

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 63

**Die Reichweite
konzernbezogener Compliance-Pflichten
des Mutter-Vorstands des AG-Konzerns**

Von

Nikolaus Huber



Duncker & Humblot · Berlin

NIKOLAUS HUBER

Die Reichweite konzernbezogener Compliance-Pflichten
des Mutter-Vorstands des AG-Konzerns

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 63

Die Reichweite konzernbezogener Compliance-Pflichten des Mutter-Vorstands des AG-Konzerns

Von

Nikolaus Huber



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg hat diese Arbeit
im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: TextFormArt, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-13997-2 (Print)

ISBN 978-3-428-53997-0 (E-Book)

ISBN 978-3-428-83997-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg im Sommersemester 2012 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juli 2012 berücksichtigt.

An erster Stelle will ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Michael Kort für die Förderung meiner Promotion von Herzen danken. Durch seine wertvollen Hinweise und Anregungen hat er mir die Erstellung der Arbeit in der vorliegenden Form erst ermöglicht. Gleichzeitig hat er mir im Rahmen meiner Tätigkeit als Lehrstuhl-Assistent stets den nötigen Freiraum für diese Arbeit gelassen. Außerdem will ich Frau Professor Dr. Martina Benecke für die zügige Zweitbegutachtung danken. Mein herzlicher Dank gilt weiter meinem Freund und Lehrstuhlkollegen Herrn Robert Lepiarczyk. Als kritischer Diskussionspartner hat er diese Arbeit maßgeblich gefördert und begleitet. Korrektur lasen diese Arbeit meine Mutter Frau Imelda Huber sowie meine Schwester Anna-Gwendolyn, wofür ich beiden herzlich danke.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern Imelda und Wolfgang Huber sowie meiner Frau Maresa Oppel-Huber in tiefer Dankbarkeit für die unendliche Unterstützung auf meinem bisherigen Lebensweg.

Augsburg, im Oktober 2012

Nikolaus Huber

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	15
§ 2 Compliance – Einführung und Abgrenzung	17
A. Compliance – Begriffsbestimmung	17
B. Compliance – Entstehungsgeschichte und Implementierung in Deutschland	19
C. Compliance – Funktionen	22
D. Compliance – Einbettung in die Corporate Governance	23
E. Compliance – Abgrenzung zu anderen Führungsinstrumenten im unverbundenen Unternehmen	26
I. Compliance – umfassendes Risikomanagementsystem und Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG	26
1. Gegenstand des betriebswirtschaftlichen Risikomanagementsystems	27
2. Mögliche Rechtsfolgen aus § 91 Abs. 2 AktG	28
3. Keine Pflicht zu umfassendem Risikomanagement aus § 91 Abs. 2 AktG	30
4. Einfluss des BilMoG auf den Pflichtenumfang von § 91 Abs. 2 AktG	34
5. Konkurrenzverhältnis des Pflichteninhalts von § 91 Abs. 2 AktG zur Compliance	39
II. Compliance – internes Kontrollsystem	41
1. Gegenstand des internen Kontrollsystems	41
2. Aktienrechtliche Pflicht zur Implementierung eines internen Kontrollsystems	44
III. Compliance – interne Revision	46
1. Gegenstand der internen Revision	46
2. Aktienrechtliche Vorstandspflicht zur internen Revision	47
a) Herleitung und Reichweite der Pflicht zur internen Revision	47
b) Allgemeine Voraussetzungen der Verrechtlichung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse	51
c) Verrechtlichung der internen Revision	53
3. Konkurrenzverhältnis zwischen möglicher Compliance-Pflicht und Pflicht zur internen Revision	54
IV. Compliance – Controlling	58
1. Gegenstand des Controlling	58

2. Aktienrechtliche Vorstandspflicht zum Controlling	59
a) Herleitung der Pflicht	59
b) Verrechtlichung des Controlling	61
3. Konkurrenzverhältnis zu etwaiger Compliance-Pflicht	62
F. Zusammenfassung	63
§ 3 Rechtsgrundlage und Reichweite der Vorstandspflicht zur Compliance im unverbundenen Unternehmen	64
A. „Offenlassen“ der Frage nach einer Rechtspflicht zur Corporate Compliance ...	64
B. Herleitung von Compliance-Pflichten aus dem DCGK	65
I. Charakter der genannten Passagen des DCGK	66
II. Rechtsverbindlichkeit des DCGK	66
C. Herleitung von Compliance-Pflichten aus aktienrechtlichen Vorschriften	67
I. Compliance-Pflicht aus § 91 Abs. 2 AktG	68
II. Compliance-Pflicht aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG	68
1. Rechtspflicht an sich	68
2. Reichweite jener Rechtspflicht	71
a) Einzelfallunabhängige Mindeststandards	71
b) Unternehmerisches Organisationsermessen: Auswahlermessen	73
c) Ermessensgrenzen im Einzelfall	78
d) Keine Ermessensreduzierung durch sektorspezifische Spezialregelungen	79
e) Compliance-Dokumentation	80
D. Umfassende Compliance-Pflichten aus Organisationspflichten im Außenverhältnis	81
I. Herleitung von Compliance-Pflichten aus §§ 130, 9, 30 OWiG	81
1. Wirkung von § 130 OWiG im Außenverhältnis	82
2. Unmittelbarer Einfluss auf Pflichten im Innenverhältnis	84
3. Mittelbare Auswirkungen auf das Innenverhältnis durch Schadensabwendungspflicht	88
II. Herleitung von umfassenden Compliance-Pflichten aus Rechtsanalogien ...	89
1. Mögliche Ansätze für die Herleitung umfassender Compliance-Pflichten aus Rechtsanalogien	89
2. Stellungnahme	90
E. Zusammenfassung	91

§ 4 Allgemeine Auswirkungen einer Konzernierung auf die Leitungspflichten des Mutter-Vorstands	93
A. Ablehnung einer umfassenden Konzernleitungspflicht	93
I. Begriffliche Klarstellung	94
II. Annahme einer umfassenden Konzernleitungspflicht	95
III. Kritik an der Annahme einer umfassenden Konzernleitungspflicht	96
1. Keine umfassende Konzernleitungspflicht bei faktischer Konzernierung	96
2. Keine umfassende Konzernleitungspflicht bei beherrschungsvertraglicher Konzernierung	100
B. Pflicht zur Konzernleitung	103
I. Vorfrage jeder konzernbezogenen Leitungspflicht: Möglichkeiten des Mutter-Vorstands zur Information über die Tochter-Gesellschaft	103
1. Informationsmöglichkeiten des Mutter-Vorstands zur Erfüllung der eigenen Berichtspflicht nach § 90 Abs. 1 S. 2 Hs. 2, Abs. 1 S. 3 Hs. 1, Abs. 3 AktG	104
2. Informationsmöglichkeiten der Konzern-Mutter gegenüber der Tochter-Gesellschaft nach § 294 Abs. 3 HGB	105
3. Informationsanspruch der Konzern-Mutter als Aktionärin der Tochter, § 131 Abs. 1 S. 1 AktG	106
4. Informationsanspruch des Mutter-Vorstands gegenüber der Tochter-Gesellschaft zur Erfüllung der eigenen Auskunftspflicht nach § 131 Abs. 1 S. 2 AktG	107
5. Informationsmöglichkeiten durch konzernrechtliche Einflussnahme im Vertragskonzern	109
6. Informationsmöglichkeiten durch konzernrechtliche Einflussnahme im faktischen Konzern	111
7. Umfassender Auskunftsanspruch der Konzern-Mutter im faktischen Konzern	111
a) Konzernrechtliche Erwägungen zum umfassenden Auskunftsanspruch im faktischen Konzern	112
b) Allgemeiner Rechtsgedanke aus §§ 294 Abs. 3 HGB, 320 Abs. 3 HGB, 145 AktG	113
c) Auskunftsanspruch zur Erfüllung eigener Rechtspflichten, §§ 294 Abs. 3 HGB, 10a Abs. 13 KWG	114
d) Konzerndimensionale Treuepflichten	114
e) Informationsanspruch der Konzern-Mutter aufgrund Sonderrechtsverhältnisses	115
8. Informationserlangung durch personelle Verflechtung im faktischen Konzern	117
a) Doppelmandate Vorstand-Aufsichtsrat	117
b) Vorstands-Doppelmandate	118

II. Einschränkung der Pflicht zur Konzernleitung durch die Reichweite verfügbarer Informationen über die Tochter	121
1. Einschränkung der Pflicht zur Konzernleitung im faktischen Konzern ...	121
2. Einschränkung der Pflicht zur Konzernleitung im Vertragskonzern	122
III. Reichweite der allgemeinen Pflicht zur Konzernleitung	122
1. Streitstand	122
2. Stellungnahme	124
C. Zusammenfassung	125
§ 5 Konkretisierung der konzernbezogenen Leitungspflichten des Mutter-Vorstands	126
A. Grundlage: Konkretisierung der Leitungspflichten des Vorstands der unverbundenen Aktiengesellschaft	126
I. Bedeutung von Leitung in der unverbundenen Aktiengesellschaft	126
II. Typologische Abgrenzung der Führungsfunktionen	127
1. Unternehmensplanung	128
2. Unternehmenskoordinierung	129
3. Unternehmenskontrolle	130
4. Besetzung von Führungspositionen	131
B. Übertragung der Erkenntnisse auf die Konzernebene – Konkretisierung der Pflicht zur Konzernleitung	132
I. Reichweite der Pflicht zur Konzernplanung	133
1. Reichweite der Pflicht zur Konzernplanung bei faktischer Konzernierung	134
2. Reichweite der Pflicht zur Konzernplanung im Vertragskonzern	135
II. Konzernkoordinierung	137
1. Pflicht zur zentralistischen Konzernführung bei Beherrschungsvertrag ...	138
2. Umfang der Pflicht zur Konzernkoordinierung	140
III. Konzernkontrolle	142
1. Gegenstand der Konzernkontrolle	142
2. Rechtspflicht zur allgemeinen Konzernkontrolle	143
3. Begründung der Rechtspflicht zur allgemeinen Konzernkontrolle bei faktischer Konzernierung	144
4. Begründung der Rechtspflicht zur allgemeinen Konzernkontrolle bei Konzernierung durch Beherrschungsvertrag	145
a) Unverbundene AG: Sicherung von Bestand und dauerhafter Rentabilität	146
b) Modifikation des Unternehmensinteresses durch das Konzerninteresse	147
c) Modifikation des Unternehmensinteresses durch Gefahren für die Konzern-Mutter aus §§ 302 ff. AktG	148

5. Konkretisierung der Pflicht zur Konzernkontrolle durch § 91 Abs. 2 AktG	150
6. Konkretisierung der Pflicht zur Konzernkontrolle durch konzerndimensionale Zustimmungsvorbehalte	155
a) Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG	155
b) Zustimmungsvorbehalt in der Konzern-Mutter mit Konzernbezug nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG	156
c) Zustimmungsvorbehalt bei der Tochter im Fall faktischer Konzernierung	156
d) Konzerndimensionaler Zustimmungsvorbehalt des Mutter-Vorstands für Handlungen des Tochter-Vorstands	158
7. Konkretisierung der Pflicht zur Konzernkontrolle durch Anleihen aus der Betriebswirtschaft	161
a) Voraussetzungen der Verrechtlichung betriebswirtschaftlicher Errungenschaften im Konzernkontext	162
b) Konzernrisikomanagement	162
c) Interne Konzernrevision	163
aa) Gegenstand der internen Konzernrevision	164
bb) Verrechtlichung der internen Konzernrevision	165
d) Konzerncontrolling	168
aa) Gegenstand des Konzerncontrolling	168
bb) Verrechtlichung des Konzerncontrolling	170
IV. Besetzung der Führungspositionen im Konzern	173
V. Pflicht zur Implementierung eines konzernweiten Informations- und Kontrollsystems	175
C. Zusammenfassung	176
§ 6 Auswirkungen einer Konzernierung auf die Compliance-Pflichten des Mutter-Vorstands	178
A. Pflicht zur Compliance-Organisation in der herrschenden Gesellschaft	178
B. Pflicht des Mutter-Vorstands zur konzernweiten Compliance – allgemeine Mindeststandards	178
I. Begrenzung konzernweiter Compliance-Pflichten durch die Beschränktheit konzernbezogener Informationsmöglichkeiten	180
II. Rechtfertigung der allgemeinen Pflicht zur Konzern-Compliance	181
III. Konzernweite Compliance-Pflichten bzgl. Konzernkoordinierung und -kontrolle	182
1. Organisationsermessen hinsichtlich der Koordinierung der Konzern- Compliance	184
2. Klärung der Compliance-Zuständigkeiten und Compliance-Überwachung	185

3. Konzernweiter Compliance-Informationsfluss	188
4. Weitere Mindeststandards der konzernweiten Compliance-Koordinierung und -Kontrolle	190
5. Auswirkungen von § 91 Abs. 2 AktG und des BilMoG	193
6. Verhältnis der Konzern-Compliance zur internen Konzernrevision, Konzerncontrolling und Konzernrisikomanagement	194
IV. Konzernweite Compliance-Pflichten bzgl. Führungsstellen-Besetzung	197
C. Weitergehende konzernweite Compliance-Pflichten im Einzelfall	198
I. Weitergehende Compliance-Pflichten des Mutter-Vorstands bei Compliance- Verstößen in der Tochter-Gesellschaft	199
II. Pflicht zum Hinwirken auf die Implementierung einer Compliance- Organisation durch die Tochter-Gesellschaft	201
III. Weitergehende konzernweite Compliance-Pflichten je nach Ausmaß einheitlicher Leitung oder Bedeutung der Konzernierung	203
IV. Weitergehende konzernweite Compliance-Pflichten durch Ausstrahlung von Konzernorganisationspflichten?	205
1. § 130 Abs. 1 OWiG	205
a) Konzernübergreifende Bußgeldpraxis	206
b) Rechtliche Bewertung der Bußgeldpraxis im Außenverhältnis	207
c) Folgen für das Innenverhältnis	208
aa) Einschränkung der Legalitätspflicht	209
bb) Ermessen hinsichtlich dezentraler Konzernleitung	211
cc) Ermessensreduzierung durch mittelbare Auswirkungen der Bußgeldpraxis	212
2. Umfassende Compliance-Pflichten durch Gesamtanalogie zu Einzelvorschriften	213
D. Zusammenfassung	214
§ 7 Zusammenfassung	217
Literaturverzeichnis	221
Sachregister	242

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BilReG	Bilanzrechtsreformgesetz
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DIRK	Deutscher Investor Relations Kreis
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
etc.	<i>et cetera</i> , lateinisch für „und so weiter“
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IDW EPS	Institut der Wirtschaftsprüfer – Prüfungsstandard-Entwurf
IDW PS	Institut der Wirtschaftsprüfer – Prüfungsstandard
i. e. S.	im engeren Sinn
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (Zeitschrift)
IR	Interne Revision (Zeitschrift)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
KG	Kammergericht (Oberlandesgericht Berlin)
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
lit.	<i>littera</i> , lateinisch für „Buchstabe“
MaIR	Mindestanforderungen an die Interne Revision
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PharmR	Pharma Recht (Zeitschrift)
RegBegr.	Regierungsbegründung
Rn.	Randnummer
S.	Seite bzw. Satz
SOA	Sarbanes-Oxley Act
StGB	Strafgesetzbuch
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
TUG	Transparenzrichtlinien-Umsetzungsgesetz
u. a.	unter anderem, und andere
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungs- rechts
USSG	United States Sentencing Guidelines
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)

vgl.	vergleiche
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
WpDVerOV	Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
zfbf	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
zfo	Zeitschrift Führung + Organisation
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (abrufbar unter www.zis-online.de , letzter Abruf 31.07.2012)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZweR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

§ 1 Einleitung

In der deutschen Aktiengesellschaft ist der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG zur Leitung der Gesellschaft verpflichtet. In Wissenschaft und Praxis wird anhaltend darüber diskutiert, in welchem Ausmaß die Verwaltungsorgane von Kapitalgesellschaften bei deren Leitung organisatorische Vorkehrungen zur Haftungsvermeidung¹ treffen müssen.² Zutage getretene Unternehmensskandale³ wie auch die jüngsten internationalen Wirtschaftskrisen verstärken für den Vorstand das Bedürfnis, im eigenen Unternehmen die richtigen Compliance-Maßnahmen zu ergreifen.⁴ Hinzu tritt, dass das ARAG/Garmenbeck-Urteil des BGH vom 21.4.1997⁵ die Verfolgung von Regressansprüchen nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG gegen den Vorstand durch die Gesellschaft forciert.⁶

Jenseits der Grenzen der eigenen Gesellschaft stellt sich im Fall einer Konzernverbindung aus der Sicht des Mutter-Vorstands die Frage, ob und inwieweit er auch in Tochter-Gesellschaften für Compliance sorgen muss. Ziel der Untersuchung ist es, vor dem Hintergrund möglicher Regressansprüche nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG Existenz und Reichweite einer konzernweiten Compliance-Pflicht des Mutter-Vorstands gegenüber der eigenen Gesellschaft abzustecken. Ansprüche von Tochter-Gesellschaften oder deren Organen gegen den Mutter-Vorstand stehen hin-

¹ Die Gesamtheit jener Maßnahmen bezeichnet man als Compliance. Näheres zur Begriffsbestimmung von Compliance unter § 2 A.

² Vgl. nur die Nachweise in Fn. 282.

³ Siehe z. B. zum ERGO-Sex-Skandal unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/x-ddam-offenbar-sex-skandal-bei-der-ergo-versicherung-laut-zeitungsbericht-rauschende-party-mit-prostituierten-in-budapest-sprecherin-bestaetigt-incentive-1.1099260> (letzter Abruf 31.7.2012); zum Datenschutz-Skandal bei der Deutschen Bahn unter <http://www.welt.de/wirtschaft/article/3455243/Deutsche-Bahn-liess-Journalisten-Mails-ueberpruefen.html> (letzter Abruf 31.7.2012); zum Siemens-Skandal vgl. die Abschlusserklärung seitens der Siemens-AG vom 15.12.2008 zu den Erkenntnissen des gesamten Bestechungs-Skandals anlässlich des Abschlusses der Verfahren in München und den USA abrufbar unter <http://www.siemens.com/press/pool/de/events/2008-12-PK/summary-d.pdf> (letzter Abruf 31.7.2012); zum Korruptions-Skandal bei der MAN siehe unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,623029,0.html> (letzter Abruf 31.7.2012).

⁴ Inzwischen verfügen 44 % aller deutschen Großunternehmen über ein Compliance-Programm. Knapp die Hälfte der deutschen Großunternehmen ohne Compliance-Programm beabsichtigt, innerhalb der nächsten zwei Jahre ein solches einzuführen. Näher hierzu *PricewaterhouseCoopers*, Compliance und Unternehmenskultur, 2010, S. 17, Studie abrufbar unter <http://www.pwc.de/de/risiko-management/studie-untersucht-den-zusammenhang-zwischen-compliance-und-unternehmenskultur-in-grossunternehmen.jhtml> (letzter Abruf 31.7.2012).

⁵ ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 – DStR 1997, 880 ff.

⁶ Kindler, in: Festschrift für Roth, 2011, S. 367 f.

gegen nicht im Mittelpunkt der Untersuchung. Die Bearbeitung konzentriert sich auf Konzernverbindungen, an denen deutsche Aktiengesellschaften beteiligt sind. Fälle der Eingliederung nach §§ 18 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 319ff. AktG werden nicht gesondert erörtert. Durch die Verweisung in § 323 Abs. 1 S. 2 AktG auf die §§ 308 Abs. 2 S. 1, Abs. 3, 309 und 310 AktG sind die für Fälle der Konzernierung durch Beherrschungsvertrag gewonnenen Erkenntnisse auf Fälle der Eingliederung entsprechend übertragbar.

Als Vorfrage der Existenz einer Vorstandspflicht zur Compliance wird im ersten Teil erörtert, in welchem Verhältnis Compliance zu anderen Instrumenten der Unternehmensleitung steht, soweit diese ihrerseits den Charakter einer Vorstandspflicht tragen. Im Fall ursprünglich betriebswirtschaftlich geprägter Instrumente der Unternehmensleitung ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen sie als Gegenstand aktienrechtlicher Vorstandspflichten angesehen werden können. Erst danach werden Existenz und Reichweite der aktienrechtlichen Vorstandspflicht zur Compliance in der unverbundenen Aktiengesellschaft erörtert.

Eine Aussage zur Vorstandspflicht zur Compliance mit Konzernbezug setzt die Bestimmung der allgemeinen Auswirkungen einer Konzernierung auf die Leitungspflichten des Mutter-Vorstands voraus. Dabei ist zu berücksichtigen, welche Wechselwirkungen zwischen den Informationsmöglichkeiten bei faktischer oder vertraglicher Konzernierung und konzernbezogenen Leitungspflichten bestehen. Zur Konkretisierung konzernbezogener Leitungspflichten des Mutter-Vorstands wird sodann auf die aus der Betriebswirtschaft bekannte typologische Abgrenzung der unternehmerischen Führungsfunktionen zurückgegriffen. Hierbei müssen wiederum die Voraussetzungen der Verrechtlichung betriebswirtschaftlicher Errungenschaften beachtet werden. Schließlich werden die so gewonnenen Erkenntnisse zur Beantwortung der Frage nach konzernweiten Compliance-Pflichten des Mutter-Vorstands gegenüber der eigenen Gesellschaft herangezogen.

§ 2 Compliance – Einführung und Abgrenzung

Bevor auf die Reichweite möglicher Compliance-Pflichten einzugehen ist, sollen zunächst Bedeutung, Herkunft und Funktionen der Compliance definiert werden. Außerdem ist der Frage nachzugehen, ob eine etwaige Compliance-Pflicht neben den anderen Instrumenten der Unternehmensleitung überhaupt einen eigenen Anwendungsraum hat.

A. Compliance – Begriffsbestimmung

Im deutschen Recht existiert keine einheitliche, branchenunabhängige und verbindliche Definition des Begriffs der Compliance.⁷ Zwar findet sich in Ziff. 4.1.3 DCGK⁸ seit 2007⁹ die Formulierung „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance)“. Diese Definition erfüllt auf den ersten Blick die Anforderungen an eine Legaldefinition¹⁰. Jedoch bleibt die verbindliche Legaldefinition von Rechtsbegriffen ausschließlich staatlichen Gesetzen vorbehalten.¹¹ Der DCGK ist demgegenüber – trotz der nach § 161 AktG bestehenden Erklärungspflicht – unverbindliches „soft law“¹² und kein Gesetz.¹³

Der Begriff der Compliance stammt ursprünglich aus der anglo-amerikanischen Bankenbranche und ist dort aus der Wendung „to comply with“ entstanden, welche wörtlich mit „einhalten“¹⁴ zu übersetzen ist. Sinngemäß übersetzt bedeutet Com-

⁷ *Kinman*, in: Menzies (Hrsg.), SO und Corporate Compliance, 2006, S. 2.

⁸ Der DCGK ist abrufbar unter www.corporate-governance-code.de (letzter Abruf 31.7.2012). Er ist ausweislich der Absätze 1 und 13 Satz 2 seiner Präambel (Ziff. 1 DCGK) primär an deutsche börsennotierte Gesellschaften adressiert.

⁹ DCGK in der Fassung vom 14.7.2007.

¹⁰ Hierzu allgemein *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 6. Aufl. 2012, Rn. 398.

¹¹ *Musielak*, Grundkurs BGB, 12. Aufl. 2011, Rn. 5 Fn. 4.

¹² *Fischer zu Cramburg*, in: Heidel (Hrsg.), Aktienrecht, 3. Aufl. 2011, DCGK Rn. 3; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 161 Rn. 3; *Semler*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 161 Rn. 29; *Schnabel/Lücke*, in: Lücke/Schaub (Hrsg.), Mandatshandbuch Vorstand der AG, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 49; *Bachmann*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, S. 65, 72; v. *Werder*, DB 2002, 801.

¹³ OLG München, Urteil vom 6.8.2008 – 7 U 5628/7 – BB 2009, 232, 233; *Semler*, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2003, § 161 Rn. 29; *Seibt*, AG 2002, 249, 250.

¹⁴ Langenscheidt, Euro-Wörterbuch, 2011, S. 88.