

Compliance durch Wissen

Anforderungen an die Wissensorganisation im Recht

Roland Broemel*

A. Unternehmensinterne Wissensordnung als Faktor der Normbefolgung	63	2. Organisationspflichten im Wettbewerbsrecht und gewerblichen Rechtsschutz	75
I. Bereichsspezifische Compliance durch Wissensorganisation	64	3. Wissenszurechnung als Obliegenheit zur Wissensorganisation	76
1. Organisatorische Rahmenbedingungen der Einhaltung von Normen	64	B. Entstehung mittelbarer Anforderungen an die Wissensorganisation	78
a. Gewährleistung einer unabhängigen und kompetenten Risikoanalyse	65	I. Zivilrechtliche Zurechnung als richterrechtliche Wissensregeln	78
b. Auf Risikoanalyse abgestimmte Aufgaben und Befugnisse der Compliance-Funktion	66	II. Verdichtung der Haftungsregelungen zu mittelbaren Organisationsvorgaben	80
2. Optimierung der Informationsflüsse statt Zugriff auf unternehmensinterne Entscheidungen	68	1. Faktische Anreize zur Haftungsvermeidung im Kartellrecht	81
3. Organisationsvorgaben als funktionales Äquivalent für materielle Vorgaben	70	a. Haftung im Konzern	81
4. Arbeits- und datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen	71	b. Bußgeldreduzierende Wirkung von Compliance-Programmen?	83
II. Implizite Anforderungen an die Wissensorganisation	73	2. Gesellschaftsrechtliche Pflichten zu organisatorischen Vorkehrungen	85
1. Deliktsrechtliche Organisationspflichten	73	3. Strafrechtliche Organisationspflichten: Geschäftsherrenhaftung und Garantspflicht	87
		C. Fazit	89

Die Redensart von der Unwissenheit, die vor Strafe nicht schützt, spricht das Verhältnis von Wissen zu Recht in mancher Hinsicht eingängig, wenn auch nicht in jeder Hinsicht zutreffend an. Als Appell an den Einzelnen, sich um die für ihn geltenden rechtlichen Regelungen wie auch die tatsächlich bestehenden Risiken von Rechtsverstößen zu kümmern, hat sie eine gewisse Berechtigung, auch wenn manche Unwissenheit schlechthin oder zumindest nach dem Maßstab verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht vermeidbar ist und dadurch in vielen Fällen zivil- und strafrechtlich folgenlos bleibt. Dahinter steht jedenfalls die zutreffende Prämisse, dass Normbefolgung Wissen über drohende Rechtsverstöße voraussetzt. Zu einfach, gleichwohl für den rechtlichen Zugriff aber zu einem gewissen Grad typisch wäre eine Lesart, nach der sich das Recht mit dem Wissen über potentielle Rechtsverstöße von vorne herein nicht zu beschäftigen bräuchte, da Unwissenheit schließlich nicht vor Strafe schütze, die Wissensfrage das Recht also gewissermaßen unberührt lasse. Eine solchermaßen implizierte Trennung der rechtlichen Ge- und Verbote von dem Wissen

* Jun.-Prof. Dr. Roland Broemel, Maître en Droit, ist Juniorprofessor für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg.

über potentielle Rechtsverstöße blendet die Wissensdimension als Facette rechtlicher Gestaltung¹ aus. Das Recht stellt an unterschiedlichen Stellen teils implizit teils explizit Vorgaben an eine Wissensorganisation auf, um die Durchsetzung von Ge- und Verboten zu gewährleisten. Bereichsspezifische Compliance-Regime im Wertpapierrecht, Bank- und Versicherungsrecht bilden reflexive Regelungsstrukturen, die zur Vermeidung von Rechtsverstößen laufend Risikowissen generieren und an die zur Geschäftsleitung und Kontrolle zuständigen Organe weiterleiten. Sie begünstigen unternehmensintern die Normbefolgung, ohne die Entscheidungsrationalität im Übrigen zu verändern (A. I.). Demgegenüber geht das allgemeine Zivilrecht von dem Grundsatz der Eigenverantwortung des Einzelnen bei der Vermeidung von Rechtsverstößen aus, enthält jedoch als Kehrseite dieser Eigenverantwortung insbesondere über Zurechnungs- und Haftungsregeln schon immer implizite Anforderungen an die Wissensorganisation (A. II.). Die Rechtsprechung konkretisiert Organisations-, Sorgfalts- und Prüfpflichten, indem sie die Relevanz von Organisation für die Wissensgenerierung und Normbefolgung im Einzelfall abschätzt und organisationsbezogene, von den zu Grunde liegenden Tatbeständen zu einem gewissen Grad abstrahierte Anforderungen formuliert (B. I.). Sind solche organisationsbezogenen Anforderungen einmal rechtlich fixiert, begünstigt die Kombination aus unternehmensexternen und unternehmensinternen Haftungsrisiken die Entstehung von Standards einer unternehmensinternen Wissensorganisation als Teil der Corporate Governance (B. II.).

A. Unternehmensinterne Wissensordnung als Faktor der Normbefolgung

Während der Gesetzgeber in einigen Bereichen bereichsspezifische Vorgaben an die Wissensorganisation formuliert (I.), stellt die Rechtsprechung im allgemeinen Zivilrecht an unterschiedlichen Stellen implizite Anforderungen an die unternehmensinterne Wissensorganisation auf (II.).

1 Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur H. C. Röhl (Hrsg.), *Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts*, 2010; T. Vesting, *Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, § 20; K.-H. Ladeur, *Die Informationsinfrastruktur der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, aaO, § 21; M. Albers, *Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, aaO, § 22; I. Spiecker gen. *Döhmann*/P. Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, 2008; M. Reinhardt, *Wissen und Wissenszurechnung im Öffentlichen Recht*, 2010; P. Collin/T. Horstmann (Hrsg.), *Das Wissen des Staates*, 2004.

I. Bereichsspezifische Compliance durch Wissensorganisation

Ansatzpunkt der im Bank-, Wertpapier- und Versicherungsrecht in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben² vorgesehenen Compliance-Funktion³ ist es, Rechtsverstöße durch ein unternehmensinternes Wissensmanagement zu vermeiden.⁴ Dieser Ansatz, die Normeinhaltung durch Wissensorganisation zu gewährleisten, spiegelt sich in der unternehmensinternen Stellung sowie den Befugnissen des Compliance-Beauftragten wider (1.) und unterscheidet diesen von anderen öffentlich-rechtlich Beauftragten, die als funktionelles Äquivalent hoheitlicher Aufsicht durch staatliche Innensteuerung verstanden werden können (2.). Schließlich instrumentalisiert das Wertpapierrecht wissensbezogene Organisationsvorgaben nicht nur zur Gewährleistung effektiver Umsetzung, sondern macht teilweise auch die Reichweite der für Wertpapierdienstleister geltenden materiell-rechtlichen Verhaltenspflichten von der Wirksamkeit organisationsbezogener Maßnahmen abhängig (3.). Die Ausgestaltung einer solchen Compliance-Funktion unterliegt allerdings arbeits- und datenschutzrechtlichen Grenzen (4.).

1. Organisatorische Rahmenbedingungen der Einhaltung von Normen

Bereichsspezifische Compliance-Funktionen zielen darauf, durch organisatorische Ausgestaltung Informationen über potentielle Rechtsverstöße zu generieren und die Unternehmensleitung oder das Kontrollorgan dadurch in die Lage zu versetzen, Rechtsverstöße abzustellen und Risiken zu vermindern. Zu diesem Zweck sind die organisatorischen Vorgaben auf die Gewährleistung einer angemessenen Risikoanalyse sowie die Umsetzung adäquater Maßnahmen durch die Unternehmensleitung ausgerichtet.

2 Für das Wertpapierrecht Art. 13 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 92/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABIEU Nr. L 145 v. 30. April 2004, S. 1 ff.; Art. 6 Richtlinie 2006/73/EG der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, ABIEU Nr. L 241 vom 2. September 2006, S. 26 ff.; für das Versicherungsrecht Art. 46 Solvency II-Richtlinie, Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABIEU Nr. L 335 vom 17. Dezember 2009, S. 1 ff.

3 § 25 a Abs. 1 KWG; § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG; § 64 a Abs. 1 VAG.

4 Einen anderen, allgemein auf die Begünstigung einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung gerichteter Ansatz verfolgt das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, dazu und zu den Folgen für die Arbeit des Aufsichtsrats B. *Dauner-Lieb*, Der Konzern 2009, S. 583 (584 ff., 591 ff.); B. *Dauner-Lieb/A. von Preen/S. Simon*, Der Betrieb 2010, S. 377 (380 ff.) sowie zum Selbstbehalt in der Vorstandschaft B. *Dauner-Lieb/P. Tettinger*, ZIP 2009, S. 1555 ff. und B. *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2011, § 93 AktG Rn. 55 ff.; zu Haftungsrisiken im Versicherungsrecht C. *Armbrüster*, VersR 2009, S. 1293 ff.

a. Gewährleistung einer unabhängigen und kompetenten Risikoanalyse

Die institutionelle Ausgestaltung des mit der Compliance-Funktion beauftragten Mitarbeiters ist durch die Anforderungen an die Unabhängigkeit, die fachliche Qualifikation der Beauftragten sowie die innerorganisatorischen Rechte auf die Gewährleistung einer umfassenden Risikoanalyse ausgerichtet.

Ausdruck dieser institutionellen Ausgestaltung ist zunächst die spezifische Form der Unabhängigkeit von Compliance-Beauftragten. Als in die Unternehmensorganisation eingebundener Teil des Unternehmens arbeiten Compliance-Beauftragte trotz der normativen Vorgabe einer unabhängigen Aufgabenwahrnehmung⁵ nicht gänzlich weisungsfrei.⁶ Eine gewisse Unabhängigkeit von fachlichen Weisungen aus den einzelnen jeweils betroffenen Abteilungen ergibt sich aber organisatorisch aus der Beschränkung der Weisungsberechtigten auf die Spitze der Unternehmensleitung. Nach den Mindestanforderungen Compliance der Bafin⁷ ist der Compliance-Beauftragte fachlich ausschließlich gegenüber der Geschäftsleitung weisungsgebunden.⁸ Eine Delegation der Weisungsbefugnis des Vorstands auf einen Vorstandsvertreter oder eine andere, unterhalb der Vorstandsebene angesiedelte Führungskraft ist danach nicht zulässig.⁹ Die Kompetenzen der Compliance-Funktion, also sowohl die Zuständigkeiten als auch die Befugnisse, sind transparent zu dokumentieren.¹⁰

Ebenfalls der Unabhängigkeit dienen die anderen Anforderungen an die organisatorische Trennung. Dazu zählt neben der Separation der mit Compliance-Funktionen befassten Mitarbeiter vom operativen Geschäft¹¹ vor allem die grundsätzliche Einrichtung der Compliance-Funktion als selbständige Organisationseinheit,¹² die

5 § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG.

6 D. Eisele/A. Faust, Verhaltensregeln und Compliance, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 109 Rn. 99; T. Lösler, NZG 2005, S. 104 (107); T. Fett, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar, 2010, § 33 WpHG Rn. 26 m.w.N.; differenzierend T. Klopp, Der Compliance-Beauftragte, Berlin 2012, S. 199 ff.; anders R. Veil, WM 2008, S. 1093 (1097) im Hinblick auf das in § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG verfolgte öffentliche Interesse: kein Recht des Vorstands, dem Compliance-Beauftragten „Vorgaben bezüglich der Beseitigung von Unzulänglichkeiten“ zu machen. Für die Beseitigung von Gesetzesverstößen ist jedoch nicht der Compliance-Beauftragte, sondern der Vorstand unmittelbar zuständig.

7 Bafin, Rundschreiben 4/2010, Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom 7.6.2010 – MaComp.

8 BT 1.1.1 der MaComp, Ziffer 1; vgl. auch Ziffer 4; T. Lösler, WM 2008, S. 1098 (1104); H. Schäfer, BKR 2011, S. 45 (48); I. Koller, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, § 33 Rn. 30.

9 H. Schäfer, BKR 2011, S. 45 (48); M. Casper, Der Compliance-Beauftragte – unternehmensinternes Aktienamt, Unternehmensbeauftragter oder einfacher Angestellter?, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, Köln 2009, S. 199 (210), L. Röb, BB 2008, S. 398 (403); G. Spindler, WM 2008, S. 905 (911).

10 Ziffer 6, BT 1.1.2 der MaComp.

11 § 12 Abs. 4 S. 4 WpDVerOV; Ziffer 2, BT 1.1.1 der MaComp; T. Klopp, Compliance-Beauftragter (Fn. 6), S. 207 f.

12 Ziffer 3, BT 1.1.1 der MaComp, näher zur Ausgestaltung I. Koller, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, § 33 Rn. 18 ff.

grundsätzlich sogar separat neben und gleichgestellt¹³ mit anderen mit Kontrollaufgaben befassten Unternehmenseinheiten, insbesondere der internen Revision, eingerichtet werden soll.¹⁴ Auf die Gewährleistung der Unabhängigkeit zielen umstrittene¹⁵ Empfehlungen der Bafin zur Mindestdauer der Ernennung eines Compliance-Beauftragten einschließlich der Kündigungsfristen¹⁶ sowie zu dessen Gehaltsstruktur.¹⁷ Der Unabhängigkeit in der Aufgabenwahrnehmung dient zudem auch das von der Bafin für die Compliance-Funktion vorgesehene eigene Budget,¹⁸ vor dessen Festlegung der Compliance-Beauftragte anzuhören ist¹⁹ und das vor allem eine unbeeinflusste Verfügbarkeit der finanziellen Mittel gewährleistet.²⁰ Darüber hinaus stellen Anforderungen an die fachliche Qualifikation und Zuverlässigkeit der mit Compliance-Aufgaben betrauten Mitarbeiter²¹ die inhaltliche Qualität der Risikoanalyse sicher.

b. Auf Risikoanalyse abgestimmte Aufgaben und Befugnisse der Compliance-Funktion

Die Ausrichtung der Compliance-Funktion auf Organisationsstrukturen, die Rechtskonformität durch Information begünstigen, ohne sie aufsichtsrechtlich zu erzwingen, schlägt sich in den Befugnissen der Compliance-Beauftragten nieder. Sie sind in sämtliche betriebliche Abläufe, insbesondere in die Entwicklung neuer Finanzprodukte, einbezogen.²² Diese umfassende und frühzeitige Einbindung zielt auf die Effektivität der Compliance-Funktion, kann dadurch zugleich den unternehmensinternen Entwicklungsprozess verbessern und einen Mehrwert für Unternehmen schaffen.²³ Den organisatorischen Charakter der Compliance-Funktion legen ihre innerbetrieblichen Befugnisse offen. Obwohl die Bafin bei der Formulierung der Mindest-

13 Ziffer 7, BT 1.1.1 der MaComp sieht eine „Orientierung“ hinsichtlich Stellung, Befugnisse und Vergütung von Compliance-Beauftragten an den Leitern anderer mit Kontrollaufgaben befasster Leitungspositionen wie dem Leiter der Revision, des Risikocontrollings und der Rechtsabteilung des Wertpapierdienstleistungsunternehmens vor.

14 Ziffer 4, BT 1.1.1 der MaComp.

15 Kritisch sowohl zur Wirkung wie auch zur rechtlichen Fundierung *T. Lösler*, WM 2008, S. 1098 (1103); *G. Spindler*, WM 2008, S. 905 (910).

16 Ziffer 6, BT 1.1.1 der MaComp; allgemein zur kündigungsrechtlichen Stellung von Compliance-Beauftragten *T. Klopp*, Compliance-Beauftragter Beauftragter er (Fn. 6), S. 297 ff.

17 Vgl. die Restriktionen von erfolgsabhängigen Boni in Ziffer 8, BT 1.1.1 der MaComp.

18 § 12 Abs. 4 S. 3 WpDVerOV; *T. Klopp*, Compliance-Beauftragter (Fn. 6), S. 208 f.

19 Ziffer 4, BT 1.1.2 der MaComp.

20 *D. Eisele/A. Faust*, Verhaltensregeln und Compliance (Fn. 6), § 109 Rn. 100 a.

21 § 12 Abs. 4 S. 3 WpDVerOV; Ziffer 2 und 3, BT 1.1.2 der MaComp sowie weitergehend und unter Verknüpfung mit einer Anzeigepflicht zukünftig § 34 d Abs. 3 WpHG nF.

22 So ist die Compliance-Funktion nach Ziffer 3, BT 1, 2 der MaComp insbesondere in die Prozesse zur Ausgestaltung und Prüfung neuer Produkte sowie in die Erschließung neuer Geschäftsfelder, Dienstleistungen, Märkte oder Handelsplätze einzubeziehen. Nach Ziffer 1 S. 2 der AT 6 MaComp ist zudem eine prozessbegleitend als auch präventiv tätige Compliance-Funktion erforderlich; *T. Fett*, in: *Schwarz/Zimmer*, Kapitalmarktrechtskommentar, 2010, § 33 WpHG Rn. 28.

23 Vorteile eines Risikomanagements können sich etwa durch schnellere Reaktionsmöglichkeiten des Managements und günstigere Konditionen bei der Beschaffung von Fremdkapital ergeben *S. Powell*, GWR 2010, S. 28 f.; freilich bedürfte es insoweit keiner Empfehlung durch die Bafin.

anforderungen an die Compliance-Funktion stellenweise Interventionsrechte des Compliance-Beauftragten bei Produktgenehmigungsprozessen anspricht,²⁴ stehen dem Compliance-Beauftragten grundsätzlich²⁵ keine Weisungs-, Entscheidungs- oder Vetobefugnisse in operativen oder strategischen Fragen zu.²⁶

Im Übrigen ergeben sich Weisungsbefugnisse des Compliance-Beauftragten insoweit, als es zur Erfüllung der Informationsaufgabe der Compliance-Funktion erforderlich ist, also zur Durchsetzung des Zugangs zu compliancerelevanten Informationen und Vorgängen innerhalb des Unternehmens.²⁷ Maßnahmen zur Beendigung von Rechtsverstößen kann der Compliance-Beauftragte hingegen nicht unmittelbar, etwa durch Weisung, durchsetzen,²⁸ sondern die organisatorischen Vorgaben zielen darauf, die Beseitigung von Rechtsverstößen durch das unternehmensintern zuständige Organ zu begünstigen. Instrument des Compliance-Beauftragten ist deshalb nicht ein eigenes Weisungsrecht, sondern eine Pflicht zur Dokumentation der Risikobewertung,²⁹ zur Information der unternehmensintern zuständigen Stelle einschließlich der Empfehlung von Gegenmaßnahmen sowie ein Recht zur Eskalation, also zur Kontaktierung der nächsthöheren Stelle innerhalb der Unternehmenshierarchie.³⁰ Die unternehmensinterne Durchsetzung von Compliance-Maßnahmen erfolgt damit wesentlich über die Regelung der unternehmensinternen Informationsflüsse, insbesondere durch das Eskalationsrecht des Compliance-Beauftragten, spiegelbildlich ergänzt durch das Recht des Aufsichtsorgans, Informationen unmittelbar beim Compliance-Beauftragten einzuholen.³¹

Die typischen Handlungsinstrumente des Compliance-Beauftragten unterstützen einerseits die analytische, andererseits die präventive Funktion von Compliance. Re-

24 Ziffer 3 S. 2, BT 1.1.2 der MaComp.

25 Zur Ausnahme in § 12 Abs. 3 S. 2 WpDVerOV siehe Fn. 47 sowie *I. Koller*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, § 33 Rn. 33.

26 Dementsprechend ist nach Ziffer 4 S. 2, BT 1.1.1 der MaComp die Einschätzung des Compliance-Beauftragten, ein bestimmtes Finanzinstrument sei auf Grund von Compliance-Risiken nicht zur Aufnahme in den Vertrieb zuzulassen, als Empfehlung eingeordnet. Die Durchsetzung dieser Empfehlung soll nach diesem Ansatz grundsätzlich mittelbar über das Eskalationsrecht erfolgen; *D. Eisele/A. Faust*, Verhaltensregeln und Compliance (Fn. 6), § 109 Rn. 105, auch zu den speziellen Zuweisungen von Eingriffsrechten; *T. Lösler*, WM 2008, S. 1098 (1102); *aA R. Veil*, WM 2008, S. 1093 (1098): das Wertpapierdienstleistungsunternehmen habe den Compliance-Beauftragten mit entsprechenden Rechten auszustatten. In der Praxis sehen Wertpapierdienstleistungsunternehmen in den internen Compliance-Richtlinien teilweise Stornierungsrechte des Compliance-Beauftragten bei kritischen Wertpapiergeschäften vor, näher *D. Eisele*, aaO, § 109 Rn. 105, Fn. 340.

27 § 12 Abs. 4 S. 3 WpDVerOV; näher Ziffer 1, BT 1.1.2 der MaComp: Einbindung in sämtliche relevante, also potentiell bedeutsame Informationsflüsse, Zugang zu sämtlichen relevanten Informationen, uneingeschränktes Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrecht aus eigener Initiative.

28 *AA R. Veil*, WM 2008, S. 1093 (1098).

29 Ziffer 8, BT 1.1.2 der MaComp.

30 Vgl. § 12 Abs. 4 S. 2 WpDVerOV; allgemein zum Eskalationsrecht *J. Rodewald/U. Unger*, BB 2007, S. 1629 (1632 f.); *T. Klopp*, Compliance-Beauftragter (Fn. 6), S. 221 ff.

31 Anders, für eine Abhängigkeit des Aufsichtsrats vom Vorstand beim Einholen von Informationen *R. Veil*, WM 2008, S. 1093 (1097), Fn. 73, mwN.

gelmäßige, unangekündigte Kontrollen³² sowohl der von den jeweils zuständigen Fachbereichsleitern getroffenen Kontrollmaßnahmen³³ als auch der unmittelbaren operativen Tätigkeit vor Ort sowie Einrichtungen wie eine whistle-blowing-Hotline,³⁴ die eine anonyme Weitergabe von Hinweisen über Gesetzesverstöße ermöglicht, zielen auf die Nutzung ansonsten nicht erreichbarer Informationsquellen. Präventiv stellen Dienstanweisungen³⁵ und Schulungen³⁶ den Mitarbeitern des Unternehmens eine Grundlage bereit, um die teilweise komplexen materiell-rechtlichen Anforderungen zu kennen und für die Grenzen des rechtlich Erlaubten und die Bedeutung rechtskonformen Verhaltens sensibilisiert zu sein.³⁷

2. Optimierung der Informationsflüsse statt Zugriff auf unternehmensinterne Entscheidungen

Durch den auf die Optimierung der unternehmensinternen Informationsflüsse ausgerichteten Ansatz unterscheidet sich der Compliance-Beauftragte von anderen öffentlich-rechtlich vorgesehenen Beauftragten, die auf der Grundlage eigener Entscheidungskompetenzen und Kooperationspflichten mit Behörden aufsichtsähnliche Aufgaben wahrnehmen.

Die in einer Vielzahl von Fachgesetzen geschaffenen Unternehmens- oder Betriebsbeauftragten bilden eine Art „staatliche Innensteuerung durch organisatorische Einwirkung“,³⁸ die in ganz unterschiedlichen Regelungskontexten als funktionales Äquivalent für aufsichtsrechtliche Außensteuerung deren strukturelle Nachteile, insbesondere die Informationsdefizite von Ordnungsbehörden und den Ressourcenaufwand, überwindet.³⁹ Die Ableitung gemeinsamer Merkmale dieser unterschiedlichen bereichsspezifischen Beauftragten aus ihrer Funktion,⁴⁰ etwa ihre Bestellung auf Grund gesetzlicher Vorschriften, die gesetzliche Zuweisung bestimmter Aufgaben und Kompetenzen und ihre unternehmensinterne Verpflichtung auf die Gewährleis-

32 Zu den laufenden Kontrollverfahren *D. Eisele/A. Faust*, Verhaltensregeln und Compliance (Fn. 6), § 109 Rn. 166 ff.

33 *H. Schäfer*, BKR 2011, S. 45 (48).

34 *T. Kremer/C. Klabold*, ZGR 2010, S. 113 (127 und 133 f.); *G. Wecker/S. Galla*, Pflichten der Unternehmensleitung (Fn. 105), S. 49 (67).

35 *T. Kremer/C. Klabold*, ZGR 2010, S. 113 (128 ff.).

36 *T. Kremer/C. Klabold*, ZGR 2010, S. 113 (130 ff.).

37 Das Problem der Vielschichtigkeit und Unübersichtlichkeit der materiell-rechtlichen Anforderungen betont *U. Schneider*, ZIP 2003, S. 645 (646).

38 *E. Rebbinder*, Umweltsichernde Unternehmensorganisation, ZHR 165 (2001), S. 1 (2).

39 Zusammenfassend *E. Rebbinder*, Andere Organe der Unternehmensverfassung – Die institutionalisierte Vertretung diffuser Interessen im Unternehmen unterhalb der Gesellschaftsorgane, ZGR 1989, S. 305 (306 ff.).

40 Aus dem Bereich des Umweltrechts vgl. die Zusammenstellung bei *E. Rebbinder*, ZHR 165 (2001), Umweltsichernde Unternehmensorganisation, S. 1 (8 ff.).

tung von Allgemeinwohlinteressen,⁴¹ stößt angesichts der zunehmenden Ausdifferenzierung der gesetzlichen Typen von Beauftragten⁴² auf Grenzen.⁴³ Die Herausbildung eines allgemeinen Typus des „Beauftragten“ verspricht dadurch weder für die Analyse der Regelungsstruktur noch für die Rechtsanwendung⁴⁴ einen besonderen Ertrag.

So wird die bereichsspezifische Compliance durch Modelle von Beauftragten als „staatliche Innensteuerung“ trotz ihrer Fokussierung auf die Einhaltung bestimmter Normen und die partiellen Durchsetzungsbefugnisse nicht hinreichend beschrieben. Neben den förmlichen Unterschieden hinsichtlich der Bestellung⁴⁵ und in der Rechtsstellung gegenüber Aufsichtsbehörden⁴⁶ liegt die Aufgabe des Compliance-Beauftragten nicht in der eigenverantwortlichen Gewährleistung bestimmter Interessen.⁴⁷ Auch wenn die Regelungen zu den bereichsspezifischen Compliance-Beauf-

- 41 T. Lösler, WM 2008, S. 1098 (1100), im Anschluss an G. Haouache, Unternehmensbeauftragte und Gesellschaftsrecht der AG und GmbH, Berlin 2003, S. 24; E. Rehbinder, Andere Organe der Unternehmensverfassung – Die institutionalisierte Vertretung diffuser Interessen im Unternehmen unterhalb der Gesellschaftsorgane, ZGR 1989, S. 305 (314 ff.) und ders., ZHR 165 (2001), Umweltsichernde Unternehmensorganisation, S. 1 (8 ff.); T. Klopp, Der Compliance-Beauftragte, 2012, S. 122 ff.; ebenso M. Casper, Der Compliance-Beauftragte – unternehmensinternes Aktienamt, Unternehmensbeauftragter oder einfacher Angestellter?, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, Köln 2009, S. 199 (212).
- 42 Etwa der Datenschutz-Beauftragte, T. Wybitul, MMR 2011, S. 372 ff.; W. Däubler, DuD 2010, S. 20 ff., der Sicherheits-Beauftragte nach § 22 SGB VII; zu den unterschiedlichen Beauftragten im Umweltrecht M. Eifert, DV 39 (2006), S. 309 (312 f.); C. Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 200 ff., etwa der Immissionsschutzbeauftragte, der Abfallbeauftragte oder der Gewässerschutzbeauftragte, J. Nagel, ZfW 2012, S. 71 ff.
- 43 T. Klopp, Der Compliance-Beauftragte, 2012, S. 131 f.
- 44 Dazu T. Klopp, Der Compliance-Beauftragte, 2012, S. 132.
- 45 T. Lösler, WM 2008, S. 1098 (1101); M. Wolf, BB 2011, S. 1353 (1356); § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG sieht keine förmliche Bestellung, sondern lediglich die Verpflichtung zur Einrichtung einer dauerhaften und wirksamen Compliance-Funktion vor, für die nach § 12 Abs. 4 S. 1 WpDVerOV ein Compliance-Beauftragter als verantwortliche Person zu benennen ist.
- 46 M. Wolf, BB 2011, S. 1353 (1357) nennt als Gegenbeispiel die Datenschutz- und Geldwäschebeauftragten, die sowohl als Ansprechpartner der Aufsichtsbehörden fungieren als auch umgekehrt unternehmensintern berechtigt sind, sich bei Missständen unmittelbar an die Aufsichtsbehörden zu wenden.
- 47 In einem gewissen Spannungsverhältnis dazu steht allerdings die durch das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz vom 5. April 2011 in § 12 Abs. 3 S. 2 WpDVerOV vorgesehene Anordnungs-kompetenz, nach der der Compliance-Beauftragte berechtigt sein muss, geeignete und erforderliche vorläufige Maßnahmen zu treffen, um eine konkrete Gefahr der Beeinträchtigung von Kundeninteressen bei der Erbringung von Wertpapier(neben)dienstleistungen abzuwenden. Die Dienstleistungserbringer sind dadurch verpflichtet, dem Compliance-Beauftragten vertraglich eine polizeihäufige Stellung zur Abwehr konkreter Gefahren für Kundeninteressen einzuräumen. Die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 17/2638, S. 30, versteht den Gefahrenbegriff in Anlehnung an den polizeirechtlichen Gefahrenbegriff. Eine konkrete Gefahr bestehe danach, wenn bei ungehinderter Geschehensablauf des Einzelfalles in überschaubarer Zukunft mit einer Beeinträchtigung der Kundeninteressen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann. Auch wenn diese Anordnungs-kompetenz nur auf vorläufige Maßnahmen zielt, geht mit ihr eine Veränderung der Compliance-Funktion von der Optimierung der Rahmenbedingungen unternehmerischer Entscheidungen zu eigenen, wenn auch vorläufigen, Entscheidungen einher. Durch ihre ausschließliche Ausrichtung auf die Abwehr konkreter Gefahren für Kundeninteressen, also die polizeirechtliche Verkoppelung von Aufgabe und Befugnis, handelt es sich bei diesen Entscheidungen um keine unternehmerischen Entscheidungen mehr.

tragen regelmäßig auf die Einhaltung bestimmter an das Unternehmen gerichteter Verhaltenspflichten und Verbote zielen,⁴⁸ ist der Compliance-Beauftragte – mit Ausnahme der polizeiähnlichen Eilkompetenz für vorläufige Maßnahmen⁴⁹ – nicht für die Einhaltung der betreffenden materiell-rechtlichen Verpflichtungen verantwortlich. Im Gegensatz zu anderen gesetzlich vorgesehenen Beauftragten stellt der Compliance-Beauftragte kein Instrument zur staatlichen Binnensteuerung, sondern zur Begünstigung rechtskonformer Entscheidungen durch die Optimierung der Informationsgrundlage dar.⁵⁰ Die besondere Relevanz der Vorgaben an die Unternehmensorganisation für die Erfüllung materiell-rechtlicher Pflichten kommt gerade darin zum Ausdruck, dass der Compliance-Beauftragte nicht die Einhaltung der in Rede stehenden Pflichten unternehmensintern durchsetzen kann (und dadurch selbst an der operativen Entscheidung beteiligt wäre und die Unternehmensleitung partiell zurückdrängen könnte). Vielmehr liegt seine Funktion in der Bereitstellung günstiger Rahmenbedingungen für die Befolgung gesetzlicher Vorgaben durch die unternehmensintern zuständigen Stellen.⁵¹

3. Organisationsvorgaben als funktionales Äquivalent für materielle Vorgaben

In welchem Maß der Gesetzgeber Verhaltens- und Organisationsvorgaben bei der Vermeidung von Regelverstößen als interdependent ansieht, verdeutlichen die Vorgaben zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Die Vermeidung von Interessenkonflikten stellt ein Herzstück des von der Wertpapiercompliance verfolgten Anlegerschutzes dar.⁵² Gleichzeitig entwickeln sich die Formen potentieller Interessenkonflikte dynamisch und vielschichtig.⁵³ Interessenkonflikte in Wertpapierdienstleistungsunternehmen lassen sich zwar zu einem bedeutenden Teil in Fallgruppen systematisieren und adressieren,⁵⁴ sie lassen sich jedoch durch ihre Vielgestaltigkeit kaum vollständig erfassen und vermeiden.⁵⁵ Die Ansätze zur Begrenzung von Interessenkonflikten reichen von der Einrichtung von Vertraulichkeitsbereichen⁵⁶ über

48 Erwa § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG: „Verpflichtungen dieses Gesetzes“; für eine restriktive Auslegung I. Koller, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, § 33 Rn. 14.

49 § 12 Abs. 3 S. 2 WpDVerOV, siehe oben, B., I. 2.

50 Dementsprechend lässt die aufsichtsrechtliche Pflicht zur Bestellung eines Compliance-Beauftragten die Kompetenzverteilung und Grenzen zulässiger Delegation unberührt, M. Wolf, BB 2011, S. 1353 (1357).

51 Situationen, in denen dem Compliance-Beauftragten das Recht oder sogar die Pflicht zukommt, Verstöße an externe Stellen zu melden, stellen demgegenüber die Ausnahme dar, eingehend T. Klopp, Compliance-Beauftragter (Fn. 6), S. 235 ff.

52 Art. 13 Abs. 3 und 18 und Erwägungsgrund (29) RL 2004/39/EG sowie Art. 21-23 und Erwägungsgründe (24-27) RL 2006/73/EG; G. Spindler/R. Kasten, AG 2006, S. 785 (790); bereits zur Wertpapierdienstleistungsrichtlinie M. Scharpf, Corporate Governance, Compliance und Chinese Walls, S. 3 f., 10 f.

53 D. Eisele/A. Faust, Verhaltensregeln und Compliance (Fn. 6), § 109 Rn. 26 ff.

54 Vgl. die in § 13 Abs. 1 WpDVerOV aufgeführten fünf Fallgruppen.

55 H. Schäfer, BKR 2011, S. 187 (193).

56 Sog. *Chinese Walls*, siehe oben.

die Verstärkung der Unabhängigkeit der betroffenen Mitarbeiter,⁵⁷ der besonderen Kontrolle und Überwachung⁵⁸ bis hin zum Verzicht auf die konfliktträchtige Transaktion.⁵⁹ Den organisationsbezogenen Compliance-Maßnahmen kommt in diesem Zusammenhang nicht nur die Aufgabe zu, die potentiellen, regelmäßig wissensabhängigen Risiken laufend zu ermitteln⁶⁰ und durch organisationsbezogene Maßnahmen, etwa Informationsbarrieren, zu vermindern, sondern sie stehen darüber hinaus auch in einem Austauschverhältnis zu materiell-rechtlichen Verhaltenspflichten. Soweit organisationsbezogene Maßnahmen zur Risikovermeidung nicht ausreichen,⁶¹ greifen ergänzende materiell-rechtliche Verhaltenspflichten wie die Pflicht zur Offenlegung⁶² und notfalls die Pflicht zum Verzicht auf die Transaktion.

4. Arbeits- und datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen

Weil diese unterschiedlichen organisatorischen Vorgaben den Mitarbeitern zusätzliche Verhaltenspflichten auferlegen und zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten⁶³ führen, unterliegt die Ausgestaltung der Compliance-Funktion arbeits- und datenschutzrechtlichen Beschränkungen.⁶⁴

Arbeitsrechtlich kann die Vorgabe verbindlicher Verhaltensrichtlinien einseitig auf der Grundlage des Direktionsrechts oder vertraglich erfolgen.⁶⁵ Während das Direktionsrecht Vorgaben zum außerdienstlichen Bereich, etwa bei Beschränkungen des privaten Handels mit Wertpapieren, unter Umständen nicht umfasst,⁶⁶ erweisen sich vertragliche Regelungen teilweise als unflexibel.⁶⁷ Gleiches gilt für die Einführung von Compliance-Maßnahmen durch Betriebsvereinbarungen, die unter Umständen auch solche Maßnahmen, die nicht der Mitbestimmungspflicht unterliegen,

57 Etwa durch die Ausgestaltung der Vergütung oder die Verhinderung einer unsachgemäßen Einflussnahme anderer Personen, § 13 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 WpDVerOV.

58 § 13 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 und 5 WpDVerOV.

59 *H. Schäfer*, BKR 2011, S. 187 (193); *S. Niermann*, ZBB 2010, S. 400 (413 ff.).

60 Etwa die laufende Analyse der Geschäftsbeziehungen auf potentielle Interessenkonflikte *T. Fett*, in: *Schwark/Zimmer*, Kapitalmarktrechtskommentar, 2010, § 33 WpHG Rn. 35.

61 Die organisationsbezogenen Anforderungen wachsen mit ansteigendem Konfliktpotential *H. Schäfer*, BKR 2011, S. 187 (193 f.).

62 Reichen organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten nicht aus, sind die Interessenkonflikte dem betroffenen Kunden in Abhängigkeit von dessen Kenntnisstand und der jeweiligen Transaktion ihrer allgemeinen Art und Herkunft nach eindeutig darzulegen, § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, § 13 Abs. 4 S. 1 WpDVerOV.

63 Unter Umständen werden die Daten durch Whistle-Blowing-Hotlines zudem aus anonymer Quelle erhoben, zu den datenschutzrechtlichen Folgen des damit verbundenen Missbrauchsrisikos *D. Köstner*, Compliance-Richtlinien im Unternehmen, Frankfurt a.M. 2012, S. 185 ff.

64 Zu den arbeitsrechtlichen Anforderungen an die Einführung verbindlicher Verhaltensvorgaben *D. Köstner*, Compliance-Richtlinien (Fn. 63), S. 85 ff.; zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung einer Compliance-Funktion *G. Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, München 2010, S. 31 ff.

65 Ausführlich *D. Köstner*, Compliance-Richtlinien (Fn. 63), S. 88 ff.

66 *D. Köstner*, Compliance-Richtlinien (Fn. 63), S. 88 ff.

67 *D. Köstner*, Compliance-Richtlinien (Fn. 63), S. 105 ff.

der Disposition des Arbeitgebers entzieht.⁶⁸ Allgemein setzt die Mitbestimmungspflicht dem Spielraum des Arbeitgebers bei der Ausgestaltung einer Compliance-Organisation je engere Grenzen, desto weiter die Verhaltensvorgaben über gesetzliche Ge- und Verbote hinausgehen oder in den außerdienstlichen Bereich hineinwirken.⁶⁹ Zudem ergeben sich bei einzelnen unternehmensinternen Ermittlungsmaßnahmen arbeitsrechtliche Grenzen. So sind Mitarbeiter bei den oftmals durch beauftragte Anwälte durchgeführten ermittelnden Mitarbeitergesprächen, den sog. Interviews, auf Grund des Direktionsrechts zur Teilnahme verpflichtet. Hingegen kann eine Pflicht zur Selbstbelastung durch Offenbarung von Kündigungsgründen oder Straftaten unzumutbar sein,⁷⁰ zumal auch von beauftragten Anwälten erstellte Protokolle der unternehmensinternen Interviews von den Ermittlungsbehörden beschlagnahmt werden können und in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit strafprozessual verwertbar sind.⁷¹

In datenschutzrechtlicher Hinsicht können Überwachungsmaßnahmen wie etwa die systematische Überwachung des E-Mail-Verkehrs, die Videoüberwachung oder gezielte Überwachungsmaßnahmen gegen einzelne Personen⁷² zu bußgeldbewehrten Verstößen gegen das telekommunikationsrechtliche oder allgemeine Datenschutzrecht oder sogar zur Strafbarkeit nach §§ 201 ff. StGB führen.⁷³ Über die Neufassung des § 32 BDSG⁷⁴ hinaus beabsichtigt der Gesetzgeber mit dem Entwurf zum Beschäftigtendatenschutzgesetz⁷⁵ einerseits, die rechtliche Grundlage für effektive Compliance-Maßnahmen bereitzustellen,⁷⁶ andererseits aber auch, den Schutz der Mitarbeiter vor Bespitzelungen zu gewährleisten.⁷⁷ Die geplanten Regelungen sind insoweit zwingend, als auch eine Einwilligung des Betroffenen in die Entstehung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber nach

68 Näher *D. Köstner*, Compliance-Richtlinien (Fn. 63), S. 117 ff.

69 Zur Mitbestimmungspflichtigkeit von Wertpapiertransaktionsklauseln etwa *D. Köstner*, Compliance-Richtlinien (Fn. 63), S. 149 ff.

70 *H.-J. Gerst*, CCZ 2012, S. 1 (3); *F. Maschmann*, NZA-Beil. 2012, S. 50 (55 f.); *L. Rudkowski*, NZA 2011, S. 612 (614), auch zum Recht des Mitarbeiters, einen Anwalt hinzuzuziehen, wenn auch der Arbeitgeber einen Anwalt beauftragt hat. Weitgehend hingegen für Auskunftspflichten nach dem Auftragsrecht BGH, NJW 1964, 1469 (1470): Auskunftspflicht eines beauftragten Architekten aus § 666 BGB auch bei Offenbarung einer strafbaren Handlung.

71 *L. Rudkowski*, NZA 2011, S. 612 (613), *H. Kablenberg/H. Schwinn*, CCZ 2012, S. 81 (83); LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010, 608 Qs 18/10, Rn. 70 ff.

72 Zu entsprechenden Ausgangsfällen aus der Praxis *D. Eisele*, Compliance und Datenschutzstrafrecht, Baden-Baden 2012, S. 15 ff.; *F. Maschmann*, NZA-Beil. 2012, S. 50 (53 ff.).

73 Dazu eingehend *D. Eisele*, Compliance und Datenschutzstrafrecht (Fn. 72), S. 18 ff.

74 *F. Maschmann*, NZA-Beil. 2012, S. 50 (51).

75 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 15.12.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, BT-Drucks. 17/4230.

76 Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/4230, S. 12; vgl. §§ 32 c Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 32 d Abs. 3, 32 e, 32 f BDSG-E.

77 Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/4230, S. 12; vgl. den Grundsatz der offenen Datenerhebung zur Aufdeckung und Verhinderung von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen, § 32 e Abs. 1 BDSG-E.

§ 32 I Abs. 1 BDSG-E nur innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Grenzen zulässig ist.⁷⁸ Sie lassen jedoch die Anwendbarkeit der strengeren telekommunikationsrechtlichen Datenschutzregelungen unberührt, sofern der Arbeitgeber die Kommunikation zu privaten Zwecken zugelassen hat.⁷⁹

II. Implizite Anforderungen an die Wissensorganisation

Im Gegensatz zu bereichsspezifischen Compliance-Regelungen kennt das allgemeine Zivilrecht keine ausdrücklichen Vorgaben an die Ausgestaltung der Unternehmensorganisation.⁸⁰ Die Relevanz des Wissens für die Normbefolgung macht die Ausgestaltung der Unternehmensorganisation jedoch mittelbar zu einem Kriterium der angemessenen Sorgfalt im Geschäfts- und Rechtsverkehr. Während also zivilrechtliche Tatbestände von der grundsätzlichen Eigenverantwortung des Einzelnen für die Normeinhaltung und die Beschaffung der dafür erforderlichen Informationen ausgehen,⁸¹ ziehen Zivilgerichte implizite Anforderungen an die Wissensorganisation zur Lösung von Haftungs- und Zurechnungsfragen heran. Die von der Rechtsprechung herausgebildeten Regeln der Zurechnung bestimmen die Grenzen zulässigen Vertrauens und begründen dadurch umgekehrt die Pflicht, Wissen zu generieren.

1. Deliktsrechtliche Organisationspflichten

Das allgemeine Deliktsrecht behandelt die Perspektive der Normbefolgung und damit die gebotenen organisatorischen Anforderungen an die Verhinderung des Erfolgseintritts immer schon mit.⁸² Um auch mittelbare Rechtsverletzungen in einer Wertung der mehr oder weniger komplexen Kausalfaktoren zurechnen zu können, greift die Rechtsprechung auf die Verletzung von Organisationspflichten als maßgeblichem Kriterium zurück. Organisationspflichten begründen und begrenzen insoweit die deliktsrechtliche Haftung und grenzen dadurch Verantwortungsbereiche gegeneinander ab. Damit legen sie fest, wann der Adressat einer deliktsrechtlichen Norm auf das Ausbleiben der Rechtsverletzung – insbesondere auf ein rechtmäßiges Verhalten Dritter – vertrauen darf. Trotz Unterschieden in der dogmatischen Begründung weisen die deliktsrechtlichen Organisationspflichten Parallelen in ihrer Struktur wie auch in ihren inhaltlichen Anforderungen auf.

Die unterschiedlichen dogmatischen Ansatzpunkte der Haftung für die unzureichende Auswahl und Überwachung eines Verrichtungsgehilfen nach § 831 Abs. 1 BGB

78 Vgl. § 32 i BDSG-E sowie Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/4230, S. 42; F. *Maschmann*, NZA-Beil. 2012, S. 50 (52 f.); kritisch D. *Eisele*, Compliance und Datenschutzstrafrecht (Fn. 72), S. 81.

79 Kritisch D. *Eisele*, Compliance und Datenschutzstrafrecht (Fn. 72), S. 82.

80 Zu gesellschaftsrechtlichen Pflichten einzelner Unternehmensorgane, auch organisatorische Maßnahmen zu treffen, siehe unten, B. II. 2.

81 R. *Broemel*, Wissensdistribution im Zivilrecht, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Berlin 2010, S. 89 f.

82 G. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, Köln 2001, S. 689 ff.

mit ihren zunächst gelockerten,⁸³ später verschärften⁸⁴ Anforderungen an die Entlastung durch den sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis sowie der allgemeinen Haftung für Organisationsverschulden in § 823 Abs. 1 BGB⁸⁵ haben sich der Sache nach zu einem weitgehend einheitlichen Haftungsmaßstab für Organisationsmängel entwickelt.⁸⁶

Zentrale Bedeutung kommt den Kriterien für die grundsätzliche Zulässigkeit und die Modalitäten der Aufgabendelegation zu. So bleibt trotz der grundsätzlich möglichen Delegation von Aufgaben zur gefahrvermindernden Organisation⁸⁷ eine Verantwortung insbesondere für Auswahl und Überwachung bei der Unternehmensleitung,⁸⁸ schon weil eine auf vollständige Entlastung der Geschäftsführung angelegte Unternehmensorganisation von vorneherein unzureichend ist.⁸⁹ Die Anforderungen, die an Auswahl und Überwachung zu stellen sind, hängen insbesondere von der Komplexität und der Gefährlichkeit des jeweils delegierten Aufgabenbereichs ab.⁹⁰ Auch bleiben die allgemeinen Aufsichtsweisungen stets im Verantwortungsbereich der Unternehmensleitung⁹¹ und setzen je nach Komplexität die Ausarbeitung von Dienstanweisungen oder Richtlinien insbesondere zur Unfallverhütung voraus.⁹² Die Unternehmensleitung trifft deshalb auch nach der Delegation eine allgemeine Auf-

83 BGHZ 4, 1 (2); *F. Schmitz*, Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer, Berlin 1994, S. 28 ff.

84 *G. Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten (Fn. 82), S. 690 ff.

85 Kritisch zur Einordnung einer Organisationspflicht als Kategorie einer (eine primäre Gefahr adressierenden) Verkehrspflicht *G. Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten (Fn. 82), S. 696 und 760 ff.

86 *G. Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten (Fn. 82), S. 690 ff., insb. 695; *ders.*, in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Beck OK BGB, Stand 1.03.2011, § 831 Rn. 35; *C. Pelz*, Strafrechtliche und zivilrechtliche Aufsichtspflicht, in: *Hauschka* (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl., München 2010, § 6 Rn. 41; OLG Rostock, Urt. v. 8.7.2011, 5 U 174/10, juris, Rn. 15; Pflichten aus § 831 BGB und § 823 Abs. 1 BGB fallen praktisch vielfach zusammen. Mit dieser Vereinheitlichung einher geht ein Bedeutungsverlust der Figur des dezentralisierten Entlastungsbeweises, aus der obergerichtlichen Rechtsprechung soweit ersichtlich zuletzt etwa BGH, Urt. v. 29.5.1979, VI ZR 137/78, juris, Rn. 14.; OLG München, Urt. v. 29.10.1974, 13 U 1742/73, juris, Rn. 70; OLG Stuttgart, Urt. v. 20.5.1976, 10 U 200/75, juris, Rn. 47; BGH, Urt. v. 17.10.1967, VI ZR 70/66, juris, Rn. 26; aus der Literatur eingehend zuletzt *F. Schmitz*, Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer, Berlin 1994, S. 28 ff.; vgl. die Hinweise in *G. Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten (Fn. 82), S. 692, sowie zu weiteren Literatur aus den 60er bis 80er Jahren S. 690, Fn. 8; zum Ganzen Münchener Kommentar – *G. Wagner*, 5. Aufl. 2009, § 831 Rn. 42 f.

87 Pflicht, die „innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter in dem gebotenen Umfang vermieden werden“, *T. Brandes*, Die Haftung für Organisationspflichtverletzung, Frankfurt aM 1994, S. 116; daran anschließend Münchener Kommentar – *G. Wagner*, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 380.

88 Aus der Rechtsprechung zur Organisationspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB zuletzt OLG Rostock, Urt. v. 8.7.2011, 5 U 174/10, juris, Rn. 15.

89 Münchener Kommentar – *G. Wagner*, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 381 mwN zur Rechtsprechung.

90 Zu § 831 Abs. 1 BGB *G. Spindler*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Beck OK BGB, Stand 1.03.2011, § 831 Rn. 27; zur Organisationspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB Münchener Kommentar – *G. Wagner*, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 380.

91 OLG Rostock, Urt. v. 8.7.2011, 5 U 174/10, juris, Rn. 15.

92 *G. Spindler*, in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Beck OK BGB, Stand 1.03.2011, § 831 Rn. 29.

sichtspflicht einschließlich regelmäßiger, unangekündigter Kontrollen.⁹³ Ergeben sich dabei Anhaltspunkte auf Unregelmäßigkeiten, etwa der Ungeeignetheit der Organisation oder der Unzuverlässigkeit der Beauftragten, trifft die Unternehmensleitung eine Reaktionspflicht⁹⁴ einschließlich eingehender Kontrollen in der Zukunft. Aufgabendelegation wie auch Aufsichtsmaßnahmen sind umfassend zu dokumentieren. Verfahrensrechtlich effektuiert werden Schadensersatzansprüche wegen Organisationspflichtverletzungen schließlich durch Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr.⁹⁵

2. Organisationspflichten im Wettbewerbsrecht und gewerblichen Rechtsschutz

Auf ähnliche Kriterien greift die Rechtsprechung bei der Bewertung mittelbarer Verletzung von gewerblichen Schutzrechten und wettbewerbsrechtlichen Regelungen im Internet zurück. In dem Maße, in dem die technische Infrastruktur wie insbesondere Internethandelsplattformen systematische Rechtsverletzungen durch Dritte vereinfacht und attraktiver macht, reagiert die Rechtsprechung mit organisatorischen Anforderungen. Aus materiell-rechtlichen Verboten und Rechten entwickelt sie organisatorische Anforderungen, die auf der einen Seite die Effektivität gewerblicher Schutzrechte und wettbewerbsrechtlicher Verbote gewährleisten, auf der anderen Seite aber die Entwicklung von Vertriebs- und Kommunikationsformen im Internet nicht übermäßig behindern sollen.⁹⁶ Der nunmehr in der Rechtsprechung etablierten, scharfen dogmatischen Trennung⁹⁷ zwischen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte, für die mittelbare Verletzer auch als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können,⁹⁸ und der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verbote, für die eine mittelbare täterschaftliche Haftung nach Verkehrspflichtverletzungen

93 G. Spindler, in Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck OK BGB, Stand 1.03.2011, § 831 Rn. 29; OLG Rostock, Urt. v. 8.7.2011, 5 U 174/10, juris, Rn. 15.

94 Münchener Kommentar – G. Wagner, 5. Aufl. 2009, § 831 Rn. 34.

95 Etwa OLG Rostock, Urt. v. 8.7.2011, 5 U 174/10, juris, Rn. 16: Beweislastumkehr, wenn die „Lebenserfahrung“ auf einen fahrlässigen Organisationsmangel hindeutet.

96 Insoweit auch der Erwägungsgrund 42 der Richtlinie 200/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr; die Rechtsprechung stellt insoweit auf ein „von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell“ ab, das durch die Störerhaftung für mittelbare Rechtsverletzungen Dritter nicht gefährdet werden soll; zur Differenzierung zwischen in der Rechtsprechung gebilligten und nicht gebilligten Geschäftsmodellen R. Danckwerts, GRUR-Prax 2011, S. 260 (261 ff.).

97 BGH, Urt. v. 22.7.2010, I ZR 139/08, juris, Rn. 48 – *Kinderhochstühle im Internet*; zur Entwicklung der Rechtsprechung zur Störerhaftung im Internet G. Hess, GRUR-Prax 2011, S. 25.

98 Die grundsätzlich weite Haftung als Störer für jeden willentlichen und adäquat kausalen Beitrag zur Verletzung eines absoluten Rechts wird durch das einschränkende Merkmal der Verletzung einer im Einzelfall zumutbaren Prüfpflicht eingeschränkt; BGH, Urt. v. 11.3.2004, I ZR 304/01, juris, Rn. 48 – *Internetversteigerung I*; BGH, Urt. v. 19.4.2007, I ZR 35/04, juris, Rn. 40 – *Internetversteigerung II*; BGH, Urt. v. 30.4.2008, I ZR 73/05, juris, Rn. 50 – *Internetversteigerung III*; BGH, Urt. v. 12.5.2010, I ZR 121/08, juris, Rn. 19 – *Sommer unseres Lebens*; BGH, Urt. v. 22.7.2010, I ZR 139/08, juris, Rn. 45 – *Kinderhochstühle im Internet*; ebenso die Rechtsprechung der anderen Senate, vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2010, V ZR 44/10, juris, Rn. 15.

greift,⁹⁹ steht eine ausgeprägte Ähnlichkeit der Haftungsvoraussetzungen¹⁰⁰ gegenüber.¹⁰¹ Beide Haftungsregime setzen zunächst einen konkreten Hinweis voraus, der die Prüfpflicht auf den Einzelfall konkretisiert, da eine allgemeine, vom Einzelfall losgelöste Prüfpflicht wirtschaftlich nicht zumutbar wäre.¹⁰² Welche organisatorischen Kontrollmaßnahmen dem jeweiligen Intermediär im Internet¹⁰³ dann im Einzelnen abverlangt werden, hängt weniger von der dogmatischen Herleitung der Prüfpflicht als von dem tatsächlichen Zuschnitt des Geschäftsmodells ab, das über die Reichweite der jeweils zumutbaren Prüfpflicht entscheidet. Die Rechtsprechung strukturiert mit anderen Worten auf der Grundlage unterschiedlicher dogmatischer Haftungsansätze für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte und wettbewerbsrechtlicher Verbote die Geschäftsprozesse der potentiell Haftenden, indem sie aus einer wertenden Betrachtung des jeweiligen Geschäftsmodells Anforderungen an die organisatorische Ausgestaltung ableitet.¹⁰⁴

3. Wissenszurechnung als Obliegenheit zur Wissensorganisation

Eine andere Facette der zivilrechtlichen Anforderungen an die Wissensorganisation betrifft die Zurechnung von Wissen in Unternehmen.¹⁰⁵ Die Ausgestaltung unternehmensinterner Abläufe bildet als unternehmerische Organisationsfreiheit einen

- 99 Die wettbewerbsrechtliche Haftung für Verhaltensunrecht wird erst durch die Verletzung einer Prüfpflicht begründet, BGH, Urt. v. 22.7.2010, I ZR 139/08, juris, Rn. 48 – *Kinderhochstühle im Internet*.
- 100 Freilich unterscheiden sich Schadensersatz- und Störerhaftung in ihrer Reichweite.
- 101 Vgl. demgegenüber zur Konzeption eines einheitlichen Haftungskonzepts S. *Neuhaus*, Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht: Dogmatische Grundlagen und Leitlinien zur Ermittlung von Prüfungspflichten, Tübingen 2011; L. *Schapiro*, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen – Zugleich ein Beitrag zugunsten einer Aufgabe der Störerhaftung im Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2011; J. *Gräbig*, MMR 2011, S. 504 (508 f.).
- 102 Für die wettbewerbsrechtliche Haftung BGH, Urt. v. 22.7.2010, I ZR 139/08, juris, Rn. 48 – *Kinderhochstühle im Internet*: Hinweis auf klare Rechtsverletzung erforderlich; BGH, Urt. v. 12.7.2007, I ZR 18/04, juris, Rn. 22 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*: zumutbare Vorkehrungen im Hinblick auf konkret bekannt gewordenen Verstöße; für die Störerhaftung BGH, Urt. v. 11.3.2004, I ZR 304/01, juris, Rn. 49 – *Internetversteigerung I*; BGH, Urt. v. 30.4.2008, I ZR 73/05, juris, Rn. 51 – *Internetversteigerung III*.
- 103 Etwa Betreiber von Handelsplattformen, von Meinungsforen, von lokalen W-LAN-Netzen, sog. Sharehooster, administrative Ansprechpartner einer Domain bei der Domainregistrierungsstelle (Admin-C).
- 104 Obwohl die Haftung des Intermediärs nur dann eintritt, wenn es tatsächlich zur Rechtsverletzung oder zum Wettbewerbsverstoß durch Dritte kommt, der Rechtsinhaber oder Wettbewerber also die Umsetzung der organisatorischen Vorgaben nicht isoliert verlangen kann, sondern es sich um eine akzessorische Haftung handelt, führt die Absehbarkeit solcher Rechtsverstöße auf frequent genutzten Plattformen dazu, dass von der Ausgestaltung der Prüfpflichten die wirtschaftlich maßgebliche Frage abhängt, welche organisatorische Mechanismen der Intermediär zur Prävention von Rechtsverstößen vorhalten muss.
- 105 Eingehend P. *Buck*, Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten, Tübingen 2001, S. 393 ff.; zur Informationsorganisation als Teil der Pflicht zum Aufbau einer Compliance Organisation G. *Wecker/S. Galla*, Pflichten der Geschäftsleitung & Aufbau einer Compliance Organisation, in: Wecker/van Laak (Hrsg.), Compliance in der Unternehmenspraxis, 2008, S. 49 (59 f.); G. *Holzhauser*, Compliance, in: ders./Sutter (Hrsg.), Interdisziplinäre Aspekte von Compliance, 2011, S. 11 (15 f.).

wesentlichen Aspekt der Berufsfreiheit.¹⁰⁶ Gleichwohl reagiert das Recht auf die mit der organisatorischen Arbeitsteilung zwangsläufig verbundenen Risiken eines Wissensverlusts durch normative Anforderungen an die Organisation.¹⁰⁷ Wer von den Vorteilen arbeitsteiliger Organisation profitiert, soll auch die Nachteile des Wissensverlusts tragen;¹⁰⁸ ausdifferenzierte Organisationen sollen im Rechtsverkehr nicht besser gestellt werden als natürliche Personen.¹⁰⁹ Auch wer organisations- oder behördenübergreifend „faktisch eine aufgabenbezogene neue Handlungs- und Informationseinheit“¹¹⁰ schafft, ist gehalten, die Informationsweitergabe innerhalb dieser Einheit sicherzustellen. Zu diesem Zweck erfassen die Grundsätze zur Wissenszurechnung Organisationen unabhängig von der Organisationsform oder Rechtsfähigkeit¹¹¹ und kommen bei Tatbestandsmerkmalen, die auf die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis einer Person abstellen, zum Tragen.

In der Sache hat die Rechtsprechung Grundsätze der Wissenszurechnung herausgebildet, die zunächst in Analogie zum Recht der Stellvertretung, § 166 Abs. 1 BGB, eine Wissenszurechnung an die organisatorische Stellung bestimmter Informationsträger (sog. Wissensvertreter) knüpfen.¹¹² In der Folgezeit betonte die Rechtsprechung Aspekte des Verkehrsschutzes, verschob den Fokus der Zurechnungskriterien auf die Rechtserheblichkeit der Information¹¹³ und formulierte damit Anforderungen an die Unternehmensorganisation, die sich wie unmittelbare Organisationspflichten lesen: „Nach ständiger Rechtsprechung muss jede am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation sicherstellen, dass die ihr zugehenden rechtserheblichen Informationen von ihren Entscheidungsträgern zur Kenntnis genommen werden können, und es deshalb so einrichten, dass ihre Repräsentanten, die dazu berufen sind, im Rechtsverkehr bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung wahrzunehmen, die erkennbar erheblichen Informationen tatsächlich an die entscheidenden Personen

106 F. Ossenbühl, AöR 115 (1990), S. 1 (17 ff.); T. Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 12 Rn. 79.

107 B. Daumer-Lieb, Wissenszurechnung im Gewährleistungsrecht, in: Hönn/Konzen/Kreutz (Hrsg.), Festschrift für Alfons Kraft, 1998, S. 43 (45 ff.); P. Buck-Heeb, Wissenszurechnung und Informationsmanagement, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance (Fn. 86), § 2 Rn. 4.

108 Gleiches gilt bei der Zusammenarbeit unterschiedlicher Behörden eines gemeinsamen Rechtsträgers, BGH, Urt. v. 30.6.2011, IX ZR 155/08, juris, Rn. 19: „Nutzt demgegenüber eine Behörde bei ihrer Tätigkeit in Zusammenarbeit mit anderen Behörden gezielt deren Vorteil zum Vorteil des gemeinsamen Rechtsträgers bei der Abwicklung eines konkreten Vertrages, besteht insoweit auch eine behördenübergreifende Pflicht, sich gegenseitig über alle hierfür relevanten Umstände zu informieren.“

109 P. Buck-Heeb, Wissenszurechnung und Informationsmanagement (Fn. 107), § 2 Rn. 4.

110 BGH, Urt. v. 30.6.2011, IX ZR 155/08, juris, Rn. 19.

111 Zuletzt etwa BGH, Urt. v. 30.6.2011, IX ZR 155/08, juris, Rn. 17 f.: jede am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation, einschließlich Behörden.

112 Zur Entwicklung der Rechtsprechung P. Buck-Heeb, Wissenszurechnung und Informationsmanagement (Fn. 107), § 2 Rn. 11 ff.

113 BGH, Urt. v. 12.11.1998, IX ZR 145/98, juris, Rn. 32; BGH, Urt. v. 15.12.2005, IX ZR 227/04, juris, Rn. 13; zuletzt BGH, Urt. v. 30.6.2011, IX ZR 155/08, juris, Rn. 17.

weiterleiten.“¹¹⁴ Folge dieser Obliegenheit zur unternehmensinternen Wissensorganisation ist eine gesetzlich nicht unmittelbar vorgegebene Ausdifferenzierung der organisatorischen Anforderungen hinsichtlich Informationsabfrage, Informationsweitergabe und Dokumentation¹¹⁵ mit Unschärfen in den Randbereichen, etwa bei der Frage der Zurechenbarkeit privat erlangten Wissens¹¹⁶ oder der Wechselwirkung von Wissenszurechnung und Pflichten zur unternehmensinternen Begrenzung von Informationsflüssen durch Informationsbarrieren.¹¹⁷

B. Entstehung mittelbarer Anforderungen an die Wissensorganisation

Die an die Wissensorganisation gestellten Anforderungen bilden sich auf unterschiedliche Weise heraus. Während der Gesetzgeber nur in wenigen Bereichen Compliance gezielt als wissensgenerierende, reflexive Regelungsstruktur ausgestaltet, bildet die zivilrechtliche Rechtsprechung Anforderungen an die Wissensorganisation flächendeckend und tatbestandsübergreifend nach ähnlichem Muster heraus. Auf diese Weise verrechtlicht die Rechtsprechung in den gesetzlichen Tatbeständen nicht vorgegebene Annahmen über die Auswirkungen organisationsbezogener Maßnahmen auf die Wissensgenerierung und damit die Normbefolgung (I.). Unternehmensintern werden externe Anreize zur Haftungsvermeidung durch die zivil- und strafrechtliche Haftung der Leitungs- und Aufsichtsorgane verstärkt. Diese Verknüpfung verdichtet das Haftungsregime zu mittelbaren Anforderungen an die Unternehmensorganisation (II.).

I. Zivilrechtliche Zurechnung als richterrechtliche Wissensregeln

Während der Gesetzgeber im allgemeinen Zivilrecht die Befolgung von Normen sowie die dafür erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen im Verantwortungsbereich des Einzelnen ansiedelt, sind die Gerichte gezwungen, über die Frage der Zurechenbarkeit mittelbarer Rechtsverletzungen im Einzelfall zu entscheiden. Dieser Entscheidungszwang führt dazu, dass sich das Rechtssystem der Frage, welche organisatorischen Anforderungen im Einzelfall etwa zur Verhinderung mittelbarer Rechtsverletzungen geboten sind, nicht entziehen kann. Weil die unternehmensinterne Ausgestaltung der Wissensorganisation nach außen verhaltenswirksam ist, sind wissensbezogene Fragen der Unternehmensorganisation für die Reichweite der von außen an das Unternehmen gerichteten Pflichten relevant.

114 BGH, Urt. v. 30.6.2011, IX ZR 155/08, juris, Rn. 17; BGH, Urt. v. 12.11.1998, IX ZR 145/98, juris, Rn. 32; BGH, Urt. v. 15.12.2005, IX ZR 227/04, juris, Rn. 13.

115 Zum Ganzen P. Buck-Heeb, Wissenszurechnung und Informationsmanagement (Fn. 107), § 2 Rn. 18-35.

116 Zu den verschiedenen Ansätzen der Zurechnung privat erlangter Kenntnisse der Geschäftsleitung in der Literatur H. Fleischer, NJW 2006, S. 3239 (3242); P. Buck-Heeb, WM 2008, S. 281 ff.; P. Buck-Heeb, Wissenszurechnung und Informationsmanagement (Fn. 107), § 2 Rn. 20 f.

117 Differenzierend D. Eisele/A. Faust, Verhaltensregeln und Compliance (Fn. 6), § 109 Rn. 116-116 d.

Darüber hinaus geht mit dieser Verschiebung auf die Rechtsprechung eine spezifische Rationalität der Herausbildung von Zurechnungsregeln einher. Deren Eigenheit ist nicht bereits damit hinreichend beschrieben, dass die in der Rechtsprechung in unterschiedlichen Bereichen etablierten Zurechnungsregeln in ihren fallgruppenspezifisch ausgebildeten Einzelheiten den zu Grunde liegenden materiell-rechtlichen Regelungen nicht unmittelbar entnommen werden können.¹¹⁸ Vielmehr fällt weitergehend eine eigenständige Funktion der Rechtsprechung bei der Herausarbeitung von Wissensregeln als Teil der Zurechnung auf. Dabei gelangt die Rechtsprechung trotz dogmatisch unterschiedlicher Ausgangspunkte der Sache nach zu parallelen Kriterien. Sie tendiert bei allen Schwankungen und Änderungen in den herangezogenen dogmatischen Konstruktionen¹¹⁹ in den jeweiligen Sachbereichen zu im Wesentlichen vergleichbaren, stabilen Maßstäben.¹²⁰ Zivilgerichtlich entwickelte Wissensregeln erweisen sich zu einem gewissen Grad als unabhängig und invariant gegenüber der dogmatischen Grundlage der Entscheidung. Positiv formuliert bleiben sie auch für dogmatische Weiterentwicklungen anschlussfähig.

Offenbar entwickelt die Rechtsprechung organisationsbezogene Anforderungen an die Vermeidung von Rechtsverstößen wesentlich anhand einer eigenen Einschätzung des jeweiligen Lebensbereichs und der dabei als vernünftig eingeschätzten Vorkehrungen.¹²¹ Näheren Aufschluss bietet die Differenzierung zwischen Herstellung und Darstellung der gerichtlichen Entscheidung.¹²² Während die Einschätzungen über den Sachbereich ist die vernünftigerweise erforderlichen organisationsbezogenen

- 118 Etwa bei der Störerhaftung nach § 1004 BGB für mittelbare Rechtsverletzungen im Internet die ungeschriebene Einschränkung der „Verletzung zumutbarer Prüfpflichten“, die in der Rechtsprechung mit der Notwendigkeit begründet wird, die Uferlosigkeit der Haftung zu vermeiden.
- 119 Im Deliktsrecht etwa die Einführung des sog. dezentralisierten Entlastungsbeweises zur Vermeidung einer Haftung nach § 831 BGB, dessen Bedeutung in der späteren Rechtsprechung durch erhöhte Anforderungen an die dezentralisierte Entlastung erheblich reduziert worden ist, zur Entwicklung G. Spindler, Unternehmensorganisationspflichten (Fn. 82), S. 689 ff.; bei der Haftung für mittelbare Rechtsverletzungen im Internet gilt die Differenzierung zwischen der Störerhaftung für die Verletzung absolut geschützter Rechte und der eine Haftung als Täter begründenden Verletzung zumutbarer Prüfpflichten im Lauterkeitsrecht nach einigen Unsicherheiten nunmehr als etabliert, BGH, Urt. v. 22.7.2010, I ZR 139/08, juris, Rn. 48 – *Kinderhochstühle im Internet*; zur Entwicklung G. Hess, GRUR-Prax 2011, S. 25 ff.
- 120 Etwa die Haftung für Organisationsverschulden als einheitlichen Maßstab im Zivilrecht, vgl. oben A. II. 1., die Verletzung zumutbarer Prüfpflichten als wesentliches Merkmal der Haftung für mittelbare Verletzungen im Internet, siehe oben A. II. 2., oder die einheitlichen, organisationsformübergreifenden Wissensorganisationspflichten im Vertragsrecht oder beim gutgläubigen Erwerb, siehe oben A. II. 3.
- 121 Mit dieser auf eigenem Erfahrungswissen beruhenden Bewertung geht eine gewisse Präferenz der Rechtsprechung für bereits bekannte Organisationsformen und -modelle einher, zu den haftungsrechtlichen Risiken der Implementation neuer Organisationsformen, etwa des sog. Lean Management in den 90er Jahren, G. Spindler, Unternehmensorganisationspflichten (Fn. 82), S. 751 ff.
- 122 H.-H. Trute, Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen, in: Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 293 ff.; zum Forschungsbedarf C. Bumke, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Unabhängigkeit, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1 (15 f.).

Vorkehrungen als Faktor der Klugheit in die Herstellung der Entscheidung eingehen,¹²³ zielt die Darstellung auf eine kunstgerechte, dogmatisch kohärente und in den rechtlichen Kontext vorangegangener Entscheidungen eingepasste Begründung. Indem Schwankungen und Weiterentwicklungen der Dogmatik von Organisationspflichten in der Rechtsprechung die Darstellungsseite betreffen, wirken sie nur eingeschränkt, vor allem durch ihre stabilisierende Funktion, auf den Herstellungsprozess zurück. Daran knüpfen Ansätze in der rechtswissenschaftlichen Forschung an, die bestehende Rechtsprechung ex post begleitend dogmatisch zu systematisieren und theoretisch zu fundieren¹²⁴ oder auf eine neue Grundlage zu stellen,¹²⁵ und erklärt sich die Zurückhaltung gegenüber diesen Angeboten aus der Forschung in der Rechtsprechung, die in erster Linie an vorangegangene einschlägige Entscheidungen anknüpft.¹²⁶

Die Qualität dieser in der Rechtsprechung entwickelten Zurechnungsregeln hängt dadurch wesentlich von der Angemessenheit der Vorstellung über den jeweiligen Lebensbereich ab. Indem der Gesetzgeber die Gewährleistung einer risikovermeidenden Unternehmensorganisation der Verantwortung des Einzelnen überlässt, setzt er ein Wissen sowohl des Einzelnen als auch der Rechtsprechung über die Wirkungsweise organisationsbezogener und institutioneller Ausgestaltung voraus. Damit verdeutlicht die Entstehung von Zurechnungsregeln zum einen die Stärken dezentraler Wissensgenerierung durch die Gerichte,¹²⁷ zum anderen aber auch die Bedeutung von Kenntnissen über Organisation in der juristischen Ausbildung.¹²⁸

II. Verdichtung der Haftungsregelungen zu mittelbaren Organisationsvorgaben

Neben der Vorgabe ausdrücklicher Organisationspflichten kann die Ausgestaltung der externen Haftung Anreize setzen, Rechtsverstöße zu vermeiden und die dazu erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu treffen.¹²⁹ So zielen kartellrechtli-

123 Hoffmann-Riem, Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst bei der Anwendung von Recht, in: Scherzberg (Hrsg.), Kluges Entscheiden, 2006, S. 3 (11 ff., 19 ff.); H.-H. Trute, Klugheit in juristischen Entscheidungen, in: Scherzberg (Hrsg.), Klugheit, 2008, S. 129 (142 ff.).

124 Für deliktsrechtliche Organisationspflichten etwa G. Spindler, Unternehmensorganisationspflichten (Fn. 82), S. 760 ff.

125 Etwa in der lebhaften Diskussion um die Haftung für mittelbare Rechtsverstöße im Internet, S. Neuhäus, Sekundäre Haftung (Fn. 101) und L. Shapiro, Unterlassungsansprüche (Fn. 101).

126 H.-H. Trute, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 211 (215 ff.).

127 F. Maultzbach, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 258 ff., dort insbesondere zum Vorteil der Gerichte, über eine direkte Anschauung der zu regelnden Lebenssachverhalten zu verfügen; C. Bumke, Richterliche Rechtsarbeit (Fn. 122), S. 1 (7).

128 R. Broemel, Zivilrechtliche Compliance als Beispiel für die Relevanz von Organisation für das Recht und die Juristenausbildung, in: Hof/Götz von Olenhusen (Hrsg.), Rechtsgestaltung, Rechtskritik, Konkurrenz von Rechtsordnungen... – Neue Akzente für die Juristenausbildung, 2012, S. 370 ff.

129 Zu Kriterien der haftungsrechtlichen Ordnungsbildung auf der Grundlage einer Zusammenschau von Haftungsregelungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht M. Kotzur, Ausbau der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Unternehmenshaftung, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 379 (381 ff.).

che Geldbußen vor allem im europäischen Kartellrecht durch ihre Ausrichtung auf den gesamten Konzern darauf ab, die Unternehmensleitung zu präventiven Maßnahmen zu veranlassen, soweit ihr bestimmender Einfluss reicht (1.). Verstärkt wird die von der Haftung ausgehende Anreizstruktur durch Regelungen zur gesellschaftsrechtlichen und sogar strafrechtlichen Haftung der Unternehmensleitung oder besonderer Beauftragter (2. und 3.).

1. Faktische Anreize zur Haftungsvermeidung im Kartellrecht

Die kartellrechtliche Haftung setzt den Unternehmen Anreize, durch die Ausgestaltung der Unternehmensorganisation Kartellverstöße zu vermeiden.¹³⁰ Zu diesem Zweck entwickeln Unternehmen von sich aus organisatorische Maßnahmen, um Risiken von Rechtsverstößen zu ermitteln, ihren Eintritt zu vermeiden, Mitarbeiter hinsichtlich der einzuhaltenden Regeln, aber auch des Verhaltens bei überraschenden Durchsuchungsmaßnahmen zu schulen¹³¹ und bei bereits eingetretenen Verstößen Strategien zur Haftungsvermeidung insbesondere im Kartellverfahren zu entwickeln.¹³² Externe Haftung induziert danach die unternehmensinterne Ausgestaltung der Wissensorganisation.

a. Haftung im Konzern

Diesem Anreizmodell entspricht das im europäischen Kartellrecht verfolgte Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“, nach dem der kartellrechtliche Begriff des Unternehmens sich unabhängig von der Rechtsform oder der Zusammensetzung der Einheit aus mehreren juristischen Personen definiert.¹³³ Vielmehr kann das als wirtschaftliche Einheit verstandene Unternehmen auch aus Mutter- und Tochtergesellschaften bestehen, wenn die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht selbständig bestimmt, sondern insbesondere wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindung im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.¹³⁴ Dabei folgt aus einer hundertprozentigen oder nahezu vollständigen Beteiligung der Mutter- an der Tochtergesellschaft die widerlegliche Vermutung, dass die Muttergesellschaft wesentlichen Einfluss nicht nur ausüben kann, sondern auch tatsächlich

130 T. Ackermann, ZWeR 2012, S. 3 (4).

131 T. Lampert/P. Matthey, Kartellrecht, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance (Fn. 86), § 26 Rn. 54 ff.; Geiger, „Dawn Raids“ – Verhaltensregeln in kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren, in: Göring/Inderst/Bannenberg (Hrsg.), Compliance, Heidelberg 2010, 5. Kapitel Rn. 5 ff.; A. Riechers, Compliance im Kartellrecht, in: Holzhauser/Sutter (Hrsg.), Interdisziplinäre Aspekte von Compliance, Baden-Baden 2011, S. 141 (160 ff.).

132 H. Kablenberg/H. Schwinn, CCZ 2012, S. 81 ff., auch zur Bedeutung von Amnestie-Programmen zur dafür erforderlichen zeitnahen und vollständigen Aufklärung von Verstößen.

133 Etwa EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 – *Akzo Nobel*, Rn. 59 f.; J. Kokott/D. Dittert, WuW 2012, S. 670 (672 ff.); C. Kersting, Der Konzern 2011, S. 445 (446); ablehnend W. Bosch, ZWeR 2012, S. 368 (372 f.); Thomas, JZR 2011, 485 (492).

134 EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 – *Akzo Nobel*, Rn. 58; EuGH, Urt. v. 29.9.2011, C-521/09 P – *Elf Aquitaine*, Rn. 53; EuGH, Urt. v. 19.7.2012, C-628/10 P und C-14/11 P – *AOI*, Rn. 42.

ausübt.¹³⁵ Die Folge der Zusammenfassung von Mutter- und Tochtergesellschaft zu einem Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit ist zum einen, dass eine Geldbuße für einen innerhalb der Tochtergesellschaft begangenen Kartellverstoß auch gegen die Muttergesellschaft verhängt werden kann, ohne dass eine persönliche Beteiligung der Muttergesellschaft an dem Verstoß erforderlich wäre.¹³⁶ Zum anderen bezieht sich der Rahmen des Bußgelds prozentual auf den Gesamtumsatz der zusammenhängenden Unternehmensgruppe.¹³⁷ Diese gesellschaftsübergreifende Zurechnung von Kartellverstößen beugt einer strategischen Gestaltung der Konzernstruktur vor, durch die kartellrechtliche Risiken unter Ausnutzung der formellen Unabhängigkeit der Gesellschaften auf eine Tochtergesellschaft konzentriert werden könnten.¹³⁸ Vor allem aber knüpft sie dem Grunde und der Höhe nach die Haftung an den Verbund, innerhalb dessen über die organisatorische Ausgestaltung sowohl der Konzernstruktur als auch der einzelnen Gesellschaften entschieden wird.

Die Einführung einer Compliance-Organisation schließt diese Zurechnung nicht aus. Denkbar wäre zwar, dass von der Muttergesellschaft getroffene organisatorische Maßnahmen die von der vollständigen Beteiligung ausgehende Vermutung widerlegen. Die Vermutung bezieht sich jedoch auf den tatsächlichen Einfluss der Muttergesellschaft, den die Möglichkeit der Muttergesellschaft, ihrer Tochter ein eingehendes Compliance-System vorzugeben, sogar unterstreicht.¹³⁹ Nach dem Verständnis des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit haftet die Muttergesellschaft nicht für ein etwaiges eigenes Organisationsverschulden, sondern die Haftung erstreckt sich so weit, wie die bestimmende Einflussnahme reicht,¹⁴⁰ auch wenn die Verstöße nur innerhalb einer Tochtergesellschaft erfolgt sind.

Diese mit dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit verbundene Zurechnung steht im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche formale Trennung in der Haftung der jeweils selbständigen Gesellschaften,¹⁴¹ aber auch im Hinblick auf in das Bußgeld-

135 EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 – *Akzo Nobel*, Rn. 60.

136 EuGH, Urt. v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 – *Akzo Nobel*, Rn. 59.

137 Vgl. bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten Art. 23 Abs. 1 der VO EG 1/2003 (Verordnung zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. EG Nr. L 2003/1, S. 1 ff.) sowie bei Kartellverstößen Art. 23 Abs. 2 der VO EG 1/2003 und Ziffer 32 der Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. a der VO EG 1/2003, Abl. EU Nr. C 2006/210, S. 2 ff. vom 1.9.2006.

138 J. Kokott/D. Dittert, WuW 2012, S. 670 (674). So kann nach bisherigem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht gegen den Gesamtrechtsnachfolger einer Organisation, deren Organ eine Tat begangen hat, nur bei wirtschaftlicher Identität ein Bußgeld verhängt werden, BGH, Beschl. v. 10.8.2011, KRB 55/10 – *Versicherungsfusion*, Rn. 12 ff. Zu dem damit verbundenen Umgehungspotential durch nachträgliche Umstrukturierung H. Dück/M. Schultes, WM 2013, S. 9 ff.

139 In diesem Sinne EuG, Urt. v. 13.7.2011, T-138/07, Rn. 88 – *Schindler*; kritisch S. Gebring/B. Kasten/T. Mäger, CCZ 2013, S. 1 (4 f.).

140 J. Kokott/D. Dittert, WuW 2012, S. 670 (678); C. Kersting, Der Konzern 2011, S. 445 (447) m.w.N.: Zustandshaftung.

141 S. Gebring/B. Kasten/T. Mäger, CCZ 2013, S. 1 (5 f.); S. Thomas, JZ 2011 2011, S. 485 (493).

verfahren einstrahlende Grundsätze des Strafrechts wie den *nulla poena sine lege*-Grundsatz,¹⁴² das Schuldprinzip¹⁴³ oder die Unschuldvermutung¹⁴⁴ unter Kritik. Diese Kritik steht und fällt mit der hinter dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff¹⁴⁵ stehenden Prämisse, dass das aus unterschiedlichen Unternehmensträgern zusammengesetzte Unternehmen als Einheit behandelt wird, soweit der bestimmende Einfluss reicht.¹⁴⁶ Mit dieser einheitlichen Behandlung ist dann eine formelle Haftungstrennung nicht vereinbar.¹⁴⁷ Dem Schuldprinzip sowie der Unschuldvermutung wird Rechnung getragen, weil der Kartellverstoß innerhalb der wirtschaftlichen Einheit nachweislich schuldhaft begangen worden ist.¹⁴⁸ Diese innerhalb der unionalen Kompetenzen liegende Auslegung des Unternehmensbegriffs sowie die damit verbundenen Folgen der Verantwortlichkeit jedes betroffenen Unternehmensträgers¹⁴⁹ werfen die Frage auf, inwieweit eine ähnliche Bemessung von Bußgeldern auch angesichts der Neufassung des § 81 GWB möglich und europarechtlich geboten ist.¹⁵⁰

b. Bußgeldreduzierende Wirkung von Compliance-Programmen?

Für die Anreizwirkung ist schließlich noch von Bedeutung, inwieweit ein bestehendes Compliance-System bei der¹⁵¹ Bußgeldbemessung haftungsmildernd berücksichtigt werden kann. Während die Europäische Kommission davon ausgeht, dass insbesondere ein nachträglich eingeführtes Compliance-System, das den in Rede stehenden Verstoß nicht verhindert hat, keine Haftungsmilderung rechtfertigt,¹⁵² sehen einzelne nationale Rechtsordnungen in unterschiedlichem Ausmaß eine mildernde Berücksichtigung

142 S. Thomas, JZ 2011, S. 485 (491 f.); M. Kling, WRP 2010, S. 506 (510).

143 S. Thomas, JZ 2011, S. 485 (493); R. Bechtold/W. Bosch, ZWeR 2011, S. 160 (166 f.); M. Kling, ZWeR 2011, S. 170 (178 f.).

144 S. Thomas, JZ 2011, S. 485 (492 f.); R. Bechtold/W. Bosch, ZWeR 2011, S. 160 (167 f.); P. Voet van Vormizeele, WuW 2010, S. 1008 (1013).

145 Zum funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts M. Kling, WRP 2010, S. 506 (507 ff.).

146 Dagegen für das deutsche Recht eingehend J. Koch, ZHR 171 (2007), S. 554 (562 ff.).

147 J. Kokott/D. Dittert, WuW 2012, S. 670 (677); ähnlich C. Kersting, Der Konzern 2011, S. 445 (452); infolge der einheitlichen Betrachtung liegt von vorneherein keine Durchbrechung des Trennungsprinzips vor.

148 J. Kokott/D. Dittert, WuW 2012, S. 670 (675); C. Kersting, Der Konzern 2011, S. 445 (451 f.).

149 J. Kokott/D. Dittert, WuW 2012, S. 670 (673 ff.); C. Kersting, Der Konzern 2011, S. 445 (448 f.); a.A. S. Gehring/B. Kasten/T. Mäger, CCZ 2013, S. 1 (6): kompetenzwidriger Eingriff in nationales Gesellschaftsrecht.

150 T. Ackermann, ZWeR 2010, S. 329 (345); ders., ZWeR 2012, S. 3 (14 ff.) einerseits; J. Koch, ZHR 171 (2007), S. 554 (561 ff.); ders., AG 2009, S. 564 (567 ff.); H. Achenbach, ZWeR 2009, S. 3 (9 ff.); R. Bechtold/W. Bosch, ZWeR 2011, S. 160 (162 ff.) andererseits.

151 Zur Anreizwirkung einer Berücksichtigung bei der Bußgeldbemessung S. Gehring/B. Kasten/T. Mäger, CCZ 2013, S. 1 (3 f.).

152 Kommission, Entsch. v. 18.7.2001, ABL.EG v.16.4.2002, Nr. L 100, S. 1 ff., Rn. 194 – Graphitelektroden; Kommission, Entsch. v. 9.12.2004, ABL.EU v. 22.07. 2005, Nr. L 190, S. 22 ff., Rn. 20 – Cholinchlorid; EuGH, Urt. v. 28.6.2005, Rs. C-189/02 – Dansk Rørintustri, Rn. 373; P. Krebs/A. Eufinger/S. Jung, CCZ 2011, S. 213, weitere Nachweise zur Kommissionspraxis und der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte bei M. Kling, WRP 2010, S. 506 (509 f.).

sichtigung vor. In Frankreich sprechen Leitlinien der französischen Wettbewerbsbehörde¹⁵³ in der Einleitung die Möglichkeit einer Reduktion der Geldbuße um bis zu 10 % an,¹⁵⁴ stellen aber bei der Präzisierung der Folgen von Compliance-Programmen für die Bußgeldbemessung klar, dass die bloße Existenz eines Compliance-Programmes an der Schwere des Verstoßes und der Höhe des Bußgelds nichts ändert.¹⁵⁵ Die bußgeldreduzierende Wirkung von Compliance-Programmen kann sich danach mittelbar daraus ergeben, dass das betroffene Unternehmen durch die auf der Grundlage des Compliance-Programms frühzeitig ermittelten Informationen über Verstöße in die Lage versetzt wird, von Kronzeugenregelungen zu profitieren oder durch ein schnelles Abstellen des Verstoßes und eine Selbstanzeige Bußgeldreduktionen zu erreichen.¹⁵⁶ Dieser Vorteil von Compliance-Programmen, Unternehmen durch schnelle unternehmensinterne Informationsgenerierung die Option einzuräumen, mit einer Selbstanzeige eine Bußgeldreduktion zu erwirken, besteht allerdings unabhängig von ihrer Erwähnung in den Leitlinien.¹⁵⁷ Unternehmen, die zum Zeitpunkt eines Verstoßes noch kein oder zumindest kein hinreichend wirksames Compliance-Programm eingeführt haben, können Bußgeldreduktionen durch die Einrichtung eines wirksamen oder Verbesserung eines bestehenden Compliance-Programmes anlässlich des Verstoßes erreichen.¹⁵⁸ Die Möglichkeit der Bußgeldreduktion nach den französischen Leitlinien knüpft mit anderen Worten ausschließlich an das Nachtatverhalten des betroffenen Unternehmens an.

Weiter geht der Entwurf des Schweizerischen Kartellgesetzes, der in Art. 49 a Abs. 2 KG-E eine zwingende Berücksichtigung von Compliance-Programmen vorsieht, sofern die unternehmensinternen Maßnahmen der Größe, Geschäftstätigkeit und Branche nach angemessen sind und das Unternehmen dies nachweisen kann.¹⁵⁹

Demgegenüber stellen in den United States Sentencing Guidelines die Existenz sowie die konkrete Ausgestaltung eines Compliance-Programms und die Rolle des Com-

153 *Autorité de la concurrence*, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

154 Näher *C. Aufdermauer*, CCZ 2012, S. 194 ff.

155 Ziff. 24 und 25 der Leitlinien (Fn. 153).

156 Ziff. 27 und 28 der Leitlinien (Fn. 153). Für eine solche bußgeldmindernde Kooperation mit der Kartellbehörde ist das Unternehmen oftmals auf die Mitwirkung der betroffenen Mitarbeiter angewiesen, zu aus diesem Grund unternehmensintern eingerichteten Amnestieprogrammen *H. Kablenberg/H. Schwinn*, CCR 2012, S. 81 ff.

157 *C. Aufdermauer*, CCZ 2012, S. 194 (196).

158 Ziff. 29-31 der Leitlinien (Fn. 153).

159 Zu den Anforderungen an die Effektivität des bestehenden Compliance-Programms Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BB 2012, 3905 ff.; näher zum Entwurf *A. Eufinger/A. Maschmer*, EWS 2012, S. 509 ff.; *dies.*, WuW 2013, S. 137 ff.; zur derzeit noch bestehenden Rechtslage bereits *R. Weber/S. Rizivi*, SJZ S. 106 (2010), 501 (503 ff.).

pliance-Programmes bei der fehlgeschlagenen Verhinderung und Entdeckung der Tat wesentliche Kriterien für die Bemessung der Bußgelder dar.¹⁶⁰

2. Gesellschaftsrechtliche Pflichten zu organisatorischen Vorkehrungen

Einen wesentlichen Hebel zur Effektivierung mittelbarer Anforderungen an eine Rechtsverstöße vermeidende Organisation stellen unternehmensinterne Pflichten der leitenden Unternehmensorgane gegenüber dem Unternehmen dar.¹⁶¹

Unter die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer Aktiengesellschaft¹⁶² fällt insbesondere die Pflicht, im Außenverhältnis sämtliche an das Unternehmen gerichtete Rechtsnormen einzuhalten, sog. Legalitätspflicht.¹⁶³ Diese Pflicht der leitenden Unternehmensorgane zur Sorgfalt transformiert das Unternehmen betreffende materiell-rechtliche Vorgaben in unternehmensinterne Organisationspflichten,¹⁶⁴ deren Verletzung zugleich den Anknüpfungspunkt für die Haftung des Vorstands¹⁶⁵ bildet. Für die Rechtseinhaltung entsteht durch diese Verknüpfung ein zweites Anreizsystem: bei Rechtsverstößen drohen nicht nur dem Unternehmen negative finanzielle und ideelle Konsequenzen, sondern der Unternehmensschaden

160 M. Engelhart, NZG 2011, S. 126 (127 ff.).

161 Daneben sieht das Aktienrecht in § 91 Abs. 2 AktG eine Pflicht des Vorstands vor, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, um den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen. Indem diese Pflicht zur Einrichtung eines Frühwarnsystems einerseits nur bestandsgefährdende Risiken umfasst, andererseits sich nicht auf rechtliche Risiken beschränkt und schließlich keine organisatorischen Anforderungen zur Risikovermeidung vorsieht, kann § 91 Abs. 2 AktG nur sehr eingeschränkt als rechtliche Pflicht zur Einführung einer Compliance-Organisation verstanden werden; zum Ganzen M. Wundenberg, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, Tübingen 2012, S. 118 ff.; G. Krieger/V. Sailer-Coceani, in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, 2. Aufl. Köln 2010, § 91 Rn. 9 ff.; G. Holzbauer, Compliance (Fn. 105), S. 11 (22); G. Wecker/S. Galla, Pflichten der Unternehmensleitung (Fn. 105), S. 49 (53, 61 ff.).

162 § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

163 H. Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (144, 148); W. Goette, Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Geiß/Nehm/Brandner/Hagen (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 123 (131 ff.); M. Wolf, BB 2011, S. 1353 (1354); BGH, Urt. v. 15.11.1993, II ZR 235/92, juris, Rn. 42: Pflicht des Aufsichtsrats zur Einführung des in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG fakultativ vorgesehenen Zustimmungsvorbehalts, um rechtswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands zu verhindern.

164 Wie schnell sich diese Sorgfaltspflicht angesichts des Gestaltungsspielraums des Vorstands zu einer Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems verdichtet, ist in der Literatur umstritten und bleibt eine Frage des Einzelfalls, näher G. Bachmann, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007/2008, S. 67 ff.; H. Fleischer, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen, AG 2003, 291 (298 f.); ders., Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337 (2338); C. Hauschka, in: ders. (Hrsg.), Corporate Compliance (Fn. 86), § 1 Rn. 23; J. Koch, WM 2009, S. 1013 f.; M. Wolf, BB 2011, S. 1353 (1354); für eine generelle Pflicht zur Einführung einer Compliance-Funktion U. Schneider, ZIP 2003, S. 648 f.; J. Nave/S. Bonenberger, BB 2008, S. 734 (736 f.).

165 § 93 Abs. 2 S. 1 AktG.

stellt zugleich eine Pflichtverletzung der Unternehmensleitung dar, die dem Unternehmen und damit mittelbar den Eignern haftet.¹⁶⁶

In der Sache weisen die Sorgfaltspflichten des Vorstands Parallelen zum allgemeinen Deliktsrecht auf.¹⁶⁷ Die Pflicht, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen im Unternehmen allgemein zu gewährleisten,¹⁶⁸ stellt eine eigene Pflicht des Vorstands dar,¹⁶⁹ derer sich der Vorstand nicht entledigen, sondern sie nur in Grenzen delegieren kann. Die Rahmenbedingungen dieser Delegation sowohl horizontal im Verhältnis zu den Vorstandskollegen als auch vertikal im Verhältnis zu den nachgeordneten Unternehmensangehörigen¹⁷⁰ markieren unternehmensintern die Grenze zulässigen Vertrauens, das dem einzelnen Vorstandsmitglied hinsichtlich der Normbefolgung durch andere Unternehmensangehörige zugestanden wird. Damit korrespondiert die unternehmensinterne Struktur der mittelbaren Haftung für fremde Rechtsverstöße mit den allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsregeln.¹⁷¹ Die Maßstäbe, nach denen die Unternehmensleitung Aufgaben an nachgeordnete Mitarbeiter übertragen und dadurch das gegenüber der eigenen Gesellschaft und in Ausnahmefällen auch gegenüber Dritten bestehende Haftungsrisiko¹⁷² vermeiden kann, entsprechen den allgemeinen Regelungen. Soweit eine Delegation der Pflichten der Geschäftsleitung überhaupt zulässig ist (die Pflicht also nicht zu den unveräußerlichen Leitungsaufgaben gehört),¹⁷³ verlaufen die Anforderungen an die Delegation parallel zu denen bei der Übertragung deliktischer Verkehrspflichten sowie denen der Exkulpation für Verrichtungsgehilfen.¹⁷⁴ Die sich hier ergebenden Sorgfaltsanforderungen

166 Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung enthält zudem eine Regelung zur Begrenzung der Versicherbarkeit von Haftungsfällen. Zur bindenden Vereinbarung eines Selbstbehalts in den sog. *directors and officers liability*-Versicherung nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG B. *Dauner-Lieb/P. Tettinger*, ZIP 2009, 1555 ff.; B. *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2011, § 93 AktG Rn. 55 ff.

167 Auch bestehen Gemeinsamkeiten zwischen den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Organisationspflichten und den speziellen Organisationspflichten etwa im Wertpapierrecht. Zu den Unterschieden aber M. *Wundenberg*, Compliance, (Fn. 161), S. 126 ff.

168 G. *Krieger/V. Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, Bd. I, 2. Aufl. Köln 2010, § 93 Rn. 6; für das Kartellrecht H. *Fleischer*, BB 2008, S. 1070 (1071).

169 M. *Wolf*, BB 2011, S. 1353 (1355).

170 Näher F. *Schmidt-Husson*, Delegation von Organpflichten, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance (Fn. 86) § 7 Rn. 6; H. *Fleischer*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, S. 2337 (2338); M. *Wolf*, BB 2011, S. 1353 (1356).

171 Siehe oben, A. I. 1.

172 Grundlegend zur Garantenstellung eines Geschäftsführers einer GmbH aus den ihm übertragenen organisatorischen Aufgaben gegenüber Dritten BGH, Urt. v. 5.12.1989, VI ZR 335/88, juris, Rn. 16; ablehnend H. *Mertens/G. Mertens*, JZ 1990, S. 488 (489); aus der neueren Rechtsprechung OLG Rostock, Urt. v. 16.2.2007, 8 U 54/06, juris, Rn. 32 f.

173 F. *Schmidt-Husson*, Delegation von Organpflichten (Fn. 170), § 7 Rn. 13 ff.; M. *Wolf*, BB 2011, S. 1353 (1356); für die Aktiengesellschaft umfassend H. *Fleischer*, ZIP 2003, S. 1 (9 ff.).

174 H. *Fleischer*, AG 2003, S. 291 (293 ff.).

an die Auswahl,¹⁷⁵ Einweisung¹⁷⁶ und Überwachung¹⁷⁷ hängen in gleicher Weise von den Risiken und der Komplexität des jeweiligen Aufgabengebiets ab.¹⁷⁸

Ein spezifisch normatives Moment der unternehmensinternen Pflicht zur Vermeidung rechtlicher Risiken zeigt sich schließlich darin, dass die Entscheidung zur Einhaltung von Normen nicht zum Gegenstand einer Abwägung der Chancen und Risiken gemacht werden darf. Im Gegensatz zu sonstigen, etwa marttyrischen Risiken sind Haftungsrisiken wegen Gesetzesverstößen der unternehmerischen Spekulation nicht zugänglich. Auch wenn faktisch die hohen Renditeerwartungen bestimmter, etwa kartellrechtlicher Gesetzesverstöße verbunden mit dem geringen Entdeckungsrisiko in der Saldierung von Chancen und Risiken einen positiven Erwartungswert generieren und dadurch gezielte Gesetzesverstöße als betriebswirtschaftlich sinnvoll erscheinen lassen,¹⁷⁹ lassen die rechtlichen Sorgfaltspflichten rechtlich eine Spekulation mit der Gesetzeinhaltung nicht zu.¹⁸⁰ Dementsprechend steht dem Vorstand bei der Frage, ob Rechtsnormen eingehalten werden sollen oder das Haftungsrisiko bewusst in Kauf genommen wird, kein die Sorgfaltspflicht einschränkendes unternehmerisches Ermessen¹⁸¹ zu.¹⁸²

3. Strafrechtliche Organisationspflichten: Geschäftsherrenhaftung und Garantenpflicht

Mittelbare Vorgaben an eine Unternehmensorganisation, die auf die Vermeidung strafbarer Rechtsverstöße gerichtet ist, ergeben sich auch aus dem Strafrecht. Struk-

175 Insbesondere die Anforderungen an die persönliche Eignung und fachliche Befähigung, *F. Schmidt-Husson*, Delegation von Organpflichten (Fn. 170), § 7 Rn. 22.

176 Näher *F. Schmidt-Husson*, Delegation von Organpflichten (Fn. 170), § 7 Rn. 23.

177 Näher *H. Fleischer*, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen, AG 2003, S. 291 (292 ff.); *C. Seibt*, Dekonstruktion des Delegationsverbots bei der Unternehmensleitung, in: *Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer* (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, 2009, S. 1463 (1481 ff.); *M. Wolf*, BB 2011, S. 1353 (1356).

178 Zum Ganzen *H. Fleischer*, AG 2003, S. 291 (293 ff.); *F. Schmidt-Husson*, Delegation von Organpflichten (Fn. 170), § 7 Rn. 22 ff.; zu unterschiedlichen organisatorischen Modellen der Delegation *M. Wolf*, BB 2011, S. 1353 (1356).

179 *H. Fleischer*, BB 2008, S. 1070, auch zur Diskussion in der US-amerikanischen Literatur.

180 Eingehend *H. Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (145 ff.); *H. Fleischer*, BB 2008, S. 1070 (1071); *M. Wundenberg*, Compliance (Fn. 161), S. 134.

181 § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, sog. Business Judgement Rule.

182 *K. Hopt*, in: *ders./Wiedemann* (Hrsg.), Großkommentar AktG, 4. Aufl. 2008, § 93 AktG Rn. 99; *T. Raiser/R. Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 14 Rn. 66; *H. Fleischer*, BB 2008, S. 1070 (1071); Begründung des RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11: kein sicherer Hafen für illegales Verhalten; zum Umgang mit Rechtsunsicherheit im Kartellrecht *M. Dreher*, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, in: *Dauner-Lieb/Hommelhoff/Jacobs/Kaiser/Weber* (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen, 2006, S. 85 (90 ff.). Eine dem unternehmerischen Ermessen hingegen zugängliche Entscheidung ist die normativ nicht vorgegebene Frage, welche Maßnahmen im Einzelfall in Abhängigkeit von der unternehmensindividuellen Risikosituation zur Prävention und Kontrolle erforderlich sind. Auch die Frage nach der Zulässigkeit von Maßnahmen im rechtlichen Graubereich, etwa bei Unsicherheit hinsichtlich der kartellrechtlichen Einordnung bestimmter Kooperationen oder Verhaltensweisen, löst sich nicht über den in § 91 Abs. 1 S. 2 AktG vorgesehenen Ermessensspielraum, sondern über die Einhaltung der Sorgfaltspflichten im Umgang mit dem rechtlichen Risiko, für das Kartellrecht *M. Dreher*, a.a.O., S. 85 (92 f.).

turell durchaus vergleichbar mit der deliktsrechtlichen Haftung im Zivilrecht¹⁸³ führt im Strafrecht die sog. Geschäftsherrenhaftung zu einer Garantenstellung von Geschäftsinhabern oder leitenden Angestellten,¹⁸⁴ die nicht nur Gefahren aus dem technischen Bereich eines gefährlichen Betriebs oder einer Anlage umfasst, sondern auch zur Pflicht führt, die Begehung von Straftaten durch Betriebsangehörige zu verhindern.¹⁸⁵ Vergleichbar mit der zivilrechtlichen Zurechnung und Haftung steht hinter der Geschäftsherrenhaftung der Gedanke, dass die Entscheidung des Unternehmers für eine bestimmte arbeitsteilige Organisation durch die damit verbundene Komplexität die Gefahr von Straftaten durch die in die Organisation eingebundenen Mitarbeiter mit sich bringt.¹⁸⁶ Damit besteht auch strafrechtlich im Grundsatz eine Pflicht zu organisatorischen, strafbare Rechtsverstöße vermeidenden Maßnahmen, die allerdings noch nicht hinreichend konturiert ist.¹⁸⁷ In ähnlicher Weise führen §§ 130, 9, 30 OWiG zu einer Verantwortlichkeit des Unternehmensinhabers oder der Repräsentanten für unzureichende Aufsichtsmaßnahmen, die innerhalb des Unternehmens begangene Rechtsverstöße nicht verhindert oder wesentlich erschwert haben.¹⁸⁸

Diese Verantwortlichkeit für die Verhinderung von unternehmensbezogenen Rechtsverstößen durch Mitarbeiter weist Parallelen zur zivilrechtlichen Haftung auf. Die Tatsache, dass der die Straftat unmittelbar begehende Mitarbeiter selbst strafrechtlich verantwortlich ist, schließt damit wie bei der mittelbaren Haftung für Rechtsverletzungen im Internet¹⁸⁹ die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn nicht aus.¹⁹⁰ Die charakteristische Einschränkung in der Reichweite der Garantenpflicht ergibt sich vielmehr aus dem Zusammenhang zum Betrieb. Der Geschäftsherr haftet nur für betriebsbezogene Straftaten der Mitarbeiter.¹⁹¹ Ähnlich wie bei der zivilrechtlichen Haftung¹⁹² kann die Unternehmensleitung die Pflicht zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten delegieren mit der Folge einer abgeleiteten Garantenstellung desjenigen, der die Aufgabe übernimmt,¹⁹³ wie auch verbleibender Kontroll-

183 Siehe oben, A. II. 1.

184 T. Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 13 Rn. 67 f.; G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, S. 981 (989 f.).

185 T. Fischer, StGB (Fn. 184), § 13 Rn. 68.

186 C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. 2, München 2003, § 32 Rn. 137; T. Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, S. 53 (56 f.); G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, S. 981 (985, 989).

187 D. Bock, Wistra 2011, S. 201 (202 ff.).

188 A. Ransiek, AG 2010, S. 147 (148 f.); T. Grützner/F. Leisch, DB 2012, S. 787 ff.

189 Siehe oben, A. II. 2.

190 A. Ransiek, AG 2010, S. 147 (150); T. Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, S. 53 (56); G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, S. 981 (990).

191 T. Fischer, StGB (Fn. 184), § 13 Rn. 68 f.

192 Siehe oben, A. II. 1.

193 G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, S. 981 (990); T. Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, S. 53 (57 f.).

und Instruktionspflichten der Geschäftsleitung.¹⁹⁴ Folglich dürfte den Compliance-Beauftragten eines Unternehmens abhängig von der Ausgestaltung seiner Aufgaben und Befugnisse regelmäßig eine abgeleitete Garantenpflicht zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten im Unternehmen treffen.¹⁹⁵ Auch wenn der Compliance-Beauftragte unternehmensintern unmittelbar nur über Befugnisse zur Informationserhebung, -bewertung und -weitergabe verfügt und grundsätzlich gegenüber anderen Mitarbeitern nicht weisungsbefugt ist, sondern selbst den Weisungen der Geschäftsleitung unterliegt,¹⁹⁶ liegt seine Aufgabe gerade in der Vermeidung von Rechtsverstößen durch das Wissensmanagement. Der Compliance-Beauftragte haftet dadurch regelmäßig strafrechtlich als Garant für Delikte, die durch Defizite in der Compliance-Funktion ermöglicht oder zumindest nicht wesentlich erschwert worden sind.¹⁹⁷ Zwar bleibt zur Vermeidung einer strafrechtlichen Garantenstellung die Möglichkeit, den Aufgabenbereich des Compliance-Beauftragten vertraglich und vor allem auch tatsächlich¹⁹⁸ so weit einzuschränken, dass von einer Delegation der Pflicht, die der Geschäftsherrenhaftung zu Grunde liegt, nicht mehr gesprochen werden kann.¹⁹⁹ Allein die vertragliche Festlegung, dass die Tätigkeit des Compliance-Beauftragten nur intern dem Unternehmensinteresse dient, dürfte dafür angesichts der Maßgeblichkeit der tatsächlichen Stellung jedoch nicht genügen. Zudem führt eine Beschränkung der Rechtsstellung des Compliance-Beauftragten dazu, dass die Unternehmensleitung von ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflicht, Maßnahmen zur Vermeidung von Rechtsverstößen zu treffen, nicht entlastet wird. Gleiches gilt für kartellrechtliche Anforderungen an die Effektivität der Compliance-Funktion, soweit diese im Rahmen der kartellrechtlichen Haftung überhaupt Berücksichtigung findet.²⁰⁰

C. Fazit

Normbefolgung setzt Informationen über drohende Rechtsverstöße voraus, deren Verfügbarkeit wesentlich von der organisatorischen Ausgestaltung eines Unternehmens abhängt. In einigen Bereichen verpflichtet der Gesetzgeber zur Einrichtung einer Compliance-Organisation, um durch die Ermittlung potentieller Rechtsverstöße

194 T. Rönnauf/F. Schneider, ZIP 2010, S. 53 (58); zu Parallelen in der deliktsrechtlichen Haftung siehe oben, A. II. 1.

195 BGH, Urt. v. 17.7.2009, 5 StR 394/08, Rn. 27; zustimmend T. Rönnauf/F. Schneider, ZIP 2010, 53 (58 ff.); G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, S. 981 (990).

196 Siehe oben, A. I. 1. und 2.

197 G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, S. 981 (990); T. Rönnauf/F. Schneider, ZIP 2010, S. 53 (59 f.).

198 Zur Maßgeblichkeit der faktischen Aufgabenübernahme T. Rönnauf/F. Schneider, ZIP 2010, S. 53 (59); BGH, Urt. v. 17.7.2009, 5 StR 394/08, Rn. 26.

199 Das kann neben der Beschränkung der Befugnisse zur Informationserhebung auch durch die Begrenzung des Aufgabenbereichs auf punktuelle Bereiche ohne eigenen Entscheidungsspielraum erfolgen, G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, S. 981 (990); kritisch zur damit verbundenen Anreizwirkung A. Ransiek, AG 2010, S. 147 (148).

200 Dazu oben, B. II. 1.

in den arbeits- und datenschutzrechtlichen Grenzen den Grad der Normbefolgung auf der Grundlage der bestehenden Entscheidungsstrukturen zu erhöhen. Im allgemeinen Zivilrecht liegt die organisatorische Ausgestaltung hingegen grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Einzelnen. Gleichwohl stellen die Gerichte Vorgaben an die organisationsinterne Wissensgenerierung als Kriterien für Haftungs- und Zurechnungsfragen auf. In der Entscheidung über materiell-rechtlich nicht ausdrücklich vorgegebene, organisationsbezogene Vorgaben an die Wissensgenerierung berücksichtigen Gerichte das tatsächliche Umfeld, etwa die Eigenschaften des in Rede stehenden Geschäftsmodells. Diese Kriterien werden durch Auslegung materiell-rechtlicher Tatbestände entwickelt, erweisen sich aber gleichwohl zu einem gewissen Grad von dogmatischen Konstruktionen und den zu Grunde liegenden Tatbeständen unabhängig. Für Unternehmen setzen externe Haftungsregelungen insbesondere im Kartellrecht Anreize für organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung von Regelverstößen. Die Verknüpfung dieser externen Haftung mit Regeln zur gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Haftung der Unternehmensleitung verdichtet das Haftungsregime zu mittelbaren Organisationspflichten.