

Lehmann, Erik E.

Working Paper

Corporate governance, compliance & crime

UO Working Paper Series, No. 01-12

Provided in Cooperation with:

University of Augsburg, Chair of Management and Organization

Suggested Citation: Lehmann, Erik E. (2012) : Corporate governance, compliance & crime, UO Working Paper Series, No. 01-12, University of Augsburg, Chair of Management and Organization, Augsburg

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/57888>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

2012



Erik E. Lehmann

Corporate Governance, Compliance & Crime

Dieser Beitrag stellt zur Diskussion, welchen Beitrag die „Compliance“ im Rahmen der Corporate Governance-Forschung einnehmen kann, wie sich diese Einordnung aus einer öko-nomischen Sichtweise heraus begründen lässt und welche Auswirkungen zu erwarten sind. Mag auf den ersten Blick der Begriff der „Compliance“ tatsächlich wie ein alter Wein in neuen Schläuchen erscheinen, zeigt sich bei genauerer Betrachtung dass Compliance-Mechanismen und Maßnahmen im Rahmen der Corporate Governance Forschung einen be-gründeten Beitrag leisten, der über tierende Mechanismen – wie das Rechtssystem – hin-ausreicht. Die liegende Analyse soll dazu beitragen, eine fundierte Begründung für die Etablierung von Compliance-Maßnahmen zu liefern. Der Beitrag setzt dort an, wo bisherige Maßnahmen nicht oder nur unzureichend greifen: auf der Ebene der Unternehmensleitung.

Erschienen in: Rotsch, Thomas (Hrsg.), 2012: Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, erschienen in der Reihe: Schriften zu Compliance, Band 2, Nomos Verlag: Baden-Baden.

UO-Working-Paper Series 01-12

Version 1.0, February 1st 2012

Corresponding Author:

Prof. Dr. Erik E. Lehmann
Chair of Management and Organization
University of Augsburg
Universitätsstr. 16
D-86159 Augsburg, Germany

Fon: +49 (0) 821 598 4163
Fax: +49 (0) 821 598 4228

erik.lehmann@wiwi.uni-augsburg.de

Corporate Governance, Compliance & Crime

in: Rotsch, Thomas (Hrsg.), 2012: Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, erschienen in der Reihe: Schriften zu Compliance, Band 2, Nomos Verlag: Baden-Baden.

von

Erik E. Lehmann*

Abstract:

Dieser Beitrag stellt zur Diskussion, welchen Beitrag die „Compliance“ im Rahmen der Corporate Governance-Forschung einnehmen kann, wie sich diese Einordnung aus einer ökonomischen Sichtweise heraus begründen lässt und welche Auswirkungen zu erwarten sind. Mag auf den ersten Blick der Begriff der „Compliance“ tatsächlich wie ein alter Wein in neuen Schläuchen erscheinen, zeigt sich bei genauerer Betrachtung dass Compliance-Mechanismen und Maßnahmen im Rahmen der Corporate Governance Forschung einen begründeten Beitrag leisten, der über existierende Mechanismen – wie das Rechtssystem – hinausreicht. Die vorliegende Analyse soll dazu beitragen, eine fundierte Begründung für die Etablierung von Compliance-Maßnahmen zu liefern. Der Beitrag setzt dort an, wo bisherige Maßnahmen nicht oder nur unzureichend greifen: auf der Ebene der Unternehmensleitung.

1. Einleitung

Angesichts der Berichterstattungen in den letzten Jahren könnte der Eindruck entstehen, dass Unternehmen und ihre Lenker in zunehmendem Maße in kriminelle Machenschaften verstrickt sind. Ausgelöst durch Betrugsfälle von Managern sowohl großer börsennotierter Unternehmen, wie Enron, WorldCom, als auch kleiner Aktiengesellschaften¹ an fast allen Börsenplätzen der Welt, fand der Begriff der „Corporate Governance“ Eingang in nahezu alle Facetten des täglichen Lebens. Dabei sind die unter den Begriff der „Corporate Governance“ subsumierten Phänomene so alt wie menschliche Austauschbeziehungen und auch die Bestrebungen nach Lösungen.² Die Entwicklung des Rechtssystems stellt einen von mehreren Mechanismen dar, Probleme der Corporate Governance abzumildern. Trotz einschlägiger Normen und Gesetze wird in letzten Jahren eine neue Maßnahme zur Begrenzung des Fehlverhaltens von Managern diskutiert: Compliance – oder schlichtweg die Forderung nach der Einhaltung bestehender Verfahren und Vorschriften.³ Die in § 161 AktG enthaltene Compliance-Regelung spiegelt die Entwicklung wider, dass im Bereich der Corporate Governance nicht mehr allein dem Gesetzgeber vertraut wird und in zunehmendem Maße privatrechtliche oder in der Praxis generierte Verhaltensregeln und Codizes, wie dem Deutschen Corporate Governance Codex, etabliert werden.⁴

Auch wenn der Begriff der „Compliance“ auf den ersten Blick als neue anglizistische Worthülse erscheint – und dem ebenfalls aus dem Angelsächsischen entstammenden Begriffspaar der „Corporate Governance“ als neue Worthülse zur Seite gestellt wird⁵ – handelt es sich hierbei durchaus um einen neu etablierten Forschungszweig innerhalb der Corporate Governance Forschung.

Mit diesem Beitrag möchte ich einen kurzen Überblick geben, welche Bedeutung „Compliance“ im Rahmen der bisherigen Corporate Governance-Forschung einnehmen kann, wie sich diese Einordnung aus einer ökonomischen Sichtweise heraus begründen lässt und welche Auswirkungen zu erwarten sind. Auf den ersten Blick mag der Begriff der „Compliance“ tatsächlich wie alter Wein in neuen Schläuchen⁶ erscheinen – zielt er doch primär darauf ab, dass bisher existierende Verfahren und Vorschriften einzuhalten sind. Ursprünglich in Deutschland im Kartellordnungswidrigkeitenrecht entwickelt, um Zuwiderhandlungen vorzu-

* Prof. Dr. Erik E. Lehman, Universität Augsburg, ist Inhaber des Lehrstuhls für Unternehmensführung und Organisation. Für kritische Kommentare danke ich den Teilnehmern der „1. Compliance-Tagung: Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion“.

1 Zu den Ursachen und Auswirkungen von Betrugsfällen deutscher Aktiengesellschaften vgl. *Audretsch/Lehmann*, Option Programmes for Top Manager and Scandals at the Stock Exchange, ZEW Stockoption Watch, 2004, S. 4-6; aber auch *Möllers*, in: Möllers (Hrsg.), Standardisierung durch Markt und Recht, 2008, S. 211 (S. 213).

2 Bereits *Adam Smith* äußerte in seinem Buch zum Wohlstand der Nationen aus dem Jahre 1778 Bedenken hinsichtlich der Trennung von Eigentum und Verfügungsgewalt: „The directors of such [joint-stock] companies, however, being the managers rather of other people's money than that of their own, it cannot well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own“ (zit. in *Jensen/Meckling*, Journ. of Fin. Econ. 1976, S. 305). Eine weitergehende Analyse findet sich in seinen 1763 erschienenen „Lectures on Jurisprudence“, abgedruckt in *Meek/Raphael/Setin* (Hrsg.), Lectures on Jurisprudence, 1982.

3 Vgl. *Kort*, DB 2008, S. 2717; *ders.*, NZG 2008, S. 81; *Rotsch*, ZIS 2010, S. 614.

4 *Theisen*, in: Möllers (Hrsg.), Vielfalt und Einheit, 2008, S. 39.

5 Zur inflationären Handhabung dieses Begriffes vgl. *Kalss*, in: Möllers (Fn. 4), S. 81 (S. 98), sowie *Rotsch*, ZIS 2010, S. 614.

6 Vgl. hierz *Kort*, (FN 1), S. 140.

beugen,⁷ erstrecken sich Compliance-Programme auf eine immer größer werdende Palette von Rechtsgebieten.⁸ Um mehr als nur „alten Wein in neuen Schläuchen“ darzustellen muss Compliance im Rahmen der Corporate Governance einen begründeten Beitrag leisten, der über existierende Mechanismen – wie das Rechtssystem – hinausreicht.

Die vorliegende Analyse soll dazu beitragen, eine ökonomisch fundierte Begründung für die Etablierung von Compliance-Maßnahmen zu liefern. Der Beitrag setzt dort an, wo bisherige Maßnahmen nicht oder nur unzureichend greifen: auf der Ebene der Unternehmensleitung. Eine theoretische Begründung der „Compliance“ im Rahmen der Corporate Governance muss ebenso wie diese auf der obersten Ebene der Organisation ihre Begründung finden.⁹

Der Beitrag gliedert sich wie folgt: In einem ersten Schritt wird die oberste Leitungsebene einer Organisation als Kern- und Ansatzpunkt der Corporate Governance herausgestellt und eine Lücke herausgearbeitet, in der die Compliance ihre Berechtigung findet. Daran anschließend wird skizziert, welche „Verfahren und Vorschriften“ von Compliance-Maßnahmen betroffen wären (und welche weniger) und welchen Anreiz Top Manager für ein missbräuchliches Verhalten aufweisen. Daran schließen sich Überlegungen zu den Vor- und Nachteilen der Compliance als Mechanismus im Rahmen der Corporate Governance an und beenden den Beitrag.

2. Problembereiche im Rahmen der Corporate Governance

Auch wenn der Begriff der Corporate Governance erst ab Mitte der 60iger Jahre des letzten Jahrhunderts geprägt wurde,¹⁰ sind die damit umschriebenen Probleme so alt wie die Menschheit bzw. Austauschprozesse zwischen Individuen: Übervorteilungen in Austauschprozessen aufgrund und durch hierarchische Strukturen.

Tauschprozesse zwischen Individuen können frei, also marktlich, oder über hierarchische Strukturen, Organisationen, koordiniert und motiviert werden. Beide Ausprägungen weisen jeweils für sie typische Vor- und Nachteile auf. Kosten der Marktunvollkommenheiten lassen bspw. Tauschprozesse innerhalb oder über Organisationen unter Umständen als vorteilhafter erscheinen.¹¹ Anstelle des Preises als Instrument der Koordination und Motivation für die Tauschprozesse der Individuen mit ihren heterogenen und individuellen Bedürfnissen erfolgt in Organisationen die Koordination und Motivation über Macht und Autorität. Folglich sind Organisationen durch eine Zentralisierung von Macht und Autorität an ihrer Spitze gekennzeichnet. Diese Konzentration an der Spitze der Organisationen stellt ein effizientes (und damit auch dominantes) Arrangement dar, um die arbeitsteiligen und spezialisierten Prozesse hinsichtlich der Verfolgung des Organisationszieles entsprechend zu motivieren und zu koordinieren. Andererseits bedingt die Konzentration von Macht und Autorität einen Ermessens-

7 Kort, NZG 2008, S. 81 (S. 82).

8 Rotsch, ZIS 2010, 614.

9 Vgl. Lehmann, in: Möllers (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 37.

10 Zingales, in: Newman (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, 1989, S. 497: „Corporate Governance“.

11 Vgl. hierzu im Überblick Jost, Ökonomische Organisationstheorie, 2000, passim, sowie Jost, Organisation und Koordination, 2008, passim.

spielraum für Entscheidungen, der missbräuchlich zu Lasten relevanter Mitglieder oder Stakeholder einer Organisation ausgenutzt werden kann – mit der Konsequenz suboptimaler Unterinvestitionen der betroffenen Stakeholder zum Nachteil der gesamten Organisation. Mit diesem Problemfeld beschäftigt sich die Corporate Governance Forschung.¹²

Seit Bewusstwerden solcher Probleme und der Einsicht, dass eine Lösung zu einer Besserstellung für mindestens eine Gruppe relevanter Stakeholder führen kann, entwickelten sich im Zeitablauf Maßnahmen und Mechanismen, um den opportunistischen Handlungsspielraum und den Anreiz eines missbräuchlichen Verhaltens zu reduzieren.¹³ Die Entwicklung des Rechts, verbunden mit der Sanktionierung von Abweichungen und die Installation von Kontrollorganen stellen derartige Mechanismen als institutionelle Gegenreaktionen auf die Unvollkommenheiten zur Lösung von Corporate Governance-Problemen dar.¹⁴

Mit Beginn der Industrialisierung mehrten sich wissenschaftliche Beiträge zur Analyse von Problemen in Unternehmen, hervorgerufen durch die zunehmende Trennung von Eigenkapital und Verfügungsgewalt.¹⁵ Unternehmen werden nicht mehr von ihren Eignern geführt, sondern von einem professionellen Management, das keinen nennenswerten Anteil am Unternehmen besitzt, aber aufgrund der Machtkonzentration über die Ressourcen des Unternehmens mehr oder weniger frei verfügt.¹⁶ Dieser Entscheidungs- und Handlungsspielraum kann zum eigenen Vorteil und zu Lasten der Eigentümer und Investoren ausgenutzt werden. Unter Corporate Governance werden in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur darauf aufbauend alle Maßnahmen verstanden, die geeignet sind, einem Investor eine hinreichende Sicherung und Verzinsung seines in die Organisation eingebrachten Kapitals zu sichern.¹⁷ Allerdings ist in der Forschung ein Paradigmenwechsel hinsichtlich der Rolle des Investors zu beobachten: Während traditionelle Ökonomen den Eigenkapitalgeber als einzig relevanten Stakeholder eines Unternehmens im Vordergrund sehen,¹⁸ mehren sich Beiträge, dass alle Investoren, deren unternehmensspezifische Investitionen nicht hinreichend über einen Vertrag abgesichert werden können, im Fokus der Corporate Governance stehen sollten.¹⁹ Dies schließt unter anderem den Staat oder Mitarbeiter mit unternehmensspezifischen Investitionen mit ein.

12 Vgl. *Lehmann/Weigand*, *Europ. Fin. Rev.* 2000, S. 157.

13 Vgl. Hierzu für aktuelle Entwicklungen *Lehmann* (Fn. 9), S. 37 (S. 41 ff.). Zur historischen Entwicklung vgl. *Kießling*, in: Möllers (Fn. 1), S. 231 sowie *Becker*, *Herkunft moderner Wirtschaftsstandards*, in: Möllers (Fn. 1), S. 247.

14 Vgl. *Adams/Hermalin/Weisbach*, *Journ. Of. Econ. Literature* 68 (2010), S. 58.

15 *Berle/Means*, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.

16 Diese Trennung von Eigenkapital und Verfügungsgewalt wirkt bis heute nach. Obwohl Corporate Governance alle Organisationen betrifft, werden vorwiegend nur große, börsennotierte Aktiengesellschaften betrachtet und berücksichtigt. Corporate Governance-Probleme wären demnach nicht in Eigentümer-Unternehmen existent.

17 *Shleifer/Vishney*, *Journal of Finance* 52 (1997), S. 737.

18 *So Fama/Jensen*, *Journal of Law and Economics* 12 (1983), S. 301.

19 *Zingales* (Fn 10); *Tirole*, *Econometrica* 69 (2001), S. 1.

3. Fehlverhalten von Managern in Unternehmen

- 1.
- 2.
- 3.

3.1. Managerial Misbehavior und moral hazard Verhalten

Managerial misbehavior auf der obersten Ebene stellt den Ansatzpunkt der Corporate Governance-Diskussion dar. Insbesondere der CEO oder Vorstandsvorsitzende steht im Zentrum der Analyse. In seiner Position konzentriert sich die gesamte Macht über die Ressourcen des Unternehmens. Sein Anreiz und seine Möglichkeiten bestimmen den diskretionären Handlungsspielraum. Alle anderen Mitglieder des Vorstandes sind – mehr oder weniger – vom CEO abhängig, weisungsgebunden und können von diesem auch diszipliniert werden.

Der Entscheidungsspielraum des CEO kann zum eigenen Vorteil und zu Lasten Dritter entweder vorsätzlich oder (grob) fahrlässig ausgenutzt werden. Vorsätzlich, wenn ein Wissen und Wollen vorliegt, er genau weiß, was er mit seiner Handlung erreicht und dies auch will. Eher (grob) fahrlässig, wenn diese Handlungen (managerial misbehavior) die Anforderungen an die Sorgfalt jedem anderen in der Entscheidungssituation ohne weiteres auffallen würden und bewusst wären. Des Weiteren können die Handlungen als illegal (strafbar) oder illegitim (gegen die guten Sitten verstoßend) grob klassifiziert werden. Die Schwierigkeit der eindeutigen Zuordnung von managerial misbehavior in diese Kategorien und deren Vermeidung begründet das Gebiet der „Compliance“.²⁰

In der Abbildung sind einige Beispiele aus der Praxis von Missverhalten in den erwähnten Kategorien exemplarisch aufgelistet. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur werden diese generell unter „moral hazard“ Verhalten subsumiert, da sie erst nach dem Vertragsabschluss mit dem Manager, CEO, unternommen werden.

20 Rotsch bringt dies mit der Frage „Was ist und wo beginnt „Korruption“?“ treffend zum Ausdruck, Rotsch, ZIS 2010, 614.

Fehlverhalten von Managern „moral-hazard“ Verhalten			
illegitim		illegal	
<i>vorsätzlich</i>	<i>grob fahrlässig</i>	<i>vorsätzlich</i>	<i>grob fahrlässig</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Qualitätsreduktion ▪ mangelnde Anstrengung ▪ extravagante Investments ▪ Entrenchment-Strategien ▪ Annehmlichkeiten ▪ kreative Bilanzierung ▪ „Privatentnahmen“ ▪ ... 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mangelnde Überwachung von Mitarbeitern ▪ Aufgabenwahrnehmung ▪ Lieblingsprojekte ▪ Projektwahl (Risiko) ▪ Lobbyismus ▪ ... 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Betrug ▪ Insiderhandel ▪ Diebstahl ▪ Verrat ▪ Korruption 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ kreative Bilanzierung ▪ Kollusion ▪ ...

Abbildung 1: Fehlverhalten von Managern (Quelle: Eigene Darstellung)

3.2. Illegale und strafbare Handlungen

Betrug, Korruption, Diebstahl oder Verrat von Geheimnissen stellen Handlungen dar, die in den meisten Ländern der Welt auch strafrechtlich verfolgt und geahndet werden. Die in der Öffentlichkeit bekanntesten Fälle stellen der Milliardenbetrug von Bernard „Berny“ Madoff dar, der im Rahmen eines Schnellballsystems Anleger um mehrere Milliarden betrog oder der FlowTeX-Skandal in Deutschland. Aber auch der ehemalige Karstadt- und Arcandor-Manager *Thomas Middelhoff* genießt eine zunehmend kritische Berichterstattung in den Massenmedien.²¹

Weniger öffentlichkeitswirksame, aber in zunehmendem Maße verbreitete Delikte stellen Kollusion oder wettbewerbswidrige Absprachen²² und Insidergeschäfte dar. Kollusives Verhalten wie Preisabsprachen wird zunehmend über alle Branchen hinweg beobachtet. Der Schaden für die Stakeholder eines Unternehmens ist dabei beachtlich. Bis zu 10 % des Jahresumsatzes kann die EU-Kommission als Geldstrafe für ein kollusives Verhalten verhängen. Eine der größten Strafzahlungen verhängte die EU-Kommission im Jahr 2007 für das „Fahrstuhl-Kartell“ mit 992 Mio. € – betroffen vor allem ThyssenKrupp. Zur Weihnachtszeit 2009 wurde das „Kaffeekartell“ aufgebrochen. Die Hersteller Tchibo, Melitta, und Dallmayer hatten in mehreren Runden Preiserhöhungen bis zu 70 Cent/500g Packung am Markt durchgesetzt. Das Bußgeld betrug 159 Mio. € So wird für die Konsumenten ein jährlicher Schaden im Milliardenbereich in Folge von Preisaufschlägen zwischen 25 % und 30 % geschätzt.²³ Bei

21 *Hielscher*, Wirtschaftswoche v. 11.4.2011, S. 44.

22 Vgl. hierzu auch *Salvenmoser/Bussmann*, die eine Studie zur Wirtschaftskriminalität von PricewaterhouseCooper analysieren und interpretieren, *Salvenmoser/Bussmann*, ZBB 2008, 431.

23 Vgl. hierzu *Kaden*, SpiegelOnline v. 16.4.2011 (abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518; letzter Zugriff am 17.4.2011>).

internationalen Absprachen, wie im Bereich der Waschmittel werden die Preisaufschläge sogar über 30 % geschätzt.²⁴

Neben Konsumenten sind Mitarbeiter und Anteilseigner von den Kosten der Kollusion betroffen. Während die aktiv an der Kollusion beteiligten Personen ihre Vorteile internalisieren, werden die Kosten auf die Stakeholder externalisiert: Hohe Strafzahlungen, Reputationsverlust, fallende Aktienkurse bis hin zur drohenden Insolvenz und damit dem Verlust vieler Arbeitsplätze.²⁵

Auch Insidergeschäfte zählen zu den weit verbreiteten strafbaren Handlungen auf Ebene des Top-Managements. Im Rahmen der Verurteilung des Hedge-Fonds-Managers Raj Rajaratnam konnte ein Insidernetz enttarnt werden, das angeblich die obersten Ebenen der Firmen Goldman Sachs, Morgan Stanley, McKinsey, AMD oder Intel umfasste. Derartige Insiderkandale erschütterten in Deutschland, insbesondere in der DotCom-Ära, das Vertrauen in die Unternehmensspitzen mit der Konsequenz, dass auch „gute Unternehmen“ lange den Kapitalmarkt als Quelle der Finanzierung mieden.²⁶

3.3. Illegitime Handlungen

Neben illegalen Aktivitäten erfolgt der weitaus größte Teil der Handlungen und des Schadens für die Stakeholder eines Unternehmens unterhalb dieser in der öffentlich sichtbaren und strafbaren Grenze, also im (noch) legalen, aber illegitimen Bereich. Die Abgrenzung zwischen Verstöße gegen formales Gesetz bzw. rechtliches Tun, Dulden oder Unterlassen einerseits und Verstöße gegen die guten Sitten oder implizite Verträge andererseits, ist fließend.

In den ersten Arbeiten zur Corporate Governance wurden insbesondere diese illegitimen Handlungen des Managements als Problemfelder diskutiert: „perks“ oder Annehmlichkeiten, wie luxuriöse Bürogebäude und -ausstattungen, die viel gerühmte Flugzeugflotte und andere extravagante Investitionen und Ausgaben.²⁷ Auch die Verfolgung von Lieblingsprojekten („pet projects“) können unter (grob) fahrlässige Verhaltensweisen subsumiert werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn damit eine erhebliche Erhöhung der eigenen Einkünfte verbunden ist.²⁸ Manager können im Gegenzug auch einen Anreiz haben, in wenig riskante Projekte

24 Die beiden Weltmarktführer Procter & Gamble und Unilever müssen für illegale Preisabsprachen bei Waschmitteln eine EU-Geldbuße von 315 Millionen € bezahlen. Allerdings beträgt der Weltmarktumsatz beider Unternehmen ca 100 Milliarden € pro Jahr. Vgl. Kaden, Spiegel Online v. 16.4.2011 (Hyperlink in Fn. 13).

25 Im Jahre 1992 schmiedete SGL Carbon zusammen mit UCAR aus den USA ein Kartell zu Preisabsprachen bei Grafitelektroden. Nach der Entdeckung wurde in den USA eine Geldbuße von 145 Mio € ein weiterer dreistelliger Millionenbetrag zur Einigung in zivilrechtlichen Verfahren in den USA sowie ein hoher dreistelliger Millionenbetrag für Geldbußen in der EU ausgesprochen. Der Aktienkurs brach daraufhin drastisch ein, das Unternehmen fast in den Ruin getrieben. In ihrer Begründung für die damals zweithöchste Strafe stellte die EU-Kommission die besondere Schwere heraus, da die Unternehmen regelmäßig, auch auf der obersten Firmenebene, zusammentrafen, um sich über die Preisabsprachen zu verständigen (<http://www.handelsblatt.com/archiv/sgl-carbon-millionen-bussgeld-wegen-preisabsprachen/2083016.html>; letzter Zugriff am Datum).

26 Vgl. Audretsch/Lehmann, International Entrepreneurship and Management Journal 2008, 419.

27 Der ehemalige Vorstand von Arcandor, Thomas Middelhoff, soll angeblich während seiner fünfjährigen Zeit als Aufsichtsrat und Vorstand für ungefähr 4,7 Millionen Euro Privatjets in Anspruch genommen haben. Vgl. Hielscher, Wirtschaftswoche v. 11.4.2011, S. 47.

28 Noch im Bewusstsein sind die Expansionspläne des ehemaligen Porsche-Managers Wiedeking, der den um ein vielfaches größeren Konkurrenten Volkswagen übernehmen wollte oder die Expansionspläne der Vorstände der Daimler (Benz/Chrysler)

zu investieren, aus Furcht, ihre Position oder Einkommen nicht zu großen Schwankungen auszusetzen. Dabei vernichten sie ebenfalls Kapital, da die Anleger einen höheren Ertrag erwarten.²⁹

In diesen Rahmen fallen auch „Entrenchment-Strategien“, Strategien des Managements, um sich vor einer intensiven Kontrolle oder gar Auswechslung abzusichern, wie Investitionen in Überkreuzverflechtungen. Mangelnde Anstrengungen des Managers aufgrund der unzureichenden Beobacht- und Bewertbarkeit seines Arbeitseinsatzes zählen ebenso zu den illegitimen Handlungen, wie die selektive Wahrnehmung von Aufgaben (häufige Besuche der Tochtergesellschaften im Ausland; Besuche kultureller Veranstaltungen) oder Lobbyismus.

In den letzten Jahren rücken Bilanzmanipulationen oder Techniken zur „kreativen Buchführung“ verstärkt in den Vordergrund – Möglichkeiten, über Bilanzierungstricks den Wert des Unternehmens zu Lasten eines oder mehrerer Anteilseigner zu verändern.³⁰ Der Anteil von Bilanzfälschungen an allen Wirtschaftstaten stieg in den letzten Jahren beachtlich an.³¹ Beliebte „Fehler“ im Rahmen der Bilanzerstellung erfolgen nach Unternehmenskäufen und -verkäufen, der Bewertung von Finanzinstrumenten, Abschreibungen oder der Segmentberichterstattung.

Ein Aspekt, der in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur bisher kaum beachtet wird, ist die mangelnde Überwachung von Mitarbeitern durch den CEO, bzw. der obersten Leitungsebene. Vom Vorwurf strafbarer Handlungen wie Betrug, Korruption, Bestechung oder der Bilanzmanipulation sind Vorstandsmitglieder seltener direkt betroffen – indirekt über die Duldung oder mangelnder Überwachung der Mitarbeiter. Ein Anreiz für ein solches missbräuchliches Verhalten ist offensichtlich: Erstens wirken sich strafbare oder illegitime Aktivitäten der Mitarbeiter wie Korruption, Bestechung und Kollusion auch positiv auf den Geschäftserfolg aus und beeinflussen damit indirekt die variablen Einkommenselemente auf Vorstandsebene. Zweitens ist die Überwachung von Mitarbeitern mit hohen Kosten verbunden.

Abschließend – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – sei auf die Qualitätsreduktion verwiesen. Die Kosten der Produktqualität steigen mit zunehmendem Qualitätsniveau überproportional an. So besteht ein Anreiz, diese ohne Preisreduktion zu senken. Dies trifft insbesondere bei Produkten und Leistungen zu, deren Qualität durch den Konsumenten erst nach dem Kauf, während des Konsums oder gar nicht feststellbar ist.³² Wird die mangelnde Qualität offenbar, kann dies zu einem erheblichen Schaden für die Reputation des Unternehmens oder deren Existenz führen.³³

AG, die einmal zum weltweit größten Technologiekonzern aufsteigen wollten, ein anderes Mal zum größten Automobilbauer der Welt. Letztere Entscheidung soll die Aktionäre mehr als 40 Milliarden Euro gekostet haben.

29 Dies wird dem Management des Baukonzerns Hochtief vorgeworfen. Unter dieser risikoaversen Einstellung litt dann der Aktienkurs der Aktie, die eine unfreundliche Übernahme durch den wesentlich kleineren spanischen Konzern ACS erst ermöglichte.

30 Vgl. Boecker/Petersen/Zwirner, DB 2011, 889.

31 Nach einer Studie von PricewaterhouseCoopers im Zeitraum 2007 bis 2009 um 38 %. Insbesondere in Krisenzeiten wie kurz nach der Finanzkrise steigt der Anreiz zur Manipulation.

32 Vgl. hierzu Gassner, in: Möllers (Fn. 1), S. 73 (insb. S. 75 f.). Insofern fordert Kort zu Recht eine Ausdehnung der Compliance-Maßnahmen auf den Bereich der Produktion und den Reputationsschutz, vgl. Kort, NZG 2008, S. 81 (S. 83).

33 Vgl. hierzu Rupp, Rev. of Ind.Org. 25/2004, S.21.

Zusammenfassend zeigt sich eine vielschichtige Palette des Fehlverhaltens von Managern. Diese reicht von (grob) fahrlässigen bis zu vorsätzlichen, von illegitimen bis zu illegalen Aktivitäten. All diesen ist gemeinsam, dass sie auf einer privaten Information des Managers gegenüber dem Prinzipal beruhen. Wären die Absichten und Fähigkeiten der Manager vor Vertragsabschluss bekannt, könnte der Prinzipal von seinem Angebot zurücktreten bzw. kein Angebot unterbreiten. Im Falle des „moral hazard“-Verhaltens täuschen potentielle Manager vor Vertragsabschluss ein gewünschtes Verhalten und Eigenschaften vor, von denen sich nach Vertragsabschluss nicht mehr unbedingt lohnt, sie aufrecht zu erhalten. Die Unvollständigkeit und Unvollkommenheit von Verträgen ermöglicht, eröffnet und bestimmt maßgeblich den diskretionären Handlungsspielraum.

4. Kriminalität und Corporate Governance

Warum begehen oder dulden Vorstände solche illegalen und illegitimen Handlungen wie Bestechung, Korruption oder Betrug? Die Literatur zu Bilanzbetrügereien orientiert sich dabei an dem von *Donald R. Cressey* entwickelten „Fraud Triangle“, dem Zusammenspiel von Motivation, Gelegenheit und innerer Rechtfertigung, als Ursachen und Entstehungsgründe von Kriminalität bzw. doloser Handlungen. Bis heute findet dieser Ansatz als Frühwarnsystem in Unternehmen Verwendung.³⁴

Im Gegensatz zu dieser eher soziologisch geprägten Analyse geht der mikroökonomische Ansatz zur Erklärung des missbräuchlichen Verhaltens einige Schritte weiter. Mit seiner bahnbrechenden Arbeit zur Ökonomie kriminellen Verhaltens eröffnete der spätere Nobelpreisträger *Gary S. Becker*³⁵ eine Forschungsrichtung, die sich in den letzten Jahren maßgeblich entwickelte.³⁶ Kriminelle oder auch illegitime Handlungen werden nur aus einem Motiv heraus getätigt: weil es sich lohnt!³⁷ Oder: Menschen reagieren auf Anreize und Umstände, Kriminelle sind Menschen – also reagieren auch Kriminelle auf Anreize und Umstände. Bewusst verzichtet er auf die Suche nach der ultimativen Ursache kriminellen Verhaltens in Form einer genetischen Veranlagung oder einer „normalen“ oder „abnormalen“ Präferenz für kriminelle Neigungen und Handlungen. Stattdessen wird die kriminelle Handlung als rationale Entscheidung von Individuen gesehen, die von den Nutzen und Kosten der Handlung bestimmt wird.³⁸

Der Handlung eines Managers kann ein einfaches Entscheidungskalkül zugrunde gelegt werden, das vier Parameter enthält:

- den Nutzen einer Handlung,
- die damit verbundenen Kosten,
- die verschiedenen Eintrittswahrscheinlichkeiten und

34 *Cressey*, Criminal Organization: Ist elementary Forms, 1972, passim. Eine kurze Darstellung bieten *Boecker/Petersen/Zwirner*, DB 2011, S. 889 (S. 891 f.).

35 *Becker*, Journal of Political Economy 76 (1968), S. 169.

36 Vgl. hierzu die einzelnen Beiträge in *Benson/Zimmerman*, Handbook on the Economics of Crime, 2010.

37 Gewaltverbrechen aus triebhaften oder krankheitsbedingten Gründen wie Sexualstraftaten, Mordlust und andere schloss *Becker* explizit aus.

38 Bedeutende Weiterentwicklungen stellen *Ehrlich*, Journal of Political Economy 81 (1973), S. 397, oder *Stigler*, Journal of Political Economy 78 (1970), S. 526 dar. Aktuelle Beiträge finden sich in *Benson/Zimmerman* (Fn. 36).

- die Risikoeinstellung des Täters (Managers).

Da weder Nutzen noch Kosten oder die Eintrittswahrscheinlichkeiten einer Tat exogen gegeben sind, bestimmt sich die Anzahl und die Höhe der illegalen und/oder illegitimen Handlungen durch die Umstände oder das Umfeld der Tat – Gelegenheit macht Diebe – und nicht die biologische Veranlagung.

4.1. Nutzen einer missbräuchlichen Handlung

Der Nutzen einer missbräuchlichen Handlung kann monetärer und nicht-monetärer Art sein. Im ersten Fall erzielt der Handelnde einen direkten, in Geldeinheiten messbaren Nutzen aus der Handlung, einen Transfer vom Geschädigten zum Täter. Im Falle des Insiderhandels erfolgt der Transfer durch einen Arbitragevorteil gegenüber uninformierten Handelspartnern, im Falle der Kollusion erhält der Manager ein direktes oder indirektes Einkommensäquivalent über den Preisaufschlag, ebenso im Falle der Korruption. Ein indirekter Nutzen erfolgt über einen Zuwachs an Macht, Reputation oder Prestige. Je höher der Nutzen für den Manager, desto eher wird er bereit sein, eine missbräuchliche Handlung zu begehen.

4.2. Kosten einer missbräuchlichen Handlung

Dem Nutzen der Handlung stehen deren Kosten gegenüber. Diese lassen sich in direkte, mit der Tat selbst verbundene und indirekte Kosten, in Form von Strafkosten, einteilen. Direkte Kosten stellen Aufwendungen und Opportunitätskosten für die Planung, Umsetzung und Durchführung einer Tat dar. Ein hoher zeitlicher Aufwand (Opportunitätskosten) und/oder hohe materielle Aufwendungen senken also *ceteris paribus* den Anreiz, eine Tat zu begehen. Zu diesen Kosten addieren sich die Strafkosten (Transferzahlungen an die Geschädigten und die Gesellschaft, Opportunitätskosten bei Gefängnisstrafen), aber auch Kosten in Form eines Verlustes von Prestige, Reputation, Macht oder Zuneigung.

4.3. Wahrscheinlichkeiten einer illegalen/illegitimen Handlung

Im einfachsten Entscheidungsfall stellt ein Manager dem Nutzen einer Handlung deren Kosten gegenüber. Übersteigt der Nutzen die Kosten, würde er die missbräuchliche Handlung vornehmen. Allerdings stellen weder Nutzen noch Kosten der Handlung Ereignisse unter Sicherheit dar, sondern sind mit Eintrittswahrscheinlichkeiten behaftet. *Becker* unterscheidet hierbei folgende Arten von Wahrscheinlichkeiten, die einem missbräuchlichen Entscheidungskalkül zugrunde liegen:

- die *Transferwahrscheinlichkeit*: Wahrscheinlichkeit, dass die mit der Handlung beabsichtigten Transfers auch in der erwarteten Höhe gelangen und für ihn nutzbar sind;
- die *Tatwahrscheinlichkeit*: Wahrscheinlichkeit der Aus- und Durchführung der Tat selbst, insbesondere wenn sie an das Eintreten bestimmter Ereignisse und Voraussetzungen geknüpft ist;
- die *Strafkostenwahrscheinlichkeit*: mit welcher Wahrscheinlichkeit und Höhe der Täter mit einer Strafe rechnen muss. Diese setzt sich zusammen aus der

- Entdeckungswahrscheinlichkeit (dass der Täter selbst entdeckt wird),
- Ergreifungswahrscheinlichkeit (dass der Täter ergriffen wird),
- Verurteilungswahrscheinlichkeit (dass der Täter verurteilt wird) und
- Strafmaßwahrscheinlichkeit (dass der Täter die Höchststrafe erhält).

Damit stellt eine missbräuchliche Handlung eine Entscheidung unter Unsicherheit dar und kann als Lotterie mittels einer Erwartungsnutzenfunktion analysiert werden.

4.4. Risikoeinstellung von Managern

Nimmt man die einzelnen Wahrscheinlichkeiten und die damit bewerteten Nutzen- und Kostenkomponenten als fix und gegeben an, hängt die Entscheidung für das Eingehen oder Unterlassen einer missbräuchlichen Handlung von der Risikoeinstellung des Managers ab. Die Risikoeinstellung dient zur individuellen „Bewertung“ der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeiten und ihrer Komponenten und drückt sich im individuellen Sicherheitsäquivalent aus. Bei einem risikoneutralen Manager entspräche das Sicherheitsäquivalent aus der Handlung dem Erwartungswert, beim risikoaversen Manager liegt es unterhalb des Erwartungswertes und beim risikoliebenden Manager darüber. Ein risikoaverser Manager würde also „Kosten“ aufwenden, um die Handlung sicherer zu gestalten – bzw. eher auf die missbräuchliche Handlung verzichten. Ein risikoliebender Manager zieht hingegen einen zusätzlichen Nutzen aus dem „Kick“ der Handlung. Bei identischen Eintrittswahrscheinlichkeiten muss also der Erwartungswert aus der Tat beim risikoaversen Manager am höchsten sein. Oder, bei identischem Erwartungswert aus der Handlung, geht der risikoliebende Manager das Risiko bei einer höheren Aufdeckungswahrscheinlichkeit ein als der risikoaverse Manager.³⁹

Bei der Risikoeinstellung handelt es sich um ein wesentliches verhaltensleitendes Merkmal eines Menschen. Vorstandsmitglieder oder CEOs sind an der Spitze einer Organisation, weil ihre Eigenschaft, Risiken einzugehen, sie positiv über Karriereleitern hinweg selektiert hat. Die Gruppe der „Top Manager“ kann deshalb als weniger risikoavers im Vergleich zu anderen Gruppen von Managern eingestuft werden.⁴⁰ Für die Analyse der Ursachen, Folgen und Vermeidung illegaler und illegitimer Handlungen in Unternehmen stellt die Betrachtung der Risikoaversion ein zentraler, aber bisher wenig beachteter Parameter dar.

Je höher und wahrscheinlicher die Transfers aus der Handlung, je niedriger die aufzuwendenden Kosten, je eher diese durchgeführt werden kann, je geringer die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung, Ergreifung, Verurteilung und Bestrafung und je geringer die Risikoaversion des Täters, umso größer die Wahrscheinlichkeit, dass eine solche Handlung begangen wird.

³⁹ Einen etwas anderen Verlauf der Auszahlungsfunktionen erhält man, folgt man den theoretischen Überlegungen von *Kahnemann* und *Tversky*, wie sie heute Eingang in die Richtung „Behavioral Finance“ Literatur genommen haben. In ihren empirischen Versuchen ermittelten sie einen Auszahlungsverlauf der dadurch gekennzeichnet ist, dass Entscheider tendenziell Verluste überschätzen und Gewinne unterschätzen. Auf das Beispiel der Wirtschaftskriminalität angewendet würde dies bedeuten, dass die möglichen Gewinne aus einer kriminellen Tat eher unterschätzt und dafür die möglichen Sanktionen überschätzt werden.

⁴⁰ Erinnert sei an den Auftritt des ehemaligen Infineonmanagers *Schuhmacher*, der anlässlich der Börsennotierung des Unternehmens im Rennanzug auftrat und kaum eine Gelegenheit ausließ, seine Liebe zum riskanten Motorsport kund zu tun.

4.5. Beispiele aus der Praxis

Ein interessantes Beispiel stellt die Manipulation von Bilanzen dar. Optionskontrakte als Basis der Entlohnung weisen eine starke Hebelwirkung in Abhängigkeit des zugrunde liegenden Basiswertes auf. Eine geringe Erhöhung des Aktienkurses kann so zu einer überproportionalen Erhöhung des privaten Einkommens führen. Eine Manipulation der relevanten Größen und Kennziffern zur Verringerung der Schulden und/oder Erhöhung des Gewinnes beeinflussen den Börsenkurs und damit indirekt – über die Entlohnung über Optionskontrakte - das private Einkommen des Vorstandes. Der Nutzen aus der Handlung und die (in-)direkte Transfermöglichkeit belegen die große Verbreitung von Bilanzmanipulationen als Mittel der persönlichen Bereicherung.⁴¹ Die Kosten der Tat und der Durchführung sind entsprechend gering. In absoluten Einheiten gerechnet übersteigt der monetäre Betrag aus der Manipulation bei weitem die Kosten. Diesem Betrag muss die Strafkostenwahrscheinlichkeit gegenübergestellt werden. Auch wenn die Entdeckungswahrscheinlichkeit in den letzten Jahren zugenommen hat und auch die Ergreifungswahrscheinlichkeit hoch ist (das Unternehmen ist ja bekannt), wirken diese nicht prohibitiv abschreckend. Ein CEO profitiert zwar von den Bilanzmanipulationen, er erstellt die Bilanz aber nicht persönlich und die Verurteilungswahrscheinlichkeit ist gering. Denn welche Manipulationen erfolgen fahrlässig, welche (grob) fahrlässig oder gar vorsätzlich? Handelt es sich bei den Verfehlungen überhaupt um „Manipulationen“ oder doch eher um eine kreative Auslegung der bilanziellen Richtlinien?⁴² Allein die Kosten der Beweisführung können eine prohibitive Höhe annehmen, so dass die Verfahren entweder sofort oder mit einem Vergleich eingestellt werden. Die Strafmaßwahrscheinlichkeit dürfte folglich nicht abschreckend wirken.⁴³

Die Bedeutung der Risikoneigung verdeutlicht das folgende Beispiel: Der Gründer und CEO des Hedge-Fonds Galleon, Raj Rajaratnam wurde 2009 wegen des Verdachtes auf Insidergeschäfte verhaftet und im Mai 2011 in allen Punkten für schuldig gesprochen. Sein Vermögen wird auf mindestens eine Milliarde US \$ geschätzt. Er initiierte ein Netzwerk aus Managern der obersten Führungsetagen von Firmen wie Goldman Sachs, Morgan Stanley, IBM, Intel oder AMD, die ihn mit börsenrelevanten Insiderinformationen versorgten, die er für seinen Hedge-Fonds nutzte. Der geschätzte Gewinn aus den Insiderinformationen wird mit 63,8 Mio. US \$ für den Hedge-Fonds beziffert, persönlich soll Rajaratnam dadurch um ungefähr 17,5 Mio. US \$ reicher geworden sein. Unterstellt man ein Vermögen von einer Milliarde US \$, so liegt der Tat ein Vermögenszuwachs von 1,7 % in einem Zeitraum von ungefähr 5 Jahren zugrunde (oder 0,05 % jährlich). Haftstrafen für Insiderhandel in den USA sind sehr hoch – angeblich drohen ihm fast 20 Jahre Haft. Dass die Justiz entsprechend hohe Anstrengung der Entdeckung und Sanktionierung bei Insidervergehen unternimmt, müssten die vergangenen

41 *Audretsch/Lehmann* (Fn. 1), S. 5 zeigen, dass Börsenmanipulationen in direktem Zusammenhang zu Optionsvergütungen des Vorstandes stehen. Dies trifft auch auf alle anderen Arten der variablen Vergütung für CEOs zu und ist nicht an börsennotierte Unternehmen gebunden. Letztendlich bieten zuvor gesteckte Ziele, deren Kennziffern und Basisgrößen immer einen Anreiz zum abweichenden Verhalten.

42 Vgl. hierzu auch *Boecker/Petersen/Zwirner*, DB 2011, (S. 892 ff.).

43 Weisen Unternehmen keinen bilanziellen Manipulationsspielraum auf oder basiert das Geschäftsmodell auf einem sittenwidrigen Verhalten, ändert sich die Strafkostenwahrscheinlichkeit beträchtlich. Prominente Manager, die aufgrund ihrer illegalen Aktivitäten zu Haftstrafen verurteilt wurden sind der ehemalige Immobilienunternehmer Jürgen Schneider (6 Jahre und 9 Monate wegen Betrugs), Alexander Falk (4 Jahre wegen versuchten Betruges und Beihilfe zur Bilanzfälschung) oder Manfred Schmider (FlowTex, 11 Jahre und 6 Monate wegen Betruges). Im Vergleich zu den USA ist die Strafhöhe in Deutschland vergleichsweise gering: Bernard 'Berny' Ebbers, EX-CEO Worldcom, ist zu 25 Jahren wegen Bilanzbetruges verurteilt worden, sein ehemaliger Kollege von ENRON, Jeffrey Skilling, wegen des gleichen Vergehens für 24 Jahre und 4 Monate.

populären Fälle gezeigt haben. Die Strafkostenwahrscheinlichkeit muss als hoch vorausgesetzt werden. Das Eingehen einer solchen Handlung zeigt die „Risikoliebe“ des Managers, der die Kosten der Tat in seinem Entscheidungskalkül „sträflich“ vernachlässigte. Nur eine sehr geringe Risikoaversion (oder Risikoliebe, wie der berühmte „Kick“) kann angesichts dieses geringen Erwartungswertes des Vermögenszuwachses zugrunde gelegt werden.

Analoge Überlegungen lassen sich für alle Handlungen in der Abbildung, seien sie illegaler und strafbarer oder illegitimer Art, anstellen. Mit den geringsten Strafkosten ist bei illegitimen Aktivitäten zu rechnen, den höchsten Strafkosten bei illegalen Aktivitäten.⁴⁴ So kann ein Manager durchaus Handlungen begehen, die seinen individuellen Nutzen erhöhen und er bestrebt ist, dass diese Handlungen nicht vor einem Kontrollorgan wie dem Aufsichtsrat offenbart und anschließend mit negativen Konsequenzen, wie dem Verlust des Arbeitsplatzes, geahndet werden.

5. Compliance und Crime

Ein Aspekt bzw. wesentlicher Entscheider wurde bisher nicht berücksichtigt: der (oder die) potentiell Geschädigte(n), die selbst aktiv werden und Kosten aufwenden können, um einen Schaden abzumildern oder abzuwenden. Diese Investitionen in abwehrende Maßnahmen wirken sich auf die einzelnen Eintrittswahrscheinlichkeiten und damit das Entscheidungskalkül aus.

Im Rahmen der Verbesserung der Corporate Governance entwickeln sich Maßnahmen und Mechanismen und werden „institutionalisiert“, da der Markt von sich aus die Kosten des missbräuchlichen Verhaltens nicht hinreichend internalisiert.⁴⁵ Solche Maßnahmen beinhalten Kronzeugenregelungen, höhere Strafen (wie mehrfach Lebenslänglich in den USA), die Verpflichtung und Vereinheitlichung von Bilanzen, die Verringerung der Transferwahrscheinlichkeiten über die Transparenz im Bankgewerbe, oder die Entwicklung und Verpflichtung von „Compliance“-Maßnahmen im Unternehmen.

Unter letztere lassen sich die Einhaltung von Verfahren und Vorschriften, insbesondere durch den CEO, Geschäftsführer oder Vorstandsvorsitzenden sowie die Kontrollorgane gegenüber relevanten Stakeholdern eines Unternehmens (Organisation) zur Vermeidung illegaler und illegitimer Aktivitäten subsumieren. Compliance umfasst organisatorische Maßnahmen, wie Überwachungssysteme, um Entwicklungen, welche den Fortbestand einer Organisation gefährden, frühzeitig zu erkennen und eine Gegensteuerung zu ermöglichen. Dabei handelt es sich auch um eine Verrechtlichung nicht-normativer, nationaler und internationaler Regeln und Standards und richtet sich primär an den Vorstand (§ 91 Abs. 2 AktG). Aber auch der Aufsichtsrat in seiner Funktion als Überwachungsorgan des Vorstandes wird dabei explizit einbezogen. Vorstand und Aufsichtsrat sollen stärker als bisher zur Einhaltung externer und

44 Allein das Ausmaß der Vernichtung von Aktionärskapital bei Arcandor/Karstadt/Quelle durch *Thomas Middelhoff* zeigt die geringe Wirkung der Strafkostenwahrscheinlichkeit. Bisher steht dem in mehrfacher Millionenhöhe verursachten Schaden und dem Verlust tausend Arbeitsplätze eine Verurteilung wegen falscher Informationen zu einer Geldbuße in Höhe von 2.550 € an einen klagenden Aktionär gegenüber.

45 Für eine Entwicklung im historischen Kontext vgl. *Becker* (Fn. 13), S. 247.

interner Vorgaben gezwungen werden. „Der Vorstand hat damit die Pflicht, die Ordnungsmäßigkeit und Nachhaltigkeit der Geschäftsführung“ durch entsprechende Maßnahmen sicherzustellen.⁴⁶

Hierzu gehören die Überwachung von Rechnungslegungsprozessen, die Überwachung der Wirksamkeit interner Risikomanagementsysteme und Revision sowie kapitalmarktrechtlicher Bestimmungen. Zudem soll die Einhaltung von Richtlinien zur Vermeidung illegitimer Aktivitäten durch ein verpflichtendes Handeln der Akteure gegenüber Stakeholdern eines Unternehmens sichergestellt werden („Corporate Social Responsibility“).

Das Wesensmerkmal der Compliance liegt darin, dass mit dem Vorstand eines Unternehmens nun ein expliziter Vertrag über die Einhaltung von Vorschriften und Regeln abgeschlossen wird. Das „Vertrauen auf eine ehrbare Geschäftsführung“⁴⁷ also zu einer bindenden Verpflichtung wird. Im Rahmen der Corporate Governance stellt Compliance ein Mechanismus unter mehreren dar, welcher die Transaktionskosten zur Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat und die Durchsetzung vor einer dritten Partei (Justiz) reduziert, indem Verhaltensvorschriften explizit fixiert werden, die in einem ursprünglichen Vertrag mit dem Vorstand nicht hinreichend detailliert spezifiziert werden können. Während Manager sich bisher weitgehend bei einem Fehlverhalten exkulpierten, wird dies unter Aspekten der Compliance in Verbindung mit gesetzlichen Vorschriften (wie § 91 Abs. 2 AktG) nicht mehr ohne weiteres möglich sein.⁴⁸ Dies erfuhr insbesondere das Topmanagement der Siemens AG nach der Aufdeckung der „schwarzen Kassen“ und der mannigfachen Vorwürfe der Korruption. Allerdings sollten sich Compliance-Aktivitäten nicht nur auf den Bereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts oder auf die Korruptionsbekämpfung konzentrieren.⁴⁹

Die Möglichkeit, dass Aktionäre im Falle eines Unterlassens den Aufsichtsrat belangen können, verstärkt den Anreiz des Kontrollgremiums, seine Aufgaben entsprechend wahrzunehmen. Compliance setzt so direkt an der Unternehmensspitze an: „Tone at the Top“. Maßgeblich hierfür ist das Verhalten der Führungsebene als Grundeinstellung der Unternehmensspitze. Gemeint ist, dass sich Organisationen und die darin interagierenden Individuen faktisch so verhalten, wie es die Unternehmensführung vorlebt. Dass diese Einstellung nicht (immer) mit den Grundsätzen eines „ehrbaren Kaufmanns“ übereinstimmt, zeigt sich am Regulierungsbedarf durch den Gesetzgeber. So weist *Windbichler* auf die Qualitätskontrolle für Wirtschaftsprüfer (§ 57a WPO) hin: Nur wenn die Leitung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft qualitätsorientiert ist, kann die gesamte Prüfungsgesellschaft qualitätsvolle Arbeit leisten.⁵⁰ Oder: Auch in Wirtschaftsunternehmen jedweder Branche kann von den Organisationsebenen un-

46 *Kort*, NZG 2008, S. 81 (S. 83).

47 *Windbichler*, 2009, S. 19 oder auch *Kort*, in: Möllers (Fn. 1), S. 135 (insbes. S. 139 f.), oder *Theisen* (Fn. 4), S. 39 (S. 40).

48 Die Mitarbeiterüberwachung bezieht *Rotsch* ein, der ein Corporate Governancekonzept fordert, welches das gesamte Unternehmen und nicht nur die Führungsspitze beinhalten muss, vgl. *Rotsch*, ZIS 2010, S. 614 (S. 615).

49 Ein Zusammenspiel dieser Kräfte zeigt sich im aktuellen Fall der Kollusion im Lastwagenmarkt in der EU. Im Unternehmen MAN wurde 2009 ein Korruptionsfall entdeckt, der beinahe zur Auswechslung der gesamten Konzernspitze führte. Im Rahmen dieses Prozesses wurden Compliance-Maßnahmen eingeführt, wie die anonyme hotmail (whistleblowing). Über diese meldete ein Mitarbeiter Absprachen nahezu aller Hersteller von Lastwagen in Europa, worauf MAN sich wiederum der EU als „Kronzeuge“ andiente – und somit straffrei ausgehen wird.

50 Eigentlich müsste davon ausgegangen werden, dass eine qualitätsorientierte Einstellung eine Bedingung „sine qua non“ für Prüfungsgesellschaften darstellt. Das Beispiel von Arthur Anderson im Falle Enron hat letztendlich jeden davon überzeugt, dass man einerseits auch Reputation aufs Spiel setzt, wenn der Einsatz lohnenswert scheint und andererseits, dass „Mission & Vision“ letztendlich nur Cheap Talk sind.

terhalb der Geschäftsleitung nichts anderes erwartet werden als die Geschäftsleitung vorgibt.⁵¹

Die Institutionalisierung im Unternehmen, entweder in Form einer eigenständigen Stabsstelle, innerhalb der internen Revision oder Rechtsabteilung oder gar als übergeordnete Instanz kann als Signal für die Bedeutung der Compliance innerhalb des Unternehmens aufgefasst werden. Eine Garantie für eine „Gute Unternehmensführung“ stellt diese institutionelle Maßnahme aber nicht notwendigerweise dar.

Compliance-Maßnahmen rücken die Personalverantwortung wieder verstärkt in den Aufgabenbereich des CEO. Dies sei am Beispiel der Kollusion verdeutlicht: Obwohl kollusives Verhalten in den meisten Fällen eine Straftat darstellt, häufen sich die Vorfälle. Ursächlich dafür sind mehrere Entwicklungen: Ein zentralisiertes Vorgehen durch die EU-Kommission, eine hohes Sanktionspotential, die Handhabung der Kronzeugenregelung und Compliance-Maßnahmen. Hohe Geldbußen, bis zu 10 % des Jahresumsatzes eines Unternehmens, und die Aussicht auf Straffreiheit erhöhen den Anreiz zum Verlassen einer Kollusion, obwohl man zuvor davon profitierte.⁵² Compliancemaßnahmen verhindern ein kollusives Verhalten in Unternehmen, indem sie die Entdeckungswahrscheinlichkeiten erhöhen.⁵³

6. Compliance als Mechanismus der Corporate Governance

Compliance-Maßnahmen stellen einen komplementären Mechanismus zu rechtlichen Maßnahmen (Regelungen) dar, indem sie deren Wirkung verstärken. *Theisen* konstatiert, dass Probleme der Corporate Governance nicht auf mangelndes Recht zurückzuführen sind, sondern eher auf die unzureichende Durchsetzung desselben.⁵⁴ Compliance stellt eine organisatorische Reaktion auf die Unvollkommenheiten im Rahmen des bisherigen Rechtssystems dar.

Wie jeder andere Mechanismus der Corporate Governance ist auch die Compliance nicht nur mit Vorteilen verbunden. Dem gewünschten Effekt der Einschränkung des diskretionären Handlungsspielraumes zur Vermeidung einer missbräuchlichen Handlung durch Mechanismen der Corporate Governance steht immer der gegenläufige Nachteil einer Einschränkung entgegen: Unternehmerische Entscheidungen werden unter Unsicherheit und Risiko getroffen. Ein (erwarteter) Ertrag über dem risikoneutralen Kapitalmarktzins ist nur über das Eingehen von Risiken möglich. Werden die Kosten riskanter Entscheidungen erhöht, verfolgen Manager konsequenterweise eher Projekte mit geringerem Risiko – ebenfalls zu Lasten der Aktionäre und anderer Stakeholder.

In diesem Zusammenhang werden Manager verstärkt Kosten aufwenden, um im Entscheidungsfalle nicht in Haftung genommen werden zu können: Überinvestitionen in Bilanzprüfungen, Überinvestitionen in die Standardisierung von Compliance-Maßnahmen, Überinvesti-

51 *Windbichler* (Fn. 1), S. 28.

52 Beispielfhaft seien hier die Firma Kraft (Jakobs Kaffee, Onko, Kaffee Hag) genannt (Ausscheren aus der „Kaffee-Kollusion“ mit Tchibo, Dallmayr und Melitta), MAN (Preisabsprachen europäischer Lastwagenhersteller) oder Lufthansa (Kargo-Kartell).

53 Nicht unwesentlich trägt hier das umstrittene „Whistleblowing“ bei, vgl. *Weiber/Feldmann*, WiSt 2008, S. 505.

54 *Theisen* (Fn. 4), S. 39 (S. 41).

tionen in die rechtliche Absicherung und vieles mehr. Diese stellen Kosten dar, die dem Unternehmen Liquidität entziehen, aber vor allem den Entscheidungsspielraum in übergebührlichem Maße einengen. Jede Entscheidung eines Mitarbeiters, die nun einer übergeordneten Absicherung bedarf, bindet eine Vielzahl an Managementkapazität für diese eine Entscheidung. Eine Aufblähung von Hierarchien ist die logische Konsequenz einer solchen Maßnahme.

Unternehmen befinden sich im internationalen und globalen Wettbewerb. Ein großer Teil der Auslandsaktivitäten erfolgt in Ländern mit relativ unterentwickelten Rechtssystemen und kulturellen und religiösen Besonderheiten. Gepflogenheiten in diesen Ländern können schnell zu strafbaren Handlungen führen, die hohe Strafzahlungen nach sich ziehen.⁵⁵ Als Reaktion darauf müssten sich Unternehmen von derartigen Geschäftsfeldern trennen – oder diese als eigenständige und selbständige Einheiten weiterführen, so dass sie nicht als Tochtergesellschaften im rechtlichen Sinne anzusehen sind (und den Mutter- oder Holdingkonzern mit in die Haftung nehmen). Gerade diesem Schattenbereich, der Handhabung von Normen, Verfahren und Prozessen in unterschiedlichen Ländern und Branchen, muss sich die Forschung verstärkt stellen.

Auch sollte sich langsam durchsetzen, dass Corporate Governanceprobleme in allen Organisationen auftreten und sich nicht vorwiegend auf große, börsennotierte Unternehmen beschränken. Dies betrifft sowohl reine eigentümergeführte Unternehmen, wie Familienunternehmen, als auch sogenannte „Non-Profit-Unternehmen“, wie Krankenhäuser, politische Institutionen bereits auf kommunaler Ebene, Kirchen, Sportverbände oder Universitäten. Bei allen Organisationen liegen einschlägige Normen, Regeln und Prozesse zur Vermeidung missbräuchlicher Handlungen vor. Die Einhaltung derselben stellt das Problem dar!

55 Die Daimler AG wurde in den USA für schuldig befunden, in den letzten 10 Jahren Regierungsbeamte in mehr als 20 Ländern bestochen zu haben. Mit den US-Behörden einigte man sich auf einen Vergleich in Höhe von umgerechnet 134 Millionen Euro.