

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Compliance in verbundenen Unternehmen und die Abhängigkeit von herrschenden Gesellschaften

Deutsche Unternehmen beziehen sich in Compliance-Fragen häufig auf Weisungen und Wünsche sowohl deutscher als auch ausländischer Unternehmenszentralen. Angestrebt werden eine Harmonisierung und die Senkung von Aufwand und Kosten der Compliance-Organisation für alle verbundenen Unternehmen. Es stellt sich dabei die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die deutschen Vorstände und Geschäftsführer sich von ihrer Verantwortung für Compliance im deutschen Unternehmen mit Verweisen aus ihrer Unternehmenszentrale entlasten können. Der folgende Beitrag soll den Vertretern von beherrschten abhängigen Unternehmen als Argumentationshilfe gegenüber den Vertretern der herrschenden Unternehmen dienen. Die Grenzen des Einflusses durch herrschende Unternehmen auf abhängige verbundene Unternehmen mit und ohne Beherrschungsvertrag durch Rechtsvorschriften soll gezeigt werden.

I. Die gesellschaftsrechtliche Beziehung verbundener Unternehmen

Der Unternehmensbegriff ist vom Gesetzgeber bewusst gesetzlich nicht definiert worden. Der Begriff ist als rechtsformneutrale Bezeichnung gewählt worden, um Unterscheidungen zwischen AG, GmbH, Personengesellschaften usw. entbehrlich zu machen. Die Vorschriften zu den verbundenen Unternehmen sind durch die Rechtsformneutralität auch außerhalb des Aktienkonzernrechts nach ganz h. M. anwendbar, wenn das abhängige Unternehmen nicht die Rechtsform der AG oder KGaA hat, sondern als GmbH, Verein oder Personengesellschaft firmiert. Die Anwendbarkeit der Normen muss jeweils auf Verallgemeinerungsfähigkeit untersucht werden.¹

Grundsätzlich gilt nach § 15 AktG, dass verbundene Unternehmen rechtlich selbständige Unternehmen sind. Dazu zählen auch die Konzernunternehmen nach § 18 AktG, abhängige und herrschende Unternehmen nach § 17 AktG, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen nach § 16 AktG. Dieses Prinzip der Selbstständigkeit steht im Gegensatz zu Anschauungen des Unternehmensalltags.²

Die Verweise auf die Konzernmutter im In- oder Ausland und deren Vorgaben zu Compliance-Management-Systemen (CMS) für deutsche Konzerngesellschaften mit dem Grund der Harmonisierung belegen, dass die grundsätzliche Selbstständigkeit und eigene Compliance-Verantwortung der deutschen Geschäftsleiter bewusst oder unbewusst, gewollt oder ungewollt, oft verkannt wird. Ein Konzern oder eine Unternehmensgruppe ist selbst kein Rechtssubjekt, kann weder Anlagenbetreiber noch Adressat von verwaltungsrechtlichen Maßnahmen sein. Nur das einzelne verbundene Unternehmen kann Träger von Rechten und Pflichten sein und verantwortet das Compliance

Management.³ Schlimmstenfalls stehen die Vorstände der deutschen abhängigen Konzerngesellschaften vor deutschen Gerichten und nicht ihre ausländischen Konzernleiter.

II. Die Selbstständigkeit verbundener Unternehmen

Jede Konzerngesellschaft bleibt für sich Träger von Rechten und Pflichten. Die Konzernzugehörigkeit ist kein Grund für wechselseitige Zurechnung von Haftungen und Pflichten unter den einzelnen Konzerngliedern. Es gibt keine konzernrechtliche „Sippenhaft“. Das deutsche Konzernrecht ist durchgriffsfeindlich. Die rechtliche Selbstständigkeit von verbundenen Unternehmen dient der Rechtssicherheit. Jeder soll wissen, wer der Träger von Rechten und Pflichten ist.⁴ Niemand soll von einem zum anderen verbundenen Unternehmen verwiesen werden.

In seinem Asbesturteil⁵ hat der BGH das Prinzip der Selbstständigkeit von verbundenen Unternehmen entschieden. Der BGH nennt in seiner Asbestentscheidung auch das Haftungsrisiko bei verbundenen Un-

1 RegBegr. *Kropff*, S. 27; *Koch*, Aktiengesetz, § 15 AktG Rn. 6 und 8; BGHZ 80,69,72; BGHZ95,330,337; BGHZ 107, 7, 15; *Schall*, BeckOGK, § 15 AktG, Rn. 9 ff.

2 *Schall*, BeckOGK, § 15 AktG, Rn. 8; *Koch*, Aktiengesetz, § 15 Rn. 20.

3 Für das Umweltrecht ausdrücklich *Karsten Schmidt*, Haftungsrisiken für Umweltschutz und technische Sicherheit im gegliederten Unternehmen – Gesellschafts- und konzernrechtliche Betrachtungen in: Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, 9. Trierer Kolloquium 1993, S. 87.

4 *Karsten Schmidt*, Haftungsrisiken für Umweltschutz und technische Sicherheit, S. 80; *Oehler*, Produkthaftung im Konzern, ZIPP 1990, 1445 ff.

5 BGH, 5.5.1981 – VI ZR 280/79, NJW 1981, 2250 – Asbesturteil.

ternehmen, wenn nämlich Mitglieder der Geschäftsleitung in den verbundenen Unternehmen in Personalunion, dem Hersteller und dem Vertrieb, tätig sind und deshalb Produktschwächen kannten.

Für die Organisation verbundener Unternehmen ergibt sich aus dem Asbesturteil die dringende Empfehlung, um die Haftung zu vermeiden, nicht die gleichen Geschäftsleiter in mehreren verbundenen Unternehmen einzusetzen. Obwohl die Besetzung mit den gleichen Führungskräften in der Praxis häufig vorkommt, ist vor Personenidentität der Geschäftsleiter in verbundenen Unternehmen zu warnen.

Herrschende Unternehmen können Genossenschaften, Stiftungen und Vereine sein. Abhängige Unternehmen können alle rechtlich verselbstständigten Organisationsformen sein, alle Kapital- und Personengesellschaften. Ausländische Rechtsträger sind auf jeder Stufe taugliche Unternehmen im Sinne von § 15 AktG.⁶ Beherrschungsketten können deshalb über ausländische Unternehmen führen. Deutsches Konzernrecht ist anzuwenden, wenn eine deutsche Untergesellschaft von einer ausländischen Obergesellschaft beherrscht wird, nicht aber wenn eine deutsche Gesellschaft eine ausländische beherrscht.⁷

Gerade der Einfluss ausländischer Obergesellschaften auf deutsche Tochtergesellschaften in Compliance-Fragen wird dann zum Problem, wenn ohne Kenntnisse des deutschen Rechts Vorgaben zu Compliance-Management-Systemen gemacht werden und die deutschen Tochtergesellschaften voreilig glauben, sich mit dem Hinweis auf konzerninterne Vorgaben entlasten zu können. Unter dem Vorwand der Harmonisierung im grenzüberschreitenden Konzern werden Weisungen zu den Anforderungen eines Compliance-Systems gemacht und sogar von deutschen Tochtergesellschaften befolgt, selbst wenn deutsches Recht vernachlässigt wird. Die deutsche abhängige Gesellschaft kann sich auf den Schutz des deutschen Konzernrechts gegen den beherrschenden Einfluss der ausländischen Obergesellschaft berufen.

III. Die Konzernherrschaft durch Weisungsabhängigkeit entlastet Vorstände nicht von der Compliance-Haftung

In der Praxis liegt es nahe, die Zurechnung der Compliance-Haftung auf den Konzern mit der Weisungsabhängigkeit zu begründen. Wer durch Weisungsabhängigkeit herrscht, der ist scheinbar auch in der Verantwortung und macht den frei, der beherrscht wird.⁸ Obwohl dieses Argument bei oberflächlicher Betrachtung sich zunächst anbietet, befreit die Weisungsabhängigkeit von einer Konzernmuttergesellschaft die Geschäftsleiter der Tochterunternehmen nicht von ihrer Haftung. Solange das jeweilige Management für Compliance der Konzerntochtergesellschaft zuständig ist, solange kann eine Gesellschaft sich unter dem Hinweis auf die Muttergesellschaft nicht entlasten.⁹ Wenn Weisungen ausbleiben oder falsch sind oder wenn sie der nationalen Rechtslage widersprechen, kann sich keine Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft zur eigenen Entlastung berufen.

IV. Der Begriff des Konzerns und die einheitliche Leitung

Ein Konzern liegt nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG vor, wenn das herrschende und ein abhängiges oder mehrere abhängige Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst sind. Was allerdings unter einer einheitlichen Leitung verstanden werden muss, ist umstritten.

Nach dem engen Konzernbegriff soll eine einheitliche Leitung nur vorliegen, wenn sämtliche oder mindestens die wesentlichen Unternehmensbereiche zentral geführt werden und der Konzern so als wirtschaftliche Einheit erscheint.¹⁰ Nach dem weiten Konzernbegriff soll dagegen die einheitliche Leitung eines wesentlichen Bereichs ausreichen, sofern sich daraus ein gesamtunternehmerisches Interesse schließen lässt.¹¹ Einigkeit besteht zur Annahme der einheitlichen Leitung, wenn das Finanz- und Cash-Management einheitlich geführt wird.¹² Umstritten ist die einheitliche Leitung, wenn sich die Zentralisierung auf nur einzelne Unternehmenssektoren oder die Leitlinien der Konzernpolitik beschränkt.

Unterschieden wird der Unterordnungskonzern mit Abhängigkeiten untereinander vom Gleichordnungskonzern ohne wechselseitige Abhängigkeit der verbundenen Unternehmen.¹³ Beim Gleichordnungskonzern fehlt es an der Abhängigkeit und damit an der Möglichkeit, eine einheitliche Unternehmenspolitik durchzusetzen. Deshalb müssen zur Annahme eines Gleichordnungskonzerns alle Unternehmensbereiche zentral geführt werden.¹⁴

Beim Unterordnungskonzern ist die wirtschaftliche Einheit schon durch die Bestimmung der groben Richtlinien oder aus der Zentralisierung von Teilbereichen wie Personal oder Forschung abzuleiten und wenn die Möglichkeit des umfassenden herrschenden Einflusses vorliegen, wobei der Einfluss nicht auf einzelne Bereiche beschränkt sein darf.¹⁵ Die einheitliche Leitung muss tatsächlich ausgeübt und nachgewiesen werden. Eine unternehmerische Grundsatzentscheidung mit Dauerwirkung soll dazu ausreichen, wie zum Beispiel die Zentralisierung aller Forschungsabteilungen.¹⁶

Nach § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt ein Konzern auch dann vor, wenn die Tochtergesellschaft durch einen Beherrschungsvertrag gemäß § 291 AktG an Weisungen der Muttergesellschaft gebunden ist. Nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG wird von einem abhängigen Unternehmen vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Diese gesetzliche Vermutung kann allerdings widerlegt werden. Abhängige Unternehmen nach § 17 Abs. 1 AktG sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen herrschenden Einfluss ausüben kann. Nach § 17 Abs. 2 AktG wird von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.

V. Der beherrschende Einfluss auf verbundene Unternehmen

Der Begriff des abhängigen Unternehmens ist in § 17 AktG für das gesamte Aktiengesetz im Grundsatz einheitlich definiert. Abhängigkeit

6 Schall, BeckOGK, § 15 AktG, Rn. 57 f.; Koch, Aktiengesetz, § 15 Rn. 10, 19.

7 Schall, BeckOGK, § 15 AktG, Rn. 39 ff.

8 Karsten Schmidt, Haftungsrisiken für Umweltschutz und technische Sicherheit, S. 82.

9 Uwe H. Schneider, in: Festschrift 100 Jahre GmbH, Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten, S. 491.

10 Schall, BeckOGK, § 18 AktG, Rn. 11; Koch, Aktiengesetz, Rn. 9.

11 Schall, BeckOGK, § 18 AktG, Rn. 12; Koch, Aktiengesetz, § 18 Rn. 9.

12 BGH Z 115, 187 (191) – Video; BGHZ 107, 7 (20) – Tiefbau.

13 Schall, BeckOGK, § 18 AktG, Rn. 14, 15.

14 Schall, BeckOGK, § 18 AktG, Rn. 16; Koch, Aktiengesetz, § 18 Rn. 20.

15 Schall, BeckOGK, § 18 AktG, Rn. 15.

16 Schall, BeckOGK, § 18 Rn. 17; Koch, Aktiengesetz, § 18 Rn. 12.

besteht dann, wenn zwischen zwei rechtlich selbstständigen Unternehmen das eine mittelbar oder unmittelbar einen beherrschenden Einfluss auf das andere Unternehmen ausüben kann. Die Definition wird durch die widerlegbare Vermutung nach § 17 Abs. 2 AktG ergänzt, dass im Verhältnis zu einem mit einer Mehrheitsbeteiligung nach § 16 AktG ausgestatteten Unternehmen eine Abhängigkeit besteht. Das beherrschte Unternehmen muss den Eindruck haben, dass ein anderes Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die tatsächliche Ausübung des Einflusses ist nicht erforderlich. Es genügt die bloße Möglichkeit, die Herrschaft auszuüben, die beständig und umfassend sein muss.¹⁷

VI. Der Einfluss durch die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens bei bestehendem Beherrschungsvertrag und die Grenzen

Besteht nach § 308 AktG ein Beherrschungsvertrag, ist das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Bestimmt der Beherrschungsvertrag nichts anderes, so können auch Weisungen erteilt werden, die für die Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen. Nach § 308 Abs. 2 AktG ist der Vorstand verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Er ist nicht berechtigt, die Weisung zu verweigern, weil sie seiner Ansicht nach nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens dient, es sei denn, dass sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient.

Das herrschende Unternehmen kann einen Vermögenstransfer innerhalb des Konzerns durchsetzen, ohne dass sich die Vertreter des beherrschten Unternehmens dagegen wehren können. Nicht mehr im Konzerninteresse würde es liegen, wenn das herrschende Unternehmen konzernfremde Interessen Dritter durchsetzen wollte.¹⁸

Bei Unternehmen der öffentlichen Hand, zum Beispiel bei Stadtwerken, stellt sich die Frage, ob das herrschende Unternehmen der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu deren Nachteil erteilen kann, durch die öffentliche Interessen verfolgt werden. Solche Weisungen sind zulässig. Der BGH begründet die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand damit, dass das beherrschte Unternehmen nicht nur das typische Gesellschafterinteresse, sondern auch die Interessen verfolgen muss, die sich aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung ergeben.¹⁹

Der Einfluss und das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens haben allerdings Grenzen. Eine Weisung ist nach § 134 BGB i. V. m. mit dem einschlägigen gesetzlichen Verbot nichtig, wenn sie gegen das Gesetz verstößt. Das Weisungsrecht ist durch zwingende gesetzliche Vorschriften eingeschränkt.²⁰

VII. Die Verantwortlichkeit der Organe des herrschenden Unternehmens und deren Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen durch rechtswidrige Weisungen an die beherrschte Gesellschaft

Nach § 309 Abs. 1 AktG sind die Organe des herrschenden Unternehmens bei der Erteilung von Weisungen an die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebunden. Nach

§ 309 Abs. 2 AktG haften sie der beherrschten Gesellschaft gegenüber für Verletzungen der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Für die Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten tragen sie die Beweislast.

Diese Vorschrift füllt eine Schutzlücke. Ohne diese Haftungsnorm könnte das beherrschte Unternehmen seine eigenen Geschäftsleiter nicht zur Verantwortung ziehen, weil diese sich auf die nach § 308 AktG verbindliche Weisung durch das herrschende Unternehmen zur eigenen Entlastung berufen könnten und die Organe des herrschenden und weisungsberechtigten Unternehmens nicht der beherrschten Gesellschaft gegenüber haften würden, weil sie nicht Organe der beherrschten, sondern der herrschenden Gesellschaft sind. Die Weisung der Organe der herrschenden Gesellschaft, kein oder nur ein lückenhaftes CMS einzusetzen, das nicht der bindenden BGH-Rechtsprechung mit sechs Organisationspflichten entspricht, bliebe folgenlos, ohne dass ein Geschäftsleiter haften würde.

Nach § 309 AktG werden die weisungsberechtigten Organe der herrschenden Gesellschaft haftungsrechtlich so gestellt, als wären sie die Organe der beherrschten Gesellschaft, der sie ihre Weisung erteilt haben. Die Vorschrift ist zwingend und kann nicht vertraglich im Beherrschungs- oder in einem Anstellungsvertrag abbedungen werden.²¹

Den Geschäftsleitern des beherrschten Unternehmens ist zu empfehlen, die rechtswidrig anweisenden Organe des herrschenden Unternehmens auf diese Haftungsfolge nach § 309 AktG hinzuweisen, sollten sie rechtswidrige Weisungen zum CMS der beherrschten Gesellschaft erteilen. Vor allem ist den Geschäftsleitern des abhängigen Unternehmens dringend der Hinweis auf die Rechtslage zum Einsatz und zur Ausgestaltung eines Compliance-Systems einschließlich der Haftungsfolgen zu empfehlen. Die Sorgfaltspflichten eines Organs einer AG und die Haftung für ihre Verletzung ergeben sich aus §§ 91, 93 AktG. Nach § 91 Abs. 3 AktG ist die Pflicht zum Einsatz eines CMS neu gesetzlich geregelt. Verpflichtend vorgeschrieben wird ein Kontroll- und Risikomanagementsystem. Der § 91 Abs. 3 AktG wurde mit dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) vom 1.7.2021 eingeführt. Mit dem FISG hat der Gesetzgeber auf den Wirecard-Skandal reagiert, der zum Totalverlust der Anleger geführt hat und die Notwendigkeit verstärkter Compliance-Vorschriften offengelegt hat. Die Lösung des FISG ist nur halbherzig, weil sie zwar zum Einsatz eines CMS verpflichtet, deren Ausgestaltung aber dem Leitungsermessen der Organe überlässt und keine Rechtsicherheit bietet, wie ein CMS auszugestaltet ist. Die Pflicht zum Einsatz eines CMS ergibt sich auch schon vor der FISG-Regelung verbindlich aus der Rechtsprechung,²² die auf eine dogmatische Herleitung inzwischen verzichtet. Sie begründet die Vermutung, ein unterlassenes CMS hätte den Rechtsverstoß verhindert. Der Zweck eines CMS besteht nämlich

17 Koch, Aktiengesetz, § 17 Rn. 6; Hogh, Die Nachteilsermittlung im Rahmen des § 311 AktG, S. 20; BGHZ 135, 107, 114.

18 Veil/Walla, BeckOGK, § 308 AktG, Rn. 24; Koch, Aktiengesetz, § 308 Rn. 21.

19 BGHZ 135, 197 (114), Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne, wenn sie ein in privatrechtlicher Rechtsform organisiertes Unternehmen beherrscht.

20 Veil/Walla, BeckOGK, § 308 AktG, Rn. 29; Koch, Aktiengesetz, § 308 Rn. 14.

21 Veil/Walla, BeckOGK, § 309 AktG, Rn. 2, 6.

22 BGH, 9.5.2017 – I StR 265/16 – Panzerhaubitzenfall; LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2023 – 9 Ca1541/13 – Libor Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11 – unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte.

gerade in der präventiven Vermeidung von Rechtsverstößen. Die sechs Organisationspflichten zur Ermittlung, zur Delegation, zur Aktualisierung, zur Erfüllung, zur Kontrolle und zur Dokumentation ergeben sich aus der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung.²³ Die Urteile des BGH zu den einzelnen Organisationspflichten sind faktisch bindend und gelten deshalb unabhängig und unberührt von der neuen gesetzlichen Regelung nach dem FISG. Die ständige Rechtsprechung des BGH bindet insbesondere das Leitungsermessen von Vorständen und Geschäftsführern bei der Ausgestaltung des CMS. Gerichte sind aus der Prozessordnung an Urteile höherer Gerichte gebunden und diese wiederum an frühere Urteile. Höchstgerichtliche Urteile haben deshalb gesetzesähnliche Wirkung auf alle gleichgelagerten Fälle. Die sechs Organisationspflichten gelten deshalb auch ohne und schon vor FISG wie eine gesetzliche Regelung. Die sechs Organisationspflichten ergeben sich auch aus der DIN ISO 37301 vom April 2020. Sie gilt international als Sorgfaltsmaßstab für gute Unternehmensführung. Wer die DIN ISO 37301 einhält, begründet ein Indiz dafür, dass die Sorgfaltspflichten von Unternehmensleitern eingehalten sind. Die DIN-Normen binden insoweit auch Gerichte, die von der Norm abweichen und die diese Abweichung begründen und im Rahmen der Begründung der Sorgfaltspflichten ihren eigenen Kenntnisstand offenlegen müssen.²⁴ Die sechs Organisationspflichten sind zuletzt im Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz geregelt. Es handelt sich um eine nachträglich gesetzlich geregelte Rechtsprechung. Vorstände und Geschäftsführer von herrschenden und abhängigen Unternehmen sind an diese Sorgfaltspflichten bei der Unternehmensführung gebunden und verhalten sich rechtswidrig, wenn sie bei Weisungen zum Einsatz und zur Ausgestaltung des CMS des beherrschten Unternehmens die sechs Organisationspflichten missachten.

VIII. Die Verantwortlichkeit und Haftung des herrschenden Unternehmens für rechtswidrige Weisungen seiner Organe

In § 309 AktG ist zwar nur die Haftung der Organe des herrschenden Unternehmens geregelt. Der Gesetzgeber will jedoch auch herrschende Unternehmen haften lassen, worüber inzwischen Einigkeit besteht²⁵. Die Verantwortung des herrschenden Unternehmens ergibt sich aus der unternehmensvertraglichen Treuepflicht, wonach es auf die berechtigten Interessen der abhängigen Gesellschaft Rücksicht nehmen muss. Das herrschende Unternehmen ist Gesellschafter des abhängigen Unternehmens, woraus sich die Treuepflicht ergibt. Verletzt ein Geschäftsleiter durch eine rechtswidrige Weisung die Treuepflicht, ist dem herrschenden Unternehmen sein Verhalten analog § 31 BGB zuzurechnen.²⁶

IX. Der Einfluss und seine Schranken auf Compliance im abhängigen Unternehmen ohne Beherrschungsvertrag

In § 311 AktG ist geregelt, dass ein herrschendes Unternehmen ohne Beherrschungsvertrag seinen Einfluss nicht dazu benutzen darf, die abhängige Gesellschaft zu einem ihr nachteiligen Verhalten zu veranlassen (Schutzfunktion), es sei denn, der Nachteil wird ausgeglichen (Privilegierungsfunktion). Die beherrschte Gesellschaft soll zum Schutz ihrer Gesellschafter und Gläubiger wirtschaftlich so gestellt werden, als wäre sie unabhängig.²⁷

Der Unterschied zwischen einer abhängigen Gesellschaft mit und ohne Beherrschungsvertrag, besteht darin, dass der Beherrschungsvertrag Weisungen zum Nachteil des beherrschten Unternehmens mit Folgepflicht auch ohne Ausgleich erlaubt, während Veranlassungen mit Nachteilen ohne Ausgleich an beherrschte Unternehmen ohne Beherrschungsvertrag nach § 311 AktG ausgeschlossen sind.

Übt ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss auf das abhängige Unternehmen aus, indem es Auswahl und Einsatz eines CMS zum Nachteil des abhängigen Unternehmens ausdrücklich oder nur konkludent untersagt, kann sich der Vorstand oder Geschäftsführer auf das Verbot nach § 311 AktG berufen und die Schutzwirkung gegen den herrschenden Einfluss geltend machen, sogar Unterlassung und einen Ausgleich für den Nachteil verlangen.

Auf die Schutzfunktion des § 311 AktG vor dem nachteiligen Einfluss des herrschenden Unternehmens ist eine abhängige Gesellschaft ganz besonders dann angewiesen, wenn eine Muttergesellschaft mit Sitz im Ausland auf einer konzernweiten und grenzüberschreitenden Harmonisierung der Compliance-Vorkehrungen besteht, obwohl die Tochtergesellschaft auf die Vorgaben der nationalen Rechtsordnung und die drohenden Nachteile in Form der Rechtsfolgen wegen eines unterlassenen oder fehlerhaften CMS hinweist und sogar Unterlassung beansprucht.²⁸ Die Sorgfaltspflichten zu Einsatz und Ausgestaltung eines CMS sind unter Ziffer VII. dargelegt.

Kommt es zu einem Rechtsverstoß mit Schadensfolgen, weil kein CMS existiert, oder eine der sechs Organisationspflichten nicht erfüllt ist, haftet der Vorstand oder Geschäftsführer seiner Gesellschaft gegenüber für den Schaden wegen der Verletzung seiner Organisationspflicht.²⁹ Er kann sich dann nicht auf die Weisungen oder Veranlassungen seines herrschenden Unternehmens oder seiner Konzernzentrale zu seiner Entlastung berufen. Er wäre nach § 311 AktG nicht an Veranlassungen gebunden, ein CMS nicht einzuführen oder bestimmte Organisationspflichten zu unterlassen. Sein Unternehmen wird dann als selbständiges Unternehmen nach § 15 AktG behandelt.

Als Veranlassung i. S. des § 311 Abs. 1 AktG ist jede für eine nachteilige Maßnahme der abhängigen Gesellschaft ursächliche Einflussnahme des herrschenden Unternehmens anzusehen. Es genügt jede Form der Einwirkung ohne Rücksicht darauf, ob sie sich als Ratschlag, Anregung, Erwartung eines bestimmten Verhaltens oder Anweisung darstellt. Es kommt auf die Perspektive des beherrschten Unternehmens an, sich veranlasst zu sehen, wobei kein Veranlassungsbewusstsein bei den Vertretern des beherrschten Unternehmens zu fordern ist. Vom herrschenden Unternehmen muss der Eindruck vermittelt werden, dass ein bestimmtes Verhalten für wünschenswert gehalten wird. Auch schlüssiges Verhalten kann eine Veranlassung darstellen.³⁰

Äußert also die Zentrale eines herrschenden Unternehmens ihre

23 Zuletzt ausführlich für jede einzelne Organisationspflicht zusammengestellt: *Rack*, CB 2021, 433, abrufbar auf der Homepage: <https://rack-rechtsanwaelte.de>.

24 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 495, 539, 540; *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 427–429; *Rack*, CB 2021, 435.

25 *Veil/Walla*, BeckOGK, § 309 AktG, Rn. 37; *Koch*, Aktiengesetz, § 309 Rn. 26.

26 *Veil/Walla*, BeckOGK, § 309 AktG, Rn. 37; *Koch*, Aktiengesetz, § 309 Rn. 27.

27 *Müller*, BeckOGK, § 311 AktG, Rn. 2, 4.

28 *Koch*, Aktiengesetz, § 317 Rn. 10.

29 Siehe dazu *Ziffer 7* zur Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG mit Beweislastumkehr.

30 *Müller*, BeckOGK, § 311 AktG, Rn. 73–75; *Koch*, Aktiengesetz, § 311 Rn. 13.

Erwartungen, wie Compliance im abhängigen Unternehmen ausgestaltet sein soll, reicht dies als Veranlassung nach § 311 AktG aus. Vor vorauseilendem Gehorsam ist deshalb zu warnen, wenn die Erwartungen der Konzernzentrale rechtswidrig sind. Zu empfehlen ist, das Unterlassen zu fordern.

Die Veranlassung nach § 311 AktG des herrschenden Unternehmens muss ursächlich für das Verhalten des abhängigen Unternehmens sein. Eine ursächliche Veranlassung scheidet deshalb aus, wenn das abhängige Unternehmen ohne die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens genauso gehandelt hätte.³¹ Wenn also ein abhängiges Unternehmen auch ohne das herrschende Unternehmen kein CMS eingesetzt hätte, ist keine Veranlassung anzunehmen.

Den Erwartungen des herrschenden Unternehmens ist von der abhängigen Gesellschaft zu widersprechen, wenn sie nicht die Vorgaben der deutschen Rechtsordnung am Unternehmenssitz des abhängigen Unternehmens erfüllt.³²

Das vom herrschenden Unternehmen veranlasste Verhalten muss von Nachteil für das beherrschte Unternehmen sein. Der Begriff des Nachteils umfasst jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Quantifizierbarkeit, soweit sie als Abhängigkeitsfolge eintritt.³³ Im Gesetz ist der Begriff des Nachteils nicht definiert. Er ist nicht kongruent mit dem des Schadens. Es muss auch kein Verlust entstehen. Auch verpasste Gewinnchancen sind nachteilig. Die Annahme eines Nachteils setzt immer die Verletzung des Pflichtenstandards nach § 93 AktG voraus.³⁴ Ob ein Nachteil anzunehmen ist, muss immer im Vorhinein beurteilt werden. Ein günstiger Geschehensverlauf oder unvorhersehbare Entwicklungen sind bei der Ermittlung eines Nachteils nicht zu berücksichtigen.

Wird ein abhängiges Unternehmen von seiner Zentrale veranlasst, den Aufwand für ein CMS einzusparen oder einer konzernweiten Harmonisierung zu folgen, die aber Organisationspflichten verletzt, ist ein Nachteil auch dann anzunehmen, wenn die Unzulänglichkeiten des CMS nicht entdeckt werden, es nicht zu einem Rechtsverstoß mit Schadensfolgen kommt, und das beherrschte Unternehmen einfach nur Glück hatte. Es bleibt die latente und drohende Lückenhaftigkeit des präventiven Schutzes eines CMS vor Rechtsverstößen mit Schadensfolgen. Unterlässt ein abhängiges Unternehmen ein CMS, geht es das Haftungsrisiko ein, dass es zu Rechtsverstößen mit Schadensfolgen kommt, für die der Vorstand des abhängigen Unternehmens nach § 93 AktG haftet.

Verbreitet als Grund für die Veranlassung des herrschenden Unternehmens sind neben der konzerneinheitlichen Harmonisierung auch das Einsparen von Aufwand für ein CMS. Die Besonderheit bei CMS ist, dass der Aufwand für Prävention nicht durch einen kalkulatorischen Nutzen belegt werden kann. Nach dem Präventionsparadox³⁵ zeigt eine erfolgreiche Prävention durch Compliance gerade keine messbaren Erfolge, weil die Erfolge aus den verhinderten Rechtsverstößen bestehen. All zu leicht kann deshalb der Nutzen eines CMS angezweifelt und als nutzlos diffamiert werden.

X. Der Nachteilsausgleich nach § 311 AktG durch Außendelegation von Compliance-Pflichten auf das herrschende Unternehmen

Zulässig ist ein zugefügter Nachteil durch das herrschende Unternehmen nur, wenn dieser Nachteil gemäß § 311 Abs. 1 AktG ausgeglichen wird. Wie der Nachteil auszugleichen ist, bestimmt § 311 Abs. 2

AktG. Kompensiert das herrschende Unternehmen den Nachteil nicht durch einen entsprechenden Vorteil, verhält es sich rechtswidrig. Der Nachteil ist vom Schaden zu unterscheiden, der noch nicht eingetreten sein muss. Der drohende Schaden reicht zur Annahme eines Nachteils aus. Die Pflicht zum Ersatz eines Schadens ergibt sich aus § 317 AktG. Dadurch wird der Unterschied zwischen Nachteil und Schaden deutlich. Der Nachteilsausgleich gilt als Ausgleichsverpflichtung eigener Art.³⁶

Unterlässt ein beherrschtes Unternehmen auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens ein CMS ganz oder unterlässt es einzelne Organisationspflichten, besteht das Risiko eines nicht präventiv verhinderten Rechtsverstoßes, das sich jederzeit mit Schadensfolgen realisieren kann. Der drohende Schaden ist der Nachteil i. S. v. § 311 AktG. Ein tatsächlich eingetretener Schaden ist nach § 317 AktG vom herrschenden Unternehmen und dessen gesetzlichen Vertretern nach § 317 Abs. 3 AktG als Gesamtschuldner zu ersetzen.

Nach § 311 Abs. 2 AktG ist der Nachteilsausgleich innerhalb des Geschäftsjahres zu gewähren, in dem der Nachteil zugefügt wurde. Zu bestimmen ist, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Die abhängige Gesellschaft hat keinen durchsetzbaren Anspruch auf den Nachteilsausgleich, der als Privileg der herrschenden Gesellschaft verstanden wird und nicht gewährt werden muss. Die Ausgleichspflicht erlischt, wenn sie nicht innerhalb des Geschäftsjahres erfüllt wird. Sie wandelt sich danach in einen Schadensersatzanspruch des abhängigen Unternehmens und seiner Aktionäre nach § 317 Abs. 1 Satz 1 AktG um. Erst wenn sich das herrschende mit dem abhängigen Unternehmen auf einen Nachteilsausgleich geeinigt hat, entsteht ein klagbarer Anspruch.³⁷

Grundsätzlich soll ein Nachteilsausgleich zwar bei nicht quantifizierbaren Nachteilen ausscheiden und unmittelbar einen Schadensersatzanspruch begründen. In Ausnahmefällen soll jedoch ein Ausgleich nicht bezifferbarer Nachteile durch ebenfalls nicht bezifferbare Vorteile ausgeglichen werden können.³⁸ Das Ziel des Nachteilsausgleichs ist, die abhängige Gesellschaft so zu stellen, als ob sie unabhängig geleitet würde. Der unabhängige nach dem Standard des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG handelnde Geschäftsleiter würde sich auf die nachteilige Maßnahme nur einlassen, wenn er für die Zukunft volle Kompensation erwarten könnte.³⁹ Die Möglichkeit des Nachteilsausgleichs privilegiert das herrschende Unternehmen. Es darf Nachteile beim abhängigen Unternehmen veranlassen, wenn es den Nachteil durch einen Vorteil für das abhängige Unternehmen ausgleicht. Ob der Ausgleich durch den Vorteil brauchbar ist, kann nur der Geschäftsleiter des abhängigen Unternehmens beurteilen. Er kann deshalb Gegenvorstellungen erheben. Er muss auf Grund seiner Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG prüfen, ob er dem nachteiligen Einfluss überhaupt nachkommen darf, solange Art und Weise des Nachteilsausgleichs noch nicht feststehen.⁴⁰ Wenn der Ausgleich nicht tatsächlich geleistet wird, muss bis zum Ende des Geschäftsjahres bestimmt sein, wann und durch welchen Vorteil der Ausgleich durch einen Rechts-

31 *Hogh* (Fn. 17), S. 25.

32 Siehe Fn 7.

33 Müller, BeckOGK, § 311 AktG, Rn. 88; *Koch*, Aktiengesetz, § 311 Rn. 24.

34 *Hogh* (Fn. 17), S. 47; *Müller*, BeckOGK, § 311 AktG, Rn. 89.

35 *Rack*, CB 2023, 166.

36 Müller, BeckOGK, § 311 AktG, Rn. 111; *Koch*, Aktiengesetz, § 311 Rn. 37.

37 Müller, BeckOGK, § 311 AktG, Rn. 112; *Koch*, Aktiengesetz, § 311 Rn. 39.

38 Müller, BeckOGK, § 311 AktG, Rn. 115; BGH NZG 2012,1030 Rn. 23.

39 *Koch*, Aktiengesetz, 18. Aufl., § 311 AktG Rn. 40.

40 *Koch*, Aktiengesetz, 18. Aufl., § 311 AktG Rn. 41.

anspruch nach § 311 Abs. 2 S. 2 AktG erfolgen soll, was nur durch einen Vertrag möglich ist⁴¹. Kommt ein Vertrag nicht zustande, haftet das herrschende Unternehmen dem abhängigen und dessen Aktionären nach § 317 Abs. 1 AktG für den Schaden.

Compliance-Risiken sind typische nicht quantifizierbare Nachteile und die Prävention durch ein Compliance-System sind nicht quantifizierbare Vorteile, die in präventiv verhinderten Rechtsverstößen bestehen. Quantifizierbar werden die Nachteile von unterlassenen Compliance-Maßnahmen erst durch die eingetretenen Schäden als Folgen der nicht verhinderten Rechtsverstöße. Im Interesse von herrschenden und beherrschten Unternehmen sollte das Privileg des Nachteilsausgleichs erhalten bleiben. Nach § 311 Abs. 2 AktG soll nach der BGH-Entscheidung zum Nachteilsausgleich bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Der Ausgleich soll nicht auf die lange Bank geschoben werden, um die Grenzen zum Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG nicht zu verwischen. Wenn der Nachteil bezifferbar ist, muss auch der Vorteil beziffert werden.⁴² Der Schaden soll erst gar nicht entstehen und sollte nicht erst durch § 317 AktG ausgeglichen werden, was dem Ansehen und Börsenwert der verbundenen Unternehmen schadet. Nur weil Vor- und Nachteil von Compliance nicht bezifferbar sind, muss nicht auf den Vertrag zum Nachteilsausgleich durch gleichwertige Vorteile verzichtet werden.

Als Nachteilsausgleich durch Vertrag kommt die Außendelegation von Rechtspflichten des abhängigen Unternehmens auf das herrschende in Frage. Unternehmenspflichten lassen sich intern auf Angestellte und extern auf Unternehmen delegieren, insbesondere auch auf das herrschende Unternehmen. Diese Lösung empfiehlt sich dann, wenn das herrschende Unternehmen für mehrere abhängige verbundene Unternehmen Compliance übernimmt, harmonisiert und kostenteilig organisiert. Für Unternehmen mit einer Vielzahl von Tochtergesellschaften mit gleicher Unternehmenstätigkeit an verschiedenen Standorten könnte sich eine zentrale Compliance-Organisation mit gesenktem Aufwand und der Mehrfachverwendung von Rechtspflichten bei gleichen Unternehmenssachverhalten und wiederkehrenden Risikolagen als sinnvoll erweisen. Übernimmt die herrschende Konzernmutter für eine oder mehrere abhängige Tochterunternehmen per Vertrag den Einsatz eines Compliance-Systems und alle Organisationspflichten, wäre der nachteilige Einfluss des herrschenden Unternehmens ausgeglichen. Seine Grenzen hat diese Lösung der Außendelegation, wenn die herrschende Gesellschaft im Ausland sitzt und mit der Rechtsordnung am Standort der abhängigen Gesellschaft nicht vertraut ist. Zu vermuten ist, dass bei einer ausländischen Unternehmenszentrale die Kompetenz fehlt, Compliance und das Pflichtenmanagement nach der jeweils nationalen Rechtsordnung zu organisieren. Fraglich bleibt auch, ob das herrschende Unternehmen dazu bereit ist. Allein der Vorschlag eines abhängigen Unternehmens sein Pflichtenmanagement zu übernehmen, könnte das herrschende Unternehmen von seinem Einfluss auf Compliance in abhängigen Unternehmen abhalten. Vor die Wahl gestellt, auf den Einfluss zu verzichten oder Compliance zentral und nach der nationalen Rechtslage in vollem Umfang für die abhängigen Gesellschaften zu übernehmen, könnte den Verzicht des herrschenden Unternehmens auf seinen Einfluss auf das abhängige Unternehmen fördern. Schon der Hinweis auf die Pflicht zum Nachteilsausgleich durch die Übernahme der Pflichten der abhängigen Gesellschaft und der Hinweis auf eventuelle Schadensersatzansprüche aus § 317 AktG könnte die Unabhängigkeit der abhängigen Gesellschaften in Compliance-Fragen von der herrschenden Gesellschaft sichern.

XII. Die Ersatzpflicht des herrschenden Unternehmens bei Veranlassungen zu Nachteilen ohne Ausgleich mit Schadensfolgen nach § 317 AktG

Verletzt das herrschende Unternehmen seine Pflichten nach § 311 AktG zum Nachteilsausgleich, ist es neben seinen gesetzlichen Vertretern als Gesamtschuldner nach § 317 Abs. 1 und 3 AktG zum Schadensersatz gegenüber dem abhängigen Unternehmen und seinen Aktionären verpflichtet. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass das herrschende Unternehmen nicht seinen Einfluss missbraucht.⁴³ Die Vorschrift hat verhaltenssteuernde Wirkung. Sie kann als Argument gegenüber den Vertretern der herrschenden Gesellschaft eingesetzt werden, zumal ihnen nach § 317 Abs. 3 AktG die Haftung aus Einfluss für Schäden droht. Die Bedeutung für die Praxis ergibt sich aus der höchstrichterlichen BGH-Rechtsprechung.⁴⁴

Unterlässt das abhängige Unternehmen ganz oder zum Teil ein CMS veranlasst durch den Einfluss des herrschenden Unternehmens und kommt es zum Rechtsverstoß, der mit dem System präventiv abgewendet werden sollte, haftet es für den Schaden, mit dem es über § 317 AktG das herrschende Unternehmen wegen des nachteiligen Einflusses belastet. Das Unterlassen eines Compliance-Systems begründet nach der Rechtsprechung die Vermutung, dass der Rechtsverstoß mit Schadensfolge hätte abgewendet werden können.⁴⁵

Nach § 317 Abs. 2 AktG trägt das herrschende Unternehmen die Beweislast. Soweit es um § 317 Abs. 1 AktG geht, muss der Kläger die Abhängigkeit nach § 17 AktG, die Veranlassung und den Schadenseintritt darlegen und beweisen. Das herrschende Unternehmen hat den Nachteil durch die Veranlassung zu widerlegen oder den Ausgleich zu beweisen.⁴⁶

XIII. Unterlassungsansprüche gegen das herrschende Unternehmen

Nach h. M. kann die abhängige Gesellschaft vom herrschenden Unternehmen auch verlangen, die rechtswidrige Einflussnahme zu unterlassen. Der Unterlassungsanspruch wird in den Fällen bejaht, in denen der Ausgleich nicht möglich ist, weil er nicht quantifizierbar ist.⁴⁷ Der Zweck des § 317 AktG gebietet es, der abhängigen Gesellschaft die Abwehr eines von Anfang an unzulässigen Einflusses zu ermöglichen.⁴⁸ Begründet wird der Anspruch aus § 317 AktG selbst⁴⁹ und aus der Treuepflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft, der es als Gesellschafter angehört. Die Aktionäre eines Unter-

41 Koch, Aktiengesetz, 18. Aufl., § 311 AktG Rn. 46.

42 BGH NZG 2012, 1033 Rn. 23.

43 Müller, BeckOGK, § 317 AktG, Rn. 2–3; Koch, Aktiengesetz, § 317 Rn. 1.

44 BGHZ 175, 367; BGHZ 179, 71; BGHZ 190, 7.

45 BGH, 9.5.2017 – I StR 265/16 – Panzerhaubitzenfall; LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2023 – 9 Ca1541/13 – Libor Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11 – unternehmenszweckwidrige Derivategeschäft; OLG Nürnberg, Urt. v. 30.3.2022 – 12 U1520/19 – Haftung des Geschäftsführers für Pflichtverletzungen im Rahmen der internen Unternehmensorganisation – Vier-Augen-Prinzip.

46 Koch, Aktiengesetz, 18. Aufl. 2024, § 317 Rn. 12.

47 Koch, Aktiengesetz, § 317 Rn. 10.

48 Müller, BeckOGK, § 317 AktG, Rn. 15.

49 LG Köln, AG 2008, 327, 334.

nehmens sind grundsätzlich nach § 53a AktG gleich zu behandeln, womit die Minderheitsaktionäre geschützt werden sollen.⁵⁰

Veranlasst das herrschende Unternehmen ganz oder teilweise die abhängige Gesellschaft zum Unterlassen eines Compliance-Systems, schafft es einen andauernden rechtswidrigen Zustand mit dem Risiko des drohenden Schadens durch den Verstoß gegen eine nicht präventiv abgewendete Rechtspflicht. Die Beseitigung dieses Zustands kann schon nach § 317 AktG als Schadensersatzanspruch begründet werden.⁵¹

XIV. Die Berichtspflicht über die Beziehung zu verbundenen Unternehmen

Besteht kein Beherrschungsvertrag hat nach § 312 Abs. 1 AktG der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft einen Abhängigkeitsbericht in den ersten drei Monaten eines Geschäftsjahres zu verbundenen Unternehmen aufzustellen. Alle Rechtsgeschäfte, alle Veranlassungen, alle auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens getroffenen oder unterlassenen Maßnahmen sind aufzuführen und zwar einschließlich der Gründe der Maßnahmen und deren Vor- und Nachteile für die abhängige Gesellschaft. Anzugeben ist auch der gewährte oder vertraglich vereinbarte Rechtsanspruch auf den Nachteilsausgleich. Der Zweck des Abhängigkeitsberichts ist die Information von Gläubigern und Aktionären über eventuelle Ersatzansprüche. Präventiv soll die Selbstkontrolle des Vorstands verstärkt werden, der sich auch selbst Rechenschaft über die Erfüllung seiner Organpflichten zum Schutz der abhängigen Gesellschaft ablegen soll.⁵² Die Entscheidungsträger sollen bereits im Vorfeld darauf achten, dass nachteilige Maßnahmen unterlassen oder ausgeglichen werden.⁵³ Zu prüfen ist der Abhängigkeitsbericht nach § 313 AktG durch den Abschlussprüfer und durch den Aufsichtsrat nach § 314 AktG.

XV. Die kriminogene Verbandsattitüde als spezielles Organisationsrisiko bei verbundenen Unternehmen

Verbundene Unternehmen bilden Verbände, bei denen illegales Verhalten als eigene Art von Kriminalität wahrgenommen wird. Beschrieben und nachgewiesen wird sie in der Theorie von der kriminogenen Verbandsattitüde.⁵⁴ Danach kann schon die bloße Zugehörigkeit zu einem Unternehmen illegales Verhalten auslösen, um den Unternehmenszweck zu fördern. Der Mitarbeiter fühlt sich gegenüber der Unternehmensgemeinschaft tiefer verpflichtet als gegenüber der staatlichen Gemeinschaft, zu der er ein weniger enges Verhältnis hat als zu seinem Unternehmen. Durch den Korpsgeist entsteht ein Konflikt bei Mitarbeitern, entweder einen für sein Unternehmen nützlichen Pflichtenverstoß zu begehen oder zum Nachteil des eigenen Unternehmens Rechtspflichten mit hohem Aufwand, Kosten und eingeschränktem Entscheidungsspielraum einzuhalten. Der Konflikt wird gelöst nach dem Prinzip „Geschäft geht vor“. Bei international tätigen Konzernen, die unter verschiedenen Rechtsordnungen unternehmerisch tätig sind, nimmt die Loyalität gegenüber der jeweiligen nationalen Rechtsordnung eines Konzernstandorts noch stärker ab als bei einem nur national tätigen Unternehmensverband. Dieses spezielle Organisationsrisiko muss erkannt und durch ein Compliance-System mit erhöhter Aufmerksamkeit abgewendet werden.

XVI. Die Harmonisierung von Compliance durch die DIN ISO 37301 zur guten Unternehmensführung für verbundene Unternehmen

Die Harmonisierung der Unternehmensorganisation ist grundsätzlich ein legitimes betriebswirtschaftliches Ziel jeder Unternehmensorganisation, und zwar auch wenn sie international unter mehreren nationalen Rechtsordnungen tätig wird. Allerdings müssen dabei die rechtlichen Sorgfaltspflichten der jeweiligen nationalen Rechtsordnung eingehalten werden, die sich für Deutschland aus §§ 91, 93 AktG und der bindenden höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH zu den Organisationspflichten ergeben. Die wünschenswerte Harmonisierung in einem Konzern rechtfertigt nicht die Verletzung der jeweils geltenden Rechtsvorschriften am nationalen Standort eines Konzernunternehmens. Für grenzüberschreitende international tätige verbundene Unternehmen erfüllt die international geltende DIN ISO 37301 zwei Aufgaben. Sie gilt international als Standard für gute Unternehmensführung und sie schreibt die sechs Organisationspflichten vor, wie sie von der Rechtsprechung des BGH zum Organisationsverschulden nach deutschem Recht in 60 Einzelentscheidungen entwickelt wurden.

Diese sechs Pflichten zur guten Unternehmensführung gelten unabhängig von nationalen Rechtsordnungen und Branchen. Sie ergeben sich aus dem Umstand, dass Unternehmen weltweit als juristische Personen geführt werden, die zwar Träger von Rechten und Pflichten sind, die aber nur durch ihre Angestellten beansprucht und erfüllt werden könne. Juristische Personen als AG oder GmbH sind nämlich nicht wissensfähig, nicht handlungsfähig und können sich deshalb auch nicht selbst organisieren. Sie sind dazu auf ihre Vorstände und Geschäftsführer angewiesen. Die Vielzahl der Pflichten einzuhalten und auf die Mitarbeiter zu delegieren, ist das Risiko, das durch die Organisation abzuwenden ist.⁵⁵ International tätige Unternehmen können ihre Organisation nach diesem Standard vereinheitlichen. Zu unterscheiden von den Organisationspflichten sind die je nach Rechtsordnung, Branche und Unternehmen zu organisierenden Pflichten. Bei der erstrebenswerten Harmonisierung eines international tätigen Konzerns kommt es darauf an, diesen Standard für die Unternehmensorganisation einzuhalten. Wird dieser Standard unterschritten, verliert die Harmonisierung ihren Wert als Rechtfertigungsgrund.

Innerhalb der EU müssen Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV in nationales Recht umgesetzt werden und wirken auf Grund ihrer gemeinsamen europarechtlichen Grundlage harmonisierend. Verordnungen der EU gelten direkt. Ein CMS empfiehlt sich zum Einsatz, wenn die sechs Organisationspflichten erfüllt werden können. Die Verordnungen der EU und die nationalen Vorschriften, die sich aus der Umsetzung ergeben, müssen in das System eingepflegt werden.

50 Koch, Aktiengesetz, § 317 Rn. 10.

51 Müller, BeckOGK, § 317 AktG, Rn. 15.

52 Koch, Aktiengesetz, § 312 Rn. 1; BGHZ 135, 107 RegBegr. Kropff, S. 411.

53 Müller, BeckOGK, § 312 AktG, Rn. 4.

54 Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979, S. 18; Rack, CB 2015, 277 ff.

55 Rack, CB 2021, 437; KonTraG, BT-Drs. 13/9712.

XVII. Die Senkung von Aufwand und Kosten durch ein einheitliches konzernweites CMS

Auch die Senkung von Aufwand und Kosten für ein Compliance-System rechtfertigt nicht das Vernachlässigen weder der international geltenden Organisations- noch der zu organisierenden nationalen Pflichten am Standort des Konzernunternehmens. Der Compliance-Aufwand lässt sich durch digitale Hilfsmittel senken. Sich wiederholende Pflichten an konzernweit genutzten Anlagen und Verfahren können nach einmaliger rechtlicher Prüfung gespeichert und wiederverwendet werden, das Pflichtenprofil kann digital aktualisiert werden, ein CMS kann konzernweit einheitlich genutzt werden und liefert ein einheitliches Kontrollsystem für die Organe des Konzerns.

XVIII. FAZIT

Abhängige Unternehmen mit Beherrschungsvertrag müssen Nachteile durch den Einfluss des herrschenden Unternehmens ohne Nachteilsausgleich hinnehmen, abhängige Unternehmen ohne Beherrschungsvertrag können dagegen Unterlassung und vertraglich abgesicherten Ausgleich von Nachteilen durch den Einfluss des herrschenden

Unternehmens verlangen. In beiden Fällen ist der Einfluss auf ein CMS durch die Organisationspflichten und die zu organisierenden Pflichten der jeweils geltenden Rechtsordnung begrenzt. Die Einhaltung dieser Grenzen sind durch die Organe der abhängigen Unternehmen von den Organen der herrschenden Unternehmen unter Hinweis auf die dargestellte Rechtslage zur eigenen Entlastung zu beanspruchen und durchzusetzen.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, RA, Rack Rechtsanwälte, Frankfurt. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems „Recht im Betrieb“: Umweltschutzrechtliche Betriebsorganisation, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat. Dr. Manfred Rack ist Beiratsmitglied des Compliance-Beraters.

CB-BEITRAG

Prof. Dr. Bartosz Makowicz

Das LkSG – was es kann und was nicht

Rück- und Ausblick nach 18 Monaten Geltungskraft

Seit nun gut 18 Monaten sind sowohl die verpflichteten Unternehmen, als auch das sie kontrollierende BAFA damit beschäftigt, Antworten auf die vielen Fragen zu finden, die der Gesetzgeber in den – nur dem Anschein nach klaren – Regelungen des LkSG verankert hat. Während der offene und auf vielen Tagungen ausgetragene Klärungsprozess erst gerade so richtig losging, hat am 24.5.2024 der Rat die zuvor vom EU-Parlament beschlossene „Lieferketten-Richtlinie“ (CSDDD) angenommen, was den Durchblick spätestens dann noch weiter erschweren wird, wenn diese in das deutsche Recht umgesetzt wird.¹ Zweifelsohne steht aber jetzt schon fest, dass der Gesetzgeber mit seinem LkSG-Vorstoß nicht nur wegen des verfehlten Timings, sondern gerade wegen seiner Inhalte, vermutlich eines der berühmtesten Wirtschaftsgesetze jemals verabschiedet hat. In dem vorliegenden Beitrag wird ein Rück- und Ausblick auf die Lieferketten-Compliance gewagt.

I. Das LkSG und seine neuen Wege

1. Akuter Handlungsbedarf

Es hat sicherlich seine guten Gründe, dass das LkSG als ein Meilenstein in der Diskussion über die Verantwortung von Unternehmen für ihre Lieferketten bezeichnet wird.² Zutreffend ist ebenfalls, dass die

¹ Dabei ist wenig zielführend, wenn führende Politiker die Aussetzung der einmal demokratisch beschlossenen Rechtslage fordern, so Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck anlässlich des Tags der Familienunternehmen am 7.6.2024 in Berlin, mehr unter: <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2024-06/lieferkettengesetz-deutschland-bundesregierung-aussetzung-robert-habeck> (Abruf am 9.6.2024).

² *Wüstemann/Büchner*, BB 2024, 579.