

Bericht über die Diskussion

ELENA DUBOVITSKAYA, Hamburg*

Die von *Hartmut Wicke* geleitete Diskussion zum Referat von *Klaus Hopt* „Interne Untersuchungen, Whistleblowing und externes Monitoring“ mit Responsio von *Martin Hitzer*, die das US-Monitoring zum Thema hatte, beschäftigte sich mit unterschiedlichen Fragen rund um Compliance-Untersuchungen und Whistleblowing. Primär ging es dabei um die Verantwortung der Konzernspitze für die Compliance im Konzern, die Zuständigkeit des Vorstands für interne Untersuchungen und die Rechtsstellung des US-Monitors.

I.

Ein Teil der Diskussion drehte sich um die Verantwortung der Muttergesellschaft und ihrer Organe für die Compliance im Konzern. Ein Vertreter der Wissenschaft stimmte dem Befund von *Hopt* zu, dass der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft nicht der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft sei. Wie müsse aber die Muttergesellschaft reagieren, wenn die Organe der Tochter nichts gegen Compliance-Verstöße unternehmen? Der Diskutant meinte, er neige langsam dazu, in solchen Fällen ein Direktionsrecht der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft anzunehmen. Ein Praktiker stimmte diesem Befund zu und wies gleichzeitig auf die Tendenz hin, die Verantwortung für das Verhalten der Tochtergesellschaft der Konzernspitze aufzuerlegen, wodurch die Kontrollpflichten der Organe der Muttergesellschaft enorm wachsen würden. Diese Entwicklung habe die missliche Konsequenz, dass die Konzernspitze den Konzern nicht mehr locker, sondern nur eng führen könne. Zugleich widersprach der Teilnehmer den Ausführungen von *Hopt* im Hinblick auf die Compliance-Verstöße der Mitarbeiter: Diese müssten dem Aufsichtsrat nicht gemeldet werden, es sei denn, es handele sich um ganz wesentliche Verstöße.

Ein Wissenschaftler sprach die Tendenz börsennotierter Unternehmen an, bestimmte Betriebsbereiche abzuspalten und in Form von börsennotierten Tochtergesellschaften weiterzuführen (z. B. Deutsche Bank und DWS, Siemens und Healthineers). In solchen Fällen habe der Vorstand der Muttergesellschaft dafür zu sorgen, dass auf der Ebene der Tochtergesellschaft ein Compliance-System eingerichtet werde. Mehr könne der Vorstand auch nicht tun: Selbst wenn

* wiss. Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

einige seiner Mitglieder Doppelmandaten besitzen und im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft vertreten seien, seien sie an die Verschwiegenheitspflicht gebunden und dürften ihren Vorstandskollegen an der Konzernspitze nicht über etwaige Verdachtsmomente berichten. Ein anderer Diskutant erwiderte, die Kontrolle müsse nicht immer über die Aufsichtsorgane erfolgen. In der Praxis habe sich eine vertragliche Regelung verbreitet, wonach die Tochtergesellschaft verpflichtet sei, an den Vorstand der Muttergesellschaft zu berichten. Diese Regelung sei mal stärker, mal schwächer ausgestaltet, komme aber immer häufiger vor, vor allem in Konzernen mit ausländischen Tochtergesellschaften, die in Rechtsordnungen agieren, die solchen Regelungen offen gegenüberstehen. Es sei also möglich, außerhalb des Aufsichtsgremiums der Tochtergesellschaft bestimmte Berichtssysteme zu etablieren, die über eine rein faktische Bitte hinausgehen, Informationen zur Verfügung zu stellen.

Hitzer stimmte diesem praktischen Befund zu. *Hopt* nahm zur Verantwortung der Muttergesellschaft für die Compliance im Konzern Stellung. Er betonte, dass ein Direktionsrecht der Mutter- gegenüber der Tochtergesellschaft *de lege lata* nur im Vertragskonzern existiere. Außerhalb dieser Konstellation sei es schwierig, eine Lösung zu finden. Die Muttergesellschaft habe keine rechtlichen Hebel, um auf die Tochtergesellschaft einzuwirken. Auf der anderen Seite dürfe sie nicht untätig bleiben, sonst werde ihr Vorstand später ganz sicher mit dem Vorwurf konfrontiert, er habe von den Compliance-Problemen in der Tochtergesellschaft gewusst, aber nichts dagegen unternommen. In dieser Situation müsse die Muttergesellschaft zur Not überlegen, sich aus dem Tochterunternehmen zurückzuziehen. *Hopt* fügte hinzu, dass die konzernweite Compliance-Verantwortung der Muttergesellschaft in der Tat zur Konsequenz habe, dass es eine Engführung des Konzerns geben müsse, was aus der Sicht des deutschen Konzernrechts bedauerlich sei. Die andere Konsequenz bestehe darin, dass das deutsche Modell mit dem Vorstand und Aufsichtsrat ins Wanken gerate; bei dem Boardmodell sei die Lösung einfacher, weil alle Boardmitglieder verantwortlich gemacht werden können.

II.

Lebhaft diskutiert wurde auch über die These *Hopts*, der Vorstand dürfe auch dann die interne Compliance-Untersuchung durchführen, wenn einem seiner Mitglieder die Beteiligung am Compliance-Verstoß vorgeworfen werde. Ein Vertreter der Praxis widersprach dieser These unter Berufung auf § 112 AktG. Die Norm sehe die Zuständigkeit des Aufsichtsrats vor, sobald ein Vorstandsmitglied in ein Rechtsverhältnis mit der AG trete. § 112 AktG sei, anders als sein Wortlaut vermuten lasse, nicht nur eine Vertretungs-, sondern auch eine Geschäftsführungsregel. Dies habe der BGH in mehreren Entscheidungen betont, zuletzt in der Entscheidung vom 15.1.2019, wonach auch künftige

Vorstandsmitglieder unter § 112 AktG fallen. Sei ein Vorstandsmitglied vom Verdacht einer Pflichtverletzung betroffen, könne der Vorstand keine Compliance-Untersuchung durchführen, weil er dann nicht in der Lage sei, wie ein unabhängiger Kontrolleur zu agieren. Es bestehe die Gefahr, dass die übrigen Vorstandsmitglieder die Untersuchung nicht mit dem notwendigen Elan durchführen werden, wegen der Angst, man werde ihnen die mangelnde Überwachung ihres Vorstandskollegen vorwerfen, sollte sich der Verdacht gegen ihn bestätigen.

Ein anderer Praktiker widersprach seinem Kollegen und meinte, § 112 AktG sei in der vorliegenden Situation nicht anwendbar. Vielmehr handele es sich um einen Interessenkonflikt, der nach den entsprechenden Regeln gelöst werden solle. Zunächst sei die Geschäftsführung aufgerufen, den Compliance-Verstoß aufzuklären; werde dabei die Verwicklung von Vorstandsmitgliedern festgestellt, müsse der Vorstand unabhängig von der Schwere des Verstoßes dem Aufsichtsrat darüber berichten. Das am Verstoß beteiligte Vorstandsmitglied sei von der Beratung und der Sachverhaltsaufklärung auszuschließen. Ein Vertreter der Wissenschaft pflichtete dagegen dem ersten Redner bei und fügte hinzu, das zahlenmäßige Kriterium (die Betroffenheit nur *eines* Vorstandsmitglieds) sei willkürlich. Bei einem achtköpfigen Vorstand mache es keinen Unterschied, ob ein oder zwei Mitglieder in den Compliance-Verstoß involviert seien. Im Übrigen sei es die genuine Aufgabe des Aufsichtsrats, bei Compliance-Verstößen zu ermitteln. Ein anderer Wissenschaftler richtete daraufhin an *Hopt* die Frage, ob es denkbar sei, dass auch der Aufsichtsrat den Verstoß nicht neutral aufklären könne, weil der Vorwurf des Überwachungsverschuldens im Raum stehe. Wer solle in dieser Situation die Aufklärung übernehmen?

Hopt erläuterte und verteidigte seine Position. Der Vorstand müsse das Recht haben, den Sachverhalt aufzuklären, auch wenn eins seiner Mitglieder in den Compliance-Verstoß involviert sei. Wenn der Vorstand in dieser Situation tatsächlich eine „Beißhemmung“ habe, was durchaus möglich sei, müsse der Aufsichtsrat eingreifen, denn er trage die Endverantwortung für die Aufklärung. Natürlich sei auch eine Situation denkbar, in der der Aufsichtsrat ebenfalls nicht unabhängig ermitteln könne. Nach dem Verbandssanktionengesetz habe dann das Gericht das Sagen. Handele es sich um eine börsennotierte Gesellschaft, könnte die BaFin unter Umständen einen unabhängigen Ermittler mit der Aufklärung beauftragen. *Hitzer* stimmte den Ausführungen von *Hopt* zu. Der Aufsichtsrat sei auch in dem Fall, in dem ein Vorstandsmitglied betroffen sei, berechtigt, sich der Unternehmensressourcen für die Aufklärung zu bedienen, darunter auch der Ressourcen des Vorstands.

III.

Der Einsatz von US-Monitoren, über den *Hitzer* berichtet hatte, rief ebenfalls Interesse und Kritik hervor. Ein Teilnehmer bemerkte, dass etwa die Hälfte der Monitoring-Fälle in der Präsentation von *Hitzer* die Banken betrafen, und sprach in diesem Zusammenhang den Fall einer europäischen Bank an, deren Tochtergesellschaft in den USA zum Ziel von Monitoring-Maßnahmen geworden sei. Später seien diese Maßnahmen auf eine börsennotierte Schwestergesellschaft in Deutschland erstreckt worden, was für die Aktionäre eine erhebliche Belastung bedeutet habe, zumal die Wohlverhaltensperiode fünf Jahre gedauert habe. Der Teilnehmer äußerte Zweifel an der Zulässigkeit dieses Vorgehens und kritisierte außerdem die Befugnis des US-Monitors, an Gremiensitzungen teilzunehmen, etwa an Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen. Außerhalb der Bankbranche, wo das KWG den Vertretern von Aufsichtsbehörden solche Rechte einräume, dürften Dritte nach deutschem Recht an Sitzungen der Gesellschaftsorgane normalerweise nicht teilnehmen. Schließlich fragte der Teilnehmer nach der Haftung des Monitors und betonte, dass vor allem der geschilderte Fall des Monitorings einer Schwestergesellschaft Haftungsfragen aufwerfen könne, die im Vergleich mit den US-Behörden nicht angesprochen werden.

Ein anderer Diskutant meinte, die Teilnahme eines Monitors an den Gremiensitzungen könne zwar zum Problem der Wahrung der Vertraulichkeit führen. Jedoch wiege der Schaden, der aus der Nichtzulassung eines US-Monitors zu den Sitzungen resultieren könne, schwerer als jede Vertraulichkeitspflichtverletzung. In Bezug auf Aufsichtsratssitzungen sehe das Gesetz allerdings die Teilnahme von Dritten nur in Ausnahmefällen vor; möglicherweise könne man aber bei einem Monitor einen solchen Ausnahmefall bejahen. Ein Vertreter der Praxis unterstrich, dass ein Monitor nicht kraft gesetzlicher oder gerichtlicher Anordnung, sondern freiwillig eingesetzt werde, um zu einem Vergleich zu kommen. Dabei verzichte der Vorstand freiwillig auf einen Teil seiner Leitungsverantwortung nach § 76 AktG, was zeige, dass sich das Leitbild dieser Verantwortung in den letzten zehn Jahren geändert habe. Im Ergebnis werde man aber nicht sagen können, solche Vergleichsvereinbarungen seien unzulässig.

In seiner Antwort betonte *Hitzer*, dass die Erstreckung des Monitorings auf Schwestergesellschaften nicht nur bei Banken, sondern auch in anderen Branchen oft praktiziert werde. Dabei folgen die US-Behörden, die das dualistische System und das deutsche Konzernrecht nicht kennen, einer eigenen Logik. Sie gehen davon aus, dass Compliance-Verstöße in einer US-Tochtergesellschaft für eine gewisse „Toleranz“ der Muttergesellschaft gegenüber solchen Verstößen sprechen. Daher könne es sich lohnen, auch ihre anderen Tochtergesellschaften in den Blick zu nehmen; ob dabei derselbe Monitor wie bei der US-Tochter eingesetzt werden solle oder ein anderer, sei eine andere Frage. Zur Haftung des Monitors erklärte *Hitzer*, dieser unterliege gar keiner Haftung,

weil das betroffene Unternehmen in der Vergleichsvereinbarung einen umfassenden Haftungsausschluss unterschreibe. Die Teilnahme des Monitors an den Sitzungen der Gesellschaftsorgane bewertete *Hitzer* nicht als besonders problematisch: Der Monitor werde ohnehin nicht an allen Sitzungen teilnehmen, denn für ihn seien nur die Sitzungen interessant, in denen es um das Fehlverhalten gehe. Auch *Hopt* meinte, die Teilnahme des Monitors an den Sitzungen sei kein faktisches, sondern nur ein dogmatisches Problem. Dieses sei jedoch lösbar: Wenn man Sachverständigen das Recht einräume, an den Sitzungen teilzunehmen, könne man dies auch bei Monitoren tun. Zudem würden Monitore häufig schon aus Zeitgründen nicht den ganzen Sitzungen beiwohnen, sondern sich darüber berichten lassen.

IV.

Der Rest der Diskussion drehte sich um verschiedene Einzelfragen. Ein Wissenschaftler interessierte sich für das Verhältnis zwischen der Whistleblower-Richtlinie und der DS-GVO, insbesondere für den informationellen Schutz des Objekts des Whistleblowings. Zudem betonte er, dass die Whistleblower-Richtlinie rechtsformübergreifend gelte, *Hopt* aber von der Pflicht des Vorstands zur Etablierung eines Compliance- und Whistleblowing-Systems gesprochen habe. Wenn man eine solche Pflicht nicht nur in der AG anerkennen würde, welche Kriterien sollen darüber entscheiden? So könne man diese Pflicht von der Anzahl der Arbeitnehmer abhängig machen; außerdem könne man sogar darüber nachdenken, dieses Kriterium auch im Hinblick auf die Pflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems anzuwenden. *Hopt* erwiderte, dass seiner Ansicht nach ein Whistleblower-System schon bei kleineren Aktiengesellschaften nicht unbedingt notwendig sei. Es wäre sinnvoll, in diesem Zusammenhang zwischen börsennotierten und allen anderen (privaten) Gesellschaften zu unterscheiden, wie Österreich und die Schweiz dies tun. Dieser Vorschlag habe sich bisher zwar nicht durchsetzen können, die Unterscheidung werde man aber früher oder später vornehmen müssen. Bei börsennotierten Gesellschaften seien nämlich andere Interessen zu berücksichtigen als bei nichtbörsennotierten, etwa die Interessen der Kleinanleger, des Marktes usw.

Ein Praktiker fragte, was *Hopt* mit dem öffentlichen Zweck der Compliance gemeint habe. Habe ein Compliance-Officer irgendwelche Berichtspflichten gegenüber den Behörden? Soll er eine ähnliche Stellung bekommen wie ein Datenschutzbeauftragter und etwa Kündigungsschutzrechte genießen? Oder diene die Compliance doch in erster Linie nur dem Unternehmensinteresse und habe lediglich Berührungspunkte mit dem öffentlichen Interesse? *Hopt* antwortete, der Zweck der Compliance sei keineswegs eine rein theoretische Frage. Es sei eine Situation denkbar, in der es im Unternehmensinteresse sein könne, ein Compliance-Verstoß unter den Tisch zu kehren; hier zog *Hopt* eine

Parallele zu „nützlichen“ Pflichtverletzungen. Ganz anders sei die Rechtslage, wenn die Compliance (auch) eine öffentliche Funktion habe.

Ein Vertreter der Wissenschaft fragte nach der Instanz, die den Monitor kontrolliere und der dieser die Rechenschaft ablege. Im Aufsichtsrecht sei dies mutmaßlich die Behörde, aber wie sehe es mit dem US-Monitor aus? *Hopt* antwortete, dass die Kontrollinstanz nach dem Verbandssanktionengesetz das Gericht sei; beim US-Monitor sei die Lage viel komplizierter. Es sei bereits fraglich, ob die US-Behörden wie SEC, Environmental Agency usw. beim Einsatz von Monitoren nicht weit über ihre Befugnisse hinausgehen. Eine gerichtliche Kontrolle finde vielfach nicht statt und das betroffene Unternehmen sitze an einem kürzeren Hebel. *Hitzer* ergänzte, dass es bei der Festlegung der Befugnisse des Monitors einen Interessenkonflikt gebe: Der Monitor wolle sein Mandat möglichst umfassend definieren, das Unternehmen dürfe widersprechen, wenn es die Reichweite dieses Mandats für unzumutbar halte. Das Problem sei, dass es keine unabhängige Schlichtungsstelle gebe, weil der Konflikt durch die Behörde entschieden werde, die den Monitor beauftragt habe. In den USA habe man das Problem erkannt; als Lösung sei eine Schlichtungsstelle vorgeschlagen worden, die von der Behörde, dem Monitor und dem Unternehmen unabhängig sei. Es handele sich dabei aber nur um einen Vorschlag und nicht um geltendes Recht.

Ein anderer Wissenschaftler rückte das Recht der Behörde in den Mittelpunkt, die Dokumente aus der internen Untersuchung zu beschlagahmen. Dieses Recht könne ein Gegenanreiz für die Durchführung solcher Untersuchungen werden. Auf der anderen Seite habe die Behörde ein berechtigtes Interesse an der Beschlagahme: Diese verhindere, dass wichtige Unterlagen beiseitegeschafft werden und die behördliche Untersuchung erschwert oder gar unmöglich gemacht werde. Um den Konflikt aufzulösen, könnte man wie im Kartellrecht zwischen der Kronzeugenerklärung und den „pre-existing documents“ unterscheiden, die typischerweise herausgegeben werden müssten. Verwandt damit sei die Frage, inwieweit ein Unternehmen das Recht habe, sich nicht selbst zu belasten. Im europäischen Recht, insbesondere im Kartellrecht, gestehe der EuGH den Unternehmen nur ein Geständnisverweigerungsrecht zu. Die Frage werde virulent, sobald die internen Untersuchungen dem Unternehmen mehr abverlangen. Schließlich stelle sich die Frage, inwieweit private Schadensersatzkläger auf die Unterlagen aus der internen Untersuchung zugreifen dürfen. *Hopt* meinte, er könne auf die Einzelheiten leider nicht eingehen, aber er stimme dem Grundgedanken zu, dass Gesellschaftsrechtler viel mehr vom Kartellrecht lernen sollen. Es führe kein Weg daran vorbei, künftig nicht nur das Aktienrecht, sondern auch das Kartell- und das Datenschutzrecht heranzuziehen, um die auftretenden Probleme zu lösen.