

Compliance Berater

12 / 2024

Betriebs-Berater Compliance

21.11.2024 | 12.Jg
Seiten 461–508

EDITORIAL

Würde den Wegfall des LkSG niemand bemerken? | I
Holger Hembach

AUFSÄTZE

Sicherheitsrisiko eingekauft? – Cybersecurity-Compliance in der Lieferkette | 461
Dr. Lucas Blum und Dr. Philipp Adelberg

Passierschein A38? – Die Zuständigkeitsregelungen des AI Acts im nationalen und supranationalen Behördendschungel | 467
Dr. Thorsten Ammann, Florian Achnitz und Ludwig Lauer

Aktuelle Entwicklungen zur Verordnung (EU) 2023/1115 über entwaldungsfreie Lieferketten | 474
Dr. Julia Hörnig und Max Jürgens

Die unklare Rechtslage zur Unternehmensführung als Risiko von Geschäftsleitern – Teil 1 | 480
Dr. Manfred Rack

Schweizerisches Datenschutzgesetz: Datenschutz-Compliance für Unternehmen beim Einsatz von KI-Anwendungen | 485
Marcel Griesinger

RECHTSPRECHUNG

OLG Oldenburg: Kein immaterieller DSGVO-Schadensersatzanspruch wegen Daten-Scrapings | 490

Kommentar zu OLG Oldenburg: Datenschutzrechtlicher Schadensersatzanspruch in einem „Scraping-Vorfall“ | 497
Marcel Griesinger und Franziska Pertek

OLG Nürnberg: Auskunftsanspruch gegen ehemaligen Arbeitgeber bei personenbezogenen Daten | 499

LG Lübeck: Erstattungsansprüche nach einem Phishing-Angriff beim Online-Banking | 504

LAG Mecklenburg-Vorpommern: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall | 506

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Die unklare Rechtslage zur Unternehmensführung als Risiko von Geschäftsleitern – Teil 1

Die Organisationspflichten von Vorständen und Geschäftsführern sind gesetzlich nicht konkret geregelt. Der Gesetzgeber überlässt die Ausgestaltung der Organisationspflicht zum Einsatz eines umfassenden Risikomanagementsystems auch nach der letzten Regelung vom 1.7.2021 nach § 91 Abs. 3 AktG dem „Leitungsermessen“ von Vorständen. Trotzdem begründet die höchstrichterliche ständige Rechtsprechung des BGH in einer Vielzahl von Einzelurteilen Schadensersatzansprüche gegen Vorstände wegen Verletzung von Organisationspflichten. Nach dem Rechtsverstoß werden sie von Gerichten in höchster Instanz und nicht vorher vom Gesetzgeber konkret formuliert. Warum diese Rechtslage gegen den Grundsatz der Rechtsklarheit verstößt und welche Folgen dies für die Ausgestaltung des Risikomanagement- und Kontrollsystems hat, erläutert Teil 1 dieses Beitrags. Teil 2 des Beitrags (erscheint in CB 1-2/2025) und erläutert, warum die Ausgestaltung der Organisationspflichten durch eine gesetzliche Regelung erforderlich ist. Der aktuelle Beschluss zum CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz (CSR-RUG) bietet die Gelegenheit, im Rahmen der Nachhaltigkeitsberichterstattung in die Erklärung zur Unternehmensführung (EzU) nach § 289f Abs. 1 S. 2 HGB aufzunehmen, dass die Organisationspflichten nach DIN ISO 37301 eingehalten werden. Hierzu wird es Ausführungen in Teil 3 des Beitrags (erscheint in CB 3/2025) geben.

I. Einleitung

Die Rechtsprechung kennt sechs Organisationspflichten, nämlich Rechtspflichten des Unternehmens zu ermitteln, zu delegieren, zu aktualisieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Die gleichen sechs Organisationspflichten schreibt die DIN ISO 37301 für die gute Unternehmensführung als international geltenden Maßstab vor. Erstmals hat der Gesetzgeber im Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 LkSG die sechs Organisationspflichten in einer gesetzlichen Regelung vorgeschrieben.

Offen bleibt die Frage, warum der Gesetzgeber diese Organisationspflichten nicht generell gesetzlich etwa im AktG und GmbHG regelt und Geschäftsleiter im Unklaren lässt, wie sie das Risikomanagement im Rahmen ihres Leitungsermessens zu organisieren haben, ohne sich dem hohen Risiko des Vorwurfs eines Organisationsverschuldens mit zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen und strafrechtlichen Sanktionen für Garantienpflichtverletzungen auszusetzen. Diese Rechtslage verstößt gegen den Grundsatz der Rechtsklarheit.

1. Der Grundsatz der Rechtsklarheit

Rechtsnormen müssen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts inhaltlich hinreichend klar gefasst sein, um dem Normadressaten zu gestatten, sich ein eigenes Bild von seiner Rechtslage zu machen. Verlässlichkeit des Rechts ist nur

gegeben, wenn der Adressat auch den Inhalt der ihn betreffenden Regelung mit hinreichender Sicherheit feststellen kann. Rechtliche Entscheidungen müssen für den Bürger vorhersehbar sein.¹

Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung kann verletzt sein, wenn die Rechtsprechung nicht mit der Gesetzgebung im Einklang steht, wenn einerseits sechs Organisationspflichten von der Rechtsprechung verlangt werden² und andererseits die Ausgestaltung der Organisationspflichten in das Leitungsermessen des Vorstands gestellt wird.

2. Unklarheiten im Recht zur Unternehmensführung durch das Leitungsermessen bei der Ausgestaltung des Risikomanagement- und Kontrollsystems

Nach der Neuregelung in § 91 Abs. 3 AktG legt der Gesetzgeber erstmals die Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems als auch eines entsprechenden

1 Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar 2024, GG Art. 20, Rn. 53 mit Hinweisen auf BVerfGE 20, 150, 158; 21, 75, 79; 21, 245, 261; 31, 255, 264; 14, 245, 252; 26, 41, 42; 13, 14, 16; 17, 306, 314; 99, 216, 243; 103, 21, 33; 126, 170.

2 Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2. Aufl. 2001.

Risikomanagementsystems für börsennotierte Gesellschaften fest.³ Der Einsatz eines Risikomanagementsystems ist grundsätzlich Pflicht und zwar ohne Leitungsermessen darüber, ob ein System einzusetzen ist.

Dagegen steht im Leitungsermessen des Vorstands börsennotierter Unternehmen die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung angemessener und wirksamer Kontrollen und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens.⁴

Im Unklaren wird der Vorstand vom Gesetzgeber gelassen, erstens ab welchem Umfang, zweitens ab welcher Risikolage und drittens welche Organisationspflichten er hat. Drei völlig unbestimmte Entscheidungsfaktoren sind zu berücksichtigen, was das Risiko begründet, dass zur Ausgestaltung der Pflichten zum Risikomanagement keine oder falsche Entscheidungen getroffen werden. Es entsteht ein erheblicher Beratungsbedarf bei höchster Rechtsunsicherheit auch für rechtsberatende Anwälte, die Vorstände und Geschäftsleiter nach dem ISON-Urteil des BGH⁵ hinzuziehen müssen, wenn sie keine eigenen Rechtskenntnisse haben.

Abzugrenzen ist diese Pflicht von der schon geltenden Pflicht nach § 91 Abs. 2 AktG zur Einrichtung eines *Früherkennungssystems hinsichtlich bestandsgefährdender Entwicklungen für börsennotierte und nichtbörsennotierte Gesellschaften*. Die konkrete Ausformung dieser Organisationspflicht ist nach der Gesetzesbegründung von der Größe, Branche, Struktur, dem Kapitalmarktzugang usw. des jeweiligen Unternehmens abhängig.⁶ Auch hier hängt die Gestaltung der Organisationspflicht von vier Faktoren ab, die noch nicht einmal abschließend aufgezählt sind und unklar bleiben, statt konkret vorgegeben zu sein.

Ebenfalls abzugrenzen sind die zwei Pflichten von der dritten Organisationspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, nach der bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften im Regelfall die Einrichtung von Kontroll- und Risikomanagementsystem auch bei nichtbörsennotierten Gesellschaften verlangt wird und sowohl die Einrichtung als auch die konkrete Ausgestaltung im Leitungsermessen des Vorstands liegen. Eingeschränkt wird dieses bisher schon geltende Leitungsermessen bei der neuen Pflicht nach § 91 Abs. 3 AktG nur soweit, dass der Vorstand beim Einsatz eines Systems keinen Entscheidungsspielraum mehr hat, und nur noch die Ausgestaltung in seinem Leitungsermessen liegt.⁷

Wie diese vier Organisationspflichten nach § 93 Abs. 1 AktG, nach § 91 Abs. 3 AktG⁸, nach § 91 Abs. 2 AktG und als Sorgfaltspflicht nach § 93 AktG⁹ voneinander abzugrenzen sind, bleibt unklar. Durch diese Unklarheit entsteht der Erklärungs- und Regelungsbedarf.

Vorstände und ihre Berater müssen unterscheiden, ob die Gesellschaft börsennotiert ist, dann gilt die Pflicht nach § 91 Abs. 3 AktG, oder nichtbörsennotiert ist, ob bestandsgefährdende Entwicklungen anzunehmen sind und ein Frühwarnsystem nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichten ist. Ein Frühwarnsystem deckt nur einen Teil eines umfassenden Risikomanagementsystems ab, was ebenfalls erklärt und abgegrenzt werden muss.

3. Der Gegensatz und Widerspruch zwischen dem abstrakten Leitungsermessen und den sechs konkreten Organisationspflichten nach Rechtsprechung und DIN ISO 37301

Zwei Unterschiede zwischen Gesetzgebung einerseits und Rechtsprechung und Selbstregulierung durch die DIN ISO 37301 andererseits lassen sich erkennen. Erstens gewährt der Gesetzgeber im Aktienrecht in seiner Gesetzesbegründung den Vorständen ein Lei-

tungsermessen bei der Ausgestaltung der Unternehmensführung. Dagegen bindet die Rechtsprechung und die DIN ISO 37301 Vorstände bei der Ausgestaltung der Unternehmensführung an sechs Organisationspflichten ohne Leitungsermessen. Zweitens macht der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Unternehmensführung von Größe, Branche, Struktur, und Kapitalmarktzugang abhängig, während die Rechtsprechung und die DIN ISO 37301 die sechs Organisationspflichten unabhängig von der konkreten Risikolage eines Unternehmens vorschreiben.

Nach der Regelung des Anwendungsbereichs der DIN ISO 37301 in Ziff. A 1 gilt die Vorschrift für alle Arten von Organisationen, ungeachtet der Größe und der Natur der Aktivität und unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche, private oder gemeinnützige Organisation handelt. Die DIN ISO 37301 geht damit von einer branchenunabhängigen Pflicht zur Organisation aus.

Das Gleiche findet sich in der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden. Der BGH hat schon fünfmal entschieden, dass es auf die Größe des Unternehmens für die Ausgestaltung der Organisationspflichten nicht ankommt und dass deshalb von einer ständigen Rechtsprechung mit hoher Bindungswirkung gesprochen werden kann.¹⁰ Gesetz und Rechtsprechung widersprechen sich. Die Rechtslage bleibt unklar.

4. Die faktische Bindung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden

Höchststrichterliche Entscheidungen haben gesetzesähnliche Wirkung auf alle gleichgelagerten Fallgruppen und damit auf Gesellschaft und Staat. Die Bindung eines Richters an die Rechtsprechung der letzten Instanz ist im praktischen Ergebnis stärker abgesichert als die an ein Gesetz.¹¹ Urteile des BGH sind faktisch bindend. Gerichte sind an die Urteile höherer Gerichte gebunden, die wiederum an die frühere Rechtsprechung gebunden sind. Untere Gerichte sind zur Vorlage an obere Gerichte verpflichtet. Urteile von Instanzgerichten werden aufgehoben, wenn sie abweichen. Mit entsprechenden inhaltlichen Vorgaben werden sie zur erneuten Entscheidung nach § 563 Abs. 2 ZPO an die Instanzgerichte zurückverwiesen. Gerichte der zweiten Instanz müssen die Revision zulassen, wenn sie von einer Entscheidung des obersten Bundesgerichts desselben Gerichtszweigs abweichen.¹² Dadurch werden alle BGH-Urteile zum Organisationsverschulden und zur Organisationspflicht für die Unternehmensführung verbindlich und zwar ohne Leitungsermessen. Weichen Vorstände von dieser Rechtsprechung ab, weil sie meinen, ihr Leitungsermessen ausüben zu können, weil von

3 Vom 1.7.2021 nach dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG).

4 BT Drs. 9/21, S. 131.

5 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG HH), NJW-RR 2011, 1670 – ISON-Entscheidung.

6 BT Drs. 13/9712, S. 15.

7 BT Drs. 9/21, S. 131.

8 § 91 Abs. 3 AktG verpflichtet Vorstände börsennotierter Gesellschaften dazu, ein internes Kontrollsystem (IKS) und Risikomanagementsystem (RMS) einzurichten, das im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessen und wirksam ist.

9 *Fleischer*, BeckOGK, 1.2.2024, § 93 AktG, Rn. 18, 19, 28.

10 RG, 18.4.1914 – VI 55/14, JW 1914, 759 – Warenhaus-Entscheidung; RG, 14.12.1911 – VI 75/11; RG, 28.11.1919 – III 194/13; RG Warn 1914 Nr. 35, S. 50 – Neuzement-Entscheidung; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, S. 151 – Zinkdach-Entscheidung; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17, S. 214 – Bleiwaggon-Entscheidung.

11 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl., Rn. 244, 248.

12 § 543 II 2 Nr. 2 ZPO; § 132 II Nr. 2 VwGO; § 72 II Nr. 2 ArbGG.

sechs Organisationspflichten nichts im Gesetz steht, weil ihr Unternehmen ihrer Ansicht nach zu klein oder zu groß ist, und kommt es durch die Verletzung einer der Organisationspflichten zum Schaden, stützen sich die Geschädigten auf die Rechtsprechung zur verletzten Organisationspflicht als Schadensursache im jeweiligen Einzelfall der BGH-Entscheidung. Vorständen ist deshalb dringend zu empfehlen, die BGH-Rechtsprechung zu den Organisationspflichten selbst oder durch Anwälte prüfen zu lassen und ihre Unternehmensführung danach auszugestalten und sich nicht etwa auf die nur vermeintliche und scheinbare Freiheit des Leitungsermessens zu verlassen.¹³

5. Die Bindungswirkung durch DIN-Normen

DIN-Normen sind Selbstregulierungen einer Berufsgruppe. Wer sie einhält, begründet ein Indiz dafür, dass die Sorgfaltspflichten der jeweiligen Berufsgruppe beachtet sind. Wer also die sechs Organisationspflichten nach DIN ISO 37301 erfüllt, begründet die Vermutung, die Sorgfaltspflichten zur „guten Unternehmensführung“ und die Regeln des Verkehrskreises der Unternehmensführer einzuhalten. DIN-Normen geben das Expertenwissen als „gewonnene“ Erfahrungen einer Berufsgruppe wieder.¹⁴

Mit Vertrag vom 5.6.1975 hat die Bundesrepublik sich verpflichtet, die DIN als zuständige Normenorganisation anzuerkennen, die sich ihrerseits verpflichtet hat, das öffentliche Interesse bei der Normung zu berücksichtigen und darauf zu achten, dass die Normen bei der Gesetzgebung, der Verwaltung und im Rechtsverkehr als Umschreibung technischer Anforderungen herangezogen werden.¹⁵ Aufgrund dieser Vereinbarung werden DIN-Normen in Gesetzen zitiert und erlangen dadurch die Wirkung von Gesetzen. DIN-Normen entwickeln auf diese Weise die Tendenz zur faktischen Geltung. Normsetzungswünsche werden von der Regierung unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses regelmäßig beachtet.¹⁶ Die Auffassung von der Indizwirkung untergesetzlicher Regelwerke, den DIN-Normen, lässt sich auf die Konkretisierung von Organisationspflichten anwenden.¹⁷ DIN-Normen binden insoweit, als Richter, die von der Norm abweichen, diese Abweichung begründen und im Rahmen der Sorgfaltspflichtbestimmung den eigenen Erkenntnisstand über das Erfahrungswissen offenlegen müssen.¹⁸

Im Gegensatz zum abstrakten Leitungsermessens aus der Gesetzesbegründung zu § 91 Abs. 3 AktG ergeben sich aus der DIN ISO 37301 sechs konkrete Organisationspflichten als Mussvorschriften. Die DIN ISO 19600 war die Vorgängernorm. Sie enthielt im Gegensatz zur DIN ISO 37301 lediglich Empfehlungen. Die im April 2021 veröffentlichte DIN ISO 37301 definiert klare, verpflichtende Anforderungen als Mussvorschriften für Unternehmensleiter. Sie bietet Leitlinien, um ein modernes Compliance-Management-System (CMS) im Unternehmen einzuführen und ist sowohl für die Implementierung wie auch für die unmittelbare Zertifizierung des CMS eines Unternehmens geeignet.

Wenn schon die Unternehmensführer zur Selbsthilfe greifen und freiwillig im Wege der Selbstregulierung in einem DIN-Ausschuss sechs Organisationspflichten konkret regeln, wird der Regelungsbedarf deutlich. Unklar und zu prüfen bleibt, aus welchem Grund der Gesetzgeber trotz des deutlich gewordenen Regelungsbedarfs eine gesetzliche Regelung unterlässt und es der Rechtsprechung überlässt, die Organisationspflichten im Nachhinein zu konkretisieren.

6. Das „letzte Wort“ der Justiz durch das Rechtsverweigerungsverbot

Vorstände und Geschäftsführer vermeiden im Ergebnis den Vorwurf des Organisationsverschuldens und sind richtig beraten, wenn sie die

Rechtsprechung des BGH und die DIN ISO 37301 beachten, d.h. sechs Organisationspflichten einhalten, die Unternehmenspflichten ermitteln, delegieren, aktualisieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren. Für die oberste Leitung eines Unternehmens gilt dieser Sorgfaltsmaßstab international. Die Bindungswirkung der DIN ISO 37301 wird noch dadurch verstärkt, dass sich die sechs Organisationspflichten aus der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden und die sechs Organisationspflichten nach der DIN ISO 37301 decken und damit einen konkreten Sorgfaltsmaßstab zur Unternehmensorganisation bilden.¹⁹

Vorstände und Geschäftsführer wählen für sich den sicheren Weg, wenn sie die Organisationspflichten aus der Rechtsprechung und nach der DIN ISO 37301 einhalten. Die Rechtsprechung hat sich selbst durch ihre Urteile zum Organisationsverschulden gebunden. Schließlich entscheiden Gerichte, ob eine Organisationspflicht verletzt ist und Schadensersatzansprüche begründet. Wenn eine Klage auf Schadensersatz wegen Organisationsverschulden erhoben wird, muss das Gericht entscheiden, auch wenn keine konkrete gesetzliche Regelung dazu besteht. Der Gesetzgeber kann sich bewusst oder auch unbewusst mit Regelungen zurückhalten und sich in Generalklauseln und unbestimmte abstrakte Rechtsbegriffe flüchten.

Gerichte müssen im Rahmen ihrer Zuständigkeit die ihnen vorgetragenen Rechtsfälle entscheiden. Selbst wenn die Rechtsfrage nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, und eine Rechtslücke besteht, dürfen sie eine Klage deswegen nicht zurückweisen und die streitenden Parteien nicht auf den oft untätigen oder verspäteten Gesetzgeber verweisen. Für Gerichte gilt das sogenannte *Rechtsverweigerungsverbot*. Aus der Entscheidungspflicht wird die grundsätzliche Berechtigung abgeleitet, Lücken des Gesetzes zu schließen.²⁰ Diese grundsätzliche Berechtigung der Justiz zur Rechtsfortbildung hat allerdings auch ihre Grenze. Die Justiz hat wegen der Rechtskraft ihrer letztinstanzlichen Entscheidungen regelmäßig das „letzte Wort“. Es gilt die Autorität der letzten Instanz. Einem selbstkritischen Bundesrichter wird die Formulierung nachgesagt, „auch oberste Bundesgerichte irren, aber sie irren rechtskräftig“.²¹ Das Bundesverfassungsgericht hat die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung vor allem in der Soraya-Entscheidung begründet²². Voraussetzung für die Befugnis zur Rechtsfortbildung ist danach, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion nicht erfüllt, das zu entscheidende Rechtsproblem zu lösen, sondern eine Lücke enthält. Die Lücke im Recht der Unternehmensführung ist die Frage nach der Ausgestaltung der Pflicht zum umfassenden Risikomanagement System.

Die Aufgabe und Befugnis der Gerichte zu „schöpferischer Rechtsfindung“ gilt nach dem BVerfG als notwendiger Bestandteil der verfassungsmäßigen Justizfunktion. Zutreffender ist die Bezeichnung Richterrecht statt Rechtsfindung bei Gesetzeslücken, da Gerichte

13 Rack, CB 2021, 433.

14 Bosch, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 421; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., S. 540.

15 Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., S. 495.

16 Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., S. 539.

17 Bosch, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 428, 429 und 427.

18 Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., S. 540.

19 Rack, CB 2014, 279.

20 Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., S. 18.

21 Rütters, Rechtstheorie, 9. Aufl., Rn. 314, 318; Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., S. 18, 179, 226.

22 BVerfGE 34, 26.

Recht schaffen und nicht finden. Der Richter hat selbst anstatt des Gesetzgebers eine Entscheidung zu treffen, die in letzter Instanz eine maßstabbildende Normwirkung für künftige ähnliche Fälle entfaltet.²³

Selbst wenn also die konkrete Ausgestaltung des Risikomanagementsystems gesetzlich nicht geregelt ist, sondern dem Leitungsermessen des Geschäftsleiters überlassen wurde, ist die Rechtsprechung zum Organisationsrecht verbindlich. Geschäftsleiter, die nicht die sechs Organisationspflichten einhalten, müssen damit rechnen, auf Schadensersatz wegen Organisationsverschuldens mit Erfolg verklagt zu werden, wenn ein Schaden verursacht wurde, weil er nicht oder nur lückenhaft angeordnet hat, alle Rechtspflichten des Unternehmens ausnahmslos zu ermitteln, auf Mitarbeiter zu delegieren, zu aktualisieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren.

7. Die Haftung wegen der Verletzung von Organisationspflichten als Verkehrssicherungspflicht nach § 823 BGB

Über die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl von Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB hinaus hat die Rechtsprechung die allgemeine Pflicht entwickelt, die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass Schäden Dritter vermieden werden und für eine ordentliche Betriebsführung zu sorgen ist.²⁴ Zu diesem Zweck sind nicht nur die nachgeordneten Mitarbeiter mit Sorgfalt auszusuchen, wie es § 831 Abs. 1 BGB regelt (*diligentia in eligendo*), sondern auch anzuleiten und zu überwachen (*diligentia in custodiendo*). Es sind Organisationspflichten, die umso intensiver sind, je größer die Gefahren sind, deren Steuerung zu organisieren ist. Wer die Organisationsgewalt über ein Unternehmen hat, muss für die Gefahrsicherung in seinem Organisationsbereich sorgen. Er haftet für Organisationsverschulden. Seine Organisationspflichten sind nicht mit haftungsbefreiender Wirkung delegierbar.²⁵ Ein Unternehmen wird als Gefahrenquelle behandelt, das Verkehrssicherungspflichten in Form von Organisationspflichten begründet, die Repräsentanten, Organe, und Betriebsleiter trifft, die einen Aufgabenbereich eigenverantwortlich wahrnehmen. Verkehrspflichten sind Rechtspflichten, wonach jeder, der Gefahren in seinem Verantwortungsbereich schafft oder andauern lässt, organisatorische Vorkehrung treffen muss, um Gefahren von Dritten abzuwenden.²⁶

8. Die Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung als Grund für gesetzliche Regelungen

Durch die richterliche Rechtsfortbildung und den Grundsatz des Rechtsverweigerungsverbots wird das Rechtsrisiko für Vorstände begründet, wegen Organisationspflichtverletzungen mit Erfolg verklagt zu werden, auch ohne, dass eine gesetzliche konkrete Regelung von Organisationspflichten besteht. Aus den Urteilen von BGH und RG lassen sich zwar sechs Organisationspflichten herleiten, kein Vorstand kann aber sicher sein, dass nicht neue Pflichten durch die fortbildende Rechtsprechung hinzukommen, ob er nicht unter Umständen Organisationspflichten unterlassen hat und ob er sich auf sein Leitungsermessen berufen kann, mit Begründungen, sein Unterlassen der Organisationspflichten sei durch die Unternehmensgröße bedingt, das Unternehmen sei zu groß oder zu klein, oder das Fehlen von Risiken im Unternehmen erlaube den Verzicht auf Organisationspflichten. Der Vorstand könnte sich auch auf die Grenzen der Rechtsfortbildung berufen. Die Rechtsquellenqualität des Richterrechts ist nämlich umstritten. Vertreten wird, nur zwei Rechtsquellen seien gültig, nämlich Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht. Richterrecht wird nur dem Gesetzesrecht als Rechtsquelle gleichgesetzt, wenn es die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts erfüllt, nämlich wenn die

Entscheidungsgründe mehrfach und über einen längeren Zeitraum durch Urteile und Literatur bestätigt werden. Bei den Urteilen muss es sich außerdem um Grundsatzurteile der Bundesgerichte letzter Instanz handeln. Nach dem Grundsatz der Allgemeinheit muss das Urteil über den Einzelfall hinauswirken.²⁷

Schließlich ist auch die Bindungswirkung der DIN ISO 37 301 nicht offensichtlich und kann all zu leicht übersehen werden. Dass eine DIN-Norm zur Unternehmensführung und zur Organisation Regelungen enthält, zählt zum Expertenwissen und kann nicht als Allgemeinwissen vorausgesetzt werden.

Die Unklarheit dieser Rechtslage fällt besonders dann auf, wenn Rechtsanwälte ihre Beratungspflichten zur Organisation der Unternehmensführung erfüllen sollen. Sie müssten prüfen, ob eine BGH-Entscheidung Kontinuitätsersparungen für eine Fallgruppe in Zukunft begründen kann.²⁸ Ungeschmälert gilt die faktische Geltung höchstrichterlicher Entscheidung durch das Prozessrecht, wie es oben unter Ziffer 6. zum „letzten Wort der Justiz“ dargelegt wurde.

Die geschilderten Unklarheiten und die damit verbundene Rechtsunsicherheit lassen sich nur durch gesetzliche Regelungen ausräumen. Rechtssicherheit kann nur das Gesetz liefern. Ohne gesetzliche Regelungen werden die Konflikte durch Interessengegensätze und die rechtlichen Diskussionen darüber nicht vermieden, ob überhaupt und konkret wie ein Risikomanagement unterhalten und ausgestaltet werden soll. Die größte Gefahr besteht darin, dass wegen der unklaren Rechtslage die Organe in Unternehmen untätig bleiben und das Risiko des Organisationsverschuldens bestehen bleibt. Diese Rechtslage zur Unternehmensorganisation wurde in zwei umfassenden Habilitationsschriften 2001 behandelt, so dass der Regelungsbedarf schon mehr als zwanzig Jahre bekannt ist.²⁹

9. Der Gesetzesvorbehalt verlangt Gesetze für das Wesentliche

Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG ist die Aufgabe des Parlaments, über Gesetze zu entscheiden, während Richter Gesetze anwenden und nicht zu prüfen berechtigt sind, ob die gesetzliche Lösung die zweckmäßigste oder gerechteste ist. Richter würden die Grenze richterlich zulässiger Rechtsfortbildung überschreiten. Richter können keine abstrakt-generellen Regeln aufstellen, sondern müssen konkret auf den Fall bezogen entscheiden, sie unterliegen dem Gebot der richterlichen Selbstbeschränkung. Die Grenze der zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung ist erreicht, wenn das gesetzgeberische Ziel der Norm verfehlt oder verfälscht oder durch ein eigenes Konzept ersetzt wird.

Ausnahmen von der richterlichen Selbstbeschränkung werden zulässig, wenn der Gesetzgeber untätig bleibt und eine Rechtsschutzlücke

23 *Rüthers*, *Rechtstheorie*, 9. Aufl., Rn. 824.

24 *Matusche-Beckmann*, *Organisationsverschulden*, 2001; *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, *Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, 2001, 2. Aufl., mit ausführlicher Darstellung der Urteile von RG und BGH.

25 *Wagner*, *MüKo BGB*, 9. Aufl., § 823 Rn. 110, 111; *Förster*, *BeckOK BGB*, 71. Ed. 1.8.2024, § 823 Rn. 5, 374, 378; *Katzenmeier*, *NK-BGB*, § 823 Rn. 148.

26 *Staudinger*, *HK-BGB*, 12. Aufl., § 823 Rn. 60, 64, 70.

27 *Rüthers*, *Rechtstheorie*, 9. Aufl., Rn. 238, 239.

28 *Rüthers*, *Rechtstheorie*, 9. Aufl., Rn. 87, 249.

29 *Matusche-Beckmann*, *Organisationsverschulden*, 2001; *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, *Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, 2001, 2. Aufl.

droht.³⁰ Es gilt der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, wonach jede Rechtspflicht eine rechtliche Grundlage, ein förmliches oder materielles Gesetz haben muss. Inhalt, Zweck und Ausmaß, die sog. Bestimmtheitstrias, muss durch das Gesetz selbst bestimmt werden. Nach der Wesentlichkeitstheorie muss der Gesetzgeber die Regelungen im Wesentlichen selbst treffen und bestimmen, ob und in welchem Umfang eine gesetzliche Regelung erforderlich ist.³¹ In seiner Kalkar-Entscheidung verlangt das BVerfG, dass zum Beispiel durch Gesetz die friedliche Nutzung der Kernenergie zu regeln ist und dass die Norm hinreichend bestimmt ist und der Gesetzgeber das Wesentliche selbst festzulegen hat.³²

Wenn der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung von § 91 Abs. 3 AktG die Ausgestaltung der Organisationspflicht dem Leitungsermessen des Vorstands überlässt, trifft er gerade keine Entscheidung zum Wesentlichen der Organisationspflicht und lässt Vorstände im Unklaren, wie sie ihre Pflicht zu erfüllen haben. Hinzu kommt, dass er die Kontrolle dem zum Risikomanagementsystem verpflichteten Vorstand selbst überlässt, seine eigene Kontrolle darüber zu regeln, wie er seine eigene Legalitätspflicht einhält und das legale Verhalten seiner Angestellten anordnet und kontrolliert. Ein Vorstand ist bei seiner Selbstkontrolle befangen. Das Überlassen der Selbstkontrolle begründet einen Interessenkonflikt beim Vorstand zwischen Legalitätspflicht-erfüllung mit Aufwand und Kosten und ohne Gewinn einerseits und dem Selbstbelastungsrisiko andererseits.

Ein Organisationsverschulden kann dem Vorstand vorgeworfen werden, wenn er es unterlässt, die Unternehmenspflichten lückenlos zu ermitteln, sie auf Verantwortliche zu delegieren, sie zu aktualisieren, zu erfüllen, ihre Erfüllung zu kontrollieren und zu dokumentieren. Unbefangenes Überwachungsverhalten gegenüber sich selbst wird Vorständen nach einhelliger Meinung nicht als selbstverständlich zugetraut.³³

II. Zwischenfazit und Ausblick

Unklarheiten im Recht der Unternehmensführung ergeben sich aus dem Gegensatz, dass einerseits nach der Neuregelung des § 91 Abs. 3 AktG vom 1.7.2021 die konkrete Ausgestaltung angemessener und wirksamer Kontrollen und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Umgang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens dem Leitungsermessen des Vorstands börsennotierter Unternehmen überlassen wird, andererseits die Rechtsprechung des BGH zum Organisationsverschulden sechs konkrete Organisations-

pflichten durch faktische Bindung vorschreibt und in der DIN ISO 37301 vom April 2020 ebenfalls sechs konkrete Organisationspflichten zur Definition guter Unternehmensführung bestimmt sind. Geschäftsleiter tragen durch diese Unklarheit das Risiko, auf Schadensersatz wegen Organisationsverschuldens verklagt zu werden, wenn sie nicht nach der ständigen Rechtsprechung und nach der DIN ISO 37301 die sechs Organisationspflichten einhalten und die Rechtspflichten des Unternehmens nicht ermitteln, delegieren, aktualisieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren. Bei fehlender gesetzlicher Regelung hat die Justiz das letzte Wort durch das Rechtsverweigerungsverbot. Die Unklarheit dieser Rechtslage kann nur durch eine gesetzliche Regelung beseitigt werden.

In Teil 2 des Beitrags werden zwölf Gründe für den Regelungsbedarf der Ausgestaltung der Organisationspflichten durch Gesetz behandelt, die Vielzahl der höchstrichterlichen Urteile, die DIN ISO 37301, der Anlegerschutz, das Präventionsparadox, strafrechtliche Sanktionen wegen verletzter Organisationspflichten, Voraussehbarkeit strafbaren Verhaltens, strafbegründende Garantenstellung kraft Organisationsherrschaft wegen des Unterlassens eines CMS, der überhöhte Argumentationsaufwand im Unternehmensalltag und der Rechtsberatung zur Begründung der sechs Organisationspflichten.

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“: Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat. Dr. Manfred Rack ist Beiratsmitglied des Compliance-Beraters.

30 Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 459, 460, 461.

31 Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 463; BVerfGE 83, 130, 152.

32 BVerfGE 49, 89, 128; Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 464.

33 Zur Aufklärung gesellschaftsinternen Fehlverhaltens durch den Aufsichtsrat der AG: Habersack, in: Habersack/Huber/Spindler (Hrsg.), FS-Stilz, 2014, S. 192, 202, 203; Rack, CB 2017, 59.

Compliance-Berater Zitierweise CB: / ISSN 2195-6685

CHEFREDAKTION:

Dr. Malte Passarge
HUTH DIETRICH HAHN Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Neuer Jungfernstieg 17
20354 Hamburg
Tel.: +49 40 41 525 0
Passarge@HDH.net

REDAKTION:

Christina Kahlen-Pappas, Tel. 0151-27 24 56 63,
christina.kahlen-pappas@dfv.de

HERAUSGEBER:

Prof. Dr. Frank Beine, WP/StB
Jörg Bielefeld
Hanno Hinzmann
Univ.-Prof. Dr. Annemarie Matusche-Beckmann
Dr. Dirk Christoph Schaubes
Prof. Dr. Martin Schulz, LL.M. (Yale)
Eric S. Soong
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard), Attorney at law
(New York)
Dr. Martin Wienke

BEIRAT:

Dr. Martin Auer
Dr. Martin Bünning, RA/StB
Dr. José Campos Nave, RA/FAHaGesR/FAStR
Dr. Peter Christ, RA/FAArbR
Dr. Katharina Hastenrath
Dr. Susanne Jochheim, RAin
Dr. Ulf Klebeck, RA
Kai Leisering
Tobias Neufeld, LL.M. (London), RA/FAArbR, Solicitor
(England & Wales)
Jürgen Pauthner, LL.M. (San Diego), MBA
Mario Prudentino, RA
Dr. Manfred Rack, RA
Dr. Sarah Reinhardt, RAin/FAArbR
Dr. Roman Reiß, RA/FAStR
Gunther A. Weiss, LL.M. (Yale), RA, Attorney at law
(New York), Advokát (Praha)
Wolfgang Werths
Tim Wybitul, RA/FAArbR
Prof. Dr. Dr. Jörg Zehetner, RA



VERLAG: Deutscher Fachverlag GmbH,
Mainzer Landstr. 251, 60326 Frankfurt am Main,
Tel. 069-7595-2788, Fax 069-7595-2780,
Internet: www.dfv.de

GESCHÄFTSFÜHRUNG: Peter Esser (Sprecher),
Thomas Berner, Markus Gotta

AUFSICHTSRAT: Andreas Lorch, Catrin Lorch,
Dr. Edith Baumann-Lorch, Peter Ruß

GESAMTVERLAGSLEITUNG FACHMEDIEN RECHT

UND WIRTSCHAFT: Torsten Kutschke
Tel. 0 69-75 95-27 01, Torsten.Kutschke@dfv.de

REGISTERGERICHT: AG Frankfurt am Main, HRB 8501

BANKVERBINDUNG: Frankfurter Sparkasse, Frankfurt
am Main, Kto.-Nr. 34 926 (BLZ 500 502 01)

In der dfv Mediengruppe, Fachmedien Recht und Wirtschaft, erscheinen außerdem folgende Fachzeitschriften: Betriebs-Berater (BB), Datenschutz-Berater (DSB), Diversity in Recht & Wirtschaft (DivRuW), Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Geldwäsche & Recht (GWuR), Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTeR), Kommunikation & Recht (K&R), Logistik und Recht (LogR), Netzwirtschaften & Recht (N&R), Recht Automobil Wirtschaft (RAW), Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), Recht der Finanzinstrumente (RdF), Recht der Zahlungsdienste (RdZ), Sanierungs-Berater (SanB), Der Steuerberater (StB), Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht (ZfU), Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG), Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR), Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) und Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVgRWiss).

ANZEIGEN:

Matthias Betzler, Tel. +49 69 7595-2785,
E-Mail: matthias.betzler@dfv.de
Es gilt Preisliste Nr. 12.

Leitung Produktion: Hans Dreier, Tel. 069/7595-2463

Leitung Logistik: Ilja Sauer, Tel. 069/7595-2201

VERTRIEB: R&W Kundenservice, kundenservice@ruw.de,
Tel. +49 69 7595-2788, Fax. +49 69 7595-2770

ERSCHEINUNGSWEISE: monatlich. Nicht eingegangene Hefte können nur bis zu 10 Tage nach Erscheinen des nächstfolgenden Heftes kostenlos reklamiert werden.

BEZUGSPREISE: Jahresvorzugspreis Deutschland (11 Ausgaben): 619,00 € inkl. Versandkosten und MwSt., alle weiteren Abonnement-Preise unter www.ruw.de/abo. Rechnungslegung erfolgt jährlich. Die Abonnementgebühren sind im Voraus zahlbar. Der Abonnementvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist jederzeit bis 3 Monate vor Ende des Bezugszeitraumes möglich. Liegt dem Verlag zu diesem Zeitpunkt keine Kündigung vor, verlängert sich das Abonnement automatisch um ein weiteres Jahr zum dann gültigen Jahrespreis, zahlbar im Voraus. Auslandspreise auf Anfrage. Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind.

Keine Haftung für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Alleinveröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte, einschließlich der Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank.

Autorenmerkblatt herunterladbar unter:
www.compliance-berater.de

© 2024 Deutscher Fachverlag GmbH, Frankfurt am Main

SATZ: DFV - inhouse production

DRUCK: medienhaus Plump GmbH, Rolandsecker Weg 33,
53 619 Rheinbreitbach

VORSCHAU CB 1-2/2025

Timo Hochmuth

Betrug im Krankenhaus-
sektor

Hartmut T. Renz

Die Aktualisierung der
MaComp

**Dr. Philipp Irmischer und
Christian Hellwig**

Geopolitik zwischen Strategie-
und Recht(-sberatung)

Maximilian Müller

Die Geschäftsführerhaftung im internationalen Kontext



BB 47/2024

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Stefan Stolte, RA

Die Verbrauchsstiftung:
Praktische Einsatzmöglich-
keiten, rechtliche und steuer-
liche Besonderheiten

Dr. Kristina Schreiber,

RAin, und **Pauline Brinke**
Geschäftsführerhaftung im
neuen Informationssicher-
heitsrecht: Kommt der Cy-
ber-Vorstand? Auswirkungen der Umsetzung der NIS2-
Richtlinie auf die Pflichten der Leitungsebene



STEUERRECHT

Dr. Axel-Michael Wagner, RA, und Stefan Groß, StB,
CISA

Zu den neuen Vorgaben des BSI bei der Kassenda-
tenfiskalisierung, oder: Die Grenzen administrativer
Rechtssetzung im Rechtsstaat - Teil II

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Ines Klein, StB/WPIn, und Dr. Holger Seidler, RA/
StB/WP**

Praxisfragen bei der Änderung eines handelsrechtli-
chen Jahresabschlusses aufgrund von Fehlern

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Gerrit Horstmeier

Schadensersatz für „ungute Gefühle“? Der Art. 82
DSGVO im Arbeitsrecht

Das Compliance-Berater-Serviceteam
beantwortet Ihnen alle Fragen rund um den CB
Tel. +49 69 7595-2788, Fax. +49 69 7595-2770
E-Mail: kundenservice@ruw.de