehmen teilweise erheblich geschadet und die Öffentlichkeit erschüttert. Wie müssen Unternehmen, wie müssen Leitungs- und Aufsichtsorgane der Unternehmen auf den Verdacht oder gar die Feststellung, dass Organe und Mitarbeiter des Unternehmens sich rechtswidrig, ja möglicherweise gar strafrechtswidrig verhalten haben, reagieren?

Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage muss die Überlegung sein, inwieweit eine Verpflichtung des Unternehmens und seiner Organe – also der Geschäftsleitung und gegebenenfalls des Aufsichtsrats – besteht, derartiges rechtswidriges Verhalten proaktiv zu verhindern und vor allem auf welchem Wege dies zu geschehen hat. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass der gegen die Verwaltung erhobene Vorwurf regelmäßig nicht etwa lautet, dass die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat in eigener Person Daten ausgespäht, Kartellvereinbarungen abgeschlossen, Bestechungsgelder angenommen oder angeboten hätten etc., sondern dahin, keine hinreichenden Vorkehrungen getroffen zu haben, damit in „ihren“ Unternehmen solche rechtswidrigen Praktiken nicht möglich sind.¹ Die folgenden Ausführungen gehen dieser Frage exemplarisch für den bisher im Fokus des Interesses stehenden Vorstand der Aktiengesellschaft nach; sie lassen sich jedoch ohne große Brüche auf sonstige Geschäftsleiter übertragen.

Gleichzeitig lässt sich Compliance nicht auf die präventive Verhinderung von Gesetzesverstößen beschränken. Wie die Vielzahl der in der jüngeren Vergangenheit zu beobachtenden Non-Compliance-Vorfälle verdeutlicht, lässt sich selbst durch geeignete Maßnahmen nicht mit letzter Sicherheit ausschließen, dass es in Unternehmen zu Rechtsverstößen kommt. Deshalb muss eine ganzheitliche Betrachtung des Phänomens „Gesetzesverstöße im Unternehmen“ auch die Folgefrage beleuchten, welche Konsequenzen es für ein Unternehmen und die handelnden Personen nach sich zieht, wenn die Zielvorgabe rechtmäßigen Handelns nicht oder nicht lückenlos erfüllt wird. In den Blick zu nehmen ist einerseits, welche Pflichten den Vorstand in Anamnese eines Gesetzesverstoßes treffen, und andererseits, welche Freiheitsgrade ihm bei der Erfüllung der hieraus resultierenden Pflichten zukommen.

* Rechtsanwalt, SZA Schilling, Zutt & Anschütz Rechtsanwalts AG, Mannheim; Honorarprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

¹ Auf diesen Aspekt zu Recht hinweisend U.H. Schneider, NZG 2009, 1321.

II. Grundlagen

1. Pflicht zur Verhinderung pflichtwidrigen Verhaltens

a) Legalitätspflicht des Vorstandes

Nach § 76 Abs. 1 AktG leitet der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ergänzt, dass die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben.² Wenn auch das Aktiengesetz zu dem damit nur grob umschriebenen Pflichtenprogramm nur in Teilen und an verstreuten Orten Auskunft gibt, herrscht über dessen grundsätzlichen Inhalt zumindest in weiten Teilen Einigkeit und Klarheit.

Zu den besonders bedeutsamen Kardinalpflichten eines Vorstandsmitglieds zählt dabei auch und vor allem die Verpflichtung, gesetzeskonformes Verhalten der Gesellschaft und ihrer Mitarbeiter gegenüber Dritten sowie der eigenen Belegschaft sicherzustellen (sogenannte Legalitätspflicht).³ Die Legalitätspflicht des Vorstands ist grundsätzlich umfassend angelegt. Jedes Vorstandsmitglied ist angehalten, für die Beachtung sowohl der im AktG, in der Satzung und eventuellen Geschäftsordnungen statuierten Regeln als auch aller sonstigen, das Unternehmen betreffenden Rechtsvorschriften des Zivil-, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sowie des öffentlichen Rechts zu sorgen.⁴ Unerheblich ist dabei, ob es sich bei Verstößen gegen diese Rechtsquellen um sogenannte „nützliche Pflichtverletzungen“ handelt, da die generelle Legalitätspflicht einer Kosten-Nutzen-Analyse rechtswidrigen Verhaltens, wie sie die Theorie des efficient breach of public law fordert, nicht zugänglich ist.⁵

² Auf das Verhältnis der nicht inhaltsgleichen Begriffe Leitung und Geschäftsführung kann hier nur verwiesen werden. Vgl. etwa Hüffer, Aktiengesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2010, § 76 Rn. 7; Fleischer, ZIP 2003, 1.

³ Vgl. etwa Meier-Greve, BB 2009, 2555.

⁴ Vgl. Fleischer, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 13; Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 93 Rn. 23, 112; Spindler, in: Goette/Wulf (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 63; Hopt, in: Großkomm AktG, Bd. 3, 4. Aufl. 2009, § 93 Rn. 98 ff.; Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 66 ff.; Wiesner, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2007, § 25 Rn. 4 f.; Abelshausen, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 1994, S. 213; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (117 f.); U.H. Schneider, NZG 2009, 1321 (1322): „Binsenweisheit“.

⁵ Vgl. Fleischer, BB 2008, 1070 (1071); Pietzke, CCZ 2010, 45 (46); wohl auch Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (116); teilweise abweichend Kocher, CCZ 2009, 215 (218). Weitergehend hierzu etwa Ihrig, WM 2004, 2098 (2105).

Die Legalitätspflicht verlangt zunächst vom Vorstand selbst rechtstreu Verhalten. Gleichzeitig erschöpft sie sich allerdings nicht in dieser persönlichen Ansprache der Führungsebene der Gesellschaft. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Leitung der Gesellschaft (§ 76 AktG) verpflichtet den Vorstand vielmehr dazu, für ein rechtmäßiges Handeln der Gesellschaft bzw. des Unternehmens insgesamt Sorge zu tragen.⁶ Der Vorstand hat deshalb geeignete organisatorische Vorkehrungen zu treffen, um die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nachgeordneter Mitarbeiter laufend zu überwachen und ein rechtmäßiges Verhalten aller Unternehmensangehörigen sicherzustellen.⁷

Auch hierbei hat es allerdings nicht sein Bewenden. Die Leitungsaufgabe des Vorstands hat auch einen Konzernbezug.⁸ Für die Legalitätspflicht als Ausschnitt aus dieser umfassenden Zuständigkeit und Verantwortung bedeutet dies, dass der Vorstand nach zutreffender herrschender Meinung auch in den abhängigen Gesellschaften die Einhaltung von Recht und Gesetz sicherzustellen hat.⁹

b) Compliance

Eng verwandt mit der allgemeinen Legalitätspflicht des Vorstands, wenn auch nicht völlig deckungsgleich, ist das jüngere, zunehmende Beachtung erfahrende und Bedeutung erlangende Phänomen der Compliance. Wurde Compliance zunächst als sektorspezifisches Problem im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechtes erörtert, hat sich in den letzten Jahren ein bereichs- und sektorübergreifendes Verständnis des Compliance-Begriffs durchgesetzt, das Compliance als allgemeine unternehmensrechtliche Aufgabenstellung begreift.¹⁰ Compliance bezeichnet in diesem Sinne die Gesamtheit aller Maßnahmen, die erforderlich sind, um ein rechtmäßiges Verhalten des Unternehmens, seiner Organmitglieder und der Mitarbeiter mit Blick auf alle gesetzlichen Ge- und Verbote zu gewährleisten.¹¹ Compliance ist dabei mehr als eine bloße (in aller Regel rückwärts gewandte) Rechtmäßigkeitskontrolle des Unternehmenshandelns, die ohnehin bereits aus der generellen Legalitätspflicht des Vorstands

folgt.¹² Richtig verstanden umfasst Corporate Compliance ein systematisches Konzept zur Sicherstellung regelkonformen Verhaltens, das durch die Wesensmerkmale Instruktion, präventive Kontrolle und repressive Sanktionierung gekennzeichnet ist.¹³ Während also die Legalitätspflicht die Verpflichtung zum rechtmäßigen Unternehmenshandeln begründet, beschreibt Compliance eine Methode insbesondere organisatorischen Charakters, die die Erfüllung der Legalitätspflicht in der Praxis sichert.

c) Pflicht zur Compliance?

aa) Gesellschafts- und aufsichtsrechtliche Pflicht zur Compliance

Noch nicht völlig abgeschlossen ist die Debatte zu der Frage, inwieweit den Vorstand einer Aktiengesellschaft eine gesellschaftsrechtlich fundierte Pflicht trifft, eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einzurichten und zu betreiben. Die mittlerweile ganz h.M. im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bejaht diese Frage.¹⁴ Corporate Compliance ist hiernach nicht nur Bestandteil guter Corporate Governance, sondern zugleich integrale Kernfunktion der Unternehmensleitung, deren fehlende oder unvollkommene Um- bzw. Durchsetzung einen Verstoß gegen die dem Vorstand gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG obliegende Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung bedeutet. Eine vergleichbare Position nimmt auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) ein, der in Ziff. 4.1.3. formuliert, dass „der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen [hat] und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinwirkt (Compliance)“. Wie bereits die Formulierung offenbart, handelt es sich hierbei nicht bloß um einen Standard guter Unternehmensführung, dessen Befolgung der Kodex börsennotierten Unternehmen als Empfehlung nahelegen würde, sondern um die Wiedergabe der nach Überzeugung der Kommission geltenden *lex lata*.¹⁵

⁶ Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173; Pietzke, CCZ 2010, 45 (50). Zurückhaltender demgegenüber etwa Koch, WM 2009, 1013 (1014 f.).

⁷ Fleischer (Fn. 4), § 8 Rn. 4, 32 ff.; Landwehrmann, in: Heidel (Hrsg.), Aktienrecht, 3. Aufl. 2011, § 93 Rn. 16 und 54; Rogall, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 2006, § 130 Rn. 40.

⁸ Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173; vgl. Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack (Fn. 4), § 76 Rn. 65; Hopt (Fn. 4), § 93 Rn. 98 ff.; U.H. Schneider, NZG 2009, 1321 (1324); Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2002, S. 88 ff.; vgl. auch Ziffer 4.1.3 DCGK 2010: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance)“.

⁹ Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173.

¹⁰ Vgl. anstatt vieler Koch, WM 2009, 1013.

¹¹ Vgl. Reichert/Ott, ZIP 2009, 1173 f. m.w.N.

¹² Vgl. U.H. Schneider, ZIP 2003, 645 (646); Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2174); Kiethe, GmbHR 2007, 393; Koch, WM 2009, 1013; Fleischer (Fn. 4), § 8 Rn. 40.

¹³ Arnold, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Handbuch der börsennotierten AG, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 18; Fleischer (Fn. 4), § 8 Rn. 42; vgl. auch Dreher, ZWeR 2004, 75; zu den Elementen eines Compliance-Systems Bürkle, BB 2005, 565; hierzu Hauschka, ZIP 2004, 877 (879 ff.); U.H. Schneider, ZIP 2003, 645 (647 f.).

¹⁴ U.H. Schneider, ZIP 2003, 645 (648 f.); ders., NZG 2009, 1321 (1323); Hüffer/U.H. Schneider, ZIP 2010, 55; Fleischer, CCZ 2008, 1 (5); Liese, BB Special 5 (zu 2008), 17 (18 ff.); Gebauer/Niermann, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 36 Rn. 12 ff.; U.H. Schneider/S.H. Schneider, ZIP 2007, 2061 (2062); Fleischer, in: Spindler/Stilz (Fn. 4), § 91 Rn. 50 f.; zurückhaltender demgegenüber Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (120 f.).

¹⁵ Vgl. Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, Kommentar, 4. Aufl.

Keine Einigkeit herrscht demgegenüber innerhalb dieser h.M. über die rechtliche Grundlage dieser Compliance-Pflicht; Anhaltspunkte werden in einer Reihe von Normen entdeckt. Häufig wird in diesem Zusammenhang auf § 91 Abs. 2 AktG rekurriert, wonach der Vorstand verpflichtet ist, geeignete Maßnahmen zu treffen und insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, um den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen.¹⁶ Alternativ oder kumulativ wird daneben auf § 130 OWiG und sektorspezifische Bestimmungen wie § 53 HGrG, den IDW Standard 720, § 52a Abs. 2 BImSchG und § 53 KrW-/AbfG abgestellt. Für und Wider dieser möglichen Rechtsgrundlagen einer allgemeinen Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation liegen auf der Hand. Einerseits kann diesen Bestimmungen die Wertung entnommen werden, dass dem Gesetz der Gedanke, rechtstreu Verhalten von Unternehmen durch Begründung von Organisationspflichten sicherzustellen, nicht fremd ist, andererseits tragen sektorspezifische Regelungen besonderen sektorspezifischen Problemlagen Rechnung und sind daher grundsätzlich nicht verallgemeinerungsfähig. Wohl nicht zuletzt auf Grund dieser Schwachstellen einer Anknüpfung an Einzelvorschriften wird zunehmend erwogen, eine Pflicht zur Compliance direkt aus § 93 Abs. 1 AktG zu entnehmen.¹⁷ Eine Verortung im allgemeinen und damit flexiblen Pflichtenstandard des § 93 Abs. 1 AktG bietet darüber hinaus die Möglichkeit für notwendige Begrenzungen der Compliance-Pflicht, die insbesondere dann geboten sind, wenn man unter Compliance mehr als die bloße Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens durch den Vorstand versteht.

Stets steht eine Compliance-Organisationspflicht unter dem doppelten Vorbehalt der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit im konkreten Fall. Nicht jedes Unternehmen kann unabhängig von Größe und Geschäftsgegenstand verpflichtet sein, elaborierte, kostspielige und in ihrer Implementierung aufwändige Compliance-Prozesse zu etablieren. Eine Pflicht zur Einrichtung einer wirklichen Compliance-Organisation wird man vielmehr nur dann anzunehmen haben, wenn aufgrund der Verhältnisse im konkreten Fall ein besonderes Gefahren- bzw. Risikopotenzial anzunehmen ist. Anhaltspunkte für ein entsprechendes Bedürfnis bilden etwa Größe, Branchenzugehörigkeit, (Kunden-)Struktur oder geographischer Tätigkeitsbereich des Unternehmens. Jenseits dieser abstrakten Merkmale wird sich die Möglichkeit zur Einrichtung einer Compliance-Organisation immer dann zu einer dahingehenden Pflicht verdichten, wenn bereits in der Vergangenheit Missstände und Unregelmäßigkeiten aufgetreten sind.¹⁸

2010, Rn. 615: „Diese Kodexregelung beschreibt die gesetzliche Lage“. Vgl. auch *Pietzke*, CCZ 2010, 49 (50).

¹⁶ Skeptisch demgegenüber etwa *U.H. Schneider*, NZG 2009, 1321 (1323); *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113.

¹⁷ Jüngst etwa *Pietzke*, CCZ 2010, 45 (50); in diese Richtung auch *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113 (120); vgl. hierzu auch *Koch*, WM 2009, 1013 (1014).

¹⁸ *Bürkle*, in: *Hauschka* (Fn. 14), § 8 Rn. 8; *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165 (170 f.); *Spindler* (Fn. 4), § 91 Rn. 36; *Pietzke*, CCZ 2010, 45 (50 f.); *Hauschka*, ZIP 2004, 877

bb) Strafrechtliche Pflicht zur Compliance

Compliance-Pflichten des Vorstands können sich nicht allein aus dem Gesellschafts- und Aufsichtsrecht ergeben, sondern auch strafrechtlich fundiert sein. Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang ein obiter dictum des 5. Strafsenats vom 17.7.2009. Nach Ansicht des Senats trifft einen Compliance Officer (CO), dessen Aufgabengebiet die Verhinderung von Rechtsverstößen ist, regelmäßig eine strafrechtliche Garantenpflicht i.S.v. § 13 Abs. 1 StGB, im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern.¹⁹ Legt man diesen Ansatz – trotz seiner im Einzelnen zu Recht kritisierten Weite – für die weiteren Überlegungen zugrunde, so betrifft er nicht ausschließlich das Pflichtenprogramm eines angestellten Compliance Officers. Eigentlicher Adressat von Garantenpflichten im Unternehmen ist nicht etwa der Compliance Officer, sondern der Vorstand.²⁰ Als Organ der in eigener Person nicht handlungsfähigen juristischen Person hat der Vorstand für die Erfüllung der die Gesellschaft treffenden Pflichten Sorge zu tragen und einzustehen²¹ – die Kapitalgesellschaft handelt durch ihre Organe. Nach diesen Grundsätzen trafe – legt man den (zu) weiten Ansatz des BGH zugrunde – auch die strafrechtliche Garantenpflicht zur Verhinderung von Rechtsverstößen zunächst einmal den Vorstand. Lediglich qua Delegation fallen eventuelle strafrechtliche Garantenpflichten zur Verhinderung rechtswidrigen Verhaltens in den Aufgabenbereich und die Zuständigkeit eines (Chief) Compliance Officers ([C]CO),²² ohne dass sich allerdings der Vorstand hierdurch seiner Letztverantwortung für die Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens der Gesellschaft zur Gänze entäußern könnte.²³ Legt man daher die zitierte BGH-Entscheidung zugrunde, wonach eine strafrechtliche Garantenpflicht zur Verhinderung rechtswidrigen Verhaltens der Gesellschaft besteht, so kann sich hieraus mittelbar auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten eine Pflicht zum Einleiten von Compliance-Maßnahmen erge-

(882); *Hüffer* (Fn. 2), § 76 Rn. 9a bei „nicht ganz kleinen Verhältnissen“ Einsatz eines Compliance-Beauftragten; generell ablehnend *Lücke*, in: *Lücke/Schaub* (Hrsg.), *Mandats-handbuch, Vorstand der AG*, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 15.

¹⁹ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = NJW 2009, 3173 (3175). Vgl. hierzu *Campos Nave*, BB 2009, 2059; *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53; *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341; *Wybitul*, BB 2009, 2590; *Bürkle*, CCZ 2010, 4.

²⁰ *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (54); *Bürkle*, CCZ 2010, 4 (5).

²¹ *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (54); *Rieble*, CCZ 2010, 1.

²² *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 111, *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1343 f.).

²³ *Bürkle*, CCZ 2010, 4 (5); *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (57). Unbedingt zu beachten ist, dass der Umfang der Garantenpflicht nicht durch Formulierungen des Dienstvertrages bestimmt wird, sondern durch die Reichweite der tatsächlichen übernommenen Funktionen. BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = NJW 2009, 3173 (3174). Insofern missverständlich *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1342).

ben.²⁴ Da der Vorstand nicht in persona sicherzustellen vermag, dass sich sämtliche Unternehmensangehörige rechtmäßig verhalten, muss er organisatorische Maßnahmen ergreifen, um seinen Pflichten zu genügen.

d) Inhalt der Compliance-Organisationspflicht

Während das „Ob“ einer Compliance-Organisationspflicht damit zumindest mittelbar durch das Gesetz (bejahend) beantwortet wird, ist das „Wie“ der Umsetzung der Compliance-Organisationspflicht rechtlich nicht vorbestimmt.²⁵ Generelle Aussagen verbieten sich hier.²⁶ Vielmehr bestimmen die bekannten Umstände des Einzelfalls die konkreten Anforderungen an die notwendige Compliance-Organisation.²⁷ Die Ausgestaltung des unternehmensspezifischen Compliance-Systems hängt dabei von einer Vielzahl unternehmensindividueller Faktoren wie Branche, Größe, Konzernstruktur, Internationalisierungsgrad und/oder Börsennotierung ab.²⁸

Dennoch lassen sich zumindest gewisse Grundstrukturen identifizieren, die als generell gültige Orientierungshilfen bei der Einrichtung einer unternehmensspezifischen Compliance-Organisation zu dienen vermögen. Notwendige Bedingung jedes wirksamen Compliance-Programms ist zunächst das ernsthafte, unmissverständliche und auch gelebte Bekenntnis der Geschäftsleitung zur Einhaltung des geltenden Rechts, d.h. ein sogenanntes *commitment to compliance* bzw. *mission statement*.²⁹ Dem damit formulierten Anspruch genügt es nicht, wenn der Vorstand bloße Sprachregelungen trifft und wohlfeile Compliance- und Ethikrichtlinien erlässt, vielmehr muss Compliance im Unternehmensalltag gelebt und zum Bestandteil der Unternehmenskultur werden.³⁰ Ersten Studien zufolge wird die vorherrschende Unternehmenskultur dabei maßgeblich durch das Verhältnis der Führungskräfte zur Compliance bestimmt.³¹

Weiter wird man die Zuweisung des nicht notwendig so zu bezeichnenden Themenfelds Compliance an eine bestimmte Abteilung des Unternehmens sowie die damit eng verbundene Frage der Berichtswege zum Vorstand zu den

elementaren Bestandteilen zu zählen haben.³² Als weitere Mindestvoraussetzungen für etwas, was den Namen Compliance-Organisation verdient, wird man darüber hinaus in der konzernfreien Gesellschaft die Sicherstellung angemessener Auswahl und Einweisung des Personals, auf das der Vorstand seine Pflicht zur Wahrung der Rechtsordnung in Teilen delegiert, die Sicherstellung angemessener Information und die Etablierung einer laufenden präventiven Kontrolle bezeichnen können.³³ In Konzernsachverhalten treten die Begründung von Zuständigkeiten für die konzernweite Compliance, die Einrichtung eines konzernweiten Compliance-Programms und Informationssystems sowie einer konzernweiten Überwachung hinzu.³⁴ Eine Corporate-Compliance-Organisation muss funktional in der Lage sein zu gewährleisten, dass die richtigen Personen ausgewählt werden, diese zu rechtmäßigem Verhalten angehalten werden, der Erfolg der entsprechenden Maßnahmen in angemessenen Intervallen und auf methodisch nicht zu beanstandendem Wege überprüft wird und die im Rahmen dieser Prozesse anfallenden Informationen gesammelt, ausgewertet und an die für die Compliance zuständige Abteilung weitergeleitet werden. Schließlich wird man ein Mehr an Compliance-Anstrengungen immer dann zu fordern haben, wenn Verfehlungen oder Missstände aufgetreten sind oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für solche besteht.³⁵

Über diese notwendig abstrakten Minimalbedingungen hinaus wurde eine Reihe von Instrumentarien entwickelt, die je nach den individuellen Anforderungen eingesetzt werden. Dazu zählen z.B. die Festlegung von Compliance-Richtlinien, regelmäßige Schulungen oder die Einrichtung von Whistleblower-Hotlines. Zu Recht räumt die ganz herrschende Meinung dem Vorstand bei der Einrichtung und der konkreten Ausgestaltung der Compliance-Organisation ein breites Ermessen ein.³⁶ Es liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, die im Einzelfall angemessen erscheinenden Compliance-Maßnahmen zu ergreifen, soweit sich nur im Ergebnis ein stimmiges Ganzes ergibt, das seiner Struktur nach in der Lage ist, die oben aufgezeigten Mindestfunktionen zu gewährleisten.³⁷

²⁴ Vgl. auch Rönnauf/Schneider, ZIP 2009, 53 (57).

²⁵ Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2174); U.H. Schneider, NZG 2009, 1321 (1325); Hüffer/U.H. Schneider, ZIP 2010, 55.

²⁶ Fleischer, CCZ 2008, 1 (2); Pietzke, CCZ 2010, 45 (50).

²⁷ Fleischer, CCZ 2008, 1 (2).

²⁸ Bürkle, BB 2005, 565.

²⁹ Hauschka/Greeve, BB 2007, 165 (167, 170); Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2174 f.); U.H. Schneider, ZIP 2003, 645 (649); Wecker/v. Laak, Compliance in der Unternehmerpraxis, 2008, S. 38; Powilleit, GWR 2010, 28; Pietzke, CCZ 2010, 45 (51).

³⁰ Wecker/v. Laak (Fn. 29), S. 38; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2176); Kiethe, GmbHHR 2007, 393 (397); Bürkle, BB 2005, 565; Pietzke, CCZ 2010, 45 (51); Überblick über erste empirische Studien zur Effektivität von Compliance-Programmen bei Pape, CCZ 2009, 233.

³¹ Vgl. hierzu Pape, CCZ 2009, 233 (235).

³² Bürkle, BB 2005, 565; Meier-Greve, BB 2009, 2555 (2256); Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (118).

³³ U.H. Schneider, NZG 2009, 1321 (1325); ähnlich Meier-Greve, BB 2009, 2555 (2256).

³⁴ U.H. Schneider, NZG 2009, 1321 (1326).

³⁵ Meier-Greve, BB 2009, 2255 (2256).

³⁶ Bürkle, in: Hauschka (Fn. 14), § 8 Rn. 6; Bürkle, BB 2005, 565 (568); Hüffer/U.H. Schneider, ZIP 2010, 55; Fleischer, CCZ 2008, 1 (2); Bachmann, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2007, S. 65 (S. 85); Kort, in: GroßkommAktG, Bd. 3, 3. Aufl. 2009, § 91 Rn. 65 ff.; Favocchia/Richter, AG 2010, 137 (138); Meier-Greve, BB 2009, 2255 (2257).

³⁷ U.H. Schneider, NZG 2009, 1321 (1326).

2. Reaktionspflichten auf rechtswidriges Handeln

a) *Non-Compliance als Lackmustest des commitments to compliance*

Das Bekanntwerden eines (möglichen) Rechtsverstoßes im Unternehmen stellt den Ernstfall und die Belastungsprobe für das commitment to compliance dar. Praktisch bedeutet ein glaubwürdiges commitment to compliance insbesondere, dass Verstöße gegen Gesetze und interne Verhaltensvorgaben – soweit rechtlich zulässig – deutlich und sichtbar geahndet werden. Unbedingt zu vermeiden ist, dass im Unternehmen der Eindruck entsteht, dass der Vorstand Gesetzesverstöße dann billigt, wenn anderenfalls Nachteile drohen oder sich bietende Geschäftschancen nicht wahrgenommen werden können.³⁸ Den Mitarbeitern muss also nachdrücklich kommuniziert werden, dass nur rechtmäßiges Handeln im Interesse des Unternehmens liegt. Letztlich wird der Vorstand bei erheblichen Verstößen regelmäßig eine „zero-tolerance“-Politik verfolgen müssen. Dies gilt erst recht, wenn im Unternehmen in der Vergangenheit wiederholt Missstände aufgetreten sind und der Vorstand deshalb darauf hinwirken muss, dass sich bei den Mitarbeitern ein Paradigmenwechsel vollzieht.³⁹

b) *Überwachung und Durchsetzung der Corporate Compliance*

Selbst dann, wenn ein glaubwürdiges Bekenntnis zur Compliance abgegeben und auch gelebt wird, lassen sich einzelne Rechtsverstöße nicht verhindern. Keine Compliance-Organisation kann garantieren, dass Rechtsverstöße nicht vorkommen.⁴⁰ Dies wirft die Frage auf, welche Pflichten den Vorstand treffen, wenn entweder ein Rechtsverstoß feststeht oder aber hinreichende konkrete Verdachtsmomente für ein ahnungswürdiges Fehlverhalten vorliegen. Abstrakt und generell lässt sich diese Frage dahingehend beantworten, dass der Vorstand dem Gesetz zum Durchbruch zu verhelfen hat. Dabei lässt sich ein zweistufiges Pflichtenprogramm identifizieren: Auf der ersten Stufe obliegt dem Vorstand die Aufklärung des Sachverhalts. In Abhängigkeit von dem Ergebnis dieser Prüfung hat der Vorstand in einem zweiten Schritt gegebenenfalls festgestelltes rechtswidriges Verhalten sowohl abzustellen als auch angemessen zu sanktionieren.

aa) *Pflicht zur Aufklärung und Untersuchung von Verstößen*

Um angemessen auf einen Rechtsverstoß reagieren zu können, ist der Vorstand zunächst gehalten, den Streitgegenständlichen Sachverhalt hinreichend aufzuklären, seine Ursache zu erforschen und mögliche Täter und Teilnehmer zu ermitteln.⁴¹ Die Pflicht zur Einleitung von Aufklärungsmaßnahmen setzt dabei grundsätzlich bei jedem nicht ganz fernlie-

genden Verdacht eines Regelverstoßes ein.⁴²

Im Hinblick auf das „Ob“ der Aufklärung kommt dem Vorstand dabei nach ganz h.M. grundsätzlich kein Ermessen zu; die Business Judgment Rule, die dem Vorstand bei unternehmerischen Entscheidungen einen nicht justiziablen Beurteilungsspielraum zubilligt, findet insoweit keine Anwendung.⁴³ Bei entsprechenden Verdachtsmomenten hat der Vorstand den Sachverhalt aufzuklären bzw. aufklären zu lassen. Dass es sich bei dieser Aufklärungspflicht um eine Pflichtaufgabe des Vorstands handelt, ergibt sich mittelbar auch aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG i.V.m. § 130 Abs. 1 OWiG.

Auch bezüglich des Umfangs der notwendigen Ermittlungsanstrengungen sind die Freiheitsgrade des Vorstands beschränkt. In Abwesenheit außergewöhnlicher Umstände ist grundsätzlich eine umfassende Aufklärung des Geschehens in tatsächlicher Hinsicht zu leisten, eine partielle oder unvollkommene Sachverhaltsermittlung genügt grundsätzlich nicht.⁴⁴ Nur eine umfassende Sachverhaltsaufklärung kann im Regelfall ausreichende Gewähr dafür bieten, dass sich ein festgestellter Verstoß in der Zukunft nicht wiederholt. Die Aufarbeitung eingetretener Rechtsverstöße dient insoweit immer auch der Prävention künftiger Gesetzesübertretungen.

Ein anderes Bild ergibt sich hingegen bezüglich des „Wie“ der Aufklärung möglicher Gesetzesverstöße.⁴⁵ Idealtypisch stehen dem Vorstand zunächst zwei Möglichkeiten zur Verfügung, eine Klärung der Sachlage herbeizuführen: Einerseits kann er interne Untersuchungen durch unternehmensinterne Stellen (interne Revision, Controlling, Compliance- und/oder Rechtsabteilung) oder durch hinzugezogene externe Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer (sog. internal investigations bzw. forensic services) veranlassen.⁴⁶ Andererseits besteht die Möglichkeit, bereits die Sachverhaltsaufklärung in die Hände staatlicher Ermittlungsbehörden zu geben, indem durch Strafanzeige oder Strafantrag Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet und damit Ermittlungen von Amtswegen durchgeführt werden.⁴⁷

Unabhängig von der Frage, ob es sich bei der Entscheidung über das „Wie“ um eine unternehmerische Entscheidung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG handelt, sprechen gewichtige Argumente dafür, dem Vorstand bei Wahl der konkreten Aufklärungsmethode einen Ermessensspielraum zuzugestehen. Das bedeutet konkret, dass dann, wenn mehrere Aufklärungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die bei vernünfti-

⁴² Rönnauf/F. Schneider, ZIP 2010, 53 (59).

⁴³ Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2176); Fleischer, AG 2003, 291 (292 ff.); Fleischer (Fn. 4), § 7 Rn. 55, § 8 Rn. 19; Fleischer, CCZ 2008, 1 (2); Hauschka/Greeve, BB 2007, 165 (170 f.); Wagner, CCZ 2009, 14; vgl. auch BGH, Urt. v. 8.10.1984 – II ZR 175/83 = GmbHR 1985, 143 f.; OLG Koblenz, Urt. v. 10.6.1991 – 6 U 1650/89 = ZIP 1991, 870 (871).

⁴⁴ Vgl. Wagner, CCZ 2009, 13; Fleischer, CCZ 2008, 1 (2); Fleischer (Fn. 4), § 7 Rn. 55, § 8 Rn. 19; Hauschka/Greeve, BB 2007, 165 (170 f.).

⁴⁵ Hierzu ausführlich Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2176).

⁴⁶ Vgl. hierzu Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721; Wybitul, BB 2009, 606.

⁴⁷ Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2177).

³⁸ Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (123).

³⁹ Zum Grundsatz der „zero tolerance“ U.H. Schneider, ZIP 2003, 645 (649); Hauschka/Greeve, BB 2007, 165 (170 f.); Klindt, NJW 2006, 3399 (3400); kritisch noch Hauschka, ZIP 2004, 877 (882).

⁴⁰ Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (118).

⁴¹ Vgl. etwa Rönnauf/F. Schneider, ZIP 2010, 53 (59).

ger Betrachtung zumindest gleich erfolversprechend erscheinen, dem Vorstand grundsätzlich ein Wahlrecht zuzubilligen ist. Nur in Ausnahmefällen wird man davon auszugehen haben, dass dem Vorstand ein bestimmter Weg zur Sachverhaltsaufklärung gesetzlich vorgezeichnet ist.⁴⁸ Dies wird man einerseits dann anzunehmen haben, wenn andere Formen der Sachverhaltsaufklärung keine hinreichenden Erfolgsaussichten versprechen, andererseits, wenn ausnahmsweise gesetzliche Handlungspflichten, etwa zur Anzeige einer Straftat, bestehen.⁴⁹ Im Übrigen darf sich der Vorstand davon leiten lassen, welche Aufklärungsmethode unter den gegebenen Umständen als adäquateste Reaktion auf den Non-Compliance-Fall erscheint.

Dem steht auch nicht zwingend entgegen, dass es sich bei der Entscheidung über die Art des zur Aufklärung zu implementierenden Verfahrens nicht um eine traditionelle und typische unternehmerische Entscheidung im Sinne des deutschen Pendantes zur Business Judgment Rule wie etwa eine Investitionsentscheidung handelt. Die Wahl der konkreten Aufklärungsmethode weist erhebliche Ähnlichkeiten zu solchen unternehmerischen Entscheidungen auf, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Auch die Wahl zwischen mehreren Aufklärungsmethoden stellt eine mit Unsicherheit behaftete Entscheidung dar, da im Entscheidungspunkt die voraussichtlichen Erfolge der zur Verfügung stehenden Aufklärungsstrategien nicht mit Gewissheit feststehen, sondern allenfalls mit gewissen Wahrscheinlichkeiten angegeben werden können. Der Vorstand hat also eine Prognose darüber zu treffen, mit welchen Ergebnissen die verschiedenen Aufklärungsarten verbunden sind. Gleichzeitig steht das richterrechtliche Vorbild des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH, einer solchen Wertung nicht entgegen. Zwar differenziert der BGH in dieser Entscheidung bei der Frage des Geschäftsleiterermessens zwischen dem sogenannten Erkenntnisbereich einerseits und dem sogenannten Handlungsbereich andererseits mit der Folge, dass im Erkenntnisbereich kein autonomer unternehmerischer Ermessensspielraum, sondern lediglich ein „begrenzter Beurteilungsspielraum“ eingeräumt wird.⁵⁰ Jedoch ist trotz der vermeintlichen begrifflichen Nähe der hier im Fokus stehenden Sachverhaltsermittlungsaufgabe zu dem Erkenntnisbereich der ARAG-Rechtsprechung die Anerkennung eines weiten Geschäftsleiterermessens bei der Tatbestandsfeststellung nicht gesperrt. So führt der BGH weiter aus, dass sich die Frage eines Handlungsermessens nur dort stellen könne, wo eine Entscheidung zwischen verschiedenen Handlungs-

möglichkeiten zu treffen ist.⁵¹ Genau eine solche Entscheidungslage stellt sich aber dem Vorstand, der über das weitere Vorgehen nach der Feststellung eines (möglichen) Falles von Non-Compliance zu entscheiden hat.⁵² Er hat, wie es § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verlangt, dabei „auf der Grundlage angemessener Information“ zu handeln, ohne dabei im Hinblick auf die Art und Weise der Informationsbeschaffung gebunden zu sein. Wenn § 93 Abs. 1 S. 2 AktG damit eine angemessene Informationsgrundlage verlangt, ist damit zugleich entschieden, dass den Vorstand keinesfalls die Verpflichtung treffen kann, im Interesse einer vollumfänglichen Sachverhaltsaufklärung alle denkbaren Instrumente zur Eruierung der Fakten kumulativ nebeneinander anzuwenden.

Bei der damit notwendigen Ermessensentscheidung zwischen verschiedenen Arten der Sachverhaltsaufklärung können verschiedene generelle Erwägungen Orientierung bieten.⁵³ So ist bei der Wahl zwischen internen Ermittlungen und solchen durch öffentliche Stellen stets in Rechnung zu stellen, dass die Staatsanwaltschaft und andere öffentlichen Ermittlungsbehörden in Abgrenzung zu privaten Personen und Unternehmen über eine Vielzahl hoheitlicher Ermittlungsrechte verfügen, die im Einzelfall zu einer angemessenen Sachverhaltsaufklärung notwendig sein können. Auf der anderen Seite sind die mit jeder durch staatliche Stellen erfolgenden Aufarbeitung von Fehlverhalten der Mitarbeiter des Unternehmens verbundenen Nachteile in Ansatz zu bringen. Die oftmals nicht lautlos durchführbaren Ermittlungen der StA, BaFin etc. gehen regelmäßig mit einem nicht zu unterschätzenden Schaden zu Lasten der Reputation des betroffenen Unternehmens einher. Diese „schlechte Presse“ sollte grundsätzlich nur dann in Kauf genommen werden, wenn eine erfolgreiche und nachhaltige Aufarbeitung der zu Tage getretenen Gesetzesverstöße durch interne Stellen nicht geleistet werden kann. Das heißt allerdings nicht, dass nicht im Einzelfall durchaus einmal auch ein proaktives Vorgehen des Vorstands geboten sein kann, der Vorstand also selbst die Pflichtverstöße ans Licht der Öffentlichkeit bringen sollte. Mit einem solchen offensiven Umgang mit Gesetzesverstößen genügt die Leitung der Gesellschaft nicht zuletzt dem insbesondere am Kapitalmarkt immer nachdrücklicher artikulierten Verlangen nach umfassender Transparenz und Publizität und vermeidet gleichzeitig, dass ihr im Falle des Bekanntwerdens eines Verstoßes der Vorwurf gemacht wird, man habe „die Angelegenheit unter den Teppich kehren wollen“.

bb) Pflicht zur Abstellung von Verstößen

Ergibt die Aufklärung des Sachverhalts, dass es tatsächlich zu einem Rechtsverstoß gekommen ist, ist der Vorstand gehalten, diesen abzustellen und geeignete Vorkehrungen zu ergreifen, um das Auftreten von Wiederholungsfällen zu verhindern.⁵⁴ Compliance bedeutet also nicht nur Fehlerdiagno-

⁴⁸ Vgl. *Wagner*, CCZ 2009, 16; *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Spezial 5 (zu 2008), 1 (6); *Rodewald/Unger*, BB 2007, 1629 (1633): „Es muss entschieden werden, ob die Staatsanwaltschaft zur Ermittlung des Sachverhalts oder eventuell auch nach Aufklärung einbezogen werden soll.“

⁴⁹ Etwa nach § 138 StGB.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926 (1928). Kritisch gegenüber dieser Differenzierung und den damit verbundenen Folgen *Kocher*, CCZ 2009, 215 (219 ff.).

⁵¹ BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926 (1928).

⁵² *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2177).

⁵³ Vgl. auch *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2177).

⁵⁴ *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2176).

se, sondern auch Therapie. Um diese Zielvorgabe zu erfüllen, ist es notwendig, dass der Vorstand den Bereich, in dem der Non-Compliance-Vorfall aufgetreten ist, unter laufende und besondere Überwachung stellt.

Bereits aus der Legalitätspflicht folgt, dass dem Vorstand bei der Entscheidung über das Abstellen von Rechtsverstößen kein Entschließungsermessen zusteht.⁵⁵ Bezüglich des „Wie“ wird man demgegenüber erneut davon auszugehen haben, dass bei Existenz mehrerer ex ante gleich erfolgversprechender Möglichkeiten zum Abstellen des Rechtsverstößes auch hier dem Vorstand die Wahl zwischen diesen Alternativen offen steht, ohne dass dies Rückwirkungen auf die haftungsrechtliche Würdigung seines Verhaltens haben sollte.⁵⁶ Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen kann nur dann etwas anderes gelten, wenn ausnahmsweise nur eine dieser Handlungsmöglichkeiten als tauglich erscheint.

cc) Sanktionspflicht des Vorstands

Neben Aufklärung und Abstellen ist die angemessene Ahndung eines Rechtsverstößes das dritte zentrale Element der effektiven Durchsetzung einer echten Corporate-Compliance-Unternehmenskultur.⁵⁷ Wie bereits dargestellt, entscheidet nicht zuletzt die Strenge bei der Ahndung von Verstößen darüber, wie ernsthaft Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten und die weitere relevante Bereichsöffentlichkeit das Bekenntnis der Geschäftsleitung zur Corporate Compliance nehmen, und damit letztlich über die praktische Wirksamkeit der Compliance-Organisation. Nachlässigkeiten bei der Ahndung von Verstößen können demgegenüber den Eindruck erwecken, bei den Compliance-Bemühungen der Unternehmensleitung handele es sich um bloße Lippenbekenntnisse, die im Ernstfall keine nachteiligen Konsequenzen nach sich ziehen. Hat sich dieser Eindruck einmal verfestigt, sind selbst theoretisch ausgefeilte Compliance-Systeme in der Praxis zum Scheitern verurteilt.⁵⁸ Voraussetzung ist deshalb, dass zu Tage getretene Verstöße spürbar und sichtbar geahndet werden. Dies gilt selbst dann, wenn mit der verhängten Sanktion im Einzelfall individuelle Härten verbunden sein können.

Im Weiteren stellt sich erneut die Frage, ob dem Vorstand bei der Ahndung von Non-Compliance ein weiter Ermessensspielraum i.S.e. Business Judgments zukommt. Bezüglich der Frage des „Ob“ einer Sanktionierung geht die bisher unbe-

strittene Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum davon aus, dass ein Ermessensspielraum zu Gunsten des Vorstands ausscheidet.⁵⁹ Auch diese Ansicht ist primär an der Legalitätspflicht des Vorstands anzudocken: Die Beachtung der Rechtsordnung beinhaltet mittelbar auch die Verpflichtung, Beeinträchtigungen der Rechtsordnung mit den gesetzlich vorgesehenen Sanktionen zu beantworten. Rückhalt findet diese strenge Sicht durch eine Übertragung der strafrechtlichen Strafzwecktheorien. Die Sanktion entfaltet general- und spezialpräventive Wirkung mit der erwünschten Konsequenz, dass die Wahrscheinlichkeit eines erneuten Verstößes im Unternehmen sinkt.

Weniger eindeutig fällt dieses Ergebnis indes bezüglich Art und Höhe der zu verhängenden Sanktion aus. Die Bedeutung eines diesbezüglich gegebenenfalls bestehenden Sanktionsauswahlermessens wird erkennbar, wenn man sich das Arsenal denkbarer Sanktionsmöglichkeiten, von dem der Vorstand bei der Ahndung von Non-Compliance Gebrauch machen kann, vergegenwärtigt. Dem Vorstand stehen zunächst die arbeitsrechtlichen Sanktions- und Disziplinierungsinstrumente zur Verfügung,⁶⁰ d.h. die außerordentliche, fristlose Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB, die ordentliche, fristgemäße Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG, die Änderungskündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB, § 2 KSchG; die direktionsrechtliche Veränderung der Arbeitsbedingungen; die Abmahnung, die Betriebsbuße, die Vertragsstrafe; die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen sowie der Einbehalt von Teilen der Vergütung gemäß § 273 Abs. 1 BGB. Hinzu tritt die Geltendmachung von arbeits-, dienst- und werkvertraglichen Schadensersatzansprüchen und schließlich bei besonders gravierenden Verstößen die Initiierung von Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren durch Strafanträge und Strafanzeigen (§ 158 StPO; §§ 77 ff. StGB).

Hier ist es denkbar, unter Rekurs auf das in der Compliance-Literatur elementare „zero tolerance“-Prinzip zu verlangen, dass jeweils die Maximal-Strafe verhängt wird, um einen besonders hohen Abschreckungseffekt zu erzielen und dadurch gleichzeitig die Glaubwürdigkeit des Compliance-Commitments zu untermauern. Allerdings würde eine dahingehende Interpretation des „zero tolerance“-Prinzips über das Ziel hinausschießen.⁶¹ Bereits der Vergleich mit dem in sei-

⁵⁵ *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165 (170 f.); *Rodewald/Unger*, BB 2007, 1629 (1633); *Fleischer*, AG 1993, 291 (294 f.); *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Spezial 5 (zu 2008), 1 (4 f.); *Fleischer* (Fn. 4), § 8 Rn. 35; *Jäger/Rödl/Campos/Nave*, in: *Jäger/Rödl/Campos Nave*, Praxishandbuch Corporate Compliance, 2009, S. 91 f.; vgl. auch *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (60).

⁵⁶ Vgl. insoweit *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Spezial 5 (zu 2008), 1 (6); vgl. auch *Fleischer* (Fn. 4), § 7 Rn. 55.

⁵⁷ *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2178).

⁵⁸ Grundlegend und unter Annahme des Grundsatzes „zero tolerance“ *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645 (649 f.); vgl. ferner *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165 (170 f.); v. *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2008, 146 (147); *Mengel/Hagemeister*, BB 2007, 1386 (1392); *Klindt*, NJW 2006, 3399 (3400).

⁵⁹ Vgl. *Kremer/Klahold* (Fn. 30), § 18 Rn. 76; *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, (649f.); *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2178); *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165 (171 f.); *Rogall* (Fn. 7), § 130 Rn. 61 f. Zu denkbaren Ausnahmen bei Bagatellfällen (Falschparken etc.) *Kocher*, CCZ 2009, 215, (218 f.). Großzügiger aus strafrechtlicher Sicht auch *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (59).

⁶⁰ Zu Besonderheiten der arbeitsrechtlichen Sanktionen bei Compliance-Verstößen vgl. etwa *Mengel/Hagemeister*, BB 2007, 1386 (1391).

⁶¹ Vgl. *Kremer/Klahold* (Fn. 59), § 18 Rn. 74, die davon sprechen, dass aufgrund „der Vielfalt der denkbaren Sachverhaltskonstellationen [...] nicht pauschal ein ‚Sanktionskatalog‘ festgelegt werden“ könne. Generell für ein Ermessen bei der Ausgestaltung der Compliance Organisation *Fleischer*

nen Zielen – General- und Spezialprävention – vergleichbaren strafrechtlichen Sanktionssystem offenbart, dass eine umfassende Ahndung von Verstößen nicht gleichzeitig auf der Rechtsfolgenseite zur Ausurteilung der jeweiligen Maximalstrafe zwingt. In der Terminologie des Gesellschaftsrechts kommt dem Vorstand also auch bei der Festsetzung der Sanktionshöhe in den gesetzlich vorgeformten Grenzen ein Auswahlmessen i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu.⁶² Auch Entscheidungen über die Wirkungsweise von Strafen auf das Verhalten der Delinquenten sind in hohem Maße prognostischen Charakters. Gleichzeitig sind die Tatumstände der Begehung des jeweiligen Gesetzesverstößes nur in den seltensten Fällen vergleichbar. In jedem Fall ist dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen. Schließlich kann im Einzelfall Zurückhaltung bei der Anwendung des möglichen Sanktionsinstrumentariums auch im Unternehmensinteresse geboten sein; dies wird man insbesondere dann annehmen können, wenn zur umfassenden Aufklärung eines Sachverhalts zwingend die Kooperationsbereitschaft eines oder mehrerer Mitarbeiter erforderlich ist, die nur gegen Einräumung einer vollständigen oder teilweisen „Amnestie“ zur Mitarbeit bei der Aufdeckung von Verstößen bereit sind.⁶³

Folgerichtig wird man ein Ermessen des Vorstands bei der Auswahl aus dem aufgezeigten Strafenarsenal anzunehmen haben, wobei die angeführten Sanktionsmittel, abhängig von Art und Schwere des Vergehens, alternativ oder kumulativ zur Anwendung gebracht werden können.

dd) Abwägung bei Straftaten. Einleitung von Ermittlungsverfahren durch Strafanzeige/Strafanträge – Ermessen oder Ermessensreduzierung auf Null?

Basierend auf den bisherigen Erkenntnissen ergibt sich, dass gerade bei der Verwirklichung von Straftatbeständen im Einzelfall die Einleitung von Ermittlungsverfahren – sprich das Stellen von Strafanzeigen und Strafanträgen – geboten sein kann. Wie dargelegt, kann das Ermessen, in dieser Weise zu handeln, im Einzelfall auf Null reduziert sein. Ob dies der Fall ist, ist unter maßgeblicher Berücksichtigung des Unternehmensinteresses durch eine Abwägung im Einzelfall zu ermitteln.⁶⁴ Ausgangspunkt dahingehender Überlegungen muss sein, dass es keine allgemeine Rechtspflicht zum Stellen von Strafanzeigen gibt. Außerhalb des Bereichs, der Amtsträgern zur Strafverfolgung zugewiesen ist, besteht grundsätzlich keine Rechtspflicht, bekanntgewordene Straftaten anzuzeigen.⁶⁵ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umkehrschluss aus § 138 Abs. 1 StGB. Auch aus der in § 130

OWiG enthaltenen Ahndung der Verletzung von Aufsichtspflichten ergibt sich keine absolute Verpflichtung zur Stellung von Strafanzeigen oder Strafanträgen.⁶⁶ Bestätigt wird dieses Ergebnis durch Normen wie § 13 GwG, die für besonders sensible Bereiche eine Pflicht zur Strafanzeige ausdrücklich festschreiben.⁶⁷

Außerhalb von § 138 Abs. 1 StGB bleibt es damit grundsätzlich dabei, dass die Frage der Initiierung eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahrens eine Ermessensentscheidung des Vorstands ist. Im Rahmen dieser Entscheidung ist eine Reihe von Aspekten zu berücksichtigen, die allein oder im Zusammenspiel mit weiteren Faktoren den Ausschlag für oder gegen die Initiierung eines Strafverfahrens geben können. Entsprechend seines dreigliedrigen Pflichtenkatalogs bei Verdacht eines Compliance-Falles (Aufklären, Abstellen, Sanktionieren) hat sich der Vorstand zunächst die Frage zu stellen, ob weitere Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft einen besseren Ermittlungserfolg erwarten lassen als ausschließlich interne Ermittlungsanstrengungen. Hierbei hat der Vorstand nicht alleine in Rechnung zu stellen, ob der Einsatz eine effektivere Erfüllung der Pflicht zur möglichst umfassenden Aufklärung des Sachverhaltskomplexes ermöglicht, sondern auch inwieweit die Einschaltung staatlicher Stellen eine endgültige Beseitigung des rechtswidrigen Verhaltens und einen positiven Abschreckungseffekt für die Zukunft erwarten lässt. Das verlangt eine Beurteilung der Frage, ob der Einsatz von „Manpower“ und hoheitlichen Ermittlungsbefugnissen der Staatsanwaltschaft eine bessere Aufklärung der Sachlage wahrscheinlicher werden lassen, womit zugleich zielgenauere Antworten auf die zu Tage getretenen Defizite und die unter Compliance-Aspekten besonders bedeutende Frage nach der eigentlichen Urheberchaft des Rechtsverstoßes ermöglicht werden. Da die Durchsetzung einer echten Compliance-Kultur darüber hinaus danach verlangt, dass zu Tage getretene Defizite sanktioniert werden, ist weiter – entweder im Zusammenspiel mit der hauseigenen Rechtsabteilung oder aber externen Rechtsberatern – zu klären, ob bereits aufgrund der unternehmensintern gewonnenen Erkenntnisse arbeitsrechtliche Sanktionen möglich sind und ob diese im Hinblick auf die Schwere der Tat zur Durchsetzung der Compliance-Ordnung genügen oder aber es drastischerer Maßnahmen bedarf. Sind die Voraussetzungen für die Verhängung arbeitsrechtlicher Sanktionen noch nicht erfüllt,⁶⁸ stellt sich auch hier die Frage, ob die notwendigen Erkenntnisse erfolgsversprechender durch interne Ermittlungen oder mit Hilfe öffentlicher Stellen zu erlangen sind. Vergleichbare Überlegungen sind anzustellen mit Blick auf eventuell geltend zu machende Schadensersatzansprüche. Hier kann insbesondere der das Strafrecht prägende Amtsermittlungs-

(Fn. 4), § 91 Rn. 53; *Spindler* (Fn. 4), § 76 Rn. 17; *Hauschka*, ZIP 2004, S. 877 (878); *Bürkle*, BB 2005, 565 (568 f.).

⁶² Hierzu bereits *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2179).

⁶³ Zu Zulässigkeit und den weiteren Voraussetzungen solcher „Deals“ vgl. *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721.

⁶⁴ Vgl. auch *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113 (135).

⁶⁵ BGH, Urt. v. 30.4.1997 – 2 StR 670/96 = *NSZ* 1997, 597; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 158 Rn. 6; *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721 (727).

⁶⁶ Auch den Compliance Officer trifft regelmäßig keine Anzeigepflicht, vgl. *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (60); *Bürkle*, CCZ 2010, 4 (10).

⁶⁷ Vgl. *Bürkle*, CCZ 2010, 4 (10).

⁶⁸ Etwa ein dringender Tatverdacht als Voraussetzung einer Verdachtskündigung. Vgl. bspw. *Sandmann*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 626 BGB Rn. 323 ff.

grundsatz helfen, eine hinreichend substantiierte und im Bestreitensfall auch beweisbare Tatsachengrundlage für die klageweise Geltendmachung der Schäden aus dem Non-Compliance-Fall zu erarbeiten. Umgekehrt kann die damit angezeigte Berücksichtigung der Auswirkungen einer Strafanzeige im Einzelfall auch zum entgegengesetzten Ergebnis führen. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn anderenfalls die notwendige Vertraulichkeit nicht mehr gewahrt werden könnte.⁶⁹

Auch bereichsspezifische Besonderheiten sind in Rechnung zu stellen. So besteht etwa im Kartellrecht die Möglichkeit, durch die frühzeitige Zusammenarbeit mit den relevanten Behörden im Rahmen der Kronzeugenregelung (BKartA) bzw. des Leniency-Programms die Höhe zu erwartender Bußgelder drastisch zu senken.⁷⁰

Schließlich gilt es abschließend abzuwägen, ob die festgestellten Verstöße derart gravierend sind, dass die konsequente Umsetzung einer Compliance-Organisation strafrechtliche Maßnahmen erforderlich macht, um den geschädigten Arbeitnehmern Genugtuung zu verschaffen, Spezialprävention gegenüber denjenigen zu erreichen, die gehandelt haben und eine allgemeine Abschreckung gegenüber den Unbeteiligten zu erreichen.

In jeder Abwägung nicht außer Betracht bleiben dürfen schließlich die voraussichtlichen Folgen eines Strafantrags bzw. einer Strafanzeige auf die öffentliche Wahrnehmung und das Image des Unternehmens.⁷¹ Dabei dürfte dem vor allem in der Vergangenheit oft vorgetragenen Argument, man wolle das Unternehmen aus den Schlagzeilen bringen und deswegen auf weitere Ermittlungen verzichten, bisweilen keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen sein. Vielmehr ist ein proaktives Vorgehen, das ein Commitment zum Recht signalisiert, oft gerade auch unter Öffentlichkeitsgesichtspunkten für das Unternehmen der vorteilhaftere Weg. Ein solches Vorgehen steht für eine Kultur der Transparenz und verhindert bereits ex ante den Verdacht absichtlicher Vertuschung und Verschleierung. Zudem kann die vollständige Aufklärung von Compliance-Vorfällen – auch durch die oder unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft – im Unternehmensinteresse liegen, da eine wirksame Aufklärung notwendige Voraussetzung dafür ist, dass Zuwiderhandlungen tatsächlich abgestellt und Wiederholungsfälle ausgeschlossen werden.⁷² Insbesondere dann, wenn damit zu rechnen ist, dass die Behörden ohnehin in absehbarer Zukunft Ermittlungen gegen das Unternehmen anstrengen werden, dürfte es anzuraten sein, selbst an die Behörden heranzutreten, um den nicht vermeidbaren Reputationsschaden möglichst gering zu halten.⁷³

Allerdings gibt es auch gegenteilige Gesichtspunkte, die in die Abwägung einzubeziehen sind. Gewisse Grenzen ergeben sich zunächst aus der Fürsorgepflicht gegenüber den

eigenen im Verdacht stehenden Arbeitnehmern; diese gehen dahin, nicht leichtfertig die Ermittlungsbehörden einzuschalten, sondern zuvor mit der gebotenen Gründlichkeit zu recherchieren und ggf. auch zunächst intern zu ermitteln, ob ein ausreichender Verdacht besteht. In gleiche Richtung weist die Whistleblower-Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2003. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts kann es einen Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht darstellen, wenn ein Arbeitnehmer eine Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber oder dessen Repräsentanten stellt, ohne vorher eine innerbetriebliche Meldung und Klärung herbeizuführen.⁷⁴ Ein Absehen von einer solchen vorgeschalteten innerbetrieblichen Klärung komme nur dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer durch Nichtanzeige sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde, es sich um schwerwiegende Pflichtverstöße handelt oder aber Abhilfe berechtigterweise nicht erwartet werden könne.⁷⁵ Da es sich bei den arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten um wechselseitige Pflichten handelt, wird man vergleichbare Grundsätze bei der Strafanzeige durch den Dienstherrn zu berücksichtigen haben.

Eine weitere Einschränkung könnte sich wohl auch dann ergeben, wenn die Einschaltung der Ermittlungsbehörden zu einem hohen Schadensrisiko für die Gesellschaft selbst im Hinblick auf dem Unternehmen drohende Geldbußen führen würde – diese Einschränkung wird man aus dem Prinzip des Grundsatzes *nemo tenetur se ipsum accusare* ableiten können.

Anhand der genannten Gesichtspunkte, die im Einzelfall noch weiter konkretisiert werden müssen, wird sich der Vorstand im Einzelfall entscheiden müssen, ob er Strafanzeige/Strafantrag stellt.

Selbst wenn es bei einer solchen Abwägung nicht zu einer Ermessensreduzierung auf Null kommt, wird die Einschaltung der Strafermittlungsbehörden in vielen Fällen, in denen Straftatbestände in Rede stehen, zu empfehlen sein.

III. Fazit

Es gehört zu den Kardinalpflichten des Vorstands einer Aktiengesellschaft, die Gesellschaft im Einklang und in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht zu führen. Der Vorstand ist damit nicht nur verpflichtet, sich selbst in eigener Person rechtstreu zu verhalten, sondern auch durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass das Unternehmen an sich und seine Mitarbeiter Satzung und Rechtsordnung beachten. Das jüngere Forschungsfeld der Compliance hat diese zunächst sehr abstrakte Verhaltensvorgabe näher präzisiert und mit Leben gefüllt und bietet damit der Praxis wichtige Orientierungshilfen. So hat der Vorstand zunächst durch Etablierung passgenauer Compliance-Strukturen und -Prozesse möglichen Rechtsverstößen präventiv entgegenzuwirken. Gelingt dies im Einzelfall nicht, ist also ein Gesetzes- oder Satzungsverstoß zu konstatieren bzw. besteht zumindest ein

⁶⁹ Bürkle, CCZ 2010, 4 (12).

⁷⁰ Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (135).

⁷¹ Wybitul, BB 2009, 606 (609).

⁷² Ähnliche Wertung bei Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (135); vgl. hierzu auch Wybitul, BB 2009, 606 (609 f.).

⁷³ Vgl. auch Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113 (135).

⁷⁴ BAG, Urt. v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 = NZA 2004, 427 (430). Zum Whistle-Blowing aus Compliance-Sicht vgl. auch Pietzke, CCZ 2010, 45 (51); Weber-Rey, AG 2006, 406.

⁷⁵ BAG, Urt. v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 = NZA 2004, 427 (430).

dahingehender hinreichender Verdacht, trifft den Vorstand im Weiteren die Pflicht, den Sachverhalt umfänglich aufzuklären zu lassen. Dabei ist er in der Wahl der zur Aufklärung einzusetzenden Mittel solange frei, wie nicht eine bestimmte Aufklärungsart bereits ex ante zu voraussichtlich besseren Ermittlungserfolgen führt.

Ergeben die Aufklärungsarbeiten des Vorstands, dass es tatsächlich zu einem Rechtsverstoß gekommen ist, ist dieser Verstoß einerseits – auch mit Wirkung für die Zukunft – abzustellen und andererseits mit entsprechenden Sanktionen zu belegen. In beiden Punkten steht dem Vorstand dabei grundsätzlich kein Ermessen zu. Anderes gilt hingegen bezüglich der Art und Weise, wie der Verstoß abzustellen ist sowie bezüglich der Frage, welche der im Einzelfall denkbaren Sanktionen tatsächlich verhängt werden. Stets ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten; Art und Umfang der Sanktionierung müssen mithin geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den Sanktionszweck, d.h. der Durchsetzung des Compliance-Gedankens sowie der Prävention künftiger Compliance-Verstöße hinreichend Rechnung zu tragen.

Allerdings sind auch Ausnahmefälle denkbar, in denen sich das Auswahlermessen bezüglich der zu wählenden Sanktion auf Null reduziert. Die Voraussetzungen einer solchen Ermessensreduktion lassen sich abstrakt und generalisierend dahingehend zusammenfassen, dass im konkreten Fall nur eines der denkbaren Sanktionsmittel zur vollständigen Verwirklichung des Sanktionszwecks geeignet erscheint oder im Hinblick auf Art und Schwere der Zuwiderhandlung die Anwendung eines einzelnen Sanktionsmittels als nicht ausreichend erscheint, um den Sanktionszweck hinreichend zu verwirklichen. Besondere Bedeutung kommt dem Vorliegen dieser Voraussetzungen sowohl aus Sicht des Unternehmens als auch der betroffenen Organe oder Mitarbeiter dann zu, wenn strafrechtlich relevante Vorwürfe im Raume stehen und deshalb über die Initiierung eines Strafverfahrens durch Strafanzeige oder -antrag zu entscheiden ist. Hier wird man – außerhalb des Anwendungsbereichs von § 138 StGB – grundsätzlich davon ausgehen können, dass die Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden im Ermessen des Vorstands steht. Eine Pflicht zur Strafanzeige bzw. zum Strafantrag kann außerhalb der gesetzlichen Anzeigepflichten etwa dann in Betracht kommen, wenn die hinreichende Aufklärung des Sachverhalts nur durch Einschaltung der Ermittlungsbehörden gewährleistet werden kann oder aber wenn andere Sanktionsmittel nicht zur Verfügung stehen, keine hinreichende Aussicht auf Erfolg haben oder mit Blick auf Art und Schwere der Tat sich nicht als angemessene Sanktionen darstellen.