PHILIPP MAXIMILIAN HOLLE

Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
16

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

herausgegeben von den Direktoren
des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
der Bucerius Law School in Hamburg

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

16

Philipp Maximilian Holle

Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht

Mohr Siebeck

Philipp Maximilian Holle, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Konstanz (Prof. Dr. Jens Koch); 2014 Promotion; seit 2013 Rechtsreferendar am OLG Hamburg.

ISBN 978-3-16-153575-8 / eISBN 978-3-16-158816-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISSN 2193-7273 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz im Wintersemester 2013/2014 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 11. Juni 2014 statt. Für die Veröffentlichung sind Rechtsprechung und Literatur soweit möglich bis Mitte Juli 2014 berücksichtigt worden.

Bedanken möchte ich mich in erster Linie bei meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Jens Koch. Er hat die Arbeit umfassend gefördert. Als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl durfte ich eine überaus lehrreiche und prägende Zeit erfahren, die ich in schöner Erinnerung behalten werde.

Herrn Professor Dr. Oliver Fehrenbacher danke ich für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens, der Graduiertenförderung des Landes Baden-Württemberg für die Gewährung eines Promotionsstipendiums.

Schließlich gilt mein ganz herzlicher Dank meinen Eltern sowie Frau Carolin Marie Engler. Sie haben mich während der Anfertigung der Dissertation auf vielfältige Weise unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Frühjahr 2014 *Philipp Maximilian Holle*

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung 1

1. Teil
Das Binnenverhältnis
als Quelle von Compliance-Pflichten

1. Kapitel: Rechtslage innerhalb eines korporativen Organisationsträgers 9

§ 2 Keine Justierung der Vorstandspflichten durch den DCGK und IDW PS 980 9

§ 3 Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG als Instrument zur Erfassung von Gesetzesverstößen 18

§ 4 Die allgemeine Leitungsverantwortung als Grundlage einer Compliance-Pflicht 36

§ 5 Rechtsbindung und § 93 Abs. 1 S. 2 AktG 62

2. Kapitel: Rechtslage im Unternehmensverbund 84

§ 6 Konzernweite Erfassung von Risiken nach § 91 Abs. 2 AktG 84

§ 7 Allgemeine Leitungsverantwortung als Grundlage von Kontrollpflichten 93

§ 8 Kontrollpflichten gegenüber der Tochtergesellschaft 113

3. Kapitel: Grenzen einer verbundweiten Legalitätskontrolle 123

§ 9 Schranken eines verbundinternen Informationsflusses 123

§ 10 Wege zur Informationsbeschaffung und ihre rechtliche Durchsetzbarkeit 171

§ 11 Schranken bei der verbundweiten Umsetzung von Compliance-Maßnahmen 206

2. Teil
Zivile Legalitätskontrollpflichten im Außenverhältnis

4. Kapitel: Die Handlungspflichten in Bezug auf Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB 223

§ 12 Konturierung der Handlungspflicht 223

§ 13 Die Person des Geschäftsherrn in korporativen Organisationsformen 239

§ 14 Das Pflichtenkostüm nach § 831 BGB im Unternehmensverbund ... 260

5. Kapitel: Verkehrspflichtigkeit als Quelle von Kontroll- und Organisationspflichten 282

§ 15 Begründung einer Legalitätskontrollverpflichtung kraft Verkehrspflicht 282

§ 16 Verkehrspflichtigkeit in der Einzelgesellschaft 309

§ 17 Verkehrspflichtigkeit im Unternehmensverbund 322

3. Teil
Sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit für Compliance

6. Kapitel: Das Garantenkonzept als Basis einer sanktionsrechtlichen Legalitätskontrollverpflichtung 345

§ 18 Begründung einer Garantenhandlungspflicht 345

§ 19 Die Person des Garantenhandlungspflichtigen bei korporativen Unternehmensträgern 365

§ 20 Garantenhandlungspflichten im Unternehmensverbund 384

7. Kapitel: § 130 OWiG als Legalitätskontrollverpflichtung 390

§ 21 Die Aufsichtspflichten des § 130 OWiG 390

§ 22 Die Sanktionsadressaten des § 130 OWiG in der Einzelgesellschaft . 396

§ 23 Die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG im Unternehmensverbund 400

8. Kapitel: Sanktionsrechtsautonome Zurechnungsmechanismen auf Verbundebene 421

§ 24 Die §§ 30, 14 StGB, 9 OWiG als tatbestandlich eng gefasste Zurechnungsnormen 421

§ 25 Verantwortlichkeit der Konzernobergesellschaft als faktisches Organ 425

Literaturverzeichnis 453

Sachregister 519

Inhalt

Vorwort V
Abkürzungsverzeichnis XXVII

§ 1 Einführung 1
I. Hintergrund der Untersuchung 1
II. Gegenstand und Gang der Untersuchung 3

1. Teil
Das Binnenverhältnis
als Quelle von Compliance-Pflichten

1. Kapitel: Rechtslage innerhalb eines
korporativen Organisationsträgers 9

§ 2 Keine Justierung der Vorstandspflichten durch den DCGK und IDW PS 980 9
I. Spektrum potentieller Pflichtenquellen im Binnenverhältnis 9
II. Keine rechtliche Bindungswirkung der Kodexvorschriften 10
1. Fehlende Gesetzeskraft der Kodexvorschriften 10
2. Keine bindende Konkretisierung des geltenden Rechts 12
III. Kein Compliance-Statement in der Entsprechenserklärung 13
1. Funktion und Reichweite der Entsprechenserklärung 13
2. Keine Erklärungs- und Begründungspflicht bei Nichtbefolgung von Ziffer 4.1.3 DCGK 14
3. Beschränkter Erklärungsgehalt der Ziffern 5.3.2 und 5.2 DCGK 15
IV. Keine Rechtswirkungen aus IDW PS 980 17
V. Ergebnis 17

§ 3 Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG als Instrument zur Erfassung von Gesetzesverstößen 18
I. Ausgangslage und Meinungsstand 18
II. Terminologische Annäherung 21
III. Systematische Rückschlüsse 22

1. Rückkoppelung zu § 317 Abs. 4 HGB als Fingerzeig in Richtung enge Auslegung . . . 22
2. Keine Übernahme des Pflichtenrahmens des § 25a Abs. 1 KWG . . . 23
3. Keine Rückschlüsse aus Ziffer 4.1.4 DCGK und IDW PS 340 . . . 24
4. Prüfungs- und Berichtspflichten als Indiz für einen umfassenden Pflichtenrahmen . . . 25
IV. Klärung durch Gesetzesmaterialien . . . 27
1. Fehlende Präzision der Begründung zum KonTraG . . . 27
2. Klarstellung in den Materialien zum BilMoG . . . 28
V. Keine Extension im Wege richtlinienkonformer Rechtsfortbildung . . . 29
1. Der Wille des europäischen Richtliniengebers . . . 29
2. Kein Raum für richtlinienkonforme Extension . . . 31
VI. Der verbleibende Pflichtenrahmen . . . 32
1. Insolvenzprophylaxe durch Früherkennung als Regelungszweck . . . 32
2. Systematische Erfassung erheblicher Risikoherde . . . 33
3. § 91 Abs. 2 AktG als rudimentärer Baustein einer Compliance-Pflicht . . . 34
VII. Ergebnis . . . 35

§ 4 Die allgemeine Leitungsverantwortung als Grundlage einer Compliance-Pflicht . . . 36

I. Organisations- und Kontrollpflichten als Ausfluss der Leitungsaufgabe . 36
II. Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht als oberste Maximen des Vorstandshandelns . . . 37
1. Ausgangslage . . . 37
2. Meinungsstand . . . 38
a) Literatur . . . 38
b) Rechtsprechung . . . 42
3. Begriffliche Konturierung . . . 44
a) Legalitätspflicht . . . 44
b) Legalitätskontrollpflicht . . . 45
4. Herleitung einer Legalitätspflicht . . . 46
a) Gesetzliche Ausgangslage und Regierungsbegründung zum UMAG . . . 46
b) Keine Ableitung aus der allgemeinen Schadensabwendungspflicht . . . 47
c) Begrenzter Aussagegehalt des § 396 Abs. 1 AktG . . . 48
d) Keine Erkenntnisgewinne aus dem Beschlussmängelrecht und § 93 Abs. 4 S. 1 AktG . . . 50
e) Ungeschriebener Vorrang gesetzlicher Vorschriften . . . 51
aa) Konzeptionelles Erfordernis einer organschaftlichen Legalitätspflicht . . . 51
bb) Allgemeinwohlbindung kein hinreichender Anker für Legalitätspflicht . . . 52

cc) Rechtsordnung als oberste Determinante privatautonomer Handlungsmaßstäbe 54
dd) Vereinbarkeit mit dem Beschlussmängelrecht und § 93 Abs. 4 S. 1 AktG 56
5. Legalitätskontrollpflicht als Verlängerung der Legalitätspflicht bei Delegation 59
a) Herleitung 59
b) Umfang der Legalitätskontrollpflicht 61
III. Ergebnis 62

§ 5 Rechtsbindung und § 93 Abs. 1 S. 2 AktG 62

I. Problemstellung 62
1. Handlungsspielräume im Rahmen gesetzlicher Bindungen 62
2. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Ausschluss gerichtlicher Inhaltskontrolle . . 63
II. Meinungsstand 67
III. Terminologischer Eigengehalt und Gesetzesmaterialien 71
IV. Teleologische Widerstände 72
1. Förderung der Risikobereitschaft im Interesse der Aktionäre 72
2. Keine drohende Risikoaversion bei gesetzlicher Determination 74
3. Prinzipal-Agent-Konflikt kein Maßstab zur Beschränkung richterlicher Kontrolle bei gesetzlicher Bindung 75
V. Rechtsfolgenbetrachtung 77
1. Keine Vermutung sorgfaltskonformen Verhaltens bei gesetzlichen Bindungen 77
2. Unterschiedlicher Prüfungsmaßstab im Binnen- und Außenverhältnis 78
3. Unterlaufen der Legalitätspflicht 80
VI. Umgang mit Entscheidungsspielräumen außerhalb des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG 80
1. Terminologischer Anstrich und Kontrollmaßstab 80
2. Verschuldenserfordernis als weiteres Korrektiv 82
VII. Ergebnis 83

2. Kapitel: Rechtslage im Unternehmensverbund 84

§ 6 Konzernweite Erfassung von Risiken nach § 91 Abs. 2 AktG 84

I. Vorüberlegungen 84
II. Legislative Vorgaben und Interpretation durch die Literatur 85
III. Bestandsgefährdung der Muttergesellschaft als Determinante verbundweiter Früherkennung 87
IV. Notwendige Leitungsintensität 89
V. Beachtung konzernrechtsspezifischer Grenzen 90
VI. Zusammenfassung 92

§ 7 Allgemeine Leitungsverantwortung als Grundlage von Kontrollpflichten 93

I. Konzerndimensionalität der Leitungspflichten 93
1. Erstreckung der Leitungspflicht auf das Anteilsvermögen 93
2. Umfang und Intensität der Leitungsmacht im Unternehmensverbund 94
a) Meinungsstand 94
b) Keine Pflicht zur zentralen Leitung 95
c) Unveräußerlichkeit der Kontrollverantwortung 97
II. Ausrichtung der Leitungspflichten im Unternehmensverbund 99
1. Meinungsstand 99
2. Eigeninteresse der Obergesellschaft als Determinante 101
3. Reichweite von Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht 102
a) Verbot, aktiv rechtswidriges Verhalten anzuweisen 102
b) Verbundweite Legalitätskontrollpflicht infolge spezifischer Rechtspflichten 103
c) Keine darüber hinausgehende verbundweite Legalitätskontrollpflicht 104
aa) Fehlen einer tochterbezogenen Legalitätsverpflichtung des Muttervorstands 104
bb) Kein Raum für Gesamtanalogie zu Einzelvorschriften 106
cc) Kein Modifikationsbedarf aus Wertungsgesichtspunkten 107
III. Inhaltliche Ausgestaltung konzernweiter Leitungspflichten und Kontrolldichte 108
1. Rechtslage bei verbundweiter Legalitätskontrollverpflichtung im Außenverhältnis 108
2. Rechtslage bei Fehlen einer externen Legalitätskontrollpflicht 109
a) Unternehmerisches Ermessen bei Ausgestaltung der Kontrollaktivität 109
b) Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Organisations- und Überwachungsentscheidungen 110
IV. Ergebnis 112

§ 8 Kontrollpflichten gegenüber der Tochtergesellschaft 113

I. Problemstellung und Meinungsstand 113
II. Legislative Ausgangslage 114
1. Aktienkonzern 114
2. GmbH-Konzern 116
III. Kein Korrekturbedarf zugunsten einer faktischen Organschaft 117
1. Die Rechtsfigur faktischer Organschaft als Normanwendungsproblem 117
2. Rechtslage im Aktienkonzern 119
3. Rechtslage im GmbH-Konzern 121
IV. Ergebnis 122

3. Kapitel: Grenzen einer verbundweiten Legalitätskontrolle 123

§ 9 Schranken eines verbundinternen Informationsflusses 123
I. Keine rechtliche Informations- und Wirkungseinheit im Unternehmensverbund 123
II. Gesellschaftsrechtliche Schleusen 125
1. Ausgangslage und Meinungsstand 125
2. Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht 131
a) Unternehmensinteresse der Tochtergesellschaft als Ausgangspunkt 131
b) Rechtslage im Vertragskonzern und bei der Eingliederung 133
c) Rechtslage im faktischen Aktienkonzern 133
aa) Erfordernis der Nachteilsquantifizierung als Schranke 133
bb) Informationsübermittlung keine passive Konzernwirkung 135
cc) Keine „Modifizierung“ des Nachteilsbegriffs 136
dd) Kein pauschalierter Verlustausgleich 137
ee) Sicherstellung spezifischer Verwertung als Voraussetzung einer Informationsweitergabe 138
d) Rechtslage bei einfacher Abhängigkeit 140
e) Rechtslage in der GmbH 141
aa) Keine Verschwiegenheitspflicht gegenüber den Gesellschaftern 141
bb) § 51a Abs. 2 GmbHG als Schranke 142
3. Informationsweitergabe durch Aufsichtsrat und untere Leitungsebenen 145
a) Informationsweitergabe als Zuständigkeit von Vorstand und Geschäftsführer 145
b) Möglichkeit der Delegation 146
4. Keine Pflicht zur Nachauskunft nach § 131 Abs. 4 S. 1 AktG 147
a) Kein Umkehrschluss aus § 131 Abs. 4 S. 3 AktG 147
b) Rechtslage im Vertragskonzern 148
c) Rechtslage im faktischen Konzern 149
d) Rechtslage bei bloßer Abhängigkeit 151
e) Rechtslage in der GmbH 151
III. Kapitalmarktrechtliche Schleusen 152
1. Verbot der Weitergabe von Insiderinformationen 152
a) Anwendungsbereich und Relevanz 152
b) Befugnis zur verbundinternen Weitergabe von Insiderinformationen 153
aa) Bisherige Grundsätze 153
bb) Verschärfte Anforderungen durch die Grongaard-Entscheidung 155
cc) Folgen für den Unternehmensverbund 156
2. Keine Publizitätspflichten 158

IV. Datenschutzrechtliche Schleusen 160
1. Erfasste Informationen 160
2. Verbundinterne Datenübermittlung als Übermittlung an einen Dritten 160
a) Kein generelles Konzernprivileg 160
b) Auftragsdatenverarbeitung als tatbestandlich eng umschriebener Sonderfall 162
3. Legitimationsgrundlagen einer Datenübermittlung an Dritte 164
a) Gesetzliche Erlaubnistatbestände 164
b) Betriebsvereinbarungen 166
c) Einwilligung des Betroffenen 168
4. Einführung eines Konzernprivilegs für Beschäftigtendaten 169
V. Zusammenfassung 170

§ 10 Wege zur Informationsbeschaffung und ihre rechtliche Durchsetzbarkeit 171

I. Informationsansprüche aufgrund Gesellschafterstellung 171
1. Umfassende Informationsansprüche des GmbH-Gesellschafters 171
2. Beschränkte Einsichtsrechte des Aktionärs 172
II. Konzernrechnungslegung keine Quelle für umfassenden Informationsfluss 173
III. Informationsbeschaffung durch Repräsentanten im Tochteraufsichtsrat . 176
IV. Informationsbeschaffung durch Vorstandsdoppelmandatsträger 178
V. Informationsansprüche als Folge von Beherrschung und Konzernierung 179
1. Informationsanspruch bei der Eingliederung und im Vertragskonzern 179
2. Rechtslage im faktischen Konzern und einfachen Abhängigkeitsverhältnis 181
a) Grenzen einer Informationsbeschaffung durch faktische Einflussnahme 181
b) Verschärftes Unabhängigkeitspostulat als zusätzliche Barriere bei kapitalmarktorientierten Tochtergesellschaften 182
aa) Europäische Rechtsentwicklung als Triebfeder 182
bb) § 100 Abs. 5 AktG als punktuelles gesetzliches Unabhängigkeitspostulat 184
(1) Die europäischen und nationalen Vorgaben 184
(2) Fehlende Präzision der Gesetzesmaterialien 185
(3) Zweckerreichung durch konzernrechtliche Ausgleichsmechanismen 186
(4) Systemkonforme Entfaltung des Pflichtenrahmens 187
(5) Vereinbarkeit mit den europäischen Vorgaben 188
cc) Umfassendes Unabhängigkeitspostulat in Ziffer 5.4.2 DCGK 189
c) Ungeschriebener Auskunftsanspruch des herrschenden Unternehmens 191
aa) Meinungsstand 191
bb) Keine Informationspflichten aus Rechtsanalogie 193

cc) Keine Informationspflicht kraft Sonderrechtsverhältnisses ... 194
(1) §§ 311 ff. AktG als organisationsrechtliches Sonderrechtsverhältnis ... 194
(2) Kein Raum für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung ... 196
dd) Kein Informationsanspruch aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ... 197
ee) Kein Informationsanspruch zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten ... 198
VI. Konzernrichtlinien als Grundlage eines geregelten Berichtswesens ... 201
1. Gesellschaftsrechtliche Grenzen ... 201
2. Weitergehende Informationspflichten bei Konzernbetriebsvereinbarungen? ... 203
a) Problemstellung und Meinungsstand ... 203
b) Körperschaftliche Grundsätze als Grenze betriebsverfassungsrechtlicher Gestaltungsmacht ... 204
VII. Zusammenfassung ... 205

§ 11 Schranken bei der verbundweiten Umsetzung von Compliance-Maßnahmen ... 206

I. Vertragskonzern und Eingliederung ... 206
1. Rechtlich abgesicherte Leitungsmacht zur Durchsetzung von Compliance ... 206
2. Möglichkeit der Weisungserteilung durch untergeordnete Ebenen ... 207
3. Voraussetzungen einer Weisungserteilung an Mitarbeiter der Tochtergesellschaft ... 208
II. Faktischer Aktienkonzern ... 209
1. Umsetzung einer Legalitätskontrolle auf faktischer Grundlage ... 209
a) Kontrolle über den Tochteraufsichtsrat als erster Ansatzpunkt ... 209
b) Faktische Einflussnahme auf den Tochtervorstand ... 211
c) Doppelmandate als zusätzliches Kontrollinstrument ... 212
d) Kein Anspruch auf Befolgung von Legalitätskontrollvorgaben kraft Treuepflicht ... 213
2. Beachtung der durch § 311 AktG gesetzten Vorgaben ... 214
a) Legalität und Nachteilsbegriff ... 214
b) Einwirkungsberechtigte und Adressatenkreis ... 215
III. Faktischer GmbH-Konzern ... 216
1. Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung ... 216
2. Treuepflichtkonzept als Schranke einer Einflussnahme ... 217
3. Weisungsberechtigte und Adressatenkreis ... 218
IV. Zusammenfassung ... 218

2. Teil
Zivile Legalitätskontrollpflichten im Außenverhältnis

4. Kapitel: Die Handlungspflichten in Bezug auf Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB 223

§ 12 Konturierung der Handlungspflicht 223
I. Quellen ziviler Handlungspflichten 223
II. Der Pflichtenrahmen des § 831 Abs. 1 BGB 225
1. Ausgangslage und Meinungsstand 225
2. Vereinbarkeit einer Überwachungspflicht mit den gesetzlichen Vorgaben 229
3. Keine verschuldensunabhängige Einstandspflicht beim Einsatz von Zwischengehilfen 229
4. Begründung einer Organisationsverpflichtung im Rahmen des § 831 Abs. 1 BGB 231
a) Der Delegationsgedanke als Generator von Organisationspflichten 231
b) Übertragbarkeit auf § 831 Abs. 1 BGB 232
aa) Kein Entgegenstehen der Übernahmeregelung des § 831 Abs. 2 BGB 232
bb) Die verengte Perspektive des historischen Gesetzgebers 233
cc) Möglichkeit einer Analogiebildung 234
(1) Friktionen bei einem Ausweichen auf § 823 Abs. 1 BGB .. 234
(2) Wahrung von Sinn und Zweck des § 831 Abs. 1 BGB 235
III. Sachliche Reichweite der Kontroll- und Organisationspflicht 236
IV. Zusammenfassung 237

§ 13 Die Person des Geschäftsherrn in korporativen Organisationsformen 239
I. Meinungsstand 239
II. Die juristische Person als Adressat der Geschäftsherrenpflichten 242
1. Geschäftsherreneigenschaft der juristischen Person 242
2. Verhaltenszurechnung nach § 31 BGB 243
a) Keine Verhaltenszurechnung nach § 278 BGB 243
b) Keine verhaltenslose Zustandszurechnung 244
c) Kein legislativer Ankerpunkt für freischwebende Organtheorie .. 245
d) Die Motive des Gesetzgebers bei Schaffung des § 31 BGB 247
e) § 31 BGB als universelles Vehikel zur Haftbarmachung der juristischen Person 248
f) Konstruktion des Eigendelikts der juristischen Person 249
III. Keine Geschäftsherrenpflichten der Organe 250
1. Keine originäre Geschäftsherreneigenschaft der Organe 250

2. Keine Übernahme der Geschäftsherrenpflichten nach § 831 Abs. 2 BGB 251
a) Terminologische Widerstände und Historie 251
b) Pflichtenverengung beim originär Pflichtigen als Grundlage der Übernahmehaftung 252
c) Keine Entlastung der juristischen Person durch Tätigwerden der Organe 253
3. Kein Korrekturbedarf aus Wertungsgesichtspunkten 254
a) Kein drohender moral hazard 254
b) Keine systemfremde Verteilung der Insolvenzrisiken 256
IV. Keine Geschäftsherrenpflichten untergeordneter Leitungsebenen 257
1. Fehlende Durchschlagskraft wertungsrechtlicher und formeller Überlegungen 257
2. Keine Übernahme wegen fortwährender Verantwortung des Unternehmensträgers 258
V. Zusammenfassung 259

§ 14 Das Pflichtenkostüm nach § 831 BGB im Unternehmensverbund . . . 260

I. Problemaufriss und Meinungsstand 260
II. Die abhängige Verbundgesellschaft als Verrichtungsgehilfe 264
1. Keine grundsätzliche Ausgrenzung juristischer Personen 264
a) Wortlaut und Historie 264
b) Teleologische Annäherung 265
c) Rechtsfolgenbetrachtung 266
aa) Keine Potenzierung der Geschäftsherreneigenschaft 266
bb) Mediatisierung der Herrschaft 266
cc) Konstruktion der Exkulpation 267
2. Das Abhängigkeitserfordernis als Einschränkung des erfassten Personenkreises 268
a) Das Abhängigkeitserfordernis als limitierender Faktor bei selbstständigen Unternehmen 268
b) Die abhängige juristische Person als hybride Erscheinungsform zwischen den Polen 271
c) Stufung der Verantwortlichkeiten als scheinbar sachgerechte Lösung 272
d) Funktionale Anbindung an das Unternehmen der Obergesellschaft als weitere Voraussetzung 273
3. Vereinbarkeit des Haftungskonzepts mit den gesellschaftsrechtlichen Wertungen 275
a) Keine Sperrwirkung der gesellschaftsrechtlichen Haftungs- und Ausgleichsmechanismen 275
b) Keine Aushöhlung der Rechtspersönlichkeit und des Trennungsprinzips 276

c) Keine faktische Verpflichtung zu zentraler Unternehmensorganisation 277
III. Geschäftsherrenpflichten der Obergesellschaft durch Übernahme 278
1. Fehlende Selektionskraft des Vertragserfordernisses nach § 831 Abs. 2 BGB 278
2. Einführung verbundweiter Aufsicht als materieller Ansatzpunkt für Übernahmeverantwortlichkeit 279
IV. Zusammenfassung 280

5. Kapitel: Verkehrspflichtigkeit als Quelle von Kontroll- und Organisationspflichten 282

§ 15 Begründung einer Legalitätskontrollverpflichtung kraft Verkehrspflicht 282
I. Legitimation und Anwendungsbereich des Verkehrspflichtkonzepts . . . 282
1. Meinungsstand 282
2. Verkehrspflichten als der Deliktsordnung immanente Handlungspflichten 284
3. Die Verkehrspflicht als Instrumentarium zur Ausstaffierung deliktischer Tatbestände 286
II. Aufsichts- und Organisationspflichten bei Einbindung von Hilfspersonen in originär verkehrspflichtige Tätigkeit 287
1. Delegationsgedanke als Generator personaler Überwachungs- und Organisationspflichten 287
2. Entstehungsgründe originärer Verkehrspflichtigkeit 288
a) Normative Verantwortlichkeit für eine Gefahr 288
b) Keine Beschränkung auf eine gegenständliche Gefahrschaffung . 289
aa) Bestandsaufnahme 289
bb) Systematische Rückschlüsse 290
cc) Verkehrspflichten als ergebnisorientierte Erfolgsabwendungsgebote 291
dd) Drohende Friktionen im Haftungskostüm der herrschenden Meinung 292
c) Keine Relevanz wirtschaftlicher Erwägungen 292
3. Zwischenfazit 293
III. Originäre Aufsichts- und Organisationspflichten 294
1. Bestandsaufnahme 294
2. Kein prinzipieller Ausschluss personaler Gefahren 296
a) Keine Sperrwirkung des § 831 Abs. 1 BGB 296
b) Zweck der Verkehrspflichten 298
3. Der Einsatz von Hilfspersonen als Quelle von Gefahren 299
a) Eingeschränkte legislative Rückschlüsse 299

aa) § 831 Abs. 1 BGB kein Indiz für Gefahrschaffung durch Gehilfeneinsatz . . . 299
bb) Beschränkte Aussagekraft des § 130 OWiG . . . 300
b) Kein Expertenwissen als Indiz für Gefahrschaffung . . . 301
c) Materielle Aspekte . . . 303
aa) Koordinations- und Steuerungsrisiken . . . 303
bb) Beeinträchtigung selbstautonomer Gefahrsteuerung . . . 305
d) Einschränkung auf tätigkeitsspezifische Gefahren . . . 307
IV. Zusammenfassung . . . 308

§ 16 Verkehrspflichtigkeit in der Einzelgesellschaft . . . 309

I. Meinungsstand . . . 309
II. Originäre Verkehrspflichtigkeit der juristischen Person als Unternehmensträger . . . 313
III. Keine generelle Verkehrspflichtigkeit der Organwalter . . . 313
1. Mögliche Stützpfeiler einer Verkehrspflichtigkeit der Organwalter . . 313
2. Keine Übernahme der Verkehrspflichten der juristischen Person . . . 314
3. Voraussetzungen originärer Verkehrspflichtigkeit neben der Gesellschaft . . . 315
4. Entkoppelung von sanktionsrechtlichen Zurechnungsmechanismen . 317
IV. Keine generelle Verkehrspflichtigkeit untergeordneter Leitungsebenen . 320
V. Zusammenfassung . . . 321

§ 17 Verkehrspflichtigkeit im Unternehmensverbund . . . 322

I. Bestandsaufnahme . . . 322
II. Delegationsbedingte Handlungspflichten . . . 325
1. Handlungspflichten bei Einbindung selbstständiger Unternehmer in die Gefahrenabwehr . . . 325
2. Übertragbarkeit auf die Ebene des Unternehmensverbunds . . . 326
a) Erfordernis der Delegation von Pflichten der Obergesellschaft . . . 326
b) Wirtschaftliche Rückkoppelung kein Anker für den Delegationsgedanken . . . 327
3. Intensität der Handlungspflichten im Falle der Delegation . . . 329
a) Keine Gleichstellung mit dem Pflichtenkanon im Einheitsunternehmen . . . 329
b) Keine Pflicht zur Kapitalvorsorge . . . 329
c) Verschärfte Auswahl- und Überwachungspflichten . . . 331
III. Handlungspflichten der Obergesellschaft aus originärer Gefahrschaffung . . . 332
1. Keine rechtlich relevante Gefahrschaffung durch Konzernierung . . . 332
a) Keine Handlungspflichten aus tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten . . . 332
b) Keine Gefahrerhöhung durch Koordinations- und Steuerungsrisiken . . . 333

c) Keine Gefahrerhöhung durch verminderte Risikoaversion 334
aa) Keine erhöhte Risikobereitschaft auf Seiten der Obergesellschaft 334
bb) Keine gesteigerte Risikobereitschaft auf Seiten der Tochtergesellschaft 335
cc) Gefahrerhöhung durch Absenkung der Risikoaversion der Tochterleitung 337
2. Gefahrschaffende Einflussnahme und besonderes Verkehrsvertrauen 338
IV. Handlungspflichten aus Übernahme 339
V. Verschärfung eigener Verkehrspflichtigkeit durch Konzernierung 340
VI. Vereinbarkeit des Haftungskonzepts mit den gesellschaftsrechtlichen Wertungen 340
VII. Zusammenfassung 341

3. Teil
Sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit für Compliance

6. Kapitel: Das Garantenkonzept als Basis einer sanktionsrechtlichen Legalitätskontrollverpflichtung 345

§ 18 Begründung einer Garantenhandlungspflicht 345
I. Quellen sanktionsrechtlicher Handlungspflichten 345
II. Das Garantenkonzept als wenig erschlossenes Terrain 347
III. Meinungsstand zur Garantenverantwortlichkeit des Geschäftsherrn 349
1. Literatur 349
2. Rechtsprechung 353
IV. Pflichtenbegründung 356
1. Keine systematischen Rückschlüsse aus gesetzlichen Vorschriften .. 356
2. Autoritätsstellung kein hinreichender Anker für Garantenstellung .. 358
3. Keine Konturierung durch Vertrauensprinzip und Fairnessgedanke .. 360
4. Herrschaft über eine Gefahrenquelle als pflichtenbegründender Moment 361
a) Gefahrschaffung als Kriterium einer Überwachungsgarantenstellung 361
b) Übertragbarkeit ziviler Gefahrquellenerkenntnisse 362
5. Einstandspflicht auch für Delikte gegenüber Unternehmensangehörigen 364
V. Zusammenfassung 365

§ 19 Die Person des Garantenhandlungspflichtigen bei korporativen Unternehmensträgern 365
I. Meinungsstand 365

II. Handlungsfähigkeit als Voraussetzung originärer Pflichtenträgerschaft der juristischen Person 368
1. Problemstellung und geschichtliche Entwicklung 368
2. Keine konzeptionellen Widerstände 370
a) Möglichkeit der Zurechnung von Verhalten im Sanktionsrecht . . . 370
b) Keine systematischen Rückschlüsse aus den §§ 75 StGB, 29 OWiG 371
3. Handlungsfähigkeit als Folge der Anerkennung als Rechtssubjekt und Normadressat 371
III. §§ 14 StGB, 9 OWiG als Vehikel zur Pflichtenüberwälzung 374
1. Keine Übernahme von Pflichten durch Organwalter oder untere Leitungsebenen 374
a) Seitenblick auf das Zivilrecht 374
b) Gefahrerhöhung als Grundlage einer Pflichtenübernahme auch im Sanktionsrecht 375
c) Kein sanktionsrechtlicher Modifizierungsbedarf zugunsten einer Pflichtenübernahme 376
2. Anwendbarkeit der §§ 14 StGB, 9 OWiG 379
3. Pflichtenverteilung auf Organ- und Substitutenebene 380
IV. Systemkonformität des gewählten Ansatzes 381
V. Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf die juristische Person über § 30 OWiG 383
VI. Zusammenfassung 384

§ 20 Garantenhandlungspflichten im Unternehmensverbund 384
I. Meinungsstand 384
II. Übertragbarkeit ziviler Erkenntnisse 386
III. Exkurs: Vertrauensgedanke und Autoritätsstellung im Unternehmensverbund 387
IV. Ergebnis 388

7. Kapitel: § 130 OWiG als Legalitätskontrollverpflichtung 390

§ 21 Die Aufsichtspflichten des § 130 OWiG 390
I. Bestehende Unklarheiten 390
II. Rechtliche Pflicht zur Aufsicht 392
III. Wirkungsbereich der Handlungspflicht 392
1. Verhinderung von Zuwiderhandlungen 392
2. Betriebsbezug als einschränkendes Korrektiv 393
IV. Aufsichtspflicht als Pflicht zur Überwachung und Organisation 395
V. Ergebnis 396

§ 22 Die Sanktionsadressaten des § 130 OWiG in der Einzelgesellschaft . 396
I. Unternehmensträger als Pflichtenadressat 396
II. § 9 OWiG als Vehikel zur Haftbarmachung von Organwaltern und Substituten 397
1. Verantwortlichkeit von Organwaltern und Ressortverteilung 397
2. Verantwortlichkeit nachgeordneter Ebenen und Pflichtverteilung . . . 398
III. Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf die juristische Person über § 30 OWiG 399
IV. Ergebnis 400

§ 23 Die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG im Unternehmensverbund 400
I. Problemstellung und Meinungsstand 400
II. Terminologischer Eigengehalt 405
1. Unternehmensinhaberbegriff nach allgemeinen terminologischen Wertungen 405
2. Gebot sanktionsrechtsautonomer Wertung 406
III. Historie und Systematik als Fingerzeig in Richtung enge Auslegung . . . 407
IV. Teleologische Barrieren 408
1. Schließung von Sanktionslücken durch Verlängerung originärer Inhaberpflichten 408
2. Keine originären Inhaberpflichten des wirtschaftlichen Eigentümers . 409
3. Keine Sanktionslücke bei verbunddimensionalem Unternehmensverständnis 411
V. Verwerfungen auf Rechtsfolgenseite 412
VI. Vorschlag einer gesetzlichen Interpunktion 414
1. Der Regelungsvorschlag des Bundeskartellamts 414
2. Kritik 415
3. Eigener Regelungsvorschlag 417
VII. Zusammenfassung 420

8. Kapitel: Sanktionsrechtsautonome Zurechnungsmechanismen auf Verbundebene 421

§ 24 Die §§ 30, 14 StGB, 9 OWiG als tatbestandlich eng gefasste Zurechnungsnormen 421
I. Problemstellung und Meinungsstand 421
II. Kein Sanktionsdurchgriff über § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG 422
III. Verantwortlichkeit der Obergesellschaft als Substitut i. S. d. §§ 14 Abs. 2 StGB, 9 Abs. 2 OWiG 424

§ 25 Verantwortlichkeit der Konzernobergesellschaft als faktisches Organ 425
I. Erkenntnisstand 425
II. Kein Raum für faktische Organschaft nach geltender Rechtslage 427
1. Keine terminologischen Widerstände bei isolierter Betrachtung des Abs. 1 427
2. Systematische und historische Friktionen bei Einbeziehung des Abs. 3 429
3. Teleologische Kritik an der Herrschaftskonzeption *Schünemanns* und dem Modell einer Aufgabenübernahme von *Kratzsch* und *B. Vogt* *430*
4. Keine Schutzlücken im System der Gefahrenvorsorge 432
III. Faktische Organschaft als Ansatzpunkt für einen legislativen Eingriff . . 433
IV. Fazit 434

4. Teil
Untersuchungsergebnisse

I. Legalitätskontrollpflichten im Binnenverhältnis eines korporativen Rechtsträgers 435
II. Legalitätskontrollpflichten innerhalb eines Unternehmensverbunds 437
III. Grenzen einer verbundweiten Legalitätskontrolle 439
IV. Die Handlungspflichten in Bezug auf Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB 442
V. Verkehrspflichtigkeit als Quelle von Kontroll- und Organisationspflichten 444
VI. Das Garantenkonzept als Basis einer sanktionsrechtlichen Legalitätskontrollverpflichtung 447
VII. § 130 OWiG als Legalitätskontrollverpflichtung 448
VIII. Sanktionsrechtsautonome Zurechnungsmechanismen auf Verbundebene 450

Literaturverzeichnis 453
Sachregister 519

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitspapier
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAWe	Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBergG	Bundesberggesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DACH	Europäische Anwaltsvereinigung DACH e. V.
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
dems.	demselben
dens.	denselben
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
D&O	Directors & Officers (-Versicherung)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EG	Europäische Gemeinschaften
Einl.	Einleitung
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	und folgende (Seite)
F. A. Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	und folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GesR	Gesellschaftsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift/Liber Amicorum
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Hdb	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende(n) Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IfG	Institut für Gesellschaftsrecht

InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
i. S. d.	im Sinne des/der
ITRB	Der IT-Rechts-Berater (Zeitschrift)
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbJgZivRW	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Komm	Kommentar
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	litera/Buchstabe
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RegBegr	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer

Rs.	Rechtssache
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
S.	Satz/Seite
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
u. a.	unter anderem
unstr.	unstreitig
usw.	und so weiter
v.	von
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
Vor	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuB	Kommentierende Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRFC	Risk, Fraud & Compliance (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

§ 1 Einführung

I. Hintergrund der Untersuchung

Die Managerhaftung ist gegen Ende des letzten Jahrhunderts aus ihrem Dornröschenschlaf erwacht.[1] Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften müssen mehr denn je damit rechnen, für Fehlentwicklungen in Anspruch genommen zu werden. In diesem Jahrhundert hat sich der Blick zunehmend auf die Frage gerichtet, welche Verantwortlichkeit die Unternehmensleitung für Corporate Compliance trägt. Dieser Begriff hat mit Vehemenz Einzug in die deutsche Unternehmenspraxis und Rechtsterminologie gehalten.[2] Dabei verbirgt sich hinter diesem mehr, als der Laie aus dem natürlichen Wortsinn abzuleiten vermag. Es geht nicht allein um die in einem Rechtsstaat selbstverständliche Vorgabe, geltendes Recht zu beachten.[3] Im Vordergrund steht vielmehr das Gebot, Gesetzesverstöße von Unternehmensangehörigen schon im Vorfeld durch geeignete und zumutbare Schutzvorkehrungen zu unterbinden.[4] Von einem bloßen Legalitätspostulat erstarkt Compliance hierdurch zu einer organisationsrechtlichen Legalitätskontrollverpflichtung, die dazu anhält, durch unternehmensweite Maßnahmen zu gewährleisten, dass gesetzliche Vorgaben auch auf nachgeordneten Ebenen beachtet werden. Die Abhandlungen zu dieser Thematik sind mittlerweile Legion. Es gibt zahlreiche Handbücher und spezielle Zeitschriften.[5] Durch spektakuläre Fälle, in denen Großunternehmen gegen Kartell-, Antikorruptions- oder Datenschutzvorschriften verstoßen, findet sie auch ihren Weg aus der Fachliteratur in die breite Öffentlichkeit.[6] Die

---

[1] Vgl. *Rudzio*, D&O, S. 17; *Schimmer* in Managerhaftung, 25. Tagung der DACH, S. 23, 24.

[2] *J. Koch*, WM 2009, 1013; vgl. ferner *Casper* in Bankrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bankrechtstag 2008, S. 139, 140; *Fleischer*, CCZ 2008, 1; *Hüffer* in FS Günter H. Roth, S. 299, 300; *B. Schmidt*, Compliance, S. 5; *E. Vetter* in FS v. Westphalen, S. 719, 720.

[3] „To comply with something" bedeutet nichts anderes als befolgen.

[4] Vgl. etwa *Bürkle*, BB 2005, 565; *Casper* in Bankrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bankrechtstag 2008, S. 139, 141 f.; *Hauschka*, ZIP 2004, 877; *dens.*, NJW 2004, 257; *Kiethe*, GmbHR 2007, 393, 394; *J. Koch*, WM 2009, 1013; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 116 f.; *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; *E. Vetter* in FS v. Westphalen, S. 719, 721 f.

[5] Vgl. nur etwa *Bürkle*, Compliance; Görling/Inderst/Bannenberg (Hrsg.), Compliance; Hauschka (Hrsg.), Compliance; *Moosmayer*, Compliance; Wecker/van Laak (Hrsg.), Compliance in der Unternehmenspraxis; Wieland/Steinmeyer/Grüninger (Hrsg.), Handbuch Compliance-Management; CCZ (Corporate Compliance Zeitschrift); ZRFC (Risk, Fraud und Compliance).

[6] Gleicher Befund bei *Bicker*, AG 2012, 542; *M. Winter* in FS Hüffer, S. 1103.

Beratungspraxis hat sich längst auf dieses Betätigungsfeld eingerichtet. Viele Unternehmen haben ein eigenes Vorstandsressort für Recht und Compliance geschaffen und den Posten eines Compliance-Officers oder gar ganze Compliance-Abteilungen etabliert.[7]

Die Rechtswissenschaft muss es dabei als ihre Aufgabe betrachten, die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Legalitätskontrollverpflichtung herauszuarbeiten. Das zwingt dazu, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Rechtsordnung über die generelle Verpflichtung hinaus, gesetzliche Ge- und Verbote zu beachten, auch eine Pflicht statuiert, dafür Sorge zu tragen, dass nachgeordnete Hilfspersonen ihre Tätigkeit gesetzeskonform ausüben. Ein Diskurs hierüber ist mit zahlreichen Aufsätzen und mehreren Monographien in Gang gekommen; er kann aber noch lange nicht als abgeschlossen bezeichnet werden.[8] Das gilt vor allem deshalb, weil der Blick in der bisherigen Diskussion vornehmlich auf das Einzelunternehmen verengt bleibt. Gedanklich ist Zurechnungsendpunkt für eine Pflicht, Mitarbeiter zu überwachen und deren Tätigkeit zu organisieren, stets die einzelne juristische Person als Träger der jeweiligen Unternehmung bzw. deren Leitungsorgan. Den wirtschaftlichen Gegebenheiten wird das nur sehr bedingt gerecht, da die meisten Gesellschaften nicht uneingeschränkt selbstständig, sondern in einen Unternehmensverbund eingebunden sind.[9] In diesen Fällen behält die abhängige Gesellschaft zwar ihre Rechtspersönlichkeit. Wirtschaftlich ist sie aber in eine größere Einheit eingegliedert und steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem herrschenden Unternehmen. Da dieses aufgrund seiner Stellung als herrschender Gesellschafter in der Lage ist, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf das Verhalten der abhängigen Gesellschaft auszuüben, kann es die abhängige Gesellschaft im Interesse einer Verbundstrategie einsetzen, wäre umgekehrt aber auch in der Lage, auf die Beachtung gesetzlicher Vorgaben hinzuwirken, und damit ebenfalls potentieller Zurechnungsendpunkt einer Legalitätskontrollverpflichtung. Inwieweit die Rechtsordnung eine Verpflichtung generiert, dafür Sorge zu tragen, dass gesetzliche Vorgaben in einer abhängigen Gesellschaft beachtet werden, ist bislang aber nur bruchstückhaft ausgeleuchtet worden.[10] Aus der Perspektive der Praxis wird die Fragestellung

---

[7] Vgl. *Hauschka* in Hauschka (Hrsg.), Compliance, § 1 Rn. 36 mit Fn. 123.

[8] Monographisch etwa *Karbaum*, Compliance; *Lang*, Compliance; *B. Schmidt*, Compliance; *C. H. Müller*, Kartellrechtscompliance; *Tangermann*, Compliance; vornehmlich aus sanktionsrechtlicher Perspektive *Bock*, Compliance; *Rathgeber*, Compliance.

[9] Obwohl konkretes Zahlenmaterial nicht vorliegt, nimmt man schätzungsweise an, dass bei den Aktiengesellschaften inzwischen rund drei Viertel mit über 90 % des Kapitals und bei den Gesellschaften mbH rund die Hälfte in Konzerne eingebunden sind; vgl. *Altmeppen* in MünchKommAktG, Einl. §§ 291 ff. Rn. 19; *Emmerich*/*Habersack*, Konzernrecht, § 1 II 1 m. w. N.

[10] Explizit dieser Problematik angenommen haben sich bislang *Bicker*, AG 2012, 542 ff.; *Bunting*, ZIP 2012, 1542 ff.; *Fett*/*Theusinger*, BB Beilage 2010 Nr. 4, S. 6 ff.; *Fleischer*, CZZ

vor allem dann relevant, wenn man sie anders wendet: In welchem Umfang kann sich eine Gesellschaft gegen eine Verantwortlichkeit abschotten, indem sie rechtlich riskante Geschäftsfelder auf Tochtergesellschaften auslagert?[11]

II. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Um die Aufgabenstellung mit dem notwendigen Tiefgang bearbeiten zu können, ist es vonnöten, sie einzugrenzen. Eine erste Selektion erfolgt dahingehend, dass der Blick allein auf die nationale Rechtslage gerichtet wird. Transatlantische und europäische Rechtsvorstellungen bleiben außer Betracht.[12] Die nationale Rechtslage wird vorrangig mit Blick auf die Aktiengesellschaft als Einzelunternehmen und Obergesellschaft eines Unternehmensverbunds betrachtet. Weitgehend ausgeklammert bleiben dabei die Verantwortlichkeiten des Aufsichtsrats[13] sowie branchenspezifische Verpflichtungen, wie sie etwa im Wertpapier-, Versicherungs- oder Kreditgewerbe existieren.[14] Ferner maßt sich die Arbeit weder an, bis ins Detail organisationsrechtliche Vorgaben für die Praxis zu formulieren,[15] noch liegt es in ihrer Intention, eine

---

2008, 1 ff.; *Forst*, DuD 2010, 160, 163 ff.; *Grundmeier*, Der Konzern 2012, 487 ff.; *Habersack* in FS Möschel, S. 1175 ff.; *J. Koch*, WM 2009, 1013 ff.; *Lang*, Compliance, S. 153 ff.; *Lutter* in FS Goette, S. 289 ff.; *Uwe H. Schneider*/*Sven H. Schneider*, ZIP 2007, 2061 ff.; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401 ff. (beschränkt auf das Binnenverhältnis); monographisch *Grundmeier*, Compliance (weitgehend beschränkt auf § 130 OWiG); *N. Huber*, Compliance; *Petermann*, Compliance (beschränkt auf den Vertragskonzern); *Tschierschke*, Sanktionierung (aus sanktionsrechtlicher Perspektive); *Vogt*, Verbandsgeldbuße (vorwiegend aus sanktionsrechtlicher Perspektive); als Sammelband Eisele/J. Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff.

[11] Empirie hierzu bei *Wiesenack*/*N. C. Klein* in Eisele/J. Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff, S. 5, 13 ff., 35 ff. (in Bezug auf das Sanktionsrecht).

[12] Ausgeblendet bleibt damit auch die im Bereich des europäischen Kartellrechts entwickelte Figur der wirtschaftlichen Einheit. Sie wurde vielfach bereits gewürdigt und kann nicht unvermittelt in das deutsche Recht übertragen werden, vgl. dazu *Aberle*, Sanktionsdurchgriff, S. 53 ff., 143 ff.; *J. Koch*, ZHR 171 (2007), 554, 559 ff.; *B. Vogt*, Verbandsgeldbuße, S. 34 ff.

[13] Vgl. dazu *M. Arnold*, ZGR 2014, 76, 85 ff.; *Habersack*, AG 2014, 1 ff.; *dens.* in FS Stilz, S. 191 ff.; *Kort* in FS Hopt, S. 983, 997 ff.; *Lutter* in FS Hüffer, S. 617 ff.; *Reichert*/*Ott*, NZG 2014, 241, 244 ff.; *E. Vetter* in GS M. Winter, S. 705 ff.; *dens.* in FS v. Westphalen, S. 719, 732 ff.; *M. Winter* in FS Hüffer, S. 1103 ff.

[14] Zum Wertpapierkonzern vgl. etwa *Casper* in Bankrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bankrechtstag 2008, S. 139 ff.; *Lösler*, Compliance; zur Versicherungswirtschaft *Schaaf*, Risikomanagement; zum Kreditgewerbe *Th. Schneider*, Risikomanagement.

[15] Verwiesen sei etwa auf *Bergmoser*/*Theusinger*/*Gushurst*, BB-Special 5.2008, S. 1, 6 ff.; *Bicker*, AG 2012, 542, 545 ff.; *Fett*/*Theusinger*, BB Beilage 2010 Nr. 4, S. 6, 11 ff.; *Göβwein*/*Hohmann*, BB 2011, 963 ff.; *Habersack* in FS Möschel, S. 1175, 1183 ff. (Konzern); *Hauschka* in VGR 2008, S. 51, 57 ff.; *Karbaum*, Compliance, S. 275 ff.; *Kort* in FS Günter H. Roth, S. 407 ff.; *Kremer*/*Klahold*, ZGR 2010, 113, 122 ff. (Konzern); *Lang*, Compliance, S. 115 ff.; *Pietrek*, Verantwortlichkeit, S. 99 ff.; *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649 f.; *Uwe H. Schneider*/*Sven H. Schneider*, ZIP 2007, 2061, 2064 f. (Konzern).

rechtspolitische Bewertung vorzunehmen.[16] Untersuchungsgegenstand bleibt damit allein die Frage, inwieweit im nationalen Recht außerhalb branchenspezifischer Sonderregelungen eine rechtliche Pflicht von Kapitalgesellschaften und deren Leitungsorganen besteht, für ein gesetzeskonformes Verhalten im Unternehmen zu sorgen. Um sich einer Antwort zu nähern, ist es erforderlich, zwischen den Pflichtenbindungen, die dem Leitungsorgan im Innenverhältnis zur Gesellschaft auferlegt sind, und solchen, die der Gesellschaft und dem Leitungsorgan im Außenverhältnis gegenüber der Allgemeinheit obliegen, zu differenzieren.[17] Im Außenverhältnis kann man weiter zwischen einer zivilen und einer sanktionsrechtlichen Verantwortung unterscheiden, so dass sich die Arbeit einschließlich der Untersuchungsergebnisse letztlich in vier Teile gliedert.

Teil eins befasst sich mit dem Innenverhältnis. Im ersten Kapitel ist der Blick auf den Pflichtenkanon des Vorstands einer unverbundenen Gesellschaft zu richten. Dabei muss die Marschroute von den speziellen Organisationsvorgaben zu den allgemeinen verlaufen. Da der Deutsche Corporate Governance Kodex und der vom Institut der Wirtschaftsprüfer herausgegebene Prüfungsstandard 980 ausdrücklich den Terminus Compliance aufgreifen, gilt es zu beleuchten, inwieweit hieraus Schlussfolgerungen für den Pflichtenkanon des Vorstands gezogen werden können (§ 2). Im Aktiengesetz sind anschließend die Vorgaben des § 91 Abs. 2 AktG auszubuchstabieren (§ 3), bevor die in den §§ 76, 93 AktG generalklauselartig verankerte Leitungsverantwortung des Vorstands mit Blick auf die Frage zu entfalten ist, inwieweit eine Legalitätskontrollverpflichtung des Vorstands besteht (§ 4). Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die innergesellschaftliche Haftungslage in besonderem Maße durch die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ausformulierte Business Judgment Rule austariert wird (§ 5). Auf den gewonnenen Erkenntnissen aufbauend kann das Augenmerk im zweiten Kapitel auf die Binnenpflichten des Vorstands einer Verbundobergesellschaft gerichtet werden. Hier ist abermals die Regelung des § 91 Abs. 2 AktG anzuvisieren (§ 6). Anschließend wird aufgeschlüsselt, mit welchen Pflichten die allgemeine Leitungsverantwortung den Vorstand einer Obergesellschaft konfrontiert (§ 7). Ebenfalls zum (Verbund-)Binnenverhältnis im weiteren Sinne zu zählen ist die Frage, ob der Muttervorstand gegenüber der Tochtergesellschaft einer Kontrollverantwortung unterworfen ist (§ 8). Bei der Aufspannung einer verbundweiten Kontrollverantwortung darf nicht ausgeblendet bleiben, dass deren Durchsetzung anders als in der Einzelgesellschaft keinen Automatismus bildet, sondern mit Gegenkräften aus

[16] Hierzu in Bezug auf den Unternehmensverbund zuletzt *Tschierschke*, Sanktionierung, S. 71 ff.

[17] Ausdrücklich nachgezeichnet wird diese Unterscheidung auch von *Bunting*, ZIP 2012, 1542 ff.; *J. Koch*, WM 2009, 1013 f.; *Petermann*, Compliance, S. 76; *Wundenberg*, Bankengruppen, S. 124.

dem Recht der Tochtergesellschaften konfrontiert wird. Ihnen widmet sich das dritte Kapitel. Einer Untersuchung bedarf hier zunächst die Frage, in welchem Umfang die abhängige Gesellschaft die für eine verbundweite Legalitätskontrolle notwendigen Informationen an die Obergesellschaft weiterleiten darf (§ 9) und inwieweit ein Informationsfluss vom Muttervorstand gegebenenfalls auch gegen den Willen der Tochtergesellschaft durchgesetzt werden kann (§ 10). Im Anschluss ist zu erörtern, in welchem Umfang der Umsetzung konkreter Legalitätskontrollvorgaben durch die rechtliche Verselbstständigung der Tochtergesellschaft Grenzen gezogen werden (§ 11).

Der zweite Teil der Arbeit geht der Frage nach, inwieweit Gesellschaft und Leitungsorgan im Außenverhältnis gegenüber der Allgemeinheit einer zivilen Legalitätskontrollverpflichtung unterliegen. In Kapitel vier gilt das Augenmerk zunächst der Vorschrift des § 831 BGB. Es ist herauszuarbeiten, welche Handlungspflichten die Norm in Bezug auf den Einsatz von Hilfspersonen formuliert (§ 12) und wer Adressat einer entsprechenden Verpflichtung ist, wenn ein Rechtsträger in der Rechtsform einer juristischen Person organisiert ist (§ 13). Im Anschluss kann die Perspektive erweitert und untersucht werden, ob sich mithilfe des § 831 BGB auch Handlungspflichten in Bezug auf eine abhängige Verbundgesellschaft begründen lassen (§ 14). Einen weiteren Anknüpfungspunkt für eine zivile Legalitätskontrollverpflichtung im Außenverhältnis bildet das allgemeine Verkehrspflichtkonzept. Ihm ist das fünfte Kapitel gewidmet. Es gilt, die Legitimation und Entstehungsgründe dieses richterlich entwickelten Instituts zur Begründung von Handlungspflichten offenzulegen, um der Frage nachgehen zu können, inwieweit sich damit auch Pflichten beim Einsatz von Hilfspersonen generieren lassen (§ 15) und wer Träger einer entsprechenden Verpflichtung ist, wenn ein Rechtsträger korporativ organisiert ist (§ 16). Ein weiterer Punkt ist dann, ob sich mithilfe der Verkehrspflichten verbundweite Handlungspflichten begründen lassen, die dazu anhalten, gesetzeswidriges Verhalten zu unterbinden (§ 17).

Gegenstand des dritten Teils der Arbeit ist die Frage, inwieweit das Sanktionsrecht eine Legalitätskontrollverpflichtung statuiert. Als Quelle kommt zunächst das allgemeine Garantenkonzept in Betracht. Dieses wird im sechsten Kapitel untersucht. Neben der Herausarbeitung einer Handlungspflicht (§ 18) stellt die Adressierung einer entsprechenden Verpflichtung den Rechtsanwender vor dogmatische Herausforderungen (§ 19), die sich im Unternehmensverbund noch vervielfachen (§ 20). In Kapitel sieben rückt die Vorschrift des § 130 OWiG ins Zentrum der Betrachtung. Sie hält den Inhaber eines Unternehmens ausdrücklich dazu an, Vorkehrungen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen an ihn gerichtete Ge- und Verbote zu verhindern (§ 21). Die Bestimmung des Pflichtenadressaten innerhalb korporativ organisierter Rechtsträger erfolgt hier mithilfe spezifischer sanktionsrechtlicher Zurechnungsmechanismen (§ 22). Ob auch die Obergesellschaft eines Unternehmensverbunds als In-

haber eines Unternehmens i. S. d. § 130 OWiG angesehen werden kann, bedarf einer isolierten Betrachtung (§ 23). Im achten Kapitel stellt sich schließlich die Frage, inwieweit mithilfe der sanktionsrechtlichen Zurechnungsmechanismen eine Verantwortlichkeit der Obergesellschaft und ihrer Leitungsorgane für die Vorgänge in der Tochtergesellschaft konstruiert werden kann (§ 24). Besonderer Aufmerksamkeit bedarf hierbei die viel diskutierte Rechtsfigur faktischer Organschaft (§ 25). Die Arbeit schließt im vierten Teil mit einer Zusammenstellung der wesentlichen Erkenntnisse in Thesenform.

1. Teil

Das Binnenverhältnis als Quelle von Compliance-Pflichten

1. Kapitel

Rechtslage innerhalb eines korporativen Organisationsträgers

§ 2 Keine Justierung der Vorstandspflichten durch den DCGK und IDW PS 980

I. Spektrum potentieller Pflichtenquellen im Binnenverhältnis

Das Binnenverhältnis regelt die Verantwortlichkeit des Organwalters gegenüber der Gesellschaft, für die er tätig ist. Hier verpflichtet der Gesetzgeber den Vorstand mit § 76 Abs. 1 AktG zunächst, die Gesellschaft zu leiten. Die Verhaltensanforderungen, denen er dabei gerecht werden muss, umschreibt das Gesetz durch § 93 Abs. 1 S. 1 generalklauselartig dahingehend, dass die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden ist. Konkreter wird es lediglich punktuell und vornehmlich insoweit, als es für das Funktionieren des innergesellschaftlichen Kompetenzgefüges notwendig ist (vgl. etwa die §§ 90, 121 ff. AktG). Folge ist, dass sich Vorschriften, die dem Vorstand vorgeben, wie er das Unternehmen zu leiten hat, nur ganz vereinzelt im Aktiengesetz finden (vgl. etwa die §§ 91, 92, 93 Abs. 3 AktG). Die ausdrückliche Verpflichtung, für ein rechtskonformes Mitarbeiterverhalten Sorge zu tragen, ist nicht darunter. Elemente hiervon könnten allenfalls in § 91 Abs. 2 AktG enthalten sein. Die Vorschrift hält den Vorstand dazu an, „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden".

Konkreter als das Aktiengesetz wird der Deutsche Corporate Governance Kodex. Danach hat der Vorstand einer börsennotierten Aktiengesellschaft für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken (Ziffer 4.1.3 DCGK). Darüber hinaus greift der Kodex den Terminus der Compliance an drei weiteren Stellen auf, die die Einbindung des Aufsichtsrats in die Compliance-Bemühungen des Vorstands zum Gegenstand haben. Ziffer 3.4 DCGK formuliert die Vorgabe an den Vorstand, den Aufsichtsrat regelmäßig, zeitnah und umfassend über die Compliance des Unternehmens zu informieren. Dieser soll nach Ziffer 5.3.2 DCGK wiederum einen Prüfungsausschuss einrichten, der sich unter anderem mit Fragen der Compliance befasst. Der Aufsichtsratsvorsitzende soll gemäß Ziffer 5.2 DCGK auch außerhalb der regulären Sitzungen

des Aufsichtsrats mit dem Vorstand engen Kontakt halten und Fragen der Compliance beraten. Zuletzt hat auch das Institut der Wirtschaftsprüfer die schwelende Debatte um die Pflicht zur Implementierung einer Compliance-Organisation aufgegriffen. Eine gesetzliche Pflicht, eine im Unternehmen eingerichtete Compliance-Organisation durch den Abschlussprüfer prüfen zu lassen, besteht bislang zwar nicht.[1] Dem Aufsichtsrat ist es aber unbenommen, den Prüfungsauftrag vertraglich zu erweitern.[2] Für diesen Fall gibt das IDW den Wirtschaftsprüfern mit dem Prüfungsstandard 980 Vorgaben an die Hand, mithilfe derer sie die Compliance-Anstrengungen eines Unternehmens messen können. Auf knapp dreißig Seiten werden Begriffsbestimmungen, Gegenstand, Ziel und Umfang der Prüfung sowie die Grundelemente einer Compliance-Organisation zusammengestellt.

II. Keine rechtliche Bindungswirkung der Kodexvorschriften

1. Fehlende Gesetzeskraft der Kodexvorschriften

Aus taktischer Sicht erscheint es sinnvoll, sich der Frage nach einer Compliance-Pflicht im Binnenverhältnis über die Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex zu nähern, da nur dieser den Vorstand in Ziffer 4.1.3 ausdrücklich dazu anhält, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen. Durchstöbert man die Literatur, stößt man vereinzelt auf Formulierungen, die der unbefangene Leser so deuten muss, als ob die jeweiligen Verfasser eine Legalitätskontrollverpflichtung des Vorstands unmittelbar aus Ziffer 4.1.3 DCGK ableiten wollen.[3] Auch finden sich Stimmen, die den Vorgaben des Kodex im Zusammenhang mit der Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung nach § 161 AktG zumindest eine faktische Verpflichtung des Vorstands entnehmen, rechtskonformes Mitarbeiterverhalten sicherzustellen.[4]

---

[1] Auf die Compliance-Organisation erstrecken würde sich der gesetzliche Prüfungsauftrag des Abschlussprüfers aufgrund der §§ 317, 321 HGB, wenn aus § 91 Abs. 2 AktG die Pflicht herausgelesen würde, eine Compliance-Organisation einzurichten.

[2] Unter Verweis auf die fehlende gesetzliche Anordnung (§§ 317, 321 HGB) rät *Lutter* in FS Hüffer, S. 617, 622 dem Aufsichtsrat, vertraglich den Prüfungsumfang mit dem Abschlussprüfer auf die Prüfung der Compliance auszudehnen; vgl. auch *M. Winter* in FS Hüffer, S. 1103, 1118.

[3] In diese Richtung *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1798 f.; *ders.*, VW 2004, 830; *Steuber* in FS Hommelhoff, S. 1165: Ziffer 4.1.3 DCGK ist normativ aufgrund der zwingenden Entsprechenserklärung; *Campos Nave/Bonenberger*, BB 2008, 734, 735 scheinen dem Kodex zumindest eine starke Leitfunktion beizumessen; missverständlich *Gößmann* in Bankrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bankrechtstag 2008, S. 179, 195; *Kort*, NZG 2008, 81, 83 f.; *Rodewald/Unger*, BB 2007, 1629 Fn. 3; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, ZIP 2007, 2061, 2063.

[4] Teilweise wird § 161 AktG dabei i. V. m. Ziffer 5.3.2 DCGK genannt; so letztlich *N. F. V. Groß*, Officer, S. 50 ff.; ferner *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1799; *Kort*, NZG 2008, 81, 84: Aufsichtsrat muss vor Abgabe der Entsprechenserklärung sicherstellen, dass er in der Lage ist,

Ganz überwiegend trifft man allerdings auf den knappen Befund, dass sich aus den Kodexvorgaben keine Handlungspflichten des Vorstands ableiten ließen, da es sich bei denselben nicht um einen Akt staatlicher Rechtsetzung handele.[5]

Richtig ist, dass die Kodexvorgaben alleine keine unmittelbaren Rechtspflichten begründen können, die den Vorstand binden.[6] Sie werden ausschließlich von einer privaten Expertenkommission erarbeitet, die nicht demokratisch legitimiert ist.[7] Das Regelwerk wird auch nicht dadurch zu staatlich gesetztem Recht, dass das Expertengremium durch das Bundesministerium der Justiz eingesetzt wird und dieses die ausgearbeiteten Verhaltensempfehlungen vor ihrer Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger prüft.[8] Ebenfalls keine Gesetzeskraft vermitteln kann der Umstand, dass die Kodexvorgaben durch die in § 161 AktG geregelte Entsprechenserklärung mit dem Aktiengesetz verzahnt sind;[9] die Regelungen des Kodex werden nicht in den parlamentarisch legitimierten Willen zur Abfassung des § 161 AktG aufgenommen, so dass sich die Gesetzeskraft des § 161 AktG ausschließlich auf die Verpflichtung zur Abgabe der Entsprechenserklärung beziehen kann, nicht aber auf den Inhalt des Kodex.[10] Auf die normative Ebene gehoben werden können die Bestimmungen des Kodex auch nicht durch die Annahme eines Handelsbrauchs i. S. d. § 346

Funktionsfähigkeit und Wirksamkeit des vom Vorstand installierten Compliance-Systems zu beurteilen. Mitunter scheint die faktische Bindungswirkung durch § 161 AktG aber auch auf Ziffer 4.1.3 DCGK bezogen zu werden; vgl. *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special 5.2008, S. 1, 5, die im Kontext von Ziffer 4.1.3 DCGK anführen, es bestehe durch § 161 AktG ein faktischer Zwang zur Befolgung der Kodexempfehlungen; folgend *Fruck*, Aufsichtspflichtverletzung, S. 86; ferner *Maschmann*, AuA 2009, 72: Vorstand ist mit Abgabe der Entsprechenserklärung zu Compliance nach Ziffer 4.1.3 DCGK verpflichtet; wohl auch AKEIÜ, DB 2010, 1509, 1510; missverständlich *Casper* in GS M. Winter, S. 77, 87.

[5] So im Ergebnis etwa *Bachmann*, VGR 2008, S. 65, 72; *Forst*, DuD 2010, 160, 162, 164; *Gößwein/Hohmann*, BB 2011, 963, 964; *P. Kindler* in Rotsch, Compliance-Diskussion, S. 1, 6; *J. Koch*, WM 2009, 1013, 1020; *Liese*, BB-Special 5.2008, S. 17, 20; *Lutter* in FS Goette, S. 289, 292; *Rathgeber*, Compliance, S. 348; *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 50; *E. Vetter* in FS v. Westphalen, S. 719, 722 f.

[6] BGHZ 180, 9 Rn. 25 f. = NJW 2009, 2207; *Goette* in FS Hüffer, S. 225; *Lutter* in FS Hopt, S. 1025; *ders.* in FS Druey, S. 463, 468; *Seibert*, BB 2002, 581, 582; *Seibt*, AG 2002, 249, 250; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 159.

[7] Vgl. *Mülbert*, AP 2012 DCGK, S. 7 ff. Zur Rechtsnatur des Kodex vgl. *Hanfland*, Haftungsrisiken, S. 58 ff.; *Hoffmann-Becking* in FS Hüffer, S. 337, 339 ff.; *M. Weiss*, Regulierungsinstrumente, S. 98 ff.

[8] *Becker*, Haftung, S. 21 ff.; *Semler* in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 161 Rn. 29.

[9] Vgl. *Becker*, Haftung, S. 20 f.; *Semler* in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 161 Rn. 30; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 159.

[10] Da sie keine Gesetzeskraft haben, begründen die Kodexvorschriften auch im Außenverhältnis keine Rechtspflichten, vgl. *Abram*, ZBB 2003, 41, 45; *Bertrams*, Haftung, S. 254 f.; *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353, 358 f.; *Kiethe*, NZG 2003, 559, 566; *Kort* in FS Raiser, S. 203, 208; *Radke*, Entsprechenserklärung, S. 219 ff.; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 168; *dens.*, AcP 202 (2002), 143, 171.

HGB[11] oder die Einstufung als Gewohnheitsrecht.[12] Ein Handelsbrauch kann nur durch eine langjährige tatsächliche Übung entstehen, die bei den Kodexvorgaben nicht unterstellt werden kann.[13] Um Gewohnheitsrecht zu begründen, bedarf es eines Rechtsgeltungswillens der Beteiligten. Die betroffenen Organmitglieder fühlen sich gegenüber den Kodexbestimmungen aber frei und gerade nicht durch objektives Recht gebunden.

2. Keine bindende Konkretisierung des geltenden Rechts

Da die Bestimmungen des Kodex keine Bestätigung durch den Gesetzgeber erfahren haben, können sie auch nicht als authentisch bindende Interpretation des geltenden Rechts verstanden werden und den gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab konkretisieren.[14] Verfehlt wäre daher ebenfalls die Annahme, dass die Beachtung der Kodexbestimmungen die Vermutung sorgfaltskonformen Verhaltens begründet.[15] Die Rechtsprechung zu den DIN-Normen,[16] die als Konkretisierung der geschuldeten Verhaltensstandards qualifiziert werden, kann nicht auf den Kodex übertragen werden.[17] DIN-Normen betreffen technische Sachverhalte, die einen Mindeststandard darstellen und einer empirischen Überprüfung zugänglich sind. Der Kodex hingegen trifft normativ wertende Aussagen, die weder einen Mindeststandard begründen noch einer naturwis-

---

[11] *Borges*, ZGR 2003, 508, 515 ff.; *Lutter* in FS Hopt, S. 1025, 1032 f.; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 159 f.; *Wernsmann*/*Gatzka*, NZG 2011, 1001, 1003; a. A. wohl *Peltzer*, NZG 2002, 10, 11.

[12] *Kort* in FS K. Schmidt, S. 945, 955 f.; *Lutter* in FS Hopt, S. 1025, 1032; *Weber-Rey*/*Buckel*, AG 2011, 845, 846.

[13] Mitunter wird argumentiert, der Kodex und seine Befolgung könnten dazu beitragen, dass seine Vorgaben einmal zu Handelsbräuchen werden, vgl. *Knapp*, Treuepflicht, S. 316 f.; *Kort* in FS K. Schmidt, S. 945, 957 f.; dagegen *Hanfland*, Haftungsrisiken, S. 75 f. m. w. N.

[14] OLG Zweibrücken ZIP 2011, 617, 619; *Bachmann*, WM 2002, 2137, 2138 f.; *Ettinger*/*Grützediek*, AG 2003, 353, 355; *Goette* in FS Hüffer, S. 225, 227 f.; *Ringleb* in Ringleb u. a., DCGK, Rn. 57 ff.; *Spindler*, NZG 2011, 1007, 1010; *Tödtmann*/*Schauer*, ZIP 2009, 995, 998; *Wandt*, ZIP 2012, 1443, 1444; *Weber-Rey*/*Buckel*, AG 2011, 845, 846 f.; a. A. wohl *Buck-Heeb* in FS H. P. Westermann, S. 845, 858; *Lutter*, ZHR 166 (2002), 523, 542; *ders.* in KölnKommAktG, § 161 Rn. 129 (bei erklärter Befolgung); *K. Schmidt*, GesR, § 26 II 3b (S. 767): rechtlich nicht irrelevant, da sie haftungsrelevante Verhaltenspflichten konkretisieren; ähnlich *Kort* in FS K. Schmidt, S. 945, 959 f. Auch die Rechtsprechung hat einzelne Kodex-Bestimmungen schon ergänzend herangezogen, um Gesetzesbestimmungen auszulegen; vgl. BGHZ 158, 122, 127 = NZG 2004, 376; OLG Schleswig NZG 2003, 176, 179.

[15] In diese Richtung aber *Schüppen*, ZIP 2002, 1269, 1271; *Seibt*, AG 2002, 249, 251 (selbst bei erklärter Nichtbefolgung); vorsichtiger *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 166 f.; für einen Beweis des ersten Anscheins *Hanfland*, Haftungsrisiken, S. 100 ff. Zur Unübertragbarkeit der Grundsätze des § 342 HGB vgl. *Kort* in FS K. Schmidt, S. 945, 953 ff. m. w. N.

[16] Vgl. BGHZ 103, 338, 341 f. = NJW 1988, 2667; BGHZ 114, 273, 276 = NJW 1991, 2021; BGH NJW 1997, 582, 583; BGH NJW-RR 2002, 525, 526.

[17] Vgl. etwa *Bachmann*, WM 2002, 2137, 2138 f.; *Ettinger*/*Grützediek*, AG 2003, 353, 355; *Weber-Rey*/*Buckel*, AG 2011, 845, 846 f.; a. A. *Borges*, ZGR 2003, 508, 517 f.

senschaftlichen Überprüfung zugänglich sind.[18] Zudem genießen DIN-Normen eine größere staatliche Legitimation, da bei ihrer Verabschiedung stärkere staatliche Einflussmöglichkeiten bestehen als bei den Kodexbestimmungen.[19] Zuletzt vermag der Kodex nicht, ähnlich wie die Satzung, den Handlungsspielraum des Vorstands auszuformen, da Erklärungen zum Kodex ohne Mitwirkung der Hauptversammlung allein durch Vorstand und Aufsichtsrat abgegeben werden.[20] Isoliert betrachtet bilden die Kodexvorgaben folglich nicht mehr als die Meinungsäußerung eines Expertengremiums.

III. Kein Compliance-Statement in der Entsprechenserklärung

1. Funktion und Reichweite der Entsprechenserklärung

Potentielle Sprengkraft entfalten die Kodexvorgaben erst im Zusammenhang mit der nach § 161 AktG abzugebenden Entsprechenserklärung. Danach müssen Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Aktiengesellschaft jährlich erklären, in welchem Umfang sie den Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex Folge leisten.[21] Sofern vom Kodex abgewichen wird, ist das zu begründen. Das hat zur Folge, dass sich die Organe zunächst vor Augen führen müssen, welche Grundsätze materieller Unternehmensverfassung sie bisher verfolgt haben. Vor allem aber müssen Vorstand und Aufsichtsrat fürchten, durch den Kapitalmarkt „sanktioniert" zu werden, wenn sie den Kodex nicht einhalten.[22] Hierdurch wird ein mittelbarer Druck erzeugt, die Kodexvorgaben zu befolgen.[23] Allerdings unterfallen diesem Sanktionsregime nicht sämtliche Vorschriften des Kodex. Gegenstand der Entsprechenserklärung sind

---

[18] Vgl. *Weber-Rey/Buckel*, AG 2011, 845, 847.

[19] Vertiefend *Weber-Rey/Buckel*, AG 2011, 845, 847.

[20] Vgl. OLG München AG 2009, 294. Für das Organmitglied bindend werden die Kodexvorgaben nur, wenn sie in die Satzung, die Geschäftsordnung oder den Dienstvertrag aufgenommen werden, vgl. *Berg/Stöcker*, WM 2002, 1569, 1575; *Ettinger/Grützediek*, AG 2003, 353, 355 f.; *Hanfland*, Haftungsrisiken, S. 131 ff.; *Lutter* in GS M. Winter, S. 449, 450; *dens.*, ZHR 166 (2002), 523, 536 ff.; *Semler/E. Wagner*, NZG 2003, 553, 557 f.; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 173 ff.; gegen eine Übernahme in die Satzung *Claussen/Bröcker*, DB 2002, 1199.

[21] Zur Frage, wer Adressat der Erklärungspflicht ist, zuletzt *Schürnbrand* in FS Uwe H. Schneider, S. 1197 ff.

[22] Empirisch belegt ist diese Prämisse derzeit nicht; vgl. die Studie von *E. Nowak/Rott/Mahr*, ZGR 2005, 252 ff.; zur Signalstärke der Entsprechenserklärung vgl. *v. Werder* in FS Hopt, S. 1471 ff.

[23] Vgl. etwa *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173 f.: annähernd gesetzesgleiche Bindungswirkung; *dens.* in FS Hüffer, S. 337, 343: erhebliche faktische Bindungswirkung; skeptisch *Bachmann* in FS Hoffmann-Becking, S. 75, 81. Zu den darauf beruhenden verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. etwa *Hoffmann-Becking* in FS Hüffer, S. 337 ff.; *Mülbert/Wilhelm*, ZHR 176 (2012), 286, 312 ff.; *Spindler*, NZG 2011, 1007, 1008 ff.; *Tröger*, ZHR 175 (2011), 746, 758 ff.

ausweislich des Wortlauts des § 161 AktG lediglich die Empfehlungen des Regelwerks. Nach dessen Präambel sind das die Vorschriften, die durch das Wort „soll" gekennzeichnet sind (Soll-Vorschriften). Der Kodex enthält jedoch noch zwei weitere Typen von Vorschriften: In Form sogenannter Muss-Vorschriften intendiert er an einzelnen Stellen, die geltende Rechtslage lediglich klarstellend wiederzugeben, um ausländische Investoren über gesetzliche Regelungen der Unternehmensführung in Deutschland zu unterrichten.[24] Darüber hinaus listet er bloße Anregungen auf, die nach Auffassung der Kodex-Kommission noch nicht in einer Weise befolgt werden, dass sie als Teil einer best practice angesehen werden können (sogenannte Sollte-Vorschriften).

2. Keine Erklärungs- und Begründungspflicht bei Nichtbefolgung von Ziffer 4.1.3 DCGK

Legt man diese Schablone auf die Vorschriften des Kodex, die sich der Compliance annehmen, offenbart sich, dass nach der terminologischen Systematik des Kodex in der Entsprechenserklärung nicht anzugeben ist, ob Ziffer 4.1.3 und Ziffer 3.4 DCGK befolgt werden. In beiden Fällen formuliert der Kodex im Indikativ. Nach der Vorstellung der Kodexkommission soll also lediglich eine bereits bestehende gesetzliche Verpflichtung deklaratorisch wiedergegeben werden. Eine Stimme in der Literatur sieht allerdings auch derartige Muss-Vorschriften von der Erklärungspflicht erfasst, sofern die in ihnen wiedergegebene Rechtsauffassung der Kodexkommission von den Organen der Gesellschaft nicht geteilt wird.[25] Wäre ihr zu folgen, würde Ziffer 4.1.3 DCGK über den Transmissionsriemen des § 161 AktG letztlich doch dazu anhalten, Compliance-Maßnahmen zu ergreifen.

Begründet wird diese Ausweitung der Erklärungspflicht mit dem Sinn und Zweck des § 161 AktG. Das Gesetz wolle eine Erklärung darüber, ob die Gesellschaft den von der Kommission gesehenen Grundsätzen guter Unternehmensführung folgt oder nicht.[26] Bei den durch eigene Rechtsauslegung ermittelten rechtlich bindenden Bestimmungen brauchte die Kommission keine Verhaltensempfehlung im Sinne einer Soll-Vorschrift abzugeben, da sie ohnehin davon ausgehen musste, dass diese qua Gesetz befolgt werden. Daher müsse eine Aktiengesellschaft, die von der Rechtsauffassung der Kodexkommission abweicht, eine solche Kodexbestimmung letztlich wie eine Soll-Empfehlung behandeln und ihre Nichtbefolgung entsprechend erklären. Wenn

---

[24] Für die Abschaffung der Muss-Bestimmungen zuletzt *Habersack*, Gutachten E, 69. DJT, S. 58, 101; *Hopt*, NZG 2012, 619; *ders.* in FS Hoffmann-Becking, S. 563, 578; tendenziell *Stenger*, Kodex, S. 237 f.; dagegen *Bachmann*, AG 2012, 565, 566; *M. Roth*, NZG 2012, 881, 884, die für eine räumliche Trennung bzw. Hervorhebung optieren.

[25] *Semler* in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 161 Rn. 60 ff.

[26] *Semler* in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 161 Rn. 60.

sie derselben Rechtsauffassung wie die Gesellschaft gewesen wäre, hätte die Kommission nämlich eine Empfehlung formuliert.[27] Obendrein sei es auch kapitalmarktrechtlich geboten, Abweichungen von der Gesetzesauslegung der Kodex-Kommission in die Erklärungspflicht nach § 161 AktG aufzunehmen. Mit der Börsenzulassung sei die Inanspruchnahme allgemeinen Marktvertrauens verbunden, das mit der Abgabe der Entsprechenserklärung weiter konkretisiert werde. Das erfordere in Zweifelsfragen eine kapitalmarktfreundliche Einstellung der Gesellschaft.[28]

Im Ergebnis kann dem nicht gefolgt werden. Vor dem Hintergrund, dass der Kodex eine Verständnishilfe für Investoren sein soll, mag eine solche Erklärungspflicht zwar sinnvoll sein. Es kann aber nicht angehen, dass die Organe den von ihnen richtig interpretierten und angewendeten Gesetzestext in der Entsprechenserklärung erläutern müssen, wenn der Kodex das Aktiengesetz unzutreffend wiedergibt.[29] Unterläuft der Kodex-Kommission bei der eigenen Rechtsauslegung ein Fehler und unterlässt sie es infolgedessen, eine Soll-Empfehlung zu formulieren, darf dies nicht zulasten der Gesellschaft gehen, die den von ihr ordnungsgemäß ausgelegten Gesetzestext vollzieht.[30] Alles andere hätte eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge, da die Frage, wie das geltende Recht auszulegen ist, oftmals umstritten ist. Vorstand und Aufsichtsrat haben in der Entsprechenserklärung daher nicht anzugeben, wenn sie der Kodex-Kommission in Auslegung und Interpretation des geltenden Rechts nicht folgen.

3. Beschränkter Erklärungsgehalt der Ziffern 5.3.2 und 5.2 DCGK

In der Entsprechenserklärung anzugeben bleibt, ob der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss eingerichtet hat, der sich unter anderem mit Fragen der Compliance befasst (Ziffer 5.3.2), und ob der Aufsichtsratsvorsitzende regelmäßig mit dem Vorstand Fragen der Compliance berät (Ziffer 5.2).[31] Hier geht der Kodex bewusst über die Vorgaben im Aktiengesetz hinaus und empfiehlt ausdrücklich entsprechende Maßnahmen. Das Aktiengesetz hingegen räumt in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG lediglich die Möglichkeit ein, einen Prüfungsausschuss

---

[27] *Semler* in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 161 Rn. 61.

[28] *Semler* in MünchKommAktG, 2. Aufl., § 161 Rn. 62.

[29] So treffend *Sester* in Spindler/Stilz, 1. Aufl., § 161 Rn. 25.

[30] Der Kodex ist bei der Darstellung der Gesetzeslage nicht immer trittfest. An mehreren Stellen enthält er Grundsätze, die sich aus einer Auslegung des Gesetzes zwar ergeben können, als solche aber nicht im Gesetz stehen, vgl. *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011, 1173, 1175; *dens.* in FS Hüffer, S. 337, 345 ff.; *G. Krieger*, ZGR 2012, 202, 207.

[31] Zur Frage, inwieweit § 161 AktG überhaupt auf sogenannte konditionierte Kodexbestimmungen anwendbar ist, d. h. solche, deren tatsächliche Umsetzung an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen gebunden ist (hier: Einrichtung eines Prüfungsausschusses), vgl. *v. Werder* in FS Säcker, S. 527 ff.

einzurichten, und weist diesem auch nicht explizit die Aufgabe zu, sich mit der Compliance zu beschäftigen. In § 90 Abs. 1 S. 3 AktG spricht es lediglich von einer Verpflichtung des Vorstands, dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats aus „sonstigen wichtigen Anlässen" zu berichten. Damit stellt sich die Frage, ob dem Erklärungsgehalt der Ziffern 5.3.2 und 5.2 DCGK die Angabe immanent ist, dass der Vorstand Compliance-Maßnahmen im Unternehmen tatsächlich ergreift. Nur dann könnte aus diesen Vorgaben über den Transmissionsriemen des § 161 AktG eine faktische Compliance-Verpflichtung des Vorstands herausgelesen werden.

Ausgehend von Wortlaut und Systematik des Kodex, der zwischen Vorgaben an den Vorstand und solchen an den Aufsichtsrat differenziert, konkretisiert Ziffer 5.3.2 DCGK aber allein die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats dahingehend, dass er einen Prüfungsausschuss einrichtet und dieser sich unter anderem der Frage annimmt, in welchem Umfang die Rechtskonformität der unternehmerischen Abläufe gewährleistet ist oder ob es zusätzlicher Maßnahmen bedarf. Keine Anhaltspunkte gibt es indes dafür, dass aus dieser Konkretisierung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats auf eine entsprechende Handlungsverpflichtung des Vorstands zu schließen ist.[32] Inwieweit der Vorstand Compliance-Maßnahmen tatsächlich ergreift, ist damit nicht mehr Gegenstand der im Hinblick auf Ziffer 5.3.2 abzugebenden Erklärung.[33] Ebenso wenig lässt sich eine entsprechende Handlungsverpflichtung des Vorstands aus Ziffer 5.2 DCGK herauslesen. Auch diese Vorgaben enthalten keine Anweisung an den Vorstand, aktiv auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen hinzuwirken. Hausnummer hierfür ist innerhalb der Systematik des Kodex alleine Ziffer 4.1.3. Was bleibt, ist, dass die Ziffern 5.3.2 und 5.2 DCGK die Organe einer börsennotierten Aktiengesellschaft aufgrund des § 161 AktG zur Untersuchung anhalten, inwieweit es sinnvoll ist, einen Prüfungsausschuss einzurichten, der sich unter anderem mit der Compliance beschäftigt, und ob eine regelmäßige Konsultation zwischen Vorstand und Aufsichtsrat in Sachen Compliance wünschenswert ist. Faktisch dürfte dadurch zumindest erreicht werden, dass die Unternehmensorgane für diesen Fragenkreis sensibilisiert werden. Soweit sie in der Entsprechenserklärung angeben, diesen Vorgaben Folge zu leisten, dürfte der Druck auf den Vorstand, aktiv auf die Förderung von Compliance hinzuwirken, weiter verstärkt werden, da er sich der stetigen

[32] Auch aus Ziffer 3.4 DCGK, die dem Vorstand aufgibt, den Aufsichtsrat über Fragen der Compliance zu informieren, wird man nicht herauslesen können, dass der Vorstand verpflichtet ist, Compliance-Maßnahmen zu ergreifen; ebenso *Lippe*, Compliance, S. 52. Anders möglicherweise *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1800 und *Kort*, NZG 2008, 81, 84. Beide sprechen davon, dass nach Ziffer 3.4 DCGK über das *eingeführte* Compliance-System zu berichten ist.

[33] So auch *Lippe*, Compliance, S. 52; *Schaefer/Baumann*, NJW 2011, 3601, 3602; *Stanitzek*, Compliance, S. 39. Stillschweigend teilen dürften diesen Befund diejenigen Autoren, die bei der Frage, inwieweit eine Compliance-Pflicht aus dem Kodex abgeleitet werden kann, vorwiegend auf Ziffer 4.1.3 abstellen.

Kontrolle eines Aufsichtsratsausschusses ausgesetzt sieht und mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden einen regelmäßigen Diskurs zum Thema Compliance zu führen hat.

IV. Keine Rechtswirkungen aus IDW PS 980

Die Vorgaben des Instituts der Wirtschaftsprüfer im Prüfungsstandard 980 können den Pflichtenrahmen des Vorstands wie schon die Bestimmungen des Deutschen Corporate Governance Kodex nicht in rechtsverbindlicher Weise ausformen. Denn auch das Institut der Wirtschaftsprüfer ist ein privater Verein und daher nicht in der Lage, für die Unternehmen rechtlich verbindliche Regeln zu erlassen.[34] Mangels staatlicher Anerkennung besitzt es ebenso wenig eine Kompetenz zu derivativer Rechtsetzung. Aus rechtlicher Sicht stellen die Prüfungsstandards daher lediglich Meinungsäußerungen eines fachlich kompetenten Gremiums dar, die einer in der Literatur geäußerten Ansicht gleichkommen.[35] Eine § 161 AktG vergleichbare Regelung, die den Standards zumindest eine ähnlich starke faktische Bindungswirkung wie den Kodexempfehlungen verschafft, fehlt. Aufgrund der besonderen Autorität des Fachgremiums kommt den Empfehlungen des IDW in der Praxis gleichwohl hohe Bedeutung zu. Sie dienen als wichtige Entscheidungshilfe und können auf diese Weise die Rechtsfindung faktisch beeinflussen.[36]

V. Ergebnis

Die Verhaltenspflichten, denen der Vorstand im Binnenverhältnis unterliegt, lassen sich mithilfe des Deutschen Corporate Governance Kodex nicht in rechtlich bindender Weise konkretisieren. Aus Ziffer 4.1.3 DCGK kann daher nicht abgeleitet werden, dass der Vorstand verpflichtet ist, für die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen zu sorgen. Eine zumindest faktische Verpflichtung zur Legalitätskontrolle lässt sich auch nicht in Verbindung mit § 161 AktG begründen. Ziffer 4.1.3 DCGK ist als Muss-Vorschrift formuliert, die nicht vom Sanktionsregime der Norm erfasst ist. In der Entsprechenserklärung anzugeben ist, ob der Aufsichtsrat gemäß Ziffer 5.3.2 DCGK einen Prüfungs-

---

[34] Vgl. etwa *L. Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1055 f.; *Ebke* in MünchKommHGB, § 323 Rn. 32; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 325; *Gehringer*, Abschlussprüfung, S. 111 f.; *dens.*, WPg 2003, 849, 852 f.; *Hommelhoff/Mattheus* in FS Röhricht, S. 897, 899; *Ruhnke/M. Schmidt/Seidel*, BB 2002, 138, 139 f.; *Theusinger/Liese*, NZG 2008, 289, 290.

[35] Vgl. *L. Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1055 unter Verweis auf AG Duisburg DB 1994, 466, 467.

[36] Vgl. auch *Biener* in FS Goerdeler, S. 45, 49; *Ebke*, Wirtschaftsprüfer, S. 21; sehr anschaulich *Giebeler/Jaspers*, BilMoG, S. 9 ff. Zur Reichweite einer faktischen Enthaftungswirkung im Einzelfall vgl. *L. Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1056 ff.; *Gelhausen/Wermelt*, CCZ 2010, 208 ff.; *Rieder/Jerg*, CCZ 2010, 201, 204 ff.

ausschuss eingerichtet hat, der sich mit der Compliance beschäftigt, und ob der Aufsichtsratsvorsitzende gemäß Ziffer 5.2 DCGK auch außerhalb der regulären Sitzungen des Aufsichtsrats mit dem Vorstand engen Kontakt hält und Fragen der Compliance berät. Ob der Vorstand auch tatsächlich für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen sorgt, ist aber nicht mehr Gegenstand der Erklärung. Selbst wenn sich Vorstand und Aufsichtsrat zu der Angabe angehalten sehen, Ziffer 5.3.2 und 5.2 DCGK zu befolgen, erwächst in den Händen des Vorstands keine faktische Verpflichtung zur Legalitätskontrolle. Auch aus dem vom Institut der Wirtschaftsprüfer herausgegebenen Prüfungsstandard 980 lässt sich nicht auf eine Pflicht des Vorstands schließen, die darin formulierten Compliance-Maßnahmen zu ergreifen. Anzunehmen bleibt, dass die Vorgaben des Kodex und des IDW von Praxis und Rechtsprechung gewürdigt und als Interpretationshilfe bei der Auslegung unbestimmter Rechtsnormen im Recht der Verwaltungsorgane herangezogen werden.

§ 3 Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG als Instrument zur Erfassung von Gesetzesverstößen

I. Ausgangslage und Meinungsstand

Da sich herausgestellt hat, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex und der IDW PS 980 keine Rechtsquellen bilden, die den Pflichtenkanon des Vorstands im Binnenverhältnis abstecken, muss sich das Augenmerk auf das Aktiengesetz richten. Anders als der Kodex formuliert dieses aber keine ausdrückliche Verpflichtung, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen. Der Rechtsanwender muss daher durch Auslegung ermitteln, ob sich aus den Vorgaben des Aktiengesetzes eine Legalitätskontrollverpflichtung herauslesen lässt. Ein erstes Einfallstor könnte hier die vom Gesetzgeber in § 91 Abs. 2 AktG normierte Verpflichtung bilden, „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden". Diese Vorgaben wurden im Jahre 1998 als Reaktion auf eine Vielzahl spektakulärer Unternehmenskrisen, die sich Ende des letzten Jahrhunderts ereignet hatten, durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)[37] in das Aktiengesetz aufgenommen. Bei kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften gewinnen sie zusätzlich dadurch an Bedeutung, dass die §§ 317 Abs. 4, 321 Abs. 4 HGB die Prüfungs- und Berichtspflicht des Abschlussprüfers auf sie erstrecken.[38]

---

[37] Vom 27. 04. 1998, BGBl. I, S. 786, in Kraft getreten am 01. 05. 1998.

[38] Vgl. *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, 249, 251; *Lösler*, Compliance, S. 150.

Sichtet man die Literatur, zeigt sich, dass es bislang nicht gelungen ist, ein einheitliches Meinungsbild über die Reichweite der Pflichten des § 91 Abs. 2 AktG zu erzielen. Entsprechend unterschiedlich beurteilt wird, inwieweit sich auf der Vorschrift eine Legalitätskontrollverpflichtung aufbauen lässt. Einigkeit besteht lediglich dahingehend, dass von den bestandsgefährdenden Entwicklungen i. S. d. § 91 Abs. 2 AktG auch Verstöße gegen gesetzliche Ge- und Verbote umfasst sein können. Der Gesetzgeber selbst führt in der Regierungsbegründung als bestandsgefährdende Entwicklungen nicht nur wirtschaftliche Risiken auf, wie etwa risikobehaftete Geschäfte oder Unrichtigkeiten in der Rechnungslegung, sondern auch Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften.[39] Uneinheitlich beurteilt wird aber, ab welcher Intensität Gesetzesverstöße von § 91 Abs. 2 AktG erfasst werden, und wie mit diesen umzugehen ist, um den Anforderungen des § 91 Abs. 2 AktG zu entsprechen. Herrschend ist eine enge Ansicht, die sich streng am Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG orientiert. Dieser verenge den Pflichtenkanon in zweifacher Weise: Zum einen werde der Tatbestand auf solche Entwicklungen beschränkt, die für die Gesellschaft bestandsgefährdend seien, so dass keinesfalls sämtliche Gesetzesverstöße von § 91 Abs. 2 AktG erfasst sein könnten. Zum anderen seien derartige Entwicklungen nur zu erkennen. Wie der Vorstand auf bestandsgefährdende Entwicklungen reagiere oder ihnen vorbeuge, sei dem Regelungsbereich des § 91 Abs. 2 AktG entzogen.[40] Eine Pflicht, Gesetzesverstößen in umfassender Weise vorzubeugen, könne aus der Norm folglich nicht herausgelesen werden.[41]

---

[39] Vgl. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15.

[40] Vgl. etwa OLG Celle AG 2008, 711, 712; *M. Arnold* in Marsch-Barner/F. A. Schäfer, Hdb börsennotierte AG, § 18 Rn. 16; *Blasche*, CCZ 2009, 62, 63 f.; *Bunting*, ZIP 2012, 357, 358; *Dobler*, DStR 2001, 2086, 2087; *Helmrich*, NZG 2011, 1252, 1253; *N. Huber*, Compliance, S. 30 ff.; *P. Kindler/Pahlke* in K. W. Lange/Wall, Risikomanagement, § 1 Rn. 207; *Pahlke*, NJW 2002, 1680, 1681 f.; *Mülbert*, ZHR 174 (2010), 375, 383; *Rathgeber*, Compliance, S. 154 f., 178 ff.; *Th. Schneider*, Risikomanagement, S. 40 f.; *Seibert* in FS Bezzenberger, S. 427, 436 ff.; *Zimmer/Sonneborn* in K. W. Lange/Wall, Risikomanagement, § 1 Rn. 176 ff.; im Ansatz vermittelnd *T. Drygala/A. Drygala*, ZIP 2000, 297, 299; *Huth*, Risikoüberwachung, S. 73 ff.; *Petry*, Risikomanagement, S. 52 ff.

[41] Vgl. etwa *Bachmann*, VGR 2008, S. 65, 72 f.; *dens./Prüfer*, ZRP 2005, 109, 110 f.; *Bicker*, AG 2012, 542, 544; *Casper* in GS M. Winter, S. 77, 86; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 322; *Gotte*, ZHR 175 (2011), 388, 392; *Grundmeier*, Compliance, S. 26 f.; *Habersack*, AG 2014, 1, 4; *Harm*, Compliance, S. 241; *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 878; *N. Huber*, Compliance, S. 39 ff., 68; *Hüffer* in FS Günter H. Roth, S. 299, 304; *Immenga* in FS Schwark, S. 199, 201; *Karbaum*, Compliance, S. 100 ff.; *Kaulich*, Haftung, S. 252; *P. Kindler* in FS Günter H. Roth, S. 367, 370 f.; *dens.* in Rotsch, Compliance-Diskussion, S. 1, 3; *J. Koch*, WM 2009, 1013, 1014; *Kort* in FS Günter H. Roth, S. 407, 412 f.; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 120; *Lang*, Compliance, S. 91 ff.; *Liese*, BB-Special 5.2008, S. 17, 22; *Lösler*, Compliance, S. 152 f.; *Petry*, Risikomanagement, S. 49; *B. Schmidt*, Compliance, S. 69; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403 f.; *E. Vetter* in FS v. Westphalen, S. 719, 727; *M. Winter* in FS Hüffer, S. 1103, 1104; *Wundenberg*, Bankengruppen, S. 126; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 435 f.; letztlich auch *Theile*, wistra 2010, 457, 459 ff.

Eine beträchtliche Zahl von Stimmen, die vornehmlich dem betriebswirtschaftlichen Schrifttum zuzuordnen sind, spannen den Pflichtenrahmen des § 91 Abs. 2 AktG weiter auf.[42] Sie lesen aus der Vorschrift das Gebot heraus, ein allumfassendes Risikomanagementsystem einzurichten. Dabei driften die Ansichten in Bezug auf die Ausgestaltung des Riskomanagementsystems mitunter zwar auseinander, im Kern soll ein derartiges System aber jedenfalls die Identifizierung, Analyse, Bewertung und Bewältigung sämtlicher Einzelrisiken erfassen, und zwar unabhängig von ihrem Schadenspotential.[43] Lehnt man sich an dieses breite Normverständnis an, statuiert § 91 Abs. 2 AktG auch eine Verpflichtung, in umfassender Weise Vorsorge gegen Gesetzesverletzungen zu treffen[44] – mit der Folge, dass sich der Prüfungsauftrag und die Sonderberichtspflicht des Abschlussprüfers auf die Compliance erstrecken (vgl. §§ 317 Abs. 4, 321 Abs. 4 HGB).[45] An Fürsprechern gewonnen hat diese Sichtweise durch Vorgaben in der Bilanz- und der Abschlussprüferrichtlinie sowie deren Umsetzung durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG).[46] Hierdurch haben die Begriffe des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems Eingang in das Aktienrecht gefunden. Sie werden zwar im Kontext von Publizitäts- sowie Kontroll- und Berichtspflichten von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer verwendet, ohne dass eine korrespondierende Einrichtungsverpflichtung des Vorstands ausdrücklich begründet würde (vgl. § 289a Abs. 5 HGB, § 107 Abs. 3 S. 2 AktG, § 171 Abs. 1 S. 2 AktG). Eine

---

[42] Vgl. *Eggemann*/*Konradt*, BB 2000, 503 ff.; *Kromschröder*/*Lück*, DB 1998, 1573 ff.; *Lück*, DB 1998, 8 ff.; *dens.*, DB 1998, 1573 ff.; *dens.*, DB 1998, 1925 ff.; *dens.* in Dörner u. a., Reform, S. 329, 332 ff.; *Pollanz*, DB 1999, 393 ff.; *Potthoff*/*Trescher*/*Theisen*, Aufsichtsratsmitglied, Rn. 379; *Preußner*/*Becker*, NZG 2002, 846, 848 ff.; *Saitz* in Saitz/Braun, Kontroll- und Transparenzgesetz, S. 69, 70 ff.; *Scharpf*, DB 1997, 737, 739 ff.; *Theisen*, BB 2003, 1426, 1427 f.; *J. Weber*/*Weißenberger*/*Liekweg*, DStR 1999, 1710 ff.; K. *Wolf*, DStR 2002, 1729 ff.; *dens.*/*Runzheimer*, Risikomanagement, S. 21, 35 ff.; aus der juristischen Literatur *Lohse*, Ermessen, S. 428; *Oltmanns* in Heidel, § 91 Rn. 6, 8; wohl auch *Säcker*, NJW 2008, 3313, 3315.

[43] Vgl. auch *Offerhaus* in MünchAnwHdbAktR, § 18 Rn. 12. IDW PS 340 klammert Maßnahmen der Risikobewältigung in Rn. 6 zwar explizit aus, führt in Rn. 9 als organisatorische Vorgabe aber u. a. an, dass ein angemessenes Risikobewusstsein aller Mitarbeiter zu schaffen und fortzuentwickeln ist.

[44] Wenn auch nicht immer (explizit) an ein breites Normverständnis des § 91 Abs. 2 AktG angelehnt, letztlich in diese Richtung *Berg*, AG 2007, 271, 275 ff. (bezogen auf Korruption); *Dreher* in FS Hüffer, S. 161, 169 ff.; *ders.*, ZGR 2010, 496, 519; *Passarge*, NZI 2009, 86, 89 f.; *Rau*, Compliance, S. 31; *Schaaf*, Risikomanagement, S. 44 f.; *Schwintowski*, NZG 2005, 200, 201; *ders.*/*Klaue*, WuW, 370, 377; in Ansätzen *Burrichter* in FS Hoffmann-Becking, S. 191, 205; *Casper* in Bankrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bankrechtstag 2008, S. 139, 171; *Göβmann* in Bankrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bankrechtstag 2008, S. 179, 180, 219 f.; *Mutter* in Bürkle, Compliance, § 2 Rn. 6; *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649; *Schnieders*, Haftungsfreiräume, S. 315; *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 22; *Wirtz*, WuW 2001, 342, 354 (Kartellrecht); vorsichtiger *Schug*, Risikoeinschränkung, S. 212 (einzelfallabhängig).

[45] Darauf hinweisend etwa *Dreher* in FS Hüffer, S. 161, 169; *Schaaf*, Risikomanagement, S. 44.

[46] Vom 26. 05. 2009, BGBl. I, S. 1102, in Kraft getreten am 28. 05. 2009.

beachtliche Zahl von Autoren entnimmt diesen Vorgaben aber implizit das Gebot, aus § 91 Abs. 2 AktG die Verpflichtung des Vorstands herauszulesen, entsprechende Systeme auch tatsächlich einzurichten, wobei diese auch die Pflicht beinhalten sollen, Gesetzesverstößen vorzubeugen.[47] Ebenfalls vertreten wird schließlich, den Pflichtenrahmen des § 91 Abs. 2 AktG mithilfe der aufsichtsrechtlichen Vorgaben des § 25a Abs. 1 KWG zu konkretisieren.[48] Auch das liefe auf eine Pflicht hinaus, Compliance-Maßnahmen zu ergreifen. In § 91 Abs. 2 AktG wäre unter anderem hineinzulesen, dass der Vorstand eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation bereit halten muss, „die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet".[49]

II. Terminologische Annäherung

Eine Stellungnahme hat am Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG anzusetzen. Hier zeigt der Begriff der „Entwicklungen" zunächst auf, dass der Vorstand seinen Blick nicht auf einzelne Risikozustände zu richten hat, sondern auf im Unternehmen ablaufende Veränderungen und Prozesse.[50] Die Beachtung oder Nichtbeachtung von gesetzlichen Vorschriften lässt sich ohne Einschränkungen hierunter subsumieren. Die weitere tatbestandliche Verengung auf solche Entwicklungen, die den Bestand der Gesellschaft gefährden können, legt sodann aber nahe, dass nicht sämtliche Vorgänge zu erfassen sind, die im Zusammenhang mit der Beachtung gesetzlicher Vorschriften stehen. Vielmehr deutet der Wortlaut darauf hin, dass der Vorstand nach § 91 Abs. 2 AktG lediglich verpflichtet sein soll, sein Augenmerk auf solche Vorgänge zu richten, die ein Insolvenzrisiko hervorrufen oder erheblich steigern.[51] Weiter hält der Text des

---

[47] Für einen nunmehr umfassenderen Pflichtenrahmen des § 91 Abs. 2 AktG *Lutter* in FS Goette, S. 289, 296 f.; *Spindler*, WM 2008, 905, 906 f.; *ders.* in FS Hüffer, S. 985, 986 ff., 992; für kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften i. S. d. § 264d HGB *Hommelhoff/Mattheus*, BB 2007, 2787, 2788; andeutungsweise *Böcking/Gros* in FS Hommelhoff, S. 99, 102, 105; *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 372; *Lösler*, WM 2008, 1098, 1099; *Schaefer/Baumann*, NJW 2011, 3601; *Theusinger/Liese*, NZG 2008, 289, 291; *Wiederholt/Walter*, BB 2011, 968, 969; vorsichtiger *Bachmann*, VGR 2008, S. 65, 75 f.; offenlassend *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special 5.2008, S. 1, 4. Zu dem Begriffswirrwarr, das sich um die Thematik gebildet hat, materiell-rechtlich aber nicht weiterführend ist, anschaulich *N. Huber*, Compliance, S. 26 ff.; *Lang*, Compliance, S. 24 ff.

[48] VG Frankfurt WM 2004, 2157, 2160; *A. Kießling/E. Kießling*, WM 2003, 513, 521; *Preußner/D. Zimmermann*, AG 2002, 657, 660; *Preußner*, NZG 2004, 303, 305; *ders./Panani*s, BKR 2004, 347, 349 ff.; vorsichtiger *Endres*, ZHR 163 (1999), 441, 452; *Lorenz* in Romeike, Risikomanagement, S. 3, 17 f.

[49] Vgl. zu § 25a KWG etwa *Lösler*, NZG 2005, 104, 106 f.

[50] Zum Begriff der Entwicklungen vgl. statt aller *J. Hüffer* in FS Imhoff, S. 91, 98 f.; *Seibert* in FS Bezzenberger, S. 427, 437.

[51] So die h. M. in der juristischen Literatur, vgl. *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 91 Rn. 32; *Heller*, NZG 2007, 851, 852; *Lachnit/S. Müller* in FS Strobel, S. 363, 367; noch enger *Seibert*

§ 91 Abs. 2 AktG den Vorstand lediglich dazu an, entsprechende Entwicklungen zu erkennen. Eine Verpflichtung, diesen entgegenzuwirken, lässt sich der sprachlichen Abfassung des § 91 Abs. 2 AktG nicht entnehmen.

III. Systematische Rückschlüsse

1. Rückkoppelung zu § 317 Abs. 4 HGB als Fingerzeig in Richtung enge Auslegung

Systematisch ist die Vorschrift in den Pflichtenkanon des Vorstands eingebettet. Dort verdrängt sie mit ihrem Anwendungsbereich aber nicht die allgemeine Pflicht des Vorstands, die Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu leiten (§§ 76, 93 AktG). Der Gesetzgeber stellt in der Regierungsbegründung ausdrücklich klar, dass mit § 91 Abs. 2 AktG nur ein Teil der allgemeinen Leitungsaufgabe des Vorstands gesetzlich hervorgehoben werden soll.[52] Die Vorschrift determiniert folglich nicht abschließend, inwieweit der Vorstand sein Unternehmen zu organisieren hat. Verfehlt wäre daher der Gedanke, in § 91 Abs. 2 AktG sämtliche Standards einer sachgerechten Unternehmensorganisation unterbringen zu müssen.

Für ein enges Normverständnis streitet der prüfungsrechtliche Kontext, in den die Norm integriert ist.[53] Würde man in § 91 Abs. 2 AktG nicht nur die Aufgabe verorten, ein Früherkennungssystem einzurichten, sondern der Norm auch Maßnahmen der Risikobewältigung unterstellen, müsste der Abschlussprüfer gemäß § 317 Abs. 4 HGB deren Tauglichkeit testieren. Das würde bedeuten, dass der Abschlussprüfer nicht mehr auf eine bloße Systemprüfung beschränkt wäre, sondern in weitgehender Weise auch über die Geschäftsführung des Vorstands zu befinden hätte. Nach der Kompetenzordnung des Aktiengesetzes ist dies primär dem Aufsichtsrat überantwortet (vgl. § 111 AktG). Aufgrund der breiten Gestaltungsmöglichkeiten, die dem Vorstand bei der Bewältigung von Risiken offenstehen, dürfte es dem Abschlussprüfer obendrein kaum möglich sein, ein aussagekräftiges Testat darüber abzugeben, ob die jeweils getroffenen Risikobewältigungsmaßnahmen die richtigen aus vielen möglichen waren.[54]

---

in FS Bezzenberger, S. 427, 437. Teilweise werden Risiken schon dann als überwachungsbedürftig angesehen, wenn sie die Rentabilität der Gesellschaft gefährden, so *J. Hüffer* in FS Imhoff, S. 91, 100; *Zimmer*/*Sonneborn* in K. W. Lange/Wall, § 1 Rn. 182.

[52] Vgl. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S 15.

[53] Entsprechende Überlegungen bei *Bunting*, ZIP 2012, 357, 358; *Huth*, Risikoüberwachung, S. 73 f.; *B. Schmidt*, Compliance, S. 67; ferner *Petry*, Risikomanagement, S. 60 f. m. w. N. zu diesem Fragenkreis in Fn. 170, 171.

[54] Vgl. *Petry*, Risikomanagement, S. 61 m. w. N. In diese Richtung ist wohl auch der Gesetzgeber zu verstehen, wenn er in der Regierungsbegründung ausführt, der Abschlussprüfer solle „lediglich zu einem Urteil darüber gelangen, ob die erforderlichen Maßnahmen getroffen und zweckentsprechend sind sowie wirksam ausgeführt werden und das Überwa-

2. Keine Übernahme des Pflichtenrahmens des § 25a Abs. 1 KWG

Keine Anhaltspunkte gibt es für die These, den Pflichtenrahmen des § 91 Abs. 2 AktG mithilfe der aufsichtsrechtlichen Vorgaben des § 25a Abs. 1 KWG mit Inhalt zu füllen.[55] Vielmehr spricht die Systematik der Rechtsordnung dagegen, branchenspezifische Vorgaben heranzuziehen, um allgemeine und für jede Aktiengesellschaft geltende Vorgaben zu konkretisieren.[56] Mit den strengen Vorgaben des § 25a Abs. 1 KWG trägt der Gesetzgeber speziell den Gefahren des Finanzsektors Rechnung. Mit den Risiken in anderen Wirtschaftsbereichen können diese nicht gleichgesetzt werden.[57] Ohne Weiteres wäre es dem Gesetzgeber ansonsten auch möglich gewesen, entsprechende Anforderungen branchenneutral im Aktiengesetz selbst zu formulieren. Das hat er aber bewusst unterlassen. In der Regierungsbegründung zum KonTraG weist er ausdrücklich darauf hin, dass den Gesellschaften mit § 91 Abs. 2 AktG keine konkreten Vorgaben diktiert werden sollen. Der Pflichtenrahmen der Vorschrift soll vielmehr von Größe, Branche und Struktur des jeweiligen Unternehmens abhängig sein.[58]

---

chungssystem während des gesamten zu prüfenden Zeitraums bestanden hat", vgl. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 27.

[55] So auch die h. M.; vgl. etwa *Bicker*, AG 2012, 542, 544; *Bihr/Kalinowsky*, DStR 2008, 620, 623; *Blasche*, CCZ 2009, 62, 64; *Bürkle*, WM 2005, 1496, 1497 f.; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 91 Rn. 42 f.; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 49; *Kort*, ZGR 2010, 440, 470; *Rathgeber*, Compliance, S. 197 ff.; *Th. Schneider*, Risikomanagement, S. 41 ff.; kritisch auch *Dreher*, ZGR 2010, 496, 530 ff., der gewisse Anleihen am Aufsichtsrecht aber für vertretbar hält; ähnlich *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 571, die eine Ausstrahlungswirkung ablehnt, aber dennoch eine mittelbare Auswirkung auf die aktienrechtlichen Standards annimmt (Infiltration).

[56] Dem VG Frankfurt WM 2004, 2157, 2160 wird man insoweit noch zugute halten können, dass es die Anforderungen des § 25a Abs. 1 KWG über die §§ 34 S. 2 VAG, 91 Abs. 2 AktG auf Versicherungsunternehmen ausdehnen wollte, deren Tätigkeit ebenfalls recht weitgehend durch öffentlich-rechtliche Vorgaben reguliert wird; vgl. auch *Bachmann*, VGR 2008, S. 65, 70 mit Fn. 20. Wegen des neuen § 64a VAG ist ein solcher Umweg mittlerweile obsolet.

[57] Möglich erscheint es, § 25a Abs. 1 KWG bei Aktienbanken als Konkretisierung des § 91 Abs. 2 AktG heranzuziehen. Eine branchenspezifische Sonderregelung wird dann nicht auf ein branchenfremdes Unternehmen ausgedehnt; so auch LG Berlin AG 2002, 682, 683 f.; *Gößmann* in Bankrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bankrechtstag 2008, S. 179, 220 f.; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 49; *A. Schäfer/Zeller*, BB 2009, 1706, 1707.

[58] Vgl. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15. Bestätigt wird diese Sichtweise in der Regierungsbegründung zum BilMoG. Der Gesetzgeber führt hier aus, dass es dem Vorstand überlassen sei, ob ein umfassendes Risikomanagementsystem eingerichtet wird. Außerhalb des Bank-, Versicherungs- und Wertpapieraufsichtsrechts sollen also gerade nicht die dort vorgeschriebenen hohen Anforderungen an Risikomanagementsysteme gelten, vgl. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 76, 102; entsprechende Deutung bei *Dreher* in FS Hüffer, S. 161, 165.

3. Keine Rückschlüsse aus Ziffer 4.1.4 DCGK und IDW PS 340

Aus den Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex lassen sich keine Rückschlüsse ziehen. In Ziffer 4.1.4 betrachtet es der Kodex zwar als eine bestehende Rechtspflicht des Vorstands, für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling im Unternehmen zu sorgen.[59] Diejenigen Stimmen, die § 91 Abs. 2 AktG eng auslegen, betonen, dass der Kodex lediglich eine andere Terminologie als der Gesetzgeber wähle und mit dieser nichts anderes umschreibe als die Pflicht, ein auf bestandsgefährdende Entwicklungen bezogenes Risikofrüherkennungssystem einzurichten.[60] Ausgehend vom natürlichen Wortsinn wird man diese Formulierungen allerdings weit in dem Sinne verstehen müssen, dass der Vorstand ein allumfassendes Risikomanagementsystem einzurichten hat.[61] Dahingehend mit Inhalt füllen kann der Kodex die Vorgaben des § 91 Abs. 2 AktG aber deshalb nicht, weil die Kodexkommission als privates Gremium kein Mandat zur Gesetzesauslegung hat.[62] Obendrein scheint ein Schielen auf Ziffer 4.1.4 DCGK, soweit es um die Frage geht, in welchem Umfang § 91 Abs. 2 AktG zu einer Legalitätskontrolle anhält, wenig zielführend, weil der Kodex eine Pflicht zur Legalitätskontrolle in seiner Binnensystematik in Ziffer 4.1.3 verortet.[63] Der vom Institut der Wirtschaftsprüfer aufgestellte Prüfungsstandard 340 kann den Pflichtenkanon des Vorstands ebenso wenig konturieren.[64] Mit ihm sind den Prüfern zwar Leitlinien an die Hand gegeben, mithilfe derer sie ihrer Prüfungspflicht aus den §§ 317 Abs. 4, 321 Abs. 4 HGB nachkommen und das nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtende System beurteilen können. Auch bleibt anzunehmen, dass die Unternehmen die Prüfungsvorgaben als Interpretationshilfe nutzen.[65] Rechtlich verbindliche Vorgaben können daraus aber nicht abgeleitet werden. Das Institut der Wirtschaftsprüfer ist als privater Verein nicht legitimiert, gesetzliche Vorgaben zu präzisieren.

---

[59] Flankiert werden auch diese Vorgaben durch eine Berichtspflicht in Ziffer 3.4 DCGK sowie Vorgaben an den Aufsichtrat bzw. dessen Vorsitzenden in den Ziffern 5.3.2, 5.2 DCGK.

[60] So *Dreher* in FS Hüffer, S. 161, 163; *Kort*, ZGR 2010, 440, 454; *Preußner*, NZG 2004, 303, 304 f.; *Schaaf*, Risikomanagement, S. 50.

[61] Ebenso wohl *Kammerer-Galahn*, AnwBl 2009, 77, 78; *Lorenz* in Romeike, Risikomanagement, S. 3, 13; *Weber-Rey*, AG 2008, 345, 346.

[62] Vgl. auch *Dreher* in FS Hüffer, S. 161, 163.

[63] Auch in den Ziffern 3.4, 5.2 und 5.3.2 differenziert der Kodex zwischen Risikomanagement und Compliance.

[64] Zutreffend *Hommelhoff/Mattheus* in Dörner u. a., Praxis des Risikomanagements, S. 6, 33 f.; *Schaaf*, Risikomanagement, S. 50; *Spindler* in FS Hüffer, S. 985, 990; a. A. wohl *Preußner/Becker*, NZG 2002, 846, 848.

[65] Vgl. etwa *Berg*, AG 2007, 271, 275; *Blasche*, CCZ 2009, 62, 65 ff.: erhebliche faktische Bedeutung. Auch ist zu beobachten, dass sich die Gerichte bei der Frage einer Pflichtverletzung an den Prüfungsbericht der Abschlussprüfer anlehnen, der sich wiederum an den Vorgaben des IDW orientiert, vgl. LG Berlin AG 2002, 682, 683; anschaulich *Giebeler/Jaspers*, BilMoG, S. 10 ff.

4. Prüfungs- und Berichtspflichten als Indiz für einen umfassenden Pflichtenrahmen

Für eine weite Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG könnte sprechen, dass das Gesetz seit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz an mehreren Stellen auf ein internes Kontroll- und Risikomanagementsystem Bezug nimmt. So hält § 289 Abs. 5 HGB Kapitalgesellschaften i. S. d. § 264d HGB mittlerweile dazu an, im Lagebericht „die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben". Nach § 107 Abs. 3 S. 2 AktG kann der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss einrichten, der sich – anstelle des Gesamtgremiums[66] – mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des internen Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems befasst. Flankierend wurde die Berichtspflicht des Abschlussprüfers ausgeweitet. Gemäß § 171 Abs. 1 S. 2 AktG hat der Abschlussprüfer dem Aufsichtsrat oder einem eingerichteten Prüfungsausschuss „über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung, insbesondere wesentliche Schwächen des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess zu berichten".

Zum Inhalt dieser Systeme macht das Gesetz keine näheren Angaben. Es fußt aber offenbar auf der Annahme, dass davon auch die Eindämmung des Risikos von Vorschriftenverstößen umfasst sein soll.[67] So soll das interne Kontrollsystem ausweislich der Regierungsbegründung zu § 289 Abs. 5 HGB die Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen zur Sicherung der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Rechnungslegung, zur Sicherung der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung sowie zur *Sicherung der Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften* umfassen.[68] Zwar legt der Rechnungslegungskontext, in dem diese Äußerungen stehen, die Vermutung nahe, dass damit vor allem Bilanzstandards gemeint sind. Zieht man jedoch in die Betrachtung mit

---

[66] § 107 Abs. 3 S. 2 AktG handelt zwar allein von den Aufgaben des Prüfungsausschusses. Hat der Aufsichtsrat keinen Prüfungsausschuss eingerichtet, bleibt er aber gehalten, die darin genannten Aufgaben in seiner Gesamtheit zu erfüllen, vgl. Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2008, 612, 618; *Preußner*, NZG 2008, 574.

[67] In diese Richtung letztlich auch AKEIÜ, DB 2009, 1279, 1281; *Böcking/Gros* in FS Hommelhoff, S. 99, 105; *Grüninger*, Der Aufsichtsrat 2010, 140; *Lippe*, Compliance, S. 9 f., 35 f.; *Nonnenmacher/Pohle/v. Werder*, DB 2007, 2412, 2414, 2415; *dies.*, DB 2009, 1447, 1449, 1450, 1451; *Ringleb* in Ringleb u. a., DCGK, Rn. 629; *Rodewald* in Maschmann, Compliance, S. 31, 40; *ders./Unger*, BB 2007, 1629, 1631 f., 1635; *E. Vetter* in FS v. Westphalen, S. 719, 734 f. Ausdrücklich gegen eine Einbeziehung von Compliance *Krasberg*, Prüfungsausschuss, S. 195 f.; *Sidhu*, ZCG 2008, 13, 15 mit Fn. 29; *Sünner*, CCZ 2008, 56, 57; *Tangermann*, Compliance, S. 75 f.; *Weber-Rey*, AG 2008, 345, 348 f.; letztlich auch *Bürkle* BB 2007, 1797, 1799.

[68] Vgl. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 77; zu den Anforderungen an das interne Kontrollsystem ferner *Schoberth/Servatius/Thees*, BB 2006, 2571 ff.