

## D. Vorstandspflichten bei verbandsinternen Untersuchungen *de lege lata*

Die Pflichten des Vorstands, die im Zusammenhang mit verbandsinternen Untersuchungen relevant werden sind zunächst die *allgemeine Compliance-Pflicht*, die den präventiven und repressiven Bereich der Gesetzes- und Normeneinhaltung betrifft (I.). Kommt es trotz sorgfältiger Wahrnehmung der präventiven Compliance-Pflichten zu einer verbandsbezogenen Straftat, so steht deren Aufklärung an erster Stelle der repressiven Pflichtentrias. Diese Aufklärung kann durch eine verbandsinterne Untersuchung erfolgen.<sup>334</sup> Im Rahmen solcher Untersuchungen kommen für den Vorstand diverse Pflichten in Betracht. Als erstes steht die *Pflicht zur Durchführung* und die *Ausgestaltungspflichten* einer internen Untersuchung im Raum (II.). Im Nachgang an eine solche Untersuchung bzw. parallel zur Untersuchung kommen *Meldepflichten* (III.) sowie *Kooperationspflichten* in Betracht (IV.). Die zu diskutierenden Meldepflichten beziehen sich hier nur auf die Offenlegung des Vorliegens einer Tat, während die Kooperation im Sinne einer Zusammenarbeit mit den Behörden bei der Aufdeckung der Tat verstanden wird.

### I. Allgemeine Compliance-Pflichten

Das AktG legt dem Vorstand als dem leitenden Organ der Gesellschaft verschiedene Pflichten auf. Neben den konkreten Pflichten wie der Berichtspflicht in § 90 AktG oder der Buchführungspflicht in § 91 Abs. 1 AktG, trifft den Vorstand die allgemeine Leitungspflicht nach § 76 Abs. 1 AktG. Danach muss das Organ die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leiten und dabei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns anwenden, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG. Eine der organschaftlichen

---

334 *Bachmann*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, T. 2 Rn. 11; *ders.*, ZHR 180 (2016), 563; *Wessing*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 46 Rn. 1; *Moosmayer*, Corporate Compliance, 2015, Rn. 9, 311; *Grützner*, in: Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 Rn. 48 ff. *Hartwig*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Kap. B., Rn. 5; *Wilsing/Goslar*, Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, Rn. 15.4.

Leitungsverantwortung zuzuordnende Pflicht stellt jene Pflicht in Bezug auf die Compliance im Unternehmen dar.<sup>335</sup>

Das Gesetz verleiht der AG in § 1 AktG Rechtspersönlichkeit mit der Folge, dass ihr als Rechtssubjekt nicht nur die sie betreffenden Rechte zukommen, sondern sie als Kehrseite auch an Pflichten gebunden ist, die ihr von der Rechtsordnung auferlegt werden.<sup>336</sup> Sie muss also sowohl die normativen Gebote als auch Verbote beachten, sich mithin im Einklang mit dem geltenden Recht bewegen.<sup>337</sup> Diese Einhaltung der Rechtsordnung wird als Compliance verstanden.<sup>338</sup> Im Innenverhältnis ist dabei der Vorstand, dem die Leitung der Gesellschaft zukommt, dafür zuständig, die Pflichten zu erfüllen, die die Gesellschaft betreffen, § 76 Abs. 1 AktG.<sup>339</sup>

## 1. Legalitätspflicht und Legalitätskontrollpflicht

Konkret treffen den Vorstand im Zusammenhang mit dem Begriff der *Compliance* zwei Pflichten, die im Schrifttum spätestens seit den Beiträgen von *Uwe H. Schneider*<sup>340</sup> und *Holger Fleischer*<sup>341</sup> aus dem Jahr 2003 intensiv

---

335 Vgl. *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 878; *Bachmann*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2007, 2008, S. 65, 74; *Kremer/Klabold*, ZGR 2010, 113, 120 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403; *Bicker*, AG 2012, 542, 543 f.; *Grundmaier*, Der Konzern 2012, 487, 497; *Karbaum*, AG 2013, 863, 868; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 943, 945; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 78 f.; *Merkt*, DB 2014, 2271, 2272; *Habersack*, AG 2014, 1, 4; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 242; *dies.* ZIP 2009, 2173, 2174; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 322; *ders.* in: BeckOGK AktG, § 91, Rn. 50; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 175; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 144; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 186; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 12, 16; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 123.

336 *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1543; *Habersack*, in: FS U.H. Schneider, S. 429, 435; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 87; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung, S. 24.

337 *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; *U.H. Schneider/S.H. Schneider*, ZIP 2007, 2061; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76, Rn. 11; *Kort*, in: Großkommentar AktG, § 91, Rn. 124; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 1; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, Rn. 1.

338 *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76, Rn. 11; *Kort*, in: Großkommentar AktG, § 91, Rn. 124; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 1; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, Rn. 1; *Kort*, NZG 2008, 81.

339 *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1543.

340 *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 64 ff.

341 *Fleischer*, AG 2003, 291 ff.

diskutiert und mit der „Paukenschlag“-Entscheidung<sup>342</sup> des LG München I im *Siemens/Neubürger-Fall*<sup>343</sup> auch in der Rechtsprechung bestätigt wurden.<sup>344</sup>

#### a) Pflichteninhalt

Zunächst verlangt die Legalitätspflicht vom Organ, dass es sein eigenes Verhalten bei der Wahrnehmung seiner Pflichten an den Regeln ausrichtet, die sich aus dem Gesetz, der Satzung und den internen Richtlinien ergeben.<sup>345</sup> Allerdings endet die Compliance-Pflicht des Vorstands nicht bei der persönlichen Rechtstreue, sondern erfordert weiterhin, dass er die Rechtstreue der Mitarbeiter im Unternehmen kontrolliert bzw. durchsetzt (Legalitätsorganisationspflicht bzw. Legalitätskontrollpflicht<sup>346</sup>), indem er alle organisatorischen Maßnahmen ergreift, die zur Verhinderung von Verstößen gegen Gesetze und unternehmensinterne Regelungen durch nachgeordnete Unternehmensangehörige erforderlich sind.<sup>347</sup> Sie wird durch drei wesentliche Pflichtenkreise konkretisiert. Bei den *Einrichtungs- und Ausgestaltungspflichten* geht es um die Vermeidung von Fehlverhalten; weiterhin bestehen *Verhaltenspflichten bei Verdachtsmomenten und Verstößen*, um Fehlverhalten aufzudecken und zu sanktionieren. Schließlich bestehen *Systemprüfungs-, Optimierungs- und Nachjustierungspflichten* als Reaktion auf

---

342 *Bachmann*, ZIP 2014, 579.

343 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345.

344 *Oppenheim*, DStZ 2014, 1063, 1064.

345 *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 390; *Fleischer*, CCZ 2008, 1 f.; *ders.* NZG 2014, 321, 324; *ders.* in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 50; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 11; *Bürkle*, BB 2005, 565, 567.

346 Vielfach wird vereinfacht der Begriff der Legalitätskontrollpflicht verwendet, vgl. nur *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 402; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401; *Grigoleit*, in: Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, § 76, Rn. 44; *Thole*, ZHR 173 (2009) 504, 509 f.; *Hoffmann-Becking*, in: Münch. HdB. GesR, Band 4, § 25 Rn. 32; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 6c; *Spindler*, in: Münch. Komm AktG, § 93, Rn. 115; teilweise auch Legalitätsthroughsetzpflicht, vgl. *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 145.

347 *Arnold*, ZGR 2014, 76, 79, *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 2; *ders.*, NZG 2014, 321, 322; *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, § 76 Rn. 44; *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; *Bürkle*, BB 2005, 565; *Bicker*, AG 2012, 542, 543; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403 f.; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 390; *Jenne*, Die Überprüfung und Zertifizierung von CMS, 69 ff.; LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345; BGH, Urt v. 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958.

Fehlverhalten.<sup>348</sup> Dabei bezieht sich der erste Pflichtenkreis auf die Legalitätskontrolle im Sinne einer präventiven Compliance, wohingegen die letzten beiden Pflichtenkreise die Legalitätsdurchsetzung im Sinne einer repressiven Compliance betreffen. Es handelt sich genau genommen um eine Legalitätskontroll- und -durchsetzungspflicht, für die vereinfacht der Begriff der Legalitätskontrollpflicht verwendet werden soll.

## b) Dogmatische Herleitung

Ihre dogmatische Grundlage findet die branchenunabhängige<sup>349</sup> Compliance-Pflicht nach mittlerweile herrschender Meinung in der organschaftlichen Leitungsverantwortung gemäß § 76 Abs. 1 AktG, ergänzt um den Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 AktG.<sup>350</sup> Zunächst hat sich der Vorstand als „*gewissenhafter Geschäftsleiter*“ stets selbst gesetzestreu zu verhalten und alle an ihn gerichteten gesellschaftsrechtlichen und sonstigen Pflichten zu erfüllen (Legalität eigenen Handels).<sup>351</sup> Weiterhin hat er die Gesellschaft gemäß § 76 Abs. 1 AktG in eigener Verantwortung zu leiten. Bei dieser

348 *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 176; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 326; *Habersack*, AG 2014, 1, 3; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 242; *dies.*, ZIP 2019, 2173, 2176; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 2 f.

349 Vgl. die branchenabhängigen Compliance-Pflichten nach § 25a Abs. 1 S. 1 KWG für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG i.V.m. § 25a Abs. 1 KWG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, nach § 28 Abs. 1 S. 1, KAGB für Kapitalverwaltungsgesellschaften sowie nach § 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 ZAG für Zahlungsinstitute.

350 *Arnold*, ZGR 2014, 76, 78 f.; *Bachmann*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2007, 2008, S. 65, 74; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 120 f.; *Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft (AKEIÜ)*, DB 2010, 1509, 1510; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403; *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 878; *Lutter*, in: FS Goette, 2011, S. 289, 291; *Bicker*, AG 2012, 542, 543 f.; *Grundmaier*, Der Konzern 2012, 487, 497; *Karbaum*, AG 2013, 863, 868; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 943, 945; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 78 f.; *Merkt*, DB 2014, 2271, 2272; *Habersack*, AG 2014, 1, 4; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 242; *dies.* ZIP 2009, 2173, 2174; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 322; *ders.* in: BeckOGK, AktG, § 91, Rn. 50; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 175; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 144; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 186; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 12, 16; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 123; ausführlich zum Streitstand: *Jenne*, Überprüfung und Zertifizierung von CMS, S. 36 ff; ebenso *Kordt*, Untersuchung von Compliance-Verstößen, S. 53 ff.

351 *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 402; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 17.

Leitung hat er entsprechende Sorgfaltspflichten zu beachten, worunter auch die Normeneinhaltung durch die Gesellschaft sowie in der Gesellschaft fällt (Kontrolle der Legalität fremden Handelns).<sup>352</sup> Innerhalb der herrschenden Meinung ist jedoch umstritten, ob die Legalitätskontrollpflicht ihrerseits in der Legalitätspflicht oder der Schadensabwendungspflicht wurzelt.<sup>353</sup> Dahinter steht die Frage, ob sich die Verantwortung des Vorstands für das Verhalten seiner Mitarbeiter aus demselben Pflichtenkreis ergibt wie jene für eigenes, unmittelbares Handeln oder aus einem anderem.<sup>354</sup> Eine Anbindung allein an die Schadensabwendungspflicht<sup>355</sup> hätte zur Folge, dass unterschiedliche Maßstäbe für eigenes Vorstandshandeln und für das Handeln nachgeordneter Mitarbeiter gelten würden.<sup>356</sup> Im Bereich der Gesetzesverletzungen sind Szenarien denkbar, bei denen die Gesellschaft von dem Verstoß profitiert (sog. nützliche Gesetzesverletzung<sup>357</sup>). Ließe man sich hier allein vom Maßstab der Schadensabwendungspflicht leiten, so müsste man die Zulässigkeit eines Verstoßes auf nachgeordneter Ebene anerkennen. Auf der vorgelagerten Vorstandsebene ist hingegen jegliche, noch so nützliche Gesetzesübertretung aufgrund der Legalitätspflicht verboten.<sup>358</sup> Dies könnte dazu führen, dass die Vorstandsmitglieder sich ihrer Gesetzesbindung durch Delegation

- 
- 352 Vgl. *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1707; *ders.*, DB 2014, 2271, 2272; zustimmend *Schulz*, BB 2017, 1475, 1476; ähnlich *Schockenhoff*, ZHR 180 (2016), 197, 198 f.
- 353 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 145; *Kutschelis*, Korruptionsprävention, S. 131 f.; 185 ff.; in diese Richtung auch *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 565 f.
- 354 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146.
- 355 In diese Richtung: *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 2015, § 14 Rn. 81; *Kutschelis*, Korruptionsprävention, 2014, S. 224 ff.; *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1544; *Hüffer*, in: FS Roth, 2011, S. 299, 302 f.
- 356 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, 2010, S. 943, 953, der das Anlegen unterschiedlicher Maßstäbe in Erwägung zieht.
- 357 Vgl. *Bunting*, ZIP 2012, 1542, 1544; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 145; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 106 ff.
- 358 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 107; *Bicker*, AG 2012, 542, 543; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 145 f.; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 36; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2104; *Hopt/Wiedemann*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 134; *Bachmann* ZIP 2014, 579; *Thole*, ZHR 173 (2009) 504, 512 ff.; *Koch*, ZGR 2006, 769, 785 f.; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 12; *Habersack*, in: FS U.H. Schneider, S. 429, 437 ff.; *Kort*, in: FS Hopt, 2010, 983, 993; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 945; *Bayer*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 91 f.; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1556; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 71.

entziehen.<sup>359</sup> Überzeugend ist daher, die Legalitätskontrollpflicht an der Legalitätspflicht festzumachen und sie sozusagen als „Verlängerung“ dieser zu begreifen.<sup>360</sup> Dabei müssen jedoch weitere Aspekte berücksichtigt werden: Zunächst kann vom Vorstand in Bezug auf die Legalitätskontrollpflicht – anders als bei der das Organ selbst betreffenden Legalitätspflicht – nicht verlangt werden, dass jede Gesetzesübertretung unterlassen bzw. verhindert wird. Während der Vorstand bei eigenem Verhalten seine Rechtsstreue vollumfänglich steuern kann (und muss), ist er bei der Legalitätsthroughsetzung um den exogenen Faktor des Verhaltens anderer Individuen beschwert, das nicht bis ins letzte Detail steuerbar ist.<sup>361</sup> Im Ergebnis stehen die organisatorischen Maßnahmen daher unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.<sup>362</sup> Im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit ist weiterhin der Vertrauensgrundsatz zu berücksichtigen.<sup>363</sup> Die deutsche Rechtsordnung fußt auf dem Gedanken der Selbstverantwortung und Autonomie des Individuums, sodass im Ausnahmefall der (Mit-)Verantwortung für fremdes Verhalten gilt, dass sich die Beteiligten auf das verkehrs- und sorgfaltsgerechte Verhalten der übrigen Personen verlassen dürfen.<sup>364</sup>

Weiterhin besteht hinsichtlich der Erfüllung der Legalitätspflicht kein unternehmerisches Ermessen, vielmehr hat der Vorstand dieser Pflicht

---

359 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146.

360 Ebenso: *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 404; *Goette*, ZHR 175 (2011) 388, 397 f.; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 945; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 242; *Bicker*, AG 2012, 542, 543; *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, S. 51 f.; *Pörtge*, CCZ 2020, 65, 67.

361 In diese Richtung ebenfalls: *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 148; vgl. auch *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873, 877 f. die einen absoluten Vorrang des Legalitätsprinzips für praktisch nicht durchsetzbar erachten.

362 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136 148; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 53; *ders.*, AG 2003, 91, 300; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 951 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 407; *Bachmann*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, S. 65, 78; für die GmbH *Paefgen*, in: Habersack/Caspar/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 55.

363 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 149; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 407; vgl. auch *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 952 ff.; dieser wird auch bei § 130 OWiG diskutiert, vgl. *Rogall*, Karls. Komm. OWiG, § 130 Rn. 51.

364 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 149; Vertrauensgrundsatz im Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht: *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 148 ff.; ebenso im Zivilrecht, vgl. *Wagner*, in Münch. Komm. BGB, § 826 Rn. 481.

gebunden nachzukommen.<sup>365</sup> Das gleiche gilt dann auch für die Legalitätskontrollpflicht, wobei hier klar unterschieden werden muss zwischen der Erfüllung der Pflicht dem Grunde nach<sup>366</sup> und ihrer Umsetzung bzw. Ausgestaltung.<sup>367</sup> In Bezug auf die Frage, ob der Vorstand der Legalitätskontrollpflicht nachkommen muss, ist er gebunden.<sup>368</sup> In Bezug auf die Ausgestaltung dieser Pflicht, etwa durch Einrichtung einer Compliance-Organisation, macht das Gesetz – auch das VerSanG-E – keine konkreten Vorgaben, sodass insoweit eine unternehmerische Entscheidung des Vorstands anzuerkennen ist.<sup>369</sup>

## 2. Ausgestaltung der Legalitätskontrollpflicht

Der Vorstand hat somit in Bezug auf seine Legalitätskontrollpflicht zwei nachgelagerte Entscheidungen zu treffen. Die erste Entscheidung betrifft die Frage, ob die Erfüllung seiner Compliance-Pflicht die Einrichtung einer Compliance-Organisation erfordert.<sup>370</sup> Wird dies bejaht, stellt sich

---

365 Kort, in: FS Hopt, 2010, S. 983, 993; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 505; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 152; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 405; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 91 Rn. 67; Arnold, in: Marsch-Barner/Schäfer, HdB. börsennotierte AG, § 19 Rn. 21.

366 Kort, in: FS Hopt, 2010, S. 983, 991 macht den Begriff des „Entschließungsermessens“ fruchtbar.

367 Vgl. Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 152; Merkt, ZIP 2014, 1705, 1707.

368 Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 151 f.; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 91 Rn. 67; Kort, in: FS Hopt, 2010, S. 983, 991; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, 401, 402; Reichert/Ott, NZG 2014, 241.

369 Goette ZHR 175 (2011), 388, 394 f.; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 91 Rn. 67, § 93 Rn. 115; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 153; Hüffer, in: FS Roth, 2011, 299, 305; Kort, in: FS Hopt 2010, 983, 991; 995; Bürkle, BB 2005, 565, 569; Bachmann, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, S. 65, 85 f.; Kremer/Klabold, ZGR 2010, 113, 120; ausführlich begründet durch Hauschka, ZIP 2004, 877, 878 f.; idS auch LG München I – Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 346 wonach das Vorstandsmitglied „bei Bestehen einer entsprechenden Gefährdungslage“ seiner Organisationspflicht nur dann genüge, wenn er eine „auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation errichtet.“; aA: U.H. Schneider, ZIP 2003, 645, der eine Rechtspflicht in Bezug auf konkreter Organisationsmaßnahmen annimmt.

370 Vgl. Bachmann, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, S. 65, 85 f.; ders., WM 2016, 105, 107 f.; Balke, in: Münch. HdB. GesR, Band 7, § 104, Rn. 3; Bicker, AG 2012, 545, 543; ders., ZHR 2013, 473, 474 f.; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 176 f.; Fleischer, CCZ 2008, 1, 3; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 543; Hüffer, in: FS Roth, S. 299, 304 f.; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, 401, 403; Kort,



im zweiten Schritt die Frage, wie die konkrete Ausgestaltung dieser Organisation auszusehen hat (a)). Hier spielen etwaige Mindestanforderungen eine Rolle (b)).

a) Pflicht zum Ob und Wie der Compliance-Organisation

Da der Vorstand bereits in Bezug auf die Einrichtung einer Compliance-Organisation grundsätzlich ein unternehmerisches Ermessen hat, steht ihm dieses erst recht in Bezug auf die Ausgestaltung der Organisation zu.<sup>371</sup> Dabei findet die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Anwendung.<sup>372</sup> Die Beantwortung der Frage, ob eine Compliance-Organisation zur Erfüllung der Legalitätskontrollpflicht erforderlich ist, richtet sich daher nach dem konkreten Einzelfall.<sup>373</sup> Dabei kann sich das unternehmerische Ermessen des Vorstands jedoch zu einer Implementierungspflicht in Bezug auf eine umfassende Compliance-Organisation verdichten, wenn dies aufgrund einer entsprechenden Gefährdungslage die einzige Möglichkeit darstellt, legales Verhalten im Unternehmen zu gewährleisten.<sup>374</sup> Gerade in großen, börsennotierten Gesellschaften bzw.

---

in: FS Hopt, S. 983, 991-994 f.; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 121; *Mertens/Cahn*, Köln. Komm. AktG, § 91 Rn. 36 f.; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1711; *Meyer*, DB 2014, 1063, 1065; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599; *dies.*, AG 2015, 93, 95; *Winter*, in: FS Hüffer, S. 1103, 1106.

371 In diese Richtung ebenfalls: *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 152; *Jenne*, Überprüfung und Zertifizierung von CMS, S. 113 ff.

372 Ausweislich des Wortlauts des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist Voraussetzung für die Anwendung der Business Judgement Rule stets das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung, vgl. *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93, Rn. 48; *S.H. Schneider*, DB 2005, 707 ff.; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 690; *Seibt/Wollenschläger*, DB 2009, 1579; *U.H. Schneider*, DB 2011, 99, 100.

373 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 153; *Arnold*, in: Marsch-Barner/Schäfer, HdB. börsennotierte AG, 2018, § 19 Rn. 22.

374 *Fleischer*, AG 2003, 291, 299; *ders.* in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 54; *Hauschka*, AG 2004, 461, 465 ff.; *Bicker*, AG 2012, 542, 543; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174; *Kort*, in: FS Hopt, S. 983, 995; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599; *dies.* AG 2015, 93, 94; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 91 Rn. 67; LG München I – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 346 f.; *Arnold*, in: Marsch-Barner/Schäfer, HdB. börsennotierte AG, § 19 Rn. 22; *Rodewald/Unger*, BB 2007, 1629, *Arnold/Rudzio*, KSzW 2016, 231 ff.; zur Entwicklung der Compliance-Pflichten vgl. *Unmuth*, AG 2017, 249 ff.



Konzernen wird der Vorstand regelmäßig dazu verpflichtet sein, eine institutionalisierte Compliance-Organisation zu etablieren.<sup>375</sup>

Wird die Frage nach dem Ob der Compliance-Organisation bejaht, stellt sich die Frage nach deren konkreten Ausgestaltung. Hierbei muss ein besonders weiter Entscheidungsspielraum des Vorstands anerkannt werden, um der Business Judgement Rule Rechnung tragen zu können.<sup>376</sup> Dennoch lassen sich einige Grundprinzipien und Mindeststandards identifizieren, die sich in der Praxis bewiesen haben und daher für ein effizientes Compliance-System kaum verzichtbar sind.<sup>377</sup>

## b) Mindestanforderungen einer Compliance-Organisation

Die in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutierten Mindestanforderungen lassen sich in drei Kategorien unterteilen. Es gibt vorbereitenden, präventive und repressive Maßnahmen.<sup>378</sup> Zu den vorbereitenden Maßnahmen zählt die Durchführung einer systematischen Risikoanalyse<sup>379</sup> sowie die klare Zuordnung der Verantwortlichkeit und Kompetenz in Bezug auf Compliance-Maßnahmen.<sup>380</sup> In Bezug auf die Prävention muss

---

375 Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 153; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 120; Seibt/Cziupka, AG 2015, 93, 95; Grundmeier, Der Konzern 2012, 487, 500; Bürkle, CCZ 2015, 52, 53; von Schenck, Lutter/Bayer, Holding-HdB., Rn. 5.80; Balke, in: Münch. HdB. GesR, Band 7, § 104 Rn. 3.

376 Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 154 f.; Bicker, ZHW 2013, 473, 474; Jenne, Überprüfung und Zertifizierung von CMS, S. 114.

377 Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 177; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 157; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 414; Kremer/Klahold, ZHR 2010, 113, 122 f.; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 177; von Busekist/Hein, CCZ 2012, 41, 43; Kort, in: Großkomm. AktG, § 91 Rn. 147; Bicker, AG 2012, 542, 550, 552; ders., ZHW 2013, 473, 475 f.; Schockenhoff, ZHR 180 (2016), 197, 206.

378 In diese Richtung, Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173; Bürkle, BB 2005, 565, 566.

379 AKEIÜ, DB 2010, 1509, 1511; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 176 f.; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 123; von Busekist/Hein, CCZ 2012, 41, 48; Hauschka, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, S. 51, 57 ff.; Nietsch, ZGR 2015, 631, 658 f.; Bachmann, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, 2021, T. 2 Rn. 7; Bicker, ZHW 2013, 473, 475; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 4014; Balke, in: Münch. HdB. GesR Band 7, § 104, Rn. 8; Simon/Merkelbach, AG 2014, 318, 321; Schulz/Renz, BB 2012, 2511, 2512; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 55.

380 Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 158; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 177; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 123; von Busekist/Hein, CCZ 2012, 41, 48; Nietsch, ZGR 2015, 631, 658 f.; Bachmann, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder,

ein Bekenntnis der Geschäftsführung erfolgen, dass Regelverstöße nicht geduldet werden (sog. *Tone from the top*).<sup>381</sup> Die Organisation muss weiterhin regelmäßig auf ihre Aktualität überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.<sup>382</sup> Ferner sollte ein effektives Informationssystem etabliert werden.<sup>383</sup> Dieses dient einerseits der Prävention, indem Mitarbeiter über die einschlägigen Gesetze informiert werden.<sup>384</sup> Andererseits soll es die Verantwortlichen im Falle eines Verstoßes und damit im Bereich der Repression in die Lage versetzen, ihnen eine angemessenen Informationsgrundlage für das weitere Vorgehen zu verschaffen.<sup>385</sup> Die Effektivität des Systems zu

---

DCGK, T. 2 Rn. 5; *Bicker*, ZHW 2013, 473, 475; *ders.*, AG 2012, 542, 546, 550; *Schockenhoff*, ZHR 180 (2016), 197, 206; Kort, in: Großkomm. AktG, § 91 Rn. 147; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 4014; *Balke*, in: Münch. HdB. GesR Band 7, § 104, Rn. 8; *Simon/Merkelbach*, AG 2014, 318, 321; *Schulz/Renz*, BB 2012, 2511, 2512; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 55.

- 381 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 158; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 177; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 123; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 406; *von Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 48; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 658 f.; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 144; *Krieger*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 3 Rn. 3.6; *Bachmann*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, T. 2 Rn. 6; *Bicker*, ZHW 2013, 473, 475; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 4014; *Balke*, in: Münch. HdB. GesR Band 7, § 104, Rn. 8; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174 ff.; *Reuter*, ZIP 2016, 597, 605; *Simon/Merkelbach*, AG 2014, 318, 321; *Schulz/Renz*, BB 2012, 2511, 2512; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 55; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 947.
- 382 *AKEIÜ*, DB 2010, 1509, 1517; *Bachmann*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, T. 2 Rn. 10; *Bicker*, ZHW 2013, 473, 476; *ders.*, AG 2012, 542, 547, 550 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 60; *ders.*, NZG 2014, 321, 326; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 158 f.; *Schockenhoff*, ZHR 180 (2016), 197, 206; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599; *Krieger*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 3 Rn. 3.6; *Merkt*, DB 2014, 2271, 2272 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 414; *Hartwig*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Kap. B., Rn. 5.
- 383 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 158; *Bicker*, ZHW 2013, 473, 476; *ders.*, AG 2012, 542, 546 f., 550; *Bürkle*, BB 2005, 565, 566; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 177; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 123; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 113; *Schockenhoff*, ZHR 180 (2016), 197, 206; *Schulz/Renz*, BB 2012, 2511, 2513; *Simon/Merkelbach*, AG 2014, 318, 321; *Bachmann*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, T. 2 Rn. 7; vgl. zur näheren Ausgestaltung *Rodewald/Unger*, BB 2007, 1629 ff.
- 384 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 158; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 123.
- 385 *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 158; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 128; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 660 f.

gewährleisten ist Aufgabe der repressiven Compliance.<sup>386</sup> Jede noch so gut organisierte Struktur wird zum „zahnlosen Tiger“, wenn sie nur auf dem Papier existiert.<sup>387</sup> Daher muss der Vorstand bei Verdachtsfällen aktiv tätig werden, um diese aufzuklären, abzustellen und zu sanktionieren (repressive Pflichtentrias).<sup>388</sup> Gerade die Straftheorien zeigen, dass die Strafe dazu dienen soll, weitere Verstöße des konkreten Täters sowie anderer tatgeneigter Personen zu verhindern bzw. Rechtstreue einzuüben (Spezial- und Generalprävention).<sup>389</sup> Auf den Unternehmenskontext übertragen bedeutet dies, dass die Sanktionierung – die nur bei Aufdeckung der entsprechenden Verstöße möglich ist – den Täter davon abhalten kann, nochmals Ge- und Verbote zu übertreten (negative Spezialprävention) sowie andere Unternehmensangehörige, die nicht an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, vor einer potentiellen Zuwiderhandlung abzuschrecken (negative Generalprävention). Weiterhin sollen durch sie Unternehmensangehörige darin bestärkt werden, dass die Compliance im Unternehmen ernst genommen und konsequent durchgesetzt wird (positive Generalprävention).<sup>390</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Den Vorstand treffen im Bereich der Compliance zwei Pflichten: die Legalitätspflicht und die Legalitätskontrollpflicht. Erstere verlangt, dass er bei Ausführung seines Amtes die bestehenden Gesetze und alle an ihn gerichteten gesellschaftsrechtlichen und sonstigen Pflichten achtet. Die Legalitätskontrollpflicht erfordert, dass der Vorstand die Normeinhaltung durch

---

386 Vgl. Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 158; Moosmayer, Compliance, Rn. 286, Wessing, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 46 Rn. 1; Nestler, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 1, Rn. 2.

387 In diese Richtung Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 158; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 414 f.

388 Reichert, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 943, 944, 948 ff.; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176; dies., NZG 2014, 241, 242; Seibt/Cziupka, AG 2015, 93, 98; Bachmann, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, T. 2 Rn. 11; Fleischer, NZG 2014, 321, 324; ebenso: LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 347.

389 BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, NJW 1977, 1525; Vgl. zu den Straftheorien Hörnle, Straftheorien; Joecks/Erb, Münch. Komm. StGB, Einl., Rn 59 ff.;

390 Reichert, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 950; ebenso Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176.

## II. Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung *de lege lata*

die Mitarbeiter in der Gesellschaft sicherstellt. Bei der Frage wie er die Normeinhaltung in der Gesellschaft sicherstellt, steht ihm ein Ermessen zu. Der Vorstand hat sowohl bei der Entscheidung über die Einrichtung als auch bei der Ausgestaltung einer Compliance-Organisation etwa durch ein Compliance-Management-System ein Ermessen.

### II. Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung *de lege lata*

Um eine angemessene Sanktionierung zu ermöglichen, muss zunächst delinquentem Verhalten aktiv nachgegangen werden. Bewährtes Mittel zur Aufklärung von Verstößen sind die verbandsinternen Untersuchungen. Es stellt sich die Frage, inwiefern den Vorstand der AG eine Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung trifft. Dies kann eine branchenunabhängige (1.) ebenso wie eine branchenabhängige Untersuchungspflicht sein (2.). Es kann eine Obliegenheit des Vorstands zur Untersuchungsdurchführung bestehen (3.). Weiterhin stellt sich die Frage nach der Aufgabenverteilung innerhalb der Organisation sowie des Organs (4.).

#### 1. Branchenunabhängige Untersuchungspflicht

Eine Pflicht zur Aufklärung sowie eine damit verbundene Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung kann sich durch branchenunabhängige Verhaltenspflichten ergeben. Hierbei kommen zwei gesetzliche Anknüpfungspunkte in Betracht. Dies betrifft zum einen die Leitungsverantwortung des Vorstands nach §§ 76, 93 AktG (a)). Zum anderen ist der Blick auf die Norm des § 130 OWiG zu richten, die eine Regelung zu organisatorischen Maßnahmen enthält (b)).

##### a) Aktienrechtliche Untersuchungspflicht

Aus der Leitungsverantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG ergänzt um den Sorgfaltsmaßstab in § 93 Abs. 1 AktG wird nach über-

zeugender Auffassung die Compliance-Pflicht des Vorstands abgeleitet.<sup>391</sup> Aufgrund der Legalitätskontrollpflicht ist der Vorstand dazu verpflichtet, die organisatorischen Maßnahmen zu implementieren, die zur Verhinderung von Verstößen gegen Gesetze und unternehmensinterne Regelungen durch nachgeordnete Unternehmensangehörige erforderlich sind.<sup>392</sup> Dennoch lässt sich eine Zuwiderhandlung nicht immer verhindern, sodass sich in diesem Zusammenhang die Frage stellt, was vom Vorstand in Bezug auf den Umgang mit dem Verstoß gefordert wird (aa), mithin ob aufgrund der §§ 76, 93 AktG eine Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung besteht (bb)) und was hinsichtlich der Entscheidung über die Ausgestaltung der Untersuchung gilt (cc)).

#### aa) Pflicht zur Aufklärung

Die überzeugende Auffassung begründet die Pflicht des Vorstands zur Kontrolle und Durchsetzung der Legalität in der AG mit der allgemeinen Sorgfaltspflicht aus §§ 76, 93 AktG. Die Aufklärung einer verdächtigten oder festgestellten Verbandstat (als Unterfall des Compliance-Verstoßes) trägt zur Durchsetzung der Compliance bei und ist somit Teil der repressiven Compliance.<sup>393</sup> Sie ermöglicht es, den Verstoß abzustellen und ist notwendig, um ihn angemessen sanktionieren zu können („Aufklären, Abstellen, Ahnden“).<sup>394</sup> Die Aufklärung bewegt sich dabei nicht nur im Bereich der Repressalien<sup>395</sup>, sondern hat auch eine präventive Wirkung. Die umfassende Aufklärung eines Gesetzesverstoßes mit Bezug zum Unternehmen kann zur Vermeidung künftiger Verstöße erforderlich sein.<sup>396</sup> Durch

---

391 Vgl. die Ausführungen in Kap. D. I. 1.

392 *Arnold*, ZGR 2014, 76, 79; *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 2; *ders.*, NZG 2014, 321, 322; *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, § 76 Rn. 44; *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; *Bürkle*, BB 2005, 565; *Bicker*, AG 2012, 542, 543; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403 f.; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 390; *Jenne*, Die Überprüfung und Zertifizierung von CMS, S. 69 ff.; LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345; BGH, Urt. v. 15.1.2013 – II ZR 90/11, NZG 2013, 293.

393 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176.

394 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176; *dies.*, NZG 2014, 241, 242; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 954; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324.

395 Vgl. die Ausführungen in Kap. B. I. 3.

396 Vgl. *Wagner*, CCZ 2009, 8, 10 f., 13; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 81; *ders.*, in: Marsch-Barner/Schäfer, HdB. börsennotierte AG, § 19 Rn. 23; *Seibt/Cziupka*, AG 2015, 93, 101; *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, Rn. 15.8;

die Aufklärung kann der Gefahr weiterer Verstöße durch dieselben Unternehmensangehörigen begegnet werden.<sup>397</sup> Auch setzt die Aufklärung und anschließende Ahndung ein Zeichen für andere Unternehmensangehörige, indem aufgezeigt wird, dass Verstöße Konsequenzen nach sich ziehen und nicht toleriert werden.<sup>398</sup> Zuletzt dient die Aufklärung oftmals dazu, Schwächen in der Compliance-Organisation aufzudecken, um sie anschließend beheben zu können.<sup>399</sup> Die Aufklärung eines (anhaltenden oder vergangenen) Verstoßes ist somit erforderlich, um die Compliance im Unternehmen wiederherzustellen und zu fördern. Sowohl das Schrifttum als auch die Rechtsprechung weisen dem Vorstand eine Pflicht zur Aufklärung eines Verstoßes zu, wobei die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business Judgement Rule keine Anwendung findet.<sup>400</sup> Anders als bei §§ 130, 9 OWiG handelt es sich dabei um eine Pflicht im Innenverhältnis, die das geschäftsführende Organ gegenüber der Gesellschaft innehat.<sup>401</sup> Sie

---

*Reichert/Ott*, ZIP 2009,2173, 2176; *Aszmons/Herse*, DB 2020, 56; *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374, 2375; *Moosmayer/Petrusch*, ZHR 182 (2018), 504, 507; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 87; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 244; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 948.

397 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 948; OLG Koblenz, Urt. v. 10.6.1991 – 6 U 1650/89, ZIP 1991, 870, 871 zur Haftung eines GmbH-Geschäftsführers wegen Nichtverhinderung unberechtigter Entnahmen eines Angestellten: „[Das pflichtwidrige Verhalten] ermöglicht es [...] weitere Beträge dem Gesellschaftsvermögen zu entnehmen [...]“.

398 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; *Pelz*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 5 Rn. 31; *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649; *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 171 f.; *Kremer/Klabold*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, Rn. 25.50; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 311; *Hartwig*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Kap. B. Rn. 7; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 948.

399 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 73; *Hartwig*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Kap. B. Rn. 7; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 948.

400 *Arnold*, ZGR 2014, 76, 81; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324; *ders.* in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; *ders.* AG 2003, 291, 294; *Koch*, in: Hüffer/Koch, § 76 Rn. 13; *Kappel/Johannsen*, in: Ghassemi-Tabar/Pauther/Wilsing, Corporate Compliance, § 7 Rn. 6; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599 f.; *Grunewald*, NZG 2013, 841; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 242; *dies.* ZIP 2009, 2173, 2176; *Hugger*, ZHR 179 (2015), 214, 219; *Hauschka/Greeve*, BB 2007,165, 171 f.; *Winter*, in: FS Hüffer, S. 1103, 1107; *Arnold*, in: Marsch-Barnier/Schäfer, HdB. börsennotierte AG, § 19 Rn. 23; *Bürger* ZHR 179 (2015) 173, 177; *Bürkle*, BB 2005, 565, 569 f. LG München, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1287/10, NZG 2014, 345, 347; *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 72; ausführlich: *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsam-bikakis, Internal Investigations, Rn. 9; *Potinecke/Gottschalk*, CB 2015, 444, 446.

401 Vgl. *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 565.

beruht als Teil der Legalitätskontrollpflicht auf der allgemeinen Pflicht zur Sorgfalt bei der Wahrnehmung der Leitungsverantwortung gemäß §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG. Zu beachten ist, dass der Maßstab der Legalitätspflicht gilt.<sup>402</sup> Dies hat zur Folge, dass der Vorstand ab einer gewissen Verdachtsschwelle<sup>403</sup> aufklären *muss*. Er kann sich gerade nicht vom Maßstab der Schadensabwendungspflicht leiten lassen, die ihm zubilligen würde in den Fällen von einer Aufklärung abzusehen, in denen kein Schaden für die Gesellschaft zu befürchten ist.<sup>404</sup> Die Erwägungen der Schadensabwendung, insbesondere das Unternehmensinteresse, spielen jedoch eine Rolle, wenn es um die Frage geht, ob die Pflicht zur Aufklärung mit einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung gleichzusetzen ist.

bb) Ermessen bei der Art und Weise der Aufklärung

Die Pflicht zur Aufklärung des Verstoßes wird in der Literatur vielfach mit der Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung gleichgesetzt.<sup>405</sup> Jedoch steht dem Vorstand nach überzeugender herrschender Ansicht ein Ermessen in Bezug auf die Umsetzung der Legalitätskontrollpflicht zu, welches sich damit auch auf die Entscheidung über

---

402 Vgl. zum Maßstab der Legalitätspflicht bezogen auf die Legalitätskontrollpflicht *Harbarth*, ZHR 179 (2016), 136, 146 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 404; *Goette*, ZHR 175 (2011) 388, 397 f.; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 945; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 242; *Bicker*, AG 2012, 542, 543; *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, S. 51 f.

403 Vgl. Ausführungen zu Kap. D. I. 1.

404 Vgl. *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 566 f.; in diese Richtung: *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 72, die ein Absehen von Aufklärung wegen des Unternehmensinteresses befürworten, wenn das Fortdauern oder Wiederholen der Rechtsverstoße ausgeschlossen ist.

405 Vgl. *Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169, 178; *Hartwig*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Kap. B vor Rn. 7; *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71 sprechen von „allgemein anerkannten Rechtspflicht zur Durchführung interner Maßnahmen“; *Fuhrmann*, NZG 2016, 881, 885; *Ghassemi-Tabar/Wenzl*, in: Münch. HdB. GesR Band 7, § 107 Rn. 11; *Hugger*, ZHR 179 (2015), 214, 219; *Klahold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2019, 2020, Rn. 6; wohl auch: *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 7; *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 73 („interne Untersuchungsmaßnahmen [...] nicht nur eine Pflicht“).



die Art und Weise (das Wie) der Aufklärung eines Verstoßes erstreckt.<sup>406</sup> Zwar könnte man meinen, dass sich das Ermessen in Bezug auf das Wie der Aufklärung nur auf die einzelnen Maßnahmen sowie Rahmenbedingungen der verbandsinternen Untersuchung bezieht.<sup>407</sup> Beispielhaft zu nennen sind hier die Wahl des Untersuchungsführers (interne Mitarbeiter oder externe Berater)<sup>408</sup>, die Festlegung des Umfangs der Auswertung von Dokumenten (nur geschäftliche Unterlagen oder auch E-Mails) oder die Entscheidung neben der Dokumentenauswertung, Mitarbeiter zu befragen und *vice versa*. Allerdings setzt das Ermessen des Vorstands in Bezug auf das Wie der Aufklärung eine Stufe früher an. Bereits die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung betrifft die Art und Weise der Aufklärung; sie stellt gerade das Mittel zum Zweck dar.<sup>409</sup> Damit steht dem Vorstand in Bezug auf die Entscheidung über die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung unternehmerisches Ermessen zu.<sup>410</sup> Dabei hat er nach den Grundsätzen der Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, sodass er sich von seiner Schadensabwendungspflicht leiten lassen muss.<sup>411</sup> Jedoch kann sich das Ermessen zu einer Pflicht verdichten, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.<sup>412</sup> Dies kommt in Betracht, wenn dem Vorstand

---

406 Ott/Lüneborg, CCZ 2019, 71, 72; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176 f.; Wessing, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 46 Rn. 16; Arnold, ZGR 2014, 76, 83; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 178; Lüneborg/Resch, NZG 2018, 209, 211.

407 In diese Richtung: Ghasseni-Tabar/Wenzl, in: Münch. HdB. GesR Band 7, § 103 Rn. 11 (Ermessenspielraums bei der konkreten Ausgestaltung der Untersuchung).

408 Vgl. Fuhrmann, NZG 2016, 881, 886 (Auswahlermessen bei der Auswahl der Ermittler).

409 In diese Richtung ebenfalls: Arnold, ZGR 2014, 76, 83 (interne Untersuchung als Aufklärungsmethode).

410 In diese Richtung ebenfalls: Wagner, CCZ 2009, 8, 16; Reichert/Ott, NZG 2014, 241, 243; dies., ZIP 2009, 2173, 2177; Teicke, CCZ 2019, 298; Seibt/Cziupka, AG 2015, 193, 101; Bachmann, ZHR 180 (2016), 563, 572.

411 Vgl. Bachmann, ZHR 180 (2016), 563, 566, der den Maßstab der Schadensabwendungspflicht und die Anwendung der Business Judgement Rule aber bereits bei der Entscheidung über eine Aufklärung anwendet.

412 Vgl. Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB-Special 2008, 1, 6; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; Reichert/Ott, NZG 2014, 241, 243; dies., ZIP 2009, 2173, 2177 zur Ermessensreduzierung auf Null bezogen auf die Einleitung eines staatlichen Ermittlungsverfahrens; Bürkle, BB 2005, 565, 569 f.; zur Ermessensreduzierung auf Null bei der Einrichtung eines Compliance-Systems; Kiethe, NZG 1999, 976, 981 ff. im Hinblick auf die Due Diligence beim Unternehmenskauf; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2177; BGH, Urt. v. 15.11.1993 – II ZR 253/92, NJW

zwar mehrere Aufklärungsmethoden zur Verfügung stehen, er aber nur mit einer einzigen seiner auf §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG gestützten Aufklärungspflicht nachkommen kann.<sup>413</sup> Um zu ermitteln, ob das Vorstandsermessen auf Null reduziert ist, sind zunächst die zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung alternativen Aufklärungsmethoden zu erörtern. Sodann ist zu untersuchen, ob der Vorstand durch die Wahl einer solchen alternativen Methode seine Aufklärungspflicht erfüllt.

### (1) Alternative Aufklärungsmethoden

Die Aufklärung eines Verstoßes kann neben einer durch das Unternehmen initiierten und damit verbandsinternen Untersuchung auch durch ein staatliches Ermittlungsverfahren erfolgen.<sup>414</sup> Teilweise wird als Alternative zur „aufwändigen“ verbandsinternen Untersuchung „ein einfaches Gespräch mit einem vertrauenswürdigen Mitarbeiter“ zur Aufklärung des Sachverhalts angeführt.<sup>415</sup> Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine alternative Aufklärungsmethode, stattdessen ist nur die Tiefe bzw. der Umfang der verbandsinternen Untersuchung betroffen.<sup>416</sup> Es bestehen keine Vorgaben, wie umfassend eine verbandsinterne Untersuchung sein muss, sodass auch das bloße Gespräch eines Unternehmensangehörigen mit einem Mitarbeiter zum Zweck der Aufklärung einer (potentiellen) Verbandstat bereits als verbandsinterne Untersuchung anzusehen ist. Die einzige Alternative zur Aufklärung im Wege einer verbandsinternen Untersuchung ist somit die Aufklärung im Wege des staatlichen Ermittlungsverfahrens (Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren).

---

1994, 530; LG Aachen, Urt. v. 19.5.1992 – 41 O 30/92, ZIP 1992, 1317 zum Aufsichtsratsermessen.

413 In diese Richtung: *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243.

414 *Moosmayer*, Compliance, Rn. 312; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243; *dies.* ZIP 2009, 2173, 2177; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 16; *Fleischer*, BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; *Stöhr*, BB 2019, 1286, 1288; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 83.

415 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 16; siehe auch *Teicke*, CCZ 2019, 298 der von „Aufklärung mit Bordmitteln“ in Abgrenzung zu einer verbandsinternen Untersuchung.

416 In diese Richtung *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 74 „kleinere Untersuchungen häufig mit „Bordmitteln“ [...] abgewickelt.“.

(a) Staatliches Ermittlungsverfahren als Alternative

Ziel des staatlichen Ermittlungsverfahrens ist es, eine Grundlage für die Entscheidung über das Ob und den Inhalt einer Anklage<sup>417</sup>, bzw. für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Umgang mit der Ordnungswidrigkeit, zu schaffen.<sup>418</sup> Dafür bedient sich die Ermittlungsbehörde eines umfassenden Repertoires an Ermittlungsmaßnahmen.<sup>419</sup> Die Befugnisse der staatlichen Ermittlungsbehörden gehen dabei erheblich über jene des unternehmensangehörigen bzw. des vom Unternehmen beauftragten Untersuchungsführers hinaus.<sup>420</sup> Dies kann für den Aufklärungserfolg durchaus von Vorteil und daher in bestimmten Situationen erforderlich sein, um eine effektive Aufklärung zu gewährleisten.<sup>421</sup> Weiterhin könnte die Reputation des Unternehmens durch eine externe Ermittlung unter Umständen besser geschützt werden, wenn andernfalls der Eindruck entstünde, die Verbandstat werde nicht mit der nötigen Bestimmtheit aufgedeckt.<sup>422</sup>

(b) Keine gleichwertige Aufklärung

Jedoch stellt sich die Frage, ob der Vorstand durch Einschaltung der Staatsanwaltschaft seine Aufklärungspflicht aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG erfüllt. Andernfalls wäre die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung die einzig zulässige Alternative, wodurch sich das Auswahlermessen hinsichtlich des Wies der Aufklärung zu einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung verdichtet.

Zunächst ist der Inhalt der Aufklärungspflicht zu ermitteln. Die Aufklärung soll dem Vorstand ermöglichen, Entscheidungen über arbeitsrechtliche Konsequenzen, Kooperationen mit Behörden (etwa im Kartellrecht), die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, die Erforderlichkeit von Meldepflichten nach §§ 15, 37 WpHG oder § 43 GwG sowie die Anpassung bzw. Verbesserung der Compliance-Organisation aufgrund of

---

417 Kölbl, in: Münch. Komm. StPO, § 163 Rn. 29.

418 Straßer, in: BeckOK OWiG, § 53 Rn. 65.

419 Vgl. zu den Ermittlungsmaßnahmen §§ 94 – 111q StPO.

420 Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2177; Stöhr, BB 2019, 1286, 1288.

421 Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2177; Stöhr, BB 2019, 1286, 1288; Fleischer, in: BeckOK AktG, § 91, Rn. 57.

422 Stöhr, BB 2019, 1286, 1288; in diese Richtung auch: Wagner, CCZ 2009, 8, 16 f.

fenkundig gewordener Organisationsmängel zu treffen.<sup>423</sup> Dafür muss er alle seine Möglichkeiten ausschöpfen, um umfassende Kenntnis von sämtlichen Umständen der Verbandstat zu erlangen.<sup>424</sup> Zu den Umständen gehören etwa die Identität der Täter, die Art der Straftat, welche verbandsbezogenen Pflichten verletzt wurden, der Umfang und die Anzahl der Geschädigten ebenso wie die Dauer und Wiederholungen des Verstoßes.

Es stellt sich die Frage, ob die Initiierung eines staatlichen Ermittlungsverfahrens den Vorstand ebenfalls in die Lage der umfassenden Kenntniserlangung der Tatumstände versetzen kann. Beim Vorliegen einer Verbandstat kann die Behörde in zwei Richtungen ermitteln; zum einen gegen den unternehmensangehörigen Täter, zum anderen gegen das Unternehmen selbst.<sup>425</sup> Dabei werden jedenfalls die Tatumstände erforscht, die das Vorliegen des Verstoßes beweisen sowie seine Ahndung ermöglichen.<sup>426</sup> Auf diese Erkenntnisse müsste der Vorstand Zugriff haben, um seinerseits über eine Entscheidungsgrundlage für die von ihm zu ergreifenden Konsequenzen zu verfügen.<sup>427</sup> Zwar sieht sowohl die StPO als auch das OWiG Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte für das Unternehmen als Beschuldigten bzw. Betroffenen, Nebenbeteiligten, Geschädigten und „sonstige Stelle“ vor.<sup>428</sup> Jedoch ist zu beachten, dass sich diese Rechte auf die Informationen beziehen, die dem Gericht bzw. der Verwaltungsbehörde – und damit am Ende des Ermittlungsverfahrens<sup>429</sup> – vorliegen.<sup>430</sup> Weiterhin stehen sie ggf. unter weiteren Voraussetzungen, etwa dem berechtigten Interesse<sup>431</sup> sowie dem Vorbehalt von Ausschlussgründen, wie der Gefährdung des Untersuchungszwecks oder dem Entgegenstehen überwie-

---

423 Vgl. zu den Zielen die Ausführungen unter B. I. 2.

424 Im Ergebnis ebenso: *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 12; *Fleischer*, AG 2003, 291, 294; *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 171 f.

425 Beim Vorliegen einer Verbandstat liegt eine Straftat des Täters (etwa § 263 StGB) vor, zugleich kommt aber auch die potentielle Ordnungswidrigkeit des Unternehmens nach § 130 OWiG sowie de lege ferenda die Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 VerSanG-E in Frage.

426 Vgl. *Peters*, in: Münch. Komm. StPO, § 152 Rn. 67, 74; *Beukelmann*, in: BeckOK StPO, § 152 Rn. 6.

427 Vgl. *Wagner*, CCZ 2009, 8, 17.

428 Vgl. *Kempff/Schilling/Oesterle*, in: Volk/Beukelmann, Münch. Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 10 Rn. 214 ff; *Wettner/Mann*, DStR 2014, 655, 660 f.

429 *Moosmayer Compliance*, Rn. 351.

430 Etwa in § 147 Abs. 1 StPO, § 475 Abs. 1 StPO, § 49 Abs. 1 OWiG, § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 475 Abs. 1 StPO.

431 Etwa in § 475 Abs. 1 S. 1 StPO.

gend schutzwürdiger Interessen.<sup>432</sup> Sie ermöglichen es dem Vorstand nicht in gleicher Weise über die Umstände der Tat Aufklärung zu erlangen wie dies bei der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung erfolgt.<sup>433</sup> Die zeitnahe und regelmäßige Berichterstattung über die Aufklärung des Verstoßes ist aber Voraussetzung, damit er seiner Pflicht in Bezug auf das Abstellen und Ahnden des Verstoßes nachkommen kann.<sup>434</sup> Auch liegt der zeitliche Ablauf, die Form sowie der Umfang der staatlichen Ermittlungen außerhalb seines Einflussbereichs, sodass er die „Hoheit“ über die Aufklärung aus der Hand gibt, was jedoch mit seiner Sorgfaltspflicht unvereinbar ist.<sup>435</sup>

Zu beachten ist auch, dass das Einschalten der Behörden mit erheblichen Nachteilen verbunden sein kann. Die Ermittlungsmaßnahmen der staatlichen Behörden greifen oftmals empfindlich in den Betriebsablauf sowie den Betriebsfrieden ein.<sup>436</sup> Zudem kann der Vorstand, hat er die Behörden einmal informiert, nicht mehr das Für und Wider einer Kooperation abwägen. Dabei soll er gerade durch die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung unter anderem in die Lage versetzt werden, über eine Kooperation mit den Behörden zu entscheiden, um so in den Genuss von Strafmilderungen (z.B. im Rahmen von Kronzeugenregelungen) für das Unternehmen zu gelangen.<sup>437</sup> Die verbandsinterne Untersuchung kann daher die Grundlage für die Erwägung über die Einleitung eines staatlichen Ermittlungsverfahrens sein und ist ihm damit gewissermaßen vorgelagert.<sup>438</sup>

---

432 Etwa in § 147 Abs. 1, § 49 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 OWiG.

433 Ebenso: *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243; in diese Richtung auch: *Arnold*, ZGR 2014, 76, 83 mit der Betonung auf den unterschiedlichen Untersuchungsfokus; vgl. zu Informationsverantwortung des Vorstands *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 75.

434 *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; im Ergebnis ebenso *Seibt/Cziupka*, DB 2015, 93, 101; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 16c; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 83.

435 *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 351.

436 *Stöbr*, BB 2019, 1286, 1288.

437 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 16c; *Klabold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2019, 2020, Rn. 5; *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 23; *Gropp-Stadler/Wolffgramm*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Kap. C. Rn. 40; *Wettner/Mann*, DStR 2014, 656, 656; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 355; *Potinecke/Block*, in: Knerim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Rn. 173; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 17.

438 Vgl. *Arnold*, ZGR 2014, 76, 83 f., in diese Richtung auch *Wagner*, CCZ 2009, 8, 17; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 312.

Der schwerwiegendste Nachteil ist jedoch folgender: Initiiert der Vorstand ein staatliches Ermittlungsverfahren zur Aufklärung einer Verbandsstat, so läuft er Gefahr, eine Selbstanzeige des Unternehmens zu erstatten, ohne zuvor die Informationen gesammelt zu haben, die für eine derart weitreichende Entscheidung erforderlich sind. Zwar kann dies durchaus einen positiven Eindruck in der öffentlichen Wahrnehmung hinterlassen.<sup>439</sup> Jedoch ist zu beachten, dass damit zugleich erhebliche Risiken in Bezug auf ein unter Umständen teures Verfahren gegen das Unternehmen einhergehen.<sup>440</sup>

Gewiss kann nicht bestritten werden, dass ein Einschalten der Behörden in bestimmten Fällen erforderlich sein wird,<sup>441</sup> dieser Entscheidung muss aber regelmäßig<sup>442</sup> eine fundierte Informationssammlung vorgelagert sein. Die Schaffung dieser Informationsgrundlage erfordert die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung.

Mangels Gleichwertigkeit der Einschaltung staatlicher Behörden verglichen mit der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung verdichtet sich das Auswahlermessen des Vorstands, in Bezug auf die Art und Weise der Aufklärung einer Verbandsstat im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null, in den allermeisten Fällen zu einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung.<sup>443</sup>

---

439 Reichert/Ott, NZG 2014, 241, 243; Wagner, CCZ 2009, 8, 16; Stöhr BB 2019, 1286, 1288 zu den negativen Auswirkungen in der öffentlichen Wahrnehmung.

440 *De lege lata* etwa ein Bußgeldverfahren nach §§ 30, 130 OWiG, *de lege ferenda* ein Sanktionsverfahren nach § 3 Abs. 1, § 8 VerSanG-E.

441 Vgl. hierzu Ausführungen in Kap. D. IV.

442 Wie bei jeder Einzelfallentscheidung sind Fälle nicht auszuschließen, in denen sich bereits mit Kenntnis vom Verstoß abzeichnet, dass die Aufklärung nur durch den staatlichen Ermittlungsapparat erfolgen kann. In diesem Fall muss der Vorstand seiner Aufklärungspflicht durch Einleitung eines staatlichen Ermittlungsverfahrens nachkommen.

443 Im Ergebnis ebenso: Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76, Rn. 16c; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; ders., in: Münch. Komm. GmbHG, § 43 Rn. 149; 3 Reichert/Ott, NZG 2014, 241, 243; Wagner, CCZ 2009, 8, 17; Seibt/Cziupka, DB 2015, 93, 101; Potinecke/Block, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Rn. 173; aA: Stöhr, BB 2019, 1286, 1288 der in bestimmten Situationen die externe Ermittlung als einzig zulässige Aufklärungsmethode erachtet.

(2) Berücksichtigung des Unternehmensinteresses

Die Erörterung einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung erfordert auch einen Blick auf das Unternehmensinteresse,<sup>444</sup> welches im Zusammenhang mit der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung Bedeutung erlangt.<sup>445</sup> Eine Berücksichtigung des Unternehmensinteresses bei der Frage nach einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung könnte bewirken, dass die Pflicht dort ihre Grenze findet, wo die Untersuchung nicht mehr vom Unternehmensinteresse gedeckt ist.<sup>446</sup> Allerdings ist zu beachten, dass das Unternehmensinteresse seinerseits keine absolute Geltung beanspruchen kann.<sup>447</sup> Eine verbandsinterne Untersuchung im Sinne dieser Arbeit kommt dann in Betracht, wenn die aufzuklärende Tat verbandsbezogen ist, also durch sie Pflichten verletzt wurden, die den Verband betreffen oder durch die der Verband bereichert wurde oder werden sollte.

(a) Inhaltliche Konkretisierung

Das Unternehmensinteresse wird dabei als Leitungsgrundsatz, nach dem sich der Vorstand zu richten hat, vielfach diskutiert.<sup>448</sup> Dabei geht es zunächst um die Frage, was unter dem Begriff konkret zu verstehen ist und welche Rückschlüsse sich für die Leitungsverantwortung des Vorstands ziehen lassen. Der Begriff des Unternehmensinteresses wird in der Literatur und Rechtsprechung mit teilweise unterschiedlicher Bedeutung verwendet.<sup>449</sup> Überwiegend wurde und wird darunter ein interessenpluralistischer Ansatz als aktienrechtliche Zielvorgabe für das Vorstandshandeln

---

444 Neben dem Begriff des Unternehmensinteresses wird – teilweise auch synonym – der Begriff des Gesellschaftsinteresses verwendet, vgl. etwa *Selzner*, AG 2013, 818, 820; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 29; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 19.

445 *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 951 f.; *Hugger*, ZHR 179 (2015), 214, 219; *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 572; *Fleischer*, BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 84; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 12, 17; vgl. auch *Knauer*, ZHW 2012, 41, 47.

446 Vgl. *Knauer*, ZHW 2012, 41, 46; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 12.

447 Vgl. *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 953.

448 Vgl. *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 76 Rn. 70.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 24 ff., 28; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 156 ff.; *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, S. 198; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 39.

449 Vgl. ausführlich *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 24 ff.



verstanden.<sup>450</sup> Zu den verschiedenen gleichberechtigten<sup>451</sup> Interessen, die der Vorstand im Konfliktfall auszugleichen hat, zählen die der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie der Öffentlichkeit.<sup>452</sup> Dabei wird ihm ein Ermessen hinsichtlich der Gewichtung der Interessen im Einzelfall eingeräumt, wobei er stets für den Bestand sowie die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens Sorge zu tragen hat.<sup>453</sup> Dies bedeutet, dass er das erwerbswirtschaftliche Interesse der Gesellschaft, welches mit dem Interesse der Aktionäre deckungsgleich ist, bei der Leitung der Gesellschaft als äußerste Grenze seiner Ermessenausübung zu beachten hat.<sup>454</sup>

(b) Absehen von einer Untersuchung aufgrund des Unternehmensinteresses

Das Absehen von der Untersuchung aus Gründen des Unternehmensinteresses lässt sich insbesondere in zwei Fällen diskutieren. Zum einen könnte das Unternehmensinteresse gegen die grundsätzliche Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung sprechen, wenn eine Verbandstat im Raum steht, die sich im Ergebnis als für den Verband „nützlich“ erweist.<sup>455</sup> Ein solcher Einwand gegen die Durchführung der Untersuchung erweist

---

450 *Raiser*, in: FS R. Schmidt, S. 101, 114 ff.; *Reuter*, AcP 179 (1979), 509, 510 ff.; *Schilling*, ZHR 144 (1980), 136, 143; *Hopt*, ZGR 1993, 534, 536; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 28; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 76 Rn. 15; *K. Schmidt*, GesR, 2002, § 26 III 3. c), S. 768; § 28 II 1. a), S. 804 ff.; BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412; Urt. v. 23.9.1997 – II ZR 132/93, NJW 1997, 2815, 2816; Urt. v. 19.4.1982 – II ZR 55/81, NJW 1982, 2444, 2446.

451 nach hM besteht kein genereller Vorrang einer Interessengruppe, *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 31; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 76 Rn. 17; aA: Vorrang der Aktionärsinteressen (Shareholder-Value-Ansatz), *Seibt*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 76 Rn. 12; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 19, 22; *Zöllner*, AG 2003, 2, 7 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 37 f.

452 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 28; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 76 Rn. 15; *K. Schmidt*, GesR, § 26 III 3. c), S. 768; § 28 II 1. a), S. 804 ff.; *Stöhr*, BB 2019, 1286, 1288.

453 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 34; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 76 Rn. 21; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 76 Rn. 69, 72 f.; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 76 AktG Rn. 11; *Bürgers*, in: Bürgers/Körber/Lieder, AktG, § 76 Rn. 11; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 19; *Langenbacher*, DStR 2005, 2083 f.; *Selzen*, AG 2013, 818, 820; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 637.

454 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 76 Rn. 72 f.

455 Vgl. *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 953.

sich jedoch als mit den Prinzipien des geltenden Rechts unvereinbar.<sup>456</sup> Die Bindung an die Gesetzesnormen geht wirtschaftlichen Erwägungen vor.<sup>457</sup> Die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung basiert auf der Legalitätskontrollpflicht, wobei der Maßstab der Legalitätspflicht für das Vorstandshandeln gilt. Diese gebietet es, dass sich der Vorstand stets rechtstreu verhält. Auf das Verhältnis zu seinen Mitarbeitern übertragen muss der Vorstand rechtstreu Verhalten fördern bzw. sicherstellen und im Falle des Verstoßes wiederherstellen.<sup>458</sup> Der erste Schritt ist dabei die Aufklärung des Sachverhalts. Ein Absehen von der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung im Falle „nützlicher Verbandstaten“ aus Gründen des Unternehmensinteresses kommt einer Nichtaufklärung des Sachverhalts gleich und verbietet sich somit.<sup>459</sup>

Der andere Fall bei dem das Unternehmensinteresse gegen die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung sprechen könnte, betrifft die Kosten-Nutzen-Relation der Untersuchung.<sup>460</sup> Die Kosten bzw. der Aufwand der Untersuchung können ihren Nutzen dann übersteigen, wenn die Verbandstat in der Vergangenheit liegt und bereits beendet ist, sodass keine akute Verletzung der Rechtsordnung mehr vorliegt. Die Untersuchung ist kein reiner Selbstzweck, sondern dient dem Ziel, rechtstreu Verhalten wiederherzustellen, indem der Verstoß aufgedeckt, abgestellt und geahndet wird.<sup>461</sup> Allerdings dient sie auch dazu, Organisationsmängel ans Licht zu bringen und damit zur Vermeidung künftiger Taten beizutragen. Gerade diesem Zweck dient auch die Aufklärung bereits abgeschlossener Taten, sodass hier der Nutzen der Aufklärung ihre Kosten überwiegt. Die Vermeidung künftiger Taten entspricht dabei der Legalitätskontrollpflicht; über diese dürfen sich Opportunitätserwägungen gerade nicht stellen.

---

456 Vgl. zur nützlichen Pflichtverletzung die Ausführungen zu Kap. D. I. 1.

457 Kort, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 134; Harbarth, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 28 Rn. 70; Fleischer, ZIP 2005, 141, 148 f.; Reichert, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 953.

458 Vgl. Reichert/Ott, NZG 2014, 241, 242 „Compliance zur Durchsetzung verhehlen“.

459 Im Ergebnis ebenso: Reichert, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 955.

460 Vgl. Bachmann, ZHR 180 (2016), 563, 572; Arnold, ZGR 2014, 76, 84; Wagner, CCZ 2009, 8, 17.

461 Ebenso Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176; Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB-Special 2008, 1, 4 f.; Nave, in: Jäger/Rödl/Campos, Praxishandbuch Corporate Compliance, S. 90.

Ein weiterer Fall, der in Bezug auf die Kosten-Nutzen-Relation der Untersuchung zu diskutieren ist, betrifft die Konstellation, dass ein Verstoß eines Mitarbeiters oder Organs vorliegt, die daraus resultierenden Ansprüche gegen den Täter aber nicht (mehr) durchgesetzt werden können oder wollen. Dies kann sich etwa bei kurz vor der Verjährung stehenden Schadensersatzansprüche ergeben<sup>462</sup> oder bei Verstößen von Mitarbeitern, bei denen ein Schadensersatzanspruch aufgrund der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs ausscheidet.<sup>463</sup> Erfasst sind ferner auch Verfehlungen von Organmitgliedern, die aufgrund der Reputationsverluste der Gesellschaft oder aufgrund der finanziellen Nachteile nicht verfolgt werden wollen.<sup>464</sup> Nicht selten kommt es vor, dass die Kosten der Untersuchung die Höhe der Schadensersatzforderungen übersteigen und ein Regress dieser Kosten – im Falle von Ansprüchen gegen Organmitglieder, etwa mangels D&O-Versicherung und fehlender finanzieller Leistungskraft des Organmitglieds – ausscheidet.<sup>465</sup> Denkbar wäre es in diesen Fällen mit dem Unternehmensinteresse zu argumentieren und von der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung ganz abzusehen.<sup>466</sup> Jedoch ist zu beachten, dass die Untersuchung jedenfalls so weit betrieben werden muss, wie es erforderlich ist, um abzusehen, ob auf die weitere Aufklärung verzichtet werden kann.<sup>467</sup> Dazu genügt es nicht zu wissen, dass ein Mitarbeiter eine Verfehlung bei Erledigung von betrieblich veranlassten Aufgaben begangen hat (Anwendung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs), sondern auch mit welchem Verschuldensgrad diese begangen wurde. Denn eine vorsätzliche Verfehlung eines Mitarbeiters ist von der Haftungsprivilegierung im Arbeitsrecht ausgenommen.<sup>468</sup> Auch die Beteiligung von Organmitgliedern an Verstößen kann oftmals erst durch eine verbandsinterne Untersuchung festgestellt werden. Dies bedeutet nicht, dass eine Untersuchung um „jeden Preis“ bis ins kleinste

---

462 Ott/Lüneborg, CCZ 2019, 71, 79; Teicke, CCZ 2019, 298, 299.

463 Vgl. zu den Grundsätzen ausführlich Henssler, in: Münch. Komm. BGB, § 619a Rn. 5 ff.; Baumgärtner, BeckOK BGB, § 611a Rn. 74 ff.

464 Vgl. zu der Begrenzung der Aufklärung durch ARAG/Garmenbeck Reichert, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 956.

465 Vgl. Reichert, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 956 f.

466 So etwa Wilsing/Goslar, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 14; Kappel/Johannes, in: Ghassemi-Tabar/Pauthner/Wilsing, Corporate Compliance, § 7 Rn. 19; in diese Richtung auch Bachmann, ZHR 180 (2016), 563, 568 f.

467 Arnold, ZGR 2014, 76, 84.

468 Baumgärtner, BeckOK BGB, § 611a Rn. 75.

Detail betrieben werden muss.<sup>469</sup> Vielmehr ist das erwerbswirtschaftliche Interesse der Gesellschaft bei der *Art und Weise* der Untersuchung, etwa was Tiefe bzw. Umfang angeht, zu berücksichtigen.<sup>470</sup>

cc) Ermessen bei der Art und Weise der Untersuchung

Die Entscheidung über die Art und Weise der Untersuchung erfordert wegen ihres prognostischen Einschlages eine individuelle Wahrscheinlichkeitsbewertung des Vorstands. Es gibt keinen allgemeingültigen und für alle Fälle standardisierten Umgang mit der Aufklärung von Verstößen, sodass die Beantwortung der Frage, welche Untersuchungsmethoden geeignet und erforderlich sind und daher zum Einsatz kommen sollen, von den Umständen des Einzelfalls abhängt.<sup>471</sup> Mithin muss der Vorstand über die Umstände der Untersuchung im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens entscheiden.<sup>472</sup>

Das Ermessen bezieht sich etwa auf die Auswahl des Untersuchungsführers. Die Untersuchung kann durch Unternehmensangehörige – meistens Mitarbeiter der internen Revision oder Compliance-Abteilung – oder externe Berater – etwa Rechtsanwaltskanzleien – durchgeführt werden.<sup>473</sup> Dabei steht es dem Vorstand frei, die Untersuchung durch den Berater vornehmen zu lassen, der das Unternehmen im Fall eines staatlichen Verfahrens verteidigt.<sup>474</sup>

---

469 *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 572; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 325.

470 Ebenso: *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 244; *dies.*, ZIP 2009, 2173, 2176 f.; *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 572; *Habersack*, FS Stilz, S. 191, 202; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 17; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 84; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 178; *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, 209, 211.

471 *Reichert/Ott*, ZIP 209, 2173, 2176 f.

472 *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243; *dies.*, ZIP 2009, 2173, 2176 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 943, 954; *Hugger*, ZHR 179 (2015); 214, 219; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 83; *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 72; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 178; *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, 209, 211; *Fuhrmann*, NZG 2016, 881, 886; *U.H. Schneider*, ZIP 2010, 1201, 1202; *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Rn. 164.

473 *Arnold*, ZGR 2014, 76, 83.

474 Vgl. zum Verhältnis der verbandsinternen Untersuchung zur Unternehmensverteidigung *Hugger*, ZHR 179 (2015), 223 ff.

Weiterhin bezieht sich das Ermessen auch auf die Untersuchungsmethoden.<sup>475</sup> Im Bereich der Mitarbeiterbefragungen kann er sich dazu entschließen, Amnestieprogramme für Mitarbeiter zu etablieren, um deren Aussagebereitschaft zu erhöhen.<sup>476</sup> Der Vorstand hat jedoch bei der Ausübung seines Auswahlermessens, insbesondere in Bezug auf Umfang und Tiefe, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.<sup>477</sup> So ist die Grenze der Untersuchung erreicht, wo der Aufwand den Nutzen übersteigt und sie mithin nicht mehr vom Unternehmensinteresse gedeckt ist.<sup>478</sup> Der Umfang und die Tiefe richten sich etwa nach der Schwere, Anzahl und Dauer des Verstoßes, den tatsächlichen und potentiellen finanziellen Schäden, Anzahl der Geschädigten, den Anhaltspunkten für systematisches Vorgehen und drohende Bußgelder, Strafen und Schadensersatz.<sup>479</sup> Weiterhin bezieht sich sein Ermessen auf den Umgang mit den ermittelten Ergebnissen in Bezug auf die Behörden.

Aufgrund des prognostischen Einschlags der Entscheidung in Bezug auf die Art und Weise der Untersuchung findet die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business Judgment Rule, die dem Vorstand einen gerichtlich nicht überprüfbaren Handlungsspielraum zubilligt, Anwendung.<sup>480</sup> Der Vorstand muss für den Fall, dass ihm eine Pflichtverletzung vorgeworfen wird lediglich nachweisen, dass die Entscheidung auf Grundlage angemess-

---

475 Pörtge, CCZ 2020, 65, 67; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 55 Rn. 57; Drinhausen, ZHR 179 (2015), 226, 230 f.; Arnold, ZGR 2014, 76, 83; vgl. zu den verschiedenen Untersuchungsmethoden Kap. B. I. 3. c).

476 Fuhrmann, NZG 2016, 881, 889; Potinecke/Block, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Rn. 175 ff.; Wessing, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, Rn. 58; ausführlich: Breßler/Kubnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721 ff.

477 Reichert/Ott, NZG 2014, 241, 242, 249; dies. ZIP 2009, 2173; Reichert, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 943, 951 f.; Ott/Lüneborg, CCZ 2019, 71, 79; Stöbr, BB 2019, 1286, 1289; Kort, in: FS Hopt, 2010, S. 983, 991 in Bezug auf die Compliance-Organisation.

478 Wagner, CCZ 2009, 8, 17; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; Arnold, ZGR 2014, 76, 84; Reichert/Ott, NZG 2014, 241, 242; Potinecke/Block, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Rn. 171; Park/Eggers, in: Volk/Beukelmann, Münch. Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 11 Rn. 12; in diese Richtung auch: Bachmann, ZHR 180 (2016), 563, 567 f.

479 Teicke, CCZ 2019, 298.

480 Pörtge, CCZ 2020, 65, 66; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176 f.; dies., NZG 2014, 241, 243; Hugger, ZHR 179 (2015), 214, 219; Wilsing/Goslar, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 15; Fett/Theusinger, KSzW 2016, 253, 254; Seibt/Cziupka, DB 2014, 1598, 1600; Drinhausen, ZHR 179 (2015), 226, 231.

sener Informationen, zum Wohle der Gesellschaft und frei von Sonderinteressen getroffen wurde, § 93 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 AktG.

dd) Zwischenergebnis

Den Vorstand trifft aufgrund seiner Legalitätskontrollpflicht, die ihre Grundlage in den §§ 76, 93 AktG hat, eine Pflicht zur Aufklärung einer verdächtigen<sup>481</sup> bzw. einer festgestellten Verbandstat. Hinsichtlich der Art und Weise der Aufklärung wird ihm jedoch ein Ermessen zugebilligt. Als Alternative zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung besteht die Option eines externen Verfahrens durch staatliche Ermittlungsbehörden. Das Initiieren eines staatlichen Verfahrens stellt jedoch in den allermeisten Fällen keine echte Alternative zur Aufklärung der Verbandstat mittels verbandsinterner Untersuchung dar.<sup>482</sup> Damit verdichtet sich das Auswahlermessen hinsichtlich des Wies der Aufklärung zu einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung. Bei der Art und Weise der Durchführung steht dem Vorstand jedoch unternehmerisches Ermessen zu. Dabei spielt das Unternehmensinteresse erst auf der Stufe der Ermessensausübung hinsichtlich des Wies der Untersuchung eine Rolle, indem es dem Ermessen eine Grenze setzt.

b) §§ 130, 9 OWiG

Die Verpflichtung zur Aufklärung mittels verbandsinterner Untersuchung kann sich ferner aus dem OWiG ergeben. Dabei handelt es sich – anders als bei einer Pflicht nach §§ 76, 93 AktG – um eine im Außenverhältnis bestehende Pflicht.

Die Aufsichtspflicht in § 130 OWiG enthält eine Verhaltenspflicht im Zusammenhang mit Verfehlungen im Unternehmen, deren Missachtung mit Bußgeld bewährt ist (§ 30 OWiG). Sie betrifft alle Unternehmen unabhängig davon, welcher Branche sie angehören. Danach hat der Inhaber

---

481 Maßgebliche Verdachtsschwelle in Kap. B. I. 4. a) bb).

482 Im Ergebnis ebenso: *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76, Rn. 16c; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; *ders.*, in: Münch. Komm. GmbHG, § 43 Rn. 149; 3 *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 16; *Seibt/Cziupka*, DB 2015, 93, 101; *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Rn. 173.

eines Betriebes oder Unternehmens die Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen, die erforderlich und zumutbar sind, um Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und zugleich mit Strafe oder Bußgeld bedroht sind, § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG.

Der Wortlaut der Norm spricht lediglich allgemein von Aufsichtsmaßnahmen, die zwar eine bestimmte Funktion (zumutbare Verhinderung von Zuwiderhandlungen im Betrieb) erfüllen müssen, aber nicht konkret benannt werden.<sup>483</sup> Jedoch wurden sie von der Rechtsprechung und Literatur weiter konkretisiert.<sup>484</sup> Es wurden dabei vier Ausprägungen der Aufsichtspflicht ermittelt; diese sind die *Leitungspflichten*, *Koordinationspflichten*, *Organisationspflichten* sowie *Kontrollpflichten*.<sup>485</sup> Daraus ergeben sich bestimmte Aufsichtsmaßnahmen; namentlich die sorgfältige Auswahl von Mitarbeitern, die sachgerechte Organisation und Aufgabenverteilung, die Aufklärung und Instruktion der Mitarbeiter hinsichtlich ihrer Aufgaben und Pflichten, die ausreichende Überwachung und Kontrolle der Mitarbeiter sowie schließlich die Sanktion im Falle von Verstößen.<sup>486</sup> Dies lässt auf den ersten Blick auf das Verhindern von Verfehlungen im Unternehmen schließen und weniger auf die nachträgliche Aufklärung einer begangenen Straftat.<sup>487</sup> Jedoch ist nach herrschender Ansicht Teil der Aufsichtspflicht auch die Sanktionierung von Verstößen.<sup>488</sup> Eine solche setzt jedoch voraus, dass bekannt ist, wer, wegen welcher Tat und in welchem Umfang sanktioniert werden soll. Dies erfordert die Aufklärung der in Rede stehen-

---

483 Vgl. *Beck*, in: BeckOK OWiG, § 130 Rn. 39.

484 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; *Rogall*, in: Karls. Komm. OWiG, § 130 Rn. 42 ff.; *Beck*, in: BeckOK OWiG, § 130 Rn. 59; *Spindler*, in: Fleischer, HdB. VorstandsR, § 15 Rn. 105; *Niesler*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 130 OWiG Rn. 31 ff.

485 *Achenbach*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, HdB. Wirtschaftsstrafrecht, Teil I, Kap. E. Rn. 48 ff.; *Förster*, in: Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, § 130 Rn. 18 ff.; *Demuth/Schneider*, BB 1970, 642, 648; *Brenner*, DRiZ 1975, 72, 74 f.; *Wirtz*, WuW 2001, 342, 343; BGH, Urt. v. 11.7.1956 – 1 St 306/55, NJW 1956, 1568; Urt. v. 23.3.1973 – 2 StR 390/72, NJW 1973, 1511.

486 *Rogall*, in: Karls. Komm. OWiG, § 130 Rn. 42; *Beck*, in: BeckOK OWiG, § 130 Rn. 40; *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HdB. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 5, Rn. 80; *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1415 ff.

487 Vgl. zu diesem Verständnis *Spindler*, in: Fleischer, HdB. VorstandsR, § 15, Rn. 112; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13.

488 *Rogall*, in: Karls. Komm. OWiG, § 130 Rn. 42; *Beck*, in: BeckOK OWiG, § 130 Rn. 40; *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HdB. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 5, Rn. 80; *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1418; *Gürtler*, in: Göhler, OWiG, § 130, Rn. 14.



den Tat.<sup>489</sup> Damit ist die Aufklärung das notwendige Mittel zum Zweck der Sanktionierung und mithin von der Aufsichtspflicht erfasst.<sup>490</sup> Die Aufklärung vergangener Verfehlungen führt auch dazu, dass künftige Verstöße vermieden werden können. Besteht die Gefahr, dass dieselbe Zuwiderhandlung durch dieselben Täter wiederholt wird oder die fehlende Sanktionierung andere Unternehmensmitarbeiter zu Verstößen verleitet, kann die umfassende Aufklärung zur Prävention beitragen.<sup>491</sup>

Der Umfang der Aufsichtspflicht und damit die konkret zu ergreifenden Aufsichtsmaßnahmen hängen von der „Art, Größe und Organisation des Betriebes, [den] unterschiedlichen Überwachungsmöglichkeiten, aber auch der Vielfalt und Bedeutung der zu beachtenden Vorschriften, der Anfälligkeit des Betriebs für Verstöße gegen diese Bestimmungen“<sup>492</sup> und damit vom jeweiligen Einzelfall ab.<sup>493</sup> Somit werden auch von der Rechtsprechung und Literatur keine konkreten Anforderungen an die Aufklärung gestellt. Vielmehr gilt in Bezug auf das Wie der Aufklärung die Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.<sup>494</sup> Dabei gelten die Ausführungen zu aktienrechtlichen Aufklärungspflicht entsprechend.<sup>495</sup> Das Ermessen bezüglich der Art und Weise der Aufklärung verdichtet sich zu einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung. Bei der Art und Weise der Durchführung steht dem Vorstand jedoch unternehmerisches Ermessen zu. Dabei hat er das Unternehmensinteresse

---

489 Vgl. *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; *Potinecke/Gottschalk*, CB 2015, 444; *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 13; *Moosmayer*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Kap. B Rn. 4 f.; BGH, Urt. v. 8.10.1984 – II ZR 175/83, GmbHR 1985, 143, 144 zu § 109 der durch die AO abgelösten RAO.

490 Vgl. *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; *Theusinger/Jung*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § 24 Rn. 75.

491 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 13; OLG Koblenz, Urt. v. 10.6.1991, ZIP 1991, 870, 871 (zur Haftung eines Geschäftsleiters wegen Nichteinschreitens nach unberechtigter Kassenentnahme durch einen Mitarbeiter); *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176; *Seibt/Cziupka*, AG 2015, 93, 101.

492 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.11.1998 – 2 Ss (Owi) 385/98, NStZ-RR 1999, 151, 116; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.6.1991 – 5 Ss 202/71-71/91 I, StV, 1992, 77; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 25.6.1998 – 1 Ss 100/98, NStZ-RR 1998, 311; OLG Köln, Beschl. v. 20.5.1994 – Ss 193/94, wistra 1994, 315.

493 *Rogall*, in: Karls. Komm. OWiG, § 130 Rn. 43.

494 *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 13.

495 Vgl. Ausführungen zu Kap. D. II. 1. a).

bei der Frage nach dem Umfang und der Tiefe der Untersuchung zu berücksichtigen.<sup>496</sup>

Adressat des § 130 OWiG ist zunächst der „Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens“. Zwar ist der Vorstand nicht Inhaber der AG, jedoch erklärt § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG die Norm des § 130 Abs. 1 OWiG auf den Vorstand als vertretungsberechtigtes Organ der AG (§ 78 Abs. 1 S. 1 AktG) für anwendbar, sodass der Vorstand gezwungen ist, der Aufsichtspflicht nachzukommen, andernfalls ist er persönlich verantwortlich.<sup>497</sup>

## 2. Branchenabhängige Untersuchungspflicht - Spezialgesetzliche Regelungen

Einige wenige Untersuchungspflichten sind unmittelbar gesetzlich geregelt; dies jedoch nur im Rahmen bestimmter, besonders regulierter Branchen, die aufsichtsrechtlichen Spezialregelungen unterliegen.<sup>498</sup> Dies betrifft zum einen das Geldwäschegesetz (GwG), dessen letzte Neufassung am 26. Juni 2017 in Kraft trat.<sup>499</sup> Das GwG soll zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung beitragen.<sup>500</sup> Dieses Ziel soll durch drei Ansätze erreicht werden. Zunächst werden die geldwäscherechtlich Verpflichteten dazu angehalten, über ein ihrer Geschäftstätigkeit angemessenes Risikomanagement zu verfügen.<sup>501</sup> Ferner werden Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Kunden normiert. Diese beziehen sich insbesondere auf die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten, der sowohl der Vertragspartner als auch eine hinter dem Vertragspartner stehende natürliche Person sein kann (§ 3 GwG) sowie auf die Ermittlung des Zwecks und der Art der Geschäftsbeziehung zum Kunden und deren Überwachung, um die Risiken im Hinblick auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ermitteln, beurteilen und reduzieren zu können.<sup>502</sup> Weiterhin regelt das

---

496 Vgl. Ausführungen zu Kap. D. II. 1. a) bb) (2).

497 Wagner, CCZ 2009, 8, 13.

498 Vgl. Böse, ZStW 2008, 848, 866 f.; ausführlich zur Entwicklung des Banken- und Kapitalmarktaufsichtsrechts Gurlit, WM 2020, 57 ff.

499 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, BT-Drs. 18/11555.

500 BT-Drs. 18/11555, S. 1.

501 BT-Drs. 18/11555, S. 1.

502 BT-Drs. 18/11555, S. 88.

GwG die Voraussetzungen für ein zentrales Transparenzregister zur Erfassung der Informationen über wirtschaftlich Berechtigte.<sup>503</sup>

Zum anderen findet sich in § 25h des Kreditwesengesetzes (KWG) eine Pflicht zur Untersuchung. Die Norm ergänzt die für alle Verpflichtete iSd GWG geltenden Regelungen und dient der Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstiger strafbarer Handlungen, die zu einer Gefährdung des Vermögens des Instituts führen können.<sup>504</sup>

Der Grund für spezialgesetzlichen Regelungen ist darin zu erblicken, dass ein erhöhtes Risiko in Bezug auf die Begehung von Geldwäsche und die Ermöglichung von Terrorismusfinanzierung durch die geschäftliche Tätigkeit der Adressaten des GwG und KWG besteht. Die Regelungen sollen dazu beitragen, dass die Vereinigungen und Rechtsgestaltungen zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung missbraucht werden.<sup>505</sup>

a) Untersuchungspflicht nach § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG

Zunächst normiert § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG eine ausdrückliche Untersuchungspflicht. Adressaten der Norm sind die Verpflichteten im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 GwG und damit neben Unternehmen aus dem Finanzsektor auch Berufsgruppen aus dem Nicht-Finanzsektor, etwa Rechtsanwälte und Notare, § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG, Wirtschaftsprüfer, § 2 Abs. 1 Nr. 12 GwG, Immobilienmakler, § 2 Abs. 1 Nr. 14 GwG, Glücksspielveranstalter und -vermittler, § 2 Abs. 1 Nr. 15 GwG sowie Güterhändler, § 2 Abs. 1 Nr. 16 GwG. Handelt es sich bei dem Verpflichteten um eine AG, so ist der Vorstand aufgrund seiner aktienrechtlichen Leitungsverantwortung gemäß § 76 Abs. 1 AktG für die Erfüllung der Pflicht aus § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG verantwortlich.

Die Untersuchungspflicht in § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG ist dabei Teil des „verstärkte Sorgfaltspflichten“-Katalogs des § 15 GwG.<sup>506</sup> Die Untersuchungspflicht betrifft Transaktionen, die besonders komplex oder ungewöhnlich groß sind, einem ungewöhnlichen Transaktionsmuster folgen oder keinen offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßige Zweck

---

503 BT-Drs. 18/11555, S. 89.

504 *Achtelik*, Herzog, GwG, § 25 Rn. 1; *Behrends/Müller-Tronnier/Zeidler*, ZfgK 2013, 776, 777.

505 Vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 89.

506 *Achtelik*, Herzog, GwG, § 15 Rn. 34; *Glaab*, in: Zentes/Glaab, GwG, § 15 Rn. 49.

verfolgen, § 15 Abs. 6 Nr. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 3 lit. a) bis c) GwG. Was unter einer Transaktion zu verstehen ist, wird in § 1 Abs. 5 GwG definiert als Handlung, die eine Geldbewegung oder sonstige Vermögensverschiebung bezweckt oder bewirkt. Im Gegensatz zu sonstigen verbandsinternen Untersuchungen bezieht sich die Untersuchungspflicht nach § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG nicht primär auf interne Sachverhalte. Die Zielrichtung der Untersuchung ist somit eine andere. Es soll der Hintergrund und Zweck der Transaktion untersucht werden, um das Risiko in Bezug auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zu überwachen und gegebenenfalls der Pflicht zu Meldung an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen nach § 43 GwG nachzukommen.<sup>507</sup> Der Zweck der Untersuchung erschöpft sich damit darin, die Pflicht nach § 43 GwG zu erfüllen. Ausgelöst wird diese Meldepflicht bereits durch das Vorliegen von Tatsachen, die auf die in § 43 Nr. 1 – 3 GwG genannten Umstände hindeuten, wobei bereits ein im Vergleich zum strafprozessualen Anfangsverdacht geringerer Verdachtsgrad ausreicht.<sup>508</sup> Somit ist der Umfang der Untersuchung nach § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG eher als gering einzuschätzen.<sup>509</sup> Es geht weniger um die nach innen gerichtete Aufdeckung einer Verbandstat, als mehr um die nach außen gerichtete Erfüllung der Meldepflicht nach § 43 GwG.<sup>510</sup> Zwar kann auch eine Transaktion eine Untersuchung „nach innen“ mit dem Zweck der Aufklärung auslösen, nämlich dann, wenn Mitarbeiter des Verpflichteten in die Unregelmäßigkeiten involviert sind. Jedoch wird die Pflicht nur mittelbar über die Norm des § 6 Abs. 2 Nr. 5 GwG begründet, wonach die Verpflichteten im Rahmen interner Sicherungsmaßnahmen ihre Mitarbeiter auf ihre Zuverlässigkeit überprüfen müssen.<sup>511</sup>

b) Untersuchungspflicht nach § 25h Abs. 3 KWG

Eine weitere unmittelbare Untersuchungspflicht ergibt sich aus § 25h Abs. 3 S. 1 KWG<sup>512</sup>. Hierbei handelt es sich ebenfalls um eine Regelung mit geldwäscherelevantem Bezug, jedoch außerhalb des GwG.

---

507 *Achtelik*, Herzog, GwG, § 15 Rn. 34.

508 *Pelz*, in: BeckOK GwG, § 43 Rn. 13; OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.2018 – 2 Ss-OWi 1059/17, ZIP 2019, 257 Rn. 41; *Nestler*, wistra 2015, 329, 330.

509 *Wilkens*, Internal Investigations, S. 108.

510 in diese Richtung ebenfalls: *Wilkens*, Internal Investigations, S. 107.

511 *Wilkens*, Internal Investigations, S. 108.

512 Zuvor § 25c KWG a.F.

Die Norm findet Anwendung auf Kreditinstitute, definiert als Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, § 1 Abs. 1 S. 1 KWG. Ihnen wird eine Untersuchungspflicht hinsichtlich solcher Transaktionen auferlegt, die im Verhältnis zu vergleichbaren Fällen besonders komplex oder groß sind, ungewöhnlich ablaufen oder ohne offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck erfolgen, § 25h Abs. 3 S. 1 KWG. Ist das Institut in der Rechtsform der AG organisiert, so ist der Vorstand als Leitungsorgan der AG gemäß § 76 Abs. 1 AktG dafür verantwortlich, der von § 25h Abs. 3 S. 1 KWG aufgestellten Untersuchungspflicht nachzukommen.

Dabei sollen die Transaktionen auf das Risiko in Bezug auf strafbare Handlungen im Sinne des § 25h Abs. 1 S. 1 KWG untersucht werden.<sup>513</sup> Bei den strafbaren Handlungen handelt es sich um solche, die zu einer Gefährdung des Vermögens des Instituts führen können. Dabei sind vor allem kunden- und transaktionsbezogene Dokumente zu durchleuchten<sup>514</sup>, jedoch können auch solche strafbare Handlungen Gegenstand der Untersuchung sein, die von Mitarbeitern und Organen begangen wurden.<sup>515</sup> Zu beachten ist jedoch die Zielrichtung der strafbaren Handlung. Von der Untersuchungspflicht sind zwar auch solche strafbaren Handlungen erfasst, die nur zu mittelbaren Vermögensschäden, etwa Reputationsverlusten oder Ersatzansprüchen Dritter, führen können.<sup>516</sup> Dennoch muss sich die strafbare Handlung letztlich *gegen die Rechtsgüter des Kreditinstituts* richten. Damit sind vom Wortlaut des § 25h Abs. 3 S. 1 KWG die Untersuchungen solcher strafbaren Handlungen nicht unmittelbar erfasst, die sich allein gegen institutsfremde Rechtsgüter richten.<sup>517</sup> Von der Unter-

---

513 *Achtelik*, Herzog, GwG, § 25 h KWG Rn. 20; *Szesny*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 33 Rn. 15.

514 *Szesny*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 33 Rn. 16; *Achtelik*, Herzog, GwG, § 25 h KWG Rn. 20; *Jahn*, ZRP 2002, 109, 110; *Sauerer*, NVwZ 2005, 275, 279.

515 *Auerbach/Hentschel*, WPg 2012, 823, 824; *Wilkens*, Internal Investigations, S. 109; BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zu § 25c KWG („sonstige strafbare Handlungen“), Nr. 2; *Häberle*, Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 25h KWG Rn. 4; *Behrends/Müller-Tronnier/Zeidler*, ZfgK 2013, 776, 777.

516 *Wilkens*, Internal Investigations, S. 109; BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zu § 25c KWG („sonstige strafbare Handlungen“), Nr. 2.

517 Jedoch sei eine solche Untersuchung von der Pflicht aus § 25a Abs. 1 S. 1 KWG erfasst, der eine Pflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation enthält. Dies ergebe sich zum einen aus dem Wortlaut des § 25h Abs. 3 S. 1 („unbeschadet der in § 25a Absatz 1 [...] aufgeführten Pflichten“) sowie aus der systemati-

suchungspflicht nach § 25h Abs. 3 S. 1 KWG erfasst sein können jedoch die strafbaren Handlungen, die sowohl zu einem Schaden beim Institut, als auch zu einem Schaden an anderen institutsfremden Rechtsgütern führen.<sup>518</sup> Diese strafbaren Handlungen können – anders als jene, die sich ausschließlich gegen das Kreditinstitut richten – Verbandstaten darstellen, sodass insofern eine Überschneidung mit dem Untersuchungsgegenstand bei verbandsinternen Untersuchungen besteht.

Die Reichweite der Untersuchung wird durch ihren Zweck bestimmt. Gemäß § 25 h Abs. 3 S. 1 KWG hat die Untersuchung den Zweck, das Transaktionsrisiko bezogen auf die strafbaren Handlungen, die zur Gefährdung des Institutsvermögens führen können, zu überwachen und einzuschätzen sowie die Notwendigkeit einer Strafanzeige gemäß § 158 Abs. 1 S. 1 StPO zu prüfen. Die Untersuchung endet mithin, sobald eine Entscheidung über die Erstattung einer Strafanzeige getroffen werden kann.<sup>519</sup> Dies erfordert lediglich einen Sachverhalt, der aus Sicht des Mitteilenden Anlass für eine Strafverfolgung bietet.<sup>520</sup> Somit geht es nicht um die umfangreiche *Aufklärung* der strafbaren Handlung.

### c) Zwischenergebnis

Es finden sich in § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG sowie in § 25h Abs. 3 KWG Untersuchungspflichten. Dabei geht es weniger um die nach innen gerichtete Aufklärung der Verbandstat als mehr um die Erfüllung der Meldepflicht nach § 43 GwG bzw. um die Prüfung der Notwendigkeit einer Strafanzeige nach § 158 Abs. 1 S. 1 StPO.

---

schen Stellung der Norm des § 25 h KWG, vgl. hierzu ausführlich Wilkens, *Internal Investigations*, 2020, S. 110, 103 ff.; *Behrends/Müller-Tronnier/Zeidler*, ZfGK 2013, 776, 777; **aA**: *Szesny*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, *Internal Investigations*, Kap. 33 Rn. 15, *Schamberg*, *Illegale Internal Investigations*, S. 46; *Behrens*, RIW 2009, 22, 29.

518 Hierzu zählt bspw. ein Betrug nach § 263 StGB durch Mitarbeiter zulasten Dritter. Unmittelbar verletzt ist dabei das Vermögen des Dritten. Jedoch richtet sich die strafbare Handlung mittelbar auch gegen das Vermögen des Unternehmens, das neben Reputationsverlusten, Ersatzansprüche Dritter sowie Sanktionen nach OWiG (§§ 130, 30) zu befürchten hat.

519 *Wilkens*, *Internal Investigations*, S. 110.

520 *Meyer-Goßner/Schmitt*, in: *Schmitt*, StPO, § 158 Rn. 2; *Goers*, in: BeckOK StPO, § 158 Rn. 1.

### 3. Obliegenheit zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung

Neben den Pflichten zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung ist weiterhin an eine *Obliegenheit* des Vorstands zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung zu denken.

Bei einer Obliegenheit ist der Adressat des gegenständlichen Verhaltens weder einem Erfüllungsanspruch noch einer Klagemöglichkeit ausgesetzt, jedoch kann er im Falle der Nichtbeachtung der Obliegenheit Einbußen an seinen eigenen Rechtspositionen erleiden.<sup>521</sup> Die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verpflichtet den Vorstand nicht zur Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen, jedoch ist eine haftungsbegründende Pflichtverletzung nur ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kumulativ erfüllt sind. Die Schaffung einer angemessenen Informationsgrundlage ist dabei im Zusammenhang mit der Durchführung von verbandsinternen Untersuchungen relevant.<sup>522</sup>

Bei Kenntniserlangung von einer Verbandstat muss der Vorstand diverse Entscheidungen hinsichtlich der Konsequenzen treffen. Hierzu zählen etwa arbeitsrechtliche Sanktionen, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die Erstattung von Strafanzeigen oder die Zusammenarbeit mit den Behörden.<sup>523</sup> Bei diesen Entscheidungen steht dem Vorstand je nach Sachlage ein Ermessenspielraum zu. In bestimmten Fällen, etwa bei Verfehlungen von Aufsichtsratsmitgliedern, trifft den Vorstand in entsprechender Anwendung der ARAG-Doktrin<sup>524</sup> eine Handlungspflicht zur Geltendmachung der Ansprüche.<sup>525</sup> Selbst in diesen Fällen hat er jedoch im Rahmen der von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen einen Entscheidungsspielraum, ob ausnahmsweise übergeordnete Gründe gegen die Durchsetzung sprechen.<sup>526</sup> Um sich generell bei einer unternehmerischen

---

521 BGHZ 24, 378, 382 = NJW 1957, 1233, 1234; *Ernst*, in: Münch. Komm. BGB, Einl. SchuldR Rn. 14; Grundlegend zur Obliegenheit: *R. Schmidt*, Die Obliegenheiten; *Henß*, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht; *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten.

522 Vgl. *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 2, der von einer Informationsobliegenheit spricht.

523 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 72 f.; *Furbmann*, NZG 2016, 881, 886.

524 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 ff.

525 So die hM: *Drygala*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 116 Rn. 55; *Habersack*, in: Münch. Komm. AktG, § 116 Rn. 8; *ders.*, NZG 2016, 321; *Henssler*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 116 Rn. 15; *Spindler*, in: BeckOGK AktG, § 116 Rn. 151.

526 *Spindler*, in: BeckOGK AktG, § 116 Rn. 151; BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926; *Doralt/Doralt*, in: Semler/v.Schenck/Wilsing, Arb-HdB. Aufsichtsratsmitglieder, § 16 Rn. 156; *Dreher*, ZIP 1995, 628 f.; *Lutter*, ZIP



Entscheidung, die sich nachträglich als falsch herausstellt, durch die Haftungsprivilegierung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG abzusichern, muss der Vorstand auf Grundlage angemessener Informationen handeln. Dabei steht es ihm zunächst frei, welche Informationen er für erforderlich hält, denn das Gesetz verlangt gerade nicht bestmögliche Informationen, sondern lediglich angemessene.<sup>527</sup> Es müssen daher nicht alle verfügbaren Quellen ausgeschöpft werden; vielmehr kommt es darauf an, welche Quellen in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Zeit, der Kosten und Nutzen erschöpft werden müssen, um eine vertretbare Informationsauswahl zu treffen.<sup>528</sup> Geht es im konkreten Fall um die Entscheidungen, wie mit einer Verbandstat umzugehen ist, wird die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung oftmals erforderlich sein.<sup>529</sup> Denn sind die Informationen, auf deren Grundlage eine haftungsprivilegierte Entscheidung erst möglich ist, nicht vorhanden, so kann es nötig sein, diese zu beschaffen bzw. zu generieren.<sup>530</sup> Gerade die Umstände der Tat sind bei Bekanntwerden eines Rechtsverstoßes häufig nicht bekannt. Jedoch sind sie es, die etwa den Anspruchsgegner von Schadensersatzansprüchen oder die Mitkartellanten bei Kartellverstößen ans Licht bringen. Ohne diese Informationen besteht keine angemessene Grundlage, die eine Entscheidung unter dem Schutzmantel der Haftungsprivilegierung rechtfertigen könnte. Damit obliegt es dem Vorstandsmitglied, zur Verringerung seines Haftungsrisikos diese Informationen im Wege der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung zu beschaffen.<sup>531</sup>

---

1995, 441 f.; E. Vetter, in: Marsch-Barner/Schäfer, HdB. börsennotierte AG, § 29 Rn. 70.

527 Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 33; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 105; Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1258; Ulmer, DB 2004, 859, 860; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 89.

528 Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 33; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 89; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 105.

529 Wagner, CCZ 2009, 8, 15 f.; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2177; Teicke, CCZ 2019, 298.

530 Vgl. Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 108; Hölters, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 34; BGH, Urt. v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, NJW-RR 1995, 669 zur Pflicht eines GmbH-Geschäftsführers für eine ausreichende Information auch dann zu sorgen, wenn wesentliche Teile der Buchführung dezentral durchgeführt werden.

531 Ebenso: Wagner, CCZ 2009, 8, 15 f.; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2177; Teicke, CCZ 2019, 298.

#### 4. Horizontale und vertikale Delegation

Bei der Beschaffung der Informationen, die für das Eingreifen der Haftungsprivilegierung erforderlich sind, kommt es auch auf die Möglichkeit zur Delegation der Aufgaben an. Es kommt sowohl eine horizontale (a)) als auch eine vertikale Delegation (b)) in Betracht.

##### a) Horizontale Delegation

Der Vorstand ist Adressat der aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG abgeleiteten Aufklärungspflicht.<sup>532</sup> Die Compliance-Verantwortung als solche ist Bestandteil der delegationsfesten Kernaufgaben des Leitungsorgans.<sup>533</sup> Dem Gesamtorgan obliegt es, die Grundlinien der Compliance-Organisation zu bestimmen, wobei dies nicht bedeutet, dass eine Delegation auf horizontaler Ebene auf ein Vorstandsmitglied unzulässig ist.<sup>534</sup> Vielmehr wird die Implementierung der Compliance-Organisation häufig im Wege der internen Arbeitsteilung einem Vorstandsmitglied übertragen, wobei dies förmlich durch Satzung, Geschäftsordnung oder Vorstandsbeschluss erfolgen muss.<sup>535</sup> Das zuständige Vorstandsmitglied ergreift geeignete Organisationsmaßnahmen und überwacht deren Umsetzung.<sup>536</sup> Den restlichen Vorstandsmitgliedern obliegt im Rahmen ihrer Restverantwortung die Überwachung der Compliance-bezogenen Aufgabenwahrnehmung durch das zuständige Organmitglied.<sup>537</sup>

---

532 *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, *Internal Investigations*, Kap. 2 Rn. 28.

533 *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 394; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 179; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 80; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 135, 163; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 323 f.; *Fuhrmann*, NZG 2016, 881, 882; LG München I, Ur. v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345.

534 *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 742; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 323; *ders.* in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 69; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 179; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 394; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 80.

535 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 77 Rn. 57; *Fleischer*, NZG 2003, 449, 452; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 54; *U.H. Schneider*, in: Heidel, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, § 93 Rn. 117 f.

536 *Fleischer*, NZG 2014, 321, 323; *ders.* in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 69; *Bürkle*, CCZ 2015, 52, 53; *Nietsch*, ZHR (180) 2016, 733, 742 ff. mit rechtstatsächlichem Überblick der Ressortaufteilung in den DAX 30-Unternehmen.

537 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 69; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 80; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 180.

Sowohl die Entscheidung über die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung als auch die Leitung der Durchführung selbst erfolgen ebenfalls durch das Vorstandsmitglied, in dessen Verantwortung das Compliance-Ressort steht.<sup>538</sup> Der Gesamtvorstand muss sich jedoch über den Verlauf und die Ergebnisse der Untersuchung berichten lassen, um seiner Restverantwortung zu genügen.<sup>539</sup>

## b) Vertikale Delegation

In großen börsennotierten Gesellschaften kann das ressortverantwortliche Vorstandsmitglied angesichts der zumeist großen Anzahl und Komplexität der Vorgänge nicht alle Aufgaben im Zusammenhang mit der Compliance im Allgemeinen und mit der Durchführung verbandsinterner Untersuchungen im Besonderen selbst wahrnehmen.<sup>540</sup> Daher besteht das Bedürfnis nach einer Delegation auch auf vertikaler Ebene.<sup>541</sup> Sofern die wesentlichen Entscheidungen bezogen auf die Einleitung, den Umfang sowie den Ablauf der verbandsinternen Untersuchung weiterhin beim verantwortlichen Mitglied verbleiben, kann die Umsetzung der Entscheidungen auf die vertikal nachgeordneten Ebenen verlagert werden.<sup>542</sup> Die Compliance-Organisationsaufgaben werden in der Praxis häufig von einem Compliance-Beauftragten oder einer Compliance-Abteilung im Unternehmen wahrgenommen.<sup>543</sup> Dies gilt auch für die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung zum Zwecke der Aufklärung der Verbandstat, wobei

---

538 *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 74; *Potinecke/Block*, in: Knierm/Rübenstahl/Tsam-bikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 30.

539 *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 74; *Potinecke/Block*, in: Knierm/Rübenstahl/Tsam-bikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 31.

540 *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 395; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 162; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 91 Rn. 130; *Paefgen*, WM 2016, 433, 436; *Meyer*, DB 2014, 1063, 1066.

541 Vgl. *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 3; *ders.* NZG 2014, 321, 323; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 163; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 55; 160; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 71; *Kremer/Klabold*, ZGR 2010, 113, 125 f.

542 *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 74; *Nolte/Michaelis*, BB 2020, 1154, 1156; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 14; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 71.

543 Vgl. *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 91 Rn. 71; *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 74; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 91 Rn. 130; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 80; *Kremer/Klabold*, ZGR 2010, 113, 125 f.

das Vorstandsmitglied oftmals zusätzlich externe Berater hinzuzieht oder die Untersuchung vollständig von ihnen durchführen lässt.<sup>544</sup>

## 5. Zwischenergebnis

Es besteht eine aktienrechtliche Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung zur Aufklärung des potenziellen Verstoßes die auf einer Ermessensreduzierung auf Null basiert. Bei der Art und Weise der Untersuchung steht dem Vorstand Ermessen zu. Weiterhin bestehen branchenabhängige Untersuchungspflichten nach § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG und § 25h Abs. 3 KWG. Ferner ist von einer Obliegenheit zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung auszugehen, damit eine angemessene Informationsgrundlage geschaffen werden kann, die eine Voraussetzung für das Eingreifen der Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG darstellt. Die Durchführung der verbandsinternen Untersuchung kann sowohl horizontal auf ein Vorstandsmitglied als auch vertikal auf Mitarbeiter in nachgeordneten Ebenen delegiert werden.

## III. Pflicht zur Mitteilung der Verbandstat *de lege lata*

Die im vorangegangenen Kapitel erörterte Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung betrifft die interne Aufklärung des Sachverhalts, der einer potenziellen Verbandstat zugrunde liegt. Dieser Aufklärung durch eine verbandsinterne Untersuchung zeitlich vor oder nachgelagert kann eine (externe) Mitteilung des Verdachts bzw. der durch die Untersuchung ermittelten Informationen gegenüber den Behörden sein. Diese Mitteilung und Offenlegung können externe Ermittlungen nach sich ziehen. Erörtert werden soll das Bestehen einer allgemeinen Meldepflicht im Aktiengesetz (1.) sowie die Mitteilungspflichten in Spezialgesetzen (2.-5.), die – ebenso wie die Untersuchungspflicht<sup>545</sup> – in bestimmten Branchen oder für bestimmte Rechtsbereiche bestehen.

---

544 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 91 Rn. 57; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 83; *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563; *Drinhausen*, ZHR 179 (2015), 226, 237 der die Durchführung durch externen Sachverständigen empfiehlt; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 91 Rn. 16 c.

545 Vgl. die Ausführungen zu Kap. D. II. 2.

## 1. Keine Meldepflicht im Aktiengesetz

Das Aktiengesetz selbst kennt keine branchenunabhängige Meldepflicht eines Verstoßes. Stattdessen ist es in das pflichtgemäße Ermessen des Vorstands gestellt, zu entscheiden, ob bei Kenntnis vom Vorliegen einer Verbandstat die staatlichen Behörden eingeschaltet werden sollen.<sup>546</sup> Dabei handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.<sup>547</sup>

Die Offenlegung der Verbandstat kann dabei zeitlich *vor* der eigenen Aufklärung oder *nach* der eigenen Aufklärung, also wenn die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung vorliegen, erfolgen.

Gegen eine Mitteilung vor der eigenen Aufklärung sind dieselben Gründe anzuführen, wie bei der Entscheidung über die Durchführung einer Untersuchung durch die staatlichen Behörden mit der Folge, dass eine Meldung ohne eine vorherige Aufklärung wohl nur in Ausnahmefällen im Interesse des Unternehmens liegen wird.<sup>548</sup>

Nach der eigenen Aufklärung kann sich der Vorstand im besten Fall ein Bild von der Situation machen und das Für und Wider einer Meldung abwägen. Dabei werden insbesondere die potentiellen Vergünstigungen der Meldung von Verbandstaten zu beachten sein.<sup>549</sup> Dies betrifft etwa die Berücksichtigung einer solchen Meldung bei der Bemessung der Geldbuße nach §§ 30, 17 OWiG sowie bei der auf dem Opportunitätsprinzip basierten Verfolgung gemäß § 47 OWiG.<sup>550</sup> Weiterhin gewährt das Steuerrecht in § 371 AO Vorteile, indem die Norm bestimmt, dass im Falle einer Selbstanzeige die Strafe für eine Steuerhinterziehung nach § 370 AO entfällt und damit einen persönlichen Strafaufhebungsgrund abbildet.<sup>551</sup> Auch im Außenwirtschaftsrecht sind die Vorteile einer Selbstanzeige ge-

---

546 *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 22; *Stöbr*, BB 2019, 1286, 1287 spricht sogar vom „grundsätzlichen Verbot der externen Offenlegung“; *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 410; *Hugger*, ZHR 179 (2015), 214, 222; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2180; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 16c.

547 *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 414; *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 23; *Kremer*, in: FS U.H. Schneider, S. 701, 713 f.; *Zimmer*, BWV 2017, 32, 35; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2180; *Hugger*, ZHR 179 (2015), 215, 221; für das Kartellrecht *Kapp/Gärtner* CCZ 2009, 168, 172; *Wettner/Mann*, DStR 2014, 655, 656.

548 Vgl. Ausführungen zu Kap. D. III. 1. a) bb).

549 *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 23; vgl. im Kartellrecht *Dreher*, ZWeR 2009, 397 ff.; *Hellmann*, in: Wiedermann, HdB. Kartellrecht, § 46 Rn. 70 ff.

550 *Utz*, NZWiSt 2015, 377; *Niestedt/Trennt*, BB 2013, 2115, 2120.

551 *Merkt*, in: BeckOK OWiG, § 371 Rn. 1; *Joecks*, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, § 371 Rn. 39; BGH, Urt. v. 8.10.1957 – 1 StR 150/57, GA 1959, S. 51;

setzunglich kodifiziert.<sup>552</sup> Die Norm des § 22 Abs. 4 AWG legt fest, dass die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit bei einem fahrlässigen Verstoß gegen § 19 Abs. 3 bis 5 AWG unterbleibt, wenn der Verstoß eigens aufgedeckt und den Behörden angezeigt wird.

Das unternehmerische Ermessen kann aufgrund dieser Vorteile auf Null reduziert sein, wenn im konkreten Einzelfall die Aufdeckung des Verstoßes durch die Behörden so gut wie sicher erscheint und ohne die Offenlegung eine Existenzgefährdung der juristischen Person vorliegen würde.<sup>553</sup> Weiterhin kommt eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht, wenn die Pflicht zur Aufklärung, Abstellung und Sanktionierung des Verstoßes nur durch das Einschalten der Behörden möglich ist. Dies ist denkbar, wenn die Aufklärungsmittel oder Sanktionsmittel des Verbands nicht ausreichen, keinen Erfolg versprechen oder keine angemessene Sanktion darstellen.<sup>554</sup>

Zu beachten ist, dass mit Ausnahme der spezialgesetzlichen Regelungen in Bezug auf die Folgen einer Selbstanzeige die Entscheidung über eine etwaige Berücksichtigung der Meldung im Ermessen der Behörden liegt. Dies kann dazu führen, dass die bloße Mitteilung – mit Ausnahme der gesetzlich kodifizierten Fälle – häufig nicht ausreichen wird, um in den Genuss einer Besserstellung oder gar Straffreiheit zu kommen. Darüber hinaus wird häufig die umfangreiche Kooperation erforderlich und auch diese oftmals nicht mit Gewissheit erfolgsversprechend sein.<sup>555</sup>

## 2. Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 GwG

Eine Pflicht zur Mitteilung von Gesetzesverstößen ist für bestimmte Branchen kodifiziert. Eine solche Meldepflicht statuiert § 43 Abs. 1 GwG für Geldwäscheverdachtssachverhalte für Kreditinstitute und Güterhändler in drei Fällen. Der erste Fall bezieht sich auf einen im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion stehenden Vermögensgegenstand, der aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte, § 43 Abs. 1

---

BayObLG, Urt. v. 7.10.1953 – RevReg. 1 St. 41/53, NJW 1954, 244; OLG Hamburg, Urt. v. 27.1.1970, 2 Ss 191/69, NJW 1970, 1375.

552 Zur Selbstanzeige nach § 22 Abs. 4 AWG vgl. *Krause/Prieß*, NStZ 2013, 688; *Niestedt/Trennt*, BB 2013, 2115, 2118 ff.; *Pelz/Hofschneider*, wistra 2014, 1.

553 *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 26; *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 415.

554 *Reichter/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2180; *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 26.

555 Vgl. *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 24; *Utz*, NStZ 2013, 377, 379.

Nr. 1 GwG. Der zweite Fall betrifft einen Geschäftsvorfall, eine Transaktion oder einen Vermögensgegenstand, der im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht, § 43 Abs. 1 Nr. 2 GwG. Weiterhin wird eine Meldepflicht durch Tatsachen begründet, die darauf hindeuten, dass ein Vertragspartner seiner Pflicht nach § 11 Abs. 6 S. 3 GwG nicht nachkommt, über die Offenlegung der Absicht, die Geschäftsbeziehung oder Transaktion für einen wirtschaftlich Berechtigten zu begründen, fortzusetzen oder durchzuführen, § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG. Dabei betreffen die Meldepflichten allerdings nicht Straftaten im Unternehmen, sondern gesetzeswidriges Verhalten der Geschäftspartner.<sup>556</sup> Eine Pflicht des Verbands zur Offenlegung von Verbandstaten wird durch § 43 Abs. 1 GwG nicht begründet.

### 3. Meldepflicht nach § 23 Abs. 1 WpHG

Eine weitere Meldepflicht von Verdachtsfällen besteht gemäß § 23 Abs. 1 WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden. Ausgelöst wird die Meldepflicht durch die Feststellung von Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass mit einem bestimmten Geschäft für Finanzinstrumente gegen Artt. 12, 13 oder 14 der EU-Leerverkaufsverordnung (Nr. 236/2012) verstoßen wurde. Es handelt sich um eine Anzeigepflicht Privater zum Zweck der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten.<sup>557</sup> Die Meldepflicht betrifft primär nicht das eigene Fehlverhalten des Anzeigepflichtigen, sondern den Verstoß durch ein Geschäft über Finanzinstrumente, das der Anzeigepflichtige als Auftragnehmer durchführt.<sup>558</sup> Jedoch kann die Gefahr einer Selbstanzeige begründet werden, wenn das Geschäft durch den Bankmitarbeiter vor der Anzeige bereits ausgeführt wurde und er sich dadurch möglicherweise wegen Beihilfe zu der angezeigten Tat

---

556 *Gropp-Stadler/Wolfgang* in Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, Kap. C. Rn. 34.

557 *Petow*, in: Heidel. *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, § 23 WpHG Rn. 1; *v. Hein* in: Schwark/Zimmer, *Kapitalmarktrecht*, § 23 WpHG Rn. 1.

558 *V. Hein*, in: Schwark/Zimmer, *Kapitalmarktrecht*, § 23 Rn. 15; *Spoerr*, in: Assmann/Schneider/Mülbert, *WpHG*, § 23 Rn. 21; *Ritz*, in: Just/Voß/Ritz/Becker, *WpHG*, § 10 Rn. 31.



strafbar gemacht hat.<sup>559</sup> In diesen Fällen liegt eine Verbandstat vor, die wegen der in § 23 WpHG statuierten Pflicht offengelegt werden muss.

#### 4. Meldepflicht nach Art. 17 Abs. 1 MAR, § 26 Abs. 1 WpHG

Eine Offenlegung von Gesetzesverstößen im Unternehmen kann sich für börsennotierte Gesellschaften aus Art. 17 Abs. 1 MAR sowie § 26 Abs. 1 WpHG ergeben. Emittenten von Wertpapieren haben nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 MAR die Pflicht, Insiderinformationen der Öffentlichkeit unverzüglich offenzulegen. Mit der Pflicht zur Veröffentlichung von Insiderinformationen verknüpft und diese zeitlich flankierend, ist die Pflicht nach § 26 Abs. 1 WpHG. Der Offenlegung zeitlich vorgelagert ist der Betroffene dazu verpflichtet, die Insiderinformationen der BaFin und den Geschäftsführungen der betroffenen Handelsplätze mitzuteilen. Nach der Veröffentlichung müssen die Informationen dem Unternehmensregister im Sinne des § 8b HGB zur Speicherung übermittelt werden.

##### a) Vorliegen einer Insiderinformation iSd Art. 7 Abs. 1 MAR

Um die Publizitätspflichten auszulösen, muss der konkret verdächtige oder bereits festgestellte Gesetzesverstoß eine Insiderinformation darstellen. Grundsätzlich kann sich das Informationsinteresse auf den Gesetzesverstoß selbst beziehen, auf das an den Verstoß geknüpfte Bußgeld, welches seinerseits Risiken und Verluste beim Emittenten hervorruft, sowie auf die Durchführung der verbandsinternen Untersuchung zur Aufklärung des Verstoßes.<sup>560</sup> Eine Information muss für ihre Einordnung als Insiderinformation gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. a) MAR nicht öffentlich bekannt, präzise und kursrelevant sein sowie den Emittenten oder seine Finanzprodukte betreffen. Insbesondere die Merkmale *präzise* und *kursrelevant* bedürfen näherer Betrachtung. Die Klassifizierung einer Information als präzise bestimmt sich nach Art. 7 Abs. 2 MAR. Erforderlich ist, dass sie eine Reihe von Umständen oder Ereignissen betrifft, die bereits gegeben oder eingetreten sind oder künftig eintreten werden, sofern sie einen Rückschluss auf

---

559 Böse, ZStW 2007, 848, 873; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht, § 23 Rn. 4.

560 Vgl. Mülbart/Sajnovits, WM 2017, 2041; Schockenhoff, NZG 2015, 409, 412; Thelen, ZHR 182 (2018), 62, 69.

die Kursentwicklung des Finanzinstruments zulassen. Die Kursrelevanz bestimmt sich nach Art. 7 Abs. 4 Unterabs. 1, 2 MAR. Es kommt darauf an, ob ein verständiger Anleger die Information als Teil seiner Anlageentscheidung nutzen würde.

Die mit dem Verstoß verbundenen finanziellen Lasten stellen präzise Informationen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 S. 1 MAR dar, wenn das Eintreten dieser zukünftigen Ereignisse vernünftigerweise erwartet werden kann. Dafür erforderlich ist eine „realistische Wahrscheinlichkeit“<sup>561</sup> des Eintritts der finanziellen Lasten, wobei zudem „auf die Regeln der allgemeinen Erfahrung“<sup>562</sup> abzustellen ist. Ein bedeutender Gesetzesverstoß im Verband zieht *erfahrungsgemäß* erhebliche finanzielle Lasten, etwa Bußgeldzahlungen sowie Schadensersatzansprüche, nach sich.<sup>563</sup> Die bei einem konkreten Hinweis auf einen Gesetzesverstoß drohenden finanziellen Schäden für den Emittenten stellen Umstände dar, die als präzise Information einzuordnen sind.<sup>564</sup>

Der begangene Gesetzesverstoß selbst stellt ein bereits eingetretenes Ereignis dar, sodass es nicht mehr auf die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts ankommt, sondern die Eigenschaft als präzise Information bejaht werden kann.<sup>565</sup> Stattdessen ist das Augenmerk auf die Kursrelevanz zu richten. Es ist danach zu fragen, ob ein verständiger Anleger bei Kenntnis des Verstoßes diesen in seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde, Art. 7 Abs. 4 MAR.<sup>566</sup> Davon ist bei einem nicht gänzlich unerheblichen Gesetzesverstoß auszugehen.<sup>567</sup> Im Bereich des regulierten Kapitalmarktrechts besteht somit grundsätzlich eine Offenlegungspflicht des Gesetzesverstoßes sowie der drohenden finanziellen Schäden aufgrund der Ad-hoc-Publizitätspflichten.

---

561 Erwägungsgrund Nr. 16 S. 2 VO (EU) Nr. 596/2014, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0596&from=DE> (zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2021).

562 EuGH, Urt. v. 28.6.2012 – Rs. C-19/11, ZIP 2012, 1282, Rn. 44 (Geltl); BGH, Urt. v. 23.4.2013 – II ZB 7/09, NJW 2013, 2114.

563 *Wilken/Hagemann*, BB 2016, 67, 68; *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 412.

564 *Thelen*, ZHR 182 (2018) 62, 74; *Wilken/Hagemann*, BB 2016, 67, 68; *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 412; *Klöhn*, ZIP 2015, 1145, 1151.

565 *Thelen*, ZHR 182 (2018), 62, 77; in diese Richtung auch *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 412.

566 *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 412; *Thelen*, ZHR 182 (2018), 62, 77.

567 Vgl. *Wilken/Hagemann*, BB 2016, 67, 68; *Bicker*, AG 2012, 542, 546 f.; *Winter*, in: FS Hüffer, S. 1103, 1106; *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 6; *Thelen*, ZHR 182 (2018), 62, 78 f.; *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 413.

b) Aufschiebung der Offenlegung nach Art. 17 Abs. 4 MAR

Allerdings kann in bestimmten Fällen die Offenlegung im Wege der Selbstbefreiung gemäß Art. 17 Abs. 4 Unterabs. 1 und 2 MAR sowie § 26 Abs. 4 S. 4 Nr. 3 WpHG i.V.m. § 6 WpAV aufgeschoben werden.<sup>568</sup> Dies ist insbesondere bei Verbandstaten und der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung zur Aufklärung des Verstoßes von Bedeutung. Bestehen etwa konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß, hat sich dieser aber noch nicht als gewiss herausgestellt, besteht für den Vorstand eine Pflicht zur Offenlegung nach Art. 17 Abs. 1 MAR sowie § 26 Abs. 1 WpHG. Dies hat in der Regel schwerwiegende Konsequenzen auf den Börsenkurs sowie die Reputation des Verbands.<sup>569</sup> Dabei kann sich im Laufe der internen Untersuchung des potentiellen Verstoßes herausstellen, dass die Hinweise unbegründet waren, sodass durch die Aufklärung eine Disqualifizierung der Insiderinformation zur bloßen Information vorliegt.<sup>570</sup> Weiterhin ist denkbar, dass die Auswirkungen auf den Börsenkurs und die Reputation des Verbands durch die Aufklärung vermindert werden, etwa weil mehr Informationen geteilt werden können, die die Umstände mildern. Der Aufschiebung der Ad-hoc-Publizität ist jedoch an konkrete Voraussetzungen geknüpft, die sich nach Art. 17 Abs. 4 MAR bestimmen und durch die MAR-Leitlinie des ESMA nach Art. 17 Abs. 11 MAR<sup>571</sup> sowie § 26 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 WpHG i.V.m. § 6 WpAV konkretisiert werden. Die Entscheidung des Vorstands über den Aufschiebung ist gemäß Art. 17 Abs. 4 Unterabs. 1 MAR an drei Voraussetzungen geknüpft. Zunächst muss die unverzügliche Veröffentlichung geeignet sein, die berechtigten Interessen des Emittenten zu beeinträchtigen, Art. 17 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. a) MAR. Im Übrigen darf der Aufschiebung der Offenlegung nicht geeignet sein, die Öffentlichkeit irrezuführen, Art. 17 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. b) MAR. Zuletzt muss der Emittent die Geheimhaltung der Information sicherstellen können, Art. 17 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. c) MAR. Eine nicht abschließende Liste von Fällen, in denen das berechnigte Interesse durch die unverzügliche Veröffentlichung beeinträchtigt ist, findet sich in der MAR-Leitlinie der ESMA.<sup>572</sup> Dabei ist davon auszugehen, dass eine Inter-

---

568 Vgl. ausführlich *Thelen*, ZHR 182 (2016), 81 ff.; *Retsch*, NZG 2016, 1201 ff.

569 Vgl. *Klöhn/Schmolke*, ZHR 2016, 866, 869.

570 *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2041, 2042.

571 MAR-Leitlinie - Aufschiebung der Offenlegung von Insiderinformationen, ESMA/2016/1478 DE, abrufbar unter: [https://www.esma.europa.eu/system/files\\_force/library/esma-2016-1478\\_de.pdf](https://www.esma.europa.eu/system/files_force/library/esma-2016-1478_de.pdf) (zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2021).

572 ESMA/2016/1478 DE, 5.1. lit. a) bis f).

essenabwägung nicht durchzuführen ist.<sup>573</sup> Weiterhin statuiert § 6 WpAV zwei nicht abschließende Fälle, in denen das Interesse des Emittenten an Geheimhaltung das Interesse des Kapitalmarkts an Information *überwiegt*. Wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts findet § 6 WpAV dann keine Anwendung, wenn eine Güterabwägung nach § 6 WpAV zum Ergebnis führt, dass dies mit einer Subsumtion unter Art. 17 Abs. 4 MAR unvereinbar ist.<sup>574</sup> Nach der MAR-Leitlinie des ESMA zählen zu den berechtigten Interessen die Gefährdung von laufenden Verhandlungen, mehrstufigen Unternehmensentscheidungen, Produktneuentwicklungen, geplanten Unternehmenskäufen, bereits erteilten behördlichen Genehmigungen sowie der finanziellen Überlebensfähigkeit des Unternehmens.<sup>575</sup> Weiterhin können auch Reputationsverluste ein berechtigtes Interesse abbilden.<sup>576</sup> Dies wird mit folgender Argumentationslinie begründet: Das Interesse des Emittenten wird durch die Aktionärsinteressen abgebildet.<sup>577</sup> Dieses Interesse ist auf die Maximierung des Fundamentalwerts der Gesellschaft gerichtet. Durch quantifizierbare Reputationsverluste wird es dabei beeinträchtigt.<sup>578</sup> Jedoch ist es nicht ausreichend, dass durch die Publizierung der Ad-hoc-Mitteilung Umstände betroffen wären, die sich bei ihrem Bekanntwerden etwa auf den Börsenkurs auswirken, wenn durch den Aufschub lediglich der Zeitpunkt der Auswirkung verschoben wird.<sup>579</sup> Anders gestaltet sich der Fall jedoch, wenn etwa die Aussicht besteht, dass durch den Aufschub die Kurserheblichkeit entfällt<sup>580</sup> oder – im Falle einer verbandsinternen Untersuchung zur Aufklärung einer Verbandstat

---

573 *Frowein/Berger*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt, HdB. Kapitalmarktinformation, § 10 Rn. 62; *Klöhn*, AG 2016, 423, 430.

574 *Klöhn*, in: Klöhn, MAR, Art. 17 Rn. 169 f.; *Frowein/Berger*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt, HdB. Kapitalmarktinformation, § 10 Rn. 62.

575 ESMA/2016/1478 DE, 5.1. lit. a) bis f).

576 *Klöhn/Schmolke*, ZGR 2016, 866, 877; *Thelen*, ZHR 182 (2018), 62, 87; *Klöhn*, in: Klöhn, MAR, Art. 17 Rn. 236; *Kumpfan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht, Art. 17 Rn. 241 „ausnahmsweise“; **aA** wohl *Veil/Brüggemeier*, in: Meyer/Veil/Rönnau, HdB. Marktmissbrauchsrecht, § 10 Rn. 99, wobei hier auf den Reputationsverlust selbst abgestellt wird und nicht auf die durch den Reputationsverlust herbeigeführten finanziellen Schäden.

577 *Klöhn*, ZHR 178 (2014), 55, 73 ff.; *ders.*, in: Köln. Komm. WpHG, § 15 Rn. 190 ff.; *Klöhn/Schmolke*, ZGR 2016, 866, 875; *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2001, 2004; wohl auch *Dreher*, ZWeR 2009, 397, 402; *ders.*, WuW 2010, 731, 736 f.

578 Vgl. ausführlich *Klöhn/Schmolke*, ZGR 2016, 866; *Klöhn*, in: Klöhn, MAR, Art. 17 Rn. 235 ff.

579 *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2041, 2042; *Klöhn/Schmolke*, ZGR 2016, 866, 877 f.

580 *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2041, 2042; *Klöhn/Schmolke*, ZGR 2016, 866, 878.

– die Informationen noch unvollständig oder ungewiss sind, sodass die Publizität die Durchführung der verbandsinternen Untersuchung, die Verfolgung der Verantwortlichen und die Anpassung des Compliance-Systems erschwert.<sup>581</sup>

Jedoch kann der Aufschub trotz berechtigtem Interesse an einer potenziellen Irreführung der Öffentlichkeit scheitern. Dies kommt bei einer Verbandstat etwa in Betracht, wenn die öffentlich bekannt gemachten finanziellen Ziele des Emittenten wegen der Verbandstat aller Wahrscheinlichkeit nach nicht erreicht werden.<sup>582</sup> Weiterhin auch, wenn die Verbandstat Rückstellungen nach § 249 Abs. 1 HGB erforderlich macht.<sup>583</sup> Auch muss die Geheimhaltung der Information während des Aufschubs sichergestellt sein. Dies kann bei einem Gesetzesverstoß, an dem potenziell eine Vielzahl von Personen involviert sind, schwierig sein.<sup>584</sup> Letztlich kommt es auf den Einzelfall an, ob eine Aufschubentscheidung die Anforderungen des Art. 17 Abs. 4 Unterabs. 1 MAR erfüllt.<sup>585</sup>

## 5. Meldepflicht nach § 153 AO

Eine Offenlegungspflicht in Bezug auf eine Verbandstat kann sich weiter im Bereich des Steuerrechts aus § 153 AO ergeben. Danach muss bei nachträglich erkannter Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der abgegebenen Steuerklärung eine Anzeige und Berichtigung erfolgen, § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO. Eine solche steuerrechtliche Relevanz kann sich nicht nur bei Steuerhinterziehungen ergeben, sondern etwa auch bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht oder im Falle von Korruptionsdelikten.<sup>586</sup>

---

581 *Thelen*, ZHR 182 (2018), 62, 87; *Klöhn/Schmolke*, ZGR 2016, 866, 878; im Ergebnis ebenso: *Wilken/Hagemann*, BB 2016, 67, 71.

582 ESMA, MAR-Leitlinien – Aufschub der Offenlegung von Insiderinformationen, ESMA/2016/1478 DE, 5.2. Rdn. 9 lit. b), S. 6; BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C: Ad-hoc-Publizität und Insiderhandelsverbote, Aufschub nach Art. 17 Abs. 4 MAR, abrufbar unter: [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Emittentenleitfaden/Modul3/Kapitel1/Kapitel1\\_3/Kapitel1\\_3\\_3/kapitel1\\_3\\_3\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Emittentenleitfaden/Modul3/Kapitel1/Kapitel1_3/Kapitel1_3_3/kapitel1_3_3_node.html) (zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2021); *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2041, 2044; *Thelen*, ZHR 182 (2018), 62, 92.

583 Vgl. ausführlich *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2041, 2044.

584 *Thelen*, ZHR 182 (2018), 62, 92 f.; *Wilken/Hagemann*, BB 2016, 67, 71; ausführlich *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2041, 2044 ff.

585 Ebenso: *Mülbert/Sajnovits*, WM 2017, 2001, 2006.

586 *Zimmer/Weigl*, CCZ 2019, 21, 22; *Schockenhoff*, NZG 2015, 409, 410; ausführlich *Werder/Rudolf*, BB 2015, 665 ff.

## 6. Zwischenergebnis

Es besteht keine branchenunabhängige Meldepflicht. Ob beim Vorliegen einer Verbandstat eine Offenlegung gegenüber den staatlichen Verfolgungsbehörden erfolgen muss, ist eine unternehmerische Entscheidung, die der Vorstand der AG nach den Grundsätzen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu treffen hat. In regulierten Branchen bestehen hingegen bestimmte Meldepflichten. Nach § 23 Abs. 1 WpHG hat eine Meldung der Verbandstat für den Fall zu erfolgen, dass eine Beteiligung eines Bankmitarbeiters an einem anzeigepflichtigen Geschäft erfolgt. Weiterhin kann sich aus Art. 17 Abs. 1 MAR, § 26 Abs. 1 WpHG eine Meldepflicht ergeben, wobei Adressat die Öffentlichkeit ist und gerade nicht die staatlichen Verfolgungsbehörden. Im Bereich des Steuerrechts kann sich ebenfalls eine Meldepflicht aus § 153 AO ergeben.

## IV. Kooperationspflicht

Über die reine Mitteilung des Vorliegens einer Verbandstat hinaus geht die Kooperation mit den Behörden. Bei der Kooperation werden die Behörden nicht nur in Kenntnis gesetzt, dass es zu Verstößen kam, sondern weiterhin etwa mit den Ergebnissen einer bereits durchgeführten verbandsinternen Untersuchung versorgt. Es stellt sich die Frage inwiefern Unternehmen zu einer Kooperation nach dem Kartellrecht (1.) sowie nach dem Aktiengesetz (2.) verpflichtet sein können.

### 1. Kartellrecht

Einen rechtlichen Rahmen in Bezug auf Kooperationen zwischen Unternehmen und Behörden bei Verstößen gegen das Gesetz kennt zunächst das Kartellrecht. Durch die 10. GWB-Novelle, welche der Umsetzung der „ECN-Plus-Richtlinie“<sup>587</sup> dient, wurden erstmals Regelungen in Bezug auf Kronzeugenprogramme gesetzlich kodifiziert, die die Bonusregelung

---

587 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019, L 11/3.

des Bundeskartellamts (BKartA) ablösen.<sup>588</sup> Die Umsetzung der Art. 17 bis Art. 23 ECN-Plus-Richtlinien, die sich mit den kartellrechtlichen Kronzeugenregelungen befassen, erfolgt durch Einführung der §§ 81h bis 81n GWB.<sup>589</sup> Den Anfang bildet die Norm des § 81h GWB, indem sie den Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Kronzeugenprogramms definiert. Erfasst sind geheime Kartelle sowie alle horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>590</sup> Die allgemeinen Voraussetzungen für eine Kronzeugenbehandlung, die auf Antrag im Sinne des § 81i GWB erfolgen muss, sind in § 81j GWB geregelt. Inhaltlich entsprechen die Regelungen weitestgehend jenen in der Bonusregelung<sup>591</sup> des BKartA.<sup>592</sup>

Die Bonusregelung findet ausweislich ihres Wortlauts ausschließlich Anwendung auf Kartelle, insbesondere Preis-, Quoten-, Kunden- und Gebietsabsprachen sowie Submissionsabsprachen. Keine Anwendung findet sie auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und einseitig missbräuchliches Verhalten nach §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV.<sup>593</sup> Das BKartA erlässt einem Kartellbeteiligten das Bußgeld nach Abschnitt B, Rn. 3 der Bonusregelung, wenn vier Voraussetzungen erfüllt werden. Erstens muss sich der Kartellbeteiligte als erster an das BKartA wenden, bevor dieses über ausreichend Beweismittel verfügt, um einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken. Zweitens muss er das BKartA durch mündliche und schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel in die Lage versetzen, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken. Drittens darf er nicht alleiniger Anführer des Kartells gewesen sein oder andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen haben und viertens muss er ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem BKartA zusammenarbeiten. Nach Abschnitt B, Rn. 4 sind weitere Voraussetzungen genannt, wonach die Geldbuße *in der Regel* erlassen wird. Sie entsprechen im Wesentlichen den Voraussetzungen nach Rn. 3 mit der Modifikation, dass der Beitrag des Kartellbeteiligten nicht dazu führen muss, dass ein Durchsuchungsbeschluss erwirkt, sondern dazu, dass der Nachweis der Tat erbracht werden kann.<sup>594</sup>

---

588 Roth, WuW 2021, 10; Bosch, NJW 2020, 1713, 1714; Kahlenberg/Rablmeier/Giese, BB 2021, 579, 588; Lettl, WM 2020, 2353.

589 Giese et al., NZKart 2020, 646, 648; Roth, WuW 2021, 10, 11.

590 Giese et al., NZKart 2020, 646, 648.

591 Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006.

592 Kahlenberg/Rablmeier/Giese, BB 2021, 579, 588; Klumpp, NZKart 2020, 9, 12.

593 Klusmann, Wiedemann, Kartellrecht, § 57, Rn. 124.

594 Klusmann, Wiedemann, Kartellrecht, § 57, Rn. 125.



Liegen die Voraussetzungen der Rn. 3 und 4 des Bonusregelung nicht vor, so kommt nach Abschnitt C, Rn. 5 eine Ermäßigung um bis zu 50 % in Betracht. Erforderlich ist, dass der Kartellbeteiligte mündlich oder schriftlich Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel vorlegt, die wesentlich zum Nachweis der Tat beitragen, und ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem BKartA zusammenarbeitet.

Des Weiteren treffen den Kartellbeteiligten umfassende Kooperationspflichten nach Abschnitt D, Rn. 6 – 10 der Bonusregelung, die die unverzügliche Einstellung der Teilnahme am Kartell nach Aufforderung des BKartA, die Übermittlung aller ihm zugänglichen Informationen und Beweismittel an das BKartA, die die vertrauliche Behandlung der Zusammenarbeit umfassen sowie die Nennung aller an der Kartellabsprache beteiligten (ehemaligen) Beschäftigten. Abschnitt E, Rn. 11 bis 20 betreffen die Erklärung der Bereitschaft zur Zusammenarbeit (Marker) und den Antrag (Rn. 11 – 17) sowie die Zusicherung des BKartA (Rn. 18- 20). Abschnitt F, Rn. 21 bis 24 betreffen die Vertraulichkeit der an das BKartA übermittelten Informationen (Rn. 21, 22), den Ausschluss der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils und der Anordnung des Verfalls im Falle des Bußgelderlasses (Rn. 23) sowie die zivil- und strafrechtlichen Folgen (Rn. 24).

Die Normen des §§ 81j - § 81l GWB entsprechen im Wesentlichen den Abschnitten B bis D, Rn. 3 bis 10 der Bonusregelung. Die Regelungen in §§ 81m, 81n GWB entsprechen dem Abschnitt E, Rn. 11- 20. Dabei sind in den Normen enthaltenen Verhaltensanforderungen jedoch weder rechtlich erzwingbar noch durchsetzbar.<sup>595</sup> Mithin besteht keine Kooperationspflicht nach dem GWB.

## 2. Aktiengesetz

Im Aktiengesetz findet sich ebenfalls keine Norm, die eine Verpflichtung der Gesellschaft zu Kooperation oder eine Verpflichtung des Vorstands zur Erfüllung der Vorgaben in §§ 81j – l GWB enthält. Stattdessen stellt die Entscheidung über die Nutzung eine unternehmerische Entscheidung iSd § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dar, sodass es im Ermessen des Vorstands liegt, eine Kooperation zum Zwecke des Erlasses oder der Ermäßigung der Geldbuße

---

<sup>595</sup> Roth, WuW 2021, 10, 13.

einzugehen.<sup>596</sup> Eine mittelbare Pflicht zur Nutzung der Kronzeugenregelung wird über den drohenden Schadensersatzanspruch nach § 93 Abs. 2 AktG im Einzelfall begründet. Dies ist der Fall, wenn die Erfüllung der Vorgaben des § 81k iVm § 81j GWB möglich ist, sodass der Nachteil der Offenlegung der Kartellbeteiligung und etwaiger zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche Dritter, der überwiegende Vorteil des Geldbußerlasses gegenübersteht.<sup>597</sup>

## V. Zwischenergebnis

Den Vorstand trifft aufgrund seiner Legalitätskontrollpflicht, die ihre Grundlage in den §§ 76, 93 AktG hat, eine Pflicht zur Aufklärung einer verdächtigen bzw. einer festgestellten Verbandstat. Hinsichtlich der Art und Weise der Aufklärung wird ihm jedoch ein Ermessen zugebilligt, welches sich mangels alternativer Aufklärungsmöglichkeiten zu einer Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung verdichtet. Hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung steht dem Vorstand Ermessen zu.

Es besteht keine branchenunabhängige Mitteilungspflicht. Nach § 23 Abs. 1 WpHG, Art. 17 Abs. 1 MAR, § 26 Abs. 1 WpHG sowie § 153 AO kann sich eine Meldepflicht für bestimmte Bereiche ergeben.

Es besteht weder eine allgemeine noch eine besondere Kooperationspflicht beim Vorliegen einer Verbandstat. Stattdessen hat der Vorstand auch eine unternehmerische Entscheidung zu treffen, inwiefern eine Kooperation mit den staatlichen Verfolgungsbehörden im Unternehmensinteresse liegt.

---

596 Harbarth, in: GS Winter, S. 215, 220; Säcker, WuW 2009, 362, 367; Böttcher, Gesellschaftsrechtlicher Zwang zur Nutzung kartellrechtlicher Kronzeugenregelungen, S. 87 – 96, 175; in diese Richtung auch Dreher, ZWeR 2009, 397, 402.

597 Vgl. Böttcher, Gesellschaftsrechtlicher Zwang zur Nutzung kartellrechtlicher Kronzeugenregelungen, S. 176; in diese Richtung auch Säcker, WuW 2009, 362, 367 f.; Hugger, ZHR 179 (2015), 214, 222.