

## CB-BEITRAG

Prof. Dr. Jörg Rodewald, RA

# Zwischen Perfektionismus und Pragmatismus – wie viel Anti-Korruptions-Management kann, darf und muss sein?

Bei der Befassung mit der Frage, wie man Compliance-Risiken für das Unternehmen am zweckmäßigsten verhindert, ist wesentlich, in welchem Umfang Compliance-Maßnahmen im Unternehmen eingeführt werden sollen und in welcher Tiefe die damit verbundenen Eingriffe stattfinden müssen. Über allem steht neben dem Bemühen, Rechtsverstöße aus dem Unternehmen heraus (und auch gegen das Unternehmen gerichtete Rechtsverletzungen) zu verhindern, auch das Bestreben, die persönliche Inanspruchnahme von Mitgliedern der geschäftsleitenden Organe des Unternehmens wegen Pflichtverletzungen zu verhindern. Nicht zu vergessen ist überdies, dass die Einhaltung von Rechtsvorschriften zwar eine bedeutende Nebenbedingung für das unternehmerische Handeln darstellt, aber nicht der Hauptzweck des Unternehmens ist. Da die Verhinderung von Korruptionsstraftaten derzeit besonders im Blick der (interessierten) Öffentlichkeit steht, sollen die nachstehenden Erörterungen im Besonderen der Ausgestaltung von Anti-Korruptions-Systemen gewidmet sein.

## I. Vorbemerkung

Mit der Frage, ob in Deutschland mit dem Thema „Compliance“ nicht überzogene Forderungen an die Unternehmen gestellt werden, kann man sich sehr schnell verdächtig machen, nicht uneingeschränkt hinter der Idee eines regelkonformen Verhaltens von Unternehmen zu stehen. Die aktuelle Diskussion in der Öffentlichkeit schlägt die Brücke in die Zeit der französischen Revolution. Das *Maximilien de Robespierre* zugeschriebene Zitat, wonach ohne Terror keine Tugend sei, adaptiert das Manager-Magazin (6/2012) für einen Artikel mit dem Titel „Compliance – Terror der Tugend“. Von der Compliance-Industrie ist dort die Rede und auch von den überbordenden Anforderungen, die inzwischen an Unternehmen gestellt werden. Unzweifelhaft führt die Implementierung eines Compliance-Management-Systems (CMS) zu Belastungen im Unternehmen. Diese sind organisatorischer Art, aber auch finanzieller Natur.

## II. Ziel und Zweck von Anti-Korruptions-Systemen

Das grundsätzliche Verständnis von Compliance im Bereich des Korruptionsstrafrechts ist nicht einheitlich. Geht es nur darum, mit einem Anti-Korruptions-System Straftaten zu verhindern, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden? Oder wird angestrebt, dass mit einem Anti-Korruptions-System auch Straftaten gegen das Unternehmen verhindert werden. Etwa in Italien und bei der dortigen gesetzlichen Regelung zur Unternehmens-Compliance stehen die aus dem Unternehmen heraus begangenen Straftaten im Vordergrund.<sup>1</sup> Insbes. im Anschluss an die BSR-Entscheidung des BGH<sup>2</sup> rückte auch

in Deutschland der Aspekt des „Unternehmen(s) als Gefahrenquelle“ für strafrechtliche Verstöße in den Vordergrund.<sup>3</sup> Nicht zuletzt zielen auch der UK Bribery Act und der Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) klar (nur) auf die aus dem Unternehmen heraus begangenen Straftaten ab. Richtiger scheint es demgegenüber, auch den Schutz des Unternehmens (als unmittelbar Geschädigtem) bei der Ausgestaltung von Compliance-Systemen und Anti-Korruptions-Systemen mit zu bedenken und diesen Schutz klar zum Regelungsziel zu machen.<sup>4</sup> Folglich ist bei Anti-Korruptions-Maßnahmen systemisch auch auf das Unternehmen als direktes Opfer von Korruption abzustellen.

## III. Risikobewertung

Eine wichtige Vorüberlegung für die Ausgestaltung eines Anti-Korruptions-System ist die zutreffende Bewertung eines Korruptionsrisikos oder allgemein des Risikos einer Rechtsverletzung. Nicht jedes Risiko (verstanden als Risikohöhe x Eintrittswahrscheinlichkeit) rechtfertigt jeden beliebigen Aufwand zur Beseitigung des Risikos. Risiken mit voraussichtlich geringer Schadenshöhe und geringer Eintrittswahrscheinlichkeit werden von dem Unternehmen hingenommen. Diese werden von Risikomanagern als akzeptierte Risiken bezeichnet. Maßnahmen zur Verminderung oder Beseitigung dieser Risiken stehen

1 *Prudentino*, BB 2012, 2561.

2 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173.

3 *Lackhoff/Schulz*, CCZ 2010, 81.

4 *Hauschka*, Anwaltsblatt 10/2010, 629, 631; *Lösler*, NZG 2005, 104f.

vom Aufwand her gesehen in keinem angemessenen Verhältnis zu dem möglichen Ergebnis, einer Risikoverringerung.

Beispiel: gelegentliche Parkverstöße mit Firmenfahrzeugen, die wegen der Halterhaftung zu Bußgeldbelastungen des Unternehmens führen (§ 25a Abs. 1 S. 1 StVG). Eine umfassende Schulung der Mitarbeiter, die ein Firmenfahrzeug führen, zu Fragen des Straßenverkehrsrechts steht nicht in angemessenem Verhältnis zu dem zu erzielenden Ergebnis (Reduzierung der Parkverstöße). Die gelegentlichen Parkverstöße sind ein akzeptiertes Risiko.

Risiken mit erhöhter Eintrittswahrscheinlichkeit und einer voraussichtlich erhöhten Schadenshöhe wird das Unternehmen nicht hinnehmen wollen. Zu überlegen sind hier zumindest risikosenkende Maßnahmen. Bei Risiken mit einer großen Schadenshöhe ist hingegen bereits bei geringer Eintrittswahrscheinlichkeit zu überlegen, wie eine Risikominderung oder Beseitigung des Risikos erfolgen kann. Hier ist eine Risikosenkung unbedingt erforderlich. Ich gehe für die weiteren Überlegungen davon aus, dass das Risiko von Korruptionsstraftaten aus dem Unternehmen heraus, aber auch Korruptionsstraftaten gegen das Unternehmen in diese Kategorie keinesfalls zu akzeptierender Risiken fällt.<sup>5</sup> Im Rahmen dieser tatsächlichen Vorüberlegung wurde empirisch die interessante Beobachtung gemacht, dass Unternehmen in ihrer eigenen (subjektiven) Risikoeinschätzung doch erheblich von der Risikohöhe abweichen, von der sie statistisch betroffen sind. Dies bedeutet nicht, dass Unternehmen also mit ihrer Risikoeinschätzung stets falsch liegen. Es sollte aber immer Anlass bestehen, die eigene Risikoeinschätzung stets kritisch zu hinterfragen.<sup>6</sup>

Die zutreffende Einschätzung von Compliance-Risiken für das Unternehmen ist nicht nur bei Einführung eines CMS erforderlich. Auch im Zuge eines Prozesses der kontinuierlichen Verbesserung des CMS (lernendes System)<sup>7</sup> ist eine jeweils aktuelle und richtige Risikoeinschätzung sehr wichtig. Die Risikoeinschätzung ist einer der Grundpfeiler für den Aufbau und die Fortentwicklung eines CMS und eines Anti-Korruptions-Systems im Besonderen.<sup>8</sup> Pragmatisch und den tatsächlichen Erfordernissen angepasst kann ein Anti-Korruptions-System nur sein, wenn die richtigen Ausgangsannahmen getroffen werden – und hierzu gehört ganz elementar die richtige Risikoeinschätzung.

#### IV. Regulatorische Anhaltspunkte für das angemessene Anti-Korruptions-System

Auch wenn das Unternehmen die Ausgangsannahmen sorgfältig geklärt hat, bleibt aber unklar, in welchem Umfang nun Maßnahmen zur Korruptionsprävention zu ergreifen sind. Gesetzliche Regelungen zur Ausgestaltung eines CMS oder eines Anti-Korruptions-Systems gibt es nicht. Die (best practice) Standards werden hier im Wesentlichen von den Risikomanagern im Unternehmen nicht angewendet. Dies muss nicht das Schlechteste sein. Mit Blick auf mögliche Unzulänglichkeiten, die dann eine Organhaftung zur Folge haben können, fragt es sich aber gleichwohl, ob nicht auch juristische Vorgaben für die Unternehmens-Compliance bestehen.

##### 1. Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter

Die Annahme liegt nahe, dass die Einführung und das Unterhalten eines CMS und eines Anti-Korruptions-Systems im Besonderen zu den Pflichtaufgaben eines Geschäftsführers oder Vorstands – also

der Unternehmensleitung – gehört. Die Debatte um eine bzw. die Rechtsgrundlage der Unternehmens-Compliance ist so alt wie die Befassung mit dem Compliance-Begriff selbst.<sup>9</sup> *Moosmayer*<sup>10</sup> verweist zu Recht darauf, dass die Diskussion über die Frage der Rechtsgrundlage eher theoretischer Natur ist. Angesichts der Verhängung von Bußgeldern (gegen MAN, Ferrostaal und Siemens) in bis zu dreistelliger Millionenhöhe und die damit zusammenhängenden Bußgelder bzw. Geld- und Freiheitsstrafen gegen Unternehmensleiter stellt sich bereits vor dem Hintergrund einer persönlichen Haftung für jeden Unternehmensleiter die Notwendigkeit einer Befassung mit dem Thema Compliance.<sup>11</sup> Hierbei bietet die Einführung eines CMS keinerlei Gewähr dafür, dass Rechtsverstöße aus dem Unternehmen heraus oder gegen das Unternehmen vollständig unterbunden werden. Aber die Einführung eines angemessenen und funktionierenden CMS stellt doch eine bedeutende Maßnahme zur Reduzierung der Unternehmensleiterhaftung dar. Allerdings geben weder § 93 AktG noch § 43 GmbHG (oder andere pflichtenbezogene Vorschriften für den Unternehmensleiter) eine direkte Antwort auf die Frage, ob die Etablierung eines CMS zu den Geschäftsleiterpflichten gehört.

Die Gerichtsentcheidungen, die als Beleg dafür ins Feld geführt werden, dass eine gesetzliche Verpflichtung zur Einführung von CMS besteht,<sup>12</sup> befassen sich mit der Pflicht zur Einführung eines Risikomanagementsystems nach § 91 Abs. 2 AktG. Hinsichtlich des Anwendungsbereiches dieser Vorschrift ist aber unstreitig, dass dort nur für das Unternehmen bestandsgefährdende Risiken gemeint sind (so der ausdrückliche Gesetzeswortlaut). Zwar können auch Compliance-Risiken für das Unternehmen bestandsgefährdend sein.<sup>13</sup> Daraus aber ableiten zu wollen, dass § 91 Abs. 2 AktG die Grundlage dafür bietet, ein umfassendes CMS in den Pflichtenkatalog des Geschäftsleiters zu schreiben<sup>14</sup>, ist nicht richtig. Denn die Unternehmens-Compliance erstreckt sich auf eine Reihe von Risiken, die keineswegs bestandsgefährdend sind. Würde sich das CMS nur auf Fundamentalrisiken beziehen und deren Abwendung dienen, dann wäre dies nach allgemeinem Verständnis sehr unvollständig. Will man aber mit dem CMS die Risiken der Gruppe (2) und (3) i. S. d. eingangs gemachten Beschreibung kontrollieren, so stellt § 91 Abs. 2 AktG keine hinreichende Begründung dafür dar.

Eine weitere Argumentationslinie will die Pflicht zur Einführung und Aufrechterhaltung eines CMS mittelbar aus der Leitungssorgfalt der

5 So auch *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 166; *ders.*, in: *Hauschka, Corporate Compliance*, 2. Aufl. 2010, § 1, Rn. 28.

6 Eine neue Untersuchung zeigt, dass Unternehmen möglicherweise bei Korruptionsrisiken, aber insbes. auch hinsichtlich der Risiken Datendiebstahl/-missbrauch, Verletzung von Schutz- und Urheberrechten sowie Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen die eigene Betroffenheit teilweise massiv überbewerten. Umgekehrt werden die Risiken einer Betroffenheit von Betrug/Untreue oder Diebstahl/Unterschlagung erheblich unterbewertet; Nachweise und eine Darstellung der Ergebnisse der Studie in *Compliance, Die Zeitschrift für Compliance-Verantwortliche*, Dezember 2012/Januar 2013, S. 7, abrufbar unter [www.compliance-plattform.de/archiv](http://www.compliance-plattform.de/archiv) (Abruf: 17.1.2013).

7 S. hierzu auch IDW PS 980, „Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen“, Rn. 23.

8 *Salvenmoser/Hauser*, NJW 2010, 331, 335.

9 *Moosmayer*, NJW 2012, 3013 m. w. N.

10 *Moosmayer*, NJW 2012, 3013.

11 *Moosmayer*, NJW 2012, 3013.

12 Etwa LG München, 5.4.2007 – 5 HKO 15964/06, BB 2007, 2170, 2172.

13 So richtig *Passarge*, DStR 2010, 1675, 1676.

14 *Passarge*, DStR 2010, 1675, 1676.

Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer (und damit im Ergebnis doch aus §§ 93 AktG, 43 GmbHG) ableiten.<sup>15</sup> M. E. überzeugt das allerdings nicht ohne weiteres. Unstreitig haben Unternehmensleiter auch die Verantwortung für rechtskonformes Verhalten des Unternehmens (Rechtsverstöße/Straftaten aus dem Unternehmen heraus) und sind auch verpflichtet, Schaden vom Unternehmen abzuwenden (Rechtsverstöße/Straftaten gegen das Unternehmen). Dass sie aber immer verpflichtet sind, das Unternehmen durch ein CMS zu schützen, überzeugt nicht.<sup>16</sup> Im Rahmen des unternehmerischen Ermessens ist dem Unternehmensleiter zunächst einmal freigestellt, wie das Unternehmen gegen Compliance-Risiken geschützt wird.

## 2. § 130 OWiG

Lohnenswert ist der Blick auf die „Mutter“ aller Compliance-Vorschriften, § 130 OWiG, und die in diesem Zusammenhang bedeutsamen Vorschriften zur persönlichen Verantwortlichkeit (§ 9 OWiG) und zur Unternehmensbuße (§ 30 OWiG). Auch hier findet sich jedoch kein direkter Hinweis im Gesetz, wonach die Einrichtung eines CMS zum Pflichtenkreis des Unternehmensleiters gehört. Allerdings hat die Rechtsprechung – dazu gleich noch näher – anhand des § 130 OWiG wesentliche Kriterien für die Organisation von Compliance im Unternehmen angesprochen.<sup>17</sup> Die Schlüsselbegriffe in diesem Zusammenhang lauten Organisationspflicht, Kontrollpflicht, Untersuchungspflicht (dazu gleich näher).

## 3. Deutscher Corporate Governance Kodex

Ein weiterer Blick hat in Richtung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) zu gehen. Ziff. 4.1.3 DCGK beschreibt die Pflicht des Vorstands, für die Einhaltung von Gesetzen und unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen. In Ziff. 3.4.1 DCGK ist die Unterrichtung des Aufsichtsrates durch den Vorstand über relevante Compliance-Maßnahmen angesprochen. Der DCGK postuliert somit eine klare Compliance-Verpflichtung für Vorstände börsennotierter Gesellschaften. Allerdings führt die Nichtbefolgung des DCGK nicht zu einer Haftung des Vorstands, und somit stehen Pflichten nach dem DCGK nicht auf Augenhöhe mit dem Pflichtenkreis gem. § 93 AktG.<sup>18</sup> Die Konsequenz der Nichtbefolgung von DCGK-Pflichten besteht zunächst einmal nur in der Verpflichtung, die Abweichung im Rahmen der Erklärung gem. § 161 AktG zu benennen und sich dazu zu erklären.<sup>19</sup> Überdies ist der DCGK ein Regelwerk für börsennotierte Gesellschaften, stellt somit ein Sonderrecht für Aktiengesellschaften (und die SE sowie die KGaA) dar. Selbst wenn man die Vorbildfunktion des DCGK für andere Unternehmen berücksichtigt, reicht dies nicht aus, aus diesem Regelwerk eine verbindliche, mit einer Haftungssanktion belegte Rechtspflicht zur Errichtung eines CMS oder Anti-Korruptions-Systems im Unternehmen abzuleiten.

## 4. Zwischenfazit

Der Betrachter bleibt mit dem vagen Gefühl zurück, dass sich kein eindeutiger regulatorischer Anknüpfungspunkt für die Unternehmens-Compliance finden lässt. Gößwein/Hohmann<sup>20</sup> liegen m. E. mit ihrer Auffassung richtig, wonach es keine gesetzliche Grundlage für eine Pflicht zur Einrichtung und Unterhaltung eines CMS gibt; erst recht sind bislang explizit keine Anforderungen an die Ausgestaltung von CMS oder deren systematische Überprüfung geregelt.<sup>21</sup> Vielleicht wäre die deutsche Rechtsordnung aber gut beraten, Leitlinien für die Ausgestaltung von Compliance-Management-Systemen zu entwickeln,<sup>22</sup> statt dieses Feld privaten „Normsetzern“, angefangen von der Kodex-Kommission über das IDW<sup>23</sup> bis zu Zertifizierungsan-

bietern<sup>24</sup>, zu überlassen. Die Ausgestaltung, Größe, Detailliertheit und auch das aufzuwendende Budget müssen allerdings stets eine Frage des Einzelfalls bleiben.

## V. Überlegungen zum Umfang von Compliance-Management-Systemen/ Anti-Korruptions-Systemen

§ 130 Abs. 1 OWiG, der mit Blick auf den Umfang eines CMS/Anti-Korruptions-Systems noch am ergiebigsten erscheint, fordert von dem Unternehmensleiter eine Aufsichtsorganisation, die erforderlich ist, um Verstöße gegen strafrechtliche Bestimmungen (einschließlich des Ordnungswidrigkeitenrechts) aus dem Unternehmen heraus zu verhindern. Das Gesetz spricht darüber hinaus den im Unternehmensalltag sehr wichtigen Fall der Delegation von Aufsichtsaufgaben und den in diesem Zusammenhang wichtigen Dreiklang von Delegationsakt, Auswahlentscheidung und Überwachung des Delegierten an. Allein der Gesetzeswortlaut ist allerdings erst der Ausgangspunkt für die Überlegungen zur Ausgestaltung eines CMS im Allgemeinen und eines Anti-Korruptions-Systems im Besonderen. Und es ist vorweg auch festzustellen, dass im Zusammenhang mit § 130 OWiG keinesfalls konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung eines Anti-Korruptions-Systems diskutiert werden.<sup>25</sup> Die Rechtsprechung hat die folgenden bereits erwähnten Kriterien für ein CMS/Anti-Korruptions-System entwickelt.

### 1. Organisationspflicht

Die Haftung für Rechtsverstöße im Unternehmen ist keine Gefährdungshaftung. Vielmehr steht nur derjenige Unternehmensleiter (und das Unternehmen) für Rechtsverstöße ein, der es unterlässt, für eine zweckentsprechende Unternehmensorganisation Rechnung zu tragen. Die Rechtsprechung – die sich v. a. mit dem Thema Delegation befasst – nennt hier die Pflicht, die organisatorischen Grundvoraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Beauftragten die Pflichten (zur Vermeidung von Rechtsverstößen) auch tatsächlich erfüllen können.<sup>26</sup> Darüber hinaus wird erwähnt, dass für die Frage des Pflichtenumfangs die Größe des Betriebes und die betrieblichen Strukturen maßgeblich sind.<sup>27</sup> Im Übrigen ist der Ratsuchende aber weiter auf sich gestellt, Einzelheiten eines „wie“ und „was“ bleiben – anders als

15 Passarge, DStR 2010, 1675, 1676; Fleischer, CCZ 2008, 1, 5; Schneider/Schneider, ZIP 2007, 2061, 2062.

16 Ähnlich auch etwa Schaefer/Baumann, NJW 2011, 3601.

17 Moosmayer, NJW 2012, 3013, 3014; ders., Compliance, 2. Aufl. 2012, S. 4.

18 Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 161, Rn. 27; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 161, Rn. 66.

19 Moosmayer, NJW 2012, 3013.

20 Gößwein/Hohmann, BB 2011, 963, 964.

21 Liese/Schulz, BB 2011, 1347.

22 Hauschka, Anwaltsblatt 2010, 629, 630.

23 IDW PS 980, „Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen“.

24 TÜV Rheinland, TR CMS 101:2011, Standard für Compliance-Management-Systeme (CMS).

25 So allgemein für die Diskussion von Vorgaben für ein Compliance-Management-Systeme Liese/Schulz, BB 2011, 1347, 1350.

26 OLG Hamm, 16.7.2003 – 4 Ss OWi 373/03, wistra 2003, 469.

27 Ebenso etwa OLG Düsseldorf, 12.11.1998 – 2 Ss (OWi) 385/98 – (OWi) 112/98 III, wistra 1999, 115.

man nach den vielversprechenden Andeutungen von *Moosmayer*<sup>28</sup> vermutet – offen. Das OLG Stuttgart<sup>29</sup> weist sogar explizit darauf hin, dass es keine staatliche Aufgabe ist, dem Betriebsinhaber aufzuzeigen, wie er seinen Betrieb in puncto Regeleinhaltung zu organisieren habe. Die Ausgestaltung des CMS ist also eine originär unternehmerische Leistung.

Tatsächlich hat sich mittlerweile über viele Jahre eine „best practice“ der Compliance-Organisation entwickelt. Von den frühen Überlegungen zur Ausgestaltung einer Compliance-Organisation<sup>30</sup> sind die theoretischen Modelle in vielen Unternehmen durch praktische Umsetzung erprobt und weiterentwickelt worden.<sup>31</sup> Hierbei ist man längst der Diskussion entwachsen, ob ein Compliance-Beauftragter am Anfang einer jeden Compliance-Organisation steht, wie dieser Compliance-Beauftragte in die Unternehmensorganisation eingebunden sein sollte (Stabsfunktion) und ob die Funktion eher durch einen Juristen, einen Kaufmann oder einen Techniker besetzt sein sollte. Dass die Compliance-Funktion eine personelle Zuordnung erfahren sollte, dürfte inzwischen völlig unstrittig sein. Ob dazu eine eigene Stelle zu schaffen ist, ob eher die Rechtsabteilung, die interne Revision oder die Abteilung Risikomanagement der Nukleus der Compliance-Funktion sein sollte, ist bestenfalls eine Frage der konkreten Unternehmenssituation und schlimmstenfalls eine Glaubensfrage. Ebenso hängt die Frage, mit welchem Gesamtaufwand das Thema Compliance im Unternehmen verankert wird und in das Unternehmen getragen wird, vom jeweiligen Einzelfall ab. Hierauf wird bei den Ausführungen zum Thema „unternehmerisches Ermessen und Compliance“ nochmal zurück zu kommen sein.

Zu den Standardzutaten eines CMS/Anti-Korruptions-Systems gehört also eine hinreichende Aufbauorganisation (Compliance-Beauftragter/Officer/Verantwortlicher<sup>32</sup>, Compliance-Committee<sup>33</sup>, Ombudsmann<sup>34</sup>, Whistleblower-Hotline<sup>35</sup> sowie der nötige Inhalt in Gestalt von Unternehmensrichtlinien<sup>36</sup> und einzuhaltenden Gesetzen – die beiden letzteren Elemente müssen dabei unbedingt in geeigneter Form den Mitarbeitern nahegebracht werden (z. B. durch Schulungen, aber auch eine ethische Ausbildung).<sup>37</sup> Daneben ist auch eine funktionierende Ablauforganisation zu verlangen. Dies beginnt mit einem funktionierenden regelmäßigen und außerordentlichen Compliance-Berichtswesen und hört bei der Einrichtung von Informationsketten und -kreisen (einschließlich eines Schulungswesens) nicht auf.<sup>38</sup>

Die wesentlichen Herausforderungen eines „state-of-the-art“-CMS liegen aber zunehmend im Bereich der Verzahnung des Compliance Management mit dem allgemeinen Risikomanagement, dem Controlling und dem internen Kontrollsystem (IKS) einerseits und dem Qualitätsmanagement andererseits. Compliance Management kann nicht nur bezogen auf die Informationsströme kein Inseldasein im Unternehmen führen. Insofern gibt es seit jeher die Notwendigkeit, dass sich alle mit Unternehmensrisiken befassten Unternehmenseinheiten miteinander – z. B. in einem Compliance Committee – austauschen. Nach Bekundungen aus der Compliance-Praxis gehen die Notwendigkeiten aber noch weiter. Zur Vermeidung von Doppelarbeit, anderen Ineffizienzen und insbes. Informations- und Zuständigkeitslücken sind die Aufgabenbereiche Compliance Management und Risikomanagement eng miteinander zu verknüpfen. Inhaltlich empfiehlt sich für jeden Compliance-Verantwortlichen, sich mit der Arbeitsweise und dem Vorgehen des Risikomanagements vertraut zu machen. Der Risikomanagementprozess nach ISO 31000<sup>39</sup> bietet wesentliche Anhaltspunkte für die Ausgestaltung eines CMS/Anti-Korruptions-Systems<sup>40</sup>. Die aus dem Risikomanagement bekannte Idee eines lern-

den Systems etwa ist in den Standards zu Compliance Management Systemen ebenfalls zu finden.<sup>41</sup>

Ein Blick über den Tellerrand empfiehlt sich für das juristisch dominierte Compliance Management ebenfalls – und insbes. bei hochregulierten Industrien – mit Blick auf den Bereich Qualitätsmanagement. Auf die haftungserleichternde Wirkung der Einführung und Unterhaltung von Qualitätsmanagement-Systemen sei insofern nur am Rand hingewiesen.<sup>42</sup> Viel bedeutender wird Qualitätsmanagement dort, wo gesetzliche Regelungen letztlich der Qualitätssicherung dienen und damit die Einhaltung der Qualitätsstandards notwendig auch mit der Einhaltung von gesetzlichen Regeln (und umgekehrt) verbunden ist (etwa im Bereich der Erbringung medizinischer Leistungen, wo etwa die Abrechenbarkeit von Leistungen daran geknüpft ist, dass die Leistungen durch oder im Beisein eines qualifizierten Mediziners ausgeführt werden (siehe z. B. Einheitlicher Bewertungsmaßstab (EBM) Kapitel 13.3.6 für die Blutreinigung bei Dialysepatienten)<sup>43</sup>.

Die Rechtsprechung hat nach alledem nur einen Startpunkt für die organisatorische Ausgestaltung der Unternehmens-Compliance setzen können. Die Ausgestaltung im Einzelnen muss einer ständigen Weiterentwicklung in der Unternehmenspraxis unterliegen. Wichtig ist, dass die Korruptionsbekämpfung im Unternehmen kein Inseldasein führen kann. Natürlich ist die Regeleinhaltung von größter Wichtigkeit. Aber auch insoweit hat die Integration der Korruptionsbekämpfung in die Geschäftsprozesse eine enorme Bedeutung. Etwa darf die Überprüfung von Geschäftspartnern nicht allein wegen des zeitlichen Umfangs zu einem Geschäftsverhinderungsprozess werden. Nur wenn es gelingt, die Korruptionsbekämpfung intelligent in die Geschäftsprozesse zu integrieren, wird das Image der Geschäftsverhinderung und -behinderung zu vermeiden sein.

## 2. Kontrollpflicht

Die Entscheidungen des BGH (Urteil vom 23.3.1973 – 2 StR 390/72, NJW 1973, 1511, 1513) und des OLG Stuttgart<sup>44</sup> gehören zu den Grundsteinen der Rechtsprechung zu § 130 OWiG (bzw. den damals

28 *Moosmayer*, Compliance, 2. Aufl. 2012, S. 4.

29 OLG Stuttgart, 7.9.1976 – 3 Ss 526/76, NJW 1977, 1410.

30 Vgl. etwa *Rodewald/Unger*, BB 2006, 113 ff.

31 Einen Überblick bei *Lampert*, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 9.

32 *Passarge*, DStR 2010, 1675, 1677.

33 *Lampert*, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 9, Rn. 17; *Göbwein/Hohmann*, BB 2011, 963, 965 ff.

34 *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 171; *Hauschka*, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 1, Rn. 30.

35 *Passarge*, DStR 2010, 1675, 1677; *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 172; ausführlich zum Thema Whistleblowing *Hoppler*, BB 2005, 2623 ff.

36 *Passarge*, DStR 2010, 1675, 1677.

37 Zur Bedeutung eines Integrity-basierten Compliance-Ansatzes im Gegensatz zu einem rein regelbasierten Versuch der Normeinhaltung s. *Claussen*, Compliance- oder Integrity-Management, Maßnahmen gegen Korruption in Unternehmen, 2011, S. 31 ff.

38 *Rodewald/Unger*, BB 2006, 113 ff., *Rodewald/Unger*, BB 2007, 1629, 1630 ff.; *Hölters*, AktG, 2011, § 93, Rn. 103 ff.

39 Vgl. dazu etwa *Brühwiler*, MQ Management und Qualität 5/2008, 26.

40 Der COSO II-Standard zum Risikomanagement wird u. a. von IDW PS 980 als allgemein anerkanntes CMS-Rahmenkonzept bezeichnet.

41 Vgl. etwa TR CMS 101: 2011, Ziff. 8.3.; IDW PS 980 Rn. 23 „Compliance-Überwachung und Verbesserung“.

42 *Rodewald/Unger*, BB 2006, 113, 115.

43 Dazu etwa *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007 10, 11.

44 OLG Stuttgart, 7.9.1976 – 3 Ss 526/76, NJW 1977, 1410.

geltenden Vorläuferbestimmungen). Danach erfordert die von § 130 OWiG vorausgesetzte Betriebsorganisation auch eine Kontrolle und Überwachung von Aufsichtspersonen. Die stichprobenartige Kontrolle von Mitarbeitern wird als elementarer Baustein einer Betriebsorganisation beschrieben. Ob mit derartigen Kontrollen tatsächlich Rechtsverstöße verhindert werden, ist irrelevant. Entscheidend ist nur, dass durch eine Kontrollorganisation die Gefahr eines Regelverstößes verringert wird (OLG Stuttgart: „weitgehende Vorbeugung der Gefahr einer Zuwiderhandlung“). Die Kontroll- und Aufsichtsmaßnahmen müssen jedoch zumutbar und praktisch durchführbar sein. Von dem Aufsichtspflichtigen kann keine Prüfungs- und Kontrolldichte verlangt werden, die faktisch auf eine eigenhändige Erledigung der Aufgaben durch die Aufsichtsperson herausläuft. Damit würde nämlich das nach § 130 Abs. 1 S. OWiG bestehende Delegationsrecht ausgeschlossen.<sup>45</sup> Aus jüngerer Zeit ist schließlich auf die Entscheidung des OLG Jena<sup>46</sup> hinzuweisen. Die Entscheidung befasst sich – allerdings aus dem Blickwinkel des § 43 GmbHG – mit der Überwachungspflicht von Geschäftsführern der Muttergesellschaft gegenüber Tochtergesellschaften im Konzern (konzernweite Kontrolle auch jenseits des eigenen unmittelbaren Befugnisbereichs als Geschäftsführer) und mit der Pflicht zur Einführung eines konzernweiten Kontrollsystems zur Verhinderung von Scheinrechnungen – und zwar gerade auch dann, wenn kein konkreter Anlass besteht, von Unregelmäßigkeiten auszugehen.<sup>47</sup> Sehr instruktiv, praxisnah und differenziert sind in diesem Zusammenhang die von *Hauschka/Greeve*<sup>48</sup> bezogen auf Korruptionsrisiken angestellten Überlegungen zur Kontrolldichte einerseits und zu weitergehenden Präventionsmaßnahmen andererseits:

Ein wesentlicher Aspekt von Kontrolle und quasi die Komplementärseite des Kontrollvorgangs ist schließlich die Sanktion im Falle eines festgestellten Regelverstößes und eine fortlaufende Auswertung von derartigen Kontrollbefunden, um das Anti-Korruptions-System weiter zu entwickeln (lernendes System).<sup>49</sup>

### 3. Untersuchungspflicht

Wann muss nun aber der Unternehmensleiter mit eigenen Untersuchungen verifizieren, dass das Unternehmen nicht gegen Rechtsvorschriften verstoßen hat? Gibt es eine aus § 130 OWiG abzuleitende Pflicht, interne Ermittlungen durchzuführen? Im Ergebnis geht es hier um die Frage, unter welchen Umständen die (ohne Anlass durchzuführende) Kontrolle von Delegierten, Delegationsprozessen und die Ausführung von Tätigkeiten in darüber hinausgehende (anlassbezogene) Nachforschungen übergeht.<sup>50</sup>

Bemerkenswerterweise und ein wenig im Widerspruch zu der eingangs aufgestellten These, wonach die gesellschaftsrechtlichen Pflichtenregelungen (§§ 43 GmbHG, 93 AktG) keine Ableitungen zur Notwendigkeit der Einrichtung eines CMS erlauben, finden sich – soweit erkennbar – zwar zu § 130 OWiG keine, wohl aber zu § 43 GmbHG Gerichtsentscheidungen, die zumindest andeutungsweise das Thema interne Untersuchungen aufgreifen.<sup>51</sup> In der Sache wenig überraschend lässt sich aus den Entscheidungen ableiten, dass jedenfalls dann interne Untersuchungen aufzunehmen sind, wenn sich Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten zeigen. Im Ergebnis sind derartige Feststellungen allerdings wenig handhabbar. Letztlich dürfte – auch hier wieder i. S. e. integrierten CMS – hilfreich sein, zusammen mit den anderen Unternehmensbereichen, die für die Risikoüberwachung zuständig sind (Risikomanagement, interne Revision, Rechtsabteilung), Risikoindikatoren, Prüfroutinen und Prüfpläne zu entwickeln und abzustimmen. Das Compliance Management kann

dadurch in sinnvoller Weise von den Erkenntnissen und Techniken anderer Unternehmensbereiche profitieren, und überdies kommt es dadurch zu einer Bündelung von Ressourcen, die damit effektiver genutzt werden (Beispiel: Abstimmung von Prüfplänen mit der Internen Revision; Zugriff auf Revisionsmitarbeiter zur Untersuchung von Compliance Sachverhalten).

## VI. Unternehmerisches Ermessen bei der Ausgestaltung von Anti-Korruptions-Systemen?

Ein wesentlicher Einfluss für den Umfang und die Ausgestaltung von CMS/Anti-Korruptions-Systemen geht von folgenden Faktoren aus:

- Betroffenheit von Regelverstößen incl. drohender persönlicher Verantwortung der Leitungsorgane (in jüngerer Vergangenheit)<sup>52</sup>
- Druck des Umfeldes (Gesellschafter, Stakeholder, Presse, Öffentlichkeit, Politik)<sup>53</sup>
- Wirtschaftliche Situation und Budget(restriktionen)<sup>54</sup>

Es ist nachvollziehbar, dass die Betroffenheit von Regelverstößen und erst recht die persönliche Verantwortung erheblich die Bereitschaft fördert, sich mit dem Thema Compliance im Unternehmen zu befassen. Geht es Unternehmen aber wirtschaftlich nicht gut und müssen Kosten im Bereich der Leistungs- oder Produkterstellung – also im Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit – verringert werden, z. B. in dem Mitarbeiter freigesetzt werden, so kann sich dies ganz erheblich auf die Akzeptanz von Compliance Management im Unternehmen auswirken. Die Unternehmensleitung kann versucht sein, dem Vorwurf, dass der „Wasserkopf“ durch ein Compliance-Office weiter aufgebläht wird, zu entgehen. Der Wunsch, den Umfang des CMS/Anti-Korruptions-Systems zu beschränken, kann aber auch daher rühren, dass mit dem Anti-Korruptions-System massiv in die Geschäftsprozesse eingegriffen wird. Die Gründe, sich darüber Gedanken zu machen, welche Spielräume bei der Einführung eines Anti-Korruptions-Systems bestehen, sind also vielfältig.

Auf den ersten Blick mag es überraschen, dass im Zusammenhang mit der Korruptionsprävention überhaupt die Frage nach dem unternehmerischen Ermessen des Geschäftsleiters gestellt wird. Ermessen ist dem Geschäftsleiter nur bei unternehmerischen Entschei-

45 OLG Düsseldorf, 12.11.1998 – 2 Ss (OWi) 385/98 – (OWi) 112/98 III, wistra 1999, 115.

46 OLG Jena, 12.8.2009 – 7 U 244/07, NZG 2010, 226, 228.

47 Näher dazu auch *Klindt/Pelz/Theusinger*, NJW 2010, 2385, 2386.

48 *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 173.

49 IDW PS 980, Rn. A14; *Hölter*, AktG, 2011, § 93, Rn. 109.

50 Grundsätzlich zum Thema interne Untersuchungen *Moosmayer/Hartwig*, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 2012; dort insbes. zum Verhältnis von internen und externen Untersuchungen *Gropp-Stadler/Wolffgramm*, S. 15 ff.; *Hamm*, NJW 2010, 1332 ff.

51 BGH, 8.10.1984 – II ZR 175/83, GmbHR 1985, 143; OLG Koblenz, 10.6.1991 – 6 U 1650/89, ZIP 1991, 870; zu Kontrollmaßnahmen (ohne konkreten Anlass) vgl. bereits oben OLG Jena, 12.8.2009 – 7 U 244/07, NZG 2010, 226, 228.

52 *Lampert*, in: *Hauschka*, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 9, Rn. 8; *Hartwig*, in: *Moosmayer/Hartwig*, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 2012, S. 8f.

53 *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 166.

54 *Bührer*, in: *Moosmayer/Hartwig*, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 2012, S. 102.

dungen eingeräumt.<sup>55</sup> Demgegenüber hat der Geschäftsleiter keinen Ermessensspielraum, soweit es um die Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften geht. Im Bereich der Einhaltung von Gesetzen liegen sog. gebundene Entscheidungen vor.<sup>56</sup> Geltendes Recht muss ohne Wenn und Aber eingehalten werden. Gleichwohl ist dem Unternehmensleiter ein Ermessen eingeräumt, wenn es nicht um die Einhaltung von Gesetzen und Regeln, sondern um organisatorische Maßnahmen hierfür geht. Denn der Vorstand oder Geschäftsführer sorgt nicht in personam für die Regelkonformität im Unternehmen. Er bedient sich insoweit des Organisationsmittels der Delegation, identifiziert andere Personen im Unternehmen, instruiert diese und überwacht diese (oder lässt alles Vorgenannte wiederum durch Aufsichts- und Leitungspersonen machen). Ferner gibt der Unternehmensleiter den organisatorischen Rahmen vor, in dem die Regeleinhaltung sichergestellt werden soll. Es geht also bei all diesen Maßnahmen – in Summe ein CMS oder (im Besonderen) ein Anti-Korruptions-System – um die Wahrnehmung von Leitungs- und Organisationsaufgaben. Diese Aufgaben sind unternehmerischer Natur. Deshalb ist es eindeutig, dass der Unternehmensleiter bei der Ausgestaltung des CMS/Anti-Korruptions-Systems ein unternehmerisches Ermessen hat.<sup>57</sup>

Orientierungspunkte für die Ausgestaltung des Anti-Korruptions-Systems sind sicherlich allgemeine oder industrie-spezifische „best practice“-Standards. Der Unternehmensleiter muss aber auch die Untergrenzen eines bestehenden Ermessens zur Kenntnis nehmen. Ohne ein Mindestmaß an personellem und organisatorischem (Zusatz)aufwand ist eine hinreichende Korruptionsprävention nicht zu leisten. Im Einzelnen wird man sich innerhalb einer Bandbreite von Mindestaufwand bis zu „best practice“-Niveau Gedanken u. a. zu folgenden Bereichen machen müssen:

- Organisation allgemein (Personaltabelleau, Anzahl Planstellen, Aufgabenwahrnehmung durch sach- und fachkundige Mitarbeiter/ Verantwortliche, Arbeitsgruppen/Komitees);
- Schulungskonzept (Lernveranstaltungen, E-Learning, Ersts Schulungen, Nachschulungen, Frequenz, interne/externe Schulungskräfte);
- Kontrolle/Überwachung (Zusatzpersonal, Aufstockung interne Revision, externe Vergabe von Untersuchungsaufträgen, Untersuchungstiefe, Berichtsintensität, Berichtswesen/-frequenz für regelmäßige Berichte, Umfang von Geschäftspartnerprüfungen, Einbindung in zeitliche Vorgaben/Notwendigkeiten etwa aus dem Vertriebsbereich).

## VII. Fazit

Auch bei der Einrichtung und dem Betrieb von CMS und Anti-Korruptions-Systemen ist man gut beraten, mit Augenmaß vorzugehen.

Nicht nur Budgetrestriktionen und Akzeptanzfragen nötigen dazu, nicht das Mögliche, sondern nur das Nötige im Bereich der Unternehmens-Compliance umzusetzen. Verantwortliche Unternehmensführung heißt zwingend, das unternehmerische Ermessen auch im Bereich von Compliance-Maßnahmen auszuschöpfen. Leider gibt es belastbare Leitlinien für ein angemessenes CMS/Anti-Korruptions-System nicht. Auch die Rechtsprechung (zu § 130 OWiG) liefert nur erste Anhaltspunkte. Verallgemeinerungen verbieten sich angesichts der ganz unterschiedlichen Risikolagen und Anforderungen in den Unternehmen. Voraussichtlich wird das Thema Compliance-Management, aber auch die Korruptionsprävention – abseits spezialisierter juristischer Dienstleistungen – wesentliche Impulse aus dem Bereich der Managementlehre und dem Risikomanagement erhalten. Denn ohne eine enge Verzahnung der Unternehmensfunktion Compliance-Management mit anderen Risiko- und Qualitätssteuerungsfunktionen wird die Praxis zukünftig nicht auskommen.

---

### AUTOR



**Prof. Dr. Jörg Rodewald** ist seit 1995 bei der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH bzw. den Vorgesellschaften tätig. Er berät Unternehmen umfassend in allen rechtlichen und organisatorischen Fragen im Zusammenhang mit der Einführung, Gestaltung und Prüfung von Compliance-Management-Systemen im Unternehmen und bei Einzelfragen zum Thema Compliance. Ferner lehrt er im Rahmen einer Honorarprofessur an der Universität Potsdam.

---

55 Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 93, Rn. 4f.; Spindler, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 93, Rn. 35; Krieger/Sailer, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 12.

56 Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 93, Rn. 4f.; Spindler, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 93, Rn. 65; Krieger/Sailer, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 12.

57 So auch Gößwein/Hohmann, BB 2011, 963, 964; Fleischer, CCZ 2008, 1, 3; Korn, NZG 2008, 81, 85.