

A. Einleitung

„Eine unserer wichtigsten Aufgaben ist es, den Vorstand aus dem Gefängnis herauszuhalten.“ (Zitat eines US-General Counsel während einer Konferenz der „Association of Corporate Counsels“ 2006)¹

Der Eintritt ins Informationszeitalter, die sich beschleunigende Globalisierung des Wettbewerbs und der unternehmerischen Tätigkeit sowie die wachsende Komplexität und Dynamisierung der Märkte prägen die Unternehmen zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Diese veränderten Rahmenbedingungen führen dazu, dass es immer schwieriger wird, ein Unternehmen zu führen und das erhöhte Risikopotenzial zu bewältigen.² Vor diesem Hintergrund gewinnt der neudeutsche Begriff der „Compliance“ in der unternehmerischen Praxis zunehmend an Bedeutung.³ Wie etwa der Fall Siemens zeigt, ist das Thema Compliance im Sinne eines Handelns des Unternehmens in Übereinstimmung mit geltendem Recht und Regeln in der Unternehmenspraxis und Öffentlichkeit höchst präsent. Insbesondere die Frage nach dem richtigen Umgang mit

¹ Lorene Schaefer, General Counsel bei General Electric Inc, in Juve 07/2006, S. 14. Unternehmensjuristentage 2006, S. 3

² Hahn/Weber/Friedrich, BB 2000, 2620.

³ Bürkle, BB 2005, 565.

Compliance-Anforderungen wird gestellt und in den Rechtsabteilungen der Unternehmen diskutiert. Auf den jüngsten Unternehmensjuristentagen im Februar 2008 in Berlin beschäftigten sich mehrere Vorträge und Workshops mit der systematischen Erfassung und Behandlung von Compliance im Unternehmen ⁴ Zum Beispiel findet man seit einiger Zeit im Internet eine „TOP 100 List of Corporate Criminals“⁵, aufgestellt, - wie könnte es anders sein - in den USA. Die Auflistung ist deshalb bemerkenswert, weil sie deutlich macht, dass die Bewertung nicht auf klassischen Vergehen wie etwa Betrug oder Untreue beruht, sondern im Wesentlichen auf der Verletzung allgemeiner wirtschaftsrechtlicher Verbote und Gebote. Die angeführten Rechtsverstöße betreffen vor allem die Bereiche des Kapitalmarkt- und Kartellrechts, aber auch das Außenwirtschaftsrecht, das Arbeitsrecht, das Umwelt- und Lebensmittelrecht. Große Bedeutung hat dabei die drastische Höhe der Geldbußen, mit denen die Unternehmen wegen der Verstöße belegt werden, und zumindest diese Erfahrung ist in Europa nicht anders. Allein im Zeitraum von 2001 bis 2002 hat die EU-Kommission wegen der Verletzung kartellrechtlicher Bestimmungen Bußgelder in Höhe von insgesamt 1,8 Mrd. Euro

⁴ Unternehmensjuristentage des EUROFORUM am 19.-21.02.2008 in Berlin.

⁵ www.corporatepredators.org/TOPI00

verhängt.⁶ Solche Zahlungen haben erhebliche Auswirkungen auf die Ertragslage der Unternehmen und das Ansehen der betroffenen Unternehmen in der Öffentlichkeit leidet spürbar. Ein einzelner Vorfall kann genügen, um ein über Jahre hinweg aufgebautes Unternehmensimage nachhaltig zu beschädigen. Eine Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Pricewaterhouse Coopers⁷ aus dem Jahr 2004 zeigt ebenfalls, dass 55% der europäischen und 44% der US-amerikanischen Unternehmen die Notwendigkeit der Verbesserung ihrer Compliance-Aktivitäten zur Vermeidung erheblicher Unternehmensrisiken sahen.

Insgesamt wird deutlich, dass die Gefahr von Rechts- und Regelverletzungen für die Unternehmen zum operationellen und existenziellen Risiko wird.⁸ Nicht nur aus diesen und anderen Gründen werden die Stimmen lauter, die auch in solchen Fällen nach der Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat rufen.⁹ Für die Unternehmensorgane stellen sich aus rechtlicher Sicht einige spannende Fragen zum Umgang mit Compliance-

⁶ *Schneider, U*, ZIP 2003, 645.

⁷ *Kort*, NZG 2008, 81; FAZ vom 29.06.2007, Nr. 148, S. 11; FAZ vom 25.09.2007, Nr. 223, S. 18.

⁸ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

⁹ *Goette in Geiß*, S. 123.

Risiken. Dabei ist zunächst grundsätzlich festzuhalten, dass nun jeder unternehmerischen Tätigkeit Risiken immanent sind; das heißt ohne Risiko ist unternehmerisches Handeln schlichtweg undenkbar.¹⁰ Jede unternehmerische Tätigkeit ist durch die Notwendigkeit zur Entscheidung in Unsicherheit gekennzeichnet¹¹ und über einen längeren Zeitraum ist das Erwirtschaften risikoloser Gewinne eben nicht möglich. Daher impliziert das Streben des Vorstandes nach Erträgen immer auch ein bewusstes Eingehen damit verbundener Risiken. Die Neigung, im Hinblick auf eingetretene Verluste jedoch *ex-post* zu erklären, dass man es *ex-ante* hätte besser wissen können, ist dabei ebenso populär wie naiv und inzwischen sogar Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen¹². Risiken bedeuten immer eine Gefahr, sind gleichzeitig aber auch eine notwendige Voraussetzung für unternehmerischen Erfolg und in einer auf Wettbewerb und Privatautonomie beruhenden Marktwirtschaft muss es eben geradezu denklogisch Gewinner wie Verlierer geben. Die Leitungs- und Organisationspflichten des Vorstandes gemäß §§ 76, 93 AktG stehen daher bei der Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten in seinem unverzichtbaren Ermessensspielraum, da er die Gesellschaft

¹⁰ Lutter, ZIP 2007, 841, Bitz, S. 19

¹¹ Dauner-Lieb, S. 83.

¹² Fleischer, ZIP 2004, 685.

unter eigener Verantwortung zu leiten hat.¹³ Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Grundsätze auch bei Compliance-Risiken uneingeschränkt gelten oder ob hier andere Massstäbe anzulegen sind. Dies ist schliesslich auch für die Frage von Bedeutung, ob und wie Compliance-Risiken durch ein Risikomanagementsystem im Sinne eines Überwachungssystems gemäß § 91 Abs. 2 AktG behandelt werden können und damit der Verhaltensstandardisierung im Unternehmen dienen. Zur Beantwortung sollen daher im Einzelnen folgende Teilaspekte untersucht werden:

1. Was versteht man unter Compliance-Risiken und was unterscheidet diese von anderen unternehmerischen Risiken?
2. Können Compliance-Risiken durch ein Überwachungssystem im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG behandelt werden?
3. Wer kann diese Aufgabe organisatorisch im Unternehmen übernehmen?

¹³ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 76, Rn. 25.

Im ersten Kapitel sollen durch einen Blick ins Gesellschaftsrecht zunächst die grundlegenden Begriffe Risiko und Compliance sowie deren Zusammenhang untersucht werden. Bei beiden Begriffen ist nicht zu verkennen, dass der Einfluss betriebswirtschaftlicher Überlegungen zunehmend auch die gesellschaftsrechtliche Diskussion beeinflusst.¹⁴ Für die begriffliche Bestimmung ist es daher unerlässlich, auch wirtschaftswissenschaftliche Überlegungen zu berücksichtigen.

Für den Umgang mit Risiken im Unternehmen sind bei den in dieser Arbeit betrachteten Aktiengesellschaften vor allem die §§ 76, 91 und 93 AktG von Bedeutung. Diese sind Bestandteil des vierten Teiles des Aktiengesetzes (Verfassung der Aktiengesellschaft), in dem unter anderen die Leitungs-, Organisations- und Sorgfaltspflichten des Vorstandes normiert sind.¹⁵

Die Darstellung des Begriffes Risiko steht außerdem in engem Zusammenhang mit dem im Jahr 1998 in Kraft getretenen Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich

¹⁴ Kort, NZG 2008, 81.

¹⁵ Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG, Einl. § 76, Rn. 4.

(KonTraG)¹⁶, wonach eine Pflicht des Vorstandes der Aktiengesellschaften hervorgehoben wurde, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen zu erkennen.¹⁷ Eine wesentliche Neuregelung durch das KonTraG besteht darin, dass mit § 91 Abs. 2 AktG nun eine normierte, gesetzliche Verpflichtung für Vorstände von Aktiengesellschaften geschaffen wurde, konzernweit ein Risikomanagementsystem einzurichten. Hintergrund dazu war die wachsende Zahl spektakulärer Unternehmenszusammenbrüche im In- und Ausland, deren vielfältige Gründe vor allem in der unzureichenden Berücksichtigung von Unternehmensrisiken und ihrer Behandlung zu sehen sind.¹⁸ Die in diesem Zusammenhang ebenfalls geführte *Shareholder Value*-Debatte¹⁹ bezüglich der Frage, ob das Deutsche Corporate Governance-System noch ausreichend ist, um diese Herausforderungen zu bewältigen, hatte die US-amerikanischen, europäischen und schließlich auch den deutschen Gesetzgeber veranlasst, wesentliche Korrekturen und Neuregelungen für kapitalmarktorientierte Unternehmen vorzunehmen.

¹⁶ BGBl 1998 I, 786.

¹⁷ *Krieger/Sailer in Schmidt/Lutter*, § 91, Rn. 7.

¹⁸ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 1.

¹⁹ nur beispielsweise mit vielen Nachweisen zu der Debatte: *Rappaport*.

Der zweite Teil dieses Kapitels beschäftigt sich mit dem Begriff Compliance, den Ausprägungen und der Abgrenzung zu anderen existentiellen Risiken im Unternehmen. Die Rechtsrisiken²⁰ im Unternehmen werden dabei genauer betrachtet, differenziert und schließlich wird untersucht, wie diese im Zusammenhang zur unternehmerischen Handlungsspielraum des Vorstandes stehen. Es soll die Bedeutung von Rechtsrisiken herausgearbeitet und gezeigt werden, dass diese bei den herkömmlichen Risikomanagementsystemen bislang zu Unrecht weitgehend unbeachtet blieben. Dies ist umso erstaunlicher, als doch unabhängig von Größe, Branche oder Struktur eines Unternehmens jede Tätigkeit rechtlich strukturiert und in viel stärkerem Maße von Rechtsfragen bestimmt ist, als die Beteiligten dies wissen oder bemerken. Gleichgültig, ob Waren verkauft, Rohstoffe eingekauft, Mitarbeiter eingestellt, Räume gemietet werden, ob man Beschwerden von Kunden bearbeitet, Forderungen storniert, Anzeigen textet oder eben die Teilnahme am Kapitalmarkt als börsennotiertes Unternehmen: All das geschieht auf der Basis rechtlicher Regeln (Gesetze, Verordnungen etc.) oder von Verträgen, die das Unternehmen abgeschlossen hat. In allen Bereichen beeinflusst diese

²⁰ *Saitz* bezeichnet diese auch als regulatorische Risiken in *Saitz/ Braun*.

rechtliche Basis das Gesamtverhalten aller Mitarbeiter und der Geschäftsleitung, auch wenn das oft unbewusst geschieht.

Dabei ist zu klären, welche Auswirkungen neue Gesetze auf ein Unternehmen haben, ob dadurch zusätzliche Risiken geschaffen werden und wie diese beherrscht werden können. Anders ausgedrückt beinhaltet dies die sich aufdrängende Frage, ob allein schon die Forderung nach Gesetzestreue, ein unternehmerisches Risiko im Sinne des § 91 AktG darzustellen vermag oder sich dahinter nicht nur die bloße Erkenntnis verbirgt, dass sich die Unternehmen an die bestehende Rechtslage zu halten haben; oder wie es *Schneider* ausdrückt: „die Binsenweisheit, dass Unternehmen Gesetze einhalten müssen, heißt nun Compliance.“²¹ Kann demnach geltendes Recht, dessen unabdingbare Geltung mit der Verkündung im Bundesgesetzblatt für jedes Unternehmen in Deutschland gleichermaßen sicher eintritt, ein möglicherweise sogar bestandsgefährdendes Risiko darstellen oder kann dieses Risiko durch einfache Befolgung der gesetzlichen Anforderungen ausgeschlossen werden? Besondere Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang die aus § 93 AktG herzuleitende Legalitätspflicht des Vorstandes und die jüngsten Ergänzungen

²¹ *Schneider, U*; ZIP 2003, 645.

des Deutschen Corporate Governance Kodex²², der sich nun in den Ziffern 4.1.3 und 5.3.2 ebenfalls mit der Rechts und Regeltreue von Unternehmen beschäftigt.

Das zweite Kapitel der Arbeit beschäftigt sich schliesslich mit der konkreten Anwendung eines Risikomanagementsystems auf Compliance-Risiken. Dies erfordert eine unmittelbare Betrachtung von gesetzlichen Risiken und des damit direkt oder indirekt verbundenen Aufwandes für die Unternehmen. Die besondere Risikolage ergibt sich nämlich aus den Gefahren und Nachteilen für die Unternehmen, die durch die häufigen Änderungen der Rechtslage aufgrund von neuen Gesetzen, Gesetzesänderungen oder darauf basierenden, richtungweisenden Urteilen von Obergerichten entstehen.²³ Hierzu werden konkrete Beispiele neuerer gesetzlicher Regelungen betrachtet und dabei untersucht, welche unternehmerischen Risiken sich daraus ergeben und ob diese durch ein allgemeines Risikomanagementsystem erfasst und behandelt werden können. Vorrangig wird der Blick auf diejenigen Vorschriften zu konzentrieren sein, die im

²² Download des aktuellen Kodexwortlautes mit Änderungsnachweisen unter www.corporate-governance-code.de.

²³ So auch *Harnacke*.

Zusammenhang mit der jüngsten Entwicklung im Kapitalmarktrecht stehen. Wie selten zuvor, wurde in den letzten Jahren in diesem Bereich eine Normenflut gesetzlicher und gesetzesähnlicher Regelungswerke auf den Weg gebracht, die durchaus die Feststellung zulassen, dass das deutsche Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht zumindest in einzelnen Teilbereichen inzwischen eine Komplexität und Regulierungsdichte erreicht hat, die von der Praxis berechtigterweise als Fessel empfunden werde.²⁴

Ein geeigneter Testfall für diese Betrachtung ist das Anlegerschutzverbesserungsgesetz (AnSVG) aus dem Jahr 2004²⁵ Dieses Gesetz bestätigt aus Sicht der Unternehmer den Trend hin zu immer mehr gesetzgeberischer Regelung, zu einer zunehmenden „Verrechtlichung der operativen Geschäftsprozesse“²⁶, mit der Folge, dass einerseits zusätzliche organisatorische Maßnahmen für ein rechtssicheres Handeln notwendig sind, aber auch andererseits die Risikolage des Unternehmens dadurch vergrößert wird, dass die gesetzlichen Anforderungen unklar bzw. auslegungsbedürftig sind. Dazu

²⁴ *Dauner-Lieb*, S. 85.

²⁵ BGBL 2004 vom 29.10.2004, S. 2630 ff.

²⁶ So auch *Hommerich/Prütting*, AnwBl. 1997, 22.

gehört beispielsweise die durch das AnSVG neu geregelte Ad-hoc-Meldepflicht von Insiderinformationen gemäß § 15 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG). Neben dem Umfang und der Vielzahl der kapitalmarktrechtlichen Neuregelungen wird die Risikolage aber auch durch die in den Gesetzen enthaltenen Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten beeinflusst. Dazu sei an dieser Stelle nur auf die missglückte Neufassung der §§ 13 ff. WpHG hingewiesen, welche die Meldepflicht von Insiderinformationen für Aktiengesellschaften regelt. Die Aufgabe des Begriffes „Insidertatsache“ zugunsten einer wesentlich subjektiveren „Insiderinformation“ oder auch die Schaffung von nicht eindeutig definierten Befreiungstatbeständen zur Ad-hoc-Meldepflicht gemäß § 15 Abs. 3 WpHG hat sowohl in den betroffenen Unternehmen als auch bei der zuständigen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) für erhebliche Verwirrung im Hinblick auf die Auslegung einzelner Vorschriften des AnSVG gesorgt.²⁷

Nachdem die Bedeutung von Compliance-Risiken am Beispiel des AnSVG als unternehmerische Risiken im Sinne des § 91

²⁷ www.faz.net, 18. Februar 2005.

Abs. 2 KonTraG untersucht wurde, stellt sich im weiteren Verlauf des zweiten Kapitels die Frage, wie mit diesen Risiken umzugehen ist. Wenn gesetzliche Neuregelungen unternehmerisches Risiko darstellen, wäre es doch konsequent, auch diese Risiken durch ein geeignetes Risikoüberwachungssystem zu beherrschen. Daher soll die vorliegende Analyse das Konzept eines Compliance-Risikomanagements hervorbringen. Hierzu wird es erforderlich sein, sich mit dem organisatorischen Rahmen und mit den Elementen eines solchen Risikomanagementsystems zu befassen. Es soll des Weiteren geklärt werden, wie die Unternehmen das Risikomanagement in die Unternehmensorganisation einbinden sollen, also ob auch diese Risiken im Rahmen des allgemeinen Risikomanagementsystems beherrscht werden können. In der Praxis hat sich die Auffassung durchgesetzt, unter den Begriff des Risikomanagements die Gesamtheit aller organisatorischen Regelungen (Schaffung der organisatorischen Rahmenbedingungen) und Maßnahmen zur Risikofrüherkennung (Arbeitsschritte von der Generierung risikorelevanter Informationen bis zur Risikoklassifizierung) sowie zum Umgang mit den Risiken unternehmerischer Betätigung (Risikosteuerung) zu subsumieren. Unabdingbarer Bestandteil dieses Systems ist eine objektive und systematische

Vorgehensweise, also ein Risikomanagementprozess, der auch für die rechtlichen Risiken zugänglich sein muss. Das operative Risikomanagement befasst sich mit der tatsächlichen Durchführung des Risikomanagements und besteht aus den Bausteinen Risikoidentifizierung, -analyse, -bewertung, -bewältigung und -kontrolle und wird im Sinne eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses als Regelkreislauf implementiert. Danach werden die erkannten Risiken systematisch analysiert und im Rahmen einer *Value at Risk*-Bewertung einer selbst gewählten Risikoklasse zugeordnet. Diese ergibt sich aus Eintrittswahrscheinlichkeit und erwarteter Schadenshöhe des Risikos. Der letzte Schritt im Risikomanagementprozess ist die Entscheidung über den Umgang mit dem Risiko, sei es, dass die Gesellschaft versucht, das Risiko abzuwenden, zu übertragen oder möglicherweise auch zu akzeptieren.

Die Anwendung des Risikomanagementprozesses auf Rechtsrisiken wäre unvollständig, wenn man nicht auch die Auswirkungen eines neuen Gesetzes auf die Kostensituation des Unternehmens betrachten würde. Zu den eigentlichen Compliance-Risiken, welche durch die Einhaltung der Gesetze verursacht werden, kommen signifikante Kostenbelastungen, die

durch ihre organisatorische Umsetzung bedingt werden. Jedes neue Gesetz verursacht in den betroffenen Unternehmen finanzielle Aufwendungen, die die Kostensituation zum Teil erheblich belasten. Hier ist die angekündigte Rechtsetzung durch den europäischen Gesetzgeber unter den Stichworten *Better Regulation* und *Simplification* ebenso zu begrüßen, wie die erstmalig erweiterten Leitlinien für die Folgenabschätzung (*impact assessment*) von Gesetzen durch die EU-Kommission.²⁸ Legislativakte sollen danach dahingehend überprüft werden, ob die abschätzbaren Regulierungskosten und Verwaltungskosten, die durch die Gesetze entstehen, durch die erwarteten Vorteile der Neuregelung gerechtfertigt sind. Die Gesetzesfolgekosten, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) aus dem Jahr 2006²⁹, soll den Nachweis der Bedeutung von Compliance-Risiken für die Unternehmen vervollständigen.

Schließlich wird im abschliessenden Kapitel die Frage untersucht, wer im Unternehmen die Verantwortung das Compliance - Risikomanagement übernehmen sollte. Nach

²⁸ European Commission, Impact assessment guidelines, 15.06.2005 (SEC (2005) 791; vgl. auch <http://ec.europa.eu/governance/impact/index.htm>).

²⁹ BGBL 2006 vom 18.06.2006, S. 1897.

Auffassung des Verfassers dieser Arbeit kann die Rechtsabteilung d.h. der Unternehmensjurist in diesem Prozess eine entscheidende Rolle übernehmen und damit verloren gegangenes Terrain wieder zurück gewinnen. Aufgrund seiner Ausbildung, Positionierung und Tätigkeit im Unternehmen ist der Syndikus und damit die Rechtsabteilung ein wesentliches Element zur Bewältigung dieser gesetzlichen Risiken und damit in der Unternehmensorganisation auch verantwortlich, das unternehmensinterne Risikomanagementsystem in diesem Bereich zu führen. Es stellt sich dabei die Frage, ob dazu in jedem Fall eine zusätzliche und unabhängige Compliance-Abteilung geschaffen werden muss oder ob Compliance lediglich einen Schwerpunktbereich interner Rechtsberatung bildet. Die Organisation und Tätigkeit der Rechtsabteilung wiederum befinden sich damit in einem erheblichen Veränderungsprozesses, ausgelöst durch die sich wandelnden Anforderungen an eine moderne Rechtsabteilung, ihre strategische Ausrichtung und ihre Organisation als Risikomanagementabteilung. Die verstärkte Einbeziehung der Rechtsabteilung in den betrieblichen Risikomanagementprozess erfordert damit ein zunehmendes Selbstverständnis des Syndikus als „Risikomanager“ im Unternehmen, der vertragliche und gesetzliche Risiken erkennt und zu ihrer

Vermeidung bzw. Kompensation beiträgt. Die Unternehmensleitung erwartet von ihren Juristen eine aktive Mitwirkung des Unternehmensjuristen zur Herbeiführung einer entsprechend rechtssicheren Unternehmensorganisation und die Sicherstellung von Compliance im Unternehmen. Dieser Trend verlangt von der Rechtsabteilung, etablierte Abläufe und Strukturen zu hinterfragen und moderne, innovative Geschäftsprozesse für ein aktives Risikomanagement gesetzlicher Risiken (Beispiel: *Legal Value Engineering*) zu implementieren, mit denen sie aktiv an den Entscheidungen des Unternehmens beteiligt ist und damit ihre internen Kunden überzeugt und befriedigt. Die Folgen davon sind ein höherer Stellenwert der Rechtsberatung im Unternehmen und ein stärkerer, unmittelbarer Einfluss auf den Unternehmenserfolg.

B. Risiko und Compliance = Compliance-Risiko?

Die zentralen Begriffe dieser Arbeit sind das „Risiko“ im gesellschaftsrechtlichen Sinne des § 91 Abs. 2 AktG und die „Compliance“; beide Termini sollen also zunächst vorgestellt werden. Neben der Definition und der inhaltlichen Beschreibung

der Begriffe werden auch Unterschiede und Zusammenhänge untersucht. Bei beiden Begriffen zeigt sich außerdem das enge Zusammenspiel von wirtschaftswissenschaftlichen Überlegungen und deren Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtliche Diskussion;³⁰ daher vorab einige betriebswissenschaftliche Bemerkungen zum Begriff „Risiko“.

1. Risiko - Definitionen

Das Wort „*Risiko*“ [Risiko = risc (arabisch = Schicksal), ris(i)co (italienisch = Klippe, die es zu umschiffen gilt)] leitet sich vom frühitalienischen „*risicare*“ her und bedeutet „wagen“, demgemäß meint Risiko wohl eher eine Wahlentscheidung als etwas Schicksalhafteres.³¹ Es geht somit um das Wagnis des Handelns vor dem Hintergrund einer freien Wahlmöglichkeit. Risiken im Sinne ungünstiger Entwicklungen bei unternehmerischem Handeln ergeben sich meist daraus, dass Entscheidungen auf Grundlage beschränkter Informationen getroffen werden oder die vorhandenen Informationen nicht richtig bewertet werden. Die in einem Unternehmen zu treffenden Leitentscheidungen (beispielsweise zu einem

³⁰ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645; *Bürkle*, BB 2005, 565.

³¹ *Bitz*, S. 13.

Markteintritt in Russland durch Erwerb eines Partnerunternehmens, die Einführung eines neuen Pkw-Modells oder Durchführung eines Aktienrückkaufprogrammes im Hinblick auf künftige Transaktionen) sind schon infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justitiable Einschätzungen geprägt.³² Die richtige Entscheidung des Unternehmens kann nicht getroffen werden, ohne dass sämtliche Informationen in Anbetracht des externen Entscheidungsumfeldes und dem maßgeblichen Faktor Zeit vorliegen. Die meisten Entscheidungen sind außerdem von hoher Komplexität, die sich aus der Unübersichtlichkeit der Problemstruktur, der Vielzahl von Variablen und Abhängigkeiten ergibt. Die unternehmerische Entscheidung beispielsweise zur Durchführung eines Aktienrückkaufprogrammes gemäß § 71 AktG bedarf nicht nur einer exakten Kenntnis und Bewertung nicht nur aller relevanten Kapitalmarktvorschriften wie zum Beispiel des Wertpapierhandelsrechts und Aktienrechts, sondern eben auch einer vorausschauenden – und damit unsicheren - Prognose auf die Auswirkungen des Aktienrückkaufs auf den Aktienkurs des Unternehmens.

³² *Dauner-Lieb*, S. 84.

Der Terminus „Risiko“ wird vor allem in der betriebswirtschaftlichen Literatur³³ behandelt und ist unterschiedlich definiert. Allgemein wird dort Risiko im umfassenden Sinn als die Möglichkeit der Gefahr von Verlusten im Rahmen der Geschäftstätigkeit verstanden, ursachenbezogen resultierend aus der generellen Unsicherheit zukünftiger Ereignisse, verbunden mit einem unvollständigen Informationsstand.³⁴ Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) formuliert recht vage in seinem Prüfungsstandard IDW EPS 340: „ *Unter Risiko ist allgemein die Möglichkeit ungünstiger, zukünftiger Entwicklungen zu verstehen.*“³⁵ Ähnlich weite Definitionen beschreiben Risiko als ein Informationsdefizit über die finale Bestimmtheit, das heißt die Ungewissheit über das Erreichen der gesetzten (geplanten) Ziele.³⁶ In der ökonomischen Theorie versteht man unter dem Begriff Risiko die Abweichung des tatsächlichen vom prognostizierten Ergebnis einer wirtschaftlichen Aktivität; Risiko umfasst somit die Möglichkeit, dass es anders – sowohl schlechter als auch besser – kommen kann als erwartet.³⁷ Die positive Abweichung

³³ Lück, DB 1998, 8; Bitz, S. 10, Kromschröder, S. 18.

³⁴ Bitz, S. 13.

³⁵ IDW-FN 1999, S. 350.

³⁶ Hahn, a.a.O., m.w.N., nur beispielhaft auf Kromschröder, S. 18 und Lück, DB 1998, 1925.

³⁷ Vgl. etwa Kromschröder, S. 18.

wird auch als Chance oder Risiko im weiteren Sinne bezeichnet. *Lück*³⁸ unterscheidet ganz ähnlich zwischen reinem Risiko, das nur Schadensgefahren beinhaltet, das heißt bei dem ein Ereignis eintritt, das das Vermögen des Unternehmens mindert (z.B. durch Feuer oder Sturm) und dem spekulativen Risiko, das Risiken aus unternehmerischem Handeln in Gegenüberstellung zu Chancen erfasst.

Risiko		
Reines Risiko (Reine Schadensgefahr)	Spekulatives Risiko (Risiko aus unternehmerischem Handeln)	
	Risiko im engeren Sinne (Verlustgefahr)	Risiko im weiteren Sinne (Chance)

Abb.: Risikobegriff

Das reine Risiko beinhaltet damit nur die Gefahr des Vermögensverlustes, Chancen werden vom reinen Risiko nicht erfasst. Dieser Risikobegriff geht davon aus, dass die Entwicklung des Unternehmens nur von seltenen,

³⁸ *Lück*, DB 1998, 8.

unregelmässigen Gefahren bedroht wird. Das spekulative Risiko erfasst im Gegensatz dazu diejenigen unsicheren Ereignisse, die sich durch das unternehmerische Handeln vermögensmindernd oder vermögensmehrend auswirken. Es wird durch Veränderungen von Preisen, Kosten, der Nachfrage und von Konjunkturschwankungen beeinflusst. Das spekulative Risiko kann weiter unterteilt werden: Die vermögensmindernden unsicheren Ereignisse (die Entwicklung läuft schlechter als geplant) werden auch als Risiko im engeren Sinne (Verlustgefahr) bezeichnet, während die vermögensmehrenden unsicheren Ereignisse (die Entwicklung läuft günstiger als geplant) als Risiko im weiteren Sinne oder als Chance bezeichnet werden.³⁹ Ähnlich unterscheiden *Weber/Weißberger/Liekweg*⁴⁰ zwischen symmetrischen und asymmetrischen Risiken. Symmetrischen Risiken stehen unternehmerische Chancen gegenüber, beide sind verbunden mit einer unternehmerischen Entscheidung. Asymmetrische Unsicherheiten umfassen Risiken lediglich in negative Richtung, wie z.B. Diebstahl oder Elementarschäden.

³⁹ *Kless*, DStR 1998, 93.

⁴⁰ *Weber/Weißberger/Liekweg*, DStR 1999, 1710, 1711.

Einen anderen wirtschaftswissenschaftlichen Blickwinkel auf den Terminus Risiko bietet der Überblick verschiedener Auffassungen von *Imboden*.⁴¹

Risiko- begriff	Extensive Auffassung	Entscheidungs- bezogene Fassungen	Informations orientierte Fassungen
Risiko- definition	Gefahr eines Misserfolges der Leistung	Gefahr einer Fehlentscheidun g	Unsichere Informationsstru ktur (i.e.S.*)
Bedeutende Wesens merkmale der Phasen	Risiko nicht als unsicherheits bedingte Erscheinung betrachtet (keine Verbindung zur Entscheidungsfin dung)	Entscheidung stellt das handlungs- bestimmende Element dar mit der Unsicherheit des Handelnden als Hauptproblem	Entscheidung als arbeitsteiliger Prozess

*Abbildung 1: Überblick der Risikobegriffe in der betriebswirtschaftlichen Literatur*⁴²

Bei den extensiven Definitionen liegen die Ursachen des Risikos nicht im Entscheidungsprozess und Informationsgrad des Handelnden, sondern sind in der Begleiterscheinung der

⁴¹ *Imboden*, S. 12 f.

⁴² *Imboden*, S. 12 * i.w.S. nennen Minderheiten auch noch menschliches Versagen bei Entscheidungsrealisierung, Organisationsmängel und fehlende Identifikation der Mitarbeiter mit den Unternehmenszielen.

wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens zu finden. Eine Trennung zwischen der Entscheidungsfindung und der Entscheidungsrealisierung findet indes hier kaum statt. Im Mittelpunkt der entscheidungsbezogenen Risikodefinition steht die Entscheidung als handlungsbestimmendes Element. Die Entscheidung wird dabei definiert als die Auswahl einer von zwei oder mehreren Handlungsmöglichkeiten (Alternativen), die dem Entscheidungsträger zur Realisierung seines Zieles zur Verfügung stehen.⁴³ Das Ausmaß des Risikos bemisst sich an der Fähigkeit des Handelnden, entscheidungsbezogene Entwicklungen mit absoluter Sicherheit vorherzusehen; dabei gibt ein Informationssystem Auskunft über die Eintrittswahrscheinlichkeiten. Ein Risiko liegt somit dann vor, wenn die Bestimmung von Eintrittswahrscheinlichkeiten der verschiedenen Zustände möglich ist, ansonsten spricht man von Ungewissheit. *Neubürger* legt in diesem Zusammenhang das Risiko (Chance) als positive (negative) Differenz zwischen dem erwarteten und dem realisierten Zielerreichungsgrad fest.⁴⁴ Letztlich deuten die informationsorientierten Termini das Risiko nicht als Gefahr, sondern als eine spezifisch geartete Informationsstruktur, welche den Entscheidungen zugrunde

⁴³ *Wöhe/Döring/Kaiser*, S. 156.

⁴⁴ *Neubürger*, S. 25.

liegt. Die Ungewissheit, durch Unsicherheit, Unbestimmtheit und Unvollständigkeit geprägt, bedingt das Risiko.⁴⁵

Die unternehmerische Praxis zeigt, dass die Unternehmen ein jeweils sehr individuelles Risikoportfolio haben, das sich durch die Branche, den Marktzugang, die Mitarbeiterabhängigkeit und den Kapitalmarktzugang bestimmt. Ein Beispiel dazu aus dem Geschäftsbericht 2006 der IDS Scheer AG:⁴⁶

Risikobericht der IDS Scheer AG

Das Unternehmen beobachtet insbesondere folgende Risiken, die überwiegend von strategischem Charakter sind:

- Im Beratungsbereich werden Risiken in der Kalkulation und Abwicklung von Großprojekten vor allem bei Dienstleistungsverträgen mit Festpreisvereinbarung durch Konzentration auf beherrschbare Leistungen sowie durch ein intensives Projektmanagement und -controlling reduziert.
- Da ein hoher Anteil der Geschäftstätigkeit von der IDS Scheer in der Implementierung der SAP Software erfolgt, ist die künftige Entwicklung von der Nachfrage nach Dienstleistungen im Umfeld der SAP-Software abhängig.

⁴⁵ Neubürger, S. 25.

⁴⁶ Vgl. IDS Scheer Geschäftsbericht 2006, S. 29, download unter www.ids-scheer.com/investor-relations/geschäftsberichte.

- Des Weiteren ist die IDS Scheer in ihrem wirtschaftlichen Erfolg abhängig von der Produktfamilie ARIS und der zugrunde liegenden ARIS-Methodik.
- Als Beratungsunternehmen ist die IDS Scheer auch in Zukunft auf die Gewinnung, Integration und Haltung von qualifizierten Mitarbeitern angewiesen. Durch ein breit gefächertes Angebot an Maßnahmen arbeitet die IDS Scheer daran, ihre Attraktivität als Arbeitgeber zu erhalten und weiter auszubauen.
- Die Kompetenzen und das Engagement der Führungskräfte und Mitarbeiter in Schlüsselpositionen sind maßgebliche Erfolgsfaktoren für die Unternehmensentwicklung. Zur konsequenten Managemententwicklung gehören u.a. attraktive Anreizsysteme für Führungskräfte, die frühzeitige Identifikation und Förderung von Potenzialträgern, die Schaffung von Perspektiven sowie eine zielgruppenorientierte Betreuung.
- Als weltweit agierendes Unternehmen ist die IDS Scheer Währungsschwankungen ausgesetzt. Im abgelaufenen Geschäftsjahr wurden Richtlinien für das zentrale Währungsmanagement zur Risikominimierung verabschiedet. Aufgrund des hohen Bestandes an liquiden Mitteln und dem kurzfristigen Anlagehorizont ist ein geringes Zins- und Anlagerisiko gegeben. Um eine zinsoptimale Geldanlage sicherzustellen, setzt die IDS Scheer ein „Treasury-Management-System“ ein.

- Derzeit liegen keine wesentlichen oder bestandsgefährdenden Rechtsstreitigkeiten oder Schadenersatzansprüche vor. Mit der Auflistung der Risiken kann keine Garantie dafür übernommen werden, dass damit alle Risiken erkannt und neutralisiert sind. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass Teile dieser Risiken außerhalb des Konzernlagebericht und Einflussbereiches des Unternehmens liegen. Die IDS Scheer weist keine bestandsgefährdenden oder die Entwicklung beeinträchtigenden Tatsachen auf.

Den Versuch einer praktikablen Differenzierung von Risikokategorien im Unternehmen unternimmt schließlich das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen in seiner „Verlautbarung über Mindestanforderungen an das Betreiben von Handelsgeschäften der Kreditinstitute“ vom 23.10.1995.⁴⁷ Die im Unternehmen auftretenden Risiken können danach aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht in fünf Hauptrisikobereiche aufgeteilt werden, das Kreditrisiko (Bonitätsrisiko), Marktrisiko, Liquiditätsrisiko, Betriebsrisiko und Rechtsrisiko:⁴⁸

- Das Marktrisiko basiert im Wesentlichen auf Preis- und/oder Kursänderungen sowie auf der Möglichkeit von

⁴⁷ Aufgelistet bei *Kless*, DStR 1998, 93.

⁴⁸ *Bitz*, S. 25 f.

Konjunkturschwankungen und wirkt sich auf den möglichen Gewinn oder Verlust des Unternehmens aus.

- Das Betriebsrisiko umfasst technische Gefahren, organisatorische Mängel sowie menschliches Versagen. Die Ursache hierfür liegt meist in der fehlerhaften Einrichtung von technischen und organisatorischen Überwachungsmaßnahmen.
- Das Kreditrisiko ist das Risiko, dass der Geschäftspartner seine Verpflichtung nicht erfüllt. Typisches Beispiel hierzu ist das Risiko des Forderungsausfalls.
- Unter Liquiditätsrisiko versteht man das Risiko, dass das Unternehmen mangels liquider Mittel seinen Zahlungsverpflichtungen nicht fristgerecht nachkommen kann.
- Das rechtliche Risiko, oder wie es *Saitz*⁴⁹ bezeichnet, das *regulatorische Risiko* ergibt sich zum einen aus der Gefahr, dass gesetzliche Vorschriften oder behördliche Auflagen sich ändern oder zum anderen, dass Geschäfte

⁴⁹ *Saitz/ Braun*, S. 78.

rechtlich nicht durchsetzbar sind oder vertraglich nicht korrekt dokumentiert wurden.⁵⁰

a) Marktrisiko

Das offensichtlich bedeutendste Risiko für ein Unternehmen besteht darin, dass es seine Waren oder Dienstleistungen nicht vermarkten kann, das heißt das Geschäftsmodell vom Markt nicht akzeptiert wird. Im IT-Dienstleistungssektor entsteht dieses Risiko beispielsweise dann, wenn das Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbietet, die nicht mehr dem neuesten Stand der Technik entsprechen.

Beispiel aus Geschäftsbericht IDS Scheer: Da ein hoher Anteil der Geschäftstätigkeit von der IDS Scheer in der Implementierung der SAP-Software erfolgt, ist die künftige Entwicklung von der Nachfrage nach Dienstleistungen im Umfeld der SAP-Software abhängig.

Dieses Risiko wird als Marktrisiko bezeichnet mit der Bezugsgröße Umsatz (Euro). Das Marktrisiko beinhaltet den möglichen Gewinn oder Verlust des Unternehmens, der sich aus

⁵⁰ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S. 144 ff.

seiner Wettbewerbsstellung ergibt. Das Marktrisiko umfasst Änderungen am Absatz- und Beschaffungsmarkt von Gütern bzw. Dienstleistungen oder Änderungen der Kurse (Wechselkurse) sowie die Möglichkeit von Konjunkturschwankungen. Das Absatzrisiko präzisiert dies als die Gefahr, dass Güter und Dienstleistungen nicht in der geplanten Menge und/oder nicht zu den kalkulierten Preisen abgesetzt werden können⁵¹. Zum Markt- und Absatzrisiko kann das Wettbewerbsrisiko gerechnet werden, das sich dadurch begründet, dass unerwartet andere Anbieter oder andere Güter/Dienstleistungen die eigenen Absatzpreise oder – mengen beeinflussen.

b) Betriebsrisiko

Das zweite Risiko auf der obersten Aggregationsebene bildet das Betriebsrisiko auf Bezugsbasis der Kosten. Betriebsrisiken sind operative Risiken, das heißt Leistungsrisiken, und erfasst alle Formen der zeitlichen, qualitativen oder mengenmäßigen Beeinflussung der Leistungserstellung.⁵² Zum Betriebsrisiko zählen demnach technische Gefahren und organisatorische

⁵¹ *Ibers/Hey*, S. 41.

⁵² *Bitz*, S. 25.

Mängel, aber auch menschliches Versagen, insbesondere jedoch Schwachstellen im Informationssystem und bei internen Kontrollen innerhalb des Unternehmens. Das Betriebsrisiko wird also durch das Versagen oder das falsche Einrichten technischer oder organisatorischer Überwachungsmaßnahmen bestimmt.⁵³

Ein Beispiel für das Betriebsrisiko ist die Personaldisposition bei Beratungsprojekten. Gerade im Beratungsgeschäft kommt es auf die individuellen Fähigkeiten und Erfahrungen des Beraters an, um den Kunden zufrieden zu stellen und damit zum Projekterfolg maßgeblich beizutragen. Nicht nur der Projektleiter, vor allem der Kunde wünscht sich somit für sein Projekt die geeignetsten Mitarbeiter zu der Branche bzw. dem Thema des Projektes; häufig werden in den Verträgen sogar persönliche Profile einzelner Berater hinterlegt, um sicherzustellen, dass kein unerwünschter Austausch stattfindet.

Diese Nachfrage kann nur in den seltenen Fällen durch ein adäquat hohes Angebot an Beratern gedeckt werden, sodass an dieser Stelle häufig Personalengpässe entstehen, die dann durch

⁵³ *Bitz, S. 25.*

möglicherweise teurere Subunternehmer oder durch „Wilderei“ in anderen Projekten zu kompensieren versucht wird.

c) Finanzwirtschaftliche Risiken

Unter dem Oberbegriff der finanzwirtschaftlichen Risiken werden die Gefahren zusammengefasst, die dadurch entstehen, dass Ein- und Auszahlungen des Unternehmens durch externe Einflüsse nachteilig beeinträchtigt und damit nicht zur Deckung gebracht werden können,⁵⁴ die Folge daraus ist meist eine risikoträchtige Liquiditätslücke des Unternehmens.

Liquiditätsrisiko: Mit Liquiditätsrisiko wird das Risiko bezeichnet, dass das Unternehmen aufgrund fehlender liquider Mittel seinen Zahlungsverpflichtungen nicht oder nicht fristgerecht nachkommen kann. Das Liquiditätsrisiko ist von besonderer Bedeutung, da fehlende Liquidität im Zusammenspiel mit anderen finanzwirtschaftlichen Risiken das Unternehmen unmittelbar in ein Insolvenzrisiko rückt.

⁵⁴ *Bitz*, S. 30.

Somit gehören zu dieser Risikoart auch das:

Kreditrisiko: Das Kreditrisiko umfasst das Risiko, dass ein Geschäftspartner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.⁵⁵ Das bedeutendste Kreditrisiko ist das Risiko des Forderungsausfalls. Dies betrifft den passiven Kapitalverkehr (Aufnahme von Fremd- und Eigenmitteln), bei dem das Risiko besteht, dass die benötigten Mittel nicht zeitgerecht beschafft werden können, dass Gelder vorzeitig zurückgefordert werden oder dass die zur Rückzahlung notwendigen liquiden Mittel wegen externer Gründe zum erforderlichen Zeitpunkt nicht zur Verfügung stehen. Gleiches gilt für den aktiven Kapitalverkehr (Anlagen freier Mittel), bei dem das Risiko von Zinszahlungsausfällen oder – verspätungen besteht.

Währungs- und Finanzmarktrisiko: Besonders bei Unternehmen mit internationalen Standorten und Projekten besteht die Gefahr, dass Erlöse oder Vermögensbestandteile abgeschrieben oder niedriger bilanziert werden müssen, wenn die entsprechende Landeswährung gegenüber der eigenen abgewertet wird.⁵⁶

⁵⁵ *Bitz*, S. 31.

⁵⁶ *Bitz*, S. 31.

Beispiel: Die Muttergesellschaft gibt an eine neue Tochtergesellschaft in USA über einen längeren Zeitraum ein „Anschubdarlehen“ in Euro. Sofern keine entsprechende Währungssicherung über eine Bank durchgeführt wurde, muss das Darlehen fortlaufend auf Basis des aktuellen Euro – US-Dollar-Umrechnungskurses bewertet werden; das heißt bei entsprechendem Umfang des Darlehens bedeutet dies eine erhebliche Auswirkung auf das Monatsergebnis.

Das Gleiche gilt im Projektgeschäft bei langen Zahlungszielen. Hier können erhebliche Einbußen (aber auch Gewinne) allein durch Währungskurs- oder Zinsschwankungen entstehen, wenn zwischen Rechnungslegung und Zahlungsziel eine Kursänderung stattgefunden hat.

d) Personalrisiko

Besonders für die Dienstleistungsbranche, die maßgeblich vom Faktor Arbeit und den Mitarbeitern abhängig ist, stellen Personalrisiken eine besondere Gefahr dar. Dazu gehören Ressourcenengpässe, Motivationsrisiken, Wissensrisiken, Qualifikations- und Kompetenzrisiken ebenso wie Ausfall von

Personal zum Beispiel durch Krankheit oder Streik und das vorsätzliche Fehlverhalten von Mitarbeitern durch Betrug, Sabotage, Unterschlagung oder Geheimschutzverletzung.⁵⁷

Beispiel: Die Kompetenzen und das Engagement der Führungskräfte und der Mitarbeiter in Schlüsselpositionen sind maßgebliche Erfolgsfaktoren für die Unternehmensentwicklung. Zur konsequenten Managemententwicklung gehören u. a. attraktive Anreizsysteme für Führungskräfte, die frühzeitige Identifikation und Förderung von Potenzialträgern, die Schaffung von Perspektiven sowie eine zielgruppenorientierte Betreuung.

Auch die Mitarbeiterkontinuität spielt eine besondere Rolle. Hohe Personalfuktuation kann ein existenzielles Risiko darstellen, denn die Mitarbeiter stellen das im Unternehmen vorhandene und verfügbare Wissen dar und sind in vielen Bereichen des Unternehmens damit offensichtlich von entscheidender Bedeutung. Dies reicht vom speziellen Kunden-Know-how im Vertrieb (*Key Accountant*) und Projektmanagement über innovative Mitarbeiter in Forschung

⁵⁷ Bitz, S. 33.

und Entwicklung und Marketing bis hin zur Buchhaltung und zum Controlling, die für das Zahlenwerk des Unternehmens verantwortlich sind. Überall gibt es so genannte Schlüsselpersonen, die für den Teilbereich des Unternehmens wegen ihres Know-hows, ihrer Führungsposition oder auch ihrer Sozialkompetenz besonders wichtig sind.

e) Rechtsrisiko

Die rechtlichen Risiken lassen sich in der Unternehmenspraxis häufig nicht ganz eindeutig definieren; auch am Beispiel des Geschäftsberichts der IDS Scheer AG ist festzustellen, dass der Fokus der Risikobetrachtung auf den wirtschaftlichen Gefahren liegt, die den Absatz oder die Ertragslage unmittelbar gefährden. Den einzigen Hinweis auf rechtliche Risiken beinhaltet der letzte Aufzählungspunkt, bei dem darauf hingewiesen wird, dass keine wesentlichen oder bestandsgefährdenden Rechtstreitigkeiten bestehen. Damit sind vor allem zivilrechtliche Risiken abgedeckt, das heißt wie sie *Bitz* klassifiziert: *„Risiken aus nachteiligen Verträgen oder die Gefahr, dass zivilrechtliche Ansprüche nicht durchgesetzt werden können oder nicht wirksam abgewehrt werden*

können.“⁵⁸ Es wird später noch zu zeigen sein, dass rechtliche Risiken jedoch weitaus mehr umfassen als die Gefahr von zivilrechtlichen Streitigkeiten und Schadensersatzansprüchen. Zutreffender wäre es daher, einen umfassenderen Begriff von rechtlichen Risiken im Sinne von Saitz⁵⁹ zugrunde zu legen, der darunter die „Einhaltung der jeweils einschlägigen, gesetzlichen sowie sonstigen regulativen Rahmenbedingungen“ versteht.

Insgesamt zeigt die betriebswirtschaftliche Bestimmung des Terminus „Risiko“ ein sehr heterogenes Bild. Wenn man Risiken im Sinne einer negativen Abweichung (Risiken im engeren Sinne) analysiert, ist man gehalten, gleichzeitig auch die korrespondierenden Chancen in die Entscheidung mit einzubeziehen. Ein Unternehmen wird kein Risiko eingehen, ohne im Handeln gleichzeitig auch eine Chance zu sehen. Wie das Beispiel zeigt, ist die spezifische Risikosituation eines jeden Unternehmens von zahlreichen Besonderheiten des Unternehmens und der Branche geprägt. Dennoch ist allen Unternehmen gemein, dass sich ihr Erfolg an Umsatz und Kosten, das heißt an dem sich daraus ergebenden Gewinn

⁵⁸ Bitz, S. 34.

⁵⁹ Saitz/ Braun; S. 78.

orientiert. Nur das Gewinn erzielende Unternehmen kann durch Verwendung seiner Gewinne langfristig wachsen und damit am Markt bestehen. Der entscheidende Risiko- und Unsicherheitsfaktor ist daher letztlich der Markt; das heißt, das allen Unternehmen gemeinsame Risiko besteht darin, dass die angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht oder nicht zu kostendeckenden Preisen abgenommen werden und infolgedessen, die Erträge die Aufwendungen nicht decken.⁶⁰ Daraus ergeben sich zwangsläufig auch Gemeinsamkeiten einer einheitlichen Risikostruktur, an der sich später das Risikomanagement des Unternehmens orientiert.⁶¹

2. Risiko im Gesellschaftsrecht

Nach dieser einleitenden, wirtschaftswissenschaftlichen Betrachtung des Begriffes „Risiko“ und den Praxisbeispielen aus dem Risikobericht einer deutschen Aktiengesellschaft stellt sich die Frage, wie das Gesellschaftsrecht mit dem unternehmerischen Risiko umgeht. Der Gesetzgeber ist sich durchaus bewusst, dass jeder unternehmerischen Tätigkeit Risiken immanent sind; das heißt ohne Risiko

⁶⁰ *Dauner-Lieb*, S. 84.

⁶¹ *Ibers/Hey*, S. 41.

unternehmerisches Handeln schlichtweg nicht möglich ist.⁶² Über einen längeren Zeitraum ist das Erwirtschaften risikoloser Gewinne nicht möglich und daher impliziert das Streben des Vorstands nach Erträgen immer auch ein bewusstes Eingehen damit verbundener Risiken. Ziel jeder unternehmerischen Tätigkeit ist letztlich der unternehmerische Erfolg und dieser ist ebenso wenig planbar wie machbar, denn das unternehmerische Risiko ist im Kern nicht beherrschbar.⁶³ Risiken bedeuten somit eine Gefahr, sind aber gleichzeitig auch notwendige Voraussetzung für unternehmerischen Erfolg. Die zentralen organisationsrechtlichen Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit finden sich für Publikumsgesellschaften im Aktiengesetz. In den Blickpunkt der gesellschaftsrechtlichen Betrachtung von Risiken rücken damit die Leitungs- und Organisationspflicht des Vorstands nach §§ 76, 91 Abs. 2 AktG und die Sorgfaltspflichten gemäß 93 AktG.

⁶² *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 76, Rn. 6; *Lutter*, ZIP 2007, 841, *Bitz*, S. 19.

⁶³ *Dauner-Lieb*, S. 86.

a) Risiko und die Leitungsverantwortung des Vorstands gemäß § 76 AktG

Die Führungsstruktur deutscher Aktiengesellschaft ist bekanntlich geprägt durch ein dualistisches System, das die Leitung und Überwachung der Gesellschaft zwei unterschiedlichen Organen, dem Vorstand und dem Aufsichtsrat, zuweist. Nach § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten und übt damit die Unternehmerfunktion aus⁶⁴. Diese starke und weitgehend unabhängige Stellung verkörpert die Eigenart des deutschen Aktienrechts, in dem es ihm (dem Vorstand) die alleinige Leitungskompetenz und Vertretungsmacht gibt.⁶⁵ Bei der Leitung des Unternehmens handelt es sich um einen Prozess, der eine Fülle von Entscheidungen umfasst und die strategische Führungsfunktion des Unternehmens bezeichnet; eine genaue und abschliessende Definition dazu lässt sich nicht geben, da es stets auf den Charakter und die Eigenarten des jeweiligen Unternehmens ankommt.⁶⁶ Nach teilweise vertretener Meinung orientiert sich diese Leitungspflicht vor allem an den

⁶⁴ *Fleischer*, ZIP 2003, 1; *Dauner-Lieb*, S. 86

⁶⁵ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 76, Rn. 1; *Hüffer*, § 76 Rn.

7.

⁶⁶ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 76, Rn.16; *Hüffer*, § 76 Rn.

8.

Erkenntnissen der betriebswirtschaftlichen Management- und Organisationslehre und beinhaltet jedenfalls die Kriterien der Unternehmensplanung, -koordination, -kontrolle und der Besetzung der Führungsstellen im Unternehmen.⁶⁷ Andere verstehen unter den zentralen Leitungsfunktionen die Planungs-, Steuerungs-, Organisations-, Finanz- und Informationsverantwortung, ohne dass damit im Inhalt andere Funktionen oder Aussagen verbunden wären.⁶⁸ Dem Aktiengesetz selbst lassen sich nur wenige Anhaltspunkte zur Bestimmung des unverzichtbaren Kerns der Leitung entnehmen, insbesondere die Zuweisung der Aufgaben an den Vorstand als Kollegialorgan nach §§ 83, 90, 91, 92, 110 Abs. 1, 118, 121 Abs. 2, 170 und 245 Nr. 4 AktG.⁶⁹ Hierzu zählen die Risikoüberwachungspflicht gemäß § 91 Abs. 2 AktG, aber auch die Aufgaben, die der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen zu erbringen hat wie etwa die Vorlage von Vorschlägen der Verwaltung zu den Tagesordnungspunkten der Hauptversammlung nach § 124 Abs. 3 AktG oder auch die Abgabe der Corporate Governance Entsprechenserklärung nach § 161 AktG.

⁶⁷ Hüffer, § 76 Rn. 8; Mertens in Zöllner, § 76, Rn. 4.

⁶⁸ Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG, § 76, Rn.16.

⁶⁹ Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG, § 76, Rn. 16.

Die Eigenverantwortlichkeit bei der Wahrnehmung der Leitungsverantwortung bedeutet positiv, dass der Vorstand seine Leitungsentscheidungen nach eigenem Ermessen trifft.⁷⁰ Der Vorstand handelt somit eigenverantwortlich, weisungsfrei und hat auch weitgehende unternehmerische Freiheiten bei der Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten unternehmerischen Handelns.⁷¹ Dies ist schon deshalb gerechtfertigt, da unternehmerische Entscheidungen häufig im Hinblick auf ungewisse, künftige Entwicklungen getroffen werden, ohne die ein unternehmerisches Handeln eben nicht denkbar ist.⁷² Die Entwicklungen verlaufen aber in der Realität mitunter anders als bei der Entscheidung vorauszusehen war. In diesen Fällen wäre es für jemanden, der die Entscheidung im Nachhinein betrachtet, leicht, festzustellen, dass eine andere Entscheidung möglicherweise günstiger gewesen wäre. Prägt damit die auf einer *ex-ante* Betrachtung beruhende Entscheidung unter Zeitdruck und in Unsicherheit die unternehmerische Tätigkeit, dominiert für die Rechtsprechung in der Regel die *ex-post*-Betrachtungsweise, das heisst die nachträgliche und eindeutige Beurteilung abgeschlossener Vorgänge unter ganz bestimmten

⁷⁰ BGHZ 125, 239, Hüffer, § 76, Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG, § 93.

⁷¹ Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG, § 76, Rn. 25.

⁷² Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG, § 76, Rn. 25; Lutter, ZIP 2007, 841.

Fragestellungen.⁷³ Damit ist die Gefahr begründet, dass aus der Kenntnis der späteren tatsächlichen Entwicklung heraus übertriebene Anforderungen an das unternehmerische Ermessen gestellt werden (Effekt der sogenannten *hindsight bias*).⁷⁴ Dies müsste aber, da im Wirtschaftsleben Chance und Risiko meist untrennbar miteinander verknüpft sind, dazu führen, dass Vorstände den Mut zu aussichtsreichen, aber mit einem gewissen Risiko behafteten Geschäften verlieren.

Dass dies nicht gewollt ist, gilt im deutschen Aktienrecht seit eh und je. *Lutter*⁷⁵ weist darauf hin, dass schon im Entwurf des ersten aktienrechtlichen Reformgesetzes von 1884 gesagt wurde, dass *„die Mitglieder des Vorstandes für ein missglücktes oder Schaden bringendes Geschäft (nur) eintreten müssen, wenn sie nicht den Beweis führen, dass von ihnen die Eingehung und Abwicklung des Geschäfts mit der bezeichneten Sorgfalt erfolgt ist.“* Ähnliches liest man in der amtlichen Begründung zu § 84 AktG 1937: *„dass „ den Vorständen nicht jeder Mut zur Tat genommen werden dürfte.“*⁷⁶ Dem Vorstand muss daher bei der Leitung der Geschäfte ein weiter Handlungsspielraum

⁷³ *Dauner-Lieb*, S. 84.

⁷⁴ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 76, Rn. 25.

⁷⁵ *Lutter*, ZIP 2007, 841 mit Hinweis auf *Schubert/ Hommelhoff*, S. 508.

⁷⁶ Amtliche Begründung zu § 84 AktG 1937, abgedruckt bei *Klausning*, S. 71.

zugebilligt werden, der nicht nur die bewusste Eingehung geschäftlicher Risiken, sondern auch die Gefahr von Fehleinschätzungen umfasst.⁷⁷

b) Risiko und die Sorgfaltspflichten des Vorstands gemäß

§ 93 AktG – (Business Judgement Rule)

Im Hinblick auf die Verantwortlichkeit des Vorstands für seine unternehmerische Entscheidung gibt das Gesetz in 93 AktG lediglich den zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab vor. Danach haben die Mitglieder des Vorstands bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu beachten. Die Generalklausel des § 93 AktG erfüllt im Aktiengesetz eine Doppelfunktion.⁷⁸ Sie dient zum einen als Sorgfaltsmaßstab (§ 93 Abs. 2 Satz 1), anhand dessen das haftungsbegründende Verschulden zu bestimmen ist. Zum anderen dient die Norm als Auffangtatbestand zur Beschreibung der objektiven Verhaltenspflichten des Vorstands, anhand

⁷⁷ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 76, Rn. 25.

⁷⁸ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 8; *Mertens in Zöllner*, § 93 Rn. 6.

dessen weitere Einzelpflichten abgeleitet werden können, die nicht schon an anderer Stelle im AktG festgelegt sind.

Bei dem Begriff „Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer Konkretisierung bedarf. Zu verstehen ist darunter vor allem die Bindung des Vorstands an das Unternehmensinteresse, das heißt dass ein Vorstand alles zu unterlassen hat, was die Gesellschaft schädigt.⁷⁹ In diesem Zusammenhang kommt ein Treuhandedanke zur Anwendung. Der Vorstand muss bei allem Handeln (und Unterlassen) für die Gesellschaft wie ein Treuhänder, der fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist, den Vorteil der Gesellschaft wahren und Schaden von ihr abwenden.⁸⁰ Dabei kommt es nicht auf die individuellen Fähigkeiten des einzelnen Vorstandsmitglieds und die Gepflogenheiten in der Gesellschaft an, sondern es ist vielmehr ein objektiver Maßstab anzulegen.⁸¹ Nicht jede unternehmerische Fehlentscheidung führt automatisch zu einer schuldhaften Pflichtverletzung und die

⁷⁹ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 22, *Hüffer*, § 76, Rn. 16; *Goette in Geiß*, S. 56.

⁸⁰ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 22, *Hüffer*, § 76, Rn. 16, *Goette in Geiß*, S. 56; BGH Urteil vom 27.09.1956

⁸¹ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 22, *Hüffer*, § 76, Rn. 16, *Goette in Geiß*, S. 56.

bloßen Kategorien „Richtig“ oder „Falsch“ sind bei einer späteren rechtlichen Beurteilung risikobehafteter Geschäfte nur schwer zu handhaben. Die Haftung ist damit keine Erfolgshaftung,⁸² denn beurteilt der Vorstand die Folgen einer geschäftlichen Maßnahme falsch, so braucht deshalb noch keine Pflichtwidrigkeit und selbst, wenn die Handlung objektiv pflichtwidrig war, noch keine schuldhafte Verletzung der Sorgfaltspflicht vorzuliegen. Eine Ersatzpflicht besteht nur, wenn der Vorstand die Geschäftsführungsmaßnahme nicht unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vorgenommen hat, liegt diese jedoch vor, darf der Vorstand auch risikobehaftete Geschäfte eingehen.⁸³ Die Beurteilung des Vorstandshandelns hat dabei aus subjektiver *ex-ante*-Sicht zu erfolgen. Dies ergibt sich schon daraus, dass ein Pflichtwidrigkeitsurteil nur in Bezug auf den Zeitpunkt getroffen werden kann, zu dem die pflichtige Handlung vorgenommen wurde oder vorzunehmen war. Es kommt darauf an, dass die Entscheidungsträger nach dem tatsächlichen Bild, wie es sich zur Zeit der Beschlussfassung darbot, aufgrund sorgfältiger, von gesellschaftsfremden Einflüssen freier Abwägung von einer

⁸² Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 22.; BGH, Urteil vom 13.03.1978, BGHZ 71, 40; BGH, Urteil vom 09.07.1979, BGHZ 75, 96.

⁸³ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 22, Hüffer, § 76, Rn. 16, BGH Urteil vom 24.02.1997 abgedruckt in DStR 1997, 695.

sachlichen Rechtfertigung der Massnahme ausgehen durften. Ein derartig weiter Ermessenspielraum dient zugleich dem Unternehmensvorteil, denn, so führt der BGH aus, die *„Sorge vor persönlicher Haftung kann den Unternehmensleiter auch zu einem übertrieben defensiven Verhalten veranlassen, das zum Schaden der Gesellschaft und der Gläubiger dazu führt, dass risikobehaftete Geschäftschancen nicht wahrgenommen werden.“*⁸⁴

Auf den Punkt gebracht hat dies schliesslich die berühmte ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH vom 21.04.1997⁸⁵ mit den folgenden Sätzen: „Bei seiner (*des Vorstandes*) Verurteilung, ob der festgestellte Sachverhalt den Vorwurf eines schuldhaft pflichtwidrigen Vorstandsverhaltens rechtfertigt, hat der Aufsichtsrat zu berücksichtigen, dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er

⁸⁴ BGH Urteil vom 24.02.1997 abgedruckt in DStR 1997, 695.

⁸⁵ BGH Urteil vom 21.04.1997, BGHZ 135, 244.

auch noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt ist.⁸⁶ Im Schrifttum⁸⁷ haben diese höchstrichterlichen Leitlinien breite Zustimmung gefunden und Anlass dazu gegeben, den Begriff des unternehmerischen Ermessens und der Sorgfaltspflicht in monographischer Breite aufzuarbeiten, was in dieser Arbeit aber nicht dargestellt werden soll.

Die Überzeugungskraft dieser vielfach zitierten Entscheidung⁸⁸ hat schließlich den Gesetzgeber zu einer Ergänzung des § 93 Abs. 1 veranlasst⁸⁹. Durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechtes (UMAG) vom 01.11.2005⁹⁰ wurde unter anderem in § 93 Abs. 1 ein zusätzlicher Satz 2 eingeführt, der lautet: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information

⁸⁶ BGH Urteil vom 21.04.1997, BGHZ 135, 244.

⁸⁷ Siehe dazu *Fleischer in Wiedemann/Hopt*, § 93, Rn. 57.

⁸⁸ Zum Vorbildcharakter der Entscheidung siehe beispielhaft *Henze*, NJW 1998, 3309; *Lutter*, ZIP 2007, 841; *Hefermehl/Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 24 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁸⁹ zur Entstehungsgeschichte der Business Judgement Rule siehe beispielsweise: *Seibert/Schütz* ZIP 2004, 252; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441; *Ihrig*, WM 2004, 2098; *Gehb/Heckelmann*, ZRP 2004, 145; *Schneider*, DB 2005, 707; *Linnerz*, NZG 2004, 307; *Sieg/Schramm*, PHI 2004, 68, 69; *Fleischer*, ZIP 2004, 685; *Paefgen*, AG 2004, 245; *Hoor*, DStR 2004, 2104; *Semler*, AG 2005, 321; *Weiss/Buchner*, WM 2005, 162.

⁹⁰ BGBl. I 2005 vom 27.09.2005, S. 2802.

zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Mit dieser Regelung bediente sich der Gesetzgeber der im deutschen Gesellschaftsrecht noch wenig verbreiteten Bildes des „sicheren Hafens“ (*safe harbour*), indem er im Vorhinein festlegt, unter welchen Voraussetzungen auf keinen Fall eine Pflichtverletzung vorliegt.⁹¹ Nach § 93 Abs. 1 lauten diese fünf Voraussetzungen: (1). Es muss eine **unternehmerische Entscheidung** vorliegen. Der Vorstand muss bei seiner Entscheidung (2) **sachlich unbefangen**, insbesondere frei von Eigeninteressen sein, die Entscheidung (3) muss dem **Gesellschaftswohl** gedient haben und muss (4) auf **angemessener Information** beruhen. Das Vorstandsmitglied muss schliesslich (5) – in den Grenzen des objektiv Nachvollziehbaren aus *ex-ante*-Sicht – hinsichtlich der Voraussetzungen (2) bis (4) **in gutem Glauben** gehandelt haben.⁹²

Unter diesen Voraussetzungen scheidet somit bereits eine Pflichtverletzung aus und nicht erst ein Verschulden. Entscheidend an dem Wortlaut der Regel ist nach der überzeugenden Aufarbeitung von *Lutter* die prägnante Aussage: „*Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, ist das*

⁹¹ Siehe dazu *Fleischer in Spindler/ Stilz*, § 93, Rn. 61.

⁹² *Wiesner in MünchHdb/AG*, § 25, Rn. 9.

Handeln des Vorstands nicht pflichtwidrig, das heißt rechtmäßig auch dann, wenn es wirtschaftlich völlig daneben gegangen ist. Es geht bei der Business Judgement Rule also nicht darum, den Vorstand zu entschuldigen, sondern ihn schon vom Vorwurf eines pflichtwidrigen Handelns freizustellen. Er handelt korrekt, nicht unkorrekt; greift die Business Judgement Rule, so bleibt am Vorstand kein Staubkorn eines Vorwurfs hängen – allenfalls der, dass er ohne Glück und Fortune gehandelt hat.“⁹³

Damit ist klar: Der Vorstand muss unter Umständen auch risikobehaftete Geschäfte vornehmen können und dürfen, ohne dass bereits in der Vornahme solcher Geschäfte eine unternehmerische Pflichtwidrigkeit oder gar ein Verschulden zu sehen ist.

⁹³ Lutter, ZIP 2007, 841; Wiesner in MünchHdb/AG, § 25, Rn. 5.

c) Das Modell der Risikoüberwachung des KonTraG: Die zentrale Grundlage für den Umgang mit existenziellen Risiken im Unternehmen

Vor dem Hintergrund einer wachsenden Anzahl spektakulärer Unternehmenszusammenbrüche in den 90er Jahren⁹⁴ waren jedoch Zweifel an der Funktionsfähigkeit des deutschen Gesellschaftsrechtes⁹⁵ und vor allem an den Risikoentscheidungen der Vorstände aufgetreten. Dies hatte der Gesetzgeber zum Anlass genommen, im März 1998 das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) zu verabschieden.⁹⁶ Die durch das KonTraG neu eingefügte Generalklausel des § 91 Abs. 2 AktG sollte die Verantwortung des Gesamtvorstands zur Früherkennung von bestandsgefährdenden Entwicklungen betonen und damit einen zentralen Einzelaspekt innerhalb der allgemeinen Leitungspflicht des Vorstands nach § 76 AktG und dessen

⁹⁴ In der öffentlichen Diskussion in Deutschland waren vor Allem die verlustindizierenden Vorgänge der Firmen Metallgesellschaft AG und BALSAM AG.

⁹⁵ *Hefermehl/Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 15; *Krieger/Sailer in Schmidt/Lutter*, § 91, Rn. 6; Siehe dazu *Zimmer*, NJW 1998, 3521, 3522 mit zahlreichen Nachweisen zu der Debatte um die Funktionsfähigkeit des deutschen Aktienrechtes, besonders: *Feddersen/Hommelhoff/Schneider*; *Hopt/Teubner*; *Hopt/Wymeersch*; *Runzheimer/Wolf*, S. 12; *Ernst/Seibert/Stuckert*, Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 12.

⁹⁶ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, BGBl. 1998, 786 ff.

Organisations- und Sorgfaltspflichten nach § 93 AktG konkretisieren.⁹⁷

Das KonTraG beruht auf einem Referentenentwurf, der von einer Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der damaligen Koalitionsfraktionen (CDU/CSU, FDP) und der Bundesregierung erarbeitet wurde. Nach einer bewegten Entstehungsgeschichte⁹⁸ wurde das Gesetz schließlich am 05.03.1998 vom Bundestag verabschiedet⁹⁹ und war am 01.05.1998 in Kraft getreten.¹⁰⁰ Im Zusammenhang mit der Einführung des KonTraG wurde teilweise der Eindruck erweckt, Risikomanagement sei ein völlig neues Instrument der Unternehmensführung. Wer sich allerdings mit der Begründung des Deutschen Bundestages zum KonTraG¹⁰¹ beschäftigt, stellt fest, dass dies nicht der Fall ist. In der Begründung zum KonTraG wird ausgeführt, dass das deutsche Aktienrecht auch schon vor Einführung des KonTraG ein vielschichtiges Kontrollsystem vorsah, dieses System ausgewogen war und sich

⁹⁷ *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 2, *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 1.

⁹⁸ *Zimmer*, NJW 1998, 3521.

⁹⁹ BT-Drs. 203/ 98; *Ernst/ Seibert/ Stuckert*, Gesellschafts- und Bilanzrecht, S. 28.

¹⁰⁰ BGBl 1998 I, 786.

¹⁰¹ BT-Drs. 13/ 9712, S. 11.

auch bewährt hatte.¹⁰² Der Grund für die Einführung des KonTraG lag vielmehr darin, dass seit der Aktienrechtsreform 1965 und der Mitbestimmungsgesetzgebung von 1974 auch Schwächen und Verhaltensfehlsteuerungen in diesem System aufgetreten waren, die das AktG zwar nicht insgesamt in Frage stellten, aber doch gezielte Korrekturen erforderlich machten.¹⁰³ Hinzu kam die Wandlung des Gesellschaftsrechts, und zwar insbesondere im Bereich der börsennotierten Gesellschaften.¹⁰⁴ Die nationalen Kapitalmärkte waren nicht mehr isoliert und die Publikumsgesellschaften finanzieren sich zunehmend auf den internationalen Kapitalmärkten.¹⁰⁵ In der Begründung des Deutschen Bundestags wird zudem ausgeführt, dass diese Öffnung und Neuausrichtung auf die Kapitalmärkte unausweichlich sei und als Chance für die Unternehmen zu begreifen sei: *„Sie zwingt zur Stärkung der Ertragskraft unserer Unternehmen, beschleunige notwendige Anpassungsprozesse und trage damit zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit und im Ergebnis zur Sicherung der Arbeitsplätze bei“*¹⁰⁶.

¹⁰² BT- Drs. 13/ 9712, S.11.

¹⁰³ BT-Drs. 13/ 9712, S. 11.

¹⁰⁴ BT-Drs. 13/ 9712, S.11.

¹⁰⁵ BT-Drs. 13/ 9712, S.11.

¹⁰⁶ BT-Drs. 13/ 9712. S.11.

Grundlage für die Reformierung des deutschen Gesellschaftsrechts durch das KonTraG bildeten die bereits vorhandenen Grundbausteine der aktienrechtlichen Unternehmensverfassung: der Leitungsauftrag des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG), die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates (§ 111 Abs. 1 AktG) sowie die Unterstützungsfunktion durch den Abschlussprüfer (§ 171 Abs. 1 AktG).¹⁰⁷ Die Erörterungen der Arbeitsgruppe „Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich/Banken“ konzentrierten sich dabei nicht allein auf die Reform des Aufsichtsrats, einen bereits bedeutenden Teilaspekt, sie erstreckten sich auch auf eine Stärkung der Kontrolle durch die Hauptversammlung unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung und Fortentwicklung des Vollmachtsstimmrechts der Kreditinstitute, auf eine Verbesserung der Qualität der Abschlussprüfung und der Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer, sowie auf eine kritische Prüfung des Beteiligungsbesitzes der Kreditinstitute.¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 15; *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 6.

¹⁰⁸ BT-Drs. 13/ 9712. S.11.

Nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁰⁹ dient das KonTraG dem vorläufigen Abschluss einer seit dem Jahr 1995 unter Mitwirkung verschiedener Arbeitsgruppen intensiv vorbereiteten Änderung sowohl des Aktienrechts als auch des Rechts der gesetzlichen Abschlussprüfung nach dem Dritten Buch des Handelsgesetzbuches. Dabei geht es um Verbesserungen im Rahmen der Arbeit des Aufsichtsrats, Erhöhung von Transparenz, Stärkung der Kontrolle durch die Hauptversammlung, Abbau von Stimmrechtsdifferenzierungen, Zulassung moderner Finanzierungs- und Vergütungsinstrumente, Verbesserung der Qualität der Abschlussprüfung und der Zusammenarbeit von Abschlussprüfer und Aufsichtsrat sowie die kritische Prüfung des Beteiligungsbesitzes von Kreditinstituten.¹¹⁰

Ausgehend von dem durch den Gesetzgeber erkannten Problem, dass Risikomanagement in deutschen Unternehmen noch nicht ausreichend betrieben wird¹¹¹, um eine Sicherung des Fortbestands des Unternehmens bestmöglich zu garantieren, ist erkennbar das oberste Ziel der mit dem KonTraG eingeführten

¹⁰⁹ BT-Drs. 13/ 9712, S. 1.

¹¹⁰ BT-Drs. 13/9712, S. 1.

¹¹¹ Förtsche/ Glaum/ Mandler, DB 1998, S.889; mit Hinweis auf *Forster AG* 1995, 1.

Änderungen die Sicherung des Unternehmensbestands.¹¹² Konkret bedeutet dies: *„Das Ziel und die maßgebliche Ausrichtung des KonTraG liegen darin, dass der Vorstand für sein ihm anvertrautes Unternehmen die existenzgefährdenden Risiken kennt; Ziel des Gesetzes ist es hingegen nicht etwa, Risiken komplett auszuschließen.“*¹¹³ Diese Intention liegt auch den Entwürfen des KonTraG zugrunde¹¹⁴; Ziel der Neufassung des § 91 Abs. 2 AktG ist damit die Verdeutlichung der Verpflichtung des Vorstands, für ein angemessenes Risikomanagement und für eine angemessene interne Revision zu sorgen.¹¹⁵

Die nachfolgende Grafik verdeutlicht, wie durch das KonTraG damit eine weitere Konkretisierung der Eckpfeiler zu einem

¹¹² Sielaff, S. 13.; Knauer, S. 78; Saitz/ Braun, S. IX; Pollanz, DB 1999, 1277.

¹¹³ Saitz/ Braun, S. VII.

¹¹⁴ Im RefR lautete diese noch in § 93 I AktG *„Sie(das heißt: die Vorstandsmitglieder) haben insbesondere unter Berücksichtigung der Art und Größe ihrer Gesellschaft und bei Mutterunternehmen im Sinne des § 290 des Handelsgesetzbuchs ihres Konzerns geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu gewährleisten, dass den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen, insbesondere risikobehaftete Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage der Gesellschaft oder des Konzern wesentlich auswirken, früh erkannt werden. Dazu gehört auch die Einrichtung eines Überwachungssystems mit der Aufgabe, die Einhaltung der nach Satz 2 zu treffenden Maßnahmen zu überwachen.“*; Saitz/ Braun, S. VI.

¹¹⁵ BT-Drs. 13/ 9712, S.15.

Gesamtsystem der Unternehmenskontrolle verbunden wird. Die Pfeiler des Risikomanagements im Unternehmen bilden neben dem KonTraG, der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK), das Transparenz- und Publizitätsgesetz sowie der Deutsche Rechnungslegungsstandard DRS 5.¹¹⁶ Dieses reformierte Gesamtsystem der Unternehmenskontrolle ist als Risikomanagementsystem zu verstehen.¹¹⁷

Darüber hinaus verfolgte der Gesetzgeber mit dem KonTraG das Ziel, zu einer in allen Bereichen erhöhten Unternehmenspublizität zu gelangen und damit das Vertrauen der Investoren und die Funktion der Kapitalmärkte als Rückgrat der Konzerne zu gewährleisten. Die Folge daraus waren das Inkrafttreten des TransPuG zum 26. Juli 2002 sowie weiterer komplementärer Normen, Standards und auch Eigenverpflichtungen, die in ihrer Gesamtheit als Grundlage des Risikomanagements dienen.

¹¹⁶ Deutscher Standardisierungsrat, Deutscher Rechnungslegungsstandard DRS 5 Risikoberichterstattung vom 29.05.2001.

¹¹⁷ *Saitz/Braun*, S. VII.

Gesetzliche Grundlagen

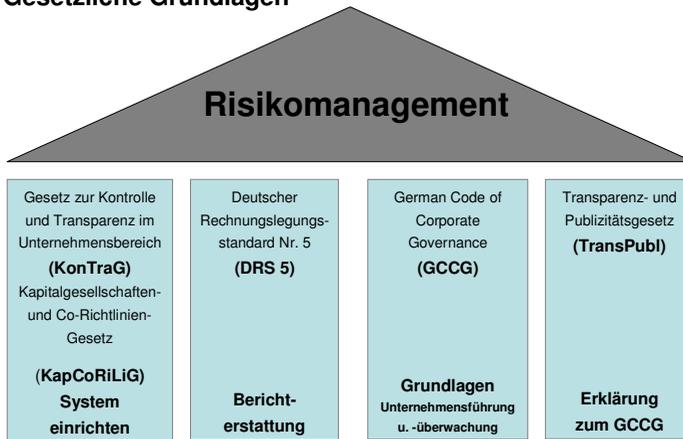


Abbildung 2: Gesetzliche Grundlagen des Risikomanagements

Kritische Stimmen gaben zu bedenken, dass die Implementierung des KonTraG einen erheblichen Zusatzaufwand verursache und mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sei.¹¹⁸ Dieser Punkt wurde auch in der Begründung zum KonTraG thematisiert¹¹⁹: „Die aktienrechtlichen Regelungen des Artikels 1 sowie die Regelungen in Artikel 2, die im Zusammenhang mit der gesetzlichen Abschlussprüfung stünden, würden bei Wirtschaftsunternehmen voraussichtlich Mehrkosten durch erhöhte Transparenz, Kosten der internen

¹¹⁸ Pollanz, DB 1999, 1277.

¹¹⁹ BT-Drs. 13/ 9712, S.12.

Überwachung, Unterrichtung und Arbeitsintensivierung des Aufsichtsrats, Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen zur Abschlussprüfung und Erhöhung der Haftung der Prüfer verursachen.“ Tatsache ist jedoch, dass zahlreiche Unternehmen, die erfolgreich am Markt tätig sind, auch schon vor Einführung des KonTraG ein sehr leistungsfähiges Risikomanagementsystem nachweisen konnten.¹²⁰ Denn ohne Zweifel gehörte es bereits vor dem Inkrafttreten des KonTraG zu den Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmannes bzw. einer Geschäftsleitung, angemessene Maßnahmen zur Früherkennung und Behandlung von möglichen Gefahren für das Unternehmen zu installieren und organisatorisch umzusetzen. Diese Pflicht leitet sich unmittelbar aus dem bereits davor existierenden Leitungsauftrag des Vorstands gemäß § 76 AktG ab.¹²¹ Risikomanagement ist also keine „Neuerfindung“ des KonTraG¹²² und die für börsennotierte Aktiengesellschaften geringfügigen Mehrkosten seien zudem auch schon deshalb gerechtfertigt, weil ihnen ein *„erheblicher Gewinn an Transparenz und Kontrolle sowie im Rahmen der Änderungen der Bestimmungen zur gesetzlichen Abschlussprüfung innerhalb*

¹²⁰ Pollanz, DB 1999, 1277; Saitz/ Braun, S. VII; Kuhl/ Nickel, DB 1999, 133, 135.

¹²¹ Wiesner in MünchHdb/AG, § 25, Rn. 2.

¹²² BT-Drs. 13/ 9712, S. 15; Lingemann/ Wasmann, BB 1998, 853, 859; Runzheimer/ Wolf, S. 15, Kuhl/ Nickel, DB 1999, 133.

*des Unternehmen gegenüberstehe, der im Interesse des Finanzplatzes, insbesondere der Anteilseigner und letztlich auch der Verbraucher und Arbeitnehmer sei.*¹²³“

d) Der Risikobegriff des KonTraG

Die zentrale Vorschrift zur gesellschaftsrechtlichen Bestimmung des Umgangs mit Risiken findet man im neu eingefügten § 91 Abs. 2 AktG. Dieser gibt dem Vorstand auf, *„geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, um den Fortbestand des Unternehmens gefährdende Entwicklungen früh zu erkennen“*.

aa) Entwicklungen

Bereits der Wortlaut der Regelung zeigt, dass der Gesetzgeber hier nicht den Begriff des Risikos gewählt hat, sondern den der *„bestandsgefährdenden Entwicklungen“*. Der bereits dargestellte wirtschaftswissenschaftliche, umfassende Risikobegriff, der alle denkbaren Risiken und Chancen erfasst, wird somit vom KonTraG zumindest nicht unmittelbar angesprochen. Unter Entwicklungen sind unternehmensbezogene nachteilige Veränderungen und Prozesse zu verstehen, nicht hingegen

¹²³ BT-Drs. 13/ 9712, S. 12.

Zustände.¹²⁴ Um derartige Veränderungen erfassen zu können, ist eine Aufnahme des Istzustandes an Risikopotenzial und eine prognostische Einschätzung unerlässlich, denn um von einer nachteiligen Veränderung Kenntnis zu erlangen, ist es logisch unabdingbar, den Ausgangszustand zu kennen.

bb) Bestandsgefährdung

Aus dem Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG ergibt sich außerdem, dass nicht jede nachteilige Entwicklung erfasst werden soll, sondern nur derartige Risiken, die auch zu einer Bestandsgefährdung führen.¹²⁵ Durch diese Einschränkung herrscht natürlich Uneinigkeit über den Grad der Erheblichkeit, den die Vorgänge über ein „normales“¹²⁶ Risiko hinaus erreichen müssen. Die Regierungsbegründung zum KonTraG gibt lediglich Beispiele für die Bestandsgefährdung und nennt dazu risikobehaftete Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Finanz-, oder Ertragslage der

¹²⁴ *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 8; *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 16, weitere Nachweise dazu auch bei *Wiesner in MünchHdb/AG*, § 25, Rn. 6.

¹²⁵ *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 9, *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 17.

¹²⁶ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 17.

Gesellschaft oder des Konzerns wesentlich auswirken.¹²⁷ Darunter fallen nach der Gesetzesbegründung jedenfalls Derivat- und Termingeschäfte.¹²⁸ Aber auch sonstige potenziell nachteilige Veränderungen sind erfasst, auch wenn sie von außen an das Unternehmen herangetragen werden, wie etwa Veränderungen der Marktbedingungen oder des Käuferverhaltens.¹²⁹ Nach einer teilweise vertretenen Ansicht reicht es aus, wenn wesentliche Veränderungen der Vermögens-, Finanz-, oder Ertragslage drohen, die für die Darstellungsanforderungen des § 264 Abs. 2 HGB relevant sind oder wenn die dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft gefährdet wird.¹³⁰

Die Gegenmeinung führt an, dass das Gesetz eindeutig auf den Fortbestand der Gesellschaft Bezug nimmt und daher nur solche Risiken erfasst sein können, die ein Insolvenzrisiko begründen oder wesentlich steigern,¹³¹ nicht aber Vorgänge, die unterhalb dieser Schwelle liegen oder die allein nach § 264 Abs. 2 HGB relevant sind. Es ist jedoch zu beachten, dass nur selten ein

¹²⁷ BT-Drs. 13/ 9712, S. 15.

¹²⁸ BT-Drs. 13/ 9712, S. 15.

¹²⁹ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 91, Rn.16.

¹³⁰ Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 8, Hüffer, § 91 Rn. 6.

¹³¹ Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 8, Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 17.

einzigster Vorgang bereits ein Insolvenzrisiko begründet. Daher werden auch solche Risiken von § 91 Abs. 2 AktG erfasst, die – auch erst in ihrer Kumulierung – potenziell bestandsgefährdend sein können.¹³² Bestandsgefährdend sind die Umstände nicht nur dann, wenn sie allein den Bestand gefährden, sondern auch, wenn sie sich im Zusammenhang mit anderen Umständen nicht nur unmaßgeblich auf die Vermögens-, Finanz-, oder Ertragslage auswirken.¹³³ *Fiege* verwendet in diesem Zusammenhang synonym den Begriff „existenzielles Risiko“.¹³⁴ Darüber hinaus gibt es auch ein „wesentliches Risiko“, welches einen spürbaren Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens entfaltet¹³⁵. Das Gegenteil stellt das „unwesentliche Risiko“ dar, welches in Einzelwirkung keinen bedeutenden Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage hat (Synonym: „Detailrisiko“).¹³⁶ Unter „relevantes Risiko“ versteht man das Risiko, welches sich unter bestimmten Voraussetzungen zu einem wesentlichen oder bestandsgefährdenden Risiko entwickeln kann (Synonym: „Schwerpunktrisiko“)¹³⁷. Damit werden Risiken auch bereits

¹³² *Götz*, NJW-Sonderheft 2001, 21.

¹³³ *Krieger/Sailer* in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 8.

¹³⁴ *Fiege*, S. 49.

¹³⁵ *Fiege*, S. 49.

¹³⁶ *Fiege*, S. 49.

¹³⁷ *Fiege*, S. 49.

dann erfasst, wenn eine gefährliche Entwicklung erst mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Existenzgefährdung führt.¹³⁸

Diese Gegenmeinung, welche einen engeren Risikobegriff vertritt, dürfte überzeugen. Wenn alle Risiken schon nach § 91 Abs. 2 AktG zu erfassen wären, die die dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft gefährden, weil damit mittelbare Bestandsgefährdungen verbunden seien, würde die Grenze des Wortlauts überschritten.¹³⁹ Allein schon der Begriff der „dauerhaften Rentabilität“ scheint beliebig dehnbar zu sein und raubt dem Merkmal der Bestandsgefährdung letztlich jede Abgrenzungskraft, weil dann sämtliche Risiken einer Gesellschaft erfasst wären, denn sie alle können zur Gesamtertragssituation beitragen. *Hefermehl/Spindler* weisen außerdem zu Recht darauf hin, dass mit Blick auf § 93 AktG dem Interpretationsstreit letztlich keine Bedeutung zuzumessen ist, da § 91 AktG diesen nicht etwa verdrängt und der Vorstand damit im Rahmen seiner kaufmännischen Sorgfaltspflicht auch Risiken unterhalb der Insolvenzgefahr erfassen und bewältigen

¹³⁸ *Krieger/Sailer* in *Schmidt/Lutter*, § 91, Rn. 8; *Kort* in *Wiedemann/Hopt*, § 91, Rn. 35.

¹³⁹ So auch *Hefermehl/Spindler* in *MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 17; *Hüffer* in *Hermann*, S. 91.

muss.¹⁴⁰ Auch im praktischen Umgang mit dem Risiko im Unternehmen spielen die unterschiedlichen Interpretationen keine Rolle und ist sogar eine Einengung auf bestandsgefährdende Risiken kaum möglich und auch nicht sinnvoll. Einerseits können Bestandsgefährdungen außer durch den Eintritt von Großrisiken auch durch die Kumulation von kleineren Risiken auftreten. Andererseits entstehen durch mittlere und kleinere Risiken teilweise erhebliche Optimierungspotenziale, die für die Steigerung des Unternehmenserfolgs genutzt werden können.

Im Vergleich zu der wirtschaftswissenschaftlichen Definition des Begriffes „Risiko“ unterscheidet sich der Risikobegriff des KonTraG daher in wichtigen Punkten. In der vorliegenden Arbeit – und auf dieses Verständnis stellt auch der Risikobegriff des KonTraG ab – wird der Begriff Risiko bei den nachfolgenden Ausführungen grundsätzlich im Sinne einer negativen Abweichung vom erwarteten Ergebnis verstanden.¹⁴¹ Dafür spricht, dass der ordnungsgemäßen und vorsichtigen Rechnungslegung, dem das KonTraG Rechnung trägt, nach

¹⁴⁰ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 17.

¹⁴¹ Begründung zu Art. 1 Nr. 9 des Regierungsentwurfes zum KonTraG vom 06.11.1997, BT-Drs. 872/ 97, so auch Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 17 mit weiteren Nachweisen.

deutschem Verständnis eher eine Gläubigerschutzfunktion zukommt. Insoweit ist davon auszugehen, dass das KonTraG auf den Begriff des Risikos im engeren Sinne der verlustorientierten Sichtweise des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB abstellt, also auf Verlustgefahren.¹⁴² Danach sind im Jahresabschluss alle vorhersehbaren Risiken und Verluste, die bis zum Abschlussstichtag entstanden sind, zu berücksichtigen. Der Fokus des Gesetzes dürfte daher bei den wesentlichen Risiken im negativen Sinne liegen, das heißt bei Gefahren für die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage, was wiederum bedeutet, dass Chancen als die natürliche Kehrseite des Risikos nicht in den Pflichtumfang des Risikomanagements nach KonTraG einbezogen sind.¹⁴³ Wesentlich im Sinne des KonTraG dürften nur solche Verlustpotenziale sein, die eine kritische Grenze überschreiten,¹⁴⁴ deren Bestimmung sich nach der Leitungspflicht und dem Ermessensspielraum des Vorstands nach §§ 76, 93 AktG richtet.

¹⁴² *Bitz*, S. 15.

¹⁴³ *Bitz*, S. 15.

¹⁴⁴ *Kromschröder/ Lück*, DB 1998, 1573; *Krieger/Sailer* in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 12.

e) Der Umgang mit dem Risiko im Sinne des KonTraG – Sicherung des Fortbestandes

§ 91 Abs. 2 AktG ist – wie eingangs erwähnt – eine Reaktion des Gesetzgebers auf Unternehmenskrisen in den 90er Jahren.¹⁴⁵

Ausgehend von dem durch den Gesetzgeber erkannten Problem, dass Risikomanagement in deutschen Unternehmen noch nicht ausreichend betrieben wird¹⁴⁶, um eine Sicherung des Fortbestands des Unternehmens bestmöglich zu garantieren, ist erkennbar das oberste Ziel der mit dem KonTraG eingeführten Änderungen die Sicherung des Unternehmensbestands.¹⁴⁷ Die neue Vorschrift enthält dazu zwei Bestandteile für den richtigen Umgang mit dem Risiko im Unternehmen: Zum einen die Vorgabe eines Ziels für die Organisation, nämlich die frühzeitige Erkennung von bestandsgefährdenden Entwicklungen und zum anderen die Forderung nach einem Überwachungssystem sowie – allgemeiner – nach geeigneten Massnahmen.¹⁴⁸ Die Pflicht, auf die durch die Massnahmen erkannten und gemeldeten Risiken zu reagieren, ist dagegen in §

¹⁴⁵ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 14.

¹⁴⁶ Förstle/ Glaum/ Mandler, DB 1998, S. 889 mit Hinweis auf Forster, AG 1995, 1.

¹⁴⁷ Sielaff, S. 13.; Knauer, S. 78; Saitz/ Braun, S. IX; Pollanz, DB 1999, 1277.

¹⁴⁸ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 17.

91 AktG nicht geregelt, sondern richtet sich nach §§ 76, 93 AktG.¹⁴⁹

aa) Früherkennung

Das Gesetz verlangt ausdrücklich die Früherkennung existenzgefährdender Risiken; das heißt der Vorstand muss so früh wie möglich gefährliche Entwicklungen erkennen, so dass noch rechtzeitig Gegenmaßnahmen eingeleitet werden können.¹⁵⁰ Nach der Begründung zum KonTraG sollen die Maßnahmen interner Überwachung so eingerichtet sein, dass solche Entwicklungen frühzeitig, also zu einem Zeitpunkt erkannt werden, in dem noch geeignete Maßnahmen zur Sicherung des Fortbestands der Gesellschaft ergriffen werden können.¹⁵¹

bb) geeignete Massnahmen

Damit diejenigen Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, frühzeitig erkannt werden, hat der Vorstand die nach § 91 Abs. 1 AktG geeigneten Massnahmen zu

¹⁴⁹ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm AktG*, § 91, Rn.20; Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 12.

¹⁵⁰ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 19; Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 11.

¹⁵¹ BT-Drs. 13/ 9712, S.15.

treffen.¹⁵² Was damit in concreto gemeint ist, lässt der Gesetzeswortlaut offen, es unterliegt damit dem unternehmerischen Ermessenspielraum des Vorstands.¹⁵³ Die vom Vorstand getroffenen Maßnahmen sind nach übereinstimmender Meinung jedenfalls dann als geeignet anzusehen, wenn nach der Erfahrung eines ordentlichen und sorgfältigen Geschäftsleiters davon ausgegangen werden kann, dass der Vorstand die erforderlichen Informationen rechtzeitig erhält.¹⁵⁴ Was dies im Einzelnen bedeutet, hängt jedoch nach der Gesetzesbegründung von den jeweiligen Besonderheiten des Unternehmens, insbesondere von seiner Größe, Struktur, Lage, Branchenzugehörigkeit und seinem Kapitalmarktzugang ab.¹⁵⁵ Die spezifische Risikosituation einer Gesellschaft ist von den individuellen Besonderheiten des Unternehmens und seiner Branche geprägt und dies verlangt damit von jedem Unternehmen, dass es die Auswahl der geeigneten Massnahmen an die individuelle Risikosituation anpasst.

¹⁵² Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 20.

¹⁵³ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 20.

¹⁵⁴ Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 12; Hüffer, § 91 Rn. 7; Kort in *Wiedemann/ Hopt*, § 91 Rn. 46.

¹⁵⁵ BT-Drs. 13/ 9712.

cc) Überwachungssystem

Der Wortlaut des Gesetzes bezeichnet in § 91 Abs. 2 AktG die Einrichtung eines Überwachungssystems als „insbesonderen“ Unterfall einer geeigneten Maßnahme. Allerdings ist nach dem Wortlaut nicht eindeutig, worauf sich das Überwachungssystem bezieht: so erscheint das Überwachungssystem des § 91 Abs. 2 AktG nur als ein besonders hervorgehobenes Beispiel für die geeignete Massnahme.¹⁵⁶ Dies ist jedoch irreführend, denn es deutet darauf hin, dass der Zweck des Überwachungssystems nur in der Erkennung bestandsgefährdender Entwicklungen zu bestehen scheint. Demgegenüber zeigt jedoch die Entstehungsgeschichte der Norm¹⁵⁷ die Trennung zwischen geeigneten Maßnahmen und der Überwachung mit der Folge, dass das Überwachungssystem nicht die risikoträchtigen Entwicklungen, sondern die Einhaltung der eingeleiteten Maßnahmen zur Früherkennung kontrollieren sollte. Vor allem soll das Überwachungssystem sicherstellen, dass das so Veranlasste auch geschieht, insbesondere dass eine interne Revision und ein sachgerechtes Controlling eingerichtet sind

¹⁵⁶ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 21; *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 13.

¹⁵⁷ § 93 Abs. 1 Satz 3 des Referentenentwurfes zum KonTraG, abgedruckt in ZIP 1996, 2129, lautet: „Dazu gehört die auch Einrichtung eines Überwachungssystems mit der Aufgabe, die *Einhaltung der nach Satz 2 zu treffenden Massnahmen* zu überwachen.“

und dass deren Erkenntnisse zeitnah an den Vorstand vermittelt werden.¹⁵⁸ Der Vorstand kann somit die Anforderungen des § 91 Abs. 2 schon dadurch erfüllen, dass klare Zuständigkeiten begründet und engmaschige Berichts- und Dokumentationspflichten eingeführt werden.¹⁵⁹

Indes gibt es unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des Umfangs und Ausmasses der von § 91 Abs. 2 AktG geforderten Organisation.¹⁶⁰ Nach einer überwiegend von Teilen der Betriebswirtschaftslehre und der Prüfungspraxis vertretenen Ansicht erfordert § 91 Abs. 2 AktG die Einrichtung eines umfassenden Risikomanagementsystems.¹⁶¹ Zweck der Norm ist demgemäß, das Unternehmen zur Einführung eines

¹⁵⁸ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 21; *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 13; in andere Richtung argumentiert *Götz*, NJW-Sonderheft 2001, 21.

¹⁵⁹ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm AktG*, § 91 Rn. 21; *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 13: danach ist die terminologische Meinungsverschiedenheit jedoch in der Praxis unbedeutend, da sich der Begriff der geeigneten Massnahmen als Oberbegriff sowohl für die eine als auch für die andere Auslegung durchgesetzt hat.

¹⁶⁰ Einen Überblick der verschiedenen Auffassungen bietet *Kindler/ Pahlke in Lange/ Wall*, S. 197 sowie *Drygala/ Drygala*, ZIP 2000, 297, 298.

¹⁶¹ *Kindler/ Pahlke in Lange/ Wall*, S. 197, in diese Richtung auch *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620; *Eggemann/ Konradt*, BB 2000, 503; *Klar*, DB 1997, 688, *Pollanz*, DB 1999, 1277; *Pollanz*, DB 1999, 393; *Lück*, DB 1998, 8; *Vogler/ Gundert*, DB 1998, 2377; *Kromschröder/ Lück* DB 1998, 1573; einen Vergleich branchenunterschiedlicher Risikomanagementsysteme bietet auch *Saitz/ Braun*.

umfassenden Risikomanagementsystems zu verpflichten, bei dem Geschäftsvorfälle systematisch auf ihr Verhältnis von Chance und Risiko hin untersucht werden und die sich daraus ergebende Risikoexposition zum Ausgangspunkt unternehmerischer Entscheidung gemacht wird.¹⁶² Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) spricht in seinem Prüfungsstandard daher von der Untersuchung sämtlicher betrieblicher Prozesse und Funktionsbereiche auf Risiken (Risikoinventur), der Schaffung und Fortentwicklung eines angemessenen Risikobewußtseins aller Mitarbeiter sowie der Einrichtung eines Systems der Berichterstattung über unbewältigte Risiken.¹⁶³ Ein vertiefendes Eingehen auf die in diesem Zusammenhang vorgestellten wirtschaftswissenschaftlichen Systeme würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, es sei jedoch darauf hingewiesen, dass diese weite Auslegung damit begründet wird, dass der Gesetzgeber keine ausdrückliche Regelung über die Ausgestaltung dieses Systems vorgenommen habe und dieses daher unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Aspekte zu entwickeln sei.¹⁶⁴ Von Bedeutung für die unternehmerische Praxis und auch die späteren Ausführungen dieser Arbeit sind hingegen die übereinstimmend von der Betriebswirtschaftslehre

¹⁶² *Drygala/ Drygala*, ZIP 2000, 297, 298; *Lück*, DB 1998, 8.

¹⁶³ IDW PS 340 unter (7) ff.

¹⁶⁴ *Kindler/ Pahlke in Lange/ Wall*, S. 62; *Lück*, DB 1998, 8.

entwickelten „allgemein akzeptierten Grundsätze“¹⁶⁵ zur Ausgestaltung von derartigen Risikomanagementsystemen. Zunächst ist es danach erforderlich, die Risiken auf der Grundlage der unternehmerischen Zielvorgabe fortlaufend zu identifizieren (Risikoidentifikation) und zu bewerten (Risikobewertung). Die auf diese Weise erhaltenen Informationen sind zeitnah in der Unternehmenshierarchie weiterzuleiten (Risikokommunikation). Bei Überschreiten bestimmter Grenzwerte oder bei Regelungslücken müssen die zuständigen Entscheidungsträger sodann Risikobewältigungsmaßnahmen ergreifen (Risikobewältigung) und die Einhaltung dieser Maßnahmen durch eine geeignete Kontrolle sicherstellen (Risikokontrolle).¹⁶⁶

Für diese weite Auslegung ließe sich der Zweck der Vorschrift anführen, Gefahren und Entwicklungen von solchen durch Früherkennung entgegentreten zu können.¹⁶⁷ Denn werden solche bestandsgefährdenden Gefahren durch Früherkennung erkannt, dann muss der Vorstand geeignete Maßnahmen ergreifen, wofür sich ein umfassendes Risikomanagementsystem

¹⁶⁵ *Saitz/ Braun*, S. X des Vorwortes.

¹⁶⁶ *Saitz/ Braun*, S. 70 ff.

¹⁶⁷ *Schwab in Heidel*, § 91 Rn 7.

anbietet.¹⁶⁸ Dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Sorgfalts- und Organisationspflichten des Vorstands nach § 93 AktG. Die Pflicht zur Einrichtung eines umfassenden Überwachungssystems lässt sich darüber hinaus auch aus anderen Vorschriften ableiten. So insbesondere aus § 317 Abs. 4 und § 298 Abs. 1 S. 2 HGB.¹⁶⁹ Aus dem Wortlaut der genannten Normen ergibt sich, dass hinter diesen Vorschriften die Annahme steckt, dass eine Gesellschaft über solche Risikoüberwachungssysteme verfügt. Die Vorschriften indizieren daher, dass die Rechtsordnung allgemein von der Existenz von Risikomanagementsystemen als Teil einer *Best Practice* ausgeht.¹⁷⁰

Nach anderer – vornehmlich im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vertretenen Ansicht – folgt jedoch aus § 91 Abs. 2 keine Pflicht zur Einrichtung eines allumfassenden Risikomanagementsystems¹⁷¹ und erst recht nicht eines

¹⁶⁸ Hüffer, § 91 Rn. 8; Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 23; Lorenz, ZFRG 2006, 5.

¹⁶⁹ Schwab in *Heidel*, § 91 Rn 6.

¹⁷⁰ Lorenz, ZFRG 2006, 5.

¹⁷¹ Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 14; Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 22; Hüffer, § 91 Rn. 9; Kort in *Wiedemann/ Hopt*, § 91 Rn. 50 ff.

bestimmten betriebswirtschaftlichen Modells.¹⁷² Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, hielt der Gesetzgeber die Einrichtung eines funktionierenden Früherkennungssystems für eine Selbstverständlichkeit, die für jeden sorgfaltsbewußt handelnden Vorstand bereits aus § 76 AktG folgt.¹⁷³ Mit § 91 Abs. 2 AktG sollten daher nicht neue, im Detail konkretisierte Handlungspflichten des Vorstands eingeführt werden, sondern es sollten lediglich die im Gesetz bereits angelegten Verantwortlichkeiten des Vorstands präzisiert und hervorgehoben werden. Die konkrete Ausgestaltung des Überwachungssystems, die ohnehin von der jeweiligen Situation, Größe und Branchenzugehörigkeit der Gesellschaft abhängt, lässt sich daher nicht unmittelbar dem Gesetz entnehmen, sondern ist dem Leitungsermessen des Vorstands im Einzelfall zu überlassen.¹⁷⁴ Hüffer¹⁷⁵ verweist dazu auch auf die Entstehungsgeschichte der Norm, wonach im Referentenentwurf das Überwachungssystem noch in einem eigenen Satz geregelt war, der lautete: „Dazu gehört auch die Einrichtung eines Überwachungssystems mit der Aufgabe, die Einhaltung der

¹⁷² Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 23.

¹⁷³ Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 14.

¹⁷⁴ Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 91, Rn. 14.

¹⁷⁵ Hüffer, § 91 Rn. 8.

nach Satz 2 zu treffenden Massnahmen zu überwachen.“¹⁷⁶
Diese Formulierung lässt erkennen, dass das Überwachungssystem vornehmlich auf interne Revision abzielt und daher gerade kein umfassendes Risikomanagementsystem gemeint sein kann. Die von *Drygalla* geäußerte, insoweit vermittelnde Ansicht¹⁷⁷ verweist zugunsten der engen Auslegung darauf, dass von § 91 Abs. 2 AktG – wie zuvor gezeigt - nur existenzbedrohende Entwicklungen erfasst sind und danach Risiken unterhalb dieser Schwelle auch nicht vom Überwachungssystem erfasst sein müssen. Zu bedenken ist, dass die Vorschrift als Beitrag zur „Insolvenzprophylaxe“ im Unternehmen konzipiert sei und sie diesem Zweck bereits dann gerecht wird, wenn auch nur diese wesentlichen Risiken bewertet und mitgeteilt werden. Zugunsten der weiten Auslegung führt *Drygalla* hingegen an, dass es die Aufgabe des Vorstands sei, die Grenze des Überwachungssystems zu bestimmen und dies damit durchaus schon in Richtung eines funktionsfähigen Risikomanagementsystems geht.¹⁷⁸

¹⁷⁶ RefE zum KonTraG abgedruckt in AG 1993, Sonderheft 1.

¹⁷⁷ *Drygalla/Drygalla*, ZIP 2000, 298.

¹⁷⁸ *Drygalla/Drygalla*, ZIP 2000, 298.

Aus praktischer Sicht ist zunächst festzustellen, dass weder die enge, noch die weite Auslegung vollends überzeugen können. Weder folgt aus der Einrichtung eines „umfassenden Risikomanagementsystems“ eine automatische Enthftung des Vorstandes, noch kann aus dem Fehlen eines solchen Systems stets auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Vorstandes geschlossen werden.¹⁷⁹ Es spricht daher einiges für eine vermittelnde Ansicht. So wird es doch im Unternehmensalltag schwer fallen, aus der Vielzahl von Risikoquellen diejenigen herauszufiltern, die sich potenziell als bestandsgefährdend und damit als erheblich auswirken können. Die Gefahr, der § 91 Abs. 2 AktG entgegenwirken will, liegt doch darin, dass die sich anbahnenden Bedrohungen für das Unternehmen an der Unternehmensspitze nicht erkannt werden. Dies gilt umso mehr, als dass sich existenzbedrohende Risiken durchaus zunächst als eben nicht solche darstellen können, etwa weil sich die Schwere der Bedrohungen erst nach und nach zeigt (Beispiel: Der Weggang einzelner Mitarbeiter wird zunächst nicht hoch bewertet, bis sich herausstellt, dass es sich um Schlüsselmitarbeiter handelt, die eine Abwanderung anderer Mitarbeiter nach sich ziehen oder Kernpositionen nicht mehr

¹⁷⁹ *Krieger/Sailer in Schmidt/Lutter*, § 91, Rn. 14; *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm AktG*, § 91, Rn.21.

besetzt werden können). Zudem ist auch zu berücksichtigen, dass die Kapazität der Leitungsorgane zur Informationsverarbeitung begrenzt ist und durch das Überwachungssystem eben kein organisatorischer Leerlauf¹⁸⁰ erzeugt werden soll. Da der Vorstand seine Augen und Ohren nicht überall haben kann, muss die Risikolage in geeigneter Weise vorgefiltert worden sein, bevor die Risikomeldung ihn erreicht. Dies bedeutet auch, dass die Risikoerfassung dezentral dort erfolgen kann, wo die Risikoquelle ist, und dass sie von dort aus in die Unternehmenshierarchie zu melden ist.¹⁸¹ § 91 Abs. 2 AktG verlangt dabei eine Verfahrensweise, die geeignet ist, dieses Ergebnis zu erreichen und dies dürfte in der Unternehmenspraxis nur mit einem systematischen Ansatz zu gewährleisten sein. Dass die Risiken bekannt werden, genügt in der Praxis nicht; erforderlich ist vielmehr – und dieser Ansatz wird auch in der Folge zugrunde gelegt – eine schlüssige, unternehmensweite Risikoerfassung, die auf Leitlinien des Vorstandes zur Risikoerkennung, Risikobewertung und Risikobewältigung beruht. *Hefermehl/Spindler* weisen damit wohl zurecht darauf hin, dass der Vorstand sich bei Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG durchaus an betriebswirtschaftlichen

¹⁸⁰ *Hefermehl/Spindler in MünchKomm AktG*, § 91, Rn. 14.

¹⁸¹ *Drygalla/Drygalla*, ZIP 2000, 298.

Standards (beispielsweise dem IDW Standard PS 340) orientieren sollte.¹⁸² Sieht man dies so, ist man von der betriebswirtschaftlichen Forderung nach einem funktionsfähigen Risikomanagementsystem nicht mehr allzu weit entfernt, auch wenn die dort vorgeschlagene Massnahmendichte (beispielsweise Risikoerfassungs- Schadensformulare) rechtlich nicht zwingend ist.

Nach alledem ist deutlich geworden, dass der Gesetzgeber mit dem KonTraG einen Teilbereich unternehmerischer Organisations- und Leitungspflicht besonders betonen wollte, nämlich das Risikomanagement. § 91 Abs. 2 AktG formuliert daher die Aufforderung an den Vorstand zur Einführung eines geeigneten Risikomanagementsystems quasi als Gegengewicht und Korrektiv zu dem unternehmerischen Handlungsspielraum. Der Vorstand darf und soll daher auch weiterhin Risiken – auch existentielle – eingehen, muss diese aber durch ein angemessenes Überwachungssystem kontrollieren. Dann handelt er rechtmäßig und zwar auch dann, wenn das Risiko eintritt und der wirtschaftliche Erfolg seiner Entscheidung völlig ausbleibt. Das Überwachungssystem im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG stellt diesem unverzichtbaren Freiraum unternehmerischen Handelns

¹⁸² *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm AktG*, § 91, Rn.23.

eine Möglichkeit zur Früherkennung der Gefahren gegenüber und ermöglicht dadurch, dass noch rechtzeitig Gegenmaßnahmen eingeleitet werden können. Für die typischen betriebswirtschaftlichen Risiken ist dies noch leicht zu verstehen; ob gleiches jedoch auch für regulatorische Compliance-Risiken gilt, soll nun untersucht werden.

3. Compliance und Compliance-Risiko

Vorab wurde der Terminus „Risiko“ und die unterschiedlichen Ausprägungen im Unternehmen definiert sowie der gesellschaftsrechtliche Zusammenhang zum KonTraG und dort besonders zu § 91 Abs. 2 AktG dargestellt. Eine besondere Form des Risikos stellt das vom Gesetzgeber explizit erwähnte regulatorische Risiko¹⁸³ dar. Regulatorische Risiken aus Gesetzen werden ausdrücklich in dem Katalog der „den Fortbestand gefährdenden Entwicklungen“ genannt, sofern die Auswirkungen wesentlich sind.¹⁸⁴ Sie gehören damit schon nach dem gesetzgeberischen Willen in den Blickpunkt eines Risikomanagementsystems. In dem Zusammenhang beschäftigen sich sowohl die unternehmerische Praxis als die

¹⁸³ Begründung zu Art. 1 Nr. 9 des Regierungsentwurfes zum KonTraG vom 06.11.1997, BT-Drs. 872/ 97.

¹⁸⁴ Begründung zu Art. 1 Nr. 9 des Regierungsentwurfes zum KonTraG vom 06.11.1997, BT-Drs. 872/ 97.

juristische Literatur in jüngster Zeit intensiv mit dem Begriff der Corporate Compliance.¹⁸⁵ Konkretes, mediales Anschauungsmaterial zu der wachsenden Bedeutung von Compliance bietet sicherlich die immer noch aktuelle Korruptionsaffäre der Siemens AG und der mehrfachen Wechsel in der Position der Compliance-Officers.¹⁸⁶ Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex spricht neuerdings an verschiedenen Stellen die Compliance als einen Standard guter Unternehmensführung an.¹⁸⁷ Neben anderen Importen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis sieht *Bürkle* in der Compliance-Diskussion ein weiteres „*legal transplant*“, das in den deutschen Unternehmen und in der deutschen Rechtswirklichkeit an Bedeutung gewinnt.¹⁸⁸

Corporate Compliance steht dabei im weitesten Sinne für ein Handeln und eine Organisation der Gesellschaft im Einklang mit

¹⁸⁵ *Kort*, NZG 2008, 81; *Bürkle*, BB 2007, 1797; mit Verweisen z.B. auf *Dreher*, ZWeR 2004, 75; *Dreher*, VersR 2004, 1; *Fleischer*, AG 2003, 291; *Hauschka*, AG 2004, 461; *Schneider*, U., ZIP 2003, 645.

¹⁸⁶ FAZ vom 29.06.2007, S. 11; FAZ vom 22.09.2007, S. 15; FAZ vom 25.09.2007, S. 18.

¹⁸⁷ Ziffer 4.1.3 und Ziffer 5.3.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex, Download des aktuellen Kodexwortlautes mit Änderungsnachweisen unter www.corporate-governance-code.de.

¹⁸⁸ *Bürkle*, BB 2007, 1797.

geltendem Recht und Regeln.¹⁸⁹ Das rechtstreue Handeln sollte – wie *Schneider* formuliert – eine Binsenweisheit sein: „*Dass Unternehmen, ihre Organmitglieder und Mitarbeiter im Einklang mit dem geltenden Recht arbeiten, ist ebenso einfach wie banal.*“¹⁹⁰ Diese Aufforderung zu rechtmäßigem Verhalten ist jedoch leichter gesagt als getan, wenn man sich vor Augen führt, dass die Unternehmen heute mit einer gewaltigen Normenflut zu kämpfen haben und die Rechtsfolgen einer Verletzung der Normen und damit das Schadensrisiko für das Unternehmen dramatisch sein können. So können schon einzelne Verstöße zum Beispiel gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften, aber vor allem auch gegen solche des Kartellrechts strafrechtliche und bußgeldbewehrte Sanktionen in erheblichem Umfang auslösen. Es wäre durchaus plausibel, diese Compliance-Risiken entsprechend der Begründung zum KonTraG¹⁹¹ genauso zu behandeln, wie andere bestandsgefährdende Risiken im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG. Man fragt sich jedoch, was an einem Gesetz oder an anderen Normen eigentlich „risikobehaftet“ sein soll, ließe sich diese Bedrohung doch durch bloße Gesetzestreue vermeiden. Gesetze

¹⁸⁹ *Mengel/Hagemeister*, BB 2006, 2466; *Kort*, NZG 2008, 81; *Lösler*, NZG 2005, 104; *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

¹⁹⁰ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645: „Dies bleibt auch eine Binsenweisheit, wenn man dies neudeutsch als „Compliance“ bezeichnet“.

¹⁹¹ BT-Drs. 872/ 97.

treten in Kraft und entfalten damit eine verbindliche und damit sichere Auswirkung gegenüber den Normadressaten; was könnte daran riskant im Sinne einer Unsicherheit negativer Ergebnisse sein?

Im Kern der Diskussion steht also die Frage, ob Compliance wie ein existentielles Risiko Sinne des § 91 Abs. 2 AktG behandelt werden kann, ob es Unterschiede zu den anderen bestandsgefährdenden Risiken gibt und wie sich Compliance schließlich in das Gefüge von Risikomanagement und Corporate Governance einfügt. Im Gegensatz zu anderen riskanten Entscheidungen bieten sich dem Vorstand bei der Einhaltung der Gesetze möglicherweise eben keine mehreren Alternativen, das heisst kein Ermessen, sich so oder so zu entscheiden im Sinne der §§ 76, 93 AktG. Zu klären ist das Verhältnis zur Legalitätspflicht der Gesellschaft sowie die Frage nach der Anwendbarkeit der Business Judgment Rule im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2.¹⁹²

¹⁹² *Fleischer in Spindler/ Stilz*, § 93, Rn. 12; *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 76, Rn. 3 und § 93 Rn. 19; *Lutter*, ZIP 2007, 841.

a) Begriffsbestimmung – Corporate Compliance

Der Begriff Compliance ist in Deutschland schon etwa Mitte der 90er Jahre gebräuchlich geworden.¹⁹³ Dabei wurde der Begriff zunächst vor allem mit dem Schlagwort „Insiderrecht“ und dem Management von Interessenkonflikten verbunden.¹⁹⁴ Er entstammt der anglo-amerikanischen Rechtssprache und hat ohne Übersetzung Eingang in die deutsche Rechts- und Wirtschaftssprache gefunden. Es wäre zu unvollkommen und verkürzt, den englischen Begriff nur mit „Erfüllung“ oder „Einhaltung“ zu übersetzen.¹⁹⁵ Vielmehr bedeutet Compliance für die Unternehmen heute, rechtlich und organisatorisch die Einhaltung aller für sie maßgeblichen Gesetze und Normen sicherzustellen, das heißt das Handeln und die Organisation des Unternehmens in Einklang und Übereinstimmung mit geltendem Recht und Regeln.¹⁹⁶ In der juristischen und in der betriebswirtschaftlichen Literatur gibt es Ansätze einer weiteren Differenzierung bei der Begriffsbestimmung des Terminus Compliance. Während *Hauschka*,¹⁹⁷ noch sehr allgemein gehalten, Compliance als die Einhaltung und Befolgung

¹⁹³ *Lösler*, NZG 2005, 104.

¹⁹⁴ *Eisele*, WM 1993, 1021.

¹⁹⁵ So zumindest *Mengel/Hagemeister*, BB 2006, 2466.

¹⁹⁶ *Mengel/Hagemeister*, BB 2006, 2466; *Kort*, NZG 2008, 81; *Lösler*, NZG 2005, 104; *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

¹⁹⁷ *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

bestimmter Gebote versteht, ist nach *Theisen*¹⁹⁸ unter Compliance in Anlehnung an die entsprechenden US-amerikanischen Vorgaben generell eine Haftungsvermeidung durch das Befolgen der für die Unternehmung insgesamt einschlägigen Rechtsregeln aller Art zu verstehen. In einem betriebswirtschaftlichen Standardwerk von *Menzies*, das sich mit der Beziehung des Sarbanes-Oxley Act aus dem Jahr 2002 zur Corporate Compliance befasst, wird Compliance als die Einhaltung von gesetzlichen Bestimmungen, regulatorischen Standards und die Erfüllung weiterer wesentlicher Anforderungen der *stakeholder* der Gesellschaft beschrieben.¹⁹⁹ Dies geht über die bloße Gesetzes- und Normentreue hinaus, das heißt mit der Einhaltung von Regeln ist nach wirtschaftswissenschaftlicher Auffassung auch die Einhaltung von nicht normativen nationalen Regeln und Standards gemeint. *Menzies*²⁰⁰ nennt dazu Beispiele wie etwa die OECD-Regeln, die Principles of Corporate Governance 2004 oder auch die Eigenkapitalvorschriften für Kreditinstitute unter dem Stichwort „Basel II“. Compliance trägt danach dazu bei, die Beständigkeit des Geschäftsmodells, das Ansehen in der Öffentlichkeit und die finanzielle Situation eines Unternehmens zu verbessern.

¹⁹⁸ *Theisen*, S. 87.

¹⁹⁹ *Menzies*, S. 2.

²⁰⁰ *Menzies*, S. 2.

Compliance erfaßt damit die Einrichtung geeigneter Organisationsstrukturen, Prozesse und Systeme im Unternehmen und ist damit die Voraussetzung für eine nachhaltige, risiko- und wertorientierte, regelkonforme Unternehmensführung.²⁰¹ Auch *Schneider*²⁰² sieht Compliance als eine umfassende Aufgabe; gemeint sind damit nicht nur die Erwartung an rechtmässiges Handeln der Organe und Vertreter des Unternehmens, sondern eben auch die organisatorischen Maßnahmen, um rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter zu gewährleisten. Compliance ist daher im Ergebnis im weiten Sinne zu verstehen und umfasst die Gesamtheit aller Maßnahmen, um das rechtmäßige Verhalten aller Unternehmen, ihrer Organmitglieder, ihrer naher Angehörigen und der Mitarbeiter im Blick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote zu gewährleisten.²⁰³

Die jüngste Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 20.07.2007²⁰⁴ erwähnt den Terminus „Compliance“ erstmals an mehreren Stellen (Ziffern 4.1.3 und 5.3.2) und gibt

²⁰¹ *Menzies*, S. 2.

²⁰² *Schneider*, U., ZIP 2003, 645.

²⁰³ *Schneider*, U., ZIP 2003, 645.

²⁰⁴ Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger vom 20.07.2007; Download des aktuellen Kodexwortlautes mit Änderungsnachweisen unter www.corporate-governance-code.de.

zugleich bei den Pflichten des Vorstands in Ziffer 4.1.3 eine Definition des Begriffs aus Sicht der Kodex-Kommission: „*Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).*“ Entsprechend dieser Definition versteht der Kodex Compliance als einen übergeordneten Begriff, der die Einhaltung sowohl externer als auch interner Vorgaben mit verbindlichem Charakter umfasst.²⁰⁵

Letztlich kann übereinstimmend unter dem Begriff Compliance zum einen die strikte Einhaltung und Beobachtung von Regeln verstanden werden, die sich aus Gesetzen und Verordnungen bzw. darauf basierenden Anordnungen von Aufsichtsbehörden ergeben.²⁰⁶ Zum anderen erfasst der Begriff in organisatorischer Hinsicht die Gesamtheit der Maßnahmen im Unternehmen, die gewährleisten, dass sich Organe und Mitarbeiter der Gesellschaft auch entsprechend rechtmäßig verhalten.

²⁰⁵ Bürkle, BB 2007, 1798.

²⁰⁶ Kuthe/ Rückert/ Sickinger, S. 5.

b) Beispiele für Compliance-Risiken

„Compliance ist, wenn der Disclaimer länger ist als die e-Mail“.²⁰⁷ Diese plakative Einschätzung der Gefahren von Compliance führt im Extremfall dazu, dass kapitalmarktorientierte Unternehmen, die die gesetzlichen Publizitäts- und Transparenzvorschriften beispielsweise des AnSVG erfüllen müssen, in ihrer Außenkommunikation außerordentlich vorsichtig sind, um nicht gegen irgendeine bekannte oder auch unbekannte Vorschrift zu verstoßen. Sie laufen stets Gefahr, haftungsrechtliche Tatbestände, Ordnungswidrigkeiten oder gar strafrechtliche Vorschriften zu übersehen. Dazu ein Beispiel aus einer Ad-hoc-Mitteilung der SAP AG²⁰⁸:

„Diese Mitteilung enthält zukunftsgerichtete Aussagen und Informationen – also Aussagen über Vorgänge, die in der Zukunft liegen, nicht in der Vergangenheit. Diese zukunftsgerichteten Aussagen sind erkennbar durch Formulierungen wie „erwarten, antizipieren, beabsichtigen, planen, glauben, anstreben, einschätzen, werden“ oder ähnliche Begriffe und beinhalten eine Reihe von Risiken und Ungewissheiten. Eine Vielzahl von Faktoren, von denen zahlreiche außerhalb unseres Einflußbereiches liegen, beeinflussen die Geschäftsaktivitäten und Ergebnisse. Für uns ergeben sich

²⁰⁷ Jatzkowski, JUVE 2006, 12.

²⁰⁸ Auszug aus einer Pressemitteilung der SAP AG vom 11.01.2005 zum erwarteten Wachstum des Lizenzumsatzes für das Geschäftsjahr 2005.

solche Ungewissheiten insbesondere, neben anderen, aufgrund folgender Faktoren: Änderungen der allgemeinen, wirtschaftlichen und geschäftlichen Lage, Änderungen von Wechselkursen und Zinssätzen, Einführung konkurrierender Produkte oder Technologien anderer Unternehmen, fehlende Akzeptanz unserer Produkte und Dienstleistungen seitens unserer Kunden [...]. Sollten sich eines oder mehrere dieser Risiken oder Ungewissheiten realisieren, können die tatsächlichen Ergebnisse von denjenigen Ergebnissen abweichen, die in der zukunftsgerichteten Aussage als antizipierte, geglaubte, geschätzte, erwartete, beabsichtigte, geplante oder projizierte Ergebnisse genannt worden sind.“

Dieser nicht unübliche *Disclaimer*²⁰⁹ zeigt eindrucksvoll die Auswirkungen unüberschaubarer Kapitalmarktvorschriften auf den Umgang der Unternehmen mit zukunftsgerichteten Aussagen. Um sich ein Bild über die Vielfalt compliance-relevanter Bereiche im Unternehmen machen zu können, denen es organisatorisch durch die Einrichtung eines Risikomanagementsystems vorzubeugen gilt, werden zunächst eine Reihe von Beispielen aufgelistet, die Compliance-Verstöße begründen können. Die spektakulärsten Beispiele von Compliance-Verstößen sind in erster Linie solche gegen deutsches und europäisches Kartellrecht, die zur Verhängung

²⁰⁹ Disclaimer: englisch für Haftungsausschluss.

von Bußgeldern in dreistelliger Millionenhöhe führen können. Allein in den Jahren 2006 und 2007 verhängte die EU-Kommission – wegen Kartellverstößen – Bußgelder in Höhe von 5.179 Millionen Euro; das Bundeskartellamt verhängte 2002 insgesamt 661 Millionen Euro an Bußgeldern gegen sechs Zementhersteller²¹⁰. Allein aus der Höhe der Bußgelder ergibt sich, dass Compliance-Verstöße gegen deutsches und europäisches Kartellrecht ein erhebliches Risiko für die Existenz der Unternehmen darstellen.²¹¹ Das Gleiche gilt für Compliance-Verstöße aufgrund von Korruptionsfällen,²¹² denn auch hier werden empfindliche Bußgelder verhängt und Gewinne der Unternehmen beansprucht, sodass erheblicher Schaden für das Unternehmen und seine Organe droht.

An dieser Stelle kann bereits betont werden, dass die Unternehmen in den letzten Jahren mit einer kaum mehr überschaubaren Zahl öffentlich-rechtlicher Pflichten, mit Geboten und Verboten belastet wurden, durch das Kartell- und Kapitalmarktrecht, das Arbeitsrecht, Steuerrecht, Datenschutzrecht, Außenwirtschaftrecht, etc.²¹³ Die „rastlose Gesetzgebungstätigkeit“ habe eine „Unübersichtlichkeit“

²¹⁰ *Esser-Wellie*; so auch *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 4.

²¹¹ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 4.

²¹² *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 4.

²¹³ *Schneider, U.*, ZIP 2003; 645.

bewirkt, die dazu führe, dass die einschlägigen Vorschriften kaum noch vollständig erfasst und verarbeitet werden können, lautet daher eine häufig anzutreffende Einschätzung²¹⁴. Mittlerweile enthalten fast alle im Wirtschaftsleben relevanten Gesetze Regelungen über Ordnungswidrigkeiten, die drastische und bilanzwirksame Geldbußen nach sich ziehen können.²¹⁵ Jeder Bereich des Unternehmens kann somit von einer gesetzlichen Neuregelung betroffen sein und muss dafür sorgen, dass durch geeignete Information und/oder Maßnahmen die Befolgung der Normen sicher gestellt wird. Es ist dabei offensichtlich, dass in einem bestimmten Zeitraum vor und nach dem Inkrafttreten des Gesetzes das Risiko der Rechtsunsicherheit in den Unternehmen besteht, nämlich ob und wie diese Gesetze umgesetzt und erfüllt werden müssen. Allein diese Unsicherheit verursacht durch den Umfang und den Inhalt der Neuregelungen bereits signifikante Risiken für die Unternehmen, die unter die Compliance-Risiken fallen.

Hauschka listet weitere Haftungsrisiken auf, die zu Compliance-Verstößen führen können, wie fehlgeschlagene Finanzierungen,

²¹⁴ *Pfohl in Müller-Gugenberger/ Bieneck*, S 1402; *Dauner-Lieb*, S. 85 und im Ergebnis auch *Röhrich*, S. 191f.

²¹⁵ *Bürkle*, BB 2005, 565.

Risikogeschäfte im Waren- und Devisentermingeschäfte, sowie sonstige Bank- und Börsengeschäfte (*Swaps, Options*). Bekannte Beispiele aus der Praxis sind die Metallgesellschaft AG, die Volkswagen AG oder die Baring Bank.²¹⁶ Ein weiteres Beispiel stellt das Risiko der Haftung nach §§ 309, 317 AktG von Organmitgliedern in Konzernobergesellschaft dar, wenn in Tochtergesellschaften pflichtwidrig „hineinregiert“ wird, insbesondere wenn Finanzmittel abgezogen werden (sog. *Cash-Pooling-Systeme*, welche die Mittel aller verbundenen Unternehmen in rechtswidriger Art und Weise bündeln²¹⁷). Wie weit die gesetzliche Haftung reichen kann, belegen Beispiele wie die unbedachten Äußerungen des Vorstandsvorsitzenden Schrempp über die Chrysler-Fusion (*merger of equals*) und Breuer zur wirtschaftlichen Situation der Kirch-Gruppe²¹⁸. Im Bereich des Anlegerschutzes gehören zu den Compliance-Verstößen „geschönte Ad-hoc-Meldungen“, die überdies auch zu einer persönlichen Haftung führen können²¹⁹. Besondere Risiken birgt auch das so genannte *Mergers & Acquisitions-Geschäft* (M&A-Geschäft); das heißt Unternehmenstransaktionen wie Unternehmenskäufe, Fusionen

²¹⁶ Nachweise dazu bei *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 8 f.

²¹⁷ BGHZ 149, 10.

²¹⁸ In diesem Fall hat das LG München die Haftung bejaht, NJW 2003, 1046.

²¹⁹ LG München, AG 2005, 409; OLG Frankfurt a.M., AG 2005, 401.

und ähnliches. Paradebeispiel dafür in Deutschland war die Diskussion²²⁰ im Zusammenhang mit der Fusion von Mannesmann und Vodafone im Jahr 2000. Bei der Unternehmensübernahme werden vor allem Risiken relevant, die in der *Due Dilligence* beheimatet sind, aber auch Compliance-Verstöße gegen Geheimhaltungspflichten, Insiderdelikte oder Parteinahme bei feindlichen Übernahmen.²²¹ Auch in den Organisationspflichten können Compliancerisiken lauern; die Rechtsprechung hat mittlerweile entschieden, dass bereits ein unzureichendes Risikomanagement eine Verletzung der Organisationspflicht darstellt und damit ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung eines Vorstandes ist²²². Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch die neuere Entscheidung des LG München vom 05.04.2007, die neben der Pflicht zur Implementierung eines Risikomanagementsystems auch dessen sorgfältige und angemessene Dokumentation verlangt; eine Verletzung dieser Pflicht kann ebenfalls zur außerordentlichen Kündigung des Vorstandes, sowie zu Schadensersatzansprüchen führen.²²³

²²⁰ Aufschlussreich dazu *Jahn*, BB 2007, 3.

²²¹ Siehe dazu *Schmidt*, S 806; *Hüffer*, § 76, Rn. 15 d.

²²² LG Berlin, AG 2002, 682; *Preußner/Zimmermann*, AG 2002, 657.

²²³ LG München vom 05.04.2007; (5 HK O 15964/06).

Weitere Compliance-Verstöße können die strafbewehrten Bestimmungen im Arbeits- und Arbeitsstrafrecht, im Steuer- und Sozialversicherungsrecht, vor allem bei der Arbeitnehmerentsendung und –überlassung, Arbeitsvermittlung, Ausländerbeschäftigung, Schwarzarbeit, Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht, darstellen. Das Arbeitsstrafrecht ist ein besonders haftungsträchtiges Gebiet, zumal jährlich einige hunderttausende Verfahren mit Bußgeldern, Einstellung gegen Geldauflagen, Freiheitsstrafen und Gewinnabschöpfungen nach § 29a OWiG enden.²²⁴ Zahlreiche Compliance-Verstöße können sich zudem aus den branchenspezifischen Pflichten des öffentlichen Rechts ergeben.²²⁵ Eine schier unübersehbare Fülle von Pflichten generiert eine ebenso unübersehbare Vielzahl rechtlicher Risiken, die – angesichts der zunehmenden Verrechtlichung wirtschaftlicher Tatbestände – nur schwer zu beherrschen sind. So müssen beispielsweise Spediteure Fahrtschreiberschaublätter kontrollieren²²⁶,

²²⁴ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 5.

²²⁵ Siehe z.B. zu Lebensmitteln: OLG Düsseldorf, ZLR 1988, 35; OLG Koblenz, OLGSt OWiG § 30 Nr. 1; OLG Düsseldorf MDR 1987, 871; OLG Düsseldorf ZLR 1988, 647; OLG Koblenz ZLR 1989, 711; OLG Düsseldorf ZLR 1994, 27; zur Arbeiterlaubnis bei ausländischen Beschäftigten OLG Koblenz GewArch 1991, 38; zu ungenehmigter Einfuhr BayObLG RIW 1988, 735; zum Gewerberechtsverstoß OLG Düsseldorf GewArch 1992, 298.

²²⁶ OLG Hamm NStZ 1982, 124; zur Fahrzeugüberladung OLG Stuttgart Justiz 1980, 419 sowie OLG Düsseldorf ZfSch 1985, 255; zum Personenbeförderungsgesetz OLG Frankfurt VRS 56, 109; zu Lenkzeiten KG

Diskotheekenbetreiber das Alter ihrer Gäste prüfen²²⁷ und der Bauunternehmer bei der Entfernung von Statikwurzeln eines Straßenbaums die Baumschutzverordnung kennen²²⁸. Die Gefahr von Compliance-Verstößen existiert überdies nicht nur im Geltungsbereich von *per se* gefährdungsrelevanten Gesetzen wie der Sprengstoffverordnung oder des Chemiewaffenübereinkommens, sondern auch vordergründig nicht so im Blickpunkt stehende Gesetze wie das Blindenwarenvertriebs-²²⁹ oder das Fernunterrichtsschutzgesetz²³⁰ enthalten strafrechtlich sanktionierte Tatbestände.²³¹

Die Auswirkungen von Compliance-Verstößen treten dabei nicht erst nach rechtskräftiger Feststellung eines Verstoßes ein. Bereits der Vorwurf entsprechender Verstöße genügt in der Praxis, bei den betroffenen Gesellschaften erheblichen internen Aufwand, sowie externe Beratungs- und Verfahrenskosten

Berlin VRS 70, 29; zu Sozialvorschriften im Straßenverkehr OLG Koblenz VRS 65, 457; zur Garantenstellung im Güterkraftverkehr OLG Düsseldorf TRanspR 1988, 85 und OLG Düsseldorf BB 1989, 2133; zum Grenzspediteur OLG Düsseldorf wistra 1991, 275.

²²⁷ OLG Düsseldorf ZblJugR 1983, 41.

²²⁸ KG Berlin 5. Senat für Bußgeldsachen vom 10.1.1997 (Az.: 2 Ss 221/96).

²²⁹ § 11 Blindenwarenvertriebsgesetz vom 9.4.1965, BGBl. I, 311.

²³⁰ § 21 Fernunterrichtsschutzgesetz vom 24.8.1976, BGBl. I, 2525.

²³¹ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 6.

auszulösen. Hinzu kommt als weiterer Non-Compliance-Aufwand, dass die daraus resultierenden Verfahren das Management der Gesellschaft zeitlich binden, sodass etwa Vorstand und leitende Angestellte ihrer eigentlichen Tätigkeit im Unternehmensinteresse nur eingeschränkt nachkommen können.²³² Zudem droht dem Unternehmen, das durch intransparente oder gar illegale Praktiken in die Schlagzeilen gerät, ein beträchtlicher Ansehensverlust. Ein einziger Vorfall kann genügen, ein über Jahre hinweg aufgebautes Unternehmensimage nachhaltig zu schädigen. Dadurch wird ein enormer Reputationsverlust bei den *stakeholdern* ausgelöst, der sich in einer negativen Kursauswirkung niederschlagen kann und zwar auch dann, wenn sich die Vorwürfe nach einer gerichtlichen Klärung als völlig ungerechtfertigt erweisen.²³³

c) Zusammenhang zwischen Compliance, Risikomanagement und Corporate Governance

Nach der dargestellten Begriffsbestimmung umfasst Corporate Compliance somit zum einen Maßnahmen zur Gewährleistung rechtmäßigen Verhaltens im Unternehmen, zum anderen auch

²³² *Bürkle*, BB 2005, 565 mit Verweis auf das Beispiel Mannesmann, besprochen von *Jahn*, ZRP 2004, 179.

²³³ *Bürkle*, BB 2005, 565 nennt dazu als drastisches Beispiel den Fall Arthur Anderson, bei dem sich die Aussage „comply or die“ bestätigt hat.

Maßnahmen zur Risikofrüherkennung und Minimierung möglicher Normverletzungen im Unternehmen. Compliance wird somit heute als Bestandteil eines integrierten Risikomanagementsystems verstanden.²³⁴ Eine Risikovorbeugung durch Integration von Compliance in die Geschäftsbereiche und die Unternehmensführung sowie eine stete Aufklärung der Mitarbeiter wird immer stärker betont. Damit steht Compliance sowohl zur Corporate Governance als auch zum Risikomanagement im Unternehmen in Beziehung.²³⁵ *Kort*²³⁶ bezeichnet diese Abhängigkeit als ein Dreiecksverhältnis von Risikomanagementsystemen zu Compliance und zur Corporate Governance. In der Betriebswirtschaftslehre spricht man zusätzlich von einem gemeinsamen Ansatz, der Governance, Risikomanagement und Compliance zusammenfasst.²³⁷ Risikomanagementsysteme sind ja schon begrifflich dazu da, um Risiken zu erkennen, zu erfassen, in die Unternehmensstruktur einzubinden und sie dadurch zu beherrschen. Die Frage, welche Risiken es zu erkennen und zu bekämpfen gilt, kann nicht ohne die bereits erwähnten Begriffe

²³⁴ *Lösler*, NZG 2005, 104

²³⁵ So auch *Kort*, NZG 2008, 81.

²³⁶ *Kort*, NZG 2008, 81.

²³⁷ so genanntes GRC-Modell, erläutert bei *Menzies*, S. 333 f.

Corporate Governance²³⁸ und Compliance beantwortet werden, weil diese Schlüsselbegriffe die Richtung weisen, wenn es um Haftungsrisiken im Unternehmen geht. Auch hier ist es die Betriebswirtschaftslehre, die diesen Ansatz zuerst durch das so genannte GRC-Modell ausgedrückt hat.²³⁹ Die wirtschaftswissenschaftlichen Überlegungen beeinflussen wie

²³⁸ *Corporate Governance* ist kein international einheitliches Regelwerk, sondern bis auf einige wenige international anerkannte, gemeinsame Grundsätze ein länderspezifisches Verständnis verantwortungsbewusster Unternehmensführung.²³⁸ *Corporate Governance* umfasst allgemein die Gesamtheit aller internationalen und nationalen Werte und Grundsätze für eine gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung, welche sowohl für die Mitarbeiter als auch für die Unternehmensführung von Unternehmen gelten. Der Begriff *Corporate Governance* entstammt dem angelsächsischen Sprachgebrauch und kann in etwa mit dem Begriff „Unternehmensverfassung“ übersetzt werden. Er bezeichnet einen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens²³⁸. Der Ausgangspunkt für die Deklaration und Einführung von *Corporate Governance* liegt in den 1930er-Jahren, als erstmals das Auseinanderklaffen von Aktionärsinteressen und Unternehmensführung erkannt wurde. Ein bedeutendes Buch dazu erschien 1932 unter dem Titel *The Modern Corporation and Private Property* von Adolf Augustus Berle und Gardiner C. Means. Unter diesem Titel erschien der Begriff *Corporate Governance* erstmals 1976, wurde aber erst durch den *Cadbury Report*²³⁸ (1992), den *Greenbury Report*²³⁸ (1995) und den *Hampel Report*²³⁸ (1998) bekannt, welche über praktische Erfahrungen damit berichteten. Seit Mitte der 90er Jahre werden auch in Deutschland verschiedene Elemente eines Systems der Unternehmensüberwachung diskutiert. Die „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ formulierte im Jahre 2002 eine entsprechende Handlungsempfehlung, infolge derer § 161 AktG geändert wurde. Nunmehr sind nach § 161 AktG n. F. Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft verpflichtet, für jedes Geschäftsjahr eine sogenannte „Entsprechenserklärung“ abzugeben, d.h. eine Erklärung darüber, ob sie die Empfehlung beachten, oder müssen die Gründe für die Nichtbeachtung angeben (*comply* oder *explain*).

²³⁹ *Menzies*, S. 333.

bei der Auslegung des Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG auch hier die rechtswissenschaftliche Diskussion zu dem Zusammenhang von Compliance im gesellschaftsrechtlichen Rahmen, von Risikomanagement und nachhaltiger guter Unternehmensführung.

Trotz des unbestreitbaren Zusammenhanges der Begriffe bestehen aber auch klare Unterschiede zwischen Compliance und Risikomanagement. Nach der Darstellung von *Lösler*²⁴⁰ ist Compliance von der Problematik der Vermeidung fehlerhafter Unternehmensentscheidungen abzugrenzen. Das Thema Compliance erfüllt vielmehr folgende Funktionen:²⁴¹

- Schutzfunktion: In erster Linie hat Compliance eine Schutzfunktion. Diese Schutzwirkung kommt sowohl den Mitarbeitern als auch dem Unternehmen zugute, indem potenzielle Schadensersatzansprüche gegen das Unternehmen, seine Organe und Mitarbeiter vermieden bzw. abgewehrt werden sollen.

²⁴⁰ *Lösler*, NZG 2005, 104.

²⁴¹ *Lösler*, NZG 2005, 104.

- Beratungs- und Informationsfunktion: Darunter fallen die Aufklärung und Beratung im Unternehmen über Compliance-relevante Sachverhalte.
- Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion gegenüber den Kunden des Unternehmens.
- Überwachungsfunktion zur Sicherstellung einer regelmäßigen Kontrolle der Einhaltung einschlägiger Regeln und Vorschriften.
- Marketingfunktion: Compliance dient aber auch dazu, das Ansehen des Unternehmens bei Kunden, Partnern, Mitarbeitern und auch Wettbewerbern zu stärken.

Nach der Auffassung von *Hauschka*²⁴² besteht der Unterschied zwischen Corporate Governance und Compliance vor allem in der Perspektive. Während Corporate Governance die Sichtweise der „Regulierer“ prägt, umschreibt Compliance den Blickwinkel der „Regulierten“, der betroffenen Unternehmen.“²⁴³ Hinter den Begriffen Corporate Governance und Compliance verbergen sich daher unterschiedliche Hintergründe und Interessen. Die Diskussion um Corporate Governance ist dadurch in Gang

²⁴² *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

²⁴³ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

gesetzt worden, dass Nachteile im Investorenwettbewerb aufgrund zu weicher Regulierung am Standort Deutschland befürchtet wird. Sie bildet – wie *Hauschka*²⁴⁴ hinweist – den theoretischen Hintergrund der *Prinzipal-Agent-Theorie*²⁴⁵ ab, der die Vorteile der Anteilseigner von den Interessen des Managements und der Belegschaft abgrenzt und die weltweite *Shareholder Value*-Diskussion prägt. Das Konzept *Corporate Governance* möchte vermitteln, das in der Sache zwar auf freiwillige Codizes gesetzt wird, letztendlich aber doch nach mehr Regulierung und staatlicher Aufsicht verlangt wird.²⁴⁶ *Kort* hingegen stellt diese Art der Abgrenzung nach unterschiedlichen Perspektiven in Frage²⁴⁷; angesichts des Umstands, dass die *Corporate Governance*-Grundsätze so genanntes *self regulatory law* sind, die *Compliance* hingegen im Wesentlichen auf die Befolgung gesetzlicher Normen abstellt, ließen sich die Perspektiven auch genau umgekehrt definieren.

²⁴⁴ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

²⁴⁵ Die Theorie wurde zuerst in einem Aufsatz von Michael Jensen und William Meckling im Jahr 1976 erörtert. Ihre Grundzüge gehen auf die Theorie unvollständiger Verträge zurück, die unter anderem Ronald Coase begründete. Die *Prinzipal-Agent-Theorie* geht von Wirtschaftssubjekten aus, die in ihrer Entscheidungsfindung eingeschränkt sind, etwa durch asymmetrische Informationsverteilung. Menschen verfügen nur über unvollständige Informationen, wenn sie das Handeln anderer beurteilen sollen. Zur Vertiefung siehe dazu zum Beispiel: *Wenger/ Terberger*, WiSt 1988, 506.

²⁴⁶ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

²⁴⁷ *Kort*, NZG 2008, 81.

Im Ergebnis jedoch besteht Einigkeit darüber, dass Compliance ein wichtiger Bestandteil guter Corporate Governance ist und damit eine zentrale Aufgabe der Unternehmensleitung und des Risikomanagements.²⁴⁸ Die Diskussion um Compliance setzt jedoch – im Gegensatz zur Corporate Governance – eine vorhandene Überregulierung als Ausgangspunkt voraus. Sie versteht die von Mitarbeitern und Organen potenziell begangenen Verstöße als wirtschaftliches Risiko für das Unternehmen und auch für das Management und hält dieses Risiko sowie die damit verbundene Haftung für vermeidbar, indem ein Risikomanagementsystem aufgestellt wird²⁴⁹. Daraus ergibt sich die Bedeutung des Begriffes Compliance für die Anwendung und Umsetzung von Risikomanagementsystemen. Compliance ist daher heute Bestandteil und Voraussetzung eines integrierten Risikomanagementsystems; Compliance verlangt Risikomanagement.²⁵⁰ Jedes Unternehmen muss sich eine Strategie überlegen, wie es mit Risiken umgehen will. Dabei umfasst der Risikomanagementprozess die Identifikation, Analyse und Steuerung der Risiken im Unternehmen sowie die Überwachung der Effektivität und der Angemessenheit des

²⁴⁸ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

²⁴⁹ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

²⁵⁰ *Lösler*, NZG 2005, 104; *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

Risikomanagements.²⁵¹ Als Ergebnis besteht daher ein Zustand ganzheitlicher, horizontaler, vertikaler und operativer Integration von Corporate Governance, Risikomanagement und Corporate Governance.

4) Compliance innerhalb der Leitungs- und Sorgfaltspflichten des Vorstandes

Nachdem vorangehend die Begriffe Compliance und Beispiele von Compliance-Risiken im Unternehmen dargestellt wurden, ist deren Bedeutung im Rahmen der Leitungs- und Sorgfaltspflichten des Vorstands zu klären. Aus rechtlicher Sicht ist dabei interessant, welche Rolle das unternehmerische Ermessen des Vorstands beim Thema Compliance spielt. Hat der Vorstand bei Compliance-Risiken etwa einen ähnlichen Beurteilungsspielraum wie beispielsweise beim Eingehen von anderen Risiken und kann er sich gar in Haftungsfällen auf die Business Judgement Rule im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen? Muss der Vorstand im Hinblick auf Compliance-Risiken eine angemessene und geeignete Organisation einrichten und wie steht diese im Zusammenhang mit dem allgemeinen Risikoüberwachungssystem?

²⁵¹ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

a) Legalitätspflicht

Im Folgenden soll also untersucht werden, wie sich die Leitungs- und Organisationsverantwortung des Vorstands auf den Umgang mit Compliance-Risiken im Unternehmen auswirkt. Von Bedeutung für die Ermessensausübung ist dabei sowohl die Pflicht zu rechtskonformem Verhalten der Gesellschaft (Legalitätspflicht) an sich als auch die mögliche Pflicht zur Einrichtung einer entsprechenden Compliance-Organisation.

Die Legalitätspflicht gehört zu den Kardinalpflichten des Vorstandes und bedeutet die im aktienrechtlichen Schrifttum anerkannte und umfassende Verpflichtung zu rechtmässigem Verhalten.²⁵² Sie besteht nach einhelliger Meinung im Schrifttum aus zwei Teilstücken: der internen Pflichtenbindung, die durch Aktiengesetz, Satzung und Geschäftsordnung näher ausgeformt wird, und der externen Pflichtenbindung, die sich aus vielzähligen, teilweise verstreuten Rechtsvorschriften außerhalb des Aktienrechts ergibt.²⁵³ Den Vorstand trifft damit die Verantwortung für das rechtmäßige Verhalten der

²⁵² Vgl. *Fleischer*, ZIP 2005, 141; *ders.* in *Spindler/ Stilz*, § 93, Rn. 14; *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 69.

²⁵³ Siehe dazu *Fleischer* in *Spindler/ Stilz*, § 93, Rn. 14; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 69.

Gesellschaft sowohl intern als auch Dritten gegenüber für die Erfüllung der geltenden Rechtsvorschriften.²⁵⁴

aa) Interne Pflichtenbindung

Jedes Vorstandsmitglied ist zunächst gehalten, alle Verhaltensgebote des Aktiengesetzes zu erfüllen. Das Gesetz präzisiert diesen Pflichtenkatalog wie bereits ausgeführt an zahlreichen Stellen des Aktiengesetzes im Hinblick auf Informations-, Berichts-, Rechenschafts-, und Organisationspflichten.²⁵⁵

bb) Externe Pflichtenbindung

Auch im Außenverhältnis muss der Vorstand sämtliche Rechtsvorschriften einhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen.²⁵⁶ Dazu gehören zunächst die zahlreichen Vorschriften des Zivil-, Wirtschafts- und Kapitalmarktrechts aber ebenso auch die Vorgaben des Arbeits-, Sozial-, und

²⁵⁴ *Bürkle*, BB 2005, 565.

²⁵⁵ Übersichtliche Darstellung zum internen Pflichtenkatalog bei *Fleischer*, ZIP 2005, 141.

²⁵⁶ *Fleischer* in *Spindler/ Stitz*, § 93, Rn. 23.

Steuerrechts sowie die Regelungen des Verwaltungsrechts und des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.²⁵⁷

Auch ausländisches Recht ist zu berücksichtigen, soweit das Handeln der Gesellschaft ausländischem Recht unterworfen ist.²⁵⁸ Dies betrifft vor allem die compliance-relevanten Auslandssachverhalte, bei denen es zumeist um Schmiergeldzahlungen an ausländische Staatsbedienstete geht, und zwar unabhängig davon, ob solche Zahlungen gegen die Rechtsordnung des betreffenden Staates verstoßen oder nicht. Ohne dieses wichtige Compliance-Thema an dieser Stelle zu vertiefen,²⁵⁹ besteht Klarheit darüber, dass dies jedenfalls nach dem OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung des Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr²⁶⁰ gegen § 334 StGB iVm. Art 2 § 1 IntBestG²⁶¹ bzw. gegen § 299 Abs. 3 StGB verstößt, soweit es sich um Zahlungen an Privatpersonen handelt.

²⁵⁷ *Fleischer in Spindler/ Stilz*, § 93, Rn. 23.

²⁵⁸ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 66.

²⁵⁹ Vertiefend dazu *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

²⁶⁰ BT-Drs. 13/ 10428 vom 17.12.1997.

²⁶¹ BGBl. 1998 II S. 2327.

Ob hingegen zur externen Pflichtenbindung auch anerkannte Grundsätze der Geschäftsmoral gehören, ist schon deshalb problematisch, weil solche Verhaltensweisen in ihrer Allgemeinheit kaum fassbar sein dürften.²⁶² Dort, wo sie ausnahmsweise einmal greifbar vorliegen, genießen sie – über §§ 138, 242 BGB – keine gesetzliche Dignität.²⁶³ Allerdings wird der Vorstand bei unternehmerischen Entscheidungen in Betracht ziehen müssen, dass Verstöße gegen solche Grundsätze zu erheblichem Ansehensverlust bei Geschäftspartnern oder bei der Öffentlichkeit (Bild des „*good corporate citizen*“) führen und daher kaum im Geschäftsinteresse liegen werden.

cc) Vorrang der Legalitätspflicht

Damit ist ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Vorstands im Sinne des § 93 Abs.1 Satz 1 AktG und zwar auch dann, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv im Interesse der Gesellschaft oder gar zu ihrem Nutzen erfolgte. Der Vorrang der Rechtstreue erfasst somit auch so genannte „nützliche Pflichtverletzungen“, von denen die Gesellschaft möglicherweise sogar profitiert

²⁶² Fleischer in Spindler/ Stilz, § 93, Rn. 23; ähnliche Bedenken bei Paefgen; S. 24.

²⁶³ Fleischer in Spindler/ Stilz, § 93, Rn. 25.

(Lehrbuchbeispiele dazu sind ungesetzliche Waffengeschäfte oder etwa die Missachtung kostenträchtiger Umweltstandards).²⁶⁴ Eine tragfähige Begründung dazu bietet § 396 Abs. 1 AktG, wonach die Aktiengesellschaft aufgelöst werden kann, wenn sie durch gesetzwidriges Verhalten das Gemeinwohl gefährdet und weder Aufsichtsrat noch Hauptversammlung für die Abberufung des Vorstands sorgen.²⁶⁵ Gesetzesverstöße liegen daher von vornherein nicht im Gesellschaftsinteresse, sodass dem Vorstand im Rahmen des § 93 AktG der rechtfertigende Einwand abgeschnitten wird, er habe bei seinem Rechtsbruch im Sinne der Gesellschaft gehandelt. Kosten-Nutzen-Erwägungen mögen am Platz sein, wenn der Gesetzgeber entscheidet, ob ein bestimmtes Verhalten als rechtswidrig eingestuft werden soll; ist diese Festlegung erst einmal getroffen, stellt das betreffende Verhaltensgebot eine Gemeinschaftsentscheidung dar, an die sich Kapitalgesellschaften ebenso zu halten haben wie andere Bürger.²⁶⁶ Die Bindung an gesetzliche Vorschriften geht damit Opportunitätserwägungen der Gesellschaft vor. Letztlich sprechen für die strikte Gesetzesbindung auch ökonomische Gründe, wenn man nämlich die gesetzlichen Vorgaben als

²⁶⁴ *Fleischer* in ZIP 2005, 141.

²⁶⁵ *Fleischer* in ZIP 2005, 141.

²⁶⁶ *Fleischer* in ZIP 2005, 141.

Spielregeln begreift, unter denen der Vorstand die eigentlichen Spielzüge im marktlichen Wettbewerb ausführt.²⁶⁷

dd) Ausnahmen

(1) Unklare Rechtslage

Ausnahmen von dieser Organbindung sind nur unter sehr engen Voraussetzungen denkbar und auch dabei handelt es sich streng genommen nicht um Durchbrechungen, sondern um eine sachgerechte Anwendung des Legalitätsprinzips. Besonderheiten gelten zunächst bei unklarer Rechtslage. Hier wird man dem Vorstand einen Handlungsspielraum zubilligen, bei dessen Ausübung er Chancen und Risiken für die Gesellschaft gegeneinander abwägen muss.²⁶⁸ Der Vorstand hat abhängig von der Bedeutung der Frage sachkundigen Rechtsrat einzuholen und kann dann nach pflichtgemäßem Ermessen den für die Gesellschaft günstigen Rechtsstandpunkt einnehmen. Ähnliches gilt auch bei der Einführung neuer Rechtsvorschriften, deren Auslegung noch ungewiss ist (ein verständliches Beispiel dafür ist die weiter unten dargestellte

²⁶⁷ *Fleischer* in ZIP 2005, 141; a.A. die Theorie vom effizienten Vertragsbruch, grundlegend dazu *Brennan/ Buchanan*.

²⁶⁸ *Hopt* in *Wiedemann/ Hopt*, § 93 Rn. 99; *Hüffer*, § 93 Rn 22; *Fleischer* in ZIP 2005, 141.

Neuregelung zum Umgang mit Ad-hoc-Sachverhalten gemäß §§ 13, 15 WpHG). Jedoch muss der Vorstand auch berücksichtigen, dass die Einnahme einer zweifelhaften Rechtsposition im konkreten Einzelfall zu einem erheblichen Schaden führen kann, nämlich dann, wenn durch die Gerichte eine andere Rechtsauffassung vertreten wird.²⁶⁹ Mit *Hauschka*²⁷⁰ wird man sicherlich auch anerkennen müssen, dass nicht bereits jede auch noch so kleine Rechtsverletzung im Unternehmen eine entsprechend haftungsrelevante Sorgfaltspflichtverletzung indiziert. Die Haftungsfolgen einer solchen Annahme wären aus seiner Sicht schlicht untragbar und hätten zur Folge, dass so gut wie alle Vorstände in Deutschland im Zustand einer dauerhaften Pflichtverletzung leben würden. Allerdings darf auch dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass kleinere Rechtsverstöße nicht nur punktuelle Auswirkungen haben können, sondern auch weitere nachteilige Folgen durch Reputationsschäden auslösen und die Schaffung einer Unternehmenskultur, in der Rechtstreue kein hohes Ansehen genießt.²⁷¹

²⁶⁹ *Wiesner in MünchHdb/AG*, § 25, Rn. 4.

²⁷⁰ *Hauschka*, ZIP 2004, 877; ähnlich *Bürkle*, BB 2005, 565.

²⁷¹ *Bürkle*, BB 2005, 565.

(2) Vertragsverletzung

Im Hinblick auf die Erfüllung von Vertragspflichten gegenüber Dritten besteht zumindest im Innenverhältnis nach herrschender Meinung keine unbedingte Rechtspflicht zur Erfüllung aller Vertragspflichten.²⁷² Zwar wird ein Vertragsbruch in der Regel pflichtwidrig sein, wenn der Gesellschaft dadurch erhebliche Nachteile drohen; im Einzelfall kann es jedoch unter besonderen Umständen sinnvoll sein, sich im Gesellschaftsinteresse vertragswidrig zu verhalten und einen Prozess bzw. eine Verurteilung zum Schadensersatz abzuwarten. Nach der Auffassung von *Fleischer* ist dies mit der organschaftlichen Legalitätspflicht auch durchaus vereinbar, weil deren Geltungsgrund im Vorrang der Gesetzesbindung liegt und der Vertrag keine Rechtsquelle im rechtstechnischen Sinne darstellt.²⁷³

(3) Rechtfertigungsgründe

Wie im Vertrags- und Deliktsrecht indiziert ein Verstoß gegen die organschaftliche Legalitätspflicht auch im Rahmen des § 93

²⁷² *Fleischer* in *Spindler/ Stilz*, § 93, Rn. 25; *Hopt* in *Wiedemann/ Hopt*, § 93 Rn. 100; *Krieger/Sailer* in *Schmidt/ Lutter*, § 93, Rn. 12; *Lutter*, ZIP 2007, 841.

²⁷³ *Fleischer* in ZIP 2005, 141; a.A. dazu *Schneider*, DB 2005, 707.

Abs. 1 die Rechtswidrigkeit, jedoch können dem Vorstand auch hier Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen. Solche Erlaubnissätze ergeben sich aus aktienrechtlichen Sonderregelungen, aber ebenso aus den allgemein anerkannten Rechtfertigungsgründen des Straf- und Zivilrechts.²⁷⁴ Ein aktienrechtliches Beispiel dafür könnte unter dem Aspekt der Schadensabwendung der Auskauf opponierender Aktionäre im Sinne des § 71 Abs.1 Nr. 1 AktG sein, die Widerspruch zu Protokoll in der Hauptversammlung erklärt haben, obwohl dies möglicherweise gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt.²⁷⁵ Eine ähnliche Notstandslage könnte gegeben sein, wenn der Vorstand entgegen § 33 Abs.1 Satz 1 WpÜG ein feindliches Übernahmeangebot bekämpft, weil ihm konkrete Anhaltspunkte für eine gesetzwidrige Ausbeutung des Unternehmens nach der Übernahme vorliegen.²⁷⁶ Dagegen ist eine Rechtfertigung unter dem Aspekt des § 34 StGB in aller Regel ausgeschlossen, wenn die Existenz eines Unternehmens und seiner Arbeitsplätze nur durch einen Verstoß gegen Umwelt-oder Arbeitsschutzvorschriften gerettet werden kann.²⁷⁷

²⁷⁴ *Fleischer* in ZIP 2005, 141.

²⁷⁵ *Fleischer* in ZIP 2005, 141; ausführlich zu diesem Sachverhalt *Diekgräf*, S. 140 ff.

²⁷⁶ Siehe dazu *Hopt in Wiedemann/Hopt*, § 93, Rn. 125, ders. in ZHR 2002, 383.

²⁷⁷ BGH JR 1997, 253.

Die gesetzesadäquaten Risiken und Einschränkungen solcher Vorgaben sind vom Vorstand hinzunehmen, weil der Gesetzgeber die gesamtgesellschaftlichen Interessen insoweit als schutzwürdiger angesehen hat.²⁷⁸

b) Unternehmerische Ermessensausübung oder Pflicht für eine Compliance-Organisation

Mit der grundsätzlich strikten Legalitätsbindung vorentschieden ist auch die Frage nach einem unternehmerischen Ermessen. Es entspricht sowohl der gängigen Lehrmeinung,²⁷⁹ dass Raum für unternehmerische Entfaltung nur innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Pflichtenrahmens bleibt, als auch der Linie des BGH, der den weiten Handlungsspielraum des Vorstands als überschritten ansieht, wenn das Verhalten „aus anderen Gründen als pflichtwidrig“ gelten müsse.²⁸⁰ Die Business Judgement Rule im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG hat daran nichts geändert; schon in der Begründung zum Regierungsentwurf zum UMAG heißt es, dass Verstöße gegen Gesetz, Satzung oder

²⁷⁸ BGH JR 1997, 253.

²⁷⁹ *Fleischer in Spindler/Stilz*, § 93, Rn. 25; *Hefermehl/Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 24; *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 93, Rn. 12; *Lutter*, ZIP 2007, 841, *Thümmel*, DB 2004, 471; *Goette in Geiß*, S. 749.

²⁸⁰ BGHZ 135, 244 = ZIP 1997, 883.

Treuepflichten niemals vom unternehmerischen Ermessen gedeckt sein können.²⁸¹ Anders ausgedrückt: Den „sicheren Hafen“ der Business Judgement Rule für unternehmerische Ermessensentscheidungen kann der Vorstand bei Verstößen gegen gesetzliche Vorgaben niemals erreichen.²⁸²

Zur weiteren Begründung wird teilweise darauf verwiesen, dass es bei Verletzung der Legalitätspflicht schon am ersten Tatbestandsmerkmal der Business Judgement Rule fehlt, nämlich der unternehmerischen Entscheidung.²⁸³ Eine unternehmerische Entscheidung liegt vor, wenn der Vorstand frei ist, sich so oder so zu entscheiden und zu verhalten. *Schneider* definiert dazu: „Eine unternehmerische Entscheidung ist die bewusste Auswahl eines Organs der Gesellschaft aus mehreren möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensalternativen.“²⁸⁴ Bei den Pflichten kraft Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung oder auch aus dem Anstellungsvertrag gibt es jedoch nur **eine** zulässige Entscheidung und gerade keine Alternativen. Hier kann es kein Ermessen geben, der Vorstand muss einfach dem folgen, was

²⁸¹ RegE. zum UMAG, BR-Drucks. 3/05 S. 19 = *Thümmel*, DB 2004, 471.

²⁸² RegE. zum UMAG, BR-Drucks. 3/05 S. 18; *Bürkle*, BB 2005, 565.

²⁸³ *Lutter*, ZIP 2007, 841; *Goette in Geiß*, S. 123; *Fleischer*, ZIP 2004, 685.

²⁸⁴ *Schneider*, DB 2005, 707.

festgelegt ist.²⁸⁵ Eine andere Auffassung hält es für richtiger, Gesetze und Satzungsverstöße ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Business Judgment Rule herauszunehmen. Sie kommt jedoch zum selben Ergebnis mit der vernachlässigbaren Abweichung, dass sich zum Beispiel verbotene Kartellabsprachen durchaus unter den Begriff der unternehmerischen Entscheidung subsumieren ließen.²⁸⁶

Das unternehmerische Ermessen kann daher – wenn überhaupt - nur in Bezug auf die Verpflichtung zur Einrichtung einer angemessenen Compliance-Organisation eine Rolle spielen, nicht jedoch hinsichtlich der Frage, ob überhaupt Rechtsverstöße der Gesellschaft oder ihrer Mitarbeiter toleriert werden können.²⁸⁷

Die Frage der Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation wird vor allem zwischen Praktikern und der Rechtswissenschaft diskutiert.²⁸⁸ In der Rechtsliteratur geht man

²⁸⁵ Lutter, ZIP 2007, 841; Goette in Geiß, S. 123.

²⁸⁶ Thümmel, DB 2004, 471.

²⁸⁷ Kort, NZG 2008, 81, Bürkle, BB 2007, 1797, Hauschka, ZIP 2004, 877.

²⁸⁸ Schneider, U., ZIP 2003, 645 und darauf erwidern Hauschka, ZIP 2004, 877; ebenso Bürkle, BB 2005, 565; Bürkle, BB 2007, 1797 und zuletzt Kort, NZG 2008, 81.

teilweise davon aus, dass es eine allgemeine Rechtspflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation für alle Unternehmen gibt.²⁸⁹ Nach der Auffassung von *Bürkle*²⁹⁰ gibt es zumindest auf der Ebene des Entschliessungsermessens, also hinsichtlich der Frage, ob eine Pflicht zur Einführung eines internen Compliance-Systems besteht, eine Verdichtung des Ermessens hin zu einer Handlungspflicht des Vorstands. Dafür sprechen die zwingend gebotene Beachtung rechtlicher Vorgaben, der offenkundige Nutzen eines solchen Systems sowie die potenziell existenzbedrohenden Folgen unrechtmässigen Verhaltens. Lediglich auf der Ebene des Auswahlermessens, also bei der Frage, wie der Vorstand bei der Einrichtung der Compliance-Organisation zu handeln hat, kommt danach überhaupt ein Ermessenspielraum in Betracht.

aa) Entschliessungsermessens

Die rechtlichen Grundlagen für Compliance-Programme sind schon deshalb nicht einfach zu finden, weil der Begriff Compliance oder auch nur eine deutsche Umschreibung dieses Terminus – wie schon gezeigt - im gesetzlich normierten

²⁸⁹ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645; *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

²⁹⁰ *Bürkle*, BB 2005, 565.

deutschen Gesellschaftsrecht nicht vorhanden ist.²⁹¹ Rechtliche Organisationsanforderungen an den Vorstand sind zwar in § 91 AktG enthalten, der die amtliche Überschrift „Organisation“ trägt, ob jedoch neben dem Überwachungssystem im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG dazu auch die Einrichtung einer Compliance-Organisation gehört, ergibt sich zumindest nicht aus dem Wortlaut der Norm und ist daher nicht eindeutig zu beantworten. Der Vorstand hat bei der Leitung und Organisation des Unternehmens zunächst einmal weitgehende Handlungsfreiheit und verfügt über ein entsprechendes Organisationsermessen.²⁹² Voraussetzung ist lediglich, dass die Grundsätze ordnungsgemäßer Organisation beachtet werden,²⁹³ wobei die strengen Vorgaben der Legalitätspflicht jedoch zu berücksichtigen sind.²⁹⁴ Nach *Hefermehl/Spindler*²⁹⁵ immerhin dürften geeignete Maßnahmen zur rechtzeitigen Erkennung rechtlicher Risiken (Compliance) zu einem angemessenen Überwachungssystem dazugehören und können dezentral ausgeführt werden, zwingend sei dies allerdings nicht. Aber auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 91 Abs. 2 AktG treffen den Vorstand so genannte Compliance-

²⁹¹ Kort, NZG 2008, 81.

²⁹² *Hefermehl/Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 20.

²⁹³ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

²⁹⁴ *Bürkle*, BB 2005, 565.

²⁹⁵ *Hefermehl/Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 24.

Organisationspflichten, die nicht bestandsgefährdende Entwicklungen im Auge haben; im Kern geht es auch dabei stets um die sachgerechte, Schäden vom Unternehmen abwendende Organisation, die in allen Rechtsgebieten vergleichbare Muster einer sachgerechten Aufgaben- und Kompetenzverteilung aufweist.²⁹⁶ *Schneider* verlangt hier „ein doppeltes Pflichtenheft“ und einen siebenstufigen Mindestaufbau einer Compliance-Organisation, worauf später noch eingegangen wird.²⁹⁷

(1) § 130 OWiG

Ansätze für eine normative Verankerung von Compliance finden sich auch im Kartellordnungswidrigkeitenrecht, aus dem auch die ersten Compliance-Programme entwickelt wurden. Deren Inhalte wurden im Wesentlichen in Anlehnung an die Praxis des Bundeskartellamts und der Gerichte zu den unternehmerischen Organisationspflichten im Sinne des § 130 OWiG entwickelt.²⁹⁸ Allerdings ist § 130 OWiG nach *Schneider*²⁹⁹ eine „unvollkommene“ Organisationspflicht und spricht auch nicht *expressis verbis* von Compliance, sondern nur von

²⁹⁶ *Hefermehl/ Spindler in MünchKomm. AktG*, § 91, Rn. 24.

²⁹⁷ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

²⁹⁸ *Kort*, NZG 2008, 81.

²⁹⁹ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645; *Rogall in Karlsruher Komm.*, § 130, Rn. 25.

„erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen“. Ordnungswidrig im Sinne des § 130 OWiG handelt demnach, wer als Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber als solchen treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Allerdings ist das Ausmaß dieser Aufsichtsmaßnahmen im Gesetz ebenfalls nicht normiert worden, sondern wird durch Entscheidungen der Kartellgerichte und die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts präzisiert.³⁰⁰

(2) Sektorspezifische Regelungen

Sektorspezifisch findet man unterschiedliche Ausgestaltungen der Anforderungen an Compliance; so sieht Compliance etwa in Industrie- und Handelsunternehmen anders aus als beispielsweise im Bankenbereich. In Industrieunternehmen spielen insbesondere die Einhaltung kartellrechtlicher Bestimmungen und die Korruptionsbekämpfung eine Rolle, da in diesen Bereichen das wirtschaftliche Risiko für die

³⁰⁰ Kort, NZG 2008, 81; Schneider, U., ZIP 2003, 645.

betroffenen Unternehmen besonders hoch ist.³⁰¹ Für den Bereich der Finanzdienstleister verweist *Lösler*³⁰² auf die Neufassung des § 25 a I Nr.1 KWG, wonach ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut nunmehr ausdrücklich verpflichtet wird, über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu verfügen. Ferner sieht § 25 a KWG vor, dass die Verantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, die die Einhaltung der zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen zu gewährleisten hat, bei den Geschäftsleitern des Instituts liegt. Eine weitere sektorspezifische Regelung dazu enthält der ebenfalls geänderte § 33 I WpHG. Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie über Märkte und Finanzinstrumente (MiFID) wurde § 33 Abs. 1 WpHG dahingehend neu gefasst, dass ab dem 01.11.2007 die Wertpapierdienstleistungsunternehmen verpflichtet sind, angemessene Grundsätze aufzustellen sowie Verfahren einzurichten, die darauf ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass das Unternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen des Wertpapierhandelsgesetzes nachkommen.³⁰³ Auch zuvor wurde § 33 Abs.1 WpHG als Rechtsgrundlage für Compliance bei den Organisationspflichten

³⁰¹ *Kort*, NZG 2008, 81.

³⁰² *Lösler*, NZG 2005, 104, 106; so auch *Kort*, NZG 2008, 81.

³⁰³ *Kort*, NZG 2008, 81 mit Verweis auf *Krieger/Schneider*, § 18 Rz.1.

der Wertpapierdienstleistungsunternehmen angesehen.³⁰⁴ Zur Begründung wird unter anderem darauf verwiesen, dass die Verwaltungsvorschrift, mit der die BaFin die in § 33 Abs.1 WpHG niedergelegten Organisationspflichten konkretisiert, allgemein auch als „Compliance-Richtlinie“ bezeichnet wird.³⁰⁵

Ähnlich wie § 25 a KWG enthält auch der Entwurf des neuen § 64 a VAG³⁰⁶ einen Beitrag zum konkreten Thema Compliance, der sich ausführlich mit den essentialia einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation befasst und damit über die Anforderungen des Aktiengesetzes hinausgeht. Nach der neuen Vorschrift im Versicherungsaufsichtsgesetz setzt eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation neben einer angemessenen Verwaltung und Buchhaltung insbesondere ein Risikomanagement voraus. Dazu gehört nicht nur eine Risikostrategie, die sämtliche Risiken berücksichtigt, sondern auch ein organisatorischer Rahmen, der geeignet ist, potenzielle Gesetzesverstöße zu vermeiden.³⁰⁷ *Kort*³⁰⁸ erwartet von § 64 a VAG eine Ausstrahlungswirkung auf die Auslegung und

³⁰⁴ *Lösler*, NZG 2005, 104.

³⁰⁵ Richtlinie zur Konkretisierung der Organisationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom 25.10.1999, Bundesanzeiger Nr. 210 vom 06.11.1999, S. 18453.

³⁰⁶ RegE, BT-Drs. 16/ 6518 abgedruckt bei *Kort*, NZG 2008, 81.

³⁰⁷ RegE, BT-Drs. 16/ 6518 abgedruckt bei *Kort*, NZG 2008, 81.

³⁰⁸ *Kort*, NZG 2008, 81.

Konkretisierung der Generalklauseln §§ 76, 93 des Aktiengesetzes, auch wenn die Norm zugegebenermaßen auf die Besonderheiten des stark regulierten Versicherungswirtschaftszweiges zugeschnitten ist.

Darüber hinaus finden sich an unterschiedlichen Stellen im Gesetz öffentlich-rechtliche Pflichten zur angemessenen und rechtstreuen Organisation. Im Wege einer Gesamtanalogie nimmt *Schneider* an, dass daraus für alle Unternehmen eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung zur Errichtung einer Compliance-Organisation bestehe.³⁰⁹ Begründet wird diese Forderung mit der Existenz einzelner Organisationspflichten, wie auch von *Spindler*³¹⁰ zuletzt angenommen, mit einer Reihe von Spezialnormen wie § 52a II BImSchG, § 53 KrW/AbfG, Art. 11 EG-Geldwäsche-Richtlinie und § 14 GeldwäscheG. So heißt es exemplarisch in § 52 a Abs. 2 BImSchG, der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage habe der zuständigen Behörde mitzuteilen, „auf welche Weise sichergestellt ist, dass die dem Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen und vor sonstigen Gefahren, ...dienenden Vorschriften und Anordnungen beim Betrieb beachtet werden.“ Ähnlich dazu

³⁰⁹ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

³¹⁰ *Spindler, S.* 87; ähnlich *Paefgen, AG* 2004, 245.

fordert § 14 GeldwäscheG, dass bestimmte Unternehmen, vor allem Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, verpflichtet sind, Vorkehrungen dagegen zu treffen, dass sie zur Geldwäsche missbraucht werden. Vorkehrungen sind dabei „die Entwicklung interner Grundsätze, Verfahren und Kontrollen zur Verhinderung von Geldwäsche.“ Hinter diesen Spezialvorschriften steht der allgemeine Rechtsgedanke einer Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation.

311

Demgegenüber geht *Hauschka*³¹² davon aus, dass die spezialgesetzlichen Bestimmungen etwa für nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Anlagen gemäß § 52a II BImSchG, für Abfallentsorger gemäß § 53 KrW/AbfG oder Kreditinstitute gemäß Art. 11 EG-Geldwäsche-Richtlinie gemäß § 14 GeldwäscheG als Grundlage einer „für alle Unternehmen“ bestehenden Verpflichtung nicht ausreichen. *Hauschka* hebt hervor, dass – von der beschränkten Geltung des Aktienrechts mal abgesehen – nicht jeder Compliance-Verstoß zu einer „Existenzgefährdung“ für das Unternehmen als Ganzes im Sinne

³¹¹ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

³¹² *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 8; ders. ZIP 2004, 877.

von § 91 II AktG führt.³¹³ Auch wenn unbestritten ist, dass irgendjemand dafür zu sorgen hat, dass das Unternehmen sich rechtstreu verhält, sei und bleibt es Sache der Leitungsorgane, zu entscheiden, ob sie sich selbst für hinreichend informiert und kompetent halten, um die Rechtstreue des Unternehmens zu gewährleisten, oder ob sie hierzu eine Organisation schaffen wollen. Im Hinblick auf die zu § 130 OWiG ergangenen Entscheidungen sieht *Hauschka* es als Irrtum an, dass Richter besser als Unternehmer wüssten, wie ein Unternehmen rechtskonform zu führen sei; als Kehrseite dieser Unternehmensfreiheit steht natürlich die Verantwortlichkeit und Haftung für die jeweilige Entscheidung des Vorstands.³¹⁴

Im Übrigen sieht er seine Einschätzung durch einen Blick auf die enormen Haftungsfolgen einer allgemeine Rechtspflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation bestätigt; eine allgemeine Pflicht zu einer Compliance-Organisation sei weder in rechtspolitischer noch in unternehmenspraktischer Hinsicht wünschenswert oder realistisch.³¹⁵ Die Haftungsfolgen einer Gegenansicht wären unübersehbar. Die Annahme einer solchen

³¹³ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 8.

³¹⁴ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 8.

³¹⁵ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 8; ders. ZIP 2004, 877.

Pflicht hätte zur Folge, dass derzeit schätzungsweise 99% der Vorstände und Geschäftsführer in Deutschland in einem Zustand permanenter Pflichtverletzung ihrer Tätigkeit nachgehen würden. Nachdem Rechtsunkenntnis gemeinhin nicht entschuldigt, wäre im Falle eines Schadens der Gesellschaft, verursacht durch Verstöße von Mitarbeitern, jeweils die persönliche Haftung der Organe wegen dieser Pflichtverletzung zu prüfen.³¹⁶ Eine solche persönliche Haftung der verantwortlichen Organe sei sicherlich beispielsweise bei Kartellabsprachen mit signifikantem Bußgeld gerechtfertigt, nicht jedoch bei jedem nur denkbaren Rechtsverstoß eines Mitarbeiters, würde dann jede Organstellung doch zu einem unabsehbaren persönlichen Risiko.³¹⁷

bb) Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex für die Compliance

Nachdem das Gesetz keine präzisen Grundlagen bietet, ob es eine allgemeine Pflicht zur Sicherstellung von Compliance gibt, sind die Bestimmungen des Deutschen Corporate Governance Kodex schon etwas aussagekräftiger. Die Thematik der

³¹⁶ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 8.

³¹⁷ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 3.

Compliance ist in der jüngsten Fassung vom 20.07.2007³¹⁸ an drei Stellen behandelt und ausführlich von *Bürkle*³¹⁹ besprochen.

(1) Vorstand

Die neue Kodexfassung sieht in Ziffer 4.1.3. für den Vorstand gegenüber dem bisherigen Text folgende Erweiterung vor:

„Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“

Bereits aus terminologischer Sicht des Kodex folgt, dass Compliance als eine Rechtspflicht für den Vorstand angesehen wird. Der Kodex formuliert hier eindeutig im Indikativ und zeigt damit, dass rein deklaratorisch die ohnehin geltende Rechtslage wiedergegeben werden soll.³²⁰ Die Differenzierung in „gesetzliche Bestimmungen“ und „unternehmensinterne Richtlinien“ unterstreicht dabei die – auch hier vertretene - Unterscheidung bei der Legalitätspflicht des Vorstands zwischen einer internen und einer externen Pflichtenbindung. Es gehört damit zu den

³¹⁸ www.corporate-governance-code.de

³¹⁹ *Bürkle*, BB 2007, 1797.

³²⁰ *Bürkle*, BB 2007, 1797.

Kardinalpflichten des Vorstands im Sinne der §§ 76, 93 AktG, sich bei seiner Amtsführung gesetzestreu zu verhalten und dies umfasst sowohl die interne Pflichtenbindung aus Aktiengesetz, Satzung und Geschäftsordnungen, aber auch die externe Pflichtenbindung, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ausserhalb der des Aktienrechts ergibt (z.B. Aus dem Bilanz-, Kartell-, oder Wertpapierhandelsrecht)³²¹.

(2) Aufsichtsrat

Die aktuelle Fassung des Kodex bezieht auch die Tätigkeit des Aufsichtsrats unmittelbar in die Compliance-Vorgaben mit ein. Der geänderte Text in Ziffer 5.3.2. zeigt:

*„Der Aufsichtsrat soll einen Prüfungsausschuss (audit committee) einrichten, der sich insbesondere mit Fragen der Rechnungslegung, des Risikomanagements und der **Compliance**, der erforderlichen Unabhängigkeit des Abschlußprüfers, der Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlußprüfer, der Bestimmung von Prüfungsschwerpunkten und der Honorarvereinbarung befasst.“*

³²¹ *Fleischer in Hüffer*, § 93 Rn. 14, ähnliche Differenzierung auch bei *Hefermehl/Spindler in MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 69 und *Krieger/Sailer in Schmidt/ Lutter*, § 93, Rn. 6.

Der Kodex sieht damit nun also ausdrücklich vor, dass sich der Prüfungsausschuß nicht nur mit Risikomanagement und interner Kontrolle, sondern eben auch mit Compliance befassen muss. Es handelt sich dabei jedoch, anders als bei Ziffer 4.1.3 um eine unverbindliche Empfehlung, da bereits die Einrichtung des Audit committee selbst nur eine Soll-Vorschrift und damit eine Empfehlung ist.³²² Immerhin zeigt auch diese Regelung jedoch den engen und funktionsbedingten Zusammenhang zwischen Risikomanagement und Compliance und die Bedeutung von Compliance im Aufsichtsgremium von Aktiengesellschaften.

Die Wiedergabe dieser Pflicht des Aufsichtsrats in Ziffer 5.1.1. des Kodex, den Vorstand zu überwachen, zeigt außerdem, dass das Thema Compliance nicht nur dem Prüfungsausschuß sondern dem gesamten Aufsichtsrat obliegt. Dieser muss bereits im Rahmen seiner Überwachungspflicht kontrollieren, dass der Vorstand die verbindlichen Regelwerke einhält bzw. angemessene Organisationsformen geschaffen hat, die dies auch im Unternehmen sicherstellen. Zudem trifft den Aufsichtsrat selbst in Fällen gemeinsamer Unternehmensentscheidungen

³²² *Bürkle*, BB 2007, 1797.

vergleichbar dem Vorstand natürlich auch die Pflicht zu rechtskonformem Handeln.³²³

(3) Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat

Neben Vorgaben für die Tätigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat sieht die Neuregelung des Kodex in Ziffer 3.4 Abs. 2 für die Zusammenarbeit der beiden Verwaltungsorgane vor:

„Der Vorstand informiert den Aufsichtsrat regelmäßig, zeitnah und umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Planung, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage, des Risikomanagements und der Compliance.“

Diese Informationspflicht ist eine gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. Den Vorstand trifft dabei die Rolle des Informierenden und der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, dass er über das eingeführte Compliance-System und relevante Compliance-Fälle unterrichtet wird.³²⁴ Dazu gehören zum Beispiel aktuelle rechtliche Entwicklungen, Urteile und bedeutende Gesetzesänderungen, die das Unternehmen wesentlich beeinflussen können.

³²³ *Bürkle*, BB 2007, 1797.

³²⁴ *Bürkle*, BB 2007, 1797.

cc) Auswahlermessen

Ein Handlungsspielraum des Vorstands kann daher lediglich noch bei der Auswahl der konkreten, individuellen Ausgestaltung der Compliance-Organisation gegeben sein. Auch wenn für die Einrichtung eines Systems an sich eine Handlungspflicht besteht, ist dessen Ausgestaltung im Detail doch dem Vorstand überlassen, der hierbei ein unternehmerisches Ermessen hat und dieses auch ausüben muss.³²⁵ Wie gezeigt bieten die vereinzelt Gesetzenormen kein präzises Bild im Hinblick auf die konkrete Organisation von Compliance im Unternehmen. Der Vorstand schuldet also bezüglich des „Wie“ der Maßnahmen gemäß § 93 Abs. 1 AktG die gebotenen, angemessenen und verhältnismäßigen Maßnahmen bei der Unternehmensorganisation ausgerichtet am Interesse des Unternehmens.³²⁶

Die konkrete Ausgestaltung der unternehmensspezifischen Compliance-Organisation hängt nach übereinstimmender Meinung von einer Vielzahl unternehmensindividueller Faktoren ab, wie etwa Branche, Unternehmensgröße, Konzernstruktur, Internationalisierungsgrad und

³²⁵ Kort, NZG 2008, 81; Kort in Wiedemann/ Hopt, § 91, Rn. 66.

³²⁶ Kort, NZG 2008, 81.

Kapitalmarktzugang.³²⁷ Es gibt daher kein allgemein gültiges Patentrezept für alle Aktiengesellschaften, sondern der Vorstand der jeweiligen Gesellschaft muss individuell und nach Abwägung der spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens entscheiden, welche Organisationsform geeignet und angemessen ist.³²⁸ In Abhängigkeit davon ist zu bestimmen, welche konkreten Ziele die Compliance-Organisation verfolgen soll und welche konkreten Instrumente/Inhalte zur Einrichtung einer Compliance-Organisation geeignet und erforderlich sind. Darauf wird bei der späteren Betrachtung des Testfalls Kapitalmarkt-Compliance näher einzugehen sein.

Für das Auswahlermessen hingegen ist wichtig, dass auch dieses durch zwingende spezialgesetzliche Regelungen reduziert sein kann, die nur spezielle Aktiengesellschaften treffen und die bereits konkrete Anweisungen zur Ausgestaltung von Compiance-systemen beinhalten. Dazu gehören zum Beispiel die bereits dargestellten Sonderregelungen im Versicherungsaufsichtsgesetz und Kreditwesengesetz. Eine weitere Ermessensreduktion kann sich daraus ergeben, dass

³²⁷ *Bürkle*, BB 2005, 565; *Bürkle*, BB 2007, 1797, 1798; *Kort*, NZG 2008, 81; *Schneider*, U., ZIP 2003, 645; *Lösler*, NZG 2005, 104; *Wiesner in MünchHdb/AG*, § 25, Rn. 5; *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

³²⁸ *Wiesner in MünchHdb/AG*, § 25, Rn. 5.

bereits Rechtsverstöße im Sinne von bestandsgefährdenden Entwicklungen nach § 91 Abs. 2 drohen; je höher der drohende Schadensumfang und je wahrscheinlicher der Schadenseintritt, umso höher wird ein konkretes Vorstandshandeln verpflichtend erforderlich.³²⁹ Das gilt erst recht dann, wenn bereits Rechtsverstöße begangen worden sind; dann muss der Vorstand wirksame Maßnahmen schon deshalb einleiten, um Wiederholungsfälle zu vermeiden.³³⁰ Im Regelfall wird der Vorstand auch in diesen Fällen über mehrere gleichwertige Handlungsalternativen verfügen. Je nach Einzelfall kann jedoch eine Reduzierung des Ermessens vorliegen; dann bleibt dem Vorstand auch kein relevanter Spielraum auf der Ebene des Auswahlermessens.³³¹

5. Zwischenfazit

Damit steht fest: Compliancerisiken zählen trotz ihrer Unterschiede zu anderen unternehmerischen Risiken ebenso zu den potenziell bestandsgefährdenden Gefahren für ein Unternehmen. Der Umfang von Compliance umfasst dabei nicht nur die externe Pflichtenbindung an die Vielfalt der für das

³²⁹ Bürkle, BB 2005, 565.

³³⁰ Heussen/ Damm, BB 1999, 481, Tamm DB 1994, 481.

³³¹ Bürkle, BB 2005, 565.

Unternehmen geltenden Normen, sondern eben auch die Gesamtheit der internen Regeln und Richtlinien des Unternehmens. Verstöße sowohl gegen die externen aber auch die internen Regeln bergen ein hohes Schadenspotenzial für die Unternehmen und beeinflussen damit das Ermessen des Vorstands bei der Leitung- und Organisation des Unternehmens. Der Handlungsspielraum des Vorstandes und auch der Mitarbeiter ist daher –anders wie zum Beispiel bei Markt- oder Finanzrisiken – stark eingeschränkt und wird massgeblich durch die Legalitätspflicht des Vorstands und des Unternehmens bestimmt. Für Verstöße in diesem Bereich gibt es gerade keinen „sicheren Hafen“, der das Handeln rechtfertigt; sie sind und bleiben rechtswidrig da es zu rechtmäßigem Verhalten grundsätzlich keine Alternative gibt. Nachdem nun auch der Deutsche Corporate Governance Kodex dieses Prinzip klarstellt, dürfte es mittlerweile daher zum Standard einer guten Unternehmensführung gehören, angemessene und geeignete Maßnahmen im Unternehmen einzurichten, die das Risiko von Regelverletzungen verhindern sollen.

Zwischen Risikomanagement, Compliance und Corporate Governance besteht damit ein enger Zusammenhang. Vor allem wird man festhalten können, dass Compliance wichtiger

Bestandteil eines angemessenen und geeigneten Risikomanagements ist. Es ist nun zu klären, ob diese Erkenntnis es möglicherweise auch zulässt, die bereits vorhandenen Ansätze aus dem Bereich des Risikomanagements auf den Umgang mit Compliance-Risiken zu übertragen.

C. Anwendung von Risikomanagementsystemen auf Compliance-Risiken am Beispiel Kapitalmarkt-Compliance

Im vorangehenden Kapitel wurden die gesetzlichen Grundlagen des Risikomanagements und der Zusammenhang mit den Compliance-Risiken im Unternehmen vorgestellt. Die daraus abgeleitete These lautet, dass es sich bei den Compliance-Risiken um bestandsgefährdende Entwicklungen im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG handelt, auch wenn diese im Hinblick auf den unternehmerischen Ermessensspielraum anders zu beurteilen sind. Für die unternehmerische Praxis stellt sich damit die Frage nach der Anwendbarkeit von Risikomanagementsystemen auf Compliance-Risiken.

Die Kapitalmarkt-Compliance bietet dazu ausreichend Gelegenheit. Es wird gezeigt, dass die Gesetzgebung in jüngster Zeit den Unternehmen eine Fülle von Neuerungen und Veränderungen beschert hat, die die Gesellschaften beachten müssen. Besonders betroffen davon sind kapitalmarktorientierte Unternehmen.

Die Diskussionen um das Anlegerschutzverbesserungsgesetz (AnSVG)³³² aus dem Jahr 2005 versprechen, einen geeigneten Testfall für die Anwendung eines Risikomanagementsystems auf Compliance-Risiken zu bieten. Außerhalb des Kapitalmarktrechtes gehören in den Blickpunkt dieser Betrachtung aber auch allgemeine, zivilrechtliche Neuregelungen, wie zum Beispiel das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG),³³³ welches ebenfalls zu einer Verunsicherung der Unternehmen geführt hat.³³⁴ Im Hinblick auf die Kostenbelastungen in den Unternehmen, welche durch neue gesetzliche Regelungen verursacht werden, bietet das AGG

³³² BGBl 2004. I, 2630.

³³³ BGBl 2006, I, 1897.

³³⁴ *Oberwetter*, BB 2007, 1847.

einen weiteren Testfall für die Betrachtung von Compliance-Risiken im Risikomanagementsystem.

1. Kapitalmarkt–Compliance – als Risiko im Unternehmen

Wie im letzten Kapitel dargestellt, können Compliance-Risiken an ganz unterschiedlicher Stelle im Unternehmen entstehen. Aus der Vielzahl möglicher Compliance-Risiken soll im Folgenden die Kapitalmarkt-Compliance untersucht werden. Gesellschaften, die am Kapitalmarkt teilnehmen, haben eine zunehmende Anzahl von Gesetzen zu befolgen, die hohe Anforderungen –vor allem an die Transparenz- stellen und damit offensichtlich das Risiko von Gesetzesverstößen vergrößern. Um ein Verständnis für die Risikorelevanz der Kapitalmarkt-Compliance zu bekommen, ist ein Blick in die jüngste internationale und nationale Entwicklung der Gesetzgebung für den Kapitalmarkt notwendig. Allein Umfang und Frequenz kapitalmarktrechtlicher Neuregelungen zeigen deutlich, dass bei den betroffenen Emittenten ständiger Anpassungsbedarf an neue Vorschriften besteht, mit der Folge von Implementierungsrisiken und Unsicherheiten bei der Umsetzung. Der Präsident des Deutschen Aktieninstituts *von*

Rosen befürchtet in dem Zusammenhang eine wettbewerbsverschlechternde Überregulierung des Kapitalmarktrechtes:³³⁵ „Wir müssen leider feststellen, dass bei den gesetzlichen Anforderungen an Kapitalmarktverhalten und Corporate Governance der börsennotierten Unternehmen die Grenze zur Überregulierung oftmals überschritten wurde. Der von Brüssel und Berlin erzeugte Regulierungsdruck ist in vielen Bereichen spürbar.“

Die damit verbundene Forderung nach Gesetzestreue könnte einerseits leicht dahingehend beantwortet werden, dass weder Verträge noch Gesetze unmittelbar rechtliche Nachteile enthalten, sofern sich die Gesetzesadressaten oder Vertragspartner an die Regeln halten.

Beispiel: Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz regelt in § 39 Abs. 4 i.V.m. § 15b Abs. 1 WpHG eine Geldbuße von bis zu Euro 50.000,00 für den Fall, dass das Unternehmen kein korrektes Insiderverzeichnis führt.

³³⁵ von Rosen, R.; Pressemitteilung des DAI vom 27.03.2007, www.dai.de/pressemitteilungen.

Die Gefahr einer Ordnungswidrigkeit lässt sich somit auf den ersten Blick leicht durch die Installation eines geeigneten Insiderverzeichnisses vermeiden. Bei genauem Hinsehen und Prüfung der Anforderungen an das Insiderverzeichnis stellt der Bearbeiter jedoch plötzlich eine Reihe von Fragen und auch Widersprüchen fest:

- Welche Informationen und Daten genau sind in dem Verzeichnis aufzunehmen?
- Wer ist aufzunehmen; z.B. auch die Mitarbeiter der Aufsichtsräte?
- Wie findet eine angemessene Belehrung der Insider statt?
- Sind die Mitarbeiter zum Beispiel aus dem Konzernrechnungswesen ständige Insider und damit vom Aktienhandel faktisch ausgeschlossen?

Die Antworten darauf, die eine gewünschte Gesetzestreue erst ergeben, verbergen sich somit meist hinter auslegungsbedürftigen und aufwendig umzusetzenden Gesetzen, Verordnungen und Ausführungsbestimmungen. Allein zur Umsetzung eines rechtmäßigen Insiderverzeichnisses im Sinne des § 15b WpHG reicht der Blick in den Wortlaut der Vorschrift nicht aus; für eine angemessene Beurteilung wird es notwendig

sein, sich mit den Ausführungsverordnungen (Konkretisierungsverordnung WpAIV)³³⁶ dazu zu beschäftigen, ergänzt gar um einen umfassenden Leitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zum Umgang mit Insiderinformationen und Insiderverzeichnissen.³³⁷ Zur Verdeutlichung der immensen Schaffenskraft der Gesetzgeber dient ein Blick auf die europäische und deutsche Kapitalmarktgesetzgebung der jüngeren Vergangenheit.

a) Europäische Gesetzgebung

Der Europäische Gesetzgeber hat als Reaktion auf zahlreiche Unternehmenszusammenbrüche im Kapitalmarkt am 28.01.2003 die sogenannte Marktmissbrauchsrichtlinie verabschiedet.³³⁸ Ziel der Richtlinie war es, für die Europäischen Mitgliedsstaaten ein einheitliches Regime bezüglich Marktmanipulation, Insiderhandel und Ad-hoc-Publizität zu schaffen und die Zuständigkeiten der nationalen Wertpapieraufsichtsbehörden zu harmonisieren. Die Richtlinie regelt allerdings viele praktisch relevante Einzelheiten nicht

³³⁶ BGBl. 2004 I, 3376 ff.

³³⁷ Emittentenleitfaden der BaFin vom 15. Juli 2005; www.bafin.de.

³³⁸ Abl. EG 2003 Nr. L 96 vom 12.04.2003, S. 16: „Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insidergeschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie)“.

unmittelbar, sondern ermächtigt die EU-Kommission diesbezüglich zum Erlass von Durchführungsverordnungen im so genannten Komitologieverfahren.³³⁹

Durch dieses Verfahren soll die Möglichkeit geschaffen werden, auf die aktuellen Entwicklungen des schnelllebigen Kapitalmarkts angemessen und flexibel zu reagieren. Auf Basis dieser Ermächtigungsgrundlage wurden von der Europäischen Wertpapierregulierungsbehörde, *Committee of European Securities Regulators* (CESR), Empfehlungen für die Durchführungsmaßnahmen ausgesprochen, die sich in zwei Empfehlungsdokumenten manifestieren:

- *Advice on Level 2 Implementing Measures for the proposed Market abuse directive* (Ref: CESR/02-089d vom 31.12.2002)
- *Advice on the Second Set of Level 2 Implementing Measures for the proposed Market abuse directive* (Ref: CESR/03-212c vom 31.08.2003)

Beide Dokumente sind deshalb von Bedeutung und erwähnenswert, weil sie Hinweise zum konkreten Umgang

³³⁹ *Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S. 31.

anhand praktischer Fallgestaltungen beinhalten, die sich später in den Umsetzungsmaßnahmen der nationalen Gesetzgeber nicht mehr wieder finden. Damit sind diese CESR-Empfehlungen eine wichtige Quelle für den praktischen Umgang mit den nachfolgenden Gesetzen. Auf Grundlage der CESR-Empfehlungen wurden dann von der EU-Kommission folgende Durchführungsmaßnahmen erlassen:

- Richtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22.12.2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insiderinformationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation³⁴⁰
- Richtlinie 2003/125/EG der Kommission vom 22.12.2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die sachgerechte Darbietung von Anlageempfehlungen und die Offenlegung von Interessenkonflikten³⁴¹

³⁴⁰ Abl. EG 2003 Nr. L 339 vom 24.12.2003, S. 70.

³⁴¹ Abl. EG 2003 Nr. L 339 vom 24.12.2003, S. 73.

- Richtlinie 2004/72/EG der Kommission vom 29.04.2004 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend zulässige Marktpraktiken, Definition von Insiderinformationen für Warenderivate, Erstellung von Insiderverzeichnissen, Meldung von Eigengeschäften und verdächtiger Transaktionen³⁴²
- Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 vom 22.12.2003 betreffend Ausnahmeregelungen für Rückkaufprogramme und Kursstabilisierungsmaßnahmen

Während die drei Richtlinien durch den nationalen Gesetzgeber umzusetzen sind, ist die Durchführungsverordnung unmittelbar geltendes Recht und auch vor der Umsetzung der Richtlinien schon bei der Auslegung des geltenden deutschen Rechts heranzuziehen.³⁴³

³⁴² Abl. EG 2004 Nr. L 162 vom 30.04.2004, S. 70.

³⁴³ *Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S. 8.

b) Deutsche Gesetzgebung

„Die beste Möglichkeit, Vertrauen zurück zu gewinnen, ist Transparenz.“³⁴⁴

Auch in Deutschland wurde in den letzten Jahren wie selten zuvor eine Normenflut neuer Regelwerke für den Kapitalmarkt auf den Weg gebracht. Hintergrund für diese erhebliche Ausweitung und Änderung der Gesetzeslage speziell für börsennotierte Unternehmen war auch hier der starke Anstieg spektakulärer unternehmerischer Misserfolge gegen Ende der 90er Jahre, wodurch stets rechtspolitische und rechtswissenschaftliche Diskussionen und Handlungsbedarf standen.³⁴⁵

In dieser Zeit hat sich die Anzahl der börsennotierten Aktiengesellschaften in Deutschland signifikant erhöht;³⁴⁶ vor allem mittelständische Technologieunternehmen haben diesen Trend gefördert. Gab es 1994 noch knapp 3.000

³⁴⁴ *Wolfgang Clement*, ehemaliger Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit in „Corporate Governance Report 2004“ S. 8. erschienen in *Der Betrieb* 2004 (57. Jg.), S. 1377-1382.

³⁴⁵ *Röhrich*, S. 235; *Dauner-Lieb*, S. 85.

³⁴⁶ *Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S. 25.

Aktiengesellschaften, waren es Ende 2000 rund 10.600 Gesellschaften. Bei vielen Unternehmen, die an der Börse hoch bewertet wurden, zeigte sich jedoch eine noch mangelnde „Börsenreife“, was zu zahlreichen Schieflagen und Skandalen führte: Erinnert sei dabei nur an die falschen Ad-hoc Meldungen zu Umsätzen der Informatec AG oder die groß angelegte Betrugerei der ComROAD AG, die von Beginn des Börsenganges an das Bild eines tatsächlich so nicht existierenden Unternehmens vortäuschte.³⁴⁷ Zu gleicher Zeit wurden auch aus den USA spektakuläre Unternehmenskrisen wie die von ENRON und Worldcom bekannt, sodass auf breiter internationaler Ebene bei den Gesetzgebern in den USA, in Europa und Deutschland Reaktionen hervorgerufen wurden. Hinter den Krisen und Schieflagen der Unternehmen werden in aller Regel nicht Realisierung und Auswirkungen typischer unternehmerischer Risiken vermutet, sondern Missstände, Pflichtverletzungen, individuelles Verschulden, vielleicht sogar kriminelle Machenschaften.³⁴⁸ Dementsprechend sieht man den politischen Handlungsbedarf vor allem im Hinblick auf die Verbesserung der Überwachung der Geschäftsleitung im Wege der Entwicklung von Mechanismen, die zu höherer Kontrolle

³⁴⁷ Informationsdeliktshaftung wegen fehlerhafter Ad-hoc-Publizität - ComROAD IV (BGH, 4. 6. 2007 - II ZR 147/05), BB 2007, S. 1806.

³⁴⁸ *Dauner-Lieb*, S. 88.

und Transparenz führen. Insgesamt folgen daher all diese Neuregelungen des Kapitalmarkts dem oben zitierten Appell des ehemaligen Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft, *Wolfgang Clement*, nach mehr Transparenz und Kontrolle der Unternehmen, um das Vertrauen der Anleger und der Öffentlichkeit wieder zu erlangen.

Der deutsche Gesetzgeber reagierte daher mit weitreichenden Maßnahmen zur Verbesserung der Unternehmensführung und –überwachung, orientiert an den internationalen Entwicklungen (Sarbanes-Oxley Act, EU-Initiativen).³⁴⁹ Mit Erlass des KonTraG, des KapAEG, des DCGK und des TransPuG – einschließlich der Verankerung des DCGK durch die Entsprechenserklärung in § 161 AktG – wurden in Deutschland die folgende Maßnahmen zur Verbesserung der Corporate-Governance-Strukturen eingeleitet:

- KonTraG, KapAEG vom Mai 1998: Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich und Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz: Verbesserung der Arbeit des Aufsichtsrats, der Abschlussprüfung und der

³⁴⁹ *Kuthe/Rückert/Sickingen*, S. 25.

Rechte der Hauptversammlung (Bundesgesetzblatt 1998, S. 786-794. BT-DS 13/10038)

- Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Juli 2001: Vorlage von ca. 150 Empfehlungen an die Bundesregierung³⁵⁰
- DCGK vom Februar 2002: Deutscher Corporate Governance Kodex (Cromme-Kommission): Erstmalige Festlegung einheitlicher Verhaltensstandards zur Unternehmensführung für börsennotierte Unternehmen.³⁵¹
- TransPuG, Juli 2002, Transparenz- und Publizitätsgesetz: Weitere Reform des Aktien- und Bilanzrechts mit dem Fokus, die Informationsversorgung des Aufsichtsrats zu verbessern³⁵²
- 4. Finanzmarktförderungsgesetz, Juli 2002, Haftung der Emittenten für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen.³⁵³
- 10-Punkte-Programm der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes, Februar 2003.³⁵⁴

³⁵⁰ <http://www.corporate-governance-code.de>.

³⁵¹ <http://www.corporate-governance-code.de>; BGBl 2002, Teil I, 2681.

³⁵² BGBl. 2002 I, 2681.

³⁵³ BGBl. 2002 I Nr.42, 2316.

- Zusammenstellung weiterer Maßnahmen zur Stärkung des Anlegervertrauens Ergänzung des DCGK, Mai 2003, Deutscher Corporate Governance Kodex: Neue Empfehlungen zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung³⁵⁵
- AnSVG, Oktober 2004: Anlegerschutzverbesserungsgesetz: Verschärfte Ad-hoc-Publizität und Insiderhandel³⁵⁶
- BiReG, Dezember 2004: Bilanzrechtsreformgesetz: Internationalisierung der Rechnungslegung und Stärkung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers³⁵⁷
- BiIKoG, Dezember 2004: Bilanzkontrollgesetz: Einrichtung eines *Enforcement*-Verfahrens zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit von Jahres- und Konzernabschlüssen³⁵⁸
- APAG, Dezember 2004: Abschlussprüferaufsichtsgesetz:

³⁵⁴ <http://www.bmj.bund.de/10-Punkte-Programm>.

³⁵⁵ <http://www.corporate-governance-code.de>.

³⁵⁶ BGBl. 2004 I, 2630.

³⁵⁷ BGBl. 2004 I, 3166.

³⁵⁸ BGBl. 2004 I, 3408.

Berufsstandsunabhängige Aufsicht über die Abschlussprüfer³⁵⁹

- Ergänzung des DCGK, Juni 2005: Deutscher Corporate Governance Kodex: Stärkung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder³⁶⁰
- VorstOG, August 2005: Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz: Individualisierte Offenlegung der Vergütung der Vorstandsmitglieder³⁶¹
- UMAG, November 2005: Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts: Erleichterung von Aktionärsklagen und Normierung der unternehmerischen Ermessensfreiheit des Vorstands³⁶²
- KapMuG, November 2005: Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Bündelung kapitalmarktrechtlicher Rechtsstreitigkeiten im Musterverfahren³⁶³

³⁵⁹ BGBl. 2004 I, 3846.

³⁶⁰ <http://www.corporate-governance-code.de>.

³⁶¹ BGBl. 2005 I, 2267.

³⁶² BGBl. 2005 I, 2802.

³⁶³ BGBl. 2005 I, 2437.

Die Unternehmen sehen sich damit einer zunehmenden Regulierung auf verschiedensten Ebenen ausgesetzt. Dies gilt für Konzerne, die in- und ausländische Börsen in Anspruch nehmen; in gleichem Masse angesprochen, aber ungleich stärker betroffen sind jedoch mittelständische Aktiengesellschaften, die aufgrund ihrer Inhaber- und Organisationsstruktur in der Regel andere Schwerpunkte setzen und daher oftmals mit diesen Regeln in der Umsetzung zu kämpfen haben: *„Überdies sind die einzelnen nationalen Bestimmungen leider nicht immer aufeinander abgestimmt und damit für die von der Regulierung betroffenen Unternehmen, Organe und Aktionäre teilweise unübersichtlich geworden.“*³⁶⁴

Für die Kapitalmarkt-Compliance im Besonderen spielt der von der Bundesregierung aufgestellte Maßnahmenkatalog zur „Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes (10-Punkte-Programm der Bundesregierung vom 25. Februar 2003, siehe Abb. 3) eine wichtige Rolle.³⁶⁵ Der Deutsche Corporate Governance Kodex bildet dabei eine Art übergreifender Klammer, in dem er die Unternehmen nun in

³⁶⁴ v. Rosen, Pressemitteilung des DAI vom 27.03.2007.

³⁶⁵ <http://www.bmj.bund.de/10-Punkte-Programm>; kritisch dazu: Seibert, BB 2003, 693.

Ziffer 4.1.3 auffordert, Compliance-Systeme zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen aufzubauen und darüber hinaus Empfehlungen und Anregungen anbietet, die über das normativ Zwingende hinausgehen.³⁶⁶

	Maßnahme	Gesetz	Status
1.	Persönliche Haftung von Vorstand und AR-Mitgliedern gegenüber der Gesellschaft; Klagerecht der Aktionäre	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechtes	In Kraft seit 01.11.2005
2.	Einführung der persönlichen Haftung von Vorstand und AR-Mitgliedern für Falschinformation des Kapitalmarktes.	Kapitalmarktinformationsgesetz Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz	Zurückgezogen In Kraft seit 01.11.2005
3.	Weiterentwicklung des DCGK, insbesondere Transparenz und Unabhängigkeit der Aufsichtsräte	Deutscher Corporate Governance Kodex	Aktualisierung vom Juni 2005
4.	Fortentwicklung der Bilanzregeln an internat. Rechnungslegung	Bilanzrechtsreformgesetz	In Kraft seit 10.12.2004

³⁶⁶ *Kuthe/ Rückert/ Sickinger, S. 33.*

5.	Stärkung der Rolle des Abschlussprüfer	Abschlussprüfer aufsichtsgesetz	In Kraft seit 01.01.2005
6.	Überwachung der Rechtmäßigkeit konkreter Unternehmensabschlüsse (<i>Enforcement-Verfahren</i>)	Bilanzkontrollgesetz	In Kraft seit 21.12.2004
7.	Fortführung der Börsenreform	Prospektrichtlinie-Umsetzungsgesetz	In Kraft seit 28.06.2005
8.	Verbesserung des Anlegerschutzes im sog. Grauen Kapitalmarkt“	Anlegerschutzverbesserungsgesetz	In Kraft seit 30.10.2004
9.	Sicherstellung der Verlässlichkeit von Unternehmensbewertungen	Anlegerschutzverbesserungsgesetz	In Kraft seit 30.10.2004
10.	Verschärfung der Strafvorschriften für Delikte im Kapitalmarktbereich	Anlegerschutzverbesserungsgesetz	In Kraft seit 30.10.2004

Abbildung 3: 10-Punkt- Programm der Bundesregierung vom 25.Februar 2003

Die Häufung der gesetzgeberischen Aktivitäten am Kapitalmarkt in den Jahren 2004 und 2005 ist damit deutlich geworden. Börsennotierte Unternehmen mussten sich in den letzten Jahren auf nicht weniger als 10 neue gesetzliche Anforderungen allein im Kapitalmarktrecht einstellen und diese

in ihre operativen Abläufe einarbeiten, um Compliance sicher zu stellen.

Im Folgenden soll am Testfall des AnSVG das Risiko der Kapitalmarkt-Compliance kritisch dargestellt werden. Die genaue Kenntnis und Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen des AnSVG ist für die Gesellschaft und deren Organe notwendig, sollen spürbare Sanktionen und Haftungsansprüche vermieden werden. Durch das Beispiel soll verdeutlicht werden, dass die erwünschte Gesetzestreue eben keine Trivialität ist, sondern nur mit einer aufwendigen und ausführlichen Beschäftigung mit dem Gesetz zu erzielen ist und dabei stets ein im Falles des AnSVG großer Rest von Rechtsunsicherheit bestehen bleibt.

2. Testfall 1: Anlegerschutzverbesserungsgesetz (AnSVG)

Das AnSVG ist bereits am 30. Oktober 2004 als Teil der Maßnahmen zur Stärkung der Unternehmensintegrität und zur Verbesserung des Anlegerschutzes in Kraft getreten³⁶⁷ und

³⁶⁷ BGBl. 2004 vom 29.10.2004, 2630 ff.

bildet einen der grundlegenden Bausteine zur Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie.

Die Umsetzung der EU-Richtlinie in nationales Recht betrifft eine Reihe von Regelungen, vor allem des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG). Maßgeblicher Handlungsbedarf für die Unternehmen entsteht durch die Neuregelungen des Insiderrechts, der Ad-hoc-Publizität sowie der Regelungen zu Marktpreismanipulationen. Nach einer repräsentativen Befragung unter Deutschlands Finanzvorständen und Chefsyndizi bezüglich des Themas AnSVG-Compliance³⁶⁸ bestehen aber auch gerade hier die größten Unsicherheiten, nämlich durch:

- Umsetzung der Ad-hoc-Pflichten
- Erstellung von Insiderlisten
- Verschärfung der Organhaftung
- Kostenbelastung

³⁶⁸ Im Vorfeld der letzten Bundestagswahlen hat die internationale Wirtschaftskanzlei Nörr Stiefenhofer Lutz die Frankfurter Meinungsforscher von FINANCE-Research beauftragt, Die zentrale Frage lautete: *„Sind die jüngsten Maßnahmen des Gesetzgebers (AnSVG) im Bereich Kapitalmarkt aus Emittentensicht ein unnützer Kostentreiber oder wird wachsendes Anlegervertrauen spürbar?“* abgedruckt unter „Noch schlechter als Dosenpfand“, www.visavis.de vom 19.09.2005.

Fast alle befragten Unternehmen sahen keine entscheidende Verbesserung für Emittenten und meinten, dass die neuen Gesetze eher belastend und abschreckend wirkten, weil der Verwaltungsaufwand steige. 48 % der Befragten waren der Auffassung, dass auch für Anleger keine entscheidenden Verbesserungen erreicht worden seien.³⁶⁹ Erhöhter Transparenz für den Anleger stehe nach wie vor eine Bürokratisierung im unternehmerischen Ablauf gegenüber. *„Man kann das Vertrauen der Anleger nicht durch Maßnahmen gewinnen, die bei den Emittenten für große Unsicherheiten und Missverständnisse sorgen. Wer das gut Gemeinten zu viel betreibt, versperrt die Brücke des Mittelstands zu den Eigenkapitalquellen der Börse. Nur eine entschlossene Konzentration und Präzisierung der Regulierung setzt die mit der Börse verbundenen Investitionsmittel für den Mittelstand nachhaltig frei.“*³⁷⁰

„Die neuen Anlegerschutzgesetze sorgen bei den börsennotierten Aktiengesellschaften für große Unsicherheit“ – meldete die FAZ im Februar 2005.³⁷¹ Vor allem die großen, im

³⁶⁹ „Noch schlechter als Dosenpfand“, www.visavis.de vom 19.09.2005.

³⁷⁰ „Noch schlechter als Dosenpfand“, www.visavis.de vom 19.09.2005.

³⁷¹ www.faz.net, 18. Februar 2005.

Deutschen Aktienindex DAX gelisteten Unternehmen interpretieren die Regelungen unterschiedlich und verursachen dadurch Verwirrung bei den Anlegern. In den Unternehmen herrscht vor allem Unmut über die vage formulierten Verordnungen. Die Commerzbank veröffentlichte die vorläufigen Zahlen für das Geschäftsjahr 2004 bereits einen Tag früher als geplant und noch während der Aufsichtsratssitzung. *„So werden wir auch in Zukunft damit umgehen“*, sagte ein Sprecher des Unternehmens.³⁷² Mit den untestierten Geschäftszahlen *„aus heiterem Himmel“* steige auch das Risiko für die Anleger: *„Das neue Gesetz könnte beispielsweise dazu führen, dass man eine Gewinnwarnung veröffentlicht, die sich nachher als unbegründet herausstellt“*, sagte der Leiter einer Abteilung Investor Relations und dies konterkariert geradezu die Zielsetzung des Gesetzes.³⁷³

Aufgrund dieser – zwar schlagwortartigen aber doch sehr kritischen - Meinungen lohnt sich nun ein vertiefender Blick in das AnSVG.

³⁷² www.faz.net, 18. Februar 2005.

³⁷³ *„Ein Jahr AnSVG“*, München 2005, Vorträge bei EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2006, Berlin.

a) Insiderrecht

Das Insiderrecht ist in Deutschland noch eine relativ junge Rechtsmaterie, die erst durch das In-Kraft-Treten des WpHG im Jahr 1994 erstmals kodifiziert wurde.³⁷⁴ Wurden Insiderverstöße davor durchaus noch als Kavaliersdelikte behandelt, gab es mit dem WpHG nun straf- und ordnungsrechtliche Sanktionen. Damit wurde dem gesteigerten Interesse der Öffentlichkeit, entstanden durch zahlreiche Unternehmensskandale, Rechnung getragen. In der Folgezeit wurden diese Vorschriften immer wieder zugunsten einer größeren Transparenz verschärft. Auch das AnSVG folgt diesem Ansinnen. Um das Insiderrecht zu verstehen, ist die Auseinandersetzung mit dem zugrunde liegenden Insiderwissen, das heißt der Insiderinformation, unabdingbar.³⁷⁵

Durch das AnSVG wurde der Begriff der Insidertatsache in § 13 WpHG erstmals durch den viel weitergehenden Begriff der Insiderinformation abgelöst. Gemäß § 13 WpHG n.F. ist eine Insiderinformation eine *„konkrete Information über nicht öffentlich bekannte Umstände, die sich auf einen oder mehrere*

³⁷⁴ BGBl. 1994 I, 1749.

³⁷⁵ Schwintek, S. 18.

Emittenten von Insiderpapieren oder auf die Insiderpapiere selbst beziehen und die geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens, den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen.“

Der Gesetzgeber hat in Voraussicht auf die durch diese Definition provozierten Auslegungen in § 13 Abs.1 Satz 4 WpHG Regelbeispiele für das Vorliegen von Insiderinformationen aufgelistet: Eine Insiderinformation ist insbesondere auch eine Information über nicht öffentlich bekannte Umstände im Sinne des Satzes 1, die sich:

1. auf Aufträge von anderen Personen über den Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten bezieht oder
2. auf Derivate nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 bezieht und bei der Marktteilnehmer erwarten würden, dass sie diese Information in Übereinstimmung mit der zulässigen Praxis an den betreffenden Märkten erhalten würden.

Die zuständige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat nach einer zunächst eher abwartenden Haltung einen umfangreichen Leitfaden für die Unternehmen

herausgegeben,³⁷⁶ um damit für weitere Klarheit zu sorgen; in konkreten Problemfällen besteht jedoch auch weiterhin erhebliche Rechtsunsicherheit für die Unternehmen und ihre Rechtsabteilungen. Dazu müssen die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Regelung näher beleuchtet werden.

aa) Umstand

Durch die Aufgabe der Begriffes „Insidertatsache“, eingeführt durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz im Juli 2002, betrifft das Gesetz nun wesentlich mehr als nur Zustände und Geschehnisse der Vergangenheit und Gegenwart, die sinnlich wahrnehmbar in die Wirklichkeit getreten und dem Beweis zugänglich sind.³⁷⁷ Der Begriff des Umstands geht erheblich darüber hinaus und erfasst nun neben Prognosen auch überprüfbare Werturteile, das heißt insbesondere Meinungsäußerungen, Rechtsauffassungen und auch subjektive Wertungen, die bloße Meinungen ausdrücken.³⁷⁸

³⁷⁶ Emittentenleitfaden der BaFin vom November 2005, www.bafin.de.

³⁷⁷ *Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S. 76; *Wehowsky in Erbs/ Kohlhaas*, § 13, Rn.

4.

³⁷⁸ Siehe Begründung RegE, BT-Drs. 15/ 3174, S. 33; *Schwintek*, S. 19; *Rückert in Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S 77; *Bürgers*, BKR 2004, 424.

Ferner können nach der Neuregelung auch künftige Umstände Gegenstand einer Insiderinformation sein. Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG gelten als Umstände nämlich auch solche, bei denen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass sie in Zukunft eintreten werden. Dabei ist es unerheblich, ob der betreffende Umstand später tatsächlich eintritt oder nicht. Vor dem Hintergrund des Risikomanagements stellt sich für die betroffenen Gesellschaften also die Frage, ob gegebenenfalls auch *Gerüchte* Gegenstand von Insiderinformationen sein können mit der Folge, dass sie gemäß § 15 WpHG sofort gemeldet werden müsste und ihre Weiterverbreitung oder ihre Verwendung im Rahmen von Wertpapiergeschäften unzulässig wäre³⁷⁹ (*Beispiel: Gerücht über eine anstehende Übernahme eines Wettbewerbers*).

Gerüchte beziehen sich auf den Eintritt eines zukünftigen Ereignisses und haben die Behauptung vergangener oder gegenwärtiger Ereignisse zum Gegenstand. Ist die Behauptung eines vergangenen oder gegenwärtigen Ereignisses falsch, handelt es sich um eine unrichtige Information, die keine

³⁷⁹ Schwintek, S. 19.

konkrete Information über Umstände darstellt. Fraglich ist, ob richtige Behauptungen Gegenstand von Insiderinformationen sein können.³⁸⁰ Diese Frage ist im Hinblick auf das Erfordernis einer „konkreten Information“ und den im Gesetzgebungsverfahren deutlich gewordenen Willen des europäischen und nationalen Gesetzgebers zur Ausklammerung von Gerüchten aus dem Begriff der Insiderinformation letztlich zu verneinen.³⁸¹ Die dem § 13 WpHG zugrunde liegenden Vorschriften des Art. 1 Nr. 1 der Marktmissbrauchsrichtlinie und Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2003/124/EG setzen vielmehr voraus, dass die betreffende Information „präzise“ ist, was hiernach nur auf Umstände zutrifft, die bereits existieren oder bei denen man mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass sie in Zukunft existieren werden. Außerdem muss die Information „spezifisch“ genug sein, um einen Schluss auf die mögliche Auswirkung der Umstände auf den Kurs des betreffenden Finanzinstruments zuzulassen.³⁸² Diese Qualität kommt Gerüchten – nach Auffassung der Europäischen Kommission – nicht zu.³⁸³

³⁸⁰ *Wehowsky in Erbs/ Kohlhaas*, § 13, Rn. 6, 7.

³⁸¹ Begründung RegE, BT-Drs. 15/ 3174, S. 34.

³⁸² *Wehowsky in Erbs/ Kohlhaas*, § 13, Rn. 7.

³⁸³ Siehe das der Richtlinie 2003/124/EG zugrundeliegende DG Internal Market Services' Working Document ESC 12/2003, S. 3.

Die Abgrenzung dürfte allerdings schwierig werden, da die Umstände des Einzelfalls dafür maßgeblich sind.³⁸⁴ In dem genannten Beispiel können dem Gerücht ja durchaus bereits reale Geschehnisse zugrunde liegen, die aber von einer Konkretisierung zu einer Übernahme noch so weit entfernt sind, dass ihre Veröffentlichung eher schaden würde. Anhaltspunkte für die Qualifikation als Insiderumstand sind daher nach der Auffassung in der Literatur der überprüfbare tatsächliche Gehalt der jeweiligen Information und die Zuverlässigkeit der Informationsquelle.³⁸⁵

bb) Nicht öffentlich bekannt

Ein insiderrechtlich relevanter Umstand darf nicht öffentlich bekannt sein, das heißt ausgeschlossen sind Umstände, von denen eine unbestimmte Anzahl von Personen Kenntnis hat oder haben könnte.³⁸⁶ Bei einer Risikobetrachtung müsste man dazu die Frage stellen, ob darunter auch Großveranstaltungen wie die Hauptversammlung einer börsennotierten Gesellschaft fallen. Dies hätte zur Folge, dass die auf der Versammlung mitgeteilten Informationen insgesamt viel stärker auf ihren Insidergehalt

³⁸⁴ Schwintek, S 20.

³⁸⁵ Cahn, Der Konzern 2005, 5, 7.

³⁸⁶ Kuthe in Kuthe/ Rückert/ Sickinger, S. 80.

überprüft werden müssen, obwohl die Eigentümer des Unternehmens gerade auf diese Informationen angewiesen sind.

Gemeint ist nach einer Auffassung in der Literatur damit aber nur die „Bereichsöffentlichkeit“ im Sinne einer breiten Öffentlichkeit, die durch öffentliche Medien informiert wird. Die Verbreitung über ein allgemein zugängliches Informationssystem, welches vorwiegend von professionellen Wertpapierhändlern und Anlegern genutzt wird, ist ausreichend³⁸⁷, nicht aber zum Beispiel die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, auch wenn daran mehrere Tausend Personen teilnehmen.“³⁸⁸

cc) Konkretisierung

Liegt ein nicht öffentlich bekannter Umstand vor, gilt die sich darauf beziehende Information nur dann als potenziell insiderrechtlich relevant, wenn es sich gemäß § 13 Abs.1 Satz 1 WpHG um eine „konkrete Information“ handelt.³⁸⁹ Damit wurde der Marktmissbrauchsrichtlinie Rechnung getragen, die insofern von einer „präzisen Information“ spricht. Die EU-Kommission

³⁸⁷ Assmann/ Schütze, § 2, Rn. 233; Wehowsky in Erbs/ Kohlhaas, § 13, Rn. 9.

³⁸⁸ Kümpel in Assmann/ Schneider, § 15 Rn. 51.

³⁸⁹ Rückert in Kuthe/ Rückert/ Sickinger, S. 80.

wollte damit alle Umstände erfassen, die bereits existieren, eingetreten sind oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in Zukunft eintreten werden.

An diesen Konkretisierungsgrad sind somit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Ausreichend ist nach der Auffassung von *Kuthe* bereits, dass der Eintritt des Umstands grundsätzlich möglich ist, selbst wenn noch weitere Umstände hinzutreten müssten.³⁹⁰ Diese Auffassung bestätigt auch der BaFin-Leitfaden mit dem Beispiel dazu: Vorstandsbeschluss zu einem Unternehmenskauf bzw. die Vertragsunterzeichnung durch den Vorstand unter dem Gremienvorbehalt des Aufsichtsrats (so genannte mehrstufige Entscheidung).³⁹¹

Für das interne Risikomanagement stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Transaktion so weit gereift ist, dass sie bereits eine Insiderinformation darstellt. Nach zutreffender Einschätzung von *Rückert* ist hier jede Transaktionsstufe im Einzelnen auf ihre Einstufung als Insiderinformation hin zu

³⁹⁰ *Rückert in Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S. 80.

³⁹¹ Emittentenleitfaden der BaFin vom November 2005, S. 19 f.

untersuchen, ebenso wie die Transaktion als Ganzes.³⁹² Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob sich sämtliche Informationen bereits konkretisiert haben oder ob Alternativen zur Diskussion stehen, sofern diese ebenfalls hinreichend relevant sind.

dd) Bezug auf Emittenten oder Insiderpapiere

Die Insiderinformation setzt ferner voraus, dass sich diese auf einen Emittenten von Insiderpapieren oder auf die Insiderpapiere selbst beziehen.³⁹³ Insiderpapiere sind gemäß § 12 S. 1 Nr. 1-3 WpHG Finanzinstrumente, die zum Handel an einem organisierten Markt (Inland oder EU) zugelassen, in den geregelten Markt oder in den Freiverkehr einbezogen sind. Alle weiteren Finanzinstrumente, deren Preise unmittelbar oder mittelbar von den oben beschriebenen Finanzinstrumenten abhängen, sind ebenfalls als Insiderpapiere zu klassifizieren. Für den notwendigen Bezug selbst reicht bereits ein mittelbares Betroffensein aus; dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers beispielsweise dann gegeben sein, wenn die Information an einem organisierten Markt den Prozess der Preisbildung

³⁹² Rückert in Kuthe/ Rückert/ Sickinger, S. 81.

³⁹³ Rückert in Kuthe/ Rückert/ Sickinger, S. 82; Wehowsky in Erbs/ Kohlhaas, § 13, Rn. 10.

beeinflussen kann, obwohl das zugrunde liegende Ereignis gar nicht im Tätigkeitsbereich des Emittenten eingetreten ist. Der Leitfaden des BaFin zählt dazu auch wesentliche Marktinformationen in Bezug auf den Geschäftsbereich des Emittenten, die durch politische oder sogar umweltrelevante Umstände verursacht wurden.

Die Unterscheidung ist zwar im Rahmen der drei Tatbestände des § 14 WpHG ohne Bedeutung, sie ist aber entscheidend für die Frage der *Ad-hoc-Publizitätspflicht der Information*: Nach § 15 WpHG sind lediglich die den Emittenten unmittelbar betreffenden Insiderinformationen unverzüglich zu veröffentlichen. Der Begriff des „unmittelbaren Betreffens“ steht insoweit dem des unmittelbaren „Beziehens“ i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 WpHG gleich.³⁹⁴ Aus diesem sehr stark auslegungsbedürftigen Begriff ergeben sich offensichtlich Risiken im Hinblick auf mögliche Compliance-Verstöße.

Nach der Entstehungsgeschichte des § 15 Abs. 1 S. 2 WpHG kommen – als den Emittenten unmittelbar betreffende Umstände – auch bestimmte Umstände in Betracht, die sich unmittelbar

³⁹⁴ Schwintek, S. 21.

auf die emittierten Finanzinstrumente selbst beziehen.³⁹⁵ Die Gesetzesbegründung nennt als solchen „von außen“ kommenden, den Emittenten dennoch unmittelbar betreffenden Umstand zunächst die *Übermittlung eines Übernahmeangebots* nach § 29 Abs. 1 WpÜG durch eine andere Gesellschaft.³⁹⁶ Ein solcher Vorgang wurde nach bisherigem Recht nicht als ad-hoc-publizitätspflichtig angesehen, da sein Ursprung nicht im Tätigkeitsbereich des Emittenten liegt. Ein unmittelbarer Emittentenbezug und damit im Grundsatz eine entsprechende Publizitätspflicht ist dagegen nach neuem Recht zu bejahen. Auch bevorstehende Veränderungen in der Aktionärsstruktur – etwa im Rahmen eines *Squeeze-Out* – sind nach neuem Recht als den Emittenten unmittelbar betreffende Umstände einzuordnen, die damit auch Gegenstand einer Publizitätspflicht sein könnten.³⁹⁷

Zweifelhaft ist dagegen die von der Regierungsbegründung vorgenommene Einordnung einer bevorstehenden *Herabstufung durch eine externe Rating-Agentur* als den Emittenten

³⁹⁵ Simon, Der Konzern 2005, 13, 15.

³⁹⁶ Begründung RegE, BT-Drs 15/ 3174, S. 35.

³⁹⁷ Schwintek, S. 22.

unmittelbar betreffende Insiderinformation.³⁹⁸ Bei einer solchen Bonitätsbewertung handelt es sich um ein subjektives Urteil eines Dritten über den Emittenten, vergleichbar der Einschätzung eines Finanzanalysten. Zwar ist es richtig, dass jedenfalls der Bewertung der großen *Rating*-Agenturen Moody's, Standard & Poor's und Fitch eine ungleich größere Bedeutung für den Emittenten zukommt, als den Äußerungen von Aktienanalysten, weil hiervon abhängt, ob und zu welchen Bedingungen er Kapital an den internationalen Finanzmärkten aufnehmen kann. Nichtsdestotrotz bleibt der Emittentenbezug – wie bei Meinungsäußerungen anderer Unternehmensexterne wie Finanzanalysten, Journalisten – ein mittelbarer. Erst die Reaktion des Anlegerpublikums auf die Bewertung führt zu Auswirkungen auf den Tätigkeitsbereich des Emittenten, nicht schon die Bewertung als solche. Deshalb benennt der Entwurf des Emittentenleitfadens der BaFin – in Übereinstimmung mit den Empfehlungen von CESR – zu Recht „zukünftig zu veröffentlichende *Rating*-Ergebnisse, *Research*-Studien, Empfehlungen oder Vorschläge, die den Wert der

³⁹⁸ Begründung RegE, BT-Drs 15/ 3174, S. 35; dem folgen Weber, NJW 2004, 3674, 3676 und Simon, Der Konzern 2005, S. 13, 16.

börsennotierten Finanzinstrumente betreffen“ als den Emittenten nur mittelbar betreffende Insiderinformationen.³⁹⁹

ee) Eignung zur Börsen- oder Marktpreisbeeinflussung

Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG setzt die Insiderinformation des Weiteren eine „Eignung“ zur erheblichen Beeinflussung des Börsen- oder Marktpreises der Insiderpapiere voraus. Dies ist nach § 13 Abs. 1 Satz 2 WpHG gegeben, wenn ein verständiger Anleger die Information bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde.⁴⁰⁰ Dies wiederum ist der Fall, wenn die Information für einen rational Handelnden, mit den Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten des Kapitalmarkts vertrauten Anleger bei objektiver Betrachtung einen lohnenden Kauf- oder Verkaufsanreiz darstellt.⁴⁰¹ Zweck dieses Tatbestandsmerkmals ist es, diejenigen Tatsachen auszuschließen, die wegen ihres geringen

³⁹⁹ Siehe BaFin-Leitfaden-Entwurf, V.2.2.2.; derartigen Bewertungen fehlt jedoch der Charakter einer Insiderinformation, wenn sie allein aus öffentlich zugänglichen Quellen erstellt werden, § 13 Abs. 2 WpHG.

⁴⁰⁰ Rückert in Kuthe/ Rückert/ Sickinger, S. 86.

⁴⁰¹ OLG Düsseldorf, wistra 2004, 436 (437); BaFin-Leitfaden-Entwurf, II.1.4.; Assmann in Assmann/ Schneider, § 13, Rn. 71 f.

Marktbeeinflussungspotenzials keinen Anreiz zu ihrer Verwertung bieten.⁴⁰²

Das neue Recht lässt damit keinen Raum mehr, auf eine abstrakte Grenze der Kurserheblichkeit wie etwa 1,5 % für Schuldverschreibungen oder 5 % für Aktien abzustellen, sondern fordert eine *ex-ante*-Beurteilung der Information auf von ihr ausgehende Handelsanreize⁴⁰³. Jedoch sollten auch die möglichen nachfolgenden Auswirkungen der Information in Betracht gezogen werden, die beispielsweise bei Berücksichtigung der Gesamttätigkeit des Emittenten vorhanden sind. Daraus ergeben sich wiederum gesetzliche Risiken im Hinblick auf mögliche Compliance-Verstöße. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt nämlich die bloße Eignung zur erheblichen Beeinflussung. Unerheblich ist, ob der Kurs durch das spätere Bekanntwerden tatsächlich beeinflusst worden ist. Die rein theoretische Möglichkeit reicht jedoch ebenfalls nicht aus⁴⁰⁴, sondern es wird vielmehr in praktischer Hinsicht darauf abgestellt, ob der Informationstypus allgemein geeignet ist, den Börsenkurs zu beeinflussen (Beispiel: Wechsel der

⁴⁰² Wehowsky in Erbs/ Kohlhaas, § 13, Rn. 11.

⁴⁰³ Schäfer in Schäfer, § 13, Rn. 60.

⁴⁰⁴ Wehowsky in Erbs/ Kohlhaas, § 13, Rn. 12.

Vorstandsvorsitzenden), ob dies durch eine bereits erstellte Analyse unterstützt wird (Beispiel: Analyse zur Marktkapitalisierung bei Übernahmeangeboten) und ob der Emittent bereits zuvor ähnliche Informationen als Insiderinformationen behandelt hat. Bei der Auslegung dieses Merkmals kommt erschwerend hinzu, dass nach Auffassung der EU-Kommission auch Informationen zur Begründung der Kurserheblichkeit genutzt werden können, die erst im Nachhinein aufgetreten sind.⁴⁰⁵

ff) Erheblichkeit

Das AnSVG verzichtet bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Kursbeeinflussung bewusst auf die Festlegung bestimmter Schwellenwerte.⁴⁰⁶ Dafür sprechen die anerkannte Unvorhersehbarkeit am Aktienmarkt und die ohnehin vorhandenen Marktvolatilitäten.⁴⁰⁷ Die in der unternehmerischen Praxis immer wieder angewandten Schwellenwerte von 3-5 % sind daher lediglich eine Orientierungshilfe, jedoch kann die Erheblichkeit im Einzelfall

⁴⁰⁵ 2. Erwägungsgrund der EU-Kommission zur Richtlinie 2003/124 EG, Abl. EG Nr. L 339 vom 24.12.2003.

⁴⁰⁶ Siehe dazu die Gesetzesbegründung, BT-Drs 15/ 3174, S. 34.

⁴⁰⁷ So auch *Kuthe in Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S. 82.

auch schon signifikant darunter oder über dieser Schwelle liegen.

Das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BaWe) stellt daher darauf ab, ob ein Insider die fragliche Information als Anreiz für ein entsprechendes Wertpapiergeschäft ansehen könnte, weil es sich für ihn lohnen würde; dabei sind normale Schwankungsbreiten außer Acht zu lassen⁴⁰⁸: *Die Erheblichkeit sei deshalb bei kursstabilen Werten viel eher erreicht als bei Papieren mit hoher Volatilität, was wiederum ein Nachteil für kleine und mittelständische Unternehmen ist, deren Volatilität schon durch die relativ kleinen Handelsvolumina begründet ist.*

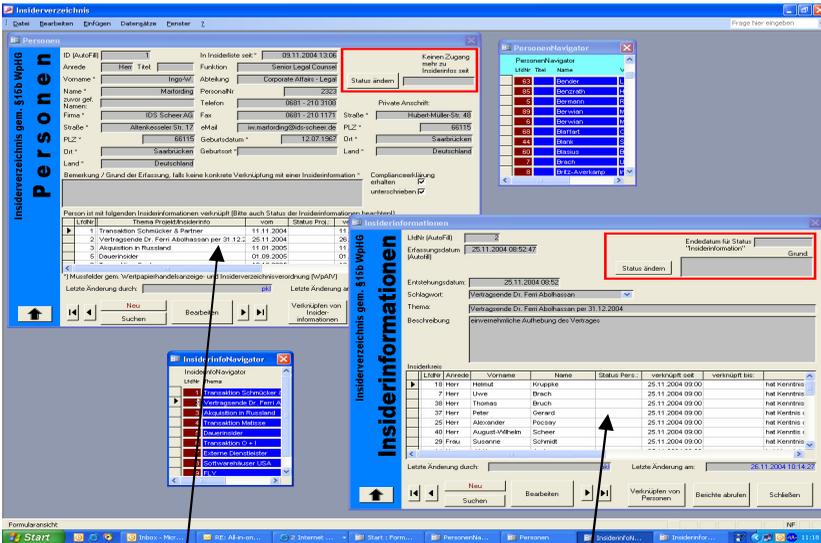
b) Insiderverzeichnis

Gemäß § 15 b WpHG müssen die Emittenten nun Verzeichnisse über solche Personen führen, die für sie tätig sind und bestimmungsgemäß Zugang zu Insiderinformationen haben. Damit soll die zuständige BaFin künftig schneller bei mutmaßlichen Insiderverstößen agieren können, indem sie auf Anfrage unmittelbaren Zugriff auf das Insiderverzeichnis erhält. Das Bundesamt für Finanzen hat zur Konkretisierung die Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung –

⁴⁰⁸ *BaWe-Leitfaden zum Insiderrecht*, S. 37, www.bawe/publikationen.de.

WpAIV - erlassen, um den Unternehmen den Aufbau dieser ständig zu aktualisierenden Datenbank zu erleichtern.⁴⁰⁹

Beispiel Insiderverzeichnis Datenbank



Relevante Insiderinformation

„Infizierter“ Personenkreis

Abbildung 4: Insiderverzeichnis IDS Scheer AG⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung - WpAIV vom 13. Dezember 2004 (BGBl. I, 3376).

⁴¹⁰ www.ids-scheer.com/investor-relations/insider.de.

Die in dem Verzeichnis geführten Personen sind durch das Unternehmen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären und zu belehren.⁴¹¹ Für das Risikomanagement im Unternehmen stellt sich damit eine Reihe von Fragen:

aa) Welche Personen sind aufzunehmen?

Der Gesetzeswortlaut spricht hier nur von solchen Personen, die für den Emittenten tätig sind und bestimmungsgemäß Zugang zu Insiderinformation haben. Unstreitig gehören dazu die Primärinsider im Sinne des § 38 Abs.1 WpHG, also solche Personen, die entsprechend ihrer zugewiesenen beruflichen Aufgabe Zugang zu Insiderinformationen haben⁴¹². Dazu gehören unter anderem:

- Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, einschließlich deren Assistenten und Sekretariate,
- Wesentlich beteiligte Aktionäre,
- Leitende Angestellte aus Rechnungswesen, Rechtsabteilung, Investor Relations,

⁴¹¹ *Bürgers*, BKR 2004, 424, 426; *Ziemons*, NZG 2004, 537, 540.

⁴¹² *Bürgers*, BKR 2004, 424, 425.

- Externe Personen, die wegen ihrer Tätigkeit für den Emittenten Zugang haben, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Unternehmensberater

Problematisch für die Beurteilung sind jedoch die Personen, die zwar nicht bestimmungsgemäß, aber typischerweise Zugang zu Insiderinformationen haben, zum Beispiel im Rahmen eines strategischen Softwareentwicklungsprojektes oder auch Übersetzungsbüros bei der Übersetzung von Ad-hoc-Meldungen. Hier zeigt sich nach Einschätzung von *Hauschka* die Herausforderung für einen Compliance-Beauftragten, nämlich die innerbetrieblichen Voraussetzungen zur exakten Ermittlung und Aufnahme zu schaffen und nicht zuletzt auch den Schutz der betroffenen Personen zu gewährleisten.⁴¹³

Zweifelhaft ist aber auch, ob zum Beispiel vom Emittenten als *Subunternehmer* eingeschaltete Personen der Verzeichnisführungspflicht unterliegen können. Der Zweck der Vorschrift spricht zwar für eine solche Auslegung zumindest in den Fällen, in denen die Einbeziehung des Dritten typischerweise mit einem Zugang zu Insiderinformationen

⁴¹³ *Hauschka in Hauschka*, S. 57.

verbunden ist (z.B. Hinzuziehung einer Anwaltskanzlei durch das emissionsbegleitende Institut). Im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 15 b Abs. 1 S. 1 WpHG ist dies jedoch letztendlich zu verneinen.⁴¹⁴ Die Beschränkung der lückenlosen Erfassung auf den Kreis von Personen, die für den Emittenten entweder unmittelbar oder doch zumindest mittelbar aufgrund einer Tätigkeit für einen vom Emittenten Beauftragten tätig sind, entspricht den europäischen Vorgaben. Damit soll dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass sich mit zunehmender Entfernung vom Emittenten als Informationsquelle eine Mitverantwortung der Informationsträger im Sinne einer aktiven Mitwirkung an der Kontrolle des Informationsflusses nicht mehr rechtfertigen lässt. (Hier greift vielmehr die – nunmehr auch für Sekundärinsider geltende – Pflicht zur passiven Mitwirkung durch Wahrung des Weitergabeverbots nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG.⁴¹⁵)

bb) Welche Inhalte sind aufzunehmen?

Das AnSVG selbst enthält keine ausreichende Bestimmung, wie das Insiderverzeichnis im Sinne des § 15 b WpHG zu führen ist,

⁴¹⁴ Schwintek, S. 43.

⁴¹⁵ Schwintek, S. 44.

und überlässt es damit den Unternehmen, die für sie praktikabelste Lösung zu finden.⁴¹⁶ Sie können beispielsweise für jede Insiderinformation eine Liste von „infizierten“ Personen erstellen oder eine Gliederung nach Unternehmensbereichen durchführen, in denen typischerweise Mitarbeiter mit Insiderinformationen konfrontiert werden.⁴¹⁷

Bezüglich der aufzunehmenden Inhalte gibt die bereits angeführte WpAIV ausführliche Hinweise (§ 14 WpAIV). Danach sind folgende Daten aufzuführen:

- Kennzeichnung als Insiderverzeichnis
- Vollständiger Name, Telefonnummer und Anschrift des Emittenten und ggf. der zur Führung beauftragten Person
- Vollständiger Name, private und geschäftliche Anschrift und Geburtsdatum der in das Verzeichnis aufzunehmenden Person
- Grund für die Erfassung der Person

⁴¹⁶ Siehe die Begründung zum Diskussionsentwurf des § 14 WpAIV, ZBB 2004, 422, 443; siehe auch *Kirschhöfer*, *Der Konzern* 2005, 22, 24.

⁴¹⁷ Hierzu gibt *Rückert in Kuthe/ Rückert/ Sickinger*, S. 123 hilfreiche Hinweise und ein Praxisbeispiel zum Aufbau eines Insiderzeichnisses, das den gesetzlichen Anforderungen entspricht; *Schwintek*, S. 49 f.

- Datum und Uhrzeit, seit der die Person Zugriff auf die Insiderinformation hat oder der Zugriff nicht mehr besteht
- Aktualisierungshinweis

Das Verzeichnis ist unverzüglich zu aktualisieren, wenn sich der Grund der Erfassung bzw. der Personenkreis geändert hat. Das Gesetz stellt darüber hinaus keine Anforderungen an die Form (elektronisch oder in Papierform), jedoch sind diese Listen so zu verwahren, dass jeweils nur die zur Führung des Verzeichnisses verantwortlichen Personen Zugriff haben. Die Daten sind nach ihrer Erstellung sechs Jahre lang aufzubewahren.

Gemäß § 15 b Abs. 1 Satz 3 WpHG sind die in das Verzeichnis aufzunehmenden Personen durch den Emittenten in angemessener Form über die rechtlichen Pflichten und Rechtsfolgen, die sich aus dem Zugang zu Insiderinformationen ergeben, zu belehren. Unter Compliance-Gesichtspunkten reicht dazu ein Standardschreiben aus, in dem die Person über die Aufnahme in das Verzeichnis informiert und über den Tatbestand verbotener Insidergeschäfte nach § 14 Abs.1 WpHG und dessen Sanktionen nach §§ 38, 39 WpHG aufgeklärt wird.

Zur Dokumentation der Belehrung empfiehlt es sich, dass der Adressat den Zugang z.B. mittels Unterschrift bestätigt.⁴¹⁸

cc) Sanktionen

Es ist durchaus geboten, die notwendige Sorgfalt bei der Führung des Insiderverzeichnisses anzuwenden, da die nicht richtige oder nicht vollständige Führung oder auch die nicht rechtzeitige Übermittlung an die BaFin gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 8, 9 WpHG eine Ordnungswidrigkeit darstellt, die mit einer Geldbuße von bis zu Euro 50.000,00 geahndet wird.

c) Das Verbot von Insidergeschäften

Wie wichtig die vorgenannten Ausführungen zur Insiderinformation und zum Insiderverzeichnis sind, zeigen die nachfolgenden Ausführungen zu den Verboten im Umgang mit Insiderinformationen.

Gemäß § 14 Abs. 1 WpHG ist es verboten,

- unter Verwendung von Insiderinformationen Insiderpapiere für eigene oder fremde Rechnung oder für

⁴¹⁸ Rückert in Kuthe/Rückert/Sickingen, S. 96; Schwintek, S. 49 f.

einen anderen zu erwerben oder zu veräußern (Nr.1: Handel) – Erwerbs- und Veräußerungsverbot, § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG

- einem anderen eine Insiderinformation unbefugt mitzuteilen oder zugänglich zu machen (Nr.2: Weitergabe) – Verbot der Informationsweitergabe, § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG
- einem anderen auf der Grundlage einer Insiderinformation den Erwerb oder die Veräußerung von Insiderpapieren zu empfehlen oder einen anderen auf sonstige Weise dazu zu verleiten (Nr.3: Verleiten) – Verbot der Verleitung zu Geschäften, § 14 Abs. 1 Nr. 3 WpHG

An dieser Stelle sollen nicht die einzelnen Tatbestandsmerkmale vertiefend dargestellt, sondern vielmehr die Problemfälle in der Praxis für das Risikomanagement eines Unternehmens geschildert werden, die durch das Gesetz nicht gelöst werden.

Der persönliche Anwendungsbereich der Verbote wird mit dem AnSVG auf Sekundärinsider erweitert, indem es danach unerheblich ist, wie und warum die Person letztlich von der

Insiderinformation Kenntnis erlangt hat.⁴¹⁹ Damit wurde die zum Teil nicht durchzuhaltende Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärinsidern auf der Tatbestandsebene aufgehoben, was nun zwar einfacher zu subsumieren ist, jedoch eine signifikante Ausdehnung der Verbotstatbestände auf einen nur mittelbar betroffenen Personenkreis bedeutet.⁴²⁰

Ist damit schon der Taxifahrer, der den Vorstand zum Flughafen fährt und ein Telefonat zwangsläufig mithört, in dem über eine insiderrelevante Transaktion gesprochen wird, nun plötzlich „infiziert“ und damit strafrechtlich zu belangen? Ein Verstoß gegen das Insiderrecht liegt nach Auffassung von *Rückert* bereits bei bloßer Verwendung (bisher Ausnutzung) von Insiderinformationen vor. Das gilt auch dann, wenn man – wie der Taxifahrer – leichtfertig nicht erkennt, über Insiderinformationen zu verfügen. Damit ist ein subjektives, zweckgerichtetes Handeln im Hinblick auf Gewinnerzielungs- oder Verlustvermeidungsabsicht nicht mehr erforderlich und findet nur noch bei der Straf- bzw. Bußgeldbemessung Berücksichtigung.⁴²¹ Im Hinblick auf das sogenannte *Scalping*,

⁴¹⁹ *Rückert in Kuthe/Rückert/Sickinger*, S. 104.

⁴²⁰ *Rückert in Kuthe/Rückert/Sickinger*, S. 104.

⁴²¹ Siehe auch Urteil des BGH vom 06.11.2003, Az. 1 StR 24/03.

das heißt den Erwerb von Wertpapieren in der Absicht, diese anschließend zum Kauf zu empfehlen, um sie dann bei steigendem Kurs – entsprechend der Empfehlung – gewinnbringend weiter zu verkaufen, hat auch das AnSVG keine direkte Neuerung gebracht. *Scalping* wird auch weiterhin nicht als verbotene Verwendung von Insiderinformationen gewertet, sondern allenfalls als strafbare, aber schwer nachweisbare Kursmanipulation.⁴²²

Noch schwieriger ist der Fall, bei dem ein Erwerber im Rahmen einer geplanten Unternehmenstransaktion und der davor liegenden *Due Dilligence*⁴²³ oder den Vertragsverhandlungen Insiderinformationen über das so genannte *Target* (= Zielunternehmen) erhält. Die Prüfung der Zielgesellschaft durch den Erwerber oder den Veräußerer kann bei M&A-Transaktionen für die Entscheidung über die Transaktion und den ggf. zu zahlenden Preis erhebliche Bedeutung haben. Bis zum AnSVG war der darauf basierende Erwerb grundsätzlich kein Ausnutzen einer Insiderinformation, sondern die insiderrechtlich unerhebliche Umsetzung einer

⁴²² Rückert in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 106; Wehowsky in Erbs/Kohlhaas, § 13, Rn. 8.

⁴²³ Schwintek, S. 25; Ziemons, NZG 2004, 537, 539.

unternehmerischen Entscheidung.⁴²⁴ Zwar stellt das AnSVG nun klar, dass dies jedenfalls bei späterem Kontrollerwerb oder Zusammenschluss gilt, lässt jedoch die sehr praxisrelevante Frage offen, ob dies auch unter der 30%-Schwelle eines Kontrollerwerbs gilt. *Rückert* sieht hier allenfalls die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des Wortlauts des Insiderhandelsverbots in dem Sinne, dass Insiderinformationen bei Erwerben unterhalb der 30%-Schwelle nicht verwendet werden dürfen.⁴²⁵

Im Hinblick auf die unbefugte Weitergabe muss das Unternehmen besonders darauf achten, dass nicht gegen das Weitergabeverbot verstoßen wird, das heißt Vorstand und Aufsichtsrat sind ausführlich durch den Syndikus oder die Investor Relations-Abteilung zu belehren, dass die Veröffentlichung an Journalisten und Medienvertreter bereits einen Verstoß beinhalten kann, wenn die Information nicht zumindest gleichzeitig ad-hoc publiziert wird. Es empfiehlt sich daher, die Antworten auf mögliche Fragen im Rahmen von Pressekonferenzen und besonders Einzelinterviews bereits im

⁴²⁴ Vgl. *BAWe*, S. 20.

⁴²⁵ *Rückert in Kuthe/Rückert/Sickinger*, S. 108.

Vorfeld sorgfältig vorzubereiten und ggf. bereits Ad-hoc-Meldungen vorbereitet zu haben.

Beispiel: Der Aufsichtsratsvorsitzende stellt in einem Einzelinterview seine Einschätzung zum mittelfristigen Unternehmenswachstum vor (Umsatzverdoppelung in 3 Jahren), die die offizielle Unternehmenskommunikation weit übertrifft.

Risikorelevant ist auch der durch das AnSVG neu eingeführte Tatbestand des „Verleitens“ zum Erwerb oder der Veräußerung von Insiderpapieren. Zum Erwerb oder zur Veräußerung verleitet, wer den Willen des anderen durch beliebige Mittel beeinflusst.⁴²⁶ In Abgrenzung zur erlaubten Empfehlung stellt sich die Frage, wann die Schwelle zum „Verleiten“ überschritten wird. Hierzu wird man wohl sagen müssen, dass die Empfehlung ein spezieller Unterfall des Verleitens ist und es vielmehr darauf ankommt, ob die Empfehlung oder das Verleiten auf der Grundlage einer Insiderinformation erfolgte.⁴²⁷ Gemäß § 38 Abs. 3 WpHG ist auch der Versuch des

⁴²⁶ Diekmann/ Sustmann, NZG 2004, 929, 932.

⁴²⁷ So auch Rückert/Kuthe in Kuthe/Rückert/Sickingen, S. 110.

Insiderhandels schon verboten und entsprechend sanktioniert, da nach Auffassung des Gesetzgebers bereits der versuchte Insiderhandel geeignet ist, das Vertrauen in den Kapitalmarkt zu erschüttern und damit die Funktionsfähigkeit der Börsen zu gefährden.

d) Ad-hoc-Publizität

Die obigen Ausführungen zum Insiderrecht sind auch relevant für das Verständnis der Neuerungen der Ad-hoc-Publizität. Mit der Neuregelung zu § 15 WpHG soll die bestmögliche Markttransparenz gewährleistet, Insiderhandel weitgehend eingeschränkt und die Integrität der Finanzmärkte gefördert werden.⁴²⁸ Durch die Kohärenz zwischen Insiderrecht und Ad-hoc-Publizität sollen frühzeitig marktrelevante Informationen an die Marktteilnehmer verteilt werden und damit der Kreis potenzieller Insider möglichst klein gehalten werden. Die Auslegung der neuen Vorschriften zur Ad-hoc-Publizität verunsichert daher die betroffenen Gesellschaften erheblich. Es empfiehlt sich, den umfangreichen Emittentenleitfaden der BaFin zur Auslegung des Gesetzes heranzuziehen, der die

⁴²⁸ *Wehowsky in Erbs/Kohlhaas*, § 15, Rn. 2; So auch *Rückert/Kuthe in Kuthe/Rückert/Sickingen*, S. 129.

Vorschriften des AnSVG konkretisiert und einen detaillierten Katalog von Beispielen enthält.⁴²⁹

Nach dem Wortlaut des § 15 WpHG hat der Emittent von Finanzinstrumenten, die zum Handel an einem inländischen organisierten Markt zugelassen sind oder für die der Emittent eine solche Zulassung beantragt hat, Insiderinformationen, die ihn unmittelbar betreffen, unverzüglich zu veröffentlichen. Die Neuregelung beinhaltet eine signifikante Verschärfung der bisherigen Ad-hoc-Publizität.⁴³⁰ Die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität beginnt bereits mit der Beantragung der Zulassung zum Börsenhandel und des Weiteren muss bereits über Insiderinformationen (bisher Ad-hoc-Tatsachen) berichtet werden, was zu einer wesentlich früher einsetzenden Veröffentlichungspflicht führen kann. Zwar verlangt die Ad-hoc-Publizität gegenüber der Insiderinformation nun einen unmittelbaren Bezug zum Emittenten, Schwierigkeiten bereitet jedoch auch hier, dass bereits hinreichend wahrscheinliche Umstände darunter fallen, das heißt Ereignisse gemeldet werden müssen, die noch gar nicht eingetreten sind und deren Realisierung auch von einer entsprechend sensiblen

⁴²⁹ Emittentenleitfaden des BaFin vom Juli 2005.

⁴³⁰ Siehe zur Ad-hoc-Publizität: *Schlittgen; Hsu*.

Kommunikation abhängig ist. Der Begriff der „Unmittelbarkeit“ wird außerdem dadurch aufgeweicht, dass es ausreicht, dass es um Umstände auch außerhalb des Tätigkeitsbereichs des Emittenten geht, wie beispielsweise die Herabstufung durch eine *Rating-Agentur*,⁴³¹ der Zusammenschluss der beiden größten Wettbewerber oder gar die Insolvenz maßgeblicher Schuldner.⁴³²

Zusammenfassend ergeben sich – gegenüber dem bisherigen Recht – folgende wesentliche Änderungen, die gleichzeitig gesetzliche Risiken darstellen und entsprechende Compliance-Verstöße nach sich ziehen können:⁴³³

- Die Veröffentlichungspflicht betrifft nunmehr Emittenten von Finanzinstrumenten aller Art, ist mithin nicht mehr auf Emittenten von Wertpapieren beschränkt.
- Darüber hinaus können nunmehr auch vom Emittenten beauftragte oder für dessen Rechnung handelnde Personen veröffentlichungspflichtig sein, wenn sie die

⁴³¹ *Weber*, NJW 2004, 3674, 3676.

⁴³² So auch *Rückert/Kuthe in Kuthe/Rückert/Sickinger*, S. 129.

⁴³³ Zum Nachweis der nachfolgenden Beispiele siehe mit Nachweisen: *Schwintek*, S. 28.

Insiderinformation befugtermaßen an Dritte weitergeben,
§ 15 Abs. 1 S. 3 WpHG.

- Die Anknüpfung an den in § 13 WpHG neu definierten Begriff der Insiderinformation führt zu einer Ausdehnung des Bereichs potenziell publizitätspflichtiger Umstände (keine Beschränkung auf Tatsachen; ausreichend ist ferner, dass ein verständiger Anleger die Information bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde).
- Es ist nicht mehr erforderlich, dass es sich zwingend um Tatsachen handelt, die im Tätigkeitsbereich des Emittenten eingetreten sein müssen.
- Das im Hinblick auf Schuldverschreibungen bislang bestehende einschränkende Erfordernis, dass es sich um Tatsachen handeln muss, die die Fähigkeit des Emittenten beeinträchtigen können, seinen Verpflichtungen nachzukommen, ist nunmehr auch formal entfallen.
- Nach neuer Rechtslage kann der Emittent die Veröffentlichung mit Blick auf überwiegend berechnigte Eigeninteressen ohne vorausgehenden Verwaltungsakt der BaFin eigenverantwortlich aufschieben.

Der Pflicht zur unverzüglichen Veröffentlichung von meldepflichtigen Insiderinformationen steht die durch das AnSVG erstmals eingeführte Möglichkeit der Selbstbefreiung entgegen.⁴³⁴ Nach § 15 Abs. 3 ist der Emittent von der Pflicht zur Veröffentlichung so lange befreit,

- wie es der Schutz seiner berechtigten Interessen erfordert
- wie keine Irreführung der Öffentlichkeit zu befürchten ist
- wie der Emittent die Vertraulichkeit der Insiderinformation gewährleisten kann.

Damit entfällt der bisherige Befreiungsantrag an das BaFin und der Emittent kann eigenverantwortlich entscheiden, ob er die Veröffentlichung aufschieben möchte.⁴³⁵ Diese ist jedoch auf jeden Fall nachzuholen, sobald die Gründe für die Aufschiebung weggefallen sind. Abzustellen ist dabei auf das Vorliegen der Voraussetzungen der Veröffentlichungspflicht für den ursprünglichen Sachverhalt.⁴³⁶ Die typischen Anwendungsfälle dafür sind offensichtlich laufende Verhandlungen, besonders

⁴³⁴ *Diekmann/Sustmann*, NZG 2004, 929, 935; *Ziemons*, NZG 2004, 537, 542.

⁴³⁵ *Wehowsky in Erbs/Kohlhaas*, § 15, Rn. 11.

⁴³⁶ *Holzborn/Israel*, WM 2004, 1948, 1952.

wenn das Ergebnis dieser Verhandlungen von einer Veröffentlichung wesentlich beeinträchtigt würde.⁴³⁷

Beispiel: Sanierungsverhandlungen mit Investoren, wenn die finanzielle Überlebensfähigkeit davon abhängt, dass die Krise des Unternehmens nicht veröffentlicht wird. Nur durch die Geheimhaltung der Verhandlungen kann eine Verschlimmerung der Krise gesichert werden.

Das Beispiel zeigt auch die Schwierigkeiten bei dem Tatbestandsmerkmal „keine Irreführung der Öffentlichkeit“. Diese wird sagen, dass sie gerade über die laufenden Sanierungsverhandlungen hätte informiert werden wollen, da man dann zumindest keine Aktien des Unternehmens gekauft hätte. Dieses Argument widerspricht jedoch dem Sinn des § 15 Abs. 3 WpHG, denn es würde geradezu jeden Aufschub unzulässig machen, was wiederum der Intention des Gesetzgebers widerspräche, Aufschübe zuzulassen. Wenn der Aufschub der Ad-hoc-Meldung zum Schutz und bei Abwägung der berechtigten Interessen gerechtfertigt ist, muss ein Handeln des Emittenten auch bei dann unvollständiger Information der

⁴³⁷ Rückert/Kuthe in Kuthe/Rückert/Sickinger, S.146.

Marktteilnehmer hingenommen werden.⁴³⁸ Für den Zeitraum des Aufschubs ist außerdem dafür Sorge zu tragen, dass die Vertraulichkeit der Information durch technische und organisatorische Maßnahmen sichergestellt werden kann. Dies kann zum Beispiel durch so genannte *Chinese Walls* oder die Schaffung von Zugriffs- oder Zutrittsberechtigungen von räumlich getrennten Funktionsbereichen geschehen.

Das AnSVG normiert schließlich eine Reihe von empfindlichen Geldbußen von bis zu 1 Mio. Euro für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht. Dabei ist in allen Fällen Vorsatz oder zumindest leichtfertiges Handeln der Personen erforderlich. Leichtfertigkeit ist danach gegeben, wenn einfachste, nahe liegende Überlegungen bei der Prüfung der Ad-hoc-Meldepflicht nicht angestellt werden, das heißt für die Unternehmen empfehlen sich in der Regel zumindest gutachterliche Stellungnahmen der Rechtsabteilung oder externer Berater.⁴³⁹ Die Abgabe einer unrichtigen oder das Unterlassen einer Ad-hoc-Mitteilung kann darüber hinaus

⁴³⁸ Rückert/Kuthe in Kuthe/Rückert/Sickinger, S.151, der dem Merkmal der „Irreführung“ damit eine eigenständige Bedeutung abspricht und künftige Entscheidungen des BaFin bzw. der Gerichte dazu abwartet.

⁴³⁹ Cramers/Vogel in Assmann/Schneider, § 39, Rn. 42.

gemäß § 20 a WpHG strafrechtlich relevant werden, wenn die Handlung eine Marktmanipulation darstellt.

e) Verschärfung des Verbots von Marktpreismanipulationen

Dritter wesentlicher Bestandteil des AnSVG sind die erstmals auf europäischer Ebene verbotenen Praktiken der Marktmanipulation. Diese Verbote verfolgen den Schutz des Prinzips, dass für alle Anleger gleiche Bedingungen gelten müssen, und dieser Grundsatz darf nicht durch manipulative Eingriffe untergraben werden.⁴⁴⁰ Ausgangspunkt dafür war die zu schwache Regelung des § 88 BörsG, der wegen der Schwierigkeiten beim Nachweis der Einwirkungsabsicht des Täters praktisch ohne Bedeutung blieb.⁴⁴¹ Dies soll durch den neu eingefügten § 20 a WpHG und die ihn ergänzende Konkretisierungsverordnung (KuMaKV)⁴⁴² anders werden. Es werden drei unterschiedliche Tatbestände in § 20 a Abs. 1 Satz 1 WpHG geregelt:

⁴⁴⁰ *Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickingen*, S. 213.

⁴⁴¹ So vor allem: *Altenhain*, BB 2002, 1874 m.w.N.

⁴⁴² Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Kurs- und Marktpreismanipulation, in Kraft seit dem 28.11.2003 (BGBl. I 2003, S. 2300).

- Unrichtige oder irreführende Angaben über Umstände, die für die Bewertung erheblich sind (Alt. 1) oder das rechtsmissbräuchlich Verschweigen solche Umstände (Alt. 2),
- Geschäfte vorzunehmen oder Kauf- oder Verkaufsaufträge zu erteilen, die geeignet sind, falsche oder irreführende Signale zu geben
- Sonstige Täuschungshandlungen vorzunehmen, die geeignet sind, auf den Börsenpreis, das Angebot oder die Nachfrage des Finanzinstruments einzuwirken.

Es ist offensichtlich, welche Unsicherheiten bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „falsche oder irreführende Signalwirkung“ entstehen dürften. Dies vor allem dann, wenn sich dieses Merkmal am Maßstab des vernünftigen Anlegers mit durchschnittlicher Börsenkenntnis orientiert.⁴⁴³ Die zahlreichen hier verwendeten unbestimmten Tatbestandsmerkmale sowie der Charakter der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaKonV aufgeführten Beispiele als mögliche Anzeichen lassen es zweifelhaft erscheinen, ob sich hierdurch tatsächlich zusätzliche Rechtssicherheit für die Abgrenzung von legalem und

⁴⁴³ *Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 227.*

verbotenem Verhalten erreichen lässt⁴⁴⁴. Überwiegend handelt es sich um abstrakte Umschreibungen von Merkmalen, die Elemente bekannter Manipulationstechniken sind, aber ohne Weiteres auch jenseits dessen im Rahmen einer gewöhnlichen Geschäftsabwicklung auftreten können. Auf der Ebene von CESR ist daher beabsichtigt, zur Konkretisierung für die Aufsichtspraxis wiederum Rückgriff auf Beispiele dieser Manipulationstechniken und den Anschein einer damit verbundenen Motivation der Handelnden zu nehmen.⁴⁴⁵

Bei der erforderlichen Signalwirkung wird schließlich zu fragen sein, ob dafür eine bestimmte Größenordnung erreicht sein muss unter Anrechnung üblicher Marktvolatilitäten. Diese, nach Ansicht des Verfassers, berechnete Forderung nach einem Schwellenwert, wird jedoch von § 20 Abs. 1 Nr. 2 WpHG schon deshalb abgelehnt, da bereits falsche oder irreführende Signale für das Angebot oder die Nachfrage als solche ausreichend und daher unabhängig von einer Größenordnung sind.⁴⁴⁶ Eine subjektive Komponente der Preiseinwirkungsabsicht ist neuerdings ebenfalls nicht mehr erforderlich; dies stellt ebenso

⁴⁴⁴ So aber die Begründung, BR-Drs 18/ 05, S. 13.

⁴⁴⁵ Siehe näher *CESR*, S. 12 ff.

⁴⁴⁶ *Kautzsch, in Kuthe/Rückert/Sickinger*, S. 216 f.

eine wesentliche Verschärfung dar, weil der Tatbestand ungeachtet der Willensrichtung des Handelnden erfüllt werden kann.⁴⁴⁷ Mit der Neuregelung sollen nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem die in der Praxis aufgetretenen Grenzfälle erfasst werden (diese Geschäfte werden vor allem durch angelsächsische Schlagworte geprägt):

Wash Sales: Geschäfte, bei denen Käufer und Verkäufer wirtschaftlich identisch sind und damit in wirtschaftlicher Sicht gar kein Eigentumswechsel stattfindet; dies indiziert einen Verstoß gegen § 20 a Abs. 1 Nr. 2 WpHG zumindest in den Fällen, in denen dies wissentlich geschieht.⁴⁴⁸

Matched Orders: Geschäfte bei denen zwar verschiedene Personen handeln, jedoch Kauf- und Verkaufsaufträge in gleichen Stückzahlen erteilt werden und dies untereinander abgestimmt ist.⁴⁴⁹

Painting the Tape: Geschäfte, die den Eindruck einer lebhaften Nachfrage erzeugen sollen. Verboten sind danach Geschäfte, die den unzutreffenden Eindruck wirtschaftlich motivierter Umsätze

⁴⁴⁷ Holzborn/Israel, WM 2004, 1948, 1954.

⁴⁴⁸ Siehe dazu § 3 Abs. 2 Nr. 1 KuMaKV; vgl. auch Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 229.

⁴⁴⁹ Siehe dazu § 3 Abs. 2 Nr. 2 KuMaKV; vgl. auch Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 229.

erwecken, die jedoch keine Anlagemotive verfolgen, sondern lediglich zur Preisbeeinflussung erfolgen.⁴⁵⁰

Pumping and Dumping: Aufeinander abgestimmte Geschäfte einzelner oder mehrerer Personen mit dem Ziel, den Aktienkurs künstlich, das heißt entgegen der ansonsten eingetretenen Kursentwicklung zu erhöhen oder zu senken, um anschließend die Aktien unter Ausnutzung dieses künstlich verursachten Preisniveaus zu veräußern oder zu erwerben.⁴⁵¹

Schließlich erfassen die sonstigen Täuschungshandlungen gemäß § 20 a Abs. 1 Nr. 3 die breite Masse anderer abstrakt geeigneter Täuschungshandlungen für die Preisentwicklung; dazu gehört auch das bereits oben erwähnte *Scalping*. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 06. November 2003 entschieden, dass das so genannte *Scalping* rechtlich nicht als Insiderhandel, sondern als Kursmanipulation einzustufen ist.⁴⁵² Damit liegt erstmals eine höchstrichterliche Entscheidung zur strafrechtlichen Beurteilung des *Scalping* vor. Beim *Scalping* erwirbt der Täter („Börsenguru“) zunächst Wertpapiere, für die

⁴⁵⁰ Siehe dazu § 3 Abs. 2 Nr. 3 KuMaKV; Vgl. *Weber*, NZG 2004, 23.

⁴⁵¹ Siehe dazu § 3 Abs. 2 Nr. 4 KuMaKV; Das BaFin schildert dazu einen anschaulichen Praxisfall, *BaFin*, S. 190.

⁴⁵² BGH, NZG 2004, 91 ff.

er anschließend eine Kaufempfehlung ausspricht. Steigt der Kurs dann infolge der Empfehlung, kann er die Wertpapiere mit Gewinn wieder verkaufen.

f) Erlaubte Geschäfte (*Safe Harbour*)

Problematisch für die Unternehmen ist auch zum Beispiel, wie der Rückkauf eigener Aktien durch das Unternehmen zu beurteilen ist, da auch hier tatbestandlich ein künstliches Preisniveau erzeugt werden kann.⁴⁵³ Die Reichweite des § 20 a Abs.1 Nr. 2 WpHG birgt somit die Gefahr, dass ein Marktteilnehmer mit seiner Handlungsweise ungewollt gegen gesetzliche Verbote verstößt, die am Kapitalmarkt allgemein als legitim anerkannt sind. Die Praxis benötigt daher Anhaltspunkte über Geschäfte, die trotz ihrer Tatbestandsmäßigkeit vom gesetzlichen Verbot ausgenommen sind. Zwar erlaubt die unmittelbar geltende EU-Verordnung MaKonV⁴⁵⁴ eine sog. *Safe-Harbour-Regelung*, die Ausnahmen von der Strafbarkeit zum Beispiel bei Aktienrückkäufen und

⁴⁵³ Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickingen, S. 234.

⁴⁵⁴ Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation (Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung - MaKonV) vom 1. März 2005.

Kursstabilisierungsmaßnahmen festlegt.⁴⁵⁵ Aktienrückkäufe jedoch, die zum Zweck der reinen Kurspflege getätigt werden, fallen nicht unter diese Ausnahmetatbestände.⁴⁵⁶

Unter dem Stichwort *Safe Harbour* entstehen damit eine Reihe von Auslegungsfragen, wie weit die anerkannte Marktpraxis geht und was legitime Gründe für entsprechende Handelsaktivitäten sind. Zweifel entstehen vor allen Dingen dann, wenn der Handel neue Praktiken entwickeln will oder ursprünglich von der BaFin anerkannte Aktivitäten später ihre Anerkennung verlieren, z.B. weil sich die Marktchancen verändert haben. Hier wird der BaFin durch § 7 Abs. 1 MaKonV eine weit reichende Entscheidungskompetenz zugebilligt.⁴⁵⁷

§ 7 Verfahren zur Anerkennung einer zulässigen Marktpraxis

(1) Erhält die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bundesanstalt) im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit Kenntnis von einer Gepflogenheit, die geeignet sein könnte, falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage

⁴⁵⁵ Bürgers, BKR 2004, 424, 425; Spindler, NJW 2004, 3449, 3450.

⁴⁵⁶ Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 234.

⁴⁵⁷ Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 234.

oder den Börsen- oder Marktpreis von Finanzinstrumenten zu geben oder ein künstliches Preisniveau herbeizuführen, so entscheidet sie über die Anerkennung dieser Gepflogenheit als eine zulässige Marktpraxis im Sinne des § 20a Abs. 2 des Wertpapierhandelsgesetzes nach Maßgabe des Absatzes 2 und der §§ 8 und 9. Sie überprüft die zulässige Marktpraxis regelmäßig und berücksichtigt dabei insbesondere wesentliche Änderungen des Marktes, wie geänderte Handelsregeln oder eine Änderung der Infrastruktur des Marktes. Sie kann die Anerkennung mit Wirkung für die Zukunft ändern oder widerrufen. Für die Änderung oder den Widerruf gelten die §§ 8 und 9 entsprechend.

Neben dieser zulässigen Marktpraxis verlangt § 20 a Abs. 2 WpHG das Vorliegen „legitimer Gründe“ beim Handelnden. Eine weitere Konkretisierung dahingehend, was darunter zu verstehen ist, ist im Wortlaut des Gesetzes nicht zu finden; es kommt daher eine Negativabgrenzung in Betracht.⁴⁵⁸ Nach der Regierungsbegründung sollen an die legitimen Gründe keine

⁴⁵⁸ Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 234.

allzu hohen Anforderungen gestellt werden und diese nur dann verneint werden, wenn festgestellt werden kann, dass der Handelnde in betrügerischer oder manipulativer Absicht gehandelt hat.⁴⁵⁹ Insofern wird das Unternehmen davon ausgehen dürfen, zumindest dann legitimiert zu handeln, wenn sorgfältig geprüfte, betriebswirtschaftlich anerkannte Gründe dafür sprechen und keine subjektive betrügerische Absicht vorliegt. Dieses Merkmal stellt damit nach der Meinung von *Kautzsch*⁴⁶⁰ sogar lediglich eine Beweislastumkehr für die Tatbestandsmäßigkeit dar.

g) Sanktionen

Verstöße gegen § 20 a Abs.1 WpHG sind je nach Qualität des subjektiven Tatbestands und nach den Auswirkungen auf den Kurspreis entweder als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit einzustufen; im Falle der Ordnungswidrigkeit droht gemäß § 39 Abs. 4 WpHG ein Bußgeld von bis zu 1 Mio Euro.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ So die Begründung zum RegE zum AnSVG, BT-Drs. 15/ 3174, S. 37.

⁴⁶⁰ *Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickinger*, S. 244; ob dies jedoch überzeugt, ist schon wegen der Einordnung der Manipulationshandlung als Straftatbestand rechtstheoretisch problematisch.

⁴⁶¹ *Cramer/Vogel in Assmann/Schneider*, § 20 a, Rn. 13.

Strafbar macht sich gemäß § 20 a Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 2 WpHG insbesondere derjenige, der vorsätzlich verbotene Geschäfte oder Täuschungshandlungen begeht und dadurch auf den Börsenpreis einwirkt. Dem Täter droht eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.⁴⁶² Im Hinblick auf mögliche Schadensersatzansprüche geschädigter Marktteilnehmer enthält das WpHG keine unmittelbare Haftungsnorm für die Marktmanipulation; die §§ 37b, 37c WpHG beziehen sich ausschließlich auf falsche oder unterlassene Ad-hoc-Mitteilungen und der Tatbestand des § 826 BGB wird angesichts der Infomatec-Rechtsprechung des BGH nur dann verwirklicht sein, wenn die Marktmanipulation in unmittelbarem Zusammenhang mit einer falschen Ad-hoc-Meldung steht.⁴⁶³

Die Frage, ob § 20 a WpHG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Für die Schutzeigenschaft spricht, dass § 20 a WpHG zumindest auch einen individuell schützenden Charakter hat, der sich im Schutz des Anlegers als solchen und im Schutz seines Vermögens

⁴⁶² *Cramer/Vogel in Assmann/Schneider*, § 28, Rn. 34.

⁴⁶³ So auch *Kautzsch in Kuthe/Rückert/Sickingen*, S. 248.

widerspiegeln soll.⁴⁶⁴ Es spricht aber vieles dafür, dass es dem Gesetzgeber mit § 20 a WpHG vorrangig um den Schutz der Börsen- und Marktpreisbildung ging und eben nicht um die Schaffung einer Schutznorm.⁴⁶⁵ Mit den überarbeiteten Schadensersatzregelungen der §§ 37 b, und c WpHG hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, diese Schadensersatzansprüche auch auf Kurs- und Marktmanipulation zu erstrecken; dass er dies nicht getan hat, spricht dafür, dem § 20 a WpHG gerade keine individuell schützende Wirkung zuzumessen. Weitere Anspruchsmöglichkeiten auf Schadensersatz wegen der Täuschung des Kapitalmarkts wollte der Gesetzgeber mit dem Kapitalmarktinformations-Haftungsgesetz (KapInHaG) regeln, das jedoch auf heftige Kritik in den Wirtschaftsverbänden gestoßen⁴⁶⁶ und danach zunächst zurückgestellt worden ist.

⁴⁶⁴ *Vogel in Assmann/Schneider*, § 20a, Rn. 13 mit weiteren Nachweisen besonders auf *Altenhain*, BB 2002, 1874.

⁴⁶⁵ Siehe dazu die Regierungsbegründung zum 4. Finanzmarktförderungsgesetz BT-Drs. 14/ 8017, S. 89.

⁴⁶⁶ Aufschlussreich dazu, *Gerke*, BB 2004, 3.

h) Weitere Änderungen durch das AnSVG

aa) Herabsetzen der Freigrenze für Director's Dealings

Nach § 15 a Abs. 1 WpHG haben Personen, die bei einem Emittenten von Aktien Führungsaufgaben wahrnehmen und „Personen, die mit einer solchen Person in einer engen Beziehung stehen“ eigene Geschäfte mit Aktien des Emittenten oder sich darauf beziehenden Derivaten dem Emittenten und der BaFin innerhalb von fünf Werktagen mitzuteilen; der Emittent hat diese unverzüglich zu veröffentlichen (§ 15 a Abs. 4 S. 1 WpHG), wenn die Gesamtsumme der Geschäfte der Führungsperson und der ihm nahe stehenden Personen bis zum Ende eines Kalenderjahres 5.000,00 Euro erreicht.

Die Veröffentlichungs- und Mitteilungspflicht von Aktiengeschäften wurde auf Personen ausgeweitet, die bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft Führungsaufgaben wahrnehmen.⁴⁶⁷ Ferner betrifft dies Personen, die mit Führungskräften in einer engen Beziehung stehen (§ 15 a WpHG). Der meldepflichtige Personenkreis umfasst jetzt alle wesentlichen Entscheidungsträger im Unternehmen, die

⁴⁶⁷ Von Buttlar, BB 2003, 2134, 2135; Aus den Fünften in Kuthe/Rückert/Sickinger, S. 189.

regelmäßig Zugang zu Insiderinformationen haben sowie engste Vertraute dieser Entscheidungsträger (wie z.B. Ehepartner, eingetragene Lebenspartner, enge Verwandte) und bestimmte juristische Personen.⁴⁶⁸ Die Veröffentlichungs- und Mitteilungspflicht betrifft Geschäfte mit Aktien des Emittenten oder sich darauf beziehende Finanzinstrumente.

Die Freigrenze für meldepflichtige Geschäfte von Führungskräften mit Aktien oder Finanzinstrumenten ihres eigenen Unternehmens wird von bisher 25.000,00 Euro auf 5.000,00 Euro pro Kalenderjahr deutlich herabgesetzt. Bei Überschreiten des Gesamtbetrags von 5.000,00 Euro für veröffentlichungspflichtige Geschäfte muss die Person innerhalb von fünf Tagen eine schriftliche Meldung an den Emittenten und an das BaFin abgeben. Der Anwendungsbereich gegenüber dem bisherigen Recht wird in mehrfacher Hinsicht verändert, wodurch neue Risiken für entsprechende Compliance-Verstöße entstehen⁴⁶⁹:

⁴⁶⁸ *Aus den Fünften in Kuthe/Rückert/Sickinge*, S. 189.

⁴⁶⁹ *Schwintek*, S. 50.

- Der Kreis der von der Vorschrift betroffenen Emittenten wurde dahingehend verändert, dass nunmehr Führungspersonen von Emittenten von „Aktien“ (früher: „Wertpapiere“) mitteilungspflichtig sind, hinsichtlich dieser Aktien jedoch nicht notwendig eine inländische Börsenzulassung bestehen muss.⁴⁷⁰
- „Personen mit Führungsaufgaben“ sind neben den bislang erfassten Organmitgliedern und persönlich haftenden Gesellschaftern auch „sonstige Personen, die regelmäßig Zugang zu Insiderinformationen haben und zu wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen ermächtigt sind.“⁴⁷¹
- „Personen, die mit einer solchen Person in einer engen Beziehung stehen“ sind neben Ehepartnern, unterhaltsberechtigten Kindern und im selben Haushalt wie die Führungsperson lebenden Verwandten auch „juristische Personen, Gesellschaften und Einrichtungen“, die von einer solchen Person kontrolliert werden, zu ihren Gunsten errichtet worden sind oder weitgehend entsprechende wirtschaftliche Interessen

⁴⁷⁰ *Sethe in Assmann/Schneider*, § 15a, Rn. 64.

⁴⁷¹ *Holzborn/Israel*, WM 2004, 1948, 1953.

verfolgen. Mit diesem Umgehungstatbestand sollen Strohmangeschäfte verhindert werden.⁴⁷²

- Die stark abgesenkte Bagatellgrenze von 5000 Euro pro Kalenderjahr und Führungsperson nebst Zurechnungspersonen gegenüber der bislang geltenden 25000-Euro-Grenze dürfte in der Praxis zu einer deutlichen Steigerung der Meldungen führen.⁴⁷³

bb) Ausweitung der Prospektpflicht

Das VerkProspG wird dahingehend geändert, dass erstmals für nicht in Wertpapieren verbriefte Unternehmensbeteiligungen eine Prospektpflicht eingeführt wird. Zu den prospektpflichtigen Unternehmensanteilen gehören damit unter anderem auch Unternehmensbeteiligungen an Personenhandelsgesellschaften, BGB-Gesellschaften, GmbH-Anteile, Genossenschaftsanteile sowie stille Beteiligungen. Ziel des Prospekts ist es, dem Erwerber alle notwendigen tatsächlichen und rechtlichen Angaben zur Verfügung zu stellen, damit er seine Anlageentscheidung treffen kann. Neben der bereits bestehenden Haftung bei fehlerhaften Prospekten wird mit § 13

⁴⁷² Von Buttlar, BB 2003, 2134, 2137.

⁴⁷³ Sethe in Assmann/Schneider, § 15a, Rn. 67.

a VerkProspG ausserdem die Haftung für gänzlich fehlende Prospekte eingeführt.

i) Zwischenfazit

Das Risiko Kapitalmarkt-Compliance zeichnet sich vor allem durch die zunehmende Anzahl komplexer Rechtsnormen aus, die der Gesetzgeber in Zusammenhang mit dem Ruf nach mehr Transparenz und Anlegerschutz und dem 10-Punkte-Programm aus dem Jahr 2003 auf den Weg gebracht hat; auch, um damit europarechtliche Anforderungen zu erfüllen. Am Beispiel des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes zeigt sich das Ausmaß der damit erzielten Rechtsunsicherheit in den Unternehmen brennglasartig. Ausgehend von vielen noch weitgehend unklaren Rechtsbegriffen der Insiderinformation im Sinne des § 14 WpHG oder der Neuregelung der Ad-hoc-Publizität bis hin zur Verschärfung des Verbots von Marktpreismanipulationen bietet das AnSVG ausreichend Anschauungsmaterial für die Schwierigkeiten von Unternehmen sich uneingeschränkt rechtskonform zu verhalten. Börsennotierte Unternehmen finden die Fülle kapitalmarktrechtlicher Neuregelungen daher einhellig als belastend, ohne dass ihnen ein konkreter Nutzen einleuchtet. In der Praxis der Unternehmen hat dies für große

Rechtsunsicherheit gesorgt und die Risikosituation im Unternehmen verschärft. Die damit einhergehende Verrechtlichung des Kapitalmarkts und die unangemessen starke Bindung von Ressourcen an die Sicherstellung von Compliance verlangen daher die Einbeziehung der Kapitalmarkt-Compliance in das Risikomanagementsystem des Unternehmens. Dieser Ansatz soll nun im folgenden Kapitel vertieft werden.

3. Anwendbarkeit von Risikomanagementsystemen (RMS)

Wie das Beispiel AnSVG zeigt, ist der Umgang mit Compliancerisiken schwierig und nicht immer rational; dies hat wie bei anderen Risiken mehrere Ursachen:⁴⁷⁴

- Man ist sich der Risiken nicht bewusst (= Informationsdefizit).
- Man ist sich der Risiken zwar generell bewusst, kann aber die eigene Situation nicht zutreffend erkennen (= Informations- und/oder Bewertungsdefizit).
- Man erkennt die eigene Risikosituation, bewertet diese aber falsch(= Bewertungsdefizit).

⁴⁷⁴ *Hahn/Weber/Friedrich*, BB 2000, 2620, 2621.

- Man hat die eigene Risikosituation richtig bewertet, ergreift aber ungeeignete Maßnahmen (= Bewältigungsdefizit).

Diese Defizite erfordern daher eine unternehmerische Auseinandersetzung mit den Risiken, was im weitesten Sinne als Risiko-„management“ verstanden werden kann.⁴⁷⁵ Zur Einrichtung eines gesetzeskonformen Risikomanagementsystems im Unternehmen ist es erforderlich, zunächst die Struktur eines solchen Systems zu betrachten, um dann daraus einen Organisationsprozess für das Unternehmen abzuleiten.⁴⁷⁶ Die in der Wirtschaftswissenschaft zahlreich vorhandenen Vorschläge zur Gestaltung von Risikomanagementsystemen können dabei um die Compliance-bezogenen Organisations- und Systemhinweise ergänzt werden.⁴⁷⁷

a) Compliance-Risikomanagementsystem – Organisatorische Voraussetzungen

Bezüglich der Integration des Risikomanagementsystems in das Unternehmen werden in der betriebswirtschaftlichen Literatur

⁴⁷⁵ *Kajüter*, S. 18.

⁴⁷⁶ *Bitz*, S. 15; *Saitz/Braun*, S. 45

⁴⁷⁷ siehe zu den vielfältigen, branchenspezifischen Ansätzen *Saitz/Braun* S. 6ff.

massgeblich zwei Ansätze diskutiert:⁴⁷⁸ Dem so genannten Integrationskonzept wird das Separationskonzept gegenübergestellt. Das Integrationskonzept vertritt die Ansicht, dass die risikotragende Instanz auch die entsprechende Vollmacht besitzen sollte, um risikobezogene Entscheidungen selbständig treffen zu können. Anders sieht das das so genannte Separationskonzept, welches von einer Trennung der sachlichen und risikobezogenen Entscheidungen ausgeht. In dessen Rahmen wird von der ausführenden Einheit lediglich gefordert, die Risiken zu benennen, um diese durch eine separate risikobezogene Instanz bekämpfen zu lassen.⁴⁷⁹ Nach Wittmann ist darauf zu achten, dass sich der Aufbau der Risikomanagement-Organisation an der jeweiligen Organisationsstruktur orientiert: *„Die Unternehmensleitung hat als Verantwortliche dafür Sorge zu tragen, dass keine parallele Risikomanagementorganisation neben der etablierten entsteht. Vielmehr ist die im Unternehmen vorhandene Risikomanagementorganisation zu nutzen“*.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Hermann, S. 268 f m.w.N.

⁴⁷⁹ Hermann, S. 268 f.

⁴⁸⁰ Wittmann in Satz/Braun, S. 141.

Bei näherer Betrachtung stellt sich heraus, dass beide Systeme Vor- und Nachteile haben. Der Vorteil des Integrationskonzepts ist, dass die Risikoseite bei allen Entscheidungen mit einbezogen wird; es ist außerdem flexibler in der Anwendung⁴⁸¹ und kostengünstiger als das Separationskonzept.⁴⁸² Für die kleineren und mittelständischen Betriebe wird es das gängige Praxismodell sein. Demgegenüber hat das Separationskonzept den Vorteil, dass die Gesamtrisikolage des Unternehmens besser dargestellt werden kann. Hinzu kommen der Aufbau von Spezialwissen, eine erhöhte Transparenz und auch gewisse Einsparpotenziale, beispielsweise bei Versicherungsprämien.⁴⁸³ Die Praxis verzeichnet in vielen Fällen eine Kombination beider Konzepte.⁴⁸⁴ Bei allen Ansätzen zum Risikomanagement besteht zudem Einigkeit darüber, dass die einzelnen Elemente des Risikomanagementsystems nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern aufeinander aufbauen und sich gegenseitig so beeinflussen, dass sie einen Regelkreislauf, den Risikomanagementprozess, bilden, der im ganzen Unternehmen permanent durchlaufen wird.⁴⁸⁵ Die Ergebnisse des operativen

⁴⁸¹ *Runzheimer/ Wolf*, S. 89.

⁴⁸² *Hermann*, S. 269.

⁴⁸³ *Runzheimer/ Wolf*, S. 89.

⁴⁸⁴ *Sielaff*, S. 31.

⁴⁸⁵ *Eggemann/ Konradt*, BB 2000, 503 und insbesondere auch *Lück*, DB 1998, 1925, 1926.

Risikomanagementprozesses laufen somit wieder in die Ziele des strategischen Risikomanagements ein. Somit hat sich in der Praxis zu Recht die Auffassung durchgesetzt, unter den Begriff des Risikomanagements die Gesamtheit aller organisatorischen Regelungen (Schaffung der organisatorischen Rahmenbedingungen) und Maßnahmen zur Risikofrüherkennung (Arbeitsschritte von der Generierung risikorelevanter Informationen bis zur Risikoklassifizierung) sowie zum Umgang mit den Risiken unternehmerischer Betätigung (Risikosteuerung) zu fassen.⁴⁸⁶

Die unternehmerischen Spezifika bedingen, dass es auch bei der Gestaltung von Complianceorganisationen kein einheitliches Patentrezept gibt. Die konkrete Ausgestaltung der unternehmensspezifischen Compliance-Organisation hängt nach übereinstimmender Meinung von einer Vielzahl von unternehmensindividuellen Faktoren ab, wie etwa Branche, Unternehmensgröße, Konzernstruktur, Internationalisierungsgrad und Kapitalmarktzugang.⁴⁸⁷ Die gebotene Compliance-Organisation hängt entscheidend von den

⁴⁸⁶ *Kajüter*, S. 23.

⁴⁸⁷ *Bürkle*, BB 2005, 565; ders. BB 2007, 1798; *Kort*, NZG 2008, 81; *Schneider*, U., ZIP 2003, 645; *Lösler*, NZG 2005, 104; *Wiesner* in *MünchHdb/AG*, § 25, Rn. 5; *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

individuellen Verhältnissen der jeweiligen Unternehmen ab. Hierbei fällt nicht nur die strategische Ausrichtung des Unternehmens, sondern auch die aktuelle Situation der Gesellschaft und ihres rechtlichen Umfelds ins Gewicht.⁴⁸⁸

Als organisatorische Mindestanforderung wird gestellt, dass der Vorstand eine konkrete Ressortzuständigkeit für Compliance festlegt und dazu zum Beispiel einen Compliance-Officer beruft, der dem Vorstand regelmäßig berichtet.⁴⁸⁹ Diese Delegation ist vor allem dann sinnvoll, wenn der Vorstand selbst aufgrund der Komplexität der Problembereiche oder schlicht der Größe des Unternehmens nicht in der Lage ist, potenzielle Compliance-Gefahren selbst zu überwachen oder durch ein bloßes Richtlinienwesen zu organisieren.⁴⁹⁰ Der Compliance-Officer schlägt nach sorgfältiger Analyse ein Compliance-System vor und sorgt für dessen Implementierung. Er übernimmt auch die Dokumentation des Systems, die auch dazu beiträgt, zu belegen, dass die Compliance-Pflicht erfüllt wird. *Bürkle*⁴⁹¹ weist hier zu Recht darauf hin, dass die Dokumentation allein nicht genügt, vor allem müssen die Compliance-Vorgaben im

⁴⁸⁸ *Bürkle* BB 2007, 1797.

⁴⁸⁹ *Bürkle* BB 2005, 565, *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

⁴⁹⁰ *Hauschka*, ZIP 2004, 877 nennt als Beispiele dazu die pharmazeutische Industrie oder auch die Bereiche Umwelt und Abfallrecht.

⁴⁹¹ *Bürkle* BB 2005, 565.

Unternehmensalltag auch beachtet und praktiziert werden; hierbei kommt dem Vorstand eine wichtige Vorbildfunktion zu, die die Akzeptanz der Richtlinien massgeblich beeinflusst. Innerhalb des Unternehmens arbeitet der Compliance-Officer eng mit der internen Revision, dem allgemeinen Risikomanagement und dem Controlling zusammen.⁴⁹² Der Compliance-Officer informiert den Vorstand im Rahmen eines regelmäßigen Reporting über wesentliche Entwicklungen im Unternehmensumfeld, die Einfluss auf das Compliance-System haben. Dazu gehören in der Praxis vor allem neue rechtliche Entwicklungen im Kapitalmarktrecht aus Gesetzgebungsverfahren oder auch aus der Rechtsprechung. Bei entsprechender Unternehmensgröße ist es sinnvoll, neben dem zentralen Compliance-Officer dezentrale Compliance-Beauftragte in den Fachbereichen oder Konzerntöchtern einzurichten, damit die unternehmensweite Geltung der Compliance im Konzern beachtet wird. Die Compliance-Pflicht erschöpft sich nicht in der besonderen Beachtung spezieller Bereiche, sondern ist unternehmensweit im Sinne einer Corporate Compliance zu verstehen.⁴⁹³ Das bedeutet nicht, dass das gesamte Unternehmen wahllos mit einem dichten

⁴⁹² *Bürkle* BB 2005, 565, *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

⁴⁹³ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 9; *Bürkle* BB 2007, 1798; *Goette in Geiß*, S. 123; *Fleischer*, ZIP 2005, 141.

Compliance-Netz überzogen werden muss. Vielmehr sollen sich die Aktivitäten auf die wesentlichen, rechtlich und wirtschaftlich kritischen Bereiche des Unternehmens konzentrieren, die im Einzelfall unternehmensindividuell zu ermitteln sind.⁴⁹⁴

Dies fördert die Akzeptanz und Effizienz des Systems im Vergleich zu überzogenen Systemen und hält auch die Kosten in vertretbaren Grenzen. Für ein wirkungsvolles Compliance-Risikomanagement ist die Schaffung der geeigneten organisatorischen Rahmenbedingungen daher unerlässlich, denn ohne eine tragende Organisation und Unternehmenskultur laufen sowohl Risikoerkennung, als auch die notwendigen Gegenmaßnahmen ins Leere.⁴⁹⁵

Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat – für die Unternehmen hilfreich – den Prüfungsstandard für ein Risikomanagementsystem in der gleichen Weise beschrieben und damit ebenfalls Mindestanforderungen festgelegt.⁴⁹⁶ Diese sind mittlerweile als Standard anerkannt und können auch beim Thema Compliance angewendet werden.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ *Bürkle* BB 2007, 1798.

⁴⁹⁵ *Hahn*, S. 2622.

⁴⁹⁶ IDW PS 340, FN IDW 1999. download unter www.idw.de.

⁴⁹⁷ *Bitz*, S. 13.

Das Compliance-Risikoüberwachungssystem hat – unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung – Folgendes sicherzustellen:

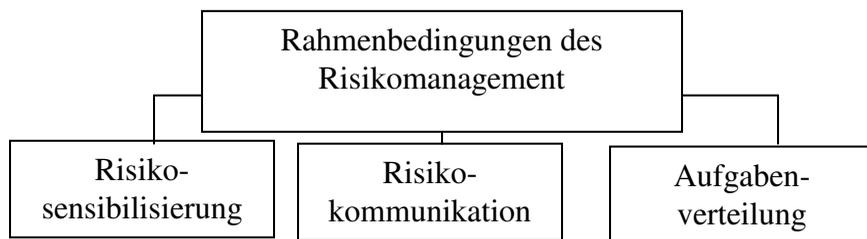


Abbildung 5: Rahmenbedingungen des Risikomanagements

b) Risikosensibilisierung - Risikokultur im Unternehmen

„There is no mistake, there has been no mistake and there shall be no mistake.“⁴⁹⁸

Wesentlich für die Wirksamkeit eines funktionierenden Risikomanagementsystems ist die sogenannte Risiko- und Kontrollkultur im Unternehmen, die sich im Know-how und

⁴⁹⁸ *Duke of Wellington*, britischer Militärführer der napoleonischen Zeit und britischer Außen- und Premierminister vor dem Unterhaus nach einer Schlacht.

insbesondere in der Einstellung der Mitarbeiter widerspiegelt. Mangelndes Risikobewusstsein setzt das Unternehmen unnötigen Gefahren aus und verhindert letztlich auch das Vorhersehen von Chancen; der verfügbare Handlungsspielraum wird nicht optimal ausgenutzt. Diese Risiko- und Kontrollkultur beeinflusst entscheidend den Umgang von Mitarbeitern mit Risiken, nämlich die Bereitschaft der Mitarbeiter, Risiken bewusst wahrzunehmen und entsprechend zu kommunizieren sowie risikobewusst zu handeln. Risiko- und Kontrollkultur besteht im Wesentlichen aus der Integrität der Mitarbeiter, dem praktizierten Führungsstil und der grundlegenden Unternehmensphilosophie.⁴⁹⁹

Die persönliche Einstellung von Vorstand, Aufsichtsrat und Mitarbeitern zum Risiko ist daher eine wichtige Basis dafür, ob die für die Umsetzung von Risikomanagementmaßnahmen notwendige Offenheit im Unternehmen entwickelt werden kann. Mit dem Begriff des Risikobewusstseins wird oft die Definition der Risikowahrnehmung (Risk-perception) im gleichen Atemzug genannt.⁵⁰⁰ Diese stellt die Wahrnehmung von Gefahren und die Beurteilung der damit verbundenen Risiken,

⁴⁹⁹ Hahn/Weber/Friedrich, BB 2000, S. 2620, 2621.

⁵⁰⁰ KPMG; <http://www.kpmg.de/library/pdf/irm.pdf>.

geprägt durch das eigene subjektive Verständnis von Risiko, dar.

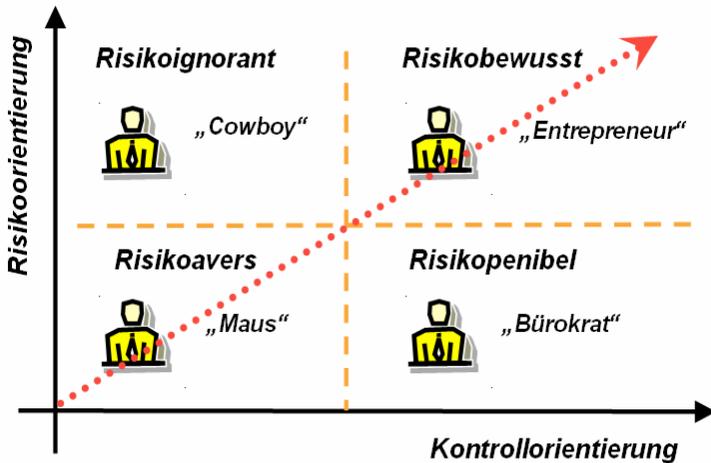


Abbildung 6: Mögliche Risikoeinstellungen⁵⁰¹

Beim Risikobewusstsein von Mitarbeitern sind folgende Risikoeinstellungen zu beobachten:⁵⁰²

Risikoavers: Er versucht, sämtliche Risiken zu vermeiden bzw. auszuschließen. Der Maßnahmenkatalog zur Risikosteuerung ist

⁵⁰¹ in Anlehnung an: KPMG, S. 9.

⁵⁰² Versteegen, S 22.

umfangreich und die Risikokosten sind extrem hoch. Die Kontrollorientierung ist schwach ausgeprägt.

Risikoignorant: Er hat eine durchschnittliche Einstellung und Bereitschaft zu Risiken. Der Mitarbeiter geht bewusst auch hohe Risiken ein, ohne dazu Kontrollsysteme eingerichtet zu haben. Diese Einstellung trifft man meist bei Mitarbeitern, die über einen großen Erfahrungsschatz verfügen und daher oft „Bauchentscheidungen“ treffen.

Risikobewusst: Hier werden bewusst Risiken eingegangen, um den Fortschritt des Unternehmens voran zu treiben und die Risikokosten gering zu halten. Die Balance zu den eingegangenen Risiken wird durch bewährte und effiziente Kontrollsysteme sicher gestellt.

Risikopenibel: Der Mitarbeiter hat kaum die Bereitschaft, Risiken einzugehen, hat aber ein hohes Kontrollbewußtsein; das Chancen- und Entwicklungspotenzial für das Unternehmen ist stark eingeschränkt.

Die persönliche Risikoeinstellung der Mitarbeiter zu Rechtsrisiken des Unternehmens entspricht dieser

Differenzierung und ist außerdem abhängig von der individuellen Kenntnis und den Erfahrungen des jeweils betroffenen Mitarbeiters über rechtliche Zusammenhänge. So wird zum Beispiel nur der rechtlich geschulte oder erfahrene Mitarbeiter die besondere Bedeutung seiner Aufnahme in das Insiderverzeichnis verstehen und einordnen können. Demgegenüber spielt die Kenntnis und Informationsübermittlung beispielsweise bei der Korruptionsbekämpfung eine eher untergeordnete Rolle, denn die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dürfte jedem bekannt sein.⁵⁰³ Die Risikoeinstellung wird auch durch die Fachabteilung geprägt; Vertriebsmitarbeiter sind in aller Regel eher bereit, rechtliche Risiken einzugehen, um einen neuen Auftrag zu erhalten, als zum Beispiel die Entwicklungsabteilung, kaufmännische Abteilungen oder gar die Rechtsabteilung.

Neben dem Risikobewusstsein muss im Unternehmen eine ausdrückliche Risikokultur gelebt werden. Es ist dabei die Aufgabe der Geschäftsleitung, dafür Sorge zu tragen, dass im Unternehmen eine Risikokultur implementiert wird und dass entsprechende Grundsätze für eine Risikopolitik als Leitlinie

⁵⁰³ *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

verankert sind.⁵⁰⁴ Die vollständige Erfassung aller wesentlichen Risiken erfordert daher ein Chancen- und Risikobewusstsein im Unternehmen. Hierzu ist es notwendig, den Mitarbeitern bestimmte Leitlinien für den Umgang mit Risiken vorzugeben. Dies kann zum einen durch die Etablierung einer Risikokultur und zum anderen durch die Ausarbeitung einer Risikostrategie bewerkstelligt werden⁵⁰⁵. Die Einführung eines Risikomanagementsystems kann damit nur bewältigt werden, wenn im Unternehmen eine Chancen- und Risikostrategie klar formuliert wird.⁵⁰⁶ Diese unabdingbare Chancen- und Risikostrategie sollte die Unternehmensleitung aus ihrer Unternehmensstrategie ableiten, um sie wiederum in die Unternehmensstrategie einzubetten.⁵⁰⁷ Bei der Risikostrategie muss festgelegt werden, welches Verhältnis zwischen Chancen und Risiken in den einzelnen Unternehmensbereichen einzuhalten ist, welche Risiken man überhaupt eingeht und ab welcher Schadenshöhe Maßnahmen zur Risikosteuerung eingeleitet werden müssen.⁵⁰⁸ Des Weiteren ist es häufig sinnvoll, klare Wertgrenzen in bestimmten Bereichen

⁵⁰⁴ Keitsch, S. 56.

⁵⁰⁵ Bitz, S. 19 f.

⁵⁰⁶ Lück, DB 1998, 1925.

⁵⁰⁷ Füser/Gleißner/Meier, DB 1999, 753.

⁵⁰⁸ Lück, DB 1998, 1925.

festzulegen.⁵⁰⁹ Die vom Unternehmen gelebte Risiko- und Kontrollkultur beeinflusst dann auch die Bereitschaft der Mitarbeiter, Risiken bewusst wahrzunehmen, entsprechend zu kommunizieren und risikobewusst zu handeln. Zu den Bestandteilen einer unternehmensinternen Risikokultur gehören somit klare Festlegungen, welche Risiken bis zu welchem Ausmaß eingegangen werden dürfen, die Integrität der Mitarbeiter zur Befolgung dieser Festlegungen sowie der praktizierte Führungsstil.⁵¹⁰

Beispiel: Die Geschäftsleitung kommuniziert eine Richtlinie, wonach jeder Geschäftsvorfall über 1 Mio. Euro darauf zu prüfen ist, ob es sich dabei um einen insiderrelevanten Umstand im Sinne des § 13 WpHG handelt.

Im Hinblick auf Compliance gehört dazu beispielsweise auch die Verabschiedung eines internen Verhaltenskodex durch den Vorstand, der allen Mitarbeitern zugänglich gemacht wird. Dieser Kodex dokumentiert die Grundhaltung des Unternehmens im Geschäftsverkehr, wie das Bekenntnis zu

⁵⁰⁹ Bitz, S. 19.

⁵¹⁰ Hahn/Weber/Friedrich, BB 2000, 2620, 2626.

fairem Wettbewerb und der Vermeidung von Interessenkollisionen. Der Verhaltenskodex muss von der Geschäftsleitung gemäß dem Motto („*walk the talk*“) vorgelebt werden und dient damit vor allem der Orientierung der Mitarbeiter in Zweifelsfragen mit rechtlichem Hintergrund. Beispielsweise enthält der Kodex konkrete Aussagen zum Umgang mit vertraulichen Informationen, Geschenken oder Einladungen. Darin sollte auch die Risikokultur des Unternehmens klar zum Ausdruck kommen. Wenn auch die Beschreibung der Risikostrategie noch nicht allzu schwierig sein dürfte, ist ihre Etablierung in der Unternehmenskultur ungleich schwieriger. Eine Risikokultur kann in einem Unternehmen nicht von heute auf morgen implementiert werden. „Die Risikokultur bedeutet die Bereitschaft zur Wahrnehmung der Risiken, die Sensibilisierung der Belegschaft sowie die Kommunikation der Risiken.“⁵¹¹ Nach der Darstellung von *Hauschka* erfolgt die Kommunikation der Risikokultur für Compliance-Risiken beispielsweise durch:⁵¹²

- „*Mission Statement*“⁵¹³ (das unternehmensöffentliche Bekenntnis zur Rechtstreue, auch die verlautbarte

⁵¹¹ *Kirchner*, S. 19.

⁵¹² *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 16 f.

⁵¹³ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645, 649; *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

Reaktion der Unternehmensleitung auf ein als solches erkanntes Compliance-Risiko).

- „*Zero Tolerance Policy*“⁵¹⁴ (Der Begriff entstammt dem „Broken Windows Theorem“ der US-Wissenschaftler Kelling und Williams. Er hat in US-amerikanischen Großstädten Polizeigeschichte gemacht und „ist keineswegs eine Selbstverständlichkeit deutscher Unternehmenskultur.“)⁵¹⁵
- Schriftliche Verhaltensregeln („*code of conduct*“), durch die Compliance-Programme umgesetzt werden.
- Compliance-Handbuch.

Die kommunizierte und gelebte Risikokultur übt einen maßgeblichen Einfluss auf das Know-how und die Einstellung der Mitarbeiter zu Compliance-Risiken aus.⁵¹⁶ Wiederum spielt die Unternehmensleitung dabei eine maßgebliche Vorbildrolle. Unabhängig davon, welche der vorgenannten Formen einer Richtlinie oder eines Kodex gewählt wird; geht es vor allem um die Klarheit und Unzweideutigkeit der Botschaft des Vorstands

⁵¹⁴ Schneider, U., ZIP 2003, 645, 649; Hauschka, ZIP 2004, 877.

⁵¹⁵ Hauschka in Hauschka, § 1, S. 17.

⁵¹⁶ Hahn/Weber/Friedrich, BB 2000, 2620, 2626.

gegenüber den Mitarbeitern.⁵¹⁷ Der Vorstand muss damit ein unternehmensöffentliches und unbedingtes Bekenntnis zur Gesetzestreue abgeben, mit dem unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird, dass Verstöße gegen den Verhaltenskodex nicht als Kavaliersdelikte angesehen werden, sondern entsprechende Sanktionen auslösen.

c) Kommunikations- und Informationsstruktur

Verstöße gegen verbindliche, gesetzliche Regelwerke für das Unternehmen erfolgen ja im Regelfall nicht vorsätzlich. Dies mag zwar bei Korruptionsfällen durchaus anders sein, aber im Bereich der hier relevanten Kapitalmarkt-Compliance werden die Verstöße meist durch unbewusste und mangelnde Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen oder fehlende Sensibilität dazu verursacht.⁵¹⁸ Eine Compliance-Organisation muss daher die Verbesserung des Informationsflusses der relevanten Risiken an den Vorstand und den Mitarbeitern sicherstellen.⁵¹⁹ Daher muss der Vorstand im Rahmen seiner Organisationsgewalt sicherstellen, dass ihm alle als relevant definierten Risiken im Zuge einer regelmäßigen Berichterstattung zur Kenntnis

⁵¹⁷ *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

⁵¹⁸ *Bürkle*, BB 2005, 565.

⁵¹⁹ Reg.Begr. zum KonTraG in BT-Drs. 13/ 10188 vom 24.03.1998.

gelangen. Unerlässlich für die Funktionalität des Risikomanagementsystems ist daher die Berichterstattung über Risiken. Dies setzt neben der Kommunikationsbereitschaft der Mitarbeiter eine in sich abgestimmte Kommunikationsstruktur voraus. Dabei sollten bei der Einrichtung der Kommunikationsstruktur folgende Punkte beachtet werden:

- Festlegung der Kommunikationswege
- Berücksichtigung von Interdependenzen zwischen den einzelnen Risiken
- Festlegung von Regelberichtzeiträumen und -zeitpunkten sowie der Ad-hoc-Berichterstattung,
- Dokumentation der Risikoberichterstattung.⁵²⁰

Beispielsweise können durch die Anwendung elektronischer Kommunikationsformen (wie zum Beispiel: E-mail, Intranet) identifizierte Risiken ohne Probleme an einen unüberschaubaren Adressatenkreis übermittelt werden, was die anschließende Steuerung und Behandlung des Risikos erschwert. Vor allem wenn Entscheidungsebenen übersprungen werden, führt dies

⁵²⁰ *Hahn/Weber/Friedrich*, BB 2000, 2620, 2626.

dazu, dass manches Risiko zum Beispiel nicht mehr auf Abteilungsleiterenebene behandelt werden kann, wo es eigentlich hätte angemessen bearbeitet werden können.

Beispiel: Die Abteilung Investor Relations leitet den Presseartikel über ein Urteil zur Haftung des Vorstandes aufgrund einer vermeintlich neuen Rechtslage an den Vorstand weiter. Dieser alarmiert sofort den Syndikus zur Begutachtung und Festlegung neuer Verhaltensrichtlinien. Bei genauer Betrachtung zeigt sich, dass das Urteil noch auf der ohnehin bereits bekannten Rechtslage beruht und eine Gesetzesänderung noch in weiter Ferne ist. Es besteht keine Handlungsnotwendigkeit und die Unruhe hätte leicht vermieden werden können, wenn zunächst eine Abstimmung zwischen Investor Relations und der Rechtsabteilung stattgefunden hätte.

Der Vorstand hat seinerseits zu entscheiden, welche und in welcher Form Maßnahmen zu ergreifen und welche Überwachungsorgane zu unterrichten sind. Dazu gehört möglicherweise auch die Pflicht zur umgehenden Meldung

neu auftretender wesentlicher Risiken (Sofortmeldung) auf Grundlage der Ad-hoc-Meldepflicht nach § 13ff WpHG.

Unerlässliche Voraussetzung für die Etablierung eines entsprechenden Chancen- und Risikobewusstseins im Unternehmen ist daher eine intensive Kommunikation.⁵²¹ Die Mitarbeiter müssen umfassend über Inhalt und Aufbau des Risikomanagementsystems informiert sein. Dies gibt eine wichtige Orientierungs- und Entscheidungshilfe zur Erkennung und Meldung neuer Risiken. In einem Leitfaden empfiehlt die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG dazu die Herausgabe einer „Leitlinie Risikomanagement“ für den Umgang mit Risiken im Unternehmen.⁵²²

Mangelndes Risikobewusstsein setzt das Unternehmen unnötigen Gefahren aus und verhindert letztlich auch das Voraussehen von Chancen; der verfügbare Handlungsspielraum wird nicht optimal ausgenutzt; darunter versteht man insbesondere die Organisation von Informationsflüssen.⁵²³ In Betracht kommt dabei aus dem Bereich des AnSVG das Auftreten einer meldepflichtigen Insiderinformation nach § 15

⁵²¹ *Sielaff*, S. 19.

⁵²² *KPMG*, S. 14.

⁵²³ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 9.

WpHG, beispielsweise bei Verhandlung und Abschluss einer großen M&A-Transaktion (Unternehmenskauf). Hier muss der Compliance-Beauftragte jederzeit über den aktuellen Verfahrensstand informiert sein, um ggf. die Ad-hoc-Meldung zu formulieren oder alternativ den Befreiungstatbestand gemäß § 15 Abs. 3 WpHG sicherzustellen. Diesem Zweck dienen im Unternehmen:

- reguläre Mitarbeiterbesprechungen
- „Montagskonferenzen“
- Plangespräche
- Geschäftsanweisungen und Weisungen
- Rundschreiben
- Aushänge/Intranet
- Niederlassungsleitertreffen
- Conference Calls
- Kaufmännische, technische und juristische Tagungen
- Interne und externe sowie individuelle Schulungen durch interne und externe Referenten mit Verteilung entsprechender Skripten

- Compliance-Trainingsprogramm⁵²⁴
- Compliance-Audit-Programm⁵²⁵
- Pflichtenheft zur Identifikation und Kommunikation unternehmensbezogener Rechtspflichten⁵²⁶
- Schriftlicher Verhaltenskodex.

Der Informationsfluss muss durchgängig organisiert werden; diese Anforderung ermöglicht dem Leitungsorgan durch Informationstransparenz die Erfüllung seiner eigenen Pflichten.⁵²⁷ Zur Sicherung der Geheimhaltung werden Instrumente wie Geheimhaltungsvereinbarungen, Projektanonymisierung, *Chinese Walls*, *Policy Mix* und *Client-Attorney-Privilege* eingesetzt. Hinzu kommt die Informationslogistik mit Fax, Telefon und E-Mail.⁵²⁸ Des Weiteren setzt ein richtiger Umgang mit dem Risiko – wie zuvor beschrieben - die Risikobegrenzung und die Risikoversicherung voraus. Als einfache unternehmerische Maßnahmen zur Risikoverringerung hat sich beispielsweise die Einhaltung des 4-

⁵²⁴ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645; Hauschka, ZIP 2004, 877.

⁵²⁵ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645; Hauschka, ZIP 2004, 877.

⁵²⁶ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

⁵²⁷ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 10, Fn. 50.

⁵²⁸ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 10.

Augen-Prinzips bewährt.⁵²⁹ Die Rechtsprechung fordert gelegentlich darüber hinaus die Einrichtung einer Revisions- oder Controllingabteilung.⁵³⁰ Eine darüber hinausgehende Risikovermeidungspflicht oder gar Risikoversicherungspflicht gibt es über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus nach *Hauschka* dagegen nicht.⁵³¹

d) Kompetenz- und Aufgabenverteilung

Die Verantwortung für einzelne Unternehmensbereiche muß jeweils so aufgeteilt werden, dass die dort auftretenden Mängel rechtzeitig erkannt und dass die erforderlichen Maßnahmen zur Risikobewältigung sofort getroffen oder zumindest an die zuständigen Berichtsempfänger weitergeleitet werden.⁵³² Die Kompetenz- und Aufgabenverteilung sollte dabei die Verantwortlichkeit in Hierarchieebenen abstufen, wobei eine Rückkoppelung zwischen den einzelnen Bereichen über die berichteten Risiken sichergestellt sein sollte.⁵³³ Weiterhin muss

⁵²⁹ *Hauschka, in Hauschka*, § 1, S. 12.

⁵³⁰ Siehe KG Berlin, Wu W/E 1981, OLG 2330, wonach „die Einrichtung einer Revisionsabteilung“ eine „sachgerechte Organisationsmaßnahme zur Überwachung kartellrechtlichen Wohlverhaltens“ sein soll, wenn sie eine „regelmäßige stichprobenweise Kontrolle“ gewährleistet.

⁵³¹ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 12.

⁵³² *Hahn/Weber/Friedrich*, BB 2000, 2620, 2626.

⁵³³ *Hahn/Weber/Friedrich*, BB 2000, 2620, 2626.

die Zuständigkeit der Berichtsempfänger für die einzelnen Bereiche klar geregelt sein⁵³⁴ und schließlich muss auch die Kompetenz- und Aufgabenverteilung dokumentiert werden.⁵³⁵

Eine Compliance-Organisation impliziert damit auch die Organisation der Unternehmensführung. Diese Organisation wird auch als Prozesssteuerung umschrieben. Darunter versteht man nicht nur Qualitätssicherungssysteme und –programme, sondern auch Entscheidungsvorbereitung und Entscheidungsumsetzung einschließlich entsprechender Durchführungskontrolle⁵³⁶. Unerlässlich ist eine klare Organisationsstruktur für die Gesamtunternehmung sowie eine entsprechende Ablauforganisation, welche definierte Berichtspflichten, Rundschreiben, Weisungen und Geschäftsanweisungen einschließlich einer systematischen Durchführungskontrolle, Aufgabenzuweisungen und Verhaltensregeln in Form von Stellenbeschreibungen, Arbeitsverträgen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Geschäftsordnungen, Betriebsordnungen sowie Stichproben

⁵³⁴ Hahn/Weber/Friedrich, BB 2000, 2620, 2626.

⁵³⁵ Hahn/Weber/Friedrich, BB 2000, 2620, 2626.

⁵³⁶ Hauschka in Hauschka, § 1, S. 13.

enthält⁵³⁷. Neuerdings wird in der Literatur auch ein *Internal Control Report* verlangt⁵³⁸. Weitere Komponente einer Organisation der Unternehmensführung sind Controlling und Revision, außerdem die Dokumentation der Compliance-Einhaltung⁵³⁹.

In engem Zusammenhang mit der Organisation der Unternehmensführung steht die Verteilung der Verantwortung. Diese geschieht durch:⁵⁴⁰

- Ressortaufteilung
- Delegation: Ernennung eines Compliance-Officers, Beauftragten oder Ombudsmannes
- Erweiterung der Aufgaben gesetzlich vorgeschriebener Beauftragter wie des Datenschutzbeauftragten um eine Compliance-Aufgabe
- Externe Unterstützung und begleitende Maßnahmen im Personalbereich
- Mechanismen der Kontrolle und des Einschreitens⁵⁴¹ sowie vollständige Dokumentation.

⁵³⁷ Hauschka in Hauschka, § 1, S. 13.

⁵³⁸ Schneider, U., ZIP 2003, 645; Hauschka, ZIP 2004, 877.

⁵³⁹ Hauschka in Hauschka, § 1, S. 13.

⁵⁴⁰ Hauschka in Hauschka, § 1, S. 13.

Bei der Kompetenz- und Aufgabenverteilung ist die Unabhängigkeit der unternehmensinternen Compliance-Organisation zu beachten. Dies kann sowohl eine disziplinarische, eine organisatorische aber auch eine finanzielle Unabhängigkeit sein.⁵⁴² Im Bereich der Finanzdienstleistungen fordert die Bafin in Ziffer 4.2 ihrer Compliance-Richtlinie⁵⁴³ beispielsweise, dass die Compliance-Stelle eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens der Geschäftsleitung zwar unmittelbar verantwortlich ist, im Übrigen aber frei von Weisungen sein müsse. Zur finanziellen Unabhängigkeit gehört eine vom geschäftlichen Erfolg des Unternehmens unabhängige Vergütung des Compliance-Officers, aber auch die Ausstattung der Compliance-Organisation mit den erforderlichen personellen und materiellen Ressourcen. Trotz der Unabhängigkeit und Delegation auf nachgeordnete Ebenen besteht jedoch Einigkeit darüber, dass Compliance eine „Chefsache“ ist bleibt; das heißt

⁵⁴¹ Wenn Unregelmäßigkeiten bekannt werden, kann nach der Rechtsprechung auch das bloße Nichtstun eine Haftung begründen, sodass eine Rechtspflicht zum Einschreiten besteht, siehe OLG Celle NdsRpfl 1987, 135.

⁵⁴² *Lösler*, NZG 2005, 104.

⁵⁴³ Richtlinie zur Konkretisierung der Organisationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom 25.10.1999, Bundesanzeiger Nr. 210 vom 06.11.1999, S. 18453.

die Verantwortung obliegt letztlich doch immer dem Vorstand.⁵⁴⁴

2. Implementierung – Der Compliance-Risikomanagementprozess

Neben den dargestellten, organisatorischen Anforderungen an das Risikomanagementsystem besteht Einigkeit auch darüber, dass die einzelnen Elemente des Risikomanagementsystems nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern aufeinander aufbauen und sich gegenseitig so beeinflussen, dass sie einen Regelkreislauf, den Risikomanagementprozess bilden, der im ganzen Unternehmen permanent durchlaufen wird und sämtliche Aktivitäten zum systematischen Umgang mit Risiken beinhaltet.⁵⁴⁵ Aufgabe des Risikomanagements ist die ständige Analyse, Steuerung und kontinuierliche Überwachung der Risiken im Rahmen eines Risikomanagementprozesses; nach überzeugender Einschätzung des Instituts der Wirtschaftsprüfer reicht eine einmalige Inventur der Risiken durch Abfrage am

⁵⁴⁴ Lösler, NZG 2005, 104; Schneider, U., ZIP 2003, 645, Hauschka, ZIP 2004, 877;

⁵⁴⁵ Eggemann/ Konradt, BB 2000, 503; Lück, DB 1998, 1925, Kajüter, S. 23, m.w.N.

Bilanzstichtag nicht aus.⁵⁴⁶ Ein Risikomanagementsystem setzt daher eine systematische und objektivierbare Vorgehensweise voraus, nämlich den Risikomanagementprozess, welcher wiederum zwischen dem strategischen und dem operativen Risikomanagement unterscheidet. Die Ergebnisse des operativen Risikomanagementprozesses laufen wieder in die Ziele des strategischen Risikomanagements ein, so wird der Regelkreislauf wieder geschlossen.

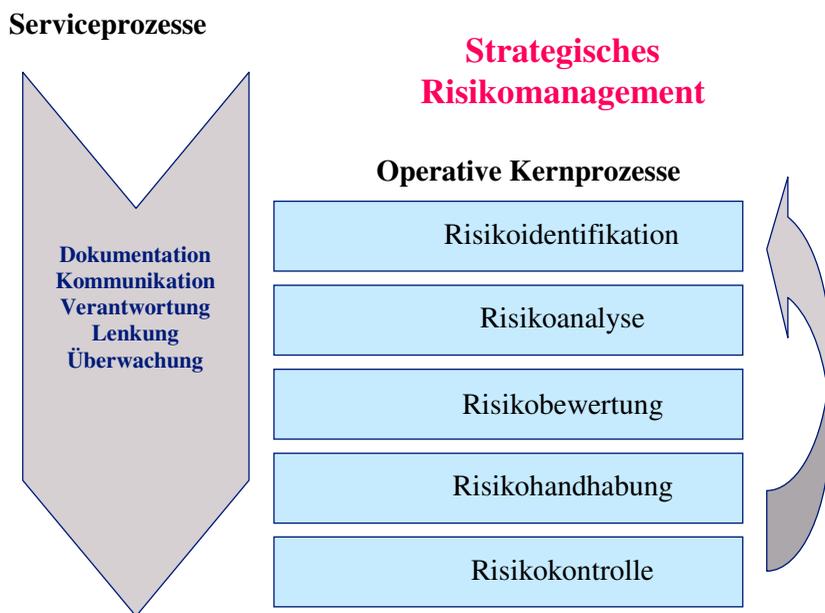


Abbildung 7: Regelkreislauf Risikomanagement⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ IDW PS 340, FN IDW 1999.

⁵⁴⁷ Von Rosen, KPMG, S. 20.

a) Strategisches Compliance-Risikomanagement

Unabdingbarer Bestandteil und die erste Stufe im Risikomanagementprozess ist – wie bereits gesagt - die glaubhafte und gelebte Compliance- und Risikostrategie des Unternehmens.⁵⁴⁸ Die formulierte Risikostrategie des Vorstands hat unmittelbare Auswirkung auf die Risikokultur im Unternehmen, sodass die oben dargestellten Hinweise zur Umsetzung einer Risikokultur Anwendung finden. Im strategischen Risikomanagement werden vom Vorstand (und Aufsichtsrat) Ziele und risikopolitische Grundsatzentscheidungen getroffen und Grundzüge der Risikoorganisation festgelegt. Auf der Grundlage der Legalitätspflicht und des jeweiligen rechtlichen Umfelds des Unternehmens können damit individuelle Strategien für das betreffende Geschäftsfeld festgesetzt werden.⁵⁴⁹

Beispiel: Die Geschäftsleitung kommuniziert an die Mitarbeiter den Grundsatz der „Zero Tolerance“ in der Behandlung von Tatbeständen der Bestechung und Bestechlichkeit.

⁵⁴⁸ Schneider, ZIP 2003, 645; Lösler, NZG 2005, 104.

⁵⁴⁹ Lück, DB 1998, 1925.

Bereits aus der Definition des Begriffs Compliance-Organisation ergibt sich, dass das Ziel der Compliance-Organisation sein muss, die unbedingte Einhaltung gesetzlicher Normen und unternehmensdefinierter Regeln zu gewährleisten, um dadurch Haftungsansprüche oder andere Rechtsnachteile für das Unternehmen, seine Mitarbeiter und Organe zu vermeiden. Im Einzelnen müssen nicht nur das geltende Recht, sondern auch Satzung, Geschäftsordnungen und im Unternehmen festgelegte Verhaltensanforderungen oder Geheimhaltungsbedürfnisse eingehalten werden⁵⁵⁰ *Schneider* geht so weit, dies als eine zentrale Aufgabe der Unternehmensleitung zu betrachten und sieht der Vorstand dabei in einer Rolle des Legal Risk Managers, der nicht nur die zweckmäßigste Gestaltung zu suchen und einzusetzen hat, sondern eben auch gewährleisten muss, dass die Regelbefolgung durch das Unternehmen und seine Mitarbeiter stattfindet.⁵⁵¹ Ziel einer Compliance-Organisation ist es danach, dass sich das Unternehmen, alle Organmitglieder und Mitarbeiter zu rechtmäßigem Verhalten bekennen, um die erheblichen Rechtsfolgen von Rechtsverletzungen für das Unternehmen und die Organmitglieder abzuwenden. Ein weiteres Ziel eines

⁵⁵⁰ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 9.

⁵⁵¹ *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

Compliance-Systems ist die Sicherung des Vertrauens der Geschäftspartner und schliesslich eine positive Wahrnehmung des Unternehmens im Kapitalmarkt als „*good corporate citizen*“.⁵⁵²

Auf der Ebene der festgelegten Risikostrategie soll den Mitarbeitern die unmissverständliche Aussage des Unternehmens zur Risikobereitschaft im entsprechenden Geschäftsfeld vermittelt werden und damit ein Orientierungsrahmen für eigene Entscheidungen im Zusammenhang mit der kommunizierten Vorgabe. Im Beispiel ist es damit dem Mitarbeiter klar und eindeutig adressiert, dass keinerlei „Schmiergelder“, zum Beispiel bei Auftragsvergabe toleriert werden; diese Anforderung muss dabei möglicherweise mit anderen strategischen Zielen des Unternehmens wie Auftragseingang und Qualitätszielen konkurrieren.

⁵⁵² *Schneider, U.*, ZIP 2003, 645.

b) Operatives Compliance-Risikomanagement

Das operative Compliance-Risikomanagement befasst sich schließlich mit der tatsächlichen Durchführung des Risikomanagements und besteht aus den Bausteinen:⁵⁵³

- Risikoidentifikation
- Risikoanalyse
- Risikobewertung
- Risikobewältigung
- Risikokontrolle

Das Risikomanagementsystem wird im Sinne eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses als Regelkreislauf (siehe Abbildung 7) implementiert.⁵⁵⁴ Der parallel ablaufende, unterstützende Risikoserviceprozess dient der Wahrnehmung verschiedener Querschnittsfunktionen wie Dokumentation, Kommunikation, Lenkung und Überwachung sowie der zwingenden Festlegung von Verantwortlichkeiten. Als letzter Schritt müssen alle im Risikomanagement getroffenen Maßnahmen, das heißt die Risikoidentifikation, die

⁵⁵³ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620, 2625.

⁵⁵⁴ Ausführlich dazu: Runzheimer/ Wolf, S. 41 f.

Risikodefinition und die Risikobewertung dokumentiert werden.⁵⁵⁵

c) Risikoidentifikation

Der erste Schritt eines erfolgreichen Risikomanagementsystems ist eine effektive Erkennung der für das Unternehmen relevanten Risiken; dieser erste Schritt wird übereinstimmend als Risikoidentifikation bezeichnet.⁵⁵⁶ Das RMS muss dabei gewährleisten, dass alle wesentlichen Risiken erfasst werden. Hierzu gehören neben den aktuellen operativen Aktivitäten auch die in die Zukunft reichenden strategischen Entscheidungen des Unternehmens mit den dazugehörigen Risiken aller Geschäftsbereiche, die für die künftige Entwicklung des Unternehmens konzernweit von Bedeutung sind.⁵⁵⁷

Compliance-Systeme beginnen daher stets mit einer systematischen Analyse der Aufbau- und Ablauforganisation des Unternehmens unter rechtlichen Aspekten.⁵⁵⁸ Hierbei müssen in enger Zusammenarbeit zwischen Fachabteilungen,

⁵⁵⁵ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.149.

⁵⁵⁶ Ausführlich dazu: Runzheimer/ Wolf, S. 41 f.

⁵⁵⁷ Kajüter, S. 23.

⁵⁵⁸ Bürkle, BB 2005, 565, Schneider, U., ZIP 2003, 645.

Rechtsabteilung und anderen Funktionen die relevanten rechtlichen Vorgaben und Gefährdungspotenziale in den wesentlichen Bereichen des Unternehmens identifiziert werden.⁵⁵⁹ Die konkrete Identifikation von Compliance-Risiken hängt von einer individuellen Analyse der compliance-relevanten Faktoren des jeweiligen Unternehmens ab. Zu diesen zählen nach *Hauschka*⁵⁶⁰ die der Geschäftstätigkeit immanenten Gefahren (z. B. Arzneimittel, Medizininstrumente, Flugzeugarmaturen etc.), die Komplexität des zum Betrieb oder in der jeweiligen Situation erforderlichen Wissens (Umweltrisiken, Insolvenzsituation, kartellrechtliche Zweifelsfragen im Vertrieb, Produktrückrufentscheidung), die Größe und Struktur des Unternehmens (dezentrale und internationale Struktur, viele autonome Teileinheiten), die Qualifikation der Mitarbeiter (z. B. überwiegender Einsatz ausländischer Niedriglohnarbeiter), die Entwicklungen im Unternehmen und in der jeweiligen Branche (Korruptionsanfälligkeit im Baugewerbe oder im Einkauf), bereits vorgekommene (Compliance-)Verstöße und verursachte Sach- und Personenschäden und die Gefahr der Verursachung besonders hoher Schäden durch relativ geringe Anlässe.

⁵⁵⁹ *Bürkle*, BB 2005, 565.

⁵⁶⁰ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 17.

*Schneider*⁵⁶¹ sieht daher als erste Maßnahme die Erstellung eines doppelten Pflichtenhefts für das jeweilige Unternehmen. Das Grundpflichtenheft enthält dabei ein Gerüst der wesentlichen gesetzlichen Aufgaben und Standards, die die gesellschaftsrechtlichen Erwartungen gerade an dieses Unternehmen und die Erwartungen des Unternehmens an seine Mitarbeiter widerspiegeln. Für den Bereich der Kapitalmarkt-Compliance sind im Grundpflichtenheft typischerweise die wesentlichen Gebote und Verbote des Aktien-, Wertpapierhandels-, Kartell- und Wettbewerbsrechtes aufzunehmen.⁵⁶² Da bestandsgefährdende Risiken in aller Regel nicht plötzlich entstehen, müssen im Grundpflichtenheft auch künftige Entwicklungen in die Betrachtung einbezogen werden. Gesetzliche Neuerungen wie das AnSVG werden somit bereits im Gesetzgebungsverfahren als künftige Entwicklungen vom „Radarschirm“ des Risikomanagementsystems. Im Einzelpflichtenheft sind sodann umfassend alle der Gesellschaft sowie deren Organmitgliedern und nahen Angehörigen auferlegten unternehmensbezogenen Rechtspflichten im Einzelnen zu identifizieren.⁵⁶³ Das Einzelpflichtenheft soll den Mitarbeitern konkret und eindeutig vor Augen führen, was zu

⁵⁶¹ *Schneider*, ZIP 2005, 645.

⁵⁶² *Schneider*, ZIP 2005, 645, *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 17.

⁵⁶³ *Schneider*, ZIP 2005, 645.

tun ist, um rechtmäßiges Verhalten im Unternehmen sicherzustellen.⁵⁶⁴

Schon im Hinblick auf das Grundpflichtenheft vertritt *Hauschka*⁵⁶⁵ eine zurückhaltendere Auffassung. Ein solches Heft zu führen sei bereits für die „Grundpflichten“ des „Arbeits-, Gesundheits- und Umweltschutzrechts, des Kartell-, Kapitalmarkt- und Geldwäscherechts“ ziemlich viel verlangt. Es dürfte – zudem – *„sehr zweifelhaft sein, ob es möglich ist, abschließend aufzuschreiben, welche Pflichten ein Unternehmen und seine Arbeitnehmer allein hiernach haben, ohne wesentliche Teile auszulassen.“*⁵⁶⁶

Der Auffassung von Hauschka kann zwar in den Fällen gefolgt werden, wo die Vermittlung des Wissens und der Information über den Rechtsverstoß ohnehin eine eher untergeordnete Rolle spielen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Ordnungswidrigkeit oder Strafbarkeit der Handlung (Beispiel: Bestechung) hinreichend bekannt ist. Im komplexen Bereich des Kapitalmarktrechts – und das zeigt der Testfall des AnSVG

⁵⁶⁴ *Schneider*, ZIP 2005, 645.

⁵⁶⁵ *Hauschka*, ZIP 2004, 877; *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 25.

⁵⁶⁶ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 10; *Hauschka*, ZIP 2004, 877.

zweifellos - wird der einzelne Mitarbeiter jedoch kaum in der Lage sein, die Gebote und Verbote präzise zu kennen. In diesen Rechtsgebieten wird es sicherlich geeignet sein, die relevanten Pflichten durch das Unternehmen aufzulisten und zu kommunizieren.

aa) Generierung risikorelevanter Informationen

Bei der Risikoidentifikation sind zunächst unternehmensfunktionsbezogene Informationen zu sammeln, die als Basis zur Feststellung und Definition potenzieller unternehmensrelevanter Risiken dienen. Bei der Generierung können sowohl interne wie auch externe Informationsquellen, z.B. ein externer Berater, zu Rate gezogen werden. Dabei unterscheidet man bei den maßgeblichen zwischen unternehmensexternen und – internen Informationen.⁵⁶⁷ Für die Durchführung dieser sogenannten „Risikoinventur“ bieten sich sowohl Interviews, Workshops als auch Erhebungsbögen oder Dokumentationsanalysen an.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620.

⁵⁶⁸ Eggemann/ Konradt, BB 2000, 503, 506.

(1) Unternehmensexterne Informationen

Die unternehmensexternen Informationen lassen sich aus der jeweiligen Unternehmens-/Wettbewerbsumwelt gewinnen. Hierbei handelt es sich um einen Datenansatz, der vom Unternehmen selbst nicht unmittelbar beeinflussbar ist. Unter Unternehmensumwelt versteht man die makroökonomische, sozio-kulturelle, technologische und politisch-rechtliche Umwelt.⁵⁶⁹ Als Informationsquellen kommen insbesondere Wirtschaftsdatenbanken (z.B. Genios⁵⁷⁰), Veröffentlichungen von Forschungsinstituten (z.B. Ino-Institut⁵⁷¹), Ministerien (z.B. Wirtschaftsministerium) in Betracht.⁵⁷² Informationsquellen aus der direkten Wettbewerbsumwelt sind in den Bereichen Produktlebenszyklen, Marktvolumen und Wachstum, Branchenrentabilität, Marktbeschränkungen, Produktdifferenzierungsintensität zu finden. Für den Bereich der hier beispielhaft behandelten Kapitalmarkt-Compliance spielt die europäische Gesetzgebung damit wohl eine wichtige Rolle, da sie wie gezeigt unmittelbare Auswirkungen auf die kommende Gesetzeslage für die Unternehmen hat; diesbezügliche externe Informationen zu gesetzgeberischen

⁵⁶⁹ *Kajüter*, S. 23.

⁵⁷⁰ www.genios.de

⁵⁷¹ www.ifo.de

⁵⁷² *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620.

Entwicklungen sind zum Beispiel zu finden unter <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm> mit zahlreichen Hinweisen auf die europäische Gesetzgebung oder auch unter <http://www.europarl.de/parlament/arbeitsweise/gesetzgebungsverfahren.html> mit einer übersichtlichen Darstellung der laufenden Gesetzgebungsverfahren in Europa.

Aus Sicht der unternehmerischen Praxis gehören zu den externen Informationsquellen zu potenziellen Compliance-Gefahren auch Verbandsinformationen (z.B. Branchenverbände, Arbeitgeberverbände) und Hinweise und Beratungstipps von Großkanzleien.

(2) Unternehmensinterne Informationen

Gemäß dem IDW-Standard der Wirtschaftsprüfer empfiehlt es sich, die einzelnen Informationen entsprechend den einzelnen Unternehmensfunktionen zu sammeln, um damit eine repräsentative Risikoaussage zu erhalten.⁵⁷³ Von Bedeutung sind hierbei vor allem Informationen aus dem Bereich Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht aus „Investor

⁵⁷³ IDW PS 340, FN IDW 1999.

Relations“-Beteiligungen, der Personalverwaltung, also hinsichtlich des Arbeitsrechts und aus dem Rechnungswesen, also hinsichtlich des Handelsrechts. Beim allgemeinen Risikomanagement zählen dazu die intern verfügbaren Informationen aus den Bereichen: Produktion/Lagerung (Produktdifferenzierung, Kapazitätsauslastung, Kapazitätsgrenzen, Bestände, Umschlagshäufigkeit), Vertrieb (Auftragsbestände, Kaufverhalten, Kundenkonzentration, Reklamationsrate), Forschung und Entwicklung (Innovationsdichte, Entwicklungsbudget, Patente, Lizenzen, Produktlebenszyklen, internes Know-how), Personalwesen (Fluktuationsrate, Vergütungsstruktur, Personalentwicklung, Aktualität und Transfer des Know-hows, Kommunikation), Management (Kompetenzkonzentration, Altersstruktur, Agency-Konflikt, Führungsstil, Risikobereitschaft) und Finanzwirtschaft (Finanzierungs- und Investitionsplanung, Bonität, Solvenz-Wahrscheinlichkeit, Liquidität).⁵⁷⁴

bb) Risikoidentifikation und –definition

Das Aufspüren von Chancen und Risiken kann sowohl einmalig als auch laufend vorgenommen werden.⁵⁷⁵ Da jedoch das Umfeld eines Unternehmens einer ständigen Veränderung

⁵⁷⁴ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620.

⁵⁷⁵ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620.

unterliegt, ist es ratsam, Veränderungen ständig zu beobachten und Änderungen bezüglich der Risiken rechtzeitig zu erkennen. Die Identifizierung der (Compliance-) Risiken soll die möglichst strukturierte, detaillierte und vollständige Erfassung der wichtigsten Schadensquellen und deren Zusammenhänge gewährleisten.⁵⁷⁶

Bei der Risikoidentifizierung sollte möglichst ein systematisches Vorgehen angewandt werden. Nur so wird es möglich sein, die eigene „Risikolandschaft“ sachgerecht zu erfassen. Dabei bietet es sich für die Risikoidentifikation und -definition an, strukturiert vorzugehen und somit die Risiken, die sich aus der allgemeinen Unternehmensumwelt, aus der Wettbewerbsumwelt und aus den einzelnen Unternehmensfunktionen ergeben, getrennt auszuwerten.⁵⁷⁷ Der Vorteil liegt in der systematischen Struktur und darin, dass man als Ergebnis ein Risikoinventar erhält, welches in die Risk-Map Eingang findet.⁵⁷⁸ Hierzu wendet die Praxis die anerkannte „Top-down“-gerichtete Vorgehensweise an. Bei dieser Vorgehensweise wird zuerst durch den Vorstand oder den Geschäftsführer festgestellt, in

⁵⁷⁶ *Hornung/ Reichmann/ Diedrich*, Controlling 1999, 320.

⁵⁷⁷ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620.

⁵⁷⁸ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620.

welchen Bereichen oder Prozessen Risiken auftreten können, die sich wesentlich auf die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens auswirken können.⁵⁷⁹

Als nächster Schritt werden die identifizierten Bereiche genauer durchleuchtet. Bei der Suche nach bereichsspezifischen oder bereichsübergreifenden Risiken empfiehlt sich ein Vorgehen entlang der Wertschöpfungskette.⁵⁸⁰ Dritter Schritt der Risikoidentifikation ist das Durchleuchten von Prozessen bzw. Bereichen, die in den ersten beiden Phasen als irrelevant bezeichnet wurden.⁵⁸¹ Zur umfassenden Identifikation der Risiken werden in der Literatur zwei methodisch unterschiedliche Ansätze verfolgt.⁵⁸² Dabei werden den so genannten progressiven Methoden die regressiven Methoden gegenübergestellt.

Der zuerst genannte Ansatz geht von typischen Risikofaktoren und -Ereignissen aus, um daraufhin auf mögliche

⁵⁷⁹ Von Rosen, KPMG, S. 21 f.

⁵⁸⁰ Sielaff, S. 34.

⁵⁸¹ Füser/ Gleißner/ Meier, DB 1999, 753, 754.

⁵⁸² Hermann, S. 41.

Schadensobjekte und Zielabweichungen schließen zu können.⁵⁸³

Beispiele progressiver Methoden:

- standardisierte oder unternehmensspezifische Checklisten
- Organisationsanalyse
- visuelle Inspektionen
- Dokumentenanalyse
- Workshops

Bei den regressiven Methoden werden konträr dazu die Ziele der relevanten Unternehmensbereiche als Ausgangsposition zur Aufdeckung von Risikofaktoren verwendet.⁵⁸⁴ Beispiele regressiver Methoden:

- Input-Outputanalysen
- Ergebnisbäume
- *Flowcharts*
- *Cause-consequences analysis*

⁵⁸³ Hermann, S. 41.

⁵⁸⁴ Hermann, S. 41.

Aus den gesammelten Informationen müssen zunächst relevante Risiken abgeleitet und zusammen gestellt werden (Risikoinventur). Als nächstes muss ausgewertet werden, ob potenzielle Einzelfallrisiken vorliegen; sofern dies der Fall ist, muss das identifizierte Risiko definiert werden.

*Beispiel: ein von der Gesellschaft an den Manager gegebenes Darlehen ist nicht gesichert (Information). Diese Tatsache stellt ein Risiko dar (Identifikation). Es besteht daher ein Kapitalverlustrisiko (Definition).*⁵⁸⁵

Es stellt sich die Frage, aus welchen Quellen die Verantwortlichen bei ihrer Suche nach Risiken schöpfen können. Oftmals wird es möglich sein, zu diesem Zweck unternehmensinterne Informationsquellen einzusetzen. In diesem Fall wird der Aufwand bei der Suche nach Risikopotenzialen eher gering sein, in der Literatur setzt man bei der Erfassung von Risiken zunächst bei der Internen Revision an. So können im Rahmen von *operational auditings* erste Schwachstellen und Risikofelder bei den Prozessabläufen

⁵⁸⁵ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620, 2627.

aufgedeckt werden.⁵⁸⁶ Aufgabe der *operational auditings* ist es, dem Risikomanager Informationen über die eigenen Produkte, Lieferanten oder Kunden zu liefern, sodass eine Erfassung und Untersuchung der vorhandenen Schadensquellen und Risikopotenzialen in diesen Bereichen ermöglicht wird. Da diese schon genannten Informationen bereits im Unternehmen vorhanden sind, wäre in diesem Bereich eine redundante Informationsbeschaffung überflüssig.⁵⁸⁷

Eine wichtige Informationsquelle für die Erfassung von Risiken ist nach Einschätzung der Wirtschaftsprüfer das Rechnungswesen.⁵⁸⁸ Durch die Analyse der Bilanz und der Marktkapitalisierung können Rückschlüsse auf latente oder gar offene Risiken für den Insiderhandel gezogen werden.⁵⁸⁹ Des Weiteren besteht die Möglichkeit, von außen Unterstützung zu erlangen. In der Praxis hat sich die Möglichkeit bewährt, externe Risk-Consultants heranzuziehen, um den Verantwortlichen vor

⁵⁸⁶ Janke, B + W 2000, 942.

⁵⁸⁷ Hopp, S. 29 ff.

⁵⁸⁸ Von Rosen, KPMG, S. 23

⁵⁸⁹ Schenk in Hinterhuber/ Sauerwein, S. 50 ff.

Ort bei der Durchführung von Interviews oder Workshops behilflich zu sein.⁵⁹⁰

Bei der progressiven Herangehensweise sind *Workshops* ein häufig verwendetes Instrument zur Risikoidentifikation. Dabei wird ein Treffen verantwortlicher Mitarbeiter des zu untersuchenden Ressorts entweder vom Risikobeauftragten oder vom bereits erwähnten *Risk-Consultant* moderiert. Allerdings sollte der Moderator des Workshops im Vorfeld eine gezielte örtliche Begehung durchführen, um sich ein objektives Bild der örtlichen Gegebenheiten machen zu können.⁵⁹¹ Nach Ansicht der Literatur sollte diese Art von Risikoerhebung auf verschiedenen hierarchischen Ebenen des Unternehmens durchgeführt werden. Dadurch werden die unterschiedlichen Informationsstände und Risikowahrnehmungen der Mitarbeiter besser erfasst und berücksichtigt.⁵⁹² Workshops sollten außerdem in regelmäßigen Abständen abgehalten werden.⁵⁹³ Nach *Janke* findet man Workshops vor allem in den größeren Unternehmen des Mittelstands,⁵⁹⁴ denn dort sei diese Art der

⁵⁹⁰ *Füser/ Gleißner/ Meier*, DB 1999, 753, 754.

⁵⁹¹ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2624.

⁵⁹² *Sielaff*, S. 36.

⁵⁹³ *Weidemann/ Wieben*, DB 2001, 1789, 1792.

⁵⁹⁴ *Janke*, B + W 2000, 942.

Informationsgewinnung stark akzeptiert. Weitere Instrumente zur Risikoidentifikation sind die *Checklisten*, die nach Erfahrungen der Praxis in mittelständischen Betrieben zu ca. 30% eingesetzt werden.⁵⁹⁵ Durch eine eigens für den zu untersuchenden Bereich erstellte Risiko-Checkliste kann überprüft werden, ob entsprechende Kriterien erfüllt werden oder nicht.⁵⁹⁶ Die eingesetzten Checklisten dienen als Hilfe, bzw. Orientierung bei der Risikoerhebung.⁵⁹⁷ Anhand der Checklisten können dann umfangreiche Listen mit Einzelrisiken erstellt werden.⁵⁹⁸

Das *Brainstorming* wird in der Literatur als Alternative zu den methodengestützten Prozessen verstanden. Unter Brainstorming versteht man ein Problemlösungsverfahren, „in dessen Verlauf die Mitglieder einer Ideensuchgruppe möglichst viele Lösungsvorschläge unterbreiten sollen. Während der Sitzung ist jegliche Kritik verboten, um die freie Äußerung von Lösungsideen nicht zu behindern.“⁵⁹⁹ Es sollte vor allem auf eine ausgewogene Zusammensetzung der Teilnehmer geachtet

⁵⁹⁵ Von Rosen, KPMG, S. 23.

⁵⁹⁶ Runzheimer/ Wolf, S. 36.

⁵⁹⁷ Runzheimer/ Wolf, S. 36.

⁵⁹⁸ Kogler/ Gräf in Hagen/ Weber, S. 32.

⁵⁹⁹ Gabler Wirtschaftslexikon, Bd. 2, S. 580.

werden. Die Qualität des Brainstormings kann dadurch sichergestellt werden, dass möglichst hierarchisch gleichgestellte Teilnehmer ausgesucht werden und eine dominante Persönlichkeit ausgeschlossen wird.⁶⁰⁰

Anschließend sollten die durch die bereits erwähnten Instrumente generierten Informationen gesammelt werden. Hierzu wird die Erstellung eines Risikokatalogs empfehlenswert sein. In einem solchen Katalog werden zunächst die bereits ermittelten Risiken mit einer kurzen Beschreibung aufgenommen. Später können immer mehr Informationen in den Risikokatalog aufgenommen werden.⁶⁰¹ Zur Systematisierung der Risiken sollte im Anschluss eine Kategorisierung derselben vorgenommen werden. Durch das Zuordnen von Risiken zu einer bestimmten Risikokategorie wird die Gefahr verringert, dass Risiken unvollständig oder mehrdeutig identifiziert werden. Die ungeordneten Informationen des Risikokatalogs werden anschließend in das Risikoinventar überführt und bilden die Grundlage für die spätere Analyse der Risiken.⁶⁰²

⁶⁰⁰ *Sielaff*, S. 37.

⁶⁰¹ *Sielaff*, S. 37.

⁶⁰² *Hornung/ Reichmann/ Diederich*, Controlling 1999, 320.

d) Einrichtung von Frühwarnsystemen

Der Einsatz eines Frühwarnsystems ist eine einfachere Option zur Risikoidentifikation. Dadurch werden vor allem mittelständische Betriebe in die Lage versetzt, rechtzeitig auf zukünftige Gefahren reagieren zu können. Selbst für kleinere Unternehmen ist die Einrichtung eines solchen Frühwarnsystems relativ unproblematisch.⁶⁰³

Um ein frühzeitiges Einleiten der oben genannten Schritte zu gewährleisten, müssen die Risiken frühzeitig erkannt werden. Hierzu bietet sich ein Frühwarnsystem als Informationssystem an, das die Möglichkeit bietet, rechtzeitig Maßnahmen gegen potenzielle Unternehmenskrisen einzuleiten, um diese abzumildern.⁶⁰⁴ Frühwarnsysteme kann man daher als Systeme zur umfassenden Informationserfassung, Informationsverarbeitung und Informationsmitteilung bezeichnen. Durch ein Frühwarnsystem sollen insbesondere bereits in latenter Form vorhandene Gefahren frühzeitig identifiziert und analysiert werden.⁶⁰⁵ Allerdings genügt die Einrichtung eines Frühwarnsystems allein nicht, um die

⁶⁰³ Hermann, S. 253.

⁶⁰⁴ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.163.

⁶⁰⁵ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.163.

Überlebensfähigkeit des Unternehmens zu gewährleisten, vielmehr müssen geeignete Maßnahmen zur Risikobewältigung ergriffen werden. Als aktive Maßnahmen gegen die erkannten Risiken kommen Alternativ- oder Neuplanungen in Betracht.⁶⁰⁶ Daneben bietet sich neben der Einrichtung eines Frühwarnsystems an, einen Katalog mit möglichen Reaktionen auf Unternehmens- und Umweltentwicklungen aufzustellen.⁶⁰⁷

Das Frühwarnsystem zum rechtzeitigen Erkennen von relevanten Veränderungen und Risikopotenzialen kann operativ oder strategisch ausgerichtet sein.⁶⁰⁸ Durch eine operative Ausrichtung wird ein relativ kurzer zukünftiger Zeitraum abgedeckt. Die geringe Reichweite dieses Ansatzes beläuft sich auf maximal ein Jahr. Hierbei werden so genannte „harte Daten“ generiert, die vorzugsweise im Risiko-Controlling des Unternehmens verarbeitet werden.⁶⁰⁹ Für kleinere Betriebe empfiehlt die Literatur die Einführung eines strategischen Frühwarnsystems.⁶¹⁰ Grund dafür ist, dass in mittelständischen Betrieben die für das strategische Risikomanagement wichtigen

⁶⁰⁶ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.163.

⁶⁰⁷ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.163.

⁶⁰⁸ Neumann H., B + W 1998,721, 725.

⁶⁰⁹ Elfgen in Hölscher/ Elfgen, S. 213 f.

⁶¹⁰ Sielaff, S. 37.

Informationen des Frühwarnsystems – nach Ansicht der Literatur – nur sehr selten verarbeitet werden.⁶¹¹ Allerdings wird durch ein strategisches Frühwarnsystem ermöglicht, nicht nur einen längeren Zeitraum als ein Jahr zu betrachten, sondern auch vorher nicht definierte Gefährdungsbereiche abzudecken.⁶¹² Hier verhält es sich so, dass, je weiter in die Zukunft geblickt wird, desto eher qualitative Daten – „*soft facts*“ wie beispielsweise nichtquantitative Daten aus den Bereichen Politik, Gesellschaft oder Gesetzgebung – berücksichtigt werden.⁶¹³ Die Einführung eines Frühwarnsystems kann in vier Schritten erfolgen:

- Festlegung von Beobachtungsbereichen innerhalb und außerhalb des Unternehmens
- Bestimmung von Frühwarnindikatoren
- Festlegung von Toleranzgrenzen und Sollwerte für die Indikatoren
- Festlegung der Informationsverarbeitung und Verzahnung des bisher Entworfenen mit dem strategischen Managementprozess

⁶¹¹ Hermann, S. 169.

⁶¹² Martin/ Bär, S. 116.

⁶¹³ Gleißner/ Füser, DB 2000, 933, 934.

Der Aufbau eines Frühwarnsystems bedarf zunächst der Festlegung von Bereichen, aus denen sich Gefahren, Risiken, aber auch Chancen für das Unternehmen ableiten lassen. Diese Bereiche werden Beobachtungsbereiche genannt. Innerhalb des Unternehmens umfassen sie unter anderem das gesamte Geschäftsleitung sowie kritische Funktionsbereiche wie Beschaffung, Produktion, Absatz, Logistik und Materialwirtschaft.⁶¹⁴ Zu den Beobachtungsbereichen außerhalb des Unternehmens zählen beispielsweise die wirtschaftliche Umwelt, die ökonomisch-gesamtwirtschaftliche Umwelt, die politische Umwelt, die soziale Umwelt, die ökologische Umwelt sowie die Beschaffungs- und Absatzmärkte des Unternehmens.⁶¹⁵ Die Festlegung der kritischen Unternehmensbereiche ist in der Regel das Hauptproblem beim Aufbau eines Frühwarnsystems in einem mittelständischen Betrieb.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.164.

⁶¹⁵ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.164.

⁶¹⁶ Elfgen in Hölscher/ Elfgen, S. 218 f.

aa) Bestimmung von Frühwarnindikatoren

Als nächstes werden in jedem Bereich Frühwarnindikatoren bestimmt, die das mögliche Eintreten unternehmensrelevanter Risiken bereits im Vorfeld anzeigen sollen.⁶¹⁷

Frühwarnindikatoren sind beispielsweise die Entwicklung der Auftragseingänge, der Zinsen, der Beschaffungspreise oder der Umweltverträglichkeit der Produkte.⁶¹⁸ Im Bereich der Kapitalmarkt-Compliance sind mögliche Frühwarnindikatoren verabschiedete EG-Richtlinien zum Kapitalmarktrecht, weil die Gesellschaft dann davon ausgehen muss, dass ein entsprechendes Gesetz auch in Deutschland umgesetzt wird. Ein weiterer denkbarer, objektiver Frühwarnindikator ist auch die Entwicklung der Anzahl von Ad-hoc-Mitteilungen; die Anzahl wird seitens der BaFin auf Anfrage bekanntgegeben. Eine signifikante Steigerung kann bedeuten, dass die Gesellschaften nun mehr Informationen als insiderrelevant einstufen als bislang. An die Führungskräfte sind hohe Anforderungen im Hinblick auf die Festlegung dieser Frühwarnindikatoren zu

⁶¹⁷ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2628.

⁶¹⁸ *Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer*, S.165.

stellen.⁶¹⁹ Dabei sollten nach *Elfgen/Hölscher* allerdings nie mehr als zehn Indikatoren verfolgt werden, denn alles, was darüber hinaus geht, würde zu Akzeptanzproblemen in der Organisation führen.⁶²⁰

bb) Festsetzung von Sollwerten und Toleranzgrenzen je Frühwarnindikator

Für den einzelnen Frühindikator sind Sollwerte und Toleranzgrenzen einzurichten, an denen die kritischen Entwicklungen in den Bereichen erkannt und bei Überschreitung der vorgegebenen Werte Alarm ausgelöst wird. Der Sollwert entspricht den geplanten Ausprägungen des Indikators, wohingegen die Toleranzgrenzen einen maximalen Schwankungsbereich des Indikators festlegen. Bei der Festlegung der Soll- und Toleranzwerte ist insbesondere darauf zu achten, dass keine zu enge oder zu weite Definition erfolgt.⁶²¹

Für die Bestimmung der Sollwerte und Toleranzgrenzen können die unternehmerischen Ziele und Erfahrungen herangezogen

⁶¹⁹ *Sielaff*, S. 37.

⁶²⁰ *Elfgen in Hölscher/Elfgen*, S. 218 f.

⁶²¹ *Martin/Bär*, S. 114 f.

werden.⁶²² Im Bereich der Kapitalmarkt-Compliance wäre dies zum Beispiel dann der Fall, wenn die EG-Richtlinie verabschiedet ist mit der Folge, dass der deutsche Gesetzgeber eine konkrete Maßgabe (wie den Anlegerschutz) innerhalb einer bestimmten Frist umsetzen muss. Spätestens bei Erreichen dieser Toleranzgrenze muss das interne Risikomanagement reagieren, da dann mit einer konkreten gesetzgeberischen Aktivität zu rechnen ist, die sich auf das Unternehmen möglicherweise auswirkt.

cc) Festlegung der Informationsverarbeitung

Der letzte Schritt besteht darin, den Informationsablauf zu organisieren. Bei der Organisation des Ablaufs sind insbesondere die Informationsverarbeitungsstellen und die Informationskanäle zu strukturieren.

Bei der Strukturierung der Informationskanäle sind insbesondere:

- die Informationsbeziehung zwischen Umwelt, Unternehmen und Frühwarnsystem,

⁶²² Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.166.

- die Informationsbeziehungen innerhalb des Frühwarnsystems
- und die Informationsbeziehungen zwischen dem Frühwarnsystem und dessen Benutzern auszuarbeiten.⁶²³

Die Organisation des Ablaufs umfasst dabei die Aufnahme, Verarbeitung und Weiterleitung von Frühwarninformationen.⁶²⁴ Dabei ist zu beachten, dass das bisher Entworfenene fest mit dem strategischen Managementprozess verzahnt wird. Dazu zählen die Verteilung von Verantwortlichkeiten bei der Überwachung der Indikatoren und letztendlich die Ausgestaltung der Berichtswege und -instrumente.⁶²⁵

Im Bereich der Kapitalmarkt-Compliance und besonders bei neu auftauchenden Rechtsnormen muss dabei sichergestellt sein, dass die Informationen zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens und zu den möglichen Auswirkungen auf das Unternehmen von einer verantwortlichen Stelle gesteuert und gemanagt werden. Dies kann – wie später in Kapitel 5 noch zu zeigen ist – die

⁶²³ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.166.

⁶²⁴ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.166.

⁶²⁵ Elfgen in Hölscher/ Elfgen, S. 220.

Rechtsabteilung sein, die dortige Ansiedlung ist aber nicht zwingend. Zu vermeiden ist nach Auffassung des Verfassers jedoch eine dezentrale Verarbeitung und Behandlung von diesbezüglichen Informationen, weil diese erfahrungsgemäß unstrukturiert ins Unternehmen gelangen. Vom AnSVG erfährt möglicherweise die „Investor Relations“-Abteilung in einer Vortragsveranstaltung, der Vorstand aus der Finanzzeitung und die Rechtsabteilung durch die juristische Fachliteratur; wichtig ist dann vor allem, dass dieser heterogene Informationsstand nicht unstrukturiert ins Unternehmen getragen wird, sondern über eine zentrale Stelle verantwortet wird.

Im Rahmen der Risikoidentifikation sollen alle das Unternehmen betreffenden Entwicklungen, die Zielabweichungspotenzial aufweisen, systematisch und kontinuierlich erkannt werden.⁶²⁶ Dabei kann die individuelle Risikolandschaft stark variieren, je nach Branchenzugehörigkeit.⁶²⁷ Für die Identifikation können einfache Checklisten bis hin zu aufwändigen Szenarioanalysen angewendet werden. Für kleinere und mittelständische

⁶²⁶ *Weitekamp*, Versicherungswirtschaft 1997, 1756, 1759 definiert die Risikoidentifikation als eine „... Sammlung aktueller, zukünftiger, potentieller und theoretisch denkbarer Risiken“.

⁶²⁷ *Eggemann/Konrad*, BB 2000, 503, 505.

Unternehmen bietet sich in der Praxis besonders die Durchführung eines Workshop mit Teilnahme der Geschäftsleitung und der Bereichsverantwortlichen an, in dem unter Anleitung eines unternehmensexternen Moderator bestandsgefährdende Risiken zum Beispiel in einem Brainstorming herausgearbeitet werden.⁶²⁸ Durch die Einbindung eines externen Moderators bei der Informationsgewinnung schon in einem frühen Zeitpunkt kann der Gefahr des Übersehens von Risiken durch „Betriebsblindheit“ begegnet werden. Um eine möglichst vollständige und systematische Erfassung der Risiken sicherzustellen, sollte die Identifikation entlang der Wertschöpfungskette des Unternehmens erfolgen. Aus der KPMG-Umfrage ergibt sich, dass die überwiegende Anzahl der Unternehmen dieser Empfehlung folgen.⁶²⁹

e) Risikoanalyse und Bewertung (Value at Risk)

Im Anschluss an die Risikoidentifikation erfolgt die Bewertung der Risiken, um das Ausmaß des einzelnen Risikos zu ermitteln und die angemessenen Maßnahmen einzuleiten.⁶³⁰ Durch eine

⁶²⁸ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2623.

⁶²⁹ *Von Rosen, KPMG*, danach nehmen 75% der Unternehmen eine Risikoidentifikation entlang der Wertschöpfungskette vor.

⁶³⁰ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2625.

Analyse und eine Bewertung der Risiken sollen diese in eine Rangfolge gebracht werden. Durch eine Priorisierung der Risiken wird es ermöglicht, die spätere Risikosteuerung an den größten Risiken auszurichten.⁶³¹ In der Praxis erfolgt keine scharfe Trennung zwischen den Prozessen der Risikoidentifikation und der Risikobewertung.⁶³² Zum besseren Verständnis soll hier aber von separaten Prozessen ausgegangen werden.

Die Analyse der Risiken verfolgt das Ziel, Interdependenzen zwischen den ermittelten Risiken aufzuzeigen. Dadurch werden potenzielle Kumulations- und Diversifikationseffekte zwischen den Risiken, auch über mehrere Geschäftseinheiten hinweg, offengelegt.⁶³³ Des Weiteren sollen durch die Risikoanalyse die Ursachen der identifizierten Risiken aufgedeckt und somit erste Anhaltspunkte für eine Steuerung der Risiken geliefert werden.⁶³⁴ Die Ursachen der Risiken, die bereits erkannt worden sind, sollten in den Risikokatalog aufgenommen werden. Außerdem ist die Risikoanalyse durch den

⁶³¹ Wittmann in Lange/ Wall, S. 275.

⁶³² Bitz, S. 40.

⁶³³ Wittmann in Lange/ Wall, S. 275.

⁶³⁴ Von Rosen, KPMG; Lück, DB 1998, 1925, 1927.

Risikomanagementverantwortlichen kontinuierlich zu veranlassen.⁶³⁵

Durch die Risikoanalyse sollen die identifizierten Risiken mit Zielabweichungspotenzial operationalisiert werden. Dazu werden qualitative oder quantitative Frühwarnindikatoren definiert, die das mögliche Eintreten der Risiken bereits im Vorfeld anzeigen sollen. Qualitative Indikatoren sind solche, die sich nicht unmittelbar aus Berechnungen des Unternehmens ergeben, sondern normative Aussagen darüber enthalten, ob ein Kriterium erfüllt, teilweise erfüllt oder nicht erfüllt ist. Im Beispiel der AnSVG-Compliance wäre dies eine subjektive Einschätzung des Managements über die Qualität der Behandlung von Insiderinformationen.

Quantitative Kriterien hingegen ergeben sich direkt aus der Rechnung des Unternehmens, zum Beispiel der Anzahl von Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex. Die notwendigen Informationen dazu, beispielsweise über Art, Zeitpunkt und Höhe der Risikofaktoren, werden formalisiert und regelmäßig auf ihre Wirksamkeit hin überprüft. In diesem

⁶³⁵ *Lück*, DB 1998, 1925, 1927.

Zusammenhang erfolgt dann auch die Zuordnung der identifizierten Risiken zu den relevanten, wesentlichen oder gar bestandsgefährdenden Risiken. Für mittelständische und kleinere Unternehmen bietet sich vor allem eine quantitative Risikoanalyse an, um die identifizierten Risiken mit einem Schadenserwartungswert monetär messbar und damit steuerbar zu machen.⁶³⁶ Durch die Einführung von Kennzahlen kann ermittelt werden, welche Entwicklungen das größte Risikopotenzial enthalten. Bestandteil der quantitativen Bewertung von Compliance-Risiken ist auch die kostenmäßige Erfassung von Compliance. Diesem Thema widmet sich später noch die Untersuchung der Folgekosten von Gesetzen für das Unternehmen in Kapitel D.

Die Bewertung von Risiken erfolgt in aller Regel durch die Kombination der Wahrscheinlichkeit des zu erwartenden Ausmaßes des Schadens mit der Höhe des maximal drohenden Verlusts. Hierzu wird auch der Schadenserwartungswert des

⁶³⁶ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2625: Für Konzerne werden andere Methoden zur Bestimmung eines Schadenserwartungswertes vorgeschlagen, wie die kardinale Simulation (Monte-Carlo Simulation) sind aus Sicht des Autors für ein mittelständisches Unternehmen wegen ihrer viel zu hohen Aufwandes zu vernachlässigen.

Risikos quantitativ und qualitativ beurteilt.⁶³⁷ Die Quantität bestimmt hierbei die Höhe des drohenden Vermögensschadens. Dabei hängt die Schadenshöhe im Wesentlichen von der Art des Schadens, das heißt Personen-, Sach-, oder Ertragsschaden, und davon ab, ob es sich um einen Eigen- oder einen Fremdschaden handelt.⁶³⁸ Qualitativ wird dagegen gemessen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit des Vermögensschadens ist. Dabei müssen mögliche zukünftige Entwicklungen ins Auge gefasst sowie Abweichungen zwischen den geplanten und den tatsächlichen Entwicklungen gemessen und mit quantifizierbaren Graden der Gewissheit belegt werden.⁶³⁹

Als Ergebnis des Produkts aus der Eintrittswahrscheinlichkeit und des zu erwartenden Ausmaßes des Schadens entsteht der so genannte Schadenserwartungswert. Durch diesen Wert kann man verschiedenartige Risiken miteinander vergleichen.⁶⁴⁰

Diese als „*Value at Risk*“ bekannte Methode verwendet folgende Formel:

⁶³⁷ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.148.

⁶³⁸ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.149.

⁶³⁹ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.149.

⁶⁴⁰ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S.149.

$$\begin{aligned} & \text{Potenzielle Schadenshöhe (S) * Eintrittswahrscheinlichkeit} \\ & \quad \text{(W)} \\ & = \text{Schadenserwartungswert (V)}^{641} \end{aligned}$$

Der Schadenserwartungswert (V), dem man einen definierten Risikofaktor zuordnen kann, ergibt sich danach als Produkt der Erfassung der Eintrittswahrscheinlichkeit (W) und der potenziellen Schadenshöhe (S) eines jeden identifizierten Risikos. Für den Fall, dass mehrere potentielle Schadenshöhen und mehrere Wahrscheinlichkeiten in Betracht gezogen werden müssen, ergibt sich der Schadenserwartungswert aus der Summe der mit den jeweiligen Wahrscheinlichkeiten gewichteten Schadenshöhen.

Wie schon eingangs erwähnt ist es ein Ziel des Risikomanagements, eine Rangfolge zu bestimmen. Nur durch eine Quantifizierung der Risiken wird es möglich sein, eine Auswahl derjenigen Risiken zu treffen, die für den Fortbestand des Unternehmens relevant sind. Somit wird durch die Ermittlung des Schadenserwartungswertes der effiziente Einsatz von Ressourcen gefördert.⁶⁴² Allerdings stellt die qualitative und

⁶⁴¹ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2621 m.w.N. insbesondere auf *Kupsch*, und *Holst/ Holtkamp*, BB 2000, 815.

⁶⁴² *Sielaff*, S. 41.

die quantitative Bewertung des Risikos nicht die alleinige Entscheidungsgrundlage zum Ergreifen von Maßnahmen zur Risikobeeinflussung dar. Andernfalls könnte die Bewertung dazu führen, dass ein hohes, mit existenzbedrohendem Vermögensverlust aber einer geringen Eintrittswahrscheinlichkeit verbundenes Risiko, gleichgesetzt wird mit einem Risiko mit geringem Vermögensverlust, aber hoher Eintrittswahrscheinlichkeit. Die Maßnahmen müssen vielmehr nach der jeweiligen Unternehmensstrategie auf den Einzelfall abgestimmt werden.⁶⁴³

Als einfaches Beispiel für die nachfolgende Risikobewertung nach Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe dient die Corporate Governance Compliance einer börsennotierten Aktiengesellschaft, also die Anzahl der Abweichungen von „Soll“- und „Sollte“-Vorschriften zum Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK).

⁶⁴³ *Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer*, S.149.

aa) Eintrittswahrscheinlichkeit

Die identifizierten Risiken werden hinsichtlich ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit eingeschätzt. Mittelständische Unternehmen werden im Gegensatz zu Großkonzernen kaum die Möglichkeit haben, mit großem Zeit- und Personaleinsatz aufwändige Prognoseverfahren (z.B. Sensitivitätsanalysen) durchzuführen, sondern zu einfacheren, pragmatischen Lösungen greifen. Auch wenn damit nicht alle theoretisch denkbaren Fallgestaltungen durchgespielt werden können, stellt dies bei Abwägung von Mitteleinsatz und Ergebnis eine angemessene Vorgehensweise dar. Dafür spricht, dass das Wissen über Risikopotenziale und Eintrittschancen bei mittelständischen Unternehmen unmittelbarer im Management vorhanden ist und die unterschiedlichen Fallgestaltungen nicht so komplex sind wie im Großkonzern.⁶⁴⁴ Auch hier kann ergänzend die eigene Einschätzung durch einen externen Experten auf Angemessenheit der Bewertung und Plausibilität hin überprüft werden.

Als bewährtes Instrument zur objektiven Bestimmung von Eintrittswahrscheinlichkeiten wird die Zeitreihenprojektion

⁶⁴⁴ So im Ergebnis auch *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2623.

verwendet. Dabei wird versucht, aus historischem Datenmaterial „Gesetzmäßigkeiten“ abzuleiten.⁶⁴⁵ Allerdings wird in der Literatur⁶⁴⁶ davor gewarnt, die Ergebnisse aus der Zeitreihenprojektion unkritisch zu übernehmen, denn Entwicklungen aus der Vergangenheit müssen nicht mit denen in der Zukunft übereinstimmen. Zudem gilt hier das Gesetz der großen Zahl⁶⁴⁷ nicht.⁶⁴⁸ Nichtsdestotrotz ist es sinnvoll, Erfahrungen aus der Vergangenheit in die Bewertung des Zukünftigen einfließen zu lassen. Allerdings sollte diesbezüglich jedes Mal die Frage nach der Relevanz der Erfahrungswerte gestellt werden.⁶⁴⁹

Die Anwendung dieser Methode auf Kapitalmarktrisiken ist nicht ohne weiteres möglich. Im Beispiel der Abweichungen zum DCGK muss nicht jede Abweichung gleichermaßen den Eintritt eines Risikos bedeuten, da es durchaus solche Abweichungen gibt, die vom Kapitalmarkt quasi akzeptiert werden. Es kann sich dabei insbesondere um Vorschriften – wie zum Beispiel die starre Altersgrenze für Vorstandsmitglieder

⁶⁴⁵ Hopp, S. 51 f.

⁶⁴⁶ Hopp, S. 51 f m.w.N.

⁶⁴⁷ Das Gesetz der großen Zahl besagt, dass die statistische Maße groß genug sein muss, um daraus verlässliche Schlussfolgerungen ziehen zu können.

⁶⁴⁸ Bitz, S. 41.

⁶⁴⁹ Hermann, S. 44.

und Aufsichtsräte gemäß Ziffer 5.1.2. und 5.4.1. des DCGK – handeln, die von einer überwiegenden Anzahl der Kapitalmarktteilnehmern als nicht sinnvoll erachtet werden und damit von vielen Gesellschaften eben nicht eingehalten werden.

650

Die Ermittlung der Wahrscheinlichkeiten muss dann vielmehr aufgrund subjektiver Meinungen erfolgen⁶⁵¹ und ist damit abhängig vom Informations- bzw. Erfahrungsstand des Beurteilers. Im Beispiel muss daher die Gesellschaft subjektiv beurteilen, ob die Abweichung kapitalmarktüblich ist; liegen zusätzlich objektivierbare Auswertungen vor, ob andere Kapitalmarktgesellschaften ähnlich abweichend handeln, verbessert dies die Qualität der Einschätzung. Sollten diese Informationen fehlen und/oder ein Mangel an Erfahrung vorliegen, ist ein plausibles Urteils über die Häufigkeit des Auftretens des Risikos jedoch nur schwer möglich.⁶⁵² In diesem Fall schlägt *Hahn* eine Schätzung der

⁶⁵⁰ Siehe dazu die Empirische Studie des Berlin Center of Corporate Governance zur Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK); <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/index.html>.

⁶⁵¹ *Bitz*, S. 41.

⁶⁵² *Faßhauer/Fieser/Koschowsky*, Interne Revision 1999, 192.

Eintrittswahrscheinlichkeit vor.⁶⁵³: „Diese Schätzung soll verbal vorgenommen und mit einer quantitativen Beschreibung ergänzt werden.“ Die Ergänzung um eine quantitative Komponente soll dabei die Informationsaufnahme und die Risikokommunikation erleichtern und wie folgt in fünf Stufen erfolgen:⁶⁵⁴

- sehr unwahrscheinlich (EW weniger als 10%)
- recht unwahrscheinlich (EW 10-30%)
- möglich (EW mehr als 30-70%)
- recht wahrscheinlich (EW mehr als 70-90%)
- sehr wahrscheinlich (EW mehr als 90%)

Bei der Ermittlung von Eintrittswahrscheinlichkeiten ist es hilfreich, nach der Eintrittshäufigkeit zu fragen, da es für Menschen in der Regel leichter ist, mit dem Terminus der Häufigkeit, als mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit umzugehen.⁶⁵⁵ So könnte es beispielsweise heißen: „Tritt der Schaden einmal in der Woche oder einmal im Monat auf?“ Solche Fragen können den qualifizierten Mitarbeitern im Rahmen eines Workshops oder während eines Brainstormings

⁶⁵³ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620, 2626.

⁶⁵⁴ Martin/ Bär, S. 97 f.

⁶⁵⁵ Füser/ Gleißner/ Meier, DB 1999, 753, 755.

gestellt werden. Der Brainstormingzirkel sollte aber durch andere Analysemethoden untermauert werden, da Brainstorming alleine keine verlässlichen Wahrscheinlichkeiten ermitteln kann.⁶⁵⁶

Die Eintrittswahrscheinlichkeit wird idealer Weise mit Punkten auf einer Skala von 1-10 bewertet. Eine andere Möglichkeit besteht in der Bildung von Kategorien zur Eintrittswahrscheinlichkeit, ggf. mit prozentualer Zuordnung: geringe (< 30%), mittlere (30-70%) oder hohe (> 70%) Wahrscheinlichkeit. Die Verwendung einer 10% – Punkte-Skala ist aus Sicht des Verfassers insofern sinnvoll, als die Beurteilenden die Wahrscheinlichkeit leichter in Prozenten angeben können und diese Prozentangaben sich leichter in der Skala umsetzen lassen. Bei einer lediglich dreistufigen verbalen Skala beispielsweise neigt der Beurteilende oftmals zur Mitte, was zu Unschärfen führt; letztlich ist dies jedoch unternehmensindividuell zu gestalten.

⁶⁵⁶ Hopp, S. 52 f.



Abbildung 8: Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos⁶⁵⁷

bb) Potenzielle Schadenshöhe (SH)

Zweiter Bestandteil des Schadenserwartungswerts ist die Benennung der Schadenshöhe. Die Schadenshöhe wird als die maximal eintretende Verlustgefahr für das Unternehmen gesehen.⁶⁵⁸ Auch bei der Bewertung dieser Verlustgefahr sollte eine Ausrichtung an den Zielgrößen des Unternehmens erfolgen. Je nachdem, ob weiche Faktoren, wie beispielsweise die Reputation des Unternehmens oder aber finanzwirtschaftliche Kennzahlen als zentrale Zielgröße bestimmt wurden, ist eine Differenzierung in monetäre oder nichtmonetäre Auswirkungen von Unternehmensrisiken zu vollziehen.⁶⁵⁹

Wie auch bei der Klassifizierung der Eintrittswahrscheinlichkeiten wird auch bei der Bewertung der Schadenshöhe von *Hahn* empfohlen, eine Kombination von

⁶⁵⁷ Vgl. Hobbs, S. 56.

⁶⁵⁸ *Martin/ Bär*, S. 99.

⁶⁵⁹ *Burger/ Buchhart*, S. 46.

quantitativer und qualitativer Beschreibung zu wählen.⁶⁶⁰ Dadurch wird es ermöglicht, sowohl monetäre als auch nichtmonetäre Auswirkungen der Risiken vergleichbar darzustellen. Dabei orientiert sich die monetäre Abstufung der einzelnen Risikoklassen an einem mittelständischen Unternehmen mit einem Eigenkapital von 5 Mio. Euro. Dementsprechend kann die Unterteilung der Risikoklassen folgendermaßen vorgenommen werden:⁶⁶¹

- unbedeutend (SH weniger als 5.000,00 Euro)
- gering (SH mehr als 5.000,00-50.000,00 Euro)
- mittel (SH mehr als 50.000,00-500.000,00 Euro)
- schwerwiegend (SH mehr als 500.000,00–2.500.000,00 Euro)
- existenzbedrohend (SH mehr als 2.500.000,00 Euro)

Alternativ wird eine Unterteilung in drei Risikoklassen verwendet, die nur zwischen Kleinst-, Mittel- und Höchstschäden unterscheidet.⁶⁶²

⁶⁶⁰ *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2625.

⁶⁶¹ *Martin/ Bär*, S. 99.

⁶⁶² *Hopp*, S. 56.

Bei der Bestimmung der möglichen Schadenshöhe müssen ebenfalls Prognoseverfahren angewendet werden, mit deren Hilfe sich ein möglichst realer Wert bestimmen lässt. Die Bemessung hängt dabei von der Art des Schadens (Personen-, Sach- oder Vermögensschaden) und vom potenziell Geschädigten ab.⁶⁶³ Auch hierfür werden in der Literatur zahlreiche, in aller Regel sehr aufwändige Verfahren angeboten, deren Erörterung jedoch in diesem Zusammenhang zu weit führt und auch nicht notwendig ist.⁶⁶⁴ Die Gründe dafür liegen wiederum in der Besonderheit des Mittelstands und dessen nachvollziehbaren und auch ausreichendem Bedarf nach einfachen, pragmatischen und damit vor allem schnellen Lösungen.

Somit bietet sich auch hier eine Skala an, bei der die erwarteten Schadenshöhen nach drei Kategorien eingeteilt werden:

⁶⁶³ Zu Recht wird hier von Hahn und anderen darauf verwiesen, dass neben dem materiellen Schaden im Einzelfall auch immaterielle Auswirkungen z.B. Imageschäden oder entgangene Gewinne in die Prognose mit einbezogen werden müssen.

⁶⁶⁴ Zunächst unterscheidet die Literatur dabei in Schadenshöhen aufgrund von quantitativen oder qualitativen Risikoindikatoren und benennt dafür besondere Prognoseverfahren. z.B. Delphi-Verfahren, Szenariotechnik oder Mittelwertverfahren, Trendexploration, Regressionsanalyse; vgl. dazu ausführlich Schneck, S. 80 ff.

Kleinstschäden, mittlere Schäden und Höchstschäden. Bei Bedarf können diese Kategorien durch Verwendung der Punktzahlen 1-5 erweitert werden, um Tendenzen nach beiden Seiten zuzulassen.

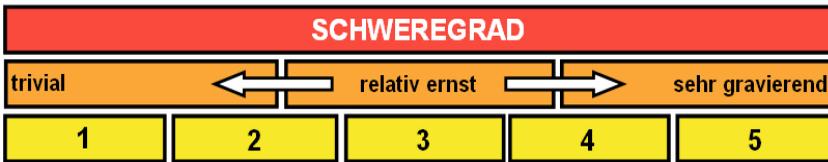


Abbildung 9: Einschätzung des Schweregrads des Risikos⁶⁶⁵

Als Bezugsgröße der Schadenshöhe dient in der Regel das Eigenkapital des Unternehmens, wobei auch hier eine unternehmensindividuelle Bemessung geboten ist. Methodisch richtig ist es aus Sicht der herrschenden Meinung in der Literatur, das Eigenkapital auf Grundlage einer zeitgerechten Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden heranzuziehen und beispielsweise Kleinstschäden mit 5%, mittlere Schäden mit 15% und Höchstschäden mit mindestens 50% des Eigenkapitalverzehrs zu bewerten.⁶⁶⁶ Auch dabei wird

⁶⁶⁵ Vgl. Hobbs, S. 56.

⁶⁶⁶ Haller in Jacob, S. 31.

der Mittelstand eine auf seinen Bedarf hin ausgerichtete Lösung bevorzugen; das heißt nicht rein eigenkapitalbezogene, sondern vielmehr absolute Kennzahlen zugrunde legen, z.B. Kleinstschäden bis 10.000 Euro, mittlere Schäden bis 100.000 Euro und Höchstschäden darüber.

In dem Beispiel Abweichungen vom DCGK besteht der mögliche Schaden in einem geringeren Vertrauen der Kapitalanleger und damit als Konsequenz einer geringeren Marktkapitalisierung. Auch wenn der DCGK nicht unmittelbar Gesetzesrang hat, ist doch bei erheblichen Abweichungen entgegen dem Trend ein Vertrauensverlust der Anleger zu erwarten, der sich letztlich in einem schwächeren Aktienkurs widerspiegelt und damit die Marktkapitalisierung des Unternehmens schwächt.⁶⁶⁷ Sinkt damit der Aktienkurs aufgrund der besonderen Abweichung vom DCGK auch nur um wenige Cent, kann sich daraus bereits bei hohem Aktienvolumen ein signifikanter Schaden manifestieren. Die potenzielle Schadenshöhe von Abweichungen vom DCGK kann damit ähnlich monetär bewertet werden wie direkt erkennbare Schäden, beispielsweise aus Forderungsausfällen.

⁶⁶⁷ Claussen, DB 2005, 1199, 1202.

Bei der Bewertung von Risiken, unabhängig von der Anzahl der Risikoklassen, muss man Wechselbeziehungen zwischen den Risiken in deren Bewertung mit einfließen lassen.⁶⁶⁸ Gerade die Kumulation von vielen als gering oder mittel eingestuften Risiken hat schon viele Unternehmen in existenzgefährdende Situationen geraten lassen.⁶⁶⁹ Außerdem sollte berücksichtigt werden, dass Risiken, die auf den ersten Blick nicht besonders kritisch zu sein scheinen, trotzdem kritisch sein können. Gerade unspektakulär wirkende Risiken, die aber gravierende Auswirkungen haben können, werden häufig unterschätzt.⁶⁷⁰ Ist es der bewertenden Person trotz aller Anstrengungen nicht möglich, eine realistische Beurteilung des Risikowerts durchzuführen, kann sie sich an das Controlling, an das Risikomanagement oder an die interne Revision wenden.⁶⁷¹

Sind die Eintrittswahrscheinlichkeiten und die Schadenshöhen ermittelt, ist es notwendig, diese zu kombinieren, um durch die Multiplikation der beiden Werte die einzelnen Schadenserwartungswerte zu ermitteln. Diese können dann in einem Risikoportofolio oder auch in einer Risikomatrix

⁶⁶⁸ Kirchner, S. 41.

⁶⁶⁹ Martin/ Bär, S. 102.

⁶⁷⁰ Sielaff, S. 44.

⁶⁷¹ Faßhauer/Fieser/Koschowsky, Interne Revision 1999, S. 192.

dargestellt werden.⁶⁷² Das Risikoportfolio kann zu einem Maßnahmenportfolio erweitert werden.⁶⁷³

cc) Risikoklassifizierung

Durch die Bewertung von Eintrittswahrscheinlichkeiten und potenziellen Schadenswerten erhält man eine logische Risikomatrix. Je höher die Wahrscheinlichkeit und/oder der potenzielle Schadenswert, desto höher der Schadenserwartungswert, das heißt auch desto bedrohlicher das Risiko. In einer Beispielmatrix bei Anwendung der Skalen 10%-100% für Eintrittswahrscheinlichkeit und 1-15 für die Schadenshöhe (Tragweite) ergeben sich daher mindestens 2 bis maximal 25 Punkte.⁶⁷⁴

Aufgabe der Klassifizierung ist es nun, die abgetragenen Risiken nach ihrer Behandlungsbedürftigkeit zu sortieren und sie in Kategorien einzuordnen, etwa von „sehr bedrohlich“ bis „vernachlässigbar“ oder nach:

⁶⁷² *Hahn/ Weber/ Friedrich*, BB 2000, 2620, 2626.

⁶⁷³ *Sielaff*, S. 44.

⁶⁷⁴ Eingerechnet ist in dem Beispiel noch eine Unterdifferenzierung bei der potentiellen Schadenshöhe in verschiedene Tragweiten, die das Berechnungsprodukt beeinflussen, jedoch für das grundsätzliche Verständnis ohne Belang sind.

- **A-Risiken:** signifikant hoher Schadenserwartungswert, gekennzeichnet durch mittlere bis hohe Eintrittswahrscheinlichkeit und mittlere bis hohe Schadenshöhe; das heißt es handelt sich um ein bestandsgefährdendes, wesentliches Risiko. Diese Risiken haben höchste Priorität. Maßnahmen müssen unbedingt und sofort ergriffen werden.
- **B-Risiken:** mittlere Risiken, gekennzeichnet durch geringe bis mittlere Eintrittswahrscheinlichkeit mit geringer bis mittlerer Schadenshöhe. Diese Risiken sollten einem regelmäßigen Controlling unterzogen werden und Maßnahmen müssen zumindest geprüft und in Erwägung gezogen werden.
- **C-Risiken:** leichte Risiken, gekennzeichnet durch niedrige Eintrittswahrscheinlichkeit und geringe Schadenshöhe; es sind keine unmittelbaren Maßnahmen zu ergreifen. Im Einzelfall können Korrekturmaßnahmen eingeleitet werden.

C-Risiken			B-Risiken			A-Risiken			EINTRITTSWAHRSCHEINLICHKEIT / TRAGWEITE MATRIX						
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
100%	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25
90%	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24
80%	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23
70%	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22
60%	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21
50%	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
40%	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
30%	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
20%	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
10%	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16

Abbildung 10: Eintrittswahrscheinlichkeit / Tragweite-Matrix⁶⁷⁵

f) Risikosteuerung

„If you don´t actively attack the risk, the risk will actively attack you.“ (Tom Gilb, Unternehmensberater und Autor zahlreicher Bestseller zum Risikomanagement).⁶⁷⁶ Der nächste logische Schritt – nach Analyse und Bewertung der Risiken – ist die Steuerung derselben. Der Begriff der Risikosteuerung beinhaltet sämtliche Maßnahmen und Mechanismen zur Beeinflussung der Risikosituation, indem die Eintrittswahrscheinlichkeit und/oder

⁶⁷⁵ Vgl. Harrant/ Hemmrich, S.48.

⁶⁷⁶ Gilb, S. 17.

das Schadensausmaß der Risiken gesenkt werden.⁶⁷⁷ Aus den vorangehenden Überlegungen hat sich gezeigt, dass jedes Risiko im Wesentlichen durch seine Beschaffenheit, seine Eintrittswahrscheinlichkeit und seine potenzielle Schadenshöhe bestimmt wird. Es stellt sich somit die Frage nach geeigneten Steuerungsmaßnahmen für die Bewältigung von Risiken; besonders gemäß der von uns vorgeschlagenen Kategorien für A-Risiken und ggf. auch B-Risiken. In Abhängigkeit auch vom Risikoprofil des Unternehmens kommen sowohl wirkungsbezogene als auch ursachenbezogene Maßnahmen in Betracht.

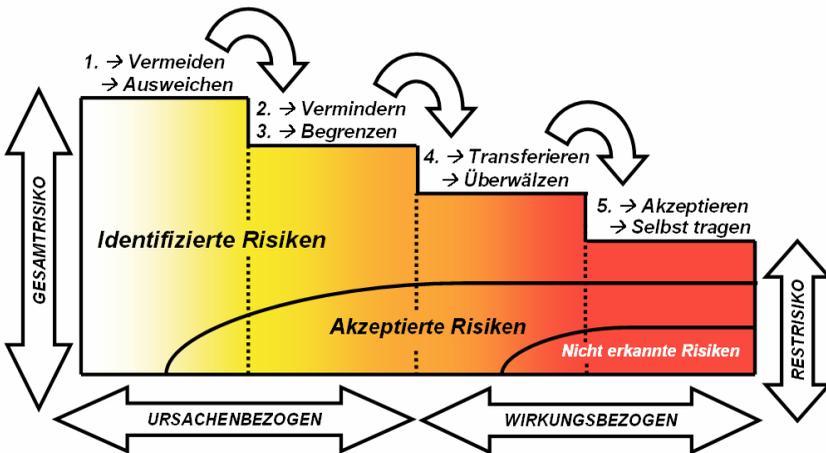


Abbildung 11: Prozess Risikosteuerung

⁶⁷⁷ Sielaff, S. 46.

Bei allen nachfolgend angesprochene Risikosteuerungsmaßnahmen sind die Besonderheiten von Compliance-Risiken zu beachten. Bei der Kapitalmarkt-Compliance ist beispielsweise eine Risikoakzeptanz grundsätzlich ungeeignet, weil dadurch bewusst Gesetzesverstöße in Kauf genommen würden. Dies wäre in aller Regel auch ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht im Unternehmen, die den Handlungsspielraum des Unternehmens beim Umgang mit Rechtsnormen definiert. Überdies wäre dies auch betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll, weil dadurch eine negative Risikokultur im Unternehmen sogar gefördert würde. Die nachteiligen Folgen für das Risikomanagement im Unternehmen entstehen dann daraus, dass den Mitarbeitern Non-Compliance quasi vorgelebt würde. Akzeptierte Rechtsverstöße darf es danach im Unternehmen grundsätzlich nicht geben, wenn der Vorstand seine Leitungs- und Organisationspflicht ordnungsgemäß wahrnimmt.⁶⁷⁸ Die wenigen und sehr restriktiven Ausnahmen, zum Beispiel bei unklarer Rechtslage, ändern daran nichts. Sie führen lediglich dazu, dass der Vorstand im Einzelfall dazu verpflichtet ist,

⁶⁷⁸ Hefermehl/ Spindler in *MünchKomm. AktG*, § 93, Rn. 6; Krieger/Sailer in *Schmidt/ Lutter*, § 93, Rn. 10; Fleischer, ZIP 2005, 141.

geeigneten Expertenrat, beispielsweise durch die Rechtsabteilung oder externe Kanzleien, einzuholen und dann abzuwägen, ob er die für das Unternehmen günstige Rechtsauffassung⁶⁷⁹ vertreten darf.

Die Steuerung von Compliance-Risiken hängt folglich schon von deren Identifikation im Pflichtenheft ab und bestimmt damit die verschiedenen Elemente und Instrumente eines geeigneten Compliance-Risikomanagementsystems. *Schneider*⁶⁸⁰ macht dazu einen differenzierten Vorschlag mit sieben Anforderungen zur Steuerung von Compliance-Risiken. Auch dabei ist das richtige Ausmaß der Umsetzung dieser Aktivitäten wiederum abhängig vom individuellen Unternehmensprofil.⁶⁸¹

1. Aufstellung eines unternehmensbezogenen Compliance-Standards: Dieser enthält nicht nur die gesetzlichen Pflichten, sondern umfassend auch die internen Regeln des Unternehmens.
2. Erstellung eines Compliance-Trainingsprogrammes für die Mitarbeiter.

⁶⁷⁹ *Fleischer*, ZIP 2005, 141.

⁶⁸⁰ *Schneider*, U., ZIP 2003, 645.

⁶⁸¹ *Schneider*, U., ZIP 2003, 645.

3. Compliance-Auditprogramm, das die dauerhafte Befolgung der Standards überwacht.
4. Bestellung eines Compliance-Beauftragten als Ansprechpartner für Mitarbeiter und zur Überwachung des Systems.
5. Einrichtung einer „Hotline“, die einen jederzeitigen Zugang zu einer Vertrauensperson (beispielsweise auch zu externem Anwalt oder Ombudsmann) ermöglicht.
6. Festlegung von Disziplinarmaßnahmen bei Verstößen.
7. Aufnahme eines „Internal Control Report“⁶⁸² in den Geschäftsbericht des Unternehmens.

Im Hinblick auf diese weitreichenden und tiefgreifenden Aktivitäten vertritt *Hauschka*⁶⁸³ eine zurückhaltendere Auffassung mit einer Reduktion auf eine dreistufige Vorgehensweise. Die Anwendung der jeweiligen Stufe ist dabei

⁶⁸² Schneider, U., ZIP 2003, 645: ähnlich zu section 404, 406, 407 des Sarbanes Oxley Act.

⁶⁸³ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

abhängig von der jeweiligen Compliance-Risikosituation des Unternehmens.

Auf der *ersten Stufe* siedelt *Hauschka* den unternehmerischen Normalfall an, bei dem es in der Vergangenheit keine besonderen Schadensfälle gegeben hat, der Geschäftsbetrieb für die Leitungsebene klar übersehbar strukturiert ist, die bestehenden Risiken bekannt sind und sachgerecht behandelt werden. Auf der ersten Stufe des Modells *Hauschkas* gibt es keine herausragenden Risiken, da die Mitarbeiter informiert und qualifiziert sind und das Unternehmen infolgedessen nicht in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht wird.⁶⁸⁴ Charakteristisch sind für die erste Stufe nach *Hauschka* eine unmissverständlich kommunizierte Grundeinstellung, Aufteilung in Ressorts, Trainingsprogramme und Schulungen, Informationsangebote, regelmäßige Mitarbeiterbesprechungen, Rundschreiben und Intranetinformatoren, Qualitätskontrollsysteme und routinemäßige Stichproben.⁶⁸⁵ Als Compliance-Maßnahmen schlägt *Hauschka* folgendes vor:⁶⁸⁶

- klare Positionierung der Unternehmensleitung

⁶⁸⁴ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

⁶⁸⁵ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

⁶⁸⁶ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

- gründliche Information und Schulung der Mitarbeiter
- Stichproben durch hierfür regulär vorhandene Instanzen wie Revision und *Controlling*.

Die *zweite Stufe* ist nach *Hauschkas* Modell charakteristisch für Unternehmen und Geschäftsbereiche, die aufgrund der Komplexität der Aufgabenstellung, der Größe oder dezentraler Führung oder aufgrund einer besonderen Situation eine erhöhte Schadensneigung aufweisen.⁶⁸⁷ Auch auf der zweiten Stufe gibt es allerdings weder konkrete Verdachtsmomente für entsprechende Compliance-Verstöße noch tatsächliche Schadensfälle. Charakteristisch sind auf der zweiten Stufe nach *Hauschka*: Compliance-Programme, schriftliche Verhaltenskodizes, Betriebsvereinbarungen und intensivierete Berichtssysteme, schriftliche *Mission Statements*, Risikoerkennungssysteme und *Worst Case*-Planung, verstärkte *Controlling*-Aktivitäten, schriftliche Revisionspläne und die Zuordnung definierter Verantwortung an besondere

⁶⁸⁷ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

Beauftragte.⁶⁸⁸ Als Compliance-Maßnahmen sieht *Hauschkas* Modell vor:⁶⁸⁹

- eine klare Zuordnung besonderer Verantwortung, da das Standardinstrumentarium – wie Revision und *Controlling* – nicht mehr ausreichend ist, um erhöhten Risiken zu begegnen,
- eine klare Zuordnung sachlicher und personeller Ressourcen.

Schließlich gibt es noch die Fälle wiederkehrender Problemsituationen mit hohem Gefahrenpotenzial, konkreter Verdachtsmomente oder bereits aufgetretener Rechtsverstöße oder Schäden im Unternehmen oder bei Dritten. Erst diese dritte Stufe erfordert eine Compliance-Organisation im eigentlichen Sinne, die durch Kontrollen und Maßnahmen der Disziplinierung die Gefahrenlage beherrschbar machen soll.⁶⁹⁰ Sofern das Unternehmen diese Problemlage vergegenwärtigt, gibt es kaum Grenzen, wenn man die Compliance-Aktivitäten ernsthaft und mit unbeschränktem Mitteleinsatz vorantreiben will oder muss.

⁶⁸⁸ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

⁶⁸⁹ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

⁶⁹⁰ *Hauschka in Hauschka*, § 1, S. 18.

aa) Wirkungsbezogene Maßnahmen

Diese werden meist im gleichen Atemzug mit dem Begriff des passiven Risikomanagements genannt, da man hier dem Risiko durch passives Handeln begegnet. Dafür spricht, dass das Unternehmen vor jeder Risikogegenmaßnahme sorgfältig abwägen sollte, ob es sich „lohnt“, dem Risiko aktiv zu begegnen, was natürlich stets mit Kosten und Aufwand einhergeht. Daher ist es ratsam, zunächst über passive, wirkungsbezogene Maßnahmen nachzudenken.

(1) Risikoakzeptanz

Bei der Risikoakzeptanz trifft das Unternehmen keine speziellen Vorkehrungen, um dem Risiko zu begegnen, das heißt das Risiko und der mögliche Schadenseintritt wird ausdrücklich in Kauf genommen. Dies ist zunächst noch kein nachteiliges Verhalten, denn es besteht ja die Möglichkeit, dass das Risiko nicht eintritt und das Unternehmen von der Auswirkung verschont bleibt.

Beispiel: Das Unternehmen gibt keine konkreten Zeiträume für ein Handeln der Mitarbeiter mit Aktien des Unternehmens vor

(Trading Windows), denn es vertraut darauf, dass die Mitarbeiter keinen Zugang zu Insiderinformationen haben oder diese zumindest nicht nutzen.

Risikoakzeptanz hat stets auch etwas mit „Mut zur Lücke“ zu tun und wird besonders beim Risikomanagement in Projekten in der Praxis häufig als Maßnahme gewählt.⁶⁹¹ Dabei fällt jedoch auf, dass reine Risikoakzeptanz noch kein Risikomanagement darstellt, denn der Risikoeintritt wird mehr oder weniger dem Zufall überlassen, ohne dass steuernd eingegriffen wird. Somit muss auch hier differenziert werden zwischen passiver Akzeptanz von Risiken, die noch kein Risikomanagement darstellt und aktiver Akzeptanz, bei der für den Fall eines Risikoeintritts ein Eventualplan mit alternativen Maßnahmen vorgehalten wird. Risikoakzeptanz scheint damit im Gegensatz zu anderen Maßnahmen eine kostenlose und damit besonders für den Mittelstand verlockende Methode zu sein, kann aber das Unternehmen bei Risikoeintritt teuer zu stehen kommen; daher ist diese Strategie wohl nur für Risiken einzusetzen, die in der Analyse als C-Risiken mit niedrigem Schadenserwartungswert eingestuft wurden. Risiken, die sich in geringem Maße auf das

⁶⁹¹ Versteegen, S. 23.

Unternehmen auswirken, werden akzeptiert, wie bereits dargelegt. Außerdem können auch mittlere Risiken akzeptiert werden, wenn ihre Steuerung mit übermäßigen Kosten einhergehen würde.⁶⁹² Allerdings ist es gerade bei akzeptierten Risiken von maßgebender Bedeutung, deren Entwicklung zu verfolgen, da im Laufe der Zeit sowohl die Eintrittswahrscheinlichkeiten als auch die Schadenshöhen der Risiken variieren können.⁶⁹³ Des Weiteren stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die durch Risikoakzeptanz übernommenen Risiken haben. Treten akzeptierte Risiken ein, muss das Unternehmen deren Folgen finanzieren. Es ist nichtsdestotrotz möglich, Maßnahmen zum Ausgleich der Auswirkungen von Restrisiken zu treffen, sodass die Erreichung der unternehmerischen Ziele nicht gefährdet wird.⁶⁹⁴

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass es bei der Risikoakzeptanz – selbst bei Einsatz aller Risikosteuerungsinstrumente – nicht möglich ist, alle Risiken auszuschließen.⁶⁹⁵ Restrisiken können dadurch entstehen, dass Risiken nicht steuerbar sind, ignoriert oder nicht erkannt

⁶⁹² Wittmann in Lange/ Wall, S. 277.

⁶⁹³ Weber/ Weißenberger/ Liekweg, S. 33.

⁶⁹⁴ Lukarsch in Hinterhuber/ Sauerwein, S. 119.

⁶⁹⁵ Hahn/ Weber /Friedrich, BB 2000, 2620, 2627.

werden.⁶⁹⁶ Dies hat zur Folge, dass das Unternehmen diese Risiken selbst tragen muss. Diese unfreiwillige Risikoübernahme ist von der Risikoakzeptanz begrifflich zu unterscheiden.

(2) Risikotransfer (Risikoüberwälzung)

Beim Risikotransfer wird das Risiko auf einen Dritten übertragen, meist auf ein Versicherungsunternehmen,⁶⁹⁷ auf Unterauftragnehmer (so genannte *Back-to-Back*-Verträge) oder auch auf den Kunden. Risikotransfer bedeutet, die Verantwortung für ein Risiko und die damit einhergehenden Schäden auf jemand anderen abzuwälzen; das heißt das Risiko selbst wird nicht eliminiert, sondern nur vom Unternehmen ferngehalten. Ein typisches Beispiel aus dem Kapitalmarktrecht stellt die *D&O-Versicherung* dar, mit der zumindest das fahrlässige Fehlverhalten des Managements zum Beispiel wegen zu später oder falscher Ad-hoc-Meldungen versichert werden kann. Ähnliche Versicherungsmodelle scheinen derzeit für

⁶⁹⁶ Schenk in Hinterhuber/ Sauerwein, S. 114.

⁶⁹⁷ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620, 2621, weist zurecht darauf hin, dass sich in der Regel nur „reine Risiken“ versichern lassen; Absatz- oder Kapitalmarktrisiken, aber auch die schlecht erbrachte Leistung des Unternehmen selbst sind nicht versicherbar.

Verstöße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz angeboten zu werden.⁶⁹⁸

Maßnahmen des Risikotransfers müssen auf jeden Fall vor Eintritt des Risikos umgesetzt werden und es muss berücksichtigt werden, dass ein Restrisiko verbleibt, weil nicht sichergestellt werden kann, dass beispielsweise der Subunternehmer über ausreichende Mittel verfügt, das auf ihn übergewälzte Risiko überhaupt zu tragen oder dass die Versicherung im Fall ihrer Inanspruchnahme den Sachverhalt als Herrin des Verfahrens überhaupt übernehmen will und nicht zunächst sorgfältige Prüfung und Gutachten einleiten wird, um zu entscheiden, ob eine Deckung übernommen wird. Außerdem ist zu bedenken, dass bei Risikoeintritten in Projektverträgen die Vertragsverhältnisse weiterhin natürlich Bestand haben und im Außenverhältnis gegenüber dem Kunden das Unternehmen in der Risikoverantwortung verbleibt, unabhängig davon, ob es

⁶⁹⁸ Financial Times Deutschland vom 02.01.2007: <http://www.ftd.de/politik/deutschland/146352.html>: Gerling als erste Versicherung eine AGG-Rechtsschutz-Police aufgelegt. Sie deckt Gerichts- und Anwaltskosten ab. Bis Januar rechnet Gerling mit einer Zahl von Abschlüssen in dreistelliger Höhe. Auch drei Dax-Unternehmen hätten bereits unterschrieben. Für eine Versicherungssumme von 2,5 Mio. Euro muss eine Firma mit 5000 Mitarbeitern bei Gerling eine Prämie von bis zu 30.000 Euro jährlich hinblättern.

sich im Innenverhältnis bei einem Subunternehmer oder einer Versicherung entlasten kann. Somit ist der Risikotransfer unter Umständen sehr aufwändig und entlastet nicht vom Risiko selbst; diese Strategie kann dennoch ein zusätzliches Maß an Sicherheit bieten und sie ist im Falle eines Versicherungsschutzes geeignet, das Kapital des Unternehmens schützen.

bb) Ursachenbezogene Maßnahmen

Ursachenbezogene Maßnahmen werden auch als aktives Risikomanagement bezeichnet, denn dabei werden vom Unternehmen konkrete Handlungen umgesetzt, um die Risiken zu bewältigen; die genaue Kenntnis der Risikoursachen ist dazu notwendig. Zu den ursachenbezogenen Maßnahmen gehören:

- Risikovermeidung
- Risikokompensation
- Risikoverminderung oder Risikobegrenzung

(1) Risikovermeidung

Die Strategie der Risikovermeidung sieht zum einen vor, bereits im Vorfeld die Ursachen möglicher Risiken zu erkennen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, welche die Eintrittswahrscheinlichkeit gegen Null führen. Es muss sich dabei um Maßnahmen handeln, die an den Risikoauslösern ansetzen und diese schon in der Vorbereitung eliminieren.

Beispiel: Wegen des geringen Know-how bzw. Patentschutzes in China und weiten Teilen Osteuropas entscheidet das Softwareunternehmen, diese Märkte nicht zu bedienen und damit das Risiko der Softwarepiraterie und des Verlusts von Know-how zu vermeiden.

Das Beispiel zeigt somit auch die weitere Bedeutung der Risikovermeidung, nämlich, dass im Einzelfall auf die risikobehafteten Geschäfte ganz verzichtet wird und ein Risiko damit erst gar nicht entstehen kann. Dies bedeutet aber auch auf der anderen Seite, dass die Entstehung von Gewinnchancen verhindert wird. Die überwiegende Meinung geht dahin, dass die Risikovermeidung nur auf einzelne Risiken anwendbar sein

sollte und als generelle Steuerungsmaßnahme für Risiken ausscheidet.⁶⁹⁹

Für den Bereich der Kapitalmarkt-Compliance wäre die Risikovermeidung offensichtlich eine geeignete Strategie, da sie gleichbedeutend ist mit der Maßgabe vollständiger Vermeidung von Gesetzesverstößen. Die Risikovermeidung gehört jedoch auch zu den aufwändigsten und kostspieligsten Strategien des Risikomanagements, denn sie verlangt einen hohen Aufwand für die Prävention und das Erkennen möglicher regulatorischer Risiken. Notwendig wären unter Umständen schon erhebliche Vorbereitungsmaßnahmen noch im Stadium der Gesetzgebung wie beispielsweise schon die Einrichtung eines Insiderverzeichnisses oder auch die aktive Teilnahme an Verbänden, die an den Beratungen im Gesetzgebungsverfahren beteiligt sind. Da gleichzeitig mit der Vermeidung auch Chancen ausgelassen werden, wird diese Strategie damit im Mittelstand nur sehr zurückhaltende Anwendung finden bzw. nur bei äußerst gravierenden Risiken eingesetzt werden.⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ Hahn/ Weber/ Friedrich, BB 2000, 2620, 2621, 2626 m.w.N.

⁷⁰⁰ Versteegen, S. 174.

(2) Risikokompensation

Im unmittelbaren Gegensatz zur Risikovermeidung steht die Risikokompensation, bei der das Unternehmen das Risiko bewusst selbst trägt und ein zum Risiko gegenläufiges Kompensationsgeschäft abschließt.

Beispiel: Bei einem Projektvertrag mit einem arabischen Kunden besteht dieser auf Bezahlung in seiner Währung, die jedoch erheblichen Schwankungen unterliegt. Das Unternehmen schließt trotzdem den Vertrag ab und vereinbart mit seiner Hausbank ein Währungssicherungsgeschäft, um mögliche nachteilige Währungsschwankungen zu kompensieren.

Ähnlich wie bei der Risikoakzeptanz hat diese Strategie eine passive und eine aktive Komponente. Die passive Komponente, dass Risiken selbst getragen werden müssen, geschieht dabei oft unfreiwillig, denn diese Risiken verbleiben als sogenannte Restrisiken, nachdem alle anderen Risikosteuerungsmaßnahmen durchgeführt wurden. Dieser passive Effekt drückt sich vor allem in der Risikobereitschaft des Unternehmens aus, Schäden

bewusst in Kauf zu nehmen und die Konsequenzen daraus zu tragen.

Beispiel: Trotz gelegentlicher Verstöße der Mitarbeiter gegen die Reiserichtlinie verzichtet das Unternehmen darauf, diesbezügliche Konsequenzen zu ziehen oder stärkere Kontrollen einzuführen, da die Kosten-Nutzen-Abwägung dagegen spricht.

Diese Strategie bietet sich nach Auffassung des Verfassers nur bei geringeren Schadenswerten an und wenn eine Außenwirkung z. B. auf Kunden, Banken, Investoren, nicht zu erwarten ist. Die aktive Komponente hingegen beschreibt, inwieweit das Unternehmen Mittel und Ressourcen bereitstellt, mit denen ein drohender Schaden aus eigener Kraft überwunden werden kann, ohne dass die Risikoauslöser unmittelbar selbst angegriffen werden; im oben genannten Beispiel also die aktive Währungsabsicherung durch die Hausbank.

(3) Risikoverminderung

Unter Risikoverminderung versteht man die möglichen Vorkehrungen, die getroffen werden können, um die Eintrittswahrscheinlichkeit zu senken und/oder den Schweregrad des Risikos noch vor dessen Realisierung abzumildern. Dies ist

in jedem Fall kostengünstiger, als später schon eingetretene Schäden durch kostenintensive Maßnahmen zu beheben. Dies setzt logischerweise zwei Aspekte voraus:

- Der Plan zur Verringerung von Wahrscheinlichkeit und/oder Schadenshöhe muss rechtzeitig vor dem Schadenseintritt entwickelt werden.
- Bestimmte Aktivitäten zur Risikoverminderung müssen bereits vor Schadenseintritt erfolgen.

Eine effektive Risikoverminderung bedeutet daher, dass bereits konkrete Präventivmaßnahmen im Vorgriff geplant und umgesetzt werden und zwar auch unter der Möglichkeit, dass sich diese später als unnötig heraus stellen, nämlich dann, wenn das Risiko nicht eingetreten ist. Zu den risikovermindernden Maßnahmen im Bereich der Compliance-Risiken gehören somit:

- Vorhalten von Standards und Richtlinien
- Schulung der Mitarbeiter
- Qualitätssicherung – Maßnahmen und interne Kontrollsysteme
- Einrichtung einer Compliance-Stelle

Risikoverminderung bedeutet damit Zeit- und Kostenaufwand, ist jedoch ein sehr starkes und aktives Mittel zu Beherrschung

von Risiken. In der Regel lässt sich den Eintrittswahrscheinlichkeiten von Risiken besser entgegensteuern als den möglichen Schadenshöhen, denen nur durch betriebswirtschaftlich unangenehme, finanzielle Rückstellungen entgegengewirkt werden kann.

g) Risikocontrolling

Der letzte Prozessschritt, das Risikocontrolling, analysiert die tatsächlich eingetretene Zielerreichungen und damit auch die Wirkung der angewandten, risikosteuernden Maßnahmen. Es ist damit von hoher Bedeutung und unterstreicht die Eigenschaft des Risikomanagementprozesses als Regelkreislauf.⁷⁰¹ Risikocontrolling in diesem Sinne ist damit Teil des kontinuierlichen Prozesses zur Überwachung und Kontrolle von Risiken. Nach Ansicht von *Hornung*⁷⁰² ist das Risikocontrolling nicht nur Methodenberater, sondern gar auch Träger des Risikomanagementsystems. Es sichert durch seine Funktionen Planung, Kontrolle, Steuerung und Informationsversorgung den Umgang mit (Compliance-) Risiken im Unternehmen. Das Risikocontrolling erfüllt außerdem die Aufgabe der Schaffung

⁷⁰¹ Von Rosen, KPMG, S. 5.

⁷⁰² Hornung/Reichmann/ Form, Controlling 2000, 153.

von Transparenz in Bezug auf mögliche Compliance-Risiken des Unternehmens.⁷⁰³

Ein wesentlicher Bestandteil des Risiko-Controllings ist die risikoorientierte Planung. Unter Planung wird in diesem Zusammenhang „ein systematisch-methodischer Prozess der Erkenntnis und Lösung von Zukunftsproblemen“ unter spezieller Einbeziehung der Risiken verstanden⁷⁰⁴. Die Planung dient dazu, Risiken zu erkennen und zu reduzieren und sichert die Effizienz und die Effektivität des unternehmerischen Handelns.⁷⁰⁵ Gerade in Bezug auf unternehmerische Compliance-Risiken sollte die Planung Handlungsoptionen zur Abschwächung bzw. Umgehung drohender Risiken und zur Nutzung entsprechender Chancen bieten.⁷⁰⁶ Dies gilt vor allem bezüglich der immensen Kosten, die durch die neuen Gesetze verursacht werden.

⁷⁰³ *Sielaff*, S. 23 f.

⁷⁰⁴ *Wild*, S. 13.

⁷⁰⁵ *Hahn*, S. 47.

⁷⁰⁶ *Janke*, B+W 2000, 942, 946.

Ziel des Risikocontrollings in dieser Hinsicht ist die Gestaltung eines informativen und zeitgerechten Berichtswesens.⁷⁰⁷ Durch die Implementierung und Anwendung eines Management-Informationssystems trägt die risikoorientierte Informationsversorgung dazu bei, dass dem Management regelmäßig und auch zu besonders wichtigen Anlässen alle relevanten Informationen zum Thema Risikomanagement vorliegen.⁷⁰⁸ Das Risikocontrolling liefert dem Management strategische und operative Informationen. Dabei werden die strategischen Informationen mittels Prognoseverfahren oder durch das Frühwarnsystem generiert.

Da jede Risikomaßnahme ein dynamischer Prozess ist, neue Risiken hinzukommen oder Ziele sich verändern, muss die Wirksamkeit und der Nutzen der gewählten Strategie und Maßnahmen ständig überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden. Dies kann zum Beispiel im Mittelstand durch einfache Soll-/Ist-Vergleiche erfolgen, in denen eine unzulängliche Risikohandhabung identifiziert werden kann. Diese ihrerseits neu begründeten Risiken müssen an die Entscheidungsträger berichtet und in einen aktualisierten Risikomanagementprozess

⁷⁰⁷ Hermann, S. 168 ff.

⁷⁰⁸ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S. 159.

aufgenommen werden. Wichtiger Bestandteil eines Risikocontrollings ist schließlich die Interne Revision.⁷⁰⁹ Die Interne Revision ist – wie bereits gesehen – eine „prozessunabhängige Überwachung“. Sie überprüft im Auftrag der Geschäftsleitung die Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und die Abwicklung der Prozesse im Unternehmen. Die Interne Revision unterscheidet sich von den Kontrollen – wie bereits angedeutet – dadurch, dass die prüfende Person weder in den Arbeitsprozess involviert, noch für das Ergebnis der Tätigkeit verantwortlich ist.⁷¹⁰ Wichtig ist daher, die Unabhängigkeit der Internen Revision zu gewährleisten. Dies geschieht am besten dadurch, dass diese unmittelbar der Geschäftsleitung unterstellt wird.⁷¹¹

Die Interne Revision stellt einen „verlängerten Arm“⁷¹² der Geschäftsleitung dar und übernimmt als solche sowohl prüfende als auch beratende Aufgaben.⁷¹³ Hauptaufgaben der Internen Revision beim Compliance-Risikomanagement sind regelmäßige Compliance-Audits in Teilbereichen und

⁷⁰⁹ Von Rosen, KPMG, S. 22.

⁷¹⁰ Lück in Dörner/ Menold/ Pfitzer, S. 156; Pampel/ Glage in Hauschka, S. 88.

⁷¹¹ Buderath/ Amling in Dörner, S. 136.

⁷¹² Janke, B + W 2000, 942, 945.

⁷¹³ Faßhauer/Fieser/Koschowsky, Interne Revision 1999, S. 196.

Tochtergesellschaften des Unternehmens.⁷¹⁴ Diese beinhalten die Ergebnis- oder Einzelfallprüfung, die Verfahrens- und Systemprüfung der Funktionsfähigkeit des Überwachungssystems an sich (*operational auditing*) sowie die Überprüfung der Geschäftsleitung (*management auditing*).⁷¹⁵ Idealerweise sollte die Interne Revision bzw. der zu bestimmende Risikobeauftragte nicht nur die erwähnten Prüfungsaufgaben durchführen, sondern auch eine beratende Funktion beim Aufbau des Compliance-Risikomanagements erfüllen. Nach Ansicht der Literatur könnte die Interne Revision diesbezüglich sogar eine verantwortliche mitgestaltende Rolle übernehmen, weil sie über Kenntnisse verfügt, die anderweitig im Unternehmen nicht abrufbar sind.⁷¹⁶

3) Zwischenfazit

Die bekannten, betriebswirtschaftlichen Ansätze zu Risikomanagementsystemen können damit auch zum Umgang mit Compliance-Risiken angewendet werden. Essentiell ist dabei vor allem, dass die organisatorischen Voraussetzungen im Unternehmen dazu geschaffen werden, eine Compliance-

⁷¹⁴ Hauschka, ZIP 2004, 877.

⁷¹⁵ Buderath/ Amling in Dörner, S. 134.

⁷¹⁶ Faßhauer/Fieser/Koschowsky, Interne Revision 1999, S. 196.

Risikostrategie formuliert und vom Vorstand unmißverständlich vorgelebt wird. Darüber hinaus müssen Kommunikationsstrukturen vorhanden sein, die eine eindeutige und klare Behandlung risikorelevanter Informationen beinhalten. Ebenso notwendig sind klare Kompetenz- und Aufgabenverteilungen in der Compliance-Organisation, die ihrerseits sicherstellen, dass auftretende Risiken rechtzeitig erkannt und an die richtigen Organisations-Einheiten weitergeleitet werden. Der Risikomanagementprozess soll schließlich sicherstellen, dass keine einmalige Risiko-Inventur stattfindet, sondern eine ständige Analyse, Steuerung und Überwachung von Risiken im Unternehmen. Es handelt sich dabei um einen Regelkreislauf, der das strategische Risiko-Management im Unternehmen ergänzt. Erster Schritt in diesem operativen Risikomanagementprozess ist die Risikoidentifikation, wodurch gewährleistet wird, dass alle wesentlichen Risiken erfasst werden. Die risikorelevanten Informationen können dabei sowohl von externen als auch internen Quellen stammen und bilden die Basis für den zweiten Schritt, nämlich der Risikobewertung und –analyse. In diesem zweiten Schritt erfolgt eine Priorisierung der Risiken durch eine objektive Bewertung nach Eintrittswahrscheinlichkeiten und potentiellen Schadenshöhen; ein gängiges Verfahren dazu bildet

die „Value at Risk“-Methode. Ergebnis dieser Analyse und Bewertung ist eine Risiko-Matrix, durch die eine Klassifizierung in schwere Risiken, mittlere Risiken und geringe Risiken vorgenommen werden kann. Für die identifizierten und bewerteten Risiken sind im nächsten Schritt Maßnahmen festzulegen. Diese Maßnahmen verteilen sich in wirkungsbezogene als auch ursachenbezogene Maßnahmen und reichen von der Risikoakzeptanz auf der einen Seite bis hin zur völligen Riskovermeidung auf der anderen Seite der Maßnahmenskala.

Als letzter Prozess-Schritt im Regelkreislauf muss das Risikocontrolling sicherstellen, dass die analysierten Risiken auch tatsächlich durch die dazu beschlossenen Maßnahmen beherrscht werden konnten bzw. im negativen Fall, dass diese Risiken erneut in den Risikomanagementprozess gelangen. Notwendiger Bestandteil dabei ist schließlich die interne Revision als eine prozessunabhängige Überwachung des gesamten Risikokreislaufes und damit als mögliches Korrektiv zum Risikomanagementprozess.

D. Compliance als Kostenfaktor im Unternehmen

Im vorangehenden Kapitel wurden die inhaltlichen Auswirkungen der geforderten Compliance am Beispiel des Kapitalmarktrechts auf das Risikomanagement des Unternehmens dargestellt. In einem auf Rentabilität ausgerichteten Unternehmen gehört dazu aber auch die Frage, welche Kosten durch Compliance verursacht werden. Neue gesetzliche Anforderungen beeinträchtigen ganz offensichtlich die Ergebnissituation jedes Unternehmens und stellen damit neben der reinen Gefahr von Rechtsverletzungen auch einen bedeutenden Kostenfaktor im Sinne des Risikomanagements dar.⁷¹⁷ Eine Betrachtung der Gesamtrisikolage wegen *Compliance*-Risiken wäre daher unvollständig, wenn nicht auch die Auswirkungen auf die Ertragssituation des Unternehmens betrachtet würden.

Es ist zunächst leicht einzusehen, dass jede neue Rechtslage direkte und indirekte Aufwendungen, das heißt Kosten im Unternehmen verursacht, die den erwirtschafteten Gewinn

⁷¹⁷ Bitz, S. 15.

schmälern. Solange diese Kosten nicht exakt geplant werden können, stellen sie auch ein Kostenrisiko für die Gesellschaft dar. Schon bei der Einführung des KonTraG im Jahre 1998 hatte der Gesetzgeber beispielsweise durchaus erkannt, dass die nun anstehenden Veränderungen bei den Gesellschaften zu Mehrkosten führen würden; diese jedoch als zumutbar beurteilt: *„Die aktienrechtlichen Neuregelungen werden bei den Wirtschaftsunternehmen voraussichtlich Mehrkosten durch erhöhte Transparenz, Kosten der internen Überwachung, Unterrichtung und Arbeitsintensivierung des Aufsichtsrates verursachen. Dabei werden aber überwiegend ohnehin gebotene und im Grunde selbstverständliche Pflichten der Unternehmensorganisation geregelt, die bei gut geführten und kontrollierten Unternehmen schon jetzt erfüllt werden.“*⁷¹⁸

Nicht immer erreichen Gesetze nur das unmittelbar angestrebte Ziel, sondern sie verursachen eben auch ungewollte und ungeahnte Nebenwirkungen.⁷¹⁹ Derzeit fehlen jedoch noch weitestgehend objektive Prozesse und Methoden im Gesetzgebungsverfahren zur Beurteilung der tatsächlichen Kostenauswirkung neuer Gesetze auf die betroffenen

⁷¹⁸ BT-Drs 872/ 97; Allgemeine Begründung zum KonTraG.

⁷¹⁹ Böhret, Verwaltung und Management 2006, 284 ff.

Unternehmen. Ein Verfahren zur Gewährleistung der Qualität der Gesetzgebung, das in letzter Zeit aufgrund der steigenden Gesetzesflut wieder an Bedeutung gewonnen hat, ist die Gesetzesfolgenabschätzung (im Folgenden „GFA“ und im Englischen *Regulatory Impact Assessment*). Sie dient der Prüfung der Notwendigkeit, der Wirkungen (vorausschauend und rückblickend), der Praktikabilität und Verständlichkeit geplanter Rechtsnormen und kann daher möglicherweise auch für die unternehmerische Erfassung der Kostenbelastung durch Gesetze angewandt werden.

1. Die Kosten der „Verrechtlichung“ in Deutschland aus Sicht der Unternehmen

Der Deutsche Bundestag verabschiedete – nach einer Einschätzung des Instituts der deutschen Wirtschaft in Köln (IWD) von 1997⁷²⁰ – in jeder Wahlperiode Hunderte von Gesetzen. So wurden in der 13. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages immerhin 545 neue Gesetze verabschiedet⁷²¹ und ein großer Teil davon bürdet den Unternehmen zusätzliche

⁷²⁰ IWD vom 17. Juli 1997 – Gesetzesfolgenabschätzung: Neuer Damm gegen Bürokraten.

⁷²¹ *Veit*. Damit wurden in der 13. Legislaturperiode erstmals mehr Gesetze verabschiedet als in der ersten, obwohl diese durch die Implementation eines völlig neuen Systems geprägt war.

Kosten auf. Allein die staatlich verursachten Bürokratiekosten der Unternehmen belaufen sich auf gut 30 Milliarden Euro im Jahr – so das IWD. Über 90% der Kosten davon treffen nach Meinung des Sachverständigenrats „Schlanker Staat“ vor allem die kleinen und mittelständischen Unternehmen, sodass dort jeder Arbeitsplatz mit zusätzlichen Kosten von über 3.000,00 Euro belastet wird.⁷²²

Im Januar 2003 erteilte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit dem Institut für Mittelstandsforschung Bonn einen Forschungsauftrag zum Thema „Bürokratiekosten kleiner und mittlerer Unternehmen“. Gegenstand des Auftrags war die Überprüfung der Forschungsergebnisse des Instituts für Mittelstandsforschung Bonn aus dem Jahr 1994, die unter dem Titel „Bürokratie – ein Kostenfaktor; Belastungsuntersuchung bei mittelständischen Unternehmen“ veröffentlicht worden waren.⁷²³ Die Studie ergab, dass der Anteil der Unternehmen, die die bürokratiebedingte Belastung als hoch bzw. sehr hoch bezeichnen, deutlich von 47,8% (1994) auf 79,0% (2003) zugenommen hat. Hierzu gab mehr als jedes dritte Unternehmen

⁷²² Hofmann, H. für den Sachverständigenrat in www.landtag-nrw-intern Jahrgang 29.

⁷²³ Kayser/ Clemens, S. 1.

an, dass die bürokratiebedingte Kostenbelastung besonders in den letzten Jahren stark angestiegen sei. Weitere rund 54% berichten von einer gestiegenen und nur 12% von einer konstanten Belastung. Damit stellten 2003 deutlich mehr Unternehmen eine starke bzw. sehr starke Zunahme der Bürokratiekosten im zurückliegenden Fünfjahreszeitraum fest als noch im Jahr 1994 (1994: 75,8 %; 2003: 87,4 %) ⁷²⁴. Abgesehen von den jeweiligen Belastungsbereichen sind es aus Sicht der Unternehmen vor allem die häufigen Änderungen der entsprechenden Regelwerke, die zu hohe Komplexität und eine mangelhafte Verständlichkeit von Verordnungen, Gesetzen und Erlassen, eine umständliche und zeitaufwändige Informationsbeschaffung sowie umfangreiche Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten, die die bürokratische Belastung verursachen. ⁷²⁵

Hinsichtlich der durch die Bürokratie verursachten zeitlichen Belastung zeigt sich ein starker Bezug zur Unternehmensgröße. In einem Kleinunternehmen mit 1 bis 9 Beschäftigten arbeitet jede Person durchschnittlich jährlich fast 64 Stunden für die Erledigung bürokratiebedingter Aufgaben, bei Unternehmen mit

⁷²⁴ Kayser/ Clemens, S. 2.

⁷²⁵ Kayser/ Clemens, S. 3.

500 und mehr Beschäftigten hingegen nur 5,6 Stunden. Die relative Belastung ist nach wie vor in den kleinsten Unternehmen am höchsten.⁷²⁶ Die anfallenden Arbeiten teilten sich Unternehmer (27,7% der Arbeiten), Mitarbeiter (39,4%) und externe Berater (32,9%), wobei gegenüber 1994 vor allem der Anteil der Arbeiten, die der Unternehmer selbst erledigt, zurückgegangen ist und die Anteile der von Mitarbeitern bzw. externen Beratern zu erledigenden Arbeiten zugenommen haben.⁷²⁷ Darin zeigt sich, dass die Bürokratiebelastung vor allem von den Mitarbeitern in kleinen und mittelständischen Unternehmen getragen wird. Den Angaben der Unternehmen zufolge betrug der finanzielle Aufwand als Folge bürokratischer Belastungen bei Kleinunternehmen mit 1 bis 9 Beschäftigten 4.361,00 Euro je Beschäftigtem. Gegenüber 1994, wo er sich auf 3.280,00 Euro belief, ist er somit um 24,8% angestiegen.⁷²⁸ Insgesamt ergab sich im Jahr 2003 eine Belastung der deutschen Unternehmen durch bürokratiebedingte Kosten in Höhe von 46,02 Mrd. Euro; wovon 84% auf den Mittelstand entfielen.⁷²⁹

⁷²⁶ *Kayser/ Clemens*, S. 6.

⁷²⁷ *Kayser/ Clemens*, S. 6.

⁷²⁸ *Kayser/ Clemens*, S. 6.

⁷²⁹ *von Rosen*, Studien 2007, S. 11.

Auch im Jahr 2006 hat sich die Situation nicht verbessert, eher das Gegenteil war der Fall. Unzählige Vorschriften und Gesetze erschweren nach Einschätzung der Manager in Deutschland das Wirtschaften. Mehr als 5.000 Gesetze und Verordnungen mit mehr als 88.000 Einzelschriften beschränken die unternehmerische Gestaltungskraft. Das Deutsche Aktieninstitut veröffentlichte dazu im März 2007 die Ergebnisse einer Umfrage zum Thema „Kosten und Nutzen der Regulierung börsennotierter Unternehmen“.⁷³⁰ Diese Umfrage sollte untersuchen, inwieweit die Zunahme an Regulierungsintensität mit einem volkswirtschaftlichen Nutzen einhergeht, der die enormen betriebswirtschaftlichen Anpassungslasten rechtfertigt, da empirische Evidenz hierzu bislang kaum vorlag. Die Untersuchung zeichnet vor diesem Hintergrund erstmals ein umfassendes Meinungsbild der deutschen Emittenten zu den Kosten und Nutzen der neuen Transparenz- und Verhaltensaufgaben am Kapitalmarkt. Die befragten Unternehmen bewerteten darin einerseits die einzelnen Neuregelungen dahingehend, inwieweit sich belastende oder entlastende Wirkungen im Unternehmensalltag ergeben (Unternehmensperspektive); andererseits wurde bei den Unternehmen erfragt, ob sie positive oder negative

⁷³⁰ von Rosen, Studien 2007, S. 12..

Auswirkungen der Maßnahmen auf den Kapitalmarkt spüren oder erwarten (Kapitalmarktperspektive).⁷³¹

Der überwiegende Teil der Maßnahmen im Kapitalmarkt-, Aktien- und Gesellschaftsrecht sowie zum Teil auch im Bereich der Rechnungslegung weist dabei nach Meinung der Befragten einen negativen Kosten-Nutzen-Saldo auf.⁷³² Jedes dritte Unternehmen erachtet die heutigen Compliance-Kosten (bezogen auf das Jahr 2005) für nicht mehr vertretbar und jedes fünfte Unternehmen stellte im Jahr 2005 vor diesem Hintergrund gar seine Börsennotierung in Frage, das heißt den Kapitalmarkt wegen der teilweise ausufernden Regulierungsaufgaben wieder zu verlassen⁷³³. In den Jahren 2000-2005 – so eine Umfrage – seien die Kosten zur Einhaltung von externen und internen Vorschriften bei den allermeisten befragten Unternehmen gestiegen. Im Durchschnitt seien diese Kosten in diesem Zeitraum um 85% gestiegen. Die jährlichen Aufwendungen, die unmittelbar dem Bereich Compliance zuzurechnen sind, beliefen sich auf durchschnittlich. 634.000,00 Euro pro Jahr und Unternehmen. Für diese Kostenexplosion sei

⁷³¹ *von Rosen*, Studien 2007, S. 11.

⁷³² *Kayser/ Clemens*, S. 15.

⁷³³ „Noch schlechter als Dosenpfand“, www.visavis.de vom 19.09.2005.

unter anderem das AnSVG verantwortlich. Die Mittelständler kritisierten hier – so die Umfrage – die unklaren Formulierungen des Gesetzes. Eines der befragten Unternehmen meinte, einige der neuen und gut gemeinten Gesetze und Verordnungen seien „noch schlechter gemacht als das Dosenpfandgesetz“.⁷³⁴

Zwar lassen sich – so die Aussage der Umfrage – die mit der Erfüllung der unterschiedlichen Pflichten einhergehenden Kosten wegen einer zu starken Streuung der entsprechenden Fragebogendaten nicht ausschließlich in monetären Größen ausdrücken. Die Antworten der Unternehmen geben aber Aufschluss darüber, welche Effekte mit den einzelnen Neuregelungen für die Unternehmen sowie den Kapitalmarkt verbunden sind.⁷³⁵ Insbesondere die kapitalmarktrechtlichen Neuregelungen werden von den Emittenten fast einhellig als „belastend“ oder „sehr belastend“ empfunden, ohne dass ihnen ein Nutzen für den Kapitalmarkt attestiert worden wäre; die Umfrage ergab folgende Ergebnisse:⁷³⁶

- Der von nationalen, europäischen und internationalen Initiativen ausgehende Regulierungsdruck verursacht bei

⁷³⁴ „Noch schlechter als Dosenpfand“, www.visavis.de vom 19.09.2005.

⁷³⁵ von Rosen, Studien 2007, S. 12.

⁷³⁶ von Rosen, Studien 2007, S. 12.

den börsennotierten Unternehmen steigende Mitarbeiterzahlen und Budgets im Bereich der Compliance. 41% der Befragten sprechen von einer Steigerung der Zahl der Mitarbeiter und 43% von einer Steigerung der Budgets, wohingegen nur jeweils 6% sinkende Mitarbeiterzahlen respektive Budgets angeben.

- Als Ursachen des Regulierungsdrucks werden vor allem Initiativen der Europäischen Union und die Auslegung des bestehenden Rechts durch Regulierungsbehörden und ihre Koordinationsgremien, wie z.B. das CESR, ausgemacht. 65,4% bzw. 64,1% der Befragten benennen diese als wichtigste Quellen des Drucks. Anderen Regulierungstreibern, wie der deutschen Legislative oder Selbstregulierungen (z.B. DCGK) wird dagegen eine geringere Bedeutung beigemessen.
- Vor allem die Änderungen im Kapitalmarktrecht durch die EU-Marktmisbrauchsrichtlinie und das daraus resultierende AnSVG aus dem Oktober 2004 werden von den Unternehmen durchschnittlich sehr negativ bewertet. 98,6% der befragten Unternehmen empfinden die Gesamtheit der geforderten Maßnahmen aus der Unternehmensperspektive als „belastend“ oder „deutlich

belastend“. Auch aus übergeordneter Kapitalmarktperspektive halten immerhin rund 43,9% die Änderungen für „überflüssig“ oder „nicht unbedingt notwendig“ – bei nur 18,2% positiven Äußerungen. Kosten verursache vor allem die Interpretation und der Vollzug des Gesetzes, weil das AnSVG eine Vielzahl vager Formulierungen enthält. Um derart strittige Fragen zu klären, haben die Konzerne – so die FAZ – Heere von Anwälten beauftragt. *„Das verursacht natürlich erhebliche Kosten“*⁷³⁷. Kostspielig für die Unternehmen könnte das AnSVG auch unter dem Blickwinkel werden, dass es die Rechtssicherheit nicht gerade fördert: *„Das ist eine Einladung für eine Welle von Aktionärsklagen“*⁷³⁸

- Das jährlich neu zu erstellende Dokument gemäß § 10 WpHG wird unter den erfragten kapitalmarktrechtlichen Einzelmaßnahmen am schlechtesten bewertet. Aber auch die Einführung von Insiderverzeichnissen, die Erweiterungen der Ad-hoc-Meldepflichten sowie der *Director's Dealings*-Meldungen erhalten von den Unternehmen durchweg negative Beurteilungen.

⁷³⁷ www.faz.net, 18. Februar 2005.

⁷³⁸ Vortrag EUROFORUM: Ein Jahr AnSVG, München 2005.

- Es werden als Negativeffekte stark bemängelt: die „Verrechtlichung“ des Kapitalmarkts, eine unangemessen starke Bindung von Ressourcen auf der Ebene unterhalb des Vorstands, erhebliche Rechtsunsicherheiten sowie ein steigendes Eigenleben der Aufsichtsbehörden. Lediglich 12,8 % der Befragten sehen keine nennenswerten negativen Nebenwirkungen der kapitalmarktrechtlichen Neuregelungen.

Insgesamt sieht sich das Deutsche Aktieninstitut durch die Ergebnisse der Umfrage in seiner Auffassung bestärkt, *„dass bei den gesetzlichen Anforderungen an Kapitalmarktverhalten und Corporate Governance der Emittenten die Grenze zur Überregulierung vielfach überschritten und ein Umdenken dringend erforderlich ist.“*⁷³⁹ Zudem fordern viele der befragten Emittenten explizit eine generelle Regulierungspause im Kapitalmarktbereich oder fordern spürbare Deregulierungen ein.⁷⁴⁰ *Von Rosen* fordert, *„dass sich der Gesetzgeber stärker als bisher bewusst werden muss, dass durch die Zusatzbelastungen nicht nur die Attraktivität der Börsennotiz leidet, sondern durch Gesetzesinitiativen gebundene finanzielle Ressourcen und*

⁷³⁹ *von Rosen*, Studien 2007, S. 13.

⁷⁴⁰ *von Rosen*, Studien 2007, S. 13.

*Managementkapazitäten für den eigentlichen unternehmerischen Zweck der Suche nach arbeitsplatzschaffenden Investitionsprojekten nicht zur Verfügung stehen. Diese gesamtwirtschaftliche Dimension gilt es wieder vermehrt bei der Gestaltung der Rahmenbedingungen für den Kapitalmarkt zu berücksichtigen.*⁷⁴¹

Bestätigt wird diese Einschätzung auch durch eine neuere Studie von *Henning*⁷⁴², der repräsentativ Rechtsabteilungen deutscher Aktiengesellschaften auf die Arbeits- und Budgetbelastungen durch die jüngsten Gesetzesinitiativen befragt hatte. Dabei wird *uni sono* ein signifikanter Arbeits- und Kostenanstieg durch die jüngsten gesetzgeberischen Initiativen vorausgesagt. Unter dem Stichwort „*Compliance*“ fallen darunter zum Beispiel das AnSVG, das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) und das Bilanzkontrollgesetz (BilKoG). Deutlich mehr als die Hälfte der befragten Unternehmen, nämlich 60 % der befragten Syndizi erwarten eine spürbar höhere Belastung durch die Anforderungen des AnSVG wegen der Neuerungen in der Ad-hoc-Publizität und beim Insiderrecht. Auch vom UMAG und

⁷⁴¹ von Rosen, Studien 2007, S. 13.

⁷⁴² Vgl. Henning.

den darin normierten Handlungspflichten erwartet fast die Hälfte der Syndizi (48%) eine höhere Belastung.

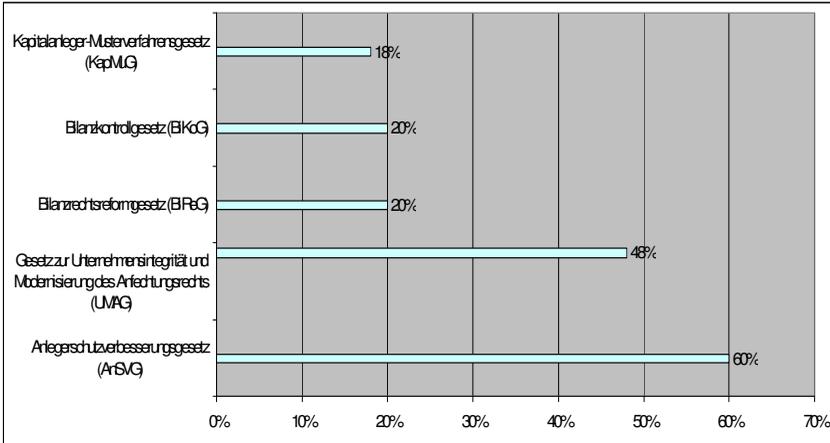


Abbildung 12: Zunahme der Arbeitsbelastung durch die Gesetze zum Anlegerschutz⁷⁴³

Die Ergebnisse der vorgenannten Studien bestätigen schon die zu Beginn des Kapitels vertretene Eingangsthese einer zunehmenden Verrechtlichung des Wirtschaftslebens. Im Rahmen des Compliance-Risikomanagements stellt sich die Frage, wie die Kostenauswirkungen dieser Entwicklung in den Gesellschaften berücksichtigt werden können und ob möglicherweise der Gesetzgeber den Unternehmen hierzu

⁷⁴³ Henning, S. 56.

quantitative Kriterien an die Hand gibt, um diese Belastungen zu erkennen und einzuplanen.

2. Exkurs: Gesetzesfolgekosten

Die Diskussion um die Kostenbelastung von Gesetzen ist keineswegs neu; bereits in der 70er und 80er Jahren gab es dazu verstärkte Reformbemühungen.⁷⁴⁴ Die bis zum Jahr 2000 geltende Geschäftsordnung der Bundesministerien verpflichtete durch § 44 GGO aber erstmals dazu, insbesondere finanzielle Auswirkungen eines Gesetzes unter zwingender Beteiligung des Bundesministeriums der Finanzen zu ermitteln.⁷⁴⁵ Danach sind unter anderem die Auswirkungen auf Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte einschließlich der voraussichtlichen vollzugsbedingten Auswirkungen sowohl für den Bund als auch für die Länder- und Kommunalhaushalte anzuführen. Darüber hinaus muss die Auswirkung auf die Wirtschaft, insbesondere auf mittelständische Unternehmen benannt werden.

In den Nachbarländern Deutschlands wie den Niederlanden, Österreich und der Schweiz ist die Gesetzesfolgenanalyse

⁷⁴⁴ Einen Überblick dazu gibt: *Veit*, a.a.O.

⁷⁴⁵ *Hartmann*, ZG 2003, 74, 75.

regelmäßiger Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens.⁷⁴⁶ Besondere Bedeutung hat die Abschätzung administrativer Lasten in den Niederlanden erlangt, wo seit Anfang der 90er Jahre ein quantitatives Verfahren entwickelt wurde, das unter dem Begriff „Standardkostenmodell“⁷⁴⁷ bekannt wurde und schließlich durch das Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates (GENN) auch in Deutschland implementiert wurde.⁷⁴⁸ Mit diesem Modell soll ein standardisiertes Instrument zur Erkennung von Regulierungsbelastungen zur Verfügung gestellt werden, welches dann im politisch administrativen Prozess zu berücksichtigen ist. Zuständig dafür soll ein noch zu bildender Normenkontrollrat beim Bundeskanzleramt sein. Hinsichtlich der gesetzlichen Grundlagen auf europäischer Ebene ist schließlich anzumerken, dass es bisher keine gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften gibt, welche die Mitgliedstaaten zu nationalen Gesetzesfolgenabschätzungen verpflichten oder bestehende nationale Gesetze zur Gesetzesfolgenabschätzung vereinheitlichen würden. Vielmehr ist das Folgenabschätzungssystem der Europäischen Union im

⁷⁴⁶ Hartmann, ZG 2003, 74, 79.

⁷⁴⁷ Zur genauen Beschreibung des Modells vgl. *Nijssen/ Vellinga*.

⁷⁴⁸ *Böhret*, Verwaltung und Management 2006, 284, 289.

Verhaltenskodex der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit eingebettet.⁷⁴⁹

Gesetzeskostenabschätzungen sollen die Auswirkungen von Gesetzesvorhaben auf die Wirtschaft hinterfragen und die damit verbundenen finanziellen Belastungen vermindern. Gesetzliche Grundlage im EU-Wirtschaftsraum ist seit 1986 das Business Impact Assessment System.⁷⁵⁰ Dahinter steht die Idealvorstellung der Europäischen Gemeinschaft, dass es eine optimale Regelungsform zur Erreichung bestimmter politischer Ziele gibt und dass der Wirtschaft, insbesondere den kleinen und mittleren Unternehmen, daraus keine übermäßigen Belastungen auferlegt werden sollen.⁷⁵¹ In den nachfolgenden Jahren erfolgten mehrere Änderungen, zuletzt wurde im Jahr 2005 das *Impact Assessment System* („*Impact Assessment Guidelines*“⁷⁵²) geändert. Danach sind Kostenschätzungen nur für solche Gesetzesvorhaben erforderlich, die bedeutende Auswirkung auf die Wirtschaft haben, mit dem erklärten Ziel, „die Kommission

⁷⁴⁹ Siehe dazu mit weiteren Ausführungen Veit, a.a.O., vor allem den Hinweis auf *DEBR*.

⁷⁵⁰ http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/better_regulation/impact_assessment/bia/archive_bia.htm; erläutert von Konzendorf/ Wordelmann/ Bölck/ Veit und Baldwin/ Cave.

⁷⁵¹ Vgl. Veit.

⁷⁵² Impact Assessment Guidelines vom 15.06.2005; SEC 2005/791.

solle nicht unnötig die wirtschaftliche Belastung der Wirtschaft durch Gesetzesinitiativen vermehren.“⁷⁵³

Vor dem Hintergrund der anhaltenden Finanzknappheit der öffentlichen Hand und einer Tendenz zu einer „Ökonomisierung“ des Politischen findet in Deutschland und in Westeuropa seit Mitte der 90er Jahre eine wissenschaftliche und politische Debatte unter den Schlagworten „bessere Rechtssetzung“ (better Lawmaking) und „bessere Regulierung“ (better Regulation) statt.⁷⁵⁴ Dabei geht es um die Eindämmung der Normenflut und Überregulierung im Hinblick auf die politische Zielerreichung, aber auch bezüglich unbeabsichtigter Nebenfolgen und der Kosten staatlicher Steuerung.⁷⁵⁵

a) Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) - gesetzliche Grundlagen in Deutschland

Die deutsche Variante der Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) geht auf Forschungen an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer zurück, wo man sich seit Ende der 70er Jahre intensiv mit den Fragen der

⁷⁵³ *Binder/ Enzenhofer/ Leitl/ Strehl*, S. 6.

⁷⁵⁴ *Veit*, gibt dazu einen Überblick vor allem auf die Beiträge von *Konzendorf/ Wordelmann/ Bölck/ Veit* und *Baldwin/ Cave*.

⁷⁵⁵ *Böhret*, *Verwaltung und Management* 2006, 289.

Rechtsoptimierung beschäftigte.⁷⁵⁶ Mitte der 90er Jahre wurde der Terminus GFA dann erstmals von *Böhret/Konzendorf*⁷⁵⁷ verwendet. *Böhret* definiert im Vorwort zu dem vom Bundesinnenministerium herausgegebenen Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung den Begriff wie folgt:

*„Gesetzesfolgenabschätzung soll helfen, die wahrscheinlichen Folgen und Nebenwirkungen rechtsförmiger Regelungsvorhaben zu ermitteln und zu beurteilen. Geltende Rechtsvorschriften können auf ihre Bewährung hin geprüft werden. Sie soll insbesondere bei Rechtsvorschriften mit beträchtlicher Wirkungsbreite und erheblichen Folgen angewendet werden. Sie muss Zukunftsperspektiven und Entwicklungen berücksichtigen und in die Folgenabschätzung einbeziehen.“*⁷⁵⁸ In *Böhrets* Leitfaden werden drei unterschiedliche Phasen der GFA dargestellt:⁷⁵⁹

- prospektive GFA

Sie dient der Überprüfung der Regelungsnotwendigkeit im Vorfeld des Rechtssetzungsprozesses und der Entwicklung von

⁷⁵⁶ *Böhret/ Konzendorf*, S. 25.

⁷⁵⁷ Siehe dazu den umfassenden Überblick von *Böhret/ Konzendorf*.

⁷⁵⁸ *Böhret*, Verwaltung und Management 2006, 289.

⁷⁵⁹ *Böhret*, Verwaltung und Management 2006, 289.

Handlungsalternativen. In diesem Stadium geht es um Effektivität, Praktikabilität, Verständlichkeit, Kosten-Nutzen-Bilanz der geplanten Norm.

- begleitende GFA

Dabei geht es um die Prüfung der Geeignetheit und Optimierbarkeit von geplanten Vorhaben im Sinne einer Folgenanalyse. Geprüft werden neben dem Wirkungsgrad des Normentwurfs vor allem dessen Akzeptanz und Praktikabilität im späteren Wirkungsfeld der Norm.

- retrospektive GFA

Dabei geht es nach Inkrafttreten der Regelung um den Zeitpunkt der Erreichung des gesetzgeberischen Ziels; sie untersucht die Effektivität einer bereits in Kraft getretenen Rechtsvorschrift und identifiziert möglichen Novellierungsbedarf.

Gemeinsam ist diesen Methoden, dass ihre Anwendung die Einbeziehung der Normadressaten, d.h. aller Gruppen und Individuen, an die sich eine Rechtsvorschrift wendet, erfordert.⁷⁶⁰ Dies erhöht die Qualität der Aussage eine konkreten GFA erheblich, denn die Intentionen der Betroffenen werden so

⁷⁶⁰ *Böhret/ Konzendorf*, S. 347.

angemessen berücksichtigt.⁷⁶¹ Dieses Merkmal muss jedoch nicht weiter vertieft oder verfolgt werden, denn sie hat keine Relevanz für die spezifischen Auswirkungen auf das untersuchte Risikomanagement im Unternehmen. Wenn im Folgenden daher von Gesetzesfolgenabschätzung oder GFA die Rede ist, meint dies immer und generell die tatsächlich durch eine neue Rechtsvorschrift verursachten direkten und indirekten Kosten, die dann im Risikomanagementprozess zu berücksichtigen sind.

b) Blaue Prüffragen⁷⁶²

Die Anfänge der bisherigen Entwicklungs- und Anwendungspraxis der GFA in Deutschland liegen mehr als zwanzig Jahre zurück. Bereits 1984 hatte die Bundesregierung das Ziel formuliert, das Recht zu vereinfachen und Überreglementierungen zu vermeiden.⁷⁶³ Dies sollte dadurch erreicht werden, dass jeder, der an der Meinungsbildung über ein Regelungsvorhaben beteiligt ist, nicht nur sich, sondern auch den anderen Beteiligten Fragen zur Notwendigkeit, Wirksamkeit und Verständlichkeit des beabsichtigten Vorhabens zu stellen

⁷⁶¹ so im Ergebnis auch Grimm, ZRP 2000, 87 sowie *Becker*, DÖV 2003, 287.

⁷⁶² Die „Prüffragen für Rechtsvorschriften des Bundes“ wurden wegen des Druckes auf blaues Papier gemeinhin als „Blaue Prüffragen“ bezeichnet.

⁷⁶³ So auch *Veit*, S. 78.

hat (Beschluss der Bundesregierung vom 11. Dezember 1984).⁷⁶⁴ Die durch einen Kabinettsbeschluss von 1984 eingeführten zehn Fragen („Die Blauen Prüffragen“)⁷⁶⁵ stellen einen Katalog dar, der bei der Erarbeitung von Rechtsvorschriften zu berücksichtigen sein sollte. Die Fragen lauten:⁷⁶⁶

1. Muss überhaupt etwas geschehen?
2. Welche Alternativen gibt es?
3. Muss der Bund handeln?
4. Muss ein Gesetz gemacht werden?
5. Muss jetzt gehandelt werden?
6. Ist der Regelungsumfang erforderlich?
7. Kann die Geltungsdauer beschränkt werden?
8. Ist die Regelung bürgernah und verständlich?
9. Ist die Regelung praktikabel?
10. Stehen Kosten und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis?

⁷⁶⁴ Veit, S. 78.

⁷⁶⁵ Vollmer, S. 44.

⁷⁶⁶ Prüffragen zur Notwendigkeit, Wirksamkeit und Verständlichkeit von Rechtsetzungsvorhaben des Bundes, GMBI. 1990, 3.

Das Bundesministerium der Justiz hatte diese Fragen entwickelt, um zu einer systematischeren Einbeziehung von Fragen der Effektivität im Prozess der Erarbeitung von Rechtsnormen zu kommen. Die Beantwortung dieser Fragen zum jeweiligen Gesetzentwurf sollte von dem jeweils federführenden Ministerium erfolgen.

Die Erwartungen an die „Blauen Fragen“ haben sich jedoch nicht erfüllt,⁷⁶⁷ da sie in der Praxis nicht ausreichend beachtet worden sind. Dies ist nach der überzeugenden Auffassung von *Vollmer* vor allem darauf zurückzuführen, dass der Fragenkatalog auf dem Grundsatz der Selbstkontrolle der jeweils mit dem Vorhaben betrauten Fachreferenten beruhe und die Einrichtung von speziellen Prüfstellen innerhalb der Ministerien weitestgehend unterblieben ist. Die Fragen wurden daher selten bis gar nicht gestellt.⁷⁶⁸ So stellte der Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ im Jahre 1998 bereits fest, dass die Fragen nach gesetzepolitischen Alternativen bzw. nach den Kosten einer Regelung im Gesetzesvorblatt meist völlig unsubstantiell mit „keine“ beantwortet wurden.⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ *Vollmer*, S. 45.

⁷⁶⁸ *Veit*, a.a.O., S. 8.

⁷⁶⁹ *Veit*, a.a.O., S. 8 unter Hinweis auf den Vortrag von Dr. Hans Hofmann, www.landtag-nrw-intern, Jahrgang 29.

c) Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO)

Um die weitere Belastung der Betriebe aufgrund der Gesetzesflut in Grenzen zu halten, hatte die Bundesregierung zum 1. Juni 1996 eine Änderung der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien beschlossen.⁷⁷⁰ Darin wurde ebenfalls eine Gesetzesfolgenabschätzung vorgeschrieben. Demnach reichte es bei der Vorlage von Gesetzes- und Verordnungsentwürfen nicht mehr aus, nur die Wirkungen für den Staatshaushalt zu kalkulieren und mögliche Effekte auf die Preise zu berücksichtigen. Vielmehr sind auch die voraussichtlichen Kosten für die Unternehmen anzugeben. Dadurch sollte sichergestellt werden, dass die Ministerien schon beim Ausarbeiten der Gesetze kostengünstige Lösungen anstreben.

Aus § 40 Abs. 5 GGO II ergibt sich, dass dem Gesetzesentwurf eine Übersicht (Vorblatt) nach folgender Gliederung voranzustellen ist:

- a) Zielsetzung
- b) Lösung

⁷⁷⁰ BT-Drs. 13/ 8464 vom 03.09.1997.

- c) Alternativen
- d) Kosten der öffentlichen Haushalte
- e) Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand
- f) Vollzugaufwand
- g) Sonstige Kosten (z. B. Kosten für die Wirtschaft, Kosten für soziale Sicherungssysteme)

In § 66 S. 2 i.V.m. § 67 S. 1 GGO II ist außerdem festgehalten, dass diese Anforderungen auch bei Vorlagen von Rechtsverordnungen gelten. Neben der Ermittlung von Gesetzeskosten ist weiterhin anzugeben, in welcher Höhe sich die Maßnahmen auf Einzelpreise und Preisniveau auswirken werden (§ 40 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 und 4 GGO II). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ist bei Erstellung des Entwurfs zu beteiligen (§ 40 Abs. 2 Nr. 2 GGO II).

d) Bundeshaushaltsordnung

Eine weitere gesetzliche Grundlage für die GFA beinhaltet § 7 Abs. 2 Bundeshaushaltsordnung (BHO)⁷⁷¹, wonach für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene

⁷⁷¹ BHO-Bundeshaushaltsordnung vom 19.8.1969, BGBl. I, 1284.

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen sind; für diese ist nach Abs. 3 in geeigneten Bereichen eine Kosten- und Leistungsrechnung einzuführen. Unter Gesetzesfolgen werden die Auswirkungen eines Gesetzes bzw. einer Regelung auf das gesamte Wirkungsfeld sowohl auf gesellschaftlicher als auch auf individueller Ebene verstanden.⁷⁷² Diese umfassen beabsichtigte Folgen („Wirksamkeit“) und unbeabsichtigte Folgen („Nebenwirkungen“) jeweils monetärer und nichtmonetärer Art. Die Verfasser der Arbeitshilfe verwenden das System *Böhret* (prospektive GFA, begleitende GFA, retrospektive GFA).⁷⁷³ Auf Länderebene gibt es Gesetzgebungsrichtlinien nach Art der Blauen Prüffragen bereit seit 20 Jahren. Allerdings ist hier die Intensität der Verwirklichung der GFA sehr unterschiedlich.⁷⁷⁴

e) Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates (GENN)⁷⁷⁵

Das GENN soll als eine Art „Bürokratie-TÜV“ künftig Gesetzesvorschläge der Ministerien überprüfen und die

⁷⁷² *Binder/ Enzenhofer/ Leitl/ Strehl*, S. 7.

⁷⁷³ *Binder/ Enzenhofer/ Leitl/ Strehl*, S. 7.

⁷⁷⁴ *Binder/ Enzenhofer/ Leitl/ Strehl*, S. 8.

⁷⁷⁵ Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates vom 14. August 2006 (BGBl. I, 1866)

Bürokratiebelastung der Unternehmen messen.⁷⁷⁶ Bei diesem Messprozess hat das Statistische Bundesamt die Federführung inne. Ein nationaler Normenkontrollrat wird dazu gemäß § 1 Abs. 1 GENN beim Bundeskanzleramt eingerichtet.

Laut § 1 Abs. 2 GENN hat der Nationale Normenkontrollrat die Aufgabe, „die Bundesregierung dabei zu unterstützen, die durch Gesetze verursachten Bürokratiekosten durch Anwendung, Beobachtung und Fortentwicklung einer standardisierten Bürokratiekostenmessung auf Grundlage des Standardkostenmodells (SKM) zu reduzieren.“

Bei der Messung der Bürokratiekosten ist das SKM anzuwenden, § 2 Abs. 1 GENN. Das Standardkostenmodell schätzt jedoch lediglich einen Teil der Bürokratiekosten, nämlich die Kosten, die aus Informationsverpflichtungen der Wirtschaft bestehen. Durch die Berechnungsweise werden große Teile der unmittelbaren Gesetzesfolgekosten jedoch nicht erfasst, z. B.:⁷⁷⁷

- IT-Kosten für die Umsetzung automatisierter Meldungen (sofern diese nicht in den Stundenlohn eingerechnet werden)

⁷⁷⁶ Böhret/ Konzendorf, S. 347.

⁷⁷⁷ Siehe dazu mit detaillierter Darstellung: *Charité/ Kirkegaard/ Svensson/ Greve*.

- Vermeidungskosten (z. B. um der Pflicht, einen Betriebsrat zuzulassen, zu entgehen, wird eine Schwestergesellschaft gegründet)
- Unterlassene Investitionen oder Konsumausgaben

Aus § 4 GENN ergeben sich die Aufgaben des Nationalen Normenkontrollrates. Auf die Einhaltung der Grundsätze der standardisierten Bürokratiekostenmessung im Sinne des § 2 Abs. 2 GENN können überprüft werden:

- Entwürfe für neue Bundesgesetze
- bei Entwürfen von Änderungsgesetzen auch die Stammgesetze
- die Entwürfe nachfolgender nachrangiger Rechts- und Verwaltungsvorschriften
- Vorarbeiten zu Rechtsakten (Rahmenbeschlüsse, Beschlüsse, Übereinkommen und diesbezügliche Durchführungsmaßnahmen) der Europäischen Union und zu Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen der Europäischen Gemeinschaft

- Die bei der Umsetzung von EU-Recht betroffenen Gesetze und nachrangigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften
- bestehende Bundesgesetze und auf ihnen beruhende Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften.

Böhret kritisiert jedoch zu Recht, dass lediglich ein kleiner Teil der Gesamtfolgekosten im Standardkostenmodell berücksichtigt werden und der Großteil der Kosten, nämlich die konkreten Umsetzungskosten der Wirtschaft, unbeachtet bleiben.⁷⁷⁸ Außerdem sollen nur die Gesetzesvorschläge aus den Ministerien, nicht aber solche aus der Mitte des Bundestags und Bundesrats überprüft werden können. Hinzu kommt, dass die Vorschrift als „Kann“- und nicht als „Muss“-Vorschrift ausgestaltet ist und auch nicht geregelt ist, wie rasch eine solche Kostenschätzung erfolgen soll. Bedauerlich und misslich ist letztlich die Tatsache, dass es an einer Sanktion für den Erlass eines Gesetzes ohne Kostenfolgenabschätzung völlig mangelt, z.B. dass das Gesetz nicht in Kraft tritt oder dass das Gesetz nur beschränkt/befristet Gültigkeit erlangt.⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ *Böhret/ Konzendorf*, S. 348.

⁷⁷⁹ *Charité/ Kirkegaard/ Svensson/ Greve*, S. 47.

Insgesamt hat sich die Lage bezüglich der Folgekosten von Gesetzen trotz der vorhandenen gesetzlichen Grundlagen insbesondere unter bürokratischen Gesichtspunkten nicht grundlegend verbessert. Die GFA ist in Deutschland auf Bundesebene und teilweise auch auf Landesebene rechtlich institutionalisiert, aber in der Praxis nicht über das Stadium von einigen Pilotprojekten hinausgekommen.⁷⁸⁰ Nach den dargestellten Ansätzen zur GFA kann festgehalten werden, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen von neuen Gesetzen auf die Kosten und den Aufwand in den betroffenen Unternehmen beim Gesetzgeber Berücksichtigung finden sollen. Dazu gibt es unterschiedliche Ansätze, die im Kern alle verlangen, dass die mit dem Gesetz verfolgten Ziele und Nutzen mit den damit verbundenen Aufwendungen und Kosten abgewogen werden sollen. Insgesamt muss aber festgestellt werden, dass die gesetzlichen Grundlagen zum Bürokratieabbau ihre Funktion noch nicht in ausreichendem Maße erfüllen und damit für die unternehmerische Risikobetrachtung eines Gesetzes hinsichtlich seiner Kostenauswirkungen kaum belastbare Ergebnisse zu Tage

⁷⁸⁰ So auch Veit, S. a.a.O mit Hinweis auf die Pilotprojekte einer durchgeführten GFA an den Fallstudien: Waldgesetz in Rheinland-Pfalz 1998 und Kinder- und Jugendhilfegesetz in Sachsen-Anhalt 2001.

fördern. Es bleibt daher den Unternehmen selbst überlassen, diese Risikobetrachtung vorzunehmen und jedes neu am Horizont auftauchende Gesetz daraufhin zu untersuchen, welche Aufwendungen und Kosten entstehen.

3. Beispiel: Compliance-Kosten durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Neben den kapitalmarktrechtlichen Regelungen verursachen auch allgemeine zivilrechtliche Neuerungen erheblichen Zusatzaufwand in den Unternehmen. Geeignete Beispiele dazu liefert das im August 2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG).⁷⁸¹ Die Diskussionen⁷⁸² schon bei der Einführung des AGG zeigen, dass die indirekt mit einem Gesetz verbundenen Kostenrisiken die direkten Kosten bei weitem übersteigen können. Mit den Gesetzesfolgekosten des AGG hat sich ein Jahr nach dessen Inkrafttreten vor allem die Studie des Lehrstuhles für Unternehmensrechnung und Controlling der Universität Dortmund beschäftigt.⁷⁸³ Dabei wurden in einer empirischen Studie 501 Unternehmen in

⁷⁸¹ BGBl. I, 1897, 1910 vom 18. August 2006.

⁷⁸² Siehe zu der Diskussion die umfassenden Nachweise bei *Thüsing*, S. 4ff; *Rühl/Schmid/Viethen*, S. 2ff.

⁷⁸³ *Hoffjan/Bramann*, S. 7.

Deutschland zu den Folgekosten des AGG befragt⁷⁸⁴ und deren Ergebnisse im Wege einer differenzierten Projektion auf sämtliche Unternehmen in Deutschland vorgenommen. Zu den Kosten gehören zum Beispiel die Beratungskosten für Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, ohne die ein Einstieg in die neue Rechtslage häufig nicht möglich ist aber auch Kosten für interne Schulungsmaßnahmen, zum Beispiel der Personalabteilung und Geschäftsleitung zur Umsetzung der Anforderungen des AGG. In vielen Fällen müssen zusätzliche Mitarbeiter eingestellt werden, um die neuen und zusätzlichen Anforderungen des AGG intern abzubilden oder externe Berater mit der Wahrnehmung von Sonderaufgaben beauftragt werden wie zum Beispiel für Präventions- und Schutzmaßnahmen im Sinne des § 12 AGG. Nach der Einschätzung von *Wisskirchen* ist „*zweifelsohne die Einschätzung der Literatur gerechtfertigt, dass das AGG ein weiterer Baustein des überregulierten Arbeitsrechts in Deutschland*“ ist.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ Bei der Studie wurde kein Rückgriff auf das Standardkostenmodell genommen, da die hierbei gemachten Standardisierungen, sowie die dem Modell behaftete Ausschnittsbetrachtung für Untersuchungsziel nicht geeignet war.

⁷⁸⁵ *Wisskirchen*, S. 62.

Das AGG dient der Konkretisierung des Art. 13 EGV⁷⁸⁶, der wie folgt lautet: „*Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen*“

Darüber hinaus dient das AGG der Umsetzung vier europäischer Gleichbehandlungsrichtlinien⁷⁸⁷.

- Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S. 22)

⁷⁸⁶ EG Vertrag in der Fassung aufgrund des Vertrages von Nizza vom 26.2.2001 ABL EG C 80/01.

⁷⁸⁷ Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft; Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf; Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG.

- Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S. 16)
- Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 S. 15)
- Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 373 S. 37).

Diese Richtlinien verpflichteten die EU-Mitgliedstaaten, den Schutz vor Diskriminierung im Bereich Beschäftigung und Beruf hinsichtlich der Merkmale „Rasse“, „ethnische Herkunft“, „Religion oder Weltanschauung“, „Behinderung“, „Alter“,

„sexuelle Identität“ und „Geschlecht“ gesetzlich umzusetzen. Kaum ein anderes Gesetz hat auf dem Gebiet des Arbeitsrechts im Gesetzgebungsverfahren so viel kontroversen Diskussionsstoff geliefert wie das AGG; vor allem aufgrund der Ausgereiftheit der einzelnen Rechtsnormen.⁷⁸⁸ Das AGG war gerade erst am 18. August 2006 in Kraft getreten⁷⁸⁹ als in der Folge schon im Oktober 2006, also gerade erst drei Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes im Rahmen eines Korrekturgesetzes („Änderungen von Vorschriften im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und anderen Gesetzen“⁷⁹⁰) notwendige Nachbesserungen vorgelegt wurden.. Diese Änderungen sind am 12. Dezember 2006 in Kraft getreten⁷⁹¹ und dienten vor allem der Bereinigung von Redaktionsversehen in der ursprünglichen Fassung. Auch nach Einführung des Gesetzes gab es erhebliche Kritik.⁷⁹² Ein empirisch ermitteltes Gesamtfazit der deutschen Unternehmen ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes lautet:⁷⁹³ „Das AGG erreicht nicht die beabsichtigte Gleichbehandlung, es ist handwerklich schlecht

⁷⁸⁸ Einen umfassenden Überblick zur Entstehungsgeschichte und Diskussion mit zahlreichen Nachweisen geben *Thüsing*, S.5ff; *Rühl/Schmid/Viethen*, S. 6ff; ebenso *Merx/ Vassilopoulou* in *Bruchhagen/ Koall*.

⁷⁸⁹ BGBl 2006 vom 18.06.2006, S. 1897

⁷⁹⁰ BT-Drs. 16/ 1780

⁷⁹¹ BGBl. Teil I, Nr. 56, 2745f.

⁷⁹² *Thüsing*; *Pirntke*; *Meinell Heyn/ Herms*; *Adomeit/ Mohr*.

⁷⁹³ *Hoffjan/ Bramann*, S. 5.

gemacht und bietet beträchtliches Missbrauchspotenzial. Das AGG ist der technisch misslungene Versuch, anständiges Verhalten per Gesetz zu verordnen mit nicht absehbaren Risiken.“ Angesichts dieser eindeutigen Einschätzung muss man unter dem Aspekt des Risikomanagements die Frage stellen, was dieses Gesetz die Unternehmen kostet.

Das AGG betrifft alle Bereiche des Arbeitslebens und hat damit Konsequenzen auf die gesamten Personalprozesse des Unternehmens.⁷⁹⁴ Jede Stellenausschreibung, jede Beförderung, jeder Arbeitsvertrag, jede Kündigung, also jegliche Personalmaßnahme, durch die ein Arbeitnehmer besser oder schlechter gestellt werden kann, wird zum Minenfeld möglicher Diskriminierungsfälle im Sinne des AGG, so dass die Konflikte vorprogrammiert sind, da auch Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Regelungen der betrieblichen Altersversorgung im Hinblick auf die Rechtskonformität mit dem neuen AGG überprüft und ggf. angepasst werden müssen.⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ Thüsing, S. 27; ders. NJW 2001, 3447.

⁷⁹⁵ <http://www.pfa-arbeitsrecht.de/PDF/InhouseGrundkursAGG.pdf>.

Dem Zweck, die Auswirkungen auf die Kostensituation im Unternehmen zu verstehen, soll zunächst ein kurzer Blick auf einige ausgewählte, arbeitsrechtliche Kernpunkte des Gesetzes vorausgehen, ohne diese jedoch inhaltlich zu vertiefen. Dies ist im Hinblick auf das zu vermittelnde Verständnis der Kostenbelastungen und damit auf das Risikomanagement im Unternehmen an dieser Stelle entbehrlich. Mit den Ausführungen soll aber summarisch veranschaulicht werden, mit welchen neuen Vorschriften der betroffene Arbeitgeber, das heißt das Unternehmen, umzugehen hat und welche zusätzlichen/neuen Aufwendungen im Unternehmen dadurch entstehen.

a) Das arbeitsrechtliche AGG

Das AGG ist Artikel 1 und Kernstück des als Artikelgesetz konzipierten „Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“. Der Schwerpunkt des AGG liegt dabei im Arbeitsrecht.⁷⁹⁶ Das Gesetz ist in vier Artikel gegliedert. Artikel 2 enthält das Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten, abgekürzt: „SoldGG“, Artikel 3 enthält diverse Änderungen in

⁷⁹⁶ *Thüsing, ADS, S. 15; Bauer/ Göpfert/ Krieger, Einführung zu § 1.*

anderen Gesetzen und Artikel 4 beinhaltet schließlich die Vorschriften über das Inkrafttreten des Gesetzes.

Das AGG ist in sieben Abschnitte untergliedert:

Abschnitt 1 enthält in §§ 1-5 den Allgemeinen Teil des AGG mit den grundlegenden Bestimmungen für alle vom Gesetz betroffenen Rechtsgebiete und Abschnitt 7 enthält Schlussvorschriften. Das AGG soll nach § 1 AGG Benachteiligungen aus den im Gesetz genannten acht Merkmalen der „Rasse“, der „ethnischen Herkunft“, des „Geschlechts“, der „Religion“ oder „Weltanschauung“, einer „Behinderung“, des „Alters“ oder der „sexuellen Identität“ verhindern oder beseitigen..

Der Gesetzgeber hat sich dabei für den Begriff „Benachteiligung“ statt „Diskriminierung“ entschieden, um deutlich zu machen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit Zufügung eines Nachteils verbunden ist, einen diskriminierenden Charakter hat.⁷⁹⁷ Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn

⁷⁹⁷ *Wisskirchen*, S. 9; *Thüsing*, ZFA 2001, S.397; *ders.* NJW 2003, 3441.

eine Person eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. In § 3 Abs. 2 AGG definiert das Gesetz die mittelbare Benachteiligung. Eine solche liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Maßnahmen, Kriterien oder Verfahren, Personen oder Personengruppen, bei denen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale vorliegt, in besonderer Weise gegenüber anderen Personen (-gruppen) benachteiligen, bei denen die in § 1 AGG genannten Merkmale nicht vorliegen (Bildung von Vergleichsgruppen). Standardbeispiel dafür sind in der Darstellung von *Nickel* diskriminierende Sprachtests oder die statistisch auffällige Nichtbeförderung von Frauen oder Personen mit Migrationshintergrund auf leitende Positionen im Unternehmen.⁷⁹⁸ Eine mittelbare Benachteiligung soll demnach nicht vorliegen, wenn ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind.⁷⁹⁹

Abschnitt 2 (§§ 6-18) befasst sich mit dem Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung, also die für eine

⁷⁹⁸ *Nickel*, www.migrationboell.de.

⁷⁹⁹ *Wisskirchen*, a.a.O. S. 13.

Aufwandsbetrachtung besonders interessierenden Regelungen. Nach der Definition des geschützten Personenkreises in § 6 ist das in § 7 Abs. 1 AGG normierte, arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot das Kernstück des AGG. Danach sind Diskriminierungen aus den in § 1 AGG aufgezählten acht Gründen verboten: In den §§ 8-10 AGG werden Ausnahmen wegen wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen aufgrund der Religion oder Weltanschauung und wegen des Alters geregelt.⁸⁰⁰ In Abschnitt 3 finden sich Regelungen zum Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr, in Abschnitt 4 Vorschriften zum Rechtsschutz, in Abschnitt 5 Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse. Abschnitt 6 ordnet schließlich die Errichtung einer Antidiskriminierungsstelle an.

b) Beispiel: Vorsorgekosten des AGG - Organisations- und Dokumentationspflichten

Da es für die arbeitsrechtlichen Vorschriften des AGG keine Übergangsfristen gab, musste jedes Unternehmen unverzüglich erhebliche Aufwendungen erbringen, um die Bestimmungen des

⁸⁰⁰ Siehe dazu eine der bisher wenigen Entscheidungen des ArbG Frankfurt vom 14. März 2007 (6 Ca 7405/06) zur Zulässigkeit der tariflichen Altersgrenze von Piloten.

AGG zu erfüllen und der ihm auferlegten Pflicht zur Schaffung eines diskriminierungsfreien Betriebs nachzukommen. Einen wesentlichen Kostenanteil bilden die vom Unternehmen im Rahmen der Risikovorsorge eingerichteten Schutzmaßnahmen im Vorfeld einer potenziellen Benachteiligung.⁸⁰¹ Die §§ 11 und 12 AGG regeln diese Organisationspflichten des Arbeitgebers. In § 11 AGG ist dabei die Pflicht zu „merkmalsneutralen“ Stellenausschreibungen festgelegt, was von erheblicher Relevanz für die zukünftigen Personalrekrutierungsprozesse sein wird.⁸⁰² Beispielsweise dürfte die bislang im arbeitsrechtlichen Rekrutierungsprozess übliche Differenzierung in Stellenanzeigen zum Beispiel nach „Dynamik“ oder „bis 35 Jahre“ danach ebenso AGG-widrig sein, wie eine Eingrenzung auf „die Verstärkung eines deutschen Teams“.⁸⁰³

Mit § 12 AGG wird das Unternehmen zu präventiven, aber auch reaktiven Organisationsmaßnahmen verpflichtet. Dazu zählen die Pflicht, erforderliche Verfahren zum Schutz vor Diskriminierung zu treffen, die Möglichkeit, im Rahmen von Ausbildungs- und Fortbildungsmaßnahmen auf die

⁸⁰¹ Hoffjan/ Bramann, S. 5.

⁸⁰² Bauer/ Göpfert/ Krieger, § 11, Rn. 16.

⁸⁰³ Wisskirchen, S. 22.

Verhinderung von Diskriminierungen hinzuwirken, sowie eine umfassende Bekanntmachungs- und Informationspolitik.⁸⁰⁴ Hat einer der Beschäftigten gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot verstoßen, ist der Arbeitgeber nach § 12 AGG dazu verpflichtet, die im Einzelfall „geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen“ zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen.⁸⁰⁵

Eine dieser Organisationspflichten ist die oben bereits erwähnte Aus- und Weiterbildung nach § 12 AGG. Zunächst ist der Arbeitgeber gem. §12 Abs. 2 AGG dazu angehalten, erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen zu treffen, wobei ausdrücklich auch vorbeugende Maßnahmen verlangt werden. Der Arbeitgeber soll in geeigneter Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen hinweisen und dafür Sorge tragen, dass diese möglichst unterbleiben. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber alle Mitarbeiter über den Inhalt des AGG informieren sollte, wobei

⁸⁰⁴ *Bauer/ Göpfert/ Krieger*, § 12.

⁸⁰⁵ *Bauer/ Göpfert/ Krieger*, § 12.

hierfür verschiedene Wege denkbar sind.⁸⁰⁶ Er kann z.B. schriftliches Informationsmaterial zur Verfügung stellen oder über das Intranet eine Lernsoftware anbieten. Dabei gilt es jedoch, ein besonderes Angebot für Personalverantwortliche und Führungskräfte anzubieten, da diese mit dem AGG am meisten befasst sind. Aus Beweisgründen sollte darauf geachtet werden, dass anhand von Teilnehmerlisten Schulungen nachvollziehbar sind. Zwar sind einige Mitverfasser dieses Gesetzes wie der Abgeordnete *Olaf Scholz*⁸⁰⁷ der Ansicht, dass es keiner Schulungen bedarf, ja dass man sogar einen Rechtsanwalt, der einem zur Vorsorge rät, auf Schadensersatz verklagen sollte, da er von einem pragmatischen Gesetzesverständnis ohne Vorkenntnisse ausgeht. Der Wortlaut des Gesetzestextes in § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG gibt jedoch eindeutig zu erkennen, dass eine Informations- und Ausbildungspflicht besteht. Nach § 12 Abs. 1 AGG trifft den Arbeitgeber also die Organisationspflicht, Benachteiligungen durch geeignete Maßnahmen und wirksame Prävention (Abs. 2) zu verhindern. In der Praxis bedeutet dies für den Arbeitgeber zwangsläufig zusätzliche Kosten und weitere Bürokratie.

⁸⁰⁶ <http://www.zaar.uni-muenchen.de/fileadmin/ZAAR-Dateien/pdf/antidiskriminierung/BDA.pdf>, S. 26.

⁸⁰⁷ *Scholz in Thüsing, ADS, S. 5.*

Überdies dürfte für den Arbeitgeber nur bei entsprechender Schulung der Mitarbeiter die Möglichkeit einer Beweislastumkehr hinsichtlich des vorausgesetzten Verschuldens bestehen.⁸⁰⁸ Kann das Unternehmen nachweisen, dass es seine Beschäftigten zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult hat, gilt dies als Erfüllung seiner Pflicht zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen (Exkulpationsmöglichkeit). Hierzu sind teuer bezahlte Schulungszertifikate, die derzeit angepriesen werden, hilfreich. Neben den Schulungsmaßnahmen verursachen auch die im Hinblick auf den richtigen Umgang mit dem Gesetz entwickelten Standards, Checklisten oder Leitfäden hohe Aufwendungen, unabhängig davon, ob sie extern oder intern erstellt werden. In der Studie von *Hoffjan/Bramann* bestätigen über 45% der befragten Unternehmen, dass derartige Hilfsmittel unternehmensintern erstellt würden.

Weitere, kostenverursachende Schutzvorkehrungen sind außerdem die sich auf die Einhaltung des AGG beziehenden Dokumentationspflichten. Nicht nur das Ergreifen und Durchführen bestimmter AGG-Maßnahmen ist wichtig, sondern

⁸⁰⁸ *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 12, Rn. 15.

auch, diese im Streitfall in angemessener Form belegen zu können. Neben den neu geschaffenen Ansprüchen in § 15 AGG führt nämlich auch die ständige Absenkung der Beweisverpflichtungen des Klägers zu immer neuen Dokumentationspflichten der Unternehmen.⁸⁰⁹ So werden in Zukunft die Arbeitgeber jeden einzelnen Vorgang sorgfältig im Hinblick auf mögliche juristische Auseinandersetzungen dokumentieren müssen. Nur so können sie später belegen, dass sie die vom Gesetz als Pflichtverletzung begriffene Benachteiligung nicht zu vertreten haben. Vor allem führt dies zu AGG-bedingten Dokumentationsanpassungen im besonders belasteten Rekrutierungsprozess, also von der ersten Stellenausschreibung über die Ablehnung einer Bewerbung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Speziell das nach außen gerichtete Bewerbermanagement birgt erhebliches Risikopotenzial, sodass zahlreiche Unternehmen ihre dahingehende Dokumentation anpassen.⁸¹⁰ Der hierdurch entstehende bürokratische Aufwand ist für die Arbeitgeber groß, da sich die durch den präventiven Schutz ergebenden Dokumentationsobliegenheiten durch das gesamte Arbeitsleben ziehen. Ein einfaches Beispiel dazu ist schon die Aufbewahrung

⁸⁰⁹ <http://www.zaar.uni-muenchen.de/fileadmin/ZAAR-Dateien/pdf/antidiskriminierung/BDI.pdf>, S. 8.

⁸¹⁰ Hoffjan/ Bramann, S. 4.

aller Bewerbungsunterlagen. Da diese jedoch im Eigentum des Bewerbers stehen und schnellstmöglich an diesen zurückzugeben sind, müssten sie vom Arbeitgeber kopiert werden; allein dies verursacht nicht nur beträchtlichen Bürokratie- und Verwaltungsaufwand, sondern dadurch natürlich auch Kosten.

Schwierig gestaltet sich die Dokumentation bei der Ablehnung von Bewerbern. Da die Beschwerdefrist zwei Monate ab Zugang der Ablehnung umfasst, müsste jede Absage eigentlich als Einschreiben mit Rückschein versandt werden. Dies ist jedoch nicht nur sehr kostspielig sondern auch vom Umfang der Dokumentation her nicht praktikabel.⁸¹¹ Wegen der strengen AGG-Vorgaben gehen zahlreiche Unternehmen im Rahmen des Bewerbermanagements dazu über, nur noch sehr allgemeine Aussagen in Stellenausschreibungen oder Absagen zu formulieren.⁸¹² Neben den erheblichen Kostenauswirkungen rügen Kritiker des AGG dabei zu Recht, dass damit sogar der Diskriminierung ungewollt Vorschub geleistet wird, da den Bewerbern durch nichtssagende Stellenanzeigen oder Absagen

⁸¹¹ <http://www.zaar.uni-muenchen.de/fileadmin/ZAAR-Dateien/pdf/antidiskriminierung/BDA>.

⁸¹² *Hoffjan/ Bramann* S. 4.

ein ehrliches Feedback zu ihrer Qualifikation und ihren Fähigkeiten versagt bleibt.⁸¹³ Wegen der Haftungsrisiken scheuen sich die potenziellen Arbeitgeber schlicht davor, ihre Entscheidungen zu begründen und nehmen den Bewerbern damit die Chance, bei künftigen Bewerbungsgesprächen besser abzuschneiden.

Allein aus diesen Vorsorgekosten ergibt sich eine Kostenbelastung deutscher Unternehmen in Folge des AGG in Höhe von 1,73 Mrd. Euro oder, entsprechend zurückgerechnet, von 72,50 Euro/Mitarbeiter. Die Kostenblöcke verteilen sich wie folgt:⁸¹⁴

- 35% der Kosten entfallen auf strategische Maßnahmen, also auf unternehmensindividuelle Umsetzungsüberlegungen, unterteilt in interne und externe Kosten, beispielsweise für Berater.
- 31% der Kosten entfallen auf Mitarbeiterschulungen
- 22% der Kosten entfallen auf die Erstellung neuer Standards für den korrekten Umgang mit dem AGG

⁸¹³ Hoffjan/ Bramann S. 4 mit weiteren Nachweisen.

⁸¹⁴ Hoffjan/ Bramann S. 6.

- 7% der Kosten werden für die oben angesprochenen Dokumentationen aufgewendet und die restlichen 5% entfallen auf Kosten für sonstige Maßnahmen wie die Einrichtung von Beschwerdestellen im Sinne des § 13 AGG oder auch spezielle Softwareprogramme zur Schulung.

Für ein mittelständisches Unternehmen mit ca. 3.000 Mitarbeitern bedeutet dies somit Mehrkosten für die Risikovorkehrungen in der Personalverwaltung von ca. 220.000,00 Euro. Diese direkten Kosten stellen ausweislich der Studie eine absolute Kostenuntergrenze dar, denn die qualitativen Auswirkungen des Gesetzes zum Beispiel auf die Verhaltensänderungen, Entscheidungsverzögerungen und Belastungen für das Miteinander der Mitarbeiter können verständlicherweise noch gar nicht beziffert werden.⁸¹⁵

Auf Seiten der Arbeitgeber wurde ursprünglich mit einer Klagewelle ungeahnten Ausmaßes und ruinösen Entschädigungsansprüche „diskriminierter“ Arbeitnehmer

⁸¹⁵ Hoffjan/ Bramann, S. 8

gerechnet;⁸¹⁶ man hatte dabei die Zustände in England im Auge. Dort hatte der Gesetzgeber bereits in den 70er Jahren Antidiskriminierungsgesetze eingeführt. Seitdem spielt das Thema „Diskriminierung“ eine Hauptrolle im englischen Arbeitsrecht: Allein im Jahr 2006 wurden in England über 40.000 Antidiskriminierungsklagen erhoben, ca. 20% aller englischen Arbeitsrechtsstreitigkeiten. In Deutschland – so die Befürchtung – würden diese Zahlen noch übertroffen werden, „in deutscher Gründlichkeit und mit den vergleichsweise preiswerten deutschen Rechtsanwälten“.⁸¹⁷ Das englische Beispiel könnte – und daraus ergibt sich gleichwohl ein gewisses Risiko – in anderer Hinsicht Schule machen und zwar hinsichtlich der Risikovorsorge bei der Höhe von Schadensersatzansprüchen wegen Diskriminierung. Allein bei der geschlechtsbezogenen Diskriminierung reicht die Spanne dort von mindestens 11.152,00 Euro bis höchstens 1.464.443,00 Euro.⁸¹⁸ Bislang zumindest blieb die gefürchtete Klagewelle aus. Jedoch wird seit Einführung des Gesetzes immer häufiger von Fällen berichtet,⁸¹⁹ in denen sich Personen nur zum Zweck der Erlangung von Schadensersatzansprüchen nach dem AGG bei

⁸¹⁶ *Bross*, Infoline 2007.

⁸¹⁷ *Bross*, Infoline 2007.

⁸¹⁸ *Bross*, Infoline 2007.

⁸¹⁹ http://www.wissen48.net/x/Gedanken_f%FCr_Intellektuelle-856103.html.

Unternehmen und Firmen auf Stellenausschreibungen „AGG-Hopping“ bewerben, die diskriminierende Inhalte haben. „Diese Bewerber hätten kein Interesse an einer Anstellung, sondern wollen lediglich nach einer Absage Rechte aus dem AGG geltend machen und sich somit eine Art neue Einkommensquelle schaffen.“⁸²⁰ Fast 80% der von Hoffjan/Bramann befragten Unternehmen sehen im AGG ein hohes Mißbrauchspotenzial, wodurch „Berufskläger“ ermutigt würden, Haftungsklagen einzureichen.⁸²¹

Mittlerweile liegen vereinzelt erste Entscheidungen zu den vielen offenen AGG-Fragen vor, die aus Sicht der Unternehmen durchaus bewährte und gängige Vorgehensweisen in den Betrieben als rechtmäßig einordnen⁸²² und damit die noch zahlreichen Haftungsrisiken aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit reduzieren. Überdies hat auch die Versicherungsbranche bereits auf dieses dem Arbeitgeber durch

⁸²⁰ Bross, Infoline 2007.

⁸²¹ Hoffjan/ Bramann, S. 12.

⁸²² Siehe dazu: ArbG Frankfurt vom 14.03.2007 (6 Ca 7404/06) zur Zulässigkeit einer tariflichen Altersgrenze für Piloten; LAG Berlin vom 19.06.2006 (2 Sa 1776/06) zur Frage der Benachteiligung des Geschlechtes wegen Schwangerschaft; EUGH vom 03.10.2006 (C-17/05) zur Frage der Bemessung des Arbeitsentgeltes nach Dienst erfahrung; BGH vom 14.02.2007 (IV ZR 267/04) zur Frage der Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften gegenüber Ehegatten bei Versorgungsordnungen.

das AGG entstandene Risikopotenzial reagiert, indem sie spezielle Policen (sog. Liability Employment Practices) nach amerikanischem Vorbild anbietet, die den Arbeitgeber vor der Inanspruchnahme durch Mitarbeiter und Bewerber wegen Verletzung des AGG, insbesondere vor Ansprüchen nach § 15 schützen.⁸²³

Insgesamt ergibt sich allein aus dem arbeitsrechtlichen Teil des AGG eine Reihe von Neuerungen, die von dem Unternehmen zusätzliche Vorkehrungen, das heißt auch Kostenaufwendungen erfordern, um die Haftungsrisiken von Verstößen zu vermeiden. Die Vielzahl noch unklarer oder auslegungsbedürftiger Begriffe oder Merkmale verstärken dabei die vorhandene Rechtsunsicherheit und die Kostenbelastung in den Unternehmen. Aus der eindeutigen Einschätzung der Mehrzahl von Unternehmen, dass das AGG nicht notwendig sei und eher kontraproduktiv für das Diskriminierungsverbot sei, wird daher klar, dass dieses Gesetz als nachteiliger zusätzlicher Kostenfaktor in den Unternehmen angesehen wird.

⁸²³ Krause, FTD 02.01.2007 <http://www.ftd.de/politik/deutschland/146352>.

4. Zwischenfazit

„12 Monate Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - eine ernüchternde Bilanz: teuer, ineffizient und ein Einladung für Abkassierer. Somit steht das neue Gesetz also in klarem Widerspruch zu dem angestrebten Bürokratieabbau und der Kosteneinsparung.“⁸²⁴

Zu Recht also weisen die zahlreichen Kritiker des AGG somit darauf hin, dass das ohnehin überregulierte Arbeits- und Sozialrecht durch die genannten Organisations- und Kostenpunkte, die das AGG mit sich bringt, noch einmal belastet wird. Das Gesetz, dessen Kernstück im Arbeitsrecht liegt, verpflichtet die Unternehmen zu einer Vielzahl von Maßnahmen, mit denen arbeitsrechtliche Benachteiligung vermieden werden soll. Diese reichen von allgemeinen, präventiven und reaktiven Organisationspflichten bis hin zur Normierung von Entschädigungs- und Schadenersatzansprüchen rechtswidrig, benachteiligter Personen. Das AGG betrifft alle Bereiche des Arbeitslebens und hat Konsequenzen auf die Personalprozesse und die Organisation des Unternehmens. Hieraus ergeben sich Gesetzesfolgekosten des AGG, die nach

⁸²⁴ Müller, DÖD 2007, 73, 84.

Einschätzung der Unternehmen mit den vom Gesetz verfolgten Zielen nicht vereinbar sind und damit einer ordnungsgemäßen Gesetzesfolgekostenanalyse nicht standhalten.

E. Die Rolle und die Aufgaben des Syndikus im Risikomanagementprozess

Nachdem die Bedeutung von Compliance-Risiken und deren Beherrschung im Rahmen eines Risikomanagementsystems des Unternehmens herausgearbeitet wurde, soll im abschliessenden Kapitel Stellung dazu genommen werden, wer diesen Prozess in der Organisation verantwortlich steuern könnte. In der Unternehmenspraxis stellt man jedenfalls fest, dass die im Zusammenhang mit dem rechtlichen Risikomanagement zu behandelnden Compliance-Themen meist in der Rechtsabteilung des Unternehmens angesiedelt sind; Beispiele dafür finden sich in den Rechtsabteilungen der SGL Carbon AG, der IDS Scheer AG, aber auch von Großkonzernen wie der SAP AG.⁸²⁵ Ob diese Zuordnung jedoch richtig ist, hängt auch von der Rolle der

⁸²⁵ Siehe dazu die Veröffentlichungen auf den Internetseiten der Unternehmen zum Thema Compliance; der Leiter der Rechtsabteilung ist auch Compliance-Officer, z.B. www.sap.com.

Rechtsabteilung im Unternehmen ab. In einer erst jüngst erschienenen Untersuchung zum Beitrag der Rechtsabteilung zum Unternehmenserfolg gibt *Brandstetter* eine überraschend eindeutige Antwort.⁸²⁶ Auf die Frage nach der internen Zuständigkeit für den Risikomanagementprozess antwortet er unmissverständlich:

Der Syndikus,⁸²⁷ weil

1. er es kann
2. er ohnehin mit den Folgen eines falschen Risikomanagements zu kämpfen hat
3. vom ihm zunehmend betriebswirtschaftliche Entscheidungsfähigkeit (Management) erwartet wird.

Nach der Darstellung *Brandstetters* erlangt die Funktion der Unternehmensjuristen – als Managementfunktion – eine neue Qualität. „Deswegen muss der *Inhouse*-Jurist seine Rolle im Unternehmen aktiv gestalten und einerseits darauf achten, angemessen zum wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beizutragen und andererseits eine aktive Rolle in der Risiko- und

⁸²⁶ *Brandstetter*, S. 15.

⁸²⁷ Im weiteren Verlauf der Arbeit werden die Begriffe Syndikus, Unternehmensjurist oder auch die häufig anzutreffende Bezeichnung als *Inhouse Counsel* synonym verwendet.

Compliance-Politik der Gesellschaft einnehmen.“⁸²⁸ Dieser Trend verlangt von der Rechtsabteilung, etablierte Abläufe und Strukturen zu hinterfragen und moderne, innovative Geschäftsprozesse für ein aktives Risikomanagement für gesetzliche Risiken zu implementieren, mit denen er aktiv an den Entscheidungen des Unternehmens beteiligt ist und seine internen Kunden überzeugt und befriedigt.⁸²⁹

Das Rollenbild des Syndikus und der Rechtsabteilung hat sich im Laufe der Zeit stark verändert. Auch wenn manche Vorstellungen davon überholt sind, lohnt sich eine Auseinandersetzung damit, weil diese Vorstellungen die Erwartungshaltungen und Einstellungen vis-à-vis den Unternehmensjuristen mit geprägt haben und damit einen unmittelbaren Einfluss auf seine strategische Positionierung als Risikomanager haben. Nach Auffassung von *Brandstetter* kann nur ein gut positionierter Unternehmensjurist gewährleisten, dass an den für das Unternehmen wichtigen und wertschöpfenden Themen gearbeitet und eine aktive Risikopolitik verfolgt wird.⁸³⁰

⁸²⁸ *Brandstetter*, S. 15.

⁸²⁹ *Henning*, S. 4.

⁸³⁰ *Brandstetter*, S. 9.

Bei der Analyse des Rollenwandels werden eine Reihe bekannter Probleme angesprochen, die eine unmittelbar beeinträchtigende Auswirkung auf den beschriebenen Risikomanagementprozess haben. Diese Probleme treten in der täglichen Arbeit des Syndikus vor allem deshalb auf, weil er sich in seiner bisherigen Rolle als bloßer „Rechtsberater“ immer weiter vom operativen Geschäft entfernt hat. Die ursprünglich aktive Rolle als „Unternehmensinstitution und Führungskraft,“⁸³¹ die in verantwortlicher Position Entscheidungen trifft, hat der Syndikus leider immer mehr aufgegeben, und er ist dadurch zum Teil auf einen reinen „Vertragsprüfer“ oder „Geschäftsverhinderer“ reduziert worden.⁸³² Dieser Machtverlust führte eben auch zu einem geänderten Selbstverständnis der *Inhouse*-Juristen, einem Verlust von Akzeptanz im Unternehmen und damit zu einer Reihe von Problemen in der täglichen Arbeit des Syndikus, die einem angemessenen Risikomanagement entgegenstehen.

Dabei ist die Erwartungshaltung des Managements heutzutage an ihn eine ganz andere, nämlich dass er als aktiver Sparringspartner der Fachabteilungen vorausschauend rechtliche

⁸³¹ so vor allem *Kalsbach*.

⁸³² *Brandstetter*, S. 10.

Risiken managt. *Böhme*, Leiter der Rechtsabteilung der Intershop Communications AG, beschreibt dies wie folgt: *„Die Rechtsabteilung und insbesondere deren Leiter sollten sich allein deswegen um betriebswirtschaftliche Prozesse kümmern, weil strukturiertes, übergreifendes und ergebnisorientiertes Denken und Handeln zu den Hauptkompetenzen des Juristen gehört Die Auswirkungen, fehlerhafter interner Prozesse landen fast ausnahmslos bei der Rechtsabteilung.“*⁸³³

Daraus wird erkennbar, dass ein erneuter Wandel in seiner Funktion und Rolle vom Berater in Rechtsfragen hin zum Risikomanager bevorsteht und dass der Syndikus bestens ausgestattet ist, ein angemessenes Risikomanagement zu verantworten.⁸³⁴ Die Geschäftsleitung erwartet von ihm, dass er kontinuierlich die rechtliche Risikolage des Unternehmens analysiert, um vorausschauend einzuschreiten, indem er die Problem- oder Gefährdungslagen frühzeitig erkennt und Gegenmaßnahmen einleitet. Im Rahmen dieses Risikomanagements ist der Jurist gleichzeitig Berater und Entscheider, der seine eigenen Aufgaben und Tätigkeiten an der Wertschöpfung des Unternehmens orientiert, anstatt rein

⁸³³ *Böhme*, „Die Zukunft des Syndikus“, JUVE 2007, S. 5.

⁸³⁴ *Brandstetter*, S. 3.

systemerhaltende Tätigkeiten zu verrichten.⁸³⁵ In diesem Zusammenhang spielt der von *Brandstetter* neu eingeführte Begriff des „*Legal Value Engineering*“ eine wichtige Rolle und wird anhand konkreter Aufgabenpotenziale in der angesprochenen neuen Rolle des Syndikus diskutiert.

1. Rollenbild des Syndikus im Wandel

Dem besseren Verständnis dieses Wandels dient eine Betrachtung des Begriffs „Syndikus“ sowie eine Darstellung der typischen Tätigkeitsbereiche einer Rechtsabteilung, wie sie in Literatur und Praxis beschrieben werden.

a) Begriff und Abgrenzung

„*Syndikus*“ kommt aus dem Griechischen und bedeutet bereits dort allgemein „Beistand“ oder „Helfer“ und speziell „Beistand vor Gericht“ (*syndikein* = fürsprechen). Sprachwissenschaftlich leitet sich der Begriff des Syndikus wohl auch aus dem altgriechischen „*Syndikos*“ ab; dies waren Rechtsgelehrte, die in der hellenistischen Zeit vor den Volksgerichten plädieren durften.⁸³⁶ Der Begriff Syndikus oder Firmenanwalt ist eine

⁸³⁵ *Brandstetter* spricht in diesem Zusammenhang von „*Legal Value Engineering*“ und „*Legal Controlling*“.

⁸³⁶ *Bissel*, S. 15.

speziell deutsche Wortschöpfung und bezeichnet einen Rechtsanwalt, der bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber, das heißt einem Wirtschaftsunternehmen oder einem Verband angestellt ist.⁸³⁷ In anderen europäischen Ländern ist diese Bezeichnung jedoch wenig gebräuchlich, weil dort der im Unternehmen oder Verband angestellte Jurist mit dem weiter gefassten Begriff „Unternehmensjurist“ (*company lawyer, inhouse counsel, juriste d'entreprise*) bezeichnet wird.⁸³⁸

Im Vergleich zu den anderen juristischen Berufen haben sich Lehre und Ausbildung kaum mit der Tätigkeit eines Unternehmensjuristen beschäftigt. Während es umfangreiche Abhandlungen zum Berufsbild und zur Tätigkeit der Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte gibt, sucht man in der Literatur und Rechtsprechung meist vergebens nach einer ergiebigen Dokumentation und Ausarbeitung zur Tätigkeit des Unternehmensjuristen. In der verfügbaren Literatur geht es dann auch eher um die berufsrechtliche Einordnung des Unternehmensjuristen in die Terminologie der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) als um dessen Tätigkeitsfeld und Anforderungsprofil. *Quast* beispielsweise

⁸³⁷ *Hommmerich/ Pritting*, S.1 ff.

⁸³⁸ *Kolvenbach in Westermann/Rosener*, S. 716.

vergleicht die Rechtsstellung des Unternehmensjuristen in der Europäischen Union, stellt aber auch bereits zu Beginn seiner Untersuchung fest, dass die Bezeichnungen nicht legal definiert sind.⁸³⁹ *Hartmann* widmet sich immerhin mit einem ganzen Kapitel der Darstellung der juristischen Berufsbilder in der Wirtschaft in dem Thema „Juristen in der Industrie“, konzentriert sich dabei aber im Wesentlichen auf die allgemeine Beschreibung möglicher Tätigkeitsbereiche, wie etwa im Personalwesen.⁸⁴⁰

In Rechtsprechung und Literatur wurde der Syndikus vor allem wegen der Besonderheit dieses juristischen Berufs in seiner Doppelaufgabe diskutiert; auf der einen Seite die Bewahrung der unabhängigen juristischen Urteilsfähigkeit und auf der anderen Seite die Mitarbeit als Mitglied des Managementteams mit der damit verbundenen hierarchischen Unterstellung andererseits.⁸⁴¹ Zulassung und Stellung des Syndikusanwalts im Sinne der §§ 6,7 und § 46 BRAO waren über einen langen Zeitraum hin heftig umstrittene Themen, die mittlerweile auch Gerichte der Europäischen Union beschäftigt⁸⁴² und nicht

⁸³⁹ *Quast*, S. 19.

⁸⁴⁰ *Hartmann*, S. 17f.

⁸⁴¹ *Kolvenbach in Hadding*, S. 405.

⁸⁴² *Kleine-Cosack*, BB 2005, 2309.

selten zu Rivalitäten zwischen externen Anwälten und dem sog. *Inhouse*-Jurist führen. Als richtungsweisend und daher auch unbedingt erwähnenswert für den Berufsstand des Syndikus gilt insoweit die so genannte „Zweitberufsentscheidung“ des BVerfG vom 04. November 1992,⁸⁴³ wonach gerade die Kriterien einer „gehobenen Position“ und die „kaufmännisch-erwerbswirtschaftliche Tätigkeit“ der Zulassung des Syndikus zur Anwaltschaft nicht entgegenstehen dürfen.⁸⁴⁴ Als weitere Besonderheit, die zu zahlreichen berufsständischen Diskussionen geführt hat, gilt § 46 BRAO, wonach der deutsche Syndikus seinen Arbeitgeber – sofern Anwaltszwang besteht – nicht vor Gericht anwaltlich vertreten darf. Auch dies hängt letztlich damit zusammen, dass hierdurch die Wahrnehmung der beruflichen Unabhängigkeit gewahrt bleiben soll.⁸⁴⁵ Dies ist ein durchaus Streitiges Thema, das jedoch an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden soll. Natürlich gäbe es zum Thema Syndikusanwalt noch viele umstrittene Themen wie zum Beispiel die Haftung für *Legal Opinions* oder die vom Bundesverfassungsgericht initiierte sog. Doppelberufstheorie.⁸⁴⁶ Dies würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen, ist für

⁸⁴³ BVerfGE 87, 287 ff; AnwBl 1993, 120 ff.

⁸⁴⁴ Anstelle vieler Autoren ist dazu lesenswert die Analyse der BVerfG-Entscheidung von *Kleine-Cosack*, NJW 1993, 1289.

⁸⁴⁵ *Tilch*, S. 25

⁸⁴⁶ BVerfGE 87, 287 ff; AnwBl 1993, 120 ff.

die Betrachtung des Risikomanagementprozesses ohnehin von untergeordneter Bedeutung und soll daher außen vor bleiben.

Unter den juristischen Berufen gehört der unternehmensangehörige Wirtschaftsjurist somit zumindest in Deutschland auch zu den jüngeren Berufsrichtungen. Trotz der generell zu beobachtenden Tendenz des *Outsourcing* von innerbetrieblichen Serviceleistungen, das heißt dass Leistungen an externe Dienstleister vergeben werden, anstelle von ursprünglich interner Erbringung, nimmt der Bedarf an hauseigenen Juristen aufgrund der ständig steigenden gesetzlichen Regulierungsdichte und einem Trend zu wachsenden Unternehmensgrößen⁸⁴⁷ stetig zu. Über den Anteil der Syndikusanwälte an der Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte hat die vom Institut für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln und von der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte im DAV 1997 durchgeführte Studie „Das Berufsbild des Syndikusanwaltes“⁸⁴⁸ genaueren Aufschluss gegeben. Der Anteil der Syndikusanwälte an der gesamten Anwaltschaft lag danach bei etwa 6%. Die heutigen Schätzungen pendeln zwischen 15 und 25%, was aber nach

⁸⁴⁷ Götz, JuS 1983, 565.

⁸⁴⁸ Hommerich/ Pritting, S. 27.

Einschätzung von *Hommerich* auch daran liegt, dass die Registrierung und Zuordnung der Syndikusanwälte bei den Kammern bislang nicht einheitlich erfolgte.⁸⁴⁹

Auch eine Begriffsdefinition der Rechtsabteilung sucht man in Rechtsprechung und Literatur vergebens. Tatsächlich findet sich auch keine Rechtsnorm im deutschen Recht, wodurch sich eine Definition oder inhaltliche Abgrenzung für die Rechtsabteilung ergibt. *Marfording* stellt daher zu Recht die Frage, warum und wann die Unternehmen eine Rechtsabteilung gründen sollen, wenn es dafür eigentlich keine rechtliche Grundlage gibt, wohingegen dies für andere Organisationsfunktionen wie das Rechnungswesen schon durch die handelsrechtliche Buchführungspflicht gegeben ist.⁸⁵⁰ Die nichtwissenschaftliche Onlinedatenbank WIKIPEDIA immerhin definiert die Rechtsabteilung wie folgt: „*Die Rechtsabteilung ist eine Abteilung bzw. ein Referat in einem Unternehmen, in dem von Juristen die rechtlichen Fragestellungen des Unternehmens bearbeitet werden. Die Rechtsabteilung ist üblicherweise als Stabsstelle direkt der Geschäftsleitung zugeordnet.*“⁸⁵¹ Diese überwiegende Beschreibung der Rechtsabteilung als

⁸⁴⁹ *Hommerich/ Prütting*, S. 27.

⁸⁵⁰ *Marfording*, S. 54.

⁸⁵¹ www.wikipedia.org/wiki/rechtsabteilung vom 12.09.2005.

Stabsfunktion bedeutet daher, dass sie eine Organisationseinheit darstellt, die eine übergreifende Informations-, Beratungs-, und Kontrollfunktion für mehrere Abteilungen wahrnimmt. Daraus hat sich ein Fremdverständnis der Rechtsabteilung als reine Servicestelle entwickelt, die auf Anfrage der jeweiligen Fachabteilung die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts, häufig eines Vertrags oder den Erfolgsaussichten bei einer rechtlichen Auseinandersetzung vornimmt.

Die vereinzelte Literatur dazu gibt keine belastbare Begriffsdefinition der Rechtsabteilung oder des Syndikus und nähert sich dieser Frage höchstens über Rollen- und Tätigkeitsbeschreibungen oder eine Abgrenzung zu externen Anwälten. *Schardey* diskutiert beispielhaft unter dem Titel „Hausanwalt oder Rechtsabteilung“,⁸⁵² „ob und wo sich weitere Arbeitsbereiche für den Anwalt finden, die heute noch ungenutzt sind, das heißt vor allem, um der freien Anwaltschaft als externer Berater Möglichkeiten neuer Beratungsfelder aufzuzeigen.“⁸⁵³

⁸⁵² *Schardey*, AnwBl. 1987, 401 ff.

⁸⁵³ ähnlich auch *Neumann, J.*, AnwBl. 1987, 404.

b. Der Wandel in Rolle und Tätigkeit des Syndikus

Der Syndikusanwalt heutiger Prägung hat sich seit den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts entwickelt. Die Gründe dafür liegen bekanntlich in der enormen Ausweitung der wirtschaftlichen, industriellen und dienstleistenden Tätigkeiten, deren Internationalisierung sowie der im Rechtsstaat selbstverständlichen Durchdringung aller Wirtschafts- und Lebensbereiche durch das Recht.⁸⁵⁴ Dieser oft unschön „Verrechtlichung aller Lebensbereiche“⁸⁵⁵ genannte Vorgang hat es mit sich gebracht, dass das Recht auf höchst differenzierte wirtschaftliche Vorgänge, Handlungsformen und Handlungsalternativen – bei allem Drang nach Vereinfachung – doch zumeist sehr spezialisierte Antworten und Gestaltungsmaßstäbe finden muss. Vor diesem Hintergrund lag es auf der Hand, dass sinnvolle, effiziente, nach außen abgeklärte sowie auch kostenbewusste unternehmerische Tätigkeit, aber auch verbandliche Arbeit in allen Bereichen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens ohne permanente sachkundige, auf die speziellen Bedürfnisse zugeschnittene und mit ihnen vertraute spezialisierte Rechtsberatung nicht mehr denkbar waren. Dabei war der Syndikus schon sehr früh im

⁸⁵⁴ Schardey, AnwBl. 1987, 401.

⁸⁵⁵ Hommerich/ Pritting, S. 15.

Unternehmen als Führungskraft anerkannt. *Kalsbach* etwa führt an: „Das Institut des Syndikusanwaltes ist entstanden aus der wirtschaftlichen Entwicklung in den Unternehmen, die eine Anpassung auch von dem Standpunkt her verlangte, dass es in der Leitung des Unternehmens und der Verbände gerade auch auf die Verwertung und Nutzbarmachung von amtlichen Kenntnissen und Erfahrungen ankommt und zwar in der Weise, dass es um die Zuverlässigkeit der Ergebnisse der Bearbeitung ihrer rechtlichen Fragen willens diese Aufgabe Rechtsanwälten anvertraut, die ihre Rechtskenntnisse im Unternehmen besser einsetzen können, als wenn sie nur außerhalb stünden.“⁸⁵⁶

Die Rolle und Tätigkeit des Unternehmensjuristen wurde zunächst in der Literatur kaum thematisiert. „Klassiker“ oder gar Lehrbücher für eine Tätigkeitsbeschreibung gibt es nicht, es finden sich lediglich vereinzelt Fachbeiträge, die sich jedoch – wie zuvor dargestellt – mit dem Schwerpunkt einer berufspolitischen Diskussion und der Zulassung des Syndikus zur Anwaltschaft, sowie dessen Unabhängigkeit beschäftigen.

⁸⁵⁶ *Kalsbach*, S. 50.

Nachdem sich über einen langen Zeitraum hinweg lediglich *Hommerich/Prutting*⁸⁵⁷ tiefergehend mit dem Aufgabenbereich des Syndikus beschäftigt hatten, findet man neuerdings vor allem in der Studie von *Henning*⁸⁵⁸ empirische Untersuchungen von Rechtsabteilungen und Syndizi zu deren Organisation, zu Schwerpunkten und vor allem auch Trends.

Während sich jedoch *Hommerich/Prütting* ebenfalls ausführlich mit der berufspolitischen Diskussion zur Anerkennung des Syndikusanwalts als Rechtsanwalt im Sinne der §§ 6, 7 BRAO befassten und sich dazu der wegweisenden Entscheidung (Zweitberufsentscheidung) des Bundesverfassungsgerichts vom 04. November 1992⁸⁵⁹ bedienen, basiert die Studie von *Henning* auf der repräsentativen Befragung von Rechtsabteilungsleitern der deutschen Fortune-150-Unternehmen. Die Studie befragt erstmals die Syndizi führender deutscher Unternehmen zu den Themen Organisation, Strategie, Personalausstattung, Kosten, Herausforderungen, Zusammenarbeit mit externen Kanzleien und Trends in der Rechtsabteilung. Die ermittelten Ergebnisse werden außerdem mit in den USA veröffentlichten Werten verglichen, um damit

⁸⁵⁷ *Hommerich/ Prütting*, S. 15.

⁸⁵⁸ *Henning*.

⁸⁵⁹ BVerfGE 87, 287 ff. = AnwBl, 1993, 120 ff.

den deutschen Leitern einen quantitativen und transparenten Vergleichsmaßstab zur Verfügung zu stellen. Die Untersuchung von *Henning* bestätigt die eigene Einschätzung, das Selbstverständnis und die Erwartungshaltung von Syndizi als vornehmlich reinen Dienstleister. Es obliegt dem Unternehmensjuristen, traditionell zu agieren und in erster Linie auf Nachfrage den internen Klienten Rechtsrat zu erteilen.⁸⁶⁰

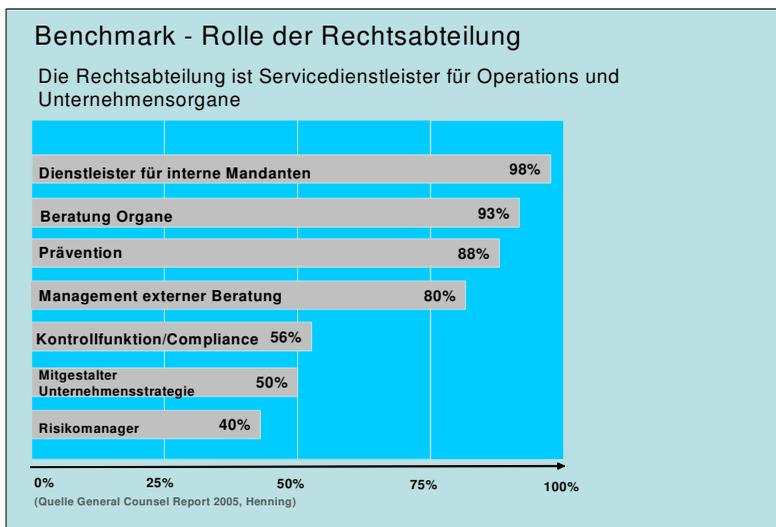


Abbildung 13 : Die Rolle der Rechtsabteilung nach dem Selbstverständnis des Syndikus⁸⁶¹

⁸⁶⁰ Henning, S. 44.

⁸⁶¹ Henning, S. 44.

Auffallend ist, dass 98% der Befragten diese vorwiegend beratende Rolle für die internen Geschäftseinheiten als Hauptaufgabe sehen, und 93% die Beratung und Absicherung der Unternehmensorgane. Dies zeigt eindeutig, dass fast alle Syndizi ihre hauptsächliche Aufgabenstellung darin sehen, auf Anfragen der anderen Fachabteilungen mit Rechtsrat zu reagieren. Auch als präventive Rechtsberater sehen sich zwar immerhin 88% und dies bedeutet eine zunehmend stärkere und vor allem frühzeitige Einbindung in die wirtschaftlichen Unternehmenszusammenhänge und Entscheidungsprozesse; dennoch ist das Eigenbild und die eigene Sichtweise immer noch geprägt von der Beratung *on demand*, das heißt einer Rechtsauskunft auf Anfrage der Fachabteilung oder Geschäftsleitung in einer Situation, in der sich bereits ein Rechtsrisiko realisiert hat.

Ein typisches Beispiel dafür ist die Situation, in der ein Kunde des Unternehmens wegen nachweislich schlechter Leistungen nun Schadensersatz verlangt und der Syndikus zu den Erfolgsaussichten einer Klage und der möglichen Höhe des Schadensersatzrisikos befragt wird. Nicht selten bekommt der Syndikus dann den zugrunde

liegenden Vertrag zum ersten Mal zu sehen und stellt dann fest, dass dieser keinerlei Haftungsbeschränkung enthält.

In der Rolle des Kontrolleurs und Überwachers von Compliance-Anforderungen sehen sich nach dieser Untersuchung 56% und als Mitgestalter des Unternehmenserfolgs beurteilen sich 50%. Im Hinblick auf Risikomanagement im Unternehmen ist interessant, dass sich bereits 40% in einer Rolle als Risikomanager sehen; dies ist ein klarer Hinweis auf eine Funktion über die reine Dienstleistung hinaus, die einen aktiven Beitrag der Rechtsabteilung zum Unternehmenserfolg beinhaltet.

Die Arbeitsinhalte einer Rechtsabteilung sind die Aufgaben und Themen, die von ihnen bearbeitet werden; *Kolvenbach*⁸⁶² listet diese umfangreich auf und spannt einen sehr weiten Bogen von relevanten Rechtsgebieten: *„Eintragungen in Handelsregister, Firmierungen, Verfahrensregeln, bei Gesellschafterversammlungen, Festlegung der Geschäftsbedingungen, gerichtliche Durchsetzung und Abwehr von Forderungen, Kartellrecht, Verwaltungsrecht,*

⁸⁶² *Kolvenbach*, S. 86.

arbeitsrechtliche Fragen, Steuerrecht, Patente, Kooperationsverträge, Versicherungsfragen, Berichterstattung über die Gesetzgebung, Immobilienrecht.“ Vaagt portraitiert den Syndikus daher als „gehetzten Zehnkämpfer“, der in allen Disziplinen ausgebildet sein muss, ohne dabei in einer Disziplin Weltklasse zu sein, und der manchmal auch „Mädchen für alles“ ist.⁸⁶³ Auch die Untersuchung der zu bearbeitenden Rechtsgebiete von *Henning* zeigt das umfangreiche Spektrum, mit dem der Syndikus rechnen muss; in allen Bereichen können rechtliche Risiken auftauchen, die er bewältigen muss. Die Mehrheit der Unternehmensjuristen gibt – nach Ansicht des Verfassers erwartungsgemäß – das „Allgemeine Vertragsrecht“ als das in ihrem Arbeitsalltag am stärksten vertretene Rechtsgebiet an (42 %). Danach folgen mit 10% und 9% die Gebiete Konzernrecht und Finanzierungsfragen sowie das Kapitalmarktrecht und *Mergers & Acquisitions*. Der Umfang des Gesellschaftsrechts wird mit 7% und das Immobilienrecht schließlich mit 5% angegeben; alle weiteren Rechtsgebiete sind nur noch mit 4% und über die Hälfte der genannten sogar unter 2% vertreten.

⁸⁶³ Vaagt, Ch.: „Der Syndikus im Wandel“, Vortrag auf EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2006, Berlin.

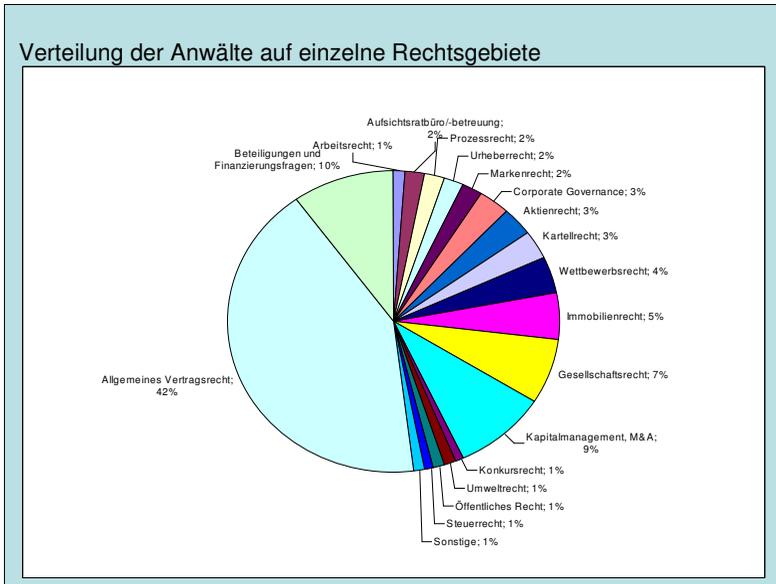


Abbildung 14: Verteilung der Kapazitäten auf Rechtsgebiete⁸⁶⁴

Interessant ist vor allem ein Vergleich dieser Grafik mit der Untersuchung von *Hommerich/Prütting*⁸⁶⁵ aus dem Jahr 1998, wonach sich nur etwa jeder Dritte befragte Syndikus als Spezialist und über die Hälfte als Generalist verstehen. Der Rest sieht sich in einer schwer zu beschreibenden Doppelrolle, nämlich als Generalist und Spezialist zugleich. Gerade diese

⁸⁶⁴ Henning, S. 54.

⁸⁶⁵ Hommerich/ Prütting, 118.

Vielzahl unterschiedlicher Rechtsgebiete sieht *Brandstetter*⁸⁶⁶ jedoch zu Recht als kritisch an, führt sie doch zu der Gefahr, dass die rechtlichen Kapazitäten an den falschen Stellen bzw. zu den falschen Themen eingesetzt werden: *„Der Unternehmensjurist kann nicht, soll nicht und muss auch nicht alles „Juristische“ abdecken. Viele Juristen sehen sich viel zu allgemein als bloße Servicestelle, die je nach Bedarf von den anderen Unternehmensbereichen in Anspruch genommen wird. Es ist dies eine teure und falsch verstandene Kundenorientierung am internen Kunden, wenn der Inhouse-Jurist alles und jedes bearbeitet. Effizienz heißt die richtigen Dinge tun, Effektivität heißt die Dinge richtig tun.“*

Aus dem Vorgesagten zeigt sich, dass der Syndikus gegenüber seiner ursprünglichen Führungsrolle zunehmend an Terrain und damit wesentlich an Macht verloren hat. Zwar ist er immer noch eine wichtige Schnittstelle im Unternehmen und auch in der Regel mit einer direkten Berichtslinie an den Vorstand positioniert, jedoch wird er vielfach nur reaktiv eingesetzt, wenn die Risiken bereits tatsächlich eingetreten sind und nun dem Unternehmen Schaden droht, den es abzuwenden gilt. Bestätigt wird diese Einschätzung letztlich auch durch die veränderte

⁸⁶⁶ *Brandstetter*, S. 1.

Position des Syndikus im Organigramm und seiner Berichtslinie zur Geschäftsleitung. Die organisatorische Zuordnung des Bereichs Recht im Unternehmen hat einen unmittelbaren Einfluss auf die Rolle und die Aufgaben des Syndikus und damit das rechtliche Risikomanagement. Da kaum ein Bereich des Unternehmens ohne gesetzliche oder vertragliche Hilfe auskommt, können rechtliche Risiken nur dann sachgerecht beurteilt und beherrscht werden, wenn der Syndikus weitgehend organisatorisch unabhängig ist und auf der Ebene des Top-Managements angesiedelt ist. *Neumann* stellt daher fest, dass wegen des wachsenden Stellenwerts der Rechtsabteilung „*der Chefjurist in der Unternehmenshierarchie nicht zu niedrig angesiedelt sein sollte.*“⁸⁶⁷ *Neumann* sieht den Syndikus auf der zweiten Unternehmensebene, direkt an den Vorstandsvorsitzenden berichtend.⁸⁶⁸

Ein Indiz für das Maß an Unabhängigkeit des Syndikus bietet daher das Unternehmensorganigramm, aus dem sich die Berichtslinie des Leiters Recht ergibt. Ein Vergleich der Untersuchungen von *Hommerich/Prütting* mit der von *Henning* zeigt eine Veränderung der Zuordnung des Syndikus im Laufe

⁸⁶⁷ *Neumann, J.*, AnwBl. 1991, 630, 632.

⁸⁶⁸ *Neumann, J.*, AnwBl. 1991, 630, 632.

der Zeit. Während bis Mitte der 90er Jahre (*Hommerich/Prütting*) noch ca. 50% der Syndizi unmittelbar dem Vorsitzenden der Geschäftsführung unterstellt waren, berichteten damals nur 5% an den Leiter Finanzen.⁸⁶⁹

Dieses Bild hat sich weitgehend verändert. Die Studie von *Henning* belegt, dass insgesamt nur noch etwas mehr als ein Drittel (37%) der Leiter einer Rechtsabteilung unmittelbar an den Vorstandsvorsitzenden berichten. Etwa die gleiche Anzahl berichtet an den Finanzvorstand (27%) oder an den Personalvorstand (24%), während ein Teil der Leiter Recht überhaupt nicht direkt der Geschäftsführung bzw. dem Vorstand unterstellt ist. *Henning* glaubt darin einen niedrigeren Stellenwert der Rechtsabteilung in deutschen gegenüber US-amerikanischen Unternehmen zu erkennen.⁸⁷⁰ In seinem Buch „Juristen in der Wirtschaft“ übernimmt *Hartmann* diese These in dem Kapitel „Von der Machtteilhabe zur Dienstleistung“ und verweist darauf, dass in dem von ihm untersuchten Chemieunternehmen der Chefsyndikus nicht mehr – wie früher

⁸⁶⁹ *Hommerich/ Prütting*, S. 125.

⁸⁷⁰ *Henning*, S. 52: In den USA berichten 83% der General Counsel direkt an den CEO; dies liegt wohl an der erst in jüngerer Zeit erkannten strategische Bedeutung der Rechtsabteilung in deutschen Unternehmen. Wenn man davon ausgeht, dass der CEO in USA die gleiche wichtige Bedeutung hat wie der Vorstandsvorsitzende in Deutschland impliziert dies Korrekturbedarf für die Rechtsabteilung in Deutschland.

– Mitglied des Vorstands ist, sondern eine untergeordnete Rolle einnimmt. Nach seiner These bedeutet dies ein Abdrängen des Syndikus auf Spezialgebiete und ein Ausblenden aus der Führungsfunktion.⁸⁷¹

Eine ausgesprochen fachbezogene Zuordnung der Rechtsabteilung, zum Beispiel zum Vorstandsressort Finanzen oder gar Vertrieb, halten die meisten Unternehmensjuristen für ungeeignet, um eine ausreichende Unabhängigkeit zu gewährleisten; begründet wird dies in der Regel mit einem Interessenkonflikt, der zum überwiegenden Teil durch unterschiedliches Risikobewusstsein verursacht wird.⁸⁷² Zumindest ist einleuchtend, dass in einer stark vertriebs- und umsatzmotivierten Umgebung rechtliche Bedenken und Risiken eher über Bord geworfen werden als bei einer rein unabhängigen Risikobetrachtung.

Beispiel: Die Einschätzung der durch das AGG verursachten Organisationskosten beziffert der Syndikus mit ca. 250.000,00 Euro im ersten Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes und schlägt dazu eine

⁸⁷¹ Hartmann, S. 62 ff.

⁸⁷² Henning, S. 52.

entsprechende Rückstellung in der Bilanz vor, die jedoch der Finanzplanung des Unternehmens widerspricht.

Auch der einseitige Blick durch die „Finanzbrille“ des Unternehmens kann manchmal rechtliche Risiken unbeachtet lassen, die ansonsten aufgedeckt würden. Zu denken ist dabei zum Beispiel an die Bewertung von möglichen Prozessrisiken oder neuen Gesetzesvorhaben als Rückstellungsposition gemäß § 249 HGB in der Unternehmensbilanz, die finanztechnisch bewertet völlig unterschiedlich zu einer unabhängigen Risikoeinschätzung ausfallen kann. Es lässt sich somit auch aus diesem Beispiel belegen, dass der Syndikus als Leitungsfigur im Unternehmen an Bedeutung verloren hat und damit zunehmend in Konflikt zu einer Position steht, die eine unabhängige und sorgfältige Beherrschung rechtlicher Risiken ermöglicht. Aus der ehemaligen Führungspersönlichkeit im Sinne eines „Grandseigneur“ oder der „grauen Eminenz im Hintergrund“, wie ihn *Jatzkowski* in seinem JUVE-Artikel „Es dürfte gern ein bisschen mehr sein“⁸⁷³ beschreibt, ist zunehmend ein reiner Dienstleister und Fachspezialist in seiner Branche geworden.

⁸⁷³ Jatzkowski, A.: Es dürfte gern ein bisschen mehr sein, JUVE Rechtsmarkt, 06/2007, S. 7.

c. Typische Probleme der Rechtsabteilung im Risikomanagementprozess – Antagonismus Management – Syndikus

Der zuvor beschriebene Wandel der Rolle des Juristen und seiner Wertschätzung im Unternehmen verursacht signifikante Probleme für die Arbeit der Syndikus. Diese haben eine unmittelbare Auswirkung auf die Möglichkeiten des Syndikus, Rechtsrisiken zu identifizieren oder zu bewältigen, sie wirken sich damit auf einen sorgfältigen Risikomanagementprozess aus und sollen daher im Folgenden dargestellt werden.

Von Bedeutung sind auch an dieser Stelle die Ergebnisse der Studie von *Henning* zu der Frage, welchen typischen Schwierigkeiten der Unternehmensjurist in der täglichen Arbeit begegnet:⁸⁷⁴

⁸⁷⁴ *Henning*, S. 58.

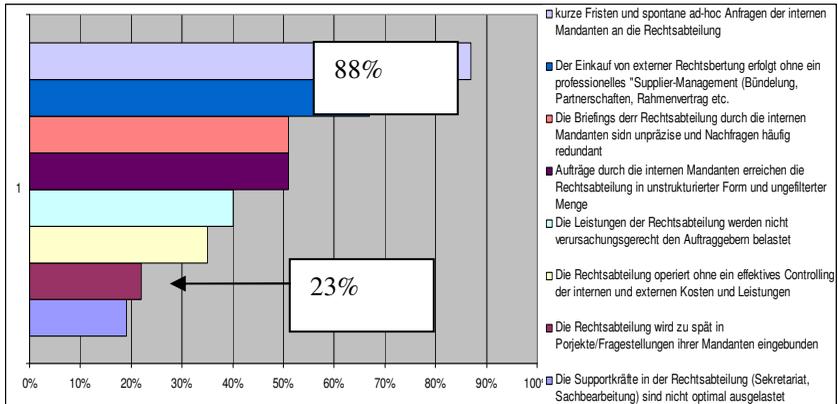


Abbildung 15: Typische Probleme der Rechtsabteilung im Tagesgeschäft⁸⁷⁵

aa) Probleme bei der Risikoidentifikation

An erster Stelle der Gefährdung eines wirksamen Risikomanagementprozesses steht das Problem der rechtzeitigen Einbindung des Syndikus in die Entscheidungsvorgänge des Unternehmens. Eine zu späte oder ungenaue Einbindung des *Inhouse*-Juristen in den zugrunde liegenden Sachverhalt birgt die Gefahr, dass die rechtlich relevanten Risiken nicht erkannt werden. Die Studie von *Henning* beweist, dass immerhin 88% der befragten *Inhouse*-Juristen in ihrer Arbeit vor allem dadurch

⁸⁷⁵ *Henning*, S. 58.

behindert werden, dass sie erst sehr kurzfristig und spontan mit unterschiedlichsten Rechtsfragen konfrontiert werden. Aus der vorangehenden Tätigkeitsbeschreibung wurde deutlich, dass der Unternehmensjurist in den Prozess fast aller unternehmerischen Entscheidungsprozesse einbezogen werden kann und damit interdisziplinär fachliche, wirtschaftliche und eben rechtliche Umstände völlig unterschiedlichen Sachverhalts erkennen und beurteilen muss. In der Darstellung von *Horst*⁸⁷⁶ findet sich ein anschaulicher Überblick, der den üblichen Unternehmensstrukturen folgt und zeigt, welche Abteilungen des Unternehmens sich schwerpunktmäßig auf einzelne Rechtsgebiete konzentrieren. So hat die Personalabteilung mit dem Arbeitsrecht, das Marketing mit dem Wettbewerbsrecht, Entwicklung und Herstellung mit der Produkthaftung und die Unternehmensstrategie mit Steuer- und Kartellrecht zu tun. Jede Abteilung fordert angesichts der Vielzahl von Einzelregelungen, ständig neu erlassenen und überarbeiteten Gesetzen und der unübersehbaren Anzahl von Verträgen ein Spezialwissen, das wohl nur wenige Juristen – geschweige denn die Manager der Fachabteilungen – auch nur annähernd beherrschen könnten. Unterstützt wird diese Einschätzung auch durch das Ergebnis der Studie von *Henning*, wonach jedenfalls 23% der Juristen

⁸⁷⁶ *Horst*, BB 1995, 1096.

sich darüber beklagen, zu spät in die rechtliche Fragestellung ihre Mandanten eingebunden zu werden.

bb) Spannungsfeld Management – Rechtsabteilung: Probleme bei Risikobewältigung

Die Frage nach den Ursachen für die Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit zwischen Rechtsabteilung und Fachbereich sind vielschichtig. Damit in Zusammenhang stehen die in Unternehmen tief verwurzelten Konflikte zwischen Management und Syndikus bezüglich der Fähigkeiten von Juristen, identifizierte Risiken zu bewältigen. Trotz und gerade wegen ihrer hervorgehobenen Position gab es schon immer Vorurteile des Managements gegenüber der Arbeit der Juristen. Diese führten dazu, Juristen von unternehmerischer Entscheidung weitgehend fern zu halten oder sie nur soweit wie unbedingt nötig einzubinden.⁸⁷⁷

Im Jahre 1916 soll sich im Shell Konzern folgende Korrespondenz zugetragen haben: „ *Although we have an enormous business here, we rarely consult lawyers, **lawyers are not business people**, however large a lawyers experience may be, in the conduct of business he is absolutely useless.to ask*

⁸⁷⁷ Brandstetter, S. 15.

his opinion as to what you should do or not do is the worst possible way of conducting business, which should be kept away as far as possible from lawyers”⁸⁷⁸

Eine weitere historische Betrachtung zu dem eigentümlichen Verständnis des Managements gegenüber Unternehmensjuristen gibt Golsong⁸⁷⁹ in seinem Beitrag zu *Reactivity or Proactivity, Impact of globalization on legal management*: „Historically, the in-house counsel position was considered a dusty professional legal service essentially dealing with dispute resolution; rarely was the in-house counsel expected to be involved in strategic thinking. The role was less appealing to high flyers, dealing with routine matters, less stressful than those in law firms. The benefits were good but not special, the job was interesting but not exciting, the environment fine but not challenging and the long term perspective for in-house counsel was job security.”

Henning hat in seinen Untersuchungen⁸⁸⁰ erstmalig empirisch diese Vorurteile anhand konkreter Fragestellungen untersucht und interessante Ergebnisse zu Tage gefördert. Die Einschätzungen sind zwar sicherlich nicht repräsentativ und

⁸⁷⁸ O’Meara, S. 17

⁸⁷⁹ Golsong, S. 22.

⁸⁸⁰ Henning, S. 58.

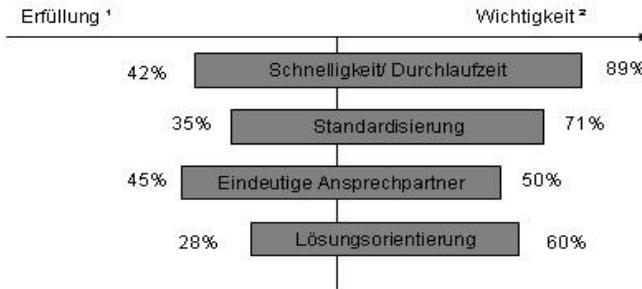
beruhen auch auf dem teilweise überholten Bild der Rechtsabteilung als reine Stabsfunktion, der eine reine Kontrollfunktion und keine Entscheidungsfunktion zugeordnet ist.⁸⁸¹ Dennoch zeigen sich in dieser Einschätzung grundlegende Missverständnisse zwischen dem Unternehmensjurist und der Fachabteilung, die auch heute noch spürbar sind. *Heiko Beck*, General Counsel der DekaBank, Frankfurt, sieht die Grundlage dieser Missverständnisse vor allem in der ehemals zu starken Problemorientierung der Juristen gegenüber einer Lösungsorientierung, die dazu führte, dass der Jurist immer mehr als Bedenkenträger angesehen wurde mit einer „Scheu vor Verantwortung“.⁸⁸²

Henning bestätigt diese subjektiven Einschätzungen durch seine repräsentative Untersuchung der wichtigsten Anforderungen des Management an die Rechtsabteilung und der Beurteilung des Erfüllungsgrads.

⁸⁸¹ *Brandstetter*, mit weiteren Nachweisen, vor allem auf *Haimerl-Wagner in Kasper/ Mayrhofer*: Die Stabsfunktion, beispielsweise für Rechtsfragen hat Informations-, Beratungs-, oder Kontrollfunktion und keine Entscheidungsfunktion und ist lediglich eine formale Stelle, die den anderen zur Verfügung steht.

⁸⁸² *Beck, H.*: Seitenwechsel, vom Syndikus zum Manager, Beitrag zu EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2007.

Welches sind die wichtigsten Anforderungen an die Rechtsabteilung, in welchem Grad werden sie in Ihrem Haus erfüllt?



¹ Erfüllungsgrad : Interviewerhebung

² Wichtigkeit gemessen an der Häufigkeit der Nennungen

Quelle: DHC/ Durchschnitt aus 4 Befragungen im Zeitraum 2005-2006

Abbildung 16. Anforderungen des Managements an die Rechtsabteilung⁸⁸³

Dabei wird deutlich, dass die am wichtigsten genannte Anforderung (89%) an den Unternehmensjuristen, nämlich ein schneller Rechtsrat und kurze Durchlaufzeiten nur zu 42%, also in weniger als der Hälfte der Fälle erfüllt werden. Damit wird natürlich das Vorurteil Rechtsabteilungen seien langsam und hätten intransparente Abläufe (*black-box*) gestützt. Die Fachabteilungen werden weiterhin versuchen, die Rechtsabteilungen so weit wie möglich außen vor zu lassen;

⁸⁸³ Henning, S. 5.

solange der Eindruck besteht, dass ihre Anfragen nicht in dem gewünschten Zeitraum bearbeitet werden.

Auch beim Thema Lösungsorientierung ist festzustellen, dass Wichtigkeit (60%) und Erfüllungsgrad (nur 28%) weit auseinanderliegen, das heißt der Syndikus wird immer noch als zu problemorientiert angesehen, anstatt dass er kreative Lösungen erarbeitet. Häufig ist auch die folgende Formulierung zu vernehmen, wenn es um den Rechtsrat von Juristen geht bezüglich einer konkreten Fragestellung geht:

Beispiel: Der Vorstand hat Fragen zur Zulässigkeit eines eigenen Aktienverkaufs. Der Syndikus berichtet über die Problematik der Director Dealings im Sinne des § 15a WpHG und erläutert die Schranken des Gesetzes bei Vorliegen von Insiderinformation nach § 13 WpHG und dem bestimmungsgemäßen Zugang zu solchen Informationen.

„Von meinem Syndikus bekomme ich stets völlig exakte Antworten, die ich aber meist schon kenne und die mir überhaupt nicht weiterhelfen.“ Im Beispiel bedeutet dies, dass der anfragende Vorstand durchaus die gesetzliche Lage bereits

kennt und er von seinem Syndikus einen lösungsorientierten Rat erwartet; dabei ist die sorgfältige Beurteilung eines kritischen Sachverhalts durch den Justitiar durchaus geschätzt; dies ist jedoch sehr anschaulich ein häufig anzutreffendes Phänomen im Hinblick auf die abstrakte, juristische Arbeitsweise im Verhältnis zu den pragmatischen Managemententscheidungen. Nicht selten fühlen sich sowohl die anfragende Fachabteilung als auch der beratende Jurist gleichermaßen missverstanden, sei es wegen der konkreten Fragestellung oder auch wegen der subjektiv unbefriedigenden Antwort. Dabei ist es durchaus möglich, dass beide Seiten für sich genommen die Frage bzw. Antwort eindeutig richtig gestellt bzw. beantwortet haben und dennoch durch die unterschiedliche Herangehensweise kein Konsens erzielt wird. Die notwendige Rückfrage bei den Unternehmensjuristen in schwierigeren Situationen führt aus der Sicht der Manager der Fachabteilungen oft genug zu unbefriedigenden Ergebnissen:

- Da problematische Rechtsfragen ohnehin erst sehr spät entdeckt werden, wird die Antwort immer sofort gebraucht, und dann hat der meist überlastete Unternehmensjurist nicht die Zeit.

- Nicht selten sind die Fragen dann so speziell, dass für ihre Beantwortung wirklich der Spezialist gefragt wäre und der steht (gerade wegen des Zeitdrucks) selten zur Verfügung.
- Gibt es endlich eine Antwort, so ist sie selten so einfach und klar, wie der Manager sie sich wünscht. Meist gibt es komplizierte Vorbehalte, die auch die Entscheidungen eher komplizieren als einfacher machen, und am Ende erlebt der Manager immer wieder, dass er den Rechtsproblemen ohnehin nicht ausweichen kann, gleichgültig wie er sich verhält.

Zeigt der Unternehmensjurist schließlich eine weitere typische Eigenschaft, nämlich unbeeindruckt über den Problemen des Managers zu schweben, da er das Risiko und dessen Lösung längst erkannt und innerlich verarbeitet hat, die Lösung jedoch noch zurückhält, wird verständlich, warum die Akzeptanz des Syndikus im Unternehmen spürbar abgenommen hat. *Manfred Kestler*, ehemaliger General Counsel von ProSiebenSat1, zog dazu auf den Unternehmensjuristentagen 2007 in Berlin folgendes Fazit⁸⁸⁴: „*Juristen kümmern sich zu wenig um das*

⁸⁸⁴ *Kestler, M.*, Die Zukunft des Syndikus, in *JUVE Rechtsmarkt* 04/2007, S. 39.

unternehmerische Umfeld, in dem sie arbeiten und haben daher nur eine geringe Bedeutung innerhalb des Unternehmens.“

Aber auch die eigene Leistungsfähigkeit wird hinsichtlich Management und Führung kritisch beurteilt. *Henning* belegt, dass immerhin 63% der Unternehmensjuristen den eigenen Einkauf von externer Rechtsberatung als eher unprofessionell beurteilen⁸⁸⁵; zwar gibt es vielleicht noch bei Unternehmenstransaktionen eine professionelle Auswahl der Kanzlei (*Beauty contest*), es fehlt jedoch in der Regel an der Möglichkeit der Bündelung von Beratungsaufträgen, Partnerschaften und Rahmenverträgen für eine wirtschaftlich professionelle Organisation externer Beratung. In diesem Zusammenhang steht auch die Selbstkritik der Unternehmensjuristen an den eigenen Geschäftsprozessen im Bereich des Controllings von Leistungen und Kosten. Immer noch werden die Kosten der Rechtsabteilung rein über die Umlage finanziert, anstatt sie verursachungsgerecht an die internen Auftraggeber zu belasten. Dies führt dann auch zur der anzutreffende mangelnden Wertschätzung der Rechtsabteilung. Sofern zum Beispiel der Vertrieb die interne Rechtsberatung quasi „kostenlos“ und ohne Aufwandsbezug in Anspruch

⁸⁸⁵ *Henning*, S. 59.

nehmen kann, wird er kaum ein Interesse daran haben, diese möglichst früh und umfassend über den Sachverhalt zu informieren oder gar zu versuchen, eigene Vertragsstandards beim Kunden durchzusetzen.

2. Die neue Rolle des Syndikus als Compliance-Risikomanager

Trotz der benannten Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit zwischen Syndikus und Unternehmen, bietet das Risikomanagement die Herausforderung für den Unternehmensjuristen, wieder eine Managementfunktion im Sinne von *Kalsbach* im Unternehmen zu übernehmen und damit verlorenes Terrain zurück zu gewinnen. Die Ausgangslage dazu ist – wie in den vorangehenden Kapiteln beschrieben – jedenfalls ausgezeichnet. Unternehmerisches Handeln erfolgt stets auf der Basis von Gesetzen, Verordnungen und anderen Rechtsnormen, die sich ständig verändern. Unter anderem haben die bereits erwähnten Finanzskandale der vergangenen Jahre zu einer in diesem Maße bisher nicht bekannten Regulierungsdichte geführt. Wie *Brandstetter* unterstreicht sind Rechtssicherheit und Vertrauenswürdigkeit von Unternehmen wieder entdeckte Qualitäten im Unternehmen und gehören zu den wirtschaftlichen

Erfolgsfaktoren, zu denen der Syndikus einen wertvollen Beitrag leisten kann.⁸⁸⁶

Dies macht die Aufgabe des Syndikus reizvoll, aber zugleich auch schwierig, weil er in viele unterschiedliche Themen als Berater eingebunden werden kann. Die reine Serviceorientierung wird dabei zurücktreten müssen hinter einem umfassenden Blick auf die Aufgaben. *Mahari/Ehrat* führen dazu in ihrem Buch: *Management & Law – wird aus zwei Welten eine?* aus: „*Recht setzt die Schranken unternehmerischen Handelns, definiert Möglichkeiten und gibt dem Management Handlungsanweisungen. Als Schnittstellenfunktion durchzieht das Recht alle Teilfunktionen des Managements. In einer modernen Konzeption wird die Aufgabe des Syndikus zu einer integralen Managementfunktion und entwächst der Rolle als reine Stabstelle.*“⁸⁸⁷

Um diese neue Rolle ausfüllen zu können, sind manche Aspekte einer traditionellen Auffassung des juristischen Handwerks neu zu definieren und die oben beschriebenen Vorurteile damit neu zu überdenken. „*Eine statische Auffassung vom*

⁸⁸⁶ Brandstetter, S. 5.

⁸⁸⁷ Mahari/ Ehrat/ Stupp in Ehrat, S. 17.

Wirtschaftsgeschehen, Tendenzen der Geschäftsverhinderung und damit der Behinderung des Managements und Nullrisikostراتيجien haben in der Syndikustätigkeit keinen Platz mehr. Gefragt ist nun für den Juristen ein klares Verständnis wirtschaftlicher Abläufe und Geschäftsprozesse und die echte Bereitschaft, Risikomanagement-Verantwortung zu übernehmen und sich damit einbinden zu lassen.“

Nach Auffassung von *Brandstetter* verlangt diese neue Rolle die eindeutige und strategische Positionierung des Syndikus im Unternehmen: *Ausschließlich ein gut positionierter Unternehmensjurist kann gewährleisten, dass er an den für das Unternehmen wichtigen und wertschöpfenden Themen arbeitet und dass im Unternehmen eine aktive Risikopolitik verfolgt wird.*⁸⁸⁸ Aus seiner Sicht bilden folgende 10 Punkte den Kern einer richtigen Positionierung:

- Die Ausrichtung der eigenen Strategie an der Unternehmensstrategie
- Die Ausrichtung der eigenen Ziele und Tätigkeiten an den Unternehmenszielen

⁸⁸⁸ *Brandstetter*, S.1.

- Ein klares Bekenntnis zur Wertschöpfung und die Festlegung eigener Kernkompetenzen
- Die aktive Mitgestaltung der Unternehmenswerte und die Schaffung einer Kultur der Gesetzestreue
- Die verantwortliche Übernahme einer aktiven Rolle in der Risikopolitik des Unternehmens
- Die Verankerung der Rechtsabteilung in den wertschöpfenden Prozessen des Unternehmens
- Die Festlegung eigener Qualitätskriterien
- Aktives Wissensmanagement
- Kundenorientierung
- Die aktive Einbindung in die bestehenden Managementstrukturen und Informationsflüsse des Unternehmens

Diese Positionierung bedeutet eben nicht, dass der Syndikus „alles Rechtliche“, wie oben beschrieben, abdecken muss, wäre dies doch eine falsch verstandene und überdies teure Kundenorientierung am internen Kunden; vielmehr sollte der Syndikus selbst eine aktive Auswahl der zu bearbeitenden Themen treffen, die sich an der Wertschöpfung und Risikopolitik orientieren.

Wie *Henning* empirisch nachgewiesen hat, entspricht dies auch der Erwartungshaltung des Managements an den Syndikus.⁸⁸⁹ Von den repräsentativ befragten *CEO's (Chief Executive Officers)*⁸⁹⁰ wünschen sich 43%, dass der Chefsyndikus mehr Manager denn Leiter Recht ist. Eine Mehrheit von 51% spricht sich außerdem dafür aus, dass der Leiter der Rechtsabteilung eine größere Rolle in der strategischen Planung und Führung des Unternehmens spielt.

Diese Sichtweise, dass die Rechtsfunktion eine Managementfunktion ist, ist dennoch auch unter Praktikern durchaus noch umstritten. *Beck*, der selbst den Schritt von General Counsel der DekaBank in die Geschäftsführung der CommerzGrundbesitzGruppe gemacht hat, plädiert eindeutig für eine Rückkehr des Syndikus in die Managementfunktionen nach altem Vorbild; „früher sei es durchaus üblich gewesen, dass Juristen ins Management wechseln, heute stellen Juristen nur noch eine kleine Minderheit der Vorstandsvorsitzenden in Deutschland.“⁸⁹¹ Als Begründung dafür sieht er einerseits die

⁸⁸⁹ *Henning*, S. 78.

⁸⁹⁰ Der Begriff des Chief Executive Officers entspricht in diesem Zusammenhang der des Vorstandsvorsitzenden (Anm. des Verfassers).

⁸⁹¹ *Beck, H.*: Seitenwechsel, vom Syndikus zum Manager, Beitrag zu EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2007: Danach ist die Zahl der

eigene Scheu der Inhouse-Juristen vor wirtschaftlicher Verantwortung und auch das Fehlen eines wirtschaftlichen Verständnisses, andererseits aber auch den Wandel in der Unternehmenslandschaft: Branchen wie Informationstechnologie und Telekommunikation seien von Anfang an kaum von Juristen geprägt worden und kapitalmarktgetriebene Unternehmensstrategien vertrauen eher anderen Berufsgruppen wie Betriebswirten und Wirtschaftsinformatikern. Beim Wechsel in eine Managementfunktion ist der Jurist daher internem und externem Widerstand ausgesetzt, da die relevanten Bereiche – wie zum Beispiel das Risikomanagement – bereits von anderen Abteilungen (z.B. Controlling) besetzt sein können. Dennoch sieht *Beck* die Juristen als zukünftig stärker im Management vertreten an, bringen sie doch Eigenschaften mit, die zukünftig wieder stärker gefragt sind. „Dazu gehört vor allem die Fähigkeit, komplexe Sachverhalte zu strukturieren.“⁸⁹²

Demgegenüber ziehen andere, wie zum Beispiel *Hauschka*⁸⁹³, weiterhin die Rolle des Beraters vor, sehen jedoch zu Recht

Juristen bei den Vorstandsvorsitzenden von 30% (1996) auf 10,6% (2006) gesunken.

⁸⁹² Beck, H. ebenda.

⁸⁹³ *Hauschka*, Inhouse-Compliancemanagement, Beitrag zu EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2007.

darin keinen Konflikt, sondern einen guten Kompromiss aus berufsbezogener Unabhängigkeit eines Rechtsberaters und unternehmerischer Verantwortung. Aus ihrer Sicht bestehen andere Wege, den eigenen Einflussbereich im Unternehmen zu erweitern und dabei zugleich unternehmerische Mitverantwortung zu übernehmen. Potenzielle Möglichkeiten bestehen vor allem im Risikomanagement, den Compliance-Themen und der Corporate Governance. Für *Hauschka* liegen die Vorteile dabei klar auf der Hand: Die Rechtsabteilung rückt viel näher an die Geschäftsleitung heran und übernimmt mit diesen Themen gleichzeitig spürbare unternehmerische Verantwortung. Damit schließt sich dann auch der Kreis zu dem beklagten Informationsdefizit der Rechtsabteilung: *„Die Juristen erfahren mehr, weil sie mehr erfahren müssen. Die Inhouse-Abteilung kann so ein Gebiet mit wachsender Bedeutung erschließen, statt Gefahr zu laufen, Kompetenzen zu verlieren.“*⁸⁹⁴

Im Ergebnis kommen daher auch die genannten Praktiker zu einem – nach Auffassung des Verfassers- tragbaren Konsens. Die Rechtsabteilung und der Unternehmensjurist können bei

⁸⁹⁴ *Hauschka*, Inhouse-Compliancemanagement, Beitrag zu EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2007.

wesentlichen Geschäftsprozessen mit zunehmender Bedeutung im Unternehmen, wie zum Beispiel dem Risikomanagementprozess, eine entscheidende Rolle übernehmen und damit gleichzeitig verantwortliche Managementfunktionen besetzen. Die Funktion des *Inhouse*-Juristen erlangt - als Managementfunktion - eine neue Qualität, wenn der Unternehmensjurist diese Rolle aktiv an der Wertschöpfung des Unternehmens orientiert. Seine Position ist damit gleichzeitig Berater und Entscheider, aber auch, wie Brandstetter formuliert: „*ganzheitlich denkender rechtlicher Sparringspartner des Unternehmens*.“⁸⁹⁵

a) Legal Value Engineering

Eine konkrete Möglichkeit zur Ausgestaltung dieser Managementfunktion im Zusammenhang mit dem Compliance-Risikomanagementprozess bietet der von *Brandstetter* neu eingeführte Ansatz des „*Legal Value Engineering*“⁸⁹⁶. Wie zuvor dargestellt bestehen die Herausforderungen und Chancen für den Syndikus vor allem darin, seine Kapazität und Fähigkeiten möglichst wertschöpfend in das Unternehmen einzubringen; das Augenmerk sollte auf seinem Beitrag zum

⁸⁹⁵ *Brandstetter*, S. 3.

⁸⁹⁶ *Brandstetter*, S. 6.

Unternehmenserfolg liegen. Die Erbringung von systemerhaltenden Tätigkeiten (wie zum Beispiel die Betreuung der Unternehmensorgane oder das Beteiligungsmanagement der Gesellschaftsdaten) muss daher auf das Notwendige reduziert werden. Unter dem Begriff *Legal Value Engineering* fasst *Brandstetter* somit den *rechtlichen Beitrag zur Optimierung des Unternehmensoutputs und damit zur Wertschöpfung des Unternehmens*⁸⁹⁷

Dabei können die Bereiche, in denen der Syndikus wertschöpfend tätig ist, durchaus unterschiedlich sein; *Brandstetter* unternimmt dabei in seinem Buch den Versuch einer Auflistung von wertschöpfenden Aufgaben, ausgehend vom Arbeitsrecht über das Vertragsmanagement bis hin zur Begleitung von Verwaltungsverfahren und zieht die richtige Schlussfolgerung: „*Wesentlich ist jedoch, dass auch der Unternehmensjurist zum Geschäftserfolg des Unternehmens unmittelbar beiträgt.*“⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ *Brandstetter*, S. 6. Der Begriff „Legal Value Engineering“ ist dabei eine Ableitung aus dem Begriff „Value Engineering“ den er definiert mit: Systemoptimierung der Ergebnisse eines Geschäftsprozesses durch Optimierung von Performanz und Kosten.

⁸⁹⁸ *Brandstetter*, S. 6.

Ein greifbares Beispiel dazu ist sicher Compliance, denn jegliches unternehmerisches Handeln erfolgt eben auf der Basis von Gesetzen, Regeln und sonstigen Normen, die sich stets verändern. Gerade hier zeigt sich, dass nur durch rechtstreues Handeln ein langfristiger, kaufmännischer Erfolg zu erzielen ist. An dem Maßstab der Wertschöpfung orientiert sich somit auch das rechtliche Risikomanagement durch den Syndikus. Ob dieser Beitrag des Syndikus tatsächlich wertschöpfend und damit auch messbar ist, lässt sich jedoch nicht ohne weiteres beweisen. Bei rein betriebswirtschaftlicher Betrachtung wäre dazu eine Kosten-Nutzen-Analyse notwendig, wonach die Wertschöpfung = Wirtschaftlichkeit dann gegeben ist, wenn der messbare Ertrag die messbaren Kosten überschreitet.⁸⁹⁹

Damit sich der Wertbeitrag des Syndikus für ein Risikomanagementsystem rechtlicher Risiken rechnet, muss also seine Wertschöpfung dauerhaft höher sein, als die verursachten Kosten. Unangenehmerweise ist es in der Regel aber sehr viel einfacher, die Kosten des Risikomanagements durch den Syndikus zu berechnen als den wertmäßigen Beitrag dessen zum Unternehmenserfolg. Dies liegt daran, dass nicht eingetretene Schadensereignisse durch vermiedene oder abgewälzte Risiken

⁸⁹⁹ Siehe dazu nur beispielhaft: *Wöhe/ Dörig/ Kaiser*.

kaum bezifferbar sind. Aber auch wenn der exakte Beitrag nicht auf den Eurocent genau berechnet werden kann, muss sich der Syndikus doch über Ansätze einer Wirtschaftlichkeitsberechnung eines Risikomanagementsystems Gedanken machen, um damit zumindest annäherungsweise einen realistischen Wertbeitrag zu ermitteln.⁹⁰⁰

⁹⁰⁰ so auch *Brandstetter*, S. 42.

b) Beispiel für Compliance-Risikomanagement durch die Rechtsabteilung – *Riskmapping*

Der Unternehmensjurist rückt somit stärker als je zuvor in die operative Rolle eines Managers. Eine mögliche, praktische Ausgestaltung zum systematischen Umgang mit Compliance-Risiken bietet die *Legal-Risk-Map*.

Legal Risk-Map																	
Risiko	Klassifizierung	Frühwarnindikator	Quantifizierbar				Qualifizierbar		Indikator		Risikobewertung			Risikoklasse			Steuerung
			Soll	Ist	Delta	Toleranz	Soll	Ist	Ja	Nein	S	W	V	A	B	C	
Gesetzliche Risiken																	
Corporate Governance	Marktrisiko	DCGK-Kommission					2	3		X	500	90%	450	450			kurzfristige Anpassung an die Empfehlungen und Anregungen des DCGK
Compliance		Börsentrends															
		Analysenerwartungen															
Ad-Hoc-Meldungen																	
	Marktberichte	Marktrisiko															
	Personen	Marktrisiko															
	Grossprojekte	Marktrisiko															
Insiderverzeichnis																	
	Vollständigkeit	Halftung															
	Richtigkeit	Halftung															
	Belehrung	Halftung															
Vertragliche Risiken																	
Projekt Mondli-B.P.																	
	Vertragsstrafen	Kosten	POC-Bewertung	1,00	0,57	0,43	0,15			X	150	50%	75	75		Monatliche Projektkontrolle	
	Termine	Kosten	Mitarbeiterfluktuation													Entlastungshinweise	
	Gewährleistung	Kosten														Beschleunigung	

Abbildung 17: Legal Risk-Map

Dazu zwei Beispiele:

Corporate Governanc -Compliance

Als ein potenzielles Risiko mit einem qualitativen Frühwarnindikator kann zum Beispiel die *Corporate Governance Compliance* des Unternehmens identifiziert werden. Wegen seiner unmittelbaren Auswirkung auf den Kapitalmarkt stellt es nach der eigenen Definition des Unternehmens ein bestandsgefährdendes Kapitalrisiko dar, das heißt das Haftungsrisiko durch Corporate Governance Verstöße zu einem potenziellen Bußgeld tritt gegenüber einem Abschlag auf auf den Börsenkurs zurück. Mögliche Frühwarnindikatoren sind die öffentlichen Diskussionen um die Weiterentwicklung des DCGK, veröffentlichte Börsentrends zur allgemeinen Corporate Governance Compliance in dem jeweiligen Marktsegment oder auch die von Analysten und Investoren adressierte Erwartungshaltung an die Kapitalmarktteilnehmer. Als vereinfachtes und pragmatisches Kriterium gibt das Unternehmen eine Bewertungsskala von 1 bis 3 vor, wobei der Skalenwert 1 für volle Compliance (*Full-Compliance*) steht, der Wert 2 für *Trend-Konformität (Trend-Conformity)* und der Wert 3 einen Stand unter dem Trend (*Below Trend*) signalisiert.

Um die bisherige Akzeptanz im Kapitalmarkt zu erhalten, hält das Unternehmen eine Trendkonformität (Wert 2) für unerlässlich; es wählt den Vorgabewert 2 als Sollwert. Aus einer internen Analyse der Einhaltung der DCGK-Empfehlungen und Anregungen folgt die Einschätzung, dass derzeit eine Untererfüllung gegenüber dem Trend vorliegt; das heißt der Zielerreichungsgrad liegt bei 3 und die Indikatoranalyse ergibt, dass der interne Vorgabewert von 2 nicht erreicht ist. Die derzeitige Corporate Governance Compliance des Unternehmens stellt somit für das Unternehmen ein tatsächliches Risiko dar, welches auch weiterhin beachtet werden muss.

Da der Kapitalmarkt auch künftig eine zumindest trendkonforme *Compliance* der börsennotierten Marktteilnehmer erwartet, wird das Eintrittsrisiko mit 90% bewertet. Die potenzielle Schadenshöhe wird durch einen Abschlag auf den Börsenkurs von 5% bewertet, das bedeutet bei einer Marktkapitalisierung von Euro 10.000.000,00 einen Wert (W) von Euro 500.000 = 500 Geldeinheiten (GE). Aus dem Produkt ergibt sich wiederum ein Schadenserwartungswert von 450 GE, was nach der hier angenommenen, eigenen Definition ein Risiko der Klasse A darstellt, also ein bestandsgefährdendes Risiko ist. Es sind in

dem Beispiel also umgehend Risikosteuerungsmaßnahmen zu veranlassen, um dem Risiko einer geringeren Marktkapitalisierung entgegen zu wirken. In Betracht kommende Risikosteuerungsmaßnahmen sind die kurzfristige Umsetzung der Anregungen und Empfehlungen des DCGK, von denen abgewichen wird, um zumindest eine Trendkonformität zu erzielen und damit das Eintrittsrisiko des Compliance-Verstoßes zu reduzieren.

AGG-Compliance:

Ein anderes Beispiel mit einem quantitativen Frühwarnindikator ist die AGG-Compliance, also das Risiko, dass die personalbezogenen Abläufe im Unternehmen „AGG-konform“ aufgestellt sind, damit sichergestellt ist, dass keine rechtswidrigen Benachteiligungen auftreten können. Das Risiko stellt –wie in Kapitel D beschrieben - ein potentielles Haftungs- und Kostenrisiko für das Unternehmens dar (Definition).

Ein möglicher Frühwarnindikator ist zum Beispiel die Mitarbeiterfluktuation, die einen direkten Einfluss auf das Risiko hat, dass AGG-Verstöße auftreten können. Eine hohe Fluktuation steigert das Risiko, dass – wenn auch ungewollt – rechtswidrige Benachteiligungen auftreten, die zu den oben

dargestellten Haftungsansprüchen führen können. Weitere quantitative Indikatoren für dieses Risiko sind die geplante Personalsteigerung im kommenden Geschäftsjahr, sowie der „Erfüllungsgrad“ des Unternehmens im Hinblick auf die Einführung AGG-konformer Geschäftsprozesse (Compliance-Wert „C“ auf einer Skala von 0 -1,00).

Der C-Wert wiederum ist abhängig von der Anzahl AGG-geschulter Mitarbeiter und einem nach objektiven Kriterien vom Unternehmen festgesetzten Wert für die Umsetzung sonstiger AGG-Anforderungen (Beschwerdestelle, Standards, Guidelines, u.ä.) Ein C-Wert von 1 bedeutet damit volle AGG-Compliance und jeder Wert darunter stellt ein Risiko dar, dass entweder Haftungsrisiken oder zusätzliche Umsetzungskostenrisiken entstehen. Dabei legt das Unternehmen eine Toleranzgröße als akzeptiertes Risiko fest sowie darunter liegende Stufen für Non-Compliance.

Beispiel:	C-Sollwert	= 1
	C-Toleranz	= 0,95
	C-Ist-Wert	= 0,80
	C-Abweichung	= 0,15

Eintrittswahrscheinlichkeiten:

bei C-Abweichung $> 0,06 - 0,20$: 50%

bei C-Abweichung $> 0,21 - 0,50$: 80%

bei C-Abweichung $> 0,51$: 100%

Das Unternehmen plant zum Beispiel mit einem C-Sollwert von 1 und einen C-Toleranzwert (bei 0,95) von 0,05; das bedeutet ein C-Wert von 0,80 überschreitet die Toleranzgrenze bereits um 0,15 Punkte. Bei einer Unterschreitung von 0,10 Punkten und mehr definiert das Unternehmen eine Eintrittswahrscheinlichkeit (E) von 50% und einem erwarteten Schadenswert (W) durch Haftungs- bzw. Kostenrisiken von Euro 250.000 (250 Geldeinheiten GE). Das Produkt aus (E) Eintrittswahrscheinlichkeit 50% und (W) 250 GE beträgt 125 GE und damit handelt es sich nach der Unternehmensdefinition um ein Risiko der Klasse B (mittleres Risiko).

Das Modell der Legal Risk Map erzeugt damit für den Betrachtungsbereich Compliance-Risiken messbare Risikokriterien und orientiert sich bei der Bewertung und Analyse der Risiken an dem allgemeinen Risikomanagementprozess, wie er in Kapitel C 3. beschrieben wurde. Die dargestellten Annahmen, wie z.B. Festlegung der

Soll- Ist- und Schwellenwerte oder auch die Risikoklassenbildung, sind fiktiv gewählt, können aber in der konkreten, praktischen Anwendung vom Unternehmensjuristen mit dem Management festgelegt werden.

Die Ausführungen im abschliessenden Kapitel E haben also gezeigt, dass der Unternehmensjurist und die Rechtsabteilung vor neuen Herausforderungen stehen, indem sie Verantwortung im Compliance-Risikomanagementprozess übernehmen. Die Rechtsabteilung hat im Vergleich zu anderen Stabsabteilungen wohl die meisten Kontakte mit den strategischen Zielen und den Unternehmensprozessen des operativen Tagesgeschäftes. Sie ist dadurch vor allem in die zukunftsgestaltenden Entscheidungsprozesse des Unternehmens aktiv eingebunden. Im Rahmen des Risikomanagements wird vom Syndikus erwartet, kontinuierlich die Risikolage des Unternehmens zu überschauen und genau dann einzuschreiten, wenn die Gefahr besteht, dass gesetzliche Vorgaben übersehen oder außer Acht gelassen werden. Diese Funktion verlangt vom Syndikus zunehmend Managementqualitäten, die er zusätzlich zu seiner Rolle als Rechtsberater des Unternehmens innehaben muss. Nur so kann der Unternehmensjurist gewährleisten, dass er an wertschöpfenden Themen im Unternehmen arbeitet und damit

wieder das Terrain zurück gewinnt, das er durch eine Reduzierung seiner Tätigkeit auf die reine Vertragsprüfung zu verlieren schien.

F. Zusammenfassung

Nach alledem können die zu Beginn der Arbeit gestellten Fragen nun wie folgt beantwortet werden:

1. *Compliance*-Risiken sind potentiell bestandsgefährdende Risiken und gehören trotz ihrer Besonderheiten wie andere ökonomisch Gefahren des Unternehmens in den Risikomanagementprozess im Sinne des KonTraG.
2. Compliance-Risiken können im allgemeinen Risikomanagementprozess identifiziert und bewertet und mit den geeigneten Maßnahmen beherrscht werden.
3. Der Syndikus kann diesen Prozess verantwortlich im Rahmen einer *Compliance*-Organisation steuern.

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft darf und soll weiterhin Risiken – auch existenzielle – eingehen, denn ohne diese Bereitschaft wird das dauerhafte Erwirtschaften von Erträgen kaum möglich sein. Allerdings muss das Unternehmen diese

Risiken durch ein angemessenes Überwachungssystem kontrollieren. Dann handelt der Vorstand rechtmäßig und zwar auch dann, wenn das Risiko sich verwirklicht und der wirtschaftliche Erfolg seiner Entscheidung ausbleibt oder das Geschäft völlig daneben geht. Der Gesetzgeber hat mit dem KonTraG ein Gegengewicht und Korrektiv zu diesem unternehmerischen Handlungsspielraum geschaffen und damit einen Teilbereich unternehmerischer Organisations- und Leitungspflicht besonders betont, nämlich das Risikomanagement. § 91 Abs. 2 AktG formuliert die unmissverständliche Aufforderung an den Vorstand zur Einführung eines geeigneten Risikomanagementsystems. Das Überwachungssystem stellt dem unverzichtbaren Freiraum unternehmerischen Handelns die Möglichkeit zur Früherkennung der Gefahren gegenüber und ermöglicht dadurch, dass noch rechtzeitig Gegenmaßnahmen eingeleitet werden können. Dies gilt sowohl für die typischen betriebswirtschaftlichen Risiken aber eben auch für die regulatorischen Compliance-Risiken.

Compliance-Risiken zählen trotz ihrer Unterschiede zu anderen unternehmerischen Risiken ebenso zu den potenziell bestandsgefährdenden Gefahren für ein Unternehmen. Der

Umfang von Compliance erfasst dabei nicht nur die externe Pflichtenbindung an die Vielfalt der für das Unternehmen geltenden Normen, sondern auch die Gesamtheit der internen Regeln und Richtlinien des Unternehmens. Verstöße sowohl gegen die externen aber auch die internen Regeln bergen ein erhebliches Schadenspotenzial für die Unternehmen und beeinflussen damit das Ermessen des Vorstands bei der Leitung- und Organisation des Unternehmens. Der Handlungsspielraum des Vorstands und auch der Mitarbeiter ist daher –anders wie zum Beispiel bei Markt- oder Finanzrisiken – stark eingeschränkt und wird maßgeblich durch die Legalitätspflicht bestimmt. Für Verstöße in diesem Bereich gibt es gerade keinen „sicheren Hafen“, der das Handeln rechtfertigt; sie sind und bleiben rechtswidrig da es zu rechtmäßigem Verhalten grundsätzlich keine Alternative gibt. Nachdem mittlerweile auch der Deutsche Corporate Governance Kodex dieses Prinzip klarstellt, gehört es zum Standard einer guten Unternehmensführung, angemessene und geeignete Maßnahmen im Unternehmen einzurichten, die das Risiko von Regelverletzungen verhindern.

Vor allem die Verrechtlichung des Kapitalmarktes und die unangemessen starke Bindung von Ressourcen an der

Sicherstellung von Compliance erfordert die Einbeziehung der Kapitalmarkt-Compliance in das Risikomanagementsystem des Unternehmens. Börsennotierte Unternehmen finden die Fülle kapitalmarktrechtlicher Neuregelungen einhellig als belastend, ohne dass ihnen ein konkreter Nutzen einleuchtet. Das Beispiel des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes (AnSVG) zeigt das Ausmaß des Risikos Kapitalmarkt-Compliance und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit in den Unternehmen brennglasartig. Ausgehend von weitgehend unklaren Rechtsbegriffen bietet das AnSVG umfangreiches Anschauungsmaterial für die Problematik der Unternehmen, sich uneingeschränkt rechtskonform zu verhalten.

Insgesamt allem wird man festhalten können, dass Compliance damit ein wichtiger Bestandteil eines angemessenen und geeigneten Risikomanagements ist. Diese Erkenntnis eröffnet dann auch die Möglichkeit, vorhandene Modelle aus dem Risikomanagement auf den Umgang mit Compliance-Risiken zu übertragen. Essenziell ist dabei vor allem, dass die organisatorischen Voraussetzungen im Unternehmen geschaffen werden, eine Compliance-Risikostrategie formuliert und vom Vorstand umissverständlich vorgelebt wird. Darüber hinaus müssen Kommunikationsstrukturen vorhanden sein, die eine

eindeutige und klare Behandlung risikorelevanter Informationen beinhalten. Ebenso notwendig sind klare Kompetenz- und Aufgabenverteilungen in der Compliance-Organisation, die ihrerseits sicherstellen, dass auftretende Risiken rechtzeitig erkannt und an die richtigen Organisations-Einheiten weitergeleitet werden. Der Risikomanagementprozess muss schließlich sicherstellen, dass keine einmalige Risiko-Inventur, sondern eine ständige Analyse, Steuerung und Überwachung von Risiken im Unternehmen stattfindet.

Compliance verursacht aber auch signifikante Kosten in den Unternehmen, die im Risikomanagementprozess zu berücksichtigen sind. Die Analyse der Gesamtrisikolage aus Compliance-Risiken erfordert daher auch die Betrachtung der kostenmäßigen Folgen auf die Ertragssituation des Unternehmens. Trotz vorhandener, gesetzlicher Grundlagen zu einer solchen Gesetzesfolgenabschätzung wird diese jedoch in Deutschland noch kaum praktiziert. Die Gesetzesfolgenabschätzung ist zwar auf Bundesebene und teilweise auch auf Landesebene rechtlich institutionalisiert, aber in der Praxis nicht über das Stadium von einigen Pilotprojekten hinausgekommen. Es bleibt daher den Unternehmen selbst überlassen, diese Risikobetrachtung vorzunehmen und jedes neu

am Horizont auftauchende Gesetz daraufhin zu untersuchen, welche Aufwendungen und Kosten entstehen. Das Beispiel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zeigt dies deutlich, indem es die Unternehmen zu einer Vielzahl von Maßnahmen unter der achtbaren Massgabe der Vermeidung arbeitsrechtlicher Benachteiligung verpflichtet. Wesentlichen Anteil an den Kosten haben die zur Risikovorsorge geforderten internen Schutzvorkehrungen des Unternehmens.

Schliesslich wurde gezeigt, dass der Unternehmensjurist die massgebliche Verantwortung im Compliance-Risikomanagementprozess übernehmen kann. Die Rechtsabteilung hat im Vergleich zu anderen Stabsabteilungen wohl die meisten Kontakte mit den strategischen Zielen, den Unternehmensprozessen des operativen Tagesgeschäfts und ist dadurch in die Entscheidungsprozesse des Unternehmens aktiv eingebunden. Der Syndikus muss kontinuierlich die Risikolage des Unternehmens überschauen und dann einzuschreiten, wenn die Gefahr besteht, dass gesetzliche Vorgaben übersehen oder außer Acht gelassen werden. Diese Funktion verlangt vom Syndikus zunehmend Managementqualitäten, die er zusätzlich zu seiner Rolle als Rechtsberater des Unternehmens innehaben muss. Nur so kann der Unternehmensjurist gewährleisten, dass

er an wertschöpfenden Themen im Unternehmen arbeitet und damit wieder das Terrain zurück gewinnt, das er durch eine Reduzierung seiner Tätigkeit auf die reine Vertragsprüfung zu verlieren schien.

Die Tätigkeit und Organisation der Rechtsabteilung befindet sich damit in jedem Fall am Anfang eines erheblichen Veränderungsprozesses, ausgelöst durch die sich wandelnden Anforderungen an eine moderne Rechtsabteilung, ihre strategische Ausrichtung und Organisation als Risikomanagementabteilung. In diesem Spannungsfeld ist der Unternehmensjurist gleichzeitig Berater und Entscheider. Er orientiert sich unmittelbar an der Wertschöpfung des Unternehmens, anstatt rein System erhaltende Tätigkeiten zu verrichten. Dieser Trend verlangt von der Rechtsabteilung, etablierte Abläufe und Strukturen zu hinterfragen und moderne, innovative Geschäftsprozesse für ein aktives Compliance-Risikomanagement zu implementieren.

G. Abbildungsverzeichnis

<i>Abbildung 1: Überblick der Risikobegriffe in der betriebswirtschaftlichen Literatur</i>	23
<i>Abbildung 2: Gesetzliche Grundlagen des Risikomanagements</i>	58
<i>Abbildung 3: 10-Punkt- Programm der Bundesregierung vom 25.Februar 2003</i>	151
<i>Abbildung 4: Insiderverzeichnis IDS Scheer AG</i>	172
<i>Abbildung 5: Rahmenbedingungen des Risikomanagements</i>	215
<i>Abbildung 6: Mögliche Risikoeinstellungen</i>	217
<i>Abbildung 7: Regelkreislauf Risikomanagement</i>	235
<i>Abbildung 8: Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos</i>	277
<i>Abbildung 9: Einschätzung des Schweregrads des Risikos</i>	280
<i>Abbildung 10: Eintrittswahrscheinlichkeit / Tragweite-Matrix</i>	285
<i>Abbildung 11: Prozess Risikosteuerung</i>	286
<i>Abbildung 12: Zunahme der Arbeitsbelastung durch die Gesetze zum Anlegerschutz</i>	324
<i>Abbildung 13 : Die Rolle der Rechtsabteilung nach dem Selbstverständnis des Syndikus</i>	378
<i>Abbildung 14: Verteilung der Kapazitäten auf Rechtsgebiete</i>	382
<i>Abbildung 15: Typische Probleme der Rechtsabteilung im Tagesgeschäft</i>	389
<i>Abbildung 16. Anforderungen des Managements an die Rechtsabteilung</i>	394
<i>Abbildung 17: Legal Risk-Map</i>	410

H. Literaturverzeichnis

Altenhain, Karsten: Die Neuregelung der
Marktpreismanipulation durch das vierte
Finanzmarktförderungsgesetz, in: BB
2002, 1874 ff.

Zitiert als:
Altenhain, BB
2002, 1874.

Adomeit, Klaus/ Mohr, Jochen:
Kommentar zum Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetz, Stuttgart 2007.

Zitiert als:
Adomeit/ Mohr.

Assmann, Hans-Dieter/ Schneider, Uwe
(Hrsg.): Wertpapierhandelsgesetz:
Kommentar, 4. Auflage, Köln 2006.

Zitiert als:
Bearbeiter in
Assmann/
Schneider.

Assmann, Heinz-Dieter/ Schütze, Rolf A.
(Hrsg.): Handbuch des
Kapitalanlagerechts, 3. Auflage, München
2007.

Zitiert als:
Assmann/
Schütze.

Baetge, Jörg/ Schulze, Dennis:
Möglichkeiten der Objektivierung der
Lageberichterstattung über „Risiken der
künftigen Entwicklung“ – ein Vorschlag
zur praktischen Umsetzung der vom
KonTraG verlangten Berichtspflichten, in:
DB 1998, 937 ff.

Zitiert als:
Baetge/ Schulze,
DB 1998, 937.

Baldwin, Robert/ Cave, Martin:
Understanding Regulation – Theory,
Strategy and Practice, Oxford 1994.

Zitiert als:
Baldwin/ Cave.

*Bauer, Jost-Hubertus/ Göpfert, Burkhard/
Krieger, Steffen:* Allgemeines
Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar, 2.
Auflage, München 2008.

Zitiert als: *Bauer/
Göpfert/ Krieger.*

Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred: GmbH-
Gesetz, Beck'sche Kurzkommentare, Bd.
20, 18. Auflage, München 2006.

Zitiert als:
*Bearbeiter in
Baumbach/
Hueck.*

BAWe/ Deutsche Börse AG (Hrsg.):
Leitfaden: Insiderhandelsverbote und Ad
hoc – Publizität nach dem
Wertpapierhandelsgesetz, 2. Auflage, Köln
2002.

Zitiert als: *BAWe.*

BDI e.V./ Pwc Deutsche Revision AG:
Corporate Governance in Germany,
Frankfurt/ Main 2002.

Zitiert als: *BDI.*

Becker, Stefan: Möglichkeiten einer
Institutionalisierung der Wirkungskontrolle
von Gesetzen, in: DÖV 2003, 287 ff.

Zitiert als:
*Becker, DÖV
2003, 287.*

Bertschinger, Peter/ Schaad, Martin: Der

Zitiert als:

amerikanische Sarbanes-Oxley Act of 2002, in: Der Schweizer Treuhänder 2002, 883 ff. *Bertschinger/ Schaad, Der Schweizer Treuhänder 2002, 883.*

Binder, Bruno/ Enzenhofer, Viktoria/ Leitl, Barbara/ Strehl, Franz: Kurzzusammenfassung der Studie zur Berechnung und Abschätzung der Folgekosten von Gesetzen in Österreich, 1999. Zitiert als: *Binder/ Enzenhofer/ Leitl/ Strehl.*

Bissel, Carsten: Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit, Erlangen 1995. Zitiert als: *Bissel.*

Bitz, Horst: Risikomanagement nach KonTraG: Einrichtung von Frühwarnsystemen zur Effizienzsteigerung und zur Vermeidung persönlicher Haftung, Stuttgart 2000. Zitiert als: *Bitz.*

Böhme, Harry: Prozessieren einmal anders – Unternehmensjuristen als Gestalter innerbetrieblicher Strukturen, Vortragsmanuskript Unternehmensjuristentage, Berlin 2004. Zitiert als: *Böhme.*

Böhret, Carl/ Konzendorf, Götz: Handbuch der Gesetzesfolgekostenabschätzung Zitiert als: *Böhret/*

(GFA): Gesetze, Verordnungen,
Verwaltungsvorschriften, Baden-Baden
2001.

Konzendorf.

Böhret, Carl: Bessere Rechtsvorschriften
durch Gesetzesfolgekostenabschätzung, in:
Verwaltung und Management 2006, Heft
12, 284 ff.

Zitiert als:
Böhret,
Verwaltung und
Management
2006, 284.

Brandstetter, Franz: Die Rechtsabteilung
und ihr Beitrag zum Unternehmenserfolg,
Wien 2005.

Zitiert als:
Brandstetter.

Brennan, Geoffrey/ Buchanan, James M.:
The Reason of Rules: Constitutional
Political Economy, Cambridge 1985.

Zitiert als:
*Brennan/
Buchanan.*

Bross, Nikolaus: Keine Angst vor dem
arbeitsrechtlichen Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetz?, in: Infoline 02/
2007, <http://www.bfd.de>.

Zitiert als: *Bross,*
Infoline 2007.

Buchhagen, Verena/ Koall, Iris (Hrsg.):
Diversity Outlooks, Hamburg 2007.

Zitiert als:
*Bearbeiter in
Buchhagen/
Koall.*

Bühler, Peter/ Schweizer, Markus: Was
bedeutet der Sarbanes-Oxley-Act für die

Zitiert als:
Bühler/

- Swiss Corporate Governance?, in: Der Schweizer Treuhänder 2002, 997 ff. *Schweizer, Der Schweizer Treuhänder 2002, 997.*
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin):* Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bonn 2003. Zitiert als: *Bafin.*
- Bundesministerium der Justiz:* Bekanntmachung des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 14. November 2002, Berlin 2002. Zitiert als: *Bundesministerium der Justiz.*
- Bundesministerium des Innern (Hrsg.):* Moderner Staat – moderne Verwaltung, Berlin 2000. Zitiert als: *Bundesministerium des Innern.*
- Burger, Anton/ Buchhart, Anton:* Risiko-Controlling, München 2002. Zitiert als: *Burger/ Buchhart.*
- Bürgers, Tobias:* Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, in: BKR 2004, Heft 11, 424 ff. Zitiert als: *Bürgers, BKR, 424.*
- Bürkle, Jürgen:* Corporate Compliance - Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG?, in: BB 2005, 565 ff. Zitiert als: *Bürkle, BB 2005, 565.*

Bürkle, Jürgen: Corporate Compliance als Standard guter Unternehmensführung des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: BB 2007, 1797 ff

Zitiert als:
Bürkle, BB 2007,
1797.

Cahn, Andreas: Das neue Insiderrecht, in: Der Konzern 2005, 5 ff.

Zitiert als: *Cahn*,
Der Konzern
2005, 5.

Charité, Daniel/ Kirkegaard, Peter Bay/ Svensson, Gunilla/ Greve, Jostein: Das Standard Kostenmodell – Konzept zur Definition und Quantifizierung des Verwaltungsaufwandes für Unternehmen durch staatliche Regulierung, Berlin 2005.

Zitiert als:
Charité/ Kirkegaard/ Svensson/ Greve.

Claussen, Carsten-Peter: Wie ändert das KonTraG das Aktiengesetz, in: DB 1998, 177 ff.

Zitiert als:
Claussen, DB
1998, 177.

Claussen, Carsten-Peter: Der Corporate Governance Kodex aus der Perspektive der kleinen und mittleren Börsen AG, in: DB 2005, 1199 ff.

Zitiert als:
Claussen, DB
2005, 1199.

Committee of European Securities Regulators: Konsultationspapier CESR/ 04-505 „Market Abuse Directive Level 3 - preliminary CESR guidance and information on the common opinion of the

Zitiert als: *CESR*.

directive“, vom 28.10.2004, www.cesr-eu.org.

Dauner-Lieb, Barbara: Unternehmerische Tätigkeit zwischen Kontrolle und Kreativität, Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Köln 2005

Zitiert als:
Dauner-Lieb

DEBR (Directors of Better Regulation Group): A comparative analysis of Regulatory Impact Assessment in ten EU countries, Dublin 2004.

Zitiert als: *DEBR*.

Diekgräf, Robert: Sonderzahlungen an opponierende Kleinaktionäre im Rahmen von Anfechtungs- und Spruchstellenverfahren : unter besonderer Berücksichtigung der Frage einer Zahlungsbefugnis der betreffenden AG, Heidelberg 1990.

Zitiert als:
Diekgräf.

Diekmann, Hans/ Sustmann, Marco: Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG), in: NZG 2004, Heft 20, 929 ff.

Zitiert als:
Diekmann/ Sustmann, NZG 2004, 929.

Dolmans, Maurits/ Eichler, Helmut/ Müller-Ibold, Till: Die Sicherung des „Legal Privilege“ im Gemeinschaftsrecht,

Zitiert als:
Dolmans/ Eichler/ Müller-Ibold, AnwBl.

in: AnwBl. 1999, 493 ff.

1999, 493.

Dörner, Dietrich (Hrsg.): Praxis des Risikomanagements: Grundlagen, Kategorien, branchenspezifische und strukturelle Aspekte, Stuttgart 2000.

Zitiert als:
Bearbeiter in Dörner.

Dörner, Dietrich/ Bischof, Stefan: Zweifelsfragen zur Berichterstattung über die Risiken der künftigen Entwicklung im Lagebericht, in: Die Wirtschaftsprüfung 1999, 445 ff.

Zitiert als:
Dörner/ Bischof, Die Wirtschaftsprüfung 1999, 445.

Dörner, Dietrich/ Menold, Dieter/ Pfitzer, Norbert (Hrsg.): Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und Prüfung, 2. Auflage, Stuttgart 2003.

Zitiert als:
Bearbeiter in Dörner/ Menold/ Pfitzer.

Dreher, Meinrad: Kartellrechtscompliance – Voraussetzungen und Rechtsfolgen ... Maßnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts, ZWeR 2004, 75 ff.

Zitiert als:
Dreher, ZWeR 2004, 75.

Dreher, Meinrad: Kartellrechtscompliance in der Versicherungswirtschaft, in: VersR 2004, 1.

Zitiert als:
Dreher, VersR 2004, 1.

Drygala, Tim/ Drygala, Anke: Wer braucht ein Frühwarnsystem?, in: ZIP 2000, 297 ff.

Zitiert als:
Drygala/ Drygala, ZIP

2000, 297.

Eggemann, Gerd/ Konradt, Thomas:
Risikomanagement nach KonTraG aus
dem Blickwinkel des Wirtschaftsprüfers,
in: BB 2000, 503 ff.

Zitiert als:
*Eggemann/
Konradt, BB*
2000, 503.

Ehrat, Felix R. (Hrsg.): Management &
law, Basel 2003.

Zitiert als:
Bearbeiter in
Ehrat.

Eisele, Dieter: Insiderrecht und
Compliance, WM 1993, 1021 ff.

Zitiert als: *Eisele,*
WM 1993, 1021.

Emmerich, Gerhard/ Schaum, Wolfgang:
Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act auf
deutsche Abschlussprüfer –
Berufsaussicht, Registrierung,
Unabhängigkeit, in: Die
Wirtschaftsprüfung 2003, 677 ff.

Zitiert als:
*Emmerich/
Schaum, Die*
Wirtschaftsprüfung
2003, 677.

*Erbs, Georg/ Kohlhaas, Max/ Ambs,
Friedrich (Hrsg.):* Strafrechtliche
Nebengesetze, Beck'sche
Kurzkommentare, Band 4, München 2007.

Zitiert als:
Bearbeiter in
Erbs/ Kohlhaas.

*Ernst, Christoph (Hrsg.) / Seibert, Ulrich/
Stuckert, Fritz:* KonTraG, KapAEG,
StückAG, EuroEG: Gesellschafts- und

Zitiert als: *Ernst/
Seibert/ Stuckert,*
Gesellschafts-

Bilanzrecht, Düsseldorf 1998.

und Bilanzrecht.

Esser-Wellié, Michael: Das deutsche und europäische Kartellrecht, Vortrag EUROFORUM, Unternehmensjuristentag 2008.

Zitiert als: *Esser-Wellié*.

Faßhauer, R./ Fieser, H./ Koschowsky, A.: Konzept für den Aufbau eines Risikomanagementsystems (RMS) unter Berücksichtigung der Anforderungen durch das KonTraG, in: *Interne Revision* 1999, Heft 4, 185 ff.

Zitiert als:
Faßhauer/ Fieser/ Koschowsky.

Feddersen, Dieter/ Hommelhoff, Uwe/ Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Corporate governance: Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht, Köln 1996.

Zitiert als:
Feddersen/ Hommelhoff/ Schneider.

Fiege, Stefanie: Risikomanagement- und Überwachungssystem nach KonTraG: Prozess, Instrumente, Träger, Wiesbaden 2006.

Zitiert als: *Fiege*.

Fleischer, Holger: Zur Leitungsaufgabe des Vorstandes im Aktienrecht, ZIP 2003, 1ff.

Zitiert als:
Fleischer, ZIP 2003, 1.

Fleischer, Holger:
Vorstandsverantwortlichkeit und
Fehlverhalten von
Unternehmensangehörigen, AG 2003, 291
ff.

Zitiert als:
Fleischer, AG
2003, 291.

Fleischer, Holger: Die „Business
Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur
Kodifizierung, in: ZIP 2004, 685 ff.

Zitiert als:
Fleischer, ZIP
2004, 685.

Fleischer, Holger: Aktienrechtliche
Legalitätspflicht und „nützliche“
Pflichtverletzungen von
Vorstandsmitgliedern, in: ZIP 2005, 141 ff.

Zitiert als:
Fleischer, ZIP
2005, 141.

*Förschle, Gerhart/ Glaum, Martin/
Mandler, Udo:* Gesetz zur Kontrolle und
Transparenz im Unternehmensbereich –
Umfrage unter Führungskräften
börsennotierter Unternehmungen, in: DB
1998, 889 ff.

Zitiert als:
*Förschle/ Glaum/
Mandler, DB*
1998, 889.

Forster, Karl-Heinz: MG, Schneider,
Balsam und die Folgen - was können
Aufsichtsräte und Abschlußprüfer
gemeinsam tun?, in: AG 1995, 1 ff.

Zitiert als:
Forster, AG
1995, 1.

*Füser, Karsten/ Gleißner, Werner/ Meier,
Günter:* Risikomanagement (KonTraG) –
Erfahrungen aus der Praxis, in: DB 1999,

Zitiert als: *Füser/
Gleißner/ Meier,*

753 ff.

DB 1999, 753.

Gabler Wirtschaftslexikon: Die ganze Welt der Wirtschaft: Betriebswirtschaft, Volkswirtschaft, Recht und Steuern, Band 2, März 2005.

Zitiert: *Gabler* Wirtschaftslexikon, S.

Gehb, Jürgen/ Heckelmann, Martin: Haftungsfreistellung von Vorständen, in ZRP 2005, 145 ff.

Zitiert als: *Gehb/ Heckelmann*, ZRP 2004, 145.

Geiß, Karlmann (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof : Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000.

Zitiert als:
Bearbeiter in Geiß.

Gerke, Wolfgang: Gestopptes KapInHaG träge Manager an sensibler Stelle – Die Intervention der Lobbyisten ist zu Unrecht erfolgreich, in: BB 2004, Heft 46, 3 ff.

Zitiert als: *Gerke*, BB 2004, 3.

Gilb, Tom: Principles of Software Engineering Management, Wokingham 1988.

Zitiert als: *Gilb*.

Gleißner, Werner/ Füser, Karsten: Moderne Frühwarn- und Prognosesysteme für Unternehmensplanung und

Zitiert als:
Gleißner/ Füser,

Risikomanagement, in: DB 2000, 933 ff. DB 2000, 933.

Golsong, Dominique: Impact of Globalization on Legal Management – Proactivity or Reactivity, Basel 2003. Zitiert als: *Golsong*.

Götz, Wolfgang: Das Risikofrüherkennungssystem des § 91 II AktG in rechtlicher Sicht, NJW-Sonderheft, (Beilage zur NVwZ), 2001, S 21. Zitiert als: *Götz*

Götz, Heinrich: Das Berufsbild des unternehmensangehörigen Wirtschaftsjuristen (Syndikus), in: JuS 1983, 565 ff. Zitiert als: *Götz*, JuS 1983, 565.

Grimm, Christoph: Gesetzesfolgenabschätzung – Möglichkeiten und Grenzen – aus der Sicht des Parlaments, in: ZRP 2000, 87 ff. Zitiert als: *Grimm*, ZRP 2000, 87.

Hadding, Walther: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984: Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin 1984. Zitiert als: Bearbeiter in *Hadding*.

Hagen, Klaus/ Weber, Peter W. (Hrsg.): Zitiert als: *Bearbeiter in*

Der Controlling-Berater, Heft 6, 2001.

Hagen/ Weber.

Hahn, Dietger: Controllingkonzepte: Planung und Kontrolle – Planungs- und Kontrollsysteme, Planungs- und Kontrollrechnung, Wiesbaden 1996.

Zitiert als: *Hahn.*

Hahn, Klaus/ Weber, Stefan/ Friedrich, Jörg: Ausgestaltung des Risikomanagementsystems in mittelständischen Unternehmen, in: BB 2000, 2620 ff.

Zitiert als: *Hahn/ Weber/ Friedrich,* BB 2000, 2620.

Harnacke, Ulrich: BDO Deutsche Warentreuhand AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Vortrag auf Unternehmensjuristentage 2005.

Zitiert als: *Harnacke.*

Harrant, Horst/ Hemmrich, Angela: Risikomanagement in Projekten, München 2004.

Zitiert als: *Harrant/ Hemmrich.*

Hartmann, Michael: Juristen in der Wirtschaft: eine Elite im Wandel, München 1990.

Zitiert als: *Hartmann.*

Hartmann, Peter: Institutionelle Möglichkeiten der Gesetzesfolgekostenabschätzung, in: ZG

Zitiert als: *Hartmann,* ZG 2003, 74.

2003, 74 ff.

Hauschka, Christoph E. (Hrsg.): Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München 2007.

Zitiert als:
Bearbeiter in Hauschka.

Hauschka, Christoph E.: Compliance am Beispiel der Korruptionsbekämpfung – Eine Erwiderung aus der Praxis auf Uwe H. Schneiders Vorschläge, in: ZIP 2004, 877 ff.

Zitiert als:
Hauschka, ZIP 2004, 877.

Hauschka, Christoph E.: Corporate Compliance – neue Aufgaben und Chancen für den Unternehmensjuristen, Vortrag EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2007.

Zitiert als:
Hauschka, EUROFORUM 2007.

Hauschka, Christoph E.: Corporate Compliance – Unternehmensorganisatorische Ansätze zur Erfüllung der Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern, in: AG 2004, 461 ff.

Zitiert als:
Hauschka, AG 2004, 461.

Heidel, Thomas (Hrsg.): Aktienrecht: Aktiengesetz, Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht, Steuerrecht, Europarecht, Bonn 2003.

Zitiert als:
Bearbeiter in Heidel.

Henning, Michael: Organisation und Strategie der Rechtsabteilung im Fokus von Qualität und Effizienz: Otto Henning-General-Counsel-Benchmarking-Report, Offenbach 2005.

Zitiert als:
Henning.

Henze, Hartwig: Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft – Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs, in: NJW 1998, 3309.

Zitiert als: *Henze*, NJW 1998, 3309.

Hermann, Dirk Christian: Strategisches Risikomanagement kleiner und mittlerer Unternehmen, Berlin 1996.

Zitiert als:
Hermann.

Hermann, Hans Peter: Recht und Vernunft : Festschrift für Hans-Diether Imhoff, Frankfurt 1998.

Zitiert als:
Bearbeiter in Hermann.

Heussen, Benno/ Damm, Maximilian: Millenium Bug: Manager- und Beraterhaftung bei unterlassener Systemprüfung und Notfallplanung, in: BB 1999, 481 ff.

Zitiert als:
Heussen/ Damm, BB 1999, 481.

Hinterhuber, Hans H./ Sauerwein, Elmar (Hrsg.): Betriebliches Risikomanagement, Wien 1998.

Zitiert als:
Bearbeiter in Hinterhuber/ Sauerwein.

Hirsch, Hendrik: Der Erwerb eigener Aktien nach dem KonTraG unter besonderer Berücksichtigung der Bilanzierung eigener Aktien, Köln 2004.

Zitiert als:
Hirsch.

Hobbs, Peter: Professionelles Projektmanagement, 3. Auflage, München 2002.

Zitiert als: *Hobbs*.

Hoffjan, Andreas/ Bramann, Annehild: Empirische Erhebung der Gesetzesfolgekosten aus dem AGG, Dortmund 2007.

Zitiert als:
Hoffjan/
Bramann.

Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 2. Auflage, München 2007.

Zitiert als:
Bearbeiter in
MünchHdb/AG.

Hölscher, Reinhold/ Elfgen, Ralph (Hrsg.): Herausforderung Risikomanagement: Identifikation, Bewertung und Steuerung industrieller Risiken, Wiesbaden 2002.

Zitiert als:
Bearbeiter in
Hölscher/ Elfgen.

Holst, Jonny/ Holtkamp, Willy: Risikoquantifizierung und Frühwarnsystem auf Basis der Value at Risk-Konzeption, in: BB 2000, 815 ff.

Zitiert als: *Holst/*
Holtkamp, BB
2000, 815.

Holzborn, Timo/ Israel, Alexander: Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz – Die Veränderungen im WpHG, VerkPospG und BörsG und ihre Auswirkungen in der Praxis - , in: WM 2004, 1948 ff.

Zitiert als:
Holzborn/ Israel,
WM 2004, 1948.

Holzer, Peter/ Makowski, Andreas: Corporate Governance, in: DB 1997, 688 ff.

Zitiert als:
Holzer/
Makowski, DB
1997, 688.

Hommerich, Christoph/ Prütting, Hanns: Das Berufsbild des Syndikusanwalts, Bonn 1998.

Zitiert als:
Hommerich/
Prütting.

Hommerich, Christoph/ Prütting, Hanns: Eine Analyse der Berufssituation junger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, in: AnwBl. 11/ 1997, 22ff.

Zitiert als:
Hommerich/
Prütting, AnwBl.
1997, 22.

Hoor, Gerd: Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG, in: DStR 2004, 2104 ff.

Zitiert als: *Hoor,*
DStR 2004, 2104.

Hopp, Kai Ullrick: GmbH-Risikomanagement zur Unternehmenssicherung und Haftungsbegrenzung, Bonn 2001.

Zitiert als: *Hopp.*

- Hopt, Klaus J./ Teubner, Gunter (Hrsg.):* Corporate governance and directors' liabilities, Berlin 1985. Zitiert als: *Hopt/ Teubner.*
- Hopt, Klaus/ Wymeersch, Eddy:* Comparative corporate governance: essays and materials, Berlin 1997. Zitiert als: *Hopt/ Wymeersch.*
- Hornung, Karlheinz/ Reichmann, Thomas/ Diederich, Marc:* Risikomanagement Teil I – Konzeptionelle Ansätze zur pragmatischen Realisierung gesetzlicher Anforderungen, in *Controlling* 1999, Heft 7, 320 ff. Zitiert als: *Hornung/ Reichmann/ Diederich, Controlling* 1999, 320.
- Hornung, Karlheinz/ Reichmann, Thomas/ Form, Stephan:* Risikomanagement, Teil II. Wertorientierung und KonTraG als Determinanten des Risikomanagements der Metallgesellschaft AG, in: *Controlling* 2000. Zitiert als: *Hornung/ Reichmann/ Form, Controlling* 2000, 153.
- Horst, Peter:* Outsourcing von Rechtsabteilungen, in: *BB* 1995, 1096. Zitiert als: *Horst, BB* 1995, 1096.
- Hsu, Peter Ch.:* Ad-hoc-Publizität: Bekanntgabe von kursrelevanten Tatsachen, ein Mindeststandard kapitalmarktgerechter Zitiert als: *Hsu.*

Unternehmenspublizität, Zürich 1999.

Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, Beck'sche
Kurzkommentare, Bd. 53, 7. Auflage,
München 2006.

Zitiert als: *Hüffer*.

Ibers, Tobias/ Hey, Andreas:
Risikomanagement, Rinteln 2005.

Zitiert als: *Ibers/
Hey*.

IDS Scheer AG: Geschäftsbericht 2006,
www.ids-scheer.com.

Zitiert als: *IDS
Scheer
Geschäftsbericht*.

IfM Bonn: Ermittlung bürokratischer
Kostenbelastungen in ausgewählten
Bereichen, Kurzfassung, Gutachten im
Auftrag des Bundesministeriums für
Wirtschaft und Technologie, Bonn 2006.

Zitiert als: *IfM*.

IHK Hamburg: Bürokratiekosten:
Unsinnige Vorschriften melden,
www.hk24.de.

Zitiert als: *IHK*.

Ihrig, Hans-Christoph: Reformbedarf beim
Haftungstatbestand des § 93 AktG, in:
WM 2004, 2098 ff.

Zitiert als: *Ihrig*,
WM 2004, 2098.

Imboden, Carlo: Risikohandhabung: Ein
Entscheidungsbezogenes Verfahren, Bern

Zitiert als:

1983.

Imboden.

Jacob, Herbert: Risiko-Management, Bd. 23, Wiesbaden 1986.

Zitiert als:
Bearbeiter in Jacob.

Jahn, Joachim: Unbefriedigend aber unumgänglich – Die Einstellung des „Mannesmann-Prozesses“, in: BB 2007, 3 ff.

Zitiert als: *Jahn,*
BB 2007, 3.

Janke, Georg: Risikomanagement – kann das Risikomanagement halten was es verspricht?, in: B+W 2000, Heft 22, 942.

Zitiert als: *Janke,*
B+W 2000, 942.

Janssen, Heino: Frühzeitige Erkennung und Vermeidung von Insolvenzrisiken in mittelständischen Unternehmen, Bremen 2000.

Zitiert als:
Janssen.

Jatzkowski, Astrid: Aufbruch-Stimmung, in: JUVE 2007, 55 ff.

Zitiert als:
Jatzkowski, JUVE
2007, 55.

Jatzkowski, Astrid: Vorbeugen statt haften, in: JUVE 2006, Heft 7, 12 ff.

Zitiert als:
Jatzkowski, JUVE
2006, 12.

Kajüter, Peter: Risikomanagement im

Zitiert als:

Konzern, Düsseldorf 2005.

Kajüter.

Kalsbach, Werner: Das Standesrecht des
Rechtsanwalts, Köln 1956.

Zitiert als:
Kalsbach.

Kasper, Helmut/ Mayrhofer, Wolfgang
(Hrsg.): Personalmanagement, Führung,
Organisation, Wien 1996.

Zitiert als:
Kasper/
Mayrhofer.

Kayser, Gunter/ Clemens, Reinhard
(Hrsg.): Bürokratiekosten kleiner und
mittlerer Unternehmen, Gutachten im
Auftrag des Bundesministeriums für
Wirtschaft und Arbeit, Wiesbaden 2004.

Zitiert als:
Kayser/ Clemens.

Keitsch, Detlef: Risikomanagement,
Stuttgart 2007.

Zitiert als:
Keitsch.

Kirchner, Michael: Risikomanagement:
Problemaufriss und praktische
Erfahrungen unter Einbeziehung eines sich
ändernden unternehmerischen Umfeldes,
München 2002.

Zitiert als:
Kirchner.

Kirschbaum, Tom/ Wittmann, Martin:
Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht:
Der Deutsche Corporate Governance
Kodex, in: JuS 2005, 1063 ff.

Zitiert als:
Kirschbaum/
Wittmann, JuS
2005, 1063.

Kirschhöfer, Christoph: Führung von Insiderverzeichnissen bei Emittenten und externen Dienstleistern, in: Der Konzern 2005, 22 ff.

Zitiert als: *Kirschhöfer*, Der Konzern 2005, 22.

Klar, Michael: Auswirkungen des Gesetzesvorhabens zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) auf die Prüfung von Nicht-Aktiengesellschaften, in: DB 1997, 688 ff.

Zitiert als: *Klar*, DB 1997, 688.

Klausing, Friedrich: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) nebst Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, Berlin 1937.

Zitiert als: *Klausing*.

Kleine-Cosack, Michael: Freiheit zum Zweitberuf: Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Anwaltszulassung, in: NJW 1993, 1289 ff.

Zitiert als: *Kleine-Cosack*, NJW 1993, 1289.

Kleine-Cosack, Michael: Syndikusanwälte zwischen Tabuisierung und Legitimierung, in: BB 2005, 2309 ff.

Zitiert als: *Kleine-Cosack*, BB 2005, 2309.

Kless, Thomas: Beherrschung der Unternehmensrisiken: Aufgaben und Prozesse eines Risikomanagements, in:

Zitiert als: *Kless*, DStR 1998, 93.

DStR 1998, 93 ff.

Knauer, Sabine: Neuregelungen des Depotstimmrechts nach dem KonTraG, praktische Bewährung und weitere Reformbedürftigkeit, Frankfurt/ Main 2003.

Zitiert als:
Knauer.

Kock, Martin/ Dinkel, Renate: Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen – Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, in: NZG 2004, 441 ff.

Zitiert als: *Kock/ Dinkel*, NZG 2004, 441.

Koller, Ingo/ Roth, Wulf-Henning/ Morck, Winfried (Hrsg.): Handelsgesetzbuch Kommentar, 6. Auflage, München 2007.

Zitiert als:
Bearbeiter in Koller/ Roth/ Morck.

Kolvenbach, Walter: The Company Legal Department: It's Role, Function and Organization, Kluwe-Deventer 1979.

Zitiert als:
Kolvenbach.

Konzendorf, Götz/ Wordelmann, Susanne/ Bölck, Susanne/ Veit, Sylvia: Milestones on the way to Better Regulation at the European Union level, Luxemburg 2005.

Zitiert als:
Konzendorf/ Wordelmann/ Bölck, Veit.

Kort, Michael: Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, in: NZG 2008, 81. Zitiert als: *Kort, NZG 2008, 81.*

Kosmider, Andreas: Controlling im Mittelstand: eine Untersuchung der Gestaltung und Anwendung des Controllings in mittelständischen Industrieunternehmen, Stuttgart 1994. Zitiert als: *Kosmider.*

KPMG-Deutsche Treuhand AG (Hrsg.): Integriertes Risikomanagement – Einführung und Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen, Reformen im Zeichen von Internationalität, Transparenz und Kontrolle, Berlin 1998. Zitiert als: *KPMG.*

Krause, Cornelia: Hoffentlich AGG versichert, in: Financial Times Deutschland, 02.01.2007 <http://www.ftd.de/politik/deutschland/146352>. Zitiert als: *Krause, FTD 02.01.2007.*

Kromschröder, Bernhard: Unternehmensbewertung und Risiko: der Einfluss des Risikos auf den subjektiven Wert von Unternehmensbeteiligungen im Rahmen einer optimalen Investitions- und Finanzierungspolitik des Investors, Berlin 1979. Zitiert als: *Kromschröder.*

Kromschröder, Bernhard/ Lück, Wolfgang: Zitiert als:
Grundsätze risikoorientierter *Kromschröder/
Unternehmensüberwachung*, in: DB 1998, *Lück*, DB 1998,
1573 ff. 1573.

Kropff, Bruno/ Semler, Johannes (Hrsg.): Zitiert als:
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz *Bearbeiter in
- §§ 76-117 AktG, MitbestG, §§ 76 MünchKomm
BetrVG 1952, Bd. 3, 2. Auflage, München AktG.
2003.*

Krystek, Ulrich: Neue Controlling- Zitiert als:
Aufgaben durch neue Gesetze?, in: krp *Krystek, krp
1999, Heft 3, 145 ff.* 1999, 145.

Kuhl, Karin/ Nickel, Johann-Peter: Zitiert als: *Kuhl/
Risikomanagement im Unternehmen – Nickel*, DB 1999,
Stellt das KonTraG neue Anforderungen 133.
an die Unternehmen, in: DB 1999, 133 ff.

Kupsch, Peter: Das Risiko im Zitiert als:
Entscheidungsprozess, Wiesbaden 1973. *Kupsch.*

Kuthe, Thorsten/ Rückert, Susanne/ Zitiert als: *Kuthe/
Sickinger, Mirko (Hrsg.):* Compliance- *Rückert/
Handbuch Kapitalmarktrecht: Publizitäts- Sickinger.
und Verhaltenspflichten für
Aktiengesellschaften, Heidelberg 2004.*

Lanfermann, Georg/ Maul, Silja: SEC-Ausführungsregelungen zum Sarbanes-Oxley-Act – Auswirkungen auf Rechnungslegung und Abschlussprüfung europäischer Unternehmen, in: DB 2003, 349 ff.

Zitiert als:
Lanfermann/ Maul, DB 2003, 349.

Lanfermann, Gerog/ Maul, Silja: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts in Deutschland, in: DB 2002, 1725ff.

Zitiert als:
Lanfermann/ Maul, DB 2002, 1725.

Lange, Knut Werner/ Wall, Friederike (Hrsg): Risikomanagement nach dem KonTraG: Aufgaben und Chancen aus betriebswirtschaftlicher und juristischer Sicht, München 2001.

Zitiert als:
Bearbeiter in Lange/ Wall.

Lingemann, Stefan/ Wasmann, Dirk: Mehr Kontrolle und Transparenz im Aktienrecht: Das KonTraG tritt in Kraft, in: BB 1998, 853 ff.

Zitiert als:
Lingemann/ Wasmann, BB 1998, 853.

Linnerz, Markus: Vom Anfechtungs- zum Haftungstourismus? Stellungnahme zur geplanten Neuregelung aktienrechtlicher Haftungsklagen, in: NZG 2004, 307 ff.

Zitiert als:
Linnerz, NZG 2004, 307.

Lorenz, Manuel: Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements, Zeitschrift Risk,

Zitiert als:
Lorenz, ZFRG

- Fraud, Governance (ZFRG) 2006, S. 5ff. 2006, 5.
- Lösler, Thomas*: Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht, in: NZG 2005, 104 ff. Zitiert als: *Lösler*, NZG 2005, 104.
- Lück, Wolfgang*: Elemente eines Risiko-Managementsystems. Die Notwendigkeit eines Risiko-Managementsystems durch den Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), in: DB 1998, 8 ff. Zitiert als: *Lück*, DB 1998, 8.
- Lück, Wolfgang*: Der Umgang mit unternehmerischen Risiken durch ein Risikomanagementsystem und durch ein Überwachungssystem – Anforderungen durch das KonTraG und Umsetzung in der betrieblichen Praxis, in: DB 1998, 1925 ff. Zitiert als: *Lück*, DB 1998, 1925.
- Lutter, Marcus*: Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 ff. Zitiert als: *Lutter*, ZIP 2007, 841.
- Marfording, Ingo W.*: Rechtsabteilung und Syndikus im Mittelstand: Risikomanagement bei IT-Verträgen, Köln 2007. Zitiert als: *Marfording*.
- Martin, Thomas/ Bär, Thomas*: Grundzüge Zitiert als:

des Risikomanagements nach KonTraG: *Martin/ Bär.*
das Risikomanagement zur
Krisenfrüherkennung nach § 91 AktG,
München 2002.

Maser, Stefan: Controlling in
mittelständischen Unternehmen:
Konzeption und Implementierung eines
betriebsgrößenadäquaten
Kostenrechnungssystems auf der Basis des
Tabellenkalkulationsprogramms EXCEL,
Renningen-Malmsheim 1998. Zitiert als: *Maser.*

Mengel, Anja / Hagemeister, Volker:
Compliance und Arbeitsrecht, in: BB
2006, 2466 ff. Zitiert als:
*Mengel/
Hagemeister, BB
2006, 2466.*

*Meinel, Gernod/ Heyn, Judith/ Herms,
Sascha:* Allgemeines
Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar,
München 2007. Zitiert als:
*Meinel/ Heyn/
Herms.*

Menzies, Christoph: Sarbanes-Oxley und
Corporate Compliance, Schäffer-Poeschel
Verlag, Stuttgart 2006 Zitiert als:
Menzies

Müller, Stefan: Das Allgemeine
Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in der
arbeitsrechtlichen Praxis, in: DÖD 2007, Zitiert als:
*Müller, DÖD
2007, 73.*

73 ff.

Müller-Gugenberger, Christian/ Bieneck, Klaus (Hrsg.): Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts, 3. Auflage, Münster 2000.

Zitiert als:
*Bearbeiter in
Müller-
Gugenberger/
Bieneck.*

Neubürger, Klaus W.: Chancen- und Risikobeurteilung im strategischen Management: die informatorische Lücke, Stuttgart 1989.

Zitiert als:
Neubürger.

Neumann, Horst: Aufbau eines Risikomanagementsystems - insbesondere eines Frühwarnsystems – als Anforderung der neuen gesetzlichen Regelungen zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), in: B + W 1998, 721.

Zitiert als:
*Neumann H., B +
W 1998, 721.*

Neumann, Jens: Die Rechtsabteilung im Unternehmen, in: AnwBl. 1991, 630 ff.

Zitiert als:
*Neumann, J.,
AnwBl. 1991,
630.*

Neumann, Jens: Hausanwalt oder Rechtsabteilung?, in: AnwBl. 1987, 404.

Zitiert als:
*Neumann, J.,
AnwBl. 1987,
404.*

Nickel, Rainer: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, veröffentlicht im Online-Dossier der Heinrich Böll Stiftung, <http://www.migrationboell.de>.

Zitiert als: *Nickel*.

Nijssen, André F. M./ Vellinga, Nico: A model to measure the administrative burdens of business, EIM Research Report, Zoetermeer 2002.

Zitiert als: *Nijssen/Vellinga*.

O'Meara, Barry: Insights into Successfully Managing the In-House Legal Function – an Insider's View, Hawskmere 2005.

Zitiert als: *O'Meara*.

Oberwetter, Christian: Ein Jahr AGG: erste Erfahrungen mit der Rechtsprechung, in: BB 2007, 1847 ff.

Zitiert als: *Oberwetter*, BB 2007, 1847.

Paefgen, Walter G.: Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002.

Zitiert als: *Paefgen*.

Paefgen, Walter G.: Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgment Rule im künftigen UMAG, in: AG 2004, 245 ff.

Zitiert als: *Paefgen*, AG 2004, 245.

Palandt, Otto (Hrsg.): Kommentar zum

Zitiert als:

BGB, Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 7, 67. Auflage, München 2008. *Bearbeiter in Palandt.*

Pirntke, Gunter: Das neue Gleichbehandlungsgesetz – ein Unternehmensrisiko?, Renningen 2007. Zitiert als: *Pirntke.*

Pollanz, Manfred: Ganzheitliches Risikomanagement im Kontext einer wertorientierten Unternehmensführung, in: DB 1999, 1277 ff. Zitiert als: *Pollanz, DB* 1999, 1277.

Pollanz, Manfred: Konzeptionelle Überlegungen zur Einrichtung und Prüfung eines Risikomanagements – Droht eine Mega-Erwartungslücke?, in: DB 1999, 393 ff. Zitiert als: *Pollanz, DB* 1999, 393.

Preis, Ulrich: Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 2. Auflage, Köln 2003. Zitiert als: *Preis.*

Preußner, Joachim/ Zimmermann, Dörte: Risikomanagement als Gesamtaufgabe des Vorstandes, in: AG 2002, 657 ff. Zitiert als: *Preußner/ Zimmermann, AG* 2002, 657.

Quast, Ingo: Die Rechtsstellung des Unternehmensjuristen in der Europäischen Union: ein Vergleich der Rechtsfigur des Zitiert als: *Quast.*

Syndikusanwalts mit der
anwaltsrechtlichen Situation
unternehmensangestellter Juristen in den
Mitgliedstaaten der Europäischen Union,
Bonn 2001.

Rappaport, Alfred: Shareholder Value –
Wertsteigerung als Maßstab für die
Unternehmensführung, Stuttgart 1995.

Zitiert als:
Rappaport.

Rehn, Joachim: Integrative Planungs- und
Kontrollsysteme für mittlere
Unternehmungen, München 1998.

Zitiert als: *Rehn*.

Röhricht, Volker: Das Gesellschaftsrecht
in der jüngsten Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofes, in RWS-Forum 10,
1997

Zitiert als:
Röhricht.

*Rühl, Wolfgang/ Schmid, Matthias/
Viethen, Hans Peter*: Allgemeines
Gleichbehandlungsgesetz: (AGG),
München 2007.

Zitiert als: *Rühl/
Schmid/ Viethen*.

Runzheimer, Bodo/ Wolf, Klaus:
Risikomanagement und KonTraG:
Konzeption und Implementierung, 4.
Auflage, Wiesbaden 2003.

Zitiert als:
*Runzheimer/
Wolf*.

Saitz, Bernd/ Braun, Frank (Hrsg.): Das

Zitiert als: *Saitz/*

- Kontroll- und Transparenzgesetz:
Herausforderungen und Chancen für das
Risikomanagement, Wiesbaden 1999. *Braun.*
- Schäfer, Frank A. (Hrsg.):*
Wertpapierhandelsgesetz, Börsengesetz
mit BörsZulV, Verkaufsprospektgesetz mit
VerkProspV - Kommentar, 2. Auflage,
Stuttgart 1999. *Zitiert als:*
Bearbeiter in
Schäfer.
- Schardey, Günter:* Hausanwalt oder
Rechtsabteilung?, in: AmwBl. 1987, 401
ff. *Zitiert als:*
Schardey,
AnwBl. 1987,
401.
- Schewe, Gerhard:*
Unternehmensverfassung: Corporate
Governance im Spannungsfeld von
Leitung, Kontrolle und
Interessenvertretung, Berlin 2005. *Zitiert als:*
Schewe.
- Schlittgen, Volker:* Die Ad-hoc-Publizität
nach § 15 WpHG. Heidelberg 1999. *Zitiert als:*
Schlittgen.
- Schmidt, Karsten:* Gesellschaftsrecht, 4.
Auflage, Köln 2002. *Zitiert als:*
Schmidt.
- Schmidt, Karsten/ Lutter, Marcus:*
Aktiengesetz: Kommentar, Bd. 1, Köln
Zitiert als:
Bearbeiter in

2008.

Schmidt/ Lutter.

Schneck, Ottmar: Management-Techniken: Einführung in die Instrumente der Planung, Strategiebildung und Organisation, 2. Auflage, Frankfurt/ Main 1996. Zitiert als: *Schneck.*

Schneider, Uwe: Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, in ZIP 2003, 645 ff. Zitiert als: *Schneider, U., ZIP 2003, 645.*

Schneider, Sven H.: Unternehmerische Entscheidung als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgement Rule, in: DB 2005, 707 ff. Zitiert als: *Schneider, DB 2005, 707.*

Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Anhang Konzernrecht, §§ 35-52, Teil 2, 10. Auflage, Köln 2007. Zitiert als: *Bearbeiter in Scholz.*

Schubert, Werner/ Hommelhoff, Peter: 100 Jahre modernes Aktienrecht, Berlin 1985. Zitiert als: *Schubert/ Hommelhoff.*

Schwintek, Sebastian: Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz: Neuregelungen im Wertpapierhandelsgesetz, Stuttgart 2005. Zitiert als: *Schwintek.*

Seibert, Ulrich: Das 10-Punkte-Programm „Unternehmensintegrität und Anlegerschutz“, in: BB 2003, 693 ff. Zitiert als: *Seibert*, BB 2003, 693.

Seibert, Ulrich/ Schütz, Carsten: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts - UMAG, in: ZIP 2004, 252 ff. Zitiert als: *Seibert/ Schütz*, ZIP 2004, 252.

Semler, Johannes: Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft, in: AG 2005, 321 ff. Zitiert als: *Semler*, AG 2005, 321.

Semler, Johannes (Hrsg.)/ Peltzer, Martin: Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, München 2005. Zitiert als: *Semler/ Peltzer*.

Senge, Lothar (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Auflage, München 2006. Zitiert als: *Bearbeiter in Karlsruher Komm.*

Sieg, Oliver/ Schramm, Tanja: D&O Berufshaftpflicht, in: PHI 2004, 68 f. Zitiert als: *Sieg/ Schramm*, PHI 2004, 68.

Sielaff, Christian: Konzipierung und Implementierung eines Zitiert als: *Sielaff*.

Risikomanagements in mittelständischen Unternehmen, Hamburg 2006.

Simon, Stefan: Die neue Ad-hoc-Publizität, in: *Der Konzern* 2005, 13 ff. Zitiert als: *Simon, Der Konzern* 2005, 13.

Spindler, Gerald: Kapitalmarktreform in Permanenz – Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, in: *NJW* 2004, 3449 ff. Zitiert als: *Spindler, NJW* 2004, 3449.

Spindler, Gerald: Unternehmensorganisationspflichten: Zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Regelungskonzepte, Köln 2001. Zitiert als: *Spindler*.

Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, München 2007. Zitiert als: *Bearbeiter in Spindler/ Stilz*.

Steinat, Nicole: Comply or explain: die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien, Halle 2005. Zitiert als: *Steinat*.

Suckow, Jens/ Schleusner, Aino/ Voigt, Burkhard: AGG: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Neuwied 2007. Zitiert als: *Suckow*.

Talaulicar, Till/ von Werder, Axel: Zu den Regulierungswirkungen des deutschen Corporate Governance Kodex, Berlin 2003. Zitiert als: *Talaulicar/ von Werder.*

Theisen, Manuel: Information und Beratung des Aufsichtsrates, 4 Auflage, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 2006: Zitiert als: *Theisen*

Thümmel, Roderich C: Organhaftung nach dem Referentenentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) – Neue Risiken für Manager?, in: DB 2004, 471 ff. Zitiert als: *Thümmel, DB* 2004, 471.

Thüsing, Gregor: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die Rolle der NGOs, Vortrag ADS Tagung 2006. Zitiert als: *Thüsing, ADS.*

Thüsing, Gregor: Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, in: NJW 2003, 3441 ff. Zitiert als: *Thüsing, NJW* 2003, 3441.

Thüsing, Gregor: Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht, in: ZfA 2001, 397 ff. Zitiert als: *Thüsing, ZfA* 2001, 397.

Tilch, Horst (Hrsg.): Deutsches Rechts-Lexikon, Q-Z, Teil 3, 3. Auflage, München 2001.

Zitiert als: *Tilch.*

Vaagt, Christoph: Die Rolle von IT in der Rechtsabteilung: Beitrag zur Workflowoptimierung, Risikominimierung, Wissensmanagement und Kommunikation, Vortrag EUROFORUM Unternehmensjuristentage 2005.

Zitiert als: *Vaagt, EUROFORUM 2005.*

Veit, Sylvia: Entpolitisierung staatlicher Regulierungsprozesse durch Gesetzesfolgekostenabschätzung, FoJus Diskussionspapier Nr. 3, Universität Potsdam 2005.

Zitiert als: *Veit.*

Versteegen, Gerhard (Hrsg.): Risikomanagement in IT-Projekten, Berlin 2003.

Zitiert als: *Versteegen.*

Vogler, Matthias/ Gundert, Mario: Einführung von Risikomanagementsystemen, in: DB 1998, 2377 ff.

Zitiert als: *Vogler/ Gundert, DB 1998, 2377.*

Vollmer, Arnd: Die Prüfung von Gesetzesentwürfen durch den französischen Conseil d'État: gibt es in

Zitiert als: *Vollmer.*

Deutschland funktional vergleichbare
Prüffragen?, Speyer 2005.

Vollmuth, Hilmar J.: Führungsinstrument
Controlling: Planung, Kontrolle und
Steuerung, Planegg 2001.

Zitiert als:
Vollmuth.

Von Buttlar, Julia: Director's Dealings:
Änderungsbedarf aufgrund der
Marktmissbrauchsrichtlinie, in: BB 2003,
2134 ff.

Zitiert als: *Von
Buttlar*, BB 2003,
2134.

Von Rosen, Rüdiger (Hrsg.): Kosten und
Nutzen der Regulierung börsennotierter
Unternehmen, Studien des Deutschen
Aktieninstituts, Heft 35, Frankfurt am
Main 2007.

Zitiert als: *von
Rosen*, Studien
2007.

Von Rosen, Rüdiger: Einführung und
Ausgestaltung von
Risikomanagementsystemen: Ergebnisse
einer Umfrage des Deutschen
Aktieninstituts und KPMG, Studien des
deutschen Aktieninstituts, Frankfurt/ Main
2000.

Zitiert als: *von
Rosen, KPMG.*

Von Werder, Axel: Der Deutsche Corporate
Governance Kodex – Grundlagen und
Einzelbestimmungen, in: DB 2002, 801 ff.

Zitiert als: *von
Werder*, DB
2002, 801.

Weber, Jürgen/ Weißenberger, Barbara E./ Liekweg, Arnim: Risk Tracking and Reporting, Vallendar 1999. Zitiert als: *Weber/ Weißenberger/ Liekweg.*

Weber, Jürgen/ Weißenberger, Barbara E./ Liekweg, Arnim: Ausgestaltung eines unternehmerischen Chancen- und Risikomanagements nach KonTraG, in: DStR 1999, 1710 ff. Zitiert als: *Weber/ Weißenberger/ Liekweg, DStR 1999, 1710.*

Weber, Martin: Die Entwicklung des Kapitalmarkts im Jahre 2004, in: NJW 2004, 3674. Zitiert als: *Weber, NJW 2004, 3674.*

Weber, Martin: Konkretisierung des Verbotes des Kurs- und Marktpreismanipulation, in: NZG 2004, 23 ff. Zitiert als: *Weber, NZG 2004, 23.*

Weidemann, Morten/ Wieben, Hans-Jürgen: zur Zertifizierbarkeit von Risikomanagementsystemen, in: DB 2001, 1789. Zitiert als: *Weidemann/ Wieben, DB 2001, 1789.*

Weiss, Susanne/Buchner, Markus: Wird das UMAG die Haftung und Inanspruchnahme der Unternehmensleiter verändern?, in: WM 2005, 162 ff. Zitiert als: *Weiss/ Buchner, WM 2005, 162.*

Weitekamp, Katja: Chancen-/
Risikomanagement als Führungsaufgabe
aus der Internen Revision, in:
Versicherungswirtschaft 1997, 1756 ff.

Zitiert als:
Weitekamp,
Versicherungswir-
tschaft 1997,
1756.

Wenger, Ekkehard/Terberger, Eva: Die
Beziehung zwischen Agent und Prinzipal
als Baustein einer ökonomischen Theorie
der Organisation, in: WiST 1998, Heft 10,
506 ff.

Zitiert als:
*Wenger/
Terberger*, WiST
1998, 506.

*Westermann, Harm Peter/Rosener,
Wolfgang (Hrsg.)*: Festschrift für
Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag,
Berlin 1991.

Zitiert als:
*Bearbeiter in
Westermann/
Rosener*.

Wiedemann, Herbert / Hopt, Klaus J.:
Aktengesetz : AktG ; Großkommentar,
Nachkommentierung, Berlin 2006.

Zitiert als:
*Bearbeiter in
Wiedemann/
Hopt*.

Wiedmann, Harald: Bilanzrecht:
Kommentar zu den §§ 238 – 342 a HGB,
2. Auflage, München 2003.

Zitiert als:
Wiedmann.

Wild, Jürgen: Grundlagen der
Unternehmensplanung, 4. Auflage,
Opladen 1982.

Zitiert als: *Wild*.

Wisskirchen, Gerlind: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: Auswirkungen auf die Praxis, 3. Auflage, Frechen 2007.

Zitiert als:
Wisskirchen.

Wöhe, Günter/ Döring, Ulrich/ Kaiser, Hans: Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 21. Auflage, München 2002.

Zitiert als: *Wöhe/ Döring/ Kaiser*.

www.faz.net: Anlegerschutzgesetz verunsichert die Unternehmen, 18.02.2005.

Zitiert als:
www.faz.net,
18.02.2005.

Ziemons, Hildegard: Neuerungen im Insiderrecht und bei der Ad-hoc-Publizität durch die Marktmissbrauchsrichtlinie und das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes, in: NZG 2004, Heft 12, 537 ff.

Zitiert als:
Ziemons, NZG
2004, 537.

Zimmer, Daniel: Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, in: NJW 1998, 3521 ff.

Zitiert als:
Zimmer, NJW
1998, 3521.

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Köln 2004.

Zitiert als:
Bearbeiter in Zöllner.