

Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. KLAUS J. HOPT,
M.C.J. (New York University), Hamburg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2020, 373–405

I. Informationsregeln im öffentlichen Interesse: Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring	374
1. Information im öffentlichen Interesse als Verbindung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle	374
2. Interne Untersuchungen, Aufsichtsrecht und Verbandssanktionengesetz	377
3. Corporate Whistleblowing und EU-Whistleblower-Richtlinie	381
4. Externes Monitoring, Sonderbeauftragter und Verbandssanktionengesetz	384
II. Ausgewählte Rechtsfragen der Einrichtung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle: Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring	387
1. Einrichtung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle als Geschäftsführungsaufgabe des Vorstands	387
2. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats bei den drei Informations- und Durchsetzungskanälen	390
3. Einrichtung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle im Konzern	396
4. Rechtliche Grenzen der Gewinnung und Verwertung der Informationen, nationale und internationale Verfahrensfragen	401
III. Zusammenfassung und Thesen	403

Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring liegen als Teil der aktienrechtlichen Compliance (auch) im öffentlichen Interesse. Gesetzliche Regelungen stehen dazu im VerSanG und künftigen Whistleblowergesetz an. Einrichtung und Nutzung der drei Informationskanäle sind Sache des Vorstands. Hinsichtlich des „Ob“ hat er kein Ermessen, aber hinsichtlich des „Wie“. Bei Hinweisen, die einen konkreten Verdacht von Rechtsverstößen des Vorstands begründen, und bei schwerwiegenden Compliance-Verstößen hat der Aufsichtsrat eine eigene Untersuchungspflicht. Das kann zu zwei parallelen Untersuchungen im Unternehmen führen. Eine konzernweite Compliance ist jedenfalls dann geboten, wenn eine eigene Unternehmenshaftung der Mutter droht, so namentlich bei Kartellverstößen. Dann sind Vorstand und Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft gefordert.

Internal investigations, whistleblowing and external monitoring are all part of the compliance process in respect of stock corporations and as such are in the public interest. In the future they will be

* Direktor em. und Professor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg.

regulated by the pending Corporate Criminal Liability Act (VerSanG) as well as the future Whistleblower Protection Act. It falls upon the management board to implement and use these three channels of information. The board has discretion not in terms of whether to act, but only as to what measures are to be taken. Where there is a concrete suspicion of unlawful behavior on the part of the management board or of a serious breach of compliance duties, the supervisory board has a duty to investigate. This can lead to two parallel internal investigations. Compliance on a groupwide level is imperative where the parent company risks liability for antitrust violations or for other offenses committed by subsidiaries. In such a case, the management board as well as the supervisory board of the parent company must act.

I. Informationsregeln im öffentlichen Interesse: Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring

1. Information im öffentlichen Interesse als Verbindung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle

Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring sind drei Themen, die allesamt hochaktuell sind. Verbandsinterne Untersuchungen und Milderung der Verbandssanktion bei solchen Untersuchungen sollen in §§ 16–18 des neuen Verbandssanktionengesetzes (VerSanGE)¹ geregelt werden. Dass bei der Bußgeldbemessung nach § 30 OWiG die Installierung eines effizienten Compliance-Management bedeutsam ist, hat der Bundesgerichtshof in Strafsachen 2017 bejaht.² Der seit dem 22.4.2020 nunmehr offiziell vorliegende Referentenentwurf des neuen VerSanGE ist heftig umstritten, zwei Gegenentwürfe, ein Kölner³ und ein Münchener⁴, liegen vor. – Die EU-Whistleblower-Richtlinie⁵ ist vom Rat am 7.10.2019 verabschiedet worden, sie ist von den Mitgliedstaaten innerhalb von zwei Jahren umzusetzen. – Und die BaFin hat am 21.9.2018 einen Sonderbeauftragten nach § 45c KWG bestellt.⁶ Mit der Überwachung der von ihr für die Deutsche Bank angeordneten Maßnahmen

1 BMJV, RefE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, Art. 1 Verbandssanktionengesetz – VerSanG, Bearbeitungsstand 22.4.2020, im Folgenden VerSanGE. Zum Koalitionsvertrag 2018 MOOSMAYER/PETRASCH, ZHR 182 (2018), 504.

2 BGHSt, AG 2018, 39 = NJW 2017, 3798 LS.

3 Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, HENSSLER/HOVEN/KUBICIEL/WEIGEND, Köln 2017; DIES., NZWiSt 2018, 1.

4 Münchener Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, SALIGER/TSAMBIKAKIS/MÜCKENBERGER/HUBER, München, 5.9.2019, 2019 auch als Buch erschienen.

5 Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABIEU 2019 Nr. L 305/17.

6 Sonderbeauftragte für Deutsche Bank, Handelsblatt, 25.9.2018 Nr. 185, S. 28; Erweiterung des Mandats (dänische Bank), Handelsblatt, 15.2.2019 online. Zum Sonderbeauftragten nach § 45c KWG HANTEN, BKR 2019, 157 und 218.

zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ist die KPMG, die zugleich regulärer Abschlussprüfer der Deutschen Bank ist, betraut worden.⁷ Solche externe Monitore sind auf Druck US-amerikanischer Behörden in Deutschland schon mehrfach in deutschen Unternehmen tätig geworden oder noch tätig, zum ersten Mal bei Siemens (mit dem früheren deutschen Finanzminister Waigel) 2008, später etwa bei Daimler 2010, bei Bilfinger 2014, bei der Commerzbank und 2015–2017 bei der Deutschen Bank sowie seit 2017 bei Volkswagen.⁸

Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring stehen alle drei in einem engen Bezug zu unserem Symposiumsthema „Informationen im Unternehmensrecht“. Es geht dabei um „Informations- und Durchsetzungsregeln im öffentlichen Interesse“.⁹ Zwar gibt es auch interne Untersuchungen, ohne dass Rechtsverstöße aufgeklärt werden sollen, um diese geht es hier nicht und der Problemkreis ist ja auch insoweit auf dem ZHR-Symposium 2015 ausführlich diskutiert worden.¹⁰ Aber wenn bei einem Unternehmen ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften, ganz besonders Korruption oder Wettbewerbsverstöße, entdeckt oder vermutet wird, muss der Vorstand aufgrund seiner Legalitätskontrollpflicht dem in aller Regel durch eine unabhängige Untersuchung nachgehen. Diese Organpflicht wird heute überwiegend als (zumindest auch) im öffentlichen Interesse liegend angesehen.¹¹

7 Näher HANTEN, BKR 2019, 157, 158.

8 Volkswagen, Third Partial Consent Decree, online abrufbar unter: <https://www.epa.gov/enforcement/volkswagen-clean-air-act-civil-settlement> (letzter Zugriff: 2.1.2020). Kurze Beschreibung dieser und weiterer, insgesamt Fälle europäischer Unternehmen, bei ZULAUF/STUDER, GesKR 2018, 301, 304 ff; WALTENBERG, CCZ 2017, 146; HITZER, ZGR 2020, 406 ff (in diesem Heft).

9 Information und Durchsetzung gehen dabei in der Regel zusammen. Interne Untersuchungen und Whistleblowing führen typischerweise zu Folgemaßnahmen, und externes Monitoring bedarf der Information, es kann, aber muss nicht mit einer internen Untersuchung verbunden werden oder auf einer solchen aufbauen. Im Folgenden kann deshalb vereinfachend auch nur von Informationskanälen gesprochen werden. Zur Theorie der Unternehmensinformation und den Informationspflichten der Unternehmensleitung SCHÖN, FS K. Schmidt, Bd. II, 2019, S. 391.

10 Beiträge von HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136: Compliance-Organisation; BÜRGERS, ZHR 179 (2015), 173: Vorstand und Aufsichtsrat; HUGGER, ZHR 179 (2015), 214: Praxiserfahrungen; DRINHAUSEN, ZHR 179 (2015), 226: Unabhängige Untersuchungen durch Sachverständige; SCHEBEN/GESCHONNER/KLOS, ZHR 179 (2015), 240: Datenschutz.

11 Z. B. HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 146 f mit Unterscheidung zwischen Legalitäts- und Legalitätsdurchsetzungspflicht; VERSE, ZHR 185 (2011), 401, 403 ff; LÖBBE, FS Seibert, 2019, S. 561, 568; MARSCH-BARNER, ZHR 180 (2016), 563, 566 Fn. 18; auch BACHMANN, ZHR 180 (2016), 563, 566; a. A. TORGGGLER, in: Kalss/Torggler, Compliance, Wien 2016, S. 98 m. w. N. Zur generalpräventiven Funktion der Legalitätspflicht GRIGOLEIT, FS K. Schmidt, Bd. I, 2019, S. 367, 371 ff.

Bei den drei zu behandelnden Informationsgewinnungsinstrumenten findet sich als grundsätzliche Unterscheidung häufig die zwischen internen und externen Instrumenten.¹² Das ist schon deshalb missverständlich, weil der Vorstand auch unabhängige Externe mit der internen Untersuchung betrauen kann, was wegen der Außenwirkung im Interesse des Unternehmens geboten sein kann. Vor allem aber sind die typischen Fälle von unternehmensinternen Untersuchungen im öffentlichen Interesse nicht solche, in denen die Aufsicht selbst einen Monitor bestellt, sondern solche, in denen der Vorstand den Monitor auf externen Druck der (bislang in aller Regel ausländischen) Aufsichtsbehörde mit der Untersuchung beauftragt. Dem wird die Unterscheidung zwischen regulierten Unternehmen wie etwa Banken und nicht-regulierten Unternehmen besser gerecht.¹³

Alle drei Informations- und Durchsetzungskanäle stehen zwischen Compliance¹⁴ und Aufsichtsrecht. Beides ist hier zu berücksichtigen, aber es geht hier weder primär um die vielen Fragen der Compliance als solcher noch allgemeiner um Aufsichtsrecht und Strafrecht und die rechtsgebietsübergreifende Prävention von Unternehmenskriminalität.¹⁵ Ein Schwerpunkt liegt auf den börsennotierten Aktiengesellschaften. Angesichts der Umfangsbegrenzung können nur einige Probleme herausgegriffen werden, namentlich zur Regulierung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle, zu den Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat und zum Konzern.¹⁶

Dass diese Pflicht im öffentlichen Interesse liegt, zeigt sich unter anderem daran, dass der Vorstand auch dann einschreiten muss, wenn es sich um einen für die Gesellschaft nützlichen Gesetzesverstoß handelt, HOPT/ROTH, Großkomm. z. AktG, 5. Aufl., 2015, § 93 Rdn. 134.

12 Vgl. HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 139 mit der Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis.

13 Vgl. branchenübergreifend § 130 OWiG, HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 140ff; so auch die Verbandsdefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanGE. Auch bei der Compliance wird zwischen den besonderen Compliance-Anforderungen an regulierte Unternehmen wie Banken und Versicherungen und denen allgemeiner an nicht-regulierte Unternehmen unterschieden, z.B. WINTER, FS Hüffer, 2010, S. 1103, 1105.

14 Vom RefE VerSanG, aaO (Fn. 1), AT I 2, S. 55 definiert als „alle Maßnahmen zur Gewährleistung von rechtmäßigem Verhalten aller Verbandsangehörigen im Hinblick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote“.

15 So Titel und Untersuchung der Abhandlung von BAUR/HOLLE/REILING, JZ 2019, 1025. Zur „regulatorischen Indienstnahme“ Privater für die Rechtsdurchsetzung LEYENS, Informationsintermediäre des Kapitalmarkts, 2017, S. 205 ff, 210 ff, 219 ff.

16 Ökonomische Beiträge, praktische Befunde und rechtsvergleichende Erfahrungen sind ausgliedert, dazu HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck.

2. *Interne Untersuchungen, Aufsichtsrecht und Verbandssanktionengesetz*

a) *Begriff und Abgrenzungen*

Interne Untersuchungen¹⁷ durch unabhängige Sachverständige haben ihren Ursprung in den USA, dort vor allem seit dem Skandal um Enron 2001.¹⁸ Interne Untersuchungen unterscheiden sich von den Routineprüfungen der internen Revision durch den besonderen Anlass mehr oder weniger gravierender Rechtsverstöße. Werden solche dem Vorstand bekannt oder besteht ein hinreichender Verdacht, wird er dem durch eine interne Untersuchung nachgehen.

b) *Keine besonderen aktienrechtlichen Regelungen, aber Teil der Compliance*

Interne Untersuchungen sind bislang aktienrechtlich nicht (ausdrücklich) vorgeschrieben. Sie sind aber fester Bestandteil der Corporate Compliance und bei größeren, börsennotierten Unternehmen bereits etabliert.¹⁹ Je nach Schwere des Rechtsverstößes und Aufklärungsbedarf kann der Vorstand zur Eröffnung einer internen Untersuchung verpflichtet sein. Das gilt besonders, wenn damit zu rechnen ist, dass dadurch zu befürchtende Sanktionen etwa nach § 130 Abs. 1 OWiG später gemildert werden können.²⁰ Im europäischen und deutschen Kartellrecht hat für Kartellbeteiligte die Kronzeugenregelung eine ähnliche Funktion.²¹ Eine Compliance-Rechtspflicht zur Einschaltung un-

17 Dazu eine rasch anwachsende Literatur, z.B. MOOSMAYER/HARTWIG, *Interne Untersuchungen*, 2. Aufl., 2018; WESSING, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*, 3. Aufl., 2016, § 46; KÜSTER, *Der rechtliche Rahmen für unternehmensinterne Ermittlungen*, 2019; WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012; KNIERIEM/RÜBENSTAHL/TSAMBIKAKIS, *Internal Investigations, Ermittlungen im Unternehmen*, 2013. Rechtstatsachen in EBS LAW SCHOOL/NOERR, *Internal Investigations, Compliance Studie 2019*. Für die USA WEBB/TARUN/MOLO, *Corporate Internal Investigations*, New York 2018 (LBI, Stand 2019). International LOMAS/KRAMER, eds., *Corporate Internal Investigations, An International Guide*, 2d ed., Oxford 2013; SPEHL/GRUETZNER, eds., *Corporate Investigations – Overview of 13 jurisdictions*, 2013; SPEHL/MOMSEN/GRÜTZNER, CCZ 2013, 260, 2014, 2, 179, 2015, 77.

18 DRINHAUSEN, ZHR 179 (2015), 226, 228. Zu Enron HOPT, *Journal of Corporate Law Studies* 3 (2003) 221.

19 OTT/LÜNEBORG, CCZ 2019, 71, 73 f, 79: „Verdachtsmanagement“; DIES., NZG 2019, 1361, 1364.

20 BGHSt, AG 2018, 39 Rdn. 118, Panzerhaubitzen-Fall; HOFFMANN/SCHIEFFER, NZG 2017, 401, 403 f; GNÄDIGER/KLEFF, WPg 2018, 470.

21 HUGGER, ZHR 179 (2015), 214, 222; HECKENBERGER, in: Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, 2. Aufl., 2018, M S. 170 f Rdn. 13 ff, S. 182 Rdn. 81; GALLE/GÖCKLER,

abhängiger Sachverständiger besteht nicht.²² Bei Verstößen gegen US-amerikanische Rechtsvorschriften drohen aber die Gefahr exzessiver Bußgelder²³ und das Damoklesschwert des Marktausschlusses.²⁴ Dann kann es besser sein, den Rechtsverstoß förmlich anzuerkennen und sich auf einen Vergleich mit einer amerikanischen Aufsichtsbehörde einzulassen, die dann die Rechtsverfolgung unter bestimmten Bedingungen aufschiebt oder davon Abstand nimmt (deferred oder non-prosecution agreement), zu denen auch eine interne Untersuchung durch unabhängige Sachverständige (external monitoring) gehören kann.²⁵

c) Aufsichtsrecht

Ausdrückliche Regelungen gibt es unter anderem im Aufsichtsrecht und im Kartellrecht²⁶. So bestehen für die regulierten Unternehmen besondere organisatorische Pflichten etwa zur Einrichtung interner Kontrollverfahren mit

- EuZW 2019, 1010. Auch §§ 81 ff GWB-RefE (BMWi) 2020 mit Kodifizierung des Kronzeugenprogramms. Speziell DAV, NZG 2019, 1138, 1144: leniency applications und MAR. Zuletzt rechtsvergleichend für die USA und Canada AUSTIN/LOMBARD, The Impact of Whistleblowing Awards Programs on Corporate Governance, online abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3508357> (letzter Zugriff: 3.2.2020).
- 22 KOCH, in: Hüffer/Koch, Komm. z. AktG, 13. Aufl., 2018, § 76 Rdn. 16c; FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2019, § 91 Rdn. 57: Auswahlermessen.
- 23 WOLL, Finanzunternehmen zwischen Recht und Staat, Börsen-Zeitung, 25.9.2019, Nr. 184, S. 4.
- 24 MENZEL, Volkswagen, Kein Ausschluss von US-Aufträgen, Handelsblatt, 2.9.2019, Nr. 168, S. 14 f. Vgl. auch §§ 123 ff GWB über den Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge, wonach bei Nachweis der Selbstreinigung durch geeignete, konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen der Ausschluss unterbleibt (§ 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB).
- 25 Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, The DOJ's New Corporate Monitor Policy, 5.5.2018, p. 4: a monitor may not be warranted in case of "overhauling a compliance program in tandem with an investigation" (US Attorney for the Southern District of New York GEOFFREY BERMAN). Zu den USA näher HITZER, ZGR 2020, 406 ff (in diesem Heft) sowie breiter rechtsvergleichend HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck, unter IV.
- 26 Einzelheiten zu internen Untersuchungen bei Kartellrechtsverstößen bei HECKENBERGER, aaO (Fn. 21), M S. 167 ff Rdn. 1 ff m.w.N.; DITTRICH/MATTHEY, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl., 2016, § 26 (kartellrechtliche Compliance), Rdn. 82 ff (anlassbezogene Prüfungen); JANSEN, Verhaltenssteuerung als Mittel zur kartellrechtlichen Regulierung, 2019, S. 128 ff zur corporate leniency policy; BRÜCKNER, Der Treuhänder in der Europäischen Fusionskontrolle, 2012. Für die Schweiz FRITSCHE, Interne Untersuchungen in der Schweiz, 2013, S. 22 ff; kurz auch DIES., in: Emmenegger, Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, S. 193, 202. Für die USA zu antitrust prosecutions GARRETT, Too Big to Jail, Cambridge Mass./London 2014, p. 234 et seq. antitrust prosecutions.

einem Risikocontrolling und einer Compliance-Funktion, so nach KWG²⁷, VAG²⁸ und anderen Spezialgesetzen²⁹.

d) Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes

Für nichtregulierte Unternehmen sollen verbandsinterne Untersuchungen erstmals durch das kommende Verbandssanktionengesetz³⁰, wenn auch eher kursorisch,³¹ geregelt werden, das im Referentenentwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 22.4.2020 als Art. 1 enthalten ist. Sie können durch den Verband selbst³² oder durch von ihm beauftragte Dritte durchgeführt werden. Bei einer Verbandsstraftat des Verbands oder einer Leitungsperson kann das Gericht eine Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt aussprechen und dem Verband Auflagen und Weisungen erteilen, dabei kommt auch ein Compliance-Monitor in Betracht.³³ Das Gericht hat einen weiten Ermessensspielraum,³⁴ aber die Weisungen dürfen nicht unzumutbar in den Betrieb oder das Unternehmen des Verbands eingreifen (§ 13 Abs. 3 VerSanGE)³⁵. Das Gericht kann, wie schon vom BGH 2017 anerkannt,³⁶ die Verbandssankti-

27 § 25 a Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 lit. c KWG. Zu KWG und VAG neben den Spezialkommentaren auch SPINDLER, Münchener Komm. z. AktG, 5. Aufl., 2019, § 93 Rdn. 59 und 60; KORT, Großkomm. z. AktG, 5. Aufl., 2015, § 91 Rdn. 133 aff.

28 § 29 VAG: internes Kontrollsystem; § 29 Abs. 1 Satz 2 VAG: Compliance-Funktion; § 30 VAG: interne Revision. Zur Compliance-Funktion bei Versicherungsunternehmen BÜRKLE, VersR 2014, 529, 533 ff.

29 Z. B. Aufbau einer risikobasierten Geschäftsorganisation § 26 VAG; § 28 KAGB, dazu KORT, AG 2013, 582; §§ 4–6 GwG; § 52 b Abs. 2 BImSchG; § 58 Abs. 2 KrW. Dazu auch QUICK/SAYAR, WPg 2019, 1033, 1034. Zur MiFiD und der DelVO (EU) 2017/565 bezüglich der Compliance-Funktion näher SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 93 AktG Rdn. 57.

30 § 16 VerSanGE, aaO (Fn. 1). Näher OTT/LÜNEBORG, NZG 2019, 1361; TEICKE, CCZ 2019, 298; TRAUB, AG 2019, 813; HEIßNER/BALTRUSCHAT, WPg 2020, 84; STRÖHMANN, ZIP 2020, 105.

31 Im Gegensatz zum Referentenentwurf und zum Kölner Entwurf regelt der Münchener Entwurf die internen Untersuchungen nach Begriff, Anforderungen und Verfahrensregeln sehr ausführlich, §§ 33–39, mit ausführlicher Begründung S. 81–90.

32 Also durch eigenes Personal, wichtig für kleinere und mittelständische Unternehmen, RefE VerSanG, aaO (Fn. 1), Begründung zu § 16 S. 98.

33 Unten I. 4. b) Fn. 79.

34 RefE VerSanG, aaO (Fn. 1), Begründung zu § 13 S. 89.

35 Die Begründung des RefE zu § 13 S. 90 wiederholt das nur, ohne weitere Erklärungen. Für das Kartellrecht § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB: keine laufende Verhaltenskontrolle; dazu MONTAG, FS G. Hirsch, 2008, S. 261.

36 Bußgeldminderungsmöglichkeit bei Compliance-Organisation (Compliance Defense), BGHSt, AG 2018, 39 = NZG 2018, 36 LS. Bisher keine Bußgeldminderung durch Kartell-Compliance, NIETSCH, ZHR 184 (2020), 60, 108 ff.

on mildern, unter anderem wenn der Verband eine faire³⁷ verbandsinterne Untersuchung durchführt.³⁸ Diese Regeln für verbandsinterne Untersuchungen (§§ 16 ff VerSanGE, insbesondere § 18 und § 50 Abs. 3) sollen eine Anreizstruktur für Investitionen in Compliance-Maßnahmen schaffen und Unsicherheiten beseitigen, die auch nach den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts³⁹ verblieben sind.⁴⁰ Die Beschlagnahme von Dokumenten aus internen Untersuchungen bleibt zulässig, aber die Unternehmensmitarbeiter sind auf ihr Aussageverweigerungsrecht dabei hinzuweisen.⁴¹ Von derart geregelten verbandsinternen Untersuchungen zu unterscheiden ist die Verteidigung des Verbands in einem von außen aufgezwungenen Verfahren, in dem sich dieser mit einer konkreten Beschuldigung konfrontiert sieht.⁴² Dann besteht Beschlagnahmeschutz

- 37 Zum einem fairen Verfahren gehört nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanGE, dass Mitarbeiter vor ihrer Befragung darauf hingewiesen werden, dass ihre Aussagen in einem Strafverfahren gegen sie verwendet werden können, sie einen anwaltlichen Beistand oder ein Mitglied des Betriebsrats zu Befragungen hinzuziehen und ein Zeugnis verweigern können. Ausführliche Begründung des Arbeitnehmerschutzes nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanGE in RefE VerSanG, aaO (Fn. 1), S. 100 ff.
- 38 Die öffentliche Funktion dieser internen Untersuchung wird durch die Voraussetzungen für die Sanktionsmilderung in § 17 Abs. 1 VerSanGE klargestellt, u. a. wesentlicher Beitrag zur Aufklärung der Verbandsstraftat, ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit mit den Verfolgungsbehörden und Zurverfügungstellung der Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung.
- 39 BVerfG NJW 2018, 2385, 2392, VW/Jones Day, Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Zuge des VW-Diesel-Skandals: kein Beschlagnahmeverbot nach §§ 97 Abs. 1, 53 StPO bereits dann, wenn ein Unternehmen ein künftiges Ermittlungsverfahren lediglich befürchtet und „eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt“, ebenda, 2385 Rdn. 95. Denn „(i)nsbesondere große Unternehmen könnten ein vielfältiges Interesse daran haben, bestimmte Unterlagen im Wege von internen Ermittlungen dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen.“, ebenda 2385 Rdn. 91. Zu den Beschlüssen des BVerfG u. a. MOMSEN, NJW 2018, 2362; LILIE-HUTZ/IHWAS, NZWiSt 2018, 349; WOOSTRY, NZWiSt 2018, 356.
- 40 RefE VerSanG, aaO (Fn. 1), Begründung AT I 1 S. 50f, 53, 55f. Zu diesem Anreizmodell näher OTT/LÜNEBORG, NZG 2019, 1361, 1364 ff. Zur divergierenden Rechtsprechung MOOSMAYER/PETRASCH, ZHR 182 (2018), 504, 508 ff.
- 41 Ausführliche Nachweise in RefE VerSanG, aaO (Fn. 1), Begründung AT I 2 a. E. S. 56, II 3 S. 58 und § 17 Nr. 5 S. 100 ff. Deziert anders als der RefE der Kölner Entwurf eines Verbandsanktionengesetzes (HENSSLER U. A.), 2017, § 18 Interne Untersuchungen: Zeugnisverweigerungsrecht von Rechtsanwälten und Syndikusrechtsanwälten des Verbandes, Beschlagnahmeverbot für Aufzeichnungen über interne Untersuchungen. Gegenwind für das Unternehmensstrafrecht, FAZ, 5.9.2019, Nr. 206, S. 20. Zur Kritik auch OTT/LÜNEBORG, NZG 2019, 1361, 1368 f; TRAUB, AG 2019, 813.
- 42 RefE VerSanG, aaO (Fn. 1), Begründung zu §§ 16–18 S. 96 ff und zu § 16 S. 98. Die funktionale Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanGE dient der Unabhängigkeit des Untersuchungsführers und soll dadurch eine ernsthafte Selbstreinigung des Verbands und einen nachhaltigen Kulturwandel anstoßen, Begründung S. 99; OTT/LÜNEBORG, NZG 2019, 1363, 1365 f. Dazu

im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses und des Zeugnisverweigerungsrechts.⁴³

Gegen das geplante Unternehmensstrafrecht, immerhin nunmehr ohne die Sanktion der Verbandsauflösung, richtet sich bekanntlich massive Kritik. Aber auch die geplante Regelung der internen Untersuchungen ist problematisch. So ist die Eingrenzung der Weisungsbefugnis nicht hinreichend konkret, die US-amerikanischen Erfahrungen sollten uns warnen. Vor allem aber ist eine gesetzlich bestätigte Beschlagnahme der Untersuchungsergebnisse kontraproduktiv.⁴⁴ Die Ausnahme der Verteidigung gegen eine konkrete Beschuldigung ist ex ante höchst unsicher,⁴⁵ und Mitarbeiter werden sich im Zweifel nicht bereit finden, an der Untersuchung mitzuwirken. Hier muss nachgebessert werden. Der Kölner Entwurf und der Münchener Entwurf bieten dazu bei Unterschieden im Einzelnen gute Anregungen.⁴⁶

3. *Corporate Whistleblowing und EU-Whistleblower-Richtlinie*

a) *Corporate Whistleblowing*

Whistleblowing ist trotz seiner Ambivalenz gesellschaftlich zur Aufdeckung von Missbrauch und wirtschaftlich zur Aufdeckung von Betrug gerade heute eine wichtige Informationsquelle.⁴⁷ Rechtlich ist das Whistleblowing⁴⁸ bislang

auch § 5 Abs. 4 des Kölner Entwurfs, aaO (Fn. 3): unabhängiger Monitor; § 34 Abs. 2 des Münchener Entwurfs, aaO (Fn. 4): unabhängige Untersuchung, und die Unterscheidung von drei Arten von internen Untersuchungen in § 33 Abs. 2. Der Compliance Officer ist nicht rechtlich unabhängig, MOOSMAYER/PETRASCH, ZHR 182 (2018), 504, 519.

43 Vgl. dazu §§ 97 Abs. 1 Nr. 2, 160a Abs. 5 StPO i. d. F. VerSanG.

44 OTT/LÜNEBORG, NZG 2019, 1361, 1368; DAV, NZG 2020, 298, 305 f.

45 Näher MOOSMAYER/PETRASCH, ZHR 182 (2018), 504, 521 ff; OTT/LÜNEBORG, NZG 2019, 1361, 1365 f; DAV, NZG 2020, 298, 303 ff.

46 §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 des Kölner Entwurfs, aaO (Fn. 3); Dritter Teil: Interne Untersuchungen, §§ 33–39 des Münchener Entwurfs, aaO (Fn. 4) mit ausführlicher Begründung, S. 81–90. Gesetzesvorschlag auch bei MOOSMAYER/PETRASCH, ZHR 182 (2018), 504, 535 ff.

47 In den USA zuletzt viel beachtet TOM MUELLER, *Crisis of Conscience, Whistleblowing in an Age of Fraud*, New York 2019.

48 Z.B. SCHEMMELE/RUHMANNSEDER/WITZIGMANN, *Hinweisgebersysteme 2012*, Kap. 1, Rdn. 7 ff; SÄNGER, *Whistleblowing in der börsennotierten Aktiengesellschaft*, 2011; THÜSING/FORST, eds., *Whistleblowing – A Comparative Study*, Cham et al. 2016. Einzelheiten bei BUCHERT, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*, 3. Aufl., 2016, § 42 (Hinweisgebersysteme); SCHMOLKE, ZGR 2019, 876; MARSCH-BARNER, ZHR 181 (2017), 847; MAUME/HAFFKE, ZIP 2016, 199 (Teil der Unternehmens-Compliance); FLEISCHER/SCHMOLKE, WM 2012, 1013 (Teil der Corporate Governance); GROß/PLATZER, NZA 2017, 1097, 1097.

weder allgemein noch spezieller aktienrechtlich besonders geregelt, auch wenn ein Hinweisgebersystem im Unternehmen⁴⁹ je nach den Umständen zur guten Corporate Governance gehört und der Deutschen Corporate Governance Kodex 2020 dazu in A.2. Satz 2 eine Anregung (auch für Hinweise unternehmens-externer Dritter) gibt.⁵⁰ Aber es gibt spezialgesetzliche Regeln unter anderem nach KWG, VAG und Kapitalmarkt- und Finanzaufsichtsrecht.⁵¹

b) EU-Whistleblower-Richtlinie vom 23.10.2019

Eingehende Vorgaben zum Whistleblowing macht jetzt die EU-Whistleblower-Richtlinie vom 23.10.2019.⁵² Durch sie werden gemeinsame Mindeststandards für den Schutz von Personen festgelegt, die bestimmte, enumerativ aufgeführte Verstöße gegen das Unionsrecht melden. Die Richtlinie gilt für Hinweisgeber aus dem privaten oder öffentlichen Sektor, die im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße⁵³ haben, was eine Arbeits-Verbindung (work-related co-

Allgemeiner im Zusammenhang mit Compliance kurz KOCH, aaO (Fn. 22), § 76 AktG Rdn. 18; KORT, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 152f; SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 72; HABERSACK, Münchener Komm. z. AktG, 5. Aufl., 2019, § 111 Rdn. 81; FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 52, 55.

49 Corporate Whistleblowing, Ausdruck bei MARSCH-BARNER, ZHR 181 (2017), 847.

50 DCGK 2017 Tz. 4.1.3 Satz 3 und DCGK 2020 Empfehlung und Anregung A.2 Satz 2. Dazu MARSCH-BARNER, ZHR 181 (2017), 847, 840ff; auch FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 52. Kritisch gegen die Einbeziehung Dritter DAV-HANDELSRECHTSAUSSCHUSS, NZG 2017, 57, 58; VGR, AG 2017, 1, 3; BAUR/HOLLE, NZG 2017, 170, 172f. Zum DCGK 2020 HOPT/LEYENS, ZGR 2019, 929; M. ROTH, AG 2020, 278.

51 § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG; dazu BRAUN, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Komm. z. KWG, CRR-VO, 5. Aufl., 2016, § 25a KWG Rdn. 687ff; § 23 Abs. 6 VAG; dazu kritisch BÜRKLE, VersR 2020, 1.

Ferner u. a. § 4d Abs. 1, 6 FinDAG Meldung von Verstößen, Grenze, wenn „vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr“; Art. 32 Abs. 2 lit. a, b, c MAR und Abs. 4 zu nationalen finanziellen Anreizen; § 22 DelVO (EU) der Kommission 2017/565 vom 25.4.2016 Art. 22 (Einhaltung der Vorschriften „Compliance“); § 80 Abs. 1 Satz 1 WpHG mit Verweis auf § 25a Abs. 1 KWG; § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 KAGB. Weitere Nachweise bei HELM, BB 2018, 1538, 1540ff; SCHMOLKE, AG 2018, 769, 770; BÜRKLE, VerS 2020, 1, 2.

52 EU-Whistleblower-Richtlinie, aaO (Fn. 5). Dazu AZMONS/HERSE, DB 2019, 1849; FEDERMANN/RACKY/KALB/MODRZYK, DB 2019, 1665; GARDEN/HIÉRAMENTE, BB 2019, 963; ausführliche Kommentierung bei FEST, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2020, 720 Hinweisgeber-Richtlinie, S. 2033ff. Auch Beschwerdemangement unter der MiFiD nach der DelVO (EU) 2017/565, SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 57ff.

53 Auch Handlungen oder Unterlassungen, die „dem Ziel oder dem Zweck der Vorschriften ... zuwiderlaufen“, Art. 5 Abs. 1 ii), erfasst werden also auch Umgehungen, dazu Erwägungsgrund 42; Kritik bei SCHMOLKE, AG 2018, 769, 775f.

next) voraussetzt.⁵⁴ Hinweisgeber und ihre Mittler und gefährdete Dritte⁵⁵ haben Anspruch auf Schutz, wenn sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen. Auf ihre Motivation, etwa im öffentlichen Interesse zu handeln, kommt es zu Recht nicht an.⁵⁶ Das gilt auch für anonym meldende Hinweisgeber.⁵⁷ Internes Whistleblowing und externes an zuständige Behörden stehen grundsätzlich nebeneinander, doch können die Mitgliedstaaten Anreize für Meldung erst an interne Meldekanäle schaffen (Art. 7 Abs. 2)⁵⁸.

Die Kritik an der Richtlinie selbst – Ablehnung des Dreistufenmodells, Regelung der Anonymität und nur cursorischer Schutz betroffener Dritter – kommt zu spät. Immerhin beinhaltet die Richtlinie keine Vollharmonisierung.⁵⁹ Der deutsche Gesetzgeber sollte dies wie seit dem 1.1.2018 Frankreich zum Anlass einer allgemeineren Regelung des Whistleblower-Rechts mit Erstreckung auf Verstöße gegen nationale Vorschriften nehmen.⁶⁰ Er könnte dabei, was Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie zulässt, den Whistleblowerschutz auch auf andere Bereiche oder Rechtsakte des nationalen Rechts ausdehnen und insoweit doch das ursprünglich vorgeschlagene⁶¹ Dreistufenmodell (erst interne Abhilfe, dann Meldung an die Behörde und zuletzt öffentliche Meldung)⁶² ein-

54 Art. 4 Abs. 1 der EU-Whistleblower-Richtlinie, aaO (Fn. 5).

55 Art. 4 Abs. 4 lit. a–c: „Mittler“ („facilitators“) auch Kollegen oder Verwandte des Hinweisgebers. Das war bis zuletzt besonders umstritten.

56 Zum Streit darum im Vorfeld der Richtlinie SCHMOLKE, AG 2018, 769, 779.

57 Zu anonymen Meldungen Art. 6 Abs. 2, 3; FEST, aaO (Fn. 52), Art. 5 Rdn. 21 ff. Zur Problematik anonymer Hinweise SCHMOLKE, AG 2018, 769, 778.

58 Was die Formulierung „Die Mitgliedstaaten setzen sich dafür ein, dass die Meldung über interne Meldekanäle .. bevorzugt wird“ (Art. 7 Abs. 2) bedeutet, ist nicht völlig klar. Vgl. aber auch EGMR, II. Sektion, Urteil vom 27.2.2018, 1085/10, Guja/Moldau Nr. 2, NJW 2019, 1273: Gang an die Öffentlichkeit nur als letzter Ausweg. Zur Rechtsprechung des EGMR FEST, aaO (Fn. 52), Art. 1 Rdn. 2 ff, der deutschen Gerichte, Rdn. 74 ff.

59 Die Mitgliedstaaten können für Hinweisgeber günstigere Bestimmungen einführen oder beibehalten, Art. 25, Erwägungsgrund 104.

60 Dazu SCHMOLKE, NZG 2020, 5; KUMPAN/PAUSCHINGER, EuZW 2019, 357, 360. Zur Rechtsangleichung verschiedener innerstaatlicher Rechtsschriften aufgrund der Richtlinie FEST, aaO (Fn. 52), Art. 1 Rdn. 53 ff.

Zu Frankreich Loi Sapin II, Loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Version consolidée au 6 novembre 2019 (Loi Sapin II), J.O.R.F. 10 déc. 2016, texte no 2, mit Décret No 2017-564 du 19 Avril 2017; dazu HERTSLET/BARSAN, IWRZ 2019, 256.

61 KUMPAN/PAUSCHINGER, EuZW 2019, 357, 360 mit Angaben zur Regelung noch im Richtlinienvorschlag; GARDEN/HIERAMENTE, BB 2019, 363, 364. Dafür hatte sich bis zuletzt die Deutsche Bundesregierung ausgesprochen.

62 So noch EGMR, NJW 2011, 3501 zu Strafanzeige einer Arbeitnehmerin gegen ihren Arbeitgeber: Meldung zunächst an den Vorgesetzten, Gang an die Öffentlichkeit als letztes Mittel; THÜSING/ROMBEY, NZG 2018, 1001, 1003.

führen. Dabei wäre auch eine Beschränkung auf nicht anonymes Whistleblowing zulässig, was allerdings gut überlegt werden müsste. Das gilt auch für die Anreizproblematik, die aus dem Kartellrecht bekannt ist.⁶³ Aber auch ein besserer Schutz der von dem Hinweis Betroffenen wäre dann ein Desiderat. Bei der Umsetzung der Geschäftsgeheimnisschutz-Richtlinie hat die Bundesregierung allerdings noch erklärt, kein allgemeines und umfassendes Hinweisgeberschutzgesetz einführen zu wollen.⁶⁴

4. Externes Monitoring, Sonderbeauftragter und Verbandssanktionengesetz

a) Von der Aufsicht entsandte Monitore am Beispiel des Sonderbeauftragten nach § 45 c KWG und § 307 VAG

Externes Monitoring bedeutet das Tätigwerden einer externen Überwachungsperson im Unternehmen wegen tatsächlicher oder vermuteter Rechtsverstöße. Beispiele für die Entsendung eines Monitors durch die Aufsichtsbehörde finden sich, abgesehen vom trustee im Europäischen Kartellrecht, unter anderem in § 45 c KWG⁶⁵ und § 307 VAG⁶⁶ über den Sonderbeauftragten. Zuletzt bekannt geworden ist, wie erwähnt, die Entsendung eines Sonderbeauftragten der BaFin in die Deutsche Bank.⁶⁷ Frühere Fälle, schon seit dem VAG 1936⁶⁸, hat es bei der Versicherungsaufsicht gegeben.⁶⁹ Die Aufgaben und Befugnisse des Sonderbeauftragten ergeben sich aus der Übertragung durch die Aufsichtsbehörde, die in der Regel durch Verwaltungsakt erfolgt, und sind

63 Zu den Erfahrungen mit pekuniären Anreizen in den USA HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck, unter II 1 a. Eindrucksvolle Zahlen in SEC 2018 Annual Report to Congress Whistleblower Program, online abrufbar unter: <https://www.sec.gov/sec-2018-annual-report-whistleblower-program.pdf> (letzter Zugriff: 16.1.2020).

64 Nachweise bei SCHMOLKE, AG 2018, 769, 770. Zum Geschäftsgeheimnisgesetz E. VETTER/LEHMANN, DB 219, 2507.

65 Ausführlich zu § 45 c Abs. 1 Satz 5 KWG HERRING/FIEDLER, WM 2011, 1311; BAUER-WEILER, in: Binder/Glos/Riepe, Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 16 Rdn. 25 ff; HANTEN, BKR 2019, 157 und 218.

66 BAUMGARTEN, BaFin Journal 2019, 10 (zu § 307 VAG). Zu § 307 Abs. 2 Satz 3 VAG HOFFMANN, in: Prölss/Dreher, VAG, 13. Aufl., 2018, § 307 Rdn. 59 ff; GROTE, in: Brand/Baroch Castelli, VAG, 2018, § 307 Rdn. 35 f.

Zum entsprechenden Überwachungstreuhand (monitoring trustee) im Kartellrecht DE SOUZA/BROCKHOFF, in: Drauz/Jones, eds., EU Competition Law, Vol. II Mergers and Acquisitions, Book One, 2 d ed., 2012, paras 7.303–7.364; BRÜCKNER, aaO (Fn. 26).

67 Zum Sonderbeauftragten bei der Deutschen Bank auch schon oben Fn. 7.

68 BAUER-WEILER, aaO (Fn. 65), § 16 Rdn. 25.

69 BAUER-WEILER, aaO (Fn. 65), § 16 Rdn. 28 Fn. 36; z.B. 2002 bei der Familienfürsorge Lebensversicherung VVaG im Rahmen der Kirche Detmold, damals nach §§ 81a, 83a VVG a.F.

im Gesetz näher beschrieben. Insbesondere können ihm ganz oder teilweise Befugnisse eines Geschäftsleiters oder Organs übertragen werden.⁷⁰ Der Sonderbeauftragte muss unabhängig, zuverlässig und fachlich geeignet sein.⁷¹

Die rechtliche Stellung des Sonderbeauftragten hängt mit der Aufgabenübertragung zusammen und ist nicht endgültig geklärt.⁷² Auch für die Fälle der Übertragung von Organbefugnissen kann der Sonderbeauftragte nicht aktienrechtlich als Organ der Gesellschaft qualifiziert werden. Er ist, wenn durch Verwaltungsakt bestellt, öffentlichrechtlicher Beauftragter der Aufsichtsbehörde mit Befugnissen, die denen eines Organs entsprechen.⁷³ Der Sonderbeauftragte soll dann wie ein Organ nach den Grundsätzen der Organhaftung haften (§§ 93, 116 AktG).⁷⁴ Bei fahrlässigem Handeln beschränkt sich seine Haftung auf 1 Mio. Euro, entsprechend höher bei Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handel am regulierten Markt zugelassen sind.⁷⁵

70 § 45 c Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 1–4 KWG; § 307 Abs. 1 Satz 1 VAG; BAUER-WEILER, aaO (Fn. 65), § 16 Rdn. 64 ff. Als Sonderbeauftragter mit Organfunktion können wie im Aktienrecht nur natürliche Personen bestellt werden, HANTEN, BKR 2019, 157, 161; auch BAUER-WEILER, aaO (Fn. 65), § 16 Rdn. 51.

71 § 45 c Abs. 1 Satz 2 KWG; § 307 Abs. 1 Satz 3 VAG. Zu den Fällen ohne Organfunktion § 45 c Abs. 2 Nr. 5–10 KWG, dazu gehört auch speziell die Prüfung von Schadensersatzansprüchen gegen Organmitglieder, § 45 c Abs. 2 Nr. 10 KWG, HERRING/FIEDLER, WM 2011, 1311, 1314 f; das Ergebnis wird den Inhabern des Instituts zwecks Erleichterung der Durchsetzung von Ansprüchen, wozu die BaFin nicht berufen ist, bekannt gegeben, dazu kritisch HANTEN, BKR 2019, 157, 161.

72 Für Verwaltungshelfer in den Fällen von § 45 c Abs. 2 Nr. 5, 6, 7a, 9, 10 KWG, für beliehene Unternehmer § 45 c Abs. 2 Nr. 7 und 8, HANTEN, BKR 2019, 157, 161. Näher BÜRKLE, Der Sonderbeauftragte der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Versicherungssektor, 2013, S. 125 ff; FIEDLER, Der Sonderbeauftragte als Eingriffsinstrument der Banken- und Versicherungsaufsicht, 2010, S. 156 ff; HOFFMANN, aaO (Fn. 66), § 307 Rdn. 53 und 72; UNKEL, Die Rechtsstellung des Sonderbeauftragten als öffentlichrechtlich bestellter Verwaltungsmittler, 2011, S. 233 ff, 254 ff.

73 Sonderbeauftragter allein als Instrument der Frühintervention, STRUCKMANN, ZBB 2019, 26; BAUER-WEILER, aaO (Fn. 65), § 16 Rdn. 42 ff. Für Stellung wie ein Insolvenzverwalter nach der modifizierten Organtheorie, HERRING/FIEDLER, WM 2011, 1311, 1315. Unklar HANTEN, BKR 2019, 157, 161.

Im europäischen Kartellrecht (oben Fn. 66) werden der Überwachungstreuhänder und sein Mandat von den Parteien vorgeschlagen, doch muss die Kommission zustimmen, für das Mandat und die Compliance-Aufgaben des Trustee gibt es ein Model Trustee Mandate; Einzelheiten bei DE SOUZA/BROCKHOF, aaO (Fn. 66), paras 7.303 et seq.

74 So BAUER-WEILER, aaO (Fn. 65), § 16 Rdn. 57; FIEDLER, aaO (Fn. 72), S. 156 ff, 161 ff. Zu dieser Streitfrage BÜRKLE, aaO (Fn. 72), S. 322 ff; UNKEL, aaO (Fn. 72), S. 286 f.

75 Bei Zulassung zum Handel im regulierten Markt nach § 45 c Abs. 7 Satz 3: 50 Mio Euro. Für Versicherungsunternehmen, die als Aktiengesellschaft organisiert sind und deren Anteile im regulierten Markt gehandelt werden, nach § 307 Abs. 4 Satz 2 VAG: 4 Mio Euro. Zum Streit um die Amtshaftung der BaFin HANTEN, BKR 2019, 157, 164 f; BAUER-WEILER, aaO (Fn. 65), § 16 Rdn. 58.

b) Monitoring bei Sanktionsvorbehalt (Verbandssanktionengesetz, deferred und non-prosecution agreements) zwischen Schuldrecht und Aktienrecht

Ein Beispiel dafür, dass nicht die Aufsichtsbehörde, sondern das Unternehmen selbst im Rahmen einer gerichtlichen Anordnung einen unabhängigen Monitor bestellt, bietet § 13 Abs. 2 VerSanGE. Bei einer Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt kann das Gericht den Verband anweisen, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachzuweisen.⁷⁶ Diese Stelle kann der Verband auswählen, bedarf aber der Zustimmung des Gerichts. Vor allem dürfen die Weisungen des Gerichts nicht unzumutbar in den Betrieb oder das Unternehmen des Verbandes eingreifen, was schon oben als zu ungenau kritisiert worden ist. Rechtssicherere Einzelheiten sehen der Kölner⁷⁷ und der Münchener Entwurf vor.⁷⁸ Externes Monitoring mit Bestellung durch das Unternehmen kommt derzeit vor allem im Zuge eines Vergleichs mit einer ausländischen Aufsichtsbehörde vor, wie das US-amerikanische Behörden inzwischen mehrfach bei deutschen und anderen europäischen Unternehmen durchgesetzt haben (deferred und non-prosecution agreements).⁷⁹ Rechtsgrundlage ist vor allem das Monitor Agreement⁸⁰, in dem das Unternehmen dem Monitor in der Praxis nolens volens sehr weitreichende Befugnisse einräumt mit erheblichen Abstimmungsschwierigkeiten und teilweise enormen Kosten.⁸¹

Bei Monitoring mit Sanktionsvorbehalt wird der externe Monitor vom Unternehmen privatrechtlich bestellt, auch wenn dies auf staatlichen Druck geschieht und selbst wenn dem Unternehmen praktisch nichts anderes übrig bleibt. Es handelt sich um einen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter nach §§ 611 ff BGB wie bei Rechtsanwälten, Abschlussprüfern und Sachverständigen. Eine aktienrechtliche Organstellung hat er nicht, auch wenn ihm weitreichende Überwachungs- und Complianceaufgaben übertragen wer-

76 Entsprechend § 36 Abs. 2 VerSanGE für Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen. Auch oben unter I. 2. d) Fn. 38. Ähnlich für den Treuhänder im Kartellrecht, oben Fn. 73. Der Monitor ist zu unterscheiden vom Sonderprüfer (§§ 142 ff AktG) und dem besonderen Vertreter der Hauptversammlung (§ 147 Abs. 2 AktG); zur Frage ihrer Investigativrechte MÖRSDORF, ZHR 183 (2019), 695, 712 ff.

77 § 5 Abs. 4 des Kölner Entwurfs, aaO (Fn. 3).

78 §§ 33 Abs. 2 lit. c, 34 des Münchener Entwurfs, aaO (Fn. 4).

79 Sogenannter *Compliance-Monitor*, FREEH/HERNANDEZ, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl., 2016, § 47. Zu den Fällen schon oben bei Fn. 8. Dazu ausführlich HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck, unter I 2 c und IV.

80 WALTENBERG, CCZ 2017, 146, 127 ff.

81 Diese Monitor Agreements wirken teilweise wie eine Art Steuer, Beispiele bei ZULAUF/STUDER, GesKR 2018, 305, 306, 313 f. Weitere Nachweise bei HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck, unter IV 1 a, 2 a. E.

den. Wie weit diese Übertragung neben dem Aufsichtsrat gehen kann, ist, wie unter II 2 c) zu zeigen, aktienrechtlich umstritten.

II. Ausgewählte Rechtsfragen der Einrichtung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle: Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring

1. Einrichtung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle als Geschäftsführungsaufgabe des Vorstands

a) Zuständigkeit des Vorstands

Die Einrichtung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungs-kanäle ist in der Aktiengesellschaft wie die Compliance allgemein⁸² eine Geschäftsführungsaufgabe des Vorstands.⁸³ Ihre Grundlage sind §§ 76, 93 und nicht § 91 Abs. 2 AktG.⁸⁴ Der Vorstand hat insoweit nicht nur eine Schadensabwendungspflicht, sondern eine Legalitätskontroll- bzw. -durchsetzungspflicht.⁸⁵ Diese Rechtsgrundlage gilt auch speziell für interne Untersuchungen⁸⁶ und für die Organisation eines Whistleblowing-Systems.⁸⁷

82 Dieser Problemkreis und die umfassende Literatur dazu werden hier nicht allgemein aufgegriffen. Näher z.B. Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*, 3. Aufl., 2016, § 9 ff (verschiedene Bearbeiter); KPMG, *Das wirksame Compliance Management System*, 2. Aufl., 2016; RIEDER, in: Inderst/Bannenber/Poppe, *Compliance*, 3. Aufl., 2017, 2. Kap. Rdn. 1 ff, 46 ff; BÜRKLE/HAUSCHKA, *Der Compliance Officer*, 2015; QUICK/SAYAR, WPg 2019, 1033. Aus der Kommentarliteratur FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 47 ff; KOCH, aaO (Fn. 22), § 76 AktG Rdn. 11 ff; KORT, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 121 ff; SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 52 ff. Nicht näher eingegangen werden kann auch auf die speziell strafrechtlichen Probleme, ebenso HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 139.

83 NIETSCH, ZHR 180 (2016), 733 m. w. N. Zu II 1 näher HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck, unter I 1 a–c.

84 HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 144 ff; FLEISCHER, NZG 2014, 321, 322; FUHRMANN, NZG 2016, 881, 882; SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 69, 75.

Eine Rechtspflicht zur Beachtung des *IDW PS 980* gibt es nicht, er hat sich aber bei großen Unternehmen praktisch durchgesetzt. IDW, *IDW Prüfungsstandards, IDW Stellungnahmen zur Rechnungslegung*, Bd. II (LBl), IDW PS 980, Stand: 11.3.2011. Dazu STECKER/NEUMANN, WPg 2020, 70.

85 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 61 m. w. N.; GRIGOLEIT, FS K. Schmidt, Bd. I, S. 380 ff.

86 BACHMANN, ZHR 180 (2016), 563, 565 ff, aber mit Betonung der im öffentlichen Interesse liegenden Organpflicht; BÜRGERS, ZHR 179 (2015), 173, 175, 177 ff.

87 MARSCH-BARNER, ZHR 181 (2017), 847, 850 ff. Die Organisationspflicht des Vorstands ist zu unterscheiden von einer Pflicht eines Vorstandsmitglieds, seinerseits als Whistleblower zu fungieren und Vorstandskollegen, den Aufsichtsrat oder sogar eine außenste-

b) *Business judgment rule und Ermessensspielraum, horizontale und vertikale Delegation*

Angesichts des öffentlichen Interesses steht dem Vorstand bei den drei Informations- und Durchsetzungskanälen hinsichtlich des „Ob“ nicht die business judgment rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. bei deren Ausscheiden kein Ermessensspielraum nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zu. Bei einem konkreten Verdacht eines Rechtsverstößes muss er handeln (so die bekannte Trias: „prevent, detect, respond“).⁸⁸ Von besonderen gesetzlichen Meldepflichten abgesehen, hat der Vorstand im Rahmen dieses „Ob“ allerdings keine allgemeine Rechtspflicht, Behörden zu benachrichtigen und mit diesen zu kooperieren,⁸⁹ und er muss sich auch nicht selbst belasten. Dagegen ist der Vorstand hinsichtlich des „Wie“ weitgehend frei. Dieses „Wie“ steht in der Praxis ganz im Vordergrund, auch wenn das Ermessen im Einzelfall auf Null schrumpfen kann.

Bisher gibt es zwar keine allgemeine Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer eigenen *Compliance-Organisation*. Jedenfalls für börsennotierte Unternehmen ist eine solche aber nicht nur allgemeiner Usus, sondern wird wohl inzwischen als rechtlich geboten angesehen werden können.⁹⁰ Das gilt vorbehaltlich kommenden Gesetzesrechts auch für die Einrichtung und Nutzung einer Whistleblowing-Organisation.⁹¹ Auf jeden Fall muss der Vorstand aber Hinweisen auf Rechtsverstöße im Unternehmen nachgehen. Ein externes Monitoring im Falle eines Sanktionsvorbehalts zuzulassen, ist eine Ermessensfrage.

hende Behörde zu informieren, dazu FLEISCHER/SCHMOLKE, WM 2012, 1013, 1014f. Eine allgemeine Rechtspflicht des Vorstands zu eigenständiger Information und Kooperation mit Behörden besteht nicht, BÜRGERS, ZHR 179 (2015), 173, 202f.

88 „Aufklären, Abstellen, Handeln“, REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 242; FLEISCHER, NZG 2014, 321, 322; SEIBT/CZIUPKA, AG 2015, 93, 96ff, 98ff, 104ff; FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 57 m. w. N. Allgemeiner zum Wie bei der Compliance MERKT, DB 2014, 2331.

89 BÜRGERS, ZHR 179 (2015), 173, 202; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 243.

90 Auch Diskussion, ZHR 179 (2015), 207, 208; HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 171 unterscheidet hinsichtlich des Ob jedoch nicht. Auch HOPT/ROTH, aaO (Fn. 11), § 93 AktG Rdn. 186ff. Zur Konkretisierung von Organisationsanforderungen mithilfe der Angemessenheit GRIGOLEIT, FS K. Schmidt, Bd. I, S. 383ff. Zum Ganzen REINHART, Die Legalitätspflicht des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft, 2019. Besondere Regeln für börsennotierte Gesellschaften empfehlen u. a. BAYER, Gutachten E zum 67. Deutschen Juristentag 2008.

91 SÄNGER, aaO (Fn. 48), S. 240ff, 247; in dieselbe Richtung BAUR/HOLLE, AG 2017, 379, 380f; MAUME/HAFFKE, ZIP 2016, 199, 201f ab der Compliance-Schwelle des Neubürger-Urteils des LG München I AG 2014, 332 = ZIP 2014, 570, sie begründen dies mit einer Ermessensreduzierung auf Null; HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 153. Die wohl noch ü. L. ist dagegen.

Die Compliance allgemein ist eine Leitungsaufgabe, die der Vorstand, und zwar grundsätzlich der Gesamtvorstand, zu erfüllen hat und die nicht disponibel ist. Die Ausführung dieser Entscheidungen im Einzelnen kann der Gesamtvorstand jedoch im Wege der horizontalen Arbeitsteilung einem bestimmten Vorstandsmitglied oder einem Vorstandsausschuss und im Wege einer vertikalen Delegation an nachgeordnete Mitarbeiter in der Compliance-Organisation übertragen.⁹²

c) Ausgestaltung und Nutzung in der Praxis

Zur Ausgestaltung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle gibt es breite Spielräume und praktische Erfahrungen.⁹³ Der typische Ablauf einer internen Compliance-Untersuchung ist heute vereinfacht: Vorbereitung, Untersuchung, rechtliche Bewertung, Ergebnis und Berichterstattung sowie Folgemaßnahmen. Wichtig ist die Unabhängigkeit der Untersuchung, hilfreich kann die Bildung eines Lenkungsausschusses sein.

Für das Whistleblowing ist eine Whistleblower-Hotline üblich. Der Schutz des Whistleblowers ist durch ein anonymes System online, aber auch durch einen unabhängigen, in der Regel externen Beauftragten möglich.

Beim externen Monitoring wird der privatrechtlich bestellte Monitor, wie erwähnt, vom Unternehmen nach §§ 611 ff BGB bestellt mit entsprechenden Sorgfalts-, Interessenwahrungs- und Geheimhaltungspflichten; diese letzteren können, da auch nachvertraglich, in anderen, späteren Fälle zu einem Interessenkonflikt führen. Das Unternehmen hat ein vitales Interesse daran, sein Mandat – soweit es die (ausländische) Behörde zulässt – nach Umfang und Kosten möglichst genau und nicht zu weitgehend zu vereinbaren. Die Aussicht auf Bußgeldminderung bei Kooperation mit dem Gericht oder der Behörde ist zwar – vor allem im Verfahren mit ausländischen Behörden – ein maßgeblicher Gesichtspunkt. Auf der anderen Seite hat die Kooperation aber auch Auswirkungen auf die Aufdeckung weiterer Verstöße des Unternehmens und seiner Töchter und auf weitere behördliche Verfahren (spill over-Effect); vor allem aber sind private Schadensersatzklagen von der Vereinbarung nicht betroffen, folgen aber bei Bekanntwerden typischerweise.

92 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 64 ff.

93 Ausführlich HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck, unter II 2 zu den internen Untersuchungen, III 2 zum Whistleblowing, und IV 2 zum externen Monitoring; HITZER, ZGR 2020, 406 ff (in diesem Heft); KLAHOLD, VGR 2019, 2020, S. 75, zum Ablauf Rdn. 16 ff. Zu den Vor- und Nachteilen einer „überobligatorischen Kooperation“ z. B. HUGGER, ZHR 179 (2015), 214, 222 f.

2. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats bei den drei Informations- und Durchsetzungskanälen

a) Information und Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats

Interne Untersuchungen fallen in die Kompetenz des Vorstands,⁹⁴ der Aufsichtsrat überwacht die Erfüllung der Compliance-Pflichten und die Einrichtung und Praktizierung der Compliance-Organisation durch diesen,⁹⁵ und zwar auch ex ante, also präventiv⁹⁶ und auch auf die Zweckmäßigkeit bezogen.⁹⁷ Der Aufsichtsrat hat zwar keine unmittelbare Überwachungspflicht bei Verdacht von Rechtsverstößen von Mitarbeitern,⁹⁸ ihm ist aber je nach Schwere und Auswirkung auf die Gesellschaft insgesamt darüber zu berichten⁹⁹. Der Aufsichtsrat kann interne Untersuchungen wegen Rechtsverstößen im Unternehmen im Einzelfall oder allgemeiner einem Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG unterwerfen.¹⁰⁰ – Diese Grundsätze gelten auch für das Whistleblowing, insbesondere ein Whistleblowing-System, und das externe Monitoring¹⁰¹. Denkbar ist, das Whistleblowing-System von vornherein beim Aufsichtsrat anzusiedeln, empfehlenswert ist das aber nicht.¹⁰²

94 LG München I AG 2014, 332 (Siemens/Neubürger) = ZIP 2014, 570. Zur grundsätzlichen Aufgabenteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bei der Compliance bei solchen Hinweisen, FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 67 ff.

95 § 111 Abs. 1 AktG; KOCH, aaO (Fn. 22), § 111 AktG Rdn. 4; HOPT/ROTH, Großkomm. z. AktG, 5. Aufl., 2019, § 111 Rdn. 197 ff; HABERSACK, AG 2014, 1, 3; KORT, FS Hopt, 2010, S. 983, 997 f; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 242. Zur Teilnahme des Compliance Officers an Sitzungen von Vorstand und Aufsichtsrat über Compliance REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 245.

96 BGHZ 114, 127, 129/130; 135, 244, 254 f, ARAG/Garmenbeck; HABERSACK, AG 2014, 1, 3 f; HOPT, ZGR 2019, 507, 523: prospektiv; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 244; KORT, FS Hopt, S. 983, 997 f.

97 BGHZ 114, 127, 129/130 m. w. N.

98 BGHZ 135, 48, 53 f; FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 67; KORT, FS Hopt, S. 983, 997; ARNOLD, ZGR 2014, 76, 86; HABERSACK, AG 2014, 1, 3. Aber im Einzelfall kann sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats auch auf leitende Angestellte und Mitarbeiter erstrecken, HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 213 ff, 242 ff, 495 ff. Zu Direktkontakten des Aufsichtsrats zu Mitarbeitern der Gesellschaft bejahend HABERSACK, FS Stolz, 2014, S. 191, 199 f; auch DERS, AG 2014, 1, 5 f. Zu Hinweisen gegen einen oder mehrere Vorstandsmitglieder unten II. 2. b).

99 Sonstiger wichtiger Anlass, § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG. DRINHAUSEN, ZHR 179 (2015), 226, 232; HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 216. Zu den Einzelheiten, die der Bericht umfassen muss, REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 245.

100 Erheblichkeitsschwelle, aber Ermessensspielraum, KOCH, aaO (Fn. 22), § 111 AktG Rdn. 42, 45.

101 Hier wird aber fast immer die Fallgruppe unten II. 2. b) vorliegen.

102 FLEISCHER/SCHMOLKE, WM 2012, 1013, 1017; BAUR/HOLLE, AG 2017, 379, 383; STÖHR, BB 2019, 1286, 1289; GERDEMANN, Transatlantic Whistleblowing, 2018, S. 442 ff.

b) Eigene Zuständigkeit des Aufsichtsrats bei Hinweisen gegen den Vorstand und bei schwerwiegenden Compliance-Verstößen als Teil seiner Überwachungsaufgabe

(1) Bei Hinweisen auf einen *Rechtsverstoß durch den Vorstand*, sei es mit oder ohne ein Whistleblowing-System,¹⁰³ wird man je nach Einzelfall zwischen einem Rechtsverstoß nur eines Vorstandsmitglieds oder mehrerer bzw. aller Vorstandsmitglieder unterscheiden können.¹⁰⁴ Wenn ein einzelnes Mitglied des Vorstands betroffen ist, ist es zwar auf jeden Fall Sache (auch) der übrigen, nicht selbst verdächtigen Vorstandsmitglieder, dem nachzugehen und, wenn sich der Verdacht nicht ohne weiteres aufklären lässt, eine interne Untersuchung zu veranlassen, aber auch der Aufsichtsrat ist als Überwachungsgremium seinerseits zuständig. Das heißt aber nicht, dass er dann immer schon eine komplette, eigene interne Untersuchung vornehmen muss. Vielmehr liegt es noch im Ermessen des Aufsichtsrats, etwa wenn er vom Vorstand sofort und umfassend informiert worden ist und er sich davon hat überzeugen können, dass der Vorstand nicht „mauert“, sondern eine Untersuchung sachgerecht, unvoreingenommen und insbesondere ohne Interessenkonflikte durchführen wird, diesen mit der Untersuchung zu beauftragen und zunächst keine eigene Untersuchung aufzunehmen.¹⁰⁵ So zumal, wenn gegen das Vorstandsmitglied nur ein abstrakter und kein konkreter Verdacht vorliegt.¹⁰⁶ Das gilt grundsätzlich auch, wenn es um Kartell- und Korruptionssachverhalte geht.¹⁰⁷ Eine Rolle kann aber spielen, dass der Chief Compliance Officer mit seinen Bedenken beim Vorstand nicht durchgedrungen ist. Auf jeden Fall hat der Aufsichtsrat aber in Betracht zu ziehen, dass es für die übrigen Vorstandsmitglieder nicht leicht ist, gegen einen Kollegen, zumal wenn er noch im Amt ist, mit einer

103 Zu den möglichen Auslösern der internen Untersuchung an einem konkreten Beispiel STRASSER, in: Emmenegger, *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, Basel 2014, S. 241, 253 f.; allgemeiner HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 206 ff.

104 Sehr streitig, auch in der Diskussion bei dem Symposium waren die Meinung geteilt. Für Unterscheidung etwa REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 248 f.; HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 214; ohne diese Differenzierung HABERSACK, FS Stilz, S. 191, 201 ff. Für ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats bei auch nur einem betroffenen Vorstandsmitglied FUHRMANN, NZG 2016, 881, 883, 889; auch ein Diskussionsteilnehmer, ZHR 179 (2015), 207, 211. Auch auf Seiten des Aufsichtsrats ist zu differenzieren, für frühere Vorstandsmitglieder mit Sonderwissen gilt ein strengerer Maßstab, WINTER, *Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“*, FS Hüffer, S. 1103, 1123 f.

105 HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 214: Ermessen. Anders im einstufigen System: eigene Untersuchung des board schon, wenn auch nur ein Mitglied des board betroffen ist.

106 REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 249.

107 Zutr. REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 249, weil es sonst zu einer Umkehr der Primärverantwortung des Vorstands geht. Zur Lage im Konzern unten II.

internen Untersuchung vorzugehen.¹⁰⁸ Das ist nicht nur eine Frage der Beißhemmung der anderen Vorstandsmitglieder, vielmehr kann durch eine solche Untersuchung auch der Vorstand insgesamt einschließlich der nicht betroffenen Mitglieder in seiner Autorität gegenüber den Mitarbeitern und seiner Reputation in der Öffentlichkeit tangiert werden.¹⁰⁹ Dann ist auch der Aufsichtsrat gefordert. Im Einzelfall kann es sogar so liegen, dass auch der Aufsichtsrat insgesamt nicht mehr hinreichend unabhängig erscheint, dann muss etwa bei einem Verbandsgeldsanktionsvorbehalt das Gericht nach § 13 Abs. 1, 2 VerSanGE Weisungen erteilen.

(2) Jedenfalls wenn mehrere Vorstandsmitglieder betroffen sind, kann der Aufsichtsrat in aller Regel nicht mehr davon ausgehen, dass der Vorstand mit seiner eigenen Untersuchung den Dingen voll und unvoreingenommen auf den Grund geht. Das gilt umso mehr, als es nahe liegt, dass die übrigen, nicht betroffenen Vorstandsmitglieder in solchen Fällen ihrer Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG nicht nachgekommen sind.¹¹⁰ Die bloße Entgegennahme der Information des Vorstands über dessen interne Untersuchung reicht hier nicht mehr aus. Vielmehr muss der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 2 AktG tätig werden und selbständig den relevanten Sachverhalt vollständig und richtig erfassen,¹¹¹ und, wenn die Sache sich nicht unmittelbar als unzutreffend bzw. ein Missverständnis darstellt, eine eigene interne Untersuchung führen,¹¹² und zwar angesichts des Bestehens eines Verdachts unabhängig vom Streit um eine vorstandsunabhängige Information.¹¹³ Der Aufsichtsrat muss dann in diesem Zusammenhang in der Regel auch eine eigene, vorstandsunabhängige Risikoanalyse durchführen.¹¹⁴ Dass es dabei zu Kompetenzüberschneidungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat kommt, folgt aus der eigenen Überwachungsaufgabe des Auf-

108 REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 249f.

109 Zur Gefahr gravierender Interessenkonflikte STRASSER, aaO (Fn. 103), S. 241, 276.

110 Zum Streit des Verhältnisses von § 130 OWiG zu § 93 AktG, § 43 GmbHG LÖBBE, FS Seibert, S. 561. Zu § 130 OWiG ROGALL, Karlsruher Komm. z. OWiG, 5. Aufl., 2018, § 130; GÜRTLER, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl., 2017, § 130. Adressat von § 130 OWiG ist nur der Vorstand als gesetzlicher Vertreter (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG), nicht auch der Aufsichtsrat. Der VerSanGE geht teilweise über §§ 30, 130 OWiG hinaus, u. a. Begründung zu § 15 Abs. 2 Nr. 6, S. 95.

111 OLG Stuttgart NZG 2012, 425 LS.

112 REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 249f; BACHMANN, ZHR 180 (2016), 563, 573 ff; FETT/HABBE, AG 2018, 257; HABBE, CCZ 2019, 27. Mehr auf den Einzelfall abstellend SEIBT/CZIUPKA, AG 2015, 93, 102.

113 DRINHAUSEN, ZHR 179 (2015), 226, 234 und unten bei Fn. 136. So auch in der Diskussion, ZHR 179 (2015), 207, 211 f. Zum Streit um eine vorstandsunabhängige Information des Aufsichtsrats m. w. N. HOPT, ZGR 2019, 529f; dagegen KORT, FS E. Vetter, 2019, S. 341.

114 BGH AG 2013, 90, 91 = NZG 2013, 339, 339/340, Porsche/VW (Piech); OLG Stuttgart NZG 2012, 425; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 246f.

sichtsrats.¹¹⁵ Das gilt auch für den umgekehrten Fall, dass sich ein Verdacht gegen den Aufsichtsrat richtet.¹¹⁶

(3) Eine Zuständigkeit des Aufsichtsrats für interne Untersuchungen kommt auch dann in Frage, wenn es sich um *schwerwiegende Complianceverstöße im Unternehmen* handelt, auch wenn der Verdacht sich zunächst nur gegen Mitarbeiter unterhalb der Vorstandsebene richtet. Das wird vor allem bei Kartell- oder Korruptionssachverhalten der Fall sein,¹¹⁷ kann sich aber auch im Rahmen der Kapitalmarkt-Compliance ergeben.¹¹⁸ Dabei ist zu beachten, dass ein schwerwiegender Verstoß sich auch daraus ergeben kann, dass der Vorstand auf Verstöße der Mitarbeiter nicht reagiert oder diese nicht sanktioniert.

c) Business judgment rule und Ermessensspielraum, horizontale und vertikale Delegation, insbesondere beim externen Monitoring

Von der Frage, ob der Aufsichtsrat danach zu eigenen unternehmensinternen Untersuchungen zuständig ist und eingreifen muss, also dem „Ob“, ist wie beim Vorstand zu unterscheiden, wie der Aufsichtsrat vorgeht, die Frage des „Wie“. Hier hat der Aufsichtsrat anerkanntermaßen den Freiraum der business judgment rule bzw., soweit diese nicht eingreift, einen Ermessensspielraum nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.¹¹⁹ Eigene, vorstandsunabhängige Untersuchungen sind für den Aufsichtsrat rechtlich wie praktisch nur die ultima ratio.¹²⁰ So mag der Aufsichtsrat zunächst abwarten, ob und wie der Vorstand selbst tätig wird und eine interne Untersuchung einleitet.¹²¹

115 ROTH, AG 2004, 1, 10; ARNOLD, ZGR 2014, 76, 100ff; BÜRGERS, ZHR 179 (2015), 173, 193ff; HABERSACK, AG 2014, 1, 5f, 7/8: nicht eben kleine Schnittmenge; DERS., FS Stilz, S. 191, 194ff; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 244ff, 248ff. Zur Kooperation II. 2. d).

116 Für die primäre Zuständigkeit des Aufsichtsrats und die Voraussetzungen für eine eigene Untersuchung des Vorstands diesem gegenüber gelten grundsätzlich dieselben Grundsätze wie für interne Untersuchungen des Aufsichtsrats gegen den Vorstand; BACHMANN, ZHR 180 (2016), 563, 574: keine Seltenheit mehr.

117 REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 245, 246.

118 Zu dieser SEIBT/CZIUPKA, AG 2015, 93.

119 HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 199. Dafür spricht auch, dass sich mehrere Handlungsmöglichkeiten schon aus § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG (Prüfung) und § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG (besondere Sachverständige) ergeben. Nach BACHMANN, ZHR 180 (2016), 563, 574 spielt es für das Ergebnis keine Rolle, ob man einen Fall der business judgment rule annimmt oder nur ein Ermessen bejaht.

120 Aber zu eng BÜRKLE, FS E. Lorenz, 2014, S. 101, 110: nur bei hinreichendem Verdacht der Verstrickung in illegales Verhalten. Zu schwerwiegenden Compliance-Verstößen oben II. 2. b) (3).

121 BACHMANN, ZHR 180 (2016), 563, 573.

Der Aufsichtsrat kann im Rahmen seiner Zuständigkeit die Überwachung an einen Ausschuss *delegieren*, etwa an einzelne Aufsichtsratsmitglieder¹²² oder nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG an den Prüfungsausschuss oder einen anderen Ausschuss.¹²³ Probleme ergeben sich aber beim externen Monitoring, wie es ausländische, insbesondere US-amerikanische Behörden in der Praxis durchsetzen. Die dem Monitor vom Vorstand und/oder Aufsichtsrat dabei eingeräumten Informations-, Beratungs-, Überwachungs- und Durchsetzungsbefugnisse reichen im Einzelnen sehr weit.¹²⁴ Jedenfalls darf der Aufsichtsrat nach Maßgabe der §§ 109 Abs. 1 Satz 2, 111 Abs. 2 Satz 2 AktG Berater und Sachverständige heranziehen, zumindest zur Beratung über einzelne Gegenstände und für bestimmte Aufgaben. Nach § 111 Abs. 6 AktG können Aufsichtsratsmitglieder (und auch der Gesamtaufsichtsrat)¹²⁵ ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen, aber diese Vorschrift hat nur die Funktion, persönliche, weisungsfreie Aufgabenwahrnehmung zu sichern.¹²⁶ Nach der Rechtsprechung soll zwar eine dauerhafte und umfassende Beratung durch Sachverständige ausgeschlossen sein.¹²⁷ Aber eine Delegation im Wesentlichen nur bei Sitzungsvorbereitung und Geschäften des täglichen Lebens zuzulassen, wie teilweise vertreten wird, ist weder rechtlich geboten noch entspricht das den Möglichkeiten und Grenzen dessen, was der Aufsichtsrat heute zumal in großen und internationalen Unternehmen an Überwachung leisten muss.¹²⁸ Ein umfassendes Autarkiegebot für den Aufsichtsrat wäre damit unvereinbar.¹²⁹ Bei der Heranziehung eines externen Monitors, der Reichweite seines Mandats und der Teilnahme an Vorstands- und Aufsichtsratssitzun-

122 REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 248. Zur Einschaltung eigener Mitarbeiter des Aufsichtsrats ROTH, AG 2004, 10f.

123 Besonderheiten ergeben sich aus § 25 d Abs. 8–12 KWG, DRINHAUSEN, ZHR 179 (2015), 226, 235f.

124 Näher HITZER, ZGR 2020, 406ff (in diesem Heft) mit einem Vergleich der Gemeinsamkeiten und Unterschiede eines Monitoring in den USA und nach dem VerSanG; HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck, unter I 2 c, IV 2.

125 HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 793.

126 KOCH, aaO (Fn. 22), § 108 AktG Rdn. 8a und § 111 AktG Rdn. 59f.

127 BGHZ 85, 293, 295ff = NJW 1983, 991, Hertie; dazu restriktiv HOMMELHOFF, ZGR 1983, 551, 561f; auch SPINDLER, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2019, § 111 Rdn. 78ff.

128 v. FALKENHAUSEN, ZIP 2015, 956, 958ff; HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 800ff. Eine Beschränkung der Beratung auf konkrete, durch den Einzelfall veranlasste Fragestellungen, so noch BGHZ 85, 293, 300, ist mit der dem Aufsichtsrat obliegenden, auch vom BGH anerkannten prospektiven Überwachung und teilweise unternehmerischen Mitentscheidung unvereinbar, vgl. HOPT, ZGR 2019, 507, 523ff; auch KOCH, aaO (Fn. 22), § 108 AktG Rdn. 8a, der die zunehmend anerkannten Annexkompetenzen des Aufsichtsrats erwähnt.

129 HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 800ff.

gen¹³⁰ haben Vorstand bzw. Aufsichtsrat ein Ermessen,¹³¹ bei dem die Aussicht auf Sanktionsmilderung für das Unternehmen und die drohende, teilweise exzessive Bebußung bis hin zum Ausschluss vom amerikanischen Markt, wie schon gesagt, ein wichtiger, aber nicht der einzige Faktor ist. Unsicherheiten verbleiben zwar,¹³² aber können durch Gestaltung des Mandats und Teilnahme an Sitzungen nur zeitlich und sachlich beschränkt auf die übertragene Monitoraufgabe aufgefangen werden. Notfalls muss das Unternehmen gegenüber der ausländischen Aufsichtsbehörde begründet, eventuell sogar durch Sachverständigennachweis, auf die Grenzen des deutschen Aktienrechts hinweisen.

d) Selbständige Aufklärung, Durchführung und Pflicht zur Kooperation

aa) Wenn der Aufsichtsrat sich im Rahmen seiner Zuständigkeit für eine eigene Untersuchung entscheidet, führt das in der Regel dazu, dass in dem Unternehmen *zwei selbständige Untersuchungen* durchgeführt werden,¹³³ die eine durch den Vorstand, die andere durch den Aufsichtsrat. In der Praxis mandatiert jedes Organ eine eigene Anwaltskanzlei, die jedenfalls grundsätzlich eigene Aufgaben haben und unabhängig voneinander arbeiten.¹³⁴ Diese können dann aufgrund ihres Mandats selbständig im Unternehmen Untersuchungen anstellen, die Leiter der Compliance und der internen Revision befragen, aber auch nachgeordnete Mitarbeiter an der Compliance-Abteilung und am Chief Compliance Officer vorbei.¹³⁵ Wenn der Aufsichtsrat eine eigene Untersuchung durchführt, kann er auch selbständig Prüfungsaufträge an die interne Revision erteilen, und zwar, wenn er das für notwendig hält, auch ohne den Vorstand vorher zu informieren.¹³⁶

130 Zu § 109 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG BGH AG 2012, 248 Rdn. 16: nicht ständig, nur von Fall zu Fall zu einzelnen Gegenständen.

131 Allgemein für den Vorstand KOCH, aaO (Fn. 22), § 76 AktG Rdn. 11 ff, 16c ff, 28 ff; für den Aufsichtsrat HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 109 AktG Rdn. 63, § 111 AktG Rdn. 801.

132 KOCH, aaO (Fn. 22), § 76 AktG Rdn. 8 a und entsprechend beim Vorstand § 76 AktG Rdn. 89 f.

133 ROTH, AG 2004, 1, 10; ARNOLD, ZGR 2014, 76, 102 f; STÖHR, BB 2019, 1286, 1289; KLAHOLD, VGR 2019, 2020, S. 75 Rdn. 45 ff.

134 So aus der Praxis z.B. bei der Volkswagen AG oder bei dem Prüfungsskandal des TÜV Süd in Brasilien.

135 HABERSACK, aaO (Fn. 48), § 111 AktG Rdn. 80; HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 212 ff, 242 ff; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 249; FETT/HABBE, AG 2018, 257, 264; KLAHOLD, VGR 2019, 2020, S. 75 Rdn. 42. Dazu schon oben I. 4. b) Fn. 79.

136 DRINHAUSEN, ZHR 179 (2015), 226, 235; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 249 m. w. N.; ausnahmsweise ARNOLD/RUDZIO, FS Wegen, 2015, S. 93; STÖHR, BB 2019, 1286, 1289; KLAHOLD, VGR 2019, 2020, S. 75 Rdn. 42, 45 ff. Auch oben Fn. 113.

bb) Parallele Untersuchungen von Vorstand und Aufsichtsrat sind in solchen Fällen zwar rechtlich geboten, aber führen im Unternehmen oft zu praktischen Schwierigkeiten und Friktionen. Diese lassen sich, soweit die jeweils eigenständigen Untersuchungspflichten der beiden Organe gewahrt bleiben, durch praktische *Kooperation* mindern. Fraglich ist, ob es eine Kooperationspflicht gibt.¹³⁷ Für eine solche Pflicht spricht, dass ohne Kooperation das Unternehmensklima und der Betriebsfrieden leiden können, dass doppelte Kosten entstehen und dass die negative Außenwirkung erhöht wird. Dagegen spricht, dass die Unabhängigkeit der Untersuchung durch den Aufsichtsrat gefährdet sein kann, auch kann es zu Interessenkonflikten kommen. Man wird deshalb zwar eine grundsätzliche Rechtspflicht beider Organe zur Kooperation bejahen, aber nur insoweit, als der Untersuchungszweck und die selbständige Untersuchungspflicht des Aufsichtsrats nicht gefährdet werden.¹³⁸ Das spricht gegen eine von vornherein als gemeinsam konzipierte Untersuchung beider Organe und für getrennte anwaltliche Beratung.¹³⁹ Wie weit die Kooperation im Einzelnen geht, etwa ob der Aufsichtsrat den Vorstand über sein Vorgehen und die dabei erhaltenen Informationen informiert, liegt im allgemeinen Ermessen des Aufsichtsrats über das „Wie“. Jedenfalls darf dadurch aber der Zweck der eigenen Untersuchung nicht beeinträchtigt werden.

3. Einrichtung und Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle im Konzern

a) Zum Streit um eine konzerndimensionale Compliance

Die Realität der heutigen Wirtschaft sind national und international Konzernunternehmen. Damit stellt sich die Frage, wie in diesen die drei Informations- und Durchsetzungskanäle zu behandeln sind. Eine konzernweite Compliance wird teilweise noch grundsätzlich abgelehnt.¹⁴⁰ Das entspricht aber nicht mehr den heutigen Gefahren für das Unternehmen und die Öffentlichkeit. Die h.L. sieht deshalb den Vorstand der Muttergesellschaft in einer Compliance-Verantwortung für den ganzen Konzern einschließlich Tochter- und Enkelgesell-

137 Dazu ARNOLD, ZGR 2014, 76, 104f; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 250; vermittelnd FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 69; zu den praktischen Schwierigkeiten KLAHOLD, VGR 2019, 2020, S. 75 Rdn. 41, 45ff. Weitergabe der vom Aufsichtsrat zutage geförderten Informationen an den Vorstand mit Ausnahmen, HABERSACK, FS Stilz, S. 191, 202f.

138 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 69: eigenverantwortliche Überwachungsaufgabe, selbständige Steuerung der Untersuchung.

139 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 69; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241, 250.

140 Z.B. KOCH, aaO (Fn. 22), § 76 AktG Rdn. 20–24a; zurückhaltend auch SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 79ff.

schaften.¹⁴¹ Überwiegend wird diese konzerndimensionale Legalitätsthroughsetzungspflicht aber wegen des konzernrechtlichen Trennungsprinzips nur als eine Pflicht des Vorstands seiner Gesellschaft gegenüber angesehen,¹⁴² auch wenn Pflichten des Vorstands Dritten gegenüber aus Deliktsrecht und anderen Vorschriften drohen,¹⁴³ wie das neuestens im Zusammenhang mit einer konzernweiten Verantwortlichkeit für Menschenrechte diskutiert wird.¹⁴⁴ Soweit sogar eine Verantwortlichkeit über die Lieferkette hinweg bejaht wird, muss das erst recht für eine konzernweite Verantwortlichkeit gelten. Eine generelle konzernweite Aufsichtspflicht aus § 130 OWiG ist umstritten.¹⁴⁵ Auch soweit sie etwa in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung abgelehnt wird,¹⁴⁶ gibt es doch zahlreiche Ausnahmen, und die Praxis sieht anders aus. In der Konzernpraxis ist die konzernweite Compliance auch unabhängig von § 130 OWiG heute allgemein etabliert,¹⁴⁷ ja es wird sogar berichtet, dass dem keine Durchsetzungsprobleme entgegenstünden.¹⁴⁸ Ob das wirklich und durchweg so ist, ist zweifelhaft.¹⁴⁹ Der Streit um eine konzernweite Erstreckung setzt sich auch bei den drei Informations- und Durchsetzungskanälen fort. Doch gibt es dazu Besonderheiten bei regulierten Unternehmen, und eine Konzernerstreckung der drei Kanäle auch bei nicht regulierten Unternehmen ist, wie im Folgenden ausgeführt, jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen zu bejahen.

- 141 Zutr. LG München I AG 2014, 332 (Siemens/Neubürger) = ZIP 2014, 570; FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 70ff m. w. N. Fn. 402; HABERSACK, aaO (Fn. 48), § 111 AktG Rdn. 49ff; KORT, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 167ff; FLEISCHER, CCZ 2008, 1, 4ff; REICHERT/OTT, NZG 2014, 241 Fn. 4, 245; BAUR/HOLLE, AG 2017, 379, 384; SEIBT, FS K. Schmidt, Bd. II, 2019, S. 431, 433ff; KLAHOLD, VGR 2019, 2020, S. 75 Rdn. 22; NIETSCH, ZHR 184 (2020), 60, 99ff. Dahingestellt bei HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 150. Zur Frage der konzerndimensionalen Compliance auch HABERSACK, FS Stütz, S. 191, 193f; DERS., AG 2013, 1, 3; VERSE, ZHR 175 (2011), 388, 401, 407ff; GRUNDMELER, Der Konzern 2012, 487, 488ff, 497ff; KUTSCHELIS, Korruptionsprävention und Geschäftsleiterpflichten im nationalen und internationalen Unternehmensverbund, 2014, S. 247ff.
- 142 SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 79ff m. w. N.; POELZIG, VGR 2017, 2018, S. 83, 98ff. Das steht aber der öffentlichrechtlichen Funktion (oben I. bei Fn. 11) nicht entgegen.
- 143 Zum Konzerndeliktsrecht zuletzt rechtsvergleichend FLEISCHER/KORCH, DB 2019, 1944.
- 144 WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 387, 413ff; WELLER, ZGR-Sondersymposium 2019, im Druck.
- 145 LÖBBE, FS Seibert, S. 561, 576ff. Vgl. auch KOCH, aaO (Fn. 22), § 76 AktG Rdn. 21.
- 146 OLG München BeckRS 2015, 14184. Es kommt auf den bestimmenden Einfluss bzw. die Konzernintegration an, dazu NIETSCH, ZHR 184 (2020), 60, 102ff.
- 147 Zuletzt SEYFARTH, ZGR-Sondersymposium 2019, im Druck, unter B II 2.
- 148 SEYFARTH, ZGR-Sondersymposium 2019, im Druck, unter B II 3.
- 149 Diskussion, ZHR 179 (2015), 207, 213. Zum konzerninternen Informationsfluss und seinen Schranken HOLLE, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, 2014, S. 123ff.

b) Konzerndimensionalität der drei Informations- und Durchsetzungskanäle bei regulierten Unternehmen

Eine konzernweite Verantwortlichkeit ist bei regulierten Unternehmen für besondere Gesetzesverstöße und Gesetzesbereiche bereits gesetzlich niedergelegt, so namentlich im KWG.¹⁵⁰ So bestimmt § 25 a Abs. 3 KWG ausdrücklich, dass die organisatorischen Pflichten für Institute nach § 25 a Abs. 1 und 2 KWG auch für Instituts- und andere in Abs. 3 genannte Gruppen gelten.¹⁵¹ Die Geschäftsleiter der übergeordneten Gruppe sind danach für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation der Instituts- bzw. anderen Gruppe verantwortlich. In internationaler Hinsicht gilt lediglich die Einschränkung nach Abs. 3 Satz 3, dass Tochterunternehmen der Gruppe mit Sitz in einem Drittstaat die sich aus der Einbeziehung in das Risikomanagement auf Gruppenebene ergebenden Pflichten nur insoweit beachten müssen, als diese Pflichten nicht dem geltenden Recht im Herkunftsstaat des Tochterunternehmens entgegenstehen.

Dazu gehört auch eine gruppenweite Hinweisgeber-Organisation. §§ 25 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 KWG zählt zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung auch für bestimmte Verstöße (aufgezählte europäische Rechtsvorschriften, KWG und etwaige strafbare Handlungen innerhalb des Unternehmens) einen Prozess, der es den Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ermöglicht, an geeignete Stellen zu berichten. Ob auch die Whistleblower-Richtlinie eine solche konzernweite Hinweisgeber-Organisation verlangt, ist umstritten, weil die Richtlinie die Teilung von Ressourcen beschränkt.¹⁵² Aber immerhin sprechen die Erwägungsgründe davon, dass interne Meldeverfahren eine gruppenweite Fallbearbeitung sichern.¹⁵³

Auch ein externes Monitoring wird sich, wenn es dazu kommt, nicht auf die Muttergesellschaft beschränken lassen. Rechtsverstöße bei einer Tochter- oder Enkelgesellschaft müssen von der Mutter aufgeklärt werden, wenn ein exter-

150 Entsprechende Regelungen sind nicht auf das KWG beschränkt. So z.B. auch nach § 275 Abs. 1 VAG über die Überwachung des Governance-Systems auf Gruppenebene unter Verweisung auf §§ 23 ff mit § 29 Internes Kontrollsystem, NOWAK-OVER, Münchener Komm. z. VVG, 2. Aufl., 2017, § 170 Rdn. 168 ff. Im WpGH verweist § 80 Abs. 1 Satz 1 nur auf § 25 a Abs. 1 KWG. Zu einzelnen konzernweiten Meldepflichten nach §§ 34 f WpHG FAUST, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2017, § 109 Rdn. 94. Vgl. zum Steuerrecht bei Matrix-Strukturen EGGERT, DStR 2017, 266.

151 Zu § 25 a Abs. 1, 3 KWG FAUST, aaO (Fn. 150), § 109 Rdn. 92 ff, 94; SPINDLER, aaO (Fn. 27), § 91 AktG Rdn. 59.

152 Z. B. e contrario FEDERMANN, DB 2019, 1665, 1666, 1671 zu Art. 8 Abs. 6 e der Richtlinie für juristische Personen des privaten Sektors mit 50 bis 249 Arbeitnehmer.

153 Erwägungsgrund 56.

nes Monitoring eingerichtet ist, dann in der Regel auch durch Erstreckung desselben auf die ganze Institutsgruppe.

c) Konzerndimensionalität der drei Informations- und Durchsetzungskanäle auch bei nicht regulierten Unternehmen jedenfalls bei Unternehmenshaftung im Konzern, vor allem im Kartellrecht

Die Grundsätze für regulierte Unternehmenskonzerne können zwar nicht ohne weiteres auf nicht regulierte Unternehmenskonzerne analog oder kraft Ausstrahlung angewandt werden, aber sie weisen die Fließrichtung auf, auf die sich die Konzernunternehmen einstellen müssen.¹⁵⁴ Eine *konzernweite Compliance auch bei nicht regulierten Unternehmen* ist für den Vorstand jedenfalls dann geboten, wenn eine eigene Unternehmenshaftung der Mutter droht, wie sie vor allem im europäischen Kartellrecht mittlerweile fest etabliert ist.¹⁵⁵ Für die Bußgeldbemessung ist das schon derzeit gesetzlich geregelt. § 81 Abs. 3 a GWB i. d. F. 2017 bestimmt im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass eine Verletzung durch eine Leitungsperson im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 1–5 OWiG konzernweit bebußt werden kann, wenn im Falle einer Unternehmenspflichtverletzung oder -bereicherung im Konzern ein unmittelbar oder mittelbar bestimmender Einfluss etwa der Mutter auf die Tochter- oder Enkelgesellschaft ausgeübt worden ist. Das ist eine schuldunabhängige akzessorische Haftung unter Aufgabe des Trennungsprinzips. Die diesbezügliche Rechtsprechung ist neuerdings auf den Kartellschadensersatz ausgedehnt worden.¹⁵⁶ Hier gibt es ebenfalls einen Gleichlauf von Aufsichtspflicht und Compliance mit der Unternehmenshaftung oder einem entsprechenden Durchgriff.¹⁵⁷ Auch die Bußgeldgrenze ist am konzernweiten Unternehmensumsatz ausgerichtet.¹⁵⁸ Die Pflicht des Vorstands zur konzernweiten Compliance reicht zwar grundsätzlich nur soweit, wie sie rechtlich möglich ist,¹⁵⁹ ein konzernweites Informationsrecht gibt es de

154 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 61: punktueller Rückgriff.

155 EuGH ZIP 2010, 392 Rdn. 58f, Akzo Nobel; NJW 2019, 1197, Vantaan kaupunki/Skanska; HAUS/SCHMID, Der Konzern 2020, 1; HEINICHEN/SCHMIDT, DB 2019, 2337; BECK, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019; MÖRSDORE, ZIP 2020, 489; NIETSCH, ZHR 184 (2020), 60, 101f.

156 EuGH NJW 2019, 1197, Vantaan kaupunki/Skanska; SCHWEITZER, ZGR-Sondersymposium 2019, im Druck.

157 Auf den Einzelfall und Weisungen der Mutter abstellend OLG München BeckRS 2015, 14184.

158 § 81 Abs. 4 GWB; ebenso § 120 Abs. 17–22 WpHG; Art. 83 Abs. 4–6 DS-GVO. Auch § 9 Abs. 2 Satz 2 VerSanGE bei „wirtschaftlicher Einheit“, Begründung S. 85.

159 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 74. Zu den Grenzen der konzernweiten Durchsetzung POELZIG, VGR 2017, 2018, S. 83, 103ff.

lege lata nicht¹⁶⁰. Aber die tatsächlichen und zum Teil rechtlichen Schwierigkeiten dabei – noch verstärkt, wenn die Tochtergesellschaft selbst börsennotiert ist – entlasten nicht ohne weiteres, vielmehr besteht eine entsprechende Informationsbeschaffungs- und damit Organisationspflicht des Vorstands der Muttergesellschaft,¹⁶¹ notfalls muss dieser personelle Maßnahmen bei der Tochter treffen,¹⁶² äußerstenfalls muss er das Unternehmen aus dem Gefahrenbereich zurückziehen. In der jüngsten Praxis finden sich deshalb Konzern-Koordinationsverträge (relationship agreements) zwischen der Mutter und den Töchtern, in denen im faktischen Konzern ein konzernweites Risiko- und Compliance-Management System vereinbart wird, die je nach Ausgestaltung rechtlich problematisch sein können.¹⁶³ Insgesamt besteht eine nicht zu unterschätzende Gefahr, dass am Ende nur noch die Engführung des Konzerns möglich bleibt.¹⁶⁴

Das gilt auch bei den drei Informations- und Durchsetzungskanälen. Wenn Rechtsverstöße bei Tochter- oder Enkelgesellschaften vorliegen oder ein konkreter Verdacht dahin besteht, muss der Vorstand der Muttergesellschaft dem nachgehen, in der Regel durch eine interne Untersuchung. Er muss im Rahmen einer konzernweiten Compliance-Organisation auch das Whistleblowing organisieren, wobei er hinsichtlich des „Wie“ einen Ermessensspielraum hat. Wenn es zu einem externen Monitoring kommt, lässt sich das in aller Regel nicht auf die Muttergesellschaft beschränken, sondern wird konzernweit ausgreifen müssen.

Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft hat zwar keine konzernweite Aufsichtspflicht, einen Konzernaufsichtsrat gibt es de lege lata nicht.¹⁶⁵ Gefordert sind – grundsätzlich gereiht, aber je nachdem auch parallel – der Vorstand der Tochter, der Aufsichtsrat der Tochter, der Vorstand der Mutter und der Aufsichtsrat der Mutter. Nach § 90 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG¹⁶⁶ muss ein Mutterunternehmen i. S. v. § 290 Abs. 1 und 2 HGB im Konzernlagebericht auch auf Tochter- und Gemeinschaftsunternehmen eingehen, und dem Aufsichtsrats-

160 FLEISCHER, ZGR 2009, 505, 529 ff; KORT, aaO (Fn. 27), § 90 AktG Rdn. 66a.

161 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 90 AktG Rdn. 30; KORT, aaO (Fn. 27), § 90 AktG Rdn. 66a; HOPT/ROTH, aaO (Fn. 11), § 93 AktG Rdn. 186.

162 FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 74 a.E. Die Durchsetzung kann außer im Vertragskonzern in Einzelfällen schwierig sein und dauern.

163 SEIBT, FS K. Schmidt, Bd. II, S. 431, 438 ff zum typischen Inhalt, 442 ff zu den rechtlichen Grenzen; auch DERS., Unternehmen reagieren auf Konzernhaftung, Börsen-Zeitung, Nr. 217, 10.11.2018, S. 9.

164 So zutreffend ein Teilnehmer der Diskussion bei dem Symposium. Vgl. auch NIETSCH, ZHR 184 (2020), 60, 102 ff.

165 HOFFMANN-BECKING, FS Hommelhoff, 2012, S. 433, 444.

166 Näher FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 90 AktG Rdn. 29f; KORT, aaO (Fn. 27), § 90 AktG Rdn. 62 ff.

vorsitzenden ist aus sonstigen wichtigen Anlässen zu berichten. Dazu gehört auch ein dem Vorstand bekanntgewordener geschäftlicher Vorgang bei einem verbundenen Unternehmen, der auf die Lage der Mutter von erheblichem Einfluss sein kann. Darauf erstreckt sich auch die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats. Wenn Konzerndimensionalität wie bei regulierten Unternehmen gesetzlich angeordnet ist oder wenn eine Unternehmenshaftung oder ein gravierender Reputationsschaden der Muttergesellschaft droht, ist zwar primär der Vorstand der Muttergesellschaft für die konzernweite Untersuchung zuständig. Aber nicht selten steht dann auch der Verdacht eigener Rechtsverstöße des Vorstands im Raum, auch durch Unterlassen, also schon wegen eines Überwachungsverstoßes durch diesen. Dann ist auch der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft zu eigenen Aufklärungsmaßnahmen verpflichtet bis hin zu einer eigenen Untersuchung – auf jeden Fall im Mutterunternehmen, äußerstenfalls aber sogar auch im Tochterunternehmen, was bei börsennotierten Töchtern zu besonderen Schwierigkeiten führt. Dann gilt mutatis mutandis hier das für den Aufsichtsrat im unabhängigen Unternehmen Gesagte, namentlich zur Differenzierung, ob nur einer oder mehrere oder alle Vorstandsmitglieder betroffen sind, zum Ermessen auch des Aufsichtsrats über das Wie der Aufklärungsmaßnahmen und zum Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.¹⁶⁷

Inwieweit gegenüber diesen sich schon aus Gesetz oder Richterrecht ergebenden Grundsätzen Differenzierungsmöglichkeiten nach Rechtsgebieten, zentraler oder dezentraler Konzernstruktur, Holding- oder Matrixsystem oder anderen Gesichtspunkten angenommen werden können, ist hoch umstritten.¹⁶⁸ Die Gefahr, dass diese Grundsätze unbedacht weiter ausgedehnt und auf andere Rechtsbereiche erstreckt werden, ist groß, vor allem auch im internationalen Bereich.

4. *Rechtliche Grenzen der Gewinnung und Verwertung der Informationen, nationale und internationale Verfahrensfragen*

a) *Rechtliche Grenzen in verschiedenen Rechtsgebieten*

Auf die vielen weiteren Rechtsprobleme kann hier nicht mehr eingegangen werden, etwa auf die zahlreichen gesetzlichen Grenzen der Gewinnung und Verwertung von Informationen aus den drei Informations- und Durchsetzungskanälen. Praktisch relevant werden vor allem weitgehende arbeits-, per-

167 HOPT/ROTH, aaO (Fn. 95), § 111 AktG Rdn. 732ff; SPINDLER, aaO (Fn. 127), § 111 AktG Rdn. 86ff.

168 MAUME/HAFFKE, ZIP 2016, 199, 202f; BAUR/HOLLE, AG 2017, 379, 384; FLEISCHER, aaO (Fn. 22), § 91 AktG Rdn. 71.

sönlichkeits- und neuerdings datenschutzrechtliche Grenzen¹⁶⁹, aber auch unter anderem aus dem Kapitalmarkt-, Aufsichts- und Strafrecht.¹⁷⁰ Diese Grenzen sind im Einzelnen sehr technisch und gehen teilweise soweit, dass die Durchführung von internen Untersuchungen erheblich erschwert und verkompliziert wird.

b) Nationale und internationale Verfahrensfragen

Bei allen drei Informations- und Durchsetzungskanälen stellen sich erhebliche Verfahrensprobleme, so, wie schon angesprochen, die problematische Beschlagnahme oder der Rechtsschutz nicht nur des Whistleblowers, sondern auch der Betroffenen. Besondere Schwierigkeiten entstehen bei Parallelverfahren. Solche kommen nicht nur bei eigenen Verfahren von Vorstand und Aufsichtsrat vor, vielmehr können auch verschiedene in- und ausländische Aufsichtsbehörden eigene unternehmensinterne Untersuchungen verlangen.¹⁷¹

Besondere Probleme stellen sich bei internationalen, konzernweiten Untersuchungen.¹⁷² Sie betreffen unter anderem das anwendbare Recht, die internationale Zuständigkeit von Gerichten und Behörden,¹⁷³ die Organisation und

169 Überblick im Zusammenhang von Whistleblowing SCHMOLKE, ZGR 2019, 876, 893. – Zum *Arbeitsrecht* MOOSMAYER/PETRASCH, ZHR 182 (2018), 504, 511 f, 525 ff; KLAHOLD, VGR 2019, 2020, S. 75 Rdn. 32 ff, u.a. zu einem Witness Counsel; MENGEL, NZA 2017, 1494. Zur Zweiwochenfrist für Kündigungen („Ahnden“, oben II. 1. b)) nach § 626 Abs. 2 BGB nicht schon bei Ermittlungen, OLG Hamm NZG 2019, 1180. – Zum *Datenschutz* KESSLER/KÖHLER, in: Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, 2. Aufl., 2018, I S. 111 ff Rdn. 1 ff; SCHEBEN/GESCHONNEK/KLOS, ZHR 179 (2015), 240; MARSCH-BARNER, ZHR 181 (2017), 847, 856 ff; GROß/PLATZER, NZA 2017, 1097, 1100 ff; WEIDMANN, DB 2019, 2393; insoweit kritisch zum VerSanGE OTT/LÜNEBORG, NZG 2019, 1361, 1368. – Zum *Whistleblowerschutz* (nunmehr Richtlinie oben I. 3. b)) BURGARD, in: Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, 2. Aufl., 2018, N S. 185 ff Rdn. 1 ff; GARDEN/HIÉRAMENTE, BB 2019, 963, 965 ff; WEIDMANN, DB 2019, 2393; WIEDMANN/SEYFERT, CCZ 2019, 12; BAUR/HOLLE, AG 2017, 379; GROß/PLATZER, NZA 2017, 1097, 1098; MAUME/HAFFKE, ZIP 2016, 199; WIEBAUER, NZA 2015, 22. – Zu *Befragungen* bei internen Untersuchungen KRUG/SKOUPIL, NJW 2017, 2374.

170 GARDEN/HIÉRAMENTE, BB 2019, 963, 967 ff. Zum *Geschäftsgeheimnisgesetz* J. VETTER/LEHMANN, DB 2019, 2507. Auch STÖHR, BB 2019, 1286.

171 BEALE, What Are the Rules If Everybody Wants to Play, Multiple Federal and State Prosecutors (Acting) as Regulators, in: Barkow/Barkow, eds., *Prosecution in the Boardroom*, New York 2011, p. 202.

172 WESSING/DANN, *Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren – Ermittlungen in Unternehmen – SEC, DOJ, FCPA, SOX und die Folgen*, 2013; GERDEMANN, aaO (Fn. 102), S. 442 ff; FRITSCHKE, aaO (Fn. 26), S. 193, 205 ff, 210 ff; TEICKE, CCZ 2019, 398, 304; ZULAUF/STUDER, GesKR 2018, 303 ff, 316 ff; HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck.

173 Besonders weitgehend die USA, zum international evidence gathering WEBB/TARUN/MOLO, aaO (Fn. 17), § 13.08.

Durchsetzung von Compliance- und Whistleblowing-Systemen, die Informationsgewinnung von Auslandstöchtern, das Hineinregieren von ausländischen Behörden in den Konzern,¹⁷⁴ den Rechtsschutz der Betroffenen, die Abstimmung von Parallelverfahren¹⁷⁵ und nationale Abwehrverfahren etwa durch blocking statutes.¹⁷⁶

Insgesamt ist mit einer raschen weiteren Zunahme der Nutzung der drei Informations- und Durchsetzungskanäle¹⁷⁷ und damit zugleich mit einem Anwachsen der nationalen und internationalen Sach- und Verfahrensprobleme und der Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zu rechnen.

III. Zusammenfassung und Thesen

- *Informationsregeln im öffentlichen Interesse: Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring*¹⁷⁸
 1. Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring sind drei Informations- und Durchsetzungskanäle. Soweit es um Rechtsverstöße geht, sind sie Teil der aktienrechtlichen Compliance; die Legalitätskontrollpflicht des Vorstands und in bestimmten Grenzen des Aufsichtsrats zu ihrer Nutzung liegt dann (auch) im öffentlichen Interesse.
 2. Interne Untersuchungen sind bisher nur aufsichtsrechtlich vorgesehen. § 16 VerSanGE regelt im Rahmen eines Verbandssanktionsvorbehalts erst-

174 Selbst für die USA wird kritisiert, dass die behördlich gesetzten Vorgaben für deferred und nonprosecution agreements etwa unter dem Foreign Corrupt Practices Act „serve as de facto jurisprudence“, SCHAEFFER, Should a Parent Company be Liable for the Misdeeds of its Subsidiary?, *New York University Law Review* 94 (2019) 1654 at 1658 note 17, 1686.

175 WALTENBERG, CCZ 2017, 146, 147; ZULAUF/STUDER, *GesKR* 2018, 305; GARRETT, aaO (Fn. 26), p. 246 et seq. Spezieller zu parallelen Verfahren von Vorstand und Aufsichtsrat oben II. 2. d); Bürgers, *ZHR* 179 (2015), 173, 201; HUGGER, *ZHR* 179 (2015) 214, 218; Diskussion, *ZHR* 179 (2015) 267, 271 f; BACHMANN, *ZHR* 180 (2016) 5634, 575 ff. Für die USA WEBB/TARUN/MOLO, aaO (Fn. 17), §§ 14.01 et seq.

176 Z. B. in § 271 schweizStGB ZULAUF/STUDER, *GesKR* 2018, 301, 316 ff; FRITSCHKE, aaO (Fn. 26), S. 193, 205 ff, 225 f. Ähnlich in Frankreich, HOPT, FS Krieger, 2020, im Druck. Dazu HANNA/WISEMANN, *Discovering Secrets: Trends in U.S. Court's Deference to International Blocking Statutes and Banking Secrecy Laws*, *Banking L. J.* 130 (2013) 692 et seq.

177 Zu den enormen Kosten WOLL, *Börsen-Zeitung* 25.9.2019, Nr. 184, S. 4, Finanzunternehmen: ausländische Unternehmen zahlen den Löwenanteil 60 % aller Geldbußen von 200 bis 2017, Deutschland an erster Stelle; GARRETT, aaO (Fn. 26), p. 15: larger fines on average, aber nicht unbedingt unfair singling out, p. 247.

178 Diese Thesen lagen den Teilnehmern des ZGR-Symposiums am 17.1.2020 in Glashütten zur Diskussion vor.

- mals allgemeiner verbandsinterne Untersuchungen mit (beschränkten) Weisungsmöglichkeiten des Gerichts. Dokumente aus internen Untersuchungen sollen beschlagnahmt werden können, was kontraproduktiv ist.
3. Die EU-Whistleblower-Richtlinie vom 23.10.2019 erfasst ohne Vollharmonisierung nur enumerativ Verstöße gegen europäisches Recht. Der deutsche Gesetzgeber sollte die Umsetzung zum Anlass einer allgemeineren Regelung des Whistleblower-Rechts nehmen. Die Richtlinie lässt für den nationalen Bereich die Nutzung des Dreistufenmodells und die Beschränkung auf nicht anonymes Whistleblowing zu.
 4. Externes Monitoring ist im Aufsichtsrecht, u.a. durch einen Sonderbeauftragten nach § 45c KWG und § 307 VAG, vorgesehen. Ähnliche Regelungen gibt es u. a. im Kartellrecht. § 13 Abs. 2 VerSanGE sieht bei Sanktionsvorbehalt die Möglichkeit eines vom Unternehmen selbst bestellten externen Monitors vor. Externes Monitoring spielt bisher vor allem in internationalen Sachverhalten eine Rolle (deferred oder non-prosecution agreements u. ä.).
 5. Ökonomische Untersuchungen zu den internen Untersuchungen gibt es bisher vor allem aus den USA für vereinbarte Sanktionsvorbehalte. Ihre Tauglichkeit lässt sich bisher empirisch nur beschränkt verifizieren. – Sachgerechte Whistleblowing-Regelungen schaffen Anreize zur Meldung von Rechtsverstößen, die durch Bonusregelungen wie im Kartellrecht verstärkt werden können. Allgemeiner gibt es aber auch hierzu bisher nur wenig empirisch gesicherte Erfahrungen. – Externes Monitoring in Rahmen von vereinbarten Sanktionsvorbehalten kann aufsichts- und sanktionsrechtlich Vorteile mit sich bringen, diese sind aber begrenzt, denn sie betreffen nicht die zivilrechtlichen Folgemaßnahmen.
- *Rechtsfragen der Einrichtung und Nutzung der drei Informationskanäle: Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring*
6. Einrichtung und Nutzung der drei Informationskanäle sind in der Aktiengesellschaft wie die Compliance allgemein eine Geschäftsführungsaufgabe des *Vorstands*. Der Vorstand hat insoweit nicht nur eine Schadensabwendungspflicht, sondern eine Legalitätskontroll- bzw. -durchsetzungspflicht. Dem Vorstand steht hinsichtlich des „Ob“ kein Ermessen zu, sehr wohl aber hinsichtlich des „Wie“. Eine allgemeine Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer eigenen Compliance-Organisation wird bisher nicht anerkannt. Jedenfalls für börsennotierte Unternehmen ist eine solche aber allgemeiner Usus und sollte auch rechtlich verlangt werden. Das gilt entsprechend für die Einrichtung und Nutzung einer Whistleblowing-Organisation.
 7. Der *Aufsichtsrat* hat keine unmittelbare Überwachungspflicht bei Verdacht von Rechtsverstößen von Mitarbeitern, ihm ist aber darüber zu berichten. Aber Einrichtung und Nutzung der Compliance-Organisation durch den Vorstand unterliegen der Überwachung durch den Aufsichtsrat

mit Ermessen zum „Wie“. Entsprechendes gilt für das Whistleblowing, insbesondere eine Whistleblowing-Organisation. Die Einsetzung eines externen Monitoring ist, jedenfalls wenn sie nach dem VerSanGE oder auf Druck ausländischer Aufsichtsbehörden erfolgt, so gravierend, dass der Aufsichtsrat von vornherein beteiligt werden muss.

8. Bei Hinweisen gegen den Vorstand, die einen konkreten Verdacht von Rechtsverstößen des Vorstands begründen, und bei schwerwiegenden Compliance-Verstößen hat der Aufsichtsrat eine eigene Pflicht, dies zu untersuchen. Bei Verdacht nur gegen ein einziges Vorstandsmitglied kann der Aufsichtsrat diese Untersuchung ausnahmsweise auf die nicht betroffenen Vorstandsmitglieder delegieren. Sind mehrere Vorstandsmitglieder oder sogar der ganze Vorstand betroffen, muss der Aufsichtsrat aber eine eigene Untersuchung vornehmen, in der Regel durch Beauftragung eines externen Anwaltsbüros. Das kann zu zwei parallelen Untersuchungen im Unternehmen führen. Kooperation beider Organe dabei ist wünschenswert, in bestimmten Grenzen besteht eine Kooperationspflicht, die aber die selbständige Untersuchungspflicht des Aufsichtsrats nicht gefährden darf.
9. Für den *Konzern* besteht außer u.a. nach § 25 a Abs. 3 KWG rechtlich Streit über eine konzernweite Compliance. In der Praxis ist sie offenbar weitestgehend üblich. Eine konzernweite Compliance ist jedenfalls dann geboten, wenn eine eigene Unternehmenshaftung der Mutter droht, wie sie vor allem im europäischen Kartellrecht mittlerweile fest etabliert ist. Im übrigen gibt es im Einzelnen umstrittene Differenzierungsmöglichkeiten nach Rechtsgebieten und Konzernstruktur.
10. Der *Aufsichtsrat* der Muttergesellschaft hat keine konzernweite Aufsichtspflicht, einen Konzernaufsichtsrat gibt es de lege lata nicht. Aber wenn gesetzlich vorgeschrieben, etwa bei regulierten Unternehmen oder wenn eine Unternehmenshaftung oder ein gravierender Reputationsschaden der Muttergesellschaft drohen, ist zwar primär der Vorstand zuständig. Aber wenn der konkrete Verdacht eigener Rechtsverstöße des Vorstands, auch durch Unterlassen, besteht, muss der Aufsichtsrat entsprechend den oben entwickelten Grundsätzen tätig werden.
11. Für die Gewinnung von Informationen durch die drei Informationskanäle und die Verwertung der dabei gewonnenen Informationen gibt es *zahlreiche gesetzliche Grenzen*. Sie resultieren vor allem aus dem Arbeits-, Persönlichkeits- und Datenschutzrecht, aber unter anderem auch aus dem Kapitalmarkt-, Aufsichts- und Strafrecht. Zudem ergeben sich zahlreiche *Verfahrensprobleme*, beispielsweise für die Beschlagnahme, für den Rechtsschutz der Beteiligten (beim Whistleblowing des Whistleblowers und der Betroffenen) und für den Umgang mit Parallelverfahren. Solche Probleme stellen sich erst recht und gravierend bei *internationalen* Untersuchungen, Whistleblowing und externem Monitoring. Sie betreffen unter anderem das anwendbare Recht, die internationale Zuständigkeit von Gerichten und Behörden und nationale Abwehrverfahren wie etwa durch blocking statutes.