Schriften zum Gesellschafts-,
Bank- und Kapitalmarktrecht

97

Eike Eckelmann

Der US-amerikanische Compliance-Monitor in deutschen Unternehmen

Grundlegung, Problemfelder, Einordnung in das deutsche Aktien-, Kapitalmarkt- und Haftungsrecht und ein Blick auf deutsche Monitore

Nomos

Schriften zum Gesellschafts-,
Bank- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Gregor Bachmann, Humboldt Universität zu Berlin
Prof. Dr. Matthias Casper, Universität Münster
Prof. Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim
Prof. Dr. Rüdiger Veil, LMU München

Band 97

Eike Eckelmann

Der US-amerikanische Compliance-Monitor in deutschen Unternehmen

Grundlegung, Problemfelder, Einordnung in das deutsche Aktien-, Kapitalmarkt- und Haftungsrecht und ein Blick auf deutsche Monitore

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Berlin, HU, Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0559-8 (Print)
ISBN 978-3-7489-3912-2 (ePDF)

1. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen und mit dem Karlheinz Quack-Preis 2023 ausgezeichnet. Das Manuskript wurde im April 2022 fertiggestellt. Nachfolgende Entwicklungen wurden nach Möglichkeit noch für die Veröffentlichung berücksichtigt, allerdings, insbesondere im Hinblick auf die US-amerikanische Rechtsprechung und Literatur, ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan), der das Thema dieser Arbeit angeregt und ihr Entstehen stets mit größtem Engagement und auf vielfältige Art und Weise gefördert hat. Dank gebührt weiterhin Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Spoerr*, LL.M. (Edinburgh) für die freundliche Übernahme und rasche Erstattung des Zweitgutachtens.

Besonderen Dank schulde ich auch der Studienstiftung des deutschen Volkes, die dieses Werk durch ein Promotionsstipendium nicht nur finanziell, sondern durch ihre zahlreichen Veranstaltungen auch ideell gefördert hat. Ebenso danke ich dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft für die finanzielle und fachliche Unterstützung dieser Arbeit.

Nicht zuletzt möchte ich mich bei den vielen Menschen bedanken, die mich in der Promotionsphase begleitet haben. Sie standen mir als Gesprächspartner, Förderer, Vertraute und Freunde zur Seite und haben damit zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Herrn Dr. *Mattias Prange* danke ich besonders für die wertvollen fachlichen Diskussionen. Ihm und Herrn Dr. *Christian Lüninghöner* bin ich zudem für die gewissenhafte Durchsicht der Arbeit zu Dank verpflichtet. Dank gilt auch den Juristen aus Unternehmen und Kanzleien, die bereit waren, mir tiefergehende Einblicke in die Arbeit der US-Monitore zu gewähren.

Von ganzem Herzen möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern, *Monika* und *Heiner Eckelmann*, bedanken. Ohne ihre Liebe und fortwährende Unterstützung wäre diese Arbeit nicht entstanden. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Juli 2023 Eike Eckelmann

Inhaltsübersicht

Einleitung 53

A. Problemaufriss 53

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes 56

I. Beschränkung auf US-amerikanische Monitore 56

II. Maßgeblicher Monitorbegriff 57

C. Forschungsfragen 63

D. Gang der Untersuchung 63

TEIL I: Entwicklung, rechtliche Grundlagen, Ausgestaltung, Fallbeispiele und Problemfelder des US-Monitors 67

Kapitel 1: Grundlegendes zum US-Monitor 67

A. Entstehungsgeschichte 67

I. Vorläufer in der jüngeren Vergangenheit 67

II. Entstehung des heutigen Compliance-Monitors 73

B. Funktionen eines Compliance-Monitors 80

I. Obligatorische Überwachungsfunktion 80

II. Typische Unterstützungsfunktion 81

III. Typische Zertifizierungsfunktion 82

IV. Leitungs- und Untersuchungsfunktion im Ausnahmefall 83

C. Abgrenzung und Verhältnis zu verwandten Instrumenten 84

I. Self-Monitoring 84

II. Internal Investigations 85

III. Corporate Probation Officer 87

Kapitel 2: Rechtliche Grundlagen des US-Monitors 89

A. Strafverfahren 89

I. Überblick über die Strafverfolgung von Unternehmen in den USA 89

II. Fehlen einer gesetzlichen Regelung für Monitorships 95

III. Vereinbarungen als Rechtsgrundlage 95

IV. Corporate Probation als Rechtsgrundlage 115

V. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien 116

B. Zivilverfahren 118

I. Vorprozessuale Vergleichsvereinbarungen 119
II. Ancillary Reliefs und Cease and Desist Orders 119
III. Consent Decrees und Consent Orders 121
IV. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien 123

C. Best-Practice-Standards 124

D. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung 125

Kapitel 3: Ablauf und Ausgestaltung 126

A. Abschluss der Vergleichsvereinbarung 126

I. Entscheidung über die Einsetzung eines Compliance-Monitors 127
II. Stellung, Mandat und Kompetenzen des Monitors 135
III. Stellung und Kompetenzen der Behörde 150
IV. Dauer des Monitormandats 152

B. Auswahlverfahren, Qualifikation und Auswechslung des Monitors 154

I. Anforderungen an den Monitor 155
II. Auswahlverfahren 158
III. Auswechslung des Monitors 160

C. Abschluss des Monitorvertrags 161

I. Vertragsverhandlungen 161
II. Inhalt der Mandatsvereinbarung 162

D. Vorbereitung auf das Monitormandat 174

I. Verbesserung des Compliance-Systems 175
II. Einrichtung eines Project Management Office 175
III. Strukturierung und personelle Besetzung des Monitorteams 177

E. Durchführung des Monitorships 178

I. Arbeitspläne 179
II. „Initial Review“ und Bericht 182
III. „Follow-Up Reviews“ und Berichte 184
IV. Monitorberichte 186
V. Umgang mit Fehlverhalten 187

VI. Kommunikation zwischen Unternehmen, Monitor und Behörde 190

F. Abschluss des Monitorships 192

I. Zertifizierungsbericht und Zertifizierungsschreiben 192

II. Folgen der Zertifizierung 196

III. Verhältnis zu anderen Compliance-Zertifizierungen 197

Kapitel 4: Exemplarische Falldarstellungen 199

A. Daimler AG 199

I. Sachverhalt 200

II. Verlauf des Monitorships 201

III. Einordnung des Monitorships 204

B. Commerzbank AG 206

I. Sachverhalt 207

II. Verlauf des Monitorships 208

III. Einordnung des Monitorships 209

C. Bilfinger SE 210

I. Sachverhalt 210

II. Verlauf des Monitorships 211

III. Einordnung des Monitorships 216

D. Volkswagen AG 217

I. Sachverhalt 217

II. Verlauf des Monitorships 219

Kapitel 5: Ausgewählte Problemfelder 224

A. Regulierungstheoretischer Hintergrund und praktische Wirksamkeit eines Monitorships 225

I. Sanktionszwecke und Monitorships 225

II. Praktische Wirksamkeit eines Monitorships 236

B. Fehlender Erfahrungsaustausch zwischen den Monitorships 252

C. Geringe Publizität im Rahmen der Monitorships 254

I. Bedeutung der Publizität 254

II. Zugänglichkeit der Informationen nach US-amerikanischem Recht 258

D. Zweifelhafte Unabhängigkeit des Monitors gegenüber der US-Behörde 281

I. Bedeutung und Regelung der Unabhängigkeit in einem Monitorship 282
II. Einflussmöglichkeiten der Behörde und Beeinflussbarkeit des Monitors 283
III. Abhängigkeit der Unabhängigkeit vom Einzelfall 284

TEIL II: US-Monitorships in deutschen Unternehmen 287

Kapitel 6: Grundsätzliche Erwägungen zum Aktienrecht 288

A. Anwendbarkeit deutschen Aktienrechts 288

B. Zuständigkeitsverteilung im Rahmen des Monitorships und organisatorische Aspekte 289
I. Grundsätzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen 290
II. Abschluss der Vergleichsvereinbarung mit den US-Behörden 291
III. Monitorauswahl und Abschluss der Mandatsvereinbarung 300
IV. Durchführung des Monitorships 303
V. Ergebnis 327

C. Monitore und die Leitungs- und Geschäftsführungsverantwortung des Vorstands 328
I. Leitungsverantwortung des Vorstands 329
II. Geschäftsführungsverantwortung 370

Kapitel 7: Haftung des Monitors gegenüber der Gesellschaft 373

A. Denkbare Haftungsfälle 374
I. Überwachungsfunktion 374
II. Unterstützungsfunktion 374
III. Leitungsfunktion 375
IV. Zertifizierungsfunktion 375

B. Haftung nach deutschem Recht 375
I. Haftung des Monitors aus Vertrag 376
II. Haftung des Monitors als Organ nach dem Aktiengesetz 461
III. Haftung des Monitors nach Deliktsrecht 475

Kapitel 8: Haftung des Monitors gegenüber Dritten 490

A. Haftung nach §§ 823, 826 BGB 491

B. Haftung nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 494
I. Bestimmungsgemäße Leistungsnähe 495
II. Berechtigtes Gläubigerinteresse am Drittschutz 496
III. Zumutbarkeit einer Dritthaftung für den Schuldner und Schutzbedürftigkeit Dritter 500
IV. Zwischenergebnis 502
C. Vertrauenshaftung 502
D. Ergebnis 504
Kapitel 9: Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft 504
A. Relevante Anspruchsgrundlagen für die Vorstandshaftung 506
B. Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG 507
I. Überblick über die Haftungsnorm 507
II. Untersuchung der einzelnen Haftungskonstellationen 508
Kapitel 10: Haftung des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft 626
A. Grundsätzliches zur Aufsichtsratshaftung im Rahmen eines Monitorships 627
B. Untersuchung ausgewählter Haftungskonstellationen 628
I. Teilnahme des Monitors an Aufsichtsratssitzungen sowie Offenlegung der Tagesordnungen und von sonstigen Informationen gegenüber dem Monitor 628
II. Abberufung von Vorstandsmitgliedern auf Empfehlung des Monitors 630
III. Vergütungsrückforderungen („Clawbacks“) im Kontext eines Monitorships 643
IV. Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand im Kontext eines Monitorships 659
Kapitel 11: Rechtspolitische Reaktionsmöglichkeiten gegenüber US-Monitorships 664
A. Völkerrechtliche Übereinkunft oder Konsultationen auf Exekutivebene 665
B. Blocking Statute 667
C. Schaffung eines Monitorinstruments im deutschen Recht 670

TEIL III: Compliance-Monitore im deutschen Recht 671

Kapitel 12: Bedeutung von Monitoren bei der Sanktionierung von Unternehmen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht 671

A. Einsetzung eines Compliance-Monitors als Sanktionsinstrument 672

I. Sanktionierung eines Unternehmens im Bußgeldverfahren nach §§ 30, 130 OWiG 672

II. Einstellung des Bußgeldverfahrens gegen Auflagen nach § 47 OWiG 673

III. Verständigung im Bußgeldverfahren nach dem OWiG 677

B. Berücksichtigung eines Monitors im Rahmen der Bußgeldbemessung oder Verfahrenseinstellung 684

I. Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen 685

II. Berücksichtigung eines Monitorships 686

C. Ergebnis 688

Kapitel 13: Vergleichbare Instrumente im deutschen Straf-, Aufsichts- und Gesellschaftsrecht 688

A. Straf- und Aufsichtsrecht 689

I. Bewährungshelfer 689

II. Sonderbeauftragter 692

III. Unternehmensbeauftragter 696

B. Aktien- und Handelsrecht 698

I. Sonderprüfer 699

II. Besonderer Vertreter 700

III. Abschlussprüfer 702

IV. Compliance-Beauftragter 704

C. Ergebnis 708

Kapitel 14: Ausblick auf die „sachkundige Stelle“ im VerSanG-E 709

Teil IV: Zusammenfassung der Ergebnisse 715

Literaturverzeichnis 745

Verzeichnis der zitierten Vergleichsvereinbarungen und sonstigen Rechtsgrundlagen von Monitorships 785

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 41

Einleitung 53

A. Problemaufriss 53

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes 56

I. Beschränkung auf US-amerikanische Monitore 56

II. Maßgeblicher Monitorbegriff 57

1. Annäherung an den Untersuchungsgegenstand 57

a) Enge Definitionen im „FCPA Resource Guide“ und in US-Gesetzentwürfen 58

b) Weite Definition in den „ABA Monitor Standards“ 58

c) Gründe für die unterschiedlichen Definitionen 59

2. Monitordefinition in dieser Arbeit 60

3. Folgen für die Untersuchung 61

C. Forschungsfragen 63

D. Gang der Untersuchung 63

TEIL I: Entwicklung, rechtliche Grundlagen, Ausgestaltung, Fallbeispiele und Problemfelder des US-Monitors 67

Kapitel 1: Grundlegendes zum US-Monitor 67

A. Entstehungsgeschichte 67

I. Vorläufer in der jüngeren Vergangenheit 67

1. Institutional Reform Litigation 68

2. RICO-Verfahren 69

3. Independent Private Sector Inspector Generals 70

4. Receiverships und verwandte Instrumente 71

II. Entstehung des heutigen Compliance-Monitors 73

1. Organizational Guidelines und Pre-Trial Diversion Agreements 73

2. Geburt des Compliance-Monitors 76

3. Aufstieg des Compliance-Monitors 77

B. Funktionen eines Compliance-Monitors 80
I. Obligatorische Überwachungsfunktion 80
II. Typische Unterstützungsfunktion 81
III. Typische Zertifizierungsfunktion 82
IV. Leitungs- und Untersuchungsfunktion im Ausnahmefall 83
C. Abgrenzung und Verhältnis zu verwandten Instrumenten 84
I. Self-Monitoring 84
II. Internal Investigations 85
III. Corporate Probation Officer 87

Kapitel 2: Rechtliche Grundlagen des US-Monitors 89

A. Strafverfahren 89
I. Überblick über die Strafverfolgung von Unternehmen in den USA 89
1. Gesetzgebungskompetenz und wichtige allgemeine Regelungen 90
2. Unternehmensstrafbarkeit 90
3. Organisation der Strafverfolgungsbehörden und Richtlinienkompetenz 92
4. Weites Ermessen der Strafverfolgungsbehörden 93
II. Fehlen einer gesetzlichen Regelung für Monitorships 95
III. Vereinbarungen als Rechtsgrundlage 95
1. Vorprozessuale Vergleichsvereinbarungen 96
a) Deferred Prosecution Agreement 97
aa) Wesentlicher Inhalt eines DPA 97
(1) Finanzielle Sanktionen, Pflicht zur Kooperation und zur Verbesserung des Compliance-Systems 97
(2) Tatsachenfeststellungen 98
(3) Pflicht zu vergleichs- und rechtskonformem Verhalten 99
(4) Rechtsfolgen eines Verstoßes 100
bb) Erwägungen der Behörde zum Abschluss eines DPAs 101
cc) Umfang der gerichtlichen Beteiligung 104
(1) Zwingende Beteiligung der Gerichte aufgrund des Speedy Trial Acts 104

(2) Kontroverse über die Reichweite des gerichtlichen Prüfungs- und Überwachungsrechts 105
(3) Ausblick und Konsequenzen für Monitorships 107
b) Non-Prosecution Agreement 108
2. Plea Agreement 111
a) Inhalt und Rechtsgrundlagen 111
b) Verfahren 113
c) Erwägungen der Behörde zum Abschluss eines Plea Agreements 114
IV. Corporate Probation als Rechtsgrundlage 115
V. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien 116
B. Zivilverfahren 118
I. Vorprozessuale Vergleichsvereinbarungen 119
II. Ancillary Reliefs und Cease and Desist Orders 119
III. Consent Decrees und Consent Orders 121
IV. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien 123
C. Best-Practice-Standards 124
D. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung 125

Kapitel 3: Ablauf und Ausgestaltung 126

A. Abschluss der Vergleichsvereinbarung 126
I. Entscheidung über die Einsetzung eines Compliance-Monitors 127
1. Memoranden 127
a) Reaktion auf das Fehlverhalten und Kooperation mit der US-Behörde 129
b) Verbesserung des Compliance-Systems und Nachweis der Funktionsfähigkeit 130
c) Charakter des Fehlverhaltens und des Compliance-Umfelds 131
d) Andere Monitorships und Aufsichtsmaßnahmen 132
e) Kosten und Belastungen des Monitorships 134
2. FCPA Resource Guide und Corporate Enforcement Policy 134

II. Stellung, Mandat und Kompetenzen des Monitors 135
1. Rechtliche Stellung 135
2. Umfang des Mandats 136
a) Maßgeschneidertes Mandat als Idealfall 136
b) Kaum konkretisiertes Mandat in der Realität 138
3. Kompetenzen 139
a) Informations- und Prüfungsrechte 140
b) Einwirkungsrechte 143
aa) Empfehlungen als zentrales Gestaltungsinstrument 143
(1) Grundsätzliches 144
(2) Typische Themenbereiche und Empfehlungsbeispiele aus der Praxis 144
(3) Verbindlichkeit der Empfehlungen 147
bb) Weitergehende Einwirkungs- oder Entscheidungsrechte 149
III. Stellung und Kompetenzen der Behörde 150
IV. Dauer des Monitormandats 152
B. Auswahlverfahren, Qualifikation und Auswechslung des Monitors 154
I. Anforderungen an den Monitor 155
1. Kriterienkatalog 155
2. Unabhängigkeit 156
II. Auswahlverfahren 158
III. Auswechslung des Monitors 160
C. Abschluss des Monitorvertrags 161
I. Vertragsverhandlungen 161
II. Inhalt der Mandatsvereinbarung 162
1. Spiegelung der Vergleichsvereinbarung 163
2. Regelungsgegenstände 164
a) Monitorberichte 164
b) Monitorteam und Rückgriff auf personelle Ressourcen des Unternehmens 165
c) Verfahren zur Offenlegung von Informationen 167
d) Kosten 168
aa) Vergütung und Auslagen 168
bb) Projizierung der Kosten 170
cc) Vereinbarung eines Budgets 170

e) Verschwiegenheitspflicht des Monitors und Kommunikation innerhalb des Unternehmens 172
f) Zeugenaussagen des Monitors in zivilrechtlichen Gerichtsverfahren 172
g) Haftungsfreistellung und -freizeichnung des Monitors 173
h) Anwendbares Recht und Verfahren zur Streitbeilegung 174
D. Vorbereitung auf das Monitormandat 174
I. Verbesserung des Compliance-Systems 175
II. Einrichtung eines Project Management Office 175
1. Aufbau und Besetzung 176
2. Aufgaben und Verfahren 176
III. Strukturierung und personelle Besetzung des Monitorteams 177
E. Durchführung des Monitorships 178
I. Arbeitspläne 179
1. Inhalt 179
2. Keine absolute Verbindlichkeit 181
3. Funktionen 181
II. „Initial Review“ und Bericht 182
III. „Follow-Up Reviews“ und Berichte 184
IV. Monitorberichte 186
V. Umgang mit Fehlverhalten 187
VI. Kommunikation zwischen Unternehmen, Monitor und Behörde 190
F. Abschluss des Monitorships 192
I. Zertifizierungsbericht und Zertifizierungsschreiben 192
1. Zertifizierungsvoraussetzungen 193
2. Zertifizierung unter Vorbehalt und Rechtsverstöße in der Endphase des Monitorships 195
II. Folgen der Zertifizierung 196
III. Verhältnis zu anderen Compliance-Zertifizierungen 197

Kapitel 4: Exemplarische Falldarstellungen 199

A. Daimler AG 199
I. Sachverhalt 200

II. Verlauf des Monitorships 201
III. Einordnung des Monitorships 204
1. Konflikte mit dem deutschen Recht und Auswirkungen auf Entscheidungen des Unternehmens 204
2. Freiwilliges Monitorship als Königsweg? 204
3. Nachhaltigkeit eines Monitorships und Unabhängigkeit des Monitors 206
B. Commerzbank AG 206
I. Sachverhalt 207
II. Verlauf des Monitorships 208
III. Einordnung des Monitorships 209
C. Bilfinger SE 210
I. Sachverhalt 210
II. Verlauf des Monitorships 211
III. Einordnung des Monitorships 216
D. Volkswagen AG 217
I. Sachverhalt 217
II. Verlauf des Monitorships 219

Kapitel 5: Ausgewählte Problemfelder 224

A. Regulierungstheoretischer Hintergrund und praktische Wirksamkeit eines Monitorships 225
I. Sanktionszwecke und Monitorships 225
1. Kein Vergeltungszweck 226
2. Abschreckungszweck 226
a) Einschränkung der Handlungsautonomie auf allen Unternehmensebenen 227
b) Höhe und schwere Kalkulierbarkeit der Kosten 228
c) Reputationsverlust 229
d) Erhöhung des Strafverfolgungsrisikos 230
e) Schlussfolgerungen 231
3. Besserungszweck 232
a) Zielgerichtete Compliance-Verbesserungen 232
b) Sicherstellung nachhaltiger und wirksamer Compliance-Verbesserungen 232
c) Verbesserung der Unternehmenskultur 234
d) Stärkung der internen Compliance-Funktion 235

4. Normbestätigungszweck 236
II. Praktische Wirksamkeit eines Monitorships 236
1. Fehlende Studien zu Monitorships und Ursachen für das Dunkelfeld 236
2. Rückschlüsse aus empirischen Untersuchungen zur Wirksamkeit von Compliance-Programmen? 242
3. Rückschlüsse aus einzelnen negativen Praxisbeispielen? 244
a) Rechtsverstöße oder sonstige Probleme außerhalb des begrenzten Monitormandats oder der Reichweite eines funktionierenden Compliance-Systems 245
b) Mangelnde Langzeitwirkung von Monitorships 247
c) „Too big to monitor“ 248
d) Abhängigkeit der Wirksamkeit eines Monitorships von begleitenden Faktoren 249
4. Schlussfolgerungen 251
B. Fehlender Erfahrungsaustausch zwischen den Monitorships 252
C. Geringe Publizität im Rahmen der Monitorships 254
I. Bedeutung der Publizität 254
1. Informationsinteresse verschiedener Gruppen 255
2. Geheimhaltungsinteresse von Unternehmen, Monitor und Behörde 256
II. Zugänglichkeit der Informationen nach US-amerikanischem Recht 258
1. Rechtsgrundlagen 259
a) Freedom of Information Act 259
b) Common Law 262
c) First Amendment 263
2. Veröffentlichungspraxis und Rechtsprechung 263
a) Vergleichs- und Mandatsvereinbarungen 264
b) Informationen zum Auswahlverfahren und zur Identität der Monitore 265
aa) Veröffentlichungspraxis 265
bb) Gerichtsverfahren 266
c) Arbeitsprodukte des Compliance-Monitors 267
aa) Veröffentlichungspraxis 267
bb) Gerichtsverfahren 267
(1) AIG, Inc. 268
(2) Siemens AG 269

(3) HSBC Holdings Plc 272
(4) Volkswagen AG 275
(5) DePuy Orthopaedics, Inc. 277
cc) Schlussfolgerungen für Unternehmen 278
dd) Wege zur Berücksichtigung des öffentlichen Interesses 279
3. Ergebnis 280
D. Zweifelhafte Unabhängigkeit des Monitors gegenüber der US-Behörde 281
I. Bedeutung und Regelung der Unabhängigkeit in einem Monitorship 282
II. Einflussmöglichkeiten der Behörde und Beeinflussbarkeit des Monitors 283
III. Abhängigkeit der Unabhängigkeit vom Einzelfall 284

TEIL II: US-Monitorships in deutschen Unternehmen 287

Kapitel 6: Grundsätzliche Erwägungen zum Aktienrecht 288

A. Anwendbarkeit deutschen Aktienrechts 288
B. Zuständigkeitsverteilung im Rahmen des Monitorships und organisatorische Aspekte 289
I. Grundsätzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen 290
II. Abschluss der Vergleichsvereinbarung mit den US-Behörden 291
1. Grundsätzliche Abschlusszuständigkeit des Vorstands 291
2. Delegationsmöglichkeiten auf Ebenen unterhalb des Vorstands 292
a) Abschluss der Vergleichsvereinbarung 293
b) Verhandlungsführung 294
3. Einbindung des Aufsichtsrats in den Verhandlungs- und Entscheidungsprozess 295
a) Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats aufgrund der aktienrechtlichen Kompetenzordnung 295
b) Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts 296
c) Sonstige Einbindung des Aufsichtsrats 298

4. Ausnahmsweise Zustimmungsbedürftigkeit der Hauptversammlung 299
III. Monitorauswahl und Abschluss der Mandatsvereinbarung 300
1. Grundsätzliche Zuständigkeit des Vorstands 300
2. Einbindung des Aufsichtsrats bei der Monitorauswahl 302
3. Einbindung des Aufsichtsrats bei Abschluss der Mandatsvereinbarung 303
IV. Durchführung des Monitorships 303
1. Grundlegende Organisation des Monitorships 304
2. Austausch von Informationen mit dem Monitor 304
a) Delegationsmöglichkeiten des Vorstands 305
b) Ausnahmsweise Zuständigkeit des Aufsichtsrats 305
3. Umsetzung von Monitorempfehlungen und Aufklärung von Rechtsverstößen 306
a) Vorstand als primär zuständiges Organ 306
b) Überwachung durch den Aufsichtsrat 308
aa) Vergangenheitsbezogene Kontrolle 309
bb) Zukunftsbezogene Kontrolle 312
c) Originäre Zuständigkeit des Aufsichtsrats 312
aa) Umsetzung von Empfehlungen 313
bb) Aufklärung von Compliance-Verstößen von Vorstandsmitgliedern 313
(1) Aufklärungsverantwortung bei etwaigen Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern 314
(2) Schlussfolgerungen für die Zuständigkeitsverteilung im Kontext eines Monitorships 315
4. Organisatorische Besonderheiten im Kontext eines Monitorships 317
a) „Mitnutzung“ des PMO durch den Aufsichtsrat? 317
b) Separater Vorstandsausschuss für das Monitorship 318
c) Separater Aufsichtsratsausschuss für das Monitorship 320
d) Eigener Berater des Aufsichtsrats im Rahmen eines Monitorships 322
aa) Beratung des Aufsichtsrats und Mitberatung des Vorstands im Kontext eines Monitorships 323

bb) Kommunikationsbefugnis des Beraters des Aufsichtsrats gegenüber den Behörden 325
V. Ergebnis 327
C. Monitore und die Leitungs- und Geschäftsführungsverantwortung des Vorstands 328
I. Leitungsverantwortung des Vorstands 329
1. Leitungsbegriff im Aktiengesetz 329
2. Leitungsrelevanz der Monitortätigkeit 333
a) Erteilung von Empfehlungen gegenüber dem Vorstand 333
aa) Ausgestaltung des Compliance-Systems 333
(1) Compliance als Leitungsaufgabe 334
(2) Konkretisierung der leitungsrelevanten Compliance-Aspekte im Kontext eines Monitorships 337
bb) Geschäftspolitische Entscheidungen 340
cc) Personalentscheidungen 340
b) Weitergabe von sensiblen Unternehmensinformationen an Dritte 341
c) Überwachung des Unternehmens und Überprüfung von dessen Compliance-Organisation 344
d) Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Monitors 345
3. Vereinbarkeit der Einflussnahme des Monitors mit der Leitungsautonomie des Vorstands 345
a) Ausprägungen der eigenverantwortlichen Leitungsausübung 346
b) Einordnung der Monitortätigkeit 347
aa) Erteilung von Empfehlungen gegenüber dem Vorstand 348
(1) Keine Aufgabenübertragung an den Monitor 348
(2) Verstoß gegen das Verbot der Vorwegbindung? 348
(a) Grundsätzliche Vorwegbindung durch Abschluss der Vergleichsvereinbarung 349
(b) Nur faktische Verbindlichkeit der Empfehlungen 349

(aa) Fehlende rechtliche Durchsetzbarkeit vor US-Gerichten 350
(bb) Fehlende rechtliche Durchsetzbarkeit vor deutschen Gerichten 352
(c) Faktische Verbindlichkeit der Empfehlungen im Rahmen des Vorwegbindungsverbots ausreichend 353
(d) Steuernder Effekt bei Existenzgefährdung 354
(e) Konsequenzen für das Vorwegbindungsverbot 357
(f) Schwierige Grenzziehung durch das Vorwegbindungsverbot 359
(g) Reduzierung des Vorwegbindungsverbots auf seinen Kern 361
(h) Implikationen für das Empfehlungsrecht des Monitors 363
bb) Weitergabe von sensiblen Unternehmensinformationen 365
cc) Überprüfung des Compliance-Programms und Überwachung des Unternehmens auf die Einhaltung von Recht und Gesetz 366
dd) Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Monitors 367
4. Ergebnis 368
II. Geschäftsführungsverantwortung 370
1. Exemplarische Betrachtung der Aufklärung von Fehlverhalten im Unternehmen 370
2. Schlussfolgerungen und Ergebnis 372

Kapitel 7: Haftung des Monitors gegenüber der Gesellschaft 373

A. Denkbare Haftungsfälle 374
I. Überwachungsfunktion 374
II. Unterstützungsfunktion 374
III. Leitungsfunktion 375

IV. Zertifizierungsfunktion 375
B. Haftung nach deutschem Recht 375
I. Haftung des Monitors aus Vertrag 376
1. Anwendbares Recht bei vertraglichen Ansprüchen 376
2. Kein Rückgriff auf die Grundsätze der Anwaltshaftung 379
a) Parallele Diskussion bei unternehmensinternen Untersuchungen 380
b) Aufgabenwahrnehmung durch den US-Monitor als anwaltliche Tätigkeit 382
aa) Rechtliche Beratung durch den Monitor 383
bb) Keine rechtliche Beistandsgewährung durch den Monitor 384
3. Vertragsrechtliche Einordnung des Monitorvertrags 387
a) Charakteristische Leistungspflichten 387
aa) Pflichten des Unternehmens 388
bb) Pflichten des Monitors 389
(1) Typische Hauptleistungspflichten 389
(2) Unternehmen als Gläubiger dieser Pflichten? 390
b) Vertragsrechtliche Zuordnung der Hauptleistungspflichten 393
aa) Entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag 393
(1) Selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art 394
(2) Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen 394
bb) Dienst- oder Werkvertrag 398
cc) Zwischenergebnis 402
4. Bedeutung der unterschiedlichen Gewährleistungsrechte 403
5. Haftungsvoraussetzungen 404
a) Pflichtverletzung des Monitors 404
aa) Mangelhafte Erbringung des Werks 404
(1) Beurteilungsmaßstab für die Soll-Beschaffenheit 405
(2) Mögliche Sachmängel 406
(a) Unzutreffende, unfundierte, nicht aussagekräftige oder parteiische Prüfergebnisse 406

(b) Unpragmatische, unangemessene oder ungeeignete Empfehlungen 409
(c) Rechtswidrige Empfehlungen 410
(d) Unzutreffendes, unfundiertes, nicht aussagekräftiges oder parteiisches Zertifizierungsergebnis 411
bb) Verletzung von Nebenleistungs- und Nebenpflichten 412
(1) Grundsätzliche Pflicht zur rechtzeitigen Erbringung der Berichte 413
(2) Verschwiegenheitspflicht und Verwertungsverbot 413
b) Vertretenmüssen 414
c) Rechtsfolge 416
aa) Ersatzfähiger Schaden 416
bb) Haftungsausfüllende Kausalität und Zurechnung 417
(1) Willensentschluss des Unternehmens als unmittelbare Schadensursache 417
(2) Willensentschluss der Behörde als dazwischentretende Schadensursache 418
cc) Mitverschulden des Unternehmens 420
(1) Allgemeine Grundsätze im Rahmen von Beratungsverhältnissen 420
(2) Übertragbarkeit auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und Monitor? 421
(3) Risikoverteilung zwischen Unternehmen und Monitor 422
d) Zwischenergebnis 426
6. Haftungsausschlüsse und -beschränkungen sowie faktische Durchsetzungshindernisse 427
a) Haftungsausschluss durch Gesetz 427
b) Haftungsausschluss oder -beschränkung durch Vertrag 428
aa) Ausgestaltung in der Praxis 428
(1) Vergleichsvereinbarung 428
(2) Mandatsvereinbarung 430

bb) Grund und Problematik der Haftungsausschlüsse 431
(1) Mögliche Gründe für einen Haftungsausschluss 431
(2) Bewertung der Gründe 432
(3) Alternativen zur Haftung des Monitors als nicht ausreichendes Korrektiv 433
cc) Wirksamkeit der Haftungsausschlüsse und -beschränkungen nach deutschem Recht 435
(1) Haftungsausschluss oder -beschränkung durch Individualvereinbarung 436
(a) Keine Haftungsfreizeichnung bei vorsätzlichem oder arglistigem Handeln des Monitors (§§ 276 Abs. 3, 639 BGB) 437
(b) Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) 438
(aa) Bestehen einer Machtstellung des Monitors 440
(bb) Unangemessene Haftungsfreizeichnung 442
(aaa) Reichweite der Haftungsfreizeichnung 443
(bbb) Versicherbarkeit und Versicherung des Haftungsrisikos 445
(ccc) Fehlen einer entsprechenden Kompensation 447
(ddd) Zwischenergebnis 449
(cc) Ausnutzen der Machtstellung als maßgeblicher Grund 449
(dd) Zwischenergebnis 451
(c) Grenze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) 451
(2) Haftungsausschluss oder -beschränkung durch AGB 453
(a) Wirksamkeitsgrenzen für Haftungsausschlüsse 453
(b) Wirksamkeitsgrenzen für Haftungsbeschränkungen 456

(c) Zwischenergebnis 457
d) Befürchtete Reaktion des US-amerikanischen Staates als faktisches Durchsetzungshindernis 457
aa) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen während des Monitorships 457
bb) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Abschluss des Monitorships 458
(1) Sanktionierung aufgrund eines Vergleichsverstoßes 458
(2) Sanktionierung unabhängig von einem Vergleichsverstoß 459
cc) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Abbruch des Monitorships 460
dd) Zwischenergebnis 460
7. Zwischenergebnis 460
II. Haftung des Monitors als Organ nach dem Aktiengesetz 461
1. Haftung als Organ nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG 461
2. Haftung als faktisches Organ nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG analog 462
a) Kein faktisches Organ nach der Rechtsprechung 463
b) Differenzierte Betrachtung nach dem Schrifttum 463
aa) Eigenes Handeln im Außenverhältnis 464
bb) Gegenstand, Umfang, Intensität und Dauer der Einflussnahme 465
(1) Wahrnehmung von vorstands- oder aufsichtsratsspezifischen Aufgaben durch den Monitor 467
(2) Wahrnehmung dieser Aufgaben in organtypischer Weise durch den Monitor 469
(a) Ausmaß und Intensität der Einflussnahme 469
(b) Dauer der Einflussnahme 473
c) Haftungsausschluss 474
d) Zwischenergebnis 475

III. Haftung des Monitors nach Deliktsrecht 475
1. Anwendbares Recht bei außervertraglichen Schuldverhältnissen 476
2. Haftung nach § 117 Abs. 1 AktG 476
a) Einfluss auf die Gesellschaft 477
b) Benutzung des Einflusses durch Bestimmen einer tatbestandsrelevanten Person 478
c) Schaden und Rechtswidrigkeit 480
d) Vorsatz 481
e) Ergebnis 483
3. Haftung nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG 483
4. Haftung nach § 839a Abs. 1 BGB 485
5. Haftung nach § 824 BGB 486
6. Haftung nach §§ 823, 826 BGB 488

Kapitel 8: Haftung des Monitors gegenüber Dritten 490

A. Haftung nach §§ 823, 826 BGB 491
B. Haftung nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 494
I. Bestimmungsgemäße Leistungsnähe 495
II. Berechtigtes Gläubigerinteresse am Drittschutz 496
1. Irrelevanz gegenläufiger Interessen 497
2. Berechtigtes Interesse des Unternehmens am Drittschutz 498
III. Zumutbarkeit einer Dritthaftung für den Schuldner und Schutzbedürftigkeit Dritter 500
IV. Zwischenergebnis 502
C. Vertrauenshaftung 502
D. Ergebnis 504

Kapitel 9: Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft 504

A. Relevante Anspruchsgrundlagen für die Vorstandshaftung 506
B. Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG 507
I. Überblick über die Haftungsnorm 507

II. Untersuchung der einzelnen Haftungskonstellationen 508
1. Vereinbarung eines Monitorships mit der Behörde 509
a) Abwägungskriterien 509
aa) Unmittelbare Kosten des Monitorships und ersparte Aufwendungen 509
bb) Auswirkungen auf die Sanktionierung des Unternehmens 511
cc) Verbessertes Compliance-System als Folge des Monitorships 513
dd) Reputationsvorteile sowie -nachteile 514
ee) Auswirkungen des Monitorships auf die Geschäftstätigkeit und die Betriebsabläufe 516
ff) Voraussichtliche Reichweite der Einwirkungsrechte des Monitors 517
gg) Beeinträchtigung des Betriebsklimas und der internen Kommunikation 518
hh) Missbräuchliche Verwendung offengelegter Informationen und Gefahr der Kenntniserlangung sensibler Informationen durch Dritte 518
ii) Aufdeckungsrisiko neuer Rechtverstöße 519
jj) Wechselwirkungen mit laufenden Verfahren anderer Behörden 519
kk) Gefahr des Scheiterns des Monitorships und mögliche Konsequenzen 520
b) Gefahr sachfremder Erwägungen und Selbstbelastungsfreiheit 521
aa) Leitlinien der Rechtsprechung zur Selbstbelastungsfreiheit im Rahmen der Aufsichtsratshaftung 522
bb) Schlussfolgerungen für die Vorstandshaftung 523
c) Fazit 525
2. Abschluss der Mandatsvereinbarung mit dem Monitor 527

3. Offenlegung von Informationen gegenüber Monitor und US-Behörde sowie Zurückhaltung von Informationen gegenüber dem Kapitalmarkt 528
a) Aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht 530
aa) Inhalt der Verschwiegenheitspflicht 530
(1) Geheimnisse der Gesellschaft 530
(2) Vertrauliche Angaben der Gesellschaft 534
bb) Grenzen der Verschwiegenheitspflicht 535
cc) Abwägung zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse 536
(1) Entscheidung über die grundsätzliche Offenlegung von Informationen im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses 537
(a) Umfang und Bedeutung der offenzulegenden Informationen sowie Größe des Empfängerkreises 538
(b) Umfang der Verschwiegenheitspflicht 539
(aa) Monitor und Monitorteam 539
(bb) US-Behörde 541
(cc) Zwischenergebnis 546
(2) Entscheidung über die konkrete Offenlegung von Informationen während des Monitorships 547
(3) Abwägungsergebnis 549
dd) Besonderheiten bei einer umfassenden Offenlegung von Informationen 549
(1) Keine nur vereinzelte Offenlegung von Informationen bei einem Monitorship 550
(2) Schlussfolgerungen für die Offenlegung gegenüber dem Monitor 551
(a) Unumgänglichkeit der Informationsoffenlegung 552
(b) Monitor als beschränkender Informationsmittler gegenüber der Behörde? 553
(c) Abgestuftes Offenlegungsverfahren und Dokumentationspflicht 554

(d) Verschwiegenheitspflicht der Informationsempfänger 554
ee) Ergebnis 555
b) Kapitalmarktrechtliches Offenlegungsverbot und Ad-Hoc-Publizitätspflicht 556
aa) Insiderinformationen im Rahmen eines Monitorships 557
bb) Offenlegungsverbot nach Art. 14 lit. c) MMVO 558
(1) Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung unter der MMVO 559
(2) Offenlegung gegenüber dem Monitor und seinem Team 562
(a) Unerlässlichkeit der Offenlegung 562
(b) Interessenabwägung 564
(3) Offenlegung gegenüber der Behörde 565
(a) Unerlässlichkeit der Offenlegung 566
(b) Interessenabwägung 566
(4) Zwischenergebnis 569
cc) Ad-hoc-Publizitätspflicht nach Art. 17 Abs. 8 MMVO 569
(1) Offenlegungsverbot als Verschwiegenheitspflicht im Sinne des Art. 17 Abs. 8 S. 2 MMVO 570
(2) Keine ausreichende Verschwiegenheitspflicht von Monitor und Behörde i.S.d. Art. 17 Abs. 8 S. 2 MMVO 571
dd) Ad-hoc-Publizitätspflicht nach Art. 17 Abs. 1 MMVO 572
ee) Ergebnis 572
4. Teilnahme des Monitors an Vorstandssitzungen 573
a) Grundsätzliches Teilnahmeverbot Dritter auch bei Vorstandssitzungen 574
b) Verstoß gegen das grundsätzliche Teilnahmeverbot 576
aa) Gestattung der Monitorteilnahme als Ermessensentscheidung des Vorstands? 576

bb) Monitor als Sachverständiger oder Auskunftsperson 577
(1) Aktive Teilnahme des Monitors zum Informationsaustausch 578
(2) Passive Teilnahme des Monitors zur Überwachung 579
(3) Teilnahme des Monitors zum Informationsaustausch und zur Überwachung 580
cc) Anerkannte Ausnahme aus technischen oder organisatorischen Gründen 580
dd) Teleologische Reduktion des § 109 Abs. 1 S. 1 AktG im Fall des Monitors 581
(1) Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion 581
(2) Vereinbarkeit des Telos mit der Teilnahme des Monitors 582
(a) Wahrung der Vertraulichkeit 583
(b) Wahrung der Funktionsfähigkeit 584
(c) Gewährleistung der Abgrenzung gegenüber anderen Gremien 585
(d) Wahrung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit bei möglicher Beeinflussung des Vorstands 585
c) Ergebnis 589
5. Offenlegung der Tagesordnungen der Vorstandssitzungen gegenüber dem Monitor 589
6. Beschluss rechtswidriger Monitorempfehlungen 590
a) Pflichtverletzung 590
b) Verschulden 592
aa) Keine Zurechnung des Monitorverschuldens 592
bb) Keine Enthaftung analog zum Unternehmensbeauftragten 593
cc) Enthaftung infolge berechtigten Vertrauens auf die Empfehlungen des Monitors 594
(1) Defizit im eigenen Fachwissen 595
(2) Abhängigkeit des berechtigten Vertrauens von der konkreten Ausgestaltung der Empfehlung 596

(3) Fachliche Qualifikation des Monitors 596
(4) Unabhängigkeit des Monitors 597
(5) Information des Monitors 600
(6) Plausibilitätsprüfung 602
(7) Kein Widerspruch zur fehlenden rechtlichen Beistandsgewährung 604
c) Schaden 605
d) Ergebnis 605
7. Unzureichende Erfüllung der Compliance-Pflicht im Kontext eines Monitorships 606
a) Grundsätzlicher Inhalt der Compliance-Pflicht 606
b) Zusammenhang eines Monitorships mit der Compliance-Pflicht 606
c) Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems, aber keine inhaltliche Ausgestaltung durch das Monitorship 607
d) Mögliche Verstöße des Vorstands gegen die Compliance-Pflicht im Kontext eines Monitorships 609
e) Enthaftung infolge des Vertrauens des Vorstands auf die Monitorexpertise 611
aa) Anknüpfungspunkt für eine Enthaftung infolge des Vertrauens auf die Expertise des Monitors 611
bb) Übertragbarkeit der ISION-Rechtsprechung auf unternehmerische Entscheidungen 612
cc) Schlussfolgerungen für die Einbindung des Monitors 614
(1) Fachliche Qualifikation, Unabhängigkeit und Information des Monitors 615
(2) Plausibilitätsprüfung 615
f) Schaden 616
g) Ergebnis 616
8. Beschluss unvorteilhafter oder unverhältnismäßiger Monitorempfehlungen („overcompliance“) 617
a) Pflichtverletzung 617
aa) Bewertung der Empfehlung ohne Rücksicht auf das Monitorship 618
(1) Kosten-Nutzen-Abwägung anhand des Gesellschaftsinteresses 618

(2) Fälle, in denen eine abweichende Bewertung zwingend ist 619
(3) Enthaftende Wirkung der Monitorberatung für den Vorstand? 621
bb) Ggf. Vorschlag von Alternativmaßnahmen 623
cc) Bewertung der Empfehlung unter Berücksichtigung des Monitorships 624
b) Verschulden und Schaden 625

Kapitel 10: Haftung des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft 626

A. Grundsätzliches zur Aufsichtsratshaftung im Rahmen eines Monitorships 627
B. Untersuchung ausgewählter Haftungskonstellationen 628
I. Teilnahme des Monitors an Aufsichtsratssitzungen sowie Offenlegung der Tagesordnungen und von sonstigen Informationen gegenüber dem Monitor 628
II. Abberufung von Vorstandsmitgliedern auf Empfehlung des Monitors 630
1. Wichtiger Grund als Abberufungsvoraussetzung 632
a) Gesetzliche Beispielsfälle 632
b) Unbenannt wichtige Gründe 634
aa) Konkretisierung anhand der Leitungssouveränität 634
bb) Konkretisierung anhand der Verbandssouveränität 635
cc) Konkretisierung anhand ähnlicher Fälle in der Rechts- und Rechtsprechungspraxis 636
(1) Abberufung auf Druck einer Aufsichtsbehörde 637
(2) Abberufung auf Druck eines Mehrheitsaktionärs 637
(3) Abberufung auf Druck von Kreditgebern, Arbeitnehmern und Großkunden 638
(4) Gesellschaftsinteresse als Entscheidungsmaßstab 639
dd) Konsequenzen für die Vorstandsabberufung auf Druck des Monitors 641
2. Ergebnis 642

III. Vergütungsrückforderungen („Clawbacks“) im Kontext eines Monitorships 643
1. Verknüpfung eines Monitorships mit einer Clawback-Klausel 644
a) Legalitätspflicht und Rückforderungsklauseln 644
aa) Irrelevanz einer Pflicht in der Vergleichsvereinbarung 645
bb) Keine Verknüpfungspflicht aus dem Aufsichtsrecht 645
cc) Keine Verknüpfungspflicht aus dem Aktienrecht 646
b) Sorgfaltspflicht und Rückforderungsklauseln 647
2. Bedeutung eines Monitorships für die Vereinbarung typischer Clawback-Klauseln 649
3. Zulässigkeit der Verknüpfung eines Monitorships mit einer Clawback-Klausel 650
a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB 651
b) Verbot überraschender Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB 651
c) Vertragsstrafenverbot nach § 309 Nr. 6 BGB 652
d) Verbot einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB 653
aa) Kein genereller Ausschluss einer unangemessenen Benachteiligung durch § 87a AktG 653
bb) Parallelen und Unterschiede des Clawbacks zur Vorstandshaftung 653
cc) Keine Abweichung des Clawbacks von wesentlichen Grundgedanken der Vorstandshaftung auf Schadensersatz 654
e) Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB 657
4. Ergebnis 659
IV. Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand im Kontext eines Monitorships 659
1. Sachverhaltsermittlung 660
2. Rechtliche Prüfung von Schadensersatzansprüchen 661
3. Prozessrisikoanalyse und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen 663

Kapitel 11: Rechtspolitische Reaktionsmöglichkeiten gegenüber US-Monitorships 664

A. Völkerrechtliche Übereinkunft oder Konsultationen auf Exekutivebene 665
B. Blocking Statute 667
C. Schaffung eines Monitorinstruments im deutschen Recht 670

TEIL III: Compliance-Monitore im deutschen Recht 671

Kapitel 12: Bedeutung von Monitoren bei der Sanktionierung von Unternehmen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht 671

A. Einsetzung eines Compliance-Monitors als Sanktionsinstrument 672
I. Sanktionierung eines Unternehmens im Bußgeldverfahren nach §§ 30, 130 OWiG 672
II. Einstellung des Bußgeldverfahrens gegen Auflagen nach § 47 OWiG 673
III. Verständigung im Bußgeldverfahren nach dem OWiG 677
1. Verständigung im gerichtlichen Verfahren 677
2. Verständigung im verwaltungsbehördlichen Verfahren 679
a) Grundsätzliche Möglichkeit eines derartigen Vorgehens 680
b) Verfassungsrechtliche Bedenken? 681
B. Berücksichtigung eines Monitors im Rahmen der Bußgeldbemessung oder Verfahrenseinstellung 684
I. Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen 685
II. Berücksichtigung eines Monitorships 686
C. Ergebnis 688

Kapitel 13: Vergleichbare Instrumente im deutschen Straf-, Aufsichts- und Gesellschaftsrecht 688

A. Straf- und Aufsichtsrecht 689
I. Bewährungshelfer 689
II. Sonderbeauftragter 692
1. Sonderbeauftragter nach VAG, KAGB und ZAG 693
2. Sonderbeauftragter nach § 45c KWG 693
III. Unternehmensbeauftragter 696

B. Aktien- und Handelsrecht 698
I. Sonderprüfer 699
II. Besonderer Vertreter 700
III. Abschlussprüfer 702
IV. Compliance-Beauftragter 704
C. Ergebnis 708

Kapitel 14: Ausblick auf die „sachkundige Stelle“ im VerSanG-E 709

Teil IV: Zusammenfassung der Ergebnisse 715

Literaturverzeichnis 745

Verzeichnis der zitierten Vergleichsvereinbarungen und sonstigen Rechtsgrundlagen von Monitorships 785

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (Zeitschrift)
AKBR	Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review (Zeitschrift)
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
ArbG	Arbeitsgericht
Ariz. St. L. J.	Arizona State Law Journal (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVB-RSW	Allgemeine und Besondere Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer
Az.	Aktenzeichen
B.C.L. Rev.	Boston College Law Review (Zeitschrift)
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review (Zeitschrift)
B.Y.U.L. Rev.	Brigham Young University Law Review (Zeitschrift)

BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBR-RA	Besondere Bedingungen und Risikobeschreibung für Rechtsanwälte und Patentanwälte im Rahmen der AVB-RSW
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.Grosskommentar
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.	Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law (Zeitschrift)
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVI	Bundesverband Investment und Asset Management e.V.
bzw.	beziehungsweise
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Cal. Law.	California Lawyer (Zeitschrift)
Calif. Manag. Rev.	California Management Review (Zeitschrift)

Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review (Zeitschrift)
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review (Zeitschrift)
CB	Compliance Berater (Zeitschrift)
CCO	Chief Compliance Officer
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (Zeitschrift)
CFL	Corporate Finance Law (Zeitschrift)
Cir.	Circuit
Cl.	Clause
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review (Zeitschrift)
Cornell Int'l L. J.	Cornell International Law Journal (Zeitschrift)
Corp. C.	Corporate Counsel (Zeitung)
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
Crim. L. Bull.	Criminal Law Bulletin (Zeitschrift)
CRR	Capital Requirements Regulation
D.C.	District Court
d.h.	das heißt
D/NPA(s)	Deferred Prosecution Agreement(s) und Non Prosecution Agreement(s)
DAI	Deutsches Aktieninstitut e.V.
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DelVO	Delegierte Verordnung
ders.	derselbe
Destatis	Statistisches Bundesamt
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DOJ	United States Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
DS	Der Sachverständige (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DSW	Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.

Duke L. J.	Duke Law Journal (Zeitschrift)
ECI	Ethics & Compliance Initiative
Ed.	Edition
EEA	Economic Espionage Act
EG	Europäische Gemeinschaft
ehem.	ehemalige(r)
Einl.	Einleitung
EMAS	Eco Management and Audit Scheme
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
engl.	englische(n)
EPA	Environmental Protection Agency
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	und folgende (Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Zeitung)
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
ff.	und folgenden (Seiten)
FISG	Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz)
Fla. L. Rev.	Florida Law Review (Zeitschrift)
Fn.	Fußnote
FOIA	Freedom of Information Act
Fordham J. Corp. & Fin. L.	Fordham Journal of Corporate & Financial Law (Zeitschrift)
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review (Zeitschrift)
FRCrP	Federal Rule of Criminal Procedure
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
geb.	geborene(r)

Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics (Zeitschrift)
Geo. Wash. Int'l L. Rev.	George Washington International Law Review (Zeitschrift)
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review (Zeitschrift)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GK	Großkommentar
GWG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)
h.M.	herrschende Meinung
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal (Zeitschrift)
Harv. J. on Legis.	Harvard Journal on Legislation (Zeitschrift)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Zeitschrift)
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review (Zeitschrift)
Hastings L. J.	Hastings Law Journal (Zeitschrift)
HdB.	Handbuch
Hervorh. d. Verf.	Hervorhebung durch den Verfasser
HGB	Handelsgesetzbuch
Hous. J. Int'l L.	Houston Journal of International Law (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.e.	im Sinne eines
i.V.m.	in Verbindung mit
IAICM	International Association of Independent Corporate Monitors

ICA	Independent Compliance Auditor
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
IDW PS	Prüfungsstandard(s) des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland
Ind. J. Global Leg. Stud.	Indiana Journal of Global Legal Studies (Zeitschrift)
Ind. L. J.	Indiana Law Journal (Zeitschrift)
Int'l Lawy.	International Lawyer (Zeitschrift)
Int'l Soc'y Barristers Q.	International Society of Barristers Quarterly (Zeitschrift)
IntVertragsR	Internationales Vertragsrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
ISO	Internationale Organisation für Normung
IT	Informationstechnik
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law (Zeitschrift)
J. L. & Med.	Journal of Law and Medicine (Zeitschrift)
J. L. Soc'y	Journal of Law in Society (Zeitschrift)
J. Legal Anal.	Journal of Legal Analysis (Zeitschrift)
jurisPK	juris PraxisKommentar
Kap.	Kapitel
KarlsKom	Karlsruher Kommentar
KK	Kölner Kommentar
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
Ky. L. J.	Kentucky Law Journal (Zeitschrift)
Lab. Law.	Labor Lawyer (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht
LCP	Law & Contemporary Problems (Zeitschrift)
lit.	litera (Buchstabe)
LFMR	Law and Financial Markets Review (Zeitschrift)

LG	Landgericht
LK	Löwe/Rosenberg
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
M&A	Merger and Acquisition
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MAR	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (Market Abuse Regulation)
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review (Zeitschrift)
MHdB	Münchener Handbuch
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review (Zeitschrift)
Mio.	Millionen
MMVO	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission
Mrd.	Milliarden
MüKo	Münchener Kommentar
N. Ir. Legal Q.	Northern Ireland Legal Quarterly (Zeitschrift)
N. Ky. L. Rev.	Northern Kentucky Law Review (Zeitschrift)
N. Y. L. J.	New York Law Journal (Zeitschrift)
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review (Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
NK	Neue Kriminalpolitik (Zeitschrift)
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review (Zeitschrift)
NPA	Non-Prosecution Agreement

Nr., N°	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
Nw. U. L. Rev. Colloquy	Northwestern University Law Review Colloquy (Zeitschrift)
NYDFS	New York State Department of Financial Services
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht / Privates Baurecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht (Zeitschrift)
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (Zeitschrift)
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (Zeitschrift)
o.V.	ohne Verfasser
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PharmR	Pharma Recht (Zeitschrift)
PMO	Project Management Office
Pub. Cont. L. J.	Public Contract Law Journal (Zeitschrift)
RegBegr.	Regierungsbegründung
ReWir	Recklinghäuser Beiträge zu Recht und Wirtschaft (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rich. J. L. & Pub. Int.	Richmond Journal of Law and the Public Interest (Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RTDF	Revue Trimestrielle de Droit Financier (Zeitschrift)

S.	Seite(n), Satz
S. Cal. Interdisc. L. J	Southern California Interdisciplinary Law Journal (Zeitschrift)
SE	Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea)
Sec.	Section
SEC	United States Securities and Exchange Commission
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte(n/s)
St. Louis U. L. J.	Saint Louis University Law Journal (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review (Zeitschrift)
SZ	Süddeutsche Zeitung (Zeitung)
Tex. L. Rev.	Texas Law Review (Zeitschrift)
TSA	Trade Secret Act
u.a.	unter anderem
U.C. Davis L. Rev.	University of California, Davis, Law Review (Zeitschrift)
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review (Zeitschrift)
U. Chi. Legal F.	University of Chicago Legal Forum (Zeitschrift)
U. Pa. J. Bus. L.	University of Pennsylvania Journal of Business Law (Zeitschrift)
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Zeitschrift)
U.S.	United States
U.S.C.	United States Code
U.S.J.M.	United States Justice Manual
U.S.S.C.	United States Sentencing Commission
U.S.S.G.	United States Sentencing Guidelines
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika

v.	vom/von/versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review (Zeitschrift)
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review (Zeitschrift)
Var.	Variante
VerSanG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (Verbandssanktionengesetz-Entwurf)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
Vt. L. Rev.	Vermont Law Review (Zeitschrift)
VW	Volkswagen AG (Unternehmen)
Wash. L. Rev.	Washington Law Review (Zeitschrift)
Wash. Post	The Washington Post (Zeitung)
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly (Zeitschrift)
Willamette L. J.	Willamette Law Journal (Zeitschrift)
Wis. L. Rev	Wisconsin Law Review (Zeitschrift)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Zeitschrift)
WiWo	Wirtschaftswoche (Zeitung)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
WSJ	The Wall Street Journal (Zeitung)
Yale L. J.	Yale Law Journal (Zeitschrift)
Yale L. J. F.	Yale Law Journal Forum (Zeitschrift)
Yale J. on Reg.	Yale Journal on Regulation (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel

ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Zeitschrift)
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Zeitschrift)
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht (Zeitschrift)
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen (Zeitschrift)

Einleitung

A. Problemaufriss

Nachdem vor mehr als zwei Jahrzehnten die Debatte um *Corporate Compliance* erstmals aus den USA nach Deutschland herüberkam, ist kaum ein Stein verblieben, der auf diesem weiten Feld noch nicht umgedreht wurde. Um das Instrument des US-amerikanischen „Compliance-Monitors" ist es im Bereich des wissenschaftlichen Diskurses allerdings lange Zeit überraschend still geblieben. Obwohl *Siemens* bereits im Jahr 2009 die Bekanntschaft mit einem Monitor machen musste und sich seitdem die dahingehende Liste deutscher Großkonzerne mit Namen wie *Daimler*, *Bilfinger*, *Volkswagen* und *Fresenius Medical Care* beständig verlängerte, blieb eine tiefergehende Auseinandersetzung mit diesem Instrument aus.[1] In der Wirtschaftspresse stößt der Monitor hingegen seit jeher auf breite Resonanz. Wahlweise werden Monitore als „mächtig unbeliebte"[2] „Aufpasser"[3], „Oberaufseher"[4], „Bewährungshelfer"[5] oder sogar die „Stasi im Haus"[6] bezeichnet. Sie sollen sich „auf juristisch unsicherem Terrain"[7] bewegen und „möglicherweise illegal"[8] sein. Nachdem die Bundesregierung im Jahr 2020

1 Auf die mögliche Rechtswidrigkeit der US-Monitorpraxis in Deutschland aber bereits hinweisend *Bachmann*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 691 (724): „Wiewohl vom deutschen Recht nicht vorgesehen (und in diesem Maße vielleicht gar nicht erlaubt?) [...] dirigiert ein allmächtiger, von US-Behörden erkorener „Monitor" das Geschehen.".

2 *Schumacher/Seiwert*, Mächtig unbeliebt, WiWo 18/2017 v. 28.4.2017, S. 42 (43).

3 *Fasse/Votsmeier*, Die Aufpasser im Vorstandsbüro, Handelsblatt v. 13.1.2017, S. 7 (7); *Kaiser*, Wie deutsche Konzerne mit US-Aufpassern klarkommen, manager magazin (Online) v. 11.1.2017, zuletzt abgerufen am 5.7.2023: https://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/compliance-monitor-fuer-vw-so-lief-es-bei-daimler-siemens-bilfinger-a-1129561.html.

4 *Menzel*, VW bekommt einen neuen Oberaufseher, Handelsblatt v. 22.2.2017, S. 18 (18).

5 *Menzel*, VW bekommt einen neuen Oberaufseher, Handelsblatt v. 22.2.2017, S. 18 (19).

6 *Hawranek*, Im Würgegriff der USA, DER SPIEGEL Nr. 50/2011, S. 82 (83).

7 *Schumacher/Seiwert/Littmann*, Unbeliebte Aufpasser – Die heikle Mission des Larry Thompson bei VW, WiWo (Online) v. 3.5.2017, zuletzt abgerufen am 5.7.2023: https://www.wiwo.de/unternehmen/auto/unbeliebte-us-aufpasser-die-heikle-mission-des-larry-thompson-bei-vw/19724272.html.

8 *Schumacher/Seiwert/Littmann*, US Supervision – Unpopular and Potentially Illegal, Handelsblatt Global v. 6.5.2017.

mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft[9] die Möglichkeit vorsah, straffällig gewordene Unternehmen durch eine „sachkundige Stelle" begutachten zu lassen, wächst mittlerweile aber auch in der deutschen Rechtswissenschaft das Interesse an dem Thema. In dem vom Bundesjustizministerium ersonnenen Instrument wird teilweise ein „Monitor" erblickt.[10]

Doch was ist eigentlich ein „Compliance-Monitor"? Während es sich bei Compliance aus Sicht der Unternehmen in erster Linie um ein Instrument zur Haftungsvermeidung handelt,[11] stellt diese für den Staat einen ressourcenschonenden, selbst-regulativen Prozess der Rechtsdurchsetzung dar, der durch staatliche Regelungen gezielt gefördert und stimuliert werden kann.[12] Damit die Compliance-Systeme von Unternehmen aber nicht nur Makulatur darstellen, sondern tatsächlich Rechtsverstöße präventiv vermeiden, ist entscheidend, dass diese effektiv ausgestaltet sind und eine entsprechende Compliance-Kultur von Geschäftsleitung sowie Mitarbeitern verinnerlicht wird. Eine der zentralen Fragestellungen aus Sicht des Staates ist daher, wie er Unternehmen zu effektiver Compliance, das heißt zu Rechtskonformität durch Organisation,[13] anhalten kann. In den USA wird zu diesem Zweck seit den Anfängen der Neunzigerjahre auf Compliance-Monitore zurückgegriffen.[14] Dabei handelt es sich um ein Instrument, das unter anderem von Behörden gegen rechtswidrig handelnde Unternehmen eingesetzt wird, um zu erreichen, dass sich diese in Zukunft möglichst rechtskonform verhalten.[15] Dem Monitor kommt dazu regelmäßig die Aufgabe zu, die Einhaltung der dem Unternehmen gemachten Compliance-Auflagen zu überwachen und hierüber Bericht zu erstatten.[16] Teilweise reichen die Befugnisse der

9 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft v. 21.10.2020, BT-Drs. 19/23568.

10 Siehe dazu Kap. 14.

11 *Ritter*, in: Schüppen/Schaub, MAH AktienR, 3. Aufl. 2018, § 24 Rn. 30.

12 Vgl. *Kölbel*, ZStW 125 (2013), 499 (502 f.).

13 Siehe zu dieser und anderen Compliance-Definitionen *Bürkle*, in: Bürkle/Hauschka, Der Compliance Officer, 2015, § 1 Rn. 3 ff.; vgl. auch *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113 (116 ff.).

14 Siehe zur Entstehungsgeschichte des Monitors sogleich unter Kap. 1, A.

15 Vgl. *Root Martinez*, in: van Rooij/Sokol, Cambridge Handbook of Compliance, 2021, S. 606 f.; im Kontext des FCPA *Freeh/Hernandez*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 1; siehe zum Monitorbegriff sogleich näher unter Einl. B.

16 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 683 (2009); vgl. auch *ABA*, Monitor Standards, 2020, Introduction; *IAICM*, Code of Professional Conduct, 2016, S. 1.

Monitore aber auch erheblich weiter, indem diese etwa maßgeblichen Einfluss auf die operative Unternehmensleitung nehmen können.[17] Nicht nur aus diesem Grund sieht sich der Monitor in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft und -praxis bereits länger Kritik ausgesetzt.[18]

Dennoch kommt dem US-Monitor im internationalen Kontext mittlerweile eine Modellfunktion zu. Staaten, wie etwa Großbritannien (2014)[19], Kanada (2018)[20] und Singapur (2018)[21], aber auch zwischenstaatliche Organisationen, wie die Weltbank[22] und die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBRD)[23], haben den Monitor in ihre Regelungssysteme übernommen. Mit etwa der Schweiz haben zudem auch Länder aus dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis bereits ausdrücklich über die Einführung eines Monitors nach US-Vorbild diskutiert.[24]

Da sich der Einsatzbereich der US-Monitore nicht nur auf US-amerikanische Rechtssubjekte beschränkt, sondern ebenfalls deutsche Unternehmen betrifft, ist das Thema auch für eine wissenschaftliche Untersuchung aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung interessant. Aus der Tätigkeit der US-Monitore in deutschen Unternehmen ergeben sich eine Vielzahl rechtlicher Probleme. Durch das mit einem Monitorship verbundene

---

17 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 708 f. (2009); *O'Hare*, 1 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 89, 100 ff. (2006).

18 Siehe etwa zur Kritik aus dem Schrifttum *Khanna*, in: Barkow/Barkow, Prosecutors in the Boardroom, 2011, S. 226 ff.; *Khanna/Dickinson*, 105 Mich. L. Rev. 1713, 1737 ff. (2007); *Root*, 100 Va. L. Rev. 523, 549 ff. (2014); *Garrett*, Too Big To Jail, 2014, S. 191 ff.; *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 728 ff. (2009) und aus der Praxis *o.V.*, White Collar – Corporate Monitors: Peace, at what cost?, in: Crowell & Moring, Litigation Forecast 2018, S. 24.

19 Siehe UK Crime and Courts Act 2013, Schedule 17 i.V.m. Deferred Prosecution Agreement Code of Practice (DPA Code), S. 43 ff.

20 Siehe Budget Implementation Act, 2018, No. 1 (S.C. 2018, c. 12), 715.34 (3), 715.35, 715.43 (1) (b).

21 Siehe Criminal Justice Reform Act 2018, 149E (3) (f).

22 Siehe World Bank Sanctions Procedure § 9.03. (b).

23 Siehe *EBRD*, Integrity and Anti-Corruption Report 2018, S. 19.

24 Vgl. *Schweizerische Bundesanwaltschaft*, Revision der Strafprozessordnung (StPO): Aufschub der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU), in: Stellungnahmen im Vernehmungslassungsverfahren zur Änderung der Schweizer Strafprozessordnung v. 20.3.2018, S. 40 (41 ff.), wonach die Einführung einer aufgeschobenen Anklageerhebung und eines dem Monitor ähnlichen „Prüfbeauftragten" vorgeschlagen wird. Der Vorschlag wurde durch den Bundesrat allerdings abgelehnt, vgl. *Schweizerische Eidgenossenschaft*, Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) v. 28.8.2019, BBl 2019, S. 6697 (6722 f.).

Aufeinandertreffen zweier Rechtsordnungen werden vor allem Fragen in den Bereichen des internationalen Rechts sowie des Aktien-, Kapitalmarkt-, Haftungs-, Datenschutz- und Arbeitsrechts aufgeworfen. Da mehrere Staaten in der jüngeren Vergangenheit den US-Monitor als „Erfolgskonzept" adaptiert haben, fragt sich zudem, ob auch hierzulande bereits ähnliche Instrumente vorhanden sind, zumindest aber *de lege lata* die Praxis der Compliance-Monitore durch deutsche Behörden und Gerichte übernommen werden könnte. Das gilt verstärkt vor dem Hintergrund, dass das eingangs genannte Gesetzesvorhaben der Bundesregierung zur Einführung eines Verbandssanktionengesetzes vorerst gescheitert ist.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Bevor sich mit den eigentlichen Forschungsfragen näher beschäftigt werden kann, muss der Begriff des Monitors genauer definiert und der Untersuchungsgegenstand dadurch eingegrenzt werden.

I. Beschränkung auf US-amerikanische Monitore

Obwohl Monitore mittlerweile in diversen Staaten zum Einsatz kommen, stehen im Rahmen dieser Abhandlung US-amerikanische Monitore im Fokus. Diese Einschränkung rechtfertigt sich durch mehrere Erwägungen. Aufgrund der langjährigen Monitorpraxis in den USA, der globalen Bedeutung des US-amerikanischen Finanz- und Rechtssystems und der extraterritorialen Anwendung bedeutender US-Gesetze, wie des *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA[25]), haben die US-Monitore im internationalen Kontext und somit auch für deutsche Unternehmen bisher die größte Bedeutung erlangt. Wie bereits ausgeführt wurde, kommt den US-Monitoren zudem ein gewisser Modellcharakter auch für andere Jurisdiktionen zu. Aus der langjährigen Praxis der US-Monitorships folgt schließlich gegenüber anderen Rechtsordnungen eine breitere Informationsbasis, die der wissenschaftlichen Untersuchung förderlich ist.

25 Siehe ausführlich zum FCPA *Spehl/Grützner*, CCZ 2013, 198 ff.

II. Maßgeblicher Monitorbegriff

Der Begriff des Monitors wird im US-Recht unterschiedlich weit verstanden. In der Folge werden häufig diverse Ausgestaltungen unter den Monitorbegriff gefasst, die sich in ihrer Funktion und rechtlichen Konstruktion voneinander unterscheiden. Zudem wird der den Untersuchungsgegenstand bildende Compliance-Monitor in der Praxis nicht immer als solcher bezeichnet.[26] In der Regel wird schlicht der Begriff des „Monitors" (*monitor*) verwendet. Geläufig sind aber auch weitere Variationen der Monitorterminologie, wie unabhängiger Monitor (*independent monitor*[27]), Unternehmensmonitor (*corporate monitor*[28]), Integritätsmonitor (*integrity monitor*[29]) oder besonderer Monitor (*special monitor*[30]). Aber auch andere Begriffe wie unabhängiger Berater (*independent consultant*[31]), außenstehender Compliance-Berater (*outside compliance consultant*[32]), unabhängiger Prüfer (*independent examiner*[33]) oder unabhängige Prüforganisation (*independent review organization*[34]) sind geläufig.[35]

1. Annäherung an den Untersuchungsgegenstand

Vor diesem Hintergrund muss der in dieser Arbeit maßgebliche Monitorbegriff zunächst noch näher umgrenzt werden. Mangels einer Legaldefinition im US-Recht bieten sich als Ausgangspunkt Begriffsbestimmungen in behördlichen sowie berufsständischen Richtlinien und in Gesetzentwürfen an.

---

26 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 682 f. (2009); *ABA*, Monitor Standards, 2020, Introduction.
27 U.S. v. Volkswagen AG, Plea Agreement v. 11.1.2017, Nr. 3. A. 7.
28 U.S. v. Siemens AG, Plea Agreement v. 16.12.2008, Nr. 12.
29 *Frank*, in: Stuart, SEC Compliance and Enforcement Answer Book, 2020, S. 8-3.
30 *O'Neil III/Kennedy*, 17 Fordham J. Corp. & Fin. L. 299, 368 (2012).
31 *U.S. DOJ/SEC*, A Resource Guide to the U.S. FCPA, 2. Aufl. 2020, S. 73 f.; U.S. v. AIG Financial Products Corp., DPA v. 30.11.2004; *Warin/Diamant/Sullivan*, in: Funk/Boutros, From Baksheesh to Bribery, 2019, S. 617 (617 Fn. 2).
32 *Warin/Diamant/Sullivan*, in: Funk/Boutros, From Baksheesh to Bribery, 2019, S. 617 (617 Fn. 2).
33 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 683 Fn. 16 (2009).
34 *Frank*, in: Stuart, SEC Compliance and Enforcement Answer Book, 2020, S. 8-3.
35 Zu weiteren möglichen Bezeichnungen für einen Monitor siehe *Garrett*, Too Big To Jail, 2014, S. 175.

a) Enge Definitionen im „FCPA Resource Guide“ und in US-Gesetzentwürfen

Nach dem *FCPA Resource Guide*[36] des *U.S. Department of Justice* (DOJ) und der *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) ist ein Monitor ein unabhängiger Dritter, der die Einhaltung der Compliance-Anforderungen einer Vereinbarung, die dazu dient das Risiko eines erneuten Fehlverhaltens eines bestimmten Unternehmens zu verringern, bewertet und überwacht.[37] Ähnlich definieren Gesetzentwürfe aus den Jahren 2009 und 2014, die in das US-Repräsentantenhaus eingebracht, aber nicht verabschiedet wurden, den Monitor im Strafverfahren. Demnach ist dieser eine natürliche oder juristische Person, die außerhalb des Justizministeriums steht und ausgewählt wird, um die Implementierung einer verfahrensaufschiebenden oder -aussetzenden Vereinbarung zu überwachen.[38]

b) Weite Definition in den „ABA Monitor Standards“

Die berufsständischen *Monitor Standards*[39] der *American Bar Association*[40] (ABA) definieren einen Monitor hingegen allgemeiner als eine natürliche oder juristische Person, die von einem Unternehmen (*host organization*) gemäß einer gerichtlichen Anordnung (*court order*) oder einer Vereinbarung (*agreement*) und eines Einstellungsschreibens (*letter of engagement*) beauftragt wird, sowohl von dem Unternehmen als auch von der Regierung unabhängig ist, deren Auswahl von der Regierung genehmigt oder von einem Gericht angeordnet und deren Aufgaben und Befugnisse durch

36 *U.S. DOJ/SEC*, A Resource Guide to the U.S. FCPA, 2. Aufl. 2020.

37 *U.S. DOJ/SEC*, A Resource Guide to the U.S. FCPA, 2. Aufl. 2020, S. 73 f.: „A monitor is an independent third party who assesses and monitors a company's adherence to the compliance requirements of an agreement that was designed to reduce the risk of recurrence of the company's misconduct.“.

38 Siehe die identischen Gesetzentwürfe 111th Congress, Accountability in Deferred Prosecution Act of 2009, H.R. 1947 sowie 113th Congress, Accountability in Deferred Prosecution Act of 2014, H.R. 4540: „the term “independent monitor” means a person or entity outside the Department of Justice that is selected to oversee the implementation of a deferred prosecution agreement or nonprosecution agreement.“.

39 Siehe dazu sogleich näher unter Kap. 2, C.

40 Bei der ABA handelt es sich um eine Vereinigung von Rechtsanwälten, Richtern und Jurastudenten in den USA, die auf freiwilliger Mitgliedschaft basiert.

einen Gerichtsbeschluss oder durch die Bedingungen der Vereinbarung und des Einstellungsschreibens festgelegt sind.[41]

c) Gründe für die unterschiedlichen Definitionen

Aus den Definitionen wird deutlich, dass es beim Monitor Unterschiede bei den Aufgaben und Befugnissen, bei der veranlassenden Institution und bei dem Verfahren geben kann. Diese Unterschiede begründen sich durch den weiten Einsatzbereich des Monitors. Dieser wird in den USA von verschiedenen Behörden[42] und Gerichten[43] in unterschiedlichen Kontexten[44] eingesetzt. Zudem kommt ihm sowohl im Straf- als auch im Zivilverfahren Bedeutung zu.[45] Auf Bundesebene greifen sowohl Ministerien als auch nachgeordnete Behörden auf Monitore zurück. Neben dem DOJ und der SEC ist in diesem Kontext insbesondere die *Environmental Protection Agency* (EPA) von Bedeutung. In den Bundesstaaten setzt unter anderem das *New York State Department of Financial Services* (NYDFS) regelmäßig Monitore ein.[46] Das breite Einsatzgebiet der Monitore ist auch für deutsche Unternehmen relevant, wie etwa die bisherigen Monitorships bei *Volkswagen* und *Deutscher Bank* gezeigt haben. *Volkswagen* einigte sich im Rahmen der straf- und zivilrechtlichen Verfahren infolge des „Dieselskandals" nicht nur mit dem DOJ,[47] sondern auch mit der EPA auf den Einsatz eines Monitors.[48] Die *Deutsche Bank* hatte nicht nur Monitore auf Grundlage

41 Vgl. *ABA*, Monitor Standards, 2020, Standard 24-1.1 H: „"Monitor" means a person or entity: - Engaged by a Host Organization pursuant to a Court Order or an Agreement and Engagement Letter; - Who is independent of both the Host Organization and the Government; - Whose selection is approved by the Government or ordered by a court; and - Whose responsibilities and authority are established by Court Order or by the terms of the Agreement and the Engagement Letter.".

42 *Baums/v. Buttlar*, ZHR 184 (2020), 259 (261 f.); *Tyler*, Corporate Monitors: Make the Most of the Appointment, 2017, S. 6.

43 *Root*, 33 Yale J. on Reg. 2016, 109, 130 ff. (2016).

44 *Khanna/Dickinson*, 105 Mich. L. Rev. 1713, 1722 (2007); *Freeh/Hernandez*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 2; *Baums/v. Buttlar*, ZHR 184 (2020), 259 (261).

45 Siehe dazu sogleich unter Kap. 2, A. und B.

46 Siehe für einen Überblick über die Behörden, die einen Monitor einsetzen, *Frank*, in: Stuart, SEC Compliance and Enforcement Answer Book, 2020, S. 8-3.

47 Vgl. U.S. v. Volkswagen AG, Plea Agreement v. 11.1.2017, Exhibit 3.

48 Vgl. U.S. v. Volkswagen AG, Third Partial Consent Decree v. 11.1.2017, S. 20 ff.

von Vereinbarungen mit dem DOJ[49], sondern auch infolge von Verständigungen mit dem NYDFS[50] und der *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC)[51] im Haus. Eine abschließende Aufzählung der Behörden, die Monitore als *enforcement devices* einsetzen, ist aber aufgrund der großen Anzahl kaum möglich.

Im Hinblick auf die Rechtsverstöße, in Folge derer den Unternehmen ein Monitor auferlegt werden kann, gibt es grundsätzlich keine Beschränkungen. Es ist vielmehr zu beobachten, dass Monitore zunehmend in immer mehr Rechtsgebieten durch die US-Behörden zum Einsatz gebracht werden.[52] Bedeutung haben Monitore bisher etwa im Bereich der Exportkontrolle, der Wettbewerbsregulierungen, der Handelssanktionen und der Produktsicherheit, des Steuerrechts und auf dem Gebiet der Geldwäsche- und Korruptionsbekämpfung erlangt.[53] Da es sich beim Monitor letztendlich um ein universelles Instrument handelt, das in jedem Rechtsgebiet von Nutzen sein kann, in dem ein gesteigertes Interesse an der Einhaltung rechtlicher Regelungen besteht, ist davon auszugehen, dass die Einsatzgebiete eher noch zu- als abnehmen werden.

2. Monitordefinition in dieser Arbeit

Da die Definition der ABA den Untersuchungsgegenstand zu weit fassen würde, werden die engeren Definitionen zugrunde gelegt und präzisiert. Demnach soll von einem Monitor in dieser Arbeit gesprochen werden, wenn es sich um (1) einen privaten, unabhängigen und einschlägig qualifizierten Dritten handelt, der (2) nach einem Rechtsverstoß eines Unternehmens im Hinblick auf (3) eine Vergleichsvereinbarung zwischen US-Behörde und Unternehmen tätig wird, um (4) zumindest die Erfüllung der dem Unternehmen darin gemachten Compliance-Auflagen zu überwachen

49 Siehe etwa U.S. v. Deutsche Bank AG, DPA v. 23.4.2015.

50 Vgl. NYDFS v. Deutsche Bank, Consent Order v. 23.4.2015, Nr. 75 ff.; NYDFS v. Deutsche Bank AG, Consent Order v. 3.11.2015, Nr. 30 ff.; NYDFS v. Deutsche Bank AG, Consent Order v. 30.1.2017, Nr. 73 ff.

51 Vgl. CFTC v. Deutsche Bank AG, Opinion & Order Appointing Independent Monitor v. 20.10.2016, III.

52 *Zagaris*, in: Ligeti/Franssen, Challenges in the Field of Economic and Financial Crime, 2017, S. 19 (23).

53 *Freeh/Hernandez*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 2.

und (5) hierüber gegenüber der Behörde Bericht zu erstatten.[54] Damit werden vor allem auch die Monitore des US-Justizministeriums (DOJ) im Strafverfahren und die ähnlich ausgestalteten Monitore der US-Börsenaufsicht (SEC) im Zivilverfahren erfasst. Diese stehen im Mittelpunkt der nachfolgenden Untersuchung, da diese die größte Formalisierung erfahren haben und besonders häufig[55] eingesetzt werden. Nichtsdestoweniger werden auch Monitore anderer US-Behörden miteinbezogen, sofern sich aus diesen interessante Aspekte für die Untersuchung ergeben und diese auch deutsche Unternehmen betreffen können.

3. Folgen für die Untersuchung

Durch dieses Begriffsverständnis werden Monitore aus dem Untersuchungsgegenstand ausgeschlossen, die von den US-Behörden unabhängig von einem Rechtsverstoß eingesetzt werden. Das betrifft zunächst „regulatorische Monitore" (*regulatory monitors*). Als solche werden Akteure einer Behörde bezeichnet, die nicht öffentliche Informationen von Unternehmen außerhalb eines Ermittlungsverfahrens vor Ort sammeln und darüber Bericht erstatten.[56] Daneben fallen durch das enge Begriffsverständnis etwa auch CFIUS[57]-Monitore im Kontext der US-Investitionskontrolle aus dem Untersuchungsgegenstand heraus, die die Auflagen überwachen, die dem Unternehmen gemacht werden, um etwaige Sicherheitsbedenken auszuräumen.[58] Gleiches gilt für Monitore der *Federal Trade Commission* (FTC) im kartellrechtlichen Kontext, die die Auflagen überwachen, die den Unternehmen als Bedingung für einen Zusammenschluss auferlegt werden.[59]

Nicht näher in die Untersuchung miteinbezogen werden damit auch Monitore, die dem Unternehmen durch eine gerichtliche Entscheidung

---

54 Zu weiteren, teilweise ähnlichen Definitionen siehe *Root Martinez*, in: van Rooij/Sokol, Cambridge Handbook of Compliance, 2021, S. 605 (606 ff.).

55 Etwa 20 Prozent der Monitore, die in den USA zum Einsatz kommen, werden im Zuständigkeitsbereich des DOJ tätig, vgl. *Tyler*, Corporate Monitors: Make the Most of the Appointment, 2017, S. 6.

56 Vgl. *van Loo*, 119 Colum. L. Rev. 369, 381 (2019).

57 CFIUS steht für Committee of Foreign Investment in the United States.

58 Vgl. 50 U.S.C. § 4565 (l) (6) (E).

59 Siehe zu diesen Monitoren *Huber*, Monitors: Expert Eyes and Ears in Commission Orders, FTC Blog v. 14.7.2015, zuletzt abgerufen am 5.7.2023: https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/07/monitors-expert-eyes-ears-commission-orders.

auferlegt wurden, ohne dass dieser eine Vergleichsvereinbarung vorausgegangen ist (gerichtliche Monitorships). Gleiches gilt für freiwillige Monitorships (*voluntary monitorships*), d.h. solche, die nicht durch den Staat veranlasst sind.[60] Diese können allerdings Auswirkungen auf Monitorships in einem staatlichen Verfahren haben.[61] In der häufigsten Spielart initiieren Unternehmen ein freiwilliges Monitorship nach dem Bekanntwerden eines Rechtsverstoßes (sog. *Public Relations Monitorship*).[62] Dem freiwillig beauftragten Monitor kommt in Anlehnung an die staatlich veranlassten Monitorships die Aufgabe zu, das Fehlverhalten aufzuklären und Compliance-Verbesserungen zu unterbreiten.[63] Ein solches Monitorship zielt häufig darauf ab, die Öffentlichkeit über die Aufarbeitung der vergangenen Rechtsverstöße und den darauf eingeleiteten Reformprozess zu informieren.[64] In erster Linie ist in diesem Fall nicht eine staatliche Behörde, sondern die Öffentlichkeit der Berichtsempfänger des Monitors. Auch bei einem PR-Monitorship agiert der Monitor vollständig unabhängig, sodass das Unternehmen keinen Einfluss darauf hat, welche Empfehlungen er macht und welche Erkenntnisse gegenüber der Öffentlichkeit offengelegt werden.[65] Die betroffenen Unternehmen bezwecken damit im Ergebnis, das Vertrauen der Öffentlichkeit in ihre Rechtschaffenheit wiederherzustellen.[66] Zudem soll den Verfolgungsbehörden signalisiert werden, dass kein Bedürfnis für harte Sanktionen besteht[67] und ein staatlich veranlasstes Monitorship überflüssig ist. Eine anders gelagerte Variante des freiwilligen Monitorships ist im Kontext von Unternehmenszusammenschlüssen zu finden.[68] Beabsichtigen zwei Unternehmen einen Zusammenschluss ist es heutzutage gängige Praxis, dass bereits im Vorfeld des Kontrollerwerbs eine Investoren- oder Zusammenschlussvereinbarung abgeschlossen wird.[69] Um

60 Siehe zu dieser Möglichkeit *ABA*, Monitor Standards, 2020, Introduction.
61 Siehe dazu unten unter Kap. 4, A. III. 2.
62 Siehe zu PR-Monitorships *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 137 ff. (2016).
63 *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 137 (2016).
64 Vgl. *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 137 ff. (2016).
65 Vgl. *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 137 f. (2016).
66 *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 137 (2016).
67 *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 137 (2016).
68 Siehe dazu *Seibt/Kulenkamp*, AG 2021, 1 ff.
69 Siehe dazu ausführlich *Heß*, Investorenvereinbarungen, 2014. In diesen Vereinbarungen werden vor allem die Bedingungen (z.B. Beschäftigungsgarantie für die Belegschaft, Fortbestand als eigenständiges Unternehmen) und die Ziele des Zusammenschlusses rechtlich verbindlich festgelegt. Zudem wird der Zusammenschluss operativ und organisatorisch strukturiert, siehe *Seibt/Kulenkamp*, AG 2018, 549 (550 f.).

die Einhaltung der darin enthaltenden Bedingungen durch beide Unternehmen sicherzustellen, vereinbaren die Vertragsparteien teilweise einen Monitor, der den gesamten Prozess unabhängig und am Maßstab der Zusammenschlussvereinbarung überwacht und die Bestimmungen durchsetzt.[70]

C. Forschungsfragen

Bereits im Problemaufriss wurde angedeutet, dass mit den US-Monitorships in deutschen Unternehmen eine Vielzahl rechtlicher Fragen einhergehen, die sich über mehrere Rechtsgebiete erstrecken. Eine derart breite Behandlung des Themas würde den Umfang dieser Arbeit allerdings übersteigen. Es werden deshalb das deutsche Aktien-, Kapitalmarkt- und Haftungsrecht herausgegriffen und die zentralen Fragen in diesem Zusammenhang untersucht. Dabei ist von Interesse, wie sich die Zuständigkeitsverteilung der Gesellschaftsorgane während eines Monitorships gestaltet. Auch stellt sich die Frage, wie sich der Monitor mit der Leitungs- und Geschäftsführungsverantwortung des Vorstands verträgt. Zudem ist zu klären, welche Haftungsgefahren sich für Vorstand und Aufsichtsrat im Umgang mit dem Monitor ergeben und inwieweit der Monitor selbst haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Die Fokussierung auf das Aktienrecht rechtfertigt sich dadurch, dass von den Monitorships in deutschen Unternehmen bisher überwiegend Aktiengesellschaften betroffen waren.[71] Um die durch diesen Themenkomplex aufgeworfenen Fragen klären zu können, ist vorab grundlegend zu beantworten, wie US-Monitorships rechtlich und praktisch funktionieren und welche grundsätzlichen Probleme mit diesen einhergehen. In einem dritten Themenkomplex wird der Frage nachgegangen, inwieweit Monitoren auch im deutschen Recht eine Bedeutung zukommt.

D. Gang der Untersuchung

Bevor die US-Monitorships mit dem deutschen Recht in Beziehung gesetzt werden können, müssen diese zunächst näher erschlossen werden. Damit beschäftigt sich der *erste Teil* der Arbeit. Nachdem die Entstehungs-

70 *Seibt/Kulenkamp*, AG 2021, 1 (4 ff.).

71 Eine Ausnahme bilden insoweit die Monitorships bei der IAV GmbH und der Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA.

geschichte der Monitorships kurz nachgezeichnet und die möglichen Funktionen eines Monitors herausgearbeitet wurden, wird dieser zu verwandten Instrumenten abgegrenzt. Im Anschluss werden die wesentlichen Rechtsgrundlagen eines US-Monitorships im Straf- und Zivilverfahren herausgestellt. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Vergleichspraxis der US-Behörden gelegt, da dieser eine zentrale Bedeutung für die mit einem Monitorship zusammenhängenden Probleme in der Praxis zukommt. Dem nachfolgend werden die rechtliche Ausgestaltung und der praktische Ablauf eines Monitorships in den Blick genommen. Erst aus deren Zusammenspiel ergeben sich die problematischen Auswirkungen für die betroffenen Unternehmen. Daran anschließend erfolgen zur Illustrierung exemplarische Falldarstellungen von vier US-Monitorships in deutschen Unternehmen. Abschließend werden weitere Problemfelder, die mit den US-Monitorships einhergehen, herausgegriffen und genauer betrachtet. In diesem Rahmen werden unter anderem die Wirksamkeit der Monitorships, die Unabhängigkeit des Monitors und die Publizität im Kontext der Monitorships kritisch beleuchtet.

Daran anknüpfend setzt sich der *zweite Teil* der Arbeit damit auseinander, wie sich die Tätigkeit eines US-Monitors in einer Aktiengesellschaft in das deutsche Aktien- und Haftungsrecht einpasst. Dazu wird die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen im Kontext eines Monitorships herausgearbeitet und untersucht, wie die Einflussnahme des Monitors auf den Vorstand vor dem Hintergrund von dessen Leitungsautonomie zu bewerten ist. Zudem wird betrachtet, welche Konsequenzen die Geschäftsführungsverantwortung des Vorstands für die Zusammenarbeit mit dem Monitor hat. Sodann wird die Haftung des Monitors gegenüber der Aktiengesellschaft in den Blick genommen. Dazu muss zunächst geklärt werden, in welchen Situationen sich die Haftung des Monitors überhaupt nach deutschem Recht richtet. Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, inwieweit sich der Monitor auf dessen Grundlage schadensersatzpflichtig machen kann. Angesichts der in der Praxis weit verbreiteten Meinung, dass ein Monitor keiner Haftung unterliegt, ist ein besonderes Augenmerk auf die rechtlichen und faktischen Haftungsausschlüsse zu legen. Da die Tätigkeit des Monitors auch Auswirkungen auf außerhalb der Gesellschaft stehende Dritte haben kann, wird dessen Verantwortlichkeit zudem auch insoweit erörtert. Dem nachfolgend wird untersucht, welche Haftungsgefahren für Vorstand und Aufsichtstrat im Kontext eines US-Monitorships bestehen. Dabei werden zunächst insbesondere die Schadensabwendungspflicht, die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht,

das kapitalmarktrechtliche Offenlegungsverbot und das Teilnahmeverbot Dritter an Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen betrachtet. Anschließend werden die wichtigsten, mit der Umsetzung der Monitorempfehlungen einhergehenden Haftungskonstellationen behandelt. Zudem werden Vergütungsrückforderungen und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand thematisiert. Am Ende des zweiten Teils wird ein kurzer Blick auf die rechtspolitischen Möglichkeiten des deutschen Staates geworfen, wie dieser auf die Einflussnahme der US-Monitore auf deutsche Unternehmen und die damit einhergehenden Probleme reagieren kann.

Nachdem sich die ersten beiden Teile der Arbeit mit dem US-Monitor beschäftigt haben, werden im *dritten Teil* „deutsche" Monitore betrachtet. Dazu wird zunächst geprüft, ob ein Monitor nach dem geltenden Ordnungswidrigkeitenrecht eingesetzt werden könnte. Zudem wird untersucht, inwieweit Monitorships bei der Sanktionierung eines Unternehmens nach deutschem Recht mildernd Berücksichtigung finden können. Sodann wird erörtert, ob im deutschen Straf-, Aufsichts- oder Gesellschaftsrecht bereits ein dem Monitor ähnliches Instrument vorhanden ist. Abschließend folgt ein Ausblick auf die „sachkundige Stelle" im vorerst gescheiterten Verbandssanktionengesetz.

TEIL I:
Entwicklung, rechtliche Grundlagen, Ausgestaltung, Fallbeispiele und Problemfelder des US-Monitors

Im ersten Teil der Arbeit werden der US-amerikanische Monitor und die damit zusammenhängenden Probleme näher untersucht.

Kapitel 1: Grundlegendes zum US-Monitor

Zunächst sind dessen Entstehungsgeschichte und Funktionen in den Blick zu nehmen. Zudem ist der US-Monitor zu verwandten Begrifflichkeiten abzugrenzen.

A. Entstehungsgeschichte

Obwohl die US-Strafverfolgungs- und Aufsichtsbehörden Monitore mittlerweile in zahlreichen Verfahren einsetzen, sind sie in ihrer heutigen Form nicht das Ergebnis eines sorgfältig geplanten Konzepts.[72] Die historische Entwicklung zeigt vielmehr, dass sie das Resultat einer praktischen Notwendigkeit sind, das durch das weite Ermessen der US-Behörden ermöglicht wurde.

I. Vorläufer in der jüngeren Vergangenheit

Nichtsdestoweniger haben die heutigen Monitore in der jüngeren Vergangenheit mehrere Vorläufer, die zu diesen bereits deutliche Parallelen aufweisen und deren Entwicklung vorgezeichnet haben. Sie haben mit dem Moni-

72 *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 109 (2016).

tor in erster Linie gemeinsam, dass es sich um unabhängige Dritte handelt, die im Rahmen eines staatlich veranlassten Verfahrens damit beauftragt werden, die Einhaltung bestimmter Regelungen zu kontrollieren. Dazu werden ihnen weitreichende Informations- und mitunter auch Entscheidungsbefugnisse eingeräumt. Zudem kommt ihnen teilweise, wie häufig auch dem Monitor, die Aufgabe zu, die zukünftige Einhaltung der Regelungen durch den Vorschlag von Verbesserungsmaßnahmen zu unterstützen.

1. Institutional Reform Litigation

Als Vorläufer gilt zunächst die Praxis im Rahmen der *Institutional Reform Litigation*[73].[74] Mit Beginn der 1960er Jahren kam es vor den US-Bundesgerichten vermehrt zu Klagen gegen amerikanische Regierungsbehörden, die zum Ziel hatten, Strukturreformen in sozialen Einrichtungen, wie Haftanstalten, Schulen und Psychiatrien, durchzusetzen.[75] Ihre Grundlage hatte dieser Prozess in den Entscheidungen[76] des *U.S. Supreme Courts* zur Aufhebung der Rassentrennung in öffentlichen Schulen.[77] Die Gerichte stützten auf diese Urteile nachfolgend eine allgemeine Kompetenz zur Kontrolle der Gesetzeskonformität öffentlicher Einrichtungen.[78] Da die Gerichte in den daraus folgenden Verfahren in den 1960er und 1970er Jahren häufig die verfassungsmäßigen Rechte der betroffenen Personen in den sozialen Einrichtungen verletzt sahen, stießen sie eine Welle von Reformen im öffentlichen Sektor an.[79] Dabei verfolgte die Rechtsprechung nicht nur das Ziel, Rechtsverstöße in der Vergangenheit festzustellen, sondern wollte vor allem verhindern, dass sich derartige Rechtsverletzungen in der Zukunft wiederholen.[80] Aus diesem Grund erließen die Gerichte Beschlüsse, in denen festgelegt wurde, welche Auflagen die öffentliche Einrichtung erfüllen

---

73 Synonym wird auch die Bezeichnung „Public Law Litigation" verwendet.

74 Vgl. *Root*, 100 Va. L. Rev. 523, 529 (2014); *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 683 (2009); *Garrett*, Brief of Professor Brandon L. Garrett as Amicus Curiae Supporting Appellee, U.S. v. HSBC Bank USA, 863 F.3d 125 (2d Cir. 2017) (No. 16-0308-cr(L), S. 10 ff.

75 *Garrett*, 93 Va. L. Rev. 853, 857, 869 (2007).

76 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) (Brown I); Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1954) (Brown II).

77 *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 23.

78 *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 23.

79 *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 24 ff.

80 *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 24.

muss, um die festgestellten Missstände nachhaltig zu beseitigen.[81] Um für jede Einrichtung die passenden Reformmaßnahmen eruieren zu können, bedurfte es einer umfassenden Untersuchung der jeweiligen Strukturen und des festgestellten Fehlverhaltens. Aus Ressourcen- und Kostengründen setzten die Gerichte zu diesem Zweck unabhängige Privatpersonen ein, die die entsprechenden Informationen sammelten und in passende Reformmaßnahmen umsetzten.[82] Neben der Ausarbeitung des Reformprogramms überwachten die oft als *Special Masters* bezeichneten Personen anschließend teilweise auch die sozialen Einrichtungen bei der Umsetzung der gerichtlich angeordneten Reformen, sprachen Empfehlungen im Hinblick auf deren Umsetzung aus und erstatteten dem Gericht hierüber Bericht.[83] Als derartige Hilfspersonen fungierten Rechtsanwälte sowie ehemalige Behördenvertreter.[84]

2. RICO-Verfahren

Ein weiterer Vorläufer des heutigen Monitors findet sich in der zivilrechtlichen Verfolgung korrupter Gewerkschaften im Rahmen des *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*[85] (RICO),[86] einem amerikanischen Bundesgesetz zur Bekämpfung von kriminellen Vereinigungen des organisierten Verbrechens. Seit dem Jahr 1982 erhob das DOJ Klagen gegen korrupte Gewerkschaften, um diese von der organisierten Kriminalität zu befreien und demokratische Strukturen innerhalb der Organisationen durchzusetzen.[87] Bis zum Jahr 2004 leitete das amerikanische Justizministerium mindestens zwanzig Gerichtsverfahren gegen kriminelle Vereinigungen wegen Verletzung des RICO ein.[88] Die daraufhin ergangenen Gerichtsbeschlüsse oder abgeschlossenen verfahrensbeendenden Vereinbarungen[89] sa-

81 *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 25.
82 *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 25 f.
83 *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 26.
84 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 221 (2007).
85 18 U.S.C. §§ 1961-1965.
86 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 683 (2009); *Harrison*, in: Weil/Lentz/Evans, Litigation Services Handbook, 6. Aufl. 2017, S. 29-2.
87 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 222 (2007).
88 *Khanna/Dickinson*, 105 Mich. L. Rev. 1713, 1716 (2007).
89 Dabei handelte es sich namentlich um Consent Decrees, siehe dazu näher unten unter Kap. 2, B. III.

hen oft den Einsatz eines „Monitors" vor,[90] dessen Kosten die Gewerkschaften tragen mussten.[91] Als derartige Monitore wurden in der Regel ehemalige Staatsanwälte ernannt.[92] Die in den Vergleichsvereinbarungen festgelegten Kompetenzen dieser Personen waren dabei unterschiedlich ausgestaltet.[93] Während einige Disziplinarklagen gegen korrupte Gewerkschaftsmitglieder erheben und über diese entscheiden konnten, kam anderen die Aufgabe zu, die Wahlverfahren und Führungsstrukturen in der betroffenen Gewerkschaft grundlegend zu reformieren.[94] In einzelnen Fällen wurden den Monitoren die gleichen Rechte eingeräumt, wie sie dem leitenden Gewerkschaftsverantwortlichen zukamen, sodass sie die Geschäftsführung übernahmen und zum Beispiel Betriebsvereinbarungen abschließen konnten.[95] Die Erfahrungen mit diesen Monitoren waren durchwachsen. Während einige Monitorships als erfolgreich angesehen werden können, konnten andere die Gewerkschaften nicht von kriminellen Strukturen und Handlungen befreien.[96] Als Problem stellte sich auch heraus, dass unter den eingesetzten Monitoren kaum ein Erfahrungsaustausch stattfand, sodass sich keine *Best Practice* herausbilden konnte.[97]

3. Independent Private Sector Inspector Generals

Als weiterer Vorgänger des heutigen Monitors werden auch die *Independent Private Sector Inspector Generals* (IPSIGs) betrachtet.[98] Diese privaten Inspektoren wurden erstmals in den 1990er Jahren in New York eingesetzt, um sicherzustellen, dass Unternehmen, die öffentliche Aufträ-

90 *Jacobs/Cunningham/Friday*, 19 Lab. Law. 419, 452 (2004).
91 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 222 (2007).
92 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 222 (2007); *Jacobs/Cunningham/Friday*, 19 Lab. Law. 419, 424 f. (2004); *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009).
93 *Jacobs/Cunningham/Friday*, 19 Lab. Law. 419, 452 (2004); *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 683 f. (2009).
94 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 222 (2007).
95 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 222 (2007); *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009).
96 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 222 (2007); *Jacobs/Cunningham/Friday*, 19 Lab. Law. 419, 452 (2004).
97 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009); zu dem parallelen Problem bei den heutigen Monitoren siehe unten unter Kap. 5, B.
98 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009); *Harrison*, in: Weil, Lentz/Evans, Litigation Services Handbook, 6. Aufl. 2017, S. 29-2; *Zwiebel/Lohmeier*, CB 2016, 250 (250); *Reyhn*, CCZ 2011, 48 (Fn. 25.).

ge übernehmen, den Bundesstaat nicht bei deren Ausführung betrügen oder anderweitig gegen Gesetze verstoßen.[99] Mit der Zeit wurde das Instrument auf weitere Verträge mit Behörden auf Bundes- und Bundesstaatenebene ausgeweitet, insbesondere um Verträge über korruptionsanfällige Leistungen zu überwachen.[100] Die IPSIGs werden in den Vertragspartnerunternehmen der öffentlichen Hand platziert, wo sie insbesondere den Abrechnungsprozess überwachen und prüfen, ob die Leistungen wie vereinbart ausgeführt werden.[101] Sie erhalten dazu Zugang zu den internen Dokumenten der Unternehmen, dürfen deren Mitarbeiter interviewen sowie deren Geschäftstätigkeit untersuchen und berichten darüber an die Behörden.[102] Falls sich die Vertragspartner nicht kooperativ gegenüber den Inspektoren zeigen, können die Verträge durch die Behörden gekündigt und dem Unternehmen hohe finanzielle Strafen auferlegt werden.[103] Durch das IPSIG-Modell bekommen auch Unternehmen, denen durch rechtswidriges Verhalten in der Vergangenheit der Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen drohte, weiterhin die Möglichkeit öffentliche Aufträge zu erhalten.[104] Als prominentes Beispiel für den Einsatz dieses Instruments gelten die Aufräumarbeiten nach den Terroranschlägen auf das *World Trade Center* in New York im Jahr 2001.[105] Die vier Unternehmen, die mit der Beseitigung der Trümmer beauftragt wurden, mussten sich durch einen IPSIG überwachen lassen.[106] Neben der Überprüfung der Unternehmen auf rechtswidrige Abrechnungs- und Arbeitslohnpraktiken hatten die Inspektoren auch darauf zu achten, dass bei den Arbeiten keine Umwelt- und Sicherheitsbestimmungen verletzt werden.[107]

4. Receiverships und verwandte Instrumente

Schließlich sind Vorgänger im Zuständigkeitsbereich der SEC zu finden.[108] Die Aufsichtsbehörde begann spätestens in den 1960er Jahren gerichtliche

99 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009).
100 *Harrison*, in: Weil/Lentz/Evans, Litigation Services Handbook, 6. Aufl. 2017, S. 29-2.
101 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009).
102 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 223 (2007).
103 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 225 (2007).
104 Vgl. *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 223 f. (2007).
105 *Zwiebel/Lohmeier*, CB 2016, 250 (250); *Reyhn*, CCZ 2011, 48 (48 Fn. 25).
106 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 228 f. (2007).
107 *Jacobs/Goldstock*, 43 Crim. L. Bull. 217, 229 (2007).
108 Vgl. *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 f. (2009).

Zwangsverwalter (*receivership*) im Rahmen von zivilgerichtlichen Verfahren zu nutzen.[109] Diese treuhänderischen Verwalter hatten zunächst die Aufgabe, das Management eines Unternehmens daran zu hindern, das Gesellschaftsvermögen zu veruntreuen oder zu verschwenden.[110] Mit der Zeit entwickelte sich die Funktion der Treuhänder weiter, indem sie zunehmend auch damit betraut wurden, sicherzustellen, dass ein Unternehmen in Zukunft die Wertpapiergesetze einhält.[111] Da sie als gerichtliche Beauftragte nur sehr eingeschränkt unternehmerisch agieren konnten und ihre bloße Anwesenheit die Reputation des Unternehmens beschädigte, waren Zwangsverwalter häufig mit geschäftlichen Nachteilen für das betroffene Unternehmen verbunden.[112] Um diese Begleiterscheinung zu vermeiden, begann die SEC vermehrt auch Vereinbarungen mit Unternehmen abzuschließen, die die Beauftragung außenstehender, unabhängiger Dritter vorsahen.[113] Diesen wurden je nach erforderlicher Eingriffsintensität unterschiedlich weitgehende Kompetenzen übertragen.[114] Während einigen vergleichbare Befugnisse wie dem gewählten Management des Unternehmens zukamen,[115] wurden andere damit betraut, Untersuchungen in dem Unternehmen durchzuführen, SEC sowie Gericht darüber Bericht zu erstatten und ggf. auf Grundlage der Untersuchungen Klagen im Namen der Anteilseigner zu erheben.[116] Zudem wurden teilweise Berater bestellt, die das Unternehmen in den Fachgebieten berieten, in denen es in der Vergangenheit zu Fehlverhalten gekommen war.[117] Teilweise wurde den Unternehmen in den Vereinbarungen auch bereits Auflagen gemacht, interne Kontrollen oder andere Compliance-Maßnahmen umzusetzen, um erneute Rechtsverstöße zu verhindern.[118] Ab dem Jahr 1984 verlor die beschriebene

---

109 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009).
110 *o.V.*, 123 U. Pa. L. Rev. 1188, 1200 (1975); *Farrand*, 89 Harv. L. Rev. 1779, 1787 (1976).; *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009); *O'Neil III/Kennedy*, 17 Fordham J. Corp. & Fin. L. 299, 334 (2012).
111 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 684 (2009); *O'Neil III/Kennedy*, 17 Fordham J. Corp. & Fin. L. 299, 334 (2012).
112 *o.V.*, 123 U. Pa. L. Rev. 1188, 1201 f. (1975); *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009).
113 Vgl. *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009).
114 Vgl. *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009).
115 *o.V.*, 123 U. Pa. L. Rev. 1188, 1205 f. (1975); vgl. auch *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009).
116 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009); vgl. auch *Farrand*, 89 Harv. L. Rev. 1779, 1794 (1976).
117 *Farrand*, 89 Harv. L. Rev. 1779, 1794 (1976).
118 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009).

Praxis der SEC, private Dritte zu bestellen, um zukünftige Rechtsverstöße zu verhindern, allerdings an Bedeutung.[119] Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die SEC nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit gehabt, zivilrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen zu verhängen.[120] Dies änderte sich durch den *Insider Trading Sanctions Act of 1984*[121], der der SEC entsprechende Kompetenzen einräumte.[122]

II. Entstehung des heutigen Compliance-Monitors

Mit diesen Erfahrungen im Hintergrund entstand der moderne Compliance-Monitor als Folge mehrerer Entwicklungen, die aufeinander aufbauten und ineinandergriffen.

1. Organizational Guidelines und Pre-Trial Diversion Agreements

Der erste Grundstein wurde im Jahr 1991 durch ein neu eingefügtes Kapitel zur „Bestrafung von Unternehmen" („*Sentencing of Organizations*") in den *U.S. Federal Sentencing Guidelines* (U.S.S.G.) gelegt (sog. *Organizational Guidelines*).[123] Dieses sah vor, dass der Kooperation von Unternehmen mit den Strafverfolgungsbehörden eine zentrale Bedeutung bei der Gewährung von Strafnachlässen zukommen soll.[124] Falls ein Unternehmen mit 50 oder mehr Mitarbeitern im Zeitpunkt der Bestrafung kein effektives Compliance-Programm hatte, musste dieses nach den neuen *Guidelines* zudem zur Bewährung verurteilt werden.[125] Dabei konnte diesem ausdrücklich die Auflage erteilt werden, ein Programm zur Verhinderung und Aufdeckung von Rechtsverstößen zu entwerfen und dem Gericht vorzulegen.[126] Schließlich konnte einem Unternehmen nach den neuen Bestimmungen auferlegt werden, sich während der Bewährung auf seine Kosten einer regelmäßigen oder unangekündigten Prüfung seiner Handelsbücher und -aufzeichnun-

119 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009).
120 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 685 (2009).
121 Siehe Insider Trading Sanctions Act of 1984, Pub. L. No. 98-376, 98 Stat. 1264 (1984).
122 *Reyhn*, CCZ 2011, 48 (50).
123 Vgl. *Finder/McConnell*, 51 St. Louis U. L. J. 2006, 1 (3 ff.).
124 Vgl. U.S.S.G. Manual § 8C2.5 Comment 12 (1992).
125 Vgl. U.S.S.G. Manual § 8D1.1(a)(3) (1992); siehe heute U.S.S.G § 8D1.1(a)(3).
126 Vgl. U.S.S.G. Manual § 8D1.4(c)(1) (1992); siehe heute U.S.S.G § 8D1.4(b)(1).

gen durch einen Bewährungshelfer oder einen vom Gericht beauftragten Sachverständigen unterziehen zu müssen.[127]

Ohne eine weitere Entwicklung, die vorprozessualen Vereinbarungen (*pre-trial diversion agreements*), wäre der heutige Monitor allerdings nicht denkbar gewesen. Bereits seit dem frühen 20. Jahrhundert wurden in den USA bei minder schweren Delikten, die durch Jugendliche oder Ersttäter begangen wurden, sogenannte *Deferred Prosecution Agreements*[128] (DPAs) eingesetzt.[129] Durch diese Vereinbarungen wurde das Strafverfahren ausgesetzt und schließlich ganz beendet, wenn der Straftäter bestimmten Auflagen, wie der Teilnahme an Beratungs- und Ausbildungsprogrammen, nachkam.[130] Ziel war es, die Stigmatisierung durch eine formelle Verurteilung zu verhindern.[131] Im Jahr 1977 veröffentlichte das DOJ erstmals Richtlinien für diese Aussetzung der Strafverfolgung gegen Auflagen.[132] Demnach hatten diese Vereinbarungen nicht nur den Zweck, die Straftäter von zukünftigem Fehlverhalten abzuhalten, sondern sollten auch die personellen Ressourcen des Staates schonen und eine Wiedergutmachung gegenüber der Gesellschaft und den Opfern sicherstellen.[133] Im Unterschied zum Individualstrafrecht kamen bei der Strafverfolgung von Unternehmen jahrzehntelang hingegen nur zwei Varianten in Betracht. Entweder erhob die Staatsanwaltschaft Anklage, um eine Verurteilung zu erreichen oder sie stellte das Verfahren ein („*indict, or walk away*").[134] Dieses „Alles-oder-Nichts"-Prinzip wurde zunehmend auch im Unternehmensbereich als unbefriedigend empfunden. Vor diesem Hintergrund einigte sich die US-Regierung mit dem Investmentunternehmen *Salomon Brothers* im Jahr 1992 auf das erste

127 Vgl. U.S.S.G. Manual § 8D1.4(c)(4) (1992); siehe heute U.S.S.G § 8D1.4(b)(5).

128 Siehe dazu näher unten unter Kap. 2, A. III. 1. a).

129 *Reilly*, 2015 B.Y.U.L. Rev. 307, 314 (2015); *ders.*, 50 Ariz. St. L. J. 1113, 1115 (2019); nur im Hinblick auf Jugendliche auch *Greenblum*, 105 Colum. L. Rev. 1863, 1866 (2005).

130 Vgl. *Reilly*, 2015 B.Y.U.L. Rev. 307, 315 (2015); *ders.*, 50 Ariz. St. L. J. 1113, 1115 (2019).

131 *Reilly*, 2015 B.Y.U.L. Rev. 307, 314 (2015); *Greenblum*, 105 Colum. L. Rev. 1863, 1866 (2005).

132 *Reilly*, 2015 B.Y.U.L. Rev. 307, 315 (2015); *Perez/Dill*, RTDF N°2 2016, 43 (44).

133 *Reilly*, 2015 B.Y.U.L. Rev. 307, 315 (2015); *Perez/Dill*, RTDF N°2 2016, 43 (44); siehe heute U.S.J.M. § 9-22.010.

134 *U.S. DOJ*, Assistant Attorney General Lanny A. Breuer Speaks at the New York City Bar Association v. 13.9.2012, zuletzt abgerufen am 5.7.2023: https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-lanny-breuer-speaks-new-york-city-bar-association.

Non-Prosecution Agreement[135] (NPA).[136] Das laufende Strafverfahren wurde eingestellt, ohne eine Anklage zu erheben. Im Gegenzug verpflichtete sich das Unternehmen unter anderem, eine Geldsanktion zu zahlen und Verfahren einzuführen, die erneute Rechtsverstöße verhindern können.[137] Der zuständige *U.S. Attorney* begründete die Entscheidung mit der umfassenden Kooperation des Unternehmens und dessen außergewöhnlichen Maßnahmen zur Vermeidung zukünftiger Rechtsverstöße.[138] Im Jahr 1993 einigte sich die US-Regierung wegen Verstößen gegen Exportkontrollbestimmungen mit dem Rüstungsunternehmen *Armour of America* auf das erste DPA mit einem Unternehmen.[139] In Anlehnung an die *Organizational Guidelines* würdigte die Vereinbarung die durchgeführten Compliance-Reformen des Unternehmens.[140] Nach Zahlung der vereinbarten Geldbuße wurde das Verfahren eingestellt.[141] Im darauffolgenden Jahr einigte sich das DOJ mit dem Finanzdienstleister *Prudential Securities* in einem Strafverfahren auf das erste DPA mit einem größeren Unternehmen.[142] Auch in diesem Fall waren bereits angestoßene Compliance-Reformen ein maßgeblicher Aspekt, warum die Staatsanwaltschaft ein DPA für ausreichend hielt.[143] Gegenstand der Vereinbarung war zudem die Verpflichtung, bestimmte Compliance-Maßnahmen umzusetzen.[144]

---

135 Siehe dazu näher unten unter Kap. 2, A. III. 1 b).

136 Vgl. *Giudice*, 91 B.U.L. Rev. 347, 362 (2011); *Spivack/Raman*, 45 Am. Crim. L. Rev. 159, 163 (2008); *Oded*, Inducing Corporate Proactive Compliance, S. 224.

137 *U.S. DOJ*, Presseerklärung v. 20.5.1992, Department of Justice and SEC Enter $290 Million Settlement with Salomon Brothers in Treasury Securities Case, zuletzt abgerufen am 5.7.2023: https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.htm; *Spivack/Raman*, 45 Am. Crim. L. Rev. 159, 163 (2008); *Greenblum*, 105 Colum. L. Rev. 1863, 1870, 1893 (2005).

138 Vgl. *U.S. DOJ*, Presseerklärung v. 20.5.1992, Department of Justice and SEC Enter $290 Million Settlement with Salomon Brothers in Treasury Securities Case, zuletzt abgerufen am 5.7.2023: https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.htm.

139 *McConnell/Martin/Simon*, 33 Hous. J. Int'l L. 509, 561 f. (2011); *Hall*, in: O'Reilly/Hanlon/Hall/Jackson/Lewis, Punishing Corporate Crime, 2009, S. 128 f.

140 Vgl. U.S. v. Armour of America, Inc., DPA v. 29.12.1993.

141 *McConnell/Martin/Simon*, 33 Hous. J. Int'l L. 509, 562 (2011).

142 *Giudice*, 91 B.U.L. Rev. 347, 362 (2011); *Spivack/Raman*, 45 Am. Crim. L. Rev. 159, 164 (2008).

143 *McConnell/Martin/Simon*, 33 Hous. J. Int'l L. 509, 562 (2011).

144 Vgl. U.S. v. Prudential Securities, Inc., DPA v. 27.20.1994.

2. Geburt des Compliance-Monitors

Mit der Verpflichtung der Unternehmen zu Compliance-Reformen entstand auch die Notwendigkeit, deren Umsetzung parallel zu den Vereinbarungen zu überprüfen und zu unterstützen. Der Fall *Prudential Securities* im Jahr 1994 gilt vor diesem Hintergrund auch als Geburtsstunde des heutigen Compliance-Monitors.[145] In dem DPA wurde vereinbart, dass das Unternehmen in Absprache mit dem DOJ einen *outside director* bestellen muss, der dem Leitungsorgan angehört. Dieser übernahm auch die Aufgabe eines „unabhängigen Ombudsmanns", an den sich die Mitarbeiter des Unternehmens anonym mit „Beschwerden über Ethik und Compliance" wenden konnten. Zudem war das Unternehmen verpflichtet, dem *outside director* alle Vorwürfe oder Ereignisse von kriminellem Verhalten und andere wesentliche Unregelmäßigkeiten mitzuteilen. Der *outside director* musste während der dreijährigen Laufzeit der Vereinbarung alle drei Monate einen Compliance-Fortschrittsbericht über seine Erkenntnisse gegenüber dem DOJ abgeben.[146]

Im gleichen Jahr wurde zudem dem Energieversorger *Consolidated Edison* (*Con Ed*) im Rahmen einer Bewährungsstrafe ein Monitor auferlegt.[147] Mitunter wird auch dieser Fall als erstes Monitorship angesehen.[148] Das Gericht hielt den Monitor insbesondere für erforderlich, weil die spezifische Unternehmenskultur die Mitarbeiter abschreckte, Rechtsverstöße zu melden.[149] Der Monitor sollte daher sicherstellen, dass das Unternehmen ein wirksames Compliance-Programm einführt und umsetzt.[150] Obwohl der Monitor der Unternehmenskultur in seinen Berichten weiterhin Mängel attestierte, beendete das Gericht die dreijährige Bewährungszeit mit dem Verweis auf eine erhebliche Verbesserung des Compliance-Programms.[151] Als das Unternehmen nur wenige Monate später mit einem ähnlichen Rechtsverstoß auffiel, wurde diesem erneut ein Monitor auferlegt.[152]

---

145 *Zagaris*, in: *Ligeti/Franssen*, Challenges in the Field of Economic and Financial Crime, 2017, S. 19 (21); *Khanna*, in Barkow/Barkow, Prosecutors in the Boardroom, 2011, S. 226 (227); *Khanna/Dickinson*, 105 Mich. L. Rev. 1713, 1717 (2007).

146 Vgl. U.S. v. Prudential Securities, Inc., DPA v. 27.10.1994.

147 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 688 (2009).

148 Vgl. etwa *Barclay/Leslie/Morvillo/Koeleveld/George*, in: Seddon/Davison, Practitioner's Guide, 6. Aufl. 2021, Rn. 33.2.1; *Hitzer*, ZGR 2020, 406 (Fn. 10).

149 *Garrett,* Too Big To Jail, 2014, S. 164.

150 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 688 (2009).

151 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 688 (2009).

152 *Ford/Hess*, 34 J. Corp. L. 679, 688 f. (2009).

Möglicherweise auch wegen dieser durchwachsenen Erfahrungen mit den ersten Monitoren blieben Vergleichsvereinbarungen und Monitore in den Folgejahren eine seltene Ausnahme, die nur „in sehr besonderen Situationen“[153] als geeignet angesehen wurden. Nach Schätzungen wurden in den 1990er nur noch acht weitere D/NPAs abgeschlossen.[154]

3. Aufstieg des Compliance-Monitors

Den entscheidenden Wendepunkt für die Zunahme von D/NPAs stellten erst die prominenten Wirtschaftsskandale Anfang des Jahrtausends dar, insbesondere der Kollaps der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft *Arthur Andersen* im Jahr 2002.[155] Damit begann auch der Aufstieg des Compliance-Monitors. Aufgrund der Vernichtung von Dokumenten im Zusammenhang mit dem *Enron*-Skandal sah sich *Arthur Andersen* einem Strafverfahren ausgesetzt.[156] Bei den Vergleichsverhandlungen mit der Staatsanwaltschaft weigerte sich das Unternehmen, ein Fehlverhalten einzugestehen, da dies voraussichtlich zu einer Verurteilung mit der Folge eines Ausschlusses von der Prüfung börsennotierter Unternehmen geführt hätte.[157] *Arthur Andersen* wurde daraufhin angeklagt und zu einer Geld- und Bewährungsstrafe verurteilt, die ebenfalls dazu führte, dass das Unternehmen keine börsennotierten Gesellschaften mehr prüfen durfte.[158] Gleichwohl das Urteil im Jahr 2005 vom *U.S. Supreme Court* aufgehoben wurde, war das Unternehmen bereits in dem Zeitraum bis zu seiner Verurteilung zusammengebrochen.[159] Die dadurch eingetretenen Folgen – der Verlust von 28.000 Arbeitsplätzen und die Reduzierung des Wettbewerbs unter den noch verbleibenden, internationalen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – führten zu erheblicher Kritik an der Rolle des DOJ in dem Strafverfahren, zumal das Fehlverhalten bei *Arthur Andersen* nur von einigen wenigen Mitarbeitern ausgegangen

153 *Spivack/Raman*, 45 Am. Crim. L. Rev. 159, 164 (2008).
154 *Spivack/Raman*, 45 Am. Crim. L. Rev. 159, 164 (2008).
155 *Spivack/Raman*, 45 Am. Crim. L. Rev. 159, 164 ff. (2008); *Golumbic/Lichy*, 65 Hastings L. J. 101, 114 ff. (2014).
156 Vgl. *Markoff*, 15 U. Pa. J. Bus. L. 797, 804 f. (2013); *Golumbic/Lichy*, 65 Hastings L. J. 101, 114 f. (2014).
157 Vgl. *Markoff*, 15 U. Pa. J. Bus. L. 797, 805 (2013); *Golumbic/Lichy*, 65 Hastings L. J. 101, 115 (2014).
158 *Golumbic/Lichy*, 65 Hastings L. J. 101, 115 (2014).
159 *Markoff*, 15 U. Pa. J. Bus. L. 797, 805 (2013).

war.[160] Um derartige Kollateralschäden in Zukunft zu verhindern, vollzog das DOJ eine Abkehr von seiner bisherigen Strafverfolgungspraxis. Das zeigte sich unter anderem im *Thompson Memorandum*[161], das D/NPAs erstmals ausdrücklich als Option anerkannte, um ein kooperatives Verhalten von Unternehmen zu belohnen.[162] Anstatt eine Verurteilung anzustreben, einigte sich die Staatsanwaltschaft in der Folgezeit daher zunehmend auf D/NPAs mit den Unternehmen.[163] Mit dem verstärkten Gebrauch der D/NPAs wurden auch die vereinbarten Bedingungen umfangreicher und gravierender für die Unternehmen.[164] Zugleich erfolgten mit dem *McNulty Memorandum*[165] im Jahr 2006 und dem *Filip Memorandum*[166] im Jahr 2008 in kurzen Abschnitten weitere Überarbeitungen der entsprechenden behördlichen Richtlinien. Die Funktion der Vergleichsvereinbarungen bestand in erster Linie nicht mehr darin, ein Unternehmen zur Kooperation zu bewegen, sondern sie als Vehikel zur inneren Reform der Unternehmen zu nutzen.[167] Seitdem sind kaum noch Vereinbarungen zu finden, die keine Verpflichtung zu Compliance-Reformen enthalten.[168]

Mit der zunehmenden Anzahl der D/NPAs stieg auch die Anzahl der Monitore.[169] Während die Behörden die Einhaltung der Regularien vorher überwiegend selbst überwacht hatten, gingen viele Behörden wegen fehlender finanzieller und personeller Ressourcen dazu über, diese Aufgabe auf außenstehende Dritte zu verlagern.[170] Die zahlreichen Wirtschaftsskandale zu Beginn des Jahrtausends hatten zu einer erhöhten Regulierungsdichte geführt, die es für die Behörden deutlich aufwendiger machte, die Einhal-

160 Vgl. *Golumbic/Lichy*, 65 Hastings L. J. 101, 116 (2014).
161 *U.S. DOJ*, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations v. 20.1.2003 („Thompson Memorandum").
162 Vgl. *U.S. DOJ*, Thompson Memorandum, 2003, S. 6.
163 Während im Jahr 2000 noch 300 Unternehmen in einem Strafverfahren verurteilt wurden, waren es im Jahr 2010 nur noch 145. Diese Entwicklung gilt vorwiegend aber nur für große Unternehmen; kleinere Unternehmen werden häufig weiterhin angeklagt und verurteilt, vgl. *Markoff*, 15 U. Pa. J. Bus. L. 797, 806 f. (2013).
164 *Golumbic/Lichy*, 65 Hastings L. J. 101, 118 f. (2014).
165 *U.S. DOJ*, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations v. 12.12.2006 („McNulty Memorandum").
166 *U.S. DOJ*, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations v. 28.8.2008 („Filip Memorandum").
167 *McConnell/Martin/Simon*, 33 Hous. J. Int'l L. 509, 564 (2011).
168 Vgl. *McConnell/Martin/Simon*, 33 Hous. J. Int'l L. 509, 564 (2011).
169 *McConnell/Martin/Simon*, 33 Hous. J. Int'l L. 509, 579 (2011).
170 Vgl. *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 119 ff. (2016).

tung der Gesetze durch Unternehmen selbst zu überwachen.[171] Anfang der 2000er Jahre erweiterte sich zudem auch die Funktion der Monitore.[172] Die besteht seitdem häufig nicht mehr nur darin, die Umsetzung der Vereinbarungen zu beaufsichtigen, sondern beinhaltet auch die Compliance-Veränderungen im Unternehmen durch Empfehlungen aktiv zu unterstützen.[173] Diese neue Rolle zeigte sich öffentlichkeitswirksam erstmals im Monitorship bei der *WorldCom, Inc.* im Jahr 2003.[174] Der Monitor machte 78 öffentliche Empfehlungen, um die Schwachstellen in der *Corporate Governance* des Unternehmens zu beheben.[175] Das Unternehmen, das alle Empfehlungen umsetzte, wurde mit einer verbesserten Compliance zwei Jahre später für 6,6 Mrd. US-Dollar an den Wettbewerber *Verizon* verkauft.[176] Das Monitorship galt daher als Erfolgsgeschichte und beförderte die Etablierung des Monitors.[177]

Mit ihrer steigenden Anzahl kam aber verbreitet auch Kritik an der Monitorpraxis auf. Diese erreichte ihren Höhepunkt im Jahr 2007, nachdem ein *U.S. Attorney* einer Beratungsfirma, die sein ehemaliger Vorgesetzter beim DOJ gegründet hatte, ein lukratives Monitormandat verschafft hatte.[178] Dem DOJ wurde unter anderem Vetternwirtschaft bei der Auswahl der Monitore vorgeworfen.[179] Die Folge waren ab dem Jahr 2008 mehrere Memoranden,[180] die Regelungen speziell für Monitore aufstellen und dazu führen, dass das Instrument im Zuständigkeitsbereich des DOJ eine gewisse Standardisierung erfahren hat. Im Jahr 2009 folgte mit dem Fall

171 *Root*, 33 Yale J. on Reg. 109, 119 (2016).
172 Siehe zu den möglichen Funktionen eines Monitors sogleich unter Kap. 1, B.
173 *Barkow/Ross*, in: Barkow/Barofsky/Perrelli, Guide to Monitorships. 3. Aufl. 2022, S. 1 (4, 7).
174 Vgl. *Wolkinson/Rinne*, in: Barkow/Barofsky/Perrelli, Guide to Monitorships, 3. Aufl. 2022, S. 218 (222 ff.); *Barkow/Ross*, in: Barkow/Barofsky/Perrelli, Guide to Monitorships. 3. Aufl. 2022, S. 1 (4 f.).
175 Vgl. *Breeden*, Restoring Trust – Report for the Future of MCI, Inc., 2003, S. 29 ff., zuletzt abgerufen am 5.7.2023: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000119312503044064/dex992.htm.
176 *Barkow/Ross*, in: Barkow/Barofsky/Perrelli, Guide to Monitorships, 3. Aufl. 2022, S. 1 (5).
177 Vgl. *Barkow/Ross*, in: Barkow/Barofsky/Perrelli, Guide to Monitorships, 3. Aufl. 2022, S. 1 (5).
178 *Barclay/Leslie/Morvillo/Koeleveld/George*, in: Seddon/Davison, Practitioner's Guide, 6. Aufl. 2021, Rn. 33.2.1.
179 *Garrett*, Too Big To Jail, 2014, S. 178, 187 ff.
180 Siehe dazu näher unten unter Kap. 2, A. V.