



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Donovan Lippe

Compliance in Banken und Bankkonzernen

Band 23



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Donovan Lippe

Compliance in Banken und Bankkonzernen

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.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2010
Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2010

978-3-86955-613-0

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2010
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2010
Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-613-0

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 2010/2011 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität in Göttingen als Dissertation angenommen worden. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand vom Dezember 2010.

Zu besonderem Dank bin ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler verpflichtet, der die Anregung für das praktisch und wissenschaftlich aktuelle und reizvolle Thema dieser Arbeit gegeben hatte und an dessen Lehrstuhl ich eineinhalb interessante und lehrreiche Jahre als wissenschaftlicher Mitarbeiter verbringen durfte. Herzlich bedanken möchte ich mich auch für die gesamte Betreuung und die überaus schnelle Erstellung des Erstgutachtens zu dieser Arbeit.

Besonderer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Jürgen Costede für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und für die Beurteilung meiner Arbeit.

Schließlich möchte ich meinen Eltern und Urszula danken, die in vielerlei Hinsicht die Voraussetzungen dafür geschaffen und dazu beigetragen haben, dass diese Arbeit und damit das vorliegende Buch entstehen konnten.

Frankfurt, im Dezember 2010

Donovan Lippe

Literatur

Literatur

- Altmeppen, Holger Die Haftung des Managers im Konzern, München 1998
- Altmeppen, Holger Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 28 (1999), S. 291
- Assmann, Heinz-Dieter Das künftige deutsche Insiderrecht (II), Die Aktiengesellschaft 1994, S. 237
- Assmann, Heinz-Dieter; Schneider, Uwe H. Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 4. Auflage, Köln 2006
- Assmann, Heinz-Dieter; Schneider, Uwe H. Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 5. Auflage, Köln 2009
- Bachelin, Herwig Der konzernrechtliche Minderheitenschutz: die Stellung des außenstehenden Aktionärs in Unternehmensverbindungen, Köln 1969
- Bachmann, Gregor Compliance – Rechtsgrundlagen und offene Fragen, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, Köln 2008, S. 65
- Bauer, Heinrich Genossenschafts-Handbuch, Berlin 2009, Loseblatt
- Baumbach, Adolf; Hueck, Alfred; Hueck, Götz Aktiengesetz Kommentar, 13. Auflage, München 1968
- Baumbach, Adolf; Hueck, Alfred GmbH-Gesetz, Kommentar, 19. Auflage, München 2010
- Bayer, Walter; Habersack, Matthias Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007
- Berg, Cai Korruption in Unternehmen und Risikomanagement nach § 91 Abs. 2 AktG, Die Aktiengesellschaft 2007, S. 271
- Bergmoser, Ulrich; Theusinger, Ingo; Gushurst, Klaus-Peter Corporate Compliance – Grundlagen und Umsetzung, Betriebs-Berater-Special Compliance, 2008, S. 1

Literatur

- Berndt, Thomas;
Hoppler, Ivo
Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance,
Betriebs-Berater 2005, S. 2623
- Bihr, Dietrich;
Kalinowsky, Marc
Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften – Haftungsfalle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer,
Deutsches Steuerrecht 2008, S. 620
- Binder, Jens-Hinrich;
Broichhausen, Thomas N.
Entwicklungslinien und Perspektiven des Europäischen Kapitalmarktrechts,
Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2006, S. 85
- Blasche, Sebastian
Die Mindestanforderungen an ein Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG,
Corporate Compliance Zeitschrift 2009, S. 62
- Bockslaff, Klaus
Die eventuelle Verpflichtung zur Errichtung eines sicherungstechnischen Risikomanagements durch das KonTraG,
Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht 1999, S. 104
- Bohnert, Joachim
Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Auflage,
München 2010
- Bollmann, Christian-Friedrich
Der Schadenersatzanspruch gemäß § 317 AktG bei Schädigung der abhängigen Eine-Person-AG, Berlin 1995
- Bommert, Rainer
Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht,
Köln 1989
- Boos, Karl-Heinz;
Fischer, Reinhard;
Schulte-Mattler, Hermann
Kreditwesengesetz – Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften, 3. Auflage, München 2008
- Borges, Georg
Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht – zur Bindung an Corporate Governance – Kodizes,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 32 (2003), S. 508
- Boujong, Karlheinz
Rechtliche Mindestanforderungen an eine ordnungsgemäße Vorstandskontrolle und –beratung,
Die Aktiengesellschaft 1995, S. 203
- Bous, Ulrich
Die Konzernleitungsmacht im Insolvenzverfahren konzernverbundener Kapitalgesellschaften, Köln, Berlin, Bonn, München 2001

Literatur

- Braun, Carl;
Louven, Christoph Neuregelungen des BilMoG für GmbH-Aufsichtsräte,
GmbH-Rundschau 2009, S. 965
- Brebeck, Frank;
Herrmann, Dagmar Zur Forderung des KonTraG-Entwurfs nach einem
Frühwarnsystem und zu den Konsequenzen für die Jahres-
und Konzernabschlussprüfung,
Die Wirtschaftsprüfung 1997, S. 381
- Brüggemeier, Gert Die Einflussnahme auf die Verwaltung einer
Aktiengesellschaft,
Die Aktiengesellschaft 1988, S. 93
- Buff, Herbert Compliance: Führungskontrolle durch den Verwaltungsrat,
Zürich 2000
- Bürkle, Jürgen Corporate Compliance – Pflicht oder Kür für den Vorstand der
AG?,
Betriebs-Berater 2005, S. 565
- Bürkle, Jürgen Auswirkungen der Unternehmensaufsicht nach dem KWG auf
organisatorische Pflichten von Versicherungsunternehmen,
Wertpapier-Mitteilungen 2005, S. 1496
- Bürkle, Jürgen Corporate Compliance als Standard guter
Unternehmensführung des Deutschen Corporate Governance
Kodex, Betriebs-Berater 2007, S. 1797
- Bürkle, Jürgen Die Compliance-Praxis im Finanzdienstleistungssektor nach
Solvency II,
Corporate Compliance Zeitschrift 2008, S. 50
- Bürkle, Jürgen Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des
Compliance-Officers,
Corporate Compliance Zeitschrift 2010, S. 4
- Burwitz, Gero Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – Eine Analyse des
Regierungsentwurfs und der Änderungsvorschläge des
Bundesrats,
Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, S. 694
- Campos Nave, José A.;
Vogel, Henrik Die erforderliche Veränderung von Corporate Compliance-
Organisationen im Hinblick auf gestiegene
Verantwortlichkeiten des Compliance Officers,
Betriebs-Berater 2009, S. 2546
- Canaris, Claus-Wilhelm Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz; stark
erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen
Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin 1999

Literatur

- Eschenbruch, Klaus Konzernhaftung: Haftung der Unternehmen und der Manager, Düsseldorf 1996
- Exner, Werner Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit: Ein Beitrag zur Gestaltung des aktienrechtlichen Beherrschungsvertrags, Diss. Göttingen 1983
- Fabian, Susanne Inhalt und Auswirkungen des Beherrschungsvertrags, Frankfurt am Main 1997
- Favoccia, Daniela;
Richter, Thomas Rechte, Pflichten und Haftung des Compliance Officers aus zivilrechtlicher Sicht, Die Aktiengesellschaft 2010, S. 137
- Fecker, Jörg;
Kinzl, Ulrich-Peter Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Stellung des Compliance-Officers – Schlussfolgerungen aus der BSR-Entscheidung des BGH, Corporate Compliance Zeitschrift 2010, S. 13
- Fischer, Thomas Strafgesetzbuch: StGB, 58. Auflage, München 2011
- Fleischer, Holger Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, Die Aktiengesellschaft 2003, S. 291
- Fleischer, Holger Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 141
- Fleischer, Holger Konzernleitung und Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, Der Betrieb 2005, S. 759
- Fleischer, Holger Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006
- Fleischer, Holger Die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und das Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – Entstehung, Grundkonzeption, Regelungsschwerpunkte, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2006, S. 389
- Fleischer, Holger Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, Corporate Compliance Zeitschrift 2008, S. 1
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931

Literatur

- Fuchs, Andreas Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, München 2009
- Gansweid, Wolfgang Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1976
- Gaul, Björn; Otto, Björn Auswirkungen des TransPuG auf das Verhältnis zwischen GmbH-Geschäftsführung und Aufsichtsrat, GmbH-Rundschau 2003, S. 6
- Gebauer, Stefan Compliance – Instrument der Selbstkontrolle im Unternehmen, Handbuch Investor Relations, herausgegeben vom Deutschen Investor Relations Kreis (DIRK) e.V., Wiesbaden 2004, S. 505
- Gebauer, Stefan Verdachtsmitteilungen gem. § 10 WpHG – Auslegung und Umsetzung in der Praxis, Kapitalmarkt – Recht und Praxis, Gedächtnisschrift für Ulrich Bosch, 2006, S. 31
- Gernoth, Jan P. Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats im Hinblick auf das Risiko-Management und die daraus resultierenden Haftungsfolgen für den Aufsichtsrat, Deutsches Steuerrecht 2001, S. 299
- Gimbernat Ordeig, Enrique Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 2001
- Gleißner, Werner Grundlagen des Risikomanagements im Unternehmen, München 2008
- von Godin, Reinhard; Wilhelmi, Sylvester Aktiengesetz vom 6. September 1965 – Kommentar, 4. Auflage, Berlin 1971
- Goette, Wulf Leitung, Aufsicht, Haftung – Zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, S. 123
- Goette, Wulf; Habersack, Mathias (Hrsg. d. 3. Auflage); Kropff, Bruno; Semler, Johannes (Hrsg. d. 2. Auflage) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 2, §§ 76 – 116 AktG, MitbestG, DrittelbG, 3. Auflage, München 2008
Band 5/1, §§ 148 – 151, 161 – 178 AktG, §§ 238 – 264 c HGB, 2. Auflage, München 2003
Band 5, §§ 278 – 328 AktG, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht, 3. Auflage, München 2010

Literatur

- Hauschka, Christoph Compliance am Beispiel der Korruptionsbekämpfung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 877
- Hauschka, Christoph Corporate Compliance, 2. Auflage, München 2010
- Hauschka, Christoph Compliance im Gesellschaftsrecht und die aktuellen Entwicklungen in der Diskussion, Verbraucherschutz im Kreditgeschäft – Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 103
- Hausmaninger, Christian;
Ketzer, Manfred Die neue Emittenten-Compliance-Verordnung, Bank-Archiv: Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (ÖBA) 2002, S. 215
- Hefendehl, Roland Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, Juristen-Zeitung 2006, S. 119
- Hegnon, Oliver Aufsicht als Leitungspflicht, Corporate Compliance Zeitschrift 2009, S. 57
- von Hehn, Paul A.;
Hartung Wilhelm Unabhängige interne Untersuchungen in Unternehmen als Instrument guter Corporate Governance – auch in Europa?, Der Betrieb 2006, S. 1909
- Heine, Günter Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden 1995
- Heiser, Kristian J. Interessenkonflikte in der Aktiengesellschaft und ihre Lösung am Beispiel des Zwangsgebots, Hamburg 1999
- Held, Franz Die Garantspflicht des Compliance Officers und die D&O-Versicherung als „Allheilmittel“, Corporate Compliance Zeitschrift 2009, S. 231
- Henze, Hartwig Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft – Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofes, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 3309
- Henze, Hartwig Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, Betriebs-Berater 2000, S. 209
- Hermanns, Ferdinand;
Kleier, Ulrich F. Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, Köln, Berlin, Bonn, München 1987

Literatur

- Hillebrand, Werner Das Früherkennungs- und Überwachungssystem bei Kapitalgesellschaften, Düsseldorf 2005
- Hirte, Heribert;
Möllers, Thomas M.J. Kölner Kommentar zum WpHG, Köln, Berlin, München 2007
- Hoffmann-Becking, Michael Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4: Aktiengesellschaft, 3. Auflage, München 2007
- Hoffmann-Becking, Michael Der Aufsichtsrat im Konzern,
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Band 159 (1995), S. 325
- Hoffmann-Becking, Michael Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 27 (1998), S. 497
- Hommelhoff, Peter Die Konzernleitungspflicht – Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1982
- Hommelhoff, Peter Risikomanagement im GmbH-Recht, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 373
- Hommelhoff, Peter;
Mattheus, Daniela Corporate Governance nach dem KonTraG,
Die Aktiengesellschaft 1998, S. 249
- Hopt, Klaus J.;
Wiedemann, Herbert Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, Berlin 1992 ff.
- von Hoyningen-Huene,
Gerrick;
Powietzka, Arnim Unterrichtung des Aufsichtsrats in der mitbestimmten GmbH,
Betriebs-Berater 2001, S. 529
- Hsü, Yü-hsiu Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, Pfaffenweiler 1986
- Hüffer, Uwe Aktiengesetz, 9. Auflage, München 2010
- Hüneröder, Johann-Friedrich Die Aufsichtspflichtverletzung im Kartellrecht, Bergisch Gladbach 1989
- Illing, Diana;
Umnuß, Karsten Die arbeitsrechtliche Stellung des Compliance Managers – insbesondere Weisungsunterworfenheit und Reportingpflichten,
Corporate Compliance Zeitschrift 2009, S. 1

Literatur

- Immenga, Ulrich Compliance als Rechtspflicht nach Aktienrecht und Sarbanes-Oxley-Act, Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009
- Jäger, Axel Rechtsprechungsbericht: Die Entwicklung der Judikatur zur AG in den Jahren 1999 – 2000, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2001, S. 97
- Jungkurth, Frank Konzernleitung bei der GmbH, Berlin 2000
- Kammerer-Galahn, Gunbritt Compliance – Herausforderung für Unternehmensleiter und deren Rechtsberater, Anwaltsblatt 2009, S. 77
- Kantzas, Ioannis Das Weisungsrecht im Vertragskonzern, Frankfurt am Main 1988
- Kasten, Roman A. Regulierung durch Expertengruppen auf der Ebene der Europäischen Kommission – Lobbyismus oder notwendiger Sachverstand?, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2008, S. 238
- Kellmann, Christof Schadensersatz und Ausgleich im Faktischen Konzern, Betriebs-Berater 1969, S. 1509
- Kiethe, Kurt Anfechtbarer Beschluss über die Entlastung des Aufsichtsrats der AG durch unzureichende Berichterstattung, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2006, S. 888
- Kindl, Johann Die Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung, Köln, Berlin, Bonn, München 1993
- Kirchner, Hildebert;
Pannier, Dietrich Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008
- Klindt, Thomas Nicht-börsliches Compliance-Management als zukünftige Aufgabe der Inhouse-Juristen, Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 3399
- Koch, Jens Der kartellrechtliche Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 171 (2007), S. 554
- Koch, Jens Compliance-Pflichten im Unternehmensverbund?, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2009, S. 1013

Literatur

- Köhler, Helmut
Der Schutz des abhängigen Unternehmens im Schnittpunkt von Kartell- und Konzernrecht,
Neue Juristische Wochenschrift 1978, S. 2473
- Koppensteiner, Hans-Georg
„Faktischer Konzern“ und Konzentration,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 2 (1973), S. 1
- Kort, Michael
Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance,
Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, S. 81
- Kort, Michael
Risikomanagement nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 39 (2010), S. 440
- Kraft, Oliver;
Winkler, Klaus
Zur Garantenstellung des Compliance-Officers – Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?,
Corporate Compliance Zeitschrift 2009, S. 29
- Kremer, Thomas;
Klahold, Christoph
Compliance-Programme in Industriekonzernen,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 39 (2010), S. 113
- Krieger, Gerd;
Schneider, Uwe H.
Handbuch Managerhaftung, 2. Auflage, Köln 2010
- Kromschröder, Bernhard;
Lück, Wolfgang
Grundsätze risikoorientierter Unternehmensüberwachung,
Der Betrieb 1998, S. 1573
- Kropff, Bruno
Zur Konzernleitungspflicht,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 13 (1984), S. 112
- Kropff, Bruno
Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1993
- Kropff, Bruno
Zur Information des Aufsichtsrats über das interne Überwachungssystem,
Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2003, S. 346
- Kropff, Bruno
Informationsbeschaffungspflichten des Aufsichtsrats,
Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, S. 225
- Kuhlmann, Jens;
Ahnis, Erik
Konzernrecht, München 2001

Literatur

- Kuhl, Karin;
Nickel, Johann-Peter
Risikomanagement im Unternehmen – Stellt das KonTraG neue Anforderungen an die Unternehmen?,
Der Betrieb 1999, S. 133
- Kümpel, Siegfried
Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage, Köln 2011
- Kuthe, Thorsten;
Zipperle, Madeleine
MaComp – Compliance-Standards für alle?,
Corporate Finance Law 2010, S. 337
- Lackhoff, Klaus;
Schulz, Martin
Das Unternehmen als Gefahrenquelle? Compliance-Risiken für Unternehmensleiter und Mitarbeiter,
Corporate Compliance Zeitschrift 2010, S. 81
- Lackner, Karl;
Kühl, Kristian
Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2011
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm;
Rissing-van Saan, Ruth;
Tiedemann, Klaus
Leipziger Kommentar StGB, 12. Auflage, Berlin 2007
- Lanfermann, Georg;
Maul, Silja
EU-Prüferrichtlinie: Neue Mindestanforderungen für Audit Committees,
Der Betrieb 2006, S. 1505
- Lanfermann, Georg;
Röhricht, Victoria
Pflichten des Prüfungsausschusses nach dem BilMoG,
Betriebs-Berater 2009, S. 887
- Lang, Volker
Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen,
München 2003
- Lang, Johann;
Weidmüller, Ludwig
Genossenschaftsgesetz, 36. Auflage, Berlin 2008
- Lange, Knut Werner;
Wall, Friederike
Risikomanagement nach dem KonTraG, München 2001
- Lebherz, Axel
Emittenten-Compliance – Organisation zur Sicherstellung eines rechtskonformen Publizitätsverhaltens, Baden-Baden 2008
- Leo, Hans-Christoph
Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht,
Die Aktiengesellschaft 1965, S. 352
- Lerche, Peter
Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, Berlin, New York 1996, S. 215

Literatur

- Liebscher, Thomas GmbH-Konzernrecht, München 2006
- Liese, Jens Much Adoe About Nothing? oder: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, eine Compliance-Organisation zu implementieren?,
BB-Special Compliance 2008, S. 17
- Limmer, Peter Die Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns: haftungsrechtliche Konsequenzen von Konzernleitung und –organisation, Köln 1992
- Löbke, Marc Unternehmenskontrolle im Konzern, Heidelberg 2003
- Lösler, Thomas Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, Berlin 2003
- Lösler, Thomas Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht,
Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2005, S. 104
- Lösler, Thomas Spannungen zwischen der Effizienz der internen Compliance und möglichen Reporting-Pflichten des Compliance-Officers,
Wertpapier-Mitteilungen 2007, S. 676
- Lösler, Thomas Zur Rolle und Stellung des Compliance-Beauftragten,
Wertpapier-Mitteilungen 2008, S. 1098
- Lösler, Thomas Die Mindestanforderungen an Compliance und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG (MaComp),
Wertpapier-Mitteilungen 2010, S. 1917
- Lück, Wolfgang Elemente eines Risikomanagementsystems,
Der Betrieb 1998, S. 8
- Lück, Wolfgang Der Umgang mit unternehmerischen Risiken durch ein Risiko-Managementssystem und durch ein Überwachungssystem,
Der Betrieb 1998, S. 1925
- Lück, Wolfgang Managementrisiken im Risikomanagementsystem,
Der Betrieb 2000, S. 1473
- Lutter, Marcus Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 11 (1982), S. 244
- Lutter, Marcus Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band 16 (1987), S. 324

Literatur

- Lutter, Marcus 100 Bände BGHZ: Konzernrecht, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Band 151 (1987), S. 444
- Lutter, Marcus Haftung aus Konzernvertrauen?, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997
- Lutter, Marcus Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers, GmbH-Rundschau 2000, S. 301
- Lutter, Marcus Vergleichende Corporate Governance – Die deutsche Sicht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 30 (2001), S. 224
- Lutter, Marcus Information und Vertraulichkeit, 3. Auflage, Köln, Berlin, München 2006
- Lutter, Marcus Deutscher Corporate Governance Kodex und die Erklärungen nach § 161 AktG, Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, Tübingen 2006, S. 871
- Lutter, Marcus Interessenkonflikte und Business Judgement Rule, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, München 2007, S. 245
- Lutter, Marcus Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 841
- Lutter, Marcus Der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung, Die Aktiengesellschaft 2008, S. 1
- Lutter, Marcus Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 615
- Lutter, Marcus Professionalisierung des Aufsichtsrats, Der Betrieb 2009, S. 775
- Lutter, Marcus; Hommelhoff, Peter GmbH-Gesetz Kommentar, 17. Auflage, Köln 2009
- Marsch-Barner, Reinhard; Schäfer, Frank A. Handbuch börsennotierte AG, 2. Auflage, Köln 2009
- Martens, Klaus-Peter Der Ausschluss des Bezugsrechts: BGHZ 33, S. 175 – Zum Interesse an wirtschaftlicher Selbständigkeit, Festschrift für Robert Fischer, Berlin, New York 1979, S. 437

Literatur

- Martens, Klaus-Peter Die Organisation des Konzernvorstands, Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag, Berlin 1991, S. 523
- Maschke, Günter Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, Berlin 1997
- Maser, Peter;
Bäumker, Michael Steigende Anforderungen an die Berichtspflicht des Aufsichtsrats?, Die Aktiengesellschaft 2005, S. 906
- Meier-Greve, Daniel Vorstandshaftung wegen mangelhafter Corporate Compliance, Betriebs-Berater 2009, S. 2555
- Menzies, Christof Sarbanes-Oxley und Corporate Compliance, Stuttgart 2006
- Merle, Werner Die eingetragene Genossenschaft als abhängiges Unternehmen, Die Aktiengesellschaft 1979, S. 265
- Michalski, Lutz Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, München 2010
- Moll, Martin;
Niedermeier, Elvira Die neuen regulatorischen Anforderungen aus Brüssel, Versicherungswirtschaft 2006, S. 2001
- Mülbert, Peter O. Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt: Die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutz, München 1995
- Müller, Klaus Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 6 (1977), S. 1
- Müller, Klaus Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 2. Auflage, Bielefeld 1996
- Niermann, Stephan Die Compliance-Organisation im Zeitalter der MaComp – eine Analyse ausgewählter Fragen, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2010, S. 400
- Nowak, Eric;
Rott, Roland;
Mahr, Till G. Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt? – Eine empirische Analyse der Selbstregulierung und Kapitalmarktrelevanz des Deutschen Corporate Governance Kodex, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 34 (2005), S. 252

Literatur

- Schiessl, Maximilian
Gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliche Probleme der
Spartenorganisation (Divisionalisierung),
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 21
(1992), S. 64
- Schimansky, Herbert;
Bunte, Hermann-Josef;
Lwowski, Hans-Jürgen
Bankrechts-Handbuch, 3. Auflage, München 2007
- Schmidbauer, Rainer
Risikomanagement im Kontext wertorientierter
Unternehmensführung,
Der Betrieb 2000, S. 153
- Schmidt, Karsten
Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München
2002
- Schmidt, Karsten;
Lutter, Marcus
Aktiengesetz: Kommentar, 2. Auflage, Köln 2010
- Schmolke, Klaus Ulrich
Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht –
Eine Zwischenbilanz,
Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2005, S. 912
- Schneider, Sven H.;
Schneider, Uwe H.
Vorstandshaftung im Konzern,
Die Aktiengesellschaft 2005, S. 57
- Schneider, Thomas
Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der
gesellschaftsrechtlichen und bankaufsichtsrechtlichen
Anforderungen an Risikomanagement auf Gruppenebene,
Berlin 2009
- Schneider, Uwe H.
Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im
Konzern,
Zeitschrift für Handelsrecht Band 143 (1979), S. 485
- Schneider, Uwe H.
Konzernbildung, Konzernleitung und Verlustausgleich im
Konzernrecht der Personengesellschaften,
Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 9
(1980), S. 511
- Schneider, Uwe H.
Konzernleitung als Rechtsproblem,
Betriebs-Berater 1981, S. 249
- Schneider, Uwe H.
Die Wahrung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch den
Geschäftsführer, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln
1992, S. 473

Literatur

- Schneider, Uwe H. Die Überlagerung des Konzernrechts durch öffentlich-rechtliche Strukturnormen und Organisationspflichten, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 25 (1996), S. 225
- Schneider, Uwe H. Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003, S. 645
- Schneider, Uwe H. Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens im Konzern, Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 621
- Schneider, Uwe H. Compliance im Konzern, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, S. 1321
- Schneider, Uwe H.;
Schneider, Sven H. Konzern-Compliance als Aufgabe der Konzernleitung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 2061
- Schoberth, Joerg;
Servatius, Hans-Gerd;
Thees, Alexander Anforderungen an die Gestaltung von internen Kontrollsystemen, Betriebs-Berater 2006, S. 2571
- Schönke, Adolf;
Schröder, Horst Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage, Köln 2010
- Schubert, Thomas;
Grießmann, Gundula Solvency II = Basel II + X – Ein Vergleich von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen zeigt, dass Banken eher von der Assekuranz lernen können, Versicherungswirtschaft 2004, S. 1399
- Schünemann, Bernd Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln 1979
- Schünemann, Bernd Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, Zeitschrift für Wirtschaft Steuer Strafrecht 1982, S. 41
- Schünemann, Bernd Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 96 (1984), S. 287
- Schürle, Thomas;
Olbers, Lucie Anne Mary Compliance-Verantwortung in der AG – Praktische Empfehlungen zur Haftungsbegrenzung an Vorstände und Aufsichtsräte, Corporate Compliance Zeitschrift 2010, S. 102

Literatur

- Schwark, Eberhard;
Zimmer, Daniel Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Auflage, München 2010
- Schwedhelm, Rolf Tax Compliance – mehr als ein Trend?, Anwaltsblatt 2009, S. 90
- Schweizer, Thilo Insiderverbote Interessenkonflikte und Compliance – Auswirkungen der Insiderregulierung auf deutsche Banken, Berlin 1996
- Schwennicke, Andreas;
Auerbach, Dirk Kreditwesengesetz Kommentar, München 2009
- Schwung, Siegfried Corporate Governance / Compliance und der Syndikusanwalt, Anwaltsblatt 2007, S. 14
- Seibert, Ulrich Die Entstehung des § 91 Abs. 2 AktG im KonTraG – „Risikomanagement“ oder „Frühwarnsystem“?, Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 2000, S. 427
- Semler, Johannes Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996
- Senge, Lothar Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Auflage, München 2006
- Sieg, Rainer Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009
- Siegwart, Hans;
Mahari, Julian;
Ruffner, Markus Corporate Governance, shareholder value & finance, Basel 2002
- Sina, Peter Grenzen des Konzern-Weisungsrechts nach § 308 AktG, Die Aktiengesellschaft 1991, S. 1
- Spindler, Gerald Compliance in der multinationalen Bankengruppe, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2008, S. 905
- Spindler, Gerald Von der Früherkennung von Risiken zum umfassenden Risikomanagement – zum Wandel des § 91 AktG unter europäischem Einfluss, Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 983
- Spindler, Gerald;
Stilz, Eberhard Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2010

Literatur

- Spindler, Gerald;
Kasten, Roman A. Organisationsverpflichtungen nach der MiFID und ihre Umsetzung,
Die Aktiengesellschaft 2006, S. 785
- von Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 830 – 838, Berlin 2008
- Stober, Rolf Ist der Ehrbare Kaufmann der Schlüssel für Compliance-Anforderungen?,
Neue Juristische Wochenschrift 2010, S. 1573
- Streck, Michael;
Binnewies, Burkhard Tax-Compliance,
Deutsches Steuerrecht 2009, S. 229
- Sünner, Eckart Anfechtung eines Hauptversammlungs-Entlastungsbeschlusses,
Die Aktiengesellschaft 2006, S. 450
- Theisen, Manuel René Information und Berichterstattung des Aufsichtsrats, Stuttgart 2007
- Thiemann, Werner Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen,
Bochum 1976
- Tiedemann, Klaus Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht,
Neue Juristische Wochenschrift 1979, S. 1849
- Tiedemann, Klaus Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und allgemeiner Teil,
3. Auflage, Köln, München 2010
- Timm, Wolfram Grundfragen des „qualifizierten“ faktischen Konzerns im Aktienrecht – Bemerkung zur „Banning“-Entscheidung des OLG Hamm vom 3.11.1986,
Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 977
- Timm, Wolfram Mehrfachvertretung im Konzern,
Archiv für die civilistische Praxis Band 193 (1993), S. 423
- Timmann, Henrik Die Durchsetzung von Konzerninteressen in der Satzung der abhängigen Aktiengesellschaft: Möglichkeiten und Grenzen der statutarischen Indienststellung von Konzerntöchtern,
Baden-Baden 2001
- Tinnefeld, Marie-Theres;
Rauhofer, Judith Whistleblower: Verantwortungsbewusste Mitarbeiter oder Denunzianten?,
Datenschutz und Datensicherheit 2008, S. 717

Literatur

- Tödtmann, Ulrich;
Schauer, Michael Der Corporate Governance Kodex zieht scharf,
Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, S. 995
- Tröger, Tobias Treupflicht im Konzernrecht, Köln, Berlin, Bonn, München
2000
- Ulmer, Peter Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim
Fehlen von Minderheitsgesellschaftern,
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Band 148 (1984), S. 391
- Ulmer, Peter;
Habersack, Mathias;
Winter, Martin Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter
Haftung (GmbHG) Großkommentar, Tübingen 2005 - 2008
- Veil, Rüdiger Unternehmensverträge, Tübingen 2003
- Veil, Rüdiger Compliance-Organisationen im
Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zeitalter der MiFID
– Regelungskonzepte und Rechtsprobleme,
Wertpapier-Mitteilungen 2008, S. 1093
- Vetter, Eberhard Deutscher Corporate Governance Kodex,
Deutsche Notar-Zeitschrift 2003, S. 748
- Vetter, Eberhard Die Berichterstattung des Aufsichtsrates an die
Hauptversammlung als Bestandteil seiner
Überwachungsaufgabe,
Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 257
- Vetter, Eberhard Der Deutsche Corporate Governance Kodex nur ein zahnloser
Tiger? – Zur Bedeutung von § 161 AktG für Beschlüsse der
Hauptversammlung,
Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, S. 121
- Völter, Michael Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 3. Auflage,
Stuttgart 1999
- Wackerbarth, Ulrich Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen
Unternehmensgruppe, München 2001
- Wagner, Andreas;
Seidel, Christian Ethik in der Bankenpraxis, Frankfurt am Main 2004
- Warneke, Nikolai Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten,
Neue Zeitschrift für Strafrecht 2010, S. 312

Literatur

- Weber-Rey, Daniela
Gesellschafts- und aufsichtsrechtliche Herausforderungen an die Unternehmensorganisation – Aktuelle Entwicklungen im Bereich Corporate Governance, Compliance und Risikomanagement,
Die Aktiengesellschaft 2008, S. 345
- von Werder, Axel
Der Deutsche Corporate Governance Kodex – Grundlagen und Einzelbestimmungen,
Der Betrieb 2002, S. 801
- Westermann, Harry
Die unternehmerische Leitungsmacht des Vorstandes der Genossenschaft nach geltendem und zukünftigem Genossenschaftsrecht im Vergleich zur Leitungsmacht des Vorstandes der AG, Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag, Köln 1972, S. 359
- Wiedemann, Gerhard
Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2008
- Wiedemann, Herbert
Minderheitsrechte ernstgenommen – Gedanken aus Anlass der Magna Media Entscheidung BayObLG ZIP 1998, 2002, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band 28 (1999), S. 857
- Wimmer, Konrad
MaRisk: Überblick und Konsequenzen für die Geschäftsleitung,
Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2006, S. 146
- Winter, Martin
Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 1101
- Wirth, Christian;
Paul, Frederik
Organisationspflichten nach § 64a VAG – beginnende Vereinheitlichung der Organisationspflichten in der Finanzwirtschaft,
Corporate Compliance Zeitschrift 2010, S. 95
- Wirtz, Markus M.
Die Aufsichtspflichten des Vorstandes nach OWiG und KonTraG,
Wirtschaft und Wettbewerb 2001, S. 342
- Wisskirchen, Gerlind;
Körper, Anke;
Bissels, Alexander
„Whistleblowing“ und „Ethikhotlines“ – Probleme des deutschen Arbeits- und Datenschutzrechts,
Betriebs-Berater 2006, S. 1567
- Wittig, Arne
Reform der Corporate Governance von Finanzinstituten als Reaktion auf die Finanzmarktkrise,
Wertpapier-Mitteilungen 2010, S. 2337

Gliederung

A. Einleitung

I. Fragestellung und Ziel der Arbeit	1
II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten	1
III. Gang der Untersuchung	19

B. Die Pflicht zur Compliance und zur Einrichtung einer Compliance-Organisation

I. Organisationspflichten als Ursprung heutiger Compliance	20
II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht	22
III. Compliance-Organisationspflicht im Deutschen Corporate Governance Kodex	50
IV. Compliance-Organisationspflicht im Bank- und Kapitalmarktrecht	52
V. Compliance-Organisationspflicht im Versicherungsaufsichtsrecht	68
VI. Compliance-Organisationspflicht im Strafrecht	74

C. Einzelbereiche der Compliance

I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung	78
II. Die Compliance-Verantwortung des Überwachungsorgans	85
III. Die Compliance-Funktion	102
IV. Der Compliance-Beauftragte	143

D. Compliance im Bankkonzern

I. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation	178
II. Konzernrechtliche Grenzen einer konzernweiten Compliance-Organisation	196
III. Das Verhältnis gruppen- und einzelunternehmensbezogener Compliancepflichten	210
IV. Konzernrechtliche Besonderheiten ausgewählter Compliance-Problemstellungen	212

E. Schluss

I. Compliance in Banken (Einzelunternehmen)	218
II. Compliance im Bankkonzern	224

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung

Literatur	I
Gliederung	XXVII
Inhaltsverzeichnis	XXVIII
A. Einleitung	1
I. Fragestellung und Ziel der Arbeit	1
II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten	1
1. (Corporate) Compliance	2
a. Wertpapier-Compliance	7
b. Kapitalmarkt-Compliance	7
c. Kartellrechts-Compliance	8
d. Tax-Compliance	8
e. Compliance im engeren Sinn	8
f. Compliance im weiteren Sinn	8
g. Compliance-System bzw. –Organisation im engeren Sinn	9
2. Internes Kontrollsystem	9
3. Corporate Governance	10
4. Risikomanagement (risk management)	11
5. GRC-Ansatz	13
6. Innenrevision	14
7. Rechtsabteilung	15
8. Aufsichtsrat	16
9. Prüfungsausschuss (audit committee)	17
III. Gang der Untersuchung	19
B. Die Pflicht zur Compliance und zur Einrichtung einer Compliance-Organisation	20
I. Organisationspflichten als Ursprung heutiger Compliance	20
II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht	22
1. AG	23
a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. §§ 76, 93 AktG	24
aa. Organisationspflichten als Teil der Leitungspflicht	24
bb. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Leitungspflicht nur in Verbindung mit § 91 Abs. 2 AktG?	25
cc. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Pflicht oder als Ermessensfrage	25
aaa. Allgemeine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation	26
bbb. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Ermessensfrage	26
ccc. Stellungnahme	26
dd. Ergebnis – Compliance-Organisationspflicht im Einzelfall möglich	27
b. Organisationspflichten nach § 91 Abs. 2 AktG	28
aa. Verhältnis des § 91 Abs. 2 AktG zu § 93 AktG	28
bb. Das Früherkennungssystem des § 91 Abs. 2 AktG	29
aaa. Überwachung der „geeigneten Maßnahmen“	30
bbb. Umfassendes Überwachungssystem	31

ccc. vermittelnde Auffassung – Zweistufiges System	31
ddd. Stellungnahme	32
c. Zusammenfassung – Compliance im Vorstandsrecht (AG)	35
d. Änderung des § 107 AktG durch das BilMoG	35
2. GmbH	37
a. Die Leitungsaufgabe der Geschäftsführung gem. § 43 Abs. 1 GmbHG	37
b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG	38
aa. Analoge Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG	38
bb. Ausstrahlungswirkung von § 91 Abs. 2 AktG – Anwendung in Einzelfällen	38
cc. Teilweise analoge Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG	40
dd. Stellungnahme	41
c. Zusammenfassung – Compliance im Geschäftsführerrecht	43
3. eG	44
a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. den §§ 27 Abs. 1, 34 Abs. 1 GenG	44
b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG	44
c. Zusammenfassung – Compliance im Vorstandsrecht (eG)	46
4. AöR (Landesbanken und Sparkassen)	47
a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands	47
b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG	48
c. Zusammenfassung – Compliance im Vorstandsrecht (AöR)	49
5. Ergebnis – Compliance im Gesellschaftsrecht	49
III. Compliance-Organisationspflicht im Deutschen Corporate Governance Kodex	50
1. Anwendungsbereich und Verbindlichkeit des DCGK	50
2. Der Begriff „Compliance“ im DCGK	51
IV. Compliance-Organisationspflicht im Bank- und Kapitalmarktrecht	52
1. § 25a KWG	54
a. Entwicklung der Norm und des compliancerelevanten Inhalts	54
b. Zusammenfassung – Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation	56
c. Ergänzung durch MaRisk	57
d. Analoge Anwendung von § 25a KWG auf Nicht-Kredit- bzw. Nicht-Finanzdienstleistungsinstitute	57
e. Zusammenfassung	59
2. § 33 WpHG	59
a. Entwicklung der Norm und des compliancerelevanten Inhalts	59
b. Konkretisierung durch WpDVerOV	60
c. Konkretisierung durch MaComp	62
d. Analoge Anwendung von § 33 WpHG auf Nicht-WP-Dienstleister	62
e. Zusammenfassung	64
3. Verhältnis des § 25a KWG zum § 33 WpHG	65
a. Reichweite der Normen	65
b. Bedeutung der Unterscheidung im Universalbankensystem	66
c. Verdichtung des Organisationsermessens	66
d. Zusammenfassung	67
4. Auswirkungen der Finanzmarktkrise	67
V. Compliance-Organisationspflicht im Versicherungsaufsichtsrecht	68
1. Solvency II – zukünftige Entwicklungen im Versicherungsaufsichtsrecht	69
a. Stand des Projekts	69

b. Die Anforderungen von Solvency II im Einzelnen	70
2. § 64a VAG	72
3. MaRisk VA	73
4. Auswirkungen auf das Bankaufsichtsrecht	73
VI. Compliance-Organisationspflicht im Strafrecht	74
1. OWiG	74
2. StGB	76
3. Ergebnis	77
C. Einzelbereiche der Compliance	78
I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung	78
1. Allgemeine (gesellschaftsrechtliche) Compliance-Verantwortung	79
2. Spezialgesetzliche Compliance-Verantwortung	79
a. Organisatorische Vorgaben von § 25 a KWG i.V.m. MaRisk	80
b. Organisatorische Vorgaben von § 33 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV	80
aa. Organisatorische und inhaltliche Vorgaben – WpDVerOV	81
aaa. Inhaltliche Vorgaben	81
(1) Aufdeckung von Gefahren und Risiken	81
(2) Beschränkung von Gefahren und Risiken / Ermöglichung effektiver Aufsicht	83
(3) Überwachung und Bewertung durch die Compliance-Funktion	83
(4) Beratung und Unterstützung durch die Compliance-Funktion	83
bbb. Organisatorische Vorgaben – Bestellung eines Compliance-Beauftragten	84
bb. Organisatorische und inhaltliche Vorgaben – MaComp	84
c. Zusammenfassung und Ergebnis	84
II. Die Compliance-Verantwortung des Überwachungsorgans	85
1. Compliance als Teil der Überwachungsaufgabe	85
a. Überwachungsaufgabe in der Aktiengesellschaft	85
b. Überwachungsaufgabe in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung	86
c. Überwachungsaufgabe in der eingetragenen Genossenschaft	87
d. Überwachungsaufgabe in der AöR (Landesbanken und Sparkassen)	87
2. Durchführung der Überwachung im Hinblick auf Compliance	88
a. Schriftlicher Nachweis und Erläuterung des Compliance-Systems	89
b. Überprüfung des Compliance-Systems	89
c. Inhaltliche Überprüfung / Plausibilitätskontrolle	92
3. Die Compliance-Überwachung als Aufgabe des Prüfungsausschusses	92
a. AG	93
b. GmbH	93
aa. Obligatorischer Aufsichtsrat nach DrittelbG und MitbestG	94
bb. Fakultativer Aufsichtsrat	94
cc. GmbH ohne Aufsichtsrat	94
c. eG	95
d. AöR (Landesbanken und Sparkassen)	95
e. Zusammenfassung	96
4. Berichte der Geschäftsleitung als Grundlage der Compliance-Überwachung	96
a. AG	96
b. GmbH	97
c. eG	98

d. AöR (Landesbanken und Sparkassen)	98
5. Die Berichtspflicht des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung	99
a. AG	99
b. GmbH	100
c. eG	100
d. AöR (Landesbanken und Sparkassen)	101
6. Zusammenfassung	101
III. Die Compliance-Funktion	102
1. Stellung der Compliance-Funktion im Unternehmen	102
a. Rechtsnatur der Compliance-Funktion	103
b. Kompetenzen der Compliance-Funktion	104
c. Personelle Ausstattung / Qualifikation der Compliance-Mitarbeiter	106
aa. Quantität der Compliance-Mitarbeiter	107
bb. Qualität der Compliance-Mitarbeiter	107
d. Unabhängigkeit der Compliance-Funktion	108
aa. Disziplinarische Unabhängigkeit	108
bb. Organisatorische Unabhängigkeit / Trennung vom operativen Geschäft	109
cc. Finanzielle Unabhängigkeit	111
aaa. Vergütung	111
(1) Anforderungen an die Vergütung durch § 12 WpDVerOV	112
(2) Anforderungen an die Vergütung durch die MaComp	112
(3) Voraussetzungen der Zulässigkeit erfolgsabhängiger Vergütung im Einzelfall	113
bbb. Budget	114
e. Integration mit anderen Abteilungen des Unternehmens	115
aa. Compliance-Funktion und Innenrevision	116
bb. Compliance-Funktion und Risikomanagement	117
cc. Compliance-Funktion und Rechtsabteilung	118
dd. Ergebnis – Auswirkungen der MaComp	119
2. Organisation der Compliance-Funktion	121
3. Aufgaben der Compliance-Funktion	121
a. Überwachung (Monitoring)	122
aa. Identifizierung von Interessenkonflikten	123
bb. Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht	124
aaa. Rechtliche Grundlage der Pflicht zur Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht	125
(1) Pflicht zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen auf Grundlage von § 33 WpHG	125
(2) Pflicht zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen auf Grundlage von § 10 WpHG	126
(3) Ergebnis	127
bbb. Inhalt und Ausübung der Pflicht zur Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht	127
(1) Insiderliste (Watch List)	128
(2) Sperrliste (Restricted List)	129
cc. Überwachung einzelner Transaktionen	130
b. Risikobewertung und –reporting	131
aa. Risikobewertung	131

bb. Risikoreporting _____	131
aaa. Gesetzliche Grundlage der Reportingpflicht _____	132
bbb. Anforderungen des Basel Committee on Banking Supervision _____	132
ccc. Anforderungen durch die MaComp _____	133
ddd. Risikoreporting in der Praxis _____	134
c. Beratung und Unterstützung _____	134
aa. Beratung _____	134
bb. Schulung _____	135
cc. Handbücher, Anweisungen und sonstige schriftliche Verhaltensregeln _____	136
d. Weitere Aufgaben der Compliance-Funktion nach den MaComp _____	137
4. Möglichkeit des Outsourcing der Compliance-Funktion (oder Compliance-Organisation) _____	139
a. Outsourcing der Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG _____	139
b. Outsourcing der Compliance-Organisation _____	140
5. Einrichtung einer Whistleblower-Hotline _____	141
a. Aufgabe und Tätigkeit einer Whistleblower-Hotline _____	141
b. Zulässigkeit von Whistleblower-Hotlines nach deutschem Recht _____	142
c. Pflicht zur Einrichtung einer Whistleblower-Hotline gem. § 33 WpHG _____	142
d. Ergebnis _____	143
IV. Der Compliance-Beauftragte _____	143
1. Der Compliance-Beauftragte gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV und den BCBS-Empfehlungen _____	143
2. Die erforderliche Qualifikation des Compliance-Beauftragten _____	144
3. Der Stellvertreter des Compliance-Beauftragten _____	147
4. Die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten _____	147
a. Die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG _____	147
b. Die Unabhängigkeit verschiedener Unternehmensbeauftragter _____	147
c. Analoge Anwendbarkeit der Regelungen zu Unternehmensbeauftragten auf den Compliance-Beauftragten _____	148
aa. Planwidrige Regelungslücke _____	148
bb. Vergleichbare Interessenlage _____	149
aaa. Gesetzliche Anordnung der Bestellung _____	149
bbb. Pflichtaufgaben und Kompetenzen kraft Gesetzes _____	150
ccc. Unternehmensinterner Schutz von Allgemeinwohlbelangen _____	151
ddd. Ergebnis zur Vergleichbarkeit der Interessenlage _____	151
cc. Ergebnis zur analogen Anwendbarkeit der Regelungen zu Unternehmensbeauftragten _____	152
d. Unabhängigkeit nach den MaComp _____	152
aa. Disziplinarische Unabhängigkeit nach den MaComp _____	152
bb. Organisatorische Unabhängigkeit nach den MaComp _____	152
cc. Amtszeit und Kündigungsfrist _____	153
dd. Finanzielle Unabhängigkeit _____	153
ee. Anzeigepflichten des Unternehmens gegenüber der BaFin _____	153
ff. Übereinstimmung durch die Geschäftsleitung _____	154
5. Kompetenzen (und zusätzliche Pflichten) des Compliance-Beauftragten _____	155
a. Weisungsbefugnisse des Compliance-Beauftragten _____	155

aa. Notwendigkeit der Ausstattung des Compliance-Beauftragten (und der Compliance-Funktion) mit Weisungsbefugnissen _____	155
bb. Weisungsbefugnisse ausschließlich für die Geschäftsleitung _____	156
cc. Ergebnis – Keine Weisungsbefugnisse für die Compliance-Funktion im Allgemeinen und den Compliance-Beauftragten im Speziellen _____	157
b. Beauftragung externer Experten _____	158
c. Das Verhältnis des Compliance-Beauftragten zur BaFin _____	159
aa. Anzeigepflicht _____	159
bb. Der Compliance-Beauftragte als Ansprechpartner für die BaFin _____	160
6. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance-Beauftragten _____	160
a. Zur Garantienpflicht eines Compliance-Beauftragten vor dem Urteil des 5. Strafsenats des BGH _____	160
b. Das BGH-Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08 _____	162
c. Die Reaktionen aus der Literatur _____	163
aa. Inhaltliche Auseinandersetzung mit dem obiter dictum des BGH zur Garantenstellung des Compliance Officers _____	163
aaa. Kritik an der Auffassung des BGH _____	163
(1) Keine Herleitung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus der arbeitsvertraglichen oder funktionellen Ausgestaltung der Position des Compliance Officers _____	163
(2) Keine Herleitung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus einer Vergleichbarkeit mit Betriebsbeauftragten _____	164
(3) Abgeleitete Garantienpflicht aus der Geschäftsherrenhaftung _____	165
(4) Begrenzung der strafrechtlichen Verantwortung _____	166
(5) Der Compliance Officer als Täter oder als Gehilfe? _____	167
(6) Zusammenfassung _____	168
bbb. Grundsätzliche Zustimmung zur Annahme einer Garantienstellung des Compliance Officers _____	168
bb. Praktische Schlussfolgerungen _____	170
d. Stellungnahme _____	171
aa. Garantienstellung _____	171
bb. Beschränkung durch Arbeitsvertrag und Stellenbeschreibung _____	173
cc. Praktisch geringe Gefahr strafrechtlicher Sanktionen _____	173
aaa. Der vorsätzliche unterlassende Compliance Officer _____	173
bbb. Der fahrlässig unterlassende Compliance Officer _____	174
e. Konsequenz: D&O-Versicherung für Compliance-Beauftragte? _____	175
D. Compliance im Bankkonzern _____	177
I. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation _____	178
1. Die gesellschaftsrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance- Organisationspflicht _____	178
a. Compliance-Organisationspflicht im Interesse der „eigenen“ Gesellschaft _____	178
aa. Die Leitungsverantwortung der Konzernleitung _____	179
bb. Compliance-Organisationspflichten auf Grundlage der Leitungsaufgabe der Konzernleitung _____	180
aaa. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Konzernleitungspflicht _____	180
bbb. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Pflicht zur Oberleitung _____	181
ccc. Stellungnahme _____	181

cc. Ergebnis zur Compliance-Organisationspflicht im Interesse der „eigenen“ Gesellschaft _____	182
b. Compliance-Organisationspflicht gegenüber den abhängigen Konzerngesellschaften _____	182
aa. Die Verantwortlichkeit der Konzernleitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft _____	182
bb. Stellungnahme _____	183
c. Zusammenfassung – Gesellschaftsrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht _____	184
2. DCGK _____	185
3. Die strafrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht _____	185
a. OWiG _____	185
b. GwG _____	187
aa. § 15 GwG aF _____	187
bb. Die Neufassung des GwG _____	188
cc. Ergebnis – konzernweite Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage des GwG? _____	189
4. Die bank- und kapitalmarktrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance- Organisationspflicht _____	189
a. § 25a Abs. 1a KWG _____	189
b. § 33 Abs. 1 WpHG _____	191
5. Internationale Anforderungen _____	192
6. Tendenzen internationaler Rechtsprechung und nationaler Verwaltungspraxis _____	193
a. Bundeskartellamt – ETEX-Entscheidung _____	193
b. EuGH – Akzo-Entscheidung _____	194
c. Schweizerisches Bundesstrafgericht – Supergun-Entscheidung _____	194
7. Ergebnis _____	194
a. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation _____	195
b. Organisatorische Ausgestaltung _____	196
II. Konzernrechtliche Grenzen einer konzernweiten Compliance-Organisation _____	196
1. Eingliederungskonzern _____	197
2. Vertragskonzern _____	198
a. AG _____	198
b. GmbH _____	199
c. Zusammenfassung – Vertragskonzern _____	200
3. Faktischer Konzern _____	201
a. AG _____	201
aa. Keine Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens – Möglichkeiten der Einflussnahme _____	201
bb. Ausgleichspflicht bei nachteiligen Maßnahmen gem. § 311 Abs. 1 AktG _____	202
aaa. Nachteiligkeit gem. § 311 Abs. 1 AktG _____	203
bbb. Nachteilige Maßnahmen einer konzernweiten Compliance-Organisation _____	203
cc. Auskunftsanspruch des herrschenden Unternehmens _____	204
b. GmbH _____	206
aa. Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens _____	206
bb. Einschränkung der Weisungsbefugnis _____	206
aaa. Analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf die GmbH _____	206
bbb. Die Treuepflicht der Gesellschafter _____	207

Inhaltsverzeichnis

ccc. Treupflichtwidrige Maßnahmen einer konzernweiten Compliance-Organisation _____	208
c. Zusammenfassung – faktischer Konzern _____	209
4. Ergebnis – konzernrechtliche Grenzen _____	209
III. Das Verhältnis gruppen- und einzelunternehmensbezogener Compliancepflichten _____	210
1. Das Pflichtenverhältnis _____	210
2. Der Einfluss auf das Ermessen bzgl. der organisatorischen Ausgestaltung _____	211
IV. Konzernrechtliche Besonderheiten ausgewählter Compliance-Problemstellungen _____	212
1. Der Group-Compliance-Officer _____	212
a. Anwendbarkeit des § 12 Abs. 4 WpDVerOV auf den Konzern-Compliance-Beauftragten _____	212
b. Internationale Vorgaben _____	213
c. Strafbarkeit des Group Compliance Officers _____	213
2. Outsourcing der Compliance-Funktion im Konzern _____	214
3. Konzernweite Compliance-Organisation bei Bankkonzernen mit Auslandsbezug _____	215
a. Abhängige Gesellschaft nach deutschem Recht _____	215
b. Herrschende Gesellschaft nach deutschem Recht _____	216
E. Schluss _____	218
I. Compliance in Banken (Einzelunternehmen) _____	218
II. Compliance im Bankkonzern _____	224

A. Einleitung

I. Fragestellung und Ziel der Arbeit

Eine Bank begegnet heute – wie jedes Unternehmen – vielfältigen gesetzlichen Anforderungen. Auch und gerade in Anbetracht der anhaltenden Finanz(markt)krise wird die ohnehin schon hohe Regelungsdichte im Bankaufsichtsrecht zukünftig weiter zunehmen.

Mit dieser hohen Regelungsdichte gehen hohe Anforderungen an den Bankensektor einher, sich sämtlichen sie betreffenden Gesetzen und Regelungen entsprechend zu verhalten. Die Art der Gewährleistung des Unternehmenshandelns in Übereinstimmung mit den Gesetzen ist dabei nicht uneingeschränkt in das Gutdünken der Unternehmensleitung gestellt. Den Instituten werden gesetzlich und auch vonseiten der BaFin umfangreiche Pflichten zu Organisation und Selbstüberprüfung auferlegt.

Begrifflich werden sowohl die Übereinstimmung von Unternehmen mit den jeweils anwendbaren Gesetzen als auch die zu diesem Zweck einzurichtende Organisation gemeinhin und oftmals begrifflich etwas unscharf mit Compliance überschrieben.

Ziel dieser Arbeit ist es, die für Banken wesentlichen Themenbereiche von Compliance darzustellen. Beleuchtet werden sollen die rechtliche Verantwortung für die Legalität des Unternehmens, die gesetzliche Pflicht zur Einrichtung einer die Compliance sicherstellenden Compliance-Organisation sowie deren Aufgaben, die Anforderungen an den Leiter dieser Organisation, den Compliance-Beauftragten oder auch Compliance Officer sowie die Besonderheiten all dieser Fragen in der praxisrelevanten Unternehmensform des Konzerns.

II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

Der Begriff der Compliance wird – als immer noch relativ junger „Import“ in die deutsche Rechtssprache – in unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet und zum Teil auch mit den „klassisch“ bestehenden Unternehmensabteilungen Risikomanagement und Interne Revision vermischt oder mit dem althergebrachten Begriff des „Ehrbaren Kaufmanns“ in Verbindung gebracht¹. Bevor mit der Betrachtung im Einzelnen begonnen werden kann, bedarf es daher zunächst der Klärung einiger zentraler Begrifflichkeiten bzw. einer Abgrenzung der Compliance(-Organisation) von anderen internen Sicherungssystemen.

1 Stober, NJW 2010, S. 1573 ff.

1. (Corporate) Compliance

Unter Compliance versteht man – entsprechend der englischen Herleitung von „to comply with (=einhalten) – das Verhalten eines Unternehmens in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht.² Dabei bleiben einige Definitionen eher allgemein und übersetzen Compliance mit „Einhaltung, Befolgung, Übereinstimmung, Einhaltung bestimmter Gebote“³ oder auch „Einhalten von Regeln, Fügsamkeit und Willfährigkeit gegenüber dem Gesetz“⁴. Andere Autoren werden deutlich konkreter und verstehen unter Compliance eine „Haftungsvermeidung durch das Befolgen sämtlicher für das Unternehmen insgesamt einschlägiger Rechtsnormen“⁵, „das aus der Überwachungssorgfalt der Leitungsorgane abzuleitende Gebot, Gesetzesverstöße von Unternehmensangehörigen schon im Vorfeld durch geeignete und zumutbare Schutzvorkehrungen zu unterbinden“⁶ oder sogar „die Gewährleistung der Rechtmäßigkeit aller Maßnahmen durch alle Unternehmen im Blick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote“⁷. Es ist jedoch mit der bloßen Einhaltung von Regeln nicht getan, schließlich wäre die Pflicht, geltende Regeln einzuhalten, nicht weiter erwähnenswert, sondern selbstverständlich. Compliance meint darüber hinaus die im Unternehmen gewollte und durchgeführte Gewährleistung der Befolgung geltender Regeln durch Einsetzung eines Sicherungssystems zum Schutz vor Gesetzesverstößen und deren Folgen,⁸ mit anderen Worten die Einrichtung einer Compliance-Organisation oder eines Compliance-Systems, einer Abteilung also, die für die Gewährleistung der Legalität zuständig ist. Angesetzt wird schon am Ausgangspunkt des üblichen Ablaufs der Geschehnisse. Die Reihenfolge „Gesetzesverstoß → Sanktion“ soll durchbrochen und damit das Haftpflichtrecht „umgestülpt“⁹ werden.

Abhängig davon, um was für ein Unternehmen es sich im Einzelnen handelt, sind selbstverständlich unterschiedliche Regeln zu befolgen. Das jeweils zu befolgende „Regelungspotpourri“ wirkt sich dabei – auch diese Schlussfolgerung liegt auf der Hand – auf die im Rahmen der Compliance zu ergreifenden Maßnahmen aus. Zur Verdeutlichung einige Beispiele¹⁰:

2 Eisele, WM 1993, S. 1021; Lösler, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 11; Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB-Special Compliance 2008, S. 1, 2; Dreher, ZWeR 2004, S. 75, 78; Spindler, WM 2008, S. 905 Fn. 7; Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 27; Hauschka, § 1 Rn. 2; Hauschka 2004, S. 877; Lang, Informationspflichten, § 15 Rn. 4; Leberherz, Emittenten-Compliance, S. 263.

3 Hauschka, Corporate Compliance, § 1 Rn. 2.

4 Streck/Binnewies, DStR 2009, S. 229 unter Hinweis auf „Langenscheidts großes Schulwörterbuch“: Einverständnis (rules etc.), Einhalten; (summissiveness) Willfährigkeit, Fügsamkeit; vgl. auch „Oxford Advanced Learner’s Dictionary“: 1. action in accordance with a request or command; obedience 2. tendency too agree (too readily) to do what others want.

5 Theisen, Information und Berichterstattung des Aufsichtsrats, S. 87.

6 Fleischer, CCZ 2008, S. 1; Fleischer, AG 2003, S. 291; 299; U.H.Schneider, ZIP 2003, S. 645, 649.

7 Leberherz, Emittenten-Compliance, S. 32; U.H.Schneider, ZIP 2003, S. 645, 646; Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 507 f.; Kölner KommWpHG/Meyer/Paetzel § 33 Rn. 83; Lösler, NZG 2005, S. 104, 106.

8 Streck/Binnewies, DStR 2009, S. 229.

9 Schwedhelm, AnwBl 2009, S. 90.

10 Bei den Beispielen – vor allem bei den größeren Unternehmen – wird zur Vereinfachung jeweils davon ausgegangen, dass diese ausschließlich in ihrem angegebenen Kerngeschäftsfeld tätig sind.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

Beispiel 1

Unternehmen: eine KG mit 500 Mitarbeitern, die in der Holzverarbeitung (Sägewerk) tätig ist

Compliancerelevante Vorschriften: z.B. handelsrechtliche Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften sowie Vorschriften des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts (welche für alle Gesellschaften gelten)

Es ist nach diesem ersten Beispiel zunächst festzuhalten, dass es einen gewissen „Grundbestand“ an compliancerelevanten Vorschriften gibt, die jedes Unternehmen, ohne dass es in einem spezifischen Bereich tätig sein oder in bestimmter gesellschaftsrechtlicher Weise verfasst sein müsste, zu erfüllen hat, so eben zum Beispiel die handelsrechtlichen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften und strafrechtliche Vorschriften die beispielsweise die Einrichtung „schwarzer Kassen“ zur Ermöglichung von Schmiergeldzahlungen unter Strafe stellen¹¹.

Beispiel 2

Unternehmen: eine börsennotierte AG (DAX-30) mit ca. 300.000 Mitarbeitern, die in der Automobilbranche tätig ist

Compliancerelevante Vorschriften: (zusätzlich zu den für alle Unternehmen geltenden Vorschriften) z.B. Vorschriften des Kapitalmarktrechts (Publizitätsvorschriften, Insiderrecht, Verbot der Marktmanipulation)

An diesem Beispiel wird deutlich, dass sich das Spektrum der zu beachtenden Vorschriften abhängig von der Gesellschaftsform bzw. von der Börsennotierung (welche ja naturgemäß nur bei bestimmten Gesellschaftsformen in Betracht kommt) deutlich erweitern kann.

Beispiel 3

Unternehmen: eine börsennotierte SE (DAX-30) mit ca. 200.000 Mitarbeitern, die in der Versicherungsbranche tätig ist

Compliancerelevante Vorschriften: (zusätzlich zu den den Vorschriften aus Bsp. 1 und 2) z.B. die Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften des Versicherungsaufsichtsgesetzes (§§ 55 ff. VAG)

Die Tätigkeit in einer bestimmten Branche kann also ebenfalls Einfluss auf die durch das Unternehmen zu beachtenden Vorschriften haben. Hierzu zwei weitere Beispiele, die den Blick auf den hier im Mittelpunkt der Untersuchung stehenden Bankbereich lenken:

Beispiel 4

Unternehmen: eine börsennotierte AG (DAX-30) mit ca. 80.000 Mitarbeitern, die in der Bankbranche tätig ist

Compliancerelevante Vorschriften: (zusätzlich zu den Vorschriften aus Bsp. 1 und 2)

¹¹ So sah z.B. der BGH im Zusammenhang mit der Siemens-Schmiergeld-Affäre bereits durch die Einrichtung schwarzer Kassen den Tatbestand der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB als erfüllt an, BGH, Urt. v. 29.08.2008 – 2 StR 587/07, BGHSt 52, S. 323 ff. = NJW 2009, S. 89 ff.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

z.B. die Vorschriften zur Verhinderung der Geldwäsche und weiterer Straftaten des Gesetzes über das Kreditwesen (§§ 25b ff. KWG)

Im Gegensatz zu Bsp. 3 ist hier also der einzige Unterschied die Branche, in der das Unternehmen tätig ist. Entsprechend ändern sich die branchenspezifischen compliancerelevanten Vorschriften.

Beispiel 5

Unternehmen: eine eG mit ca. 200 Mitarbeitern, die in der Bankbranche tätig ist

Compliancerelevante Vorschriften: (zusätzlich zu den für alle Unternehmen geltenden Vorschriften) z.B. die in Bsp. 4 genannten Vorschriften des KWG

Es wird anhand dieser Beispiele deutlich: Der Pflichtenkanon, der im Rahmen der Compliance zu berücksichtigen ist, hängt einerseits von gesellschaftsrechtlichen Faktoren wie der Börsennotierung und andererseits vom Tätigkeitsfeld des Unternehmens ab. Auch bei isolierter Betrachtung des Bankensektors kann also – dies sei vorangestellt – der exakte Umfang der zu beachtenden Vorschriften nicht abschließend allgemeingültig festgestellt werden. Dennoch soll im Folgenden die Betrachtung von Compliance im kapitalmarkt- und bankrechtlichen Bereich im Vordergrund stehen, da diese beiden Bereiche den wesentlichen Teil der von Banken – unabhängig von Gesellschaftsform und Börsennotierung – zu beachtenden Vorschriften erfassen.

Umfasst werden von der Compliance im kapitalmarkt- bzw. bankrechtlichen Bereich nach allgemeinem Verständnis die Schutzfunktion, die Überwachungsfunktion, die Marketingfunktion, die Beratungs- und Informationsfunktion sowie die Qualitätssicherungs- oder Innovationsfunktion.¹² All diese Funktionen werden dabei innerhalb des Instituts funktionell von der Compliance-Funktion und dort personell durch den Compliance-Beauftragten wahrgenommen,¹³ wobei diese beiden Begrifflichkeiten den für Wertpapierdienstleistungsunternehmen geltenden speziellen Anforderungen entnommen sind.¹⁴

Die Schutzfunktion vereint den Anleger- und Funktionsschutz des Kapitalmarktrechts mit dem Solvenzschutz und soll Risiken abwehren, die diese Bereiche betreffen. Des Weiteren sollen auch das Unternehmen und dessen Mitarbeiter geschützt werden, indem negative Folgen eines nicht normgerechten Verhaltens in Form von zivilrechtlicher

12 Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 4; Lösler, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 11 ff; Lösler, NZG 2005, S. 104; zu den Parallelen im Bereich der Compliance für Versicherungsunternehmen Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 52 ff.

13 Lösler, WM 2008, S. 1098, 1100.

14 Die Begrifflichkeiten werden in der Literatur nicht konsequent getrennt. Die Compliance-Organisation eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens wird in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG als Compliance-Funktion bezeichnet, die für die Compliance-Funktion verantwortliche Person ist gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV der Compliance-Beauftragte. Außerhalb des Bereichs der Wertpapierdienstleistungsunternehmen werden teilweise dieselben Begriffe verwendet, teilweise wird aber auch die Compliance-Funktion als Compliance-Organisation oder Compliance-System und der Compliance-Beauftragte als Compliance Officer, Chief Compliance Officer oder Head of Compliance bezeichnet, so dass der jeweils verwendete Begriff nicht zwingend Rückschlüsse darauf zulässt, um was für ein Unternehmen es sich handelt bzw. ob für die Compliance-Funktion die Regelungen von § 33 WpHG und § 12 WpDVerOV einschlägig sind.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

Inanspruchnahme, strafrechtlicher Verfolgung, aufsichtsrechtlichen Maßnahmen und Reputationsverlust verhindert werden.¹⁵ Darüber hinaus werden auch die Erkennung und Vermeidung potentieller oder schon bestehender Interessenkonflikte sowie die Herstellung und Aufrechterhaltung einer guten und vertrauensvollen Kooperation mit den Aufsichtsbehörden der Schutzfunktion zugerechnet.¹⁶

Die Überwachungsfunktion (oder auch: Monitoringfunktion) umfasst die zeitnahe Kontrolle, ob die einschlägigen Gesetze und Regelwerke eingehalten und Interessenkonfliktlagen nicht zum Nachteil des Kunden gelöst wurden.¹⁷

Unter der Marketingfunktion der Compliance versteht man letztlich den positiven Effekt auf die Außendarstellung eines Unternehmens, den eine funktionierende Compliance-Funktion mit dem daraus folgenden Ausbleiben von Regelverstößen hat.¹⁸

Die Beratungs- und Informationsfunktion der Compliance steht in engem Zusammenhang mit der oben beschriebenen Schutzfunktion und umfasst Rat und Aufklärung der Mitarbeiter des Unternehmens zu Fragen der Compliance.¹⁹

Der Begriff Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion, welcher sich inhaltlich im Gegensatz zu manchen der vorgenannten Begriffe nicht ohne Weiteres von selbst erklärt, meint die Umsetzung der in § 25a Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 KWG (§ 25a Abs. 1 Nr. 4 KWG aF) statuierten Pflicht, ein angemessenes kundenbezogenes Sicherungssystem gegen Geldwäsche und betrügerische Handlungen zulasten des Instituts einzurichten bzw. über ein solches zu verfügen.²⁰

Eine alternative Beschreibung der einzelnen Bestandteile von Compliance liefern *U.H.* und *S.H. Schneider*, die drei wesentliche Elemente ausmachen: die persönlichen Verhaltenspflichten der Organmitglieder und der Mitarbeiter; die Organisationspflichten zur Sicherstellung des regelkonformen Verhaltens des Unternehmens und seiner Mitarbeiter sowie die Verhinderung strafrechtlichen Verhaltens durch Unternehmen und Mitarbeiter und damit auch die Verhinderung von Vermögensnachteilen für die Gesellschaft.²¹

Auch anderenorts wird der Funktionsumfang von Compliance auf andere, jedoch vergleichbare Weise beschrieben. So sei schon hinsichtlich der Funktionen zu unterscheiden zwischen dem Compliance-Begriff einerseits, der die Befolgung bestimmter Regeln vorschreibt und dem Compliance-System andererseits, mit dem die Befolgung dieser Regeln ermöglicht werden soll. Darüber hinaus wirke sich auf den Funktionsumfang auch die Tatsache aus, dass sowohl ein externes als auch ein internes Interesse an der Einhaltung der Regeln und somit auch eine externe und interne Perspektive hinsichtlich des notwendigen Funktionsumfangs bestehe. Als externe Perspektive wird dabei die

15 *Eisele*, WM 1993, S. 1021; *Lösler*, NZG 2005, S. 104.

16 *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 105.

17 *Schimanski/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 106.

18 *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 105.

19 *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 105.

20 *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 105.

21 *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, S. 2061 f.

Perspektive des externen Regelsetzungsbefugten – mit anderen Worten: die Perspektive des Gesetzgebers – und dessen Zielsetzungen bezeichnet. Interne Perspektive meint die Perspektive des Unternehmens selbst und dessen Zielausrichtung an den Interessen der dort angestellten Unternehmensleitung, der übrigen Arbeitnehmer und der Anteilseigner. Aus dieser „Mehrdimensionalität“ der Interessen und Ziele folge die Notwendigkeit, auch die Compliance bzw. deren zugrunde liegende Funktionen mehrdimensional zu betrachten: Aus unternehmensinterner Sicht – hierauf legen die hier zitierten Autoren den Fokus ihrer Darstellung – seien dabei die „Risikobegrenzungsfunktion“, die „allgemeine Informationsfunktion“, die „Kontrollfunktion“ und die „Marketingfunktion“ zu unterscheiden.²² Die „Risikobegrenzungsfunktion“ diene dem Zweck, Risiken in Form von Sanktionen oder Rufschädigungen vom Unternehmen fernzuhalten²³ und ist insoweit inhaltlich vergleichbar – wenn auch en detail nicht so differenziert ausformuliert – mit der oben geschilderten „Schutzfunktion“. Die „allgemeine Informationsfunktion“ sei auf die Herstellung von Transparenz gerichtet, um Entscheidungsgrundlagen für Management, Arbeitnehmer und Anteilseigner zu liefern²⁴ und dürfte insoweit deckungsgleich mit der oben genannten „Beratungs- und Informationsfunktion“ sein. Die „Kontrollfunktion“ umfasse zweierlei Kontrolle, nämlich die Kontrolle der Unternehmensorganisation durch die Unternehmensführung sowie die Kontrolle der Unternehmensführung durch die Anteilseigner und Arbeitnehmer.²⁵ Diese Funktion deckt sich somit mit der oben dargestellten „Überwachungs- bzw. Monitoringfunktion“, wobei sie in ihrer Ausformulierung vor allem hinsichtlich der Beidseitigkeit der zu erzielenden Kontrolle über diese hinausgeht. Die „Marketingfunktion“ schließlic ergebe sich aus der Kehrseite der Risikobegrenzungsfunktion und diene dazu, das Unternehmen mithilfe der gewonnenen positiven Erkenntnisse in der Öffentlichkeit entsprechend positiv darzustellen.²⁶ Insoweit wird bei der hier geschilderten Marketingfunktion ein anderer positiver Effekt in den Vordergrund gerückt, als bei der oben geschilderten, bei der die positive Außendarstellung als Wirkung des Vorhandenseins einer Compliance-Funktion in den Fokus gestellt wurde. Letztlich werden beide Schilderungen der Unternehmens- bzw. Wirtschaftsrealität gerecht, sodass auch hier von weitgehender Deckungsgleichheit gesprochen werden kann. Somit bleibt von den auch von anderen geschilderten Funktionen von Compliance lediglich die oben dargestellte „Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion“ als von dieser Darstellung nicht behandelt übrig, was jedoch in Ansehung der offenen Formulierung der hier genannten vier Funktionen zu keinem engeren Funktionsumfang als oben geschildert führt, da auch die dort geschilderte „Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion“ in ihren einzelnen Bestandteilen hier wiederzufinden ist.

Festzuhalten bleibt damit hinsichtlich des Begriffs der Compliance zunächst, dass es unterschiedliche Ansätze zur Ausfüllung dieses unbestimmten Begriffs gibt, die bereits bei etwas näherer Betrachtung erahnen lassen, welche große Aufgabenfülle sich dahinter verbirgt, auf die im Laufe dieser Untersuchung einzugehen sein wird.

22 *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special Compliance 2008, S. 1, 2.

23 *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special Compliance 2008, S. 1, 2.

24 *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special Compliance 2008, S. 1, 2.

25 *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special Compliance 2008, S. 1, 2.

26 *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special Compliance 2008, S. 1, 2.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

Der ebenfalls in der Literatur häufig anzutreffende Begriff der „Corporate Compliance“ ist letztlich nur die ausführlichere Bezeichnung von Compliance, welche stets unternehmensweit (corporate) erreicht werden soll.

Nach der weiter oben bereits erfolgten Abgrenzung, welche Regelungsbereiche im Bankensektor grundsätzlich compliancerelevant sind, soll an dieser Stelle noch einmal das Augenmerk auf diese einzelnen Bereiche gelenkt werden, da auch hierfür jeweils spezielle Bezeichnungen anzutreffen sind. Häufig wird der weite Begriff der Compliance nochmals eingegrenzt mit Begriffen wie „Tax-Compliance“, „Wertpapier-Compliance“, „Kartellrechts-Compliance“, „Kapitalmarkt-Compliance“ oder auch Compliance im „engeren“ sowie im „weiteren“ Sinn. Im Folgenden ein kurzer Überblick zum Inhalt der häufiger anzutreffenden Begrifflichkeiten, soweit die Einzelbereiche für den Bankensektor von Interesse sind:

a. Wertpapier-Compliance

Wertpapier-Compliance meint Compliance mit den Regelungen des Wertpapierhandelsgesetzes. Es handelt sich hierbei um eine produktspezifische Compliance²⁷, d.h., die entsprechend zu beachtenden Pflichten werden in diesem Fall durch den Handel mit vom WpHG erfassten Produkten ausgelöst. Compliancerelevant sind dabei vor allem die Verhaltenspflichten der §§ 31 ff. WpHG hinsichtlich Anlageberatung, Vermögensverwaltung und Emissionsgeschäft sowie der Vermeidung von bzw. – sofern unvermeidbar – des Umgangs mit Interessenkonflikten.²⁸ Unter anderem regelt auch das WpHG selbst eine eigene Pflicht zur Schaffung bzw. Unterhaltung einer Compliance-Funktion in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG.

Der Bereich der Wertpapier-Compliance betrifft Banken naturgemäß schon aufgrund der Tatsache, dass die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen i.S.d. § 2 Abs. 3, 3a WpHG oftmals zum Produktportfolio einer Bank gehört. Die meisten Institute sind zugleich Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 4 WpHG.

b. Kapitalmarkt-Compliance

Handelt es sich um ein börsennotiertes Unternehmen, so ergeben sich allein aus dieser Tatsache, wie oben anhand von Beispielen dargestellt, bestimmte Verpflichtungen im Hinblick auf die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften, zum Beispiel zu Publizität, Insiderrecht und Marktmanipulation.

Eine börsennotierte Bank wird – allein schon wegen der Konzentration von Kompetenz – bestrebt sein, die sie im Rahmen der Wertpapier-Compliance und der Compliancepflichten aufgrund ihrer Börsennotierung treffenden Verpflichtungen in einer gemeinsamen Compliance-Funktion zu bündeln. Diese Form der Compliance, durch die sowohl die

27 Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 510.

28 Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 510.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

produktspezifischen, als auch die kapitalmarktspezifischen Vorschriften überwacht werden, bezeichnet man als Kapitalmarkt-Compliance.²⁹

c. Kartellrechts-Compliance

Mit Kartellrechts-Compliance bezeichnet man die Sicherstellung der Einhaltung der Regelungen des deutschen und europäischen Kartellrechts.³⁰

Abhängig von der jeweiligen Unternehmensgröße und der damit verbundenen Wahrscheinlichkeit, durch eventuelle Fusionen zum Beispiel eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 36 GWB zu begründen, müssen auch Banken die Einhaltung der kartellrechtlichen Bestimmungen sicherstellen.

d. Tax-Compliance

Tax-Compliance meint die durch die Compliance-Funktion gesicherte Befolgung der steuerrechtlichen Gesetze und Verordnungen, wobei auch der Zoll von diesem Begriff umfasst wird.³¹

Die Wichtigkeit der Einhaltung steuerrechtlicher Gesetze und Verordnungen auch für den Bankensektor ist offensichtlich, sodass eine umfassende Compliance auch die Tax-Compliance beinhaltet.³²

e. Compliance im engeren Sinn

Der Begriff der „Compliance im engeren Sinn“ wird synonym für die oben geschilderte Wertpapier-Compliance verwendet, weil es sich bei den in diesem Bereich anfallenden Aufgaben, nämlich dem Steuern von Informationsflüssen sowie dem Erkennen und Vermeiden von Interessenkonflikten um den Kern der täglichen Compliance-Arbeit handelt.³³

f. Compliance im weiteren Sinn

In Erweiterung zur Compliance im engeren Sinn bezeichnet man mit dem Begriff „Compliance im weiteren Sinn“ eine Compliance-Tätigkeit, die neben der Wertpapier-Compliance auch die anderen in Banken regelmäßig zu beachtenden Gesetze und Vorschriften aus den Bereichen des KWG, der Geldwäsche und des Datenschutzes mit einbezieht.³⁴ Es dürfte sich dabei um eine in Banken regelmäßig anzutreffende inhaltliche Ausgestaltung der Aufgaben der Compliance-Organisation handeln.

29 Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 512.

30 Hierzu ausführlich Dreher, ZWeR 2004, S. 75 ff.

31 Streck/Binnewies, DStR 2009, S. 229; Schwedhelm, AnwBl 2009, S. 90.

32 Zur Tax-Compliance ausführlich Hauschka/Besch/Starck, Corporate Compliance, § 34 passim.

33 Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 511; ausführlich hierzu Wagner/Seidel/Preusche, Ethik in der Bankenpraxis, S. 174 ff.

34 Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 511; Schweizer, Insiderverbote Interessenkonflikte

g. Compliance-System bzw. –Organisation im engeren Sinn

Vom Begriff der „Compliance im engeren Sinn“, welcher für Wertpapier-Compliance verwendet wird, ist der hier im Folgenden häufig verwendete Begriff eines Compliance-Systems oder einer Compliance-Organisation im engeren Sinn zu unterscheiden. Gemeint ist eine Organisationsstruktur, die zumindest an die für gewisse Bereiche existierenden gesetzlichen Vorgaben zur organisatorischen Ausgestaltung eines Compliance-Systems³⁵ angelehnt ist. Insbesondere ist damit gemeint, dass eine „eigene“ Organisation zur Gewährleistung der Gesetzeskonformität eingerichtet wird, die diese Aufgabe unabhängig wahrnehmen kann. Keine Compliance-Organisation im engeren Sinn wäre es demgegenüber, wenn das Unternehmen die Aufgabe der Gewährleistung gesetzeskonformen Unternehmenshandelns einer bereits bestehenden anderen Stelle des Unternehmens, wie etwa der Rechtsabteilung oder der Innenrevision überträgt.

2. Internes Kontrollsystem

Die Abschlussprüfer-Richtlinie³⁶ der EU sowie das zu deren Umsetzung ergangene Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz³⁷ erwähnen in Art. 41 Abs. 2 lit. b) bzw. im durch das BilMoG geänderten § 107 Abs. 3 AktG das sog. „interne Kontrollsystem“. Dieses soll ausweislich des Erwägungsgrundes 24 zur Abschlussprüfer-Richtlinie gemeinsam mit dem Prüfungsausschuss dazu beitragen, unter anderem das Risiko von Vorschriftenverstößen auf ein Mindestmaß zu begrenzen.

Diese Vorgabe zum Aufgabengebiet des „internen Kontrollsystems“ lässt die Annahme naheliegend erscheinen, dass es sich dabei um eine unternehmensintern einzurichtende Organisation handeln soll, deren Aufgabe es – zumindest unter anderem – ist, aus dem Unternehmen heraus oder durch das Unternehmen selbst begangene Verstöße gegen jedwede Vorschrift zu verhindern. Mit anderen Worten: Das interne Kontrollsystem könnte ein Compliance-System sein.

Da das interne Kontrollsystem allerdings darüber hinaus, ebenfalls zu entnehmen aus Erwägungsgrund 24 der Abschlussprüfer-Richtlinie, auch finanzielle und betriebliche Risiken begrenzen, sowie die Qualität der Rechnungslegung verbessern soll, wird zugleich klar, dass die Verhinderung von Rechtsverstößen die einzige typische Aufgabe eines

und Compliance, S. 161 Fn. 17; Assmann, AG 1994, S. 237, 256.

35 Vor allem § 33 WpHG und § 12 WpDVerOV kommen als Quellen für Details zur organisatorischen Ausgestaltung in Betracht. Vgl. hierzu insbesondere „C. III. Die Compliance-Funktion“ und „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

36 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, Abl. EU L 157/87 v. 9.6.2006.

37 BGBl. I 2009, S. 1102 v. 28.5.2009.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

Compliance-Systems ist, die durch das interne Kontrollsystem durchgeführt werden soll. Dementsprechend wird zum Teil vertreten, zum internen Kontrollsystem gehöre unter anderem ein Compliance-System.³⁸

Demgegenüber wird auch – genau umgekehrt – vertreten, es handle sich beim internen Kontrollsystem, wie es nunmehr in § 107 Abs. 3 AktG vorgesehen ist, um einen Teil einer umfassenden Compliance-Organisation.³⁹

Letztgenannter Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Sollte das interne Kontrollsystem nach § 107 Abs. 3 AktG lediglich ein Teil eines Compliance-Systems sein, so würde dies voraussetzen, dass die Aufgaben eines Compliance-Systems im Kern mehr umfassen, als nur die Begrenzung des Risikos bzw. die Verhinderung von Rechtsverstößen. Dies ist aber gerade die originäre Aufgabe eines Compliance-Systems, der dieses auf verschiedene Weise (Überwachung, Beratung etc.) nachkommt. Richtigerweise ist also ein Compliance-System als Teil des von § 107 Abs. 3 AktG genannten Kontrollsystems anzusehen.⁴⁰

3. Corporate Governance

In Ansehung des oben erwähnten Ziels der Compliance, unternehmensweit rechtmäßiges Verhalten zu gewährleisten, liegt die Frage auf der Hand, inwieweit dann (Corporate) Compliance mit Corporate Governance gleichzusetzen ist, da man schließlich Corporate Governance unter anderem als „Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens“ bzw. als „rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen“ bezeichnet.⁴¹ Wenn also der eine Begriff die Einhaltung bestimmter Regeln meint und der andere Begriff bestimmte Regeln aufstellt und diese dann als Grundsätze der Leitung und Überwachung zur Einhaltung „empfiehlt“ so ist die Notwendigkeit einer näher zu erforschenden Verbindung dieser Begriffe offenkundig.

Teilweise wird daher vertreten, es handle sich bei Corporate Governance und Compliance gleichsam um zwei Seiten derselben Medaille. Corporate Governance umschreibe die Sichtweise der „Regulierer“, also u.a. des Gesetzgebers, während Compliance zu großen Teilen lediglich eine andere Sichtweise, nämlich diejenige des Regulierten, also des Unternehmens, umschreibe.⁴² Auch wenn bei dieser Einordnung nicht von einer umfassenden Übereinstimmung der Begriffe ausgegangen wird („der Unterschied [...] liegt vor allem in der Perspektive“)⁴³, so verweisen anderslautende Stimmen dennoch darauf, dass eine Unterscheidung anhand der Perspektive nicht

38 Spindler, FS Hüffer, 2010, S. 983, 990; etwas zurückhaltender Kort, ZGR 39 (2010), S. 440, 459: „die Nähe des internen Kontrollsystems zur Compliance“.

39 Braun/Louven, GmbH 2009, S. 965, 967.

40 So auch Spindler, FS Hüffer, 2010, S. 983, 990.

41 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Vorbem. Rn. 1, auch mit Nachweisen zu weiteren Definitionen; Peemöller/Reinel-Neumann, BB 2009, S. 206; Siegwart/Mahari/Ruffner/von Rosen, Corporate Governance, S. 592.

42 Hauschka, Corporate Compliance, § 1 Rn. 2.

43 Hauschka, Corporate Compliance, § 1 Rn. 2.

trennscharf gelingen könne, da mit Blick auf Corporate Governance als „self regulatory law“ und Compliance als Befolgung staatlich gesetzten Rechts auch die genau entgegengesetzte perspektivische Einordnung möglich wäre.⁴⁴

Festzuhalten bleibt somit an dieser Stelle, dass jedenfalls Corporate Governance und (Corporate) Compliance unterschiedliche Begriffe sind, die allerdings im selben „Umfeld“ anzutreffen sind und Berührungs- sowie Schnittpunkte aufweisen, was im Laufe dieser Untersuchung noch verdeutlicht und präzisiert werden wird. Compliance ist nach Auffassung einer verbreiteten Auffassung etwas, das im Rahmen guter Corporate Governance zu gewährleisten ist.⁴⁵

4. Risikomanagement (risk management)

Das Risikomanagement wird, ähnlich wie der Begriff der Corporate Governance, stets in einen engen Zusammenhang zum Begriff der Compliance gesetzt.

Aufgabe des Risikomanagements ist es, alle wesentlichen Unternehmensrisiken rechtzeitig zu identifizieren, um so eine angemessene Reaktion des Unternehmens zu ermöglichen und dafür zu sorgen, dass unternehmerische Risiken nur dort eingegangen werden, wo der zu erwartende Ertrag das einzugehende Risiko rechtfertigt.⁴⁶ Damit besteht zunächst inhaltlich ein enger Zusammenhang zur Corporate Governance. Während bei der Corporate Governance Grundsätze zur Führung und Überwachung des Unternehmens als Ganzes aufgestellt werden, beschäftigt sich das Risikomanagement mit einem speziellen Bereich und stellt für diesen Grundsätze zur Identifizierung und Überwachung von Risiken auf. Die konkrete Ausgestaltung und Qualität des Risikomanagements hat dabei letztlich auch Auswirkungen auf die Beurteilung des gesamten Unternehmens im Lichte der Corporate Governance.⁴⁷ Die Nähe des Risikomanagements zur Compliance wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass ein effektives Risikomanagement eine entsprechende Organisation benötigt und als organisatorische Pflicht unter anderem in § 25a Abs. 1 KWG statuiert ist. Handelt es sich also beim Risikomanagement um eine gesetzliche organisatorische Vorgabe und ist Compliance die Einhaltung der gesetzlichen Regeln, so ist ein Institut nur dann „compliant“, wenn es über ein Risikomanagement verfügt.

Hinzu kommt, dass es auch zu den Aufgaben von Compliance gehört, durch die Einhaltung von Gesetzen und Vorschriften die Gefahr der Verwirklichung von Haftungsrisiken und des Eintritts von Reputationsschäden gering zu halten. Umfasst

44 Kort, NZG 2008, S. 81.

45 Hefendehl, JZ 2006, S. 119, 122; U.H.Schneider, ZIP 2003, S. 645, 647; Berndt/Hoppler, BB 2005, S. 2623, 2627; Buff, Compliance, S. 66, 276; Lebherz, Emittenten-Compliance, S. 264; Scharpf, Corporate Governance, Compliance und Chinese Walls, S. 5: Compliance als Instrument der Corporate Governance.

46 Hauschka/Pampell/Glage, Corporate Compliance, § 5 Rn. 1.

47 Hauschka/Pampell/Glage, Corporate Compliance, § 5 Rn. 16; die inhaltliche Nähe von Risikomanagement, Corporate Governance und Compliance betont auch Pietzke, CCZ 2010, S. 45, 50.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

werden damit von Compliance auch Maßnahmen zur Risikofrüherkennung und Risikominimierung.⁴⁸ Die Notwendigkeit der Implementierung solcher Maßnahmen ergibt sich dabei bereits aus der Natur der Aufgabe von Compliance. Wenn Einigkeit darüber besteht, dass es die Aufgabe von Compliance ist, für die Einhaltung der entsprechenden Gesetze und Vorschriften zu sorgen, dann muss dies dennotwendig Maßnahmen umfassen, die geeignet sind, das Risiko von Verstößen gegen ebendiese Gesetze und Vorschriften zu erkennen und zu minimieren.

Teilweise werden zur Unterscheidung die Standards des Instituts der Wirtschaftsprüfer⁴⁹ sowie des Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission (COSO)⁵⁰ herangezogen. Unterschieden werden dort – wie auch in der Abschlussprüfer-Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats⁵¹ - die Begriffe „Internes Kontrollsystem“, „interne Revision“ und „Risikomanagement“.⁵² Dabei gibt diese begriffliche Unterscheidung zwar Anhaltspunkte dafür, dass es verschiedenartige – womöglich nicht integrierbare – interne Sicherungs- bzw. Überwachungssysteme gibt, sie zieht jedoch gleichzeitig die Frage nach sich, ob innerhalb dieser Dreigliedrigkeit der Begriff „Internes Kontrollsystem“ mit dem der Compliance gleichzusetzen ist.⁵³

Auch die Europäische Kommission geht offenbar – wie auch Parlament und Rat, s. Abschlussprüferrichtlinie - von einer funktionalen Dreiteilung aus,⁵⁴ wie anhand der Überschriften der Art. 6 (Einhaltung der Vorschriften („Compliance“)), 7 (Risikomanagement) und 8 (Innenrevision) in der MiFID-DRL⁵⁵ deutlich wird.

Damit bleibt auch hinsichtlich des Risikomanagements zunächst festzuhalten, dass eine große Nähe zur Compliance besteht. Inwieweit eine organisatorische Verbindung dieser beiden Sicherungssysteme sinnvoll und zulässig ist, wird an späterer Stelle zu erörtern sein.⁵⁶

Trotz aller Ähnlichkeit und Verwandtschaft von Risikomanagement und Compliance bleibt jedoch ein entscheidender Unterschied festzuhalten: Das Risikomanagement soll Risiken identifizieren und dafür sorgen, dass ein Risiko nur dort eingegangen wird, wo der zu

48 v. Hehn/Hartung, DB 2006, S. 1909 f.; Kort, NZG 2008, S. 81.

49 Ehemals IDW PS 260 „Das interne Kontrollsystem im Rahmen der Abschlussprüfung“, abgelöst durch IDW PS 261 „Feststellung und Beurteilung von Fehlerrisiken und Reaktionen des Abschlussprüfers auf die beurteilten Fehlerrisiken“ v. 6.9.2006, WPg 2006, S. 1433 ff. i.d.F. der Änderung in Folge des BilMoG, WPg Supplement 4/2009, S. 4.

50 Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO): Internal Control – Integrated Framework.

51 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der RL 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rats und zur Aufhebung der RL 84/253/EWG des Rats.

52 Moll/Niedermeier, VW 2006, S. 2001 f.

53 Das Compliance-System ist Teil des internen Kontrollsystems. Vgl. hierzu „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

54 Spindler, WM 2008, S. 905, 908, dort auch Fn. 41.

55 Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10.8.2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie.

56 „C. III. 1. e. Integration mit anderen Abteilungen des Unternehmens“.

erwartende Ertrag dies rechtfertigt. Es liegt dabei auf der Hand, dass die in diesem Zusammenhang zu betrachtenden Risiken originär wirtschaftlicher Art sind. Die von der Compliance zu überwachenden Risiken können zwar im schlechtesten Falle einen wirtschaftlichen Schaden beispielsweise in Form von zu leistendem Schadensersatz nach sich ziehen, sind jedoch ihrem Ursprung nach rechtliche Risiken, nämlich die Risiken der Nichteinhaltung von bestehenden Normen. Ebenso wie also das Risikomanagement niemals einen unternehmensinternen Vorgang rechtlich würdigen und intervenieren wird, wenn zunächst nur eine rechtliche Konsequenz droht,⁵⁷ wird die Compliance-Funktion sich niemals mit wirtschaftlichen Risiken ohne rechtliche Relevanz auseinandersetzen, es sei denn, die Eingehung des Risikos an sich stellt schon einen Gesetzesverstoß dar.⁵⁸

5. GRC-Ansatz

Aufgrund dieses engen Neben- und Miteinanders von Corporate Governance, Risikomanagement und Compliance wurde in der Betriebswirtschaftslehre ein gemeinsamer Ansatz entwickelt, der diese drei Einzelaspekte zusammenfasst: der G(overnance)R(isikomanagement)C(ompliance)-Ansatz.⁵⁹ Nur mithilfe eines solchen integrierten Ansatzes sei es möglich, den gestiegenen und weiter steigenden Anforderungen in diesen drei Bereichen gerecht zu werden und die Umsetzung effizient und effektiv zu gewährleisten.⁶⁰ Dieser betriebswirtschaftliche Ansatz ist auch von rechtswissenschaftlichem Interesse, bedenkt man, dass es hier um die Frage geht, wie Unternehmen in praxi gewährleisten müssen (rechtswissenschaftliche Betrachtung) und können (betriebswirtschaftliche Betrachtung), dass die für sie relevanten Gesetze und sonstigen Vorschriften eingehalten werden. Eine rechtswissenschaftliche Betrachtung, die die betriebswirtschaftlichen Realitäten und Anforderungen im Blick behält, ist deshalb zur Beantwortung von Fragen zur Erreichung von Compliance unumgänglich.⁶¹

Die betriebswirtschaftlichen Gründe, die letztlich für eine Integration unter anderem von Risikomanagement und Compliance sprechen mögen, können dabei allerdings aus rechtlicher Sicht nicht über eine – möglicherweise bestehende – zwingende Trennung der einzelnen Bereiche gesetzt werden, sodass die Übertragung des GRC-Ansatzes in die rechtlichen Vorstellungen einer Compliance-Organisation nur in Betracht kommt, soweit eine Integration mehrerer Funktionen, speziell des Risikomanagements und der Compliance-Organisation, rechtlich möglich ist.⁶²

57 Allenfalls bei rechtlichen Risiken, denen eine unmittelbare wirtschaftliche Konsequenz innewohnt, wie bspw. im Bereich der Produkthaftung oder bei Haftpflichtrisiken wird das Risikomanagement aktiv. Stets erfolgt aber die Betrachtung des Risikos primär aus der Blickrichtung des wirtschaftlichen Schadenspotentials.

Vgl. zur Behandlung von rechtlichen Risiken durch das Risikomanagement *Gleißner*, Grundlagen des Risikomanagements im Unternehmen, S. 91 f.

58 Eine solche Funktionsabgrenzung findet auch in den einzelnen Gebieten statt, vgl. z.B. *Schwedhelm*, AnwBl 2009, S. 90 zum Verhältnis zwischen „Tax-Compliance“ und „Tax-Riskmanagement“.

59 Einführend hierzu *Menzies*, Sarbanes-Oxley und Corporate Compliance, S. 63 ff.; *Kort*, NZG 2008, S. 82.

60 *Menzies*, Sarbanes-Oxley und Corporate Compliance, S. 63 f.

61 so auch *Kort*, NZG 2008, S. 82.

62 Hierzu „C. III. 1. e. Integration mit anderen Abteilungen des Unternehmens“.

6. Innenrevision

Bei einer Compliance-Organisation handelt es sich ohne Zweifel um eine „Funktion“ oder ein „System“ welches, wie auch immer dies zu bewerkstelligen ist, letztlich durch Kontrolle und Anleitung Schäden vom Institut abwehren soll. In Ansehung dieser Definition einer Compliance-Organisation wird die Nähe zur Innenrevision deutlich. Teilweise wird zur Abgrenzung darauf verwiesen, dass die Innenrevision eher retrospektiv arbeitet, während die Compliance-Organisation vorbeugend tätig wird.⁶³ Die Innenrevision wird nach modernem, an das das US-amerikanische „Institute of Internal Auditors“ angelehntem Verständnis wie folgt definiert:⁶⁴

"Die Interne Revision erbringt unabhängige und objektive Prüfungs-("Assurance-") und Beratungsdienstleistungen, welche darauf ausgerichtet sind, Mehrwerte zu schaffen und die Geschäftsprozesse zu verbessern. Sie unterstützt die Organisation bei der Erreichung ihrer Ziele, indem sie mit einem systematischen und zielgerichteten Ansatz die Effektivität des Risikomanagements, der Kontrollen und der Führungs- und Überwachungsprozesse bewertet und diese zu verbessern hilft."

Auch bei der Revision stehen damit Prüfung (= Kontrolle) und Beratung (= Anleitung) auf der Agenda, wobei diese Mittel einer Compliance-Organisation zur Gewährleistung von Gesetzeskonformität und damit der Schadensvermeidung dienen, während die Revision nach ihrem Selbstverständnis Mehrwerte schaffen will. Diese Unterscheidung dürfte allerdings maßgeblich davon abhängen, wie eng man dem Wortlaut der Definition einer Innenrevision folgt oder ob man bereit ist, auch die Vermeidung eines Minderwerts (durch Vermeidung eines Schadens) als Mehrwert für das Unternehmen anzusehen.

Auch hier werden⁶⁵ als Nachweis der Dreigliedrigkeit die Standards des Instituts der Wirtschaftsprüfer⁶⁶ sowie des Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)⁶⁷ herangezogen. Unterschieden werden dort die Begriffe „Internes Kontrollsystem“, „interne Revision“ und „Risikomanagement“.⁶⁸

Für den Bereich der Innenrevision bietet darüber hinaus ebenfalls⁶⁹ die MiFID-DRL einen Anhaltspunkt dafür, dass die Europäische Kommission Compliance, Risikomanagement und Revision als eigenständige Elemente der internen Überwachung unterscheidet.⁷⁰ Selbiges gilt unter Betrachtung der in der Abschlussprüferrichtlinie⁷¹ verwendeten

63 *Lebherz*, Emittenten-Compliance, S. 269; zur Perspektive der revisorischen Tätigkeit vgl. *Hauschka*, AG 2004, S. 461, 475 und *Buff*, Compliance, S. 58.

64 *Hauschka/Obermayr*, Corporate Compliance, § 17 Rn. 25 f.

65 Vgl. zu den weiteren Einzelheiten denselben Ansatz zum Risikomanagement „A. II. 4. Risikomanagement (risk management)“.

66 Ehemals IDW PS 260 „Das interne Kontrollsystem im Rahmen der Abschlussprüfung“, abgelöst durch IDW PS 261 „Feststellung und Beurteilung von Fehlerrisiken und Reaktionen des Abschlussprüfers auf die beurteilten Fehlerrisiken“ v. 6.9.2006, WPg 2006, S. 1433 ff. i.d.F. der Änderung in Folge des BilMoG, WPg Supplement 4/2009, S. 4.

67 Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO): Internal Control – Integrated Framework.

68 *Moll/Niedermeier*, VW 2006, S. 2001 f.

69 Wie auch für das Risikomanagement „A. II. 4. Risikomanagement (risk management)“.

70 Vgl. oben „4. Risikomanagement (risk management)“.

71 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der RL

Begriffe⁷².

Auch hier stellt sich damit die Frage, inwieweit eine Integration von Innenrevision und Compliance sinnvoll und vor allem rechtlich zulässig ist.⁷³

7. Rechtsabteilung

In Ansehung der Aufgabe der Compliance-Organisation, für Gesetzeskonformität des Unternehmenshandelns zu sorgen, muss man sich fragen, ob es sich dabei nicht um eine originäre Aufgabe der Rechtsabteilung des Unternehmens handelt, ob vielleicht sogar die Begriffe Compliance-Organisation oder Compliance-System nichts anderes sind, als eine weitere Bezeichnung für die Rechtsabteilung oder möglicherweise für eine Unterabteilung derselben.

Verstärkt wird diese anfängliche Vermutung dadurch, dass es in Wirtschafts- und Rechtspraxis durchaus üblich ist, die Compliance-Organisation in der bestehenden Rechtsabteilung anzuordnen⁷⁴ und in der Compliance eine Aufgabe des Syndikusanwalts bzw. des Inhouse-Juristen zu sehen.⁷⁵

Für die bedenkenlose Möglichkeit einer solchen organisatorischen Verbindung führen deren Befürworter an, dass der Syndikus bereits per definitionem der Verantwortliche für Compliance sei, da er gem. § 1 BRAO als unabhängiges Organ der Rechtspflege zu gesetzmäßigem Verhalten verpflichtet ist, was letztlich offenbar auch seine Verpflichtung für das gesetzeskonforme Verhalten des Unternehmens mit sich bringen soll.⁷⁶ Dem ist zumindest hinsichtlich der Verantwortung für das eigene rechtskonforme Verhalten des Syndikusanwalts nichts hinzuzufügen. Inwieweit aus dieser persönlichen Verpflichtung zur Gesetzeskonformität eine Verantwortlichkeit für das gesamte Unternehmen herzuleiten ist, erscheint jedoch höchst zweifelhaft. Letztlich handelt es sich bei der Verantwortlichkeit, für rechtskonformes Verhalten des Unternehmens zu sorgen, um eine originäre Aufgabe der Geschäftsführung, was im Zusammenhang mit den entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen⁷⁷ auch vollkommen außer Frage steht. Eine eigene

78/660/EWG und 83/349/EWG des Rats und zur Aufhebung der RL 84/253/EWG des Rats.

72 Vgl. oben „4. Risikomanagement (risk management)“.

73 Eher ablehnend *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912; vgl. hierzu „C. III. 1. e. aa. Compliance-Funktion und Innenrevision“.

74 Nach weit verbreiteter Praxis wird die Compliance-Funktion (außerhalb des Bankensektors) wahlweise im Bereich der Investor Relations oder in der Rechtsabteilung angesiedelt. Vgl. hierzu die jährlichen Statistiken der Investor-Relations-Beratung „cometis“ u.a. erwähnt in AG-Report 2006 S. 532 und 2007 S. R326; *Kort*, NZG 2008, S. 81, 85.

75 *Schwung*, AnwBl 2007, S. 14; vgl. auch *Dann*, AnwBl 2009, S. 84 und Fn. 13, der es vom Einzelfall und der jeweiligen Unternehmensstruktur abhängig macht, ob der Syndikusanwalt dabei selbst Compliance-Officer ist oder ob er diesen berät; des Weiteren *Klindt*, NJW 2006, S. 3399 f., der in den im Rahmen von Compliance auf die Unternehmen zukommenden strukturellen Veränderungen einerseits Erweiterungschancen und andererseits das Risiko der zunehmenden Bedeutungslosigkeit des Inhouse-Juristen zu sehen scheint.

76 *Schwung*, AnwBl 2007, S. 14.

77 Genannt seien an dieser Stelle nur § 76 AktG sowie § 43 GmbHG, dazu ausführlich „B. II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht“.

Verantwortlichkeit des Syndikusanwalts für die Gesetzeskonformität des Unternehmens vermag § 1 BRAO hierneben nicht zu begründen.

Zu bedenken wäre bei einer Ansiedlung der Compliance-Aufgaben in der Person des Syndikus-Anwalts auch, dass dieser im Lichte des § 43a Abs. 4 BRAO und unter Strafandrohung durch den § 356 StGB keine Interessen vertreten darf, die denen seiner Partei – in diesen Fällen also den Interessen des Unternehmens – zuwiderlaufen. Im Einzelfall könnte diese Rechtstatsache im Spannungsfeld zwischen rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens zu einem in der Person des Syndikusanwalts auftretenden Konflikt werden, wenn beispielsweise durch Bestechung für das Unternehmen ein großer wirtschaftlicher Vorteil bei geringer Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung durch die Strafverfolgungsbehörden erreichbar wäre.

Weiterhin ist zur organisatorischen Unterbringung der Compliance in der Rechtsabteilung des Unternehmens zu bedenken, dass der oben genannte Ansatz, nachdem Compliance eine originäre Aufgabe des Syndikusanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege ist, in der Unternehmenswirklichkeit nur bedingt trägt, da nicht jede Rechtsabteilung eines Unternehmens auch zwangsläufig über Mitarbeiter verfügt, die aufgrund einer Anwaltszulassung der Diktion des § 1 BRAO unterworfen sind. Diese Erkenntnis wiederum führt zu dem Problem, dass somit auch nicht zwangsläufig die dem Syndikus eigene Unabhängigkeit gewährleistet ist, welche für die Ausübung der Compliance-Aufgaben unverzichtbar ist.⁷⁸

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass eine Erweiterung der Aufgaben einer Unternehmensrechtsabteilung im Hinblick auf Compliance zwar gerade bei kleineren Unternehmen zur Vermeidung einer personellen und organisatorischen Aufblähung sinnvoll sein kann, jedoch unter rechtlichen Gesichtspunkten wenig wünschenswert erscheint und – anders als die Befürworter einer Erweiterung der Aufgaben des Syndikusanwalts es offenbar sehen – auch nicht die denknotwendig naheliegendste Organisation ist. Die Compliance-Funktion soll das gesamte Unternehmen hinsichtlich seiner Compliance überwachen und beraten. Dies umfasst von der ursprünglichen Konzeption her auch die Tätigkeit der Unternehmensrechtsabteilung. Bei einer Verknüpfung von Compliance und Rechtsabteilung erscheint daher die effektive Compliance-Überwachung und –Beratung des Unternehmens insgesamt gefährdet.⁷⁹

8. Aufsichtsrat

Betrachtet man die der Compliance-Funktion zugeordnete Überwachungsaufgabe, so ergibt sich die Frage, in welchem Verhältnis eine solche – zusätzliche – „Überwachungsabteilung“ zum Überwachungsorgan „Aufsichtsrat“ steht. Einen ersten Eindruck vermag hierzu bereits an dieser Stelle § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 WpHG zu verschaffen, der vorsieht, dass der Compliance-Beauftragte der „Geschäftsleitung“, aber

78 Zum Erfordernis der Unabhängigkeit „C. III. 1. d. Unabhängigkeit der Compliance-Funktion“ und „C. IV. 4. Die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten“.

79 Hierzu im Einzelnen noch unter „C. III. 1. e. cc. Compliance-Funktion und Rechtsabteilung“.

eben auch dem „Aufsichtsorgan“ in regelmäßigen Abständen berichtet. Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex schafft Berührungspunkte zwischen dem Aufsichtsrat und der Compliance-Organisation. So gehört es nach Ziff. 3.4 Abs. 2 DCGK zum Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat, dass der Vorstand den Aufsichtsrat zeitnah über alle wichtigen Entwicklungen auch auf dem Gebiet der Compliance unterrichtet. Ziff. 5.3.2 DCGK verlangt darüber hinaus vom Aufsichtsrat, dass er einen Prüfungsausschuss (audit committee) einrichtet, der sich unter anderem mit Fragen der Compliance beschäftigt.⁸⁰ Für den Aufsichtsrat handelt es sich beim Bereich Compliance dabei allerdings nur um einen einzelnen Bereich seiner umfassenden Überwachungstätigkeit, während die Compliance-Organisation neben der Compliance selbst keine weitere Überwachungsaufgabe hat. Der für die Compliance-Organisation zuständige Compliance Officer oder Compliance-Beauftragte ist somit kein „kleiner Aufsichtsrat“⁸¹, umgekehrt ist der Aufsichtsrat kein „Compliance-Organ“. Seine Aufgabe ist es, einerseits die Geschäftsleitung zu überwachen, was die Überwachung der von der Geschäftsleitung zu gewährleistenden Compliance mit umfasst⁸² und andererseits auch seine eigene Compliance sicherzustellen, d.h. dafür zu sorgen, dass er selbst sich konform zu externen wie internen Regelungswerken verhält.⁸³

9. Prüfungsausschuss (audit committee)

Innerhalb des Aufsichtsrats ist, wie oben erwähnt, nach den Vorstellungen des Deutschen Corporate Governance Kodex der Prüfungsausschuss (audit committee) für Compliance bzw. die Überwachung derselben zuständig. Aber nicht nur das soft-law sieht den Prüfungsausschuss hinsichtlich der Compliance des Unternehmens in der Verantwortung, auch das deutsche Gesellschaftsrecht ist im Begriff, den Prüfungsausschuss in den regelungstechnischen Fokus zu rücken, was an dieser Stelle die Frage nach seiner Rolle im Überwachungssystem der Gesellschaft im Allgemeinen und sein Verhältnis zur Compliance im Speziellen nach sich zieht.

Mit der Umsetzung der Abschlussprüferrichtlinie⁸⁴ durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) stellt der deutsche Gesetzgeber nunmehr – wie seit Längerem erwartet⁸⁵ – neue Anforderungen in Bezug auf Prüfungsausschüsse auf.⁸⁶ So werden kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften i.S.d. neuen § 264d HGB

80 *Blasche*, CCZ 2009, S. 62, 64; zum Verhältnis von Prüfungsausschuss und Compliance s. „9. Prüfungsausschuss (audit committee)“.

81 *Casper*, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 206.

82 *Bachmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 92 f., 101.

83 *Bürkle*, BB 2007, S. 1797, 1800; *Bachmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 93 verwendet hierfür den einprägsamen Begriff „Compliance-Compliance“, was jedoch im Lichte der an gleicher Stelle vertretenen Einordnung, dass der AR gerade kein Compliance-Organ ist, begrifflich irreführend ist.

84 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der RL 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rats und zur Aufhebung der RL 84/253/EWG des Rats.

85 *Lanfermann/Maul*, DB 2006, S. 1505 ff.; *Schoberth/Servatius/Thees*, BB 2006, S. 2571, 2574.

86 Zu den Einzelheiten: *Spindler/Stilz* AktG § 107 Rn. 128 ff.; *MünchKommAktG/Habersack* § 107 Rn. 110; *Habersack*, AG 2004, S. 98 ff.; *Burwitz*, NZG 2008, S. 694 ff.; *Gruber*, NZG 2008, S. 12 ff.

A. II. Abgrenzung der Begrifflichkeiten

gem. § 100 Abs. 5 AktG sowie – für die GmbH – über die entsprechende neue Verweisung in § 52 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verpflichtet, dass ihrem Aufsichtsrat⁸⁷ mindestens ein unabhängiges Mitglied mit Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung angehören muss. Ähnliches gilt nach dem BilMoG für die eingetragene Genossenschaft (§ 36 Abs. 4 GenG), die europäische Genossenschaft (§ 19 Abs. 1 SCE-Ausführungsgesetz) und die SE (§ 27 Abs. 1 SE-Ausführungsgesetz). Es soll damit gewährleistet werden, dass die Qualität der Überwachung durch den Aufsichtsrat (bzw. den Verwaltungsrat bei SCE und SE) erhöht wird. Hat die Gesellschaft kein solches Organ, so wird sie gem. § 324 HGB (sofern sie die Voraussetzungen des § 264d HGB erfüllt) verpflichtet, einen Prüfungsausschuss einzurichten. Gem. § 107 Abs. 4 AktG gelten die Besetzungsregelungen für den Fall, dass die Gesellschaft bereits einen Prüfungsausschuss i.S.d. § 107 Abs. 3 Satz 2 eingerichtet hat, auch für die Besetzung dieses Prüfungsausschusses. Der deutsche Gesetzgeber hat damit den Prüfungsausschuss nicht zur Pflichteinrichtung (auch nicht für die AG) erhoben,⁸⁸ was allerdings vor dem Hintergrund der Abschlussprüferrichtlinie auch dem Willen des europäischen Gesetzgebers entsprechen dürfte. Es sollte mit den durch die Richtlinie statuierten Vorgaben unter anderen eine gerade in monistisch verfassten Gesellschaften bisher nicht vorhandene Trennung zwischen Unternehmensleitung und Überwachung durch Einrichtung eines Kontrollgremiums erreicht werden, was folgerichtig die Einführung eines Pflicht-Prüfungsausschusses für die stets dualistisch verfasste AG nicht als im Sinne der Richtlinie notwendig erscheinen lässt.⁸⁹ Trotz des Nichtbestehens einer Pflicht zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses ist dessen Existenz in der (deutschen) Unternehmenswirklichkeit verbreitet, was darauf zurückzuführen ist, dass bereits der Deutsche Corporate Governance Kodex in Ziff. 5.3.2 die Einrichtung eines (auch nach früherer Rechtslage möglichen, vgl. § 107 Abs. 3 i.V.m. § 108 AktG aF) Prüfungsausschusses empfiehlt.⁹⁰ Mittelfristig ist nach den durch das BilMoG eingeführten Neuerungen und der damit verbundenen Aufmerksamkeit, die dem Prüfungsausschuss gewidmet wird, mit einer weiteren Zunahme an Gesellschaften zu rechnen, die über einen Prüfungsausschuss verfügen.

Es stellt sich somit im Lichte von „soft-“, (DCGK) und „hard-law“ die Frage, in welchem Verhältnis Aufgaben und Kompetenzen der Kontrollinstanz „Prüfungsausschuss“ zur Compliance stehen.

Die Vorgaben der Abschlussprüferrichtlinie sehen die Aufgabe des Prüfungsausschusses gem. Art. 41 Abs. 2 unter anderem in der Überwachung des internen Kontrollsystems, des internen Revisionssystems und des Risikomanagements.⁹¹ Versteht man das Compliance-

87 Sofern die Gesellschaft über einen Aufsichtsrat verfügt.

88 Vgl. *Lanfermann/Maul*, DB 2006, S. 1505 ff. sowie *Schoberth/Servatius/Thees*, BB 2006, S. 2571, 2574, die noch eine zwingende Regelung prognostiziert hatten.

89 S. auch *Habersack*, AG 2004, S. 98, 101, der zur Begründung auch auf Art. 41 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 der Abschlussprüferrichtlinie verweist.

90 Dort wird sogar gefordert, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses über Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, die den Erfahrungsanforderungen der durch das BilMoG eingeführten §§ sehr ähnlich sind (Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und interne Kontrollverfahren).

91 S. auch *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, DCGK, Rn. 986.

A. III. Gang der Untersuchung

System richtigerweise als vom Begriff des „internen Kontrollsystems“ umfasst,⁹² so ist es also Aufgabe des Prüfungsausschusses, (auch) das Compliance-System des Unternehmens zu überwachen. Zum selben Ergebnis gelangt man auch, wenn man verneint, dass das „interne Kontrollsystem“ auch das Compliance-System umfasst. Die Erwähnung des internen Revisionssystems und des Risikomanagements (die, wie oben gezeigt, eine gewisse Nähe zur Compliance aufweisen) und die Einschränkung der Abschlussprüferrichtlinie, dass der Prüfungsausschuss diese „unter anderem“ zu überwachen habe, legen es nahe, dass die Überwachung des Compliance-Systems auch ohne weitere Erwähnung als Aufgabe des Prüfungsausschusses anzusehen wäre. Der Prüfungsausschuss stellt damit im Zusammenspiel der internen Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen den „Wächter der Wächter“ dar, womit er diese grundsätzlich dem Aufsichtsrat obliegende Aufgabe gleichsam als „Abteilung“ des Aufsichtsrats übernimmt.⁹³

III. Gang der Untersuchung

Es sollen im Abschnitt B zunächst die Rechtsquellen für die Pflicht zur Compliance, also der Pflicht zur Sicherstellung der Legalität des Unternehmens als Teil der Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung, sowie die Rechtsquellen, die zu diesem Zweck zur Einrichtung eines Compliance-Systems verpflichten, dargestellt werden.

Anschließend werden in Abschnitt C diejenigen ausgewählten Fragestellungen untersucht, die allgemein für Unternehmenscompliance sowie speziell für den hier betrachteten Bankensektor von Bedeutung sind. Dies umfasst unter anderem die Pflichten der einzelnen Organe im Zusammenhang mit Compliance sowie Einzelheiten zur Compliance-Organisation bzw. -Funktion und zum Compliance Officer bzw. -Beauftragten.

Abschnitt D ist dann den Besonderheiten der Unternehmenscompliance im Konzern im Allgemeinen sowie im Bankkonzern im Speziellen gewidmet.

Den Schluss der Untersuchung bildet Abschnitt E mit zusammenfassenden Thesen zu sämtlichen untersuchten Fragestellungen.

92 Vgl. „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

93 Zur Compliance-Aufgabe des Prüfungsausschusses unten „C. II. 3. Die Compliance-Überwachung als Aufgabe des Prüfungsausschusses“.

B. Die Pflicht zur Compliance und zur Einrichtung einer Compliance-Organisation

Für die Pflicht zur Compliance und zur Einrichtung einer Compliance-Organisation kommen auch bei Beschränkung der Betrachtung auf den Bankensektor verschiedene Rechtsquellen in Betracht.

Im Folgenden soll zunächst, losgelöst vom Geschäftsgebiet des Unternehmens, die allgemeine Pflicht eines Unternehmens zur Compliance rechtlich eingeordnet werden. Anschließend sind dann die Rechtsquellen für eine möglicherweise bestehende Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation zu untersuchen.

I. Organisationspflichten als Ursprung heutiger Compliance

Die Organisation eines Unternehmens dient auf den ersten – betriebswirtschaftlich geprägten – Blick dazu, die Abläufe innerhalb des Unternehmens zu lenken und zu optimieren, um so aus den Ressourcen des Unternehmens den optimalen Ertrag zu erzielen. So prägte der US-amerikanische Ökonom *Peter Ferdinand Drucker* den folgenden Satz:

„Zweck und Ziel der Organisation ist es, die Stärken der Menschen produktiv zu machen [...].“

Auch aus ökonomischer Sicht erschöpft sich darin allerdings der Sinn der betrieblichen Organisation nicht und so lautet denn auch der vollständige Ausspruch *Druckers*:

„Zweck und Ziel der Organisation ist es, die Stärken der Menschen produktiv zu machen und ihre Schwächen unwesentlich.“

An genau diesem Punkt will Compliance regelnd eingreifen. Es ist selbstverständlich, dass sich Unternehmen, wie jeder andere auch, in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht zu bewegen haben. So verdeutlicht beispielsweise Ziff. 4.1.3 DCGK, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet ist, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auch auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken. Diese Regelung wird von der einschlägigen Literatur zum Deutschen Corporate Governance Kodex als Selbstverständlichkeit⁹⁴ bzw. als zusätzliche Kodifizierung der ohnehin bestehenden Gesetzeslage⁹⁵ gesehen. Eine solche Pflicht des Vorstandes der AG bzw. der Geschäftsführung der GmbH ist auch im Schrifttum unter dem Stichwort „Legalitätspflicht“ einhellig anerkannt.⁹⁶ Compliance gibt daher auch keine Antwort auf die Frage, ob Gesetzeskonformität zu gewährleisten ist. Die Pflicht zur Compliance ist eine Tatsache. Fraglich ist vielmehr das „Wie“ einer

94 *Peltzer*, Deutsche Corporate Governance, Rn. 59; *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 615.

95 *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 615.

96 *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 93 Rn. 14; *MünchKommAktG/Spindler* § 93 Rn. 63; *Fleischer*, ZIP 2005, S. 141; *GroßKommAktG/Hopt* § 93 Rn. 98; *Goette*, FS BGH, 2000, S. 123, 125 jeweils mwN.

Organisation die, um bei den Worten *Druckers* zu bleiben, die Schwächen der Menschen unwesentlich macht, also Gesetzesverstöße verhindert.

Hinter dem Begriff der Compliance verbirgt sich eine Ausprägung und Konkretisierung der Organisationspflichten des Leitungsorgans eines Unternehmens und des Unternehmens selbst, wonach die Organisation des Unternehmens in einer Weise auszugestaltet ist, die durch Kontrolle und Prävention ein nicht regelkonformes Verhalten verhindert.⁹⁷ Die im Zusammenhang mit Compliance an die Unternehmensorganisation zu stellenden Anforderungen gehen jedoch deutlich weiter, als die bisher bestehenden Organisationspflichten. Die Normierung vor allem im WpHG und im KWG verleiht den Organisationspflichten im Lichte von Compliance einen neuen Stellenwert. Soweit einige Autoren also davon ausgehen, im Zusammenhang mit Compliance werde nur Altbekanntes wiederholt und durch englische Nomenklatur in seiner Relevanz überhöht dargestellt, ist dies nicht zutreffend.⁹⁸ Es handelt sich bei Compliance nicht um „alten Wein in neuen Schläuchen“⁹⁹ oder eine „Binsenweisheit“¹⁰⁰.

Nicht abzustreiten ist allerdings, dass Organisationspflichten – auf denen eine Compliance-Organisationspflicht letztlich beruht – auch bereits in anderen Bereichen des Rechts zu finden sind. Im Bereich des Deliktsrechts dienen und dienen Organisationspflichten dazu, ein Unternehmen für betriebliches Organisationsverschulden im Rahmen von § 831 BGB¹⁰¹ bzw. § 823 BGB¹⁰² zur Haftung heranzuziehen. Die neuere Literatur ordnet dabei eine Verletzung der Organisationspflichten dem Bereich des § 823 BGB zu, um das nach Auffassung der Autoren inakzeptable Ergebnis auszuschließen, dass dem Unternehmen im Rahmen von § 831 BGB der dezentrale Entlastungsbeweis¹⁰³ des Abs. 1 regelmäßig möglich sein dürfte. Bei einer Einordnung der Organisationspflichtverletzung unter § 823 BGB ist ein solcher Entlastungsbeweis hingegen nur noch dann möglich, wenn der konkret für die Pflichtverletzung verantwortliche Mitarbeiter identifiziert und darüber hinaus nachgewiesen ist, dass er sorgfältig ausgewählt, angeleitet und überwacht wurde. Für eine Entlastung muss zusätzlich nachgewiesen werden, dass die Organisation des Betriebs insgesamt geeignet war, deliktisches Verhalten von Mitarbeitern auszuschließen.¹⁰⁴ Flankiert wird diese deliktsrechtliche Ausprägung von Organisationspflichten auf betrieblicher Ebene von einer körperschaftlichen Organisationspflicht, die dem Normbereich des § 31 BGB zuzuordnen

97 Spindler, WM 2008, S. 905; Röh, BB 2008, S. 398, 399; Lösler, NZG 2005, S. 104; Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 1; Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 2.

98 So auch Rodewald/Unger, BB 2007, S. 1629, 1635.

99 Cauers/Haas/Jakob/Kremer/Schartmann/Welp, DB 2008, S. 2717 ff.

100 So begrifflich U.H.Schneider, ZIP 2003, S. 645, 646, der aber dennoch – wie hier – Fragen der tatsächlichen Umsetzung als Kernbereich von Compliance in den Vordergrund stellt.

101 RG Ur. v. 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, S. 107 (110); im Rahmen von § 823 BGB hingegen: RG Ur. v. 20.11.1902 – VI 268/02, RGZ 53, S. 53 (57); RG Ur. v. 29.4.1926 – IV 693/25, RGZ 113, S. 293 (297).

102 MünchKommBGB/Wagner § 823 Rn. 386 ff. mwN.

103 RG Ur. v. 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, S. 107, 108 f.; BGH Ur. v. 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, S. 1, 2.

104 Ausführlich Staudinger/Belling (2008) BGB § 831 Rn. 19 ff.; Hassold, JuS 1982, S. 583 ff.

ist und die eine Ausdehnung der unbedingten Zurechnung im Rahmen des § 31 BGB darstellt.¹⁰⁵

Bereits diese „ursprünglichen“ Formen der Organisationspflichten weisen viele Gemeinsamkeiten mit den heutigen Eckpunkten der Compliance-Diskussion auf. Während aber in der allgemeinen Diskussion um Organisationspflichten stets lediglich Zielvorgaben gemacht wurden, welche Effekte durch eine entsprechende Organisation erreicht werden müssen, während der Weg zur Erreichung dieser Zielvorgaben von den Unternehmen selbst zu gestalten war, mischt sich der Gesetzgeber heute in viel größerem Maße in die ureigensten Bereiche der Unternehmensführung selbst ein.¹⁰⁶ Den Unternehmen wird durch den Staat konkret vorgeschrieben, wie sie sich zu organisieren haben. Dieses Novum staatlicher Einmischung in den Kernbereich der Unternehmensleitungskompetenzen hat seit den achtziger Jahren stetig zugenommen¹⁰⁷ und zeigt sich heute – selbst im bereits eng umrissenen Gebiet der Compliance in Banken – in diversen Ausprägungen aus unterschiedlichen Rechtsquellen.

II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht

Bereits außerhalb bereichsspezifischer – hier bank- bzw. aufsichtsrechtlicher – Normen finden sich Bezüge zur Compliance im „allgemeinen“ Gesellschaftsrecht. Dies deckt sich – rechtsvergleichend betrachtet – mit der angelsächsischen Spruchpraxis, die Compliance in einem gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang sieht.¹⁰⁸

Das Gesellschaftsrecht selbst gibt den Leitungsorganen der verschiedenen Gesellschaftsformen einen umfangreichen Pflichtenkatalog mit auf den Weg, der als Rechtsquelle für eine Compliance-Organisationspflicht grundsätzlich in Betracht kommt.

Aufgrund der Tatsache, dass für eine Bank per se keine Rechtsform ausgeschlossen ist, sollen im Folgenden die eventuellen Besonderheiten sowie die jeweiligen rechtlichen Quellen der aus dem Gesellschaftsrecht resultierenden Compliance(-Organisations)-Pflichten dargestellt werden.

Die Pflicht zur Compliance, d.h. die Pflicht zur Legalität des Unternehmens oder auch die Pflicht zu rechtskonformem Verhalten des Unternehmens ist dabei zu trennen von der damit einhergehenden organisatorischen Verpflichtung, mithilfe derer die Legalitätspflicht umgesetzt wird.

105 BGH Urt. v. 28.4.1954 – II ZR 279/53, BGHZ 13, S. 198 (203); BGH Urt. v. 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, S. 200 (213); BGH Urt. v. 8.7.1980 – VI ZR 158/78, NJW 1980, S. 2810 (2811); *Spindler*, WM 2008, S. 905, 906.

106 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 906: „black box“ des Unternehmens.

107 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 906.

108 *Fleischer*, AG 2003, S. 291, 299; für die USA In Re Caremark International Inc., 698 A. 2d 959, 971 (Del. Ch. 1996); für Großbritannien Re Barings plc. And others (No. 5), [1999] 1 BCLC 433, 486-489.

1. AG

Einigkeit herrscht für den Vorstand der AG darüber, dass die Legalitätspflicht Teil der Leitungsaufgabe ist. Mit anderen Worten: Die Gewährleistung von Compliance ist Teil der Leitungsaufgabe des Vorstands.¹⁰⁹ Der Vorstand ist zu geeigneten organisatorischen Maßnahmen verpflichtet.¹¹⁰ Zu beachten ist jedoch, dass damit nicht zwingend aktienrechtlich vorgegeben ist, dass die zu ergreifenden organisatorischen Maßnahmen zur Gewährleistung der Legalität die Einrichtung eines Compliance-Systems¹¹¹ umfassen müssen.¹¹² Ob sich eine derart enge organisatorische Verpflichtung bereits aus dem Gesellschaftsrecht ergibt, soll im Folgenden Gegenstand der Betrachtung sein.¹¹³

Sucht man nach Rechtsquellen für die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems im Recht der Aktiengesellschaft, so drängt sich die Suche im Bereich der Leitungsaufgabe des Vorstands gem. §§ 76, 93 AktG auf, da diese Heimat der die Compliance-Organisationspflicht womöglich begründenden Legalitätspflicht sind. Dies ergibt sich aus der Einordnung der Compliance als besondere Ausprägung von Organisationspflichten. Für eine nähere Betrachtung bietet sich seit den durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (i.F. KonTraG)¹¹⁴ eingeführten Änderungen auch § 91 Abs. 2 AktG als spezielle Regelung eines bestimmten Teils der Leitungsaufgabe des Vorstands an. Die Norm verpflichtet den Vorstand zu „geeigneten Maßnahmen“ – explizit zu einem „Überwachungssystem“ – um die Gesellschaft bzw. deren Fortbestand gefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen. Dies wird abgesichert durch § 317 Abs. 4 HGB, wonach beim Jahresabschluss der AG (sofern börsennotiert) die Einhaltung

109 h.M.: MünchKommAktG/*Spindler* § 93 Rn. 63 f.; *Spindler*, WM 2008, S. 905, 906; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1, 2; *Fleischer*, AG 2003, S. 291, 299; *U.H.Schneider*, ZIP 2003, S. 645, 648 f.; *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, S. 2061, 2062; *U.H.Schneider*, NZG 2009, S. 1321, 1323; *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 12; *Lösler*, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 157; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 95; *Pietzke*, CCZ 2010, S. 45, 50.

110 OLG Köln Urt. v. 31.8.2000 – 18 U 42/00, AG 2001, 363 f. = NZG 2001, 135 f.; *Hauschka*, ZIP 2004, S. 877, 878; *Fleischer*, CCZ 2009, S. 1, 2; *Fleischer*, AG 2003, S. 291, 299; *U.H.Schneider*, ZIP 2003, S. 645, 649; *U.H.Schneider*, NZG 2009, S. 1321, 1323.

111 Also eines Compliance-Systems im engeren Wortsinne, etwa vergleichbar der gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einzurichtenden Compliance-Funktion.

112 Diese Frage ist umstritten, zum Streitstand vgl. zusammenfassend *Liese*, BB-Special Compliance 2008, S. 17 ff. und auch *Illing/Umnuß*, CCZ 2009, S. 1, 2.

gegen eine allgemeine Pflicht (wenngleich die Einrichtung einer Compliance-Organisation im Einzelfall erforderlich sein kann): GroßKommAktG/*Kort* § 91 Rn. 65; Kölner KommAktG/*Mertens/Cahn* § 91 Rn. 35 f.; MünchKommAktG/*Spindler* § 91 Rn. 36; *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 93 Rn. 56 und § 91 Rn. 50 ff.; HdbVorstR/*Fleischer* § 7 Rn. 42; HdbVorstR/*Fleischer* § 8 Rn. 43; HdbVorstR/*Spindler* § 19 Rn. 60; *Hauschka*, ZIP 2004, S. 877, 878; *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 13; *Hauschka*, Corporate Compliance, § 1 Rn. 23; *Hauschka/Sieg/Zeidler*, Corporate Compliance, § 3 Rn. 24; *Bürkle*, BB 2005, S. 565, 569; *Lösler*, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 157 *Ringleb/Kremer/Lutter/ v.Werder*, DCGK, Rn. 618.

für eine solche Pflicht: *K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer* AktG § 93 Rn. 6; *U.H.Schneider*, ZIP 2003, S. 645, 649; *Immenga*, FS Schwark, 2009, S. 199, 203; *Bachmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 73 f.; *Grohner*, Rechtliche Grundlagen Compliance-Organisation, S. 87.

113 *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 139 f. unterscheidet begrifflich sehr treffend zwischen einem materiellen (das geltende Recht ist vom Unternehmen zu befolgen) und einem formellen (hier geht es dann um die zur Gewährleistung von Compliance einzurichtenden „Systeme“) Compliancebegriff.

114 Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998 (BGBl. I S. 786).

der Vorgaben des § 91 Abs. 2 AktG zu prüfen ist.¹¹⁵ Die Reichweite bzw. Verbindlichkeit dieser Formulierung für die Organisationspflichten des Vorstands der Aktiengesellschaft ist allerdings Gegenstand einer lebhaften Diskussion.

Zur Einordnung einer möglicherweise bestehenden Pflicht des Vorstandes zur Einrichtung eines Compliance-Systems in das Normengefüge des AktG sind damit die allgemeine Leitungsaufgabe des Vorstandes sowie die spezielle Organisationsnorm des § 91 Abs. 2 AktG näher zu untersuchen.

a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. §§ 76, 93 AktG

Einleitend soll zunächst betrachtet werden, ob sich bereits aufgrund der allgemeinen Leitungsaufgabe des Vorstandes einer Aktiengesellschaft für diesen nicht nur eine inhaltlich verhältnismäßig unbestimmte Pflicht zur Gewährleistung der Legalität des Verhaltens dort Gesellschaft, sondern zu diesem Zweck auch eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ergibt.

aa. Organisationspflichten als Teil der Leitungspflicht

Die sich aus den §§ 76, 93 AktG ergebende Leitungsaufgabe des Vorstands umfasst im Rahmen des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die Pflicht des Vorstands, bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die den Vorstand auf Grundlage dieser offenen Formulierung tatsächlich treffenden Verpflichtungen sind vielfältig.¹¹⁶ Im Einzelnen umfasst das Pflichtenheft des Vorstands Sorgfalts-¹¹⁷, Treue-¹¹⁸ und Verschwiegenheitspflicht(en)¹¹⁹.

Im Rahmen der Sorgfaltspflicht treffen den Vorstand unter anderem Organisationspflichten. Er ist verpflichtet, für die Rechtmäßigkeit der Geschäftsorganisation und der Entscheidungsprozesse der Gesellschaft zu sorgen.¹²⁰

115 GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 23; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 15; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 91 Rn. 6; Hommelhoff/Mattheus, AG 1998, S. 249, 251.

116 Zu den einzelnen Pflichten im Rahmen der Leitungsaufgabe des Vorstands vgl. MünchKommAktG/Spindler § 93 Rn. 21 ff.; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 93 Rn. 5 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 14 ff.; GroßKommAktG/Hopt § 93 Rn. 72 ff.; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 93 Rn. 64 ff.

117 MünchKommAktG/Spindler § 93 Rn. 21 ff.; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 93 Rn. 5 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 14 ff.; GroßKommAktG/Hopt § 93 Rn. 78 ff.; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 93 Rn. 66 ff.

118 MünchKommAktG/Spindler § 93 Rn. 92 ff.; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 93 Rn. 16; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 113 ff.; GroßKommAktG/Hopt § 93 Rn. 144 ff.; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 93 Rn. 95 ff.

119 MünchKommAktG/Spindler § 93 Rn. 96 ff.; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 93 Rn. 17 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 160 ff.; GroßKommAktG/Hopt § 93 Rn. 187 ff.; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 93 Rn. 113 ff.

120 GroßKommAktG/Hopt § 93 Rn. 89; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 93 Rn. 67 ff.; zur Organisationsverantwortung im Rahmen der Sorgfaltspflicht auch Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 56 sowie MünchKommAktG/Spindler § 93 Rn. 82; zur Legalitätspflicht aller Geschäftsleiter rechtsformunabhängig) Göring/Inderst/Bannenber/Rieder/Falge, Compliance, Rn. 4.

Nun könnte man nach dem bisher zum Begriff der Compliance Gesagten bei den Begriffen „Rechtmäßigkeit“ und „Organisation“ daran denken, dass bereits damit ein sehr enger Bezug zur Compliance(-Organisation) besteht, die ja schließlich Rechtmäßigkeit durch Organisation erreichen will. Dieser erste Eindruck täuscht jedoch: Im Rahmen der sorgfaltspflichtgemäßen Organisation hat der Vorstand vor allem dafür zu sorgen, dass die Organisation selbst rechtmäßig ist.¹²¹ Dies impliziert nicht notwendigerweise die Einrichtung einer Organisation, die ihrerseits der Rechtmäßigkeit des Unternehmenshandelns dient.¹²²

bb. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Leitungspflicht nur in Verbindung mit § 91 Abs. 2 AktG?

Dennoch wird die Einrichtung eines Compliance-Systems teilweise dem Pflichtenkreis des Vorstands zugeordnet, den dieser im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht zu erfüllen hat.¹²³ Zumeist wird die Frage einer Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation nach § 93 AktG dabei jedoch mit dem Hinweis auf den engen Zusammenhang mit der nach § 91 Abs. 2 AktG bestehenden Pflicht des Vorstands zur Einrichtung eines Früherkennungssystems verbunden.¹²⁴

cc. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Pflicht oder als Ermessensfrage

Ob ein solcher Rückgriff auf § 91 Abs. 2 AktG – dessen eigenständige Compliance-Relevanz wird im Folgenden noch zu erörtern sein – notwendig ist, um bereits in den §§ 76, 93 Abs. 1 AktG eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ansiedeln zu können, erscheint fraglich.

Bereits auf Grundlage der mit Leitungsaufgabe einhergehenden Legalitätspflicht wird teilweise angenommen, es bestehe eine Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer Compliance-Organisation, während andere zwar die Compliance an sich als Verpflichtung des Vorstands sehen, jedoch die Frage der Einrichtung einer sich mit der Compliance des Unternehmens befassenden Compliance-Organisation in das Leitungsermessen des Vorstands stellen.

121 GroßKommAktG/Hopt § 93 Rn. 89; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 93 Rn. 67 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 56.

122 So auch Grohnert, Rechtliche Grundlagen Compliance-Organisation, S. 56.

123 K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 93 Rn. 6; zurückhaltender Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 56: In Betracht kommt im Rahmen der organisatorischen Pflichten auch Einrichtung einer Compliance-Organisation.

124 Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 56 mit Verweis auf § 91 Rn. 47; vgl. auch MünchKommAktG/Spindler § 93 Rn. 82, der auch deutlich macht, dass damit die Pflicht zur Überwachung im Zusammenhang mit der Unternehmensleitung gemeint ist. Davon streng zu unterscheiden und dem Bereich der Ressortverteilung zuzuordnen sei die Frage der gegenseitigen Überwachungspflichten innerhalb des Vorstands.

aaa. Allgemeine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation

Es wird zum Teil vertreten, dass der Vorstand einer AG verpflichtet sei, seiner Legalitätspflicht und den damit einhergehenden organisatorischen Verpflichtungen durch Einrichtung einer Compliance-Organisation zu genügen. Dies wird gleichsam automatisch aus der grundsätzlichen Compliance-Pflicht des Vorstands hergeleitet. Die Einhaltung der vom Vorstand im Rahmen dieser Pflicht zu beachtenden vielfältigen Regelungen sei durch organisatorische Compliance-Maßnahmen zu gewährleisten.¹²⁵

Die Frage der Einrichtung einer Compliance-Organisation sei damit nicht in das Entschließungsermessen des Vorstands gestellt, weshalb auch die business judgement rule hinsichtlich der Frage, ob der Vorstand ein Compliance-System einzurichten hat, nicht zur Anwendung komme.¹²⁶ Ermessen habe der Vorstand in Fragen der Compliance-Organisation des Unternehmens lediglich in Form des Auswahlermessens hinsichtlich der Ausgestaltung der Compliance-Organisation im Einzelnen.¹²⁷

bbb. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Ermessenfrage

Die wohl herrschende Meinung geht demgegenüber davon aus, dass eine allgemeingültige Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation für jede AG bzw. jedes Unternehmen nicht bestehe. Sowohl die Frage des „Ob“, als auch die Frage des „Wie“ stünden im Ermessen des Vorstands.¹²⁸

Zur Pflicht könne sich die Einrichtung einer Compliance-Organisation nur dann verdichten, wenn das Unternehmen aufgrund seiner Größe oder sonstiger Umstände ein solches Gefahrenpotential von Rechtsverletzungen aufweise, dass keine andere organisatorische Reaktion, als die Einrichtung einer Compliance-Organisation sorgfaltspflichtgemäß wäre.¹²⁹

ccc. Stellungnahme

Die Einrichtung einer Compliance-Organisation ist nicht für jede Aktiengesellschaft verpflichtend. Die Legalitätspflicht, auf die eine solche Pflicht zurückgeführt wird, ist Teil

125 K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 93 Rn. 6; Bachmann, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 73 f.; Immenga, FS Schwark, 2009, S. 199, 202 f.; U.H.Schneider, ZIP 2003, S. 645, 649; Grohnert, Rechtliche Grundlagen Compliance-Organisation, S. 87.

126 Immenga, FS Schwark, 2009, S. 199, 202 f.

127 Immenga, FS Schwark, 2009, S. 199, 203.

128 GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 65; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 91 Rn. 35 f.; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 36; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 56 und § 91 Rn. 47; HdbVorstR/Fleischer § 7 Rn. 42; HdbVorstR/Fleischer § 8 Rn. 43; HdbVorstR/Spindler § 19 Rn. 60; Hauschka, ZIP 2004, S. 877, 878; Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 13; Hauschka, Corporate Compliance, § 1 Rn. 23; Hauschka/Siegl/Zeidler, Corporate Compliance, § 3 Rn. 24; Bürkle, BB 2005, S. 565, 569; Kremer/Klahold, ZGR 39 (2010), S. 113, 118 ff.; Lösler, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 157 Ringleb/Kremer/Lutter/ v.Werder, DCGK, Rn. 618.

129 Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 91 Rn. 36; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 36; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn. 47; HdbVorstR/Fleischer § 8 Rn. 43; HdbVorstR/Spindler § 19 Rn. 60; Hauschka, ZIP 2004, S. 877, 878.

der Leitungsaufgabe des Vorstands. Im Rahmen der Erfüllung dieser Leitungsaufgabe hat der Vorstand einen breiten Ermessensspielraum,¹³⁰ innerhalb dessen er auch das Für und Wider der Einrichtung einer Compliance-Organisation abwägen kann. Verpflichtend ist damit für den Vorstand nur die Gewährleistung der Legalität. Wie er dies gewährleistet, bleibt ihm im Einzelfall selbst überlassen.

Soweit teilweise vertreten wird, die Frage der Einrichtung einer Compliance-Organisation sei nicht in das Ermessen des Vorstands gestellt, da es sich insoweit um eine Pflicht handele,¹³¹ ist dies auch auf ein weiteres Verständnis des Begriffs „Compliance-Organisation“ zurückzuführen. Versteht man unter einer Compliance-Organisation lediglich „irgendwelche“ organisatorischen Maßnahmen, die die Unternehmenscompliance gewährleisten (sollen), ist der von *Immenga* vertretenen Auffassung zuzustimmen. Nach hier vertretener Auffassung meint Compliance-Organisation jedoch nicht jede organisatorische Maßnahme, sondern eine Organisationseinheit des Unternehmens, die – unter Umständen als selbständige und unabhängige Abteilung – für die Unternehmenscompliance zuständig ist und die darüber hinaus zumindest im Rahmen von „best practice“ an die in Praxis und Spezialgesetzen (speziell im WpHG) vorhandenen Ausgestaltungen einer Compliance-Organisation angelehnt ist.

Auch ohne eine ausdrückliche Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ist es jedoch, abhängig von den speziellen Umständen des jeweiligen Unternehmens, denkbar, dass das Leitungsermessen des Vorstands soweit eingeschränkt ist, dass ausschließlich die Einrichtung einer Compliance-Organisation noch als pflichtgemäßes Verhalten gem. § 93 Abs. 1 AktG angesehen werden kann.

dd. Ergebnis – Compliance-Organisationspflicht im Einzelfall möglich

Aus der Leitungsaufgabe des Vorstands gem. §§ 76, 93 Abs. 1 AktG kann sich damit die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ergeben, sofern im Einzelfall der Ermessensspielraum hinsichtlich der zur Gewährleistung der Legalität einzurichtenden Organisation entsprechend eingeschränkt ist. Besteht ein entsprechendes Gefahrenpotential, ist vom Vorstand eine auf Haftungsvermeidung und Risikokontrolle ausgerichtete Compliance-Organisation zu etablieren.¹³² Besteht dieses Gefahrenpotential aber im Einzelfall nicht, so bleibt es „lediglich“ bei den zur Erfüllung der Legalitätspflicht zu

130 BGH Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, S. 244, 253 = NJW 1997, S. 1926, 1927 (ARAG/Garmenbeck); BGH Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, S. 522, 523 (Mannesmann/Vodafone); GroßKommAktG/Kort § 76 Rn. 41; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 76 Rn. 9 ff.; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 76 Rn. 59; K.Schmidt/Lutter/Seibt AktG § 76 Rn. 10; Hüffer AktG § 76 Rn. 12.

131 So *Immenga*, FS Schwark, 2009, S. 199, 202 f., vgl. „B. II. 1. a. cc. aaa. Allgemeine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation“.

132 Marsch-Barner/Schäfer/Arnold, Hdb. börsennotierte AG, § 18 Rn. 18; Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 95; Fleischer, AG 2003, S. 291, 299; Fleischer, CCZ 2008, S. 1, 2; Lösler, WM 2007, S. 676, 681; U.H.Schneider, ZIP 2003, S. 645, 648 f.; von einer solchen Pflicht nur als „Ausnahme von der Regel“ geht etwas zurückhaltender *Hauschka* aus: *Hauschka*, ZIP 2004, S. 877, 878, 882.

ergreifenden angemessenen organisatorischen Maßnahmen, ohne dass dies zwingend die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems mit sich bringen würde. Denkbar wäre es im Einzelfall zum Beispiel auch, dass der Legalitätspflicht dadurch in angemessenem Umfang genügt wird, dass eine bereits bestehende Stelle des Unternehmens, zum Beispiel die Rechtsabteilung, mit zusätzlichen Aufgaben zur Gewährleistung der Legalität des Unternehmens betraut wird. Stellt sich dann im Nachhinein heraus, dass dies nicht die „richtige“, d.h. pflichtgemäße Entscheidung war, so kommt hinsichtlich des vom Vorstand ausgeübten Auswahlermessens die business judgment rule zur Anwendung, sodass dem Vorstand nur schlechthin unvertretbare Entscheidungen angelastet werden können.¹³³

b. Organisationspflichten nach § 91 Abs. 2 AktG

Eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation könnte sich daneben für die Aktiengesellschaft aus § 91 Abs. 2 AktG ergeben. Diese Regelung verpflichtet den Vorstand ausdrücklich, ein Überwachungssystem einzurichten, damit Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, früh erkannt werden können.

Bevor im Einzelnen darauf einzugehen ist, inwieweit dieses „Früherkennungssystem“ mit einem Compliance-System verwandt oder gar gleichzusetzen ist, soll zunächst das Verhältnis des § 91 Abs. 2 AktG zum zuvor untersuchten § 93 AktG dargestellt werden.

aa. Verhältnis des § 91 Abs. 2 AktG zu § 93 AktG

Wie bereits im Rahmen der Leitungsaufgabe des Vorstands erwähnt, steht das nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtende Überwachungssystem mit den sich aus § 93 AktG ergebenden Pflichten in einem engen Zusammenhang.¹³⁴ Es herrscht insoweit weitestgehend Einigkeit darüber, dass die Regelung des § 91 Abs. 2 AktG keine neuen Pflichten für den Vorstand enthält, sondern lediglich die bereits bekannten Pflichten aus § 93 AktG wiederholt und die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. § 76 AktG hervorhebt.¹³⁵ Dies heißt jedoch nicht notwendigerweise, dass die Überwachungs- und Organisationspflichten des § 93 AktG in

133 Vgl. zur Anwendung der business judgment rule hinsichtlich der Einrichtung eines umfassenden Risikomanagementsystems *Kort*, ZGR 39 (2010), S. 440, 456.

134 Vgl. Fn. 124.

135 Begr. RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 liSp; Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 91 Rn. 29; wohl auch *K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer* AktG § 91 Rn. 6, nach denen die Verantwortung des Vorstands betont werden soll; vgl. auch *MünchKommAktG/Spindler* § 91 Rn. 18, wonach die Pflicht nach § 91 Abs. 2 nur Bestandteil der allg. übergreifenden Organisationspflicht des Vorstands ist; auch nach *GroßKommAktG/Kort* § 91 Rn. 20 manifestiert sich in § 91 Abs. 2 letztlich die Leitungsverantwortung des Vorstands, hier in Bezug auf bestandsgefährdende Entwicklungen; *HdbVorstR/Spindler* § 19 Rn. 6; *Hauschka/Gebauer/Niermann*, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 12; *Seibert*, FS *Bezzenger*, 2000, S. 427, 437; *Preußner/Becker*, NZG 2002, S. 846, 847; *Kuhl/Nickel*, DB 1999, S. 133; *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, S. 249, 251; *Hoffmann-Becking*, ZGR 27 (1998), S. 497, 513; *Endres*, ZHR 163 (1999), S. 441, 451; *Lebherz*, *Emittenten-Compliance*, S. 385 ff.; *Liese*, *BB-Special Compliance 2008*, S. 17, 18 f. geht von einer Zielidentität von Compliance-Verfahren und Verfahren nach § 91 Abs. 2 AktG aus, setzt beide aber dennoch nicht gleich; vgl. auch *Kammerer-Galahn*, *AnwBl* 2009, S. 77, 78: Es lässt sich allein aus § 91 Abs. 2 AktG keine generelle Verpflichtung zur Einrichtung eines allgemeinen Risikomanagementsystems ableiten.

der Pflicht des § 91 Abs. 2 AktG vollständig aufgehen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass sich bereits aus § 93 AktG selbst unter Umständen weitergehende Überwachungs- und Organisationspflichten ergeben können, als solche in § 91 Abs. 2 AktG enthalten sind.¹³⁶

bb. Das Früherkennungssystem des § 91 Abs. 2 AktG

Die genaue Einordnung und inhaltliche Ausfüllung des von § 91 Abs. 2 AktG geforderten Früherkennungssystems – und damit auch die Frage, ob es sich dabei um ein Compliance-System handelt – bereitet Schwierigkeiten:

Unmissverständlich macht der Gesetzgeber klar, dass der Vorstand geeignete Maßnahmen¹³⁷ zu treffen hat, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Insoweit ist die Formulierung der Norm, abgesehen vom unbestimmten Begriff der „geeigneten Maßnahmen“, eindeutig.

Weniger klar und daher umstritten ist allerdings, was unter dem „Überwachungssystem“ zu verstehen ist, welches vom Vorstand zur Früherkennung der Risiken „insbesondere“ einzurichten ist.

Klar ist zunächst, dass die Einrichtung eines solchen Überwachungssystems vom Gesetzgeber als „geeignete Maßnahme“ angesehen wird und auch dass die Einrichtung obligatorisch ist.¹³⁸

Mit der Einigkeit über die Einordnung als obligatorisch zu ergreifende „geeignete Maßnahme“ endet jedoch der Konsens hinsichtlich des von § 91 Abs. 2 AktG geforderten Überwachungssystems. Die Streitigkeiten bzw. Unklarheiten hierüber sind vielschichtig. Umstritten ist, was mit dem Überwachungssystem im Einzelnen zu überwachen ist und wie das Überwachungssystem im Einzelnen auszugestalten ist. Eine Ansicht geht dabei davon aus, dass ausschließlich die Ergreifung und Durchführung der von § 91 Abs. 2 AktG verlangten „geeigneten Maßnahmen“ Gegenstand der Überwachung sein soll. Andere verlangen ein deutlich weiter gehendes Überwachungssystem, welches – je nach Autor – mehr oder weniger einem allgemeinen Risikomanagement- oder Compliancesystem ähnelt.

136 HdbVorstR/Spindler § 19 Rn. 60; Fleischer, AG 2003, S. 291, 298 f.

137 Was geeignete Maßnahmen sind, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, der Vorstand hat dabei einen Ermessensspielraum. Zu berücksichtigen sind u.a. Lage und Größe des Unternehmens, Risikopotential der Märkte, auf denen das Unternehmen tätig ist, Art des Kapitalmarktzugangs etc. Vgl. hierzu MünchKommAktG/Spindler § 93 Rn. 24 u. Fn. 82 mwN; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 37; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 93 Rn. 12; GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 46 f.; Begr. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712 S. 11, 15.

138 GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 48; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 25; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 91 Rn. 13; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn. 34.

aaa. Überwachung der „geeigneten Maßnahmen“

Der Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG erhebt zunächst unzweifelhaft die „Erkennung bestandsgefährdender Entwicklungen“ zum Ziel des Überwachungssystems.

Betrachtet man allerdings nicht ausschließlich den endgültigen Gesetzeswortlaut, sondern berücksichtigt auf der Suche nach der Intention des Gesetzgebers auch die Materialien der Gesetzgebungsgeschichte des KonTraG, so kommt man zu einem anderen Ergebnis, welches die hier geschilderte Auffassung nachvollziehbar macht. Der Referentenentwurf zum KonTraG¹³⁹ sah ursprünglich vor, die Pflicht zur Einrichtung des Überwachungssystems in § 93 AktG selbst zu verankern¹⁴⁰ und die folgenden Sätze 2 und 3 neu einzufügen:

§ 93 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG i.d.F. d. RefE KonTraG

Sie haben insbesondere unter Berücksichtigung der Art und Größe ihrer Gesellschaft und bei Mutterunternehmen im Sinne des § 90 des HGB ihres Konzerns geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu gewährleisten, dass den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen, insbesondere risikobehaftete Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft oder des Konzerns wesentlich auswirken, früh erkannt werden. Dazu gehört auch die Einrichtung eines Überwachungssystems mit der Aufgabe, die Einhaltung der nach Satz 2 zu treffenden Maßnahmen zu überwachen.¹⁴¹

Das einzurichtende Überwachungssystem hätte damit nur eine Aufgabe gehabt: die Überwachung der Einhaltung der Maßnahmen, die gewährleisten sollen, dass den Bestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.

Auch die Begründung zu § 93 AktG spricht im Referentenentwurf eine klare Sprache, indem zwischen „Maßnahmen“ und „Überwachung dieser Maßnahmen“ unterschieden wird.¹⁴² Der Regierungsentwurf¹⁴³ enthält dann bereits – abweichend vom Referentenentwurf – die uns als Gesetzeslage bekannte Fassung des § 91 Abs. 2 AktG. Eine detaillierte Erwähnung des Inhalts der Überwachung findet sich dort nicht auch in der Begründung nicht mehr. Erwähnt wird, dass als Ergebnis der Anhörung die Vorschrift nun doch an § 91 AktG und nicht an § 93 AktG angehängt wird.¹⁴⁴ Ebenso wird begründet, warum die Abhängigkeit der zu ergreifenden Maßnahmen von den einzelnen Umständen des Unternehmens nicht mehr gesondert erwähnt wird.¹⁴⁵ Zu der Abweichung hinsichtlich der Formulierung betreffend das Überwachungssystem nimmt die Begründung des Regierungsentwurfs nicht Stellung. Man könnte daher davon auszugehen, dass inhaltlich von der Ausgestaltung des Referentenentwurfs nicht abgewichen werden sollte.¹⁴⁶ Es

139 Abgedruckt in ZIP 1996, S. 2129 ff.

140 Eine Tatsache, die ebenfalls deutlich für das bereits gefundene Ergebnis des unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den §§ 91 und 93 AktG spricht.

141 RefE KonTraG, ZIP 1996, S. 2131.

142 RefE KonTraG, ZIP 1996, S. 2132.

143 RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712.

144 RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 reSp.

145 RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 liSp: „bedarf keiner Hervorhebung im Gesetz“.

146 Lange/Wall/Zimmer/Sonneborn, Risikomanagement nach dem KonTraG; § 1 Rn. 187; Claussen, DB 1998, S. 177, 181.

scheint, als wäre die zuvor unmissverständliche Vorgabe hinsichtlich des Gegenstands der Überwachung dem Bestreben nach sprachlicher Verschlinkung und nicht etwa dem Willen zu einer inhaltlichen Änderung zum Opfer gefallen. Nach dem Willen des Gesetzgebers wäre damit trotz der Änderung des Referentenentwurfs durch den Regierungsentwurf auf die jetzige Fassung des § 91 Abs. 2 AktG die alleinige Aufgabe des Überwachungssystems die Überwachung der gem. § 91 Abs. 2 AktG zu ergreifenden geeigneten Maßnahmen zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen.¹⁴⁷

bbb. Umfassendes Überwachungssystem

Von anderer – teilweise betriebswirtschaftlicher – Seite wird die Pflicht zur Einrichtung eines umfassenden Risikomanagements zur Überwachung sämtlicher Geschäftsvorfälle auf ihr Gefährdungspotential hin gefordert.¹⁴⁸ Diese Auffassung lehnt sich stark an den gegenüber dem Referentenentwurf zum KonTraG vereinfachten Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG an, nachdem scheinbar ein Überwachungssystem zur Früherkennung von Risiken einzurichten ist. Die Annahme der Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagements auf Grundlage der Pflicht zur Errichtung eines Überwachungssystems wird dabei von den Vertretern dieser Auffassung nicht en detail begründet, was auch aus ihrer Sicht vollkommen nachvollziehbar ist, wähen sie sich schließlich aufseiten des Gesetzgebers. Argumentationsbedarf – dem wie gezeigt auch genügt wird – besteht damit eher aufseiten der Vertreter eines die „geeigneten Maßnahmen überwachenden Überwachungssystems“.

ccc. vermittelnde Auffassung – Zweistufiges System

An die ein umfassendes Risikomanagement fordernde Auffassung angelehnt, besteht daneben noch eine vermittelnde Auffassung. Diese fordert auf Grundlage des § 91 Abs. 2 AktG die Einrichtung eines zweistufigen Systems. Auf der ersten Stufe wird dabei die Einrichtung eines Früherkennungssystems für sich anbahnende, den Bestand des Unternehmens gefährdende Risiken – mit anderen Worten: ein allgemeines Risikomanagement – gefordert. Dieses Risikomanagement soll auf der zweiten Stufe durch ein Überwachungssystem laufend auf seine Funktionsfähigkeit hin überprüft werden.¹⁴⁹ Diese Zweistufigkeit – Einrichtungspflicht und Überwachungspflicht – unterscheidet sich von der weiten Auslegung der Norm, die die zweitgenannte Ansicht vornimmt, lediglich durch eine geringere Regelungsdichte hinsichtlich der Implementierung

147 K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 91 Rn. 13; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 25; Hüffer AktG § 91 Rn. 8; Lange/WallZimmer/Sonneborn, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 1 Rn. 187; Leberherz, Emittenten-Compliance, S. 384.

148 Kromschröder/Lück, DB 1998, S. 1573; Eggemann/Konradt, BB 2000, S. 503; so wohl auch Brebeck/Herrmann, WPg 1997, S. 381, 387 f. zum RegE KonTraG; Lück, DB 2000, S. 1473; Lück, DB 1998, S. 8; Lück, DB 1998, S. 1925; für die Verpflichtung zur Einrichtung wohl auch Kuhl/Nickel, DB 1999, S. 133; Schmidbauer, DB 2000, S. 153; Preußner/Becker, NZG 2002, S. 846, 848; Preußner/Zimmermann, AG 2002, S. 657, 659; Wolf, DStR 2002, S. 1729 ff.; Gernoth, DStR 2001, S. 299 ff.

149 Drygala/Drygala, ZIP 2000, S. 297, 299; Preußner/Becker, NZG 2002, S. 846, 847; im Ergebnis kommt auch das LG Berlin, Urt. v. 3.7.2002 – 2 O 358/01, BKR 2002, 969, 970 zu dieser Zweistufigkeit: 1. Funktionsfähiges Risikomanagement, 2. Überwachung dieses Risikomanagements.

des Risikomanagements.¹⁵⁰ Letztlich handelt es sich um nichts anderes als die Zusammenführung der beiden genannten Auffassungen in einem zweistufigen System.

ddd. Stellungnahme

Für ein die „geeigneten Maßnahmen“ überwachendes System spricht die Gesetzgebungsgeschichte. Dafür, dass „Überwachungssystem“ ein allgemeines Risikomanagement meint, spricht der Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG, der auf den ersten Blick wenig Spielraum für Interpretationen lässt.

Fraglich erscheint hinsichtlich einer Entscheidung für die eine oder die andere Auffassung aber, ob sich diese beiden Auffassungen tatsächlich und zwingend widersprechen:

Die Vertreter der „Risikomanagement-Auffassung“ gehen – wie auch die Vertreter der „Überwachung der Maßnahmen-Auffassung“ davon aus, dass § 91 Abs. 2 AktG lediglich eine Wiederholung und Hervorhebung der sich aus der Leitungsaufgabe des Vorstands ergebenden Pflichten gem. der §§ 76, 93 AktG ist.¹⁵¹ So ergibt sich auch nach Auffassung des Gesetzgebers bereits aus der Leitungsaufgabe des Vorstands eine Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen Risikomanagements und einer angemessenen Revision.¹⁵² Diese Pflicht soll durch § 91 Abs. 2 AktG verdeutlicht werden,¹⁵³ eine Formulierung, die sich die Vertreter der „Risikomanagement-Auffassung“ zunutze machen und hierauf gestützt vertreten, es sei deshalb auf Grundlage von § 91 Abs. 2 AktG ein Risikomanagement einzurichten. Die Formulierung des Gesetzgebers ist aber abweichend davon auch einer anderen Interpretation zugänglich: Wenn es sich bei der Pflicht zur Einrichtung eines Risikomanagements um eine selbstverständliche Pflicht auf Grundlage der Leitungsaufgabe des Vorstands handelt, dann kann man diese Pflicht innerhalb des § 91 Abs. 2 AktG ebenso gut mit unter die „geeigneten Maßnahmen“ fassen. Eine solche Zuordnung wäre dann im nächsten Schritt auch mit der „Überwachung der Maßnahmen-Auffassung“ vereinbar. Die geeigneten Maßnahmen (inkl. des Risikomanagements) werden durch das „Überwachungssystem“ überwacht. Insoweit weist der hier vertretene Standpunkt Ähnlichkeiten mit dem genannten zweistufigen System der „vermittelnden Auffassung“ auf. Die vermittelnde Auffassung geht dann allerdings nicht weiter darauf ein, um was es sich bei dieser Überwachung des Risikomanagements im Einzelnen handelt¹⁵⁴ oder ordnet die Überwachung des Risikomanagements (und der anderen „geeigneten Maßnahmen“) ohne nähere Begründung der internen Revision zu.¹⁵⁵

An diesem Punkt dürfen die Überlegungen zum Überwachungssystem des § 91 Abs. 2 AktG indes nicht enden. Als Zwischenergebnis bleibt zunächst Folgendes festzuhalten:

§ 91 Abs. 2 AktG verlangt zumindest in Verbindung mit der Leitungsaufgabe des

150 *Preußner/Zimmermann*, AG 2002, S. 657, 659 und Fn. 14.

151 Vgl. Fn. 135.

152 RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 liSp.

153 RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 liSp.

154 So LG Berlin, Urt. v. 3.7.2002 – 2 O 358/01, BKR 2002, 969 und *Preußner/Becker*, NZG 2002, S. 846.

155 So *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297, 299.

Vorstands die Einrichtung eines Risikomanagementsystems. Ob dieses System selbst das Überwachungssystem ist, welches § 91 Abs. 2 AktG fordert oder ob das Risikomanagement eine der zu ergreifenden geeigneten Maßnahmen ist, ist in den Einzelheiten umstritten. Mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte und die Begründung des Regierungsentwurfs zum KonTraG, welcher vom Risikomanagement als Selbstverständlichkeit ausgeht,¹⁵⁶ muss man wohl von Letzterem ausgehen. Dann bleibt die Vorgabe des § 91 Abs. 2 AktG, ein „Überwachungssystem“ einzurichten, zunächst unbesetzt, denn das Risikomanagement ist demnach mit dem Überwachungssystem nicht gleichzusetzen. Es ist dann zusätzlich zum Risikomanagement (und weiteren geeigneten Maßnahmen) ein Überwachungssystem einzurichten. Dieses überwacht dann die geeigneten Maßnahmen (inkl. des Risikomanagements).

In Abgrenzung zur oben geschilderten „vermittelnden Auffassung“ darf man nun aber nicht dieses Überwachungssystem ohne dies weiter zu hinterfragen der internen Revision zuordnen.¹⁵⁷ Vielmehr muss man sich fragen, ob das Überwachungssystem nicht letztlich ein Compliance-System meint. Beim Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG handelt es sich nach dem Gesagten um ein System, mit welchem überwacht wird, ob „geeignete Maßnahmen“ zur Risikofrüherkennung getroffen werden. Wenn man sich nun vor Augen führt, dass diese Maßnahmen an den unterschiedlichsten Stellen im Unternehmen ergriffen werden können, möglicherweise auch ergriffen werden müssen, so liegt der Schluss nahe, dass es einer effektiven Überwachung der Maßnahmen entgegenlaufen würde, würde man zulassen, dass dieses Überwachungssystem in einer Abteilung des Unternehmens angesiedelt wird, die möglicherweise selbst weitere „geeignete Maßnahmen“ durchzuführen hat. Unabhängige Überwachung kann also nur durch Herauslösung dieses Überwachungssystems aus den bestehenden Strukturen des Unternehmens erreicht werden. Wenn also eine „neue Instanz“ für diese Art der Überwachung zu schaffen ist, so liegt der Gedanke nahe, dass es sich bei dieser Instanz um ein Compliance-System handelt.¹⁵⁸ Fraglos kann auch festgehalten werden, dass ein Compliance-System geeignet ist, als eine seiner Aufgaben auch diejenigen des Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG zu übernehmen.

Davon streng zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob zur Erfüllung der Vorgaben des § 91 Abs. 2 AktG die Pflicht besteht, gerade ein Compliance-System als Überwachungssystem zu etablieren und ob damit jedwedes andere denkbare Überwachungssystem, welches möglicherweise organisatorisch lediglich an ein Compliance-System angelehnt oder gar völlig anders aufgebaut und dennoch wirksam ist, als Überwachungssystem gem. § 91 Abs. 2 AktG ausscheidet. Will man sich der Beantwortung dieser Frage annähern, so muss man sich vergegenwärtigen, dass der Gesetzgeber selbst¹⁵⁹, wie auch weite Teile der Literatur¹⁶⁰, die Regelung des § 91 Abs. 2

156 RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 liSp.

157 So aber *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297, 299.

158 *Bachmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 72: das Frühwarnsystem beinhaltet gewisse Compliance-Maßnahmen; *Renz/Hense/Emde*, Wertpapier-Compliance, I.7 Rn. 2: die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Funktion ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 91 Abs. 2 AktG und dem DCGK.

159 RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15 liSp.

AktG als Konkretisierung der Leitungsaufgabe des Vorstands ansehen. Daraus folgt denkwürdig, dass – soweit § 91 Abs. 2 AktG im Einzelfall keine konkreten Vorgaben macht – es dem Vorstand obliegt, im Rahmen seiner aus § 93 AktG folgenden Sorgfaltspflichten eine Entscheidung über die Einrichtung des Überwachungssystems in detail zu treffen.¹⁶¹ Dabei wird der Vorstand unter bestimmten Umständen – wie bereits oben zu einem auf Grundlage der §§ 76, 93 AktG einzurichtenden Compliance-System geschildert – verpflichtet sein können, das Überwachungssystem als Compliance-System im engeren Sinne auszugestalten. Eine allgemeingültige Pflicht für den Vorstand einer Aktiengesellschaft, ein Compliance-System im engeren Sinne einzurichten, ergibt sich nach dem Gesagten aus § 91 Abs. 2 AktG¹⁶² aber ebensowenig wie direkt aus den §§ 76, 93 AktG.¹⁶³ Lediglich unter bestimmten Umständen kann der Vorstand im Rahmen seiner Leitungsaufgabe als ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter hierzu verpflichtet sein. Dies ist jedoch eine Frage des Einzelfalls.¹⁶⁴ Es besteht gesellschaftsrechtlich ein weites unternehmerisches Ermessen bezüglich der konkreten Unternehmensorganisation, solange dabei die Wahrung der Grundsätze sorgfältiger Unternehmensführung gewährleistet bleibt.¹⁶⁵ Derjenige Unternehmensleiter, der sein Unternehmen „im Griff hat“ und für die Einhaltung der Gesetze durch sein Unternehmen sorgt, ohne eine Compliance-Organisation eingerichtet zu haben, wird vom Gesetz auch grundsätzlich nicht gezwungen, eine solche einzurichten. Ausnahmen von diesem Grundsatz soll es lediglich in besonderen Konstellationen – große, dezentral geführte Unternehmen; zurückliegende Verstöße; bestimmte Branchen – geben,¹⁶⁶ was letztlich, wie hier vertreten, eine Entscheidung im Einzelfall erfordert. § 91 Abs. 2 AktG hat demzufolge lediglich eine „einfache Organisationsanforderung“ zum Inhalt,¹⁶⁷ wenngleich auch hier im Einzelfall aufgrund der besonderen Umstände des Unternehmens eine Verdichtung des Ermessensspielraums zur Pflicht denkbar ist.

Für dieses Ergebnis spricht letztlich auch, dass der Gesetzgeber es im Aktiengesetz vermeidet, den Begriff der Compliance zu nennen, obwohl er beispielsweise in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG gezeigt hat, dass ihm der Begriff durchaus geläufig ist. Es werden also

160 Vgl. Fn. 135.

161 MünchKommAktG/*Spindler* § 91 Rn. 36: Der Vorstand hat hier einen Ermessensspielraum im Sinne der Business Judgement Rule.

162 GroßKommAktG/*Kort* § 91 Rn. 65; Kölner KommAktG/*Mertens/Cahn* § 91 Rn. 35 f.; MünchKommAktG/*Spindler* § 91 Rn. 36; *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 93 Rn. 56 und § 91 Rn. 47; *Lebherz*, Emittenten-Compliance, S. 387; *Renz/Hense/Ohrtmann*, Wertpapier-Compliance, II.20 Rn. 10; *Bachmann*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 73; *Kremer/Klahold*, ZGR 39 (2010), S. 113, 120.

163 Vgl. oben „B. II. 1. a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. §§ 76, 93 AktG“.

164 Kölner KommAktG/*Mertens/Cahn* § 91 Rn. 36; MünchKommAktG/*Spindler* § 91 Rn. 36; *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 91 Rn. 47; *HdbVorstR/Fleischer* § 8 Rn. 43; *HdbVorstR/Spindler* § 19 Rn. 60; *Hauschka*, ZIP 2004, S. 877, 878; vgl. auch *Spindler*, FS Hüffer, 2010, S. 983 ff., wonach mit Blick auf europarechtliche Vorgaben das Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG weit mehr umfassen müsste, als verbreitet angenommen. So werde bspw. in Erwägungsgrund 24 Prüfer-RL ein Compliance-System als Teil des Internen Kontrollsystems genannt. Dennoch sei die genaue organisatorische Ausgestaltung auch des Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG stets in das Ermessen des Vorstands gestellt (S. 991 f.).

165 MünchKommAktG/*Spindler* § 91 Rn. 16 f.; *Lösler*, WM 2007, S. 676, 681; *Lösler*, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 153.

166 *Hauschka*, ZIP 2004, S. 877, 882.

167 *Hüffer* AktG § 91 Rn. 8.

bei Weitem nicht überall nur derart umschreibende Formulierungen verwendet wie beim „Überwachungssystem“, sodass dies dafür spricht, dass der Gesetzgeber hier dem Ermessen des Vorstands bewusst Raum lassen wollte.

c. Zusammenfassung – Compliance im Vorstandsrecht (AG)

Wie gezeigt kommen für den Vorstand der AG zwei aktienrechtliche Anknüpfungspunkte für eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation in Betracht. Ein möglicher Anknüpfungspunkt ist die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. den §§ 76, 93 AktG, der andere Anknüpfungspunkt ist die Pflicht zur Einrichtung eines Überwachungssystems gem. § 91 Abs. 2 AktG. In beiden Fällen besteht eine Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems lediglich im Einzelfall, wenn der Vorstand trotz des ihm zustehenden Leitungsermessens keine Alternative zur Einrichtung einer Compliance-Organisation hat, die als sorgfaltspflichtgemäßes Verhalten zu qualifizieren wäre.

Die praktische Bedeutung einer Unterscheidung, ob die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation im Einzelfall auf der Leitungsaufgabe oder auf § 91 Abs. 2 AktG beruht, ist gering. Sofern im Rahmen der Verpflichtung nach § 91 Abs. 2 AktG keine andere Maßnahme, als die Einrichtung einer Compliance-Organisation mehr sorgfaltspflichtgemäß ist, wird sich auch bereits aus der allgemeinen Leitungsaufgabe dasselbe ergeben, sodass es eines Rückgriffs auf § 91 Abs. 2 AktG in der Regel zur Begründung einer Compliance-Organisationspflicht im Einzelfall nicht bedarf.

d. Änderung des § 107 AktG durch das BilMoG

Nach der Änderung des § 107 Abs. 3 AktG in Form der Einfügung von Abs. 3 Satz 2 durch das BilMoG¹⁶⁸ gibt es nunmehr neben den angesprochenen vorstandsrechtlichen Regelungen auch im Aufsichtsratsrecht einen möglichen Hinweis auf eine gesellschaftsrechtliche Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer Compliance-Organisation. So soll sich der Prüfungsausschuss „mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems [...]“ befassen. Der Gesetzgeber nennt neben Rechnungslegung, Risikomanagement und der internen Revision den hier bereits erwähnten¹⁶⁹ Begriff des internen Kontrollsystems und geht offenbar davon aus, dass ein solches in der Gesellschaft existiert. Damit wird die oben erwähnte Nomenklatur der Abschlussprüfer-Richtlinie wieder aufgegriffen, der europäische Gesetzgeber spricht dort in Erwägungsgrund 24 sowie in Art. 41 Abs. 2 lit. a) ebenfalls vom „internen Kontrollsystem“. Dieser Begriff wurde auch – allerdings ohne weitere Erläuterung – vom deutschen Gesetzgeber übernommen.

Inhaltlich handelt es sich beim internen Kontrollsystem um ein System, welches auch ein

168 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25.05.2009, BGBl. Teil I Nr. 27, S. 1102 ff. v. 28.05.2009.

169 Vgl. „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

Compliance-System beinhaltet.¹⁷⁰ Dieses interne Kontrollsystem, inklusive des enthaltenen Compliance-Systems, ist vom Prüfungsausschuss zu überwachen.

Dies vorangestellt liegt die Frage auf der Hand, inwieweit mit dieser Überwachungspflicht durch den Prüfungsausschuss eine entsprechende Pflicht des Vorstands, das zu überwachende System einzurichten, einhergeht. Mit anderen Worten: Ist der für das Vorstandsrecht hier festgestellte Pflichtenrahmen, welcher gerade nicht die zwingende Einrichtung eines Compliance-Systems umfasst,¹⁷¹ im Lichte der von § 107 Abs. 3 AktG für den Prüfungsausschuss statuierten Überwachungspflicht des Prüfungsausschusses für – unter anderem – das Compliance-System anders auszulegen?¹⁷²

Für eine modifizierte Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG spricht, dass die Etablierung einer Überwachungspflicht durch den Prüfungsausschuss – bzw. durch den Gesamtaufsichtsrat, sofern kein Prüfungsausschuss eingerichtet ist¹⁷³ – auf den ersten Blick wenig sinnvoll erschiene, wenn mit dieser Pflicht nicht auch eine entsprechende Einrichtungspflicht für den Vorstand einherginge.¹⁷⁴

Umgekehrt kann man allerdings argumentieren, dass nicht ersichtlich ist, wieso § 107 Abs. 3 AktG das bisherige Verständnis des § 91 Abs. 2 AktG und damit den Pflichtenkreis des Vorstands der Aktiengesellschaft berühren sollte. § 107 Abs. 3 AktG beschäftigt sich mit der inneren Ordnung des Aufsichtsrates und speziell mit der Zuständigkeit des Prüfungsausschusses. Aus der Erwähnung des internen Kontrollsystems als Überwachungsaufgabengebiet des Prüfungsausschusses eine allgemeine Pflicht einer AG zur Einrichtung eines Compliance-Systems zu folgern, würde den tatsächlichen Regelungsgehalt von § 107 Abs. 3 AktG deutlich überstrapazieren. Hierfür spricht auch die Geschichte des Gesetzgebungsverfahrens des BilMoG: Eine ausdrückliche Erweiterung der Vorstandspflichten in Bezug auf das Risikomanagement wurde während des Gesetzgebungsverfahrens angemahnt, fand jedoch letztlich nicht den Weg in das Gesetz, so dass es sich hier um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelt,¹⁷⁵ die Vorstandspflichten durch § 107 Abs. 3 AktG nicht entsprechend zu erweitern.¹⁷⁶

Auch auf Grundlage von § 107 Abs. 3 AktG trifft den Vorstand einer Aktiengesellschaft damit nicht die unbedingte Pflicht, ein Compliance-System einzurichten.

170 Vgl. „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

171 Vgl. „B. II. 1. c. Zusammenfassung – Compliance im Vorstandsrecht (AG)“.

172 Vgl. zu dieser Frage umfassend Kort, ZGR 39 (2010), S. 440 ff.

173 Ernst/Seidler, BB 2007, S. 2557, 2564; Kort, ZGR 39 (2010), S. 440, 449.

174 Für die Pflicht des Vorstands zur Einrichtung eines umfassenden Risikomanagementsystems bereits vor der Einführung von § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG: VG Frankfurt Urt. v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157; Lück, DB 1998, S. 8 f.; Lück, DB 2000, S. 1473; Wolf, DStR 2002, S. 1729.

175 Kort, ZGR 39 (2010), S. 440, 452.

176 RegE BilMoG, BT-Drs. 16/10067 v. 30.7.2008, S. 102; OLG Celle Urt. v. 28.5.2008 – 9 U 184/07, WM 2008, 1745; K.Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 107 Rn. 67; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer-Coceani AktG § 91 Rn. 16; Hüffer AktG § 91 Rn. 8; § 107 Rn. 17c; Dreher, FS Hüffer, S. 161, 166 f.; Kort, ZGR 39 (2010), S. 440, 452; Bürkle, WM 2005, S. 1496, 1497 f.; Bihl/Kalinowsky, DStR 2008, S. 620, 623; Blasche, CCZ 2009, S. 62, 64; Lanfermann/Röhricht, BB 2009, S. 887, 891.

2. GmbH

Für die GmbH und ihre(n) Geschäftsführer stellt sich dieselbe Frage, wie für die AG und ihren Vorstand: Ergibt sich für die Geschäftsführung einer GmbH bereits aus dem Gesellschaftsrecht eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation?

a. Die Leitungsaufgabe der Geschäftsführung gem. § 43 Abs. 1 GmbHG

Den Geschäftsführer einer GmbH treffen grundsätzlich dieselben Pflichten wie den Vorstand einer AG,¹⁷⁷ sodass sich auch hier bereits aus dessen Leitungsaufgabe eine Legalitätspflicht ergibt, d.h. die Pflicht, für rechtmäßiges Verhalten der Gesellschaft im Außenverhältnis zu sorgen.¹⁷⁸

Auch für die GmbH kommt damit die Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung des Unternehmens als Quelle einer Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation in Betracht.

Die Leitungsaufgabe der GmbH-Geschäftsführer ergibt sich aus § 43 Abs. 1 GmbHG.¹⁷⁹ Einen Ermessensspielraum hat der GmbH-Geschäftsführer im Gegensatz zum Vorstand der AG allerdings nur dort, wo er keine Weisung der Gesellschafter erhalten hat.¹⁸⁰ Es handelt sich damit zwar bei näherer Betrachtung um eine zweigeteilte Leitungsaufgabe, letztverantwortlich für die Compliance-Organisation bliebe jedoch, sofern eine solche einzurichten ist, die Geschäftsführung. Zwar können bereits die Gesellschafter beschließen, dass eine Compliance-Organisation einzurichten ist, die Entscheidung der Gesellschafter, einen solchen Beschluss nicht zu fällen kann jedoch die Geschäftsführung nicht „befreien“. Die Geschäftsführer haben bei der Geschäftsführung den von § 43 Abs. 1 GmbHG vorgegebenen Sorgfaltsmaßstab anzuwenden, wobei Ihnen – wie dem Vorstand der AG – ein weitreichendes Leitungsermessen zukommt.¹⁸¹ Eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation besteht damit für den GmbH-Geschäftsführer ebenfalls nur in einer Situation, in der sich sein Ermessen aufgrund der besonderen Lage zu einer Pflicht verdichtet, weil eine andere Entscheidung als die Einrichtung einer Compliance-Organisation nicht pflichtgemäß wäre. Es ergeben sich damit im Vergleich zum Vorstand der AG keine Besonderheiten im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit für die Einrichtung einer Compliance-Organisation auf Grundlage der Leitungsaufgabe.

177 *Altmeyen*, ZGR 28 (1999), S. 291, 301.

178 *Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 23 ff.*; *Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 43 Rn. 46*; *Michalski/Haas/Ziemons GmbHG § 43 Rn. 44, 46*; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 8*.

179 *Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 43 Rn. 46*: Leitung obliegt Gesellschaftern und Geschäftsführung, wobei erstere zwar über die Grundsätze der Geschäftspolitik bestimmen, letztere jedoch den organisatorischen Rahmen und das Tagesgeschäft zu verantworten haben; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 8*.

180 *Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen GmbHG § 37 Rn. 18*; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 37 Rn. 17 ff.*; *Roth/Altmeyen GmbHG § 37 Rn. 3 ff.*

181 *Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 52*; *Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 43 Rn. 53*; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 16*; *Roth/Altmeyen GmbHG § 43 Rn. 10 ff.*

Eine derartige organisatorische Verpflichtung besteht für die Gesellschafter im Übrigen unter keinen Umständen, da die organisatorische Verantwortung bei den Geschäftsführern liegt.¹⁸² Nichtsdestotrotz obliegt den Gesellschaftern selbstverständlich in diesem Zusammenhang die Verantwortung, inwiefern sie der Geschäftsführung eine bestimmte Form der Organisation vorschreiben wollen.¹⁸³

b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG

Aufgrund der Deckungsgleichheit der Geschäftsführungspflichten wird auch für den GmbH-Geschäftsführer teilweise die analoge Geltung der Vorgaben des § 91 Abs. 2 AktG diskutiert. Die Folge einer analogen Anwendung wäre die uneingeschränkte Geltung der für die AG bereits diskutierten¹⁸⁴ Compliance-Wirkung des § 91 Abs. 2 AktG: Eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation kann sich aus § 91 Abs. 2 AktG – dann auch für die GmbH – unter Umständen dann ergeben, wenn das Leitungsermessen der Geschäftsleitung im Einzelfall derart eingeschränkt ist, dass nur die Einrichtung einer Compliance-Organisation zur Erfüllung der Aufgabe „Einrichtung eines Überwachungssystems“ pflichtgemäß ist.

aa. Analoge Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG

Eine Auffassung wendet § 91 Abs. 2 AktG entsprechend auf die Geschäftsführer der GmbH an.¹⁸⁵ Die analoge Anwendung soll dabei offenbar – in Ermangelung der Formulierung irgendwelcher Einschränkungen – ausnahmslos für alle GmbHs gelten.

bb. Ausstrahlungswirkung von § 91 Abs. 2 AktG – Anwendung in Einzelfällen

Nach einer anderen Auffassung kommt § 91 Abs. 2 AktG für die GmbH keine generelle Geltung durch analoge Anwendung zu. Allerdings habe die Norm auf die Pflichten des GmbH-Geschäftsführers eine „Ausstrahlungswirkung“.¹⁸⁶ Diese Auffassung orientiert sich damit an der Begründung des Regierungsentwurfs zum KonTraG, durch welches § 91 Abs. 2 AktG eingeführt wurde. Dort wird ebenfalls eine „Ausstrahlungswirkung“ erwartet.¹⁸⁷

Der Begriff der Ausstrahlungswirkung ist in diesem Zusammenhang als Minus zur Analogie zu verstehen. Eine Norm mit Ausstrahlungswirkung wird nicht analog

182 Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 43 Rn. 46: den Geschäftsführern obliegt die Ausrichtung der internen Organisation nach Gesetz und Satzung.

183 Hommelhoff, FS Sandrock, 2000, S. 373, 377 f.

184 Vgl. oben „B. II. 1. b. Organisationspflichten nach § 91 Abs. 2 AktG“.

185 Altmeyen, ZGR 28 (1999), S. 291, 301; Roth/Altmeyen GmbHG § 43 Rn. 17.

186 Drygala/Drygala, ZIP 2000, S. 297, 300 f.; Lutter, GmbHR 2000, S. 301, 305; Bockslaff, NVersZ 1999, S. 104, 109; Berg, AG 2007, S. 271, 274; Scharpf, DB 1997, S. 737; Lange/Wall/Daum, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 6 Rn. 19 ff.; so wohl auch Schoberth/Servatius/Thees, BB 2006, S. 2571, 2575.

187 RegE KonTraG, BR-Drs. 872/97 v. 7.11.1997, S. 37.

angewendet, beeinflusst aber durch ihre bloße Existenz die Beurteilung von Rechtsfragen im Einwirkungsbereich ihrer Ausstrahlungswirkung.¹⁸⁸

Für die bloße Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs. 2 AktG wird vorgebracht, dass eine generelle Übernahme der Pflicht in das Recht der GmbH nicht zu überzeugen vermöge. Hätte der Gesetzgeber dies beabsichtigt, so wäre es für ihn ein Leichtes gewesen, im Zuge des KonTraG auch in das GmbHG eine entsprechende Regelung einzufügen, er habe jedoch bewusst darauf verzichtet¹⁸⁹ und spreche sogar selbst ausdrücklich von einer Ausstrahlungswirkung.¹⁹⁰ Gerade weil eine GmbH auch im Hinblick auf ihr typisches Betätigungsfeld nicht in jedem Belang mit einer AG vergleichbar sei, habe der Gesetzgeber sich bewusst dafür entschieden, die Voraussetzungen der Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH dem Einzelfall zu überlassen.¹⁹¹ Der Gesetzgeber selbst weist in der Begründung des Regierungsentwurfs zum KonTraG darauf hin, dass „Größe, Komplexität ihrer Struktur usw.“ für die Frage der Anwendbarkeit der Regelung des § 91 Abs. 2 AktG eine Rolle spielen,¹⁹² dass also keine generelle Vergleichbarkeit mit der Folge der Anwendbarkeit für jede GmbH besteht.

An die Unterscheidungskriterien der Begründung zum Regierungsentwurf angelehnt ziehen auch die meisten Vertreter dieser Auffassung die Kriterien „Größe, Komplexität ihrer Struktur usw.“ heran, um je nach Einzelfall zu entscheiden, ob § 91 Abs. 2 AktG anwendbar ist.¹⁹³

Dieses Vorgehen anhand von Entscheidungen im Einzelfall wird wiederum kritisiert. Es lasse unberücksichtigt, dass mit der Frage der (Nicht-)Anwendbarkeit von § 91 Abs. 2 AktG ein erhebliches Haftungsproblem einhergehe, sodass – auch aus Sicht der Geschäftsführung – eine reine Einzelfallentscheidung nicht befriedigen könne. Notwendig seien daher eine Reduzierung der Haftungsgefahr und die Nachholung der vom Gesetzgeber versäumten Typisierung, um die Regelung praktisch handhabbar zu machen.¹⁹⁴ Als Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit wird in Anlehnung an § 267 Abs. 3 HGB die Größe der Kapitalgesellschaft herangezogen, d.h. § 91 Abs. 2 AktG soll nur für große Kapitalgesellschaften gem. § 267 Abs. 3 HGB Anwendung finden.¹⁹⁵ Hiergegen wird wiederum eingewandt, es sei willkürlich, § 91 Abs. 2 AktG nur auf große

188 *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297; *Lange/Wall/Daum*, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 6 Rn. 20; Kritisch zum Begriff der Ausstrahlungswirkung im Zusammenhang mit Grundrechten *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 30, der darin keine juristische Wendung sondern einen Begriff der Umgangssprache sieht; ebenso *Lerche*, FS Odersky, 1996, S. 215, 216; im Bereich des Umwandlungsrechts zustimmend *Wiedemann*, ZGR 28 (1999), S. 857, 865: kein Begriff der juristischen Methodenlehre sondern eine bildhafte Umschreibung.

189 *Lutter*, GmbHHR 2000, S. 301, 305.

190 RegE KonTraG, s. Fn. 135.

191 So zutreffend *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297, 300 f.

192 RegE KonTraG, s. Fn. 135.

193 *Lutter*, GmbHHR 2000, S. 301, 305; *Berg*, AG 2007, S. 271, 274; *Scharpf*, DB 1997, S. 737; *Schoberth/Servatius/Thees*, BB 2006, S. 2571, 2575 *Lange/Wall/Daum*, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 6 Rn. 19 ff.; so auch *Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 43 Rn. 96*, allerdings ohne Erwähnung des Begriffs der Ausstrahlungswirkung; in diese Richtung auch *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 23*: „ein System, das den Gegebenheiten der jeweiligen Gesellschaft Rechnung trägt“.

194 *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297, 302.

195 *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297, 302 ff.

GmbHs i.S.d. § 267 Abs. 3 HGB anzuwenden, weil der Gesetzgeber demgegenüber für die AG die Anwendbarkeit größenunabhängig ausgestaltet habe.¹⁹⁶ Darüber hinaus sei es auch inkonsequent, dass einerseits der Zuschnitt des § 91 Abs. 2 AktG auf kapitalmarktorientierte Unternehmen hervorgehoben werde,¹⁹⁷ andererseits dann aber als Abgrenzungskriterium nicht zumindest auch die Kapitalmarktorientierung, sondern allein die Größe herangezogen werde.¹⁹⁸

cc. Teilweise analoge Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG

Eine weitere Auffassung geht von einer analogen Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG in engen Grenzen aus. Eine generelle Anwendung und auch eine Ausstrahlungswirkung schießen hingegen aus, da zu berücksichtigen sei, dass sich die Organisationsverfassung der GmbH grundlegend von derjenigen der AG unterscheidet. Der Geschäftsführer einer GmbH unterliege im Gegensatz zum aktienrechtlichen Vorstand den Weisungen der Gesellschafter, weshalb diese, im Gegensatz zu den Aktionären der AG auch nicht in der Form schutzbedürftig seien, dass es angemessen wäre, den Geschäftsführern zu diesem Zweck die Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems aufzuerlegen.¹⁹⁹ § 91 Abs. 2 AktG soll nur auf zwei Gruppen von GmbHs anwendbar sein: Dies seien zum einen GmbHs, die den Kapitalmarkt durch Emission von Schuldverschreibungen, Genussscheinen o.ä., welche zum börslichen Handel zugelassen sind, in Anspruch nehmen.²⁰⁰ Zum anderen sei die Norm auch auf GmbHs anzuwenden, die zur Einrichtung eines Aufsichtsrats verpflichtet sind, weil diese gesetzliche Verpflichtung auf ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung beruhe, aus welcher sich auch die Anwendbarkeit des § 91 Abs. 2 AktG ableitet.²⁰¹

Dem wird – zur zweiten Fallgruppe – entgegengehalten, dass diese These im Widerspruch zu der Argumentation stehe, mit der eine generelle Anwendbarkeit oder Ausstrahlungswirkung abgelehnt werden. Auch in der mitbestimmten GmbH bleibe die Organisationsverfassung der GmbH erhalten, auch dort bestehe damit nach dieser Argumentation keine Veranlassung, den Geschäftsführern die Pflicht des § 91 Abs. 2 AktG aufzuerlegen, da die Gesellschafter insoweit nicht schutzbedürftig seien.²⁰²

Insgesamt hinsichtlich einer Anwendbarkeit von § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH zu beachten sei darüber hinaus, dass sich die Pflicht des § 91 Abs. 2 AktG an den Vorstand

196 Lange/Wall/Daum, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 6 Rn. 33.

197 Vgl. Drygala/Drygala, ZIP 2000, S. 297, 302: „[...] der Gesetzgeber hat sich bei der Normierung des [...] § 91 Abs. 2 AktG ersichtlich vom Bild der AG als eines großen und zudem – zumindest potentiell – auf den Kapitalmarkt abzielenden Unternehmens leiten lassen.“

198 Lange/Wall/Daum, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 6 Rn. 33; dagegen auch Hillebrand, Früherkennungs- und Überwachungssystem, S. 102 f.

199 Hommelhoff, FS Sandrock, 2000, S. 373, 377 f.

200 Hommelhoff, FS Sandrock, 2000, S. 373, 378 f.; zustimmend Lange/Wall/Daum, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 6 Rn. 34; kritisch Hillebrand, Früherkennungs- und Überwachungssystem, S. 107 ff., der darauf hinweist, dass nach der Regierungsbegründung allein das Kriterium der Kapitalmarktorientierung nicht ausreichend ist.

201 Hommelhoff, FS Sandrock, 2000, S. 373, 379.

202 Lange/Wall/Daum, Risikomanagement nach dem KonTraG, § 6 Rn. 35.

der AG und damit an ein Leitungsorgan richtet, welches es in dieser Form in der GmbH nicht gibt. Eine uneingeschränkte Übertragung der Pflichten des AG-Leitungsorgans auf den weisungsabhängigen Geschäftsführer einer GmbH wäre mit den strukturellen Unterschieden dieser beiden Gesellschaftsformen nur schwerlich zu vereinbaren.²⁰³ In Betracht käme unter Berücksichtigung dieser Unterschiede allenfalls die uneingeschränkte Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG auf die Gesellschafter, was jedoch ebenfalls nicht zielführend wäre, da die Gesellschafter für die Erfüllung bzw. die Nicht- oder Schlechterfüllung derartiger Pflichten nicht nach § 43 GmbHG haften. Für sie kommt lediglich eine Haftung aufgrund einer Treuepflichtverletzung oder wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag in Betracht und selbst dies allenfalls im Fall der Existenzgefährdung bzw. -vernichtung.²⁰⁴

dd. Stellungnahme

Festzuhalten bleibt zunächst, dass Einigkeit darüber besteht, dass § 91 Abs. 2 AktG – zumindest unter Umständen – auch eine Verpflichtung der Geschäftsführer einer GmbH mit sich bringt. Umstritten ist lediglich, unter welchen Umständen diese Verpflichtung besteht.

Für die Frage, ob die im Einzelfall in § 91 Abs. 2 AktG enthaltene Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation auch den Geschäftsführer einer GmbH treffen kann, ist der hier dargestellte Streit somit nur insofern von Bedeutung, als eine weitere Beschränkung stattfindet, sofern man nicht von der generellen analogen Anwendbarkeit ausgeht.

Um festzustellen, inwiefern die dargestellten Auffassungen für den hier betrachteten Bankensektor zu unterschiedlichen praktischen Ergebnissen führen, sind die einzelnen Kriterien praktisch auf die tatsächlich existierenden Verhältnisse der Branche anzuwenden:

- Für die Vertreter der uneingeschränkten analogen Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG ergeben sich keine Änderungen gegenüber dem für die AG gefundenen Ergebnis: Je nach Lage und Umständen des Unternehmens kann sich für jede GmbH aus § 91 Abs. 2 AktG im Einzelfall die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ergeben.
- Die Vertreter der Ausstrahlungswirkung betrachten die betreffende GmbH im Hinblick auf ihre Größe und die Komplexität ihrer Struktur, weshalb sie im Bankensektor, in dem kleine und einfache Strukturen immer seltener werden und der Trend deutlich zu größeren Einheiten geht häufig zum Ergebnis der starken Ausstrahlungswirkung bzw. Anwendbarkeit der Norm auf die betreffende GmbH kommen werden.

²⁰³ *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297, 301.

²⁰⁴ So die ganz h.M.; umstritten ist hier „lediglich“, ob es eine Haftung bei Existenzvernichtung gibt; dass es ohne Existenzvernichtung keine Haftung gibt, wird nicht angezweifelt. BGH Urt. v. 10.5.1993 – II ZR 72/94, BGHZ 122, 333, 336; Scholz/*K.Schmidt* GmbHG § 46 Rn. 113 mwN; vgl. zum Problem des existenzvernichtenden Eingriffs in der GmbH Scholz/*Emmerich* GmbHG § 13 Rn. 98 ff.

- Diejenigen unter den Anhängern der Ausstrahlungswirkung, die eine Typisierung als konkreteres Abgrenzungskriterium verlangen und hierfür die Grenze des § 267 Abs. 3 HGB anwenden, werden ebenfalls zu dem Ergebnis einer weitgehenden Ausstrahlungswirkung auf die meisten der als GmbH verfassten Banken gelangen. Zu fordern wären gem. § 267 Abs. 3 HGB zwei der drei Merkmale des § 267 Abs. 2 HGB, d.h., ausreichend wären eine Bilanzsumme von über 19,25 Mio. Euro und eine Mitarbeiterzahl von über zweihundertfünfzig im Jahresdurchschnitt. Über als GmbH verfasste Banken existieren keine statistischen Erhebungen hinsichtlich dieser Kennziffern, zieht man jedoch Genossenschaftsbanken als Vergleich heran, die verglichen mit anderen Banken eher in kleineren Einheiten aufgestellt sind, so fällt auf, dass von den 1195 Kreditgenossenschaften (Stand 31.12.2009) in Deutschland lediglich vier eine Bilanzsumme von unter 19,25 Mio. Euro haben.²⁰⁵ Hinsichtlich der Mitarbeiterzahl ist demgegenüber davon auszugehen, dass es durchaus Banken mit unter 250 Mitarbeitern gibt, sodass dies das entscheidendere Kriterium sein dürfte, welches die Anwendbarkeit von § 91 Abs. 2 auf als GmbH verfasste Banken einschränkt.
- Über die Abgrenzung der Kapitalmarktorientierung würde der Anwendungskreis für als GmbH verfasste Banken hingegen möglicherweise erheblich eingeschränkt werden. Es gibt in dieser Hinsicht für eine Bank-GmbH keine „übliche Praxis“, ob diese normalerweise kapitalmarktorientiert sind oder nicht, sodass bei Heranziehung dieses Kriteriums eine ergebnisoffene Einzelfallentscheidung vorgenommen werden müsste. Gerade im Hinblick auf eine Bank erscheint es dabei fraglich, ob ein Unterschied zwischen einer kapitalmarktorientierten Bank-GmbH und einer solchen, die den Kapitalmarkt nicht in Anspruch nimmt, besteht. Allerdings sind gerade die bankspezifischen Risikobesonderheiten letztlich der Grund dafür, dass sich aus dem Bank- und Kapitalmarktrecht teilweise spezielle Organisationsanforderungen ergeben, wie noch zu betrachten sein wird.²⁰⁶ Eine gesellschaftsrechtliche Berücksichtigung dieser Besonderheiten für die Frage der Anwendbarkeit des § 91 Abs. 2 AktG auf eine (Bank-)GmbH ist daher nicht notwendig.
- Beantwortet man die Frage der Anwendbarkeit von § 91 Abs. 2 AktG anhand dessen, ob die GmbH einen obligatorischen Aufsichtsrat hat, so ist die Untergrenze der Mitbestimmung nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG die entscheidende Kennziffer. Hiernach käme eine Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG nur für (Bank-)GmbHs mit regelmäßig über 500 Mitarbeitern in Betracht.

Zu weitgehend ist dabei die generelle analoge Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG. Dies hat bereits der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zum RegE erkennbar nicht gewollt,

205 Liste der Kreditgenossenschaften in Deutschland zum 31.12.2009, Bundesverband der Volks- und Raiffeisenbanken, abrufbar unter [http://www.bvr.de/public.nsf/AFA42263F055F5CFC1257129005CC5B9/\\$FILE/Liste_alle_Banken2009.pdf](http://www.bvr.de/public.nsf/AFA42263F055F5CFC1257129005CC5B9/$FILE/Liste_alle_Banken2009.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

206 Vgl. unten „B. IV. Compliance-Organisationspflicht im Bank- und Kapitalmarktrecht“.

indem er mit der Größe und der Komplexität der Struktur des Unternehmens selbst Abgrenzungskriterien genannt hat.²⁰⁷

Die Entscheidung für eine der übrigen geschilderten Auffassungen ändert letztlich nichts daran, dass die Frage, ob aus § 91 Abs. 2 AktG eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation folgt, ohnehin - bereits für die AG – eine Einzelfallentscheidung ist, die – lehnt man die generelle analoge Anwendbarkeit auf die GmbH ab – um einige Kriterien erweitert wird.

c. Zusammenfassung – Compliance im Geschäftsführerrecht

Auch für die GmbH gilt, dass es ohnehin zu den Pflichten eines jeden Unternehmensleiters gehört, die für sein Unternehmen geltenden Gesetze zu beachten und eine Missachtung zu verhindern.²⁰⁸ Dies folgt bereits aus dem für das Unternehmen aus einer Gesetzesübertretung folgenden Schadenspotential.²⁰⁹

Daraus ergibt sich, dass der sorgfältig handelnde GmbH-Geschäftsführer, wie der Vorstand der AG geeignete Maßnahmen zu ergreifen hat, um dieses Schadenspotential von der Gesellschaft fernzuhalten.

Ob sich das Ermessen, welches der Geschäftsführer bei der Erfüllung dieser Aufgabe hat, zu einer Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation verdichtet, ist eine Frage des Einzelfalls.

Dies gilt – ebenfalls wie bei der AG – sowohl für die aus der Leitungsaufgabe folgenden Pflichten, als auch für die Pflichten aus § 91 Abs. 2 AktG.

Im Unterschied zur AG ist § 91 Abs. 2 AktG allerdings für die GmbH nicht uneingeschränkt anwendbar, sodass die sich aus dieser Norm für die AG unter Umständen ergebende Compliance-Organisations-Verpflichtung nicht eins-zu-eins auf die GmbH übertragbar ist. Die Anwendbarkeit des § 91 Abs. 2 AktG ist für die GmbH an weitere Bedingungen geknüpft, die im Einzelnen umstritten sind. Es hat daher vor der Einzelfallprüfung, ob sich aus § 91 Abs. 2 AktG für das spezifische Unternehmen eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ergibt, eine Einzelfallprüfung zu erfolgen, ob § 91 Abs. 2 AktG überhaupt auf die spezifische GmbH anwendbar ist.

207 RegE KonTraG, BR-Drs. 872/97 v. 7.11.1997, S. 37.

208 Speziell für die GmbH: Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen GmbHG § 43 Rn. 23 ff.; Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 43 Rn. 46; Michalski/Haas/Ziemons GmbHG § 43 Rn. 44, 46; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek GmbHG § 43 Rn. 8.

209 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 12; Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 508.

3. eG

In Anbetracht der mit 1154 Stück großen Anzahl der Kreditgenossenschaften in Deutschland²¹⁰ darf die ansonsten im Gesellschaftsrecht oft vernachlässigte Gesellschaftsform der eingetragenen Genossenschaft (eG) keinesfalls aus der Betrachtung ausgeklammert werden, sodass im Folgenden zu untersuchen ist, inwieweit den Vorstand einer Genossenschaft auf Grundlage des Gesellschaftsrechts die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation trifft.

a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. den §§ 27 Abs. 1, 34 Abs. 1 GenG

Hinsichtlich der Leitungsaufgabe²¹¹ und des Leitungsermessens,²¹² welche sich für den Vorstand der eG aus den §§ 27 Abs. 1, 34 Abs. 1 GenG ergeben, bestehen keine Unterschiede im Vergleich zum Vorstand der AG, was sich auch bereits aus der annähernden Wortgleichheit von § 34 GenG und § 93 AktG ergibt.²¹³

Wie für den Vorstand der AG kann sich damit für den Vorstand der Genossenschaft bereits auf Grundlage seiner Leitungsaufgabe und der darin enthaltenen Legalitätspflicht im Einzelfall die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ergeben, sofern sein Leitungsermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalls entsprechend auf diese Maßnahme als einzig sorgfaltspflichtgemäße eingeschränkt ist.

b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG

Wie zuvor für die GmbH stellt sich auch für die eG die Frage der Anwendbarkeit bzw. Geltung des § 91 Abs. 2 AktG und der daraus im Einzelfall folgenden Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation.

Anders als bei der GmbH liegt hinsichtlich der Normadressaten in der eG eine ähnliche Situation wie in der AG vor, denn der Vorstand der eG weist eine größere Ähnlichkeit zum Vorstand der AG auf, als der GmbH-Geschäftsführer. Er ist weisungsunabhängiges Leitungsorgan der Genossenschaft gem. §§ 27 Abs. 1, 34 Abs. 1 GenG.²¹⁴ Die Frage nach einer analogen Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Vorstandspflicht des § 91 Abs. 2 AktG auf den Vorstand der Genossenschaft drängt sich daher geradezu auf.

Anders als die GmbH hat der Gesetzgeber allerdings die Genossenschaft in den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens nicht im Zusammenhang mit einer

210 Zum 31.12.2009, Quelle: Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, [http://www.bvr.de/public.nsf/AFA42263F055F5CFC1257129005CC5B9/\\$FILE/Liste_alle_Banken2009.pdf](http://www.bvr.de/public.nsf/AFA42263F055F5CFC1257129005CC5B9/$FILE/Liste_alle_Banken2009.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

211 Vgl. hierzu im Einzelnen Lang/Weidmüller/Schaffland GenG § 27 Rn. 4 ff.; Bauer GenG § 27 Rn. 3 ff.

212 Die Regeln der Business Judgement Rule werden auch für den Vorstand der eG angewendet, vgl. hierzu BGH Urt. v. 3.12.2001 – II ZR 308/99, ZIP 2002, S. 213, 214; BGH Urt. v. 21.3.2005 – II ZR 54/03, ZIP 2005, S. 981, 982; Lutter, ZIP 2007, S. 841, 848.

213 Lutter, ZIP 2007, S. 841, 848; vgl. auch Renz/Hense/Emde, Wertpapier-Compliance, I.7 Rn. 42: der Pflichtenkatalog ist in weiten Bereichen deckungsgleich.

214 Lang/Weidmüller/Schaffland GenG § 27 Rn. 10 f.

Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs. 2 AktG erwähnt,²¹⁵ was zunächst einmal gegen eine Anwendbarkeit der Norm auf den Vorstand einer Genossenschaft zu sprechen scheint. Dieser fehlenden ausdrücklichen Erwähnung ist allerdings keine allzu große Bedeutung beizumessen. Zwar erwähnt die Begründung zum Regierungsentwurf die Ausstrahlungswirkung im Zusammenhang mit der Erläuterung, warum in das GmbHG keine entsprechende Regelung aufgenommen werden sollte, jedoch ist dann weiter hinsichtlich der Ausstrahlungswirkung von „anderen Gesellschaftsformen“ im Allgemeinen die Rede.²¹⁶ Die Vertreter der Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH nennen daher die Genossenschaft als ebenso von der Norm betroffen.²¹⁷

Dem könnte man entgegenbringen, dass der Gesetzgeber offenbar bewusst von einer entsprechenden Regelung für die Genossenschaft abgesehen hat: Vor Einführung des KonTraG bestand eine große Ähnlichkeit zwischen den Formulierungen von § 33 Abs. 1 Satz 1 GenG (der bis heute gleichlautend geblieben ist) und dem durch das KonTraG anschließend um den hier in Rede stehenden Abs. 2 erweiterten § 91 AktG:

§ 33 Abs. 1 S. 1 GenG

Der Vorstand hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Bücher der Genossenschaft ordnungsgemäß geführt werden.

§ 91 AktG (in der bis zum 30.4.1998 geltenden Fassung)

Der Vorstand hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden.

Man könnte daher argumentieren, dass der Gesetzgeber für eine weiterhin parallele Regelung hätte sorgen können, indem er auch § 33 Abs. 1 Satz 1 GenG entsprechend erweitert hätte. Dies kann jedoch nur ein Argument gegen eine Analogie sein, da es die Planwidrigkeit der Regelungslücke ausschließen würde. Da es jedoch gerade nicht um eine Analogie, sondern lediglich um „Ausstrahlungswirkung“ geht, spricht das Argument nicht dagegen, die Genossenschaft hier ebenso zu behandeln, wie die GmbH.

Gegen eine planwidrige Regelungslücke und damit gegen eine Analogie über die Ausstrahlungswirkung hinaus spricht im Übrigen auch, dass der Gesetzgeber des KonTraG die eG nicht etwa „vergessen“ hat. Die §§ 53 und 58 GenG, welche auf die §§ 317 und 321 AktG verweisen, wurden durch das KonTraG geändert. Obwohl dabei die Verweisung des § 58 Abs. 1 S. 2 GenG dahingehend erweitert wurde, dass nunmehr auf § 321 Abs. 1 bis 3 AktG (zuvor lediglich Abs. 1) verwiesen wird, fehlt eine Verweisung auf § 321 Abs. 4 AktG, der in Verbindung mit § 317 Abs. 4 AktG eine Darstellung des internen Überwachungssystems verlangt. Auch eine Verweisung auf besagten § 317 Abs. 4 AktG findet sich in § 53 GenG nicht. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass der Gesetzgeber des KonTraG keine generelle Anwendbarkeit von § 91 Abs. 2 AktG auf die eG beabsichtigt hat.

215 So für die GmbH RegE KonTraG, BR-Drs. 872/97 v. 7.11.1997, S. 37; vgl. oben „B. II. 2. b. bb. Ausstrahlungswirkung von § 91 Abs. 2 AktG – Anwendung in Einzelfällen“.

216 RegE KonTraG, BR-Drs. 872/97 v. 7.11.1997, S. 37.

217 *DrygalalDrygala*, ZIP 2000, S. 297, 300 ff.

Für die bloße Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs. 2 AktG auf die eG und damit für die Gleichbehandlung von eG und GmbH in dieser Frage spricht letztlich auch, dass sich beide Gesellschaftsformen in ähnlicher Weise hinsichtlich Größe und Komplexität der Struktur regelmäßig von der AG unterscheiden, sodass auch aus diesem Grund in Ansehung der Formulierung in der Begründung zum KonTraG-Regierungsentwurf die bereits zitierte Ausstrahlungswirkung für beide Gesellschaftsformen gleichermaßen in Betracht kommt.

Der hinsichtlich der genauen Modalitäten der Anwendbarkeit des § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH dargestellte Streit²¹⁸ ist somit ebenfalls in vollem Umfang auf die eG übertragbar. Auch hier kommen als Abgrenzungskriterien Größe – unter Umständen in Anlehnung an § 267 Abs. 3 HGB – und Komplexität der Struktur der Genossenschaft, Kapitalmarktorientiertheit sowie die Existenz eines mitbestimmten Aufsichtsrats in Betracht.

Eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation kann sich somit aus § 91 Abs. 2 AktG auch für den Vorstand einer Genossenschaft ergeben. Dies ist allerdings – wie bei der GmbH²¹⁹ – in zweierlei Hinsicht eine Einzelfallentscheidung. Zunächst ist im Einzelfall über die grundsätzliche Anwendbarkeit bzw. den Umfang der Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs. 2 AktG auf die jeweilige eG zu entscheiden. Darüber hinaus ist dann – ebenfalls als Einzelfallentscheidung – festzustellen, ob sich aus § 91 Abs. 2 AktG für die jeweilige Genossenschaft bzw. deren Vorstand eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ergibt, was – wie bei der AG – dann der Fall ist, wenn trotz des dem Vorstand zustehenden Leitungsermessens kein anderes Vorgehen sorgfaltspflichtgemäß wäre.²²⁰

c. Zusammenfassung – Compliance im Vorstandsrecht (eG)

Den Vorstand einer Genossenschaft kann bereits auf Grundlage des Gesellschaftsrechts eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation treffen.

Diese Pflicht kann aus der allgemeinen Leitungsaufgabe gem. §§ 27 Abs. 1, 34 Abs. 1 GenG folgen, sofern das Leitungsermessen des Vorstands im Einzelfall auf die Auswahl der Einrichtung eines solchen Systems als einzige sorgfaltspflichtgemäße Maßnahme beschränkt ist.

Daneben kann sich die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation auch für den Vorstand der Genossenschaft aus einer Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs. 2 AktG ergeben. Insoweit bestehen keine Unterschiede zur Situation in der GmbH.

218 Vgl. die Zusammenfassung oben bei „B. II. 2. b. dd. Stellungnahme“.

219 Vgl. oben „B. II. 2. b. dd. Stellungnahme“.

220 Vgl. oben „B. II. 1. b. bb. ddd. Stellungnahme“.

4. AöR (Landesbanken und Sparkassen)

Eine ebenfalls für Banken²²¹ weitverbreitete Erscheinungsform sind die Landesbanken und Sparkassen, welche üblicherweise als Anstalt des öffentlichen Rechts auftreten. Hiervon wird im Folgenden auch ausgegangen, soweit der Einfachheit halber von „Landesbanken“²²² bzw. „Sparkassen“²²³ die Rede ist. Rechtsgrundlage sind in diesen Fällen die Landesbank-²²⁴ bzw. Sparkassengesetze der Länder. Zwar handelt es sich bei den Sparkassengesetzen als öffentliches Recht nicht um Gesellschaftsrecht im eigentlichen Sinne, jedoch haben die dort statuierten Regelungen teilweise – so zum Beispiel die Regelungen zu Vorstand und Verwaltungsrat – für Landesbanken und Sparkassen die gleiche Funktion wie die entsprechenden Regelungen des Gesellschaftsrechts für die Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorgane der jeweiligen Gesellschaftsform. Die jeweiligen Landesbank- und Sparkassengesetze sowie andere möglicherweise anwendbare Normen des allgemeinen Gesellschaftsrechts sind daher daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie eine Pflicht des Vorstands der Landesbank bzw. Sparkasse zur Einrichtung einer Compliance-Organisation bereits auf „gesellschaftsrechtlicher“ Ebene enthalten.

a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands

Das Leitungsorgan sowohl einer Landesbank als auch einer Sparkasse ist gem. den entsprechenden Normen der einzelnen Landesbank- bzw. Sparkassengesetze der Vorstand,²²⁵ wobei die dem Vorstand auferlegte Leitungsaufgabe inhaltlich weitgehend

221 Wenngleich die Bezeichnung „Bank“ für eine Sparkasse aufgrund der verbreiteten Unterscheidung „Banken und Sparkassen“ etwas unpräzise ist.

222 Landesbanken in der Form einer Anstalt öffentlichen Rechts sind: Bayern LB, Bremer Landesbank, Helaba, LBBW, Nord/LB, SaarLB.
Nicht als Anstalt öffentlichen Rechts, sondern als AG verfasst sind: Landesbank Berlin AG, HSH Nordbank AG, West LB AG. Für diese Institute wird uneingeschränkt auf das zur AG Gesagte verwiesen.

223 Sparkassen sind teilweise – so z.B. die Hamburger Sparkasse – als AG verfasst, weshalb Hamburg auch als einziges der 16 Bundesländer kein Sparkassengesetz hat. Auch für diese Institute gilt uneingeschränkt das zur AG Gesagte.

224 Die Regelungssystematik hinsichtlich der Landesbanken ist nicht einheitlich. Teilweise werden sie bereits im Sparkassengesetz des jeweiligen Bundeslandes behandelt, teilweise gibt es ein „eigenes“ Gesetz betreffend die Landesbank und teilweise ist die Landesbank (sofern es eine gemeinsame Landesbank mehrerer Länder gibt) Teil eines Staatsvertrages, welcher dann teilweise offener formuliert ist und die genaue Ausgestaltung einer Satzung überlässt, teilweise aber auch die Einzelheiten regelt. Der Einfachheit halber wird hier für all diese Regelungskonstrukte der Begriff „Landesbankgesetz“ im Text verwendet.

225 Für die Landesbanken: Art. 7 Abs. 1 Gesetz über die Bayerische Landesbank (für die Bayern LB); § 8 Abs. 2 Staatsvertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und dem Land Niedersachsen über die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale – i.V.m. § 8 Abs. 1 Satzung der Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale – (für die Bremer Landesbank); Art. 10 Abs. 5 Staatsvertrag über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen (für die Landesbank Hessen-Thüringen (Helaba)); § 13 Abs. 1 Gesetz über die Landesbank Baden-Württemberg (für die LBBW); § 8 Abs. 2 Staatsvertrag zwischen dem Land Niedersachsen, dem Land Sachsen-Anhalt und dem Land Mecklenburg-Vorpommern über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale – (für die Nord/LB); § 35 Abs. 5 Satz 2 SSpG i.V.m. § 15 Abs. 2 Satzung der Landesbank Saar (für die Saar LB).

Für die Sparkassen: § 23 Abs. 1 Satz 1 SpG Baden-Württemberg; Art. 5 Abs. 2 SpkG Bayern; § 6 Abs. 1 SpkG Berlin; § 18 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG (Brandenburg); § 16 Abs. 1 Bremisches SpkG; § 7

derjenigen der Leitungsorgane anderer Gesellschaftsformen entspricht.²²⁶

Hinsichtlich einer aus der allgemeinen Leitungsaufgabe und der darin enthaltenen Legalitätspflicht abgeleiteten möglichen Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation gilt daher für den Vorstand von Landesbanken und Sparkassen vollumfänglich das zu den Leitungsorganen von AG, GmbH und eG Gesagte:²²⁷ Im Einzelfall kann sich eine solche Pflicht daraus ergeben, dass das Leitungsermessen des Vorstands²²⁸ aufgrund der Umstände des Einzelfalls auf die Einrichtung eines Compliance-Systems als einzige sorgfaltspflichtgemäße Handlungsweise beschränkt ist.

b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG

Ungeklärt ist die Frage einer analogen Anwendung bzw. einer Ausstrahlungswirkung der Organisationsanforderung des § 91 Abs. 2 AktG und seiner unter Umständen bestehenden Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation auf Landesbanken und Sparkassen und den Pflichtenkreis ihrer Vorstände.

Systematisch spricht gegen eine solche Anwendung bzw. Ausstrahlung die Tatsache, dass der Gesetzgeber des KonTraG bei dessen Schaffung und seiner Formulierung der Ausstrahlungswirkung auf „andere Gesellschaftsformen“²²⁹ die als Anstalt öffentlichen Rechts verfassten Unternehmen mit großer Sicherheit nicht ins Blickfeld nehmen wollte. Einzig die Tatsache, dass dies eine häufige Erscheinungsform von Kreditinstituten ist, die ansonsten mehrheitlich in privatrechtlichen Gesellschaftsformen verfasst sind, hat die Anstalt öffentlichen Rechts hier überhaupt in die gedankliche Nähe zu § 91 Abs. 2 AktG gerückt.

Gerade diese Tatsache – das häufige Auftreten von Banken als Anstalt öffentlichen Rechts – ist im Lichte der Finanzmarktkrise auf den ersten Blick ein Argument für eine Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG, denn auch als Anstalt öffentlichen Rechts verfasste Institute, in erster Linie Landesbanken, sind im Zuge der Krise in nicht geringer Anzahl in wirtschaftliche Schieflage geraten.

So sehr damit allerdings auch das Bedürfnis nach organisatorischer Reglementierung

Abs. 1 Satz 2 Hessisches SpkG; § 18 Abs. 1 Satz 1 SpkG Mecklenburg-Vorpommern; § 10 Abs. 1 Satz 1 NSpG (Niedersachsen); § 20 Abs. 1 Satz 1 SpkG Nordrhein-Westfalen; § 14 Abs. 1 Satz 1 SpkG Rheinland-Pfalz; § 16 Abs. 1 SSpG (Saarland); § 18 Abs. 1 Satz 1 SächsSpG (Sachsen); § 18 Abs. 1 Satz 1 SpkG-LSA (Sachsen-Anhalt); § 14 Abs. 2 SpkG Schleswig-Holstein; § 15 Abs. 1 Satz 1.

226 Vgl. Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 12, der insoweit beispielhaft § 23 Abs. 1, 25 Abs. 4 baden-württembergisches SpG (GBl. Vom 19.05.2003 S. 215) und § 10 Abs. 1 niedersächsisches SpG (Nds.GVBl. Nr. 42/2004 S. 609) nennt; Renz/Hense/Emde, Wertpapier-Compliance, I.7 Rn. 43: der Pflichtenkatalog für Sparkassen und Landesbanken ist weitgehend deckungsgleich mit dem Pflichtenkatalog für Institute in der Rechtsform der AG.

227 Vgl. oben „B. II. 1. a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. §§ 76, 93 AktG“, „B. II. 2. a. Die Leitungsaufgabe der Geschäftsführung“, „B. II. 3. a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. den §§ 27 Abs. 1, 34 Abs. 1 GenG“.

228 Auch für den Vorstand der Sparkasse ist im Übrigen bezüglich seines Leitungsermessens die business judgement rule anwendbar. Lutter, ZIP 2007, S. 841, 848.

229 RegE KonTraG, BR-Drs. 872/97 v. 7.11.1997, S. 37.

gewachsen sein mag, ist dessen Befriedigung nicht Aufgabe des allgemeinen Gesellschaftsrechts. § 91 Abs. 2 AktG wurde 1998 durch das KonTraG eingeführt, um Unternehmenskrisen und –skandalen entgegenzuwirken und die Verantwortung des Vorstandes für die Vermeidung selbiger zu betonen.²³⁰ Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber die Maßnahmen der Krisenvermeidung auf Anstalten öffentlichen Rechts ausdehnen wollte. Dass diese in eine Krise geraten und an eine Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG denken lassen, ist zumindest in dieser Intensität ein neues Phänomen, welches auf den Bankensektor beschränkt ist. Den besonderen Gefahren, die mit Bankdienstleistungen für ein Unternehmen einhergehen, muss nicht zwingend auf gesellschaftsrechtlicher Ebene begegnet werden, dies ist das Terrain der speziellen Regelungen von KWG und WpHG, sodass eine Herleitung der Anwendbarkeit von § 91 Abs. 2 AktG auf Anstalten öffentlichen Rechts „um jeden Preis“ nicht notwendig ist, um den dieser Rechtsform im Bankensektor begegnenden Gefahren und Risiken eine geeignete Organisationsstruktur entgegenzusetzen.

c. Zusammenfassung – Compliance im Vorstandsrecht (AöR)

Im Bereich der Anstalten öffentlichen Rechts, hier also speziell der Vorstände von Landesbanken und Sparkassen, kann sich im Einzelfall eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation wie bei AG, GmbH und eG aus der allgemeinen Leitungsaufgabe ergeben.

§ 91 Abs. 2 AktG ist hingegen auf Anstalten öffentlichen Rechts nicht anwendbar und besitzt in diesem Bereich auch keine Ausstrahlungswirkung, sodass diese Norm als Quelle einer Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation im Einzelfall ausscheidet.

5. Ergebnis – Compliance im Gesellschaftsrecht

Eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation kann sich für alle hier untersuchten Gesellschaftsformen bereits aus dem Gesellschaftsrecht ergeben, ohne dass es eines Rückgriffs auf das noch zu untersuchende Bank- und Kapitalmarktrecht bedarf.

Die Frage, ob eine solche Verpflichtung für das jeweilige Unternehmen besteht, ist jedoch immer eine Frage des Einzelfalls und einer Reduzierung des Leitungsermessens auf diese Maßnahme als einzige sorgfaltspflichtgemäße.

Anknüpfungspunkt dieser Verpflichtung kann dabei für alle untersuchten Gesellschaftsformen die allgemeine Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung sein.

²³⁰ Vgl. zu Sinn und Zweck der Norm GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 20; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn. 29; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 91 Rn. 6; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 15; Hüffer AktG § 91 Rn. 4.

Darüber hinaus kommt als weiterer Anknüpfungspunkt für die AG unmittelbar und für GmbH und eG in Form einer Ausstrahlungswirkung § 91 Abs. 2 AktG in Betracht.

III. Compliance-Organisationspflicht im Deutschen Corporate Governance Kodex

Auf der weiteren Suche nach Hinweisen auf eine sich bereits auf gesellschaftsrechtlicher Ebene ergebende Pflicht der Unternehmensleitung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation fällt auf, dass der Begriff der Compliance auch im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) Verwendung findet. Dessen Verbindlichkeit, d.h. dessen Möglichkeit eine entsprechende Pflicht zu begründen, sowie die im DCGK enthaltenen Aussagen zur Compliance sind daher näher zu untersuchen.

1. Anwendungsbereich und Verbindlichkeit des DCGK

Der DCGK beansprucht neben dem „hard-law“ des Gesellschaftsrechts, wenn auch nur als „soft-law“, also ohne unmittelbare Verbindlichkeit, branchenunabhängige Geltung für börsennotierte und – so die Empfehlung in der Präambel – nicht börsennotierte Gesellschaften.

Es handelt sich dabei um ein Regelungswerk, welches es sich zum Ziel gesetzt hat, die in Deutschland für Unternehmensleitung und –überwachung geltenden Regelungen transparent zu machen, um so – auch für potentielle in- und ausländische Investoren – das Vertrauen in die Unternehmensführung deutscher Gesellschaften zu stärken.²³¹ „Corporate Governance“ als Begriff steht dabei für die Leitung und Kontrolle börsennotierter Aktiengesellschaften.²³² Der DCGK wurde von der durch die Bundesministerin der Justiz eingesetzten Regierungskommission²³³ in seiner ersten Fassung am 26.02.2002 verabschiedet und seither mehrfach überarbeitet. Derzeit liegt der DCGK in der Fassung vom 18.06.2009 vor. Er beinhaltet die Wiederholung von einschlägigen Normen sowie Leitsätze bzw. Empfehlungen und unverbindliche Anregungen.²³⁴ Schon hier zeigt sich, dass die Frage nach der Rechtsnatur der Regelungen des DCGK nicht ohne Weiteres beantwortet werden kann.

Der DCGK ist kein geltendes Recht, sondern vielmehr eine spezielle Ausprägung von „best practice“ und wird daher teilweise als „soft-law“ bezeichnet.²³⁵ Grundsätzlich ist

231 <http://www.corporate-governance-code.de/index.html> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

232 *Claussen/Bröcker*, DB 2002, S. 1199.

233 Mitglieder: Dr. Gerhard Cromme (Vorsitzender), Dr. Paul Achleitner, Dr. Rolf-E. Breuer, Dr. Hans-Friedrich Gelhausen, Dr. Dr. h.c. Manfred Gentz, Dietmar Hexel, Ulrich Hocker, Max Dietrich Kley, Prof. Dr. Dres h.c. Marcus Lutter, Peer Michael Schatz, Christian Strenger, Prof. Dr. Axel von Werder, Dr. Wendelin Wiedeking.

234 *Claussen/Bröcker*, DB 2002, S. 1199; *Vetter*, DNotZ 2003, S. 748, 752.

235 *Vetter*, DNotZ 2003, S. 748, 760; v. *Werder*, DB 2002, S. 801; zu dieser Einordnung auch *Lutter*, ZGR 30 (2001), S. 224, 225, der diese Art von Kodizes zwischen der Erweckung geltenden Rechts und soft-law ansiedelt; *Claussen/Bröcker*, DB 2002, S. 1199 vermeiden auch den Begriff „soft-law“, es handle sich schlicht um Regeln guten Verhaltens; ausführlich zur rechtlichen Qualität *Borges*, ZGR 32 (2003), S. 508, 515 ff.

daher selbstverständlich die Befolgung der vom Kodex aufgestellten Regeln nicht verbindlich. Zu beachten ist allerdings, dass § 161 Abs. 1 AktG Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft verpflichtet, jährlich die sog. „Entsprechenserklärung“ abzugeben. In dieser Erklärung muss die börsennotierte AG ihren Aktionären gegenüber offenlegen, ob den Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde bzw. welche Empfehlungen nicht angewendet wurden. Insofern ist der DCGK für deutsche börsennotierte Gesellschaften im Rahmen eines „comply or explain“- bzw. „comply or disclose“-Systems verbindlich.²³⁶ Zwar ist dies keine Verbindlichkeit im eigentlichen Sinne, da es der Gesellschaft rechtlich möglich bleibt, den DCGK nicht zu befolgen, jedoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Bekanntmachung eines börsennotierten Unternehmens, dass den Empfehlungen des DCGK nicht entsprochen wurde, eine sehr negative Öffentlichkeitswirkung und damit mutmaßlich auch negativen Einfluss auf den Kurswert der Unternehmensaktien hat. Diesen Kurswert negativ zu beeinflussen liegt - auch unter Berücksichtigung des shareholder value - normalerweise nicht im Interesse der Unternehmensführung.²³⁷ Über diese naheliegende tatsächliche Konsequenz hinaus sind die Fragen der Rechtsnatur und der rechtlichen Konsequenzen einer Nichtbefolgung des DCGK im Einzelnen nach wie vor Gegenstand der Diskussion.²³⁸

2. Der Begriff „Compliance“ im DCGK

Der DCGK beschäftigt sich – seit der nunmehr durch die Fassung vom 18.06.2009 abgelösten Fassung vom 14.07.2007 auch wörtlich – mit dem Bereich der Unternehmens-Compliance. So statuiert Ziff. 4.1.3. folgendes: „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)“. Auch Ziff. 3.4 Abs. 2 und Ziff. 5.3.2 erwähnen ausdrücklich die Compliance.

Die zentrale Fixierung der Compliance im DCGK stellt jedoch die erstgenannte Ziff. 4.1.3 dar. Demnach hat der Vorstand für die Einhaltung der Gesetze und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen. Darüber hinaus wird verdeutlicht, dass der Vorstand auch auf deren Beachtung durch Konzernunternehmen hinwirkt.²³⁹ Dieses Aufgabenpaket umschreibt Ziff. 4.1.3. des DCGK mit dem Klammerzusatz „Compliance“.²⁴⁰ Ausweislich der Formulierung „hat [...] zu sorgen“ geht die Regierungskommission davon aus, mit dieser Formulierung die geltende Rechtslage abzubilden.²⁴¹ Der Kodex geht allerdings nicht davon aus, dass eine allgemeine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation besteht, um die Compliance der Gesellschaft

236 Weber-Rey, AG 2008, S. 345, 346.

237 Vgl. zur Frage der „Bestrafung durch den Kapitalmarkt“ bei Nichteinhaltung der DCGK-Empfehlungen ausführlich anhand einer empirischen Analyse Nowak/Rott/Mahr, ZGR 34 (2005), S. 252, 253 f.

238 Vetter, NZG 2008, S. 121; Lutter, FS Huber, 2006, S. 871, 881: Haftung für Verstöße gg. das in der Entsprechenserklärung Erklärte; zu den aktuellsten Entwicklungen vgl. Tödtmann/Schauer, ZIP 2009, S. 995 ff.

239 Vgl. dazu unten „D. I. 2. DCGK“.

240 Hierzu auch Kort, NZG 2008, S. 81, 83; Weber-Rey, AG 2008, S. 345 f.; Bürkle, BB 2007, S. 1797 ff.

241 Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder, DCGK, Rn. 615: Der Hinweis des Kodex stellt eine Selbstverständlichkeit dar.

zu gewährleisten. Eine solche Verpflichtung könnte durch den DCGK nach dem oben zur nicht vorhandenen gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation Gesagten auch allenfalls im Rahmen einer Empfehlung erreicht werden. De lege lata besteht eine solche Pflicht nicht.²⁴²

In den Ziffern 3.4 Abs. 2 und 5.3.2 wird das Thema Compliance nochmals aufgegriffen, indem einerseits eine Informationspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat zu Fragen der Compliance und andererseits die Pflicht des Aufsichtsrats zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses („audit committee“) zu Fragen der Compliance statuiert werden.²⁴³ Die Information des Aufsichtsrats, auf die Ziff. 3.4 Abs. 2 mit ausdrücklicher Nennung auch der Compliance als Berichtsgegenstand eingeht, knüpft an die umfassende Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat gem. § 90 Abs. 3 AktG an. Die Kodexempfehlung der Ziff. 5.3.2 ist vorrangig darauf gerichtet, dass durch den Aufsichtsrat ein Prüfungsausschuss eingerichtet werden soll. Zu den Aufgaben, die dieser Prüfungsausschuss erfüllen soll, zählt danach unter anderem die „Befassung mit Fragen der Compliance“²⁴⁴. Auch aus den Ziffern 3.4 Abs. 2 und 5.3.2 DCGK ergibt sich somit für ein Unternehmen, welches sich dem DCGK unterwirft, keine „Verpflichtung“ zur Einrichtung einer Compliance-Organisation.²⁴⁵

Der DCGK enthält somit im Hinblick auf Compliance lediglich die Wiederholung der Gesetzeslage, dass sich das Unternehmen „compliant“ zu verhalten hat. Zu gewährleisten ist dies durch den Vorstand, der den Aufsichtsrat darüber informiert, welcher seinerseits ein audit committee einrichten soll, welches sich unter anderem mit Compliance-Fragen befasst. Aus dieser an den Aufsichtsrat gerichteten Anforderung ergibt sich allerdings ebenfalls keine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation.

IV. Compliance-Organisationspflicht im Bank- und Kapitalmarktrecht

Verlässt man den Bereich des allgemeinen Gesellschaftsrechts und nähert sich der für Banken einschlägigen speziellen Gesetzesmaterie, so erweitert sich der Kreis der für eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation in Betracht kommenden Normen erheblich. Es handelt sich dabei im Einzelnen zwar um Normen aus nationalem Recht, hier im Speziellen aus dem KWG und dem WpHG, doch ist dieser Bereich auch in besonderem Maße durch europäische Regelungen und Harmonisierungsbestrebungen geprägt. So wurden zuletzt mit der MiFID (Markets in Financial Instruments Directive)²⁴⁶

242 So im Zusammenhang mit Ziff. 4.1.3 DCGK auch *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, DCGK, Rn. 618; *Lebherz*, Emittenten-Compliance, S. 417; gesellschaftsrechtlich ist eine solche Pflicht umstritten, im Ergebnis jedoch abzulehnen. Vgl. hierzu „B. II. 1. a. cc. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Pflicht oder als Ermessensfrage“.

243 *Weber-Rey*, AG 2008, S. 345 f.

244 *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, DCGK, Rn. 992a.

245 So auch *Lebherz*, Emittenten-Compliance, S. 417.

246 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145 v. 30.4.2004.

nebst ihren Nebenregelungen²⁴⁷ sowie dem deutschen Umsetzungsgesetz FRUG (Finanzmarkttrichtlinieumsetzungsgesetz)²⁴⁸ zwei neue Regelungswerke geschaffen, die hinsichtlich der Compliance für Finanzdienstleistungsunternehmen eine herausragende Stellung einnehmen.

Die MiFID ist als Nachfolger der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (Investor Services Directive, ISD)²⁴⁹ als Rahmenrichtlinie ausgestaltet und wird zur Konkretisierung des von ihr gesetzten Regelungsrahmens von der MiFID-DVO und der MiFID-DRL flankiert. Das zur Umsetzung erlassene FRUG setzt diese europäischen Vorgaben in nationales Recht um und wird seinerseits hinsichtlich seiner Anforderungen von der WpDVerOV²⁵⁰ begleitet. Insgesamt stellt das FRUG zwar keine Revolution auf dem Gebiet der Complianceanforderungen für Finanzdienstleistungsunternehmen dar, dennoch hat es einige Veränderungen mit sich gebracht, durch die bereits im Kern vorhandene Organisationspflichten wirkungsvoller ausgestaltet werden.²⁵¹ Dies betrifft in erster Linie das WpHG und das KWG.

In Art. 3 enthält das FRUG umfangreiche Änderungen des KWG, die unter anderem den Compliancebereich betreffen. So erwähnt der geänderte § 25a KWG mehrfach die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation und den Personenkreis, der für deren Einrichtung und Aufrechterhaltung verantwortlich ist. Inwieweit dies tatsächlich eine Änderung der zuvor bestehenden Regelungslage der Compliance im KWG darstellt, wird in der näheren Untersuchung des § 25a KWG im Folgenden dargestellt werden. Im WpHG sind aus Compliance-Sicht primär die Änderungen im sechsten Abschnitt des WpHG und dort speziell die Änderungen des § 33 WpHG von Interesse. § 33 WpHG nimmt nunmehr Bezug auf die Organisationspflichten des § 25a KWG und erweitert diesen Katalog noch um einige Anforderungen in Abs. 1 Ziff. 1 bis 6. Diese Anforderungen erfahren durch die WPDVerOV eine weitere Konkretisierung. So statuiert § 12 WPDVerOV relativ präzise Anforderungen an die Einrichtung und Organisation der Compliance-Funktion.

247 Durchführungsrichtlinie 2006/73 der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie v. 10.8.2006, ABl. L 241/26 v. 2.9.2006 (MiFID-DRL).

Durchführungsverordnung Nr. 1287/2006 der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufzeichnungspflichten für Wertpapierfirmen, die Meldung von Geschäften, die Markttransparenz, die Zulassung von Finanzinstrumenten zum Handel und bestimmte Begriffe im Sinne dieser Richtlinie v. 10.8.2006, ABl. L 241/I v. 2.9.2006 (MiFID-DVO).

248 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (RiL 2004/39/EG, MiFID) und der Durchführungsrichtlinie (RiL 2006/73/EG) der Kommission (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) v. 16.7.2007, BGBl. I 2007 v. 19.7.2007, S. 1330.

249 Richtlinie 93/22/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 10.05.1993, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 141/27 vom 11.06.1993.

250 Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung), v. 20.7.2007, BGBl. I 2007 v. 23.7.2007, S. 1432.

251 Veil, WM 2008, S. 1093, 1098.

Diese beiden Normen - § 25a KWG und § 33 WpHG – bilden für den Bankensektor gleichsam das Rückgrat der gesetzlichen organisatorischen Anforderungen²⁵² und erwähnen in diesem Zusammenhang – soviel ist bereits auf den ersten Blick erkennbar – auch den Begriff „Compliance“²⁵³. Fällt das betreffende Unternehmen in den Anwendungsbereich des KWG, ist es also ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut i. S. d. § 1 Abs. 1 und 1a KWG, so ist für den Bereich der Compliance also speziell § 25a KWG näher zu betrachten. Sofern das betreffende Unternehmen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist, bewegt es sich gem. § 1 Abs. 1 WpHG im Anwendungsbereich des WpHG, in dem speziell § 33 WpHG Aussagen zur Compliance tätigt. Im Folgenden sind daher diese beiden Normen näher hinsichtlich der von ihnen konkret statuierten Compliance-Anforderungen zu untersuchen.

1. § 25a KWG

a. Entwicklung der Norm und des compliancerelevanten Inhalts

§ 25a Abs. 1 KWG legt zwingend fest, welche organisatorischen Regelungen Institute im Sinne des KWG aus aufsichtsrechtlicher Sicht mindestens zu erfüllen haben.²⁵⁴ Bereits vor dem FRUG enthielt § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG detaillierte Organisationsanforderungen. Dabei war speziell § 25a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KWG aF compliancerelevant.

§ 25a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KWG (in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung)

- (1) Ein Institut muss, als übergeordnetes Unternehmen auch hinsichtlich der Gruppe,
1. Über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken und der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen sowie über angemessene Regelungen verfügen, anhand deren sich die finanzielle Lage des Instituts oder der Gruppe jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt;
[...]

Demnach musste ein Institut also „über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle [...] der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen [...] verfügen“. Hierbei handelte es sich damit bereits um eine Compliance-Regelung²⁵⁵ im engsten Sinne, die den Instituten die organisatorische Sicherstellung von Compliance zwingend vorschrieb.

Bereits im Nachfolger dieser Fassung des § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG, der zum 1.1.2005 in Kraft getreten ist, fand sich dann eine der heutigen Formulierung des § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG beinahe gleichende Formulierung.

252 So auch *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1099.

253 Eine ausdrückliche Nennung des Begriffs findet sich in § 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG. Auch § 25a Abs. 1 KWG gibt aber womöglich einen Hinweis auf Compliance, indem eine Organisation gefordert wird, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet, womit eine recht präzise Umschreibung einer Compliance-Organisation ihren Weg in das Gesetz gefunden hat.

254 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/*Braun* KWG § 25a Rn. 11 ff.

255 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/*Braun* KWG (2. Aufl. 2004) § 25a Rn. 8.

§ 25a Abs. 1 Satz 1 KWG (in der bis zum 31.10.2007 geltenden Fassung)

- (1) Ein Institut muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der von den Instituten zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet. [...]

In der „ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation“ zur Gewährleistung der Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen fand sich damit eine Wiederholung der Verpflichtung der Geschäftsleitung eines jeden Unternehmens, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch das Unternehmen Sorge zu tragen.²⁵⁶ Der Begriff Compliance oder gar detailliertere organisatorische Anforderungen fanden jedoch keinen Einzug ins Gesetz.

Durch das FRUG hat § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG eine Ergänzung erfahren und lautet nunmehr seit dem 1.11.2007 wie folgt:

§ 25a Abs. 1 Satz 1 KWG

- (1) Ein Institut muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet. [...]

Der Begriff der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen umfasst dabei mehr als lediglich die Bestimmungen des KWG. In den Schutzzweck der Norm fallen alle Bestimmungen, die dem Schutz der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte, der ordnungsgemäßen Durchführung der Bankgeschäfte und sonstigen Finanzdienstleistungen sowie der Vermeidung von Nachteilen für die Gesamtwirtschaft dienen, also alle für das jeweilige Institut einschlägigen Regelungen des Bank- und Finanzdienstleistungsrechts,²⁵⁷ jedoch nicht etwa alle generell in Betracht kommenden Normen.²⁵⁸

Die nunmehr explizite Nennung auch der „betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten“ war im ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung²⁵⁹ nicht enthalten. Abs. 1 Satz 1 lautet dort: „[...] die *insbesondere* die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet.“ Ausweislich der Begründung des RegE diene der Einschub „insbesondere“ der Klarstellung, dass über die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsorganisation nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung gesetzlicher Regelungen, sondern auch unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Notwendigkeiten zu urteilen ist. Da diese Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Notwendigkeiten allerdings im eigenen Interesse die Institute liege, führe der Einschub nicht zu einer materiellen Änderung der Anforderungen an die bereits zuvor in § 25a Abs. 1 Satz 1 umschriebene Geschäftsorganisation.²⁶⁰ Die Stellungnahme des Bundesrates²⁶¹ bemängelt den Einschub „insbesondere“ in diesem Zusammenhang als unklar und schlägt

256 „B. II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht“.

257 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 29.

258 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 29 nennt z.B. Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht als nicht von der Formulierung umfasst.

259 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), BT-Drs. 16/4028 v. 12.01.2007.

260 Begr RegE, BT-Drs. 16/4028 v. 12.01.2007, S. 123.

261 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 833/06 v. 15.12.2006, S. 27.

eine Ergänzung der Gesetzesformulierung durch ausdrückliche Nennung der „betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten“ vor. Dies deckt sich mit der bereits zuvor ergangenen Beschlussempfehlung des Finanzausschusses²⁶² und fand letztlich auch in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates deren Zustimmung.²⁶³ In dieser Form fand § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG dann auch letztlich Eingang ins Gesetz, sodass man davon ausgehen kann, dass hinsichtlich der „betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten“ nach wie vor gilt, dass der Gesetzgeber diese Selbstverständlichkeit klarstellend anführt, ohne dass sich hieraus eine neue gesetzliche Anforderung an die Institute ergibt, die in den Augen des Gesetzgebers im eigenen Interesse die betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten zu berücksichtigen haben.²⁶⁴

Die Materialien des Gesetzgebungsverfahrens enthalten im Übrigen ebenso wie § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG selbst keine ausdrückliche Nennung des Begriffs Compliance, sondern bewegen sich sämtlich im Bereich der geschilderten Umschreibungen. Auf eine ausdrückliche Nennung hat der Gesetzgeber auch im Rahmen des FRUG ohne erkennbaren Grund verzichtet und damit die Chance verpasst, für alle Finanzdienstleistungsunternehmen – denn § 33 WpHG nennt die Compliance-Funktion, wie gleich gezeigt werden wird – ein einheitliches Regelungskonzept zu schaffen.²⁶⁵

b. Zusammenfassung – Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation

§ 25a Abs. 1 Satz 1 KWG verpflichtet ein Kreditinstitut bzw. dessen Geschäftsleitung, die Einhaltung der einschlägigen Regelungen des Bank- und Finanzdienstleistungsrechts²⁶⁶ organisatorisch zu gewährleisten. Dies knüpft an die bereits auf Grundlage des allgemeinen Gesellschaftsrechts bestehende und aus der Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung abgeleitete Pflicht, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Gesellschaft zu gewährleisten an,²⁶⁷ weshalb die Regelung des § 25a Abs. 1 KWG teilweise als Wiederholung einer bereits gesellschaftsrechtlich bestehenden Verpflichtung eingeordnet wird.²⁶⁸ Tatsächlich geht die nach § 25a Abs. 1 KWG jedoch über die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung hinaus, indem durch das Gesetz ausdrücklich die Einrichtung einer die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen gewährleisten Organisation angeordnet wird.

Weitere organisatorische Vorgaben enthält § 25a Abs. 1 KWG nicht, insbesondere enthält er keinen festen Rahmen einer „Compliance-Organisation“. Die Art und Weise, wie die

262 Beschlussempfehlung des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 16/4028, 16/4037 -, BT-Drs. 16/4883 v. 28.03.2007, S. 27.

263 Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/4037 v. 16.01.2007, S. 10.

264 Zur klarstellenden Funktion dieser Formulierung vgl. auch Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 26.

265 Kritisch hierzu auch Lösler, WM 2008, S. 1098, 1100.

266 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 29 f.

267 „B. II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht“.

268 Reischauer/Kleinhans KWG § 25a Rn. 2; Schwennicke/Auerbach/Langen KWG § 25a Rn. 48.

Geschäftsleitung die Einhaltung der anwendbaren Gesetze und Regelungen organisatorisch sicherstellt, liegt in ihrem Ermessen.

§ 25a Abs. 1 KWG verpflichtet damit zur Einrichtung einer Compliance-Organisation, ohne allerdings genauer zu definieren, was dies im Einzelnen bedeutet. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich bei einer Organisation zur Gewährleistung der Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen um eine Compliance-Organisation im reinsten Sinne ihrer Definition. Dieses Ergebnis darf jedoch nicht zu dem Glauben verführen, § 25a Abs. 1 KWG würde ein Muster für eine Compliance-Organisation liefern. Die genaue Ausgestaltung der Organisation wird gesetzlich offengelassen.

c. Ergänzung durch MaRisk

Die Anforderungen des § 25a KWG an die Organisation von Kreditinstituten werden durch die als MaRisk bekannten „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“²⁶⁹ der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) konkretisiert.²⁷⁰ Diese beziehen sich entsprechend ihrer Bezeichnung auf das Risikomanagement. Der Gesetzgeber trennt jedoch im Rahmen des § 25a KWG nicht eindeutig zwischen Risikomanagement und Compliance und so nimmt auch die BaFin keine klare Trennung vor, weshalb sich auch in den MaRisk zumindest eine compliancerelevante Passage findet: Gemäß MaRisk AT 5 Nr. 3 haben die Organisationsrichtlinien des Instituts unter anderem „Regelungen, die die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen sowie sonstiger Vorgaben (z.B. Datenschutz, Compliance) gewährleisten“ zu enthalten.

Hieraus ergibt sich jedoch hinsichtlich der Frage zu genaueren Ausgestaltungsvorgaben für die Compliance-Organisation keine Antwort, da lediglich eine Aufnahme von institutsinternen organisatorischen Vorgaben zur Compliance in die Organisationsrichtlinien des jeweiligen Instituts gefordert wird.

d. Analoge Anwendung von § 25a KWG auf Nicht-Kredit- bzw. Nicht-Finanzdienstleistungsinstitute

Teilweise wird eine Anwendbarkeit des § 25a KWG auf Unternehmen außerhalb des durch § 1 Abs. 1b, 1, 1a KWG gesteckten Anwendungsbereichs diskutiert.²⁷¹ Zwar sind Gegenstand der Betrachtung dieser Arbeit ausschließlich Banken, die regelmäßig zu den in § 1 Abs. 1b KWG erwähnten Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten gehören, sodass die Frage einer analogen Anwendung des § 25a KWG auf andere Unternehmen, als denjenigen, die hier betrachtet werden, eher nebensächlich erscheint, jedoch wäre eine Betrachtung der sich aus § 25a KWG ergebenden Compliance-Pflichten unvollständig ohne die Klärung der Tragweite der Norm für Unternehmens Compliance im Allgemeinen .

269 Aktuelle Fassung: MaRisk in der Form des Rundschreibens 11/2010 (BA) v. 15.12.2010.

270 Einführend und zur generellen Konzeption der MaRisk als Präzisierung der Anforderungen des § 25a KWG vgl. Boos/Fischer/Schulte/Mattler/Braun § 25a KWG Rn. 57 ff.; Wimmer, BKR 2006, S. 146 ff.

271 Spindler, WM 2008, S. 905, 909; speziell zur analogen Anwendung auf Emittenten Leberherz, Emittenten-Compliance, S. 367 ff.

Ansatzpunkt dieser Fragestellung ist gemeinhin der oben bereits diskutierte § 91 Abs. 2 AktG, zu dessen inhaltlicher Ausfüllung der Versuch gemacht wird, § 25a KWG heranzuziehen.²⁷² Nach überwiegender Auffassung verbietet sich jedoch die uneingeschränkte Nutzbarmachung aufgrund der Tatsache, dass die Anforderungen des § 25a KWG den besonderen branchenspezifischen Risiken geschuldet sind, die in dieser Form in anderen Branchen nicht anzutreffen sind.²⁷³ Teilweise wird dabei zumindest eine zurückhaltende Heranziehung vorgeschlagen,²⁷⁴ während die übrigen Autoren auch dies rigoros ablehnen.²⁷⁵

Die Gegenauffassung wendet ein, dass es der Gesamtintention des Gesetzgebers entspreche, die in § 25a Abs. 1 KWG gefassten Anforderungen bei der Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG heranzuziehen.²⁷⁶ Diese gewollte Gleichstellung sei – im konkreten Fall war über die Pflichten des Vorstands eines Versicherungsunternehmens zu entscheiden – für den Bereich der Versicherungsunternehmen bereits daran erkennbar, dass das Bundesamt für Versicherungsaufsicht und das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen in der gemeinsamen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht aufgegangen sind.²⁷⁷

Die Argumentation der Auffassung, die § 25a Abs. 1 KWG zur Auslegung des Pflichtenumfangs des § 91 Abs. 2 AktG heranzuziehen will, vermag nicht zu überzeugen. Allein die organisatorische Zusammenlegung der Aufsichtsämter für das Versicherungs- und das Kreditwesen enthält keine inhaltliche Aussage, die einen solchen Schluss zuließe. Die These, es sei der Wille des Gesetzgebers, § 25a Abs. 1 KWG heranzuziehen, bleibt ohne nähere Begründung. Die Argumente der wohl herrschenden Meinung überzeugen hier mehr. Es ist in der Tat zu berücksichtigen, dass die genauen inhaltlichen Anforderungen des § 25a Abs. 1 KWG der qualitativen Bankenaufsicht entspringen,²⁷⁸ weshalb sie nicht ohne Weiteres auf andere Bereiche anwendbar sind. Die enthaltenen Regelungen sind den sektorspezifischen Besonderheiten geschuldet.²⁷⁹ Ein Wille des Gesetzgebers, § 25a Abs. 1 KWG dennoch heranzuziehen, wie er nach Auffassung des

272 VG Frankfurt Ur. v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03, WM 2004, 2157, 2160; GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 61 ff.; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 31; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 91 Rn. 15; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn. 43; Hüffer AktG § 91 Rn. 8; HdbVorstR/Spindler § 19 Rn. 3, 19; Preußner/Zimmermann, AG 2002, S. 657, 660; Endres, ZHR 163 (1999), S. 441, 452; Bürkle, WM 2005, S. 1496, 1497 f.; zu § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG Preußner, NZG 2004, S. 57, 59.

273 GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 61; MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 31; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 91 Rn. 15; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn. 43; Hüffer AktG § 91 Rn. 8; HdbVorstR/Spindler § 19 Rn. 3, 19; Endres, ZHR 163 (1999), S. 441, 452; Bürkle, WM 2005, S. 1496, 1497 f.; mit ähnlicher Argumentation gegen die Anwendbarkeit für Emittenten Leberherz, Emittenten-Compliance, S. 374 f.

274 MünchKommAktG/Spindler § 91 Rn. 31; Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 91 Rn. 43: „mit erheblichen Abstrichen“; HdbVorstR/Spindler § 19 Rn. 3, 19: „vorsichtig und mit erheblichen Abstrichen“; Endres, ZHR 163 (1999), S. 441, 452: „Orientierung“.

275 So wohl GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 61; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 91 Rn. 15; Hüffer AktG § 91 Rn. 8; mit ausführlicher Begründung Bürkle, WM 2005, S. 1496, 1497 f.

276 VG Frankfurt Ur. v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03, WM 2004, 2157, 2160; Preußner/Zimmermann, AG 2002, S. 657, 660.

277 VG Frankfurt Ur. v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03, WM 2004, 2157, 2160.

278 So Spindler, WM 2008, S. 905, 909.

279 GroßKommAktG/Kort § 91 Rn. 61; Spindler, WM 2008, S. 905, 909.

VG Frankfurt²⁸⁰ besteht, ist nicht erkennbar. Die Gelegenheit zu einem solchen Verhältnis der beiden Normen Stellung zu beziehen, hat der Gesetzgeber ungenutzt verstreichen lassen: Die Gesetzesentwürfe zum KonTraG, mit dem § 91 Abs. 2 AktG eingeführt wurde, erwähnen keine Parallele zu § 25a Abs. 1 KWG, was eine deutliche Sprache gegen einen solchen Willen des Gesetzgebers spricht.²⁸¹ Als letztes – weil schwächstes – Argument sei die Überschrift des § 25a KWG genannt: Der Gesetzgeber wählte die Bezeichnung „Besondere organisatorische Pflichten von Instituten“. Wäre es Intention des Gesetzgebers gewesen, mit § 25a Abs. 1 KWG eine sektorunabhängige Blaupause für die organisatorischen Pflichten aller Unternehmen zu schaffen, so hätte er zumindest nicht von „besonderen“ Pflichten gesprochen.²⁸² So jedoch muss davon ausgegangen werden, dass diese besonderen Pflichten nur besondere Unternehmen treffen sollen, nämlich diejenigen, auf die § 25a Abs. 1 KWG unmittelbar anwendbar ist.

e. Zusammenfassung

§ 25a Abs. 1 KWG verpflichtet zur Einrichtung einer Organisation, die die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch das Institut gewährleistet. Weitere inhaltliche Anforderungen an die einzurichtende Organisation enthält § 25a KWG hingegen nicht.

Die Anforderungen des § 25a KWG werden durch die MaRisk der BaFin konkretisiert, wobei hier der Schwerpunkt auf dem Risikomanagement liegt. Aufgrund der Nähe, die der Gesetzgeber – und scheinbar auch die BaFin – zwischen Compliance und Risikomanagement sehen, darf dies nicht dazu führen, die Bedeutung der MaRisk für die Compliance zu unterschätzen, zumal MaRisk AT 5 Nr. 3 im Rahmen von Organisationsrichtlinien explizit den Begriff der Compliance erwähnt. Genauere organisatorische Vorgaben zur nach § 25a Abs. 1 KWG einzurichtenden Organisation selbst enthalten indes auch die MaRisk nicht.

Eine analoge Anwendung des § 25a Abs. 1 KWG auf alle Unternehmen kommt nicht in Betracht. Es handelt sich um eine Regelung, die den typischen bankensektorspezifischen Risiken geschuldet ist.

2. § 33 WpHG

a. Entwicklung der Norm und des compliancerelevanten Inhalts

Auch das WpHG enthält in § 33 Abs. 1 eine Compliancennorm. Auch hier wurden bereits die früheren Fassungen der Norm – also diejenigen vor dem FRUG bzw. die Übergangsform bis zum 31.10.2007²⁸³ – als maßgebliche Rechtsgrundlage der

280 VG Frankfurt Urt. v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03, WM 2004, 2157, 2160.

281 So auch *Bürkle*, WM 2005, S. 1496, 1498.

282 *Bürkle*, WM 2005, S. 1496, 1498.

283 Das FRUG hatte regelungstechnisch § 33 WpHG zunächst für den Zeitraum vom 20.7.2007 bis

Compliance im Wertpapierdienstleistungsunternehmen angesehen:²⁸⁴

§ 33 Abs. 1 WpHG (in der bis zum 31.10.2007 geltenden Fassung)

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen

1. [...]
2. [...]
3. muss über angemessene interne Kontrollverfahren verfügen, die geeignet sind, Verstößen gegen Verpflichtungen nach diesem Gesetz entgegenzuwirken.

[...]

Nach den Änderungen durch das FRUG enthält § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG heute einen noch wesentlich deutlicheren Bezug zur Compliance:

§ 33 Abs. 1 WpHG

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss die organisatorischen Pflichten nach § 25a Abs. 1 und 4 des Kreditwesengesetzes einhalten. Darüber hinaus muss es

1. angemessene Grundsätze aufstellen, Mittel vorhalten und Verfahren einrichten, die darauf ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen dieses Gesetzes nachkommen, wobei insbesondere eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ist, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann;
2. [...]

Gewissermaßen als Basis der Pflichten des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG wird somit auf den soeben dargestellten § 25a Abs. 1 (und Abs. 4) KWG verwiesen. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des WpHG trifft daher dieselben organisatorischen Verpflichtungen, wie ein den Regelungen des KWG unterliegendes Institut. Darüber hinaus statuiert § 33 Abs. 1 WpHG in Ziff. 1 die Verpflichtung, angemessene Grundsätze aufzustellen, Mittel vorzuhalten und Verfahren einzurichten, die darauf ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen des WpHG nachkommen. Dabei sei insbesondere eine Compliance-Funktion einzurichten, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann. Im Gegensatz zum KWG wird also im WpHG die Compliance ausdrücklich erwähnt. Auch mit den daneben erwähnten Pflichten Grundsatzaufstellung, Mittelvorhaltung und Verfahrenseinrichtung werden in diesem Zusammenhang Compliance- bzw. Organisationspflichten umschrieben.

b. Konkretisierung durch WpDVerOV

Die Regelung des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG wird durch § 12 WpDVerOV konkretisiert, indem dort die Compliancepflichten des Wertpapierdienstleistungsunternehmens explizit und dezidiert geregelt werden. So wird

31.10.2007 gleichsam als Sofortmaßnahme geändert, bevor dann ab dem 1.11.2007 die auch heute noch aktuelle Fassung der Norm in Kraft getreten ist. § 33 Abs. 1 WpHG war von der „Sofortmaßnahme“ nicht betroffen sondern liegt erst in der seit dem 1.11.2007 geltenden Fassung in geänderter Form vor.

284 Lösler, WM 2008, S. 1098, 1099 f.

beispielsweise in § 12 Abs. 3 WpDVerOV festgelegt, dass durch die Compliance-Funktion Angemessenheit und Wirksamkeit der nach § 12 Abs. 1 und 2 WpDVerOV zu treffenden Vorkehrungen und Grundsätze zu überwachen und zu bewerten sind, darüber hinaus sind dort auch die bereits aus den allgemeinen Compliance-Umschreibungen bekannten Funktionen „Mitarbeiterberatung und –unterstützung“ zu finden.²⁸⁵

§ 12 WpDVerOV

- (1) Die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 3 des Wertpapierhandelsgesetzes niederzulegenden Grundsätze und einzurichtenden Verfahren müssen darauf ausgerichtet sein, die Gefahr einer Verletzung des Wertpapierhandelsgesetzes und der in entsprechenden Verordnungen geregelten Verpflichtungen durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder seine Mitarbeiter sowie die mit einer solchen Verletzung verbundenen Risiken aufzudecken.
- (2) Wertpapierdienstleistungsunternehmen haben angemessene Maßnahmen zu ergreifen und Verfahren einzurichten, um die Gefahren und Risiken nach Absatz 1 so weit wie möglich zu beschränken und der Bundesanstalt eine effektive Ausübung ihrer Aufsicht zu ermöglichen.
- (3) Die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 3 des Wertpapierhandelsgesetzes einzurichtende Compliance-Funktion muss
 1. die Angemessenheit und Wirksamkeit der Grundsätze und Vorkehrungen im Sinne der Absätze 1 und 2 sowie die zur Behebung von Defiziten getroffenen Maßnahmen überwachen und regelmäßig bewerten und
 2. die Mitarbeiter im Hinblick auf die Einhaltung der in Absatz 1 genannten Bestimmungen beraten und unterstützen.
- (4) Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss einen Compliance-Beauftragten benennen, der für die Compliance-Funktion sowie die Berichte an die Geschäftsleitung und das Aufsichtsorgan nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes verantwortlich ist. Die mit der Compliance-Funktion betrauten Personen müssen über die für eine ordnungsgemäße und unabhängige Erfüllung ihrer Aufgaben nach Maßgabe des Absatzes 3 erforderlichen Fachkenntnisse, Mittel und Kompetenzen sowie über Zugang zu allen für ihre Tätigkeit relevanten Informationen verfügen. Vorbehaltlich des Absatzes 5 dürfen sie weder an den Wertpapierdienstleistungen beteiligt sein, die sie überwachen, noch darf die Art und Weise ihrer Vergütung eine Beeinträchtigung ihrer Unvoreingenommenheit bewirken oder wahrscheinlich erscheinen lassen.
- (5) Soweit das Wertpapierdienstleistungsunternehmen darlegen kann, dass die Anforderungen nach Absatz 4 Satz 3 aufgrund Art, Umfang und Komplexität seiner Geschäftstätigkeit oder der Art und des Spektrums seiner Wertpapierdienstleistungen unverhältnismäßig sind und die ordnungsgemäße Erfüllung der Compliance-Funktion nicht gefährdet ist, entfallen diese Anforderungen.

Die genaue Festlegung der Pflichten findet damit nicht in einem formellen Gesetz, sondern in einer Verordnung statt. Dies ist ein Konzept, dem auf den ersten Blick der Charme innewohnt, ein hohes Maß an Flexibilität in sich zu bergen, um auf plötzlich eintretende Veränderungen am Kapitalmarkt reagieren zu können.²⁸⁶ Trotz dieses bei oberflächlicher Betrachtung bestehenden Vorteils begegnet diese Regelungstechnik durch den nationalen Gesetzgeber Kritik. So werde beispielsweise die für die Umsetzung der organisatorischen Pflicht zentrale Figur des Compliance-Beauftragten erst in § 12 Abs. 4 WpDVerOV genannt, das WpHG beschränkt sich auf die Nennung des unbestimmten Begriffs der

285 Vgl. zu den einzelnen Funktionen von Compliance „A. II. 1. (Corporate) Compliance“.

286 Veil, WM 2008, S. 1093, 1094.

Compliance-Organisation. Ebenso sei zu bemängeln, dass in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG nur sehr vage von „aufzustellenden Grundsätzen“ und „einzurichtenden Verfahren“ die Rede ist und erst § 12 Abs. 1 WpDVerOV diese Vorgaben weiter konkretisiert. Eine genauere Ausgestaltung der Compliance-Funktion selbst fehle bedauernswerterweise gänzlich. Diese Technik ist sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene angewandt worden. Während allerdings auf europäischer Ebene diese Regelungstechnik der Schwerfälligkeit der europäischen Gesetzgebung geschuldet sei, sei es dem nationalen Gesetzgeber nicht verwehrt gewesen, das europäische Regelungswerk insgesamt in einem in sich geschlossenen Gesetz – im Fall des deutschen Gesetzgebers im WpHG – umzusetzen.²⁸⁷

Die genauen, sich für die Compliance-Funktion und den Compliance-Beauftragten aus § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV ergebenden Einzelheiten werden an späterer Stelle²⁸⁸ Gegenstand der Betrachtung sein. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass sich aus den genannten Normen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 4 WpHG eine ausdrückliche und detaillierte Verpflichtung ergibt, eine Compliance-Organisation einzurichten, die auch Vorgaben hinsichtlich der organisatorischen Einzelheiten umfasst.

c. Konkretisierung durch MaComp

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht hat am 7.6.2010 das Rundschreiben 4/2010 - Mindestanforderungen an Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaComp)²⁸⁹ veröffentlicht. Die sich aus den MaComp im Einzelnen ergebenden Vorgaben vor allem zur Compliance-Funktion und dem Compliance-Beauftragten sind an späterer Stelle bei der ausführlichen Darstellung dieser beiden Bereiche jeweils Gegenstand eingehender Betrachtung.²⁹⁰

d. Analoge Anwendung von § 33 WpHG auf Nicht-WP-Dienstleister

Ähnlich wie bereits zur analogen Anwendung von § 25a Abs. 1 KWG erörtert,²⁹¹ wird auch abseits des originären Anwendungsbereichs des § 33 WpHG, der durch §§ 1, 2 Abs. 4 WpHG auf Wertpapierdienstleister beschränkt ist, in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob die durch § 33 WpHG auferlegten Compliancepflichten möglicherweise auch Unternehmen treffen, die aufgrund ihres Geschäftsfeldes „von Haus aus“ nicht den

287 Veil, WM 2008, S. 1093, 1094 f.

288 Vgl. „C. III. Die Compliance-“ und „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

289 Abrufbar unter

http://www.bafin.de/cln_161/nn_722758/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Service/Rundschreiben/2010/rs_1004_wa_macomp.html (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

290 Vgl. „C. III. Die Compliance-“ und „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

291 Vgl. „B. IV. 1. d. Analoge Anwendung von § 25a KWG auf Nicht-Kredit- bzw. Nicht-Finanzdienstleistungsinstitute“.

Vorschriften des WpHG unterliegen,²⁹² wenngleich die Beteiligung an dieser Diskussion nicht so rege ist, wie bei § 25a KWG. Der Gedanke der analogen Anwendung ist von dem Wunsch geleitet, die relativ umfassenden Vorgaben, die § 33 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV zur Compliance-Funktion und zum Compliance-Beauftragten macht, für andere Bereiche nutzbar zu machen. Zwar wird es sich bei den in dieser Arbeit betrachteten Banken oftmals gleichzeitig um Institute im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG und Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 4 WpHG handeln, sodass die Frage, ob auch andere Unternehmen den durch diese Regelungen statuierten Pflichten unterliegen, auch hier auf den ersten Blick von geringer Bedeutung zu sein scheint. Jedoch soll – wie bereits bei § 25a KWG – eine genauere Betrachtung der qualitativen Einordnung von § 33 WpHG und letztlich auch der Frage dienen, ob die dort aufgestellten Grundsätze nicht eine Art „Rückwirkung“ auf die bereits betrachteten gesellschaftsrechtlichen Organisationspflichten entfalten. Dort war – zur Erinnerung – das Zwischenergebnis, dass zwar gewisse Organisationspflichten bestehen, denen jedoch auch durch Etablierung einer anderen Organisation als einer Compliance-Organisation im engeren Sinne Genüge getan werden kann. Ergäbe sich nun hier, dass die dort genannten Pflichten durch § 33 WpHG für alle Unternehmen eine Konkretisierung erfahren, so müsste diese Aussage korrigiert werden. Darüber hinaus ist eine Bank, die zwar Institut i.S.d. KWG, jedoch nicht Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. WpHG zwar nicht die Regel, jedoch durchaus anzutreffen, sodass allein aufgrund der Existenz dieser Institute die aufgeworfene Frage einer Klärung bedarf.

So einhellig in der Literatur an entsprechender Stelle die Frage einer analogen Anwendung des § 33 WpHG auf Nicht-Wertpapierdienstleistungsunternehmen aufgeworfen wird, so einhellig ist auch das „Nein“ als Antwort. Eine analoge Anwendung scheitere mangels vergleichbarer Interessenlage. Die Anforderungen des § 33 WpHG seien der besonderen Risikosituation geschuldet, in der sich ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen befinde, die mit der Risikosituation in anderen Wirtschaftsbereichen nicht gleichzusetzen sei.²⁹³ Dem ist zuzustimmen, denn bei der detaillierten Regelung der Compliance-Organisation, wie sie § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV enthält, geht es gerade darum, die typischerweise bei einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen für den Kunden bestehenden Risiken zu minimieren. Zu diesem Zweck wird den Wertpapierdienstleistern die Pflicht zur Einrichtung einer Organisation auferlegt, die in den Augen des Gesetzgebers bestmöglich geeignet ist, die Einhaltung der entsprechenden Normen durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen sicherzustellen. Eine Situation, die eine derartige gesetzgeberische Maßnahme – oder eine analoge Anwendung – notwendig macht, besteht dabei aber gerade nicht unabhängig von der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, sondern nur in bestimmten Geschäftsfeldern.

292 Schwark/Zimmer/Fett WpHG § 33 Rn. 2; Grohnert, Rechtliche Grundlagen Compliance-Organisation, S. 39 ff.; Spindler, WM 2008, S. 905, 908; Illing/Umnuß, CCZ 2009, S. 1, 3; zur analogen Anwendung auf Emittenten Leberherz, Emittenten-Compliance, S. 363 ff.

293 Schwark/Zimmer/Fett WpHG § 33 Rn. 2; Grohnert, Rechtliche Grundlagen Compliance-Organisation, S. 46 f.; Spindler, WM 2008, S. 905, 909; Illing/Umnuß, CCZ 2009, S. 1, 3; zur analogen Anwendung auf Emittenten Leberherz, Emittenten-Compliance, S. 366 f.

Richtigerweise gehen die Autoren darüber hinaus – zumindest teilweise explizit – davon aus, dass aufgrund allgemeiner Pflichten der Geschäftsleitung unter Umständen die Pflicht bestehen kann, eine den Anforderungen des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG ähnelnde Compliance-Organisation zu implementieren.²⁹⁴ Die Frage, wie ein Geschäftsleiter sein Unternehmen unter Beachtung der ihm auferlegten Sorgfaltspflichten zu organisieren hat, ist jedoch – außerhalb des Geltungsbereichs spezieller Normen wie des § 33 WpHG – stets eine Frage der besonderen Umstände des jeweiligen Unternehmens – mit anderen Worten: des Leitungsermessens – sodass hier zu den Ähnlichkeiten, die eine solche Organisation zu der von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG vorgesehenen Organisation aufzuweisen hat, keine allgemeingültige Aussage getroffen werden kann.²⁹⁵

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG nicht auf Unternehmen analog anwendbar ist, die nicht dem durch die §§ 1, 2 Abs. 4 WpHG statuierten Anwendungsbereich der Norm unterfallen. Eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Organisation, die der von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG ähnelt, kann im Einzelfall selbstverständlich dennoch aufgrund der den Geschäftsleiter aus den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Normen treffenden Geschäftsleiterpflichten bestehen.

e. Zusammenfassung

§ 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG erwähnt ausdrücklich die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Funktion.

Ergänzt werden die Vorgaben des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einerseits durch den Verweis auf § 25a Abs. 1 und 4 KWG sowie andererseits durch § 12 WpDVerOV, der deutlich detaillierte Vorgaben enthält und unter anderem zur Bestellung eines Compliance-Beauftragten verpflichtet.

Die MaComp enthalten nunmehr noch konkretere Vorgaben für die Ausgestaltung der Compliance-Funktion von Wertpapierdienstleistungsunternehmen.

Eine analoge Anwendung des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV auf Unternehmen, die nicht dem Regelungsregime des WpHG unterliegen, scheidet in Ermangelung einer vergleichbaren Interessenlage aus.

Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Geschäftsleitungspflichten kann die Geschäftsleitung des jeweiligen Unternehmens – jeweils unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls – verpflichtet sein, eine Organisation zu etablieren, die der von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV geforderten Organisation zumindest ähnelt.

294 Schwark WpHG § 33 Rn. 2; so wohl auch Illing/Umnuß, CCZ 2009, S. 1, 4.

295 Vgl. hierzu oben „B. II. 1. a. cc. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Pflicht oder als Ermessensfrage“.

3. Verhältnis des § 25a KWG zum § 33 WpHG

a. Reichweite der Normen

Auf den ersten Blick scheint das Verhältnis von § 25a Abs. 1 KWG und § 33 Abs. 1 WpHG klar zu sein. § 33 Abs. 1 Satz 1 WpHG verweist auf die Pflichten des § 25a Abs. 1 (und 4) KWG und fordert daneben noch eine Compliance-Organisation zur Umsetzung der Organisationsanforderungen, erscheint also auf den ersten Blick als die weitreichendere Norm. Trotz dieses scheinbar naheliegenden Ergebnisses wird jedoch § 25a Abs. 1 KWG als insgesamt weitergehender angesehen.²⁹⁶ Im Gegensatz zu § 33 Abs. 1 WpHG, der letztlich nur die genannte Organisation fordert und ansonsten auf § 25a Abs. 1 und 4 KWG verweist, statuiert § 25a Abs. 1 KWG einen eigenen Pflichtenkreis, der über die von § 33 Abs. 1 WpHG genannte Organisation weit hinausgeht. Die Bestimmungen, die ein Institut gem. § 25a Abs. 1 KWG einzuhalten hat, sind all diejenigen, die dem Schutz der anvertrauten Vermögenswerte, der ordnungsgemäßen Durchführung der Bankgeschäfte und Dienstleistungen sowie der Vermeidung von Nachteilen für die Gesamtwirtschaft durch Missstände im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen dienen.²⁹⁷ Dies umfasst unter anderem die Einhaltung der Vorschriften des KWG, des WpHG, des Investmentgesetzes, des Gesetzes über Bausparkassen, des Depotgesetzes, des Geldwäschegesetzes, des Pfandbriefgesetzes, des Börsengesetzes und der zur Durchführung dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen.²⁹⁸ Diese Aufzählung ließe sich fortsetzen, entscheidend ist für die Notwendigkeit der Beachtung der einzelnen hier genannten (und teilweise nicht genannten) Gesetze das jeweilige Tätigkeitsfeld des Instituts. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG hingegen erwähnt als zu befolgende bzw. durch entsprechende Organisation in ihrer Einhaltung zu gewährleistende Regelungen lediglich „die Verpflichtungen dieses Gesetzes“, also des WpHG. Die Verpflichtungen, die aus § 25a Abs. 1 KWG folgen, sind damit für sich genommen deutlich umfangreicher, als diejenigen, die aus § 33 Abs. 1 WpHG folgen. Erst die von § 33 Abs. 1 WpHG vorgeschriebene Kombination beider Vorschriften führt letztlich zu dem Ergebnis, dass ein Institut, welches § 33 Abs. 1 WpHG unterliegt, umfangreichere Verpflichtungen treffen, als ein Institut, welches lediglich § 25a Abs. 1 KWG unterliegt.

Organisatorisch ist die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einzurichtende Compliance-Funktion eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens Teil des gem. § 25a Abs. 1 Nr. 1 KWG einzurichtenden internen Kontrollsystems, wie es auch die MaComp in AT 7 Ziff. 2. ausdrücklich ausführen. Sofern also ein Kreditinstitut zugleich Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist, wird die Pflicht zur Einrichtung eines internen

296 Krieger/U.H.Schneider/Gebauer/Kleinert, Hdb Managerhaftung, § 20 Rn. 7; Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 27 für die jetzige sowie Rn. 86 (2. Aufl. 2004) für die frühere Fassung von § 25a KWG; Kort, NZG 2008, S. 81, 85.

297 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 88 (Rn. 29 in der 2. Aufl. 2004 für § 25a KWG aF).

298 Krieger/U.H.Schneider/Gebauer/Kleinert, Hdb Managerhaftung, § 20 Rn. 6; vgl. auch die Aufzählung bei Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 30, 31 (Rn. 89 f. in der 2. Aufl. 2004 für § 25a KWG aF).

Kontrollsystems durch § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG insoweit ergänzt, dass hierzu nicht nur die von § 25 a Abs. 1 Nr. 1 KWG genannten Elemente, sondern zwingend auch eine Compliance-Funktion gehören. Dies deckt sich im Übrigen mit den hier angestellten Überlegungen zum Begriff des internen Kontrollsystems nach § 107 Abs. 3 AktG, welches nach hier vertretener Auffassung ebenfalls ein Compliance-System umfasst.²⁹⁹

b. Bedeutung der Unterscheidung im Universalbankensystem

In der deutschen Bankenlandschaft finden sich nur vereinzelt Banken, die ausschließlich Institute im Sinne des KWG sind, ohne gleichzeitig Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu sein. Die große Mehrzahl der Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute, auf die § 25a Abs. 1 KWG gem. §§ 25a Abs. 1, 1 Abs. 1, 1a, 1b, 53 Abs. 1 Satz 1 KWG anwendbar ist, sind zugleich – sofern sie Wertpapierdienstleistungen gem. § 2 Abs. 3 WpHG erbringen³⁰⁰ - Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 2 Abs. 4 WpHG und unterfallen damit dem Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 WpHG. Noch unwahrscheinlicher ist das Antreffen eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens im Sinne des § 2 Abs. 4 WpHG, welches nicht zugleich gem. § 1 Abs. 1a KWG ein Finanzdienstleistungsinstitut ist, da sich die Dienstleistungskataloge von § 2 Abs. 3 WpHG und § 1 Abs. 1a KWG größtenteils überschneiden. Dem in Deutschland existierenden Universalbankensystem³⁰¹ ist es immanent, dass die große Mehrzahl der Institute sowohl „klassisches Bankgeschäft“, wie zum Beispiel Einlagengeschäft, Girogeschäft und Kreditgeschäft als auch „klassisches Wertpapiergeschäft“ wie zum Beispiel Anlagevermittlung, Abschlussvermittlung, Emissionsgeschäft und Eigenhandel betreibt.

c. Verdichtung des Organisationsermessens

Eine analoge Anwendung von § 33 WpHG auf Nicht-Wertpapierdienstleistungsunternehmen kommt, wie erörtert, nicht in Betracht.³⁰²

Dennoch hat die Existenz der detaillierten Anforderungen an die Compliance-Funktion gem. § 33 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV auch Auswirkungen außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Normen. In vielen Fällen wird das Ermessen der Unternehmensleitung eines Instituts im Anwendungsbereich von § 25a KWG in Ansehung der Vorgaben von § 33 WpHG – und auch der internationalen Vorgaben von *IOSCO* und *BCBS* – derart verdichtet sein, dass im Einzelfall eine Pflicht zur Ausgestaltung der

299 Vgl. oben „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

300 Hierzu detailliert § 2 Abs. 4 WpHG: „[...] allein oder zusammen mit Wertpapiernebenleistungen gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert.“

301 Im Gegensatz zum Spezial- oder Trennbanksystem, welches im angelsächsischen Raum zumindest bis zum Ausbruch der Finanzmarktkrise vorherrschend war. Seitdem ist allerdings auch dort ein gewisser Trend zur Universalbank zu beobachten, wie u.a. die geschäftliche Neuorientierung der eigentlich klassischen Investmentbanken Morgan Stanley und Goldman Sachs hin zu „normalen“ Geschäftsbanken zeigt.

302 „B. IV. 2. d. Analoge Anwendung von § 33 WpHG auf Nicht-WP-Dienstleister“.

Compliance-Organisation nach diesen Vorgaben besteht.³⁰³ Es bleiben allerdings trotzdem stets an Größe, Geschäftsmodell etc. orientierte abweichende Lösungen zulässig,³⁰⁴ sodass die Ausgestaltung der Compliance-Organisation im Anwendungsbereich des § 25a KWG dennoch eine Frage des Einzelfalls bleibt.

d. Zusammenfassung

§ 25a Abs. 1 KWG verpflichtet zur Sicherstellung der Befolgung *aller* einschlägigen Gesetze und geht damit – für sich genommen – weiter als § 33 Abs. 1 WpHG, der lediglich die Sicherstellung der WpHG-Normen-Befolgung fordert. Erst durch die Verweisung auf § 25a KWG wird § 33 Abs. 1 WpHG dann inhaltlich über das Maß des § 25a Abs. 1 KWG hinaus erweitert.

Die sich aus § 33 Abs. 1 WpHG ergebende organisatorische Verpflichtung ist darüber hinaus sehr viel präziser, als diejenige des § 25a Abs. 1 KWG. Nach § 33 Abs. 1 WpHG ist eine Compliance-Funktion einzurichten, deren genaues Erscheinungsbild dann durch § 33 Abs. 1 WpHG und § 12 WpDVerOV genauer konkretisiert wird. § 25a Abs. 1 KWG lässt demgegenüber „irgendeine“ Organisation, die die Einhaltung der zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet, genügen. Zwar ist eine solche Organisation als sich mit der Compliance des Instituts befassend auch eine Compliance-Organisation, jedoch darf diese Bezeichnung nicht dazu führen, damit ein fest vorgeschriebenes Erscheinungsbild dieser Organisation zu verbinden. Ein solches bringt nur die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einzurichtende Compliance-Funktion mit sich. Die Ausgestaltung der Organisation nach § 25a Abs. 1 KWG liegt demgegenüber weitestgehend im Ermessen der Unternehmensleitung.

Ist ein Kreditinstitut kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 4 WpHG, so ergibt sich damit für das Institut keine gesetzliche Verpflichtung, den in § 33 WpHG und § 12 WpDVerOV statuierten organisatorischen Verpflichtungen nachzukommen. Im Rahmen der Organisationspflichten kann sich allerdings das Ermessen des Instituts im Rahmen von „best practice“ derart verdichten, dass letztlich dennoch eine den Grundsätzen von WpHG und WpDVerOV entsprechende Compliance-Organisation einzurichten ist, dies bleibt allerdings eine Frage des Einzelfalls.

4. Auswirkungen der Finanzmarktkrise

Die Finanzmarktkrise ist – verständlicherweise – auch für den Bereich compliancebezogener Pflichten der Unternehmen nicht ohne Auswirkungen geblieben.

Das im Hinblick auf neue oder erweiterte Compliance-Pflichten bemerkenswerteste aktuelle Gesetzesvorhaben ist dabei das „Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und

303 Spindler, WM 2008, S. 905, 908.

304 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 59.

Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts (Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz).³⁰⁵

Dieses sieht erweiterte gesetzliche Pflichten des Wertpapierdienstleistungsunternehmens vor allem im Hinblick auf den Compliance-Beauftragten vor, welche zu großen Teilen derzeit ausschließlich in den Mindestanforderungen an Compliance der BaFin³⁰⁶ geregelt sind.

Der Regierungsentwurf eines Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetzes beschränkt sich allerdings nicht auf die – gesetzliche – Wiederholung der bereits durch die BaFin dargestellten Pflichten sondern enthält auch echte Neuheiten:

So müsste ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 34d WpHG-E zukünftig die Bestellung eines Compliance-Beauftragten der BaFin anzeigen und hierbei auch entsprechende Unterlagen bezüglich seiner Sachkunde und Zuverlässigkeit einreichen anhand derer die BaFin Sachkunde und Zuverlässigkeit des Mitarbeiters beurteilen kann. Für den Fall, dass den Anforderungen nicht Genüge getan ist, erhält die BaFin das Recht, die Ernennung des betreffenden Mitarbeiters zum Compliance-Beauftragten zu untersagen.

Es handelt sich hierbei um eine erhebliche Verschiebung der bisher herrschenden Verhältnisse. Nach der derzeitigen gesetzlichen Konzeption handelt es sich bei der Unternehmens-Compliance um einen Teil der Leitungsaufgabe der Geschäftsführung, der von dieser – bei Ernennung – auf einen Compliance-Beauftragten delegiert wird. Erhält die BaFin die geschilderten Befugnisse, verschiebt sich dieses Bild hin zur Wahrnehmung des Compliance-Beauftragten als „Unternehmensbeauftragter“.³⁰⁷ Der Compliance-Beauftragte ist jedoch – jedenfalls nach derzeitigem Verständnis – gerade nicht „für die Aufsicht“ sondern „für die Unternehmensleitung“ tätig.³⁰⁸

V. Compliance-Organisationspflicht im Versicherungsaufsichtsrecht

Aufgrund der trotz § 33 WpHG und § 12 WpDVerOV relativ geringen Regelungsdichte hinsichtlich der Compliance-Organisation soll ein Ausblick auf das „artverwandte“ Versicherungsaufsichtsrecht zeigen, ob es dort möglicherweise weitere Regelungen zur Compliance im Allgemeinen und der Compliance-Organisation im Speziellen gibt, die für das Bank- und Kapitalmarktrecht fruchtbar gemacht werden können.

Das Versicherungsaufsichtsrecht kennt mit dem durch das neunte Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes³⁰⁹ neu eingefügten § 64a VAG eine eigene Compliancennorm, deren Inhalt auf den ersten Blick den gerade dargestellten Regelungen der §§ 25a KWG und 33 WpHG sehr ähnelt. Diese Ähnlichkeit ist jedoch nur äußerlicher

305 RegE Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz, BT-Drs. 17/3628 v. 8.11.2010.

306 Vgl. zu den Einzelheiten der MaComp die jeweiligen Abschnitte unter „C. III. Die Compliance-Funktion und IV. Der Compliance-Beauftragte“.

307 Vgl. hierzu „C. IV. 4. b. Die Unabhängigkeit verschiedener Unternehmensbeauftragter“.

308 Kritisch zu dieser Entwicklung auch Lösler, WM 2010, S. 1917, 1923.

309 Neuntes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 23.12.2007, BGBl. I S. 3248.

Natur und sollte nicht über die tatsächlichen Unterschiede der verschiedenen Regelungen hinwegtäuschen. § 64a VAG orientiert sich inhaltlich an § 25a KWG und übernimmt dessen Anforderungen auch in Teilen, geht jedoch in den Details zum Risikomanagement über dessen Inhalt hinaus.³¹⁰ Auch § 33 WpHG bleibt inhaltlich hinter den Anforderungen des neuen § 64a VAG zurück.³¹¹

Eine weitere – auch aus Compliance-Sicht – interessante Entwicklung im Versicherungsaufsichtsrecht ist die in der Entstehung befindliche Solvency II-Richtlinie, die unter dem Gesichtspunkt der „Internen Kontrolle“ explizit die Einrichtung eines internen Kontrollsystems verlangt, welches sich mit der Compliance von Versicherungsunternehmen beschäftigen soll.

1. Solvency II – zukünftige Entwicklungen im Versicherungsaufsichtsrecht

Die nahe Zukunft der Versicherungsaufsicht wird von der im Entstehen befindlichen Solvency II-Richtlinie der Europäischen Union geprägt werden, welche nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers auch Einfluss auf die anderen Bereiche der Finanzaufsicht, namentlich also den Bank- und Wertpapierdienstleistungsbereich, Ausstrahlungswirkung haben soll.³¹² Es handelt sich bei Solvency II um ein Projekt der Europäischen Kommission, welches dem Zweck der Weiterentwicklung der Eigenmittelanforderungen (Solvabilitätsvorschriften) zu einem konsequent risikoorientierten System der Finanzaufsicht dient. Es sollen Anreize für die Versicherer zur Verbesserung ihres internen Risikomanagements gesetzt werden. Gleichzeitig wird die Harmonisierung der europäischen Versicherungsaufsicht angestrebt.³¹³ Inhaltlich erfolgt dabei eine Anlehnung an Basel II – auch namentlich und hinsichtlich der Drei-Säulen-Struktur – wobei die dort festgelegten Grundsätze für Solvency II teilweise erweitert werden.³¹⁴

a. Stand des Projekts

Am 22. April 2009 hat das Europäische Parlament die Solvency II-Rahmenrichtlinie verabschiedet. Derzeit befasst sich das „Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors“ (Ceios) damit, die Durchführung im Einzelnen voranzutreiben, wobei dort derzeit scheinbar auch Überlegungen angestellt werden, inwieweit die Eigenkapitalanforderungen im Lichte der Finanzmarktkrise stärker als bisher

310 Kort, NZG 2008, S. 81, 83; Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 51: „deutliche Unterscheidung“.

311 Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 51.

312 Begründung zu Art. 41 des Solvency II-Richtlinienentwurfs, S. 8, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/solvency/proposal_de.pdf.

313 Vgl. die Projektbeschreibung der BaFin unter: http://www.bafin.de/nn_724054/DE/Unternehmen/VersichererPensionsfonds/Solvency2/solvency2__node.html?__nnn=true (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

314 Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden von Basel II und Solvency II ausführlich Schubert/Grießmann, VW 2004, S. 1399 ff.

geplant erhöht werden müssen.³¹⁵ Nach dem derzeitigen Zeitplan der Europäischen Kommission³¹⁶ ist von einer Umsetzung in nationales Recht nicht vor Oktober 2012 auszugehen.

b. Die Anforderungen von Solvency II im Einzelnen

Wie im Bereich der den Bankensektor direkt betreffenden Änderungen durch Basel II soll auch Solvency II eine Drei-Säulen-Struktur aufweisen.³¹⁷ Anders als im Bereich von Basel II steht allerdings bei Solvency II eine Risikobetrachtung im Vordergrund, die auf der Gesamtsolvabilität des Unternehmens aufbaut, während bei Basel II ausgewählte Einzelrisiken betrachtet werden.³¹⁸ In Säule I werden die Eigenkapitalanforderungen festgeschrieben, in Säule II ist das aufsichtsrechtliche Überprüfungsverfahren statuiert und Säule III regelt verstärkte Publizitätsanforderungen, wodurch Markttransparenz und – disziplin erhöht werden sollen.³¹⁹ Konkrete Anforderungen an das Compiancesystem der Versicherungsunternehmen enthält Art. 45 des Solvency II-Richtlinienvorschlags in der Neufassung vom 26.2.2008.³²⁰

Artikel 45

Interne Kontrolle

- (1) Die Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen verfügen über ein wirksames internes Kontrollsystem.
Dieses System umfasst zumindest Verwaltungs- und Rechnungslegungsverfahren, einen internen Kontrollrahmen, angemessene Meldevereinbarungen auf allen Unternehmensebenen und eine Funktion der Überwachung der ständigen Einhaltung der Anforderungen („Compliance“).
- (2) Zur letztgenannten Funktion zählt auch die Beratung des Verwaltungs- oder Managementorgans betreffend die Einhaltung der gemäß dieser Richtlinie erlassenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Sie umfasst ebenfalls eine Bewertung der möglichen Auswirkung von Änderungen des Rechtsumfelds auf die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens sowie die Identifizierung und Bewertung des Risikos der Einhaltung der rechtlichen Vorgaben („Compliance“).

Im Wesentlichen gliedert sich damit die von Solvency II geforderte Compliance-Organisation in die vier Teilbereiche „Überwachungsfunktion“, „Beratungsfunktion“, „Frühwarnfunktion“ und „Risikomanagementfunktion“.³²¹

315 So Berichte im Handelsblatt v. 14.9.2009, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/solvency-ii-eu-aufseher-rudern-zurueck;2456637> sowie in der FAZ v. 26.9.2009, abrufbar unter <http://www.faz.net/s/Rub645F7F43865344D198A672E313F3D2C3/Doc~E3E49F9749DF84914962F80746FABAC32~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (beide zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

316 Abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/solvency/solvency2/annex1_timetable_en.pdf.

317 Romeike/Schwintowski, Rechtliche Grundlagen Risikomanagement, S. 185; Schubert/Grießmann, VW 2004, S. 1399 ff.; Bürkle, CCZ 2008, S. 50.

318 Romeike/Schwintowski, Rechtliche Grundlagen Risikomanagement, S. 185; Schubert/Grießmann, VW 2004, S. 1399 ff.

319 Schubert/Grießmann, VW 2004, S. 1399 ff.; zum Inhalt der 3 Säulen im Einzelnen Romeike/Schwintowski, Rechtliche Grundlagen Risikomanagement, S. 187 ff.

320 http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/solvency/proposal_de.pdf.

321 Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 52 ff.

Die Überwachungsfunktion erfasst in diesem Kontext ein weitgehendes und allgemeineres Aufgabenfeld, als man dies allgemein mit der Überwachungsfunktion einer Compliance-Organisation verbindet.³²² Gegenstand der Überwachung ist hier die Einhaltung der Vorgaben des Internen Kontrollsystems um die aufsichtsrechtliche Konsequenz eines Kapitalaufschlags bei einem unzureichenden Internen Kontrollsystem gem. Art. 37 Abs. 1 c des Richtlinienvorschlags zu verhindern. Zur Erreichung eines entsprechenden Kontrollniveaus werden im Vorfeld schriftliche Grundsätze festgelegt, deren Einhaltung dann zu überwachen ist. Organisatorisch soll dabei die Compliance-Organisation die zentrale Überwachungseinheit für alle internen Kontrolleinheiten sein und ihrerseits von der Internen Revision überwacht werden.³²³

Die von der Solvency II-Richtlinie beschriebene Beratungsfunktion greift kürzer, als für Wertpapierdienstleistungsunternehmen durch die WpDVerOV geregelt. Während dort die Beratung der Geschäftsleiter und Mitarbeiter umfasst ist, spricht Solvency II lediglich von der Beratung des „Verwaltungs- und Managementorgans“.

Im Rahmen der Frühwarnfunktion soll die Compliance-Organisation bereits frühzeitig Gefahren aber auch Chancen für das Unternehmen in seinem rechtlichen Umfeld identifizieren und die entsprechenden Stellen hiervon in Kenntnis setzen. Zu einer effektiven Frühwarnfunktion gehöre es nicht nur, zu erkennen, welche Risiken dem Unternehmen drohen, sondern ebenso Gesetzesentwürfe und Entwicklungen im Blick zu halten, die sich in der Zukunft im regulatorischen Umfeld des jeweiligen Unternehmens möglicherweise positiv auswirken können. Auch bloße Empfehlungen, bei denen teilweise die Erfahrung die wahrscheinliche spätere Umsetzung in gesetzliche Vorgaben erwarten lässt³²⁴, seien idealerweise im Blickfeld einer weit vorausschauenden Compliance-Organisation.³²⁵

Komplettiert wird die von Solvency II geforderte Compliance-Organisation durch die Risikomanagementfunktion. Auch hier ist also ein enger Zusammenhang zwischen Risikomanagement und Compliance des Unternehmens vorgesehen. Der Unterschied zwischen Compliance und Risikomanagement besteht dabei auch hier darin, dass Compliance für die rechtlichen und das Risikomanagement für alle restlichen Unternehmensrisiken zuständig sei.³²⁶ Die Kompetenz der Compliance endet bei der Risikobewertung. Für die weitere Handhabung des bewerteten Risikos ist das Risikomanagement verantwortlich. Trotz dieser engen Beziehung besteht allerdings eine Trennung zwischen Compliance und Risikomanagement: Nach der Systematik des Gesetzes und dem daraus erkennbaren Willen des Gesetzgebers ist das von § 64a Abs. 1 Satz 1 VAG geforderte Risikomanagement Teil der ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation, die von der Compliance-Organisation zu überwachen sei.³²⁷

322 Vgl. auch „A II. 1. (Corporate) Compliance“.

323 Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 52.

324 z.B. die unverbindlichen Standards der International Association of Insurance Supervisors (IAIS).

325 Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 53.

326 Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 54.

327 Bürkle, CCZ 2008, S. 50, 54.

2. § 64a VAG

§ 64a VAG wurde vom deutschen Gesetzgeber in dem Bestreben eingeführt, die kommenden Anforderungen von Solvency II zum Teil bereits heute in deutsches Recht zu übernehmen und so, durch eine Verringerung der Insolvenzwahrscheinlichkeit von Versicherern, Deutschland als Versicherungsstandort zu stärken.³²⁸

Wie bereits eingangs erwähnt, geht § 64a VAG im Hinblick auf seine Anforderungen an das – thematisch mit der Compliance in Verwandtschaft stehende – Risikomanagement über die Anforderungen von KWG und WpHG hinaus.

§ 64a Abs. 1 VAG

- (1) Versicherungsunternehmen müssen über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, welche die Einhaltung der von ihnen zu beachtenden Gesetze und Verordnungen sowie der aufsichtsbehördlichen Anforderungen gewährleistet. Verantwortlich für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation sind die in § 7a Abs. 1 Satz 4 bezeichneten Personen. Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation setzt neben einer dem Geschäftsbetrieb angemessenen ordnungsgemäßen Verwaltung und Buchhaltung insbesondere ein angemessenes Risikomanagement voraus. Dieses erfordert:
1. die Entwicklung einer auf die Steuerung des Unternehmens abgestimmten Risikostrategie, die Art, Umfang und Zeithorizont des betriebenen Geschäfts und der mit ihm verbundenen Risiken berücksichtigt;
 2. aufbau- und ablauforganisatorische Regelungen, die die Überwachung und Kontrolle der wesentlichen Abläufe und ihre Anpassung an veränderte allgemeine Bedingungen sicherstellen müssen;
 3. die Einrichtung eines geeigneten internen Steuerungs- und Kontrollsystems, das folgende Elemente umfasst:
 - a) ein die Risikostrategie berücksichtigendes angemessenes Risikotragfähigkeitskonzept, aus dem ein geeignetes Limitsystem hergeleitet wird,
 - b) angemessene, auf der Risikostrategie beruhende Prozesse, die eine Risikoidentifikation, -analyse, -bewertung, -steuerung und -überwachung enthalten,
 - c) eine ausreichende unternehmensinterne Kommunikation über die als wesentlich eingestufteten Risiken,
 - d) eine aussagefähige Berichterstattung gegenüber der Geschäftsleitung, welche darstellt, was die wesentlichen Ziele des Risikomanagements sind, mit welchen Methoden die Risiken bewertet werden und was getan wurde, um die Risiken zu begrenzen, und die aufzeigt, wie sich die Maßnahmen zur Risikobegrenzung ausgewirkt haben und die Ziele erreicht und gesteuert wurden (Risikobericht);
 4. eine interne Revision, die die gesamte Geschäftsorganisation des Unternehmens überprüft.

(2) [...]

Im Einzelnen erfordert § 64a Abs. 1 VAG also unter den Ziffern 1 bis 4 die Entwicklung einer Risikostrategie, die Einführung von aufbau- und ablauforganisatorischen Regelungen und die Einrichtung eines Steuerungs- und Kontrollsystems mit den Elementen Risikotragfähigkeitskonzept, auf der Strategie beruhende Prozesse, Kommunikation über die wesentlichen Risiken sowie eine aussagefähige Berichterstattung gegenüber der Geschäftsleitung. Komplettiert werden diese Anforderungen schließlich durch die

328 Dreher, VersR 2008, S. 998.

Verpflichtung zur Errichtung einer die gesamte Geschäftsorganisation überprüfenden internen Revision.

Damit werden von § 64a VAG zwar außerordentlich detaillierte Anforderungen an das Risikomanagement aufgestellt, die für die Frage nach den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Compliance-Organisation entscheidende Passage bleibt jedoch verhältnismäßig offen. So fordert § 64a Abs. 1 Satz 1 VAG lediglich eine Organisation, die die Einhaltung der zu beachtenden Gesetze und Verordnungen gewährleistet.³²⁹ Insoweit handelt es sich bei § 64a VAG also nicht um eine Norm, die hinsichtlich der Compliance-Organisation neue Erkenntnisse bereithält, welche auf den hier betrachteten Bankbereich anwendbar sein könnten.

3. MaRisk VA

Für den Bereich der Versicherungsaufsicht gibt es seit dem 22.1.2009 und dem Rundschreiben 3/2009 der BaFin³³⁰ ebenfalls – wie im Anwendungsbereich des § 25a KWG – „Mindestanforderungen an das Risikomanagement, hier bezeichnet als „MaRisk VA“. Diese konkretisieren – auch insoweit parallel zu § 25a KWG und den MaRisk – die Anforderungen des § 64a VAG. Weitere Hinweise auf die Anforderungen an die Compliance-Organisation sind jedoch auch dort nicht enthalten. Es werden lediglich die umfangreichen Vorgaben, die § 64a VAG hinsichtlich des Risikomanagements macht, weiter vertieft.

4. Auswirkungen auf das Bankaufsichtsrecht

Der Aussagegehalt von § 64a VAG und den dazugehörigen MaRisk VA für die Compliance-Organisation von Versicherungsunternehmen ist wie gezeigt gering, weshalb auch keine Ausstrahlungswirkung für Unternehmen außerhalb der Versicherungsbranche von ihnen ausgeht.

Anders ist dies für die kommende Solvency II-Richtlinie zu beurteilen. In diesem Fall ist eine Ausstrahlungswirkung über den Bereich der Versicherungsaufsicht hinaus auf die übrigen Finanzdienstleistungsbereiche vom europäischen Gesetzgeber ausdrücklich gewollt, weshalb Solvency II auch für den hier behandelten Bereich der Bankenaufsicht eine Bedeutung haben wird.³³¹ In der Begründung zu Art. 41 des Solvency II-Richtlinienentwurfs heißt es:

329 Gegen eine Rechtspflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation auf Grundlage von § 64a VAG tendenziell auch *Wirth/Paul*, CCZ 2010, S. 95, 97.

330 BaFin-Rundschreiben 3/2009 (VA) v. 22.1.2009, abrufbar unter: http://www.bafin.de/cln_115/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Rundschreiben/2009/rs_0903_ma_riskva,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/rs_0903_mariskva.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

331 *Bürkle*, CCZ 2008, S. 50, 51.

B. VI. Compliance-Organisationspflicht im Strafrecht

„Die Einheitlichkeit der Governance-Anforderungen in den Sektoren Banken, Wertpapiere und (Rück-)Versicherung ist von grundlegender Bedeutung für die Gewährleistung einer sektorenübergreifenden Konsistenz. Darauf zielen die in dieser Richtlinie festgelegten Governance-Anforderungen ab.“³³²

Auch der europäische Gesetzgeber geht somit davon aus, dass sich in Zukunft eine Vereinheitlichung der Compliancestandards in den – in Deutschland von der BaFin überwachten – verschiedenen Sektoren ergeben wird. Die Entwicklung des Solvency II – Projekts ist daher aus Sicht des Bankensektors in jedem Fall weiter zu beobachten. Spätestens durch die Umsetzung der kommenden Richtlinie in nationales Recht wird die Diskussion um einheitliche Anforderungen zu einem Aufkeimen der Diskussion führen, welche Auswirkungen die Anforderungen der Solvency II – Richtlinie bzw. des nationalen Umsetzungsgesetzes auf die Organisation von Compliance in Banken haben. Derzeit ist dies noch nicht im Einzelnen absehbar.

VI. Compliance-Organisationspflicht im Strafrecht

Neben den geschilderten Quellen aus dem gesellschaftsrechtlichen, bank- und kapitalmarktrechtlichen sowie auch dem versicherungsrechtlichen Bereich, ist abschließend zu untersuchen, inwieweit sich eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation möglicherweise aus strafrechtlichen Handlungspflichten ergibt. Mit anderen Worten: Kann das Unterlassen der Einrichtung einer Compliance-Organisation unter Umständen strafrechtlich relevant sein?

1. OWiG

Erster möglicher Anknüpfungspunkt einer Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ist § 130 Abs. 1 OWiG.

§ 130 Abs. 1 OWiG

Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.

Gem. § 130 Abs. 1 OWiG wird der Inhaber eines Unternehmens für strafbewehrtes Verhalten aus dem Unternehmen zur Verantwortung gezogen. Dies umfasst gem. § 9 OWiG auch die für den Inhaber handelnden Personen:³³³

332 Begründung zu Art. 41 des Solvency II-Richtlinienentwurfs, S. 8, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/solvency/proposal_de.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

333 KarlKommOWiG/Rogall § 130 Rn. 31; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 5; Bohnert OWiG § 130 Rn. 12; Hauschka/Pelz, § 6 Rn. 6, Einzelheiten zum Kreis der Betriebsleiter bei Rn. 10.

§ 9 OWiG

- (1) Handelt jemand
 1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
 2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder
 3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Möglichkeit der Ahndung begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.
- (2) Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebes oder einem sonst dazu Befugten
 1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder
 2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebes obliegen,und handelt er auf Grund dieses Auftrages, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Möglichkeit der Ahndung begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebes vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrages für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.
- (3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist.

Objektive Bedingung der Strafbarkeit³³⁴ ist die Begehung einer betriebsbezogenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit. Um einen der Zwecke der Norm zu erreichen – die Möglichkeit, auch bei für Außenstehende schwer zu durchschauenden Unternehmensstrukturen eine letztlich verantwortliche Person mit Sanktionen belegen zu können – ist es konsequenterweise nicht erforderlich, dass der konkrete Täter im Einzelfall feststellbar ist.³³⁵ Die genaue Einordnung des vom § 130 Abs. 1 OWiG verwendeten Begriffs der „betriebsbezogenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit“ ist dabei allerdings umstritten, wobei die Uneinigkeit darüber besteht, ob neben Sonderdelikten i.S.d. § 14 StGB bzw. § 9 OWiG auch Allgemeindelikte betriebsbezogen sein können.³³⁶ Nach der herrschenden Meinung können Allgemeindelikte betriebsbezogen sein, wenn sie im Zusammenhang mit der Betriebs- oder Unternehmensführung stehen.³³⁷

Tatbestandlich erfordert § 130 OWiG i.V.m. § 9 OWiG die Unterlassung von Aufsichtsmaßnahmen, die erforderlich wären, um die Begehung betriebsbezogener Delikte zu verhindern, und die die Begehung verhindern oder wesentlich erschweren würden. Welche Aufsichtsmaßnahmen dies im Einzelnen sind, führt die Regelung dabei nicht aus, es wird lediglich in § 130 Abs. 1 Satz 2 OWiG darauf verwiesen, dass zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen gehört. Hinsichtlich der Frage, welche Aufsichtsmaßnahmen über diese gesetzliche Nennung hinaus erforderlich sind, besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit, dass diese nicht abstrakt beantwortet werden

334 So zumindest die Einordnung durch die h.M., vgl. *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 73.

335 *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 93 mwN.

336 Zum Streitstand ausführlich *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 78 ff.

337 *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 79 mwN.

kann, sondern jeweils eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist.³³⁸ Abstrakt kann man daher lediglich die folgenden Erfordernisse formulieren: Nötig sind Aufsichtsmaßnahmen, die geeignet, erforderlich und (rechtlich) möglich sind.³³⁹ Diese müssen so ausgestaltet werden, dass die betriebsbezogenen Pflichten voraussichtlich eingehalten werden.³⁴⁰ Im Endeffekt setzen sich die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen damit aus Leitungs-, Koordinations-, Organisations- und Kontrollmaßnahmen zusammen.³⁴¹

An dieser Stelle schließt sich der Kreis zu den im Rahmen der Leitungsaufgabe und der damit einhergehenden Legalitätspflicht angestellten Überlegungen, inwieweit die Pflicht zur Ergreifung geeigneter organisatorischer Maßnahmen mit der Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation gleichzusetzen ist.³⁴² Auch hier handelt es sich letztlich um eine Frage der Umstände des Einzelfalls, welche Aufsichtsmaßnahmen erforderlich sind. Die Entscheidung darüber liegt jedoch im Ermessen der Unternehmensleitung, denn genauere organisatorische Vorgaben enthält § 130 OWiG nicht. Im Einzelfall kann das erforderliche Aufsichtsmittel somit die Einrichtung einer Compliance-Organisation sein und das Vorhandensein einer grundsätzlich funktionierenden Compliance-Organisation dürfte § 130 OWiG regelmäßig tatbestandlich ausschließen. Eine allgemeine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation ergibt sich hingegen aus § 130 OWiG nicht.³⁴³

2. StGB

Als Anknüpfungspunkt einer aus dem StGB folgenden Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation käme lediglich die im Rahmen von Unterlassungsdelikten bekannte – und strafrechtlich umstrittene – Geschäftsherrenhaftung in Betracht. Hiernach hat der Betriebsinhaber betriebsbezogene Straftaten von Mitarbeitern aufgrund einer Garantenpflicht zu verhindern. Die Garantenstellung des Betriebsinhabers wird dabei mit seiner Herrschaft über die Gefahrenquelle Betrieb begründet.³⁴⁴

Zwar wird hiermit teilweise eine Unterlassungsstrafbarkeit des Geschäftsherren begründet, jedoch ist diese einzelfallbezogen auf das konkrete Unterlassen einer Verhinderung der jeweiligen Straftat des Unternehmensangehörigen gerichtet. Auch aus der Rechtsfigur der

338 Zu den Einzelheiten *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 40 (Lit.) und 41 (Rspr.).

339 *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 36, 38, 43; *Krieger/U.H.Schneider/Gebauer/Kleinert*, Hdb Managerhaftung, § 20 Rn. 66.

340 BGH Ur. v. 11. Juli 1956 – 1 StR 306/55, BGHSt 9, 319, 322 = NJW 1956, 1568; BGH Ur. v. 23.3.1973 – 2 StR 390/72, BGHSt 25, 158, 163 = NJW 1973, 1511; OLG Stuttgart Ur. v. 7.9.1976 – 3 Ss 526/76, NJW 1977, 1410; OLG Düsseldorf Ur. v. 6.9.1990 – 5 Ss 280/90 – 114/90 I, wistra 1991, 39 f.; OLG Zweibrücken Ur. v. 5.6.1998 – 1 Ss 100/98, NStZ-RR 1998, 311, 312; *Göhler/Gürtler OWiG* § 130 Rn. 11; *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 41; *HdbVorstR/Spindler* § 15 Rn. 105; *Krieger/U.H.Schneider/Gebauer/Kleinert*, Hdb Managerhaftung, § 20 Rn. 66.

341 *KarlKommOWiG/Rogall* § 130 Rn. 40 mwN; zu den einzelnen Pflichten (mit teilweise abweichender Bezeichnung) auch *Hauschka/Pelz*, Corporate Compliance, § 6 Rn. 18 f.

342 Vgl. „B. II. 1. a. cc. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Pflicht oder als Ermessensfrage“.

343 So auch *Lebherz*, Emittenten-Compliance, S. 393; *Kremer/Klahold*, ZGR 39 (2010), S. 113, 119; aA *Krieger/U.H.Schneider/Gebauer/Kleinert*, Hdb Managerhaftung, § 20 Rn. 66.

344 *Schönke/Schröder/Stree/Bosch StGB* § 13 Rn. 53; *Lackner/Kühl StGB* § 13 Rn. 14; *Fischer StGB* § 13 Rn. 37 f.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 134 ff.

strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ergibt sich damit keine allgemeingültige Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation.

3. Ergebnis

Das Strafrecht (inkl. des Ordnungswidrigkeitenrechts) kennt zwar über den Weg der Sanktionierung im Falle der Nichtbefolgung eine Pflicht, Straftaten, die betriebsbezogen aus dem Unternehmen heraus begangen werden zu verhindern, hiermit geht jedoch keine allgemeine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation einher.

C. Einzelbereiche der Compliance

Nachdem nunmehr die gesetzlichen Quellen einer Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation identifiziert sind, soll im Folgenden der Inhalt dieser Pflicht im Einzelnen dargestellt werden. Dies umfasst einerseits die tatsächlichen Pflichten, die das Leitungs- und auch das Überwachungsorgan im Zusammenhang mit Compliance treffen und andererseits die Einzelheiten bezüglich der Compliance-Organisation.

I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung

Sofern in einem Unternehmen die Pflicht besteht, eine Compliance-Organisation einzurichten, sei dies im Einzelfall eine gesetzliche Pflicht (beispielsweise gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG)³⁴⁵ oder eine Sorgfaltspflicht (weil etwa aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Unternehmens nur durch Einrichtung einer Compliance-Organisation im engeren Sinne von einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation gesprochen werden kann),³⁴⁶ so stellt sich stets die Frage, wessen „Aufgabe“ dies ist. Mit anderen Worten: an welcher Stelle des Unternehmens liegt „funktional“ die Verantwortlichkeit für die Einrichtung und die Tätigkeit der Compliance-Funktion?

In Anbetracht der Vielfalt der bereits geschilderten Rechtsquellen, aufgrund derer unter Umständen oder stets eine Compliance-Funktion einzurichten sein kann, liegt der Schluss nahe, dass auch auf die Frage nach der Verantwortlichkeit vielfältige Antworten möglich sind. Dies ist jedoch nicht der Fall. Anders als hinsichtlich der eigentlichen Rechtsquellen für Compliance, handelt es sich hier nicht um eine Frage, auf die man sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Bank- und Kapitalmarktrecht oder gar an gänzlich anderer Stelle Antworten finden kann. Unabhängig davon, auf Grundlage welchen Gesetzes die Compliance-Organisation einzurichten ist, handelt es sich bei der Verpflichtung zur Einrichtung stets um eine Verpflichtung der jeweiligen Gesellschaft. Die Verantwortung für die Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft trägt bereits nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen die Geschäftsleitung, sodass hier kein „Konflikt“ zwischen dem Gesellschaftsrecht und dem Bank- und Kapitalmarktrecht besteht. Es handelt sich um eine rein gesellschaftsrechtliche Frage.³⁴⁷ Für die Unternehmenscompliance ist per se die Geschäftsleitung des Unternehmens zuständig. Complianceverantwortung wird daher zu Recht teilweise als „Chefsache“³⁴⁸ bezeichnet.

Mit diesen grundlegenden Feststellungen³⁴⁹ ist jedoch nur eine Antwort auf die Frage gefunden, wer etwas tun muss, nämlich das Leitungsorgan. An dieser Stelle ist nun zu

345 Vgl. zu den speziellen Compliance-Organisations-Pflichten des Bank- und Kapitalmarktrechts die Ausführungen unter „B. IV. Compliance-Organisationspflicht im Bank- und Kapitalmarktrecht“.

346 Vgl. zur Möglichkeit einer solchen Pflicht auf Grundlage des Gesellschaftsrechts im Einzelfall die Ausführungen unter „B. II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht“.

347 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 909; *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1096.

348 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 909; *Renz/Hense/Bretschneider*, Wertpapier-Compliance, I.1 Rn. 11.

349 Vgl. zur Compliance-Organisationspflicht im Einzelnen oben „B. II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht“ und „B. IV. Compliance-Organisationspflicht im Bank- und Kapitalmarktrecht“.

erörtern, was das Leitungsorgan im Einzelnen zur Erfüllung der Compliance-Organisationspflicht tun muss bzw. zu veranlassen hat.

1. Allgemeine (gesellschaftsrechtliche) Compliance-Verantwortung

Die aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unter Umständen folgende Compliance-Organisationspflicht ist bereits hinsichtlich ihrer Existenz eine Frage des Einzelfalls und liegt grundsätzlich im Ermessen des Leitungsorgans, welches lediglich im Einzelfall auf diese eine Maßnahme eingeschränkt sein kann, wenn keine andere Maßnahme sorgfaltspflichtgemäß wäre.³⁵⁰ Dementsprechend steht dem Leitungsorgan grundsätzlich auch hinsichtlich der Organisation der Compliance ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung.³⁵¹ Dies kann bedeuten, dass das Leitungsorgan hinsichtlich der organisatorischen Ausgestaltung der Compliance-Funktion völlig frei ist, es kann aber auf der anderen Seite auch dazu führen, dass Maßnahmen zu ergreifen sind, die den strengeren Anforderungen beispielsweise der §§ 25 a Abs. 1 Satz 1 KWG, 64a Abs. 1 Satz 1 VAG und 33 Abs. 4 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV entsprechen. So soll etwa bei besonderem Gefahrenpotential oder wenn es sich um eine große, börsennotierte Aktiengesellschaft handelt, die Verpflichtung zur Bestellung eines Compliance-Beauftragten nach dem Muster des § 12 Abs. 4 WpDVerOV in Betracht kommen.³⁵² Konkrete und vor allem zwingende Anforderungen an die Organisation bestehen jedoch auf gesellschaftsrechtlicher Ebene nicht.

2. Spezialgesetzliche Compliance-Verantwortung

Für den hier betrachteten Bankensektor existieren neben dem allgemeinen Gesellschaftsrecht wie gezeigt weitere Rechtsquellen, die sich deutlich konkreter zur Compliance-Organisation selbst äußern. Das Bank- und Kapitalmarktrecht enthält in § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG³⁵³ sowie in § 33 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 3 und 4 WpDVerOV³⁵⁴ umfangreiche Compliance-Organisationspflichten. Für das Leitungsorgan ist es damit keine Ermessensfrage, ob es eine Compliance-Organisation einrichtet. Im Anwendungsbereich des WpHG ist die Gesellschaft – und damit ihr Leitungsorgan – zur Einrichtung einer solchen Organisation wortwörtlich verpflichtet. Auch für den Anwendungsbereich des KWG gilt letztlich nichts anderes. Zwar verbleibt der Unternehmensleitung Ermessen hinsichtlich der Ausgestaltung der nach § 25a Abs. 1

350 Vgl. oben „B. II. 1. a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. §§ 76, 93 AktG“; „B. II. 2. a. Die Leitungsaufgabe der Geschäftsführung“; „B. II. 3. a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands gem. den §§ 27 Abs. 1, 34 Abs. 1 GenG“; „B. II. 4. a. Die Leitungsaufgabe des Vorstands“ und „B. II. 1. b. Organisationspflichten nach § 91 Abs. 2 AktG“; „B. II. 2. b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG“; „B. II. 3. b. Organisationspflichten analog § 91 Abs. 2 AktG“.

351 *Bürkle*, BB 2007, S. 1797, 1798; *Dreher*, FS Hüffer, 2010, S. 161, 172; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1, 2; *Lutter*, FS Hüffer, 2010, S. 615, 616 f.

352 *Dreher*, FS Hüffer, 2010, S. 161, 172 f.; zum Compliance-Beauftragten s. unten „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

353 Vgl. hierzu „B. IV. 1. § 25a KWG“.

354 Vgl. hierzu „B. IV. 2. § 33 WpHG“.

KWG einzurichtenden Organisation, klar formuliert ist jedoch die Pflicht, dass jedenfalls eine Organisation einzurichten ist, die die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet.

Die Frage des „Ob“ der Einrichtung einer Compliance-Organisation ist damit im Anwendungsbereich von KWG und WpHG dem Ermessen des Leitungsorgans entzogen. Im Folgenden ist zu erörtern, welche Vorgaben das Gesetz zur konkreten Ausgestaltung der Compliance-Organisation, also der Frage des „Wie“, enthält.

a. Organisatorische Vorgaben von § 25 a KWG i.V.m. MaRisk

§ 25a Abs. 1 Satz 1 KWG erwähnt den Begriff der „Compliance“ nicht. Die Norm schreibt allerdings vor, dass ein Institut über eine Geschäftsorganisation verfügen muss, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet. Wie diese Organisation im Einzelnen auszugestalten ist, gibt die Norm indes nicht vor.

Die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) der BaFin, die § 25a KWG präzisieren,³⁵⁵ sind in Bezug auf konkrete organisatorische Vorgaben ebenfalls wenig ergiebig. So ist lediglich in AT 5 Nr. 3 d) MaRisk geregelt, dass die Organisationsrichtlinien des Instituts Regelungen zu beinhalten haben, „die die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen sowie sonstiger Vorgaben (z.B. Datenschutz, Compliance) gewährleisten“, was inhaltlich zu den an eine Compliance-Organisation zu stellenden Anforderungen nichts beiträgt.

§ 25 a Abs. 1 Satz 1 KWG enthält damit – auch in Verbindung mit den MaRisk – keine weiteren konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung einer Compliance-Organisation durch das Leitungsorgan.

b. Organisatorische Vorgaben von § 33 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV

Für Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 2 Abs. 4 WpHG regelt § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG ausdrücklich die Pflicht, eine Compliance-Funktion einzurichten. Weitere organisatorische Vorgaben enthält § 33 WpHG selbst nicht, die diesbezügliche Ausgestaltung ist § 12 WpDVerOV überlassen. Inhaltlich muss sich die einzurichtende Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG damit beschäftigen, sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und dessen Mitarbeiter den Verpflichtungen des WpHG nachkommen. Auch in dieser Hinsicht erfolgt die weitere Ausgestaltung durch § 12 WpDVerOV.

355 Zur Präzisierung von § 25a KWG durch die MaRisk Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 57 ff.

aa. Organisatorische und inhaltliche Vorgaben – WpDVerOV

§ 12 WpDVerOV – insbesondere die Abs. 3, 4 und 5 – enthält die weiteren organisatorischen und inhaltlichen Ausgestaltungen, welche die durch § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG statuierte Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Funktion konkretisieren und präzisieren.

aaa. Inhaltliche Vorgaben

Inhaltlich steht bereits auf Grundlage von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG selbst die Gewährleistung der Einhaltung der Vorschriften des WpHG im Vordergrund.

Diese Verpflichtung wird von § 12 WpDVerOV aufgegriffen und konkretisiert:

- § 12 Abs. 1 WpDVerOV:
Die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG niederzulegenden Grundsätze und einzurichtenden Verfahren, zu denen auch die Compliance-Funktion gehört, müssen auf die Aufdeckung von Gefahren der Verletzung des WpHG und der in den entsprechenden Verordnungen geregelten Verpflichtungen und den damit einhergehenden Risiken durch das Unternehmen oder seine Mitarbeiter ausgerichtet sein.
- § 12 Abs. 2 WpDVerOV:
Es sind von dem Unternehmen angemessene Maßnahmen zu ergreifen und Verfahren einzurichten, um diese Gefahren und Risiken so weit wie möglich zu beschränken und der BaFin eine effektive Ausübung der Aufsicht zu ermöglichen.
- § 12 Abs. 3 Nr. 1 WpDVerOV:
Die insgesamt nach § 12 Abs. 1 und 2 WpDVerOV niederzulegenden Grundsätze, einzurichtenden Verfahren und zu ergreifenden Maßnahmen müssen hinsichtlich ihrer Angemessenheit und Wirksamkeit durch eine Compliance-Funktion überwacht und regelmäßig bewertet werden.
- § 12 Abs. 3 Nr. 2 WpDVerOV:
Die Compliance-Funktion muss darüber hinaus die Mitarbeiter im Hinblick auf die von ihnen zu befolgenden Bestimmungen (die in § 12 Abs. 1 WpDVerOV genannten) beraten und unterstützen.

Zu den inhaltlichen Vorgaben im Einzelnen:

(1) Aufdeckung von Gefahren und Risiken

All die vom Unternehmen nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und § 12 Abs. 1 WpDVerOV einzurichtenden Grundsätze und Verfahren müssen darauf ausgerichtet sein, die Gefahr einer WpHG-Verletzung oder der Verletzung einer der zur Konkretisierung des WpHG

erlassenen Rechtsverordnungen sowie die mit einer solchen Verletzung einhergehenden Risiken aufzudecken. Ausweislich des Gesetzeswortlauts ist zu diesem Zweck „insbesondere“ eine Compliance-Funktion einzurichten, womit zumindest ein Teil ihrer Aufgaben genannt ist.

Fraglich erscheint allerdings – ungeachtet des eindeutigen Gesetzeswortlauts – ob Compliance im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG tatsächlich nur WpHG-Compliance meint.³⁵⁶ In Ansehung der europarechtlichen Vorgaben, die hiermit umgesetzt werden sollen, scheint die nationale Regelung zu kurz zu greifen. Art. 10 Satz 2 1. Spiegelstrich der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (WpDRiL)³⁵⁷ sieht vor, dass zu den einzurichtenden angemessenen internen Kontrollverfahren insbesondere eine Regelung gehört, die sich mit den persönlichen Transaktionen der Mitarbeiter des Unternehmens befasst. Diese Regelung ist im Lichte des von der WpDRiL intendierten Anlegerschutzes zu sehen.³⁵⁸ Daher wird teilweise vertreten, es widerspreche dem Anlegerschutz, sich auf WpHG-Compliance zu beschränken und es damit beispielsweise zu gestatten, wenn Mitarbeiter eigene Dispositionen zum Nachteil der Kunden bevorzugt realisieren oder sich bei Emissionen zunächst selbst mit Wertpapieren eindecken, was jedoch unterhalb der Verbotsschwelle des WpHG bleibt.³⁵⁹ Die Kontrolle, zu der § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG verpflichtet, müsse sich daher in richtlinienkonformer Auslegung auf alle Bereiche erstrecken, in denen durch und zugunsten von Mitarbeitern oder ihnen nahestehenden Personen manipuliert werden kann oder die Gefahr von kapitalmarktbezogenen Interessenkonflikten oder Missbräuchen besteht.³⁶⁰

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Allerdings ist zu bedenken, dass sich hieraus keine anderen Anforderungen an die Wertpapierdienstleister ergeben, als § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG diese schon bei strikter Anwendung seines Wortlauts formuliert. Hat das Unternehmen durch Überwachung zu gewährleisten, dass die Regelungen des WpHG – in einem solchen Fall speziell die Insider-Regelungen – eingehalten werden, so muss sich eine Kontrolle, die effektiv sein soll und will ohnehin auch auf die von dieser Auffassung genannten Bereiche erstrecken und möglichst früh, d.h. auch schon unterhalb der Verbotsschwelle des WpHG, Kontrollen etablieren. Nur so kann auch gewährleistet werden, dass eine Erkennung der Gefahren und Abschätzung der Risiken möglichst früh erfolgt.

356 Vgl. *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 69, der diese Beschränkung als „nicht unproblematisch“ bezeichnet.

357 Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen, Amtsblatt Nr. L 141 v. 11.6.1993, S. 27 ff.

358 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 69; zu § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG aF Assmann/U.H.Schneider/*Koller* WpHG (4. Auflage) § 33 Rn. 34.

359 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 69; zu § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG aF Assmann/U.H.Schneider/*Koller* WpHG (4. Auflage) § 33 Rn. 34.

360 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 69; zu § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG aF Assmann/U.H.Schneider/*Koller* WpHG (4. Auflage) § 33 Rn. 34; in diese Richtung zu § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG aF auch bereits *Kölnner KommWpHG/Meyer/Paetzel* § 33 Rn. 94.

(2) Beschränkung von Gefahren und Risiken / Ermöglichung effektiver Aufsicht

Eine weitere Aufgabe der vom WpHG vorgesehenen Compliance-Funktion sind gem. § 12 Abs. 2 WpDVerOV die Reduzierung von Gefahren und Risiken, die aus solchen Pflichtverletzungen (s. § 12 Abs. 1 WpDVerOV) entstehen können sowie die Ermöglichung einer effektiven Beaufsichtigung durch die BaFin. Insoweit kommt der Compliance-Funktion also (auch) eine Überwachungs- und Kontrollfunktion zu, was im Einklang mit dem tradierten und hier bereits an anderer Stelle³⁶¹ geschilderten Verständnis von Compliance steht.³⁶²

(3) Überwachung und Bewertung durch die Compliance-Funktion

Zentraler Bestandteil der Aufgaben der Compliance-Funktion ist nach § 12 Abs. 3 WpDVerOV auch die ständige Überwachung und regelmäßige Bewertung der Grundsätze und Verfahren, die auf Grundlage von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG und § 12 Abs. 1 WpDVerOV niederzulegen und zu etablieren sind.³⁶³ Auch diese Anforderung an die nach § 33 Abs. 1 Nr. 2 WpHG einzurichtende Compliance-Funktion entspricht auf den ersten Blick einer der Compliance-Organisation üblicherweise³⁶⁴ zugewiesenen Funktion, die man im allgemeineren Zusammenhang als Überwachungsfunktion bezeichnet. Diese Überwachung richtet sich jedoch üblicherweise allgemein darauf, Compliance zu gewährleisten,³⁶⁵ während die hier im WpHG-Zusammenhang geschilderte Überwachung eher „nach innen“ gerichtet ist und ein ordnungsgemäßes Arbeiten des Systems selbst überwachen und gewährleisten soll.

(4) Beratung und Unterstützung durch die Compliance-Funktion

Auch die Compliance-Organisationen im Allgemeinen zugesprochene Beratungs- und Informationsfunktion³⁶⁶ findet sich in den Vorgaben der WpDVerOV in § 12 Abs. 3 Nr. 2: Die Mitarbeiter des Unternehmens sollen durch die Compliance-Funktion im Hinblick auf die Einhaltung der ihnen durch das WpHG auferlegten Pflichten beraten und unterstützt werden.³⁶⁷

Innerhalb dieser Präventionsaufgabe der Compliance-Funktion können zwei Ansatzpunkte unterschieden werden:

361 Vgl. oben „A. II. 1. (Corporate) Compliance“.

362 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 70; *Clouth/Lang/Held*, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 443; *Schimanski/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 106.

363 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 71; *Assmann/U.H.Schneider/Koller* WpHG § 33 Rn. 4.

364 Vgl. oben „A. II. 1. (Corporate) Compliance“.

365 *Schimanski/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 106.

366 *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 105; *Clouth/Lang/Held*, MiFID Praktikerhandbuch, Rn. 444.

367 *Assmann/U.H.Schneider/Koller* WpHG § 33 Rn. 4; *Kölnener KommWpHG/Meyer/Paetzel* § 33 Rn. 86 f.; *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 72; *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 47 ff.

C. I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung

Zum einen werden die Mitarbeiter durch Schulungen und sonstige Fortbildungsmaßnahmen informiert und für etwaige Regelverstöße sensibilisiert.³⁶⁸

Daneben wird durch die Compliance-Funktion in „klassischer“ Weise beraten, was alle Funktionsbereiche des Unternehmens einschließlich der Leitungsorgane umfasst.³⁶⁹ Auch die Einbeziehung der Compliance-Funktion bereits in frühen Stadien der Entwicklung neuer Produkte ist zur Sicherstellung der regulatorischen Zulässigkeit dieser Produkte sinnvoll und sachgerecht.³⁷⁰

bbb. Organisatorische Vorgaben – Bestellung eines Compliance-Beauftragten

Neben den geschilderten inhaltlichen Vorgaben an den Aufgabenbereich der von der Unternehmensleitung einzurichtenden Compliance-Funktion enthält § 12 Abs. 4 WpDVerOV auch eine wichtige organisatorische Präzisierung zur Ausgestaltung der Compliance-Funktion: Es ist ein Compliance-Beauftragter zu benennen.³⁷¹ Zu dessen Verantwortlichkeitsbereich gehören die Compliance-Funktion selbst, sowie die Berichte an Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 WpHG.

bb. Organisatorische und inhaltliche Vorgaben – MaComp

Eine weitere Konkretisierung der Anforderungen an eine Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG ergibt sich nunmehr durch die MaComp. Diese präzisieren einzelne Regelungen des 6. Abschnitts des WpHG sowie die auf deren Grundlage Grundlage erlassenen Verordnungen (AT 1 Ziff. 1. MaComp). Ähnlich den MaRisk sind die MaComp modular aufgebaut und ermöglichen so die zeitnahe Überarbeitung einzelner Module, sofern sich in diesen Bereichen – beispielsweise durch Gesetzesänderungen – die Notwendigkeit hierfür ergibt (AT 1 Ziff. 5. MaComp). Die MaComp sind dabei unterteilt in einen allgemeinen Teil, der die grundsätzlichen Prinzipien zu den im 6. Abschnitt des WpHG geregelten Organisations- und Verhaltenspflichten enthält, sowie einen besonderen Teil, in dem die einzelnen Vorschriften und Pflichten erläutert werden (AT 1 Ziff. 5. MaComp). Inhaltlich sind unter anderem Konkretisierungen zur Verantwortung der Geschäftsleitung aber auch zur Compliance-Funktion und zum Compliance-Beauftragten enthalten.

c. Zusammenfassung und Ergebnis

Spezialgesetzlich, d.h. bank- und kapitalmarktrechtlich werden damit deutlichere Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der von der Geschäftsleitung einzurichtenden Compliance-Organisation formuliert. Die Vorgaben sind jedoch ausschließlich im WpHG zu finden,

368 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 73; *Kölner KommWpHG/Meyer/Paetzel* § 33 Rn. 87; *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 105.

369 *Kölner KommWpHG/Meyer/Paetzel* § 33 Rn. 86.

370 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 73; *Kölner KommWpHG/Meyer/Paetzel* § 33 Rn. 86.

371 Vgl. „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

C. II. Die Compliance-Verantwortung des Überwachungsorgans

während das KWG hinsichtlich der Ausgestaltung der Compliance-Organisation schweigt. Dies führt zu dem gesetzlichen Zustand, dass Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1, 1a KWG keinen weiteren Vorgaben hinsichtlich der von ihnen einzurichtenden Compliance-Organisation unterliegen, während für Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 4 WpHG die hier geschilderten detaillierteren Vorgaben gelten. Hier läge der Gedanke einer analogen Anwendung der detaillierten WpHG-Regelung auf Nicht-Wertpapierdienstleistungsunternehmen nahe, eine solche kommt jedoch – wie erörtert³⁷² – nicht in Betracht.

Soweit eine Bank also nicht Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 2 Abs. 4 WpHG ist, ist ihre Geschäftsleitung zwar zur Einrichtung einer Compliance-Organisation verpflichtet, hinsichtlich der inhaltlichen und organisatorischen Ausgestaltung genießt die Geschäftsleitung allerdings grundsätzlich einen breiten Ermessensspielraum, der im Einzelfall allerdings in Ansehung von Größe, Risikopotential etc. dergestalt eingeschränkt sein kann, dass letztlich durch die Unternehmensleitung eine den Vorgaben des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV entsprechende Compliance-Funktion einzurichten ist.³⁷³ Eine entsprechende allgemeingültige Pflicht existiert gleichwohl nur für die Geschäftsleitung eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens.

II. Die Compliance-Verantwortung des Überwachungsorgans

Nachdem somit die von der Geschäftsleitung im Zusammenhang mit Compliance zu ergreifenden Maßnahmen erörtert wurden, stellt sich die Frage, ob auch das Überwachungsorgan, namentlich der Aufsichtsrat, im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe eine die Compliance betreffende Aufgabe zu erfüllen hat.

1. Compliance als Teil der Überwachungsaufgabe

a. Überwachungsaufgabe in der Aktiengesellschaft

In der Aktiengesellschaft hat der Aufsichtsrat gem. § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Die Grenze der Überwachungstätigkeit ist durch die eigenverantwortliche Leitung des Unternehmens durch den Vorstand gem. § 76 Abs. 1 AktG gezogen, sodass sich der Vorstand diese Leitungskompetenz nicht mit dem Aufsichtsrat teilt.

Die Überwachung bezieht sich sowohl auf die Vergangenheit³⁷⁴ als auch auf eine zukünftige bzw. präventive Überwachung und Kontrolle, wobei letztere in erster Linie durch die Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat³⁷⁵ oder durch die Einrichtung

372 „B IV. 2. d. Analoge Anwendung von § 33 WpHG auf Nicht-WP-Dienstleister“.

373 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 908; „B. IV. 3. c. Verdichtung des Organisationsermessens“.

374 K.Schmidt/Lutter/*Drygala* AktG § 111 Rn. 14 ff.; *Winter*, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1107.

375 Dies hebt auch Ziff. 5.1.1 DCGK hervor; *Spindler/Stilz* AktG § 111 Rn. 10 f.; K.Schmidt/Lutter/*Drygala*

von Zustimmungsvorbehalten gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG durchgeführt wird.³⁷⁶

Art, Umfang und Intensität der Überwachung hängen dabei einerseits von der Größe, den spezifischen Risiken und den sonstigen Besonderheiten des Unternehmens und andererseits von der Lage des Unternehmens ab.³⁷⁷

Handelt es sich bei der Verantwortung für die Compliance-Organisation also um einen Teil der Leitungsaufgabe des Vorstands und hat der Aufsichtsrat den Vorstand bei der Ausübung der Leitung zu überwachen, so gehört zu dieser Überwachung denknötwendig auch die Überwachung, inwieweit der Vorstand seinen Pflichten bezüglich der Compliance-Organisation nachkommt.³⁷⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob es sich bei der jeweiligen „Pflicht“ zur Einrichtung einer Compliance-Organisation um eine gesellschaftsrechtliche Beschränkung des Auswahlermessens auf diese eine Maßnahme handelt oder ob beispielsweise in einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Grundlage von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG eine Compliance-Funktion einzurichten ist, denn es handelt sich letztlich immer um eine dem Vorstand als Leitungsorgan obliegende Verantwortung, dieser Verpflichtung nachzukommen.³⁷⁹

b. Überwachungsaufgabe in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Für die GmbH ergibt sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats – sofern dort im Einzelfall aufgrund Satzungsbestimmung ein Aufsichtsrat existiert – aus § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 1 AktG. Zwar kann die Überwachung beim fakultativen Aufsichtsrat im Einzelnen durch die Satzung ausgestaltet, jedoch nicht vollständig entzogen werden, da es sich ohne die zentrale Aufgabe der Überwachung nicht mehr um einen Aufsichtsrat im eigentlichen Sinne handeln würde.³⁸⁰ Beim obligatorischen – also mitbestimmten – Aufsichtsrat der GmbH kann die Überwachungsaufgabe im Gegensatz dazu gar nicht eingeschränkt werden.³⁸¹ § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG enthalten keine Möglichkeit einer abweichenden Satzungsregelung.

Es gilt hier hinsichtlich der Überwachung des compliancebezogenen Tätigwerdens der Unternehmensleitung das zur AG Gesagte entsprechend: Die Unternehmenscompliance

AktG § 111 Rn. 18 f.; Hüffer AktG § 111 Rn. 5; Winter, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1108.

376 Boujong, AG 1995, S. 203, 205; Winter, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1108.

377 hM OLG Hamburg Urt. v. 12.1.2001 – 11 U 162/00, AG 2001, S. 359, 362; GroßKommAktG/Hoptl/Roth § 111 Rn. 310; Kölner KommAktG/Mertens § 111 Rn. 20; MünchKommAktG/Habersack § 111 Rn. 44 ff.; K.Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 111 Rn. 22 ff.; Hüffer AktG § 111 Rn. 7; Lutter/Krieger Rn. 86 f.; Semler, Leitung und Überwachung, S. 131 ff. Rn. 231 ff.; Henze, BB 2000, S. 209, 214; Jäger, NZG 2001, S. 97, 99; aA Claussen, AG 1984, S. 20 f.

378 GroßKommAktG/Hoptl/Roth § 111 Rn. 246; MünchKommAktG/Habersack § 111 Rn. 20; Bürkle, BB 2007, S. 1797, 1800; Schürle/Olbers, CCZ 2010, S. 102, 104; in Bezug auf den Prüfungsausschuss vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder, DCGK, Rn. 629.

379 Vgl. hierzu oben „C. I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung“.

380 AllgM Ulmer/Habersack/Winter/Raiser/Heermann GmbHG § 52 Rn. 86, 17; Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 52 Rn. 87; Roth/Altmeppen GmbHG § 52 Rn. 20, Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 52 Rn. 100; Lutter/Hommelhoff GmbHG § 52 Rn. 13.

381 Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 52 Rn. 71; Lutter/Hommelhoff GmbHG § 52 Rn. 47; Ulmer/Habersack/Winter/Raiser/Heermann GmbHG § 52 Rn. 232, 297; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 52 Rn. 100.

und deren Organisation gehören zur Leitungsverantwortung der Geschäftsleitung – in der GmbH also der Geschäftsführung. Die Geschäftsführung wiederum wird durch den Aufsichtsrat überwacht, wodurch auch die Compliance in dessen Überwachungsaufgabe fällt.

c. Überwachungsaufgabe in der eingetragenen Genossenschaft

Auch der Aufsichtsrat der eG hat gem. § 38 Abs. 1 Satz 1 GenG die Überwachung des Vorstands zur Aufgabe.³⁸² Auch hier ist diese Aufgabe nicht satzungsdispositiv, es können lediglich gem. § 38 Abs. 3 GenG weitere Aufgaben des Aufsichtsrates durch die Satzung bestimmt werden.

In der eG ist die Vorstandstätigkeit damit ebenfalls auch im Hinblick auf dessen Compliance-Verantwortung durch den Aufsichtsrat zu überwachen.

d. Überwachungsaufgabe in der AöR (Landesbanken und Sparkassen)

Handelt es sich bei dem betrachteten Institut um eine Landesbank oder Sparkasse, so obliegt die Überwachungsaufgabe dem Verwaltungsrat,³⁸³ sofern das Institut nicht ausnahmsweise keine Anstalt des öffentlichen Rechts ist, sondern eine andere Rechtsform gewählt wurde. So sind einige Landesbanken und Sparkassen zum Beispiel Aktiengesellschaften, sodass dort die Überwachungsaufgabe wie geschildert und ohne Besonderheiten dem Aufsichtsrat obliegt.³⁸⁴

Teilweise findet dabei sogar die Zuständigkeit des Verwaltungsrats für die Überwachung des Internen Kontrollsystems Erwähnung,³⁸⁵ welches unter anderem aus § 107 Abs. 3

382 Vgl. zu den Einzelheiten der Überwachungsaufgabe des eG-Aufsichtsrates Pöhlmann/*Fandrich*/Bloehs GenG § 38 Rn. 4 ff.; Lang/*Weidmüller/Schaffland* GenG § 38 Rn. 1 ff.

383 Für die Landesbanken: Art. 10 Abs. 3 Staatsvertrag über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen (Helaba); § 11 Abs. 1 Gesetz über die Landesbank Baden-Württemberg (LBBW); Art. 8 Abs. 1 Gesetz über die Bayerische Landesbank (BayernLB); § 8 Abs. 3 Staatsvertrag zwischen dem Land Niedersachsen, dem Land Sachsen-Anhalt und dem Land Mecklenburg-Vorpommern über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale (NordLB), allerdings mit der Besonderheit, dass das Überwachungsorgan hier „Aufsichtsrat“ heißt.

Für die Sparkassen: § 12 Abs. 1 Satz 2 aE SpG Baden-Württemberg; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 SpkG Bayern; § 8 Abs. 1 BbgSpkG (Brandenburg); § 12 Abs. 1 Satz 1 Bremisches SpkG; § 5 Satz 2 aE Hessisches SpkG; § 8 Abs. 1 aE SpkG Mecklenburg-Vorpommern; § 16 Abs. 1 aE NSpG (Niedersachsen); § 15 Abs. 1 aE SpkG Nordrhein-Westfalen; § 8 Abs. 1 Satz 1 SpkG Rheinland-Pfalz; § 12 Abs. 1 Satz 1 SSpG (Saarland); § 8 Abs. 1 Satz 1 aE SächsSparkG (Sachsen); § 8 Abs. 1 aE SpkG-LSA (Sachsen-Anhalt); § 10 Abs. 1 Satz 2 aE LSpkG (Schleswig-Holstein); § 8 Abs. 1 Satz 2 aE ThürSpkG (Thüringen); mit Ausnahme von Berlin, wo es gem. § 5 SpkG Berlin lediglich einen Sparkassenbeirat ohne Überwachungsaufgabe gibt.

Vgl. zur Überwachungskompetenz des Verwaltungsrats einer Sparkasse en detail *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, S. 60 ff.

384 So beispielsweise die Hamburger Sparkasse (Haspa), weshalb Hamburg als einziges Bundesland kein Sparkassengesetz hat. Als Aktiengesellschaft verfasste Landesbanken sind die HSH Nordbank, die Landesbank Berlin sowie die WestLB.

385 So in § 33a Abs. 2 Satz 1 SpG Baden-Württemberg und § 10 Abs. 3 Nr. 2 LSpkG (Schleswig-Holstein).

AktG bekannt ist³⁸⁶ und in diesem Zusammenhang der Überwachung der Einhaltung externer und interner Regelungen dient, also nach hier vertretener Auffassung ein Compliance-System umfasst.³⁸⁷

Die Grundsätze des Aktienrechts, die den Aufsichtsrat betreffen können für die Aufgaben des Verwaltungsrats analog herangezogen werden, sofern sich aus den einzelnen Normen der Bundesländer nicht ein anderes ergibt, da die Aufgaben – zumindest im Hinblick auf die Überwachung, da der Verwaltungsrat noch weitergehende Kompetenzen hat – mit denen des aktienrechtlichen Aufsichtsrats vergleichbar sind.³⁸⁸

Auch für Landesbanken und Sparkassen fällt damit die Überwachung der vom Vorstand bezüglich der Unternehmenscompliance ergriffenen Maßnahmen in den Bereich der Überwachungsaufgabe des Verwaltungsrats.

2. Durchführung der Überwachung im Hinblick auf Compliance

Haben also all die genannten Aufsichtsräte (im Falle der Landesbanken und Sparkassen die Verwaltungsräte) die Geschäftsführung bei der Wahrnehmung ihrer Leitungsaufgabe zu überwachen und gehört eine funktionierende Compliance-Organisation zum Pflichtenprogramm der Geschäftsleistung der Banken (was sich über eine eventuelle gesellschaftsrechtliche Verpflichtung hinaus spätestens aus den §§ 25a Abs. 1 KWG, 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG ergibt), so erstreckt sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats wie erörtert auch auf die Compliance-Organisation.³⁸⁹

Mit dieser Erkenntnis geht die Frage einher, in welcher Weise der Aufsichtsrat diese Aufgabe im Hinblick auf Compliance wahrzunehmen hat. Bei der Beantwortung dieser Frage hilft es, die Aufgabenverteilung zwischen Geschäftsleitung und Aufsichtsrat „im Blick“ zu behalten. Der Aufsichtsrat ist auf die Rolle der Überwachung „beschränkt“. Wie die Geschäftsleitung einzelne Aufgaben im Rahmen ihrer Leitungsaufgabe angeht und löst, muss den Aufsichtsrat nicht interessieren, solange sie sich im Rahmen des gesetzlich Vorgegebenen und des geschäftlich Sinnvollen bewegt.

Die grundsätzliche Tätigkeitsverteilung zwischen der Leitung durch die Unternehmensleitung und der Überwachung durch den Aufsichtsrat (mittels Informationserlangung und Auswertung) besteht selbstverständlich auch für den Bereich

386 Das Interne Kontrollsystem findet darüber hinaus an folgenden Stellen Erwähnung: Abschlussprüfer-Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats, Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der RL 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rats und zur Aufhebung der RL 84/253/EWG des Rats; Prüfungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer, ehemals IDW PS 260 „Das interne Kontrollsystem im Rahmen der Abschlussprüfung“, abgelöst durch IDW PS 261 „Feststellung und Beurteilung von Fehlerrisiken und Reaktionen des Abschlussprüfers auf die beurteilten Fehlerrisiken“ v. 6.9.2006, WPg 2006, S. 1433 ff. i.d.F. der Änderung in Folge des BilMoG, WPg Supplement 4/2009, S. 4.; Prüfungsstandards des Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO): Internal Control – Integrated Framework.

387 „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

388 Völter, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, S. 44.

389 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615 f.; Winter, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1106.

der Compliance, der sich insoweit nicht von den übrigen Bereichen der Leitungsverantwortung unterscheidet. Entsprechend korrespondiert die Compliance-Prüfung durch den Aufsichtsrat mit den Compliance-Pflichten der Geschäftsleitung. Ist diese verpflichtet, angemessene Compliance-Maßnahmen zu treffen und das von ihr durch diese Maßnahmen etablierte Compliance-System laufend zu überwachen, so obliegt es dem Aufsichtsrat, die Geschäftsleitung daraufhin zu überwachen, ob sie diesen Pflichten nachkommt. Im Einzelnen bedeutet dies einen Dreitakt der Überwachung:

a. Schriftlicher Nachweis und Erläuterung des Compliance-Systems

Zunächst muss sich der Aufsichtsrat von der Geschäftsleitung die Existenz eines Compliance-Systems durch schriftliche Vorlage nachweisen und das System erläutern lassen. Neben dem Nachweis der Existenz wird damit gewährleistet, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats in die Lage versetzt werden, die im dritten Schritt notwendige Plausibilitätsprüfung der ergriffenen Maßnahmen durchführen zu können.³⁹⁰

b. Überprüfung des Compliance-Systems

Des Weiteren ist durch den Aufsichtsrat zu überprüfen, ob dieses ihm vorgelegte Compliance-System einer tatsächlichen Überwachung durch die Geschäftsleitung unterliegt.³⁹¹ Anderenfalls wäre es denkbar, dass dem Aufsichtsrat schriftlich etwas präsentiert wird, was tatsächlich nicht stattfindet. Mit anderen Worten: Es könnte sich um ein lediglich „auf dem Papier“ existierendes Compliance-System handeln. Der Aufsichtsrat sollte sich dabei im Sinne größtmöglicher Effektivität nicht auf die „Überwachung der Überwachung“, also die bloße Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen der Geschäftsleitung beschränken.

So kann es sich beispielsweise zur Erlangung von Informationen aus „erster Hand“ anbieten, die Geschäftsleitung zu bitten, den Compliance-Beauftragten in der nächsten Aufsichtsratssitzung vortragen zu lassen,³⁹² wobei der Aufsichtsrat allerdings, sollte die Geschäftsleitung dieser Bitte nicht nachkommen, keine Mittel zur Verfügung hat, um dies zu erzwingen. Insbesondere enthalten § 111 Abs. 2 AktG und § 38 Abs. 1 GenG lediglich Einsichts- und Prüfungsrechte der Bücher und Schriften der Gesellschaft, jedoch keine Einwirkungsmöglichkeit dergestalt, dass die Geschäftsleitung gezwungen wird, einen Angestellten zur Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung anzuweisen. Unter welchen Voraussetzungen sich der Aufsichtsrat ohne Einschaltung des Vorstandes direkt bei den Angestellten durch Befragung Informationen verschaffen kann, ist aktienrechtlich im Rahmen des § 111 Abs. 2 AktG umstritten. Die wohl überwiegende Auffassung geht davon aus, dass dies nur unter bestimmten Voraussetzungen und nicht ohne Weiteres

390 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 617.

391 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 617.

392 So Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 617.

möglich sei.³⁹³ Jedenfalls komme aber eine direkte Einladung – ohne Einschaltung des Vorstands – in Betracht, wenn der Vorstand einer entsprechenden Bitte nicht nachkommt³⁹⁴ oder aber der Verdacht einer Pflichtverletzung durch den Vorstand besteht, dem der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe nachgehen will.³⁹⁵ Demgegenüber wird teilweise auch die uneingeschränkte Möglichkeit der Befragung von Angestellten der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat in Erwägung gezogen.³⁹⁶ Die Möglichkeit der Ladung wird dabei – bei beiden geschilderten Auffassungen – teilweise auf die Möglichkeit der Teilnahme von Auskunftspersonen gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG gestützt, teilweise wird § 111 Abs. 2 AktG als Grundlage herangezogen. Beide Auffassungen führen dazu, dass der Aufsichtsrat letztlich sein Verlangen durchsetzen kann, den Mitarbeiter – hier den Compliance-Beauftragten – zu befragen, wenn er dies für notwendig hält. Sinnvollerweise – auch um dessen Stellung innerhalb des Unternehmens nicht zu unterlaufen – sollte der Vorstand gebeten werden, den Compliance-Beauftragten zu laden. Tut er dies nicht – dies ist der für die Praxis entscheidende Fall – so kann der Aufsichtsrat den Compliance-Beauftragten unter Umgehung des Vorstands laden. Dasselbe gilt, sofern der Aufsichtsrat den Vorstand einer Pflichtverletzung verdächtigt und er seine Überwachungsaufgabe lediglich dann effektiv ausüben kann, wenn er den Compliance-Beauftragten hinzuzieht, ohne den Vorstand einzuschalten.

Für den Aufsichtsrat der GmbH gilt das zum Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft Gesagte entsprechend. Auch er würde mit einer direkten Ladung von Angestellten der Gesellschaft die Position der Geschäftsführer unterwandern, weshalb es zumindest empfehlenswert erscheint, zunächst die Geschäftsführung um Ladung zu bitten. Auch hier gelten allerdings die aktienrechtlichen Ausnahmen, dass dies spätestens dann nicht (mehr) notwendig ist, wenn die Geschäftsführung die Ladung verweigert oder konkrete Verdachtsmomente die Einschaltung der Geschäftsführung unmöglich machen, ohne die bestmögliche Überwachung zu gefährden.

Auch dem genossenschaftlichen Aufsichtsrat wird man eine dementsprechende Befugnis zusprechen müssen. Die Leitungsaufgabe des genossenschaftlichen Vorstands gem. § 27 Abs. 1 Satz 1 GenG entspricht derjenigen des § 76 Abs. 1 AktG.³⁹⁷ Kann also der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft unter Umgehung des aktienrechtlichen Vorstands Angestellte der Gesellschaft laden, sei es ausschließlich unter besonderen Umständen

393 *Spindler/Stilz AktG § 111 Rn. 36; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 90 Rn. 52; Kölner KommAktG/Mertens § 111 Rn. 21; Hüffer AktG § 90 Rn. 11; Semler, Leitung und Überwachung, S. 99 Rn. 172; Kindl, Teilnahme Aufsichtsratssitzung, S. 43 ff.; Scheffler, ZGR 32 (2003), S. 236, 254 f.*

394 *Kindl, Teilnahme Aufsichtsratssitzung, S. 43 ff.; Spindler/Stilz AktG § 111 Rn. 36; Semler, Leitung und Überwachung, S. 99 Rn. 172.*

395 *Kindl, Teilnahme Aufsichtsratssitzung, S. 43 ff.; Spindler/Stilz AktG § 111 Rn. 36; Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 90 Rn. 52; vgl. auch Kölner KommAktG/Mertens § 111 Rn. 21: ohne Einschaltung des Vorstands, wenn zur Erreichung des Prüfungszwecks unabdingbar.*

396 *MünchKommAktG/Habersack § 109 Rn. 19, § 111 Rn. 68; GroßKommAktG/Hopt/Roth § 109 Rn. 49, § 111 Rn. 511 ff.; Dreher, FS Ulmer, 2003, S. 87, 92 ff.; Roth, AG 2004, S. 1, 8 ff.; Kropff, FS Raiser, 2003, S. 225, 242 f.; zurückhaltender noch Kropff, NZG 2003, S. 346, 349 f.: der Weg über den Vorstand ist mit Rücksicht auf dessen Führungsautorität vorzugswürdig, u. U. kann aber das Überwachungsinteresse des Aufsichtsrats mit der Folge einer direkten Ladung höher anzusiedeln sein.*

397 *Lang/Weidmüller/Schaffland GenG § 27 Rn. 1.*

oder ohne weitere Voraussetzungen, so spricht nichts dagegen, dass sich der genossenschaftliche Aufsichtsrat über den mit ähnlichen Befugnissen ausgestatteten genossenschaftlichen Vorstand in gleicher Weise hinwegsetzen kann.³⁹⁸

Die für Sparkassen- und Landesbankvorstände gesetzlich vorgesehene Leitungsaufgabe ist unterschiedlich ausgestaltet. In der Mehrzahl der Länder bestimmt der Verwaltungsrat einer Sparkasse die Richtlinien der Geschäftspolitik,³⁹⁹ erlässt Geschäftsanweisungen⁴⁰⁰ und verfügt über Alleinentscheidungskompetenzen,⁴⁰¹ sodass insoweit die eigenverantwortliche Leitung durch den Vorstand bereits eingeschränkt ist, wenngleich diese dennoch größtenteils in den Sparkassengesetzen betont wird.⁴⁰² Eine ähnliche Regelung der Aufgaben des Verwaltungsrats existiert teilweise auch für Landesbanken,⁴⁰³ zum Teil ist allerdings auch der Verwaltungsrat der Landesbanken auf die Überwachung beschränkt.⁴⁰⁴ Da somit auch der Vorstand von Landesbanken und Sparkassen mit keiner „größeren“, sondern zum Teil sogar mit einer gegenüber dem aktienrechtlichen Vorstand eingeschränkten Leitungsaufgabe betraut ist, spricht auch für den Bereich der Landesbanken und Sparkassen nichts dagegen, die zur Aktiengesellschaft entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden. Auch dem Verwaltungsrat einer Landesbank oder Sparkasse ist daher das Recht zur Ladung des Compliance-Beauftragten zur Sitzung unter Umgehung des Vorstands zuzugestehen. Dies gilt zumindest dann, wenn der Vorstand die Ladung verweigert oder die effektive Überwachung eine Einschaltung des Vorstands ausschließt, weil Verdachtsmomente einer Pflichtverletzung des Vorstands vorliegen.

398 So auch *Bauer* GenG § 38 Rn. 34, der ebenfalls auf die im Aktienrecht hierzu vertretenen Auffassungen verweist.

399 § 12 Abs. 1 SpG Baden-Württemberg; Art. 5 Abs. 3 SpkG Bayern; für den Sparkassenbeirat, der in Fragen der allgemeinen Geschäftspolitik sachverständig berät s. § 7 Abs. 1 Satz 1 SpkG Berlin; § 8 Abs. 1 BbgSpkG (Brandenburg); § 12 Abs. 1 Bremisches Sparkassengesetz; § 5 Satz 2 Hessisches Sparkassengesetz; § 15 Abs. 1 SpkG Nordrhein-Westfalen; § 8 Abs. 1 Satz 1 SpkG Rheinland-Pfalz; § 8 Abs. 1 Satz 1 SächsSpG (Sachsen); § 8 Abs. 1 SpkG-LSA (Sachsen-Anhalt); § 10 Abs. 1 Satz 2 LSpkG (Schleswig-Holstein); § 8 Abs. 1 Satz 2 ThürSpkG (Thüringen).

400 § 12 Abs. 1 Satz 2 SpG Baden-Württemberg; Art. 5 Abs. 3 Satz 2 SpkG Bayern; § 8 Abs. 2 Nr. 5 BbgSpkG (Brandenburg); § 8 Abs. 2 Nr. 5 SpkG Mecklenburg-Vorpommern; § 16 Abs. 3 NSpG (Niedersachsen); § 15 Abs. 2 lit. c) SpkG Nordrhein-Westfalen; § 8 Abs. 2 Nr. 5 SpkG Rheinland-Pfalz; § 12 Abs. 3 Nr. 1 SSpG (Saarland); § 8 Abs. 2 Nr. 5 SächsSpG (Sachsen); § 8 Abs. 2 Nr. 5 SpkG-LSA (Sachsen-Anhalt); § 10 Abs. 2 Nr. 6 LSpkG (Schleswig-Holstein); *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, S. 44, 50.

401 Diese sind nicht gesetzlich geregelt sondern ergeben sich aus der Aufgabe selbst. So etwa dann, wenn der Vorstand persönlich von einer Maßnahme betroffen ist, es sich um Innerorganaufgaben des Verwaltungsrats handelt oder der Verwaltungsrat als oberstes Organ der Sparkasse handelt. *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, S. 44, 56.

402 § 23 Abs. 1 Satz 1 SpG Baden-Württemberg; § 18 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG (Brandenburg); § 16 Abs. 1 Bremisches Sparkassengesetz, der gleichzeitig betont, dass die eigenverantwortliche Leitung auf den durch die Geschäftsanweisung des Verwaltungsrats gesetzten Umfang beschränkt ist; § 7 Abs. 1 Satz 2 aE Hessisches Sparkassengesetz; § 18 Abs. 1 Satz 1 SpkG Mecklenburg-Vorpommern; § 10 Abs. 1 Satz 1 NSpG (Niedersachsen); § 20 Abs. 1 Satz 1 SpkG Nordrhein-Westfalen; § 14 Abs. 1 Satz 1 SpkG Rheinland-Pfalz: im Rahmen der Beschlüsse des Verwaltungsrats; § 16 Abs. 1 SSpG (Saarland): im Rahmen der Beschlüsse des Verwaltungsrats; § 18 Abs. 1 Satz 1 SächsSpG (Sachsen); § 18 Abs. 1 Satz 1 SpkG-LSA (Sachsen-Anhalt); § 14 Abs. 2 Satz 1 LSpkG (Schleswig-Holstein); § 15 Abs. 1 Satz 1 ThürSpkG (Thüringen).

403 Art. 8 Abs. 1 BayLBG (BayernLB); § 11 Abs. 2 LBWG (LBBW).

404 So in Ermangelung weiterer durch Gesetz festgelegter Aufgaben und Befugnisse in der NordLB und der Helaba.

c. Inhaltliche Überprüfung / Plausibilitätskontrolle

Schließlich hat der Aufsichtsrat zu beurteilen, ob die von der Geschäftsleitung getroffenen Compliance-Maßnahmen ausreichend und sinnvoll sind. Es hat also eine Plausibilitätsprüfung durch den Aufsichtsrat stattzufinden,⁴⁰⁵ wobei selbstverständlich das der Geschäftsleitung zustehende Leitungsermessen zu respektieren ist, was bedeutet, dass eine Maßnahme nicht allein deshalb beanstandet werden kann, weil das Aufsichtsorgan eine andere Entscheidung getroffen hätte, als die Geschäftsleitung.⁴⁰⁶ Umfasst werden von der Beurteilung durch den Aufsichtsrat Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit.⁴⁰⁷ Besonderes Augenmerk muss der Aufsichtsrat dabei auf die Frage richten, ob den Mitarbeitern des Unternehmens die richtigen Anreize für gesetzeskonformes Verhalten gesetzt werden. Hier drohen „Gefahren“ in der Form „kontraproduktiver“⁴⁰⁸ Vergütungsmodelle, die den Mitarbeiter in derart unangemessener Form oder Höhe beispielsweise an Vertragsabschlüssen beteiligen, dass dieser Gefahr läuft, in nicht legaler Art und Weise (z.B. durch Bestechung) auf den Abschluss des Vertrags hinzuwirken. Auch Sanktionen wie zum Beispiel die sofortige Kündigung müssen den Mitarbeitern im Ernstfall drohen, was diesen auch zweifelsfrei klarzumachen ist. Hierauf muss der Aufsichtsrat ebenfalls achten.⁴⁰⁹

3. Die Compliance-Überwachung als Aufgabe des Prüfungsausschusses

In Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei der Überwachung des Compliance-Systems für den Aufsichtsrat aufgrund des Umfangs und der Komplexität eines solchen Systems um eine sehr arbeitsintensive Aufgabe handelt, liegt der Gedanke nahe, diese Aufgabe an einen mit entsprechender fachlicher Qualifikation ausgestatteten Ausschuss zu übergeben.⁴¹⁰ Eine Zuweisung der Compliance-Überwachung an einen Ausschuss macht zumindest für Aktiengesellschaften auch deshalb unbedingt Sinn, weil gerade dort die Anforderungen an den Aufsichtsrat sowie die Arbeitsbelastung des Gremiums in den vergangenen Jahren stetig gestiegen sind.⁴¹¹ Neben der Sinnhaftigkeit der Zuweisung der Compliance-Überwachung an einen Ausschuss gibt es seit Kurzem auch gesellschaftsrechtliche Regelungen, die eine solche Zuweisung (zumindest für einige Gesellschaften) nahelegen.

405 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 617.

406 Spindler/Stilz AktG § 111 Rn. 16; Winter, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1107; Dreher, ZHR 158 (1994), S. 614, 622.

407 Im Einzelnen Hüffer AktG § 111 Rn. 6; Winter, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1107.

408 Kontraproduktiv in Bezug auf die Sicherstellung gesetzeskonformen Verhaltens.

409 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 618.

410 So dementsprechend auch GroßKommAktG/Hopt/Roth § 111 Rn. 246; vgl. auch Schürri/Olbers, CCZ 2010, S. 102, 105: Einrichtung eines besonderen Untersuchungsausschusses, ggf. auch in der Form eines Aufsichtsratsausschusses.

411 Vgl. zur gesamten Entwicklung des Aufsichtsratsrechts Bayer/Habersack/Lutter, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 389 ff.; zur jüngeren Entwicklung Lutter, DB 2009, S. 775 ff.

a. AG

Es empfiehlt sich bereits ausweislich der Ziff. 5.3.2 DCGK, die Überwachung der Compliance organisatorisch innerhalb des Aufsichtsrats dem Prüfungsausschuss zuzuweisen, dessen Einrichtung durch den DCGK an gleicher Stelle für börsennotierte Aktiengesellschaften empfohlen wird.⁴¹² Eine solche organisatorische Zuweisung an den Prüfungsausschuss legt nun auch § 107 Abs. 3 AktG nahe,⁴¹³ wonach sich der Prüfungsausschuss unter anderem mit der Wirksamkeit des „internen Kontrollsystems“ beschäftigt, welches der Überwachung der Einhaltung externer und interner Regelungen dient⁴¹⁴ und daher nach hier vertretener Auffassung auch ein Compliance-System umfasst.⁴¹⁵ Selbst wenn man in diesem „internen Kontrollsystem“ nicht unbedingt ein Compliance-System im engeren Sinne – also zum Beispiel ein System ähnlich dem von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG geforderten – erblicken möchte, so ist doch zumindest die Nähe zum Compliance-System offenkundig,⁴¹⁶ was eine Überwachung auch des Compliance-Systems durch den Prüfungsausschuss zumindest sinnvoll erscheinen lässt.

Sofern es sich um eine kapitalmarktorientierte Gesellschaft i.S.d. § 264d HGB handelt, ist auch für die entsprechende fachliche Qualifikation mindestens eines der Mitglieder des Prüfungsausschusses, bzw. – sofern kein Prüfungsausschuss eingerichtet wird – des Aufsichtsrates, zu sorgen: Eines der Mitglieder muss den Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG genügen, d.h., es muss über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen.⁴¹⁷

Neben den erwähnten „praktischen“ Erwägungen, die für eine Ausübung der Compliance-Überwachung durch den Prüfungsausschuss sprechen, finden sich demnach für die Aktiengesellschaft sowohl im DCGK als auch im AktG weitere Anhaltspunkte, die dies nahelegen und auch für den Prüfungsausschuss nähere Vorgaben hinsichtlich seiner personellen Ausstattung machen, die ihn in die Lage versetzen sollen, unter anderem das Compliance-System effektiv zu überwachen.

b. GmbH

Auch für den Aufsichtsrat der GmbH haben die durch das BilMoG eingeführten Vorgaben weitreichende Änderungen mit sich gebracht. Hier ist jedoch zwischen den Gesellschaften

412 *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, DCGK, Rn. 629.

413 Vgl. zur Verantwortung des Prüfungsausschusses für Risikomanagement und Compliance unter Berücksichtigung des BilMoG *Preußner*, NZG 2008, S. 574 ff.

414 *Braun/Louven*, GmbHR 2009, S. 965, 967; *Lafermann/Röhrich*, BB 2009, S. 887, 889, die zur Ausfüllung des gesetzlich unbestimmten Begriffs des „Internen Kontrollsystems“ den IDW PS 261, WPg 2006, S. 1433 ff. heranziehen.

415 „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

416 *Braun/Louven*, GmbHR 2009, S. 965, 967 sehen das Interne Kontrollsystem als „Teil eines umfassenden Compliance-Systems“, so dass eben nur dieser „Teil“ zwingend durch den Prüfungsausschuss zu überwachen wäre. Der „Rest“ des Compliance-Systems wäre dann aber dennoch weiterhin Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats.

417 Dies ergibt sich für den Fall, dass ein Prüfungsausschuss eingerichtet wird, aus § 107 Abs. 4 AktG i.V.m. § 100 Abs. 5 AktG und ansonsten direkt aus § 100 Abs. 5 AktG.

mit einem obligatorischen Aufsichtsrat, den Gesellschaften mit einem fakultativen Aufsichtsrat sowie denjenigen ohne Aufsichtsrat zu unterscheiden.

aa. Obligatorischer Aufsichtsrat nach DrittelbG und MitbestG

Handelt es sich um eine kapitalmarktorientierte GmbH mit einem obligatorischen Aufsichtsrat, so gilt über die umfassende Verweisung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG bzw. § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG auch § 107 AktG. Es gilt demnach das zur AG Gesagte. In einer kapitalmarktorientierten GmbH muss eines der Mitglieder des Aufsichtsrats (sofern kein Prüfungsausschuss eingerichtet wird) bzw. eines der Mitglieder des Prüfungsausschusses den Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG genügen.

Ist die GmbH nicht kapitalmarktorientiert, so gilt hinsichtlich des Prüfungsausschusses selbstverständlich dennoch § 107 Abs. 3 AktG, der unter anderem als dessen Aufgabe, sofern er denn eingerichtet wird, die Überwachung des Compliance-Systems auflistet.

bb. Fakultativer Aufsichtsrat

Für eine GmbH mit einem fakultativen Aufsichtsrat gilt – und dies auch nur dann, wenn die Gesellschaft kapitalmarktorientiert ist – lediglich § 107 Abs. 4 AktG, sodass für den Fall, dass ein Prüfungsausschuss eingerichtet wird, eines seiner Mitglieder den Anforderungen des § 100 Abs. 5 AktG genügen muss. Auf § 107 Abs. 3 AktG und dessen auf die Compliance-Überwachung hinweisende, umfassende Aufzählung der Aufgaben des Prüfungsausschusses⁴¹⁸ verweist § 52 Abs. 1 GmbHG nicht.

Gesetzliche Anhaltspunkte für eine Übertragung der Compliance-Überwachung an den Prüfungsausschuss gibt es damit für eine GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat nicht, wenngleich dies – abhängig von Umfang und Komplexität der Geschäftsaktivitäten – selbstverständlich dennoch sinnvoll sein kann.

cc. GmbH ohne Aufsichtsrat

Hat die GmbH keinen Aufsichtsrat, so erübrigt sich denknötwendig die Frage, ob dessen Überwachungsaufgabe im Hinblick auf die Compliance-Organisation durch einen vom Aufsichtsrat einzurichtenden Prüfungsausschuss wahrgenommen wird.

Dieses simple Ergebnis ändert sich, sobald es sich um eine kapitalmarktorientierte GmbH ohne Aufsichtsrat handelt. Eine solche hat gem. § 324 Abs. 1 HGB einen sich mit den in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG genannten Aufgaben befassenden Prüfungsausschuss zwingend einzurichten, der demnach unter anderem das Interne Kontrollsystem, welches nach hier vertretener Auffassung auch ein Compliance-System umfasst⁴¹⁹, überwacht.

418 Genannt wird die Überwachung des „Internen Kontrollsystems“.

419 „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

C. II. Die Compliance-Verantwortung des Überwachungsorgans

Auch dieser Prüfungsausschuss muss gem. § 324 Abs. 2 Satz 1 HGB mindestens ein den Anforderungen des § 100 Abs. 5 AktG genügendes Mitglied aufweisen. Darüber hinaus darf der Vorsitzende des Ausschusses gem. § 324 Abs. 2 Satz 2 HGB nicht zugleich mit der Geschäftsführung der Gesellschaft betraut sein.

c. eG

Für den Aufsichtsrat der Genossenschaft wurden durch das BilMoG ebenfalls den Prüfungsausschuss betreffende Regelungen eingeführt, die inhaltlich § 107 Abs. 3 und 4 AktG entsprechen.

Gem. § 38 Abs. 1a GenG kann ein Prüfungsausschuss bestellt werden, der sich – wie bei der AG – unter anderem mit der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems⁴²⁰ befasst.

Handelt es sich um eine kapitalmarktorientierte Genossenschaft i.S.d. § 264d HGB, so muss mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses die Voraussetzungen des § 36 Abs. 4 GenG erfüllen, der § 100 Abs. 5 AktG entspricht und damit von dem Mitglied Sachverstand in Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verlangt. Richtet die betreffende kapitalmarktorientierte Genossenschaft keinen Prüfungsausschuss ein, so muss gem. § 36 Abs. 4 GenG ein Mitglied des Aufsichtsrats diesen Anforderungen genügen, sodass auf diese Weise für eine ausreichend sachverständige Besetzung des Gremiums gesorgt ist, um eine effektive Durchführung der Überwachungsaufgabe auch im Hinblick auf das interne Kontrollsystem zu gewährleisten.

d. AöR (Landesbanken und Sparkassen)

Die Landesbank- und Sparkassengesetze sind von den durch das BilMoG vorgenommenen Gesetzesänderungen nicht betroffen.⁴²¹ Jedoch sind auch dort vereinzelt Aussagen zum Prüfungsausschuss und der Überwachung des Internen Kontrollsystems und damit auch des Compliance-Systems⁴²² durch den Prüfungsausschuss zu finden.

So schreibt § 15 Abs. 3 SpkG Nordrhein-Westfalen zwingend die Bildung eines sog. „Bilanzprüfungsausschusses“ vor, der unter anderem für die Überwachung der Wirksamkeit des Internen Kontrollsystems zuständig ist.

In anderen Ländern ist die zwingende Einrichtung eines Prüfungsausschusses letztlich an das aus § 264 d HGB bekannte Merkmal der „Kapitalmarktorientierung“ geknüpft. So verpflichtet § 20a Abs. 1 NSpG (Niedersachsen) zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses, der unter anderem die Wirksamkeit des Internen Kontrollsystems zu überwachen hat, wenn die betreffende Sparkasse Schuldtitel i.S.d. § 13 Abs. 1 Satz 2

420 Zum Verhältnis der Begriffe „Internes Kontrollsystem“ und „Compliance“ s. oben „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

421 Die Gesetzgebungskompetenz hierfür läge ohnehin bei den Bundesländern.

422 Vgl. zum Verhältnis der Begriffe „A. II. 2. Internes Kontrollsystem“.

NSpG (Niedersachsen), d.h. Schuldtitel i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG ausgegeben hat und diese zum Handel in einem organisierten Markt i.S.d. § 2 Abs. 5 WpHG zugelassen sind.⁴²³ Mit anderer Formulierung jedoch inhaltlich ebenfalls an die Kapitalmarktorientierung anknüpfend, verlangt auch § 10 Abs. 4 SpkG (Rheinland-Pfalz) in diesem Fall die Einrichtung eines Prüfungsausschusses, der sich unter anderem mit der Überwachung der Wirksamkeit des Internen Kontrollsystems zu befassen hat.

e. Zusammenfassung

Neben den praktischen Überlegungen, die dafür sprechen, die Überwachung des Compliance-Systems zur Aufgabe des Prüfungsausschusses zu machen, gibt es damit auch für die verschiedenen Rechtsformen gesetzliche Regelungen, die den Gedanken an die Richtigkeit dieser Zuweisung noch bestärken. Die ausdrückliche Erwähnung der Überwachung des Internen Kontrollsystems als (typische) Aufgabe des Prüfungsausschusses wird dabei flankiert von entsprechenden Regelungen zur sachverständigen personellen Ausstattung eines solchen Ausschusses.⁴²⁴

4. Berichte der Geschäftsleitung als Grundlage der Compliance-Überwachung

Zur Überwachung des Compliance-Systems ist das Aufsichtsorgan wie für jedwede Überwachung auf Informationen angewiesen. Wie oben dargelegt,⁴²⁵ kann diese Informationserlangung unter Umständen durch eine direkte Befragung des Compliance Officers erfolgen. Daneben stellt sich jedoch die Frage nach direkter Informationserlangung von der Geschäftsleitung.

a. AG

In der Aktiengesellschaft ist die Deckung dieses Bedarfs des Aufsichtsrats an Informationen durch § 90 Abs. 1 AktG, der die Berichtspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat regelt, sowie durch § 90 Abs. 3 AktG, wonach der Aufsichtsrat – auch ein einzelnes Mitglied – jederzeit einen Vorstandsbericht an den Aufsichtsrat verlangen kann, gesichert.⁴²⁶

Zwar enthält der Katalog des § 90 Abs. 1 AktG keine Erwähnung der Compliance als Gegenstand eines Vorstandsberichts, jedoch können compliance-relevante Ereignisse im

423 § 264d HGB verlangt ebenfalls die Inanspruchnahme eines organisierten Marktes i.S.d. § 2 Abs. 5 WpHG durch von ihr ausgegebene Wertpapiere i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 WpHG.

424 Bzw. zur personellen Ausstattung des Aufsichtsrats selbst, sofern kein Prüfungsausschuss gebildet wird.

425 Vgl. „C. II. 2. b. Überprüfung des Compliance-Systems“.

426 Allerdings nicht abschließend, der Vorstand ist stets berichtspflichtig, wenn der Aufsichtsrat beschließen soll, da ihm dies ohne Informationen nicht möglich ist: Kölner KommAktG/Mertens/Cahn § 90 Rn. 4; K.Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer AktG § 90 Rn. 3; Hüffer AktG § 90 Rn. 2.

Einzelfall einen wichtigen Anlass bilden und dann gem. § 90 Abs. 1 S. 3 AktG Gegenstand eines Sonderberichts sein.⁴²⁷

Auch Ziff. 3.4 Abs. 2 DCGK sieht vor, dass der Vorstand den Aufsichtsrat regelmäßig, zeitnah und umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Compliance zu informieren hat. Wenn dieser Regelung auch keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, so unterstreicht sie doch die Bedeutung der Vorstandsberichte (auch) für die Compliance-Überwachung durch den Aufsichtsrat.

Für die Berichte an den Aufsichtsrat hat der Vorstand die Möglichkeit, sich eines Berichtsgehilfen zu bedienen.⁴²⁸ Dies betrifft sowohl die Vorbereitung der Berichte an den Vorstand⁴²⁹ als auch den tatsächlichen mündlichen Bericht, welcher – mit Zustimmung des Aufsichtsrats gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG – ebenfalls von einem Berichtsgehilfen vorgetragen werden kann.⁴³⁰ Als Berichtsgehilfe kommt hier naturgemäß vor allem der Compliance Officer in Betracht. Eine solche Berichterstattung des Compliance Officers an den Aufsichtsrat als Berichtshelfer ist – vor allem in größeren Unternehmen – nicht mehr ungewöhnlich.⁴³¹ Die hiermit einhergehende Frage, ob es de lege ferenda sinnvoll erscheint, dem Aufsichtsrat zur Informationsverschaffung die Möglichkeit eines direkten Zugriffs auf den Compliance Officer zu verschaffen,⁴³² ist zugleich eng verwandt mit der Frage, ob der Aufsichtsrat den Compliance Officer direkt und ohne Einschaltung des Vorstands zu Aufsichtsratssitzung laden kann, um sich von ihm berichten zu lassen.⁴³³

b. GmbH

Eine dem Aktienrecht entsprechende regelmäßige Berichtspflicht i.S.d. § 90 Abs. 1 AktG existiert für den Aufsichtsrat der GmbH nicht.⁴³⁴ § 52 Abs. 1 GmbHG für den fakultativen Aufsichtsrat sowie § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG für den obligatorischen Aufsichtsrat verweisen lediglich auf § 90 Abs. 3, 4 und 5 Satz 1 und 2 AktG. Die Geschäftsführung der GmbH ist demnach zur Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat verpflichtet, wenn dieser es verlangt. Daraus ergibt sich jedoch keine inhaltliche Einschränkung gegenüber den regelmäßigen Berichten auf Grundlage des § 90 Abs. 1 AktG. Es handelt sich um die Ergänzung des „Push-Prinzips“ nach § 90 Abs. 1 AktG um eine „Pull-Möglichkeit“.⁴³⁵

427 Winter, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1111.

428 Lutter, Information und Vertraulichkeit, Rn. 280 ff.

429 Lutter, Information und Vertraulichkeit, Rn. 280.

430 Lutter, Information und Vertraulichkeit, Rn. 282.

431 Winter, FS Hüffer, 2010, S. 1101, 1113.

432 Bachmann, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 93.

433 Vgl. hierzu „C. II. 2. b. Überprüfung des Compliance-Systems“

434 Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 52 Rn. 105; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 52 Rn. 134; Lutter/Hommelhoff GmbHG § 52 Rn. 22; Lutter, Information und Vertraulichkeit, Rn. 754 f.; v.Hoyningen-Huene/Powietzka, BB 2001, S. 529 f.; Gaull/Otto, GmbHR 2003, S. 6, 7; abweichend Ulmer/Habersack/Winter/Raiser/Heermann GmbHG § 52 Rn. 115: Obwohl der Verweis auf § 90 Abs. 1 AktG fehlt, ist eine entsprechende Pflicht der Geschäftsführung aus § 43 Abs. 1 GmbHG abzuleiten. Die fehlende Verweisung auf § 90 Abs. 1 bedeutet damit nur eine Flexibilisierung, nicht aber einen Verzicht auf die Berichtspflicht der Geschäftsführung.

435 Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 90 Rn. 38.

C. II. Die Compliance-Verantwortung des Überwachungsorgans

Der Aufsichtsrat kann gem. § 90 Abs. 3 AktG zu allen Angelegenheiten der Gesellschaft einen Bericht verlangen, sodass der Bereich der Compliance hier auch inhaltlich fraglos umfasst ist.

Hinsichtlich der Einschaltung von Berichtsgehilfen ergeben sich im Vergleich zur AG keine Unterschiede, sodass es in der GmbH ebenfalls möglich ist, den Compliance Officer direkt an den Aufsichtsrat berichten zu lassen, sofern der Aufsichtsrat einen entsprechenden Bericht bei der Geschäftsführung anfordert.

c. eG

Für den Aufsichtsrat der Genossenschaft regelt § 38 Abs. 1 GenG, das Recht, jederzeit zu allen Angelegenheiten der Genossenschaft vom Vorstand Auskunft zu verlangen.⁴³⁶ Die Befugnis entspricht derjenigen des GmbH-Aufsichtsrats, sodass sich diesem gegenüber keine Besonderheiten ergeben.

d. AöR (Landesbanken und Sparkassen)

Im Bereich der Landesbanken und Sparkassen ist dem Verwaltungsrat teilweise – in erster Linie durch seine gegenüber dem Aufsichtsrat etwa der AG deutlich erweiterten Aufgaben und Befugnisse – eine stärkere Rechtsstellung als in AG, GmbH und eG eingeräumt. Auf Grundlage dieser Stellung ist davon auszugehen, dass sich der Verwaltungsrat beim Vorstand die für ihn relevanten Informationen jederzeit verschaffen kann. Daneben ist in diesem Bereich auch zu beachten, dass die Verwaltungsräte vor allem von Sparkassen aufgrund ihrer gesetzlich festgelegten direkteren Einbeziehung in das Tagesgeschäft regelmäßig besser informiert sein werden, als die Aufsichtsräte von AG, GmbH und eG.

Zusätzlich zu dieser von den anderen hier geschilderten Gesellschaftsformen abweichenden Ausgangslage, sehen einige Sparkassengesetze *expressis verbis* Berichtspflichten vor, die denen des § 90 AktG entsprechen. Geregelt sind sowohl eine regelmäßige Berichtspflicht als auch das Recht, jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten der Sparkasse zu verlangen.⁴³⁷ Darüber hinaus sind die aktienrechtlichen Vorschriften analog anwendbar, sodass hier insoweit das zur AG Gesagte entsprechend gilt.⁴³⁸

Auch für den Verwaltungsrat der Sparkasse bietet somit die Berichtspflicht des Vorstands, sei es ein regelmäßiger oder ein durch Verlangen des Verwaltungsrats ausgelöster Bericht, die Möglichkeit, sich Informationen zur Compliance-Überwachung zu verschaffen. Auch die für andere Rechtsformen bereits geschilderte Möglichkeit des Vorstands, sich mit

436 Zu den Einzelheiten Lang/Weidmüller/Schaffland GenG § 38 Rn. 3 ff.; Müller GenG § 38 Rn. 10 f.; Bauer GenG § 38 Rn. 32 ff.

437 § 26 SpG Baden-Württemberg; § 21 BbgSpkG (Brandenburg); § 21 SpkG Mecklenburg-Vorpommern; § 10 Abs. 2, 3 NSpG (Niedersachsen); § 21 SächsSpG (Sachsen); § 21 SpkG-LSA (Sachsen-Anhalt).

438 Völter, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, S. 44.

Einverständnis des Verwaltungsrats des Compliance Officers als Berichtsgehilfen zu bedienen, begegnet keinen Bedenken.

5. Die Berichtspflicht des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung

a. AG

Mit der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats einher geht seine Berichtspflicht gegenüber der Hauptversammlung gem. § 171 Abs. 2 AktG. Im Rahmen dieses jährlichen Berichts dokumentiert der Aufsichtsrat, seinen Überwachungspflichten nachgekommen zu sein, um durch die Hauptversammlung entlastet zu werden.⁴³⁹ In jüngerer Zeit ist dabei – auch durch die Rechtsprechung⁴⁴⁰ – die Frage des Umfangs der Berichtspflicht im Hinblick auf die Überwachungspflichten immer mehr in den Fokus geraten. In diesem Zusammenhang wird daher auch vollkommen zu Recht die Frage aufgeworfen, ob der Überwachungsbericht detailliert über die Überwachung des Compliance-Systems berichten muss bzw. ob dies ratsam ist.⁴⁴¹ Fraglich ist das „Müssen“ eines Berichts über die Überwachung des Compliance-Systems deshalb, weil der ansonsten sehr umfangreiche und detaillierte § 171 Abs. 2 AktG dies nicht erwähnt. Andererseits wird dort zu Beginn von § 171 Abs. 2 Satz 2 AktG angeordnet, dass über Art und Umfang der Überwachung der Geschäftsführung zu berichten ist. Welchen Umfang dieser Bericht haben muss, in dessen Umfang ein Eingehen auf die Überwachung des Compliance-Systems denkbar erscheint, ist nach wie vor unklar. Es hat sich eine Reihe von typischen Berichtsinhalten in der Praxis etabliert,⁴⁴² ohne dass man bis jetzt ohne Weiteres von einer Verdichtung zu einer Rechtspflicht zu eingehender Berichterstattung über einzelne Überwachungsmaßnahmen sprechen könnte.⁴⁴³ Der erforderliche inhaltliche Detailgrad des Berichts hängt damit in erster Linie vom Einzelfall ab. Der Bericht über eine problemlos verlaufene Überwachung, in deren Rahmen keine besonderen Überwachungsmaßnahmen durchgeführt wurden, wird knapper ausfallen können,⁴⁴⁴ als der Bericht über die Überwachung der Geschäftsführung eines Unternehmens in

439 LG München Ur. v. 10.3.2005 – 5HK O 18110/04, AG 2005, S. 408 = ZIP 2005, S. 1031, 1032; Spindler/Stilz/Euler/Müller AktG § 171 Rn. 70; K.Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 171 Rn. 11 f.; MünchKommAktG/Kropff § 171 Rn. 146, 154 ff.; ausführlich zur Berichterstattung als Teil der Überwachungsaufgabe Vetter, ZIP 2006, S. 257 ff. sowie zum Inhalt des Berichts über die Prüfung der Geschäftsführung Marsch-Barner/Schäfer/Vetter, Hdb. börsennotierte AG, § 26 Rn. 55 ff.

440 Zu den Anforderungen an den Bericht über die Prüfung der Geschäftsführung LG München Ur. v. 10.3.2005 – 5HK O 18110/04, AG 2005, S. 408 ff. = ZIP 2005, S. 1031 ff.; zu den Anforderungen an den Aufsichtsratsbericht über die Prüfung eines Abhängigkeitsbericht LG Berlin Ur. v. 13.12.2004 – 101 O 124/04, DB 2005, S. 1320 ff.

441 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 621.

442 Vgl. hierzu die Aufzählung bei MünchKommAktG/Kropff § 171 Rn. 155.

443 MünchKommAktG/Kropff § 171 Rn. 156; ähnlich K.Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 171 Rn. 12: erhebliche Meinungsunterschiede, wie sehr die Berichte im Einzelnen ins Detail gehen müssen.

444 OLG Hamburg Ur. v. 12.1.2001 – 11 U 162/00, AG 2001, S. 359, 362; OLG Stuttgart Ur. v. 15.3.2006 – 20 U 25/05, AG 2006, S. 379, 381; MünchKommAktG/Kropff § 171 Rn. 156; GroßKommAktG/Brönner § 171 Rn. 29 f.; Kölner KommAktG/Claussen/Korth § 171 Rn. 14: allgemeine Formulierungen genügen nicht, jedoch kurzgefasster, nicht ins Detail gehender Bericht; Kiethe, NZG 2006, S. 888, 890 ff.; Lutter, AG 2008, S. 1, 3 f.; Maser/Bäumker, AG 2005, S. 906, 908 f.; Sünner, AG 2006, S. 450, 451; Vetter, ZIP 2006, S. 257, 262.

C. II. Die Compliance-Verantwortung des Überwachungsorgans

wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Im zweiten Fall wird detailliert zu berichten sein, wie und mit welchem Erfolg der Aufsichtsrat durch eine Erweiterung der Überwachungstätigkeit gegengesteuert hat.⁴⁴⁵ Jedenfalls ist über alles zu berichten, was im Rahmen der Überwachung ungewöhnlich oder problematisch war.⁴⁴⁶

Geht es um die Überwachung der Compliance(-Organisation) durch den Aufsichtsrat, so ist im Lichte des enormen Risikos, welches Unternehmen durch Gesetzesverstöße droht, heute stets davon auszugehen, dass die Überwachungstätigkeit umfangreich und häufig auch problematisch sein wird, sodass bereits aus diesem Grunde der Aufsichtsrat die Hauptversammlung in der Regel informieren müssen, wie er die Geschäftsführung im Bereich der Compliance(-Organisation) überwacht hat.⁴⁴⁷ Hat das betreffende Unternehmen eine gewisse Größe oder ist gar börsennotiert, so kommt spätestens dann ein weiterer Aspekt hinzu: In einem solchen Unternehmen ist die Compliance längst derart in den Fokus der Unternehmensführung und -kontrolle gerückt, dass sie auch für den Aufsichtsrat einen zentralen Aspekt seiner Überwachungstätigkeit ausmacht, auf den er in seinem Tätigkeitsbericht eingehen muss.⁴⁴⁸

b. GmbH

Für den Aufsichtsrat der GmbH und dessen Berichtspflicht gegenüber der Gesellschafterversammlung ist wiederum zwischen dem fakultativen und dem obligatorischen Aufsichtsrat zu unterscheiden, wobei sich in allen Fällen die entsprechende Anwendbarkeit des § 171 Abs. 2 AktG und damit auch die entsprechende Übertragbarkeit der zur AG geschilderten Frage der Aufnahme konkreter Angaben zur Überwachung des Compliance-Systems in den Bericht aus den für den jeweiligen Aufsichtsrat einschlägigen Normen ergibt. Für die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat ergibt sich die Anwendbarkeit aus § 52 Abs. 1 GmbHG und für die GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat aus § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.

c. eG

Im GenG findet sich – im Gegensatz zu § 171 Abs. 2 AktG – in § 38 Abs. 1 Satz 5 2. HS, der die Berichtspflicht des Aufsichtsrats gegenüber der Generalversammlung regelt, keine genauere Angabe, die den Bericht über die Überwachung der Geschäftsführung betrifft. Dennoch geht man auch für den Aufsichtsrat der Genossenschaft davon aus, dass dessen Bericht gegenüber der Generalversammlung auch eine Information über die Art und den Umfang der Überwachung der Geschäftsführung enthalten muss.⁴⁴⁹ Dementsprechend

445 So ausdrücklich zu einer Gesellschaft in wirtschaftlich schwieriger Lage OLG Hamburg Urt. v. 12.1.2001 – 11 U 162/00, AG 2001, S. 359, 362.

446 MünchKommAktG/Kropff § 171 Rn. 156.

447 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 622.

448 Lutter, FS Hüffer, 2010, S. 615, 622.

449 Müller GenG § 38 Rn. 40; Bauer GenG § 38 Rn. 70.

wird man auch hier davon ausgehen müssen, dass dieser Bericht den Umständen des Einzelfalls durch entsprechenden Umfang Rechnung zu tragen hat, also umso umfangreicher und detaillierter zu sein hat, je schwieriger die wirtschaftliche Situation der Genossenschaft ist. Darüber hinaus gilt selbstverständlich auch für Genossenschaften, dass Compliance zu einer derart zentralen Aufgabe geworden ist, dass sich die Erwähnung der diesbezüglich durch den Aufsichtsrat ergriffenen Überwachungsmaßnahmen in jedem Fall empfiehlt, dies umso mehr, je größer die betreffende Genossenschaft ist.

d. AöR (Landesbanken und Sparkassen)

Eine entsprechende Berichtspflicht des Aufsichtsorgans existiert in Landesbanken und Sparkassen nicht. Im Unterschied zu AG, GmbH und eG ist hier der Verwaltungsrat das höchste Organ. Eine Versammlung der Anteilseigner (AG und GmbH) bzw. der Mitglieder (eG) als höheres Organ gibt es nicht, sodass eine Berichtspflicht des Verwaltungsrats aus diesem Grund, d.h. in Ermangelung eines Adressaten, ausscheidet.

6. Zusammenfassung

Obwohl man (vorschnell) zu dem Ergebnis gelangen kann, dass dem Aufsichtsorgan im Hinblick auf Compliance keine Aufgaben zukommen, sind dessen Aufgaben in diesem Zusammenhang tatsächlich vielfältig.

Das Aufsichtsorgan hat die Geschäftsleitung bei der Erfüllung all ihrer Aufgaben und damit auch hinsichtlich ihrer Compliance-Verantwortung zu überwachen. Dies umfasst sowohl die Überprüfung des bloßen Vorhandenseins eines Compliance-Systems als auch die inhaltliche Plausibilitätskontrolle dieses Systems.

Für eine Übertragung dieses Teils der Überwachungsaufgabe an den Prüfungsausschuss sprechen sowohl praktische Gründe (Umfang und Komplexität der Materie) als auch rechtliche Anhaltspunkte.⁴⁵⁰

Die Berichtspflicht der Geschäftsleitung, regelmäßig oder auf Verlangen, bietet dem Aufsichtsorgan eine effektive Möglichkeit zur Erlangung von Informationen zur Überwachung des Compliance-Systems. Die Geschäftsleitung kann sich, mit Einverständnis des Aufsichtsorgans, des Compliance Officers als Berichtsgehilfen bedienen, um dem Aufsichtsrat über das Compliance-System zu berichten.

Der Compliance Officer kann vom Aufsichtsrat zur Erlangung von Informationen „aus erster Hand“ zur Berichterstattung in die Aufsichtsratssitzung geladen werden. Um die Autorität der Geschäftsleitung nicht zu unterlaufen, empfiehlt es sich, diese um die Ladung

450 § 107 Abs. 3 AktG für AG und GmbH; § 38 Abs. 1a GenG; zu den als Anstalt öffentlichen Rechts verfassten Landesbanken und Sparkassen s. im Einzelnen „C. II. 3. d. AöR (Landesbanken und Sparkassen)“.

des Compliance-Beauftragten zu bitten, denn originär ist nur die Geschäftsleitung diesem gegenüber weisungsbefugt. Weigert sich die Geschäftsleitung oder steht sie unter dem Verdacht einer Pflichtverletzung, sodass ihre Einschaltung nicht möglich ist, steht dem Aufsichtsrat der Weg der direkten Ladung offen.

Schließlich kann der Aufsichtsrat der AG, der GmbH und der eG auch im Einzelfall dazu verpflichtet sein, im Rahmen seiner Berichtspflicht gegenüber der Haupt-, Gesellschafter- bzw. Generalversammlung über seine Überwachung der Geschäftsleitung im Hinblick auf Compliance, je nach den Umständen des Einzelfalls mehr oder weniger detailliert, zu informieren.

III. Die Compliance-Funktion

Nachdem nunmehr geschildert wurde, welche Pflichten die Unternehmensleitung und das Aufsichtsorgan hinsichtlich der Einrichtung und Überwachung einer Compliance-Organisation treffen, soll nun die Compliance-Organisation selbst im Mittelpunkt stehen. Begrifflich gilt es hier zunächst eine gewisse Unschärfe auszuräumen: Wie bereits anderenorts in der Literatur festgestellt,⁴⁵¹ wurden in der bisherigen Diskussion schon die verschiedensten Begriffe verwendet, um die Stelle bzw. Abteilung des Unternehmens zu umschreiben, in der die Compliance-Aufgaben wahrgenommen werden.⁴⁵² Sofern hier von der Compliance-Funktion die Rede ist, ist damit stets die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einzurichtende spezielle Organisation gemeint. Der Begriff Compliance-Organisation beschreibt demgegenüber allgemeiner eine Organisation zur Sicherstellung von Compliance, ohne dass die Anforderungen von § 33 WpHG und § 12 WpDVerOV zwingend Anwendung finden würden.

Soweit im Folgenden daher gesetzliche Anforderungen an die Compliance-Funktion selbst Gegenstand der Betrachtung sind, gelten diese stets nur für „die“ Compliance-Funktion, die das deutsche Recht kennt: die Compliance-Funktion eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens.⁴⁵³ Für die von anderen Instituten einzurichtenden Compliance-Organisationen können die Regelungen des WpHG und somit auch die genaue Ausgestaltung der Stellung und Aufgaben der Compliance-Funktion jedoch selbstverständlich einen Anhaltspunkt liefern, wenngleich sie nicht als gesetzliche Pflicht auf diese Nicht-Wertpapierdienstleistungsunternehmen übertragbar sind, denn eine analoge Anwendung scheidet wie gezeigt aus.⁴⁵⁴

1. Stellung der Compliance-Funktion im Unternehmen

Die gesetzlichen Vorgaben zur Stellung der Compliance-Funktion sind wenig konkret. So

451 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 70 Fn. 128.

452 So z.B. Compliance-Organisation, Compliance-Funktion, Compliance-Stelle und Compliance-Abteilung.

453 Entsprechend formulieren auch die MaComp den Anwenderkreis in AT 3.1.

454 Vgl. oben „B. IV. 2. d. Analoge Anwendung von § 33 WpHG auf Nicht-WP-Dienstleister“.

ergibt sich aus § 33 Abs. 1 Nr. 2 WpHG lediglich, dass die Compliance-Funktion dauerhaft, wirksam und unabhängig einzurichten ist.

Weitergehende Ausführungen zur Stellung (und zu den Aufgaben) der Compliance-Funktion im Allgemeinen tätigen nunmehr die MaComp: Gem. AT 6 Ziff. 1. MaComp ist eine dauerhafte, wirksame und unabhängige Compliance-Funktion einzurichten, die sowohl präventiv, als auch prozessbegleitend tätig wird. Dies wiederholt BT 1.1 Ziff. 1 Satz 1 MaComp – wie auch die Anforderungen des § 33 Abs. 1 Nr. 2 WpHG – nochmals und verpflichtet das Wertpapierdienstleistungsunternehmen zur Einrichtung und entsprechenden Ausstattung – dies knüpft an § 12 Abs. 4 WpDVerOV an⁴⁵⁵ – einer dauerhaften und wirksamen Compliance-Funktion, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann. BT 1.1 Ziff. 1 Satz 2 sowie die Ziff. 2 und 3 MaComp gehen daran folgend weiter ins Detail und stellen klar, dass die Gesamtverantwortung für die Compliance-Funktion bei der Geschäftsleitung des Wertpapierdienstleistungsunternehmens liegt.⁴⁵⁶ Unbeschadet dieser Verantwortung muss das Unternehmen gem. § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV und BT 1.1 Ziff. 2. MaComp einen Compliance-Beauftragten bestellen, der für die Compliance-Funktion sowie die nach § 33 Abs. 1 Nr. 5 WpHG erforderlichen Berichte an Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan verantwortlich ist. Eine interessante organisatorische Besonderheit enthält schließlich BT 1.1 Ziff. 3. MaComp, der unter Berufung der Eigenschaft der Compliance-Funktion als Instrument der Geschäftsleitung erwähnt, dass diese organisatorisch auch unmittelbar einem Mitglied der Geschäftsleitung unterstellt sein kann. Dies ist insofern interessant, als die Formulierung des § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV suggeriert, der Compliance-Beauftragte müsse als Verantwortlicher für die Compliance-Funktion zugleich deren organisatorischer Leiter sein. Dies sieht die BaFin offenbar weniger streng, wenngleich BT 1.1 Ziff. 3. MaComp gleichzeitig vorsieht, dass auch bei einer solchen organisatorischen Ausgestaltung sichergestellt sein muss, dass der Vorsitzende des Aufsichtsorgans unter Einbeziehung der Geschäftsleitung direkt beim Compliance-Beauftragten Auskünfte einholen kann. Die Rolle des Compliance-Beauftragten als Ansprechpartner und Berichterstatter für die compliance-relevanten Themen im Unternehmen bleibt damit für das Aufsichtsorgan gewahrt.

a. Rechtsnatur der Compliance-Funktion

Zunächst stellt sich die Frage, „was“ die Compliance-Funktion innerhalb der Unternehmensorganisation ist. *Veil* und *Harm* konkretisieren diese Frage dahingehend, ob die Compliance-Funktion Organ oder Abteilung des Unternehmens ist.⁴⁵⁷

§ 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG enthält Aufgaben, die die Compliance-Funktion zu erfüllen hat – namentlich die Sicherstellung, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen und

455 Vgl. hierzu „C. III. 1. d. cc. bbb. Budget“.

456 Vgl. zur Verantwortung der Geschäftsleitung für Compliance im Allgemeinen „C. I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung“.

457 In Bezug auf Wertpapierdienstleistungsunternehmen *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1095; *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 62.

C. III. Die Compliance-Funktion

seine Mitarbeiter den Verpflichtungen des WpHG nachkommen. Zur Erfüllung dieser Aufgaben hat die Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Nr. 5 WpHG entsprechend qualifizierte – vgl. § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV – Mitarbeiter. Verantwortlich für die Compliance-Funktion ist gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV der Compliance-Beauftragte. Dies spricht dafür, dass es sich bei der Compliance-Funktion nicht um ein Organ des Unternehmens oder Ähnliches handelt, denn verantwortlich für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der Compliance-Funktion ist nicht die Funktion selbst als „Organ“, sondern gem. § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV der Compliance-Beauftragte.⁴⁵⁸ Anders als also beispielsweise die Leitungsaufgabe des Vorstands der AG oder die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats der AG, die jeweils dem Gesamtorgan als Aufgabe obliegen,⁴⁵⁹ gibt es mit dem Compliance-Beauftragten eine Einzelperson, der die Verantwortung obliegt. Daher ist die Compliance-Funktion in Abgrenzung zu Organen als Unternehmensabteilung,⁴⁶⁰ genauer gesagt als Stabsabteilung zu verstehen.⁴⁶¹

Dies gilt auch außerhalb des Anwendungsbereichs des WpHG. Mangels gesetzlicher Regelung kommt auch dort eine Qualifikation der Compliance-Organisation als Organ oder „organähnlich“ nicht in Betracht.

b. Kompetenzen der Compliance-Funktion

Die Compliance-Funktion muss denknotwendig – dies kommt auch durch § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV zum Ausdruck – über die zur Erfüllung ihrer Aufgabe notwendigen Mittel und Kompetenzen sowie über Zugang zu den für sie relevanten Informationen verfügen. Dies entspricht auch den internationalen Empfehlungen des *Basel Committee on Banking Supervision* zu „Compliance and the compliance function in banks“.⁴⁶² Ähnlich formulieren es auch die MaComp in BT 1.1.2 Ziff. 1:

BT 1.1.2 Ziff. 1. Satz 1 und 2 MaComp

Die Mitarbeiter der Compliance-Funktion sind in sämtliche relevante Informationsflüsse, die für die Aufgabe der Compliance-Funktion von Bedeutung sein können, einzubinden. Den Mitarbeitern der Compliance-Funktion ist Zugang zu allen für ihre Tätigkeit relevanten Informationen zu gewähren.

458 So auch *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 62.

459 Zur Leitungsaufgabe des Gesamtvorstands: GroßKommAktG/*Kort* § 76 Rn. 33 f.; Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 76 Rn. 8; MünchKommAktG/*Spindler* § 76 Rn. 13; K.Schmidt/Lutter/*Seibt* AktG § 76 Rn. 8.
Zur Überwachungsaufgabe des Gesamtaufsichtsrats: GroßKommAktG/*Hopt/Roth* § 111 Rn. 108; K.Schmidt/Lutter/*Drygala* AktG § 111 Rn. 6; MünchKommAktG/*Habersack* § 111 Rn. 17; Spindler/Stilz AktG § 111 Rn. 30; Hüffer AktG § 111 Rn. 9.

460 Zum selben Ergebnis kommen: *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1096; *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 62.

461 *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 62; *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1102; *Eisele*, WM 1993, S. 1021; *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 139, 146: Die Complianceabteilung ist unmittelbar unter der Geschäftsleitung anzusiedeln.

462 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 30 ff., abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

Zur Erlangung der relevanten Informationen können die Mitarbeiter der Compliance-Funktion Einsicht in alle relevanten Vorgänge nehmen – beispielsweise durch unmittelbaren Zugriff auf EDV –, ihnen steht ein entsprechendes Einsichtsrecht zu. Dieser unmittelbare Zugriff ist zur Erfüllung der Aufgabe der Compliance-Funktion notwendig, denn nur wenn sich die Compliance-Funktion zur Informationserlangung nicht stets an die von ihr zu überwachenden anderen Mitarbeiter des Unternehmens wenden muss, sind auch unvorhergesehene Kontrollen möglich.⁴⁶³ Auch die MaComp verlangen in BT 1.1.2 Ziff. 1. von den Wertpapierdienstleistungsunternehmen nunmehr die Einräumung umfangreicher Befugnisse zur Informationserlangung:

BT 1.1.2 Ziff. 1. Satz 3 MaComp

Ihnen ist ein uneingeschränktes Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrecht zu sämtlichen Räumlichkeiten und Unterlagen, Aufzeichnungen, Tonbandaufnahmen, IT-Systemen sowie weiteren Informationen, die für die Ermittlung relevanter Sachverhalte erforderlich sind zu gewähren.

Über den unmittelbaren Zugriff auf Informationen hinaus müssen die Mitarbeiter der Compliance-Funktion aber auch gegenüber den übrigen Mitarbeitern des Unternehmens die nötigen Weisungsbefugnisse besitzen, um sich auf diesem Wege Informationen zu verschaffen.⁴⁶⁴ Auch diese Notwendigkeit hat Eingang in die MaComp gefunden:

BT 1.1.2 Ziff. 1. Satz 4 und 5 MaComp

Mitarbeiter dürfen die Herausgabe von Unterlagen oder die Erteilung compliance-relevanter Auskünfte nicht verweigern. Das Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrecht muss aus eigener Initiative wahrgenommen werden können.

An dieser Stelle enden allerdings zugleich die Weisungsbefugnisse der Mitarbeiter der Compliance-Funktion gegenüber den restlichen Mitarbeitern des Unternehmens. Die Compliance-Funktion ist neben der Überwachung vorwiegend mit der Beratung der übrigen Mitarbeiter und Abteilungen des Unternehmens befasst, was sich sowohl aus einer entsprechenden Hervorhebung in § 12 Abs. 3 WpDVerOV als auch aus dem „Final Report“ zur „Compliance Function at Market Intermediaries“ der Internationalen Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (IOSCO) ergibt.⁴⁶⁵ Nicht zu den Aufgaben der Compliance-Funktion gehört es jedenfalls, die von ihr aufgedeckten Missstände auch zu beheben,⁴⁶⁶ wozu dann eine generellere Weisungsbefugnis notwendig wäre.⁴⁶⁷ Zwar können die Mitarbeiter der Compliance-Funktion bei der Feststellung eines Mangels direkt dazu auffordern, diesen zu beheben, soweit dieser Aufforderung jedoch nicht Folge

463 Spindler, WM 2008, S. 905, 911.

464 Spindler, WM 2008, S. 905, 911; für die Informationsrechte des Compliance-Officers bzw. Compliance-Beauftragten auch Hauschka/Bürkle, Corporate Compliance, § 8 Rn. 34.

465 IOSCO, Compliance Function at Market Intermediaries Final Report, S. 7 ff., abrufbar unter www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD214.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

466 Lösler, WM 2008, S. 1098, 1102; Spindler, WM 2008, S. 905, 911.

467 Für eine solche Weisungsbefugnis (wohl) auch für die Mitarbeiter der Compliance-Funktion aber Veil, WM 2008, S. 1093, 1098 sowie Harm, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 58, die z.B. ein Recht zur Untersagung von Transaktionen durch die Mitarbeiter der Compliance-Funktion für notwendig halten. Zu den Einzelheiten dieser Diskussion s. ausführlich unten bei den Kompetenzen des Compliance-Beauftragten, dem ein solches Recht aufgrund seiner herausgehobenen Stellung innerhalb der Compliance-Funktion noch am ehesten zuzubilligen wäre: „C. IV. 6. a. Weisungsbefugnisse des Compliance-Beauftragten“.

geleistet wird, bleibt ihnen nur die Meldung an die Geschäftsleitung, in deren Kompetenz die Erteilung einer Weisung zur Behebung des Mangels ausschließlich liegt.⁴⁶⁸

Dies alles gilt – wenigstens als Empfehlung – den Ausführungen von *IOSCO* und *Basel Committee on Banking Supervision* folgend, nicht nur für Compliance-Funktionen von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, sondern allgemein für die Compliance-Organisation der hier im Mittelpunkt stehenden Banken, wenngleich hierbei selbstverständlich nicht der Unterschied zwischen verbindlicher Geltung für Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Empfehlung für Nicht-Wertpapierdienstleistungsunternehmen außer Acht gelassen werden darf.

Ohne gesetzliche Regelung im deutschen Recht ist die Frage, inwieweit die Mitarbeiter der Compliance-Funktion befugt sind, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben externer Experten zu bedienen.⁴⁶⁹ Das *Basel Committee on Banking Supervision* sieht derartige Kompetenzen der Mitarbeiter einer Compliance-Organisation vor.⁴⁷⁰ Das deutsche Recht kennt eine solche Kompetenz nicht ausdrücklich. Als einzig denkbarer Anknüpfungspunkt einer derartigen Kompetenz wird § 12 Abs. 4 WpDVerOV in Erwägung gezogen,⁴⁷¹ der normiert, dass die mit der Compliance-Funktion betrauten Personen über die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel verfügen müssen. Inwieweit die Hinzuziehung externer Expertise durch die Mitarbeiter der Compliance-Funktion allerdings zur Erfüllung der Aufgaben der Compliance-Funktion notwendig ist, erscheint zweifelhaft. Die Notwendigkeit, jeden mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter mit entsprechenden Kompetenzen auszustatten, besteht nicht. Zwar ist im Einzelfall denkbar, dass die Hinzuziehung externer Expertise notwendig wird, jedoch ist selbst dann eine für alle mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter geltende Kompetenz zur Einholung derartigen Expertenwissens nicht erforderlich. In Betracht kommt daher allenfalls eine entsprechende Kompetenz des Compliance-Beauftragten.⁴⁷²

c. Personelle Ausstattung / Qualifikation der Compliance-Mitarbeiter

Die Compliance-Funktion beschäftigt – zumindest soweit aufgrund der Unternehmensgröße nicht nur der Compliance-Beauftragte die Compliance-Funktion bildet – Compliance-Mitarbeiter. Von der Existenz anderer Personen in der Compliance-Funktion als nur des Compliance-Beauftragten geht auch § 12 Abs. 4 WpDVerOV aus. An die personelle Ausstattung der Compliance-Funktion sind sowohl quantitative, als auch qualitative Anforderungen zu stellen.

468 Lösler, WM 2008, S. 1098, 1102; Spindler, WM 2008, S. 905, 911.

469 Ausführlich zu dieser Frage Spindler, WM 2008, S. 905, 911.

470 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 31, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

471 Spindler, WM 2008, S. 905, 911.

472 S. hierzu unten „C. IV. 5. b. Beauftragung externer Experten“.

aa. Quantität der Compliance-Mitarbeiter

Mit der Vorgabe des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 4 WpDVerOV, der Einrichtung einer wirksamen Compliance-Funktion, geht implizit das Erfordernis einher, dass diese Compliance-Funktion hinsichtlich der Compliance-Mitarbeiter quantitativ ausreichend auszustatten ist, um eine wirksame Wahrnehmung der Aufgaben der Compliance-Funktion zu gewährleisten. Dies lässt nunmehr im Ansatz auch BT 1.1.2 Ziff. 4. MaComp erkennen, die unter anderem eine Ausstattung der Compliance-Funktion mit den für ihre Aufgabenerfüllung erforderlichen personellen Mitteln vorschreibt.

Im Ergebnis kann allerdings keine konkrete und allgemeinverbindliche Aussage getätigt werden, wie viele Compliance-Mitarbeiter mit den Compliance-Aufgaben des jeweiligen Unternehmens betraut sein müssen. Einziger Orientierungspunkt ist die Wirksamkeit der Compliance-Funktion, sodass im Einzelfall zu prüfen ist, inwieweit die Compliance-Aufgaben durch die vorhandene Anzahl an Mitarbeitern wirksam wahrgenommen werden können.

bb. Qualität der Compliance-Mitarbeiter

Neben dem bloß quantitativen Erfordernis einer entsprechenden Mitarbeiteranzahl der Compliance-Funktion muss zur Gewährleistung einer wirksamen Compliance-Funktion auch deren Qualität, d.h. Qualifikation sichergestellt sein. Dies ist – gemessen am gesetzgeberischen Ziel der Verpflichtung zur Einrichtung einer wirksamen Compliance-Funktion – selbstverständlich, ergibt sich aber auch ausdrücklich aus § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV, der hinsichtlich der Compliance-Mitarbeiter die für eine ordnungsgemäße und unabhängige Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Fachkenntnisse fordert. Auch nach den Vorgaben des *Basel Committee on Banking Supervision* sollten die Compliance-Mitarbeiter die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Qualifikationen und Erfahrungen haben.⁴⁷³ Weitergehende Präzisierungen, welche Kenntnisse die Compliance-Mitarbeiter im Einzelnen aufweisen müssen, enthalten allerdings weder WpHG und WpDVerOV noch die Vorgaben des *Basel Committee on Banking Supervision*.

Im Gegensatz dazu formulieren die MaComp deutlich präzisere Anforderungen an die Kenntnisse und Qualifikationen der Compliance-Mitarbeiter. Die folgenden Kenntnisse müssen den Compliance-Mitarbeitern ausweislich BT 1.1.2 Ziff. 2. MaComp spätestens in ihrer Einarbeitungszeit vermittelt werden:

BT 1.1.2 Ziff. 2. MaComp

[...]

- Einschlägige Verwaltungsvorschriften der Bundesanstalt sowie der aufsichtsrechtlich relevanten Rechtsvorschriften für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, zumindest betreffend den jeweiligen

473 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 33: “[...] In particular, compliance function staff should have the necessary qualifications, experience and professional and personal qualities to enable them to carry out their specific duties. [...]”.

C. III. Die Compliance-Funktion

- Aufgabenbereich der Mitarbeiter,
- Kenntnisse über die Grundzüge der Organisation und Zuständigkeiten der Bundesanstalt,
- Kenntnisse zu Anforderungen an und Ausgestaltung von angemessenen Prozessen von Wertpapierdienstleistungsunternehmen zur Aufdeckung von Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen,
- Kenntnisse zu Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Compliance-Funktion,
- Kenntnisse über verschiedene Ausgestaltungen von Vertriebsstrukturen sowie der Aufbau- und Ablauforganisation von Wertpapierdienstleistungsunternehmen,
- fundierte Kenntnisse zu den im jeweiligen Wertpapierdienstleistungsunternehmen gehandelten oder vertriebenen Finanzinstrumenten,
- soweit im jeweiligen Wertpapierdienstleistungsunternehmen erforderlich, Kenntnisse zu den Anforderungen bei Erbringung von Dienstleistungen mit Auslandsbezug.

Damit gibt die BaFin den Wertpapierdienstleistungsunternehmen nun erstmals präzise Anforderungen an die Hand und erläutert, wie die sehr viel offeneren Anforderungen von § 12 Abs. 4 WpDVerOV ihrer Auffassung nach zu interpretieren sind.

d. Unabhängigkeit der Compliance-Funktion

Die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion schreibt das WpHG in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 aE vor: „[...] wobei insbesondere eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ist, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann;“. Daneben bestimmt § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV, dass die mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter in die Lage hinsichtlich Mitteln und Kompetenzen in die Lage versetzt werden müssen, ihre Aufgaben unabhängig zu erfüllen. Inwiefern dabei Unabhängigkeit durch das Unternehmen herzustellen oder zu gewährleisten ist, wird allerdings nicht näher präzisiert.⁴⁷⁴ Denkbar erscheint eine Unabhängigkeit der Compliance-Funktion in dreierlei Hinsicht: disziplinarische Unabhängigkeit, organisatorische Unabhängigkeit und finanzielle Unabhängigkeit.⁴⁷⁵

aa. Disziplinarische Unabhängigkeit

Die Frage der disziplinarischen Unabhängigkeit knüpft gleichermaßen an die Compliance-Funktion wie auch an den Compliance-Beauftragten an. Die disziplinarische Unabhängigkeit der Compliance-Funktion soll durch die fachliche Weisungsunabhängigkeit des Compliance-Beauftragten hinsichtlich der Überwachungs- und Beratungstätigkeit erreicht werden.⁴⁷⁶ Auch die mit Compliance-Aufgaben betrauten anderen Mitarbeiter der Compliance-Funktion sollen von den sonstigen Mitarbeitern des

474 *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 63; *Röh*, BB 2008, S. 398, 403; *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 107: auch andere Darstellungen einer effektiven Compliance-Organisation unterstreichen die Notwendigkeit ihrer Unabhängigkeit, ohne diese näher zu präzisieren.

475 *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 107; *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 63.

476 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 82.

Unternehmens fachlich weisungsunabhängig sein.⁴⁷⁷ Die Weisungsunabhängigkeit betrifft allerdings nicht das Verhältnis der Compliance-Funktion zur Geschäftsleitung, diese bleibt auch gegenüber dem Compliance-Beauftragten als für die Unternehmens-Compliance originär zuständige Stelle fachlich weisungsbefugt.⁴⁷⁸ Insofern ist auch hier die Einordnung der Compliance-Funktion als Stabsstelle,⁴⁷⁹ die nur der Geschäftsleitung gegenüber weisungsabhängig ist, von Bedeutung.⁴⁸⁰

Ihre Grenzen findet die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion bei der disziplinarischen Unabhängigkeit im engeren Sinne. So sind der Compliance-Beauftragte⁴⁸¹ und damit denkotwendig auch die übrigen mit Compliance-Aufgaben befassten Mitarbeiter⁴⁸² nicht unkündbar.

bb. Organisatorische Unabhängigkeit / Trennung vom operativen Geschäft

Hinsichtlich der organisatorischen Unabhängigkeit der Compliance-Funktion verlangt das *Basel Committee on Banking Supervision* die organisatorische Trennung der Compliance-Funktion von den geschäftlichen Aktivitäten der Bank.⁴⁸³ Der deutsche Gesetzgeber sieht dies ähnlich und verlangt in § 12 Abs. 4 Satz 3 WpDVerOV, dass sich die Mitarbeiter der Compliance-Funktion nicht selbst kontrollieren dürfen. Eine Einbindung der Compliance-Mitarbeiter in die Dienstleistungen und Tätigkeiten, die sie überwachen, komme grundsätzlich nicht in Betracht.⁴⁸⁴ Sowohl das *Basel Committee on Banking Supervision*

477 Röh, BB 2008, S. 398, 403.

478 Fuchs WpHG § 33 Rn. 82; Casper, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 209 Röh, BB 2008, S. 398, 403 inkl. Fn. 44; Spindler, WM 2008, S. 905, 911; Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 99; vgl. bereits zur früheren Rechtslage: Lösler, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 194; Lösler, NZG 2005, S. 104, 107; aA: Hausmaninger/Ketzer, ÖBA 2002, S. 215, 217, die in Überdehnung des Wortlauts aus § 4.2 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel zur Konkretisierung der Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 33 Abs. 1 WpHG vom 25.10.1999, abrufbar unter <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/1999-10-25-01.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010) die Weisungsunabhängigkeit auch gegenüber der Geschäftsleitung herleiten. § 4.2 lautet „[...] Die Compliance-Stelle ist unmittelbar der Geschäftsleitung verantwortlich und im Übrigen im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung weisungs-unabhängig. [...]“ und ist dahingehend zu verstehen, dass eine Weisungsunabhängigkeit nur hinsichtlich anderer Unternehmensstellen als der Geschäftsleitung besteht.

479 Vgl. oben „C. III. 1. a. Rechtsnatur der Compliance-Funktion“.

480 Vgl. auch Hauschka/Bürkle, Corporate Compliance, § 8 Rn. 32: Der Compliance-Beauftragte sollte eine Stabstätigkeit ausüben; Renz/Hense/Zingell/Foshag, Wertpapier-Compliance, I.8 Rn. 32; Lösler, WM 2010, S. 1917, 1919.

481 Casper, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 211; Spindler, WM 2008, S. 905, 910; Röh, BB 2008, S. 398, 403.

482 Spindler, WM 2008, S. 905, 910.

483 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 28, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): “The independence of the head of compliance and any other staff having compliance responsibilities may be undermined if they are placed in a position where there is a real or potential conflict between their compliance responsibilities and their other responsibilities. It is the preference of the Committee that compliance function staff perform only compliance responsibilities. The Committee recognises, however, that this may not be practicable in smaller banks, smaller business units or in local subsidiaries. In these cases, therefore, compliance function staff may perform non-compliance tasks, provided potential conflicts of interest are avoided.”

484 Begr. WpDVerOV, S. 18, abrufbar unter

C. III. Die Compliance-Funktion

als auch der deutsche Gesetzgeber lassen jedoch bei kleineren Instituten auch eine „Selbstüberwachung“ in der Form zu, dass die Mitarbeiter der Compliance-Funktion zugleich andere Aufgaben innerhalb des Unternehmens wahrnehmen, sofern die ordnungsgemäße Prüfung der Compliance hierdurch nicht gefährdet wird.⁴⁸⁵

Eine entsprechende Regelung enthalten auch die MaComp. Nach BT 1.1.1 Ziff. 2. MaComp dürfen die Mitarbeiter der Compliance-Funktion an den von ihnen überwachten Wertpapier(neben)dienstleistungen nicht beteiligt sein,⁴⁸⁶ es sei denn, im Einzelfall ist keine volle Personalstelle für die Ausübung der Compliance-Funktion vonnöten. In einem solchen Fall ist auch eine Verbindung der Funktion des Geschäftsleiters mit der des Compliance-Beauftragten möglich, jedoch mitsamt der Gründe für die Inanspruchnahme dieser Ausnahmeregelung prüfungstechnisch nachvollziehbar zu dokumentieren.

Darüber hinaus stellt die BaFin mit den MaComp in BT 1.1.1 Ziff. 3. nochmals klar, dass die Einrichtung einer selbständigen Organisationseinheit als Compliance-Funktion regelmäßig erforderlich ist, was letztlich § 12 Abs. 4 Satz 3 WpDVerOV entspricht. Auch der Ausnahmeregelung des § 12 Abs. 5 WpDVerOV wird Rechnung getragen, indem nach den MaComp immer dann eine selbständige Organisationseinheit „Compliance-Funktion“ einzurichten ist, wenn die Mitarbeiter Zugang zu compliancerelevanten Informationen – dies sind gem. AT 6.1 MaComp Insiderinformationen und sonstige vertrauliche Informationen – haben. Von diesem grundsätzlichen Erfordernis kann gem. BT 1.1.1 Ziff. 3. Abs. 2 MaComp unter ähnlichen Voraussetzungen, wie sie § 12 Abs. 5 WpDVerOV aufstellt, abgewichen werden:

§ 12 WpDVerOV

[...]

- (5) Soweit das Wertpapierdienstleistungsunternehmen darlegen kann, dass die Anforderungen nach Absatz 4 Satz 3 aufgrund Art, Umfang und Komplexität seiner Geschäftstätigkeit oder der Art und des Spektrums seiner Wertpapierdienstleistungen unverhältnismäßig sind und die ordnungsgemäße Erfüllung der Compliance-Funktion nicht gefährdet ist, entfallen diese Anforderungen.

http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_1940/DE/Wirtschaft_und__Verwaltung/Geld__und__Kredit/Aktuelle__Gesetze/WpDVerOV_20-_20Begr_C3_BCndung_20-_201.10.07,templateId=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010); *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 84.

485 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 28, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): “[...] In these cases, therefore, compliance function staff may perform non-compliance tasks, provided potential conflicts of interest are avoided.”; Begr. WpDVerOV, S. 18, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_1940/DE/Wirtschaft_und__Verwaltung/Geld__und__Kredit/Aktuelle__Gesetze/WpDVerOV_20-_20Begr_C3_BCndung_20-_201.10.07,templateId=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): „[...] Demnach kann bei Unverhältnismäßigkeit einer getrennten Wahrnehmung der Compliance-Funktion [...] ein Unternehmen von diesen Anforderungen entbunden werden, wenn dennoch eine ordnungsgemäße Prüfung der Compliance innerhalb des Unternehmens erfolgt.“; hierzu auch *Spindler*, WM 2008, S. 905, 910.

486 Vgl. auch *Renz/Hense/Zingell/Foshag*, Wertpapier-Compliance, I.8 Rn. 33; *Lösler*, WM 2010, S. 1917, 1919.

BT 1.1.1 Ziff. 3. Abs. 2 MaComp

Ausnahmsweise kann auch bei regelmäßigem Zugang zu compliance-relevanten Informationen im Sinne von AT 6.1 dieses Rundschreibens von der Einrichtung einer selbständigen Organisationseinheit abgesehen werden, wenn es aufgrund der Größe des Unternehmens oder Art, Umfang, Komplexität oder Risikogehalt der Geschäftstätigkeit des Unternehmens oder Art und Spektrum der angebotenen Dienstleistungen unverhältnismäßig wäre, eine selbständige Organisationseinheit einzurichten. [...]

Sofern von dieser Ausnahme durch das Unternehmen Gebrauch gemacht wird, ist jedoch nach den Vorgaben der MaComp zumindest sicherzustellen, dass dann den gem. § 33 Abs. 1 WpHG und AT 6 MaComp vorzunehmenden Überwachungshandlungen dadurch Rechnung getragen wird, dass sich die Mitarbeiter des Wertpapierdienstleistungsunternehmens – sofern es mindestens zwei Mitarbeiter in dem betreffenden Unternehmen gibt – gegenseitig überwachen. Darüber hinaus ist die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung durch das Unternehmen zu begründen und in prüfungstechnisch nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren.

cc. Finanzielle Unabhängigkeit

Unabhängigkeit der Compliance-Funktion im Sinne einer finanziellen Unabhängigkeit wird in zweierlei Hinsicht verstanden.

aaa. Vergütung

Zum einen ist mit finanzieller Unabhängigkeit die vom geschäftlichen Erfolg des Unternehmens unabhängige Vergütung des Compliance-Beauftragten gemeint,⁴⁸⁷ was größtenteils auch für die übrigen mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter verlangt wird.⁴⁸⁸

487 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 29, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): "The independence of compliance function staff may also be undermined if their remuneration is related to the financial performance of the business line for which they exercise compliance responsibilities. However, remuneration related to the financial performance of the bank as a whole should generally be acceptable."; Begr. WpDVerOV, S. 18, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_1940/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Geld_und_Kredit/Aktuelle_Gesetze/WpDVerOV_20-20Begr_C3_BCndung_20-201.10.07,templateld=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): „Bei der Gestaltung ihrer Vergütungsregeln [Anm.: der Compliance-Mitarbeiter] ist darauf zu achten, dass ihre Unabhängigkeit keinen Schaden nimmt. [...]“; *Spindler*, WM 2008, S. 905, 910; *Röh*, BB 2008, S. 398, 403; *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 107.

488 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 29, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010); Begr. WpDVerOV, S. 18, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_1940/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Geld_und_Kredit/Aktuelle_Gesetze/WpDVerOV_20-20Begr_C3_BCndung_20-201.10.07,templateld=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010); *Spindler*, WM 2008, S. 905, 910; *Röh*, BB 2008, S. 398, 403.

(1) Anforderungen an die Vergütung durch § 12 WpDVerOV

Eine entsprechende Regelung enthält § 12 Abs. 4 Satz 3 WpDVerOV:

§ 12 Abs. 4 Satz 3 WpDVerOV
[...] noch darf die Art und Weise ihrer [gemeint sind die mit der Compliance-Funktion betrauten Personen] Vergütung eine Beeinträchtigung ihrer Unvoreingenommenheit bewirken oder wahrscheinlich erscheinen lassen.

Zu dieser Regel enthält § 12 Abs. 5 WpDVerOV eine Ausnahme:

§ 12 Abs. 5 WpDVerOV
Soweit das Wertpapierdienstleistungsunternehmen darlegen kann, dass die Anforderungen nach Absatz 4 Satz 3 aufgrund Art, Umfang und Komplexität seiner Geschäftstätigkeit oder der Art und des Spektrums seiner Wertpapierdienstleistungen unverhältnismäßig sind und die ordnungsgemäße Erfüllung der Compliance-Funktion nicht gefährdet ist, entfallen diese Anforderungen.

Größere praktische Bedeutung dürfte diese Ausnahme allerdings für den ersten Teil von § 12 Abs. 4 Satz 3 WpDVerOV haben, der vorsieht, dass die Mitarbeiter der Compliance-Funktion nicht an der Erbringung der Wertpapierdienstleistungen beteiligt sein dürfen.⁴⁸⁹ Hier könnte bei einem kleineren Unternehmen und dem strikten Festhalten an der personellen Trennung schnell eine Unverhältnismäßigkeit dahingehend vorliegen, dass dies für das betreffende Unternehmen einen erheblichen Personalmehraufwand bedeuten würde, der in keinem Verhältnis zu den Compliance-Risiken bei einem derart kleinen Unternehmen mehr stünde. Inwieweit aufgrund der Art oder des Umfangs der Geschäftstätigkeit das Verbot einer erfolgsabhängigen Vergütung unverhältnismäßig sein könnte, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich.

(2) Anforderungen an die Vergütung durch die MaComp

Auch die MaComp geben die genannten Anforderungen von § 12 Abs. 4 Satz 3 WpDVerOV in BT 1.1.1 Ziff. 8 in ähnlicher Weise wieder, indem statuiert wird, dass grundsätzlich keine Abhängigkeit der Vergütung der Mitarbeiter der Compliance-Funktion von der Tätigkeit derjenigen Mitarbeiter, die durch sie überwacht werden, zulässig ist.⁴⁹⁰ Trotz dieser auch nach Änderungen gegenüber dem MaComp-Entwurf⁴⁹¹ missverständlich komplizierten Formulierung ist mit dieser Abhängigkeit eine erfolgsabhängige Vergütung gemeint, was am Gebrauch dieser Formulierung gleich im nächsten Satz der MaComp deutlich wird. Es sind auch erfolgsbezogene Vergütungen der Compliance-Mitarbeiter denkbar, ohne dass sich dieser Erfolg auch in der Vergütung der überwachten Mitarbeiter – die diesen Erfolg möglicherweise mit ihrer Abteilung erreicht haben – niederschlagen

489 Vgl. hierzu oben "C. III. 1. d. bb. Organisatorische Unabhängigkeit".

490 Vgl. Schwark/Zimmer/Fett § 33 WpHG Rn. 25; Fuchs WpHG § 33 Rn. 83.

491 Dort war in BT 1.1.1 Ziff. 9 noch von einer Abhängigkeit der Vergütung von der Vergütung der überwachten Mitarbeiter die Rede. Abrufbar unter http://www.bafin.de/cfn_161/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon__17_09__macomp__wa,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709_macomp_wa.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

würde. Für zulässig werden erfolgsbezogene Vergütungen der Compliance-Mitarbeiter durch die MaComp lediglich dann erklärt, wenn im Einzelfall gewährleistet ist, dass hierdurch keine Interessenkonflikte begründet werden. Soweit die – wie oben erörtert für diesen Fall wohl wenig praxisrelevante – Ausnahme des § 12 Abs. 5 WpDVerOV in Anspruch genommen wird, so sind nach BT 1.1.1 Ziff. 8. MaComp ebenfalls geeignete Maßnahmen zur Verhinderung von Interessenkonflikten zu treffen, was sich auch bereits aus § 12 Abs. 5 aE WpDVerOV ergibt, wonach die ordnungsgemäße Erfüllung der Compliance-Funktion durch Inanspruchnahme der Ausnahme nicht gefährdet sein darf. Die ergriffenen Maßnahmen sind gem. BT 1.1.1 Ziff. 8. MaComp prüfungstechnisch nachvollziehbar zu dokumentieren.

(3) Voraussetzungen der Zulässigkeit erfolgsabhängiger Vergütung im Einzelfall

Inwieweit trotz der Vorgaben des § 12 Abs. 4 Satz 3 WpDVerOV und der MaComp eine erfolgsabhängige Vergütungsstruktur zulässig sein kann, wann durch eine solche Vergütungsstruktur also keine Interessenkonflikte hervorgerufen werden, ist nicht abschließend geklärt.

Unzulässig soll zumindest eine erfolgsabhängige Vergütungsstruktur sein, die an das Geschäftsergebnis einzelner Bereiche des Unternehmens anknüpft,⁴⁹² weil ansonsten die Gefahr bestünde, dass die Compliance-Mitarbeiter bei der Überprüfung dieser Bereiche ein Eigeninteresse entwickeln könnten, welches geeignet ist, zu einer nicht hinreichenden Überprüfung auf Regelverstöße in den betreffenden Bereichen zu führen.⁴⁹³

Als zulässig wird dagegen überwiegend eine variable Vergütung der Compliance-Mitarbeiter angesehen, die vom Geschäftsergebnis des Gesamt-Unternehmens abhängt.⁴⁹⁴

492 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 29, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): "The independence of compliance function staff may also be undermined if their remuneration is related to the financial performance of the business line for which they exercise compliance responsibilities. [...]"; Begr. WpDVerOV, S.18, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_1940/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Geld_und_Kredit/Aktuelle_Gesetze/WpDVerOV_20-20Begr_C3_BCndung_20-201.10.07,templateId=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): „[...] Daher muss eine direkte Abhängigkeit vom Geschäftsergebnis der Geschäftsbereiche, die von der Compliance-Funktion überwacht werden, vermieden werden. [...]“; IOSCO, Compliance Function at Market Intermediaries Final Report, S.12, abrufbar unter www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD241.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): „[...] To achieve independence, the budget for the compliance function and compensation for compliance personnel should not be directly dependent on the financial performance or revenues generated by a specific business line, product or transaction; [...]“.

493 Röh, BB 2008, S. 398, 403; Spindler, WM 2008, S. 905, 910.

494 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 29, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): “[...] However, remuneration related to the financial performance of the bank as a whole should generally be acceptable.”; Begr. WpDVerOV, S.18, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_1940/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Geld_und_Kredit/Aktuelle_Gesetze/WpDVerOV_20-20Begr_C3_BCndung_20-201.10.07,templateId=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): „[...]“

Dies erscheint zumindest bedenkenswert,⁴⁹⁵ denn die Abgrenzung zwischen unerlaubter Beteiligung am Geschäftsergebnis einzelner zu überwachender Abteilungen und erlaubter Beteiligung am Geschäftsergebnis des Gesamtunternehmens scheint willkürlich gewählt. Es ist nicht ersichtlich, warum die Befürworter dieser Trennung davon ausgehen, dass die Compliance-Mitarbeiter nicht imstande sein sollten, durch an den betreffenden Stellen „ungenauere“ Überwachung dazu beizutragen, dass auch das Geschäftsergebnis des Gesamtunternehmens positiv beeinflusst wird. Auch mit diesem Modell der Erfolgsbeteiligung von Compliance-Mitarbeitern werden für diese somit unter Umständen Anreize geschaffen, die Überwachung zugunsten ihrer eigenen finanziellen Interessen zu vernachlässigen.

Um mit größtmöglicher Sicherheit zu gewährleisten, dass die Compliance-Mitarbeiter nicht in diesen Interessenkonflikt geraten können, läge es daher nahe, insgesamt auf erfolgsabhängige Vergütungen für Compliance-Mitarbeiter zu verzichten. Einem solchen generellen Verzicht wird allerdings zu Recht entgegengehalten, dass dann die Gefahr einer „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ im Unternehmen entstünde,⁴⁹⁶ was auch im Hinblick darauf nachteilig wäre, dass die für die Compliance-Funktion notwendige hohe Qualifikation der Mitarbeiter für dann möglicherweise uninteressante Vergütungsmodelle für das Unternehmen schlichtweg nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten zu rekrutieren wäre. Um für dieses Problem einen Mittelweg zu finden, der einerseits eine (finanziell) unabhängige Compliance-Funktion sichert und andererseits auch ausreichend Anreize zur Gewinnung des benötigten hochqualifizierten Personals setzt, erscheint zum Beispiel eine Beteiligung ausschließlich am langfristigen Erfolg des Unternehmens denkbar.⁴⁹⁷ Zwar würde auch bei einem solchen Modell die beschriebene Gefahr eines Interessenkonflikts nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Gefahr allerdings dadurch weiter verringert werden kann, dürfte außer Frage stehen.

bbb. Budget

Finanzielle Unabhängigkeit der Compliance-Funktion ist daneben noch in anderer Hinsicht zu gewährleisten: Es muss ein ausreichend großes Budget vorhanden sein, damit die Compliance-Funktion mithilfe der erforderlichen personellen und materiellen Ressourcen

Hingegen ist eine Verknüpfung mit dem Gesamtergebnis des Unternehmens grundsätzlich möglich. [...]“;IOSCO, Compliance Function at Market Intermediaries Final Report, S. 12, abrufbar unter www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD214.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): „[...] however, the compensation for compliance personnel may be dependent on the performance or revenues of the firm as a whole. [...]“; Röh, BB 2008, S. 398, 403.

495 Kritisch auch *Spindler*, WM 2008, S. 905, 910, der darauf hinweist, dass z.B. Korruptionsfälle zeigen, dass die rechtswidrige Erlangung von Aufträgen den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens ausmachen kann. Beteiligt man die Compliance-Mitarbeiter am wirtschaftlichen Gesamterfolg des Unternehmens, besteht also ebenfalls die Gefahr der Schaffung falscher Anreize.

496 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 910; *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 139, 149.

497 In diesem Sinne auch *Spindler*, WM 2008, S. 905, 910, der die Arbeit mit längerfristigen Durchschnittswerten für die Boni-Festlegung vorschlägt, um die Anreize vom kurzfristigen Unternehmenserfolg unabhängig zu machen.

ihre Aufgaben ordnungsgemäß und unabhängig erfüllen kann.⁴⁹⁸ Dieses Erfordernis ergibt sich mittelbar bereits aus § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV, der festlegt, dass die mit der Compliance-Funktion betrauten Personen über die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Mittel verfügen müssen. Auch das *Basel Committee on Banking Supervision* hatte in der vorherigen Fassung seiner Empfehlungen zur „Compliance function in banks“ eine ähnliche Empfehlung ausgesprochen. Die finanzielle Ausstattung der Compliance-Funktion sollte demnach nicht an den finanziellen Erfolg der anderen Abteilungen des Unternehmens gekoppelt sein.⁴⁹⁹ Die neuere Fassung der Empfehlungen des Basel Committee erwähnt dies indes nicht mehr.

Vorgaben zum Budget der Compliance-Funktion machen nunmehr allerdings die MaComp. Gem. BT 1.1.2 Ziff. 4. MaComp muss sich auch die sachliche Ausstattung – wie die personelle⁵⁰⁰ – am Geschäftsmodell des Unternehmens und den daraus resultierenden Aufgaben der Compliance-Funktion orientieren. Sofern die Compliance-Funktion als selbständige Organisationseinheit einzurichten ist – dies ist der Fall, wenn die Mitarbeiter des Unternehmens regelmäßig Zugang zu compliance-relevanten Informationen i.S.v. AT 6.1 MaComp⁵⁰¹ – muss das Unternehmen für die Compliance-Funktion ein angemessenes eigenes Budget vergeben. Die Angemessenheit dieses Budgets und die darauf gestützte Unabhängigkeit der Compliance-Funktion werden zusätzlich noch dadurch gesichert, dass der Compliance-Beauftragte vor der Festlegung des Budgets anzuhören ist und dass eine wesentliche Kürzung des festgelegten Budgets nur mit schriftlicher Begründung möglich ist. Darüber hinaus ist der Aufsichtsrat über alle wesentlichen Kürzungen zu informieren.⁵⁰²

e. Integration mit anderen Abteilungen des Unternehmens

Mit der Frage des Verhältnisses der Compliance-Funktion zu anderen Abteilungen eng verwandt ist die Frage, inwieweit die Compliance-Funktion in eine andere – bereits bestehende oder ebenfalls „neu“ zu gründende – Abteilung des Unternehmens integriert werden darf.

Gedanklich naheliegend erscheint die Integration der Compliance-Funktion in das bereits bestehende Risikomanagement oder die Innenrevision des Unternehmens. Auch die

498 Lösler, NZG 2005, S. 104, 107.

499 Basel Committee on Banking Supervision, The compliance function in banks (Consultative Document, 2003), Ziff. 22, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs103.pdf?noframes=1> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 22: “[...] Its budget [...] should be consistent with the objectives of the compliance function, and therefore should not be dependent on the financial performance of the various business lines.”; so auf dieser Grundlage auch Lösler, NZG 2005, S. 104, 107.

500 Vgl. hierzu „C. III. 1. c. aa. Quantität der Compliance-Mitarbeiter“.

501 Vgl. hierzu „C. III. 1. d. bb. Organisatorische Unabhängigkeit“.

502 Der MaComp-Entwurf sah hier sogar noch ein Zustimmungserfordernis des Aufsichtsorgans vor; abrufbar unter http://www.bafin.de/cln_161/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_1709__macomp__wa,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709__macomp__wa.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

Zusammenführung dieser drei Bereiche in einem neu zu gründenden Stabsbereich „Überwachung“ scheint denkbar.⁵⁰³

aa. Compliance-Funktion und Innenrevision

Eine Zusammenlegung von Compliance-Funktion und Innenrevision scheint zumindest aus Sicht von WpHG und WpDVerOV zunächst nicht ausgeschlossen.

Für eine solche Integration sprechen offenkundig die vergleichbaren Aufgabenbereiche. Auch die Innenrevision ist verantwortlich für Überprüfung und Beratung, wobei sich ihre Perspektive anders als diejenige der Compliance-Funktion (dort Verhinderung von Gesetzesverstößen) eher auf die Optimierung von Geschäftsabläufen zur Schaffung von Mehrwert richtet.⁵⁰⁴ Auch die Finanzmarktrichtlinie-Durchführungsrichtlinie (MiFID-DRL) legt in den Artikeln 6 (für die Compliance-Funktion) und 8 (Innenrevision) ähnliche Aufgabenbereiche fest: So sind durch die Compliance-Funktion gem. Art. 6 Abs. 2 lit. a) MiFID-DRL Angemessenheit und Wirksamkeit der ergriffenen Compliance-Maßnahmen zu überwachen und zu bewerten. Daneben sind die mit Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten befassten Personen gem. Art. 6 Abs. 2 lit. b) MiFID-DRL hinsichtlich der für sie relevanten (sich aus der MiFID ergebenden) Pflichten zu beraten. Für die Innenrevision sieht Art. 8 MiFID-DRL ähnliche Aufgaben vor: Sie soll gem. Art. 8 lit. a) MiFID-DRL ein Revisionsprogramm erstellen und umsetzen, in dessen Rahmen sie gem. Art. 8 lit. b) Empfehlungen ausgibt – insoweit vergleichbar der Beratungsfunktion der Compliance-Funktion – und dessen Einhaltung sie gem. Art. 8 lit. c) MiFID-DRL überwacht, was die Entsprechung zur Überwachungsfunktion der Compliance-Funktion darstellt.⁵⁰⁵

Zugleich lassen sich aber bereits der MiFID-DRL auch Argumente entnehmen, die klar gegen eine Integration von Compliance-Funktion und Innenrevision sprechen. So nennt die MiFID-DRL in den Art. 6 und 8 Einzelheiten zu den Bereichen Compliance und Innenrevision. Wäre die Europäische Kommission davon ausgegangen, dass zwischen den Aufgabenbereichen von Compliance-Funktion und Innenrevision ein derart marginaler Unterschied besteht, dass sich eine einheitliche Funktion anbietet, wäre mit großer Wahrscheinlichkeit keine Regelung in solch differenzierter Form ergangen.⁵⁰⁶ Weiterhin gegen eine Integration von Compliance-Funktion und Innenrevision spricht, dass die Innenrevision ausweislich Art. 8 lit. b) MiFID-DRL „Angemessenheit und Wirksamkeit der Systeme, internen Kontrollmechanismen und Vorkehrungen des Unternehmens“ zu prüfen hat, worunter auch die Überprüfung der Compliance-Funktion zu fassen ist.⁵⁰⁷ Umfasst die

503 So bereits *Spindler/Kasten*; AG 2006, S. 785, 786, die die Frage angesichts der sich überschneidenden Aufgabenbereiche, die MiFID und MiFID-DRL für Innenrevision, Risikomanagement und Compliance vorsehen, aufwerfen; *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912.

504 S.o. „A. II. 6. Innenrevision“.

505 Diese Parallelen der Aufgabenbereiche stellen auch *Spindler/Kasten*, AG 2006, S. 785, 786 und *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912 heraus; vgl. allgemeiner zur Zusammenarbeit zwischen Innenrevision und Compliance-Funktion Hauschka/Bürkle, *Corporate Compliance*, § 8 Rn. 54.

506 *Spindler/Kasten*, AG 2006, S. 785, 786; *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912.

507 Zur Prüfung von Compliance durch die Interne Revision ausführlich Renz/Hense/Hahn, *Wertpapier-Compliance*, III.2.

Überwachungsaufgabe der Innenrevision demzufolge auch die Überwachung der Compliance-Funktion, so kommt eine Integration dieser beiden Funktionen aus diesem Grunde nicht in Betracht.⁵⁰⁸ Neben diesen mehr oder minder indirekten Hinweisen legt die MiFID-DRL auch ausdrücklich eine Trennung der Innenrevision von allen anderen Funktionen und Aktivitäten fest.⁵⁰⁹ Eine solche Trennung fordert daneben auch ausdrücklich der Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden.⁵¹⁰

Eine Integration von Compliance-Funktion und Innenrevision erscheint damit zunächst sinnvoll, bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass bereits aufgrund des Aufgabenbereichs der Innenrevision, der auch die Prüfung der Compliance-Funktion überwacht, eine Verknüpfung beider Funktionen die effektive Überwachung gefährden würde.⁵¹¹ Dies gilt grundsätzlich auch „in die andere Richtung“: Eine Compliance-Organisation soll – losgelöst vom reinen WpHG-Bezug der Compliance-Funktion nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG – die Einhaltung der Legalität aller Unternehmensbereiche sicherstellen. Die Innenrevision ist hiervon nicht ausgenommen, sodass insofern eine „gegenseitige Überwachung“ von Innenrevision und Compliance-Organisation stattfindet, die eine Integration unmöglich macht.

bb. Compliance-Funktion und Risikomanagement

Auch bezüglich einer Zusammenlegung von Compliance-Funktion und Risikomanagement spricht zunächst aus Sicht von WpHG und WpDVerOV zunächst nichts ausdrücklich gegen eine Integration.

Aufgabe des Risikomanagements ist die Identifizierung von Unternehmensrisiken zur Ermöglichung einer angemessenen Reaktion des Unternehmens.⁵¹² Auch die Compliance-Funktion könnte man in ähnlicher Weise umschreiben: Sie hat die Aufgabe, durch Überwachung mögliche oder bereits erfolgte Rechtsverstöße aufzudecken und – sofern eine Identifizierung eines möglichen Rechtsverstößes bereits vor dessen Verwirklichung gelingt – durch Beratung auf eine Vermeidung des Rechtsverstößes hinzuwirken. Der Unterschied zwischen Compliance-Funktion und Risikomanagement besteht – vereinfacht ausgedrückt – darin, dass sich die Compliance-Funktion mit rechtlichen und das Risikomanagement primär mit wirtschaftlichen – d.h. mit allen anderen außer den

508 Etwas weiter *Spindler WM 2008*, S. 905, 912 und *Spindler/Kasten*, AG 2006, S. 785, 786: Integration grundsätzlich möglich, allerdings sind mindestens funktionierende chinese walls und bei größeren Wertpapierdienstleistungsunternehmen auch separates Personal erforderlich; vgl. auch *Renz/Hense/Röh*, Wertpapier-Compliance, III.1 Rn. 27 ff.

509 Art. 8 Richtlinie 2006/73/EG der Kommission v. 10.8.2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, ABl. EU L 241/26 v. 2.9.2006.

510 CESR, CESR/05-24c, CESR's technical advice to the European Commission on the first set of mandates under the Directive on Markets in Financial Instruments (MiFID), S. 23 (Nr. 12 a) i): Die interne Revision soll in Unabhängigkeit zu allen anderen Funktionen auch Risikomanagement und Compliance untersuchen.

511 So auch *Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 112.

512 Vgl. oben „A. II. 4. Risikomanagement (risk management)“; *Hauschka/Pampell/Glage*, Corporate Compliance, § 5 Rn. 1.

rechtlichen –⁵¹³ Risiken beschäftigt.⁵¹⁴ Die MiFID-DRL gibt zum Verhältnis von Compliance-Funktion und Risikomanagement keinen Hinweis, abgesehen von der nur begrenzt aussagekräftigen Tatsache, dass sowohl das Risikomanagement in Art. 7 MiFID-DRL, als auch die Compliance in Art. 6 MiFID-DRL einzeln genannt werden. Dies könnte jedoch lediglich beim Vorliegen weiterer Anhaltspunkte – wie im Falle der Innenrevision – als Indiz für eine von der Europäischen Kommission gewollte Trennung gewertet werden. Es scheint damit wenig gegen eine Integration der beiden Funktionen zu sprechen.⁵¹⁵

Entscheidendes Argument gegen eine Integration von Risikomanagement und Compliance-Funktion ist demgegenüber jedoch die Wahrung der Funktionsfähigkeit der Compliance-Funktion. Die Überwachungstätigkeit der Compliance-Funktion umfasst auch die Prüfung der Rechtskonformität des Risikomanagements. Wie auch hier bereits dargestellt⁵¹⁶ besteht aktienrechtlich und aufgrund der beschriebenen Ausstrahlungswirkung für die Mehrzahl der denkbaren Gesellschaftsformen im Bankensektor die Pflicht, ein den Anforderungen des § 91 Abs. 2 AktG entsprechendes Risikomanagement einzurichten. Auch § 25 a Abs. 1 Satz 3 KWG, dessen organisatorische Anforderungen gem. § 33 Abs. 1 Satz 1 WpHG auch von Wertpapierdienstleistungsunternehmen einzuhalten sind, verpflichtet die Institute zur Einrichtung eines Risikomanagements. Damit ist unter anderem die Prüfung, ob das eingerichtete Risikomanagement den gesetzlichen Anforderungen genügt, Sache der Compliance-Funktion, womit sich eine Integration von Risikomanagement und Compliance-Funktion mindestens zur Gewährleistung der uneingeschränkten Unabhängigkeit und ordnungsgemäßen Arbeit der Compliance-Funktion verbietet.⁵¹⁷

cc. Compliance-Funktion und Rechtsabteilung

In Anbetracht der Tatsache, dass sich die Compliance-Funktion mit der Einhaltung der geltenden Regeln und Gesetze durch das Unternehmen und seine Mitarbeiter befasst, liegt die Frage auf der Hand, inwieweit hiermit eine originäre Aufgabe der Rechtsabteilung beschrieben und damit eine Integration von Compliance-Funktion und Rechtsabteilung sinnvoll und zulässig ist.⁵¹⁸ In der Praxis wird die Einhaltung der Unternehmens-Compliance daher – scheinbar folgerichtig – zum Teil als Aufgabe des Syndikusanwalts betrachtet,⁵¹⁹ wobei diese Ausführungen nicht sektorspezifisch gehalten sind und sich außerhalb des hier betrachteten Bankensektors bewegen.

513 *Bürkle*, CCZ 2008, S. 50, 54.

514 Vgl. oben „A. II. 4. Risikomanagement (risk management)“.

515 Ähnlich auch *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912, demzufolge über eine Einbettung der Compliance-Funktion in das allgemeine Risikomanagement nachgedacht werden kann, sofern die von § 12 Abs. 4 WpDVerOV geforderte herausgehobene Stellung der Compliance-Funktion gewahrt bleibt.

516 Vgl. oben „B. II. b. Organisationspflichten nach § 91 Abs. 2 AktG“ und dort auch im Folgenden zu den weiteren denkbaren Rechtsformen und der Anwendbarkeit von § 91 Abs. 2 AktG.

517 So auch *Hauschka/Bürkle*, Corporate Compliance, § 8 Rn. 53; *Bürkle*, CCZ 2008, S. 50, 54.

518 Dies bejaht vor allem im Hinblick auf Beratung der Organe der Gesellschaft zu den maßgeblichen Rechtsvorschriften *Wittig*, WM 2010, S. 2337, 2341.

519 *Schwung*, AnwBl 2007, S. 14 ff.; *Dann*, AnwBl 2009, S. 84 ff.

In der Wissenschaft wird die Integration von Rechtsabteilung und Compliance-Funktion – vor allem für den Bankensektor – demgegenüber eher skeptisch beurteilt. Unproblematisch sei eine Verbindung in der Form, dass der Leiter der Rechtsabteilung mit dem Compliance-Beauftragten kooperiert und von diesem auch aufgrund seiner Fachkenntnisse im Einzelfall zurate gezogen werden kann.⁵²⁰ Eine über diese Zusammenarbeit hinausgehende Zusammenlegung komme hingegen aufgrund der grundsätzlich auch gegenüber der Rechtsabteilung sicherzustellenden Unabhängigkeit der Compliance-Funktion nicht in Betracht⁵²¹ oder sei ausschließlich dann denkbar, wenn funktionierende chinese walls bzw. – eine entsprechende Größe des Unternehmens vorausgesetzt – sogar separates Personal für die beiden Aufgabenbereiche der integrierten Funktion existierten.⁵²²

Eine Integration mag damit zwar unter Erfüllung der genannten Voraussetzungen (chinese walls, ggf. separates Personal) möglich und zulässig sein, rein praktisch dürfte sich jedoch die Frage stellen, ob das Unternehmen damit organisatorisch „etwas gewinnt“. Wie bei jeder Verschlingung oder Zusammenlegung steht auch bei der Integration von Rechtsabteilung und Compliance-Funktion zu einem gewissen Grad eine wirtschaftliche Erwägung dahinter: Wäre es für das Unternehmen möglich, beide Funktionen durch eine einzige Abteilung abdecken zu lassen, würde dies den zu leistenden Personalaufwand merklich verringern. Sofern eine Integration aber nur – wie hier – unter erheblichem Aufwand möglich ist, wirkt sich dies zulasten des Einsparpotentials aus, was eine Zusammenlegung für das Unternehmen weniger interessant macht. Dies ist einerseits der Fall, wenn separates Personal innerhalb der integrierten Abteilung für Rechtsabteilungs- und Compliance-Funktion-Aufgaben beschäftigt wird. Ein Einsparpotential ist in einem solchen Fall gering, sofern es überhaupt vorhanden ist. Aber auch wenn andererseits die notwendige Unabhängigkeit mit Hilfe von chinese walls gewährleistet wird, ist der dafür erforderliche – auch personelle – Aufwand nicht zu unterschätzen und kann die Integration wirtschaftlich uninteressant machen. Rechtlich möglich ist die Integration von Compliance-Funktion und Rechtsabteilung bei Wahrung der Unabhängigkeit der Compliance-Funktion durch chinese walls oder separates Personal indes.⁵²³

dd. Ergebnis – Auswirkungen der MaComp

Der teilweise zumindest in Erwägung gezogene, jedoch zugleich abgelehnte bzw. nur sehr eingeschränkt als zulässig angesehene „Stabsbereich Überwachung“⁵²⁴ kann damit unter Beteiligung der Compliance-Funktion auch nach hier vertretener Ansicht nur in sehr eingeschränkter und keineswegs alle Überwachungsfunktion beinhaltenden Form etabliert werden. Denkbar ist allenfalls eine Integration von Compliance-Funktion und

520 Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 112.

521 Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 112; zumindest zweifelnd *Spindler*; WM 2008, S. 905, 912.

522 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912; vgl. auch *Lösler*, WM 2010, S. 1917, 1920: Verzahnungen haben sich als praxistauglich erwiesen, dürften jedoch im Lichte der MaComp zu überdenken sein.

523 Zu den praktischen Einzelheiten einer Integration von Compliance und Rechtsabteilung ausführlich *Renz/Hense/Röh*, III.1 Rn. 40 ff.

524 *Spindler/Kasten*, AG 2006, S. 785, 786; *Spindler* WM 2008, S. 905, 912.

Rechtsabteilung unter der Voraussetzung, dass die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion durch funktionierende chinese walls oder separates Personal gewährleistet wird. Eine Integration mit der Innenrevision scheitert daran, dass sich beide Funktionen gegenseitig zu überwachen haben. Die hierfür notwendige Unabhängigkeit ließe sich allein durch die Einrichtung von chinese walls oder die Separierung des Personals nicht in ausreichendem Maße gewährleisten, sodass die Funktionen voneinander getrennt zu halten sind. Ebenso wenig können Compliance-Funktion und Risikomanagement integriert werden. Die Compliance-Funktion hat im Rahmen ihrer Rechtmäßigkeits-Überwachung unter anderem zu prüfen, ob hinsichtlich des Risikomanagements die Voraussetzungen des § 91 Abs. 2 AktG – der mittels seiner vom Gesetzgeber genannten Ausstrahlungswirkung auf die meisten der für Banken infrage kommenden Rechtsformen Anwendung findet, wobei die Anstalten öffentlichen Rechts die Ausnahme bilden – erfüllt werden. Auch in diesem Fall käme es damit zu einer „Selbstüberprüfung“ der Compliance-Funktion, die zu vermeiden ist. Im Unterschied zur Rechtsabteilung handelt es sich bei den letztgenannten Funktionen Innenrevision und Risikomanagement um „Überwachungsfunktionen“ des Unternehmens, während bei der unternehmensinternen Rechtsabteilung, deren Einrichtung zudem nicht zwingend ist, das beratende Element im Vordergrund steht, weshalb eine Integration mit der Compliance-Funktion weniger bedenklich erscheint.

Einen „Stabsbereich Überwachung“ kann es damit nicht geben. Infrage kommt jedoch die Einrichtung eines „Stabsbereiches Recht“, der – inkl. chinese walls und ggf. separatem Personal – die Compliance-Funktion und die Rechtsabteilung des Unternehmens beinhaltet.

In eine ähnliche Richtung zielen nunmehr auch die MaComp.⁵²⁵ Grundsätzlich soll sich gem. BT 1.1.1 Ziff. 4. MaComp die Bedeutung der Compliance-Funktion in ihrer organisatorischen Stellung im Unternehmen widerspiegeln, was tendenziell zunächst einmal gegen jedwede Integration mit anderen Abteilungen des Unternehmens spricht. Sofern das betreffende Wertpapierdienstleistungsunternehmen allerdings keine der in BT 1.1.1 Ziff. 4. MaComp genannten Wertpapierdienstleistungen erbringt – genannt werden Eigenhandel gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 WpHG, Emissionsgeschäft gem. § 2 Abs. 3 Nr. 5 WpHG sowie Wertpapiernebenleistungen gem. § 2 Abs. 3a Nr. 3, 5 und 6 WpHG – geht die BaFin davon aus, dass die Compliance-Funktion an andere Stabs- und Organisationsbereiche angebinden werden kann. Werden von dem betreffenden Wertpapierdienstleistungsunternehmen eine oder mehrere der genannten Wertpapierdienstleistungen in nicht unerheblichem Umfang erbracht, so ist eine Anbindung an andere Stabs- und Organisationsbereiche grundsätzlich nicht möglich. Findet eine solche Anbindung dennoch statt – die MaComp nennen als Beispiel die Anbindung an die Rechtsabteilung – so ist dies mit Begründung prüfungstechnisch nachvollziehbar zu dokumentieren. Als ohne Weiteres zulässig erachtet die BaFin

525 Vgl. Engelhart, ZIP 2010, S. 1832, 1836 f.; Niermann, ZBB 2010, S. 400, 421 f.; mit Blick auf den Compliance-Beauftragten auch Kuthel/Zipperle, Corporate Finance Law 2010, S. 337, 343.

dagegen die Anbindung an andere Kontrollbereiche – genannt werden die Geldwäscheprävention und das Risikocontrolling – mit Ausnahme der Innenrevision.

Insgesamt steht die BaFin mit den MaComp damit einer Integration der Compliance-Funktion mit anderen Abteilungen des Unternehmens offener gegenüber, als es der hier vertretenen Auffassung entspricht. Eine von der BaFin für zulässig erachtete Integration mit dem Risikomanagement kommt aus den oben geschilderten Gründen – die Gesetzmäßigkeit des Risikomanagements ist von der Compliance-Funktion zu überwachen – nicht in Betracht.

2. Organisation der Compliance-Funktion

Nachdem somit die Einordnung der Compliance-Funktion in die Organisation des Unternehmens insgesamt durch die Erörterung ihrer Stellung im Unternehmen gelungen ist, stellt sich denknötwendig im Anschluss die Frage, wie die Compliance-Funktion selbst organisatorisch auszugestalten ist.

Anders als in Bezug auf die Kompetenzen und die Ausstattung der Compliance-Funktion, überlassen die §§ 33 WpHG und 12 WpDVerOV die organisatorische Ausgestaltung der Compliance-Funktion selbst zu großen Teilen dem Unternehmen, welchem damit die Möglichkeit gegeben wird, eine den eigenen Bedürfnissen und den jeweiligen Umständen und Besonderheiten des Unternehmens individuell angepasste Compliance-Funktion einzurichten.

Bezüglich der „eigenen“ Organisation verlangt § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 4 WpDVerOV lediglich die Benennung eines Compliance-Beauftragten, dessen Aufgaben und Pflichten ebenfalls vorgegeben werden.⁵²⁶ Darüber hinausgehend werden dem Unternehmen keine weiteren Vorgaben gemacht, der Schwerpunkt der gesetzlichen Regelung liegt richtigerweise im Bereich dessen, was die Compliance-Funktion im Einzelnen zu tun und sicherzustellen hat. Wie dies organisatorisch im einzelnen Unternehmen ausgestaltet wird, muss sinnvollerweise nicht durch den Gesetzgeber diktiert werden, sondern ist eine Frage des organisatorischen Einzelfalls, deren Beantwortung der Geschäftsleitung des Unternehmens überlassen bleibt.

3. Aufgaben der Compliance-Funktion

Die Aufgaben einer Compliance-Funktion umfassen einerseits Überwachung und Bewertung (Monitoring) und andererseits Beratung und Unterstützung. Dies ergibt sich gesetzlich für Wertpapierdienstleistungsunternehmen aus § 12 Abs. 3 WpDVerOV, war jedoch auch vor Inkrafttreten des FRUG bereits für alle Banken, also auch für Institute, die nicht durch die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen gem. § 2 Abs. 3 WpHG als Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 4 WpHG anzusehen sind, als

⁵²⁶ S. im Einzelnen zum Compliance-Beauftragten und seinen Aufgaben und Pflichten unten bei „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

genuines Aufgabengebiet der Compliance-Funktion anerkannt.⁵²⁷ Die MaComp nennen in BT 1.2 Ziff. 1. nunmehr die Beratung der operativen Bereiche, die Überwachung und die Bewertung der im Unternehmen aufgestellten Grundsätze und eingerichteten Verfahren sowie die zur Behebung von Defiziten getroffenen Maßnahmen als Aufgaben der Compliance-Funktion. Was dies im Einzelnen bedeutet, was die Compliance-Funktion also konkret tut, um diese Aufgaben zu erfüllen, soll im Folgenden dargestellt werden.

Die Ausführungen orientieren sich dabei am Meinungsstand zur Compliance-Organisation von Banken im Allgemeinen sowie der Gesetzeslage zur Compliance-Funktion von Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Soweit WpHG und WpDVerOV bestimmte Pflichten vorsehen, so gilt dies grundsätzlich nur für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, wenngleich die hierdurch vorgegebene Ausgestaltung der Compliance-Funktion auch für die übrigen Institute wertvolle Anhaltspunkte liefern kann.

a. Überwachung (Monitoring)

Die Überwachung durch die Compliance-Funktion meint für den Bereich der Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 1 WpDVerOV die Aufdeckung von Gefahren der Verletzung der Vorschriften des WpHG und der entsprechenden Verordnungen, wobei die tatsächliche Reichweite der Überwachungspflicht umstritten ist. Richtigerweise dürfte bereits auf Grundlage von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 1 WpDVerOV mehr zu überwachen sein, als lediglich die Einhaltung von Vorschriften des WpHG und entsprechender Verordnungen. Nach umstrittener Auffassung umfasst bereits das nach diesen Vorschriften zu überwachende Feld an Normen sämtliche Bereiche, in denen durch oder zugunsten von Mitarbeitern oder ihnen nahestehenden Personen manipuliert werden kann oder die Gefahr von kapitalmarktbezogenen Interessenkonflikten oder Missbräuchen besteht,⁵²⁸ wodurch sich allerdings nach hier vertretener Auffassung keine inhaltliche Änderung der durch die Compliance-Funktion zu überwachenden Bereiche ergibt, da ein Unternehmen, welches zu gewährleisten hat, dass die Regelungen des WpHG, hier auch und vor allem die Insider-Regelungen, eingehalten werden, ohnehin sämtliche Bereiche, in denen Manipulationsmöglichkeiten von oder zugunsten von Mitarbeitern oder Angehörigen bestehen, in seine Überwachung wird einbeziehen müssen, um eine effektive Überwachung gewährleisten zu können.⁵²⁹

Bereits vor Inkrafttreten des FRUG und der damit erfolgten Aufnahme des Begriffs der Compliance-Funktion in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG existierte mit § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG eine Norm, die die Institute zur Einrichtung einer Compliance-Organisation

⁵²⁷ Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 20 ff.

⁵²⁸ Fuchs WpHG § 33 Rn. 69; zu § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG aF Assmann/U.H.Schneider/Koller WpHG (4. Auflage) § 33 Rn. 34; in diese Richtung zu § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG aF auch bereits Kölner KommWpHG/Meyer/Paetzel § 33 Rn. 94.

⁵²⁹ Vgl. zu diesem Streit oben „C. 2. b. aa. aaa. (1) Aufdeckung von Gefahren und Risiken“.

verpflichtete und immer noch verpflichtet.⁵³⁰ Im Unterschied zur Regelung des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 1 WpDVerOV enthält allerdings § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG – ebensowenig wie die normkonkretisierenden MaRisk⁵³¹ – keine genaueren Angaben zur Ausgestaltung der Compliance selbst. Dennoch hat sich bereits auf dieser Rechtsgrundlage vor Inkrafttreten des FRUG im Bankensektor eine Compliance-Praxis entwickelt, die im Folgenden ebenfalls in die Betrachtung einfließen soll.⁵³² Überwachungsgegenstand der Compliance-Organisation ist danach die Einhaltung sämtlicher für das Bankgeschäft geltenden Regelungen.⁵³³ In praxi häufig als „Monitoring“ bezeichnet, kann die Überwachung der Regelgerechtigkeit im Einzelnen Geschäftsverbindungen und Transaktionen sowie einzelne Geschäftsbereiche und Prozessabläufe umfassen.⁵³⁴ Neben der Überwachung der Einhaltung der für das Bankgeschäft geltenden gesetzlichen Regelungen werden der Compliance-Organisation auf Grundlage von § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG teilweise auch Marktgerechtigkeitsprüfungen⁵³⁵ sowie die Beobachtung unternehmensexterner Marktereignisse als Aufgaben zugeschrieben.⁵³⁶

Neben der Überwachung der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften hat die Compliance-Funktion gem. BT 1.2 Ziff. 6. MaComp ebenfalls durch Überwachung zu gewährleisten, dass den im Unternehmen eingerichteten Grundsätzen und Vorkehrungen, d.h. den – unter Beteiligung der Compliance-Funktion entstandenen⁵³⁷ – Organisations- und Arbeitsanweisungen nachgekommen wird. Dabei muss insbesondere auch überprüft werden, ob die in den Anweisungen vorgesehenen, von den Fachabteilungen vorzunehmenden Überprüfungshandlungen regelmäßig und ordnungsgemäß durchgeführt werden. Diese Überwachung durch die Compliance-Funktion darf sich dabei ausdrücklich nicht darauf beschränken, die Prüfungsergebnisse der internen Revision auszuwerten, vielmehr muss die Compliance-Funktion eigene Überwachungshandlungen durchführen.

aa. Identifizierung von Interessenkonflikten

Geradezu klassisches Betätigungsfeld im Rahmen der Überwachungstätigkeit der Compliance-Funktion ist die Identifizierung von Interessenkonflikten. Dies ergibt sich – wenigstens für Wertpapierdienstleistungsunternehmen – aus § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, wonach die Wertpapierdienstleistungsunternehmen sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und den Kunden diese darzulegen haben, soweit nicht bereits der Konflikt selbst durch die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WpHG zu treffenden organisatorischen Vorkehrungen vermieden werden kann. Um dieser Verpflichtung des WpHG nachzukommen – was ja gerade durch die Compliance-Funktion sicherzustellen ist

530 Zur Compliance-Bedeutung von § 25a KWG oben unter „B. IV. 1. § 25a KWG“.

531 Zur Compliance-Bedeutung der MaRisk oben unter „B. IV. 1. c. Ergänzung durch MaRisk“.

532 Zur Compliance-Organisation in Banken auf Grundlage des KWG Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 20 ff.

533 Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 22.

534 Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 23.

535 Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, *Bankrechts-Hdb.*, § 109 Rn. 179.

536 Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 23.

537 Vgl. hierzu „C. III. 3. c. cc. Handbücher, Anweisungen und sonstige schriftliche Verhaltensregeln“.

C. III. Die Compliance-Funktion

– ist es unumgänglich, dass die Compliance-Funktion derartige Interessenkonflikte identifiziert.⁵³⁸

Auch die MaComp thematisieren mögliche Interessenkonflikte als Aufgabengebiet der Compliance-Funktion. Gem. BT 1.2 Ziff. 4. MaComp gehört es zu den Aufgaben der Compliance-Funktion, dafür zu sorgen, dass Interessenkonflikte vermieden werden oder den Interessenkonflikten, sofern sie unvermeidbar sind, entsprechend Rechnung getragen wird, wobei insbesondere die Wahrung von Kundeninteressen im Vordergrund zu stehen hat. Umzusetzen ist diese Verpflichtung durch die Compliance-Funktion auch mithilfe der Einrichtung organisatorischer Vorkehrungen, die eine Weitergabe von compliance-relevanten Informationen gem. AT 6.1 MaComp verhindern.

In praxi gewährleisten Banken die Identifizierung von Interessenkonflikten mithilfe des sogenannten Konfliktregisters⁵³⁹, einer Datenbank, die die potentiellen Konflikte enthält.⁵⁴⁰ Im Einzelnen werden sowohl Listen über dauerhafte (z.B. wichtige Kundenverbindungen, wesentliche Beteiligungen etc.) als auch über transaktionsbezogene (z.B. einzelne Projektfinanzierungen, Teilnahme an Emissionskonsortien etc.) Konflikte geführt.⁵⁴¹ Damit das Konfliktregister ein wirksames Werkzeug zur Identifizierung von Interessenkonflikten sein kann, muss es vollständig geführt und ständig auf dem neuesten Stand gehalten werden. Zu diesem Zweck sind die einzelnen Bereiche der Bank verpflichtet, jeden neuen Kunden und jedes neue Projekt, den bzw. das sie zu betreuen beabsichtigen, bereits „vorab“, d.h. bevor die Bank von diesem Kunden vertrauliche Informationen erhalten und damit in einen Interessenkonflikt geraten kann, zu melden, um der Compliance-Funktion die Möglichkeit der Aufnahme in das Konfliktregister und der Überprüfung, inwieweit ein Interessenkonflikt vorliegt und wie auf diesen angemessen zu reagieren ist, zu geben. Stellt die Compliance-Funktion einen Interessenkonflikt fest, so berät sie die betreffende Abteilung hinsichtlich des weiteren Vorgehens und der zu ergreifenden Maßnahmen, die vom Einrichten von chinesischen Wällen bis hin zur Abstandnahme von dem speziellen Geschäft reichen können.⁵⁴²

bb. Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht

Ebenfalls im Rahmen der Überwachungstätigkeit der Compliance-Funktion sind von dieser Verstöße gegen das Insiderrecht zu identifizieren, wobei die präzise rechtliche Herleitung dieser Pflicht umstritten ist.

538 Vgl. hierzu auch Hauschka/*Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 24.

539 Auch bezeichnet als Konfliktliste, Konfliktinformations- oder Konfliktmanagementsystem; Schimansky/*Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 155.

540 Hauschka/*Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 26; Schimansky/*Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 155; Wagner/*Seidel/Preusche*, Ethik in der Bankenpraxis, S. 182.

541 Einen detaillierteren Einblick in die Inhalte des Registers gibt Schimansky/*Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 155.

542 Zum Ganzen Hauschka/*Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 27 ff.

aaa. Rechtliche Grundlage der Pflicht zur Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht

Als rechtliche Grundlagen der Pflicht zur Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht werden unterschiedliche Quellen herangezogen.

(1) Pflicht zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen auf Grundlage von § 33 WpHG

Teilweise wurde bereits für die vorherige Fassung von § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG vertreten, dass aus der Norm eine solche Pflicht folge. Es sei Schwerpunkt des Schutzzwecks, Insiderdelikten entgegenzuwirken, was sich bereits daraus ergebe, dass sich die Notwendigkeit der Kontrolle der Verhaltenspflichten der §§ 31, 32 WpHG bereits aus § 33 Abs. 1 Nr. 2 aF WpHG ergebe, sodass die Regelung des § 33 Abs. 1 Nr. 3 aF WpHG nicht schwerpunktmäßig in diese Richtung zielen könne.⁵⁴³

Zur Übertragung dieser Auffassung auf die geltende Rechtslage ist zunächst ein Vergleich zwischen der alten und der aktuellen Fassung des § 33 WpHG anzustellen. § 33 Abs. 1 Nr. 2 und 3 aF WpHG, auf die *Schwark* seine Auffassung stützt, lauten wie folgt:

- § 33 Abs. 1 Nr. 2 und 3 aF WpHG (in der bis 31.10.2007 geltenden Fassung)
- (1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen
1. [...]
 2. muss so organisiert sein, dass bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistung und Wertpapiernebenleistung Interessenkonflikte zwischen dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen und seinen Kunden oder Interessenkonflikte zwischen verschiedenen Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens möglichst gering sind;
 3. muss über angemessene interne Kontrollverfahren verfügen, die geeignet sind, Verstößen gegen Verpflichtungen nach diesem Gesetz entgegenzuwirken.
- [...]

In der heute geltenden Fassung des § 33 WpHG findet dies am ehesten Entsprechung in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 WpHG, die wie folgt lauten:

- § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 WpHG
- (1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss die organisatorischen Pflichten nach § 25 a Abs. 1 und 4 des Kreditwesengesetzes einhalten. Darüber hinaus muss es
1. Angemessene Grundsätze aufstellen, Mittel vorhalten und Verfahren einrichten, die darauf ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen dieses Gesetzes nachkommen, wobei insbesondere eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ist, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann;
 2. [...]
 3. auf Dauer wirksame Vorkehrungen für angemessene Maßnahmen treffen, um Interessenkonflikte bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder

543 *Schwark* WpHG § 33 Rn. 13.

Wertpapiernebenendienstleistungen zwischen ihm selbst einschließlich seiner Mitarbeiter und der mit ihm direkt oder indirekt durch Kontrolle im Sinne des § 1 Abs. 8 des Kreditwesengesetzes verbundenen Personen und Unternehmen und seinen Kunden oder zwischen seinen Kunden zu erkennen und eine Beeinträchtigung der Kundeninteressen zu vermeiden;

[...]

Dabei ist die heutige Nr. 1 die inhaltliche Fortentwicklung der früheren Nr. 3 und die heutige Nr. 3 ist die inhaltliche Fortentwicklung der früheren Nr. 2. An *Schwarks* Argumentation ändert dies jedoch nichts, da insoweit die inhaltlichen Unterschiede dieselben geblieben sind. Zwar nennt die heutige Nr. 1 das früher so bezeichnete „interne Kontrollverfahren“ explizit „Compliance-System“, jedoch haben beide Varianten zum Ziel, dass sichergestellt wird, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen den Verpflichtungen des WpHG⁵⁴⁴ nachkommt, woran *Schwark* in Abgrenzung zur Nr. 2 aF, die auf die Vermeidung von Interessenkonflikten abzielte, die Verpflichtung zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen festmachte. Diese Argumentation trägt auch unter Zugrundelegung der heutigen Gesetzesfassung: Ebenso wie die frühere Nr. 2 beschäftigt sich die heutige Nr. 3 intensiv damit, dass ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen Maßnahmen ergreifen muss (früher: entsprechend organisiert sein muss), um Interessenkonflikte möglichst zu vermeiden.

Anhand dieses gezogenen Vergleichs und der aufgezeigten Parallelen wird deutlich, dass die von *Schwark* vertretene Auffassung nach heutiger Gesetzeslage an § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG anknüpft. Dieses Ergebnis macht auch anhand des Gesetzeswortlauts nochmals deutlich, dass diese Pflicht unternehmensintern der Compliance-Funktion obliegt, die hierzu „insbesondere einzurichten“ ist.

(2) Pflicht zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen auf Grundlage von § 10 WpHG

Daneben wird auch an § 10 WpHG als Quelle einer Pflicht des Wertpapierdienstleistungsunternehmens zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen gedacht.⁵⁴⁵

Anknüpfungspunkt ist hier die Mitteilungspflicht aus § 10 Abs. 1 WpHG:

§ 10 Abs. 1 WpHG

- (1) Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalanlagegesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden, haben bei der Feststellung von Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass mit einem Geschäft über Finanzinstrumente gegen ein Verbot oder Gebot nach § 14 oder § 20 a verstoßen wird, diese unverzüglich der Bundesanstalt mitzuteilen. Sie dürfen andere Personen als staatliche Stellen und solche, die aufgrund ihres Berufs einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, von der Anzeige oder von

544 Vgl. zu dem Streit, inwieweit auch andere Gesetze von dieser Verpflichtung umfasst werden oben „C. I. 2. b. aa. aaa. (1) Aufdeckung von Gefahren und Risiken“.

545 Hauschka/*Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 31 und Fn. 54.

einer daraufhin eingeleiteten Untersuchung nicht in Kenntnis setzen.
[...]

In Bezug auf Insiderrechtsverstöße ist dann wiederum der dort genannte § 14 WpHG die einschlägige Norm:

§ 14 WpHG

- (1) Es ist verboten,
1. unter Verwendung einer Insiderinformation Insiderpapiere für eigene oder fremde Rechnung oder für einen anderen zu erwerben oder zu veräußern,
 2. einem anderen eine Insiderinformation unbefugt mitzuteilen oder zugänglich zu machen,
 3. einem anderen auf der Grundlage einer Insiderinformation den Erwerb oder die Veräußerung von Insiderpapieren zu empfehlen oder einen anderen auf sonstige Weise dazu zu verleiten.

[...]

In der Kombination dieser beiden Normen ist das Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 10 Abs. 1 WpHG verpflichtet, einen Verstoß gegen § 14 Abs. 1 WpHG, d.h. die Verwendung oder Weitergabe von Insiderinformationen, der BaFin unverzüglich mitzuteilen. Zur Erfüllung dieser Pflicht muss das Wertpapierdienstleistungsunternehmen den Pflichtverstoß zunächst einmal identifizieren, sodass die Identifikationspflicht durchaus als in der Meldepflicht enthalten angesehen werden kann.

(3) Ergebnis

Die Herleitung der Pflicht eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen gelingt damit auf zweierlei Weise. Sowohl § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG als auch § 10 Abs. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 WpHG enthalten – mehr oder minder deutlich – eine solche Pflicht.

Die genaue Identifizierung der Quelle für die Pflicht zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen kann dahinstehen, da jedenfalls die Existenz einer solchen Pflicht zweifelsfrei festgestellt werden konnte.

bbb. Inhalt und Ausübung der Pflicht zur Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht

Der rechtlichen Pflicht zur Identifizierung von Verstößen gegen das Insiderrecht kommen die Unternehmen im Wesentlichen durch das Führen einer Insider- sowie einer Sperrliste nach, mit der die Geschäfte von Mitarbeitern abgeglichen werden. Diese Instrumente listen auch die MaComp als insbesondere in Betracht kommende Überwachungsinstrumente in AT 6.2 Ziff. 3. c. auf.

(1) Insiderliste (Watch List)

Die Insiderliste (z.T. auch als Watch List bezeichnet) ist eine streng vertrauliche Auflistung der Finanzinstrumente, für welche dem Unternehmen insiderrelevante Informationen vorliegen, nebst den Namen derjenigen Mitarbeiter, die zu diesen Informationen Zugang haben.⁵⁴⁶ Mit einer Aufnahme eines Finanzinstruments in die Insiderliste geht dabei kein Verbot für die Mitarbeiter einher, dieses Finanzinstrument zu handeln. Die Aufnahme bedeutet lediglich, dass Transaktionen, die dieses Finanzinstrument betreffen unter besonderer Beobachtung stehen. Stellt die Compliance-Funktion anhand der Insiderliste fest, dass ein Mitarbeiter mit einem von ihm getätigten Geschäft gegen Insiderrecht verstoßen hat, so kann das Geschäft untersagt oder – falls schon getätigt – nachträglich storniert werden,⁵⁴⁷ wofür allerdings grundsätzlich eine Entscheidung der Geschäftsleitung erforderlich ist,⁵⁴⁸ sofern nicht der Compliance-Beauftragte durch die Geschäftsleitung mit einer entsprechenden Weisungsbefugnis ausgestattet wurde.⁵⁴⁹ Es besteht hinsichtlich des Handels mit diesen Finanzinstrumenten eine „Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“.⁵⁵⁰

Die Aktualität und Vollständigkeit der Insiderliste wird dadurch gewährleistet, dass die Mitarbeiter, bei denen insiderrelevante Informationen anfallen, verpflichtet sind, diese Informationen zur Eintragung in die Insiderliste an die Compliance-Funktion weiterzuleiten.⁵⁵¹ Dabei sind die Mitarbeiter verpflichtet, Informationen auch dann weiterzuleiten, wenn Zweifel an der Insiderrelevanz der Information bestehen, da dies im Zweifel nicht ohne Weiteres feststellbar sein kann und die Compliance-Funktion letztlich in der Lage ist, diejenigen Informationen, die sich als nicht relevant erweisen, nicht in die Liste aufzunehmen. Würde man die Mitarbeiter allerdings im Zweifel als nicht verpflichtet ansehen, die jeweilige Information weiterzuleiten und würde man diese Entscheidung im Zweifelsfall damit dem Mitarbeiter überlassen, so bestünde die Gefahr einer lückenhaften Weiterleitung von Informationen an die Compliance-Funktion.⁵⁵² Für diesen weiter gefassten Begriff von an die Compliance-Funktion weiterzuleitenden Informationen, die möglicherweise insiderrelevant sind, wurde der Begriff der compliancerelevanten Informationen geprägt.⁵⁵³ Die durch diese niedrige Meldeschwelle möglicherweise ausgelöste Doppelmeldung ein- und derselben Information durch mehrere Mitarbeiter bzw. aus mehreren Abteilungen ist dabei unbedenklich, da so eine Lückenlosigkeit der

546 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 31; Gebauer, GS Bosch, 2006, S. 31, 35; Eisele, WM 1993, S. 1021, 1024; Fuchs WpHG § 33 Rn. 87; vgl. AT 6.2 Ziff. 3. c. MaComp.

547 Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 150, der allerdings von einer entsprechenden Befugnis des Compliance-Beauftragten ausgeht. S. hierzu Fn. 548.

548 str., vgl. hierzu unten „C. IV. 5. a. Weisungsbefugnisse des Compliance-Beauftragten“.

549 Dies ist grundsätzlich möglich. Eine gesetzlich angeordnete Weisungsbefugnis des Compliance-Beauftragten für diese Fälle existiert indes nicht. Vgl. unten „C. IV. 5. a. cc. Ergebnis – Keine Weisungsbefugnisse für die Compliance-Funktion im Allgemeinen und den Compliance-Beauftragten im Speziellen“.

550 Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 150.

551 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 31; Ehrler, Compliance in Universalbanken, S. 135.

552 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 31.

553 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 31; dieser Begriff findet auch in AT 6.1 MaComp Erwähnung und Definition.

Informationen gewährleistet ist.⁵⁵⁴ Dies dürfte sogar im Gegenteil ein Zeichen für ein funktionierendes „Berichtswesen“ sein, welches der Compliance-Funktion in verlässlicher Weise die benötigten Informationen zum Führen der Insiderliste zur Verfügung stellt.

Mit einer aktuellen und vollständigen Insiderliste steht der Compliance-Funktion ein äußerst wirkungsvolles Instrument zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen zur Verfügung. Gem. dem durch das FRUG eingeführten § 33b Abs. 4 Nr. 2 WpHG sind Wertpapierdienstleistungsunternehmen verpflichtet sicherzustellen, dass sie von jedem Mitarbeitergeschäft – dies umfasst gem. § 33b Abs. 2 WpHG auch Geschäfte für eigene Rechnung – unverzüglich Kenntnis erlangen, sei es durch Anzeige des Mitarbeiters oder ein sonstiges Feststellungsverfahren. In praxi läuft dies darauf hinaus, dass die Mitarbeiter mit Zugang zu insiderrelevanten Informationen verpflichtet sind, ihre privaten Konten und Depots entweder bei ihrem Arbeitgeber zu führen oder für Drittbankverbindungen eine Genehmigung einzuholen und die dort getätigten Geschäfte anzuzeigen, was in der Regel direkt durch die Drittbank beim Arbeitgeber des Mitarbeiters erfolgt.⁵⁵⁵ Damit ist gewährleistet, dass die Compliance-Funktion sowohl von dienstlichen – da sie auf die entsprechenden Konten des Unternehmens ohnehin Zugriff hat –, als auch von privaten Transaktionen Kenntnis erlangt. Da der Compliance-Funktion somit einerseits bekannt ist, wer im Unternehmen über welche insiderrelevanten Informationen verfügt und sie andererseits jederzeit sieht, wer welche Transaktionen tätigt, können Verstöße gegen das Insiderrecht auf diese Weise effektiv und zuverlässig identifiziert werden.

(2) Sperrliste (Restricted List)

Ergänzt wird das System zur Identifizierung von Insiderrechtsverstößen durch das Führen einer Sperrliste (z.T. auch als Restricted List, als Verbots- und als Stoppliste bezeichnet). Diese Liste ist im Gegensatz zur Insiderliste nicht streng vertraulich, sondern wird unternehmensweit veröffentlicht,⁵⁵⁶ was zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks auch notwendig ist: Die Liste enthält diejenigen Finanzinstrumente, deren Handel durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen grundsätzlich untersagt wurde.⁵⁵⁷ Ist also ein Finanzinstrument in die Sperrliste aufgenommen, so besteht für die Mitarbeiter des Unternehmens – anders als bei der Insiderliste – ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“.⁵⁵⁸ Dies heißt nicht, dass das jeweilige Finanzinstrument von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen insgesamt nicht gehandelt werden dürfte. Erlaubt bleiben der Handel auf Initiative des Kunden, die Aktivitäten der Market-Maker sowie

554 Eisele, WM 1993, S. 1021, 1025; Ehrler, Compliance in Universalbanken, S. 135.

555 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 32; so auch bereits die mittlerweile durch die BaFin infolge der Änderungen durch das FRUG aufgehobene „Bekanntmachung über Anforderungen an Verhaltensregeln für Mitarbeiter der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in Bezug auf Mitarbeitergeschäfte (Mitarbeiter-Leitsätze)“.

556 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 34; so auch AT 6.2 Ziff. 3 c. MaComp.

557 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 34; Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 151; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.363 ff.

558 Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 151.

Dispositionen im Rahmen der Vermögensverwaltung.⁵⁵⁹ Das Verbot umfasst damit Eigenschaften der Bank sowie Mitarbeitergeschäfte in den betreffenden Finanzinstrumenten.⁵⁶⁰ Auch hat es die Anlageberatung zu unterlassen, ein Finanzinstrument, welches in die Sperrliste aufgenommen ist, dem Kunden zum Handel zu empfehlen.⁵⁶¹ Wird durch die Mitarbeiter des Unternehmens gegen die mit der Aufnahme in die Sperrliste einhergehenden Beschränkungen und Verbote verstoßen, so sind auch hier⁵⁶² nachträgliche Stornierungen durch die Compliance-Funktion möglich,⁵⁶³ sofern sie mit entsprechenden Kompetenzen durch die Unternehmensleitung ausgestattet ist.

Der Grund für die Aufnahme eines Finanzinstruments in die Sperrliste kann sein, dass die im Unternehmen vorhandenen insiderrelevanten Informationen eine Qualität haben, welche – insoweit müssen diese Informationen deutlich „brisanter“ sein, als die Informationen, die zur Aufnahme in die Insiderliste führen – bei ihrer Veröffentlichung zu sofortigen wesentlichen Kursveränderungen der betreffenden Papiere führen können.⁵⁶⁴

Daneben ist aber auch die Aufnahme von Finanzinstrumenten in die Sperrliste aufgrund anderer Erwägungen möglich, die in keinem Zusammenhang mit dem Vorhandensein insiderrelevanter Informationen stehen müssen. Es handelt sich bei der Aufnahme in die Sperrliste um eine Selbstbeschränkung des Unternehmens,⁵⁶⁵ die von den Unternehmen zum Beispiel auch dann vorgenommen wird, wenn geschäftspolitische Erwägungen oder Fragen der Reputation eine Rolle spielen.⁵⁶⁶

cc. Überwachung einzelner Transaktionen

Die Compliance-Funktion eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens ist im Rahmen von dessen allgemeiner Verpflichtung zur Einhaltung der Regelungen des WpHG⁵⁶⁷ gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 auch in der Pflicht, die Durchführung der Transaktionen des Unternehmens zu überwachen. Das Augenmerk der Compliance-Funktion muss dabei auf die Einhaltung der Anforderungen der §§ 31 ff. WpHG gerichtet sein. Speziell die allgemeinen Verhaltensregeln des § 31 WpHG und dort in jüngster Zeit – man denke an die heute berüchtigten Zertifikate der Lehman Brothers – die in § 31 Abs. 3 WpHG zu findende Pflicht des Wertpapierdienstleistungsunternehmens, die Kunden rechtzeitig und verständlich über die mit dem Finanzinstrument verbundenen Risiken zu informieren, sind

559 *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.368; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 151.

560 *Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 151; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.368.

561 *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.368; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 151.

562 Zu entsprechenden Befugnissen der Compliance-Funktion vgl. oben „C. III. 3. a. bb. bbb. (1) Insiderliste (Watch List)“.

563 *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 34.

564 *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.365.

565 *Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 151.

566 *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 34.

567 Zur Erstreckung dieser Verpflichtung über Regelungen des WpHG hinaus vgl. wiederum „C. I. 2. b. aa. aaa. (1) Aufdeckung von Gefahren und Risiken“.

der Grund für die Notwendigkeit der Überwachung der einzelnen Transaktionen durch die Compliance-Funktion. Soll die Compliance-Funktion die Einhaltung dieser Pflichten gewährleisten, so muss sie das Verhalten der Mitarbeiter des Unternehmens im Rahmen der Wertpapierdienstleistung und damit die Transaktion selbst überwachen.⁵⁶⁸

b. Risikobewertung und –reporting

Risikobewertung und –reporting ergeben sich als Pflichten der Compliance-Funktion unmittelbar aus § 12 Abs. 1 WpDVerOV: Die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einzurichtenden Verfahren, die insbesondere die Einrichtung einer Compliance-Funktion umfassen, müssen auf die Aufdeckung von Gefahren einer Verletzung der WpHG-Vorschriften und der damit verbundenen Risiken ausgerichtet sein. Über den Wortlaut von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG hinaus umfasst diese Verpflichtung auch andere Normen als ausschließlich die genannten WpHG-Vorschriften.⁵⁶⁹

aa. Risikobewertung

Ständige Aufgabe der Compliance-Funktion ist damit – neben den bisher genannten Aufgaben – auch die laufende Analyse des Compliance-Risikos. Dies umfasst die Bewertung von Eintrittswahrscheinlichkeiten ebenso wie die Prognose möglicher Schadenshöhen.⁵⁷⁰

In praxi gewährleistet die Compliance-Funktion eine lückenlose Bewertung von Eintrittswahrscheinlichkeiten und Schadenshöhen, indem sie Bewertungen mit unterschiedlichem Fokus erstellt. Denkbar sind zum Beispiel Compliance-Risikobewertungen im Hinblick auf einzelne Gesetze, einzelne Produkte und einzelne Filialen sowie die Einbeziehung der Compliance-Funktion zur Risikobewertung bei der Entwicklung neuer Produkte, wobei auch die Mitgliedschaft der Compliance-Funktion im Neuprodukt-Genehmigungsausschuss – sofern vorhanden – empfehlenswert ist.⁵⁷¹

bb. Risikoreporting

Die Ergebnisse der durch die Compliance-Funktion durchzuführenden Risikobewertung sind – soviel ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass die Compliance-Verantwortung die

568 Vgl. zum Transaktionsmonitoring Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 35.

569 „C. I. 2. b. aa. aaa. (1) Aufdeckung von Gefahren und Risiken“.

570 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 39.

571 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 37, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): “The compliance function should, on a pro-active basis, identify, document and assess the compliance risks associated with the bank’s business activities, including the development of new products and business practices, the proposed establishment of new types of business or customer relationships, or material changes in the nature of such relationships. If the bank has a new products committee, compliance function staff should be represented on the committee.”; Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 40.

Geschäftsleitung des Unternehmens trifft⁵⁷² – der Geschäftsleitung des Unternehmens zu berichten.

aaa. Gesetzliche Grundlage der Reportingpflicht

Gesetzlich ergibt sich eine solche Reportingpflicht an die Geschäftsleitung und auch an das Aufsichtsorgan aus § 33 Abs. 1 Nr. 5 WpHG, der Berichte über die Angemessenheit und Wirksamkeit der Compliance-Grundsätze, -Mittel und –Verfahren mindestens einmal jährlich vorsieht.

bbb. Anforderungen des Basel Committee on Banking Supervision

Eine Berichtspflicht sieht auch explizit das *Basel Committee on Banking Supervision* vor. Danach hat der Compliance-Beauftragte regelmäßig – mindestens einmal im Jahr – an die Unternehmensleitung zu berichten, wobei Inhalt des Berichts die Risikobewertungen im Berichtszeitraum, die Änderungen im Risikoprofil sowie die aufgedeckten Mängel und Verstöße nebst den als Reaktion eingeleiteten Gegenmaßnahmen sein sollen.⁵⁷³ Daneben ist bei hohen bzw. bereits realisierten Risiken auch ad-hoc Bericht zu erstatten.⁵⁷⁴ Die Pflicht des Compliance-Beauftragten zur mindestens jährlichen, bzw. zur sofortigen Berichterstattung, ergibt sich dabei daraus, dass die Geschäftsleitung (das *Basel Committee* hat ein monistisches System vor Augen und spricht daher vom „senior management“) ihrerseits durch Ziff. 18 verpflichtet ist, mindestens einmal im Jahr, bzw. ad-hoc, an das board of directors über den Umgang der Bank mit ihren Compliance-Risiken und Compliance-Verstöße zu berichten. Zur Erfüllung dieser Pflicht ist eine spiegelbildliche, mindestens jährliche bzw. spontane, Berichtspflicht des Compliance-Beauftragten an die Geschäftsleitung notwendig. Die Berichtspflichten werden ergänzt durch die Empfehlung regelmäßiger Treffen des Compliance-Beauftragten mit der Geschäftsleitung.⁵⁷⁵

572 Vgl. oben „C. I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung“.

573 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 18: “Senior management should, with assistance of the compliance function: [...] at least once a year, report to the board of directors or a committee of the board on the bank’s management of its compliance risk, in such a manner as to assist board members to make an informed judgment on whether the bank is managing its compliance risk effectively; [...]”, Ziff. 41: “The head of compliance should report on a regular basis to senior management on compliance matters. The reports should refer to the compliance risk assessment that has taken place during the reporting period, including any changes in the compliance risk profile based on relevant measurements such as performance indicators, summarise any identified breaches and/or deficiencies and the corrective measures recommended to adress them, and report on corrective measures already taken. The reporting format should be commensurate with the bank’s compliance risk profile and activities.”; vgl. hierzu auch Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 44.

574 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 18: “Senior management should, with assistance of the compliance function: [...] report promptly to the board of directors or a committee of the board on any material compliance failures (e.g. failures that may attract a significant risk of legal or regulatory sanctions, material financial loss, or loss to reputation).”

575 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar

ccc. Anforderungen durch die MaComp

Der MaComp enthalten ebenfalls detaillierte Anforderungen an das Reporting der Compliance-Funktion. BT 1.2 Ziff. 1. legt ohne weitere Angaben die grundsätzliche Pflicht der Compliance-Funktion fest, gegenüber der Geschäftsleitung und dem Aufsichtsorgan zu berichten. Dies wird ergänzt durch BT 1.2 Ziff. 9, welche eine Wiedergabe der Anforderungen des § 33 Abs. 1 Nr. 5 WpHG enthält: Der Compliance-Beauftragte hat mindestens einmal jährlich der Geschäftsleitung Bericht über die Angemessenheit und Wirksamkeit der auf Grundlage des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einzurichtenden Mittel und Verfahren zu erstatten. Dieser Bericht ist auch dem Aufsichtsorgan bzw. – hier präzisieren die MaComp – dem Vorsitzenden des Aufsichtsorgans zu übergeben, wobei keine Pflicht besteht, den Bericht direkt und ohne Wissen der Geschäftsleitung an den Vorsitzenden des Aufsichtsorgans zu übergeben. Daneben können auch nach den Vorstellungen der BaFin – ähnlich den Vorgaben des *Basel Committee on Banking Supervision*⁵⁷⁶ – weitere anlassbezogene ad-hoc-Berichte erforderlich sein.

Inhaltlich haben die Berichte nach BT 1.2 Ziff. 9. MaComp Angaben darüber zu enthalten, ob geeignete Maßnahmen zur Behebung von Verstößen oder zur Verminderung des Risikos von Verstößen des Unternehmens oder seiner Mitarbeiter ergriffen wurden. Dies entspricht den Vorgaben des *Basel Committee on Banking Supervision*.⁵⁷⁷ Darüber hinaus müssen gem. BT 1.2 Ziff. 10. MaComp Angaben dazu enthalten sein, wie den in § 6 Abs. 1 Nr. 2 – 16 WpDPV genannten Anforderungen an das Unternehmen verfahrenstechnisch Rechnung getragen wird. Auch Ausführungen zur Angemessenheit der personellen Ausstattung und der Sachausstattung der Compliance-Funktion, zum Schriftwechsel mit den zuständigen Aufsichtsbehörden sowie zu möglicherweise aufgrund der im Berichtszeitraum gewonnenen Erkenntnisse erforderlichen Maßnahmen und Strategien sollen zum Pflicht-Inhalt der Berichte an Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan gehören.

Veranlasst die Geschäftsleitung vor der Weitergabe des Berichts an den Vorsitzenden des Aufsichtsorgans eine inhaltliche Änderung, so ist diese gem. BT 1.2 Ziff. 11. MaComp gesondert zu dokumentieren und der Vorsitzende des Aufsichtsorgans ist hierüber zu informieren.

unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 32: “[...] Further, it may be useful for the board or a committee of the board to meet with the head of compliance at least annually, as this will help the board or board committee to assess the extent to which the bank is managing its compliance risk effectively”.

576 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 18: “Senior management should, with assistance of the compliance function: [...] report promptly to the board of directors or a committee of the board on any material compliance failures (e.g. failures that may attract a significant risk of legal or regulatory sanctions, material financial loss, or loss to reputation).”

577 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 41: “[...] The reports should refer to the compliance risk assessment that has taken place during the reporting period, including any changes in the compliance risk profile based on relevant measurements such as performance indicators, summarise any identified breaches and/or deficiencies and the corrective measures recommended to address them, and report on corrective measures already taken. The reporting format should be commensurate with the bank’s compliance risk profile and activities.”

ddd. Risikoreporting in der Praxis

Die Praxis geht oftmals über die genannten Anforderungen hinaus. Das innerhalb der Geschäftsleitung mit der Compliance-Funktion betraute Mitglied erhält in der Regel – neben dem Jahresbericht an alle Mitglieder der Geschäftsleitung – quartalsweise einen Compliance-Bericht.⁵⁷⁸ Daneben hat es sich vor allem in größeren Instituten durchgesetzt, dass neben den Berichten an die Geschäftsleitung auch die Bereichsleiter die ihr Ressort betreffenden Informationen direkt erhalten, um durch Kenntnis der Risikolage diese positiv beeinflussen zu können.⁵⁷⁹

c. Beratung und Unterstützung

Als weitere Aufgabe der Compliance-Funktion sieht § 12 Abs. 3 Nr. 2 WpDVerOV die Beratung und Unterstützung der Mitarbeiter im Hinblick auf Compliance vor. Zur Erfüllung dieser Aufgabe bedient sich die Compliance-Funktion im Wesentlichen dreier Instrumente: Sie berät die Mitarbeiter persönlich in Einzelfragen. Sie schult die Mitarbeiter insgesamt im Hinblick auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und erstellt hierzu auch Handbücher und sonstige schriftliche Verhaltensregeln, auch bekannt als „code of conduct“ oder „Verhaltenskodex“.

aa. Beratung

Mit dem Bereich der Beratung – oftmals wird dies in Compliance-Fragen Rechtsberatung sein – betrachtet man das Aufgabengebiet der Compliance, welches am ehesten für die oben erörterte und letztlich aus Gründen der Notwendigkeit einer unabhängigen Compliance-Abteilung nur unter engen Voraussetzungen für zulässig zu erachtende Zusammenlegung von Compliance-Funktion und Rechtsabteilung spricht.⁵⁸⁰ Die rechtliche Beratung der Mitarbeiter des Unternehmens ist – zumindest in deutschen Banken⁵⁸¹ – althergebrachte Aufgabe der Rechtsabteilung, die nunmehr, mit der Identifizierung eines rechtlichen Risikos als Compliance-Risiko, auch in den Aufgabenbereich der Compliance-Funktion fällt.

Diese doppelte Abdeckung des Aufgabenfeldes „Rechtsberatung der Mitarbeiter“ sieht auch das *Basel Committee on Banking Supervision*, weshalb es – ohne dadurch eine zweifelsfreie organisatorische Zuordnung compliancerelevanter Rechtsberatung vorzunehmen – die Rechtsberatung durch die Rechtsabteilung auch in compliancerelevanten Rechtsfragen zulässt.⁵⁸²

578 Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 45.

579 Lösler, NZG 2005, S. 104, 108; Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 46.

580 Vgl. dazu oben „C. III. 1. e. cc. Compliance-Funktion und Rechtsabteilung“.

581 So Hauschka/Gebauer/Niermann, *Corporate Compliance*, § 36 Rn. 47.

582 Basel Committee on Banking Supervision, *Compliance and the compliance function in banks*, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 34: “Not all compliance responsibilities are necessarily carried out by a “compliance department” or a “compliance unit”. Compliance responsibilities may be exercised by staff in different departments. In some banks

C. III. Die Compliance-Funktion

Durch BT 1.2 Ziff. 5. MaComp wird die Rechtsberatung der Mitarbeiter in compliance-relevanten Rechtsfragen als Pflicht der Compliance-Funktion zugeordnet, die die Mitarbeiter im Hinblick auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der Organisations- und Arbeitsanweisungen beraten und unterstützen muss.

Die Praxis tendiert in Deutschland dazu, die Compliance-Funktion und die Rechtsabteilung fachlich und organisatorisch eng miteinander zu verflechten,⁵⁸³ wobei aus rechtlicher Sicht, zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Compliance-Funktion die genannten Maßnahmen wie funktionierende chinese walls und gegebenenfalls auch die Beschäftigung separaten Personals erforderlich sind.⁵⁸⁴ Dabei ist für die weitere Zuordnung der Beratungsaufgabe an Personal der Compliance-Funktion oder der Rechtsabteilung entscheidend, in welchem Rechtsgebiet der Schwerpunkt der Beratung liegt, da die Compliance-Funktion aufgrund ihres sonstigen Aufgabengebiets beispielsweise im Aufsichtsrecht über detaillierte Kenntnisse verfügt, während für eine allgemeine zivilrechtliche Fragestellung die Rechtsabteilung als geeigneterer Ansprechpartner erscheint.⁵⁸⁵

Neben der Beratung in rechtlichen Fragen berät die Compliance-Funktion die Mitarbeiter des Unternehmens teilweise auch in geschäftspolitischen Fragen sowie in Fragen, die für die Reputation der Bank eine Rolle spielen.⁵⁸⁶ Die Information der Öffentlichkeit kann etwa aus geschäftspolitischen Gründen sowie aus Gründen der Reputation des Unternehmens notwendig werden, um den Verdacht von Interessenkonflikten zu zerstreuen, selbst wenn aus kapitalmarktrechtlicher Sicht keine Informationspflicht bestanden hat.⁵⁸⁷

bb. Schulung

Mitarbeiterschulungen durch die Compliance-Funktion sind die präventive Seite der Beratungstätigkeit, wobei sich deren Notwendigkeit nicht zwingend aus dem Gesetz ergibt. Anknüpfungspunkt ist die von § 12 Abs. 3 Nr. 2 WpDVerOV geforderte „Unterstützung“ der Mitarbeiter bei der Einhaltung der geltenden Bestimmungen. Zur Umsetzung dieser Vorgabe sind Compliance-Schulungen ein geeignetes Mittel. Ziel sind die Schärfung des

for example, legal and compliance may be separate departments; the legal department may be responsible for advising management on the compliance laws, rules and standards and for preparing guidance to staff, while the compliance department may be responsible for monitoring compliance with the policies and procedures and reporting to management. [...]”.

583 So Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 47.

584 Vgl. dazu oben „C. III: 1. e. cc. Compliance-Funktion und Rechtsabteilung“.

585 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 47.

586 So erwähnt auch das Basel Committee on Banking Supervision, dass Compliance über rein rechtliche Fragen hinausgeht und unter anderem auch ethische Verhaltensweisen umfassen kann: Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 5: „Compliance laws, rules and standards have various sources, including primary legislation, rules and standards issued by legislators and supervisors, market conventions, codes of practice promoted by industry associations, and internal codes of conduct applicable to the staff members of the bank. For the reasons mentioned above, these are likely to go beyond what is legally binding and embrace broader standards of integrity and ethical conduct.“; Hauschka, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 103, 106.

587 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 48; Gebauer, Handbuch Investor Relations, S. 505, 532.

Problembewusstseins sowie die Vermittlung von Kenntnissen, um einen Verstoß gegen die geltenden Gesetze und Regeln gar nicht erst zustande kommen zu lassen.⁵⁸⁸

BT 1.2 Ziff. 5. MaComp verpflichtet die Compliance-Funktion zu regelmäßigen und zu anlassbezogenen Mitarbeiterschulungen, wobei die Rolle der Compliance-Funktion entweder die Unterstützung der operativen Bereiche bei der Durchführung oder die eigene Durchführung der Schulung ist. Gegenstand der Schulungen sollen insbesondere gesetzliche Neuerungen, neu erlassene BaFin-Verlautbarungen und andere Änderungen der aufsichtsrechtlichen Anforderungen sowie die daraus resultierenden Verhaltensregeln für die Mitarbeiter und die notwendigen Änderungen der Unternehmensorganisation und der Organisations- und Arbeitsanweisungen des Unternehmens sein.

In der Praxis werden diese Schulungen in größeren Unternehmen von der Compliance-Funktion selbst organisiert und abgehalten, während sich kleinere Unternehmen hierzu oftmals externer Anbieter bedienen. Denkbar sind dabei sowohl Präsenzveranstaltungen als auch computer-basierte Schulungen, die die Mitarbeiter im Selbststudium durchlaufen. Die Teilnahme an solchen Schulungen sollte regelmäßig erfolgen und es sollte Nachweis über die Teilnahme der einzelnen Mitarbeiter geführt werden.⁵⁸⁹

cc. Handbücher, Anweisungen und sonstige schriftliche Verhaltensregeln

Neben der direkten präventiven Ansprache der Mitarbeiter durch Schulungen wird die Compliance-Funktion hinsichtlich der Einhaltung der Regeln und Gesetze durch die Mitarbeiter auch in Form der Erstellung von Handbüchern und sonstiger schriftlicher Verhaltensregeln präventiv tätig.⁵⁹⁰

Entsprechend den Anforderungen, die die MaComp in BT 1.2 Ziff. 2. formulieren, ist es Aufgabe der Compliance-Funktion, die Erstellung und die Weiterentwicklung der internen Organisations- und Arbeitsanweisungen, die eine Compliance-Relevanz aufweisen, zu begleiten. Die Hinzuziehung der Compliance-Funktion muss dabei frühestmöglich erfolgen, um sicherzustellen, dass die Organisations- und Arbeitsanweisungen geeignet sind, Gesetzesverstöße zu verhindern.

Mit der Mitwirkung an der Erstellung der Organisations- und Arbeitsanweisungen ist gem. BT 1.2 Ziff. 7. Abs. 1 MaComp die Aufgabe der Compliance-Funktion nicht abgeschlossen. Vielmehr ist die Compliance-Funktion auch nach Abschluss der Erstellung verpflichtet, die Angemessenheit und Wirksamkeit der erstellten Anweisungen regelmäßig zu überwachen

588 *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 73.

589 Zur praktischen Handhabung von Compliance-Schulungen *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 51.

590 *Kort*, NZG 2008, S. 81, 85; *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 53; so auch Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 36: „The compliance function should assist senior management in: [...] establishing written guidance to staff on the appropriate implementation of compliance laws, rules and standards through policies and procedures and other documents such as compliance manuals, internal codes of conduct and practice guidelines.”

und zu bewerten. Rein tatsächlich kann dies sowohl auf Grundlage aggregierter Risikomessungen als auch auf Grundlage von durch die Compliance-Funktion selbst durchgeführten Vor-Ort-Prüfungen geschehen. Welches Prüfungsinstrument die Compliance-Funktion dabei einsetzt, ist gem. BT 1.2 Ziff. 7. Abs. 1 MaComp vom Compliance-Beauftragten zu entscheiden und in prüfungstechnisch nachvollziehbarer Weise zu begründen und zu dokumentieren. Die Überwachungshandlungen der Compliance-Funktion sind gem. BT 1.2 Ziff. 7. Abs. 2 MaComp unter Berücksichtigung der Prüfungshandlungen der Risikomanagementfunktion und der internen Revision durchzuführen. Im Unterschied zu den Prüfungshandlungen der internen Revision sollen die Prüfungshandlungen der Compliance-Funktion kontinuierlich und zwar entweder prozessbegleitend oder zumindest zeitnah durchgeführt werden.

Sofern die Compliance-Funktion durch die Überprüfungen Defizite in den aufgestellten Grundsätzen und Vorkehrungen feststellt, hat sie gem. BT 1.2 Ziff. 8. MaComp die notwendigen Maßnahmen zu ermitteln, hierüber die Geschäftsleitung zu informieren und auch die Implementierung dieser Maßnahmen zu überwachen und zu bewerten, um die bestehenden Defizite zu beheben.

Inhaltlich sind neben den Anweisungen, die an die Mitarbeiter des Unternehmens insgesamt adressiert sind, gem. BT 1.1.2 Ziff. 6. MaComp auch die der Compliance-Funktion zugewiesenen Aufgaben und Kompetenzen – d.h. sowohl Zuständigkeiten, als auch die Befugnisse – festzuhalten. Diese Dokumentationspflicht betrifft sowohl die gesetzlich, als auch die unternehmensorganisatorisch der Compliance-Funktion zugewiesenen Aufgaben, und beinhaltet für den Fall von Änderungen der entsprechenden Regelungen eine Pflicht zur zeitnahen Anpassung in den Arbeits- und Organisationsanweisungen des Unternehmens.

d. Weitere Aufgaben der Compliance-Funktion nach den MaComp

Die BaFin sieht in den MaComp weitere Aufgabengebiete der Compliance-Funktion vor, die nicht ohne Weiteres ihren „klassischen“ Aufgaben Überwachung und Beratung zuzuordnen sind:

BT 1.2 Ziff. 3. MaComp

[...]

- Ermittlung der Kriterien zur Bestimmung der Compliance-Relevanz der Mitarbeiter,
- Prozesse zur Ausgestaltung und Prüfung neuer Produkte,⁵⁹¹
- Erschließung neuer Geschäftsfelder, Dienstleistungen, Märkte oder Handelsplätze im Bereich der Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen,
- Festlegung der Grundsätze für Vertriebsziele und Bonuszahlungen für Mitarbeiter im Bereich der Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen; ist das Wertpapierdienstleistungsunternehmen ein Tochterunternehmen einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland, das diesbezüglich Vorgaben von dieser Gesellschaft erhält, so prüft die Compliance-Funktion, ob die Vorgaben des Mutterunternehmens mit den deutschen aufsichtsrechtlichen Vorgaben im Einklang stehen,

591 Vgl. oben „C. III. 3. b. aa. Risikobewertung“.

C. III. Die Compliance-Funktion

- Einrichtung verschiedener Vertraulichkeitsbereiche,
- Ausgestaltung der Prozesse zur Überwachung der Mitarbeitergeschäfte im Unternehmen,
- Festlegung der Grundsätze zur bestmöglichen Auftragsausführung und gegebenenfalls Grundsätze zur Weiterleitung bei Ausführung durch ein drittes Unternehmen,
- Kommunikation mit Handelsüberwachungsstellen der Börsen und Aufsichtsbehörden, soweit diese Compliance-Relevanz aufweist.

Insgesamt soll die Compliance-Funktion nach den Vorstellungen der BaFin gem. BT 1.2 Ziff. 3. aE MaComp in allen Bereichen, die eine Compliance-Relevanz aufweisen können, frühestmöglich eingebunden werden, ohne dass diese Einbindung die im jeweiligen Bereich verantwortliche Stelle des Unternehmens von ihrer Verantwortung entbinden würde. Allgemein soll hiermit sichergestellt werden, dass das Unternehmen über eine wirksame Compliance-Funktion verfügt. Je eher die Einbeziehung erfolgt, desto eher ist es für die Compliance-Funktion auch möglich, Risiken und Verstöße zu identifizieren, sodass das Unternehmen „gegensteuern“ kann. BT 1.2 Ziff. 3. MaComp erwähnt in diesem Zusammenhang unter anderem Interventionsrechte bei Produktgenehmigungsprozessen, was in eine ähnliche Richtung zielt, wie das Verständnis des *Basel Committee on Banking Supervision*, wonach die Beteiligung der Compliance-Funktion an der Produktentwicklung bis hin zur Mitgliedschaft im Neuprodukt-Genehmigungsausschuss ratsam ist.⁵⁹² Die BaFin geht hier demgegenüber allerdings offenbar von einer Pflicht der Compliance-Funktion zur prozessbegleitenden Tätigkeit aus, was in der Konsultationsphase des MaComp-Entwurfs bereits auf Kritik gestoßen ist.⁵⁹³ Diese Kritik wird gestützt von der Begründung des Bundesfinanzministeriums zu § 12 Abs. 3 WpDVerOV, nach der die Compliance-Funktion ebenfalls bereits im Vorfeld der Kontrolle, d.h. prozessbegleitend, eingebunden werden „kann“ und damit im Umkehrschluss nicht eingebunden werden muss.⁵⁹⁴

592 Vgl. oben „C. III. 3. b. aa. Risikobewertung“; Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 37, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010): “The compliance function should, on a pro-active basis, identify, document and assess the compliance risks associated with the bank’s business activities, including the development of new products and business practices, the proposed establishment of new types of business or customer relationships, or material changes in the nature of such relationships. If the bank has a new products committee, compliance function staff should be represented on the committee.”; Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 40.

593 Gemeinsame Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR) und des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zum MaComp-Entwurf vom 12.2.2010, Teil2 S.10., 34f., abrufbar unter http://www.bafin.de/cln_152/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_17_09_stn_BVR-DSGV_20Teil_202,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709_stn_BVR-DSGV%20Teil%202.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

594 Begründung des Bundesfinanzministeriums zur WpDVerOV vom 1.10.2007, S. 17, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_3380/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Geld_und_Kredit/Aktuelle_Gesetze/WpDVerOV_20-20Begr_C3_BCndung_20-201.10.07,templateId=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

4. Möglichkeit des Outsourcing der Compliance-Funktion (oder Compliance-Organisation)

Nachdem die Compliance-Organisation im Allgemeinen und die Compliance-Funktion im Speziellen nunmehr hinsichtlich ihrer Stellung innerhalb des Unternehmens, sowie hinsichtlich ihrer Aufgaben umschrieben wurden, stellt sich die Frage, ob mit der Gewährleistung von Compliance, d.h. hier mit der Wahrnehmung der Aufgaben der Compliance-Organisation ein Dritter beauftragt werden kann. Hier ist zwischen einer Compliance-Organisation, an die keine gesetzlichen Organisationsanforderungen gestellt werden und der Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG zu unterscheiden:

a. Outsourcing der Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG

Gegen ein solches Outsourcing spricht – betrachtet man Compliance insgesamt und nicht ausschließlich die organisatorische Einheit der Compliance-Funktion –, dass die Unternehmenscompliance zur Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung gehört⁵⁹⁵ und daher nicht delegationsfähig ist.⁵⁹⁶

Lenkt man das Augenmerk allerdings auf die Compliance-Funktion selbst, so ist zunächst zu konstatieren, dass durch deren Auslagerung die Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung nicht berührt würde. Diese bliebe weiterhin für die Unternehmenscompliance verantwortlich, sodass die Nicht-Delegierbarkeit von Leitungsaufgaben nicht gegen eine Auslagerung der Compliance-Funktion spricht. Vergleichbar wäre eine solche Konstruktion mit der aufsichtsrechtlich zulässigen Auslagerung der Innenrevision, die allerdings nur unter der Voraussetzung möglich und zulässig ist, dass Lenkung und Kontrolle der Revision bei der Geschäftsleitung des Unternehmens verbleiben und außerdem ein Revisions-Beauftragter benannt wird.⁵⁹⁷

Übertragen auf eine mögliche Auslagerung der Compliance-Funktion bedeutet dies, dass der nach § 12 Abs. 4 WpDVerOV zu benennende Compliance-Beauftragte auch bei einer Auslagerung der Compliance-Funktion im Unternehmen selbst anzusiedeln ist.⁵⁹⁸ Darüber hinaus muss gewährleistet sein, dass die Geschäftsleitung des Unternehmens weiterhin die grundlegenden Entscheidungen selbst trifft, indem ihr entsprechende Leitungs-, Eingriffs- und Kontrollrechte verbleiben.⁵⁹⁹ Übertragbar an Dritte sind damit lediglich Durchführungsmaßnahmen.⁶⁰⁰ Dies alles entspricht zugleich den Vorgaben des *Basel*

595 Vgl. oben „C. I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung“.

596 Speziell zur Delegation der Compliance-Aufgabe: *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912; *Hauschka/Bürkle*, Corporate Compliance, § 8 Rn. 57 ff.; allgemein zur Frage der Delegation von Leitungsaufgaben vgl. nur *GroßKommAktG/Kort* § 76 Rn. 34, 49 f.; *Kölner KommAktG/Mertens/Cahn* § 76 Rn. 45; *MünchKommAktG/Spindler* § 76 Rn. 19.

597 *MaRisk* AT 9 Nr. 8; *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912 f.

598 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 913.

599 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 913; *Hauschka/Bürkle*, Corporate Compliance, § 8 Rn. 58.

600 *Hauschka/Bürkle*, Corporate Compliance, § 8 Rn. 58.

*Committee on Banking Supervision.*⁶⁰¹

Auch die MaComp sehen – allerdings ohne weitere Ausführungen zu den Voraussetzungen – ein Outsourcing der Compliance-Funktion grundsätzlich als möglich an, indem in BT 1.1.1 Ziff. 2. Abs. 3 MaComp für den Fall, dass aufgrund der Größe des Unternehmens⁶⁰² keine gesonderte Compliance-Funktion einzurichten ist, auch die Auslagerung der Compliance-Funktion auf Dritte als angemessene Lösung angesehen wird.⁶⁰³

Kehrseite des Outsourcing der Compliance-Funktion an einen Dritten ist, dass diesem Dritten auch sämtliche der geschilderten Kompetenzen einer Compliance-Funktion⁶⁰⁴ zur Verfügung stehen müssen, da anderenfalls die Erfüllung der von § 12 Abs. 3 WpDVerOV vorgesehenen Aufgaben der Compliance-Funktion nicht möglich wäre.⁶⁰⁵ Findet das Outsourcing der Compliance-Funktion innerhalb eines Konzerns an ein anderes Konzernunternehmen statt, so gilt dies auch dort,⁶⁰⁶ die Compliance-Funktion ist stets mit den hier geschilderten Kompetenzen⁶⁰⁷ auszustatten, unabhängig davon, ob sie im Unternehmen selbst, bei einem anderen Konzernunternehmen oder bei einem vollkommen außenstehenden Dritten angesiedelt wird.

b. Outsourcing der Compliance-Organisation

Handelt es sich nicht um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, ist also keine Compliance-Funktion im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG, sondern eine hinsichtlich ihrer Ausgestaltung gesetzlich nicht näher präzierte Compliance-Organisation einzurichten, so ist das Outsourcing dieser Organisation in der Regel⁶⁰⁸ an weniger strenge Bedingungen geknüpft, da insbesondere § 12 Abs. 4 WpDVerOV und die

601 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Principle 10: Outsourcing: “[...] Specific tasks of the compliance function may be outsourced, but they must remain subject to appropriate oversight by the head of compliance.”, Ziff. 50: “A bank should ensure that any outsourcing arrangements do not impede effective supervision by its supervisors. Regardless of the extent to which specific tasks of the compliance function are outsourced, the board of directors and senior management remain responsible for compliance by the bank with all applicable laws, rules and standards.”; Zur bei der Geschäftsleitung trotz Outsourcing verbleibenden Verantwortung auch IOSCO, Compliance Function at Market Intermediaries Final Report, abrufbar unter www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD214.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), S. 21 Topic 8 Outsourcing of the Compliance Function: “Some market intermediaries may consider outsourcing certain compliance tasks to third party service providers. The market intermediaries, however, still retain full legal liability and accountability to the regulator for any and all functions or tasks that they outsource to a service provider. [...]”.

602 Oder aufgrund anderer Umstände betreffend das jeweilige Unternehmen, vgl. hierzu „C. III. 1. d. bb. Organisatorische Unabhängigkeit“.

603 Vgl. Engelhart, ZIP 2010, S. 1832, 1837.

604 Vgl. oben „C. III. 1. b. Kompetenzen“.

605 Spindler, WM 2008, S. 905, 913.

606 Spindler, WM 2008, S. 905, 913; Vgl. hierzu ausführlich unten „D. IV. 2. Outsourcing der Compliance-Funktion im Konzern“.

607 Vgl. oben „C. III. 1. b. Kompetenzen“.

608 Es sei denn, das Unternehmen muss sich im Einzelfall dennoch an den Regelungen des WpHG und der WpDVerOV als „best practice“ für den Bankensektor orientieren.

Verpflichtung zur Ansiedlung eines Compliance-Beauftragten innerhalb des Unternehmens nicht anwendbar ist. Andererseits ist die Unternehmens-Compliance auch im Nicht-Wertpapierdienstleistungsunternehmen von der Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung umfasst und damit grundsätzlich nicht delegierbar. Auch beim Outsourcing einer Compliance-Organisation, die nicht den Vorgaben von § 33 WpHG und § 12 WpDVerOV unterliegt, müssen der Geschäftsleitung daher Leitungs-, Eingriffs- und Kontrollrechte verbleiben, womit auch in diesem Fall lediglich Durchführungsmaßnahmen an Dritte übertragbar sind.⁶⁰⁹ Wie in allen Bereichen einer Compliance-Organisation hat die Geschäftsleitung aber insgesamt betrachtet auch beim Outsourcing einen größeren Ermessensspielraum, als wenn es sich um eine Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG handeln würde.

5. Einrichtung einer Whistleblower-Hotline

Ein häufig im Zusammenhang mit einer Compliance-Organisation genannter Begriff ist der des Whistleblowers bzw. der Whistleblower-Hotline, sodass sich die Frage stellt, ob Banken die Möglichkeit des Whistleblowing organisatorisch innerhalb ihres Compliance-Systems einbinden können oder möglicherweise sogar müssen.

a. Aufgabe und Tätigkeit einer Whistleblower-Hotline

Ihren Ursprung finden die sogenannten Whistleblower-Hotlines in sec. 802 i.V.m. sec. 301 Sarbanes-Oxley Act,⁶¹⁰ der von Unternehmen verlangt, Verfahren zur Entgegennahme, Speicherung und Bearbeitung von Mitarbeiterbeschwerden einzurichten, die fragwürdige Rechnungslegungsmethoden betreffen. Diese Verpflichtung trifft dabei nicht nur börsennotierte US-Unternehmen, sondern ebenso deren Unternehmenstöchter außerhalb der USA sowie jedes Nicht-US-Unternehmen, welches an der US-Börse notiert ist.⁶¹¹ Nachdem zur Zeit des Inkrafttretens des Sarbanes-Oxley Act das sog. dual-listing, d.h. in diesem Fall die Börsennotierung sowohl an der deutschen als auch der US-amerikanischen Börse zur Erreichung eines größeren Anlegerkreises recht verbreitet war, sahen sich auch vermehrt deutsche Unternehmen diesen Anforderungen ausgesetzt, sodass auch hierzulande verbreitet Whistleblower-Hotlines eingerichtet wurden, welche heute insoweit über die Anforderungen des Sarbanes-Oxley Act hinausgehen, als nicht nur Beschwerden über fragwürdige Rechnungslegungsmethoden, sondern allgemein über mögliche Gesetzesverstöße an die Hotline gerichtet werden können.

Die Whistleblower-Hotline ist damit eine Stelle des Unternehmens, an die sich der Whistleblower, also derjenige Mitarbeiter, der einen seines Erachtens meldewürdigen

609 S. Fn. 599; dies empfehlen bzw. verdeutlichen auch für eine „einfache“ Compliance-Organisation das *Basel Committee on Banking Supervision* und *IOSCO*, vgl. Fn. 601.

610 Sarbanes-Oxley Act of 2002, abrufbar unter <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

611 Sieg, FS Buchner, 2009, S. 859, 866; *Tinnefeld/Rauhofer*, DuD 2008, S. 717, 718; v. *Zimmermann*, WM 2007, S. 1060 f.; *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, S. 1567.

Vorgang oder ein meldewürdiges Verhalten eines anderen Mitarbeiters entdeckt hat, wenden kann, um davon zu berichten. Dem Hinweis wird dann von den Mitarbeitern der Whistleblower-Hotline, d.h. von Mitarbeitern der Compliance-Organisation unter Leitung des Compliance Officers weiter nachgegangen und gegebenenfalls, sollte die Information substantiiert sein, wird eine entsprechende Meldung an die Unternehmensleitung weitergegeben.⁶¹²

b. Zulässigkeit von Whistleblower-Hotlines nach deutschem Recht

Die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline ist unstreitig im Ergebnis zulässig,⁶¹³ jedoch zugleich Gegenstand einer vor allem datenschutzrechtlich und auch ethisch geprägten Diskussion. Dies ist verständlich, denn bei der Whistleblower-Hotline laufen hochsensible Daten auf, die noch dazu in Einzelfällen bloßem Denunziantentum entspringen können. Es ist daher größtmöglicher Datenschutz zu gewährleisten, um sowohl den Whistleblower als auch die möglicherweise in einer solchen Meldung genannten Personen zu schützen und auch um möglicherweise vorhandenen Denunzianten aufzuzeigen, dass ein ungerechtfertigter Vorwurf nicht zum öffentlichen „Denunzierungserfolg“ führen kann.⁶¹⁴

c. Pflicht zur Einrichtung einer Whistleblower-Hotline gem. § 33 WpHG

Von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Whistleblower-Hotline und der daraus selbstverständlich folgenden Möglichkeit, diese in eine Compliance-Organisation im Allgemeinen und auch in die Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV im Speziellen zu integrieren, ist die jüngst aufgeworfene Frage zu unterscheiden, ob die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline im Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG obligatorisch ist.⁶¹⁵

Eine wirksame Compliance-Funktion ist auf einen ständigen und umfassenden Informationsfluss angewiesen, weshalb ihr auch die zur Erlangung dieser Informationen notwendigen Befugnisse zuzugestehen sind.⁶¹⁶ Die Notwendigkeit, darüber hinaus ein (zumindest teilweise anonymisiertes) Verfahren einzurichten, um Mitarbeitern die Möglichkeit der Weitergabe compliance-relevanter Informationen zu ermöglichen besteht nicht allgemein. Gegen eine allgemeine Pflicht zur Einrichtung einer solchen Hotline, der man zugestehen muss, dass sie die Effizienz der Compliance-Funktion zu steigern vermag, spricht der Anspruch der „Verdächtigen“ auf rechtliches Gehör, dem bei anonymer Anzeige gegenüber der Whistleblower-Hotline nicht Genüge getan wird.⁶¹⁷ Eine Pflicht zur Einrichtung einer Whistleblower-Hotline kann sich daher nur im Einzelfall ergeben, wenn etwa Anhaltspunkte für ständige Rechtsverletzungen vorliegen, die durch

612 Zu den Einzelheiten *Sieg*, FS Buchner, 2009, S. 859, 866 ff.

613 *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 161.

614 Ein Beispiel, wie dies gewährleistet werden kann, findet sich bei *Sieg*, FS Buchner, 2009, S. 859, 867 f.

615 *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 161.

616 „C. III. 1. b. Kompetenzen der Compliance-Funktion“.

617 *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 162.

die Herstellung der Möglichkeit einer anonymen Anzeige verhindert werden könnten. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 enthält hingegen keine allgemeingültige Pflicht zur Einrichtung einer Whistleblower-Hotline.⁶¹⁸

d. Ergebnis

Die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline und deren Integration in die Compliance-Funktion sind rechtlich zulässig, eine allgemeine Pflicht hierzu besteht jedoch nicht.

IV. Der Compliance-Beauftragte

Der „Chef“ der beschriebenen Compliance-Funktion ist der Compliance-Beauftragte. Außerhalb des Geltungsbereichs von § 12 Abs. 4 WpDVerOV, also sofern es sich nicht um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen handelt, ist die Person, die die unternehmensinterne Compliance-Abteilung leitet, auch als Head of Compliance, Compliance Officer oder Chief Compliance Officer (CCO)⁶¹⁹ bekannt. Die untenstehenden Ausführungen beziehen sich dabei wiederum schwerpunktmäßig auf den Compliance-Beauftragten i.S.d. § 12 Abs. 4 WpDVerOV. Sofern ein Unternehmen kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist, sind die Rechte und Pflichten sowie die Stellung des Leiters seiner Compliance-Abteilung nicht in vergleichbarer Weise geregelt, wobei zumindest eine Orientierung an den Regelungen zum Compliance-Beauftragten gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV in Betracht kommt und im Einzelfall sinnvoll sein kann.

1. Der Compliance-Beauftragte gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV und den BCBS-Empfehlungen

§ 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV verpflichtet ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen zur Benennung eines Compliance-Beauftragten mit zwei Verantwortlichkeitsbereichen: Der Compliance-Beauftragte ist verantwortlich für die Compliance-Funktion und für die von § 33 Abs. 1 Nr. 5 WpHG vorgeschriebenen Compliance-Berichte an Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan.⁶²⁰

Nach den Vorgaben des *Basel Committee on Banking Supervision* hat der Head of Compliance die Aufgabe, die Identifizierung und den Umgang mit den Compliance-Risiken der Bank zu koordinieren und die Tätigkeit des übrigen Compliance-Personals zu beaufsichtigen. Er trägt hierfür die uneingeschränkte Verantwortung.⁶²¹

618 So auch Casper, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 162.

619 Entsprechend wird in diesen Unternehmen der Begriff Compliance Officer (CO) teilweise für einen Mitarbeiter verwendet, der mit Compliance-Aufgaben betraut, jedoch nicht für die Compliance-Abteilung insgesamt verantwortlich ist.

620 Vgl. hierzu „C. III: 3. b. bb. Risikoreporting“.

621 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 24: “Each bank should have an executive or senior staff member with overall responsibility for co-ordinating the

2. Die erforderliche Qualifikation des Compliance-Beauftragten

Zur Erfüllung der ihm durch § 12 Abs. 4 WpDVerOV auferlegten Aufgabe der Verantwortung für die Compliance-Funktion, muss der Compliance-Beauftragte – wie die übrigen Compliance-Mitarbeiter⁶²² – über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen. Dies ergibt sich – zumindest mittels des argumentum a maiore ad minus – aus § 12 Abs. 4 WpDVerOV, der hinsichtlich der „mit der Compliance-Funktion betrauten Personen“ vorschreibt, dass diese entsprechend qualifiziert sein müssen. Interpretiert man den Personenkreis der „mit der Compliance-Funktion betrauten Personen“ richtigerweise so, dass damit auch der Compliance-Beauftragte gemeint ist, so ergibt sich das Erfordernis entsprechender Qualifikation für Compliance-Beauftragten und Compliance-Mitarbeiter unmittelbar aus § 12 Abs. 4 WpDVerOV. Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass der Compliance-Beauftragte nicht Angehöriger dieses Personenkreises ist, so müsste man im Rahmen des Erst-Recht-Schlusses dennoch davon ausgehen, dass gerade die Person, die für die Compliance-Funktion insgesamt verantwortlich ist, mindestens ebenso qualifiziert sein muss, wie die ansonsten mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter.

Die MaComp stellen grundsätzlich an den Compliance-Beauftragten die gleichen fachlichen Anforderungen wie an die übrigen Compliance-Mitarbeiter.⁶²³ Höhere Anforderungen sollen gem. BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp dann gelten, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, dessen Mitarbeiter regelmäßig Zugang zu compliance-relevanten Informationen i.S.v. AT 6.1 MaComp, d.h. zu Insiderinformationen oder anderen vertraulichen Informationen haben.⁶²⁴ Der Compliance-Beauftragte eines solchen Wertpapierdienstleistungsunternehmens soll grundsätzlich gem. BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp über die folgenden zusätzlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen:

BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp

[...]

- Kenntnisse sämtlicher im Unternehmen bestehender Geschäftsfelder im Bereich der Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenendienstleistungen sowie deren immanente Risiken,
- Kenntnisse zur Handelsüberwachung,
- Berufserfahrung im Bereich der Erbringung von Wertpapierdienst- und –nebenendienstleistungen, hierzu kann auch eine Tätigkeit im Bereich einer Rechtsabteilung, Internen Revision oder Marktfolge-Abteilung zählen.

In der Praxis werden die Mitarbeiter der großen Wertpapierdienstleistungsunternehmen

identification and management of the bank's compliance risk and for supervising the activities of other compliance function staff. [...]"

622 Vgl. hierzu „C. III. 1. c. bb. Qualität der Compliance-Mitarbeiter“.

623 Vgl. hierzu „C. III. 1. c. bb. Qualität der Compliance-Mitarbeiter“; Engelhart, ZIP 2010, S. 1832, 1838; Kuthel/Zipperle, Corporate Finance Law 2010, S. 337, 339 f.; Niermann, ZBB 2010, S. 400, 424 f.

624 AT 6.1 Abs. 2 MaComp: „[...] Als Insiderinformation gem. § 13 WpHG sind insbesondere Kenntnisse über die im Emittentenleitfaden in Kapitel IV 2.2.4., S. 56 – 57 aufgeführten Sachverhalten anzusehen, sofern sie im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens geeignet sind, den Kurs/Börsenpreis eines Finanzinstruments erheblich zu beeinflussen. Des Weiteren ist als compliance-relevante Information die Kenntnis von Kundenaufträgen anzusehen, die durch den Abschluss von Eigengeschäften des Unternehmens oder Mitarbeitergeschäften zum Nachteil des Kunden verwendet werden kann (Vor-, Mit- oder Gegenlaufen).“

regelmäßig Zugang zu den von AT 6.1 MaComp genannten compliance-relevanten Informationen haben. In kleineren Unternehmen ist es hingegen denkbar, dass keine compliance-relevanten Informationen auflaufen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich im Leitungs-, sowie im Überwachungsorgan keine Mandatsträger von Wertpapieremittenten befinden, wenn das Unternehmen nicht selbst an der Börse handelt und keine Platzierungsgeschäfte mit Insiderpapieren selbst oder als Teil eines Konsortiums betreibt, die Bereiche Kommissions-, Eigenhandels- und Vermögensverwaltungsgeschäft sowie sonstige Geschäftsfelder nicht so ausgestaltet sind, dass hieraus wiederkehrend compliance-relevante Tatsachen resultieren können, das Unternehmen keinen Analyse-/Research-Bereich (weder intern, noch ausgelagert) unterhält, keine Produktentwicklung von Finanzinstrumenten betrieben wird und entweder keine Geschäftsbeziehungen zu Wertpapieremittenten unterhalten werden oder dem Unternehmen aus diesen Geschäftsbeziehungen keine compliance-relevanten Informationen zufließen. Die strengeren Anforderungen von BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp werden damit vorrangig auf die großen Wertpapierdienstleistungsunternehmen bzw. deren Compliance-Beauftragte anwendbar sein, während derartige compliance-relevante Tatbestände bei kleineren Unternehmen wie beispielsweise der Mehrzahl der Sparkassen und Genossenschaftsbanken zumindest seltener vorkommen werden. Der Verzicht auf die Erfüllung der Anforderungen nach BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp ist dabei allerdings für die Bank nicht ohne Risiko, denn die Frage, wann die Mitarbeiter einer Bank regelmäßig Zugang zu compliance-relevanten Informationen haben, ist derzeit – auch im Lichte der MaComp – nicht abschließend geklärt, sodass die Regelung der Rechtssicherheit in der Anwendung der MaComp durch die Banken nicht unbedingt zuträglich ist.⁶²⁵ Es besteht die Gefahr, dass sich auch kleinere Banken, genötigt sehen, die Anforderungen zu erfüllen, was mit dem in § 33 Abs. 1 Satz 3 WpHG festgelegten Proportionalitätsgrundsatz nur schwer zu vereinbaren wäre.⁶²⁶

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts⁶²⁷ knüpft in § 34d Abs. 3 WpHG-E

625 Die Regelung wird auch darüber hinaus kritisiert. So sei bereits die Differenzierung zwischen „Basis-Compliance“ (sofern die Mitarbeiter nicht regelmäßig Zugang zu compliance-relevanten Informationen haben) und „Erweiterter Compliance“ mit der geltenden Fassung von WpHG und WpDVerOV nicht zu vereinbaren, da auch die „compliance-relevanten Informationen“ in AT 6.1 unter den Oberbegriff des „Interessenkonflikts“ zu fassen seien, wodurch die Alternative des „regelmäßigen Zugangs zu compliance-relevanten Informationen“ hinfällig sei. Gemeinsame Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR) und des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zum MaComp-Entwurf vom 12.2.2010, Teil 2 S. 12 f., 25, abrufbar unter

http://www.bafin.de/cln_152/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_1709_stn_BVR-DSGV_20Teil_202,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709_stn_BVR-DSGV%20Teil%202.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

626 Dies kritisieren auch BVR und DSGV grundsätzlich am von der BaFin in den MaComp verwendeten System der Öffnungsklauseln, welches ebenfalls den Proportionalitätsgrundsatz nicht ausreichend berücksichtige. Gemeinsame Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR) und des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zum MaComp-Entwurf vom 12.2.2010, Teil 2 S.6, abrufbar unter

http://www.bafin.de/cln_152/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_1709_stn_BVR-DSGV_20Teil_202,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709_stn_BVR-DSGV%20Teil%202.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

627 RegE Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz, BT-Drs. 17/3628 v. 8.11.2010.

an die Anforderungen der MaComp an⁶²⁸ und fordert Sachkunde und Zuverlässigkeit für die Person des Compliance-Beauftragten. Diese recht unbestimmten Anforderungen werden nach der Konzeption des Diskussionsentwurfs⁶²⁹ ergänzt durch die WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung (WpHGMAAnzV), die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 die erforderlichen Fachkenntnisse auflistet:

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 WpHGMAAnzV-E:

- a) Kenntnisse über die Grundzüge der Organisation und Zuständigkeiten der Bundesanstalt,
- b) Kenntnisse über sämtliche durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen erbrachten Arten von Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen sowie der ihnen innewohnenden Risiken,
- c) Fundierte Kenntnisse der Funktionsweisen und Risiken der Finanzinstrumente, in denen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen Wertpapierdienstleistungen erbringt,
- d) Kenntnisse möglicher Interessenkonflikte und ihrer Ursachen und
- e) Kenntnisse verschiedener Ausgestaltungsmöglichkeiten von Vertriebsvorgaben sowie der Aufbau- und Ablauforganisation des Wertpapierdienstleistungsunternehmens und von Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Allgemeinen.

Diese Sachkunde muss nachgewiesen werden, wobei der Nachweis ausweislich § 3 Abs. 2 WpHGMAAnzV-E durch Abschluss- oder Arbeitszeugnisse, Stellenbeschreibungen etc. erbracht werden kann. Der Kreis der Nachweismöglichkeiten wird durch § 4 WpHGMAAnzV-E erweitert, wonach auch der Abschluss eines Studiums der Rechtswissenschaft, der Abschluss eines Studiums der Betriebswirtschaftslehre (hier gelten weitergehende Anforderungen, vgl. § 4 Nr. 1 lit. b) WpHGMAAnzV-E) sowie der Abschluss als Bank- oder Sparkassenbetriebswirt einer Bank- oder Sparkassenakademie anerkannte Nachweise der erforderlichen Sachkunde darstellen. Stets muss der formelle Nachweis der Sachkunde gem. § 3 Abs. 2 WpHGMAAnzV-E aE jedoch durch das tatsächliche Vorhandensein der in § 3 Abs. 1 WpHGMAAnzV-E genannten Kenntnisse begleitet werden. Die Voraussetzungen der Zuverlässigkeit und der geordneten Lebensverhältnisse werden von den §§ 6 und 7 WpHGMAAnzV-E aufgegriffen und konkretisiert.

Eine Ermächtigung des Bundesfinanzministeriums zum Erlass einer entsprechenden Verordnung enthält der Regierungsentwurf eines Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetzes in § 34d Abs. 6 WpHG-E.

628 Dieses Zusammenspiel zwischen Gesetzesentwurf und MaComp(-Entwurf) ist auch ausweislich der Begründung zum Diskussionsentwurf ausdrücklich gewollt (S. 45): „Die neuen Vorschriften wirken überdies Hand in Hand mit den von der BaFin konsultierten „Mindestanforderungen an Compliance und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG (MaComp)“ und stärken diese firmeneigene Rechtmäßigkeitskontrolle“.

629 Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, Bearbeitungsstand 3.5.2010, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_1940/DE/BMF__Startseite/Service/Downloads/Abt__VII/DiskE__Gesetz__Anlegerschutz__Verbesserung_20Funktionalit_C3_A4t_20Finanzm_C3_A4rkte,templated=raw,property=publicationFile.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

3. Der Stellvertreter des Compliance-Beauftragten

Die MaComp sehen nunmehr in BT 1.1.2 Ziff. 5. erstmals auch vor, dass dem Compliance-Beauftragten ein Vertreter zuzuordnen ist. Handelt es sich bei dem betreffenden Wertpapierdienstleistungsunternehmen um ein solches, in dem die Mitarbeiter Zugang zu compliance-relevanten Informationen i.S.v. AT 6.1 MaComp haben, so müssen die Anforderungen an die Qualifikation des Compliance-Beauftragten, die BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp vorsieht,⁶³⁰ denotwendig auch für dessen Stellvertreter Anwendung finden, da dieser ausweislich BT 1.1.2 Ziff. 5. MaComp ausreichend qualifiziert sein muss, um die Aufgaben des Compliance-Beauftragten während dessen Abwesenheit auszuführen. Sofern also festgelegt wird, was eine ausreichende Qualifikation für die Person des Compliance-Beauftragten ist, muss dies auch für die ausreichende Qualifikation desjenigen gelten, der die Aufgaben des Compliance-Beauftragten – wenn auch nur zeitweise – übernehmen soll.

4. Die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten

Bereits die Compliance-Funktion insgesamt muss zur effektiven Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig arbeiten können, sodass diese Unabhängigkeit in verschiedener Weise gewährleistet wird.⁶³¹ Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit dies ebenfalls für den Compliance-Beauftragten gilt und ob dessen Unabhängigkeit möglicherweise sogar weitreichender herzustellen und zu gewährleisten ist, als diejenige der Compliance-Funktion insgesamt.

a. Die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG

Die Compliance-Funktion muss – wie bereits erörtert – ihre Aufgaben gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG unabhängig wahrnehmen können.⁶³² Dies erfordert und beinhaltet – in einem gewissen Maße – organisatorische, disziplinarische und finanzielle Unabhängigkeit der Compliance-Funktion. Dies gilt erst recht für den Compliance-Beauftragten. Auch die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten hat jedoch notwendigerweise Grenzen, die allerdings gesetzlich nicht näher definiert werden.

b. Die Unabhängigkeit verschiedener Unternehmensbeauftragter

An dieser Stelle stellt sich daher die Frage, ob in Anbetracht des von § 12 Abs. 4 WpDVerOV verwendeten Begriffs des Compliance-Beauftragten, eine Vergleichbarkeit mit anderen Unternehmensbeauftragten, wie zum Beispiel dem Geldwäschebeauftragten gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GWG, dem Datenschutzbeauftragten gem. § 4 f BDSG oder dem

630 Vgl. hierzu „C. IV. 2. Die erforderliche Qualifikation des Compliance-Beauftragten“.

631 „C. III. 1. d. Unabhängigkeit der Compliance-Funktion“.

632 Vgl. hierzu „C. III. 1. d. Unabhängigkeit der Compliance-Funktion“.

Betriebsbeauftragten für Immissionsschutz gem. § 53 BImSchG vorliegt. Wäre auch der Compliance-Beauftragte ein solcher Unternehmensbeauftragter, so könnten möglicherweise die für diese Beauftragten vorhandenen gesetzlichen Vorgaben, die auch Regelungen zu deren Unabhängigkeit enthalten, auch für den Compliance-Beauftragten herangezogen werden.

Eine Anwendung der Spezialregelungen für einige der anderen Unternehmensbeauftragten würde die Position des Compliance-Beauftragten deutlich stärken. So sieht etwa § 4f Abs. 3 Satz 2 BDSG vor, dass der Datenschutzbeauftragte bei der Ausübung seiner Aufgabe weisungsfrei ist. Als weiteres Beispiel sei der Betriebsbeauftragte für Immissionsschutz genannt, der gem. § 58 Abs. 2 BImSchG einen weitreichenden Kündigungsschutz genießt.

c. Analoge Anwendbarkeit der Regelungen zu Unternehmensbeauftragten auf den Compliance-Beauftragten

Für eine analoge Anwendbarkeit der Regelungen zu anderen Unternehmensbeauftragten auf den Compliance-Beauftragten i.S.d. § 12 Abs. 4 WpDVerOV müssten die Voraussetzungen einer Analogie, d.h. eine vergleichbare Interessenlage sowie eine planwidrige Regelungslücke vorliegen.

aa. Planwidrige Regelungslücke

Eine Regelungslücke liegt hier hinsichtlich des Compliance-Beauftragten bereits mit der Feststellung vor, dass § 12 Abs. 4 WpDVerOV keine weiteren Angaben macht, wie die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten zu gewährleisten ist.

Die Frage, ob diese Regelungslücke planwidrig ist, ist mithilfe einer rechtshistorischen Betrachtung zu beantworten. So sind im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zu Art. 6 MiFID-DRL⁶³³ Vorschläge, die Unabhängigkeit – insbesondere die Weisungsfreiheit – des Compliance-Beauftragten gegenüber Unternehmensinteresse und Geschäftsleitung festzulegen, fallen gelassen worden.⁶³⁴ Da also bereits der europäische Gesetzgeber für den dem § 12 Abs. 4 WpDVerOV zugrunde liegenden Art. 6 MiFID-DRL bewusst auf die Regelung einer weitgehenden Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten zum Beispiel in Form der Weisungsfreiheit verzichtet hat, ist die festgestellte Regelungslücke nicht planwidrig.

633 Richtlinie 2006/73/EG der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie v. 10.8.2006, ABl. EU L 241/26 v. 2.9.2006.

634 Ausführlich hierzu *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 108 ff.; *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1097; *Casper*, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 203.

bb. Vergleichbare Interessenlage

Ungeachtet der bereits festgestellten fehlenden Planwidrigkeit müsste für eine analoge Anwendbarkeit der Regelungen zu Unternehmensbeauftragten wie Geldwäsche-, Datenschutz- oder Immissionsschutzbeauftragtem auch eine vergleichbare Interessenlage gegeben sein. Eine solche könnte vorliegen, wenn der Compliance-Beauftragte zur Gruppe der sog. Unternehmensbeauftragten gehören würde.

Eine Einordnung des Compliance-Beauftragten als Unternehmensbeauftragter wird dabei dadurch erschwert, dass der Begriff rechtlich nicht klar definiert ist. Dies ist auf den Ursprung der verschiedenen Unternehmensbeauftragten aus den unterschiedlichsten Rechtsbereichen mit unterschiedlicher Rechtstradition zurückzuführen.⁶³⁵ Dennoch haben sich in der Literatur⁶³⁶ drei Kriterien herausgebildet, die einen Unternehmensbeauftragten ausmachen: Die Bestellung muss gesetzlich angeordnet sein, das Gesetz muss den Beauftragten mit Pflichtaufgaben und Kompetenzen ausstatten und die Tätigkeit eines Unternehmensbeauftragten muss auf den unternehmensinternen Schutz von Allgemeinwohlbelangen ausgerichtet sein.⁶³⁷

aaa. Gesetzliche Anordnung der Bestellung

Erstes prägendes Merkmal eines Unternehmensbeauftragten ist der gesetzliche Zwang seiner Bestellung.⁶³⁸ Gegenüber dem formalen Begriff der Bestellung spricht aber § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV lediglich davon, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen verpflichtet ist, einen Compliance-Beauftragten zu benennen. Dieser Unterschied wird – zusammen mit der Tatsache, dass sich die Verpflichtung zur Benennung auch lediglich aus der das formelle Gesetz (das WpHG) konkretisierenden WpDVerOV ergibt – teilweise herangezogen, um bereits das Vorliegen dieses ersten Merkmals für den Compliance-Beauftragten zu verneinen.⁶³⁹ Es seien keine über die bloße Benennung hinausgehenden Anforderungen in WpHG oder WpDVerOV vorgesehenen, insbesondere keine spezifischen Anforderungen an die Benennung oder – abgesehen von der erforderlichen fachlichen Qualifikation – an die Person des Beauftragten selbst. Im Vergleich beispielsweise zum Geldwäschebeauftragten⁶⁴⁰ sei

635 *Rehbinder*, ZGR 18 (1989), S. 305, 315.

636 Einführend zu dieser Frage *Rehbinder*, ZGR 18 (1989), S. 305, 314 ff.; *Rehbinder*, ZHR 165 (2001), S. 1, 8 ff.; *Haouache*, Unternehmensbeauftragte und Gesellschaftsrecht der AG und GmbH, S. 24 ff.; *Dreher*, FS Claussen, 1997, S. 69 ff.

637 *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1100; *Casper*, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 212; *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 139, 155.

638 *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1100; *Casper*, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 212.

639 *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1101.

640 Gem. Nr. 34 Abs. 2 der Verlautbarung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen über Maßnahmen der Kreditinstitute zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäsche vom 30.03.1998, abrufbar unter http://www.bafin.de/eln_109/nn_722552/sid_C43ADF7E1B46F0903320BFC8B0726CDB/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Service/Sonstige/Verlautbarungen/980330_GW.html?__nnn=true (zuletzt abgerufen am 30.12.2010) sind Bestellung und Entpflichtung des Geldwäschebeauftragten der BaFin mitzuteilen.

zudem auffällig, dass Benennung und Abberufung eines Compliance-Beauftragten keiner Aufsichtsbehörde mitgeteilt werden müssten.⁶⁴¹

Das letztgenannte Argument wird nun durch die MaComp hinfällig, die in BT 1.3 MaComp eine Pflicht des Wertpapierdienstleistungsunternehmens vorsehen, die Ernennung und Abberufung des Compliance-Beauftragten unverzüglich der BaFin mitzuteilen, sodass insoweit zum genannten Beispiel des Geldwäschebeauftragten kein Unterschied mehr besteht.

Hinsichtlich der abweichenden Bezeichnung (Benennung statt Bestellung) im Vergleich zu anderen Unternehmensbeauftragten und der mangelnden weiteren Voraussetzungen bleibt zu konstatieren, dass hier zwar zweifellos Unterschiede auszumachen sind, allerdings erscheinen diese Unterschiede – insbesondere der begriffliche Unterschied – für sich genommen nicht ausreichend, um bereits aufgrund dessen kategorisch auszuschließen, dass der Compliance-Beauftragte als Unternehmensbeauftragter einzuordnen sein könnte.⁶⁴²

bbb. Pflichtaufgaben und Kompetenzen kraft Gesetzes

Einem „typischen“ Unternehmensbeauftragten sind darüber hinaus per Gesetz Pflichtaufgaben und Kompetenzen zugeordnet.⁶⁴³ Diese Aufgaben und Kompetenzen müssen dennotwendig „eigene“ Kompetenzen des Beauftragten sein. Die Aufgaben, die der Compliance-Beauftragte wahrnimmt, sind demgegenüber jedoch nicht „seine“ Aufgaben, sondern dienen der Erfüllung von Aufgaben und Pflichten der Unternehmensleitung, die die Verantwortung für die Compliance des Unternehmens trägt.⁶⁴⁴ Soweit der Compliance-Beauftragte Teile dieser Verantwortung wahrnimmt, geschieht dies in der Form, dass die Geschäftsleitung ihren Pflichten in Bezug auf die Unternehmens-Compliance durch Einrichtung einer Compliance-Funktion und Benennung eines Compliance-Beauftragten nachkommt. Dem Compliance-Beauftragten sind damit gesetzlich keine Pflichtaufgaben und Kompetenzen zugewiesen, seine Benennung ist vielmehr die Erfüllung einer gesetzlichen Pflichtaufgabe der Geschäftsleitung.⁶⁴⁵

Nichts anderes gilt im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten.⁶⁴⁶ Zwar könnte man in Anbetracht der Tatsache, dass einen Compliance-Beauftragten unter Umständen eine strafrechtliche Unterlassungsstrafbarkeit treffen kann, zu dem Ergebnis gelangen, dass er offenbar mit gesetzlichen Pflichtaufgaben ausgestattet sei, jedoch würde dies die tatsächliche Quelle der Pflichten des Compliance-Beauftragten außer Acht lassen: Das Unterlassen des Compliance-Beauftragten kann strafrechtliche Relevanz erlangen, weil er – im Rahmen der Überwachung – die „Gefahrenquelle Betrieb“ beherrscht. Allerdings

641 *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1101.

642 So auch *Casper*, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 213.

643 *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1100; *Casper*, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 212.

644 *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 139, 151; s. auch „C. I. Die Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung“.

645 So auch *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1101; *Casper*, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 213.

646 Vgl. hierzu ausführlich „C. IV. 6. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance-Beauftragten“.

beherrscht er diese nur deshalb, weil ihm – zumindest für bestimmte Bereiche – die Aufgabe der Überwachung von der Geschäftsleitung übertragen wird, welche sich insofern auf die Position der Überwachung des Compliance-Beauftragten zurückzieht. Ergibt sich durch die Überwachung eine Veranlassung des Compliance-Beauftragten, tätig zu werden, so handelt es sich bei der zu ergreifenden Maßnahme um die Information der Geschäftsleitung und nicht um eine Beseitigung des festgestellten Missstandes durch den Compliance-Beauftragten selbst.⁶⁴⁷ Auch im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit erfüllt der Compliance-Beauftragte damit letztlich eine Pflicht der Geschäftsleitung. Eine eigene gesetzliche Pflichtaufgabe des Compliance-Beauftragten ergibt sich daraus nicht.

ccc. Unternehmensinterner Schutz von Allgemeinwohlbelangen

Drittes und letztes Merkmal eines Unternehmensbeauftragten ist die Ausrichtung seiner Tätigkeit auf den Schutz von Allgemeinwohlbelangen.⁶⁴⁸

Die Tätigkeit des Compliance-Beauftragten erfolgt primär im Interesse des Unternehmens.⁶⁴⁹

Daneben wird ihm allerdings teilweise auch ein Tätigwerden im öffentlichen Interesse zugeschrieben, da die Verhinderung von Gesetzesverstößen auch im öffentlichen Interesse liege.⁶⁵⁰

Zwar ist der These der Doppelfunktion insoweit zuzustimmen, dass die Verhinderung von Gesetzesverstößen neben dem Unternehmensinteresse auch dem öffentlichen Interesse dient, doch ist dies nicht Sinn und Zweck der Tätigkeit des Compliance-Beauftragten. Primär wird er tätig aufgrund der ihm teilweise übertragenen Aufgabe der Geschäftsleitung, Gesetzesverstöße im und aus dem Unternehmen zu verhindern. Die dadurch erzielten, z.T. auch im öffentlichen Interesse liegenden Effekte, wie beispielsweise der Schutz der Interessen des Kunden, mögen zwar vom Unternehmen gewollt sein, sind jedoch letztlich nur Regelungsreflex, sodass der Compliance-Beauftragte nicht im Sinne der genannten Kriterien zur Einordnung als Unternehmensbeauftragter zum Schutz von Allgemeinwohlbelangen tätig wird.⁶⁵¹

ddd. Ergebnis zur Vergleichbarkeit der Interessenlage

Der Compliance-Beauftragte ist kein Unternehmensbeauftragter. Bereits die Frage der gesetzlichen Anordnung seiner Bestellung ist nicht zweifelsfrei zu beantworten, tendenziell aber zu verneinen. Entscheidend ist jedoch darüber hinaus, dass das Gesetz den

647 Vgl. „C. IV. 6. d. Stellungnahme“.

648 Lösler, WM 2008, S. 1098, 1100; Casper, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 212.

649 Casper, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 139, 150 f.

650 Veil, WM 2008, S. 1093, 1097 f. spricht von einer „janusköpfigen Doppelfunktion“, da der Compliance-Beauftragte sowohl im Unternehmens- als auch im öffentlichen Interesse tätig werde.

651 Wie hier: Casper, FS K.Schmidt, 2009, S. 199, 213; Casper, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 139, 151 f.; Lösler, WM 2008, S. 1098, 1102.

Compliance-Beauftragten nicht mit eigenen Pflichtaufgaben und Kompetenzen ausstattet und seine Tätigkeit nicht – zumindest nicht primär – auf den Schutz von Allgemeinwohlbelangen ausgerichtet ist.

cc. Ergebnis zur analogen Anwendbarkeit der Regelungen zu Unternehmensbeauftragten

Eine analoge Anwendbarkeit der Regelungen zu Unternehmensbeauftragten wie dem Geldwäschebeauftragten oder auch dem Betriebsbeauftragten für Emissionsschutz oder dem Datenschutzbeauftragten scheidet in Ermangelung der Planwidrigkeit der Regelungslücke sowie auch der Vergleichbarkeit der Interessenlage aus.

d. Unabhängigkeit nach den MaComp

Die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten erfährt durch die MaComp eine über die – wie erörtert – recht unbestimmten gesetzlichen Regelungen hinausgehende, detaillierte Regelung.⁶⁵²

aa. Disziplinarische Unabhängigkeit nach den MaComp

BT 1.1.1 Ziff. 1. MaComp sieht die fachliche Weisungsgebundenheit des Compliance-Beauftragten ausschließlich gegenüber der Geschäftsleitung vor. Dies verdeutlicht auch nochmals BT 1.1.1 Ziff. 4. MaComp, wonach der Compliance-Beauftragte – zumindest dann, wenn das betreffende Wertpapierdienstleistungsunternehmen Eigenhandel (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 WpHG), Emissionsgeschäft (§ 2 Abs. 3 Nr. 5 WpHG) oder Wertpapiernebenleistungen gem. § 2 Abs. 3a Nr. 3, Nr. 5 oder Nr. 6 WpHG in nicht unerheblichem Umfang erbringt – disziplinarisch (und organisatorisch) unmittelbar dem für die Compliance-Funktion zuständigen Geschäftsleitungsmitglied unterstellt werden soll.⁶⁵³

bb. Organisatorische Unabhängigkeit nach den MaComp

Organisatorisch ist gem. BT 1.1.1 Ziff. 2. MaComp zu gewährleisten, dass die Mitarbeiter der Compliance-Funktion⁶⁵⁴ und der Compliance-Beauftragte nicht an den Wertpapierdienstleistungen beteiligt sind, die sie überwachen, wobei hiervon Ausnahmen möglich sind.⁶⁵⁵

652 Vgl. hierzu *Engelhart*, ZIP 2010, S. 1832, 1836 ff.; *Niermann*, ZBB 2010, S. 400, 420 ff. (zur Unabhängigkeit der Compliance-Funktion im Allgemeinen und des Compliance-Beauftragten im Speziellen).

653 Vgl. auch *Schwark/Zimmer/Fett* § 33 WpHG Rn. 25; *Fuchs* WpHG § 33 Rn. 82.

654 Vgl. hierzu „C. III. 1. d. bb. Organisatorische Unabhängigkeit / Trennung vom operativen Geschäft“.

655 Vgl. zu den Ausnahmen von BT 1.1.1 Ziff. 2. MaComp „C. III. 1. d. bb. Organisatorische Unabhängigkeit / Trennung vom operativen Geschäft“.

Sofern das betreffende Wertpapierdienstleistungsunternehmen Eigenhandel (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 WpHG), Emissionsgeschäft (§ 2 Abs. 3 Nr. 5 WpHG) oder Wertpapiernebenleistungen gem. § 2 Abs. 3a Nr. 3, Nr. 5 oder Nr. 6 WpHG in nicht unerheblichem Umfang erbringt, ergibt sich darüber hinaus auch für die organisatorische Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten aus BT 1.1.1 Ziff. 4. MaComp, dass dieser unmittelbar dem für die Compliance-Funktion zuständigen Geschäftsleitungsmitglied unterstellt werden soll.

cc. Amtszeit und Kündigungsfrist

Einen gänzlich anderen Ansatz zur Sicherstellung der weitgehenden Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten enthält BT 1.1.1 Ziff. 6. MaComp. Dort empfiehlt die BaFin eine Bestellung des Compliance-Beauftragten für einen Zeitraum von mindestens 24 Monaten. Darüber hinaus wird auch die Vereinbarung einer 12-monatigen Kündigungsfrist seitens des Unternehmens als zur Wahrung der Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten geeignetes Mittel erwähnt.⁶⁵⁶

dd. Finanzielle Unabhängigkeit

Zur Frage der finanziellen Unabhängigkeit sprechen die MaComp in BT 1.1.1 Ziff. 7. die Empfehlung aus, sich an der Vergütung der Leiter von Innenrevision, Risikomanagement und Rechtsabteilung zu orientieren, wobei Unterschiede hinsichtlich der Personalverantwortung und der sonstigen Verantwortung, die mit der jeweiligen Stelle verbunden ist, berücksichtigt werden können.⁶⁵⁷

ee. Anzeigepflichten des Unternehmens gegenüber der BaFin

BT 1.3 MaComp sieht vor, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen sowohl die Ernennung, als auch die Abberufung des Compliance-Beauftragten unverzüglich der BaFin mitzuteilen hat. Die Abberufung ist über die bloße Mitteilung hinaus dabei auch schriftlich zu begründen. Zwar dient diese Regelung in erster Linie – so auch ausdrücklich die MaComp – der Ermöglichung einer effektiven Aufsicht durch die BaFin, doch ist eine Stärkung der Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten als Nebeneffekt nicht von der Hand zu weisen. Kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen wird großen Wert darauf legen, der BaFin in größerer Regelmäßigkeit die Demission seines Compliance-Beauftragten anzuzeigen und diese auch schriftlich begründen zu müssen. Insofern werden die Wertpapierdienstleistungsunternehmen durch die Anzeigepflicht motiviert, langfristig mit dem Compliance-Beauftragten zusammenzuarbeiten, wodurch die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten gestärkt wird.

⁶⁵⁶ Vgl. hierzu *Kuthe/Zipperle*, Corporate Finance Law 2010, S. 337, 344; *Niermann*, ZBB 2010, S. 400, 423; die Notwendigkeit dieser Regelung für die Gewährleistung der Unabhängigkeit anzweifelnd *Renz/Hense/Zingell/Foshag*, Wertpapier-Compliance, I.8 Rn. 39.

⁶⁵⁷ Vgl. hierzu *Niermann*, ZBB 2010, S. 400, 423.

Die Verpflichtung zur Mitteilung von Ernennung und Abberufung des Compliance-Beauftragten wird von Bankseite kritisiert, da die aufsichtsrechtliche Grundlage für eine entsprechende Mitteilung über Ernennung und Abberufung des Geldwäschebeauftragten jüngst aufgehoben worden sei und sich eine solche Verpflichtung auch aus WpHG und WpDVerOV nicht ableiten lasse.⁶⁵⁸

Ungeachtet dieser Kritik sieht nunmehr auch der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts⁶⁵⁹ in § 34d Abs. 1 WpHG-E eine Anzeigepflicht des Unternehmens gegenüber der BaFin hinsichtlich der Ernennung des Compliance-Beauftragten und der Erfüllung der Anforderungen des § 34d Abs. 1 WpHG-E vor.

ff. Überstimmung durch die Geschäftsleitung

Der Compliance-Beauftragte ist disziplinarisch ausschließlich der Geschäftsleitung unterworfen.⁶⁶⁰ Dies bedeutet zugleich, dass seine Unabhängigkeit im Verhältnis zur Geschäftsleitung endet, sodass er dieser gegenüber weisungsabhängig ist. Diese Weisungsabhängigkeit beinhaltet auch die Möglichkeit, dass die Geschäftsleitung des Wertpapierdienstleistungsunternehmens eine Entscheidung des Compliance-Beauftragten überstimmt.

Für einen solchen Fall der Überstimmung sehen die MaComp wiederum eine gewisse Grundsicherung der Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten vor. Gem. BT 1.1.1 Ziff. 5. MaComp sind Überstimmungen von wesentlichen Entscheidungen des Compliance-Beauftragten durch die Geschäftsleitung zu dokumentieren und vom Compliance-Beauftragten in den gem. § 33 Abs. 1 Nr. 5 WpHG gegenüber Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan zu erstattenden Compliance-Bericht aufzunehmen, sodass auch das Aufsichtsorgan des Wertpapierdienstleistungsunternehmens von der Überstimmung der Entscheidung des Compliance-Beauftragten Kenntnis erlangt. Eine wesentliche Entscheidung des Compliance-Beauftragten ist dabei gem. BT 1.1.1 Ziff. 5. MaComp beispielsweise die Entscheidung des Compliance-Beauftragten, ein bestimmtes Finanzinstrument nicht zum Vertrieb durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen zuzulassen.

Diese Regelung sichert die Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten, indem die Geschäftsleitung durch die Dokumentationspflicht einen negativen Anreiz erhält, nicht im Übermaß von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, aufgrund ihrer Weisungsbefugnis die Entscheidungen des Compliance-Beauftragten regelmäßig zu überstimmen. Da zumindest

658 Gemeinsame Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR) und des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zum MaComp-Entwurf vom 12.2.2010, Teil 2 S.41, abrufbar unter http://www.bafin.de/eln_152/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_1709_stn_BVR-DSGV_20Teil_202.templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709_stn_BVR-DSGV%20Teil%202.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

659 RegE Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz, BT-Drs. 17/3628 v. 8.11.2010.

660 Vgl. oben „C. IV 4. d. aa. Disziplinarische Unabhängigkeit nach den MaComp“.

die Überstimmung wesentlicher Entscheidungen durch die Geschäftsleitung der Dokumentationspflicht unterworfen ist, unterliegt die Geschäftsleitung insofern einer effektiven Kontrolle durch das Aufsichtsorgan, ob sie von der Möglichkeit der Überstimmung übermäßig viel Gebrauch macht.

5. Kompetenzen (und zusätzliche Pflichten) des Compliance-Beauftragten

Der Compliance-Beauftragte – dies ist entsprechend seiner Rolle als Leiter der Compliance-Funktion selbstverständlich – ist mit allen Kompetenzen ausgestattet, die auch die übrigen Mitarbeiter der Compliance-Funktion haben.⁶⁶¹ Auch der Compliance-Beauftragte hat den von § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV vorgesehenen Zugang zu allen Informationen, die für seine Tätigkeit relevant sind und die dafür erforderlichen uneingeschränkten Auskunfts-, Zugangs- und Einsichtsrechte.⁶⁶² In Anbetracht der herausgehobenen Stellung des Compliance-Beauftragten ist darüber hinaus dessen (gesetzliche) Ausstattung mit weiteren Kompetenzen zu untersuchen.

a. Weisungsbefugnisse des Compliance-Beauftragten

Im Anschluss an die bereits oben aufgeworfene Frage, inwieweit die Mitarbeiter der Compliance-Funktion Weisungsbefugnisse gegenüber den übrigen Mitarbeitern des Unternehmens haben⁶⁶³, stellt sich diese Frage im Hinblick auf den Compliance-Beauftragten als Leiter der Compliance-Funktion nochmals, da eine Ausstattung des Compliance-Beauftragten mit entsprechenden Kompetenzen bei gleichzeitigem Ausschluss der übrigen Mitarbeiter der Compliance-Funktion von Weisungsrechten durchaus denkbar wäre.

aa. Notwendigkeit der Ausstattung des Compliance-Beauftragten (und der Compliance-Funktion) mit Weisungsbefugnissen

Teilweise wird gefordert, dass der Compliance-Beauftragte⁶⁶⁴ bzw. alle Mitarbeiter der Compliance-Funktion⁶⁶⁵ mit Weisungsbefugnissen gegenüber den übrigen Mitarbeitern des Wertpapierdienstleistungsunternehmens ausgestattet sein müssten. So sei es insbesondere notwendig, dass durch die Compliance-Funktion Transaktionen, bei denen im Rahmen der Tätigkeit der Compliance-Funktion ein Compliance-Verstoß festgestellt wird, untersagt werden können.⁶⁶⁶ Ein Weisungsrecht bestehe darüber hinaus in Form der

661 Lössler, WM 2008, S. 1102.

662 Vgl. zu den Einzelheiten „C. III. 1. b. Kompetenzen der Compliance-Funktion“.

663 Vgl. hierzu „C. III. 1. b. Kompetenzen der Compliance-Funktion“.

664 So in der Tendenz wohl Veil, WM 2008, S. 1093, 1098, der eine Ausstattung des Compliance-Beauftragten mit entsprechenden Kompetenzen fordert.

665 Harm, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 58.

666 Veil, WM 2008, S. 1093, 1098; Harm, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 58.

Möglichkeit, bereits abgeschlossene Transaktionen rückgängig zu machen.⁶⁶⁷ Die Notwendigkeit, der Compliance-Funktion derartige Weisungsrechte zuzuerkennen, ergebe sich aus § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV, also der Verpflichtung, die Compliance-Funktion mit den zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Kompetenzen auszustatten.⁶⁶⁸ Die Tatsache, dass kumulativ hierzu genannt wird, dass die Compliance-Funktion Zugang zu allen für ihre Tätigkeit relevanten Informationen haben muss, zeige in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Compliance-Funktion mit weitergehenden Kompetenzen als bloßen Informationsrechten auszustatten ist.⁶⁶⁹

Die Weisungsbefugnis wird dabei gewissermaßen als „letztes Mittel“ der Beratung beschrieben. Sofern beispielsweise im Rahmen einer Neuemission ein Interessenkonflikt durch die Compliance-Funktion entdeckt werde, würde die Beratung durch die Compliance-Funktion in Form einer Untersagung des Geschäfts erfolgen.⁶⁷⁰

Dabei wird eingeräumt, dass der Compliance-Beauftragte zwar nicht bereits kraft Gesetzes mit Weisungsrechten ausgestattet sei, § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV das Wertpapierdienstleistungsunternehmen allerdings dazu verpflichte, eine Ausstattung mit derartigen Befugnissen vorzunehmen.⁶⁷¹

bb. Weisungsbefugnisse ausschließlich für die Geschäftsleitung

Nach anderer Auffassung haben hingegen weder die Mitarbeiter der Compliance-Funktion im Allgemeinen, noch der Compliance-Beauftragte im Speziellen, ein gesetzlich eingeräumtes Weisungsrecht bzw. ein Weisungsrecht zu dessen Einräumung das Wertpapierdienstleistungsunternehmen gesetzlich verpflichtet wäre.⁶⁷²

Entdecke die Compliance-Funktion einen Compliance-Verstoß, so sei sie nach der gesetzlichen Konzeption dazu verpflichtet, diesen an die Geschäftsleitung zu melden, sofern der betreffende Mitarbeiter einer selbstverständlich möglichen, jedoch unverbindlichen Aufforderung zur Behebung des Mangels nicht nachkommt.⁶⁷³ Bei den von der Compliance-Funktion wahrgenommenen Aufgaben handele es sich originär um Aufgaben der Geschäftsleitung, sodass bei dieser die Verantwortung und damit auch die Entscheidungsbefugnis über die eventuelle Erteilung einer Weisung verbleibe.⁶⁷⁴

Eine Ausstattung der Compliance-Funktion oder auch nur des Compliance-Beauftragten

667 *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 58.

668 *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1098; *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 58.

669 *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 58, Fn. 173.

670 *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 61.

671 *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1098.

672 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912; *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1102.

673 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912; *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1102.

674 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912; *Lösler*, WM 2008, S. 1098, 1102.

mit Weisungsbefugnissen ergebe sich daher nicht aus dem Gesetz, welches ein ausbalanciertes unternehmensinternes Zuständigkeitsgefüge vorsehe, das durch Erteilung entsprechender Weisungsbefugnis und der daraus folgenden Kompetenzkonflikte zwischen Compliance-Funktion und Geschäftsleitung ins Wanken zu geraten drohe.⁶⁷⁵

cc. Ergebnis – Keine Weisungsbefugnisse für die Compliance-Funktion im Allgemeinen und den Compliance-Beauftragten im Speziellen

Die erstgenannte Auffassung folgert die Weisungsbefugnisse von Compliance-Beauftragtem bzw. Compliance-Funktion unmittelbar aus dem Gesetz. Einer der zentralen Anknüpfungspunkte der Argumentation ist dabei das Zusammenspiel der Anforderungen des § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV, wonach die Compliance-Funktion mit den zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Kompetenzen und darüber hinaus mit Zugang zu allen relevanten Informationen auszustatten ist. Dies spricht tatsächlich dafür, dass der Gesetzgeber von Aufgaben der Compliance-Funktion ausgeht, die mehr Kompetenzen erforderlich machen, als den bloßen Zugriff auf Informationen. Sofern man allerdings aus dem Erfordernis der Ausstattung mit den zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Kompetenzen eine Weisungsbefugnis herleiten möchte, ist die entscheidende Frage, ob die Behebung von Compliance-Verstößen zu den Aufgaben der Compliance-Funktion gehört. Nur dann wäre es gesetzlich notwendig, die Compliance-Funktion mit Kompetenzen auszustatten, die ihr die Erfüllung dieser Aufgabe ermöglichen. Die Aufgaben der Compliance-Funktion sind gem. § 12 Abs. 3 WpDVerOV Überwachung (und Bewertung, § 12 Abs. 3 Nr. 1 WpDVerOV) und Beratung (und Unterstützung, § 12 Abs. 3 Nr. 2 WpDVerOV). Keine dieser genannten Aufgaben erfordert Weisungsbefugnisse seitens der Compliance-Funktion. Liegt ein Compliance-Verstoß vor und berät die Compliance-Funktion oder der Compliance-Beauftragte daraufhin den betreffenden Mitarbeiter, so würde beispielsweise eine Untersagung des Geschäfts nicht mehr von der Beratungsaufgabe der Compliance-Funktion gedeckt sein, die damit den Bereich der ihr gesetzlich zugeschriebenen Aufgaben verlässe.⁶⁷⁶

Nach der gesetzlichen Konzeption haben damit weder die Compliance-Funktion noch der Compliance-Beauftragte Weisungsbefugnisse gegenüber den übrigen Mitarbeitern des Unternehmens. Insofern ist der Auffassung⁶⁷⁷ zu folgen, die Weisungsbefugnisse bei Compliance-Verstößen ausschließlich der Geschäftsleitung zugesteht.

Diese Absage an gesetzlich angeordnete Weisungsbefugnisse der Compliance-Funktion sowie des Compliance-Beauftragten bedeutet andererseits nicht, dass es dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen verwehrt wäre, entweder den Compliance-Beauftragten oder weitere Mitarbeiter der Compliance-Funktion, gegebenenfalls auch sämtliche Mitarbeiter der Compliance-Funktion, mit Weisungsbefugnissen auszustatten. In

675 Lösler, WM 2008, S. 1098, 1102.

676 aA Harm, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 61, der dies als Teil der Beratungsaufgabe nennt.

677 Spindler, WM 2008, S. 905, 912; Lösler, WM 2008, S. 1098, 1102.

Betrachtet kommt etwa eine Ermächtigung des Compliance-Beauftragten, Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die in die Insiderliste (watch-list) des Unternehmens aufgenommen wurden, zu untersagen bzw. zu stornieren.⁶⁷⁸

Legt das Unternehmen allerdings Weisungsbefugnisse für den Compliance-Beauftragten oder auch sämtliche oder einzelne weitere Mitarbeiter der Compliance-Funktion fest, so sollten diese hinsichtlich ihrer Grenzen klar umrissen sein. Anderenfalls liefe das Unternehmen Gefahr, dass zwischen Geschäftsleitung und Compliance-Beauftragtem bzw. Compliance-Funktion Unklarheiten bzw. potentielle Konfliktherde hinsichtlich der Kompetenzverteilung auftreten, die dann zu Reibungsverlusten und so letztlich zu einer geringeren Effektivität der Compliance-Funktion führen können.⁶⁷⁹

b. Beauftragung externer Experten

Es kann für die Tätigkeit der Compliance-Funktion unter Umständen sinnvoll oder gar erforderlich sein, für einzelne Fragestellungen externe Experten zu beauftragen.

Sollte dies einmal notwendig sein, so erscheint es fraglich, ob der Compliance-Beauftragte ermächtigt ist, eine solche Beauftragung eines externen Experten vorzunehmen. Wie bereits festgestellt, kommt eine entsprechende Kompetenz sämtlicher Mitarbeiter der Compliance-Funktion nicht in Betracht, da eine derart weitgehende Ermächtigung nicht zur Erfüllung der Aufgaben der Compliance-Funktion notwendig ist.⁶⁸⁰ In Betracht kommt eine entsprechende Kompetenz – soll sie innerhalb der Compliance-Funktion angesiedelt werden – allenfalls für den Compliance-Beauftragten. Sollte auch eine Ermächtigung des Compliance-Beauftragten im Ergebnis abzulehnen sein, müsste die Beauftragung externer Experten im Einzelfall jeweils durch die Geschäftsleitung vorgenommen werden.

Eine entsprechende Ermächtigung sogar sämtlicher Mitarbeiter fordert das *Basel Committee on Banking Supervision*.⁶⁸¹ Eine Grundlage im deutschen Recht dergestalt, dass der Compliance-Beauftragte oder gar sämtliche Mitarbeiter der Compliance-Funktion mit einer entsprechenden Kompetenz auszustatten seien, existiert jedoch nicht. § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV enthält lediglich die vage Angabe, dass die Compliance-Funktion mit den zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Kompetenzen auszustatten sei, was somit den einzig denkbaren, jedoch nicht zwingenden Anknüpfungspunkt einer Beauftragungskompetenz des Compliance-Beauftragten oder der Compliance-Funktion für externe Experten darstellt.⁶⁸²

678 Von einer solchen Befugnis geht Schimansky/Bunte/Lwowski/Eisele, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 150 offenbar auch ohne gesonderte Ermächtigung durch das Unternehmen aus; vgl. hierzu „C. III. 3. a. bb. bbb. (1) Insiderliste (Watch List)“.

679 So auch Lösler, WM 2008, S. 1098, 1102.

680 Vgl. hierzu „C. III. 1. b. Kompetenzen der Compliance-Funktion“.

681 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 31: “[...] It [the compliance function] should have the right [...] to engage outside specialists [...]”

682 Ähnlich Spindler, WM 2008, S. 905, 911, der lediglich eine mittelbare Ableitung einer solchen Kompetenz aus § 12 Abs. 4 WpDVerOV für möglich hält.

Ungeachtet dessen, dass sich eine Kompetenz von Compliance-Beauftragtem oder Compliance-Funktion zur Beauftragung externer Experten nicht zwingend aus dem Gesetz ergibt, könnte darüber hinaus – insoweit vergleichbar der möglichen Übertragung von Weisungsbefugnissen⁶⁸³ – die freiwillige Ausstattung mit einer Beauftragungskompetenz des Compliance-Beauftragten oder der Compliance-Funktion insgesamt durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen in Betracht kommen.⁶⁸⁴ Einer freiwilligen Ausstattung mit diesen Kompetenzen stehen keine zwingenden Gründe entgegen, es ist jedoch auch hier zu bedenken, dass die Kompetenzverteilung zwischen Geschäftsleitung und Compliance-Beauftragtem/Compliance-Funktion sorgsam austariert ist. Eine zu weitgehende bzw. umfassende Übertragung von Kompetenzen würde dieses System aus dem Gleichgewicht bringen und ist daher unbedingt zu vermeiden. Denkbar ist daher allenfalls eine Übertragung in begrenztem Umfang.⁶⁸⁵

c. Das Verhältnis des Compliance-Beauftragten zur BaFin

Schließlich stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis der Compliance-Beauftragte zur BaFin steht und inwieweit ihm aus diesem Verhältnis weitere Kompetenzen oder Pflichten erwachsen. Als „obersten Gesetzeshüter“ innerhalb des Unternehmens könnten den Compliance-Beauftragten dabei vor allem Anzeigepflichten bei Compliance-Verstößen gegenüber der BaFin als Aufsichtsbehörde treffen. Auch eine Rolle als Ansprechpartner der BaFin innerhalb des Unternehmens kommt in Betracht.

aa. Anzeigepflicht

In Anknüpfung an die Anzeigepflicht gegenüber der BaFin gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 WpHG, die das Unternehmen trifft, wenn Tatsachen festgestellt werden, die den Verdacht eines Verstoßes gegen die §§ 14 oder 20 a WpHG begründen, wird die Frage aufgeworfen, inwieweit diese Anzeigepflicht oder sogar eine noch weitergehende Anzeigepflicht gegenüber der BaFin vom Compliance-Beauftragten wahrgenommen werden kann.⁶⁸⁶ Eine Anzeigepflicht des Compliance-Beauftragten findet jedoch keinerlei Grundlage im Gesetz⁶⁸⁷ und ist allenfalls dann anzunehmen, wenn sich der Compliance-Beauftragte erfolglos an die Geschäftsleitung gewandt hat, d.h. wenn vonseiten der Geschäftsleitung den Missständen nicht entgegengetreten wird.⁶⁸⁸

683 Vgl. „C. IV. 5. a. cc. Ergebnis – Keine Weisungsbefugnisse für die Compliance-Funktion im Allgemeinen und den Compliance-Beauftragten im Speziellen“.

684 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 911 f.

685 So auch *Spindler*, WM 2008, S. 905, 912.

686 *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1098; *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 141 ff.

687 *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1098; *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 144 f.

688 *Harm*, Compliance in Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten von Finanzinstrumenten, S. 146.

bb. Der Compliance-Beauftragte als Ansprechpartner für die BaFin

Aufgrund seiner Stellung als Leiter der Compliance-Funktion und seiner dadurch vorhandenen Sachkunde wird zum Teil erwogen, ob der Compliance-Beauftragte zur direkten Kommunikation mit der BaFin ermächtigt ist und dieser somit als Ansprechpartner innerhalb des Wertpapierdienstleistungsunternehmens dient.⁶⁸⁹ Eine gesetzliche Ermächtigung des Compliance-Beauftragten zum eigenständigen Kontakt mit der BaFin ist jedoch nicht ersichtlich,⁶⁹⁰ sodass es bei der Zuständigkeit der Geschäftsleitung des Unternehmens für den Kontakt zur BaFin bleibt.⁶⁹¹

Ungeachtet dessen sind die Compliance-Funktion insgesamt und der Compliance-Beauftragte im Besonderen de facto im ständigen Kontakt mit der BaFin,⁶⁹² dies allerdings auf Grundlage einer entsprechenden Autorisierung durch die Geschäftsleitung⁶⁹³ und nicht im Wege einer automatisch mit der Stellung als Compliance-Beauftragter kraft Gesetzes einhergehenden Autorisierung. Eine Autorisierung durch das Unternehmen – allerdings sogar der Compliance-Funktion insgesamt – erachtet auch das *Basel Committee on Banking Supervision* für möglich.⁶⁹⁴

6. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance-Beauftragten

Nachdem der Compliance-Beauftragte in der bisherigen juristischen Betrachtung vorwiegend aus der Blickrichtung des Gesellschaftsrechts sowie der branchenspezifischen Gesetze, hier also des Bank- und Kapitalmarktrechts betrachtet wurde, ist in jüngerer Vergangenheit erstmals in der Literatur und kurze Zeit später auch durch den BGH eine mögliche Strafbarkeit des Compliance-Beauftragten durch Unterlassen in den Blickpunkt der wissenschaftlichen Betrachtung gerückt.

a. Zur Garantienpflicht eines Compliance-Beauftragten vor dem Urteil des 5. Strafsenats des BGH

Bereits vor dem Urteil des 5. Strafsenats des BGH wurde – wenn auch soweit ersichtlich lediglich in einem einzelnen Beitrag⁶⁹⁵ – die Frage der strafrechtlichen Garantienstellung des Compliance-Beauftragten, bzw. des Compliance Officers, d.h. nicht ausschließlich des Compliance-Beauftragten i.S.v. § 12 Abs. 4 WpDVerOV, erörtert.

689 Veil, WM 2008, S. 1093, 1098; Lösler, WM 2008, S. 1098, 1101.

690 Veil, WM 2008, S. 1093, 1098: Ein erster Entwurf der WpDVerOV-Begründung hatte eine solche Kompetenz des Compliance-Beauftragten enthalten, diese ist jedoch in der endgültigen Fassung nicht mehr zu finden.

691 Lösler, WM 2008, S. 1098, 1101.

692 Veil, WM 2008, S. 1093, 1098; Lösler, WM 2008, S. 1098, 1101; Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 56.

693 Hauschka/Gebauer/Niermann, Corporate Compliance, § 36 Rn. 56.

694 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 42: "The compliance function may have specific statutory responsibilities [...]. It may also liaise with relevant external bodies, including regulators, standard setters and external experts."

695 Kraft/Winkler, CCZ 2009, S. 29 ff.

Die Garantenstellung eines Compliance Officers komme danach grundsätzlich auf zweierlei Grundlage in Betracht: Einerseits könne es sich um eine Garantenstellung aufgrund Organisationsgewalt für einen bestimmten Herrschaftsbereich handeln, andererseits käme auch eine Garantenstellung aufgrund der freiwilligen und tatsächlichen Übernahme der entsprechenden Pflichten infrage.⁶⁹⁶

Eine Garantenstellung des Compliance Officers aufgrund Organisationsgewalt für einen bestimmten Herrschaftsbereich setze dabei voraus, dass er einen eigenen Herrschaftsbereich hat und rechtlich dafür einstehen muss, dass von diesem Herrschaftsbereich keine Gefahren ausgehen. Dies könne für einen Compliance Officer jedoch nur dann zu bejahen sein, wenn ihm die Geschäftsleitung einen Verantwortungsbereich in einer Form zuweise, durch die sie von ihren Obliegenheiten hinsichtlich dieses Verantwortungsbereichs exkulpiert würde. Mit anderen Worten: Es genüge nicht, dass dem Compliance Officer einzelne Tätigkeiten zugewiesen seien. Er müsse auch insoweit in seinem Tätigkeitsbereich weisungsfrei sein, dass er von sich aus befugt ist, die erforderlichen Maßnahmen zur Erfüllung seiner Verpflichtungen zu treffen. Dies sei jedoch in Ansehung der üblichen Ausgestaltung des Aufgabenbereichs eines Compliance Officers regelmäßig nicht der Fall, sodass eine Übertragung der originär die Unternehmensleitung treffenden Garantenstellung auf den Compliance Officer über § 14 Abs. 2 StGB in der überwiegenden Zahl der Fälle – sofern also im Einzelfall die Stellung des Compliance Officers nicht ausnahmsweise doch so ausgestaltet ist, dass er weisungsfrei alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen kann – nicht in Betracht komme.⁶⁹⁷

Für eine Garantenstellung des Compliance Officers aufgrund tatsächlicher freiwilliger Übernahme eines Pflichtenkreises müsste der Compliance Officer zunächst bei Antritt seiner möglicherweise mit derartigen Pflichten verbundenen Stellung freiwillig handeln. Da dem Compliance Officer die Stellung für gewöhnlich nicht durch Weisung übertragen, sondern ihm vielmehr von der Unternehmensleitung angeboten und dann von ihm freiwillig übernommen werde, sei dieses Merkmal regelmäßig gegeben. Darüber hinaus müsse in einem zweiten Schritt der dem Compliance Officer übertragene Aufgaben- und Pflichtenkreis daraufhin untersucht werden, inwieweit dieser dem Compliance Officer eine Garantenstellung auferlege. In Ermangelung von Literatur und Rechtsprechung zu dieser Thematik – das Urteil des 5. Strafsenats des BGH war, wie gesagt, zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen – biete sich ein Vergleich zum Betriebsbeauftragten für Umweltschutz (im Einzelnen für Immissionsschutz, Gewässerschutz etc.) an. Dieser sei hinsichtlich seiner Stellung innerhalb des Unternehmens einem Compliance Officer vergleichbar, denn er sei verpflichtet zur Überwachung der Einhaltung der jeweiligen Umweltgesetze, zur Schärfung des betrieblichen Selbstverständnisses in puncto Umweltschutz, zur Förderung umweltgerechten Verhaltens sowie zur Identifizierung von Verstößen gegen die jeweiligen Umweltgesetze, zur Meldung dieser Verstöße und zur Erarbeitung von Vorschlägen zur Beseitigung selbiger. In Ansehung dieses Pflichtenkreises sei der Umweltbeauftragte nicht Beschützergarant, sondern lediglich Überwachungsgarant. Die Pflicht beispielsweise des

696 *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, S. 29, 30 f.

697 *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, S. 29, 31 f.

Gewässerschutzbeauftragten umfasse nicht den Schutz der Reinheit des Wassers selbst, sondern lediglich die Erfüllung der ihm gem. § 21 b WHG obliegenden Kontroll-, Informations- und Initiativpflichten.⁶⁹⁸ Übertragen auf den Compliance Officer, der regelmäßig zur Gewährleistung der Regelkonformität des Unternehmens durch Überwachung, Beratung und Information verpflichtet sei, bedeute dies, dass er nicht Beschützergarant bzgl. der Rechtskonformität des Unternehmens sei, sondern lediglich Überwachungsgarant des von ihm implementierten Überwachungssystems. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers als Garant sei daher nur in besonderen Ausnahmefällen denkbar, so zum Beispiel wenn er eine aus seinem Pflichtenkreis folgende und zur Risikovermeidung gebotene Maßnahme pflichtwidrig unterlasse und es gerade dadurch zu einem strafrechtlich relevanten Erfolg oder Verhalten eines anderen komme.⁶⁹⁹

b. Das BGH-Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte sich mit dem Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts zu befassen, der wegen Beihilfe (durch Unterlassen) zum Betrug verurteilt wurde, nachdem auf Grundlage eines falsch berechneten Tarifs durch die Berliner Straßenreinigungsbetriebe den Anliegern Reinigungskosten in um 23 Mio. Euro überhöhtem Umfang auferlegt wurden, weil der Angeklagte es unterlassen hatte, der mittlerweile von ihm bemerkten Falschberechnung entgegenzuwirken.

Im Rahmen dieses Urteils bezieht der BGH auch Stellung zu Inhalt und Umfang der Garantienpflicht und führt aus, dass diese sich aus dem konkreten Pflichtenkreis ergeben, den der Verantwortliche übernommen hat. Es komme auf die Zielrichtung der Beauftragung an, also zum Beispiel darauf, ob sich die Aufgabe in der Optimierung von Prozessen und der Aufdeckung von Rechts- und Pflichtverstößen erschöpfe oder ob darüber hinaus auch die Unterbindung von Rechtsverstößen zum Pflichtenkreis des Verantwortlichen gehören.⁷⁰⁰ Den eigentlich gegenständlichen Sachverhalt verlassend führt der BGH sodann obiter dictu aus, dass einen „Compliance Officer“ regelmäßig eine strafrechtliche Garantienpflicht gem. § 13 Abs. 1 StGB treffe, Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern, die mit der Tätigkeit des Unternehmens in Zusammenhang stehen. Dies sei zurückzuführen auf das übliche Aufgabengebiet eines Compliance Officers, welches die Verhinderung von Rechtsverstößen umfasse, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und das Unternehmen in die Gefahr von Haftungsrisiken und Ansehensverlust bringen.⁷⁰¹

698 OLG Frankfurt Urt. v. 22.5.1987 – 1 Ss 401/86, MDR 1988, S. 160, 161; ausführlich *Dahs*, NSTz 1986, S. 97, 100 mwN.

699 *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, S. 29, 32.

700 BGH Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 49 Tz. 26.

701 BGH Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 49 f. Tz. 27.

c. Die Reaktionen aus der Literatur

Das vom 5. Strafsenat des BGH damit ins Blickfeld gerückte Thema einer strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Beauftragten löste im Nachgang ein großes Echo an Reaktionen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur aus. Die Reaktionen sind dabei in zwei grundverschiedene Ansätze zu unterteilen, die im Folgenden dargestellt werden sollen: einige Autoren betreiben eine grundsätzliche, wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Aussagen des BGH, während andere sich, nun da das Urteil in der Welt ist, vor allem damit beschäftigen, wie eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers als Garant in der Praxis vermieden oder zumindest beschränkt werden kann.

aa. Inhaltliche Auseinandersetzung mit dem obiter dictum des BGH zur Garantenstellung des Compliance Officers

aaa. Kritik an der Auffassung des BGH

Die Mehrzahl der Reaktionen auf das Urteil des 5. Strafsenats des BGH, die sich rechtstheoretisch mit dem Inhalt des obiter dictum auseinandersetzen, enthält inhaltliche Kritik an der Auffassung des BGH und lehnt eine Garantenstellung – mit teilweise unterschiedlichen Argumenten – gänzlich oder zumindest weitestgehend ab.

(1) Keine Herleitung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus der arbeitsvertraglichen oder funktionellen Ausgestaltung der Position des Compliance Officers

Übereinstimmender Kritikpunkt ist die Herleitung der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance Officers aus der dem Unternehmen gegenüber übernommenen Pflicht zur Unterbindung von Rechtsverstößen. Die dem Unternehmen gegenüber übernommenen Pflichten würden regelmäßig arbeitsvertraglich bestimmt⁷⁰² und könnten daher lediglich zivilrechtliche Folgen im Verhältnis zwischen dem Unternehmen und dem Compliance Officer entfalten. Verstöße der Compliance Officer gegen die von ihm übernommenen Pflichten, so könne die Unternehmensleitung arbeitsrechtliche Maßnahmen ergreifen.⁷⁰³ Aus dieser arbeitsrechtlichen folge allerdings nicht zwingend auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit,⁷⁰⁴ da hierfür keine Veranlassung bestehe. Durch die möglichen arbeitsrechtlichen Sanktionen sei gewährleistet, dass der Compliance Officer zu ordnungsgemäßem Verhalten motiviert wird.⁷⁰⁵

702 So auch bereits *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, S. 29, 32; ausführlich zur arbeitsrechtlichen Ausgestaltung *Fecker/Kinzl*, CCZ 2010, S. 13, 16.

703 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2547.

704 *Otto*, Jura 1998, S. 409, 413.

705 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2547.

Funktionell sei die Zielsetzung der Einrichtung eines Compliance-Systems und der Anstellung eines Compliance Officers der Schutz des Unternehmens vor Schäden. Soweit dabei auch Dritte durch das Compliance-System und den Compliance Officer geschützt würden, sei dies zwar beabsichtigte Nebenfolge, jedoch nicht primärer Zweck. Sofern man also an die Position des Compliance Officers auch eine strafrechtliche Garantenpflicht knüpfen wolle, bedürfe dies einer besonderen Rechtfertigung, denn primär existiere die Position im Unternehmensinteresse.⁷⁰⁶ Sofern sich ein entsprechender Wille der Geschäftsleitung im Einzelfall nicht zweifelsfrei feststellen lasse, komme eine Garantenpflicht des Compliance Officers nicht in Betracht.⁷⁰⁷

Die typische funktionelle Ausgestaltung der Position des Compliance Officers – niedergelegt in der Stellenbeschreibung – umfasse gerade keine Abwendungspflicht von nach außen gerichteten Straftaten. Der Compliance Officer habe regelmäßig ein Compliance-System einzurichten und zu überwachen. An dieses sei er primär als „Referenzsystem“ gebunden. Er überwache dessen Einhaltung und berichte über Verstöße, habe jedoch regelmäßig nicht die Kompetenz, über Konsequenzen der Nichteinhaltung zu entscheiden. In Ermangelung derartiger Befugnisse komme eine Garantenpflicht regelmäßig gar nicht oder lediglich sehr eingeschränkt in Betracht. Jedenfalls dann, wenn er seine arbeitsvertraglich festgelegten Pflichten erfülle, sei die Verletzung einer Garantenpflicht durch den Compliance Officer nicht möglich.⁷⁰⁸ Außerhalb der Befugnisse des Compliance Officers, wenn er also beispielsweise in Ermangelung von Weisungsbefugnissen einen strafrechtlich relevanten Erfolg nicht verhindern kann, komme eine Strafbarkeit des Compliance Officers wegen Verletzung einer Garantenpflicht nicht in Betracht, da die Pflicht zur Erfolgsabwendung gem. § 13 Abs. 1 StGB nur im Rahmen des Möglichen⁷⁰⁹ und Zumutbaren⁷¹⁰ bestehe. Der Compliance Officer sei in einem solchen Fall straffrei, solange er jedenfalls seiner Berichtspflicht genüge.⁷¹¹

(2) Keine Herleitung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus einer Vergleichbarkeit mit Betriebsbeauftragten

Eine Garantenstellung des Compliance Officers könne auch nicht auf Grundlage einer Vergleichbarkeit mit Betriebsbeauftragten hergeleitet werden,⁷¹² denen teilweise eine strafrechtliche Garantenstellung zugeschrieben wird.⁷¹³ Dies sei darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber bestimmte Gefahrenbereiche identifiziert und innerhalb dieser

706 Dies deckt sich inhaltlich auch mit den Überlegungen zu der Frage, inwieweit der Compliance-Beauftragte zum Schutz von Allgemeinwohlbelangen tätig wird. Vgl. hierzu „C. IV. 4. c. bb. ccc. Unternehmensinterner Schutz von Allgemeinwohlbelangen“.

707 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2548; *Graul/Blechschildt*, DB 2009, S. 2145.

708 *Rübenstahl*, NZG 2009, S. 1341, 1342.

709 BGH Urt. v. 22.1.1953 – 4 StR 417/52, BGHSt 4, 20, 22 = NJW 1953, 551; BGH Urt. v. 17.2.1954 – GSSt 3/53, BGHSt 6, 46, 57 = NJW 1954, 766.

710 *Fischer StGB* § 13 Rn. 44 mwN.

711 *Rübenstahl*, NZG 2009, S. 1341, 1342.

712 So aber die Herleitung des BGH Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 Tz. 24.

713 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2548 mwN.

entsprechende Betriebsbeauftragte vorgesehen habe, um als verlängerter Arm des Gesetzgebers den Gefahren entgegenzuwirken. Die Annahme einer strafrechtlichen Garantenstellung dieser Betriebsbeauftragten sei daher vertretbar. Anders als die genannten Betriebsbeauftragten sei jedoch der Compliance Officer – abgesehen vom Compliance-Beauftragten gem. § 33 Abs. 1 WpHG – gesetzlich nicht vorgeschrieben, sodass keine Vergleichbarkeit und damit auch keine Garantenstellung ähnlich derjenigen der Betriebsbeauftragten vorliege.⁷¹⁴ Der einzige „geregelt“ Compliance Officer, der Compliance-Beauftragte gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV, sei zwar gesetzlich vorgesehen, jedoch sei auch er in Ermangelung eines Tätigwerdens im öffentlichen Interesse nicht mit Betriebsbeauftragten vergleichbar⁷¹⁵, sodass auch für ihn eine Garantenpflicht auf dieser Grundlage ausscheide.⁷¹⁶

(3) Abgeleitete Garantenpflicht aus der Geschäftsherrenhaftung

In Ermangelung einer „eigenen“ Garantenpflicht des Compliance Officers auf Grundlage seiner Funktion oder einer Vergleichbarkeit mit Betriebsbeauftragten komme lediglich eine abgeleitete Garantenpflicht in Betracht. Quelle dafür könne die in ihrer Existenz umstrittene Geschäftsherrenhaftung sein.

Die Gegner der Geschäftsherrenhaftung lehnen diese mit dem Argument der Personenautonomie⁷¹⁷ des Untergebenen, die eine Verantwortlichkeit des Geschäftsherren als Garant für das Handeln des Untergebenen ausschließe, ab. Ein Angestellter könne keine Gefahrenquelle sein.⁷¹⁸ Der Tatsache, dass eine strafrechtliche Garantenstellung des Geschäftsherren für strafrechtlich relevantes Handeln von Untergebenen nicht in Betracht komme, habe der Gesetzgeber dadurch Ausdruck verliehen, dass ein solches Nichteinschreiten von Vorgesetzten gegen Straftaten der von ihm zu beaufsichtigenden Personen gem. § 130 OWiG lediglich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert wird.⁷¹⁹ Eine darüber hinausgehende strafrechtliche Sanktionierung könne nicht über den Weg eines unechten Unterlassungsdelikts eingeführt werden.⁷²⁰ Da nach dieser Auffassung bereits keine Garantenstellung des Geschäftsherren in Betracht kommt, scheidet auch eine abgeleitete Garantenstellung des Compliance Officers aus, zumal auch darauf hingewiesen wird, dass dieser nicht strengeren strafrechtlichen Maßstäben unterliegen könne, als die Geschäftsleitung selbst.⁷²¹

Die Befürworter der Geschäftsherrenhaftung⁷²² leiten aus dem Direktions- und

714 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2548; *Berndt*, StV 2009, S. 689, 690.

715 Vgl. hierzu „C. IV. 4. c. Analoge Anwendbarkeit der Regelungen zu Unternehmensbeauftragten auf den Compliance-Beauftragten“.

716 *Rolshoven/Hense*, BKR 2009, S. 425, 427.

717 *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 183.

718 *Gimbernat Ordeig*, FS Roxin, 2001, S. 651, 662; hinsichtlich des Begriffes ebenfalls mit Bedenken *Schünemann*, wistra 1982, S. 41, 43.

719 SK-StGB/*Rudolph/Stein* § 13 Rn. 35a.

720 *Otto*, Jura 1998, S. 409, 413; *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2549; *Stoffers*, NJW 2009, S. 3176.

721 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2549.

722 Grundlegend BGH Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 (Lederspray-Fall), BGHSt 37, 106 ff. = NJW 1990,

Weisungsrecht des Geschäftsherren eine Garantenpflicht zur Verhinderung von betriebsbezogenen Straftaten der Angestellten und Arbeiter her. Eine Verletzung dieser Garantenpflicht liege vor, wenn ein Leitungsorgan die ihm mit den Mitteln der Verbandsdisziplin mögliche Verhinderung der strafrechtlich relevanten Handlung eines Untergebenen unterlassen hat.⁷²³ Das Leitungsorgan habe in einem solchen Fall auf Grundlage seiner Weisungsbefugnisse die Herrschaft über den Erfolg, weshalb seine Heranziehung als Garant gerechtfertigt sei.⁷²⁴ Diese Auffassung widerspreche auch nicht der Tatsache, dass das Nichteinschreiten von Vorgesetzten gegen Straftaten der von ihnen zu beaufsichtigenden Personen gem. § 130 OWiG als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werde, denn hierdurch solle keine Beschränkung der Strafbarkeit erfolgen. Gegenüber einer Nebentäterschaft des Betriebsinhabers durch Unterlassen sei § 130 OWiG subsidiär.⁷²⁵ Für das Nebeneinander von § 130 OWiG und einer Unterlassensstrafbarkeit spreche auch die Verschärfung des Haftungsmaßstabs nach § 130 OWiG, für dessen Verwirklichung Fahrlässigkeit genügt.⁷²⁶ Dies sei ein spezialgesetzlicher Ausdruck der gem. § 14 StGB bestehenden Garantenpflicht der Unternehmensführung. Eine Strafbarkeitseinschränkung bezüglich der Reichweite der Garantenpflichten gem. § 13 StGB sei § 130 OWiG hingegen nicht zu entnehmen.⁷²⁷ Übertragen auf den Compliance Officer bedeute dies, dass auch er für die Annahme einer abgeleiteten Garantenstellung auf Grundlage der Geschäftsherrenhaftung über „Befehlsgewalt“ oder „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ verfügen müsse. Die Herrschaft über das Verhalten der hierarchisch nachgeordneten Instanzen des Unternehmens sei jedoch dezentralisierungsfest und bei der Unternehmensleitung gebündelt.⁷²⁸ Eine aus der Geschäftsherrenhaftung abgeleitete Garantenstellung des Compliance Officers sei damit auch unter Zugrundelegung der Auffassung der Befürworter der Geschäftsherrenhaftung nicht gegeben.⁷²⁹

(4) Begrenzung der strafrechtlichen Verantwortung

Auch über die Frage der Existenz einer Garantenstellung des Compliance Officers hinaus findet eine kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil des 5. Strafsenats des BGH statt. So wird – unter der hypothetischen Annahme, es bestünde eine Garantenpflicht – diskutiert, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers nicht grenzenlos bestehen könne. Vielmehr könne diese nur so weit reichen, wie der ihm übertragene Wirkungskreis.⁷³⁰ Eine entscheidende Rolle spiele damit auch hier – wie

S. 2560 ff.

723 Schünemann, ZStW 96 (1984), S. 287, 318; Berndt, StV 2009, S. 689, 690.

724 Schünemann, ZStW 96 (1984), S. 287, 318; Berndt, StV 2009, S. 689, 690.

725 Rübenthal, NZG 2009, S. 1341, 1343 mwN.

726 Rönnau/Schneider, ZIP 2010, S. 53, 56.

727 Rübenthal, NZG 2009, S. 1341, 1343 mwN.

728 Schünemann, wistra 1982, S. 41, 45.

729 Berndt, StV 2009, S. 689, 691.

730 Campos Nave/Vogel, BB 2009, S. 2546, 2549; Rübenthal, NZG 2009, S. 1341, 1343; Berndt, StV 2009, S. 689, 690; so auch bereits für den Betriebsbeauftragten Kraft/Winkler, CCZ 2009, S. 29, 32.

schon für die Frage des eigentlichen Bestehens einer Garantenstellung – die Stellenbeschreibung der Position des Compliance Officers.⁷³¹

Auch sei hinsichtlich der Reichweite einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Compliance Officers immer die Reichweite der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung – so man eine solche annehmen will – zu beachten.⁷³² Die Unternehmensleitung sei zur Verhinderung von aus dem Unternehmen heraus begangenen Straftaten, die keinen betrieblichen Bezug aufweisen, nicht verpflichtet.⁷³³ Damit sei auch für die Verantwortlichkeit des Compliance Officers erforderlich, dass die aus dem Unternehmen heraus begangene Straftat Betriebsbezug aufweist.⁷³⁴

Darüber hinaus sei die Garantenstellung des Compliance Officers aus rechtspolitischen Gründen auf Vorsatzdelikte zu beschränken. Der fahrlässigen Nichtverhinderung von Straftaten aus dem Unternehmen sei durch mögliche arbeits- und zivilrechtliche Sanktionen ausreichend entgegengewirkt, sodass kein Grund für eine weitere Steigerung des strafrechtlichen Risikos des Compliance Officers bestehe.⁷³⁵ Es sei der sog. doppelte Gehilfenvorsatz, also Vorsatz hinsichtlich der Haupttat sowie des eigenen Tatbeitrags⁷³⁶ zu fordern.⁷³⁷

(5) Der Compliance Officer als Täter oder als Gehilfe?

Weiterhin wird – eine Garantenstellung des Compliance Officers ebenfalls vorausgesetzt – erörtert, inwieweit der Compliance Officer selbst Täter oder lediglich Teilnehmer, in diesem Fall Gehilfe, der Straftat sei. Sowohl nach der Tatherrschaftslehre⁷³⁸ – mangelnde Entscheidungs- und Gestaltungsmacht, da der Compliance Officer nicht weisungsbefugt ist⁷³⁹ –, als auch nach der animus-Formel⁷⁴⁰ – der Compliance Officer will die Tat nicht als eigene – könne der Compliance Officer nur Gehilfe, jedoch nicht Täter sein.⁷⁴¹ An dieser Einschätzung dürfte sich auch unter Zugrundelegung der heute vom BGH vertretenen Auffassung nichts ändern, wonach eine wertende Betrachtung sämtlicher Umstände vorgenommen werden soll. Anhaltspunkte für Täterschaft sind danach der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung sowie die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft.⁷⁴²

731 Campos Nave/Vogel, BB 2009, S. 2546, 2549; Rübenstahl, NZG 2009, S. 1341, 1343; Campos Nave, BB 2009, S. 2059.

732 Rübenstahl, NZG 2009, S. 1341, 1343; Bürkle, CCZ 2010, S. 4, 6.

733 Fischer StGB § 13 Rn. 38 der als Beispiele für Straftaten aus dem Betrieb heraus, die keinen Betriebsbezug aufweisen Diebstähle und sexuelle Übergriffe nennt.

734 Campos Nave/Vogel, BB 2009, S. 2546, 2549.

735 Campos Nave/Vogel, BB 2009, S. 2546, 2549.

736 Fischer, StGB § 27 Rn. 21 ff.

737 Campos Nave/Vogel, BB 2009, S. 2546, 2550.

738 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 60 ff.

739 Zum Gewässerschutzbeauftragten OLG Frankfurt Ur. v. 22.5.1987 – 1 Ss 401/86, NJW 1987, S. 2753, 2756.

740 Diese wird allerdings mittlerweile vom BGH nicht mehr vertreten.

741 Campos Nave/Vogel, BB 2009, S. 2546, 2550.

742 BGH Ur. v. 15.5.1984 – 1 StR 169/84, NStZ 1984, 413; BGH Ur. v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289, 291.

Dem Compliance Officer fehlt es regelmäßig an einem eigenen Interesse am Taterfolg, sowie auch an der Tatherrschaft bzw. am Willen dazu. Der BGH wird damit für den Compliance Officer regelmäßig nur zu einer Strafbarkeit als Gehilfe kommen können.

(6) Zusammenfassung

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers aufgrund einer Garantspflicht sei, anders als vom BGH vertreten, gerade nicht die Regel, sondern könne allenfalls – sofern ein entsprechender Wille der Unternehmensleitung in der Stellenbeschreibung des Compliance Officers zum Ausdruck kommt – die Ausnahme sein.⁷⁴³ Voraussetzung sei die Aufnahme einer Abwendungspflicht für aus dem Unternehmen heraus begangene Straftaten in die Stellenbeschreibung.⁷⁴⁴ Ohne eine solche ausdrückliche Verpflichtung fehle es an einer Garantstellung, da diese weder aufgrund einer Vergleichbarkeit zu als Garant verpflichteten Betriebsbeauftragten⁷⁴⁵ noch aus der – umstrittenen – Geschäftsherrenhaftung⁷⁴⁶ herzuleiten sei.

Für den Fall der Annahme einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Compliance Officers als Garant wird zudem darauf hingewiesen, die Grenzen seiner Strafbarkeit zu beachten. Diese könnten nicht weiter gezogen sein, als die Grenzen der Strafbarkeit der Unternehmensleitung und seien weiterhin durch den dem Compliance Officer mittels der Stellenbeschreibung tatsächlich übertragenen Wirkungskreis beschränkt.⁷⁴⁷ Auch sei auf subjektiver Tatbestandsseite Vorsatz erforderlich, um das strafrechtliche Risiko des Compliance Officers nicht über Gebühr zu steigern.⁷⁴⁸ Eine Strafbarkeit des Compliance Officers komme zudem regelmäßig nur als Gehilfe, nicht jedoch als Täter in Betracht.⁷⁴⁹

bbb. Grundsätzliche Zustimmung zur Annahme einer Garantstellung des Compliance Officers

Neben all der geschilderten Kritik und Ablehnung, auf die die vom BGH erwähnte Garantstellung des Compliance Officers getroffen ist, gibt es jedoch auch Zustimmung. So wird vereinzelt eine an die Geschäftsherrenhaftung angelehnte Garantpflicht des Compliance Officers bejaht.⁷⁵⁰

Grundlage hierfür sei die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherren für

743 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2549.

744 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2548; *Graul/Blechs Schmidt*, DB 2009, S. 2145.

745 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2548; *Berndt*, StV 2009, S. 689, 690; *Rolshoven/Hense*, BKR 2009, S. 425, 427.

746 *Berndt*, StV 2009, S. 689, 690 f.

747 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2549; *Rübenstahl*, NZG 2009, S. 1341, 1343; *Berndt*, StV 2009, S. 689, 690.

748 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2549.

749 *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2550

750 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53 ff.; *Ransiek*, AG 2010, S. 147 ff.; *Lackhoff/Schulz*, CCZ 2010, S. 81 passim.

betriebsbezogene Straftaten der Angestellten.⁷⁵¹

Im Gegensatz zur oben geschilderten Auffassung, die von der Existenz der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ausgeht, eine darauf gestützte Garantenstellung des Compliance Officers jedoch ablehnt,⁷⁵² wird hier anders argumentiert. So wird zunächst in den Vordergrund gestellt, dass Compliance Teil der Leitungsaufgabe des Vorstands bzw. der Geschäftsleitung ist und unter anderem eine Schutz- und Überwachungsfunktion umfasst. Diese Schutz- und Überwachungsfunktion beinhaltet wiederum unter anderem die mit der Geschäftsherrenhaftung einhergehende Strafverhinderungspflicht.⁷⁵³ In dieser argumentativen Kette ist damit die Strafverhinderungspflicht ein Teil der Compliance-Pflichten der Geschäftsleitung. Soweit dieser Argumentation entgegengehalten werde, dass Compliance primär im Unternehmensinteresse betrieben werde und daher keine Verantwortlichkeit für die Beeinträchtigung der Rechtsgüter Dritter enthalten könne,⁷⁵⁴ erscheine dies zwar zunächst einleuchtend, lasse aber den Grund für die Geschäftsherrenhaftung außer Acht, denn dieser liege nicht in einer Art Sonderverantwortlichkeit gegenüber bestimmten Rechtsgütern, sondern vielmehr darin, dass der Geschäftsherr im Rahmen einer Schutz- und Überwachungsaufgabe der Herrscher über die Gefahrenquelle „Unternehmen“ inklusive seiner möglicherweise deliktisch handelnden Mitarbeiter sei.⁷⁵⁵ Sofern der Geschäftsherr nun diese Schutz- und Überwachungsaufgabe an den Compliance Officer übertrage, bleibe der Geschäftsherr zwar in einer primären Garantenstellung, deren Pflichten sich allerdings dahingehend wandelten, dass er den Compliance Officer sorgfältig auszuwählen, einzuweisen und zu überwachen habe.⁷⁵⁶ Der Compliance Officer werde kraft freiwilliger Übernahme seiner Funktion Überwachergarant, vergleichbar dem Gewässerbeauftragten.⁷⁵⁷ Mit diesem sei der Compliance Officer, obwohl selbst kein Unternehmensbeauftragter, hier vergleichbar, da beide über einen nicht unerheblichen Informationsvorsprung gegenüber der Geschäftsleitung verfügten, kraft dessen sie einen Teil der Garantenstellung des Geschäftsherrn übernähmen. Durch die Einsetzung eines Compliance Officers werde die Geschäftsleitung ihre allgemeine Überwachungstätigkeit und damit auch Informationsgewinnung entsprechend einschränken und sich auf die Überwachung des Compliance Officers konzentrieren, sodass zur Vermeidung einer Schutzlücke der Compliance Officer in die allgemeine Überwachungspflicht und auch die daraus abgeleitete Strafverhinderungspflicht der Geschäftsleitung als sekundärer Garant einrücken müsse. Der Compliance Officer sei, im Rahmen der ihm übertragenen Pflichten und Kompetenzen, verpflichtet, betriebsbezogene Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern.⁷⁵⁸

751 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 55 f., auch mwN zur Geschäftsherrenhaftung; *Lackhoff/Schulz*, CCZ 2010, S. 81 passim.

752 Vgl. „C. IV. 6. c. aa. aaa. (3) Abgeleitete Garantenpflicht aus der Geschäftsherrenhaftung“.

753 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 56.

754 *So Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2548.

755 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 57.

756 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 57; zu den aus einer Aufgabendelegation folgenden Pflichten der Geschäftsleitung *Fleischer*, AG 2003, S. 291 ff.; *Hegnon*, CCZ 2009, S. 57 ff.; *Meier-Greve*, BB 2009, S. 2555 ff.

757 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 57.

758 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 58; *Deutscher*, WM 2010, S. 1387, 1390; aA *Warneke*, NStZ

Allerdings sei hinsichtlich der mit seiner Garantenstellung einhergehenden Pflichten zu beachten, dass der Compliance Officer im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben regelmäßig keine Weisungsbefugnis habe.⁷⁵⁹ Die Details seiner Pflichten seien abhängig von der Ausgestaltung der Position im Einzelfall,⁷⁶⁰ jedenfalls treffe ihn aber eine Pflicht zur Aufklärung des auf einen Regelverstoß hinweisenden Sachverhalts.⁷⁶¹ Falls im Rahmen dieser Aufklärung dann durch den Compliance Officer ein Regelverstoß aufgedeckt werde, habe er diesen – in Ermangelung von Weisungsbefugnissen – der Geschäftsleitung zu melden, sein Eskalationsrecht werde zur Eskalationspflicht.⁷⁶²

Damit endeten die Pflichten des Compliance Officers im Rahmen seiner Garantenstellung, insbesondere sei er weder zum Einschreiten – mangels Weisungsbefugnis – noch zur Meldung an die Strafverfolgungsbehörden – primär handele der Compliance Officer im Unternehmensinteresse und habe die Entscheidung der Geschäftsleitung hinsichtlich einer solchen Meldung zu beachten – verpflichtet.⁷⁶³

bb. Praktische Schlussfolgerungen

Viele Autoren wählten neben der beschriebenen inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem BGH-Urteil einen praxisorientierten Ansatz und sind verhältnismäßig schnell zu praktischen Hinweisen für die Unternehmen und deren Compliance Officer übergegangen, wie eine Strafbarkeit des Compliance Officers nach dem vom BGH Gesagten verhindert werden kann, da letztlich – trotz aller Kritik – zu befürchten stehe, dass sich die Rechtsprechung insgesamt am obiter dictum des BGH orientieren werde.⁷⁶⁴

Zur weitgehenden Vermeidung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Compliance Officers wird einhellig empfohlen – dies ist zugleich die denknotwendige Folge aus dem Ergebnis der inhaltlichen Kritik, wonach die Stellenbeschreibung bzw. die vertragliche Ausgestaltung die entscheidenden Kriterien sind – bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages und der Stellenbeschreibung möglichst genau die Zuständigkeiten und Pflichten des Compliance Officers festzulegen und strafrechtlich möglicherweise zur Garantenstellung führende Pflichten – sofern gewollt – ausdrücklich auszuschließen.⁷⁶⁵

2010, S. 312, 316.

759 Vgl. für die nicht vorhandene Weisungsbefugnis des Compliance-Beauftragten nach § 12 Abs. 4 WpDVerOV „C. IV. 5. a. Weisungsbefugnisse des Compliance-Beauftragten“.

760 Stellenbeschreibung und arbeitsvertragliche Ausgestaltung sind maßgeblich. So auch Tenor der den BGH ablehnenden Literaturstimmen, vgl. hierzu „C. IV. 6. c. aa. aaa. (1) Keine Herleitung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus der arbeitsvertraglichen oder funktionellen Ausgestaltung der Position des Compliance Officers“ und „C. IV. 6. c. aa. aaa. (4) Begrenzung der strafrechtlichen Verantwortung“.

761 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 59.

762 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 59; *Ransiek*, AG 2010, S. 147, 153; *Rübenstahl*, NZG 2009, S. 1341, 1342; *Lackhoff/Schulz*, CCZ 2010, S. 81, 86 f.; zum Informationsfluss zwischen Compliance-Mitarbeitern, Compliance Officer und Geschäftsleitung vgl. *Rodewald/Unger*, BB 2007, S. 1629, 1631.

763 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 60; *Ransiek*, AG 2010, S. 147, 153.

764 *Rotsch*, ZJS 2009, S. 712.

765 *Wybitul*, BB 2009, S. 2590, 2593; *Wybitul*, BB 2009, S. 2263, 2264; *Campos Nave*, BB 2009, S. 2059; *Graul/Blechschildt*, DB 2009, S. 2145 f.; *Thiel von Herff*, BB 2009, S. 1985.

Gerade diese – beinahe notwendige – praktische Beschränkung der Tätigkeit des Compliance Officers auf Bereiche, in denen er keinesfalls Gefahr läuft, in eine Garantenstellung zu geraten, könne dabei die – vom BGH sicherlich ungewollte und rechtspolitisch nicht wünschenswerte, da der Effektivität von Compliance entgegenwirkende – Folge des Urteils des 5. Strafsenats des BGH sein.⁷⁶⁶ Ein derart in seiner Tätigkeit beschränkter Compliance Officer könne darüber hinaus die Geschäftsleitung nicht in der gewünschten Weise hinsichtlich ihrer Überwachungspflichten entlasten.⁷⁶⁷

d. Stellungnahme

Die vom 5. Strafsenat des BGH begründete Garantenstellung des Compliance Officers bzw. des die Mehrheit der hier im Mittelpunkt stehenden Unternehmen eher betreffenden Compliance-Beauftragten i.S.d. § 12 Abs. 5 WpDVerOV hat verständlicherweise eine heftige Reaktion in Literatur und Praxis hervorgerufen.

Es erscheint auf den ersten Blick wenig wünschenswert, derjenigen Stelle des Unternehmens, die „nach Kräften“ für dessen Legalität sorgen soll, eine strafrechtliche Garantenstellung für von ihr unter Umständen schwer beherrschbares strafbares Handeln von Angestellten des Unternehmens aufzubürden.⁷⁶⁸

aa. Garantenstellung

Richtig ist jedoch und heute weitestgehend anerkannt,⁷⁶⁹ dass den Geschäftsherren eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung trifft. Die Geschäftsherrenhaftung wird dabei oftmals verkürzt damit begründet, dass der Geschäftsherr die Gefahrenquelle kraft seiner Weisungsbefugnis beherrscht.⁷⁷⁰ Da dem Compliance Officer bzw. Compliance-Beauftragten diese Weisungsbefugnis regelmäßig fehlt, wird angenommen, es könne aus

766 *Berndt*, StV 2009, S. 689, 691; kritisch auch *Bürkle*, CCZ 2010, S. 4, 6.

767 *Bürkle*, CCZ 2010, S. 4, 6; *Rieble*, CCZ 2010, S. 1; *Rönnaul/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 59: Compliance Beauftragter „light“.

768 So zum Beispiel auch die gemeinsame Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR) und des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zum MaComp-Entwurf vom 12.2.2010, Teil 1 S. 1 f., Teil 2 S. 2 f., 34, abrufbar unter http://www.bafin.de/cln_152/nn_722564/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_1709_stn_BVR-DSGV_20Teil_201_20Anschreiben,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709_stn_BVR-DSGV%20Teil%201%20Anschreiben.pdf (Teil 1) und http://www.bafin.de/cln_152/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_1709_stn_BVR-DSGV_20Teil_202,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/kon_1709_stn_BVR-DSGV%20Teil%202.pdf (Teil 2) (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

769 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität im Strafrecht, S. 101 ff.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 185; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 137; *Rogall*, ZStW 98 (1986), S. 573, 616 ff.; *Schall*, FS Rudolphi, 2004, S. 267, 268; *Rönnaul/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 56; *Lackner/Kühl* StGB § 13 Rn. 14; *Fischer* StGB § 13 Rn. 38; aA *LK-StGB/Weigend* § 13 Rn. 56; *Heine*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 116 ff.; *Hsü*, Garantenstellung, S. 253 f.; *Otto*, Jura 1998, S. 409, 413.

770 *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 185; *Schünemann*, ZStW 96 (1984), S. 287, 318; *Berndt*, StV 2009, S. 689, 690.

der Geschäftsherrenhaftung keine Garantenstellung des Compliance Officers abgeleitet werden.⁷⁷¹ Dabei wird übersehen, dass die Beherrschung des Betriebs, also der Gefahrenquelle, auch auf andere Weise als durch Ausübung von Weisungsbefugnissen möglich ist. Der Compliance Officer ist regelmäßig,⁷⁷² bzw. gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 Abs. 4 WpDVerOV, sofern es sich um einen Compliance-Beauftragten in diesem Sinne handelt, unter anderem zur Überwachung der Einhaltung bestimmter Gesetze und Regeln verpflichtet. Die Geschäftsleitung kann sich insofern auf die Position der Überwachung des Compliance Officers bzw. Compliance-Beauftragten zurückziehen.⁷⁷³

Dies gilt allerdings denknotwendig nur für die Bereiche, deren Überwachung der Compliance-Organisation und damit der Verantwortlichkeit des Compliance Officers übertragen ist. Die Überwachung durch Compliance-Organisation und Compliance Officer umfasst nicht zwingend alle rechtlichen Bereiche. So sehen etwa die gesetzlichen Vorgaben zum Compliance-Beauftragten gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV und der seiner Verantwortung unterstellten Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG nicht zwingend die Überwachung im Hinblick auf strafrechtlich relevantes Verhalten vor. Sofern eine Compliance-Funktion und der zugehörige Compliance-Beauftragte des jeweiligen Unternehmens lediglich die gesetzlich vorgesehenen Überwachungs-Aufgaben von der Geschäftsleitung übertragen bekommen haben, ist der Compliance-Beauftragte mangels strafrechtlicher Überwachungspflicht kein strafrechtlicher Garant. Diese Rolle verbleibt nach den Grundsätzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung mangels Übertragung bei der Geschäftsleitung, sofern nicht eine andere Stelle des Unternehmens mit dieser speziellen Überwachung beauftragt wurde. Dies gilt auch außerhalb des Anwendungsbereichs des WpHG: Nicht jedem Compliance Officer bzw. jeder Compliance-Organisation wurde die Überwachung im Hinblick auf strafrechtlich relevantes Verhalten übertragen.

Ist aber auch die Überwachung möglicherweise strafrechtlich relevanten Verhaltens im Einzelfall Teil der Aufgaben der Compliance-Organisation, so laufen die Informationen über mögliche strafrechtlich relevante Handlungen von Angestellten des Unternehmens aufgrund der Übertragung dieser Aufgabe durch die Geschäftsleitung nur noch beim Compliance Officer auf, sodass dieser kraft seiner exklusiven Informationen in eine die konkrete Gefahr beherrschende Stellung aufrückt.⁷⁷⁴ Würde man eine solche Stellung des Compliance Officers ablehnen, entstünde nach der zulässigen Delegation aus dem Blickwinkel der Geschäftsherrenhaftung eine nicht hinnehmbare Lücke, denn die Geschäftsleitung übt für den vom Compliance Officer zu überwachenden Bereich nicht

771 *Berndt*, StV 2009, S. 689, 691.

772 Sollte die Tätigkeit eines Compliance Officers im Einzelfall so ausgestaltet sein, dass die Überwachung der Einhaltung bestimmter Regeln und Gesetze nicht zu seinen Aufgaben gehört, wird man ihn nicht als „Compliance Officer“ im Wortsinn ansehen können.

773 *Fleischer*, AG 2003, S. 291 ff.; *Hegnon*, CCZ 2009, S. 57 ff.; *Meier-Greve*, BB 2009, S. 2555 ff.

774 So auch *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 58; der Compliance Officer kann damit durch das Sammeln von Informationen und die Weitergabe an die Geschäftsleitung im Ernstfall „den Gefahrenherd Betrieb unter sicherheitsgewährender Kontrolle“ halten, wie dies von *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 137 gefordert wird.

länger die auf die Erlangung von Informationen angewiesene Herrschaft aus. Damit wird der Compliance Officer strafrechtlicher Garant und hat als Folge die Pflicht, die erlangten Informationen an die Geschäftsleitung weiterzureichen. Zu einer Pflicht zur direkten Verhinderung der Straftat durch Weisung fehlt ihm die entsprechende Befugnis, worüber auch seine Garantstellung nicht hinweghilft.

Eine Begrenzung der grundsätzlich gegebenen Garantspflicht des Compliance Officers findet damit durch die Festlegung seines Aufgabenbereichs statt. Über das von ihm zu überwachende Tätigkeitsfeld hinaus trifft ihn keine Garantstellung. Er ist – eben auch strafrechtlich – „lediglich“ für das Compliance-System verantwortlich, d.h., er ist Überwachungsgarant⁷⁷⁵ eines effektiven Compliance-Systems, sofern dieses in der Ausgestaltung des jeweiligen Einzelfalls auch strafrechtlich relevante, betriebsbezogene Handlungen von Angestellten des Unternehmens zu identifizieren hat.

bb. Beschränkung durch Arbeitsvertrag und Stellenbeschreibung

Mit diesem Ergebnis ist zugleich klar, dass eine Begrenzung der Strafbarkeit eines Compliance Officers oder Compliance-Beauftragten durch ein entsprechend eingeschränktes Tätigkeitsfeld grundsätzlich möglich ist. Eine arbeitsvertragliche Regelung erscheint dabei wenig zielführend, denn entscheidend ist das Aufgabenfeld der Compliance-Organisation, für welche der Compliance Officer verantwortlich ist. Gehört die Überwachung von möglicherweise strafrechtlich relevantem Verhalten nicht zu den Aufgaben der jeweiligen Compliance-Organisation, ist auch die Compliance Officer strafrechtlich nicht zur Verantwortung zu ziehen. In diesem Fall verbleibt die strafrechtliche Garantstellung bei der Geschäftsleitung des Unternehmens, sodass insoweit keine strafrechtlich ungeschützter Bereich entsteht.

cc. Praktisch geringe Gefahr strafrechtlicher Sanktionen

Wenn damit – bei Übertragung der entsprechenden Überwachungspflicht – dem Grunde nach feststeht, dass der Compliance Officer sich wegen Verletzung seiner Garantpflicht strafbar machen kann, so mag dies auf den ersten Blick ein erschreckendes Ergebnis sein und bei Unternehmen und Compliance Officers großes Unbehagen auslösen. Tatsächlich ist jedoch das Risiko einer strafrechtlichen Sanktionierung eines Compliance Officers wegen Verletzung seiner Garantpflicht praktisch weit geringer, als es zunächst den Anschein hat.

aaa. Der vorsätzliche unterlassende Compliance Officer

Die praktische Gefahr einer strafrechtlichen Sanktionierung ist selbst bei einem vorsätzlich seine Pflichten durch Unterlassen verletzenden Compliance Officer gering. Sein

⁷⁷⁵ So auch *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, S. 29, 32; *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, S. 53, 57.

vorsätzliches Unterlassen müsste ursächlich für den eingetretenen strafrechtlichen Erfolg gewesen sein. Dieses Erfordernis ist praktisch, wenn überhaupt, so nur unter großen Schwierigkeiten beweisbar. Es müsste zweifelsfrei festgestellt werden können, dass die Geschäftsleitung, hätte der Compliance Officer sie informiert, in einer Weise reagiert hätte, die das deliktische Handeln des Angestellten unterbunden hätte. Ein solcher eigenständiger Entschluss der Geschäftsleitung, die als dritte Person in den Kausalverlauf eintritt, erschwert die Beweisführung für die Strafverfolgungsbehörde erheblich.⁷⁷⁶

Gelingt dieser Beweis allerdings, so kann der vorsätzlich unterlassende Compliance Officer strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden und zwar, je nach Sachverhalt, sowohl als (Mit-)Täter als auch als Teilnehmer.

Dies begegnet auch unter dem Blickwinkel, die Compliance Officer möglichst vor strafrechtlichen Gefahren schützen zu wollen keinen Bedenken, da der vorsätzlich unterlassende Compliance Officer nicht schutzbedürftig ist.⁷⁷⁷

bbb. Der fahrlässig unterlassende Compliance Officer

Der praktische Regelfall dürfte der Compliance Officer sein, der fahrlässig die ihm obliegenden Überwachungspflichten unterlässt, wodurch ein Angestellter des Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig eine Straftat begehen kann.

Handelt der Angestellte hinsichtlich seiner Straftat mit Vorsatz, so stellt sich die Frage, inwieweit der fahrlässig unterlassende Compliance Officer dann überhaupt noch strafbar ist. Bekannt ist dieses Problem unter dem Stichwort der „Lehre vom Regressverbot“. Den Anhängern der Lehre vom Regressverbot zufolge wird durch das vorsätzliche Handeln eines Dritten, oder des Verletzten selbst, ein vom fahrlässigen Unterlassungstäter in Gang gesetzter Kausalverlauf unterbrochen.⁷⁷⁸ Dem ist die Rechtsprechung jedoch nicht gefolgt,⁷⁷⁹ sodass in der Praxis ein vom Compliance Officer durch sein fahrlässiges Unterlassen in Gang gesetzter Kausalverlauf nicht durch das Hinzutreten eines vorsätzlich Handelnden Angestellten, der die unterlassene Überwachung zu einer Straftat nutzt, unterbrochen wird.

Eine Strafbarkeit des fahrlässig handelnden Compliance Officers käme dennoch nur dann in Betracht, wenn für die Straftat, die der Compliance Officer durch sein fahrlässiges Unterlassen begeht, auf subjektiver Tatbestandsseite Fahrlässigkeit genügt. Hier kommt es zu einer weiteren und weitreichenden praktischen Einschränkung der Strafbarkeit des Compliance Officers.⁷⁸⁰ Nur ein sehr geringer Anteil an Delikten, die zu verhindern er

⁷⁷⁶ Auf diese Problematik weisen auch bereits *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, S. 29, 33 hin.

⁷⁷⁷ So wird auch von *Campos Nave/Vogel*, BB 2009, S. 2546, 2549 die Beschränkung einer Strafbarkeit des Compliance Officers auf Vorsatzdelikte gefordert.

⁷⁷⁸ Begründet von *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 1 III Nr. 2 lit. a; *Fischer StGB Vor § 13 Rn. 38 mwN*.

⁷⁷⁹ Vgl. nur RG Urt. v. 2.10.1930 – II 673/30, RGSt 64, 316, 318; so auch die hL, vgl. nur SK-StGB/*Rudolphi Vor § 1 Rn. 49; Fischer StGB Vor § 13 Rn. 38 jeweils mwN*.

⁷⁸⁰ Hierauf weisen auch bereits *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, S. 29, 33 hin.

durch seine Überwachung verpflichtet ist, können fahrlässig begangen werden. Häufiger wird es zu Vermögensdelikten, wie Betrug und Untreue kommen, deren Verwirklichung nur vorsätzlich möglich ist, sodass der fahrlässig unterlassende Compliance Officer straffrei bliebe. Fahrlässig begehbare Delikte, wie die fahrlässige Körperverletzung oder die fahrlässige Tötung, können nur dann eine Strafbarkeit des Compliance Officers begründen, wenn sie einen Betriebsbezug aufweisen, da dies Voraussetzung für die strafrechtliche Garantenstellung des Geschäftsherrn ist, aus der sich die Garantenstellung des Compliance Officers wie gezeigt ableitet. Die Betriebsbezogenheit von fahrlässiger Körperverletzung oder gar fahrlässiger Tötung ist jedoch nur dann denkbar, wenn das jeweilige Unternehmen mit den von diesen Delikten geschützten Rechtsgütern betrieblich in Kontakt gerät, wenn es sich also bei dem Unternehmen beispielsweise um ein Krankenhaus handelt.

Für Wertpapierdienstleistungsunternehmen bzw. Kreditinstitute kommen diese Delikte als „betriebsbezogen“ nicht in Betracht. Die von den dortigen Angestellten begehbaren betriebsbezogenen Straftaten erfordern regelmäßig Vorsatz, sodass der nur fahrlässig unterlassende Compliance Officer straffrei bleibt. Anders kann das Ergebnis – dies noch einmal zur Verdeutlichung – nur dann lauten, wenn Fahrlässigkeit hinsichtlich der Verwirklichung des vom Compliance Officer durch Unterlassen verursachten Delikts genügt.

e. Konsequenz: D&O-Versicherung für Compliance-Beauftragte?

Aufgrund der vom BGH nunmehr in den Blickpunkt gerückten strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Compliance Officers wurden Stimmen laut, die dessen persönliche Haftung durch Einbeziehung in die D&O-Versicherung des Unternehmens ausgleichen wollen.

In dieser Frage sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Zunächst ist die Frage der Möglichkeit einer Einbeziehung des Compliance Officers in die D&O-Versicherung zu beantworten und anschließend ist zu klären, inwieweit ihn die D&O-Versicherung gegen die mit strafrechtlicher Haftung verbundenen Risiken abzusichern vermag.

Eine Einbeziehung anderer Personen als der Organmitglieder – diese sind gewissermaßen die „Stammklientel“ einer D&O-Versicherung – ist dabei problemlos möglich, dementsprechend kann auch der Compliance Officer in den Versicherungsschutz einbezogen werden.⁷⁸¹

Bei Betrachtung der Risiken, die durch eine D&O-Versicherung abgedeckt werden, tritt für die aufgeworfene Frage jedoch Ernüchterung ein. Regelmäßig lautet die Definition des Versicherungsfalls einer D&O-Versicherung wie folgt:

⁷⁸¹ Held, CCZ 2009, S. 231, 232; s. dort auch einen entsprechenden Formulierungsvorschlag für die Einbeziehung.

C. IV. Der Compliance-Beauftragte

Der Versicherer gewährt den versicherten Personen weltweit Versicherungsschutz für den Fall, dass sie wegen einer Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen erstmals schriftlich auf Ersatz eines Vermögensschadens in Anspruch genommen werden.⁷⁸²

Abgesichert ist demnach nur das Risiko einer Inanspruchnahme durch Geltendmachung von Haftpflichtansprüchen,⁷⁸³ regelmäßig ausgenommen sind zudem Strafen, Vertragsstrafen, Geldbußen und Entschädigungen mit Strafcharakter.⁷⁸⁴ Damit kommt eine Entschädigung für vom Compliance Officer zu zahlende strafrechtliche Geldstrafen nicht in Betracht, schlechthin undenkbar ist zudem ein Ersatz für eine vom Compliance Officer womöglich abzuleistende Haftstrafe.

Die D&O-Versicherung erweist sich nach dem Gesagten als nicht-taugliches Mittel zur Begrenzung der Strafbarkeitsrisiken eines Compliance Officers.⁷⁸⁵

782 Zitiert nach *Held*, CCZ 2009, S. 231, 232.

783 Vgl. zu den zivilrechtlichen Haftungsrisiken des Compliance Officers und auch zu deren möglicher Begrenzung durch Abschluss einer D&O-Versicherung ausführlich *Favoccia/Richter*, AG 2010, S. 137, 146.

784 *Held*, CCZ 2009, S. 231, 232.

785 Vgl. hierzu *Deutscher*, WM 2010, S. 1387, 1393: D&O-Versicherung als Unterstützung der Möglichkeiten einer strafrechtlichen Verteidigung gegen die Vorwürfe der Staatsanwaltschaft.

D. Compliance im Bankkonzern

Nachdem die bisherigen Darstellungen sich ausschließlich mit dem Einzelunternehmen beschäftigt haben, soll nun durch eine Darstellung der Besonderheiten der Compliance im „Bank-Konzern“ das Augenmerk auf den praktisch im Bankensektor weitverbreiteten Konzern gelenkt werden. Von den kleinsten bis hin zu den größten Instituten gibt es kaum ein Kreditinstitut oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen, welches nicht eine oder mehrere Tochterunternehmen hat oder selbst ein Tochterunternehmen ist. So werden der Deutschen Bank AG rund 4.000 Tochtergesellschaften nachgesagt,⁷⁸⁶ Sparkassen und Genossenschaftsbanken betreiben einzelne Geschäftsfelder⁷⁸⁷ oftmals in Tochter-GmbHs und Automobilkonzerne haben Unternehmenstöchter, die Finanzdienstleistungen anbieten.

Die Pflicht zur Compliance und im Einzelfall auch zur Einrichtung einer Compliance-Organisation trifft, wie dargestellt, die Geschäftsleitung des jeweiligen Instituts. Bei Instituten i.S.d. § 1 Abs. 1 und 1a KWG ergibt sich diese die Geschäftsleitung treffende Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation aus § 25a Abs. 1 KWG. Handelt es sich bei dem jeweiligen Unternehmen um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, so ergibt sich die Compliance-Organisationspflicht aus § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG.

Im Folgenden soll nun zunächst der Frage nachgegangen werden, ob es im Konzern im Allgemeinen und im Bank-Konzern im Speziellen eine dementsprechende Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation – zumindest im Einzelfall oder sogar allgemeingültig – gibt.

Sodann sind die durch das Konzernrecht gesetzten Grenzen einer konzernweiten Compliance-Organisation bzw. ihrer Eingriffsmöglichkeiten zu beleuchten.

Drittens soll das Verhältnis dieser möglicherweise die Geschäftsleitung der Konzernmutter treffenden Pflicht zu den Compliance-Organisationspflichten der Geschäftsleitungen der Tochterunternehmen im Mittelpunkt stehen.

Im vierten Teil der Darstellungen zum Konzern sollen dann schließlich ausgewählte Bereiche des Themengebiets „Compliance im Konzern“ untersucht werden, die so entweder im Einzelunternehmen nicht existent sind oder zumindest auf Konzernebene eine erhöhte Relevanz oder Komplexität aufweisen.

786 *Schneider*, NZG 2009, S. 1321, 1323.

787 So z.B. Immobiliengeschäfte.

I. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation

Wie bereits für Einzelunternehmen im Laufe der Untersuchung festgestellt, kommen für eine eventuelle Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation stets mehrere Rechtsquellen in Betracht. Dies ist auch auf Konzernebene nicht anders. Zunächst ist daher die Existenz einer allgemeingültigen, d.h. jeden Konzern treffenden Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation zu untersuchen.

1. Die gesellschaftsrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht

Als Quelle einer allgemeingültigen Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation kommt, angelehnt an die oben erörterte Möglichkeit einer Compliance-Organisationspflicht im Einzelfall aufgrund der Leitungsaufgabe im Einzelunternehmen,⁷⁸⁸ vorrangig das Gesellschaftsrecht in Betracht.

Zwar besteht gesellschaftsrechtlich bereits im Einzelunternehmen keine allgemeingültige Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation, doch kann sich diese Pflicht gegebenenfalls bei einer Reduzierung des Auswahlermessens auf diese eine Maßnahme ergeben.⁷⁸⁹ Daran angelehnt soll hier zunächst untersucht werden, ob dieser Gedanke auch für die Pflichten der Konzernleitung fruchtbar gemacht werden kann. Mit anderen Worten: Kann die Konzernleitung – im Einzelfall, wenn keine anderen organisatorischen Maßnahmen zur effektiven Gewährleistung legalen Verhaltens in Betracht kommen – bereits gesellschaftsrechtlich verpflichtet sein, eine konzernweite Compliance-Organisation einzurichten und ist dies eine Verpflichtung, die die Konzernleitung ausschließlich gegenüber ihrer „eigenen“ Gesellschaft trifft oder ist sie auch gegenüber den abhängigen Gesellschaften hierzu verpflichtet?

a. Compliance-Organisationspflicht im Interesse der „eigenen“ Gesellschaft

Im Einzelunternehmen ergibt sich die einzelfallbezogene Compliance-Organisationspflicht aus der allgemeinen Leitungsaufgabe, die die Unternehmensleitung im Verhältnis zu ihrer Gesellschaft trifft. Übertragen auf den Konzern wäre der entsprechende Anknüpfungspunkt die in Existenz und genauem Umfang nach wie vor umstrittene Konzernleitungspflicht, aufgrund derer die Konzernleitung gegenüber der herrschenden Gesellschaft zur Einrichtung einer die beherrschten Gesellschaften umfassenden Compliance-Organisation verpflichtet sein könnte.

788 Vgl. „B. II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht“.

789 Vgl. „B. II. 1. a. cc. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Pflicht oder als Ermessensfrage“.

aa. Die Leitungsverantwortung der Konzernleitung

Der namentlich von *Hommelhoff* geprägte Begriff der Konzernleitungspflicht⁷⁹⁰ beschreibt die Pflicht der Konzernleitung, nicht nur die eigene Gesellschaft, sondern auch die Tochtergesellschaften nach denselben Maßstäben, also entsprechend der Leitungsaufgabe der Konzernleitung zu leiten.⁷⁹¹

In ihrem tatsächlichen Gehalt und Umfang ist die Konzernleitungspflicht bis heute umstritten. So lehnt die herrschende Meinung eine Konzernleitungspflicht im geschilderten Umfang ab.⁷⁹² Gegen eine weitgehende Konzernleitungspflicht in der Form, dass die Konzernleitung verpflichtet ist, die abhängigen Konzernunternehmen gleichsam wie das eigene Unternehmen zu führen, sprächen im faktischen Konzern die einer solchen Pflicht nicht entsprechenden Einflussmöglichkeiten der Konzernleitung auf die abhängige Gesellschaft.⁷⁹³ Auch im Vertragskonzern wird einer weitgehenden Konzernleitungspflicht zumindest zweifelnd begegnet.⁷⁹⁴ Die Argumente der herrschenden Meinung überzeugen dabei. Im faktischen Konzern ist der Leitung auch der abhängigen Unternehmen durch die Konzernleitung durch § 311 AktG zumindest gegenüber einer AG als abhängiger Gesellschaft eine gesetzliche Grenze gesetzt, weshalb der Konzernleitung mangels Umsetzbarkeit auch keine Pflicht zur Konzernleitung vergleichbar der Pflicht zur Leitung des eigenen Unternehmens aufgebürdet werden kann.⁷⁹⁵ Im Vertragskonzern hat die Konzernleitung gem. § 308 Abs. 1 AktG zumindest ein Weisungsrecht und damit auch ein Leitungsrecht, welches unter Umständen, wenn etwa das herrschende Unternehmen eine für die abhängige Gesellschaft nachteilige Situation geschaffen hat⁷⁹⁶ oder der Beherrschungsvertrag die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft an der pflichtgemäßen Erfüllung ihrer Leitungspflicht hindert⁷⁹⁷, zu einer Konzernleitungspflicht erstarken kann.

790 *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, passim.

791 *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, passim., speziell S. 43 ff., 165 ff.; MünchHdbGesR/Bd. 4/*Wiesner*, § 19 Rn. 12; *Timm*, NJW 1987, S. 977, 980.

792 GroßKommAktG/*Kort* § 76 Rn. 139; Kölner KommAktG/*Mertens/Cahn* § 76 Rn. 65; MünchKommAktG/*Spindler* § 76 Rn. 51; *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 76 Rn. 86; *K.Schmidt/Lutter/Seibt* AktG § 76 Rn. 16; *Hüffer* AktG § 76 Rn. 17; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 AktG Rn. 11; *Bayer/Habersack/Hüffer*, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 347 f.; *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, S. 29 ff.; *Martens*, FS Heinsius, 1991, S. 523, 531; *Götz*, ZGR 27 (1998), S. 524, 527 ff.; *Schiessl*, ZGR 21 (1992), S. 64, 83; *Kropff*, ZGR 13 (1984), S. 112, 116 ff.

793 GroßKommAktG/*Kort* § 76 Rn. 139; *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 76 Rn. 86; *K.Schmidt/Lutter/Seibt* AktG § 76 Rn. 16; *Hüffer* AktG § 76 Rn. 17; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 AktG Rn. 11; *Bayer/Habersack/Hüffer*, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 347 f.

794 MünchKommAktG/*Spindler* § 76 Rn. 51; *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 76 Rn. 87; *K.Schmidt/Lutter/Seibt* AktG § 76 Rn. 16; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rn. 35; gänzlich gegen eine Konzernleitungspflicht im Vertragskonzern GroßKommAktG/*Kort* § 76 Rn. 144.

795 Gegenüber einer GmbH sind Weisungen aufgrund der Stellung der herrschenden Gesellschaft als Gesellschafterin möglich. Vgl. „D. II. 3. b. aa. Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens“. Dennoch wird auch gegenüber einer faktisch beherrschten GmbH eine Konzernleitungspflicht mit Verweis auf den durch Statuierung einer solchen Pflicht hervorgerufenen, jedoch unerwünschten konzentrationsfördernden Effekt abgelehnt. *Scholz/Emmerich* GmbHG Anh. § 13 Rn. 64c.

796 Vgl. zu diesem und einem weiteren Beispiel *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rn. 35.

797 MünchKommAktG/*Altmeyen* § 309 Rn. 57, ebenfalls mit weiteren Beispielen.

Obwohl sie eine Konzernleitungspflicht in einer der Leitungspflicht im Einzelunternehmen vergleichbaren Weise zumindest für den faktischen und teilweise auch für den Vertragskonzern ablehnen, gehen auch die Vertreter der herrschenden Meinung von einem durch die Konzernsituation erweiterten Pflichtenkatalog der Konzernleitung aus. Die Konzernleitung habe im Interesse der eigenen Gesellschaft die Unternehmensbeteiligungen unter Beachtung der Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu verwalten,⁷⁹⁸ denn diese seien letztlich immerhin Gesellschaftsvermögen.⁷⁹⁹ Hierbei genüge es nicht, einfach die Beteiligungsrechte gewissenhaft auszuüben, es sei vielmehr erforderlich, dass die Konzernleitung die „Oberleitung“ übernehme.⁸⁰⁰ Dies umfasse – insoweit besteht Einigkeit – unter anderem die Organisationsverantwortung⁸⁰¹ sowie eine konzernweite Überwachungsverantwortung.⁸⁰²

bb. Compliance-Organisationspflichten auf Grundlage der Leitungsaufgabe der Konzernleitung

Nachdem somit die Reichweite der Konzernleitungspflicht nach den beiden grundsätzlich zu unterscheidenden Auffassungen abgesteckt ist, gilt es in einem zweiten Schritt zu untersuchen, inwieweit nach beiden Auffassungen an die Konzernleitungspflicht bzw. die Pflicht zur Oberleitung im Einzelfall eine Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation anknüpft.

aaa. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Konzernleitungspflicht

Schließt man sich – entgegen der herrschenden Meinung – der von *Hommelhoff* geprägten Konzernleitungspflicht an, die der Konzernleitung Leitungspflichten auferlegt, die denjenigen der Unternehmensleitung eines Einzelunternehmens gleichen, so ist das Ergebnis hinsichtlich einer auf diese Konzernleitungspflicht gestützten Compliance-Organisationspflicht offenkundig: Für das Einzelunternehmen besteht auf Grundlage der Leitungsaufgabe bei entsprechender Einschränkung des Auswahlermessens im Einzelfall eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation.⁸⁰³ Die Anlehnung dieses Verständnisses der Konzernleitungspflicht an die Pflichten der Geschäftsleitung aus § 76

798 K.Schmidt/Lutter/*Seibt* AktG § 76 Rn. 16.

799 *Hüffer* AktG § 76 Rn. 17a.

800 Die Begrifflichkeiten sind verschieden, den recht passenden Begriff der Oberleitung verwendet Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 76 Rn. 91; so auch noch Kölner KommAktG/*Mertens* § 76 Rn. 54 (2. Aufl.).

801 Kölner KommAktG/*Mertens/Cahn* AktG § 76 Rn. 65; Spindler/Stilz/*Fleischer* § 76 Rn. 91; *Semler*, Leitung und Überwachung, S. 159 Rn. 273; *U.H.Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, S. 473, 491 f.; *Jungkurth*, Konzernleitung GmbH, S. 53 f.; *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, S. 2061, 2063; *Götz*, ZGR 27 (1998), S. 524, 531.

802 GroßKommAktG/*Hopt* § 93 Rn. 98; *U.H.Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, S. 473, 491 f.; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 181 f.; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1, 4; vgl. auch 4.1.3 DCGK.

803 „B. II. 1. a. cc. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Pflicht oder als Ermessensfrage“ zur AG sowie allgemein „B. II. Compliance-Organisationspflicht im Gesellschaftsrecht“ zu allen hier untersuchten Gesellschaftsformen.

AktG hat denotwendig zur Folge, dass auch die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation konzerndimensional zur Anwendung kommen muss.

bbb. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Pflicht zur Oberleitung

Lehnt man die Vorstellung einer an die Leitungspflicht im Einzelunternehmen angelehnten Konzernleitungspflicht mit der herrschenden Meinung ab, so bleibt als Anknüpfungspunkt die Pflicht der Konzernleitung zur Oberleitung erhalten, die wie geschildert auch eine Organisations- sowie eine Überwachungsverantwortung enthält. Diese Pflichten sind im Zusammenhang damit zu betrachten, dass es im Interesse der herrschenden Gesellschaft und damit Pflicht der Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft ist, Schäden der herrschenden Gesellschaft durch gesetzesuntreues Verhalten in den konzernverbundenen Unternehmen zu verhindern.⁸⁰⁴

Ist die Konzernleitung also verpflichtet, zu verhindern, dass sich abhängige Konzernunternehmen nicht gesetzestreu verhalten und trifft die Konzernleitung zugleich eine konzernbezogene Überwachungspflicht, dies zu gewährleisten sowie eine Organisationspflicht, mithilfe derer eine auch hierauf gerichtete wirksame Kontrolle gewährleistet werden soll,⁸⁰⁵ so ist klar, dass man es auch unter Zugrundelegung der Pflicht zur Oberleitung im Einzelfall, bei entsprechender Ermessensbeschränkung, mit einer Pflicht der Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation zu tun hat.⁸⁰⁶

ccc. Stellungnahme

Eine Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation kann sich damit unabhängig davon ergeben, ob man von einer Konzernleitungspflicht im von *Hommelhoff* geprägten Sinne ausgeht oder ob man, mit der herrschenden Meinung, lediglich zu einer Pflicht der Konzernleitung zur Oberleitung des Konzerns tendiert, die Organisations- und Überwachungspflichten umfasst.

804 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 916; *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 171; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1, 3 f.; *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, S. 2061, 2063 f.

805 *Götz*, ZGR 27 (1998), S. 524, 531.

806 Für eine konzernweite Compliance-Organisationspflicht auch OLG Jena, Urt. v. 12.8.2009 – 7 U 244/07, NZG 2010, S. 226, 228; *U.H.Schneider*, ZGR 25 (1996), S. 225, 240 ff.; *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, S. 2061, 2065; *Spindler*, WM 2008, S. 905, 915; *Hauschka/Gebauer/Niermann*, Corporate Compliance, § 36 Rn. 69; *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 171; *Krieger/U.H.Schneider/Kremer/Klahold*, Hdb Managerhaftung, § 21 Rn. 8; *Krieger/U.H.Schneider/S.H.Schneider*, Hdb Managerhaftung, § 8 Rn. 17; *Fleischer*, DB 2005, S. 759, 764; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1, 5; *Bürkle*, BB 2007, S. 1797, 1799; *Dreher*, ZWeR 2004, S. 75, 101 ff.; *Lösler*, NZG 2005, S. 104, 105 ff.

cc. Ergebnis zur Compliance-Organisationspflicht im Interesse der „eigenen“ Gesellschaft

Ob sich eine konzernweite Compliance-Organisationspflicht im Einzelfall bereits ohne spezialgesetzliche Anordnung auf gesellschaftsrechtlicher Ebene im Interesse der herrschenden Gesellschaft ergibt, ist – wie beim Einzelunternehmen⁸⁰⁷ – eine Ermessensfrage. Die Umstände des Einzelfalls, hier also die Umstände des jeweiligen Konzerns, sind entscheidend dafür, ob noch andere organisatorische Überwachungsmaßnahmen der Konzernleitung in Betracht kommen, um gesetzeskonformes Verhalten der abhängigen Gesellschaften sicherzustellen oder ob einzig die Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation sorgfaltspflichtgemäß ist.

Im Unterschied zum Einzelunternehmen dürfte im Konzern Letzteres häufiger der Fall sein: Die Konzernsituation ist für die Konzernleitung regelmäßig aufgrund der verschiedenen konzernierten Gesellschaftsformen, die womöglich auch in unterschiedlichen Branchen mit teilweise unterschiedlichen aufsichtsrechtlichen oder sonstigen Regelungen tätig sind, ein ungleich schwierigeres Umfeld, um Gesetzesverstöße zu verhindern, als ein Einzelunternehmen. Dementsprechend wird oftmals eine konzernweite Compliance-Organisation das (einzige) Mittel der Wahl für die sorgfaltspflichtgemäß handelnde Konzernleitung sein.

b. Compliance-Organisationspflicht gegenüber den abhängigen Konzerngesellschaften

Teilweise wird über die geschilderten Ansichten hinaus vertreten, dass die Konzernleitung nicht nur gegenüber der „eigenen“ Gesellschaft, sondern auch gegenüber den abhängigen Konzerngesellschaften zur Leitung verpflichtet sei.⁸⁰⁸ Wäre dies tatsächlich der Fall, so bestünde die – im Einzelfall mögliche – Pflicht der Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation möglicherweise auch gegenüber den abhängigen Gesellschaften.

aa. Die Verantwortlichkeit der Konzernleitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft

Bevor der Frage einer gegenüber den abhängigen Gesellschaften bestehenden Compliance-Organisationspflicht der Konzernleitung nachgegangen werden kann, ist zu klären, inwieweit die Konzernleitung gegenüber den abhängigen Gesellschaften überhaupt Leitungspflichten treffen.

807 Dazu „B. II. 1. a. aa. bbb. Einrichtung einer Compliance-Organisation als Ermessensfrage“ nebst der darauffolgenden Stellungnahme.

808 Dies ziehen zuletzt, allerdings ohne weitere Vertiefung, *S.H.Schneider/U.H.Schneider*, AG 2005, S. 57, 61 in Erwägung; so auch bereits *U.H.Schneider*, ZHR 143 (1979), S. 485, 506 ff.; *U.H.Schneider*, ZGR 9 (1980), S. 511, 532 ff.; *U.H.Schneider*, BB 1981, S. 249, 256 ff.; *Jungkurth*, Konzernleitung GmbH, S. 173 f.; *Altmeyden*, ZHR 164 (2000), S. 556, 560 f.; *Lösler*, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, S. 291 ff., 294; *U.H.Schneider*, FS Hadding, 2004, S. 621, 630.

Die Befürworter einer solchen Pflicht leiten diese daraus ab, dass das herrschende Unternehmen faktisch die Leitung über das abhängige Unternehmen übernehme. Daher habe es diese Leitung auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers auszuüben. Dies sei ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Organisationsrechts.⁸⁰⁹ Dabei übernehme die herrschende Gesellschaft nicht zwangsläufig in vollem Umfang die Pflichten, die originär die Geschäftsleitung der beherrschten Gesellschaft treffen, es sei vielmehr nach dem Zentralisierungsgrad des Konzerns zu unterscheiden. Je mehr Leitung die herrschende Gesellschaft an sich ziehe, je höher also der Zentralisierungsgrad sei, desto umfangreicher auch die Pflichten, die die herrschende Gesellschaft gegenüber der beherrschten Gesellschaft träfen.⁸¹⁰

Dieser Argumentation entgegnet die herrschende Meinung,⁸¹¹ dass für eine teilweise oder vollkommene Übernahme der Pflichten der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft durch die Konzernleitung die rechtliche Grundlage fehle.⁸¹² Im faktischen Konzern scheitere eine solche Verpflichtung der herrschenden Gesellschaft an mangelnden Einflussmöglichkeiten, da der Einfluss der Konzernleitung dort durch § 311 AktG beschränkt sei.⁸¹³ Im Vertragskonzern bestehe demgegenüber zwar gem. § 308 Abs. 1 AktG ein Weisungsrecht der Konzernleitung, hieraus folge allerdings keine Weisungspflicht, sodass auch hier eine Pflicht zur Leitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft nicht in Betracht komme.⁸¹⁴

bb. Stellungnahme

Der Ansatz, der Konzernleitung im Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft eine umfassende Leitungspflicht aufzuerlegen, die der Leitungspflicht einer Geschäftsleitung gegenüber dem „eigenen“ Unternehmen entspricht, könnte nur dann überzeugen, wenn die Konzernleitung im Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft wie die Geschäftsleitung eines Einzelunternehmens zur Erteilung von Weisungen verpflichtet wäre. Wie die herrschende – diesen Ansatz ablehnende – Meinung zu Recht ausführt, ergibt sich eine solche Pflicht *de lege lata* weder für den faktischen Konzern noch für den Vertragskonzern. Sie scheitert im faktischen Konzern bereits an § 311 AktG, denn für eine

809 *U.H.Schneider*, BB 1981, S. 249, 257; *Jungkurth*, Konzernleitung GmbH, S. 173.

810 *U.H.Schneider*, BB 1981, S. 249, 258; *Jungkurth*, Konzernleitung GmbH, S. 174.

811 Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 76 Rn. 90; Kölner KommAktG/*Mertens/Cahn* § 76 Rn. 65; Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 60 und § 311 Rn. 152; MünchKommAktG/*Spindler* § 76 Rn. 51; MünchKommAktG/*Altmeppen* § 309 Rn. 51 f.; *Bous*, Konzernleitungsmacht im Insolvenzverfahren, S. 117 f.; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 96 ff.; *Kantzas*, Weisungsrecht im Vertragskonzern, S. 73 ff.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 AktG Rn. 10; MünchHdbGesR/Bd. 4/*Krieger*, § 69 Rn. 24 und § 70 Rn. 155.

812 Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 76 Rn. 90; Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 311 Rn. 152.

813 *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 AktG Rn. 10; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 96.

814 Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 76 Rn. 90; Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 60; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 AktG Rn. 10; MünchHdbGesR/Bd. 4/*Krieger*, § 70 Rn. 155; *Bous*, Konzernleitungsmacht im Insolvenzverfahren, S. 116 ff.; *Kantzas*, Weisungsrecht im Vertragskonzern, S. 74.

uneingeschränkte Leitungspflicht muss auch uneingeschränkte Leitungsmacht bestehen,⁸¹⁵ welche auch die Möglichkeit nachteiliger Weisungen umfasst. Im Vertragskonzern besteht hingegen die Möglichkeit der Konzernleitung, auch nachteilige Weisungen zu erteilen, jedoch ergibt sich aus § 308 Abs. 1 AktG, der diese Möglichkeit einräumt, nicht automatisch auch eine Pflicht, hiervon Gebrauch zu machen.

Wenn demgegenüber für eine weitreichende Konzernleitungspflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht wird, dass die Konzernleitung faktisch die Rolle der Geschäftsleitung übernehme,⁸¹⁶ so verfängt dieses Argument nach dem Gesagten nicht. Eine vollständige Übernahme der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft scheitert an den aufgezeigten gesetzlichen Grenzen.

Auch *de lege ferenda*⁸¹⁷ scheint die Einführung einer umfassenden Konzernleitungspflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft nicht geboten. Bei der abhängigen Gesellschaft kann gerade kein Leitungsvakuum entstehen: Handelt es sich um einen Vertragskonzern, wird im Rahmen des Beherrschungsvertrags eine Grenzziehung zwischen der Leitungsmacht (und –pflicht) der Konzernleitung und den bei der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft verbleibenden Rechten und Pflichten vorgenommen. Im faktischen Konzern ist zwar innerhalb der von § 311 AktG gezogenen Grenzen eine teilweise Verdrängung der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens durch die Konzernleitung aus der Leitungsposition denkbar, jedoch verbleibt die Leitungsmacht in den übrigen Bereichen bei der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft. Dasselbe gilt, wenn die Konzernleitung trotz Möglichkeit zur Leitung von dieser nicht Gebrauch macht. Die Leitungspflicht der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft besteht insoweit unverändert fort.⁸¹⁸

c. Zusammenfassung – Gesellschaftsrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht

Die Konzernleitung kann im Einzelfall bereits auf gesellschaftsrechtlicher Ebene verpflichtet sein, eine konzernweite Compliance-Organisation einzurichten. Gegenüber der „eigenen“ Gesellschaft ergibt sich die Verpflichtung bereits aus der Pflicht der Konzernleitung zur Oberleitung des Konzerns, ohne dass es hierfür des Rückgriffs auf die hinsichtlich Existenz und Reichweite umstrittene Konzernleitungspflicht bedarf.

Gegenüber der abhängigen Gesellschaft ist die Konzernleitung nicht zur Leitung und damit auch nicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation verpflichtet.

815 Auch im faktischen Konzern mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft ist trotz der Nichtgeltung des § 311 AktG eine Konzernleitungspflicht der herrschenden Gesellschaft abzulehnen. Scholz/*Emmerich* GmbHG Anh. § 13 Rn. 64c.

816 So *U.H.Schneider*, BB 1981, S. 249, 257.

817 So noch von *Kropff*, ZGR 13 (1984), S. 112, 133 in Erwägung gezogen.

818 In diese Richtung auch *MünchHdbGesR/Bd. 4/Krieger*, § 69 Rn. 24; *Hüffer* AktG § 311 Rn. 8.

Dies gilt auch für die Geschäftsführung der GmbH. Soweit die Gesellschafter nicht von ihrer Weisungsbefugnis Gebrauch machen bzw. zuständig sind, obliegt der Geschäftsführung die Unternehmensleitung: Scholz/*U.H.Schneider* GmbHG § 43 Rn. 46.

2. DCGK

Der Deutsche Corporate Governance Kodex nimmt in Ziff. 4.1.3 Bezug auf die Compliance-Verantwortung der Konzernleitung:

4.1.3 DCGK

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).

Es handelt sich hierbei ausweislich der Formulierung von Ziff. 4.1.3 DCGK nach Auffassung der Regierungskommission um die Wiedergabe der gesetzlichen Lage.

Durch die Einschränkung auf Konzernebene dergestalt, dass der Vorstand dort nicht für Compliance „zu sorgen hat“, sondern lediglich „darauf hinwirkt“, macht die Regierungskommission zudem deutlich, dass sie mit der herrschenden Meinung von einer lediglich eingeschränkten Konzernleitungsmacht und damit auch –pflicht ausgeht, sodass für die Konzernleitung auch keine Verpflichtung bestehen kann, für Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen durch die abhängigen Konzernunternehmen zu sorgen.⁸¹⁹

Die Anforderungen des DCGK, die keine detaillierte Vorgabe zur Frage, wie Compliance zu gewährleisten bzw. auf Compliance hinzuwirken ist enthalten,⁸²⁰ decken sich dabei mit dem hier gefundenen Ergebnis, dass lediglich eine Pflicht der Konzernleitung besteht, auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch die abhängigen Gesellschaften hinzuwirken. Eine allgemeingültige Pflicht, dies durch die Einrichtung einer Compliance-Organisation zu tun, besteht hingegen nicht, sondern ist eine Frage des Einzelfalls. Dementsprechend empfiehlt auch der DCGK keine solche Organisation.⁸²¹ Dies entspricht dem oben gefundenen Ergebnis, dass die Konzernleitung verpflichtet ist, auf die Beachtung der Gesetze durch alle Konzernunternehmen hinzuwirken, ohne dass die Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation zur Erfüllung dieser Pflicht vorgeschrieben wäre.⁸²²

3. Die strafrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht

Die Frage der strafrechtlichen Herleitung einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht stellt sich auch auf Konzernebene.

a. OWiG

Wie bereits erörtert, kann sich für das Einzelunternehmen im Einzelfall – nicht jedoch allgemeingültig – eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation aus

819 *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, DCGK, Rn. 616.

820 *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, DCGK, Rn. 617.

821 *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, DCGK, Rn. 618.

822 „D. I. 1. a. cc. Ergebnis zur Compliance-Organisationspflicht im Interesse der „eigenen“ Gesellschaft“.

D. I. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation

der Verpflichtung zum Treffen von Aufsichtsmaßnahmen ergeben.⁸²³

Daran anknüpfend wird diskutiert, ob auf Grundlage von § 130 Abs. 1 OWiG die Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation verpflichtet sein kann.

§ 130 Abs. 1 OWiG

Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.

Die entscheidende Frage muss damit für eine Anwendbarkeit auf die Konzernleitung und eine eventuelle Ableitung einer Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation als Aufsichtsmaßnahme die folgende sein: Ist die Konzernleitung bzw. die herrschende Gesellschaft auch in Bezug auf die abhängigen Gesellschaften als „Betriebsinhaber“ anzusehen?⁸²⁴

Eine Betriebsinhaberschaft der herrschende Gesellschaft scheitert nach einer Auffassung bereits an der rechtlichen Selbständigkeit der übrigen Konzernunternehmen.⁸²⁵

Die Gegenmeinung verweist demgegenüber auf die im Strafrecht gebotene faktische Betrachtungsweise und die rechtliche (im Vertragskonzern) bzw. faktische (im faktischen Konzern) Weisungsbefugnis der herrschenden Gesellschaft.⁸²⁶

Auch „zwischen“ diesen beiden Auffassungen werden noch verschiedene Meinungen, von einer Anwendung des § 130 Abs. 1 OWiG ausschließlich bei 100%igen Tochtergesellschaften⁸²⁷ bis hin zur Anwendung ausschließlich dann, wenn die Konzernmutter durch Einrichtung einer konzernweiten Aufsicht tatsächlich der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft die Verantwortung für die Aufsicht entzieht,⁸²⁸ vertreten.

Für die entscheidende Frage der Betriebsinhaberschaft der Konzernobergesellschaft an den abhängigen Gesellschaften ist der Begriff des Betriebsinhabers gem. § 130 Abs. 1 OWiG damit einer näheren Untersuchung zu unterziehen. Zuzugestehen ist der

823 Vgl. oben „B. VI. 1. OWiG“.

824 U.H.Schneider, NZG 2009, S. 1321, 1323 f.; Koch, WM 2009, S. 1013, 1017; Fleischer, CCZ 2008, S. 1, 5 jew. mwN.

825 HdbVorstR/Spindler § 13 Rn. 115, § 15 Rn. 127; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 5a; Hermanns/Kleier, Grenzen der Aufsichtspflicht, S. 25; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 105 f.; mit einer Andeutung in diese Richtung, im Ergebnis jedoch offen bereits BGH Ur. v. 1.12.1981 – KRB 3/79, DB 1982, 1162, 1163 = MDR 1982, 461, 462.

826 KarlKommOWiG/Rogall § 130 Rn. 25; Thiemann, Aufsichtspflichtverletzung, S. 150 ff.; Hüneröder, Aufsichtspflichtverletzung, S. 66 ff.

827 Tiedemann, NJW 1979, S. 1849, 1852.

828 Wiedemann/Klusmann, Hdb Kartellrecht, § 55 Rn. 42; Wirtz, WuW 2001, S. 342, 348.

Gegenmeinung, die § 130 Abs. 1 OWiG als auf die Konzernobergesellschaft anwendbar ansieht, dass es nicht darauf ankommen kann, ob die Konzernobergesellschaft unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten als Betriebsinhaber anzusehen ist.⁸²⁹ Zielführender ist die Betrachtung des Normzwecks von § 130 Abs. 1 OWiG: Nach ganz überwiegender Auffassung dient die Norm der Verhinderung einer Sanktionslücke, die durch die Dezentralisierung und Delegation von betriebsbezogenen Aufgaben an Mitarbeiter, die selbst nur unter den engen Voraussetzungen von § 9 OWiG haften, entstehen kann. Der Betriebsinhaber würde in diesem Fall durch Delegation selbst sanktionsfrei und soll durch § 130 Abs. 1 OWiG in die Haftung „zurückgeholt“ werden.⁸³⁰ Die Situation ist demgegenüber für die Konzernobergesellschaft eine andere: Wie gezeigt⁸³¹ trifft das herrschende Unternehmen und dessen Leitung im Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft keine Pflicht zur Leitung. Damit ist es ebenfalls ausgeschlossen, dass die Konzernobergesellschaft oder –leitung sie bezüglich der abhängigen Gesellschaft treffende betriebsbezogene Aufgaben delegieren könnte, denn solche Aufgaben haben die Konzernobergesellschaft und deren Leitung nicht.

§ 130 Abs. 1 OWiG enthält damit für den Konzern – anders als für das Einzelunternehmen⁸³² – unter keinen Umständen eine Verpflichtung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation.

b. GwG

Ein weiterer Anhaltspunkt könnte sich strafrechtlich – zumindest für den hier betrachteten Bankensektor – aus dem Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) ergeben.

aa. § 15 GwG aF

Das GwG erwähnte in der bis zum 20.8.2008 geltenden Fassung eine konzernweite Verantwortlichkeit für bestimmte gesetzliche Verpflichtungen in § 15:

§ 15 Zweigstellen und Unternehmen im Ausland aF

Ein Unternehmen im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 hat dafür zu sorgen, dass die Verpflichtungen der §§ 2 bis 4, 6, 8, 9 und 14 auch von seinen Zweigstellen im Ausland erfüllt werden; das gleiche gilt für die von ihm abhängigen Unternehmen im Ausland, die mit ihm unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind (§ 18 des Aktiengesetzes). Soweit dies nach dem Recht des anderen Staates nicht zulässig ist, ist die zuständige Behörde innerhalb von sechs Monaten nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes zu unterrichten. Erfolgt die Eröffnung der Zweigstelle oder die Zusammenfassung unter der einheitlichen Leitung nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes, so ist die zuständige Behörde innerhalb von drei Monaten nach der Eröffnung oder der Zusammenfassung unter der einheitlichen Leitung zu unterrichten.

829 So auch *Koch*, ZHR 171 (2007), S. 554, 571 mwN.

830 *Koch*, ZHR 171 (2007), S. 554, 572; *Hermanns/Kleier*, Grenzen der Aufsichtspflicht, S. 7 f.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 98 ff.; *Rütsch*, Strafrechtlicher Durchgriff, S. 114 f.; *Maschke*, Aufsichtspflichtverletzungen, S. 19 ff.

831 „D. 1. b. Compliance-Organisationspflicht gegenüber den abhängigen Konzerngesellschaften“.

832 „B. VI. 1. OWiG“.

Die Pflicht der Konzernmutter, für die Einhaltung der nach dem GwG bestehenden Verpflichtungen zu sorgen, ergab sich in dieser früheren Fassung des GwG somit direkt aus dem Normtext.⁸³³

bb. Die Neufassung des GwG

Die Neufassung des GwG vom 13.8.2008⁸³⁴ erwähnt demgegenüber diese konkrete Pflicht der Konzernmutter nicht mehr, wobei auch die Begründung des Regierungsentwurfs⁸³⁵ keine Aussage darüber enthält, warum diese Formulierung aufgegeben wurde. Schon im Referentenentwurf war der bisherige § 15 GWG gestrichen worden.

Trotz dieser Aufhebung des früheren § 15 GwG bzw. des In-Kraft-Tretens einer gänzlich neuen Fassung des GwG, enthält auch das aktuelle GwG Aussagen zur Verantwortlichkeit im Konzern.

§ 9 Interne Sicherungsmaßnahmen

- (1) Verpflichtete im Sinne von § 2 Abs. 1 müssen angemessene interne Sicherungsmaßnahmen dagegen treffen, dass sie zur Geldwäsche und zur Terrorismusfinanzierung missbraucht werden können. Für Verpflichtete im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 7 gilt dies nur, soweit sie die dort genannten Geschäfte regelmäßig ausführen.
- (2) Interne Sicherungsmaßnahmen im Sinne des Absatzes 1 sind
 1. für Verpflichtete im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 die Bestellung eines der Geschäftsleitung unmittelbar nachgeordneten Geldwäschebeauftragten, der Ansprechpartner für die Strafverfolgungsbehörden, das Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsanzeigen – und die nach § 16 Abs. 2 zuständigen Behörden ist; für Verpflichtete im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 gilt dies als übergeordnetes Unternehmen auch hinsichtlich einer Institutgruppe im Sinne des § 10a Abs. 1 oder Abs. 2 des Kreditwesengesetzes oder einer Finanzholding-Gruppe im Sinne des § 10a Abs. 3 des Kreditwesengesetzes oder als Mutterunternehmen auch hinsichtlich eines Finanzkonglomerats im Sinne des § 1 Abs. 20 Satz 1 des Kreditwesengesetzes; für Verpflichtete im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 gilt dies als Mutterunternehmen auch hinsichtlich einer Versicherungs-Holdinggesellschaft im Sinne des § 104a Abs. 2 Nr. 4 des Versicherungsaufsichtsgesetzes, einer gemischten Versicherungs-Holdinggesellschaft im Sinne des § 104a Abs. 2 Nr. 5 oder § 104k Nr. 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes oder eines Finanzkonglomerats im Sinne des § 104k Nr. 4 des Versicherungsaufsichtsgesetzes, soweit es sich bei den Tochterunternehmen um solche handelt, die Geschäfte betreiben, die unter die Richtlinie 2002/83/EG fallen, oder Unfallversicherungsverträge mit Prämienrückgewähr anbieten; diese Verpflichteten haben die für eine ordnungsgemäße Durchführung der Aufgaben des Geldwäschebeauftragten notwendigen Mittel und Verfahren vorzuhalten und wirksam einzusetzen,

[...]

Auch die heutige Fassung des Geldwäschegesetzes kennt damit eine Verpflichtung des übergeordneten Unternehmens bzw. der Konzernmutter auch bei den untergeordneten

833 Dazu auch *Hauschka*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 103.

834 BGBl. I Nr. 37 v. 20.8.2008, S. 1690.

835 BT-Drs. 16/9038 v. 5.5.2008.

D. I. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation

Unternehmen bestimmte Maßnahmen – in diesem Fall interne Sicherungsmaßnahmen – zu treffen. Konkret fordert § 9 Abs. 2 Nr. 1 GwG die Bestellung eines der Geschäftsleitung unmittelbar nachgeordneten Geldwäschebeauftragten, wofür im Konzern das übergeordnete Unternehmen verantwortlich ist.

cc. Ergebnis – konzernweite Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage des GwG?

Sowohl § 15 GwG aF als auch die heutige Fassung des § 9 GwG erwähnen damit eine konzernweite Verantwortlichkeit der Konzernobergesellschaft für die allgemeine Einhaltung der nach dem GwG bestehenden Verpflichtungen bzw. die Bestellung eines Geldwäschebeauftragten.

Nicht enthalten ist demgegenüber die Verpflichtung, die Einhaltung dieser GwG-Vorschriften durch die Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation sicherzustellen.

Das Geldwäschegesetz kommt damit als Rechtsquelle einer Verpflichtung der Konzernobergesellschaft bzw. der Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation nicht in Betracht.

4. Die bank- und kapitalmarktrechtliche Herleitung einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht

Nachdem bis hierher ausschließlich in – mehr oder minder – allgemeingültigen Vorschriften und Regelungswerken nach einer Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation gesucht wurde, soll nunmehr der Fokus auf das Bank- und Kapitalmarktrecht gerichtet werden.

a. § 25a Abs. 1a KWG

Wie bereits für das Einzelunternehmen drängt sich § 25a KWG als naheliegende Quelle einer Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation auf.

§ 25a Abs. 1a erklärt § 25a Abs. 1 KWG als für Gruppen entsprechend anwendbar und ist somit die zentrale KWG-Norm zur Konzern-Compliance:

§ 25a Abs. 1a KWG

Absatz 1 gilt für Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen, Institute im Sinne von § 10a Abs. 14 oder Finanzkonglomerate mit der Maßgabe entsprechend, dass die in § 1 Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Personen des übergeordneten Unternehmens oder des übergeordneten Finanzkonglomeratsunternehmens für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation der Institutsgruppe, der Finanzholding-Gruppe oder des Finanzkonglomerats verantwortlich sind. § 10a Abs. 12 sowie Abs. 13 Satz 1 und 2 gilt

D. I. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation

für Institutgruppen und Finanzholding-Gruppen, § 10b Abs. 6 sowie Abs. 7 Satz 1 und 2 für Finanzkonglomerate entsprechend.
[...]

Das übergeordnete Unternehmen trifft damit hinsichtlich der Gruppe dieselbe Verpflichtung wie gem. § 25a Abs. 1 KWG die Geschäftsleitung eines Einzelunternehmens.

Die Gruppe ist gem. § 25a Abs. 1a KWG verpflichtet, eine konzernweite Organisation einzurichten, die die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch den gesamten Konzern gewährleistet.⁸³⁶ Dies meint, entsprechend dem zum Einzelunternehmen und § 25a Abs. 1 KWG gefundenen Ergebnis, dass die Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation verpflichtet ist, ohne dass die Ausgestaltung dieser Organisation näher durch § 25a Abs. 1, 1a KWG präzisiert würde.

Der Anwendungsbereich von § 25a Abs. 1a KWG erstreckt sich dabei nicht allgemein auf Konzerne im gesellschaftsrechtlichen Sinne (faktisch oder per Beherrschungsvertrag) sondern ist branchenspezifisch adressiert an Institutgruppen i.S.d. § 10a Abs. 1 und 2 KWG, Finanzholding-Gruppen i.S.d. § 10a Abs. 3 KWG, Finanzkonglomerate i.S.d. § 10b KWG sowie Teilgruppen i.S.d. § 10 Abs. 14 KWG. Institutgruppen und Finanzholdinggruppen zeichnen sich dabei im Vergleich zum „normalen“ Konzern lediglich durch die Branchenzugehörigkeit aus. Auch ein Finanzkonglomerat ist ein „normaler“ Konzern mit der Besonderheit, dass die konzernierten Unternehmen im Fall eines Finanzkonglomerats „Allfinanz“ anbieten, neben Bankdienstleistungen also auch Versicherungsdienstleistungen angeboten werden.⁸³⁷ Der Begriff ist parallel definiert in § 1 Abs. 20 KWG und § 104k Nr. 4 VAG, wonach es sich bei einem Finanzkonglomerat um eine Gruppe von Unternehmen handelt, der mindestens ein Unternehmen der Bank- oder Wertpapierdienstleistungsbranche sowie ein Unternehmen der Versicherungsbranche angehört.⁸³⁸ Ein „Mehr“ im Vergleich zum Konzern wird mit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf die sog. Teilgruppen umfasst. Eine Teilgruppe ist gem. § 10a Abs. 14 KWG der Zusammenschluss eines Instituts mit Sitz im Inland, dem ein anderes Institut (bzw. eine Vermögensverwaltungsgesellschaft oder ein Finanzunternehmen) mit Sitz in einem Drittstaat nachgeordnet ist, unabhängig davon, ob das hier übergeordnete Institut mit Sitz im Inland selbst nachgeordnetes Institut einer Gruppe ist. Mit anderen Worten: In einem mehrstufigen Konzern mit Auslandsbezug hat auch das inländische

836 Zur Compliance-Organisationspflicht für das Einzelunternehmen gem. § 25a Abs. 1 KWG vgl. „B. IV. 1. § 25a KWG“.

837 Nach einer Auflistung der EU-Kommission sind Beispiele für Finanzkonglomerate in Deutschland die Allianz-Gruppe, die Deutsche Bank und die DZ Bank Gruppe. In Frankreich ist z.B. BNP Paribas ein Finanzkonglomerat, in Schweden z.B. SEB, in der Schweiz Swiss Re und in den USA z.B. AIG. Quelle: „Identification of Financial Conglomerates“, EU-Kommission, Stand 2.6.2009, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/financial-conglomerates/docs/200907_conglomerates_en.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

838 Dabei kann im Einzelfall die Abgrenzung, ob auf das Finanzkonglomerat § 25a Abs. 1a KWG oder die versicherungsaufsichtsrechtliche Parallelvorschrift des § 104s VAG anwendbar ist, Schwierigkeiten bereiten. Dies hängt davon ab, ob das übergeordnete Unternehmen der Bank- bzw. Wertpapierdienstleistungsbranche oder der Versicherungsbranche angehört. Hierzu ausführlich Schwennicke/Auerbach/Langen KWG § 25a Rn. 102 ff.

nachgeordnete Institut für die diesem wiederum nachgeordneten ausländischen Institute die Verpflichtung zur Einrichtung einer (unter-)konzernweiten Compliance-Organisation.

Konkrete inhaltliche Anforderungen an die einzurichtende konzernweite Compliance-Organisation enthält § 25a Abs. 1a KWG indes ebensowenig, wie § 25a Abs. 1 KWG für das Einzelunternehmen. Auch der Ansatz, durch eine Gesamtschau der Anforderungen aus MaRisk und DCGK die organisatorischen Anforderungen gem. § 25a Abs. 1a KWG zu konkretisieren, beschäftigt sich ausschließlich mit der Einrichtung eines konzernweiten Risikomanagements und einer konzernweiten Revision,⁸³⁹ nicht jedoch mit organisatorischen Anforderungen an eine konzernweite Compliance-Organisation.

b. § 33 Abs. 1 WpHG

Neben § 25a KWG ist für das Einzelunternehmen im Hinblick auf eine Compliance-Organisationsverpflichtung § 33 Abs. 1 WpHG von großer Bedeutung, welcher im Gegensatz zu § 25a KWG in Kombination mit § 12 WpDVerOV und den MaComp auch detaillierte Anforderungen an die Ausgestaltung der Compliance-Organisation stellt.

Aus Konzernsicht stellt sich daher die Frage, ob diese Anforderungen auch für den Konzern nutzbar zu machen sind. Hierfür müsste sich die Compliance-Organisationsverpflichtung des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG auch an die Konzernobergesellschaft als Verpflichtung hinsichtlich des Konzerns richten.

Eine Erwähnung findet der Konzern in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WpHG, wonach die Vermeidung von Interessenkonflikten durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen auch mögliche Interessenkonflikte zwischen den Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens und den mit ihm verbundenen Unternehmen umfassen muss.⁸⁴⁰ Hieraus kann man schließen, dass auch der WpHG-Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Konzernleitung gewisse organisatorische Maßnahmen zu treffen hat, um für die Legalität der abhängigen Gesellschaften – hier speziell in Bezug auf die Vermeidung von Interessenkonflikten – zu sorgen. Hieraus ergibt sich jedoch keine weitergehende Verpflichtung als bereits durch das Gesellschaftsrecht und die der Konzernleitung zumindest aufzuerlegende Pflicht zur Oberleitung des Konzerns.⁸⁴¹

Eine eindeutiger formulierte Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation könnte sich durch den Verweis des § 33 Abs. 1 Satz 1 WpHG auf § 25a KWG ergeben. Allerdings verweist § 33 Abs. 1 Satz 1 WpHG lediglich auf § 25a Abs. 1 und 4 WpHG, während Abs. 1a, welcher die konzernweite Compliance-Organisationsverpflichtung enthält, nicht umfasst wird.

Aus § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WpHG ergibt sich damit ein Hinweis auf eine konzernweite Compliance-Verantwortung der Konzernleitung. Anders als für das Einzelunternehmen

839 Schwennicke/Auerbach/Langen KWG § 25a Rn. 110 ff.

840 Hierauf verweisen auch Spindler, WM 2008, S. 905, 917 und Fleischer, CCZ 2008, S. 1, 4.

841 „D. I. 1. a. bb. bbb. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Pflicht zur Oberleitung“.

enthält § 33 WpHG für den Konzern allerdings keine weitergehenden Angaben, wie eine konzernweite Compliance-Organisation im Einzelnen auszugestaltet ist.

Auch die MaComp enthalten – anders als zu den Anforderungen an die Compliance-Organisation im Einzelunternehmen – keine weiteren Konkretisierungen, wie ein konzernweites Compliance-System organisatorisch einzurichten ist.

Teilweise wird hinsichtlich der nach den Vorgaben des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG und § 12 WpDVerOV einzurichtenden Compliance-Funktion vertreten, diese müsse im Konzern, d.h. bei der Konzernobergesellschaft, in analoger Anwendung des sich mit der konzernweiten Verhinderung von Interessenkonflikten befassenden § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WpHG auch konzernübergreifenden Problemen Rechnung tragen,⁸⁴² sodass die organisatorischen Anforderungen von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG und § 12 WpDVerOV an die Compliance-Organisation im Einzelunternehmen auf die Einzelheiten einer konzernweiten Compliance-Organisation anwendbar wären. Dass die zweifellos vorhandene Regelungslücke hinsichtlich genauer Anforderungen an die Compliance-Organisation im Konzern planwidrig ist, darf allerdings angezweifelt werden. Vielmehr ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber aufgrund der Tatsache, dass Konzernverbindungen in den verschiedensten – auch organisatorischen – Erscheinungsformen auftreten können, bewusst auf nähere gesetzliche Vorgaben zur Organisation eines konzernweiten Compliance-Systems verzichtet hat. Für diese Annahme spricht auch, dass für die konzernierten Einzelunternehmen genaue organisatorische Vorgaben gemacht werden, sodass es für die verschiedensten Konzernstrukturen auch angemessen erscheint, der Konzernleitung organisatorisch weitgehend freie Hand zu lassen, wie sie die Compliance-Organisationen der Einzelunternehmen mit einer konzernweiten Compliance-Organisation „überbaut“. Es ist schließlich auch aufgrund der erst vor Kurzem erfolgten Neufassung des § 33 WpHG kaum davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die große Verbreitung von Konzernen schlicht übersehen hat. Vielmehr ist wahrscheinlich, dass auf organisatorische Vorgaben zur konzernweiten Compliance-Organisation aus den genannten Gründen bewusst verzichtet wurde. Eine Erstreckung der Vorgaben von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG und § 12 WpDVerOV auf die konzernweite Compliance-Organisation durch analoge Anwendung von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WpHG kommt damit nicht in Betracht.

5. Internationale Anforderungen

Sowohl das *Basel Committee on Banking Supervision*⁸⁴³, als auch die *International Organization of Securities Commissions*⁸⁴⁴ erwähnen an verschiedener Stelle auch die „group“, also den Konzern. Obgleich beide Organisationen damit von der Existenz auch eines konzernweiten Compliance-Systems ausgehen, wird die genauere Organisation ebensowenig erörtert, wie das Verhältnis zu den Compliance-Organisationen der einzelnen abhängigen Konzernunternehmen. Auch nach internationalen Standards gibt es

842 Assmann/U.H.Schneider/Koller WpHG § 33 Rn. 4.

843 Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

844 Compliance Function at Market Intermediaries, abrufbar unter <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD214.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

demnach zumindest Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation, oder auch „group compliance“, Hinweise zur genaueren organisatorischen Ausgestaltung sind auch dort jedoch nicht zu finden.

6. Tendenzen internationaler Rechtsprechung und nationaler Verwaltungspraxis

Darüber hinaus haben sich in jüngerer Zeit verschiedene weitere Stellen mit der Frage der Konzern-Compliance beschäftigt. Der Inhalt dieser Entscheidungen soll im Folgenden dargestellt und daraufhin untersucht werden, ob sich daraus eine grundsätzliche und möglicherweise auch inhaltlich detaillierte Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation ergibt.

a. Bundeskartellamt – ETEX-Entscheidung

In der sog. ETEX-Entscheidung⁸⁴⁵ des Bundeskartellamtes beschäftigt sich dieses mit einer Aufsichtspflichtverletzung durch die belgische Holding „S.A. Etex Group N.V.“. Gegen mehrere der Tochtergesellschaften dieser Holding waren durch das Bundeskartellamt Geldbußen in dreistelliger Millionenhöhe verhängt worden. Zusätzlich erging ein Bußgeldbescheid gegen die Holding und ihren Geschäftsführer. Begründet wurde dieser damit, dass der Geschäftsführer vorsätzlich eine mögliche und zumutbare Aufsichtsmaßnahme bei den Tochtergesellschaften unterlassen und deren Verstöße gegen § 81 GWB nicht verhindert habe. Dieses Fehlverhalten könne der Muttergesellschaft nach § 130 OWiG zugerechnet werden. Die ETEX-Holding treffe eine Aufsichtspflicht gegenüber ihren Tochtergesellschaften und zwar ungeachtet der Tatsache, dass es sich um einen dezentral organisierten Konzern handele.⁸⁴⁶

Das Bundeskartellamt kommt damit hinsichtlich der Pflichten der herrschenden Gesellschaft bzw. der Konzernleitung zum selben Ergebnis, wie es auf Grundlage der Pflicht der Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft zur Oberleitung des Konzerns gefunden wurde:⁸⁴⁷ Die Konzernleitung trifft eine Überwachungspflicht hinsichtlich des Konzerns. Ob diese Überwachungspflicht allerdings im Einzelfall eine Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation ist oder ob auch andere Überwachungsmaßnahmen pflichtgemäß sein können, lässt die ETEX-Entscheidung offen, sodass dies auch im Lichte dieser Entscheidung des Bundeskartellamtes eine Frage des Einzelfalls bleibt.

845 Entscheidung des Bundeskartellamtes v. 9.2.2009 – B1 – 200/06, Fallbericht abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell09/Fallberichte/B1-200-06-Fallbeschreibung.pdf?navid=38> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

846 Vgl. auch die ausführliche Darstellung bei *U.H.Schneider*, NZG 2009, S. 1321, 1324.

847 „D. I. 1. a. bb. bbb. Compliance-Organisationspflicht auf Grundlage der Pflicht zur Oberleitung“.

b. EuGH – Akzo-Entscheidung

Auch der EuGH bestätigte jüngst in der sog. Akzo-Entscheidung⁸⁴⁸ seine Auffassung einer Verpflichtung des herrschenden Unternehmens, Kartellabsprachen bei Tochtergesellschaften zu verhindern.

Damit lässt der EuGH erkennen, dass er ebenfalls von einer Verpflichtung der Konzernleitung zu konzernweiten Überwachungsmaßnahmen ausgeht, wobei auch die weiteren Ausführungen im Urteil keine darüber hinausgehenden Einzelheiten zur konkreten Ausgestaltung der Organisation oder gar einer expliziten Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation enthalten.

c. Schweizerisches Bundesstrafgericht – Supergun-Entscheidung

Bereits 1996 verurteilte das Schweizerische Bundesstrafgericht in der sog. Supergun-Entscheidung⁸⁴⁹ den Vorsitzenden der „Von Roll Holding AG“, weil dieser die Lieferung von Bauteilen für eine „Superkanone“ in den Irak nicht verhindert hatte. Dabei hatte sich ein Wissen des Vorsitzenden um das konkrete Geschäft oder den Verwendungszweck als Teil einer Waffe nicht nachweisen lassen. Das Schweizerische Bundesstrafgericht ließ es für eine Verurteilung ausreichen, dass im Konzern keine organisatorischen Vorkehrungen und Verfahren für den Fall vorhanden waren, dass eine Lieferung wegen Verdachts gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz gestoppt werden muss.

Das für das Gericht entscheidende Versäumnis lag damit in der Nichteinrichtung einer Organisation zur Überwachung und Verhinderung von Gesetzesverstößen durch die Konzernleitung. Das Schweizerische Bundesstrafgericht geht damit davon aus, dass – zumindest in dem speziellen Geschäftsumfeld, in dem der betreffende Konzern tätig war – eine Pflicht besteht, Gesetzesverstöße durch eine konzernweite Compliance-Organisation zu verhindern. Weitere organisatorische Anforderungen, etwa bezüglich der genaueren organisatorischen Ausgestaltung, stellte das Schweizerische Bundesstrafgericht allerdings nicht auf.

7. Ergebnis

Die Frage nach einer Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation lässt Antworten zu, die in zweierlei Richtung zielen:

- Zur Frage einer Verpflichtung der Konzernleitung eine konzernweite Compliance-Organisation einzurichten

und

848 EuGH Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, WM 2009, S. 2048 ff. = BeckRS 2009 70987.

849 Schweizerisches Bundesstrafgericht Urt. v. 1.2.1996 – 122 IV 103, abrufbar unter <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

D. I. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation

- zur Frage von gesetzlichen (oder nicht-gesetzlichen) Vorgaben dazu, wie diese konzernweite Compliance-Organisation organisatorisch auszugestalten ist.

a. Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation

Die grundsätzliche Pflicht der Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation besteht auf mehreren Grundlagen.

Bereits auf Grundlage der gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Pflicht der Konzernleitung zur Oberleitung des Konzerns ist diese gegenüber der Konzernobergesellschaft zur Verhinderung von Gesetzesverstößen durch die abhängigen Konzerngesellschaften verpflichtet, ohne dass es für eine solche Pflicht des Rückgriffs auf eine eng an die Leitungspflicht im Einzelunternehmen angelehnte Konzernleitungspflicht bedürfte. Diese Überwachungspflicht führt zu einer Pflicht der Konzernleitung, geeignete organisatorische Maßnahmen für eine effektive Überwachung zu ergreifen. Hier endet allerdings die Pflicht und der Ermessensspielraum der Konzernleitung beginnt: Ob die zu ergreifenden organisatorischen Maßnahmen zwingend die Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation umfassen, ist letztlich eine Frage des Einzelfalls.

Diese grundsätzliche Verantwortlichkeit der Konzernleitung bekräftigt auch Ziff. 4.1.3 DCGK, ohne allerdings ausdrücklich eine Compliance-Organisation im engeren Sinne vorzusehen. Gefordert wird lediglich die Hinwirkung auf die Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Konzernunternehmen.

Auch die internationale Rechtsprechung⁸⁵⁰ sowie das Bundeskartellamt gehen von einer konzernweiten Organisationspflicht zur Verhinderung von Gesetzesverstößen durch abhängige Konzernunternehmen aus, die Konzernleitung habe eine entsprechende Aufsichtspflicht. Diese ist denknotwendig auf organisatorische Weise zu erfüllen. Nicht ausdrücklich gefordert wird allerdings eine konzernweite Compliance-Organisation im engeren Sinne.

Einen Anhaltspunkt für die – zumindest bankensektorspezifisch vorhandene – Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation liefern auch die *IOSCO* und das *Basel Committee on Banking Supervision*, die in ihren Anforderungen an die Compliance-Funktion offenkundig davon ausgehen, dass diese unter Umständen konzernweit organisiert sein kann.

Eine alle nach den bisher gelieferten Argumenten noch verbleibenden Zweifel eliminierende, deutliche Verpflichtung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation enthält für Bankkonzerne § 25 Abs. 1a KWG, wonach für Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen, Finanzkonglomerate und Teilgruppen die eine Compliance-Organisationspflicht enthaltenden Anforderungen des § 25a Abs. 1 KWG entsprechend anwendbar sind. Der noch für das Einzelunternehmen zur Compliance-

850 EuGH und Schweizerisches Bundesstrafgericht, s.o. „D. I. 6. Tendenzen internationaler Rechtsprechung und nationaler Verwaltungspraxis“.

Organisationspflicht sehr ergiebige § 33 WpHG enthält hingegen keine weitergehenden Anhaltspunkte zu einer konzernweiten Compliance-Organisationspflicht, als sich diese nach der hier vertretenen Auffassung bereits aus gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Grundsätzen ergeben.⁸⁵¹

Keine Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation ergibt sich hingegen aus den strafrechtlichen Quellen des § 130 OWiG, § 9 GWG und § 15 GwG aF.

b. Organisatorische Ausgestaltung

Während es mit § 33 WpHG, § 12 WpDVerOV und dem MaRisk-Entwurf der BaFin für das Einzelunternehmen umfangreiche Vorgaben zur genaueren organisatorischen Ausgestaltung der Compliance-Funktion gibt, sucht man Entsprechendes für eine konzernweite Compliance-Organisation vergebens.

Lediglich das *Basel Committee on Banking Supervision* erwähnt mit dem „group compliance officer“⁸⁵² ein – zumindest mögliches – Element einer konzernweiten Compliance-Organisation.

II. Konzernrechtliche Grenzen einer konzernweiten Compliance-Organisation

Der Pflicht der Konzernleitung, für eine konzernweite Compliance-Organisation zu sorgen, sind allerdings Grenzen gesetzt. Ungeachtet der Tatsache, dass sich die konzernweite Compliance-Organisationspflicht für den Bankensektor letztlich aus § 25a Abs. 1a KWG ergibt (denn die gesellschaftsrechtliche konzernweite Compliance-Organisationspflicht besteht lediglich einzelfallbezogen), sind der mit dieser Pflicht verbundenen Einflussnahme auf die abhängigen Konzerngesellschaften rein gesellschaftsrechtliche Grenzen gesetzt. Ohne Belang ist es dabei, welche Rechtsform die herrschende Gesellschaft hat, denn das Konzernrecht schützt hier die abhängige Gesellschaft vor Einflussnahme, weshalb deren Rechtsform für die Grenzen der Einflussnahme entscheidend ist.

Als beherrschte Gesellschaft kommt nicht jede der im Bankensektor häufiger auftretenden Gesellschaftsformen in Betracht. Verbreitet sind – auch in Konzernstrukturen als beherrschte Gesellschaft – AG und GmbH. Die Integration einer Anstalt öffentlichen Rechts in einen Konzern als abhängiges Unternehmen begegnet großen rechtlichen Schwierigkeiten und ist – wenngleich im Ergebnis möglich – in der Praxis ein

851 So wird z.B. eine konzernweite Verantwortlichkeit hinsichtlich der Vermeidung von Interessenkonflikten von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WpHG betont, welche auch bereits ohne Weiteres aus der Pflicht zur Oberleitung der Konzerngesellschaften und der sich daraus ergebenden Überwachungspflicht folgt.

852 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 20: “[...] Second, there should be a group compliance officer or head of compliance with overall responsibility for coordinating the bank’s compliance risk. [...]”.

Ausnahmefall, weshalb diese Konstellation hier nicht näher betrachtet werden soll.⁸⁵³ Eine eingetragene Genossenschaft kann nicht abhängige Gesellschaft innerhalb eines Konzerns sein.⁸⁵⁴ Dies wird bereits dadurch erschwert, dass jeder Genosse grundsätzlich unabhängig von der Anzahl seiner Anteile gem. § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG nur eine Stimme hat, was auch durch Satzung gem. § 43 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 GenG auf höchstens drei Stimmen erhöht werden kann. Darüber hinaus ist stets der unumstößliche Zweck der Genossenschaft, die „Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes“ gem. § 1 Abs. 1 GenG zu beachten, welcher bei Eingliederung einer Genossenschaft in einen Konzern als beherrschte Gesellschaft nicht mehr ohne Weiteres realisierbar wäre.⁸⁵⁵

Während also die herrschende Gesellschaft jede Gesellschaftsform haben kann, kommen im Bankensektor als beherrschte Gesellschaften lediglich Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Betracht, weshalb die konzernrechtlichen Grenzen einer konzernweiten Compliance-Organisation im Folgenden für diese beiden Gesellschaftsformen als beherrschte Gesellschaft zu untersuchen sind.⁸⁵⁶

1. Eingliederungskonzern

Im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern hat die herrschende Gesellschaft gem. § 323 Abs. 1 AktG ein umfassendes Weisungsrecht, welches keiner Rechtfertigung durch ein Interesse der herrschenden oder anderer beherrschter Gesellschaften des Konzerns bedarf.⁸⁵⁷

Die einzige konzernrechtliche Besonderheit gegenüber einem unabhängigen Einzelunternehmen besteht im Eingliederungskonzern darin, dass Empfänger der Weisungen stets der Vorstand der abhängigen Gesellschaft ist,⁸⁵⁸ welcher dann seinerseits die betreffenden Mitarbeiter anweist. Einen Weisungsdurchgriff dergestalt, dass die Konzernleitung direkt den Angestellten der abhängigen Gesellschaft Weisungen erteilen kann, gibt es nicht und ein solcher kann auch von der Konzernleitung nicht durch

853 Vgl. ausführlich zu den Gestaltungsmöglichkeiten zur Einbindung einer Anstalt öffentlichen Rechts in eine KWG-Institutgruppe *Schneider*, Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen und bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen an Risikomanagement auf Gruppenebene, S. 224 ff.

854 h.M. *Westermann*, FS Reinhardt, 1972, S. 359, 372; *Merle*, AG 1979, S. 265 ff.; *Großfeld*, Genossenschaft und Eigentum, S. 33 ff.; *Großfeld/Berndt*, AG 1998, S. 116, 120; *Embid Irujo*, FS Lutter, 2000, S. 1083, 1087 ff.

855 Vgl. zu diesen und den weiteren Hindernissen der Eingliederung einer eG in einen Konzern als abhängiges Unternehmen ausführlich *Embid Irujo*, FS Lutter, 2000, S. 1083, 1087 ff.; *Großfeld/Berndt*, AG 1998, S. 116, 120 ff.

856 Andere Gesellschaftsformen als die hier betrachteten sind zwar denkbar, in der Praxis jedoch so selten, dass sie aus der Betrachtung ausgeblendet werden.

857 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 323 Rn. 2; MünchKommAktG/*Grunewald* § 323 Rn. 2; Spindler/Stilz/*Singhof* AktG § 323 Rn. 2; K.Schmidt/Lutter/*Ziemons* AktG § 323 Rn. 5; Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 323 Rn. 2.

858 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 323 Rn. 10; MünchKommAktG/*Grunewald* § 323 Rn. 8; Spindler/Stilz/*Singhof* AktG § 323 Rn. 5; K.Schmidt/Lutter/*Ziemons* AktG § 323 Rn. 10; Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 323 Rn. 5.

Weisung an den Vorstand der abhängigen Gesellschaft etabliert werden.⁸⁵⁹ Umgekehrt kann allerdings der Vorstand der abhängigen Gesellschaft „von sich aus“ seine Angestellten anweisen, auf Weisungen der Konzernleitung hin entsprechend zu handeln.⁸⁶⁰

Damit steht der Konzernobergesellschaft und somit auch der bei dieser angesiedelten konzernweiten Compliance-Organisation auch im Hinblick auf Compliance-Maßnahmen ein breites Instrumentarium zur Verfügung, welches mit den Möglichkeiten im unabhängigen Einzelunternehmen identisch ist. Von vorrangiger Bedeutung ist dabei die Möglichkeit, Weisungen zur Weitergabe von Informationen an die Konzernleitung bzw. direkt an die konzernweite Compliance-Organisation zu erteilen, da ohne eine umfassende Informationsversorgung eine effektive Compliance-Organisation schlechthin undenkbar ist. Zu beachten ist dabei lediglich die Einhaltung der konzernrechtlich vorgegebenen „Weisungswege“ oder – sofern in der speziellen Ausprägung zulässig – die umfassende Weisung des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft an deren Angestellte, den Weisungen der Konzernobergesellschaft bzw. der konzernweiten Compliance-Organisation entsprechend zu handeln.

2. Vertragskonzern

Im Vergleich zum aktienrechtlichen Eingliederungskonzern bestehen die Weisungsrechte des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern nicht gänzlich uneingeschränkt.

a. AG

Handelt es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft, so bestimmt § 308 Abs. 1 AktG die grundsätzliche Zulässigkeit selbst nachteiliger Weisungen, mit der Einschränkung, dass diese den Belangen des herrschenden Unternehmens oder eines der mit ihm konzernverbundenen Unternehmen dienen müssen.⁸⁶¹

Auch hier ist – wie im Eingliederungskonzern – Empfänger der Weisungen gem. § 308 Abs. 1 AktG der Vorstand der abhängigen Gesellschaft.⁸⁶² Ebenfalls wie beim Eingliederungskonzern geschildert, besteht auch im Vertragskonzern kein direktes

859 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 323 Rn. 10; Spindler/Stilz/*Singhof* AktG § 323 Rn. 5; K.Schmidt/Lutter/*Ziemons* AktG § 323 Rn. 10.

860 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 323 Rn. 10; Spindler/Stilz/*Singhof* AktG § 323 Rn. 5; Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 323 Rn. 5; aA MünchKommAktG/*Grunewald* § 323 Rn. 8.

861 Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 AktG Rn. 45; GroßKommAktG/*Hirte* § 308 Rn. 48; Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 37; Spindler/Stilz/*Veil* AktG § 308 Rn. 23; K.Schmidt/Lutter/*Langenbucher* AktG § 308 Rn. 26.

862 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 16; MünchKommAktG/*Altmeyen* § 308 Rn. 32; Spindler/Stilz/*Veil* AktG § 308 Rn. 15; K.Schmidt/Lutter/*Langenbucher* AktG § 308 Rn. 18; Hüffer AktG § 308 Rn. 7; Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 17; MünchHdbGesR/Bd. 4/*Krieger*, § 70 Rn. 153.

Weisungsrecht gegenüber den Angestellten der abhängigen Gesellschaft.⁸⁶³ Eine Weisung des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft an die Angestellten, Weisungen der Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft zu befolgen, ist nur unter der Voraussetzung zulässig, dass über jede dieser Weisungen auch der Vorstand der abhängigen Gesellschaft unterrichtet wird, um ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu können.⁸⁶⁴ Unzulässig ist die Festlegung einer solchen Folgepflicht der Angestellten der abhängigen Gesellschaft im Beherrschungsvertrag, da dies der klaren gesetzlichen Regelung von § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG, der bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages ausschließlich den Vorstand der abhängigen Gesellschaft als Adressaten nennt, zuwiderlaufen würde.⁸⁶⁵

Damit gilt hinsichtlich der möglichen Einrichtung einer effektiven konzernweiten Compliance-Organisation im Vertragskonzern (mit Aktiengesellschaften als abhängige Unternehmen) das zum Eingliederungskonzern Gesagte: Die Möglichkeit der Erteilung auch nachteiliger Weisungen sichert die notwendigen Handlungsmöglichkeiten einer Compliance-Organisation, vor allem die essentiell wichtige Informationsversorgung. Zu beachten sind dabei allerdings die vorgegebenen Weisungswege (Weisungsempfänger ist grundsätzlich der Vorstand) sowie die eingeschränkt vorhandenen Möglichkeiten, auch direkte Weisungen gegenüber den Angestellten der abhängigen Gesellschaft zu erteilen.

b. GmbH

Auch gegenüber einer GmbH als abhängiger Gesellschaft eines Vertragskonzerns hat die herrschende Gesellschaft ein Weisungsrecht, welches auch nachteilige Weisungen umfasst, sofern diese den Belangen des herrschenden Unternehmens oder eines der mit ihm konzernverbundenen Unternehmen dienen, denn § 308 Abs. 1 AktG gilt für die GmbH entsprechend.⁸⁶⁶

Adressat ist dementsprechend auch hier die Geschäftsleitung, d.h. der oder die Geschäftsführer der GmbH.⁸⁶⁷ Eine direkte Weisungsbefugnis gegenüber den

863 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 16; MünchKommAktG/*Altmeyen* § 308 Rn. 72; Spindler/*Stilz/Veil* AktG § 308 Rn. 16; K.Schmidt/*Lutter/Langenbacher* AktG § 308 Rn. 18; *Hüffer* AktG § 308 Rn. 7; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 19; *Sina*, AG 1991, S. 1, 4.

864 h.M. Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 18; Spindler/*Stilz/Veil* § 308 Rn. 16 f.; *Hüffer* AktG § 308 Rn. 8 *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 19; MünchHdbGesR/Bd. 4/*Krieger*, § 70 Rn. 153 aA (Unterrichtung des Vorstands nicht notwendig) MünchKommAktG/*Altmeyen* § 308 Rn. 79.

865 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 19; aA MünchKommAktG/*Altmeyen* § 308 Rn. 75 ff.

866 *Ulmer/Habersack/Winter/Casper* GmbHG Anh. § 77 Rn. 221; *Scholz/Emmerich* GmbHG Anh. § 13 Rn. 170; *Michalski/Servatius* GmbHG Syst. Darst. 4 Rn. 36, 107 ff.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 9; *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, S. 260; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 500; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzernrecht, S. 387; *Zeidler*, NZG 1999, S. 692, 694.

867 *Ulmer/Habersack/Winter/Casper* GmbHG Anh. § 77 Rn. 220; *Scholz/Emmerich* GmbHG Anh. § 13 Rn. 171; *Michalski/Servatius* GmbHG Syst. Darst. 4 Rn. 121; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 10; *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, S. 260; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 500; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzernrecht, S. 387.

Angestellten besteht auch hier nicht und kann auch nicht eingeräumt werden.⁸⁶⁸ Denkbar ist allenfalls eine Weisung der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft, dass den Weisungen der Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft nachzukommen ist. Eine GmbH-rechtliche Besonderheit im Vertragskonzern ist in diesem Zusammenhang die mögliche Kollision des Weisungsrechts des herrschenden Unternehmens mit dem Weisungsrecht der Gesellschafter über die Gesellschafterversammlung gem. § 37 Abs. 1 GmbHG. Diese mögliche Kollision wird dergestalt gelöst, dass die Weisungen der herrschenden Gesellschaft, nachdem die Gesellschafterversammlung mit erforderlicher Mehrheit dem Beherrschungsvertrag zugestimmt hat, Vorrang gegenüber den Weisungen der Gesellschafterversammlung genießen,⁸⁶⁹ sofern nicht zwingend der Gesellschafterversammlung übertragene Fragen⁸⁷⁰ Gegenstand der Weisung sind.⁸⁷¹

Damit ergeben sich hinsichtlich der Frage von compliancebezogenen Weisungen hier keine Besonderheiten gegenüber dem Eingliederungskonzern bzw. gegenüber dem Vertragskonzern mit einer AG als beherrschter Gesellschaft. Bei Einhaltung der richtigen Adressaten sind die notwendigen Weisungen auch gegenüber einer GmbH als beherrschter Gesellschaft im Vertragskonzern möglich.

c. Zusammenfassung – Vertragskonzern

Für die konzernweite Compliance-Organisation im Vertragskonzern ist damit Folgendes festzuhalten: Sofern sie selbst – zum Beispiel zur Informationserlangung oder zur Untersagung bestimmter Geschäfte – mit Weisungsbefugnis ausgestattet werden muss oder aus Gründen der Effektivität zumindest ausgestattet werden sollte, ist dies im Vertragskonzern zumindest im Rahmen einer Übertragung der der Konzernleitung zustehenden Weisungsbefugnis⁸⁷² gegenüber der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft möglich. Idealerweise weist die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft darüber hinaus ihre Angestellten an, den Weisungen der konzernweiten Compliance-Organisation direkt Folge zu leisten. Auf diese Weise wäre größtmögliche Effektivität zu erreichen.

868 Ulmer/Habersack/Winter/Casper GmbHG Anh. § 77 Rn. 220; Scholz/Emmerich GmbHG Anh. § 13 Rn. 171.

869 OLG Stuttgart Urt. v. 29.10.1997 – 20 U 8/97, NZG 1998, 601; Scholz/Emmerich GmbHG Anh. § 13 Rn. 172; Roth/Altmeyen GmbHG Anh. § 13 Rn. 50; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 10; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 500; Fabian, Inhalt und Auswirkungen des Beherrschungsvertrags, S. 126 ff.; Zöllner, ZGR 21 (1992), S. 173, 177 ff.

870 z.B. Änderung des Gesellschaftsvertrags gem. § 53 GmbHG oder Kapitalveränderungen gem. §§ 55 ff. GmbHG.

871 OLG Stuttgart Urt. v. 29.10.1997 – 20 U 8/97, NZG 1998, 601; Roth/Altmeyen GmbHG Anh. § 13 Rn. 50; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 10; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 500.

872 Zur Möglichkeit der Delegation des Weisungsrechts vgl. nur Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 13 und Kölner KommAktG/Koppensteiner § 308 Rn. 11 für die AG. Die dort entwickelten Grundsätze gelten in Ansehung der analogen Anwendung des § 308 Abs. 1 AktG auf die GmbH auch für die GmbH.

3. Faktischer Konzern

Bedeutend schwieriger ist die Einflussnahme durch die herrschende Gesellschaft im faktischen Konzern, denn hier setzen die §§ 311 ff. AktG für die abhängige AG sowie die Treuepflicht der Gesellschafter für die abhängige GmbH eine Grenze.

a. AG

aa. Keine Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens – Möglichkeiten der Einflussnahme

Handelt es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft, so steht einer effektiven konzernweiten Compliance-Organisation die nicht vorhandene Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens und die damit ebenfalls fehlende Befolgungspflicht der abhängigen Gesellschaft entgegen,⁸⁷³ denn eine dem § 308 AktG entsprechende Norm existiert für den faktischen Konzern gerade nicht.

Besteht also im faktischen Konzern gegenüber der abhängigen Aktiengesellschaft nicht die Möglichkeit für die herrschende Gesellschaft oder gar die konzernweite Compliance-Organisation, der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen, so ist offensichtlich, dass die Möglichkeit der Etablierung eines effektiven konzernweiten Compliance-Systems im faktischen Konzern hier an eine schwerlich überwindbare Grenze stößt.⁸⁷⁴ Ohne Weisungsrecht und Befolgungspflicht hat die herrschende Gesellschaft keine gesetzlich gesicherte Möglichkeit, den für eine funktionierende konzernweite Compliance-Organisation unverzichtbaren Informationsfluss „bottom up“, d.h. von den abhängigen Gesellschaften bzw. deren Compliance-System zur herrschenden Gesellschaft bzw. deren konzernweitem Compliance-System, aufrechtzuerhalten. Auch die Untersagung von Geschäften und andere typischerweise mit der Wahrnehmung von Compliance-Aufgaben verbundene Weisungen sind nicht möglich.

Die herrschende Gesellschaft ist gegenüber der abhängigen Gesellschaft auf die „Veranlassung von Maßnahmen“ gem. § 311 Abs. 1 AktG beschränkt, was zwar inhaltlich nichts anderes meint, als eine Weisung, jedoch terminologisch den wichtigen Unterschied verdeutlichen soll, dass hier im Gegensatz zur Weisung nach § 308 Abs. 1 AktG keine Folgepflicht der abhängigen Gesellschaft besteht.⁸⁷⁵ Im faktischen Konzern hat die herrschende Gesellschaft damit gegenüber einer abhängigen Aktiengesellschaft keine Möglichkeit sich durch „einseitiges“ Handeln die für eine effektive konzernweite Compliance-Organisation zwingend notwendigen Informationen zu verschaffen,

873 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 311 Rn. 4; *Spindler/Stilz/Müller* AktG § 311 Rn. 13; *K.Schmidt/Lutter/Vetter* AktG § 311 Rn. 7, 108; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 10; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 422.

874 So auch *Spindler*, WM 2008, S. 905, 916; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1, 6; *Veil*, WM 2008, S. 1093, 1096; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 206 ff.

875 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 311 Rn. 4; *Spindler/Stilz/Müller* AktG § 311 Rn. 13; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 23.

compliancerelevante Geschäfte zu untersagen oder andere, eine Weisung mit Folgepflicht voraussetzende Maßnahmen zu ergreifen. Die herrschende Gesellschaft ist auf den „guten Willen“ der abhängigen Aktiengesellschaft angewiesen.

Trotz der fehlenden Weisungsmöglichkeit trifft die herrschende Gesellschaft eine Bemühenspflicht, sich die für eine ordnungsgemäße Konzerngeschäftsführung erforderlichen Informationen zu beschaffen.⁸⁷⁶ Dies umfasst nach der geschilderten Wichtigkeit des Informationsflusses für eine Compliance-Organisation und in Ansehung der Tatsache, dass die herrschende Gesellschaft im Bankkonzern regelmäßig gem. § 25a Abs. 1a KWG zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation im Rahmen der Konzerngeschäftsführung verpflichtet ist, auch eine Bemühenspflicht, sich die für eine effektive konzernweite Compliance-Organisation notwendigen Informationen bei den abhängigen Gesellschaften zu beschaffen.⁸⁷⁷

In der Praxis wird die herrschende Gesellschaft vor diesem Hintergrund auf einen Erhalt der benötigten Informationen hinwirken, auch wenn dies nur in Form des ständigen Anforderns und Hoffens, dass tatsächlich Informationen freigegeben werden, geschehen kann.

Eine effektivere Möglichkeit besteht nicht. Zwar stehen der herrschenden Gesellschaft im faktischen Konzern gegenüber einer AG auch Informationskanäle wie das aktienrechtliche Auskunftsrecht in der Hauptversammlung (§ 131 AktG), die von der abhängigen Gesellschaft im Rahmen der Konzernrechnungslegung zu übermittelnden Daten (§ 294 Abs. 3 HGB), Auskünfte von entsandten Aufsichtsräten (§ 90 AktG) oder eine direkte Informationsversorgung über Vorstandsdoublemandate⁸⁷⁸ theoretisch zur Verfügung, doch ist keiner dieser Kanäle geeignet, eine dauerhafte, regelmäßige und umfassende Informationsversorgung, wie sie für eine konzernweite Compliance-Organisation benötigt wird, sicherzustellen.⁸⁷⁹

bb. Ausgleichspflicht bei nachteiligen Maßnahmen gem. § 311 Abs. 1 AktG

Gelingt es der herrschenden Gesellschaft, eine abhängige AG im faktischen Konzern tatsächlich zu der gewünschten Maßnahme zu veranlassen, so ist zu beachten, dass die herrschende Gesellschaft die dadurch entstehenden Nachteile auszugleichen hat, was für den Fall, dass die von der herrschenden Gesellschaft veranlassenen Maßnahmen mit Compliancebezug regelmäßig nachteilig wären, einer konzernweiten Compliance-Organisation durch die häufig wiederkehrende Ausgleichspflicht zusätzlich entgegenwirken würde, indem für die herrschende Gesellschaft unter Umständen hohe Kosten verursacht werden.

876 Spindler/Stilz/Fleischer, § 90 Rn. 30; HdbVorstR/Fleischer § 18 Rn. 36; Fleischer, CCZ 2008, S. 1, 6.

877 Fleischer, CCZ 2008, S. 1, 6.

878 Zur Zulässigkeit von Vorstandsdoublemandaten BGH Urt. v. 9.3.2009 – II ZR 170/07, BGHZ 180, 105 ff.; Blasche, EWIR 2009, S. 525 f.; Passarge, NZG 2007, S. 441 ff.

879 Vgl. zu diesen Möglichkeiten der Informationsbeschaffung HdbVorstR/Fleischer § 18 Rn. 36.

aaa. Nachteiligkeit gem. § 311 Abs. 1 AktG

Der Begriff der Nachteiligkeit gem. § 311 Abs. 1 AktG wurde früher (und zum Teil auch noch heute) verbreitet so verstanden, dass hierunter jede Verschlechterung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen Gesellschaft zu verstehen sei und zwar unabhängig davon, ob die Beeinflussung durch die Konzernleitung pflichtgemäß war.⁸⁸⁰

Demgegenüber geht die heute ganz überwiegende Auffassung davon aus, dass eine Einflussnahme, die zu einer Verschlechterung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen Gesellschaft führt, nur dann nachteilig ist, wenn die Geschäftsleitung einer unabhängigen Gesellschaft nicht sorgfaltspflichtgemäß derart hätte handeln können. Die Beeinflussung der Konzernleitung muss also sorgfaltspflichtwidrig sein, um als nachteilig i.S.v. § 311 Abs. 1 AktG eingeordnet werden zu können.⁸⁸¹ Begründet wird diese Auffassung überzeugenderweise mit dem Schutzzweck des § 311 AktG, der zwar einerseits eine gewisse Einflussnahme der herrschenden Gesellschaft gestattet, gleichzeitig aber die aus der Abhängigkeit entstehenden negativen Folgen für die abhängige Gesellschaft begrenzen und diese so stellen will, als wäre sie unabhängig.⁸⁸² Daher kann nur eine Maßnahme, die ihre Ursache in der Abhängigkeit hat – die also die sorgfaltspflichtgemäß handelnde Geschäftsleitung der hypothetisch unabhängigen Gesellschaft nicht getroffen hätte – zu einem Nachteil nach § 311 Abs. 1 AktG führen. Umgekehrt kann eine Maßnahme der Konzernleitung, die auch die sorgfaltspflichtgemäß handelnde Geschäftsleitung einer unabhängigen Gesellschaft hätte treffen dürfen, nicht nachteilig gem. § 311 Abs. 1 AktG sein.

bbb. Nachteilige Maßnahmen einer konzernweiten Compliance-Organisation

Dieses Ergebnis zum Verständnis des Begriffs der Nachteiligkeit gem. § 311 Abs. 1 AktG im Blick, wird schnell offenkundig, dass die Hürde dieser Norm für die Einflussnahme der Konzernleitung bzw. einer konzernweiten Compliance-Organisation zur Verhinderung von Rechtsverstößen weniger hoch ist, als auf den ersten Blick anzunehmen war.

Hinsichtlich einer Hinwirkung auf den Erhalt von Informationen entsteht der abhängigen Gesellschaft, so sie denn Informationen weitergibt, keine Verschlechterung der Vermögens- oder Ertragslage, sodass aus diesem Grund kein Nachteil i.S.d. § 311 Abs. 1

880 Godin/*Wilhelmi* AktG § 311 Anm. 3; Baumbach/*Hueck* AktG § 311 Rn. 8; *Haesen*, Abhängigkeitsbericht, S. 102 ff.; *Bollmann*, Schadenersatz gem. § 317 AktG, S. 59, 67 f.; *Timmann*, Durchsetzung von Konzerninteressen, S. 82; *Kellmann*, BB 1969, S. 1509, 1512 ff.; *Kellmann*, ZGR 3 (1974), S. 220, 222 ff.; *Leo*, AG 1965, S. 352, 357; *Müller*, ZGR 6 (1977), S. 1, 14 und Fn. 31.

881 BGH Urt. v. 1.3.1999 – II ZR 312/97, BGHZ 141, 79, 88 f.; Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 311 Rn. 36; Spindler/*Stilz/Müller* AktG § 311 Rn. 27 f.; K.Schmidt/*Lutter/Vetter* AktG § 311 Rn. 40; *Hüffer* AktG § 311 Rn. 27; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 AktG Rn. 40; MünchHdbGesR/Bd. 4/*Krieger*, § 69 Rn. 78; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 118 f.; *Bommert*, Verdeckte Vermögensverlagerungen, S. 168 ff.; *Gansweid*, Gemeinsame Tochtergesellschaften, S. 168 ff.; *Heiser*, Interessenkonflikte, S. 264 f.; *Bachelin*, Konzernrechtlicher Minderheitenschutz, S. 47; *Casper*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 174; *Brüggemeier*, AG 1988, S. 93, 99 f.; *Koppensteiner*, ZGR 2 (1973), S. 1, 9 f.; *Köhler*, NJW 1978, S. 2473, 2477 f.

882 Kölner KommAktG/*Koppensteiner* § 311 Rn. 38; Spindler/*Stilz/Müller* AktG § 311 Rn. 27; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 AktG Rn. 39 f.

AktG vorliegt. Was ein Hinwirken auf die Untersagung eines potentiell gewinnbringenden Geschäfts aus Compliancegründen betrifft, so entsteht hier zwar eine Verschlechterung der Ertragslage der abhängigen Gesellschaft, jedoch hätte auch die Geschäftsleitung einer hypothetischen unabhängigen Gesellschaft ein solches Geschäft untersagen dürfen bzw. müssen, womit es an der Sorgfaltspflichtwidrigkeit des Hinwirkens auf eine solche Maßnahme fehlt. Ebenso verhält es sich mit Maßnahmen betreffend den Aufbau der Compliance-Organisation, die möglicherweise mit Personal- und Sachkosten verbunden sind.

Auf „normale“ compliancebezogene Maßnahmen kann die herrschende Gesellschaft damit gegenüber einer abhängigen Aktiengesellschaft trotz des § 311 Abs. 1 AktG ohne Weiteres hinwirken, ohne dass ein ausgleichspflichtiger Nachteil entstehen könnte.

Die Grenze, die § 311 Abs. 1 AktG der compliancebezogenen Einflussnahme zieht, setzt später ein: Wirkt die Konzern-Compliance-Organisation etwa auf die Untersagung eines Geschäfts hin, welches einen hohen Gewinn verspricht und welches unter keinem Gesichtspunkt als compliancerelevant beurteilt werden kann, so könnte der abhängigen Gesellschaft hierdurch ein nach § 311 Abs. 1 AktG auszugleichender Nachteil entstehen. Auch die Veranlassung organisatorischer Maßnahmen in einem weit über das notwendige Maß hinausgehenden Umfang mit der Folge extrem hoher (Personal-)Kosten kann ein gem. § 311 Abs. 1 AktG auszugleichender Nachteil sein. Es ist letztlich kein anderer Maßstab als nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG anzulegen, denn vergleichsweise wird die Geschäftsleitung des Einzelunternehmens herangezogen. Was diese „darf“, das „darf“ auch die Konzernleitung veranlassen, ohne dass sie entstehende Nachteile ausgleichen müsste.

cc. Auskunftsanspruch des herrschenden Unternehmens

In Ansehung der geschilderten konzernrechtlich bedingten Schwierigkeiten des herrschenden Unternehmens, die für eine funktionierende konzernweite Compliance-Organisation erforderliche Informationsversorgung sicherzustellen, denen eine weithin anerkannte Bemühenspflicht zur Verschaffung der für eine ordnungsgemäße Konzerngeschäftsführung erforderlichen Informationen gegenübersteht,⁸⁸³ erscheint es fraglich, ob nicht das herrschende Unternehmen im faktischen Konzern auch einen Auskunftsanspruch gegen das abhängige Unternehmen hat, vermöge dessen es seiner Bemühenspflicht Genüge tun kann.

Ein Auskunftsanspruch wird in der Literatur vereinzelt und auf Grundlage verschiedener Herleitungen angenommen. Zum Teil wird zur Begründung auf die §§ 294 Abs. 3, 320 Abs. 3 HGB, 145 AktG verwiesen, aus welchen der allgemeine Grundsatz abzuleiten sei, dass die zur Konzernleitung nötigen Informationen von den konzernabhängigen an das

883 Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 90 Rn. 30; HdbVorstR/*Fleischer* § 18 Rn. 36; *Fleischer*, CCZ 2008, S. 1, 6.

herrschende Unternehmen gegeben werden dürfen und müssen.⁸⁸⁴ Anderenorts wird der Auskunftsanspruch aus einem auf Grundlage der §§ 311 ff. AktG angenommenen Sonderrechtsverhältnis abgeleitet, welches aufgrund seines Zwecks, dem herrschenden Unternehmen die Ausübung von Leitungsmacht in dezentralen Konzernstrukturen auch ohne Beherrschungsvertrag zu ermöglichen, ein Auskunftsrecht der Obergesellschaft erfordere.⁸⁸⁵

Die h.M. verneint das Bestehen eines allgemeinen Auskunftsrechts des herrschenden Unternehmens.⁸⁸⁶ Ein Auskunftsrecht bestehe nur in den Fällen, in denen dies zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten des Vorstands der Obergesellschaft benötigt werde und werde für diese Fälle (zum Beispiel den Konzernabschluss) auch per Gesetz eingeräumt.⁸⁸⁷

Den ein allgemeines Auskunftsrecht anerkennenden Vertretern ist mit einem Argument der h.M. zuzugestehen, dass die Annahme eines solchen Rechts nicht gänzlich fernliegt: Ein Auskunftsrecht soll nur in den Fällen bestehen, in denen es für die Erfüllung der Pflichten des Vorstands der Obergesellschaft erforderlich ist.⁸⁸⁸ Die Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation ist im Bankkonzern eine Pflicht der Obergesellschaft und damit auch ihres Vorstands, sodass man zur Annahme eines entsprechenden Auskunftsrechts bezogen auf die hierfür notwendigen Informationen gelangen könnte. Jedoch spricht letztlich gegen eine Übertragung der speziellen gesetzlich geregelten Auskunftsrechte, dass die Voraussetzungen einer Analogie nicht gegeben sind. Zwar besteht eine Regelungslücke hinsichtlich der compliancerelevanten Informationsversorgung und auch die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage liegt in Ansehung der geschilderten Vorstandspflicht nahe. Die Regelungslücke ist jedoch nicht planwidrig. Abgesehen von den geregelten Ausnahmen eines Auskunftsanspruchs gilt der Grundsatz, dass im faktischen Konzern kein Anspruch auf Gefolgschaft der abhängigen Gesellschaft besteht.⁸⁸⁹ Sofern der Gesetzgeber also keine im Einzelfall explizit abweichende Regelung trifft, besteht ein Auskunftsrecht der herrschenden Gesellschaft nur in den bisher bereits geregelten Fällen, nicht jedoch im Sinne eines allgemeinen Auskunftsrechts, durch welches die herrschende Gesellschaft den im Zusammenhang mit der konzernweiten Compliance-Organisation bestehenden Informationsbedarf decken könnte.

884 *Semler*, Leitung und Überwachung, S. 178 Rn. 300.

885 *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 156 ff.

886 *GroßKommAktG/Kort* § 90 Rn. 72; *Kölner KommAktG/Mertens/Cahn* § 90 Rn. 43; *MünchKommAktG/Altmeyen* § 311 Rn. 422; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 90 Rn. 30; *HdbVorstR/Fleischer*, § 18 Rn. 36; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, S. 50 ff. Rn. 148 ff.; *Götz*, ZGR 27 (1998), S. 524, 527; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), S. 325, 337.

887 *MünchKommAktG/Altmeyen* § 311 Rn. 422.

888 *MünchKommAktG/Altmeyen* § 311 Rn. 422.

889 *MünchKommAktG/Altmeyen* § 311 Rn. 422; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, S. 62 Rn. 179.

b. GmbH

aa. Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens

Gegenüber der Situation im faktischen Konzern mit einer Aktiengesellschaft als abhängiger Gesellschaft, hat das herrschende Unternehmen gegenüber einer faktisch konzernierten GmbH auf den ersten Blick eine deutlich stärkere Position, denn die Gesellschafter einer GmbH haben über die Gesellschafterversammlung ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung der GmbH,⁸⁹⁰ sodass es zur Herstellung dieser Position gegenüber einer GmbH nicht zwingend des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages bedarf.

Die herrschende Gesellschaft hat damit als Mehrheitsgesellschafter der beherrschten GmbH die grundsätzliche Möglichkeit, von dem ihr als Gesellschafter zustehenden Weisungsrecht Gebrauch zu machen, um die im Zusammenhang mit einer konzernweiten Compliance-Organisation erforderlichen Maßnahmen einschließlich der Sicherstellung eines genügenden Informationsflusses durchzusetzen.

bb. Einschränkung der Weisungsbefugnis

Die Weisungsbefugnis der Gesellschafter gilt allerdings, anders als im Eingliederungs- oder Vertragskonzern, nicht gänzlich uneingeschränkt.

aaa. Analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf die GmbH

In der Literatur wird zur Einschränkung des Weisungsrechts der herrschenden Gesellschaft im faktischen Konzern teilweise eine analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf die faktisch abhängige GmbH befürwortet, welche damit begründet wird, dass das auf diesen Normen beruhende Schädigungsverbot in gleicher Weise auch für die GmbH gelte.⁸⁹¹

Nach ganz überwiegender Ansicht wird eine analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf die GmbH demgegenüber abgelehnt.⁸⁹² Zur Begründung wird angeführt, es handle sich um ein Schädigungsprivileg des herrschenden Gesellschafters gegenüber einer faktisch abhängigen Aktiengesellschaft, welches gegenüber einer GmbH gerade nicht zur Anwendung kommen solle.⁸⁹³ Auch sei zu beachten, dass die Regelungen der § 311 ff.

890 Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen GmbHG § 37 Rn. 18; Scholz/U.H.Schneider GmbHG § 37 Rn. 30; Michalski/Lenz GmbHG § 37 Rn. 16; Roth/Altmeyen GmbHG § 37 Rn. 14.

891 Kropff, FS Semler, 1993, S. 517, 536 ff.; Altmeyen, Haftung des Managers im Konzern, S. 79 ff.

892 Ulmer/Habersack/Winter/Casper GmbHG Anh. § 77 Rn. 54; Scholz/Emmerich GmbHG Anh. § 13 Rn. 68; Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh. § 13 Rn. 15; Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn. 5, 76, 80; Roth/Altmeyen GmbHG Anh. § 13 Rn. 154 ff.; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 7, 49; Timm, AcP 193 (1993), S. 423, 442; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 252 f.

893 Ulmer/Habersack/Winter/Casper GmbHG Anh. § 77 Rn. 54; Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh. § 13

AktG auf der Pflicht des Vorstands der abhängigen AG basierten, gem. § 312 AktG einen Abhängigkeitsbericht erstellen zu müssen, wozu die Geschäftsführung einer GmbH nicht verpflichtet sei.⁸⁹⁴ Die Konzeption der GmbH stehe einer Übertragbarkeit des aktienrechtlichen Ausgleichssystems entgegen, denn es gebe in der GmbH keinen Geschäftsleiter, der berufen sei, Einflussnahmen der Konzernspitze auf ihre Nachteiligkeit hin zu überprüfen.⁸⁹⁵

Einigkeit besteht nach beiden Auffassungen dahingehend, dass auch die faktisch abhängige GmbH vor der Nachteilszufügung durch die Konzernobergesellschaft zu schützen ist. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die verbreiteten Argumente der herrschenden Meinung, namentlich die Nichtübertragbarkeit des Schädigungsprivilegs und die fehlende Verpflichtung der GmbH-Geschäftsführung, einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen, werden teilweise wiederum kritisiert.⁸⁹⁶ Hierauf kommt es jedoch letztlich nicht an. Entscheidend ist, dass grundlegende konzeptionelle Unterschiede zwischen AG und GmbH einer analogen Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG entgegenstehen.⁸⁹⁷ Gegenüber einer abhängigen AG soll die Konzernobergesellschaft zur Ausgleichung der von ihr verursachten Nachteile herangezogen werden, weil eine Haftungsmöglichkeit, die im Einzelunternehmen an die Leitungsmacht der Geschäftsleitung anknüpfen würde, ansonsten nicht vorhanden wäre. Um eine solche Möglichkeit wiederum zu schaffen, bedarf es des Vehikels der §§ 311 ff. AktG. Anders die Situation gegenüber einer faktisch abhängigen GmbH: Hier hat die Konzernobergesellschaft bereits aufgrund ihrer Stellung als Gesellschafter und der daraus folgenden übergeordneten Geschäftsführungsbefugnis die Leitungsmacht inne. Insoweit bedarf es also keiner analogen Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften, um zum Ausdruck zu bringen, dass die beherrschende Gesellschaft diese Leitungsmacht nicht zum Nachteil der beherrschten Gesellschaft gebrauchen darf.⁸⁹⁸

Eine analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf die GmbH ist somit mit der ganz herrschenden Meinung abzulehnen.

bbb. Die Treuepflicht der Gesellschafter

Trotz der vorzugswürdigen überwiegend ablehnenden Haltung einer analogen Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf die GmbH gegenüber, besteht Einigkeit, dass die faktisch abhängige GmbH vor nachteiliger Einflussnahme im Konzern zu schützen ist. Den Ansatz, wie dies zu bewerkstelligen ist, liefert dabei die Tatsache, dass die beherrschende Gesellschaft Gesellschafter der faktisch beherrschten GmbH ist.

Rn. 20.

894 *Rehbinder*, AG 1986, S. 85, 88; *Ulmer*, ZHR 148 (1984), S. 391, 412; *Lutter*, ZHR 151 (1987), S. 444, 455; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 252.

895 *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 252.

896 *Roth/Altmeyen GmbHG Anh. § 13 Rn. 156*.

897 *Roth/Altmeyen GmbHG Anh. § 13 Rn. 157*; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 252.

898 So auch *Roth/Altmeyen GmbHG Anh. § 13 Rn. 157*; ähnlich *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 252.

Den Gesellschaftern einer GmbH obliegen gegenüber der Gesellschaft Treuepflichten⁸⁹⁹. Handelt es sich bei dem Gesellschafter um die herrschende Gesellschaft, so treffen diese aufgrund ihrer gesteigerten Einflussmöglichkeiten gegenüber der GmbH und den Mitgesellschaftern erhöhte Treuepflichten.⁹⁰⁰ Aus dieser erhöhten Treuepflicht folgt für die herrschende Gesellschaft gegenüber der abhängigen GmbH ein umfassendes Verbot von schädigender Einflussnahme, unabhängig davon, in welcher Form diese Einflussnahme erfolgt.⁹⁰¹

Daneben wird die Haftung der herrschenden Gesellschaft gegenüber der beherrschten GmbH für nachteilige Einflussnahme teilweise aus einer zwischen der herrschenden und der beherrschten Gesellschaft bestehenden Sonderrechtsbeziehung⁹⁰² oder, als weitere Alternative, aus der sog. Konzernverschuldenshaftung hergeleitet.⁹⁰³

Letztlich geht es jedoch immer um die Frage der Ausgleichung des der abhängigen GmbH entstandenen Nachteils, sodass sich auch hier – wie schon bei der Aktiengesellschaft – die Frage stellt, wie der Begriff des „Nachteils“ zu verstehen ist. Für diesen Begriff sind die zu § 311 AktG entwickelten Maßstäbe anzulegen,⁹⁰⁴ sodass ein „Nachteil“ nicht jede Verschlechterung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft ist, sondern lediglich diejenigen Verschlechterungen, die durch eine Maßnahme der herrschenden Gesellschaft hervorgerufen wurden, die die Geschäftsleitung einer unabhängigen Gesellschaft nicht pflichtgemäß hätte treffen dürfen. Es gilt der Haftungsmaßstab von § 43 GmbHG analog.⁹⁰⁵

ccc. Treupflichtwidrige Maßnahmen einer konzernweiten Compliance-Organisation

Die herrschende Gesellschaft kann damit gegenüber einer faktisch abhängigen GmbH sämtliche Maßnahmen treffen, die für den hypothetischen Fall der Unabhängigkeit der betreffenden GmbH deren Geschäftsführung sorgfaltspflichtgemäß treffen könnte.

Dies umfasst auch die für eine wirksame konzernweite Compliance-Organisation notwendigen Weisungen, welche regelmäßig nicht gegen die Treuepflicht der herrschenden Gesellschaft als Gesellschafter verstoßen. Die große Mehrzahl der Weisungen wird möglicherweise durch Personal- oder Sachaufwand bzw. entgangene Gewinne eine Verschlechterung der Vermögens- oder Ertragslage nach sich ziehen, jedoch als zur Einhaltung von Compliance notwendig zugleich sorgfaltspflichtgemäß und

899 Grundlegend BGH Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 23/74 (ITT), BGHZ 65, 15 ff.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 49; umfassend *Tröger*, Treuepflicht im Konzernrecht, passim.

900 *Ulmer/Habersack/Winter/Casper GmbHG Anh. § 77 Rn. 81*; *Scholz/Emmerich GmbHG Anh. § 13 Rn. 68*; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, S. 473.

901 *Scholz/Emmerich GmbHG Anh. § 13 Rn. 68*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 473; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzernrecht, S. 110.

902 *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1222 f.; *Limmer*, Haftungsverfassung, S. 64 ff.

903 *U.H.Schneider*, ZGR 9 (1980), S. 511, 532; *Lutter*, ZGR 11 (1982), S. 244, 265 ff.; *Lutter*, ZGR 1987, S. 324, 362 ff.; *Lutter*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 229, 242 ff.

904 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 473; *Eschenbruch*, Konzernhaftung, S. 261 ff.

905 *Scholz/Emmerich GmbHG Anh. § 13 Rn. 68*; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner GmbHG Anh. § 52 Rn. 74*; *Eschenbruch*, Konzernhaftung, S. 265; *Orth*, DStR 1994, S. 250 ff.

damit nicht treupflichtwidrig sein. Weisungen, die auf die Gewinnung von Informationen gerichtet sind, können zwar demgegenüber als Weitergabe von vertraulichen Informationen an „Dritte“ sorgfaltspflichtwidrig sein, ziehen jedoch in aller Regel keine Verschlechterung der Vermögens- oder Ertragslage nach sich, sodass sie aus diesem Grunde nicht als treupflichtwidrig anzusehen sind.

c. Zusammenfassung – faktischer Konzern

Der Sicherstellung einer funktionierenden konzernweiten Compliance-Organisation durch die Konzernleitung sind im faktischen Konzern zum Teil Grenzen gesetzt.

Handelt es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine AG, so hat das herrschende Unternehmen dieser gegenüber kein Weisungsrecht, sondern ist auf anderweitige Möglichkeiten der Einflussnahme beschränkt, die jedoch keine Folgepflicht der abhängigen Gesellschaft auslösen. Sofern diese Einflussnahme dennoch bewirkt, dass die abhängige Gesellschaft entsprechende Maßnahmen ergreift, so hat die herrschende Gesellschaft zudem gem. § 311 Abs. 1 AktG die daraus folgenden Nachteile auszugleichen, wenngleich bei Maßnahmen mit Compliancebezug in der Regel keine ausgleichspflichtigen Nachteile entstehen werden. Ein Auskunftsanspruch des herrschenden Unternehmens zur Informationserlangung besteht nicht. Damit ist das herrschende Unternehmen zur Sicherstellung einer funktionierenden Compliance-Organisation gegenüber dem Vorstand einer faktisch konzernierten AG auf dessen „guten Willen“ angewiesen.

Anders ist demgegenüber die Situation, wenn es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine GmbH handelt. Die herrschende Gesellschaft hat hier als Gesellschafter ein umfassendes Weisungsrecht, was ihr die nötige Einflussnahme zur Sicherstellung einer funktionierenden konzernweiten Compliance-Organisation sichert. Begrenzt wird dieses Weisungsrecht lediglich durch die einen GmbH-Gesellschafter stets treffende Treuepflicht, die jedoch die in Betracht kommenden compliance-bezogenen Weisungen regelmäßig nicht ausschließt.

4. Ergebnis – konzernrechtliche Grenzen

Entscheidend für eine konzernweite Compliance-Organisation ist die Weisungsbefugnis der herrschenden Gesellschaft. Nur sofern das Konzernrecht diese Weisungsbefugnis ausschließt, erschwert es die Etablierung einer wirksamen konzernweiten Compliance-Organisation.

Wie gezeigt, ergeben sich in dieser Hinsicht für den Eingliederungs- und den Vertragskonzern keine Einschränkungen. Ebenso hat die herrschende Gesellschaft gegenüber einer faktisch abhängigen GmbH ein ausreichend weitreichendes Weisungsrecht, um eine funktionierende konzernweite Compliance-Organisation durchsetzen zu können.

Gegenüber einer AG als abhängiger Gesellschaft im faktischen Konzern sind der herrschenden Gesellschaft hingegen de facto die Hände gebunden. Zwar kann sie auf die zur Sicherstellung einer funktionierenden konzernweiten Compliance-Organisation erforderlichen Maßnahmen durch entsprechende Anfragen, Hinweise und Ähnliches hinwirken, die Umsetzung liegt jedoch letztlich in den Händen der abhängigen Gesellschaft, die auch über die Frage des „Ob“ frei entscheiden kann.

III. Das Verhältnis gruppen- und einzelunternehmensbezogener Compliancepflichten

In einem Bankkonzern existieren – sofern sich alle beteiligten Gesellschaften den gesetzlichen Organisations-Vorgaben entsprechend verhalten – mehrere Compliance-Organisationen unterschiedlichen Zuschnitts auf unterschiedlichen Ebenen. Besonderes Interesse verdient in dieser „Stapelung“ der Organisationen übereinander das Verhältnis der Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation zu den Compliance-Organisations-Pflichten der abhängigen Gesellschaften.

1. Das Pflichtenverhältnis

Denkbar wäre es, zumindest oberflächlich betrachtet, dass die im Bankkonzern gem. § 25a Abs. 1a KWG bestehende Pflicht des herrschenden Unternehmens die darüber hinaus bestehenden Compliance-Organisationspflichten der abhängigen Gesellschaften – unabhängig davon, ob diese gem. § 25a Abs. 1 KWG oder § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG bestehen – überlagert. Die Folge wäre, dass im Bankkonzern lediglich das herrschende Unternehmen zur Einrichtung eines – dann allerdings konzernweiten – Compliance-Systems verpflichtet wäre. Eine solche Konzentration der Compliance-Organisationspflicht ist allerdings zum einen aus Gründen der Effektivität der Compliance-Organisation nicht sinnvoll und wünschenswert und findet zum anderen auch keine gesetzliche Grundlage. Der eine konzernweite Compliance-Organisation anordnende § 25a Abs. 1a KWG berührt nicht die das abhängige Unternehmen treffende Pflicht zur Einrichtung einer „eigenen“ Compliance-Organisation gem. § 25a Abs. 1 KWG oder § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG. Ein anderes Ergebnis käme nur dann in Betracht, wenn die Compliance-Organisationspflicht der abhängigen Gesellschaft ausschließlich gegenüber der herrschenden Gesellschaft bestünde, was jedoch nicht der Fall ist: Auf der Konzernierung beruhende und gegenüber der herrschenden Gesellschaft bestehende Pflichten werden zusätzlich zur gegenüber der eigenen Gesellschaft bestehenden Compliance-Organisationspflicht durch § 25a Abs. 1a KWG und dessen Verweis auf die §§ 10a Abs. 13 und 10b Abs. 7 KWG statuiert, wonach die abhängigen Institute gegenüber dem übergeordneten Institut und der Gruppe insgesamt verpflichtet sind, eine ordnungsgemäße Organisation und angemessene interne Kontrollverfahren einzurichten⁹⁰⁶, was es einerseits dem übergeordneten Institut bzw. der Gruppe gesetzlich ermöglicht und auch erleichtert, seinerseits den gruppenweiten Verpflichtungen des § 25a

906 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 25a Rn. 564.

Abs. 1a KWG nachzukommen, andererseits aber auch dafür sorgt, dass die gesetzlichen Mindeststandards des § 25a Abs. 1 unabhängig von der konkreten Organisationsweisung des übergeordneten Instituts bzw. der Gruppe gruppenweit durch sämtliche untergeordneten Institute erfüllt werden. Einen darüber hinausgehenden Einfluss auf die compliancerelevanten oder compliancenahen Organisationspflichten der abhängigen Gesellschaft hat die Eingliederung in einen Bankkonzern nicht.

Konzernweite und auf das Einzelunternehmen bezogene Compliance-Organisationspflichten bestehen damit nebeneinander, ohne dass die Existenz einer konzernweiten Organisationspflicht die Pflichten im Einzelunternehmen überlagern oder suspendieren würde.

2. Der Einfluss auf das Ermessen bzgl. der organisatorischen Ausgestaltung

Losgelöst davon, dass die Konzernierung keinen Einfluss auf die grundsätzliche Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation hat, ist die Frage zu betrachten, ob ein Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung der Compliance-Organisation besteht.

Sofern ein abhängiges Unternehmen auf Grundlage von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV zur Einrichtung einer Compliance-Funktion verpflichtet ist, bestehen gesetzlich detaillierte Vorgaben, wie diese Compliance-Funktion im Einzelnen auszugestaltet ist,⁹⁰⁷ sodass der Geschäftsleitung ohnehin nur ein vergleichsweise kleiner Bereich zur Verfügung steht, innerhalb dessen sie die Compliance-Funktion nach ihrem Ermessen ausgestalten kann. Die Eingliederung in einen Konzern nebst der Existenz einer konzernweiten Compliance-Organisation kann daher in diesem ohnehin schmalen Bereich organisatorischen Ermessens naturgemäß keinen großen Einfluss haben. Ist das abhängige Unternehmen hingegen „lediglich“ auf Grundlage von § 25a Abs. 1 KWG zur Einrichtung einer Compliance-Organisation verpflichtet, so bestehen hinsichtlich der organisatorischen Ausgestaltung weniger gesetzliche Vorgaben, was ein Mehr an Ermessensspielraum mit sich bringt. In einem solchen Fall kann eine umfangreich ausgestaltete und effektiv arbeitende konzernweite Compliance-Organisation dazu führen, dass die Unternehmensleitung des abhängigen Unternehmens auch dann noch sorgfaltspflichtgemäß handelt, wenn sie die „eigene“ Compliance-Organisation des Unternehmens vergleichsweise schlank ausgestaltet, selbst wenn dies so weit geht, dass diese Organisation im unabhängigen Einzelunternehmen nicht mehr sorgfaltspflichtgemäß wäre. Die Frage, was ausreichend ist, bestimmt sich anhand der Umstände des Einzelfalls und der spezifischen Risikolage, die bei Bestehen einer funktionierenden konzernweiten Compliance-Organisation unkritischer sein kann, als im Einzelunternehmen.

Die Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation ist im Gegensatz zur auf das Einzelunternehmen bezogenen Compliance-Organisationspflicht weder im KWG noch im WpHG organisatorisch näher ausgestaltet, sodass die Konzernleitung hier

907 Vgl. hierzu „C. III. Die Compliance-Funktion“.

einen breiten Ermessensspielraum hat.⁹⁰⁸ Es obliegt damit der Konzernleitung, ob sie – um beide „Extremfälle“ darzustellen – auf Konzernebene ein den Anforderungen von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG i.V.m. § 12 WpDVerOV entsprechendes oder gar darüber hinausgehendes weiteres Compliance-System etabliert oder ob sie sich darauf beschränkt, auf Konzernebene eine Compliance-Organisation einzurichten, die sich letztlich „nur“ mit der – mehr oder minder intensiven – Überwachung der Compliance-Organisationen der abhängigen Unternehmen befasst. Die Ausgestaltung dieser einzelnen (Unter-)Organisationen hat dabei Einfluss darauf, wie schlank die konzernweite Compliance-Organisation ausgestaltet sein kann, ohne dass die Konzernleitung sorgfaltspflichtwidrig handeln würde.

IV. Konzernrechtliche Besonderheiten ausgewählter Compliance-Problemstellungen

1. Der Group-Compliance-Officer

Im Einzelunternehmen – insbesondere dann, wenn es sich dabei um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen handelt, welches zur Einrichtung einer Compliance-Organisation und Benennung eines Compliance-Beauftragten gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG und § 12 Abs. 4 WpDVerOV verpflichtet ist – kommt der Person des Compliance-Beauftragten (teilweise auch bezeichnet als Compliance Officer, Chief Compliance Officer oder als Head of Compliance) eine zentrale Bedeutung zu. Dieser Bedeutung entsprechend sind die an ihn gerichteten Anforderungen teils gesetzlich, teils durch die Praxis bereits recht detailliert herausgearbeitet worden.⁹⁰⁹

In Ansehung dessen ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit auch an den Leiter einer konzernweiten Compliance-Organisation ähnliche oder möglicherweise gar noch weitergehende Anforderungen zu richten sind, ob dieser also mit dem speziell in § 12 Abs. 4 WpDVerOV geregelten Compliance-Beauftragten im Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder dem „einfachen“ Compliance Officer im Einzelunternehmen vergleichbar oder von diesen losgelöst als eine Art „einfacher Abteilungsleiter“ ohne besondere mit der Compliance des Konzerns verbundene Pflichten anzusehen ist.

a. Anwendbarkeit des § 12 Abs. 4 WpDVerOV auf den Konzern-Compliance-Beauftragten

Die konzernweite Compliance-Organisation eines Bankkonzerns hat regelmäßig eine für diese Organisation verantwortliche, übergeordnete Person, die diese leitet, mit anderen Worten: einen Abteilungsleiter. Die Tatsache, dass es diese Person – möglicherweise

908 So auch *U.H.Schneider/S.H.Schneider*, ZIP 2007, S. 2061, 2065.

909 Vgl. zum Compliance-Beauftragten im Einzelunternehmen „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

bezeichnet als „Group Compliance Officer“ – und ihren Verantwortungsbereich gibt, darf jedoch nicht zu dem Trugschluss führen, dass es sich bei ihm um einen „Compliance-Beauftragten“, wie ihn § 12 Abs. 4 WpDVerOV beschreibt, handelt. Dessen Benennung folgt als Pflicht aus der Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Funktion gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG, die aber gerade nicht Grundlage der Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation ist. Die konzernweite Compliance-Organisationspflicht ergibt sich entweder – sofern anwendbar – aus § 25a Abs. 1a KWG oder im Einzelfall aus der Pflicht der Konzernleitung zur Oberleitung des Konzerns. In beiden Fällen finden die detaillierten Regelungen des WpHG, der WpDVerOV und die diese konkretisierenden Ausführungen der MaComp keine Anwendung.

Die Ausgestaltung der Kompetenzen und Pflichten des „Group Compliance Officers“ liegt damit im Ermessen der die konzernweite Compliance-Organisation einrichtenden Konzernleitung. Diese kann sich an den Vorgaben von WpHG, WpDVerOV und MaComp orientieren, muss dies aber nicht, solange die konzernweite Compliance-Organisation insgesamt sorgfaltspflichtgemäß eingerichtet ist. Dies setzt nicht zwingend voraus, dass überhaupt eine Person die Verantwortung für diese Organisation trägt, die hinsichtlich ihrer Kompetenzen und Qualifikationen auch nur annähernd mit dem Compliance-Beauftragten, wie ihn § 12 Abs. 4 WpDVerOV beschreibt, vergleichbar ist.

b. Internationale Vorgaben

Die Empfehlungen des *Basel Committee on Banking Supervision*⁹¹⁰ richten sich gem. Ziff. 11⁹¹¹ gleichermaßen an Einzelinstitute, wie an Bankkonzerne. Die explizite Empfehlung der Einsetzung eines „group compliance officers“ oder „head of compliance“⁹¹² richtet sich daher auch an den Bankkonzern, dasselbe gilt hinsichtlich der weiteren Empfehlungen zu Aufgaben und Kompetenzen des „group compliance officers“ bzw. „head of compliance“.⁹¹³

c. Strafbarkeit des Group Compliance Officers

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit des Compliance-

910 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010).

911 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 30 ff., abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 11: „The expression “bank” is used in this paper to refer generally to banks, banking groups, and to holding companies whose subsidiaries are predominantly banks.“

912 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, Ziff. 30 ff., abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 20: “[...] Second, there should be a group compliance officer or head of compliance with overall responsibility for co-ordinating the management of the bank’s compliance risk. [...]”.

913 Zu den einzelnen Vorgaben des Basel Committee on Banking Supervision zum Compliance-Beauftragen s.o. „C. IV. Der Compliance-Beauftragte“.

Beauftragten bzw. zu dessen Garantenstellung⁹¹⁴ bietet Anlass zu der Frage, ob die hierzu angestellten Überlegungen auch für den Verantwortlichen einer konzernweiten Compliance-Organisation zutreffend sind.

Die Beantwortung dieser Frage gebietet einen Blick auf die Herleitung der Garantenstellung des Compliance-Officers im Einzelunternehmen. Grundsätzlicher Ansatzpunkt ist dort die Geschäftsherrenhaftung, die verkürzt dargestellt auf der Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn beruht, kraft derer er die Gefahrenquelle Betrieb beherrscht. Diese Weisungsbefugnis fehlt dem Compliance-Beauftragten im Einzelunternehmen zwar regelmäßig, er verfügt dafür jedoch im Gegensatz zum Geschäftsherrn aufgrund der ihm überlassenen Überwachung über Informationen, die ihn ebenfalls in eine die Gefahrenquelle beherrschende Position bringen.⁹¹⁵

Nach dieser Zusammenfassung und in Ansehung der bereits ausgeführten konzernrechtlichen Grenzen einer konzernweiten Compliance-Organisation ist offensichtlich, dass nicht jeder Leiter einer konzernweiten Compliance-Organisation nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen und den hier angestellten Überlegungen Garant hinsichtlich der Verhinderung von aus dem Konzern heraus begangenen Straftaten sein kann: Die Beherrschung der Gefahrenquelle setzt zumindest, wenn schon keine umfassende Weisungsbefugnis vorhanden ist, eine umfassende Informationsversorgung voraus. Gerade diese Informationsversorgung ist es jedoch, die in bestimmten Konzernstrukturen, so vor allem im faktischen Konzern mit einer AG als abhängiger Gesellschaft, Schwierigkeiten bereiten kann.

Eine allgemeingültige Aussage kann wegen der verschiedenartigen Konzernstrukturen und auch der verschiedenartigen Ausgestaltungsmöglichkeiten einer konzernweiten Compliance-Organisation damit nicht getroffen werden. Hat die Konzernleitung aber im Einzelfall ähnliche Befugnisse und Pflichten, wie in einem Einzelunternehmen⁹¹⁶ und ist die Compliance-Organisation ausgestaltet wie in einem Einzelunternehmen, wobei es vor allem auf die umfassende Informationsversorgung ankommt, so ist kein Grund ersichtlich, warum der Leiter einer konzernweiten Compliance-Organisation anders zu behandeln sein soll, als der Compliance-Beauftragte im Einzelunternehmen.

Voraussetzung ist dabei auch im Konzern, dass der konzernweiten Compliance-Organisation von der Konzernleitung die Überwachung auch im Hinblick auf strafrechtlich relevantes Verhalten übertragen wurde.

2. Outsourcing der Compliance-Funktion im Konzern

Bereits im Einzelunternehmen kann es aus Kostengründen für die Unternehmensleitung von Interesse sein, die Compliance-Funktion an Dritte auszulagern, um den

914 „C. IV. 6. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance-Beauftragten“.

915 Vgl. zu diesen Überlegungen ausführlich „C. IV. 6. d. aa. Garantenstellung“.

916 Was desto eher anzunehmen ist, je „enger“ die Einbindung in den Konzern ist. Also, um Extreme zu nennen, eher im Eingliederungskonzern als im faktischen Konzern.

unternehmensinternen Aufwand hierfür zu reduzieren. Dabei muss aber dennoch gewährleistet bleiben, dass – sofern es sich um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen handelt – der nach § 12 Abs. 4 WpDVerOV zu benennende Compliance-Beauftragte weiterhin im Unternehmen angesiedelt ist und dass die grundlegenden Entscheidungen von der Geschäftsleitung selbst getroffen werden, wodurch die Übertragbarkeit auf Durchführungsmaßnahmen beschränkt ist.⁹¹⁷

Im Konzern ist ein weiterer Anreiz zur Auslagerung der Compliance-Organisation der einzelnen abhängigen Gesellschaften an die Konzernobergesellschaft gesetzt, denn diese ist im Bankkonzern gem. § 25a Abs. 1a KWG und als Frage des Einzelfalls auch auf Grundlage der Pflicht zur Oberleitung des Konzerns ohnehin zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation verpflichtet, sodass hier enormes Einsparpotential besteht, muss es doch jeder Unternehmensleitung und auch der Konzernleitung unter ökonomischen Gesichtspunkten überflüssig erscheinen, derartige Funktionen und Stellen innerhalb des Konzerns mehrfach vorzuhalten.

Auch in Konzernstrukturen gelten jedoch die Einschränkungen zur Auslagerung der Compliance-Funktion an Dritte. Der Unternehmensleitung des jeweiligen abhängigen Unternehmens müssen die nötigen Leitungs-, Eingriffs- und Kontrollrechte verbleiben.⁹¹⁸ Muss das abhängige Unternehmen gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV einen Compliance-Beauftragten benennen, so darf auch dieser nicht bei der Konzernobergesellschaft, sondern muss bei der abhängigen Gesellschaft angesiedelt werden.⁹¹⁹ Auch innerhalb eines Konzerns sind damit nur Durchführungsmaßnahmen übertragbar, nicht jedoch etwa die Compliance-Funktion als Ganzes.

3. Konzernweite Compliance-Organisation bei Bankkonzernen mit Auslandsbezug

Nachdem bis hierher stets von dem hypothetischen Fall ausgegangen wurde, dass sämtliche Konzernunternehmen in Deutschland ansässig sind, ausschließlich deutschem Recht unterliegen und auch die von ihnen einzuhaltenden Regeln und Gesetze ohne Ausnahme dem deutschen Recht entstammen, ist an dieser Stelle auf die Besonderheiten im Konzern mit Auslandsbezug einzugehen, denn dieser ist keine Ausnahme, sondern vielmehr die Regel.

a. Abhängige Gesellschaft nach deutschem Recht

Unterliegt die abhängige Gesellschaft deutschem Recht, so ergeben sich keine Besonderheiten. Die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation, die das

917 „C. III. 4. Möglichkeit des Outsourcing der Compliance-Funktion“.

918 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 913; *Hauschka/Bürkle*, Corporate Compliance, § 8 Rn. 58; *Schimansky/Bunte/Lwowski/ Eisele*, Bankrechts-Hdb., § 109 Rn. 102.

919 *Spindler*, WM 2008, S. 905, 913.

Einzelunternehmen trifft, wird schon bei nicht grenzübergreifender Konzernierung nicht berührt. Gehört die Gesellschaft einem im Ausland ansässigen Konzern an, ergibt sich daraus nichts anderes. Die hier geschilderten Bestimmungen zur Compliance im Einzelunternehmen sind uneingeschränkt anwendbar.

Hinzu kommt unter den Voraussetzungen von § 10a Abs. 14 KWG, d.h. für den Fall, dass ein abhängiges Institut seinerseits weitere nachgeordnete Institute im Ausland hat, auch für diese eigentlich selbst abhängige Gesellschaft die Verantwortlichkeit für die Teilgruppe gem. § 25a Abs. 14 KWG.⁹²⁰

b. Herrschende Gesellschaft nach deutschem Recht

Unterliegt die herrschende Gesellschaft deutschem Recht, so besteht Einigkeit darüber, dass sie ihr „Compliance-Netz“ auch über ihre ausländischen Tochtergesellschaften auszuwerfen hat und die konzernweite Compliance-Organisation auch auf die Verhinderung von Verstößen gegen ausländisches Recht ausgerichtet sein muss.⁹²¹

Einen entsprechenden Hinweis, dass auch die Einhaltung ausländischer Rechtsordnungen in die Compliance-Überwachung einzubeziehen ist, enthalten auch die Vorgaben des *Basel Committee on Banking Supervision*⁹²² und der *International Organization of Securities Commissions*⁹²³.

Hier besteht ein nicht geringes Risiko der rechtlichen Belangung für das herrschende Unternehmen, welchem es unbedingt eine effektive konzernweite Compliance-Organisation entgegensetzen muss. Dies kann auch dann gelten, wenn eine der

920 „D. I. 4. a. § 25a Abs. 1a KWG“.

921 Bürkle, BB 2007, S. 1797, 1799; Fleischer, CCZ 2008, S. 1, 6; Spindler, WM 2008, S. 905, 918.

922 Basel Committee on Banking Supervision, Compliance and the compliance function in banks, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), Ziff. 46 ff. zu den Details, allgemein „Principle 9: Cross-border issues: Banks should comply with applicable laws and regulations in all jurisdictions in which they conduct business, and the organization and structure of the compliance function and its responsibilities should be consistent with local legal and regulatory requirements.“ Das Basel Committee bezeichnet mit „bank“ gem. Ziff. 11 auch „banking groups“.

923 IOSCO, Compliance Function at Market Intermediaries Final Report, abrufbar unter www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD214.pdf (zuletzt abgerufen am 30.12.2010), S. 19 f.: „It is expected that there where the compliance function is involved in the oversight of activities of the market intermediary outside the home jurisdiction, the firm should clearly identify the responsibilities and accountabilities of the personnel involved in the applicable activities in order to avoid gaps and unnecessary inconsistencies. This may involve: Identifying the compliance obligations that need to be met in relation to the activities of the firm that are being undertaken outside its home jurisdiction; Identifying the responsibilities of the relevant compliance personnel in the home jurisdiction and the other jurisdiction to seek to ensure that all activities being conducted in the other jurisdiction are subject to appropriate oversight by the compliance function; Identifying the reporting and accountability lines for relevant compliance staff responsible for the compliance function; Undertaking periodic review of the securities firm’s activities and the compliance function outside the home jurisdiction are appropriate given the nature scope and scale of the firm’s activities as they evolve over time. A review from time to time may involve the audit of the performance of the compliance function to ensure that the operations are being undertaken in accordance with the documented procedures; and having ready access to details of the relevant compliance obligations applicable to the activities of the firm outside the home jurisdiction, such as laws, regulations and policies issued in the jurisdictions in which the market intermediary is engaged in business.“

Tochtergesellschaften lediglich international geschäftstätig, jedoch in Deutschland ansässig oder zum Beispiel auch im Ausland börsennotiert ist. In Betracht kommen dann unter anderem Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben wie diejenigen der US-amerikanischen Securities and Exchange Commission bei gleichzeitiger Börsennotierung in den USA oder auch gegen Rechtssysteme, die extraterritoriale Geltung beanspruchen.⁹²⁴

Dem aus diesem Risiko folgenden großen Interesse der herrschenden Gesellschaft, das konzernweite Compliance-System durch Ausstattung mit entsprechenden Kompetenzen und Instrumenten so „schlagkräftig“ wie möglich auszugestalten, steht jedoch auch gegenüber im Ausland angesiedelten Tochterunternehmen das Konzern- bzw. Gesellschaftsrecht des jeweiligen Landes teilweise entgegen. Wie im ausschließlich deutschem Konzern- und Gesellschaftsrecht unterliegenden Konzern sind die Einflussmöglichkeiten durch nur eingeschränkt vorhandene Weisungsbefugnisse der herrschenden Gesellschaft teilweise begrenzt. Die konzernweite Compliance-Organisation kann daher nicht in jeder Konzernkonstellation mit Befugnissen ausgestattet werden, die denen einer Compliance-Organisation im Einzelunternehmen gleichen. Die Situation ist schlechtestenfalls vergleichbar mit einem ausschließlich deutschem Gesellschaftsrecht unterliegenden faktischen Konzern mit einer AG als abhängiger Gesellschaft.⁹²⁵

924 Vgl. zu weiteren Beispielen und Details *Hauschka*, Compliance in der Kreditwirtschaft – Bankrechtstag 2008, S. 103, 136.

925 Zu den jeweiligen nationalen gesellschafts- und konzernrechtlichen Besonderheiten ausführlich *Wackerbarth*, Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen Unternehmensgruppe, passim.

E. Schluss

I. Compliance in Banken (Einzelunternehmen)

Die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation

(1) Die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation kann sich bereits auf Grundlage des Gesellschaftsrechts im Rahmen der gesellschaftsformübergreifend existenten Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung ergeben, sofern das Leitungsermessen aufgrund der jeweiligen besonderen Umstände des betroffenen Unternehmens entsprechend eingeschränkt ist und ausschließlich die Einrichtung einer Compliance-Organisation als sorgfaltspflichtgemäße Maßnahme zur Überwachung des spezifischen Unternehmensrisikos von Gesetzesübertretungen in Betracht kommt.

(2) Abgesehen von der spezifischen Pflicht zur Einrichtung einer die Unternehmens-Compliance gewährleistenden Organisation gehört es stets – und nicht lediglich im Einzelfall – zur Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung eines Unternehmens, dafür zu sorgen, dass aus dem Unternehmen heraus keine Gesetzesverstöße begangen werden.

(3) Die stets bestehende Pflicht der Unternehmensleitung, das Handeln des Unternehmens in Übereinstimmung mit den Gesetzen zu gewährleisten, verdeutlicht auch Ziff. 4.1.3 DCGK, der ausweislich seiner Formulierung die Rechtslage wiedergibt und keine darüber hinausgehende Empfehlung enthält. Eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation enthält der DCGK hingegen nicht.

(4) Eine ausdrückliche Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation enthält für Wertpapierdienstleistungsunternehmen § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG. Für Kreditinstitute schreibt § 25a Abs. 1 KWG eine Organisation vor, die die Einhaltung der anwendbaren gesetzlichen Regelungen gewährleistet. Dies umschreibt letztlich die Einrichtung einer Compliance-Organisation, ohne dass zu dieser Organisation allerdings weitere Regelungen bestünden. Im KWG-Institut liegt es damit im Ermessen der Geschäftsleitung, wie die Organisation zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen ausgestaltet ist.

(5) Die gem. § 25a Abs. 1 KWG einzurichtende Compliance-Organisation muss auf die Einhaltung aller vom Institut zu beachtenden Bestimmungen des Bank- und Finanzdienstleistungsrechts ausgerichtet sein, während die gem. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG einzurichtende Compliance-Organisation zunächst lediglich auf die Einhaltung der Bestimmungen des WpHG abzielt, was jedoch über die Verweisung in § 33 Abs. 1 Satz 1 WpHG auf § 25a Abs. 1 KWG auf alle vom Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu beachtenden Bestimmungen des Bank- und Finanzdienstleistungsrechts ausgeweitet wird.

(6) Das Versicherungsaufsichtsrecht enthält de lege lata keine weiteren Erkenntnisquellen für die Compliance-Organisationspflicht in Banken. Dieses Bild könnte sich zukünftig mit Umsetzung der europäischen Solvency II – Richtlinie ändern, die unter anderem (ausweislich der Begründung des Richtlinienentwurfs) darauf abzielt, die Governance-Anforderungen in den Sektoren Banken, Wertpapiere und Versicherungen anzugleichen, um „sektorübergreifende Konsistenz“ zu erreichen.

(7) Das Strafrecht enthält in OWiG und StGB zwar Anhaltspunkte, die im Einzelfall den Betriebsinhaber zur Einrichtung einer Compliance-Organisation verpflichten können, eine allgemeingültige Pflicht besteht hiernach jedoch nicht.

Die Compliance-Pflicht der Unternehmensleitung

(8) Für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch das Unternehmen ist – vollkommen unabhängig davon, auf welcher rechtlichen Grundlage im Einzelfall Pflichten bestehen – stets die Unternehmensleitung zuständig. Dies gilt für die allgemeine Verpflichtung, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch das Unternehmen zu gewährleisten ebenso, wie für die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation. Compliance und die Compliance-Organisation sind stets Sache der Unternehmensleitung.

(9) Die im Rahmen der Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation die Geschäftsleitung treffenden organisatorischen Vorgaben sind in ihrem Detailgrad davon abhängig, auf welcher rechtlichen Grundlage die Compliance-Organisationspflicht besteht.

(10) Die lediglich einzelfallbezogen bestehende, gesellschaftrechtliche Compliance-Organisationspflicht lässt der Geschäftsleitung einen weiten Ermessensspielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung. Die Geschäftsleitung kann im Rahmen ihres Leitungsermessens alle denkbaren organisatorischen Compliance-Maßnahmen treffen oder auch unterlassen. Zur Pflichterfüllung genügt es, dass ihr Handeln noch als sorgfaltspflichtgemäß im Rahmen der Leitungspflicht anzusehen ist.

(11) Die Compliance-Organisationspflicht des § 25a Abs. 1 KWG enthält über die bloße Verpflichtung hinaus keine weiteren organisatorischen Vorgaben, sodass auch dort die organisatorische Ausgestaltung der Geschäftsleitung überlassen bleibt, welche im Rahmen ihres Leitungsermessens alle als sorgfaltspflichtgemäß anzusehenden Maßnahmen treffen bzw. auch unterlassen kann, sofern auch dies als sorgfaltspflichtgemäß anzusehen ist.

(12) Die Compliance-Organisationspflicht des § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG enthält demgegenüber deutlich detailliertere Vorgaben, die durch § 12 WpDVerOV und künftig auch durch die derzeit als Entwurf vorliegenden Mindestanforderungen an Compliance der BaFin weiter konkretisiert werden und die das organisatorische Ausgestaltungsermessen der Geschäftsleitung einschränken.

Die Compliance-Pflicht des Überwachungsorgans

(13) Neben dem Leitungsorgan des Unternehmens trifft auch das Überwachungsorgan eine compliancebezogene Pflicht. Da Compliance und die hieraus folgenden Pflichten zur Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung gehören, ist es Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsorgans, die Geschäftsleitung bei der Erfüllung dieser Pflichten zu überwachen.

(14) Innerhalb des Überwachungsorgans empfiehlt sich aufgrund der Komplexität der Materie und auch in Ansehung zahlreicher gesetzlicher und anderer Hinweise die Übertragung der Überwachung des Compliance-Systems an den Prüfungsausschuss. Dies legen § 107 Abs. 3 AktG (Überwachung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems) und Ziff. 5.3.2 DCGK nahe. Über entsprechende Verweisungen oder ähnliche Regelungen empfiehlt sich ein solches Vorgehen auch in GmbH, eG und AöR.

(15) Der zur Überwachung durch das Aufsichtsorgan erforderliche Informationsfluss auch in Bezug auf Compliance ist durch die Berichtspflicht der Geschäftsleitung gewährleistet.

Die Compliance-Abteilung / Die Compliance-Funktion

(16) Betriebliche Manifestation der Compliance-Organisation ist, untechnisch gesprochen, die Compliance-Abteilung. Ausführlich gesetzlich geregelt ist, was die organisatorischen Einzelheiten betrifft, lediglich die Compliance-Abteilung eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, welche in § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG als Compliance-Funktion bezeichnet wird.

(17) Die Compliance-Funktion ist kein Organ des Unternehmens, zugleich aber auch „mehr“ als eine einfache Abteilung und wird ganz überwiegend als Stabsabteilung verstanden.

(18) Die Compliance-Funktion ist zur Erfüllung ihrer Aufgabe auf eine hinreichende Versorgung mit Informationen angewiesen, weshalb sie uneingeschränkten Zugriff zu allen Informationen hat, die für ihre Tätigkeit erforderlich sind. Dies umfasst auch ein Weisungsrecht gegenüber den übrigen Angestellten des Unternehmens zur Informationsverschaffung.

(19) Es besteht keine Vorgabe, wie viele Mitarbeiter mit der Compliance-Funktion befasst sein müssen, jedoch ist die Untergrenze durch die erforderliche Wirksamkeit der Compliance-Funktion gesetzt. Ist diese gewährleistet, genügt auch ein einzelner Mitarbeiter.

(20) Die qualitativen Anforderungen an die Mitarbeiter der Compliance-Funktion ergeben sich aus § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV, wonach sie über die für eine ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Fachkenntnisse verfügen müssen. Dies entspricht auch den Empfehlungen des *Basel Committee on Banking Supervision*. Deutlich präzisiert wird dies durch die von MaComp BT 1.1.2 Ziff. 2. geforderten Kenntnisse.

(21) Die von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 aE WpHG und § 12 Abs. 4 Satz 2 WpDVerOV angeordnete Unabhängigkeit der Compliance-Funktion wird durch (eingeschränkte) disziplinarische Unabhängigkeit, organisatorische Unabhängigkeit und finanzielle Unabhängigkeit gewährleistet. Die disziplinarische Unabhängigkeit wird durch die Weisungsabhängigkeit gegenüber anderen Stellen des Unternehmens, ausgenommen die Geschäftsleitung, erreicht. Organisatorische Unabhängigkeit meint vor allem, dass die Compliance-Funktion sich nicht selbst kontrollieren und daher nicht in das operative Geschäft des Unternehmens involviert sein darf. Die finanzielle Unabhängigkeit der Compliance-Funktion enthält zwei Aspekte: Die Unabhängigkeit der Compliance-Mitarbeiter ist durch eine angemessene Vergütung und diejenige der Compliance-Funktion insgesamt durch eine angemessene Budgetierung zu gewährleisten.

(22) Die Integration in bzw. Zusammenlegung mit anderen Abteilungen des Unternehmens kommt hinsichtlich der Compliance-Funktion nur insoweit in Betracht, als dadurch die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion nicht gefährdet wird. Eine Integration kommt danach – und auch dies nur bei Einrichtung funktionierender chinesischer Mauern und zumindest teilweiser Verwendung von separatem Personal – lediglich mit der Rechtsabteilung infrage. Die Integration der Compliance-Funktion in die Bereiche Risikomanagement oder Innenrevision scheidet aus.

(23) Die Aufgaben der Compliance-Funktion umfassen gem. § 12 Abs. 3 WpDVerOV Überwachung und Bewertung sowie Beratung und Unterstützung. Über die von der WpDVerOV adressierten Wertpapierdienstleistungsunternehmen hinaus ist dieser Aufgabenbereich für alle Banken als genuines Tätigkeitsgebiet der Compliance-Abteilung anerkannt.

(24) Die Auslagerung der Compliance-Funktion an Dritte ist nur in engen Grenzen möglich. Der gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV zu benennende Compliance-Beauftragte ist zwingend im Unternehmen anzusiedeln und die Geschäftsleitung muss weiterhin in der Lage bleiben, die grundlegenden Entscheidungen selbst zu treffen, sodass letztlich nur Durchführungsmaßnahmen ausgelagert werden können. Ein weiteres Outsourcing-Problem besteht darin, dass auch der Dritte, der die Durchführungsmaßnahmen übernimmt, zumindest teilweise mit den Kompetenzen einer unternehmensinternen Compliance-Funktion ausgestattet sein muss, was im Hinblick auf Informationsbeschaffung auch Weisungsbefugnisse umfassen würde.

(25) Zulässig, jedoch nicht obligatorisch ist auch die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline, der die Mitarbeiter des Unternehmens unter Gewährleistung von Anonymität und Datenschutz, d.h. ohne persönliche Konsequenzen fürchten zu müssen, Verdachtsfälle von Compliance-Verstößen melden können.

Der Compliance-Beauftragte

(26) Leiter und Verantwortlicher der Compliance-Funktion und auch der Compliance-Abteilung außerhalb des Bereichs der Wertpapierdienstleistungsunternehmen (dort auch bekannt als Head of Compliance oder Chief Compliance Officer) ist der Compliance-Beauftragte.

(27) § 12 Abs. 4 Satz 1 WpDVerOV sieht zwei Verantwortungsbereiche des Compliance-Beauftragten vor: die Compliance-Funktion und die Compliance-Berichte an Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan gem. § 33 Abs. 1 Nr. 5 WpHG.

(28) Hinsichtlich seiner Qualifikation stellt die WpDVerOV an den Compliance-Beauftragten in § 12 Abs. 4 WpDVerOV weder höhere noch präzisere Anforderungen, als an die übrigen Compliance-Mitarbeiter. Erforderlich sind danach die zur Erfüllung seiner Aufgabe erforderlichen Fachkenntnisse. Präzisere Anforderungen stellt BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp auf, wonach für den Compliance-Beauftragten höhere Anforderungen an dessen Qualifikation gestellt werden, als für die übrigen Mitarbeiter der Compliance-Funktion, sofern es sich um ein Unternehmen handelt, dessen Mitarbeiter regelmäßig Zugang zu compliance-relevanten Informationen haben.

(29) Die zwingende Zuordnung eines Stellvertreters für den Compliance-Beauftragten war bisher weder gesetzlich noch in einer der zahlreichen zum Thema Compliance existierenden Empfehlungen vorgesehen, wird jedoch nunmehr von BT 1.1.2 Ziff. 3. MaComp angeordnet. Für diesen müssen hinsichtlich seiner Qualifikation dennotwendig die gleichen Voraussetzungen gelten, wie für den Compliance-Beauftragten, da er anderenfalls nicht in der Lage wäre, dessen Aufgaben zu übernehmen.

(30) Die hinsichtlich der gesamten Compliance-Funktion zu gewährleistende Unabhängigkeit gilt auch und erst recht für den Compliance-Beauftragten. Ebenso klar ist jedoch, dass diese Unabhängigkeit an einem bestimmten Punkt ihre Grenze finden muss, ohne dass diese Grenze gesetzlich oder in anderer Weise näher definiert wäre. Eine analoge Anwendung der zu Unternehmensbeauftragten wie dem Geldwäsche- oder Emissionsschutzbeauftragten bestehenden Regelungen scheitert in erster Linie an der nicht vorhandenen Vergleichbarkeit des Compliance-Beauftragten mit den „üblichen“ Unternehmensbeauftragten. Die weiteren Details zur Unabhängigkeit des Compliance-Beauftragten werden nunmehr, zumindest teilweise, durch die MaComp festgelegt.

(31) Der Compliance-Beauftragte hat (mindestens) dieselben Kompetenzen wie die übrigen Compliance-Mitarbeiter. Über diese Kompetenzen hinaus liegt aufgrund seiner herausgehobenen Stellung als Verantwortlicher für die Compliance-Funktion die Annahme weiterer Kompetenzen nahe. Abzulehnen ist dies – zumindest solange nicht unternehmensindividuell anders geregelt – in Bezug auf weitergehende Weisungsbefugnisse des Compliance-Beauftragten. Auch hinsichtlich anderer möglicher Kompetenzen, wie etwa der Beauftragung externer Experten durch den Compliance-Beauftragten existiert keine gesetzliche Grundlage, die derartige Kompetenzen zwingend vorsieht. Andererseits steht aber auch einer individuellen Ausstattung des Compliance-Beauftragten mit weiteren Kompetenzen nichts entgegen.

(32) Die jüngere Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH hat mit einem obiter dictum zur strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance Officers (als allgemeinere und nicht branchenspezifische Bezeichnung des hier im Mittelpunkt stehenden Compliance-Beauftragten) Aufmerksamkeit erregt. Trotz teilweise berechtigter Kritik an den knappgehaltenen Ausführungen des BGH ist im Ergebnis festzuhalten: Der Compliance Officer kann aufgrund der bei ihm exklusiv auflaufenden Informationen strafrechtlicher Garant sein. Voraussetzung ist allerdings, dass die Überwachung auch im Hinblick auf möglicherweise strafrechtlich relevantes Verhalten der Compliance-Organisation und dem Compliance Officer von der Geschäftsleitung übertragen wurde. Der Compliance Officer hat dann die Pflicht, die erlangten Informationen an die Geschäftsleitung weiterzureichen. Eine Pflicht zur Verhinderung der Straftat erwächst aus der Stellung als Compliance Officer (bzw. als Compliance-Beauftragter) hingegen regelmäßig nicht, da entsprechende Weisungsbefugnisse fehlen. Die letztendliche Verhinderung der Straftat obliegt wiederum auf Grundlage der aus der Geschäftsherrenhaftung abgeleiteten Garantenpflicht der Geschäftsleitung des Unternehmens.

(33) Die mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers als Garant kann durch die Stellenbeschreibung bzw. den ihm übertragenen Überwachungsbereich beschränkt werden, indem ihm die Überwachung möglicher strafrechtlich relevanter Handlungen nicht übertragen wird. In diesem Fall verbleibt die Garantenstellung nach den Grundsätzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung bei der Unternehmensleitung.

(34) Eine Begrenzung des strafrechtlichen Haftungsrisikos des Compliance Officers durch Einbeziehung in die D&O-Versicherung des Unternehmens kommt nicht in Betracht. Die Einbeziehung selbst ist dabei unproblematisch möglich, jedoch deckt eine D&O-Versicherung ausweislich ihrer Versicherungsbedingungen regelmäßig keine strafrechtlichen Haftungsrisiken ab.

II. Compliance im Bankkonzern

Die Pflicht zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation

(35) Eine Pflicht der Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation kann sich im Einzelfall bereits aus der gegenüber der „eigenen“ Gesellschaft bestehenden Pflicht zur Oberleitung des Konzerns ergeben, denn auch in Bezug auf den Konzern ist die Unternehmensleitung der herrschenden Gesellschaft verpflichtet, auf das Handeln aller Konzernunternehmen in Übereinstimmung mit den Gesetzen hinzuwirken. Eine Compliance-Organisationspflicht ergibt sich hieraus, wenn das Leitungsermessen der Konzernleitung im Einzelfall soweit eingeschränkt ist, dass eine andere Maßnahme als die Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation zur Verhinderung von Gesetzesverstößen durch abhängige Konzerngesellschaften nicht mehr als sorgfaltspflichtgemäß angesehen werden könnte.

(36) Gegenüber der abhängigen Gesellschaft besteht keine Verpflichtung der Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation.

(37) Die Verantwortlichkeit der Konzernleitung für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch alle Konzernunternehmen betont auch Ziff. 4.1.3 DCGK.

(38) Das Strafrecht ist zur Herleitung einer Compliance-Organisationspflicht auf Konzernebene nicht ergiebig: Anders als für das Einzelunternehmen enthält § 130 Abs. 1 OWiG für die Konzernleitung unter keinen Umständen – also auch nicht im Einzelfall – eine Verpflichtung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GwG kennt zwar eine Verantwortlichkeit der Konzernobergesellschaft für die Gesetzeskonformität des Handelns der abhängigen Gesellschaften, eine Verpflichtung, dies durch Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation zu gewährleisten, ergibt sich daraus jedoch nicht.

(39) Eine ausdrückliche Verpflichtung zur Einrichtung einer konzernweiten Compliance-Organisation enthält § 25a Abs. 1a KWG, ohne dass in der Regelung auch organisatorische Details zur Ausgestaltung zu finden wären.

(40) § 33 WpHG und § 12 WpDVerOV enthalten für die konzernweite Compliance-Organisation keine näheren Vorgaben, sodass sie für die organisatorische Präzisierung der Pflicht aus § 25a Abs. 1a KWG nicht in Betracht kommen.

(41) Die Empfehlungen des *BCBS* und der *IOSCO* gehen zwar von der Existenz einer konzernweiten Compliance-Organisation aus, enthalten aber ebenfalls keine weiteren Angaben zur Ausgestaltung dieser Organisation.

(42) Auch die internationale Rechtsprechung sowie die ETEX-Entscheidung des Bundeskartellamtes belegen die Existenz einer Pflicht der Konzernleitung, dafür Sorge zu tragen, dass sich sämtliche Konzernunternehmen entsprechend den für sie geltenden Gesetzen und sonstigen Regelungswerken verhalten, wobei auch diese Entscheidungen die organisatorische Ausgestaltung dieser Verpflichtung offen lassen.

Konzernrechtliche Grenzen

(43) Im Eingliederungskonzern sind dem Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft keine Grenzen gesetzt, sodass sie – vergleichbar der Situation im unabhängigen Einzelunternehmen – eine wirksame konzernweite Compliance-Organisation einrichten kann. Der konzernrechtliche Unterschied zum Einzelunternehmen besteht darin, dass Weisungsempfänger grundsätzlich die Unternehmensleitung der abhängigen Gesellschaft ist und die direkte Weisungserteilung nebst Befolgungspflicht an die Mitarbeiter der abhängigen Gesellschaft nicht ohne Weiteres möglich ist.

(44) Im Vertragskonzern ist die Situation bis auf einen Unterschied identisch mit der Situation im Eingliederungskonzern: Es sind nur solche nachteiligen Weisungen möglich, die zumindest im Interesse der herrschenden Gesellschaft oder einer der ebenfalls verbundenen anderen Konzerngesellschaften sind, was bei Weisungen im Zusammenhang mit konzernweiter Compliance regelmäßig der Fall ist.

(45) Im faktischen Konzern ist hinsichtlich der Möglichkeiten, eine wirksame konzernweite Compliance-Organisation einzurichten und zu unterhalten zwischen einer AG und einer GmbH als abhängiger Gesellschaft zu unterscheiden. Gegenüber einer faktisch abhängigen AG besteht kein Weisungsrecht, die herrschende Gesellschaft ist auf den Versuch anderweitigen Einwirkens beschränkt, ohne dass allerdings eine Befolgungspflicht der abhängigen AG bestünde. Eine wirksame konzernweite Compliance-Organisation kann damit im faktischen Konzern mit abhängiger AG nicht ohne freiwillige Mitwirkung des Vorstands der abhängigen AG eingerichtet werden. Sofern es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine GmbH handelt, besteht aufgrund der Gesellschaftereigenschaft ein Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft, welches allerdings durch die einen GmbH-Gesellschafter treffende Treuepflicht eingeschränkt ist. Typische Weisungen in Zusammenhang mit einer konzernweiten Compliance-Organisation (Weitergabe von Informationen, Untersagung von Geschäften) werden davon allerdings größtenteils nicht berührt und sind möglich.

Das Verhältnis mehrerer Organisationspflichten im Konzern

(46) Bestehen innerhalb eines Konzerns auf mehreren Ebenen Verpflichtungen zur Einrichtung von Compliance-Organisationen, d.h. sind sowohl die Konzernleitung zur Einrichtung einer konzernweiten, als auch die Unternehmensleitungen der abhängigen Gesellschaften zur Einrichtung von einzelunternehmensbezogenen Compliance-Organisationen verpflichtet, so bestehen diese Verpflichtungen nebeneinander, ohne dass eine die andere suspendieren würde.

(47) Einen Einfluss hat demgegenüber das Bestehen mehrerer Compliance-Organisationen auf das Ermessen hinsichtlich der organisatorischen Ausgestaltung: Da bezüglich der konzernweiten Compliance-Organisation der Konzernleitung ein breiter Ermessensspielraum eingeräumt ist, hat es einen Einfluss, wie die Compliance-Organisationen der abhängigen Gesellschaften ausgestaltet sind. Je umfangreicher und besser diese arbeiten und funktionieren, desto freier ist die Konzernleitung bei der Ausgestaltung der einzurichtenden konzernweiten Organisation und desto mehr kann sich die Konzern-Compliance auf eine bloße Überwachung der übrigen Compliance-Organisationen beschränken, ohne selbst Nachforschungen anzustellen. Umgekehrt gilt dies auch für die Ausgestaltung der Compliance-Organisation im Einzelunternehmen, sofern hier, möglicherweise mangels Anwendbarkeit von § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG, Gestaltungsspielraum verbleibt.

Der Group-Compliance-Officer

(48) Es besteht für eine konzernweite Compliance-Organisation keine Pflicht, einen Compliance-Beauftragten gem. § 12 Abs. 4 WpDVerOV zu benennen. Die Ausgestaltung der Position des Leiters der konzernweiten Compliance-Organisation liegt im Ermessen der Konzernleitung.

(49) Die Empfehlungen des *BCBS* unterscheiden nicht zwischen dem Compliance Officer des Einzelunternehmens und dem Compliance Officer, der für die konzernweite Compliance-Organisation verantwortlich ist, sodass sämtliche Ausführungen in den Empfehlungen zum Compliance Officer auch an den Konzern adressiert sind.

(50) Auch der mit der konzernweiten Compliance-Organisation befasste Compliance Officer kann strafrechtlicher Garant sein, sofern er die Gefahrenquelle Konzern unabhängig des Bestehens oder Nichtbestehens einer Weisungsbefugnis durch seine umfassende Versorgung mit Informationen beherrscht und ihm auch die Überwachung möglicherweise strafrechtlich relevanten Handelns übertragen wurde. Aufgrund dieser Garantstellung kann ihn die Pflicht treffen, die betreffenden Informationen im Verdachtsfall an die Konzernleitung weiterzugeben, damit diese durch Weiterleitung der Informationen an die betreffende Unternehmensleitung der abhängigen Gesellschaft reagieren kann. Diese strafrechtliche Verantwortlichkeit besteht jedoch angesichts der Vielfalt denkbarer Konstellationen im Konzern nur im Einzelfall, ohne dass hierüber eine allgemeingültige Aussage getätigt werden könnte.

Outsourcing

(51) Hinsichtlich einer Auslagerung der Compliance-Funktion einer abhängigen Konzerngesellschaft an die herrschende Gesellschaft gelten keine Besonderheiten gegenüber der Auslagerung der Compliance-Funktion im unabhängigen Einzelunternehmen: Die Auslagerung entbindet das Unternehmen nicht von der Pflicht, dass der nach § 12 Abs. 4 WpDVerOV zu benennende Compliance-Beauftragte im Unternehmen anzusiedeln ist. Darüber hinaus müssen der Unternehmensleitung der abhängigen Gesellschaft die nötigen Leitungs-, Eingriffs- und Kontrollrechte verbleiben, sodass auch an die Konzernobergesellschaft letztlich nur Durchführungsmaßnahmen ausgelagert werden können.

Der internationale Bankkonzern

(52) Unterliegt im internationalen Bankkonzern die abhängige Gesellschaft deutschem Recht, so ergeben sich aus deutscher Rechtsperspektive keine Besonderheiten. Die deutschen Bestimmungen zur Compliance in Finanzdienstleistungsunternehmen werden durch eine Konzernierung des Unternehmens nicht berührt und sind uneingeschränkt anwendbar. Eine Besonderheit kann gelten, wenn ein deutsches Institut seinerseits wiederum herrschende Gesellschaft weiterer ausländischer Institute ist: Eine solche Teilgruppe trifft ebenfalls die Regelung des § 25a Abs. 1a KWG, sodass die ihrerseits abhängige Gesellschaft für den „Konzern“ mit den von ihr wiederum abhängigen Gesellschaften ein konzernweites Compliance-System einzurichten hat.

(53) Unterliegt im internationalen Bankkonzern die herrschende Gesellschaft deutschem Recht, so ist diese nach deutschem Recht verpflichtet, auch die ausländischen Tochtergesellschaften in die konzernweite Compliance-Organisation einzubeziehen und darauf hinzuwirken, dass auch die für diese geltenden Gesetze und Regelungen eingehalten werden.

E. II. Compliance im Bankkonzern

(54) Die Verpflichtung zur Einbeziehung ausländischer Konzernunternehmen in die konzernweite Compliance-Organisation entspricht den Empfehlungen von *BCBS* und *IOSCO*.

(55) Verstöße gegen ausländische Rechtsordnungen sind auch bei bloßer Geschäftstätigkeit im Ausland, bei Börsennotierung im Ausland oder aufgrund extraterritorialer Geltung einiger ausländischer Regelwerke denkbar und daher bei der Überwachung durch die (konzernweite) Compliance-Organisation zu berücksichtigen.

(56) Die Einflussnahme auf ausländische Tochtergesellschaften kann, abhängig vom jeweils anwendbaren Gesellschaftsrecht und der Art der Konzernierung auf ähnlichen rechtlichen Widerstand stoßen wie im faktischen Konzern mit abhängiger AG, sodass gegebenenfalls eine nur durch Mitwirkung der Geschäftsleitung der beherrschten Gesellschaft überwindbare Grenze für die Einrichtung einer wirksamen internationalen konzernweiten Compliance-Organisation besteht.

