

Westpfahl Spilker Wastl
Rechtsanwälte

München

Berlin

Leipzig

Compliance, Finanzkrise(n), Recht und Ethik

- Plädoyer für ein Umdenken -

Dieses Manuskript ist zur Veröffentlichung in BOARD – Zeitschrift
für Aufsichtsräte in Deutschland, Ausgabe Nr. 5/2016, vorgesehen.

Compliance, Finanzkrise(n), Recht und Ethik

- Plädoyer für ein Umdenken -

I.	Einführung	1
II.	Rechtliche Entwicklungen.....	1
III.	Rechtstatsächlicher Befund.....	3
IV.	Ethik als Korrektiv auf der Verhaltensebene.....	4
V.	Konsequenzen	4
VI.	Fazit.....	6

Compliance, Finanzkrise(n), Recht und Ethik

- Plädoyer für ein Umdenken -

I. Einführung

Spätestens nach der Finanzkrise im Jahr 2008 wurden die Stimmen lauter, die gerade auch unter Compliance-Gesichtspunkten einschneidende rechtliche Konsequenzen aus Sicht der handelnden Vorstände und Aufsichtsräte von Banken forderten. Letztlich stellten die entsprechenden Diskussionen jedoch nur den vorläufigen Endpunkt einer Entwicklung dar, die spätestens seit dem ENRON-Skandal im Jahr 2002 festzustellen war und eine zunehmend stärkere Betonung des Strafrechts im Hinblick auf die Bewältigung und Vermeidung von Fehlentwicklungen am Kapitalmarkt zum Gegenstand hatte.

Namentlich im Nachgang zu dieser Finanzkrise standen sich vor dem Hintergrund spektakulärer Fälle aus der Praxis mit harten Bandagen bekämpfende Lager in der juristischen Diskussion gegenüber. Einerseits traten diese für eine extensive straf- und haftungsrechtliche Verfolgung involvierter renommierter Bankenvertreter ein¹, während andererseits namhafte Experten aus Wissenschaft und Praxis darauf hinwiesen, dass das Strafrecht nicht geeignet sei, den im Rahmen der Finanzkrise des Jahres 2008 zutage getretenen Fehlentwicklungen in adäquater Weise zu begegnen.² All diese Auseinandersetzungen waren und sind eingebettet in eine in den letzten Jahren zunehmend festzustellende Diskussion darüber, dass die Organe von Unternehmen aufgrund der Überbetonung des Risikovermeidungsaspekts im Zuge der aktuellen Entwicklung im Compliance-Bereich nicht mehr ausreichend in der Lage sind, die eigentlich primär gebotene zukunftsorientierte strategische Ausrichtung voranzutreiben.

Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend die weiteren rechtlichen und rechtstatsächlichen Entwicklungen in Ansehung dieser Diskussion über die strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzkrise dargestellt werden, wobei namentlich auch auf die strafrechtlichen Konsequenzen unter dem Blickwinkel des § 266 StGB (Untreue) eingegangen wird. Aufbauend auf dieser Darstellung wird dann unter besonderer Berücksichtigung eines in stärkerem Maße an ethischen Grundsätzen orientierten Compliance-Modells der Frage nachgegangen, welche Konsequenzen hieraus für den bislang vorrangig auf juristische und insbesondere auch strafrechtliche Parameter ausgerichteten Weg hin zu funktionierenden Compliance-Systemen zu ziehen sind.

II. Rechtliche Entwicklungen

In diesem Kontext stellte zunächst der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.06.2010 eine erste Zäsur dar.³ Mit diesem Beschluss führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass es die konkrete Anwendung des Straftatbestands der Untreue zwar *noch* als mit dem Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar qualifiziert. Gleichzeitig legte es jedoch detailliert dar, welche einschränkenden Auslegungstendenzen in der Recht-

* Der Autor ist Partner der Rechtsanwaltssozietät Westpfahl Spilker Wastl (www.westpfahl-spilker.de).

¹ Exemplarisch hierzu Schünemann (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010.

² Beispielsweise Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Finanzkrise, 2010.

³ BVerfG, WM 2010, 1663.

sprechung des BGH aus seiner Sicht hierfür maßgeblich sind. Des Weiteren entschied das Bundesverfassungsgericht, dass bei der Auslegung des § 266 StGB stets der Nachweis eines konkreten Vermögensschadens auch dann erforderlich ist, wenn die Rechtsfigur der bloßen Vermögensgefährdung bzw. des Risikoschadens in Betracht kommt.⁴ Diese Rechtsprechung des BVerfG haben verschiedene Senate des BGH zum Anlass genommen die Anwendung des Straftatbestands der Untreue weiter einzuschränken. So hat beispielsweise der 1. Strafsenat des BGH unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nochmals ausdrücklich festgehalten, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf klare und deutliche (evidente) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken.⁵ Ausdrücklich hat der 5. Strafsenat des BGH zudem bestätigt, dass auf die konkrete Ermittlung des Schadens nicht mehr mit der Begründung verzichtet werden könne, sie sei im zu entscheidenden Sachverhalt mit tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden.⁶ Schließlich hat wiederum der 5. Strafsenat des BGH mit Blickrichtung auf Risikogeschäfte in bewusster Abkehr von einer divergierenden Entscheidung des 1. Strafsenats⁷ die einschränkende Auslegung des § 266 StGB über die restriktive Handhabung des Vorsatzelements befürwortet und damit im Ergebnis den Freispruch der Vorinstanz bestätigt.⁸

Doch auch der Gesetzgeber sah sich nach der Finanzkrise im Jahr 2008 aufgrund entsprechender massiver Forderungen der Öffentlichkeit sowie von Teilen der Jurisprudenz dazu veranlasst, mit § 54a KWG einen neuen, speziell auf die Finanzdienstleistungsbranche zugeschnittenen Straftatbestand für den Fall der Bestandsgefährdung eines Finanzdienstleistungsinstituts infolge fehlerhafter Compliance- bzw. Risikomanagementsysteme zu schaffen. Zunächst sah es so aus, als könnten sich in diesem Zusammenhang die öffentlichkeitswirksam argumentierenden Hardliner durchsetzen. Allerdings hat der Gesetzgeber in letzter Minute den zur Zurückhaltung mahnenden Stimmen Rechnung getragen. So enthält § 54a KWG nunmehr einen Strafausschließungsgrund des Inhalts, dass eine Bestrafung nur dann in Betracht kommt, wenn die Bundesanstalt dem Täter durch Anordnung die Beseitigung des Verstoßes konkret aufgegeben, der Täter dieser vollziehbaren Anordnung zuwider gehandelt und hierdurch die Bestandsgefährdung des Instituts herbeigeführt hat. Diese Einschränkung hielt der Gesetzgeber allein schon aufgrund durchgreifender Bedenken gegen die zunächst beabsichtigte Fassung des § 54a KWG wegen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots für zwingend erforderlich. Damit sowie durch weitere Einschränkungen dieses Straftatbestands im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens hat der Gesetzgeber dokumentiert, dass auch er den (Irr-)Weg der Überbetonung des Strafrechts in diesem Bereich nicht länger weiterverfolgt.⁹

Zu Diskussionen führte mit Blickrichtung auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen von Compliance-Verstößen aus Sicht der Organe des jeweiligen Unternehmens das sogenannte „Neubürger-Urteil“ des Landgerichts München I, das infolge des im Zuge der Berufungsinstanz geschlossenen Vergleichs jedoch nicht rechtskräftig wurde.¹⁰ Dieses im Zusammenhang mit der Siemens-Korruptionsaffäre ergangene, einzige Urteil gegen ein Vorstandsmitglied der Siemens AG führte den mit Compliance-Themen befassten Personen eindringlich vor Augen, wie schnell es bei einer Anwendung rechtlicher Haftungsgrundsätze in diesem Kontext zu existenzvernichtenden Regressansprüchen gegen die insoweit Handelnden kommen kann. Gerade, wenn man die mit diesem Urteil aufgestellten Grundsätze für zutref-

⁴ BVerfG, WM 2010, 1663, insb. RN 128 ff. („Kredituntreue“ im Zusammenhang mit dem sogenannten „Berliner Bankenskandal“).

⁵ BGH, NJW 2011, 88.

⁶ BGH, NStZ 2011, 160.

⁷ BGHSt 47, 148 (=NJW 2002, 1211); vgl. hierzu auch die mit diesem Urteil verschärfend präzisierte Entscheidung des 1. Strafsenats in BGHSt 46,30.

⁸ BGH, NStZ 2013, 715; vgl. bereits in diese Richtung argumentierend Wastl, ZfgKw 2010, 1221.

⁹ Vgl. eingehender zu alledem Wastl, WM 2013, 1401.

¹⁰ LG München I, ZIP 2014, 570.

fend hielte¹¹, zeigt dieses Beispiel, dass die dort herausgearbeiteten Haftungsgrundlagen im Zusammenhang mit Fehlverhalten im Compliance-Bereich zu unangemessenen und letztlich sogar unrealistischen Folgen führen können. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist die Frage zu diskutieren, ob und inwieweit damit nicht sogar zum Nachteil des betroffenen Unternehmens weit über das eigentlich mit den einschlägigen Haftungsregelungen verfolgte Ziel hinaus rechtliche Konsequenzen angedroht werden.

Nicht zuletzt deshalb waren die diesbezüglichen Fragestellungen auch Gegenstand des 70. Deutschen Juristentags im Jahre 2014. Dieser hat unter anderem die Möglichkeit der Begrenzung der aktienrechtlichen Innenhaftung der Organmitglieder durch die jeweilige Satzung empfohlen, wobei der Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit und die Einführung von Haftungshöchstgrenzen möglich sein soll. Darüber hinaus wurde auch die Empfehlung ausgesprochen, die aus Sicht der handelnden Organe besonders einschneidende Beweislastregel gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG zu streichen und damit entsprechend allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast in vollem Umfang dem Schadensersatz begehrenden Unternehmen zuzuweisen.¹²

III. Rechtstatsächlicher Befund

Die geschilderte Entwicklung hin zu einem differenzierteren Blick auf die generalpräventive Wirkung des Rechts im Kontext der Gewährleistung möglichst optimaler Compliance-Systeme wird auch durch rechtstatsächliche Fakten bestätigt. Um nur einige Beispiele zu nennen: So kam es im Nachgang zur Finanzkrise bis zum heutigen Tage zu keiner Verurteilung der involvierten Organmitglieder gemäß § 266 StGB. Explizit zu erwähnen ist in diesem Kontext auch der Freispruch der angeklagten Organmitglieder der HSH Nordbank AG durch das Landgericht Hamburg im Jahr 2014.¹³ Hinzu kommt das mit einer weitestgehenden Rehabilitierung sämtlicher angeklagter Vorstandsmitglieder der BayernLB beendete Verfahren wegen des Kaufs der Kärntnerischen HGAA. Schließlich ist zu konstatieren, dass viele der im Zusammenhang mit der Finanzkrise eingeleiteten Ermittlungsverfahren in Ansehung der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2010 mangels - nachweisbarer – Strafbarkeit des jeweiligen Beschuldigten eingestellt wurden.

Im Gegensatz zu den geschilderten rechtlichen und rechtstatsächlichen Grundlagen ist jedoch auch eine Entwicklung festzustellen, die es kritisch zu hinterfragen gilt. So besteht nämlich die fortschreitende Tendenz, einheitliche Compliance-Standards für Sachverhalte abstrakt zu formulieren, die weder im Hinblick auf die Vielzahl der betroffenen Rechtsgebiete noch hinsichtlich der jeweils agierenden unterschiedlichen Unternehmen bzw. Rechtsträger zu standardisieren oder gar vereinheitlichen sind.¹⁴ Diese Vorgehensweise ist umso problematischer, als derartige Standardisierungsversuche im Krisenfall sogar aus strafrechtlicher Sicht mit Konsequenzen für die betroffenen Organe des jeweiligen Unternehmens bzw. Rechtsträgers verbunden sein können.¹⁵ Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass im Falle einer strafrechtlichen Relevanz derartiger Standards deren Anwendung

¹¹ Kritisch hierzu beispielsweise Bachmann, ZIP 2014, 579.

¹² Vgl. hierzu sowie zu weiteren diesbezüglichen Empfehlungen die unter www.djt.de abrufbaren Beschlussfassungen der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. Deutschen Juristentags; vgl. aber auch das diesbezügliche Gutachten: Bachmann, Reform der Organhaftung?, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, 2014.

¹³ LG Hamburg, Urteil vom 09.07.2014 – Az.: 608 Kls 12/11; mit einer Entscheidung des BGH in dem insoweit anhängigen Revisionsverfahren ist wohl noch in diesem Jahr zu rechnen.

¹⁴ Genannt sei hier lediglich exemplarisch der IDW-Standard PS 980; soweit ersichtlich, sind nicht nur seitens des IDW in diesem Zusammenhang in näherer Zukunft weitere Standards zu erwarten.

¹⁵ Vgl. zu dieser Thematik einführend Wastl, in: Hof/von Olenhusen, Rechtsgestaltung-Rechtskritik-Konkurrenz von Rechtsordnungen, 2012, S. 412.

aufgrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots von vornherein auf klare und durch diese eindeutig beschriebene Sachverhalte beschränkt werden muss.¹⁶

IV. Ethik als Korrektiv auf der Verhaltensebene

Wie gezeigt, stellt sich somit eine ausschließlich an juristischen Haftungs- sowie Strafbarkeitssystemen orientierte Ausrichtung der Diskussion über Wege hin zu funktionierenden Compliance-Systemen als problematisch dar. Daher ist es dringend geboten, sich der Frage zu stellen, ob und inwieweit nicht eine zumindest moderate Abkehr von diesem bislang, zumindest teilweise, beschrittenen Weg geboten ist. Erste Denkansätze in diese Richtung wurden auch bereits präsentiert.¹⁷ Eingebettet sind diese auf den Begriff „Ethik“ fokussierten Compliance-Modelle in die seit jeher geführte Diskussion über die Notwendigkeit der gebotenen Unterstützung primär rechtlich orientierter Compliance-Modelle durch die Etablierung einer entsprechenden unternehmensinternen und allgemeinen Compliance-Kultur.¹⁸

V. Konsequenzen

Die aus den geschilderten Entwicklungen resultierenden Konsequenzen und Schlussfolgerungen lassen sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

- Der spätestens seit dem ENRON-Skandal verfolgte Ansatz der stärkeren Betonung des Strafrechts im kapitalmarktrelevanten Bereich ist als Irrweg zu qualifizieren. Nichts anderes gilt im Hinblick auf die erhoffte Wirkung existenzvernichtender Haftungsansprüche gegen Organmitglieder hinsichtlich der Durchsetzung optimaler Compliance-Modelle. Diese Feststellung ist jedoch über den Finanzsektor hinaus von Bedeutung. Denn generell ist festzuhalten, dass die nahezu ausschließliche Fokussierung bei der Etablierung einschlägiger Compliance-Systeme auf deren straf- und haftungsrechtliche Sanktionierung jedenfalls nicht in dem gewünschten Umfang erfolgversprechend ist.
- Ausgehend von diesem Befund muss die Frage gestellt werden, ob nicht eine andere Akzentuierung bei der Suche nach funktionierenden Compliance-Modellen geboten ist. Dabei versteht es sich von selbst, dass auch zukünftig den rechtlichen Rahmenbedingungen von Compliance, und hier insbesondere auch der Sanktionierung etwaigen Fehlverhaltens, eine maßgebliche Bedeutung zukommt. Allerdings sollten die Erfahrungen mit der Finanzkrise nicht nur Anlass sein, die überschätzte Disziplinierungswirkung des Strafrechts sowie korrespondierender Haftungsregelungen kritisch zu hinterfragen. Vielmehr sollte diese Diskussion mit der Suche nach offenkundig notwendigen weiteren Bestandteilen eines zukunftsweisenden Compliance-Modells verknüpft werden. Insoweit beschreiben die Begriffe „Ethik“ und „Compliance-Kultur“ diejenigen ergänzenden Ansatzpunkte, die es zu verfolgen gilt. Denn, wer Regelungen versteht, deren ethische Grundlagen akzeptiert und diese auch zur Richtlinie seines Verhaltens macht, benötigt keine straf- oder haftungsrechtlichen Drohungen. Es ist wohl eine der spannendsten Fragen der aktuellen Compliance-Diskussionen, ob ein stärker an diesen Vorgaben orientiertes Compliance-Modell nicht tatsächlich weit wirkungsvoller ist, als der bislang praktizierte Weg des Primats des Rechts und der mit ihm verbundenen Sanktionen.

¹⁶ Siehe hierzu auch bereits oben II. zum Verhalten des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Schaffung des neuen § 54a KWG.

¹⁷ Vgl. exemplarisch Ethikpanel im DVFA e. V., ETHIK - Zur Förderung ethischer Tugenden in Finanzunternehmen, September 2015, abrufbar unter www.dvfa.de.

¹⁸ Vgl. zur Thematik „Compliance-Kultur“ einführend Schulz/Muth, Compliance-Berater 2014, 265.

- Im Zuge der Etablierung eines stärker an ethischen Grundsätzen orientierten Compliance-Modells wird es jedoch immer wieder zu Konflikten mit primär auf rechtliche Sanktionen ausgerichteten Vorgaben kommen. So lässt sich diese stärkere Akzentuierung ethischer Anforderungen an die einzelnen Mitarbeiter wohl nur dann realisieren, wenn auch das *eigenverantwortliche ethische* Handeln des jeweiligen Mitarbeiters gefordert wird.¹⁹ Basierend auf dieser Erkenntnis ist zu konstatieren, dass der bisherige Weg der primär rechtlich ausgerichteten Delegation der Verantwortlichkeit von den Leitungsorganen auf die einzelnen Mitarbeiter durch entsprechend ausgestaltete Compliance-Modelle bislang als der wohl risikoloseste Weg aus Sicht der Organe und Führungsebenen von Unternehmen anzusehen ist. Etwaige auf die ethische Eigenverantwortung der Mitarbeiter ausgerichtete Compliance-Modelle sind demgegenüber in Ansehung des bisher verfolgten Ansatzes als risikobehafteter zu bewerten. Dies bedeutet, dass ein Umdenken erforderlich ist und die Frage in den Vordergrund zu stellen ist, welcher der beiden Ansätze mit Blick auf die Realisierung der zentralen Compliance-Ziele erfolgversprechender ist. Abhängig von den Ergebnissen der diesbezüglichen Diskussionen muss die Etablierung eines neuen Modells durch die Praxis evaluiert und als jedenfalls denkbarer Standard herausgearbeitet werden.
- Aufgrund des Compliance-Hypes des letzten Jahrzehnts hat ein Outsourcing originär staatlicher Aufgaben auf private Institutionen sowie insbesondere auch das jeweils betroffene Unternehmen stattgefunden.²⁰ In einer kritischen Diskussion über die Erfolge und insbesondere die Wirkung dieser Outsourcing-Prozesse liegt ebenfalls einer der maßgeblichen Ansatzpunkte für die Entwicklung eines effizienteren Compliance-Modells. Dieses Outsourcing hat im kapitalmarktrelevanten Bereich nicht zu dem gewünschten Erfolg geführt. Dies belegt allein schon die kritische Analyse der verschiedenen Kapitalmarkt- und Finanzkrisen seit Beginn dieses Jahrtausends. Die mit dem eingeschlagenen Weg zu bekämpfenden Risiken bestehen nicht nur fort, sondern haben zugenommen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Rückbesinnung auf die (kontinental-)europäische Rechtstradition der präventiven staatlichen Kontrolle sinnvoll. Allerdings kann die Rückverlagerung entsprechender Verantwortlichkeiten auf den Staat nur dann gelingen, wenn dieser in der Lage und willens ist, die vorbeugende Aufsicht in einer den gestiegenen praktischen Anforderungen gerecht werdenden Form zu gewährleisten.²¹
- Kritisch zu überdenken ist die Tatsache, dass durch verschiedenste Institutionen der Versuch unternommen wird, für den heterogenen Bereich der Compliance umfassend formulierte Standards zu entwickeln, denen in der Rechtswirklichkeit dann sogar eine gesetzesähnliche Funktion zukommen kann. Zwar ist es zu begrüßen, dass der Praxis mit der Formulierung derartiger Standards Orientierungshilfen für die Etablierung eines Compliance-Systems gegeben werden. Gleichzeitig aber birgt dies die Gefahr in sich, dass damit Fakten geschaffen werden, die mit den Realitäten im jeweiligen Einzelfall nicht in Einklang zu bringen sind. Vor der Veröffentlichung derartiger Standards wäre daher die Prüfung ihrer Praxistauglichkeit sowie ihrer (straf-)rechtlichen Konsequenzen geboten. Insbesondere ist insoweit eine strikte Differenzierung betreffend die einzelnen von Compliance-Fragen betroffenen Rechtsgebiete, aber auch mit Blickrichtung auf die Struktur der konkret tangierten Unternehmen erforderlich.
- Schließlich sollte aus rechtlicher Sicht kritisch hinterfragt werden, ob die fortschreitende Orientierung an angloamerikanischen Rechtsvorstellungen tatsächlich der richtige Weg ist. Dies gilt umso mehr, wenn man sich verdeutlicht, dass im Zuge des

¹⁹ In diese Richtung argumentiert auch Pontzen, Börsen-Zeitung vom 07.07.2016, S. 5.

²⁰ Vgl. Aigner-Hof, u. a., ZRFC 2015, 156.

²¹ Eingehender hierzu Wastl, ZfgKw 2013, 51.

Compliance-Hypes des letzten Jahrzehnts immer wieder mit gewachsenen kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen nicht vereinbare angloamerikanische Rechtsvorstellungen adaptiert wurden.²²

VI. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die juristische Aufarbeitung der Finanzkrise des Jahres 2008 Anlass dazu gibt, den zunehmenden Compliance-Hype kritisch zu würdigen. Die bislang in diesem Kontext beschrittenen Wege müssen auf den Prüfstand gestellt werden. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse zeigen, dass verstärkt an der Optimierung von Compliance-Modellen gearbeitet werden muss. Zielsetzung der vorstehenden Ausführungen ist es, erste Lösungen aufzuzeigen. Darüber hinaus müssen Vorstände, Aufsichtsräte und sonstige Organe mit Hilfe verbesserter Compliance-Modelle von der mit dem Compliance-Hype verbundenen Überbetonung der Risikovermeidung befreit werden. Die positive Konsequenz einer derartigen Entwicklung bestünde darin, dass all diese Organe sich wieder verstärkt um unternehmensstrategische und zukunftsorientierte Fragen kümmern könnten, ohne dass dabei die berechtigte Forderung nach Compliance auf der Strecke bliebe.

²² Vgl. zu einigen Beispielen Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68 sowie Wastl, in: Hof/von Olenhusen (FN 15), S. 94.