

## Internal Investigations

Ermittlungen im Unternehmen

Bearbeitet von

Thomas C. Knierim, RA Dr. Markus Rübenstahl, RA Dr. Markus Adick, Prof. Dr. Katharina Beckemper, RA Philipp Beckers, Folker Bittmann, RA Florian Block, RA Dr. Matthias Brockhaus, RA Dr. Rainer Buchert, RA Dr. Matthias Dann, Lucian E. Dervan, RA Björn Fiedler, Cornelia Gädigk, Dr. Sönke Gerhold, RA Felix A. Gloeckner, RA Dr. Tobias Gostomzyk, RA Dr. Gina Greeve, Sebastian Hölscher, Jesco Idler, RAin Dr. Caroline Jacob-Hofbauer, RA Dr. Gerwin Janke, RAin Antje Klötzer-Assion, Tim Wybitul, Dr. Oliver K.-F. Klug, RA Sven Köhnen, RA Dr. Oliver Kraft, RA Jan Olaf Leisner, RA Ole Mückenberger, Dr. Nina Nestler, Dr. Christian Pelz, RAin Hannah Milena Piel, RA Dr. Harald W. Potinecke, RA Dr. Martin Pröpper, RA Christof Püschel, RA Dr. Michael Racky, Frank Reutter, RA Christian Rosinus, Alexander Sättele, RAin Kathie Schröder, Prof. Dr. Frank Schuster, André Strecker, Marc J. Waeber, RA Dr. Sebastian Wollschläger, Dr. André-M. Szesny, Prof. Dr. Dennis Bock, Anja Mengel, Carsten Laschet, Dr. Michael Tsambikakis, Dr. Hellen Schilling

1. Auflage 2013. Buch. 1151 S. Gebunden

ISBN 978 3 8114 4225 2

Format (B x L): 17,0 x 24,0 cm

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## 2. Kapitel

# Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen und Beratung der Unternehmensführung

**Literatur:** *Annuß* Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung, 2004; *Annuß/Pelz* Amnestieprogramme – Fluch oder Segen; BB Spezial 4/2010, 14; *Bea/Scheurer* Die Kontrolle bei der GmbH, DB 1995, 1289; *Binz/Sorg* Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010; *Böhm* Strafrechtliche Verwertbarkeit der Auskünfte von Arbeitnehmern bei unternehmensinternen Untersuchungen, WM 2009, 1923; *Brandi* Ermittlungspflicht des Aufsichtsrates über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens „am Vorstand vorbei“?, ZIP 2000, 173; *Brandner* Minderheitenrechte bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Geschäftsführung, FS Lutter, 2000, S. 317; *ders.* Sonderprüfungen zur Kontrolle der Geschäftsführung im Recht der GmbH, FS Nirk, 1992, S. 75; *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein* Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721; *Bürkle* Corporate Compliance – Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG?, BB 2005, 565; *ders.* Corporate Compliance als Standard guter Unternehmensführung des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2007, 1797; *Bürkle/Fecker* Business Judgment Rule: Unternehmerischer Haftungsfreiraum für leitende Angestellte, NZA 2007, 589; *Dreher* Direktkontakte des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft zu dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern, FS Ulmer, 2003, S. 87; *Fleischer* Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1; *ders.* Die Sonderprüfung im GmbH-Recht, GmbHR 2001, 45; *ders.* Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, DB 2005, 759; *ders.* Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291; *Flume* Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treupflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs, ZIP 1996, 161; *Freidank/Altes* Das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (2009) – Neue Herausforderungen für Rechnungslegung und Corporate Governance, 2009; *Fritz* Anm. zu LG Hamburg, 15.10.2010 – 608 Qs 18/10: Beschlagnahmefähigkeit von im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen durch beauftragte Rechtsanwälte angefertigten Befragungsprotokollen – faktische Einschränkung der Auskunftspflichten von Mitarbeitern – „nemo tenetur“-Grundsatz im Arbeitsrecht, CCZ 2011, 156; *Galen* Anm. zu LG Hamburg, Beschlagnahme von Interviewprotokollen nach „Internal Investigations“ – HSH Nordbank, NJW 2011, 945; *Geißler* Begrenzungen bei der Weisungsbindung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2009, 1071; *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB*, 7. Aufl. 2007; *Glaser/Wisskirchen* Unternehmensinterne Untersuchungen (Teil II), DB 2011, 1447; *Göpfert/Merten/Siegrist* Mitarbeiter als „Wissensträger“, NJW 2008, 1703; *Grützner/Jakob* Compliance von A-Z, 2010; *Hauschka/Greeve* Compliance in der Korruptionsprävention – was müssen, was sollen, was können die Unternehmen tun?, BB 2007, 165; *von Hehn/Hartung* Unabhängige interne Untersuchungen in Unternehmen als Instrument guter Corporate Governance – auch in Europa?, DB 2006, 1909; *Henze* Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209; *Hüffer* Die leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, NZG 2007, 47; *Kapp* Dürfen Unternehmen ihren (geschäftsführenden) Mitarbeitern Geldstrafen bzw. -bußen erstatten?, NJW 1992, 2796; *Klengel/Mückenberger* Internal Investigations – typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen, CCZ 2009, 81; *Kremer/Klahold* Compliance-Programme in Industriekonzernen, ZGR 2010, 113; *Kropff* Zur Information des Aufsichtsrats über das interne Überwachungssystem, NZG 2003, 346; *Leinekugel* Voraussetzungen und Grenzen einer GmbH-rechtlichen Sonderprüfung gem. § 46 Nr. 6 GmbHG bei Konflikten unter Gesellschaftern, GmbHR 2008, 632; *Leuering/Simon* Das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats, NJW-Spezial 2007, 123; *Lösler* Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht, NZG 2005, 104; *ders.* Spannungen zwischen der Effizienz der internen Compliance und möglichen Reporting-Pflichten des Compliance Officers, WM 2007, 676; *Lutter* Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841; *ders.* Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006; *Lutz* Amnestie für aufklärungsbereite Kartellanten?, BB 2000, 677; *Lütze/Müller-Sartori* Die Befragung des Arbeitnehmers – Aus-

kunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?, CCZ 2011, 19; *Mansdörfer/Timmerbeil* Zurechnung und Haftungsdurchgriff im Konzern, WM 2004, 362; *Mengel* Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations, NZA 2006, 240; *Momsen* Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit, ZIS 2011, 508; *Momsen/Grützner* Verfahrensregeln für interne Ermittlungen, DB 2011 1792; *Oppenländer/Trölitzsch/Jäger* Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011; *Passarge* Risiken und Chancen mangelhafter Compliance in der Unternehmensinsolvenz, NZI 2009, 86; *PwC* Studie Wirtschaftskriminalität, 2007; *Reichert/Ott* Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173; *Rohde/Geschwandtner* Zur Beschränkbarkeit der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands einer Aktiengesellschaft, NZG 2005, 996; *Roth* Möglichkeiten vorstandsunabhängiger Information des Aufsichtsrats, AG 2004, 1; *Schäfer/Baumann* Compliance-Organisation und Sanktionen bei Verstößen, NJW 2011, 3601; *von Schenk* Die laufende Information des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch den Vorstand, NZG 2002, 64; *Schneider U.* Compliance als Aufgabe der Unternehmensleistung, ZIP 2003, 645; *ders.* Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321; *ders.* Die Überlagerung des Konzernrechts durch öffentlich-rechtliche Strukturnormen und Organisationspflichten, ZGR 1996, 225; *Schneider U./Schneider S.* Konzern-Compliance als Aufgabe der Konzernleitung, ZIP 2007, 2061; *Scholl* Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte – ein altes Thema und noch immer ein Problem, NStZ 1999, 599; *Schürrie/Olbers* Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 2010, 178; *Semler* Die Rechte und Pflichten des Vorstands einer Holdinggesellschaft im Lichte der Corporate Governance-Diskussion, ZGR 2004, 631; *ders.* Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 1980; *ders.* Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1996; *Spindler* Compliance in der multinationalen Bankengruppe, WM 2008, 905; *Sünner* Rechtliche Grundlagen für Aufsichtsratsprüfungsausschüsse und ihre Aufgabenwahrnehmung auf dem Gebiet der Compliance, CCZ 2008, 56; *Velte* Direktzugriff des Aufsichtsrats auf die Interne Revision – Ausnahme- oder Regelfall?, NZG, 2011, 1401; *Wagner* „Internal Investigations“ und ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ 2009, 8; *Wastl/Pusch* Haftungsrechtliche Konsequenzen einer so genannten Mitarbeiter-Amnestie – dargestellt am Beispiel „Siemens“, RdA 2009, 376; *Wirtz* Die Aufsichtspflichten des Vorstandes nach OWiG und KonTraG, WuW 2001, 347; *Zimmerer/Heymann* Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, BB 2010, 1853.

### I. Einleitung

- 1 Internal Investigations oder auf Deutsch, unternehmensinterne Untersuchungen, haben durch die Korruptionsskandale der vergangenen Jahre deutlich zugenommen. Während dieser Begriff vor dem Jahr 2005 in Deutschland nahezu keine Rolle spielte, so ist heute festzustellen, dass interne Untersuchungen sowohl in der juristischen Literatur, als auch in der Praxis wesentlich an Bedeutung gewonnen haben.
- 2 In der Literatur wurde in den letzten Jahren immer wieder diskutiert, welche arbeitsrechtlichen Probleme sich bei einer solchen Untersuchung stellen und was hierbei berücksichtigt werden muss.<sup>1</sup> Vergleichsweise wenig untersucht wurden hingegen die **gesellschaftsrechtlichen Aspekte**. Dabei ist gerade die Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen für die handelnden Organe von erheblicher Bedeutung. Liegen Anhaltspunkte vor, die eine interne Untersuchung indizieren, so sind die jeweils geltenden gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen als erstes zu identifizieren. Zu klären sind dabei insbesondere folgende Aspekte: Welche Organe einer Gesellschaft sind zur Einleitung und Durchführung von Untersuchungen berechtigt und verpflichtet? Welcher Handlungsspielraum steht den Organen zu? Inwiefern sind die Organe zu einer Mitteilung der gewonnenen Erkenntnisse an Behörden oder Geschäftspartner verpflichtet und befugt?

<sup>1</sup> Siehe nur *Mengel* NZA 2006, 240 ff.; *Schürrie/Olbers* CCZ 2010, 178 ff.; *Momsen* ZIS 2011, 508 ff.; *Zimmerer/Heymann* BB 2010, 1853 ff.; *Glaser/Wisskirchen* DB 2011, 1447 ff.; *Böhm* WM 2009, 1923 ff.

Die nachfolgende Darstellung setzt sich mit den genannten Fragen auseinander und bietet einen Überblick über die grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit internen Untersuchungen. 3

## II. Recht und Pflicht zur Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen

### 1. Einleitung

Ausgangspunkt jeder unternehmensinternen Untersuchung ist zunächst die Frage, ob ein Unternehmen zur Durchführung einer solchen Untersuchung berechtigt oder sogar verpflichtet ist und welches Organ hierfür zuständig ist. Hierbei ist nach den verschiedenen **Rechtsformen** und den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten zu unterscheiden. 4

### 2. Die AG

Unternehmensinterne Untersuchungen werden in allen großen und mittelständischen Unternehmen aller Gesellschaftsformen durchgeführt. Am stärksten im kollektiven Gedächtnis verblieben sind jedoch die medienwirksamen Untersuchungen in Unternehmen wie z.B. der Siemens AG<sup>2</sup> oder der Daimler AG.<sup>3</sup> Sie sind prominente Beispiele für eine erfolgreiche, schadensbegrenzende Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen.<sup>4</sup> Von besonderer Bedeutung für die nachfolgende Darstellung sind Untersuchungen in AGs auch deshalb, weil diese Gesellschaftsform über eine gesetzlich detailliert und im Wesentlichen verbindlich geregelte Organstruktur verfügt. Daher wird hier zunächst dargestellt, wer im Gefüge der AG zur Einleitung von Untersuchungen berechtigt und verpflichtet ist. 5

#### a) Der Vorstand

Der Vorstand ist das weitgehend unabhängige Leitungsorgan der AG. Ihm obliegt nach § 76 Abs. 1 AktG die alleinige Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung der Gesellschaft. Es ist daher naheliegend, dass sich die Zuständigkeit des Vorstands auch auf unternehmensinterne Untersuchungen erstreckt. Als normative Grundlage für das Recht oder die Pflicht des Vorstands zur Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen kommen neben der gesellschaftsrechtlichen Leitungspflicht nach §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG auch die ordnungswidrigkeitenrechtliche Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG oder die Pflicht zur Einrichtung eines **Überwachungssystems** nach § 91 Abs. 2 AktG in Betracht. Es ist außerdem möglich, aus der allgemeinen Compliance-Verantwortung des Vorstands eine Pflicht zur Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen abzuleiten. 6

#### aa) §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG: Leitungspflicht des Vorstands

Nach § 76 Abs. 1 AktG obliegt dem Vorstand als Teil der **Leitungsverantwortung** auch die **Unternehmensüberwachung**. Es ist eine der vorrangigen Aufgaben des Vorstands, für die 7

2 [www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,550548,00.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,550548,00.html); *Gehrmann* Prozess der Selbstreinigung in DIE ZEIT, 13.3.2008, Nr. 12; [www.stern.de/wirtschaft/news/unternehmen/siemens-affaere-korruption-fast-im-gesamten-konzern-618858.html](http://www.stern.de/wirtschaft/news/unternehmen/siemens-affaere-korruption-fast-im-gesamten-konzern-618858.html); [www.sueddeutsche.de/wirtschaft/siemens-skandal-mehr-als-eine-milliarde-euro-fuer-dunkle-geschaefte-1.773317](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/siemens-skandal-mehr-als-eine-milliarde-euro-fuer-dunkle-geschaefte-1.773317).

3 [www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,434963,00.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,434963,00.html); [www.welt.de/wirtschaft/article6903317/US-Regierung-klagt-Daimler-der-Korruption-an.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article6903317/US-Regierung-klagt-Daimler-der-Korruption-an.html); [www.taz.de/1/archiv/archiv-start/?ressort=wu&dig=2005%2F08%2F29%2Fa0129&cHash=23f8a2c1fb](http://www.taz.de/1/archiv/archiv-start/?ressort=wu&dig=2005%2F08%2F29%2Fa0129&cHash=23f8a2c1fb); [wap.stern.de/op/stern/de/ct/-X/detail/wirtschaft/Schmiergeldzahlungen-USA-Daimler-Bestechung/1553233/](http://wap.stern.de/op/stern/de/ct/-X/detail/wirtschaft/Schmiergeldzahlungen-USA-Daimler-Bestechung/1553233/).

4 Vgl. *Kustor* S. 18.

Einhaltung der Gesetze und unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen.<sup>5</sup> Dies umfasst sowohl die Einhaltung der Gesetze durch den Vorstand selbst, als auch durch die Mitarbeiter des Unternehmens. Die Wahrnehmung der Leitungsverantwortung ist nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Vorstands.<sup>6</sup> Daher ist der Vorstand hieraus zum Einschreiten verpflichtet, sofern Anhaltspunkte für schwerwiegende Verstöße in der Gesellschaft vorliegen.<sup>7</sup>

- 8 Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung, und damit auch bei der Unternehmensüberwachung als Teil der Leitungsverantwortung, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Als Teil dieser **Leitungssorgfalt** wird allgemein die Pflicht gesehen, Hinweisen auf Gesetzesverletzungen unverzüglich nachzugehen.<sup>8</sup> Die Vorstandsmitglieder müssen also Hinweisen auf Gesetzesverletzungen und andere Unregelmäßigkeiten durch Mitarbeiter immer und unverzüglich nachgehen.<sup>9</sup>
- 9 Die Pflicht, bei Verdacht auf Gesetzesverstöße unternehmensinterne Untersuchungen durch Unternehmensangehörige durchzuführen, setzt den Vorstand einem großen Haftungsrisiko aus, sofern er dieser Pflicht nicht nachkommt. Dieses Risiko würde relativiert, wenn für die Entscheidung über das Einleiten von Untersuchungen (das „Ob“) die sog. **Business Judgment Rule** aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Anwendung fände. Die Business Judgment Rule besagt, dass dann keine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vorliegt, wenn der Vorstand eine unternehmerische Entscheidung trifft, bei der er zum Wohle der Gesellschaft ohne Beachtung von Sonderinteressen und sachfremder Einflüsse, auf Grundlage angemessener Information und in gutem Glauben handelt. Bei solchen Entscheidungen obliegt dem Vorstand dann also ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Ermessensspielraum. Hierdurch wird dem Vorstand die Möglichkeit eingeräumt, auch risikobehaftete Geschäfte vorzunehmen, sofern diese im Interesse der Gesellschaft sind, ohne dass die Vornahme selbst schon eine Pflichtwidrigkeit darstellt.<sup>10</sup> Letztlich spricht jedoch viel dafür, dass die Entscheidung über das „Ob“ einer Untersuchung keine unternehmerische Entscheidung darstellt, die durch die Business Judgment Rule privilegiert werden kann. Daher ist der Vorstand im Verdachtsfall stets zur Durchführung von Untersuchungen verpflichtet. Teilweise wird zwar angenommen, dass die Entscheidung über das „Ob“, als eine unternehmerische Entscheidung betrachtet werden kann,<sup>11</sup> sodass die Business Judgment Rule gilt.<sup>12</sup> Im Hinblick auf das ARAG/Garmenbeck-Urteil des BGH ist hiergegen anzumerken, dass ein unternehmerisches Ermessen allein im Handlungs-, hingegen nicht im Erkenntnisbereich zugesprochen werden kann.<sup>13</sup> Bei der Entscheidung, ob überhaupt nachzuforschen ist, soll nur ein **begrenzter Beurteilungsspielraum** bestehen.<sup>14</sup> Hierfür spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, die lediglich von einem „Spielraum“ zur Abwägung ausgeht.<sup>15</sup> Gegen die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule spricht vor allem, dass die für § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erforderliche „angemessene Informationsgrundlage“ gerade durch die Untersuchung erst geschaffen werden muss. Will der Vorstand eine vernünftige unternehmerische Entscheidung über Gegenmaßnahmen treffen, muss er sich durch eine

---

5 So auch Deutscher Corporate Governance Codex, 4.1.3.

6 MK-AktG/*Spindler* § 76 Rn. 15; *Spindler/Stilz/Fleischer* § 76 Rn. 10.

7 *Wagner CCZ* 2009, 8, 12; *Fleischer AG* 2003, 291, 294.

8 *Fleischer AG* 2003, 291, 294; *ders.* § 8 Rn. 35; *BGH GmbHR* 1985, 143.

9 *Fleischer* § 8 Rn. 35.

10 *BGHZ* 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck = *NJW* 1997, 1926, 1927 ff.

11 MK-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 47.

12 *Wagner CCZ* 2009, 8, 16; *Lutter ZIP* 2007, 841, 844.

13 *BGHZ* 135, 244, 253 ff. = *NJW* 1997, 1926, 1927 f.

14 *Wagner CCZ* 2009, 8, 16 unter Verweis auf *BGHZ* 135, 244, 254 = *NJW* 1997, 1926, 1928.

15 *Wagner CCZ* 2009, 8, 16 unter Verweis auf *BT-Drucks.* 15/5092, 12.

Untersuchung zunächst ein Bild über die bestehenden Zustände verschaffen. Außerdem ist die Aufklärung von Verstößen originärer Bestandteil der **Legalitätspflicht**. Der Vorstand ist verpflichtet, sich selbst an Recht und Gesetz zu halten und für die Einhaltung in der Gesellschaft zu sorgen. Das Unterlassen jeglicher Aufklärungsbemühungen ist mit diesem Ziel jedenfalls nicht vereinbar. Zudem ist schon fraglich, ob die Frage über das „Ob“ einer Untersuchung überhaupt eine unternehmerische Entscheidung ist, die eine Auswahl aus mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Handlungsoptionen beinhaltet,<sup>16</sup> einen Prognosecharakter hat, also auf die Zukunft gerichtet ist und gewisse Unwägbarkeiten beinhaltet.<sup>17</sup> Bei der Entscheidung darüber, ob bei einem Verdacht auf Verstöße Ermittlungen eingeleitet werden müssen, handelt es sich vielmehr um eine auf die Vergangenheit gerichtete Kontrollentscheidung, bei der nicht mehrere denkbare Optionen bestehen, sondern nur eine Auswahl zwischen Vornahme und Unterlassen. Bzgl. des „Ob“ der Untersuchung ist dem Vorstand also kein Ermessensspielraum eingeräumt.

Insbesondere in großen Unternehmen mit vielen Hierarchieebenen ist jedoch fraglich und bislang nicht geklärt, ob der Vorstand selbst wegen jedem noch so kleinen Verstoß zu einer Sachverhaltsaufklärung verpflichtet ist. Unproblematisch ist bei Verdachtsmomenten in Bezug auf Personen, deren Auswahl dem Vorstand obliegt (Mitarbeiter der oberen Führungsebene), von einer Sachverhaltsermittlungspflicht auszugehen, da deren Überwachung auch gleichzeitig die Prüfung der Eignung für das jeweilige Amt darstellt.<sup>18</sup> Ebenso kann eine Untersuchungspflicht dann angenommen werden, wenn der betreffende Sachverhalt erhebliche Bedeutung für das Unternehmen und damit auch für die weiteren Leitungsentscheidungen des Vorstands hat.<sup>19</sup> Auch liegt es nahe, dass der Vorstand bei einem Verdacht oder bei Kenntnis von Gesetzesverstößen in der Gesellschaft nicht einfach untätig bleiben darf.<sup>19</sup> Da es in der Praxis jedoch eher unüblich ist, dass der Vorstand selbst die Untersuchungen durchführt, ist er dazu berechtigt, diese Aufgabe an untere Ebenen zu delegieren. Er ist dann nur noch für deren Auswahl, Einweisung und Kontrolle zuständig (siehe hierzu ausführlich Rn. 28 f.).

Eine Pflicht zum Einschreiten obliegt dem Vorstand nicht nur bei Verstößen durch Mitarbeiter, sondern auch bei dem Verdacht auf **Fehlverhalten durch Aufsichtsratsmitglieder**.<sup>20</sup> Zwar ist es nicht die originäre Aufgabe des Vorstands, den Aufsichtsrat zu überwachen. Gleichwohl obliegt es dem Vorstand im Rahmen seiner vorrangigen Überwachungszuständigkeit, bei rechtswidrigen Beschlüssen oder Verhaltensweisen hiergegen einzuschreiten. In der Praxis stellt sich hierbei das Problem, dass der Vorstand über kein Handlungsinstrumentarium verfügt, um gegen den Aufsichtsrat vorzugehen. Letztendlich ist er darauf verwiesen, den Aufsichtsrat zu einer Erklärung über das Fehlverhalten und zur Abstellung aufzufordern. Führt dies nicht zum gewünschten Erfolg, muss der Vorstand die Hauptversammlung einberufen, damit diese über die Abberufung der betreffenden Aufsichtsräte entscheiden kann. Dennoch ist es in den letzten Jahren zu gravierenden Kompetenzüberschreitungen durch Vorstände von Aktiengesellschaften im Rahmen von Untersuchungen gegen Aufsichtsräte gekommen.<sup>21</sup> Dem Vorstand bleibt es hingegen unbenommen zu versuchen, die Vorwürfe gegen den Aufsichtsrat aufzuklären. Der Aufsichtsrat ist jedoch nicht gezwungen, sich zu Anschuldigungen zu äußern. Die Eingriffsmöglichkeit durch den Vorstand ist von

<sup>16</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 43 Rn. 22b.

<sup>17</sup> *Bürkle/Fecker NZA* 2007, 589.

<sup>18</sup> *Wagner CCZ* 2009, 8, 12; *Hüffer* § 76 Rn. 8.

<sup>19</sup> *Wagner CCZ* 2009, 8, 12.

<sup>20</sup> *Wagner CCZ* 2009, 8, 14; *MK-AktG/Spindler* § 93 Rn. 83.

<sup>21</sup> Z.B. Deutsche Bahn-Datenskandal, vgl. *Deutsche Bahn AG* Zwischenbericht „Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit von Maßnahmen der Korruptionsbekämpfung in den Jahren 1998–2007“ oder die Telekom-„Spitzelaffäre“.

besonderer Bedeutung, da nur der Vorstand den nötigen Einblick in die Vorgänge der Gesellschaft und die Tätigkeit des Aufsichtsrats hat, um auf Missstände reagieren zu können.

### bb) § 130 OWiG: Aufsichtspflicht

- 12 Neben den gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Vorstands resultiert die Pflicht zur Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen auch aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht. Nach § 130 Abs. 1 OWiG handelt ordnungswidrig „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 [...], wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.“ § 130 OWiG statuiert also eine allgemeine **Aufsichtspflicht**. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG trifft diese Pflicht den Vorstand als vertretungsberechtigtes Organ der AG. Im Falle eines zurechenbaren Fehlverhaltens seiner Aufsichtspflichtigen haftet das Unternehmen selbst, §§ 130, 9, 30 OWiG.
- 13 Die Pflicht zur Aufsicht nach § 130 OWiG umfasst neben der Pflicht zur präventiven und begleitenden Überwachung im Sinne einer sorgfältigen Auswahl, Koordination, Instruktion und Kontrolle der Mitarbeiter gerade auch die Pflicht gegen bereits eingetretene Verstöße einzuschreiten und diese gegebenenfalls zu sanktionieren.<sup>22</sup> Notwendige Vorstufe hierzu ist aber, Hinweisen auf Unregelmäßigkeiten nachzugehen und den Sachverhalt aufzudecken.<sup>23</sup> Außerdem hat die Aufdeckung vergangener Zuwiderhandlungen auch immer einen präventiven Effekt bzgl. eventuell in der Zukunft stattfindender Taten.<sup>24</sup> Mit der h.M. ist also eine aus § 130 OWiG resultierende Untersuchungspflicht zu statuieren. Dies zeigt auch, dass die Zubilligung eines Ermessensspielraums der Business Judgment Rule leerlaufen würde, da bereits aus § 130 OWiG eine Verpflichtung bzgl. des „Ob“ der Durchführung von Untersuchungen besteht.

### cc) § 91 Abs. 2 AktG: Einrichtung eines Überwachungssystems

- 14 Eine Pflicht zur Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen lässt sich unter Umständen auch aus der Pflicht des Vorstands zur Einrichtung eines **Überwachungssystems** herleiten. Nach § 91 Abs. 2 AktG hat der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Teilweise wird eine Heranziehung des § 91 Abs. 2 AktG als Grundlage für unternehmensinterne Untersuchungen mit dem Argument abgelehnt, dieser fordere ja ausdrücklich Überwachungssysteme, und beziehe sich nicht auf einzelfallbezogene Sachverhaltsermittlungen.<sup>25</sup> Dies überzeugt jedoch nicht, da § 91 Abs. 2 AktG nur „insbesondere“ auf Überwachungssysteme als Maßnahme zur Sicherung des Fortbestands der Gesellschaft abstellt. Andere Stimmen sehen in § 91 Abs. 2 AktG nur eine rein präventive Schutzrichtung, sodass die Reaktion auf verwirklichte Risiken nicht hierunter gefasst werden kann.<sup>26</sup> Problematisch bei § 91 Abs. 2 AktG ist jedenfalls, dass dieser nur bestandsgefährdende Entwicklungen verhindern will. Ließe man allerdings nur in diesen Fällen unternehmensinterne Untersuchungen zu, so wäre deren Anwendungsbereich über Gebühr eingeschränkt. Daher ist § 91 Abs. 2 AktG allein als nicht ausreichende Rechtsgrundlage für unternehmensinterne Untersuchungen anzusehen. Jedoch steht § 91

---

22 KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 40; Göhler/Gürtler § 130 Rn. 10.

23 Wagner CCZ 2009, 8, 13; Moosmayer S. 5; BGH GmbHR 1985, 143, 144.

24 Wagner CCZ 2009, 8, 13.

25 So Wagner CCZ 2009, 8, 12.

26 Hölters/Müller-Michaels § 91 Rn. 6.

Abs. 2 AktG einer Pflicht des Vorstands zur Untersuchung aufgrund anderer Rechtsgrundlagen nicht im Wege.<sup>27</sup>

**dd) Allgemeine Compliance-Verantwortung des Vorstands**

Bejaht man eine allgemeine Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems und sieht man unternehmensinterne Untersuchungen als Bestandteil von Compliance an, so kann daraus grds. auch eine Pflicht zur Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen abgeleitet werden.<sup>28</sup> 15

**(1) Allgemeine Compliance-Verantwortung**

Während zunächst nur im Bankaufsichtsrecht auf Grundlage des § 33 WpHG eine allgemeine Compliance-Pflicht aus dem angelsächsischen Raum übernommen wurde,<sup>29</sup> besteht mittlerweile Einigkeit über die allgemeine Verpflichtung aller Unternehmensleiter – unabhängig von der Branche – zur Errichtung eines Compliance-Management-Systems.<sup>30</sup> 16

Compliance ist die „Gesamtheit aller Maßnahmen, um das rechtmäßige Verhalten der Unternehmen, der Organmitglieder und der Mitarbeiter im Blick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote zu gewährleisten.“<sup>31</sup> 17

Eine explizite Compliance-Verpflichtung ist im **Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**<sup>32</sup> festgeschrieben. Nach Ziff. 4.1.3 DCGK hat „der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmerischen Richtlinien zu sorgen“ und „auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken (Compliance)“. Der Kodex ist allerdings nicht rechtsverbindlich, sondern spricht nur Empfehlungen für die Selbstverpflichtung von Unternehmen aus, sodass aus ihm keine unmittelbare Verpflichtung des Vorstands zur Einführung eines Compliance-Systems abgeleitet werden kann.<sup>33</sup> 18

Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass die Compliance-Verantwortung in den Kernbereich der Leitungsaufgaben des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG fällt.<sup>34</sup> Zu den Leitungsaufgaben des Vorstands werden gewöhnlich fünf Bereiche gezählt: Unternehmensplanung, Unternehmenskoordinierung/-struktur, Unternehmenskontrolle, Führungspostenbesetzung und Überwachung der Geschäfts- und Ergebnisentwicklung.<sup>35</sup> Die Überwachung der Einhaltung aller gesetzlichen Bestimmungen und unternehmensinterner Leitlinien (= Compliance) ist Teil der **Unternehmenskontrolle**. Als Leitungsaufgabe ist die Compliance grundsätzlich eine Organaufgabe und somit dem Vorstand in seiner Gesamtheit zugewiesen, denn Leitung ist immer Gesamtleitung.<sup>36</sup> Im Zusammenspiel mit der Leitungsverantwortung des Vorstands ergibt sich die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems auch aus der gesetzlichen Sorgfaltspflicht des Vorstands nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.<sup>37</sup> Compliance ist eine spezielle Ausprägung der organschaftlichen Sorgfaltspflicht<sup>37</sup>, insbesondere der Legali- 19

27 Hölters/Müller-Michaels § 91 Rn. 94; Schneider NZG 2009, 1321, 1323.

28 Siehe auch: Hamann/Sigle/Werwigk § 17 Rn. 12 ff.

29 MK-GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 143; Spindler/Stilz/Fleischer § 91 Rn. 48.

30 MK-GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 143; Spindler/Stilz/Fleischer § 91 Rn. 47; MK-AktG/Spindler § 91 Rn. 35; KöKo-AktG/Mertens § 91 Rn. 34.

31 Schneider ZIP 2003, 645, 646; Fleischer AG 2003, 291, 299; vgl. insgesamt: Hamann/Sigle/Werwigk § 17 Rn. 1 ff. m.w.N.

32 Deutscher Corporate Governance Kodex, geltende Fassung v. 26.5.2010 abrufbar unter: www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html.

33 Bürkle BB 2007, 1797, 1799.

34 Spindler/Stilz/Fleischer § 91 Rn. 58; Fleischer CCZ 2008, 1, 3; Hüffer § 76 Rn. 9a; Lösler WM 2007, 676, 679 f.; Schneider ZIP 2003, 647; Spindler WM 2008, 905, 908.

35 Henze BB 2000, 209, 210; Spindler/Stilz/Fleischer § 76 Rn. 18.

36 Spindler/Stilz/Fleischer § 76 Rn. 8.

37 Fleischer § 8 Rn. 43.



tätspflicht.<sup>38</sup> Compliance-Verantwortung in diesem Zusammenhang bedeutet, dass der Vorstand ein System einrichten sollte, mit dem Ziel, im Unternehmen die Sicherheit, Ordnungsgemäßheit und Wirtschaftlichkeit unternehmerischen Handelns sicherzustellen.<sup>39</sup> Als wesentliche Bausteine hierfür werden insbesondere eine angemessene Organisation, Risikoadäquanz sowie Überwachung und Kontrolle angesehen.<sup>40</sup>

- 20** § 91 Abs. 2 AktG legt die ausdrückliche Pflicht des Vorstands fest, ein internes Kontrollsystem zur Erkennung bestandsgefährdender Entwicklungen einzurichten. Die schon vor Einführung des § 91 Abs. 2 AktG aus der Leitungssorgfalt des Vorstands (§§ 76, 93 AktG) resultierende Compliance-Pflicht wird so nochmals – deklaratorisch – hervorgehoben.<sup>41</sup>
- 21** Häufig wird die allgemeine Compliance-Verpflichtung auch aus § 130 OWiG abgeleitet.<sup>42</sup> Zwar gibt § 130 OWiG selbst keinen konkreten Inhalt der **Aufsichtspflichten** vor.<sup>43</sup> Jedoch lässt sich aus der Verpflichtung zur Durchführung von Aufsichtsmaßnahmen zur Vermeidung von Straftaten eine allgemeine Compliance-Verpflichtung des Vorstands entnehmen. Die konkret gebotenen Compliance-Maßnahmen hat der Vorstand im Einzelfall, in den Grenzen des erlaubten Risikos und dem Vertrauensgrundsatz,<sup>44</sup> insbesondere im Hinblick auf die Größe des Betriebs, der Organisationsstruktur, der Bedeutung der zu beachtenden Vorschriften, der tatsächlichen Überwachungsmöglichkeit und den Erfahrungen in der Vergangenheit eigenverantwortlich festzulegen.<sup>45</sup>
- 22** Schließlich wird die allgemeine Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems in der Literatur auch aus verschiedenen spezialgesetzlichen Regelungen abgeleitet. Diese Regelungen legen für bestimmte Branchen konkrete Pflichten zur Erreichung und Einhaltung von Compliance fest. Zunächst ist hier § 33 Abs. 1 WpHG zu nennen. Hiernach müssen Wertpapierdienstleistungsunternehmen „angemessene Grundsätze aufstellen, Mittel vorhalten und Verfahren einrichten, die darauf ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen [des WpHG] nachkommen, wobei insbesondere eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ist, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann“. Diese Norm wird häufig als Rechtsgrundlage für Compliance-Organisation qualifiziert.<sup>46</sup> Weiterhin verpflichtet § 25a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 KWG Finanzdienstleistungsinstitute dazu, ein angemessenes und wirksames Risikomanagement zu organisieren, wozu insbesondere interne Kontrollverfahren mit einem internen Kontrollsystem und einer internen Revision gehören. Nach § 52a Abs. 2 BImSchG hat „der Betreiber der genehmigungsbedürftigen Anlage [...] der zuständigen Behörde mitzuteilen, auf welche Weise sichergestellt ist, dass die dem Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen und vor sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen dienenden Vorschriften und Anordnungen beim Betrieb beachtet werden“. Zuletzt ist in diesem Zusammenhang noch § 53 KrW/AbfG zu nennen, der bestimmt, dass der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage der zuständigen Behörde mitzuteilen hat, „auf welche Weise sichergestellt ist, dass die der Ver-

---

38 Görling/Inderst/Bannenberg/Rieder/Falge 2. Kap. Rn. 3 ff.

39 Kustor S. 52; MK-AktG/Kalss § 91 Rn. 60.

40 Görling/Inderst/Bannenberg/Rieder/Falge 2. Kap. Rn. 39.

41 Reg. Begr. zu § 91 Abs. 2, BT-Drucks. 13/9712, S. 15; Preußner NZG 2004, 303, 305; Theisen BB 2003, 1426; Hüfner AktG § 91 Rn. 1, 4; Fleischer AG 2003, 291, 299; MK-AktG/Spindler § 91 Rn. 1.

42 Moosmayer S. 5; Görling/Inderst/Bannenberg/Rieder/Falge 2. Kap. Rn. 16 ff.

43 Göhler/König 14. Aufl. 2006, § 130 Rn. 17; KK-OWiG/Köhler § 130 Rn. 37.

44 KK-OWiG/Köhler § 130 Rn. 40.

45 Bohnert § 130 Rn. 18; Göhler/Gürtler § 130 Rn. 10.

46 Schäfer/Baumann NJW 2011, 3601, 3602 unter Verweis auf Görling/Inderst/Bannenberg/Poppe 1. Kap. Rn. 37; Lösler NZG 2005, 104.

meidung, Verwertung und umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen dienenden Vorschriften und Anordnungen beim Betrieb beachtet werden“.

Teilweise wird in der Literatur aus diesen spezialgesetzlichen Vorschriften im Wege einer **Gesamtanalogiebildung** eine allgemeine Rechtspflicht zur Erstellung eines Compliance-Systems abgeleitet.<sup>47</sup> Es ist allerdings fraglich, ob aus den zitierten spezialgesetzlichen Vorschriften eine allgemeine, branchenunabhängige Compliance-Verpflichtung für Aktiengesellschaften (und andere Gesellschaftsformen) abgeleitet werden kann und darf.<sup>48</sup> Insbesondere können der den jeweiligen Vorschriften zugrunde liegende Normzweck und die Interessenlage nicht ohne weiteres übertragen werden. Im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen aus §§ 91 Abs. 2, 93 Abs. 1, 76 Abs. 1 AktG und § 130 OWiG besteht für eine solche Gesamtanalogie kein Bedürfnis. 23

## (2) Unternehmensinterne Untersuchungen als Teil der Compliance

Wie festgestellt, trifft den Vorstand einer AG die Pflicht, für eine ausreichende Compliance-Organisation im Unternehmen zu sorgen. Da die genannten gesetzlichen Vorschriften jedoch keine konkreten Compliance-Maßnahmen vorschreiben, stellt sich die weitere Frage, ob die allgemeine Compliance-Pflicht auch eine konkrete Pflicht zur Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen begründet. Dies ist auch davon abhängig, wie man den aus dem amerikanischen Rechtsraum übernommenen Begriff der „Compliance“ definiert. In der Literatur hat sich bislang keine einheitliche Definition dieses Begriffs durchgesetzt. 24

Fasst man unter Compliance recht eng nur alle organisatorischen Maßnahmen zur Verhinderung von Gesetzes- und sonstigen Normverstößen, also Prävention durch Organisation und Koordination,<sup>49</sup> so kann das nachträgliche Einschreiten als Reaktion auf Verstöße nur i.S.e. Warnung zur Vermeidung weiterer Verstöße zur Compliance gezählt werden.<sup>50</sup> Ein breiteres Begriffsverständnis ist indes sachdienlicher. Unter Compliance ist ganz allgemein das Handeln in Übereinstimmung mit dem Gesetz bzw. mit den jeweils anwendbaren Regeln und die Sicherstellung dessen durch das Unternehmen, zu verstehen.<sup>51</sup> Nach diesem Verständnis gliedert sich Compliance in fünf Funktionen. Die Schutzfunktion, die Beratungs- und Informationsfunktion, die Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion, die Überwachungsfunktion sowie die Marketingfunktion.<sup>52</sup> Selbst im Lichte dieses gegliederten Definitionsansatzes ist bislang nicht abschließend geklärt, ob überhaupt und falls ja, welcher dieser Funktionen unternehmensinterne Untersuchungen zugeordnet werden können. Man kann unternehmensinterne Untersuchungen als Teil der **Schutzfunktion** betrachten. Denn durch die Untersuchungen wird das Unternehmen erst in die Lage versetzt, eine Kooperation mit Behörden auf Augenhöhe zu führen und so größeren Schaden für das Unternehmen abzuwenden und durch eine abschreckende Wirkung weitere Verstöße zu verhindern.<sup>53</sup> Es ist auch schlüssig, unternehmensinterne Untersuchungen der **Überwachungsfunktion** zuzuordnen.<sup>53</sup> Dann muss man unter Überwachung, gerade auch die Aufnahme von Ermittlungen bei einem Verdacht auf Compliance-Verstöße, verstehen.<sup>54</sup> Auch Aspekte der **Reputationssicherung** und der **Marketing-Funktion** werden durch unternehmensinterne Untersuchungen teilweise erfüllt. Verfügt ein Unternehmen über eine funktionierende Compliance-Organisation, so werden Gesetzesverstöße vermieden, was die Reputation des 25

47 Insbesondere *Schneider* ZIP 2003, 645, 648 f.

48 Ablehnend auch *Bürkle* BB 2005, 565, 567; *Hauschka* § 1 Rn. 23.

49 *Schneider* ZIP 2003, 645, 646; *Fleischer* AG 2003, 291, 299.

50 *Wagner* CCZ 2009, 8, 10.

51 *Lösler* NZG 2005, 104; *Hauschka* § 1 Rn. 2; *Passarge* NZI 2009, 86; *Schneider* ZIP 2003, 645, 646.

52 *Lösler* NZG 2005, 104, 105; ihm folgend *Hauschka* § 1 Rn. 7.

53 *Wagner* CCZ 2009, 8, 11.

54 *Görling/Inderst/Bannenberg/Rieder/Falge* 2. Kap. Rn. 57.

Unternehmens stärkt. Kommt es zu Verstößen und werden diese vom Unternehmen aufgedeckt und aufgearbeitet, so kann dies die Reputation stärken und damit dem Marketing dienen,<sup>55</sup> jedenfalls sofern die Vorfälle an die Öffentlichkeit geraten.

- 26 Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass unternehmensinterne Untersuchungen unter die verschiedenen Funktionen der Compliance subsumierbar und damit grds. Teil eines funktionellen Compliance-Systems sind. Damit resultiert aus der allgemeinen Compliance-Pflicht auch eine Pflicht des Vorstands zur Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen. Da die Compliance als Teil der Leitungsaufgaben des Vorstands eine Pflicht ist, ist auch die Einleitung unternehmensinterner Untersuchungen als Teil der Compliance eine dem Vorstand obliegende Pflicht.
- 27 Die Pflicht zur Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen beruht also auf zwei Säulen. Zum einen kann die Pflicht zur Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen direkt aus einer Gesamtschau der Normen §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG, 130 OWiG hergeleitet werden, zum anderen resultiert die Pflicht zur Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen aus der allgemeinen Verpflichtung zur Einrichtung eines Compliance-Systems.

### e) Recht zur Delegation auf untere Ebenen

- 28 Adressat der oben genannten Regelungen ist der Vorstand. Allerdings wird der Vorstand in der Praxis die in Rede stehenden Sachverhalte nicht selbst im Detail aufarbeiten, Interviews mit den Verdächtigen oder Zeugen führen oder sämtliche Unterlagen sichten. Vielmehr ist eine **Delegation** der Aufgaben an untere Ebenen der Normalfall. Der Vorstand darf und wird die Untersuchung daher der Compliance-, Revisions- oder Rechtsabteilung zur Aufklärung solcher Verstöße übertragen oder externe Berater mit der Durchführung beauftragen.
- 29 Eine Übertragung der Aufgaben bedeutet hingegen keine Entlastung des Vorstands von seiner Überwachungspflicht. Die Pflicht des Vorstands verändert lediglich ihren Inhalt und wandelt sich in eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Auswahl, Einweisung und Kontrolle der handelnden Personen.<sup>56</sup>

### ff) Gesamtvorstand oder einzelnes Vorstandsmitglied

- 30 Die Geschäftsführung obliegt grds. dem gesamten Vorstand (sog. **Gesamtverantwortung**), § 77 Abs. 1 S. 1 AktG. Allerdings ist es üblich, einzelnen Vorstandsmitgliedern im Rahmen der **Ressortverantwortung** separate Aufgaben zu übertragen. So kann einem einzelnen Vorstandsmitglied im Rahmen der Personalverantwortung auch die potentielle Entscheidung über die Einleitung unternehmensinterner Untersuchungen übertragen werden.<sup>57</sup>
- 31 Die Übertragung bestimmter Aufgaben auf einzelne Vorstandsmitglieder entlastet die anderen Vorstandsmitglieder jedoch nicht in Gänze von ihrer Verantwortung für die anderen Bereiche. Ihnen verbleibt eine **Restverantwortung** in Form einer Überwachungspflicht der anderen Ressorts.<sup>58</sup> Die Intensität dieser Überwachungspflichten ist in hohem Maße einzelfallabhängig.<sup>59</sup> Sofern jedoch ein Anhaltspunkt für einen Sorgfaltsverstoß vorliegt, muss bestehenden Hinweisen nachgegangen werden.<sup>60</sup> Der *BGH* hat entschieden,<sup>61</sup> dass

---

55 *Lösler NZG* 2005, 104, 105.

56 *BGHZ* 127, 336, 347; *Fleischer* § 8 Rn. 28; *ders.* AG 2003, 291, 292; *Wellhöfer/Peltzer/Müller* § 4 Rn. 183.

57 *Spindler/Stilz/Fleischer* § 77 Rn. 48.

58 *Spindler/Stilz/Fleischer* § 77 Rn. 49.

59 *Spindler/Stilz/Fleischer* § 77 Rn. 51.

60 *Lücke/Schaub* § 6 Rn. 397 f.; *Spindler/Stilz/Fleischer* § 77 Rn. 52.

61 *BGH* 6.7.1990 – 2 StR 549/89; *BGHSt* 37, 106, 123 = *NSStZ* 1990, 588, 590.

jedenfalls dann eine Generalverantwortung und Allzuständigkeit vorliegt, wenn das Unternehmen im Ganzen betroffen ist, also insbesondere in Ausnahme- und Krisensituationen.<sup>62</sup> Jedenfalls bei einem begründeten Verdacht auf schwerwiegende Rechtsverletzungen, wird man von einer Ausnahme- und Krisensituation für die Gesellschaft ausgehen können. Insbesondere in Fällen, in denen ein besonderes Haftungsrisiko für die Gesellschaft droht, wird eine Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder anzunehmen sein. Dies bedeutet, dass auch „ressortfremde“ Vorstandsmitglieder bei einem Verdacht auf schwerwiegende Rechtsverletzungen verpflichtet sind, Aufklärungs- und Abhilfemaßnahmen einzuleiten.

## b) Der Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat ist das Überwachungsorgan der Gesellschaft. Dem Aufsichtsrat obliegt jedoch nicht die Überwachung der Gesellschaft insgesamt, sondern nach § 111 Abs. 1 AktG ausschließlich die **Überwachung der Geschäftsführung**. Der Aufsichtsrat muss also unternehmensinterne Untersuchungen jedenfalls bei dem Verdacht auf Verstöße durch den Vorstand oder einzelne Vorstandsmitglieder einleiten. 32

Schwieriger gestaltet sich die Herleitung eines solchen Rechts bei Verstößen durch Mitarbeiter unterhalb des Vorstands. Die Überwachung dieser Mitarbeiter gehört nicht zu den Aufgaben des Aufsichtsrats, so dass die Einleitung von Untersuchungen in der Gesellschaft einer besonderen Begründung bedarf. Das Gesetz gibt dem Aufsichtsrat verschiedene Instrumente zur Überwachung an die Hand, wie z.B. die Sonderberichtspflicht nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG, das Einsichts- und Prüfungsrecht nach § 111 Abs. 2 AktG oder die Einräumung eines Zustimmungsvorbehalts bzgl. bestimmter Entscheidungen des Vorstands gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. 33

### aa) § 111 Abs. 1 AktG: Überwachung der Geschäftsführung

Nach § 111 Abs. 1 AktG ist es oberste Pflicht des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung zu überwachen. 34

#### (1) Was wird überwacht?

Nach § 111 Abs. 1 AktG ist die Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung zu überwachen.<sup>63</sup> Innerhalb der Geschäftsführungsmaßnahmen sind insbesondere die Leitungsmaßnahmen der Geschäftsführung zu überwachen.<sup>64</sup> Hat der Aufsichtsrat also den Verdacht, dass der Vorstand im Rahmen der Geschäftsführung gegen Gesetze oder unternehmensinterne Richtlinien verstößt, so hat er hiergegen einzuschreiten. Überwacht wird auch das Risikomanagement des Vorstands nach § 91 Abs. 2 AktG.<sup>65</sup> Da es Teil der Leitungsaufgabe des Vorstands ist, bei Unregelmäßigkeiten Untersuchungen und Nachforschungen einzuleiten, obliegt dem Aufsichtsrat die Überwachung darüber, ob der Vorstand diese Aufgabe erfüllt und seiner Pflicht zur Sachverhaltsermittlung nachkommt. 35

Haben nur einzelne Vorstandsmitglieder Verstöße gegen Gesetze oder interne Richtlinien begangen, bzw. wird dieses zumindest vermutet, so besteht prinzipiell eine **doppelte Zuständigkeit**. Zum einen ist der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan des Vorstands zum Einschreiten verpflichtet, zum anderen besteht eine horizontale Pflicht der Vorstandsmitglieder zur gegenseitigen Leistungskontrolle.<sup>66</sup> Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass vermutet

<sup>62</sup> Lücke/Schaub § 7 Rn. 43.

<sup>63</sup> Brandt ZIP 2000, 173, 174; RGZ 107, 221, 226; BGH NJW 1980, 1629, 1630; KöKo-AktG/Mertens § 111 Rn. 11; Hüffer § 111 Rn. 6.

<sup>64</sup> GroßKomm-AktG/Hopt/Roth § 111 Rn. 160; MK-AktG/Semler § 111 Rn. 95; Münch. Hdb. AG/Hoffmann-Becking § 29 Rn. 23; Lutter/Krieger § 111 Rn. 63; Bürgers/Körper/Israel § 111 Rn. 3.

<sup>65</sup> Schüppen/Schaub/Offerhaus § 18 Rn. 41.

<sup>66</sup> Fleischer § 8 Rn. 7 ff.; Hüffer § 77 Rn. 15.