

# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	53
A. Problemaufriss	53
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	56
I. Beschränkung auf US-amerikanische Monitore	56
II. Maßgeblicher Monitorbegriff	57
C. Forschungsfragen	63
D. Gang der Untersuchung	63
<b>TEIL I: Entwicklung, rechtliche Grundlagen, Ausgestaltung, Fallbeispiele und Problemfelder des US-Monitors</b>	67
Kapitel 1: Grundlegendes zum US-Monitor	67
A. Entstehungsgeschichte	67
I. Vorläufer in der jüngeren Vergangenheit	67
II. Entstehung des heutigen Compliance-Monitors	73
B. Funktionen eines Compliance-Monitors	80
I. Obligatorische Überwachungsfunktion	80
II. Typische Unterstützungsfunktion	81
III. Typische Zertifizierungsfunktion	82
IV. Leitungs- und Untersuchungsfunktion im Ausnahmefall	83
C. Abgrenzung und Verhältnis zu verwandten Instrumenten	84
I. Self-Monitoring	84
II. Internal Investigations	85
III. Corporate Probation Officer	87
Kapitel 2: Rechtliche Grundlagen des US-Monitors	89
A. Strafverfahren	89
I. Überblick über die Strafverfolgung von Unternehmen in den USA	89
II. Fehlen einer gesetzlichen Regelung für Monitorships	95
III. Vereinbarungen als Rechtsgrundlage	95
IV. Corporate Probation als Rechtsgrundlage	115

V. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien	116
B. Zivilverfahren	118
I. Vorprozessuale Vergleichsvereinbarungen	119
II. Ancillary Reliefs und Cease and Desist Orders	119
III. Consent Decrees und Consent Orders	121
IV. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien	123
C. Best-Practice-Standards	124
D. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung	125
Kapitel 3: Ablauf und Ausgestaltung	126
A. Abschluss der Vergleichsvereinbarung	126
I. Entscheidung über die Einsetzung eines Compliance-Monitors	127
II. Stellung, Mandat und Kompetenzen des Monitors	135
III. Stellung und Kompetenzen der Behörde	150
IV. Dauer des Monitormandats	152
B. Auswahlverfahren, Qualifikation und Auswechslung des Monitors	154
I. Anforderungen an den Monitor	155
II. Auswahlverfahren	158
III. Auswechslung des Monitors	160
C. Abschluss des Monitorvertrags	161
I. Vertragsverhandlungen	161
II. Inhalt der Mandatsvereinbarung	162
D. Vorbereitung auf das Monitormandat	174
I. Verbesserung des Compliance-Systems	175
II. Einrichtung eines Project Management Office	175
III. Strukturierung und personelle Besetzung des Monitorteam	177
E. Durchführung des Monitorships	178
I. Arbeitspläne	179
II. „Initial Review“ und Bericht	182
III. „Follow-Up Reviews“ und Berichte	184
IV. Monitorberichte	186
V. Umgang mit Fehlverhalten	187

VI. Kommunikation zwischen Unternehmen, Monitor und Behörde	190
F. Abschluss des Monitorships	192
I. Zertifizierungsbericht und Zertifizierungsschreiben	192
II. Folgen der Zertifizierung	196
III. Verhältnis zu anderen Compliance-Zertifizierungen	197
Kapitel 4: Exemplarische Falldarstellungen	199
A. Daimler AG	199
I. Sachverhalt	200
II. Verlauf des Monitorships	201
III. Einordnung des Monitorships	204
B. Commerzbank AG	206
I. Sachverhalt	207
II. Verlauf des Monitorships	208
III. Einordnung des Monitorships	209
C. Bilfinger SE	210
I. Sachverhalt	210
II. Verlauf des Monitorships	211
III. Einordnung des Monitorships	216
D. Volkswagen AG	217
I. Sachverhalt	217
II. Verlauf des Monitorships	219
Kapitel 5: Ausgewählte Problemfelder	224
A. Regulierungstheoretischer Hintergrund und praktische Wirksamkeit eines Monitorships	225
I. Sanktionszwecke und Monitorships	225
II. Praktische Wirksamkeit eines Monitorships	236
B. Fehlender Erfahrungsaustausch zwischen den Monitorships	252
C. Geringe Publizität im Rahmen der Monitorships	254
I. Bedeutung der Publizität	254
II. Zugänglichkeit der Informationen nach US-amerikanischem Recht	258
D. Zweifelhafte Unabhängigkeit des Monitors gegenüber der US-Behörde	281

I. Bedeutung und Regelung der Unabhängigkeit in einem Monitorship	282
II. Einflussmöglichkeiten der Behörde und Beeinflussbarkeit des Monitors	283
III. Abhängigkeit der Unabhängigkeit vom Einzelfall	284
<b>TEIL II: US-Monitorships in deutschen Unternehmen</b>	287
Kapitel 6: Grundsätzliche Erwägungen zum Aktienrecht	288
A. Anwendbarkeit deutschen Aktienrechts	288
B. Zuständigkeitsverteilung im Rahmen des Monitorships und organisatorische Aspekte	289
I. Grundsätzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen	290
II. Abschluss der Vergleichsvereinbarung mit den US-Behörden	291
III. Monitorauswahl und Abschluss der Mandatsvereinbarung	300
IV. Durchführung des Monitorships	303
V. Ergebnis	327
C. Monitore und die Leitungs- und Geschäftsführungsverantwortung des Vorstands	328
I. Leitungsverantwortung des Vorstands	329
II. Geschäftsführungsverantwortung	370
Kapitel 7: Haftung des Monitors gegenüber der Gesellschaft	373
A. Denkbare Haftungsfälle	374
I. Überwachungsfunktion	374
II. Unterstützungsfunktion	374
III. Leitungsfunktion	375
IV. Zertifizierungsfunktion	375
B. Haftung nach deutschem Recht	375
I. Haftung des Monitors aus Vertrag	376
II. Haftung des Monitors als Organ nach dem Aktiengesetz	461
III. Haftung des Monitors nach Deliktsrecht	475
Kapitel 8: Haftung des Monitors gegenüber Dritten	490
A. Haftung nach §§ 823, 826 BGB	491

B. Haftung nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	494
I. Bestimmungsgemäße Leistungsnähe	495
II. Berechtigtes Gläubigerinteresse am Drittschutz	496
III. Zumutbarkeit einer Dritthaftung für den Schuldner und Schutzbedürftigkeit Dritter	500
IV. Zwischenergebnis	502
C. Vertrauenshaftung	502
D. Ergebnis	504
Kapitel 9: Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft	504
A. Relevante Anspruchsgrundlagen für die Vorstandshaftung	506
B. Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	507
I. Überblick über die Haftungsnorm	507
II. Untersuchung der einzelnen Haftungskonstellationen	508
Kapitel 10: Haftung des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft	626
A. Grundsätzliches zur Aufsichtsratshaftung im Rahmen eines Monitorships	627
B. Untersuchung ausgewählter Haftungskonstellationen	628
I. Teilnahme des Monitors an Aufsichtsratssitzungen sowie Offenlegung der Tagesordnungen und von sonstigen Informationen gegenüber dem Monitor	628
II. Abberufung von Vorstandsmitgliedern auf Empfehlung des Monitors	630
III. Vergütungsrückforderungen („Clawbacks“) im Kontext eines Monitorships	643
IV. Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand im Kontext eines Monitorships	659
Kapitel 11: Rechtspolitische Reaktionsmöglichkeiten gegenüber US-Monitorships	664
A. Völkerrechtliche Übereinkunft oder Konsultationen auf Exekutivebene	665
B. Blocking Statute	667
C. Schaffung eines Monitorinstruments im deutschen Recht	670

<b>TEIL III: Compliance-Monitore im deutschen Recht</b>	671
Kapitel 12: Bedeutung von Monitoren bei der Sanktionierung von Unternehmen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht	671
A. Einsetzung eines Compliance-Monitors als Sanktionsinstrument	672
I. Sanktionierung eines Unternehmens im Bußgeldverfahren nach §§ 30, 130 OWiG	672
II. Einstellung des Bußgeldverfahrens gegen Auflagen nach § 47 OWiG	673
III. Verständigung im Bußgeldverfahren nach dem OWiG	677
B. Berücksichtigung eines Monitors im Rahmen der Bußgeldbemessung oder Verfahrenseinstellung	684
I. Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen	685
II. Berücksichtigung eines Monitorships	686
C. Ergebnis	688
Kapitel 13: Vergleichbare Instrumente im deutschen Straf-, Aufsichts- und Gesellschaftsrecht	688
A. Straf- und Aufsichtsrecht	689
I. Bewährungshelfer	689
II. Sonderbeauftragter	692
III. Unternehmensbeauftragter	696
B. Aktien- und Handelsrecht	698
I. Sonderprüfer	699
II. Besonderer Vertreter	700
III. Abschlussprüfer	702
IV. Compliance-Beauftragter	704
C. Ergebnis	708
Kapitel 14: Ausblick auf die „sachkundige Stelle“ im VerSanG-E	709
<b>Teil IV: Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	715
<b>Literaturverzeichnis</b>	745
<b>Verzeichnis der zitierten Vergleichsvereinbarungen und sonstigen Rechtsgrundlagen von US-Monitorships</b>	785

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	41
<b>Einleitung</b>	53
A. Problemaufriss	53
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	56
I. Beschränkung auf US-amerikanische Monitore	56
II. Maßgeblicher Monitorbegriff	57
1. Annäherung an den Untersuchungsgegenstand	57
a) Enge Definitionen im „FCPA Resource Guide“ und in US-Gesetzentwürfen	58
b) Weite Definition in den „ABA Monitor Standards“	58
c) Gründe für die unterschiedlichen Definitionen	59
2. Monitordefinition in dieser Arbeit	60
3. Folgen für die Untersuchung	61
C. Forschungsfragen	63
D. Gang der Untersuchung	63
<b>TEIL I: Entwicklung, rechtliche Grundlagen, Ausgestaltung, Fallbeispiele und Problemfelder des US-Monitors</b>	67
Kapitel 1: Grundlegendes zum US-Monitor	67
A. Entstehungsgeschichte	67
I. Vorläufer in der jüngeren Vergangenheit	67
1. Institutional Reform Litigation	68
2. RICO-Verfahren	69
3. Independent Private Sector Inspector Generals	70
4. Receiverships und verwandte Instrumente	71
II. Entstehung des heutigen Compliance-Monitors	73
1. Organizational Guidelines und Pre-Trial Diversion Agreements	73
2. Geburt des Compliance-Monitors	76
3. Aufstieg des Compliance-Monitors	77

B. Funktionen eines Compliance-Monitors	80
I. Obligatorische Überwachungsfunktion	80
II. Typische Unterstützungsfunktion	81
III. Typische Zertifizierungsfunktion	82
IV. Leitungs- und Untersuchungsfunktion im Ausnahmefall	83
C. Abgrenzung und Verhältnis zu verwandten Instrumenten	84
I. Self-Monitoring	84
II. Internal Investigations	85
III. Corporate Probation Officer	87
Kapitel 2: Rechtliche Grundlagen des US-Monitors	89
A. Strafverfahren	89
I. Überblick über die Strafverfolgung von Unternehmen in den USA	89
1. Gesetzgebungskompetenz und wichtige allgemeine Regelungen	90
2. Unternehmensstrafbarkeit	90
3. Organisation der Strafverfolgungsbehörden und Richtlinienkompetenz	92
4. Weites Ermessen der Strafverfolgungsbehörden	93
II. Fehlen einer gesetzlichen Regelung für Monitorships	95
III. Vereinbarungen als Rechtsgrundlage	95
1. Vorprozessuale Vergleichsvereinbarungen	96
a) Deferred Prosecution Agreement	97
aa) Wesentlicher Inhalt eines DPA	97
(1) Finanzielle Sanktionen, Pflicht zur Kooperation und zur Verbesserung des Compliance-Systems	97
(2) Tatsachenfeststellungen	98
(3) Pflicht zu vergleichs- und rechtskonformem Verhalten	99
(4) Rechtsfolgen eines Verstoßes	100
bb) Erwägungen der Behörde zum Abschluss eines DPAs	101
cc) Umfang der gerichtlichen Beteiligung	104
(1) Zwingende Beteiligung der Gerichte aufgrund des Speedy Trial Acts	104



(2) Kontroverse über die Reichweite des gerichtlichen Prüfungs- und Überwachungsrechts	105
(3) Ausblick und Konsequenzen für Monitorships	107
b) Non-Prosecution Agreement	108
2. Plea Agreement	111
a) Inhalt und Rechtsgrundlagen	111
b) Verfahren	113
c) Erwägungen der Behörde zum Abschluss eines Plea Agreements	114
IV. Corporate Probation als Rechtsgrundlage	115
V. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien	116
B. Zivilverfahren	118
I. Vorprozessuale Vergleichsvereinbarungen	119
II. Ancillary Reliefs und Cease and Desist Orders	119
III. Consent Decrees und Consent Orders	121
IV. Rechtliche Ausgestaltung durch behördliche Richtlinien	123
C. Best-Practice-Standards	124
D. Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung	125
Kapitel 3: Ablauf und Ausgestaltung	126
A. Abschluss der Vergleichsvereinbarung	126
I. Entscheidung über die Einsetzung eines Compliance- Monitors	127
1. Memoranden	127
a) Reaktion auf das Fehlverhalten und Kooperation mit der US-Behörde	129
b) Verbesserung des Compliance-Systems und Nachweis der Funktionsfähigkeit	130
c) Charakter des Fehlverhaltens und des Compliance- Umfelds	131
d) Andere Monitorships und Aufsichtsmaßnahmen	132
e) Kosten und Belastungen des Monitorships	134
2. FCPA Resource Guide und Corporate Enforcement Policy	134

II. Stellung, Mandat und Kompetenzen des Monitors	135
1. Rechtliche Stellung	135
2. Umfang des Mandats	136
a) Maßgeschneidertes Mandat als Idealfall	136
b) Kaum konkretisiertes Mandat in der Realität	138
3. Kompetenzen	139
a) Informations- und Prüfungsrechte	140
b) Einwirkungsrechte	143
aa) Empfehlungen als zentrales Gestaltungsinstrument	143
(1) Grundsätzliches	144
(2) Typische Themenbereiche und Empfehlungsbeispiele aus der Praxis	144
(3) Verbindlichkeit der Empfehlungen	147
bb) Weitergehende Einwirkungs- oder Entscheidungsrechte	149
III. Stellung und Kompetenzen der Behörde	150
IV. Dauer des Monitormandats	152
B. Auswahlverfahren, Qualifikation und Auswechslung des Monitors	154
I. Anforderungen an den Monitor	155
1. Kriterienkatalog	155
2. Unabhängigkeit	156
II. Auswahlverfahren	158
III. Auswechslung des Monitors	160
C. Abschluss des Monitorvertrags	161
I. Vertragsverhandlungen	161
II. Inhalt der Mandatsvereinbarung	162
1. Spiegelung der Vergleichsvereinbarung	163
2. Regelungsgegenstände	164
a) Monitorberichte	164
b) Monitorteam und Rückgriff auf personelle Ressourcen des Unternehmens	165
c) Verfahren zur Offenlegung von Informationen	167
d) Kosten	168
aa) Vergütung und Auslagen	168
bb) Projizierung der Kosten	170
cc) Vereinbarung eines Budgets	170

e) Verschwiegenheitspflicht des Monitors und Kommunikation innerhalb des Unternehmens	172
f) Zeugenaussagen des Monitors in zivilrechtlichen Gerichtsverfahren	172
g) Haftungsfreistellung und -freizeichnung des Monitors	173
h) Anwendbares Recht und Verfahren zur Streitbeilegung	174
D. Vorbereitung auf das Monitormandat	174
I. Verbesserung des Compliance-Systems	175
II. Einrichtung eines Project Management Office	175
1. Aufbau und Besetzung	176
2. Aufgaben und Verfahren	176
III. Strukturierung und personelle Besetzung des Monitorteams	177
E. Durchführung des Monitorships	178
I. Arbeitspläne	179
1. Inhalt	179
2. Keine absolute Verbindlichkeit	181
3. Funktionen	181
II. „Initial Review“ und Bericht	182
III. „Follow-Up Reviews“ und Berichte	184
IV. Monitorberichte	186
V. Umgang mit Fehlverhalten	187
VI. Kommunikation zwischen Unternehmen, Monitor und Behörde	190
F. Abschluss des Monitorships	192
I. Zertifizierungsbericht und Zertifizierungsschreiben	192
1. Zertifizierungsvoraussetzungen	193
2. Zertifizierung unter Vorbehalt und Rechtsverstöße in der Endphase des Monitorships	195
II. Folgen der Zertifizierung	196
III. Verhältnis zu anderen Compliance-Zertifizierungen	197
Kapitel 4: Exemplarische Falldarstellungen	199
A. Daimler AG	199
I. Sachverhalt	200

II. Verlauf des Monitorships	201
III. Einordnung des Monitorships	204
1. Konflikte mit dem deutschen Recht und Auswirkungen auf Entscheidungen des Unternehmens	204
2. Freiwilliges Monitorship als Königsweg?	204
3. Nachhaltigkeit eines Monitorships und Unabhängigkeit des Monitors	206
B. Commerzbank AG	206
I. Sachverhalt	207
II. Verlauf des Monitorships	208
III. Einordnung des Monitorships	209
C. Bilfinger SE	210
I. Sachverhalt	210
II. Verlauf des Monitorships	211
III. Einordnung des Monitorships	216
D. Volkswagen AG	217
I. Sachverhalt	217
II. Verlauf des Monitorships	219
Kapitel 5: Ausgewählte Problemfelder	224
A. Regulierungstheoretischer Hintergrund und praktische Wirksamkeit eines Monitorships	225
I. Sanktionszwecke und Monitorships	225
1. Kein Vergeltungszweck	226
2. Abschreckungszweck	226
a) Einschränkung der Handlungsautonomie auf allen Unternehmensebenen	227
b) Höhe und schwere Kalkulierbarkeit der Kosten	228
c) Reputationsverlust	229
d) Erhöhung des Strafverfolgungsrisikos	230
e) Schlussfolgerungen	231
3. Besserungszweck	232
a) Zielgerichtete Compliance-Verbesserungen	232
b) Sicherstellung nachhaltiger und wirksamer Compliance-Verbesserungen	232
c) Verbesserung der Unternehmenskultur	234
d) Stärkung der internen Compliance-Funktion	235

4. Normbestätigungszweck	236
II. Praktische Wirksamkeit eines Monitorships	236
1. Fehlende Studien zu Monitorships und Ursachen für das Dunkelfeld	236
2. Rückschlüsse aus empirischen Untersuchungen zur Wirksamkeit von Compliance-Programmen?	242
3. Rückschlüsse aus einzelnen negativen Praxisbeispielen?	244
a) Rechtsverstöße oder sonstige Probleme außerhalb des begrenzten Monitormandats oder der Reichweite eines funktionierenden Compliance-Systems	245
b) Mangelnde Langzeitwirkung von Monitorships	247
c) „Too big to monitor“	248
d) Abhängigkeit der Wirksamkeit eines Monitorships von begleitenden Faktoren	249
4. Schlussfolgerungen	251
B. Fehlender Erfahrungsaustausch zwischen den Monitorships	252
C. Geringe Publizität im Rahmen der Monitorships	254
I. Bedeutung der Publizität	254
1. Informationsinteresse verschiedener Gruppen	255
2. Geheimhaltungsinteresse von Unternehmen, Monitor und Behörde	256
II. Zugänglichkeit der Informationen nach US-amerikanischem Recht	258
1. Rechtsgrundlagen	259
a) Freedom of Information Act	259
b) Common Law	262
c) First Amendment	263
2. Veröffentlichungspraxis und Rechtsprechung	263
a) Vergleichs- und Mandatsvereinbarungen	264
b) Informationen zum Auswahlverfahren und zur Identität der Monitore	265
aa) Veröffentlichungspraxis	265
bb) Gerichtsverfahren	266
c) Arbeitsprodukte des Compliance-Monitors	267
aa) Veröffentlichungspraxis	267
bb) Gerichtsverfahren	267
(1) AIG, Inc.	268
(2) Siemens AG	269

(3) HSBC Holdings Plc	272
(4) Volkswagen AG	275
(5) DePuy Orthopaedics, Inc.	277
cc) Schlussfolgerungen für Unternehmen	278
dd) Wege zur Berücksichtigung des öffentlichen Interesses	279
3. Ergebnis	280
D. Zweifelhafte Unabhängigkeit des Monitors gegenüber der US-Behörde	281
I. Bedeutung und Regelung der Unabhängigkeit in einem Monitorship	282
II. Einflussmöglichkeiten der Behörde und Beeinflussbarkeit des Monitors	283
III. Abhängigkeit der Unabhängigkeit vom Einzelfall	284
<b>TEIL II: US-Monitorships in deutschen Unternehmen</b>	287
Kapitel 6: Grundsätzliche Erwägungen zum Aktienrecht	288
A. Anwendbarkeit deutschen Aktienrechts	288
B. Zuständigkeitsverteilung im Rahmen des Monitorships und organisatorische Aspekte	289
I. Grundsätzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen	290
II. Abschluss der Vergleichsvereinbarung mit den US-Behörden	291
1. Grundsätzliche Abschlusszuständigkeit des Vorstands	291
2. Delegationsmöglichkeiten auf Ebenen unterhalb des Vorstands	292
a) Abschluss der Vergleichsvereinbarung	293
b) Verhandlungsführung	294
3. Einbindung des Aufsichtsrats in den Verhandlungs- und Entscheidungsprozess	295
a) Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats aufgrund der aktienrechtlichen Kompetenzordnung	295
b) Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts	296
c) Sonstige Einbindung des Aufsichtsrats	298

4. Ausnahmsweise Zustimmungsbedürftigkeit der Hauptversammlung	299
III. Monitorauswahl und Abschluss der Mandatsvereinbarung	300
1. Grundsätzliche Zuständigkeit des Vorstands	300
2. Einbindung des Aufsichtsrats bei der Monitorauswahl	302
3. Einbindung des Aufsichtsrats bei Abschluss der Mandatsvereinbarung	303
IV. Durchführung des Monitorships	303
1. Grundlegende Organisation des Monitorships	304
2. Austausch von Informationen mit dem Monitor	304
a) Delegationsmöglichkeiten des Vorstands	305
b) Ausnahmsweise Zuständigkeit des Aufsichtsrats	305
3. Umsetzung von Monitorempfehlungen und Aufklärung von Rechtsverstößen	306
a) Vorstand als primär zuständiges Organ	306
b) Überwachung durch den Aufsichtsrat	308
aa) Vergangenheitsbezogene Kontrolle	309
bb) Zukunftsbezogene Kontrolle	312
c) Originäre Zuständigkeit des Aufsichtsrats	312
aa) Umsetzung von Empfehlungen	313
bb) Aufklärung von Compliance-Verstößen von Vorstandsmitgliedern	313
(1) Aufklärungsverantwortung bei etwaigen Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern	314
(2) Schlussfolgerungen für die Zuständigkeitsverteilung im Kontext eines Monitorships	315
4. Organisatorische Besonderheiten im Kontext eines Monitorships	317
a) „Mitnutzung“ des PMO durch den Aufsichtsrat?	317
b) Separater Vorstandsausschuss für das Monitorship	318
c) Separater Aufsichtsratsausschuss für das Monitorship	320
d) Eigener Berater des Aufsichtsrats im Rahmen eines Monitorships	322
aa) Beratung des Aufsichtsrats und Mitberatung des Vorstands im Kontext eines Monitorships	323

bb) Kommunikationsbefugnis des Beraters des Aufsichtsrats gegenüber den Behörden	325
V. Ergebnis	327
C. Monitore und die Leitungs- und Geschäftsführungsverantwortung des Vorstands	328
I. Leitungsverantwortung des Vorstands	329
1. Leitungsbegriff im Aktiengesetz	329
2. Leitungsrelevanz der Monitortätigkeit	333
a) Erteilung von Empfehlungen gegenüber dem Vorstand	333
aa) Ausgestaltung des Compliance-Systems	333
(1) Compliance als Leitungsaufgabe	334
(2) Konkretisierung der leitungsrelevanten Compliance-Aspekte im Kontext eines Monitorships	337
bb) Geschäftspolitische Entscheidungen	340
cc) Personalentscheidungen	340
b) Weitergabe von sensiblen Unternehmensinformationen an Dritte	341
c) Überwachung des Unternehmens und Überprüfung von dessen Compliance-Organisation	344
d) Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Monitors	345
3. Vereinbarkeit der Einflussnahme des Monitors mit der Leitungsautonomie des Vorstands	345
a) Ausprägungen der eigenverantwortlichen Leitungsausübung	346
b) Einordnung der Monitortätigkeit	347
aa) Erteilung von Empfehlungen gegenüber dem Vorstand	348
(1) Keine Aufgabenübertragung an den Monitor	348
(2) Verstoß gegen das Verbot der Vorwegbindung?	348
(a) Grundsätzliche Vorwegbindung durch Abschluss der Vergleichsvereinbarung	349
(b) Nur faktische Verbindlichkeit der Empfehlungen	349



(aa) Fehlende rechtliche Durchsetzbarkeit vor US-Gerichten	350
(bb) Fehlende rechtliche Durchsetzbarkeit vor deutschen Gerichten	352
(c) Faktische Verbindlichkeit der Empfehlungen im Rahmen des Vorwegbindungsverbots ausreichend	353
(d) Steuernder Effekt bei Existenzgefährdung	354
(e) Konsequenzen für das Vorwegbindungsverbot	357
(f) Schwierige Grenzziehung durch das Vorwegbindungsverbot	359
(g) Reduzierung des Vorwegbindungsverbots auf seinen Kern	361
(h) Implikationen für das Empfehlungsrecht des Monitors	363
bb) Weitergabe von sensiblen Unternehmensinformationen	365
cc) Überprüfung des Compliance-Programms und Überwachung des Unternehmens auf die Einhaltung von Recht und Gesetz	366
dd) Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Monitors	367
4. Ergebnis	368
II. Geschäftsführungsverantwortung	370
1. Exemplarische Betrachtung der Aufklärung von Fehlverhalten im Unternehmen	370
2. Schlussfolgerungen und Ergebnis	372
Kapitel 7: Haftung des Monitors gegenüber der Gesellschaft	373
A. Denkbare Haftungsfälle	374
I. Überwachungsfunktion	374
II. Unterstützungsfunktion	374
III. Leitungsfunktion	375

IV. Zertifizierungsfunktion	375
B. Haftung nach deutschem Recht	375
I. Haftung des Monitors aus Vertrag	376
1. Anwendbares Recht bei vertraglichen Ansprüchen	376
2. Kein Rückgriff auf die Grundsätze der Anwaltshaftung	379
a) Parallele Diskussion bei unternehmensinternen Untersuchungen	380
b) Aufgabenwahrnehmung durch den US-Monitor als anwaltliche Tätigkeit	382
aa) Rechtliche Beratung durch den Monitor	383
bb) Keine rechtliche Beistandsgewährung durch den Monitor	384
3. Vertragsrechtliche Einordnung des Monitorvertrags	387
a) Charakteristische Leistungspflichten	387
aa) Pflichten des Unternehmens	388
bb) Pflichten des Monitors	389
(1) Typische Hauptleistungspflichten	389
(2) Unternehmen als Gläubiger dieser Pflichten?	390
b) Vertragsrechtliche Zuordnung der Hauptleistungspflichten	393
aa) Entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag	393
(1) Selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art	394
(2) Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen	394
bb) Dienst- oder Werkvertrag	398
cc) Zwischenergebnis	402
4. Bedeutung der unterschiedlichen Gewährleistungsrechte	403
5. Haftungsvoraussetzungen	404
a) Pflichtverletzung des Monitors	404
aa) Mangelhafte Erbringung des Werks	404
(1) Beurteilungsmaßstab für die Soll-Beschaffenheit	405
(2) Mögliche Sachmängel	406
(a) Unzutreffende, unfundierte, nicht aussagekräftige oder parteiische Prüfergebnisse	406

(b) Unpragmatische, unangemessene oder ungeeignete Empfehlungen	409
(c) Rechtswidrige Empfehlungen	410
(d) Unzutreffendes, unfundiertes, nicht aussagekräftiges oder parteiisches Zertifizierungsergebnis	411
bb) Verletzung von Nebenleistungs- und Nebenpflichten	412
(1) Grundsätzliche Pflicht zur rechtzeitigen Erbringung der Berichte	413
(2) Verschwiegenheitspflicht und Verwertungsverbot	413
b) Vertretenmüssen	414
c) Rechtsfolge	416
aa) Ersatzfähiger Schaden	416
bb) Haftungsausfüllende Kausalität und Zurechnung	417
(1) Willensentschluss des Unternehmens als unmittelbare Schadensursache	417
(2) Willensentschluss der Behörde als dazwischentretende Schadensursache	418
cc) Mitverschulden des Unternehmens	420
(1) Allgemeine Grundsätze im Rahmen von Beratungsverhältnissen	420
(2) Übertragbarkeit auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und Monitor?	421
(3) Risikoverteilung zwischen Unternehmen und Monitor	422
d) Zwischenergebnis	426
6. Haftungsausschlüsse und -beschränkungen sowie faktische Durchsetzungshindernisse	427
a) Haftungsausschluss durch Gesetz	427
b) Haftungsausschluss oder -beschränkung durch Vertrag	428
aa) Ausgestaltung in der Praxis	428
(1) Vergleichsvereinbarung	428
(2) Mandatsvereinbarung	430

bb) Grund und Problematik der Haftungsausschlüsse	431
(1) Mögliche Gründe für einen Haftungsausschluss	431
(2) Bewertung der Gründe	432
(3) Alternativen zur Haftung des Monitors als nicht ausreichendes Korrektiv	433
cc) Wirksamkeit der Haftungsausschlüsse und -beschränkungen nach deutschem Recht	435
(1) Haftungsausschluss oder -beschränkung durch Individualvereinbarung	436
(a) Keine Haftungsfreizeichnung bei vorsätzlichem oder arglistigem Handeln des Monitors (§§ 276 Abs. 3, 639 BGB)	437
(b) Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)	438
(aa) Bestehen einer Machtstellung des Monitors	440
(bb) Unangemessene Haftungsfreizeichnung	442
(aaa) Reichweite der Haftungsfreizeichnung	443
(bbb) Versicherbarkeit und Versicherung des Haftungsrisikos	445
(ccc) Fehlen einer entsprechenden Kompensation	447
(ddd) Zwischenergebnis	449
(cc) Ausnutzen der Machtstellung als maßgeblicher Grund	449
(dd) Zwischenergebnis	451
(c) Grenze von Treu und Glauben (§ 242 BGB)	451
(2) Haftungsausschluss oder -beschränkung durch AGB	453
(a) Wirksamkeitsgrenzen für Haftungsausschlüsse	453
(b) Wirksamkeitsgrenzen für Haftungsbeschränkungen	456

(c) Zwischenergebnis	457
d) Befürchtete Reaktion des US-amerikanischen Staates als faktisches Durchsetzungshindernis	457
aa) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen während des Monitorships	457
bb) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Abschluss des Monitorships	458
(1) Sanktionierung aufgrund eines Vergleichsverstoßes	458
(2) Sanktionierung unabhängig von einem Vergleichsverstoß	459
cc) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Abbruch des Monitorships	460
dd) Zwischenergebnis	460
7. Zwischenergebnis	460
II. Haftung des Monitors als Organ nach dem Aktiengesetz	461
1. Haftung als Organ nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	461
2. Haftung als faktisches Organ nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG analog	462
a) Kein faktisches Organ nach der Rechtsprechung	463
b) Differenzierte Betrachtung nach dem Schrifttum	463
aa) Eigenes Handeln im Außenverhältnis	464
bb) Gegenstand, Umfang, Intensität und Dauer der Einflussnahme	465
(1) Wahrnehmung von vorstands- oder aufsichtsratspezifischen Aufgaben durch den Monitor	467
(2) Wahrnehmung dieser Aufgaben in organtypischer Weise durch den Monitor	469
(a) Ausmaß und Intensität der Einflussnahme	469
(b) Dauer der Einflussnahme	473
c) Haftungsausschluss	474
d) Zwischenergebnis	475

III. Haftung des Monitors nach Deliktsrecht	475
1. Anwendbares Recht bei außervertraglichen Schuldverhältnissen	476
2. Haftung nach § 117 Abs. 1 AktG	476
a) Einfluss auf die Gesellschaft	477
b) Benutzung des Einflusses durch Bestimmen einer tatbestandsrelevanten Person	478
c) Schaden und Rechtswidrigkeit	480
d) Vorsatz	481
e) Ergebnis	483
3. Haftung nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG	483
4. Haftung nach § 839a Abs. 1 BGB	485
5. Haftung nach § 824 BGB	486
6. Haftung nach §§ 823, 826 BGB	488
Kapitel 8: Haftung des Monitors gegenüber Dritten	490
A. Haftung nach §§ 823, 826 BGB	491
B. Haftung nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	494
I. Bestimmungsgemäße Leistungsnähe	495
II. Berechtigtes Gläubigerinteresse am Drittschutz	496
1. Irrelevanz gegenläufiger Interessen	497
2. Berechtigtes Interesse des Unternehmens am Drittschutz	498
III. Zumutbarkeit einer Dritthaftung für den Schuldner und Schutzbedürftigkeit Dritter	500
IV. Zwischenergebnis	502
C. Vertrauenshaftung	502
D. Ergebnis	504
Kapitel 9: Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft	504
A. Relevante Anspruchsgrundlagen für die Vorstandshaftung	506
B. Haftung des Vorstands nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	507
I. Überblick über die Haftungsnorm	507

II. Untersuchung der einzelnen Haftungskonstellationen	508
1. Vereinbarung eines Monitorships mit der Behörde	509
a) Abwägungskriterien	509
aa) Unmittelbare Kosten des Monitorships und ersparte Aufwendungen	509
bb) Auswirkungen auf die Sanktionierung des Unternehmens	511
cc) Verbessertes Compliance-System als Folge des Monitorships	513
dd) Reputationsvorteile sowie -nachteile	514
ee) Auswirkungen des Monitorships auf die Geschäftstätigkeit und die Betriebsabläufe	516
ff) Voraussichtliche Reichweite der Einwirkungsrechte des Monitors	517
gg) Beeinträchtigung des Betriebsklimas und der internen Kommunikation	518
hh) Missbräuchliche Verwendung offengelegter Informationen und Gefahr der Kenntniserlangung sensibler Informationen durch Dritte	518
ii) Aufdeckungsrisiko neuer Rechtverstöße	519
jj) Wechselwirkungen mit laufenden Verfahren anderer Behörden	519
kk) Gefahr des Scheiterns des Monitorships und mögliche Konsequenzen	520
b) Gefahr sachfremder Erwägungen und Selbstbelastungsfreiheit	521
aa) Leitlinien der Rechtsprechung zur Selbstbelastungsfreiheit im Rahmen der Aufsichtsratshaftung	522
bb) Schlussfolgerungen für die Vorstandshaftung	523
c) Fazit	525
2. Abschluss der Mandatsvereinbarung mit dem Monitor	527

3. Offenlegung von Informationen gegenüber Monitor und US-Behörde sowie Zurückhaltung von Informationen gegenüber dem Kapitalmarkt	528
a) Aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht	530
aa) Inhalt der Verschwiegenheitspflicht	530
(1) Geheimnisse der Gesellschaft	530
(2) Vertrauliche Angaben der Gesellschaft	534
bb) Grenzen der Verschwiegenheitspflicht	535
cc) Abwägung zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse	536
(1) Entscheidung über die grundsätzliche Offenlegung von Informationen im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses	537
(a) Umfang und Bedeutung der offenzulegenden Informationen sowie Größe des Empfängerkreises	538
(b) Umfang der Verschwiegenheitspflicht	539
(aa) Monitor und Monitorteam	539
(bb) US-Behörde	541
(cc) Zwischenergebnis	546
(2) Entscheidung über die konkrete Offenlegung von Informationen während des Monitorships	547
(3) Abwägungsergebnis	549
dd) Besonderheiten bei einer umfassenden Offenlegung von Informationen	549
(1) Keine nur vereinzelte Offenlegung von Informationen bei einem Monitorship	550
(2) Schlussfolgerungen für die Offenlegung gegenüber dem Monitor	551
(a) Unumgänglichkeit der Informationsoffenlegung	552
(b) Monitor als beschränkender Informationsmittler gegenüber der Behörde?	553
(c) Abgestuftes Offenlegungsverfahren und Dokumentationspflicht	554



(d) Verschwiegenheitspflicht der Informationsempfänger	554
ee) Ergebnis	555
b) Kapitalmarktrechtliches Offenlegungsverbot und Ad-Hoc-Publizitätspflicht	556
aa) Insiderinformationen im Rahmen eines Monitorships	557
bb) Offenlegungsverbot nach Art. 14 lit. c) MMVO	558
(1) Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung unter der MMVO	559
(2) Offenlegung gegenüber dem Monitor und seinem Team	562
(a) Unerlässlichkeit der Offenlegung	562
(b) Interessenabwägung	564
(3) Offenlegung gegenüber der Behörde	565
(a) Unerlässlichkeit der Offenlegung	566
(b) Interessenabwägung	566
(4) Zwischenergebnis	569
cc) Ad-hoc-Publizitätspflicht nach Art. 17 Abs. 8 MMVO	569
(1) Offenlegungsverbot als Verschwiegenheitspflicht im Sinne des Art. 17 Abs. 8 S. 2 MMVO	570
(2) Keine ausreichende Verschwiegenheitspflicht von Monitor und Behörde i.S.d. Art. 17 Abs. 8 S. 2 MMVO	571
dd) Ad-hoc-Publizitätspflicht nach Art. 17 Abs. 1 MMVO	572
ee) Ergebnis	572
4. Teilnahme des Monitors an Vorstandssitzungen	573
a) Grundsätzliches Teilnahmeverbot Dritter auch bei Vorstandssitzungen	574
b) Verstoß gegen das grundsätzliche Teilnahmeverbot	576
aa) Gestattung der Monitorteilnahme als Ermessensentscheidung des Vorstands?	576

bb) Monitor als Sachverständiger oder Auskunftsperson	577
(1) Aktive Teilnahme des Monitors zum Informationsaustausch	578
(2) Passive Teilnahme des Monitors zur Überwachung	579
(3) Teilnahme des Monitors zum Informationsaustausch und zur Überwachung	580
cc) Anerkannte Ausnahme aus technischen oder organisatorischen Gründen	580
dd) Teleologische Reduktion des § 109 Abs. 1 S. 1 AktG im Fall des Monitors	581
(1) Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion	581
(2) Vereinbarkeit des Telos mit der Teilnahme des Monitors	582
(a) Wahrung der Vertraulichkeit	583
(b) Wahrung der Funktionsfähigkeit	584
(c) Gewährleistung der Abgrenzung gegenüber anderen Gremien	585
(d) Wahrung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit bei möglicher Beeinflussung des Vorstands	585
c) Ergebnis	589
5. Offenlegung der Tagesordnungen der Vorstandssitzungen gegenüber dem Monitor	589
6. Beschluss rechtswidriger Monitorempfehlungen	590
a) Pflichtverletzung	590
b) Verschulden	592
aa) Keine Zurechnung des Monitorverschuldens	592
bb) Keine Enthaltung analog zum Unternehmensbeauftragten	593
cc) Enthaltung infolge berechtigten Vertrauens auf die Empfehlungen des Monitors	594
(1) Defizit im eigenen Fachwissen	595
(2) Abhängigkeit des berechtigten Vertrauens von der konkreten Ausgestaltung der Empfehlung	596

(3) Fachliche Qualifikation des Monitors	596
(4) Unabhängigkeit des Monitors	597
(5) Information des Monitors	600
(6) Plausibilitätsprüfung	602
(7) Kein Widerspruch zur fehlenden rechtlichen Beistandsgewährung	604
c) Schaden	605
d) Ergebnis	605
7. Unzureichende Erfüllung der Compliance-Pflicht im Kontext eines Monitorships	606
a) Grundsätzlicher Inhalt der Compliance-Pflicht	606
b) Zusammenhang eines Monitorships mit der Compliance-Pflicht	606
c) Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems, aber keine inhaltliche Ausgestaltung durch das Monitorship	607
d) Mögliche Verstöße des Vorstands gegen die Compliance-Pflicht im Kontext eines Monitorships	609
e) Enthftung infolge des Vertrauens des Vorstands auf die Monitorexpertise	611
aa) Anknüpfungspunkt für eine Enthftung infolge des Vertrauens auf die Expertise des Monitors	611
bb) Übertragbarkeit der ISON-Rechtsprechung auf unternehmerische Entscheidungen	612
cc) Schlussfolgerungen für die Einbindung des Monitors	614
(1) Fachliche Qualifikation, Unabhängigkeit und Information des Monitors	615
(2) Plausibilitätsprüfung	615
f) Schaden	616
g) Ergebnis	616
8. Beschluss unvoreilhafter oder unverhältnismäßiger Monitorempfehlungen („overcompliance“)	617
a) Pflichtverletzung	617
aa) Bewertung der Empfehlung ohne Rücksicht auf das Monitorship	618
(1) Kosten-Nutzen-Abwägung anhand des Gesellschaftsinteresses	618

(2) Fälle, in denen eine abweichende Bewertung zwingend ist	619
(3) Enthaftende Wirkung der Monitorberatung für den Vorstand?	621
bb) Ggf. Vorschlag von Alternativmaßnahmen	623
cc) Bewertung der Empfehlung unter Berücksichtigung des Monitorships	624
b) Verschulden und Schaden	625
Kapitel 10: Haftung des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft	626
A. Grundsätzliches zur Aufsichtsratshaftung im Rahmen eines Monitorships	627
B. Untersuchung ausgewählter Haftungskonstellationen	628
I. Teilnahme des Monitors an Aufsichtsratssitzungen sowie Offenlegung der Tagesordnungen und von sonstigen Informationen gegenüber dem Monitor	628
II. Abberufung von Vorstandsmitgliedern auf Empfehlung des Monitors	630
1. Wichtiger Grund als Abberufungsvoraussetzung	632
a) Gesetzliche Beispielfälle	632
b) Unbenannt wichtige Gründe	634
aa) Konkretisierung anhand der Leitungssouveränität	634
bb) Konkretisierung anhand der Verbandssouveränität	635
cc) Konkretisierung anhand ähnlicher Fälle in der Rechts- und Rechtsprechungspraxis	636
(1) Abberufung auf Druck einer Aufsichtsbehörde	637
(2) Abberufung auf Druck eines Mehrheitsaktionärs	637
(3) Abberufung auf Druck von Kreditgebern, Arbeitnehmern und Großkunden	638
(4) Gesellschaftsinteresse als Entscheidungsmaßstab	639
dd) Konsequenzen für die Vorstandsabberufung auf Druck des Monitors	641
2. Ergebnis	642

III. Vergütungsrückforderungen („Clawbacks“) im Kontext eines Monitorships	643
1. Verknüpfung eines Monitorships mit einer Clawback-Klausel	644
a) Legalitätspflicht und Rückforderungsklauseln	644
aa) Irrelevanz einer Pflicht in der Vergleichsvereinbarung	645
bb) Keine Verknüpfungspflicht aus dem Aufsichtsrecht	645
cc) Keine Verknüpfungspflicht aus dem Aktienrecht	646
b) Sorgfaltspflicht und Rückforderungsklauseln	647
2. Bedeutung eines Monitorships für die Vereinbarung typischer Clawback-Klauseln	649
3. Zulässigkeit der Verknüpfung eines Monitorships mit einer Clawback-Klausel	650
a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	651
b) Verbot überraschender Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB	651
c) Vertragsstrafenverbot nach § 309 Nr. 6 BGB	652
d) Verbot einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	653
aa) Kein genereller Ausschluss einer unangemessenen Benachteiligung durch § 87a AktG	653
bb) Parallelen und Unterschiede des Clawbacks zur Vorstandshaftung	653
cc) Keine Abweichung des Clawbacks von wesentlichen Grundgedanken der Vorstandshaftung auf Schadensersatz	654
e) Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	657
4. Ergebnis	659
IV. Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand im Kontext eines Monitorships	659
1. Sachverhaltsermittlung	660
2. Rechtliche Prüfung von Schadensersatzansprüchen	661
3. Prozessrisikoanalyse und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen	663

Kapitel 11: Rechtspolitische Reaktionsmöglichkeiten gegenüber US-Monitorships	664
A. Völkerrechtliche Übereinkunft oder Konsultationen auf Exekutivebene	665
B. Blocking Statute	667
C. Schaffung eines Monitorinstruments im deutschen Recht	670
<b>TEIL III: Compliance-Monitore im deutschen Recht</b>	671
Kapitel 12: Bedeutung von Monitoren bei der Sanktionierung von Unternehmen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht	671
A. Einsetzung eines Compliance-Monitors als Sanktionsinstrument	672
I. Sanktionierung eines Unternehmens im Bußgeldverfahren nach §§ 30, 130 OWiG	672
II. Einstellung des Bußgeldverfahrens gegen Auflagen nach § 47 OWiG	673
III. Verständigung im Bußgeldverfahren nach dem OWiG	677
1. Verständigung im gerichtlichen Verfahren	677
2. Verständigung im verwaltungsbehördlichen Verfahren	679
a) Grundsätzliche Möglichkeit eines derartigen Vorgehens	680
b) Verfassungsrechtliche Bedenken?	681
B. Berücksichtigung eines Monitors im Rahmen der Bußgeldbemessung oder Verfahrenseinstellung	684
I. Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen	685
II. Berücksichtigung eines Monitorships	686
C. Ergebnis	688
Kapitel 13: Vergleichbare Instrumente im deutschen Straf-, Aufsichts- und Gesellschaftsrecht	688
A. Straf- und Aufsichtsrecht	689
I. Bewährungshelfer	689
II. Sonderbeauftragter	692
1. Sonderbeauftragter nach VAG, KAGB und ZAG	693
2. Sonderbeauftragter nach § 45c KWG	693
III. Unternehmensbeauftragter	696

B. Aktien- und Handelsrecht	698
I. Sonderprüfer	699
II. Besonderer Vertreter	700
III. Abschlussprüfer	702
IV. Compliance-Beauftragter	704
C. Ergebnis	708
Kapitel 14: Ausblick auf die „sachkundige Stelle“ im VerSanG-E	709
<b>Teil IV: Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	715
<b>Literaturverzeichnis</b>	745
<b>Verzeichnis der zitierten Vergleichsvereinbarungen und sonstigen Rechtsgrundlagen von US-Monitorships</b>	785