
CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack

Compliance und das Präventionsparadox als Organisationsrisiko mit Regelungsbedarf

Vor allem Compliance-Beauftragte und -Berater haben einen unverhältnismäßig hohen Argumentationsaufwand zu überwinden, um die verantwortlichen Organe von der Notwendigkeit und den Vorteilen eines Compliance-Management-Systems zu überzeugen. Vor jeder Entscheidung für ein Compliance-Management-System (CMS) muss lange argumentiert werden. Dabei wird auf die BGH-Rechtsprechung zurückgegriffen, werden die typischen Organisationsrisiken durch Fehlverhalten von Entscheidungsträger erläutert und zuletzt von der Krise der D&O-Versicherungen berichtet, die Managern keine Sicherheiten mehr bieten. Gerade unter betriebswirtschaftlich orientierten Geschäftsleitern wird darauf die Frage nach dem Nutzen für den Aufwand gestellt. Dieser ist nicht ohne Weiteres nachzuweisen, was durch das Präventionsparadox erklärt werden kann: Denn das Ergebnis eines CMS ist das Ausbleiben von Rechtsverstößen mit Schadensfolgen. Das kann dann leicht als Aufwand für nichts diffamiert werden kann. Der vorliegende Beitrag erläutert, dass deshalb ein dringender Regelungsbedarf zu den sechs Organisationspflichten besteht.

I. Compliance als Prävention

Compliance ist präventive Rechtsberatung zur Vermeidung von Rechtsverstößen gegen Rechtspflichten des Unternehmens, einer AG oder GmbH, also einer juristischen Person, die von ihren Organen, von Vorständen und Geschäftsführern vertreten werden. Der präventive Rechtsberatungsaufwand entsteht noch bevor es zum Rechtsverstoß kommt. Zu prüfen ist, ob ein Rechtsverstoß mit Schadensfolgen denkbar und vermeidbar ist. Im Gegensatz zu dieser präventiven Complianceberatung ist nach einem Rechtsverstoß die gleiche Frage zu prüfen und zu beraten, ob der festgestellte Verstoß gegen eine Rechtspflicht denkbar und vermeidbar war und deshalb die Rechtsfolgen von den Verantwortlichen zu tragen sind. Der Schaden am verletzten Rechtsgut ist erkennbar und messbar. Vor dem Rechtsverstoß und dem Schadenseintritt ist dieser nur denkbar. Rechtsrisiken sind Fiktionen und keine Fakten wie der schon eingetretene Schaden. Die Notwendigkeit von Rechtsberatung nach einem Rechtsverstoß wird nie in Frage gestellt.

II. Das Präventionsparadox

Dagegen bleiben Rechtsverstöße mit Schadensfolgen verborgen, wenn sie erfolgreich durch präventive Compliance-Maßnahmen zur Einhaltung von Rechtspflichten vermieden wurden. Der Erfolg eines Compliance-Managements wird nie sichtbar, weil die präventiv abgewendeten Rechtsverstöße ausbleiben. Compliance-Beauftragte bleiben deshalb oft ohne Lob und Anerkennung. Statt Akzeptanz ernten sie Reaktanz. „There is no glory in prevention.“ Je wirksamer ein CMS ist, um so weniger Pflichtverstöße kommen vor. Compliance lässt sich

deshalb leicht als Aufwand für nichts diffamieren. Die Vorteile eines CMS sind weder sichtbar noch messbar. Der Compliance-Aufwand lässt sich deshalb nicht mit messbaren Ergebnissen rechtfertigen. Betriebswirtschaftlich auf Gewinn verpflichteten Managern fehlt der offensichtliche messbare Nutzen, der sich nicht vorrechnen lässt. Das Präventionsparadox beschreibt diese Situation, in der der Compliance-Aufwand zur präventiven Vermeidung von Verstößen gegen Rechtspflichten mit der Begründung angezweifelt wird, der aufwendig abgewendete Rechtsverstoß sei gar nicht eingetreten, obwohl er mit großer Wahrscheinlichkeit durch die Compliance-Maßnahme erfolgreich verhindert wurde. Weil es keine Vergleichssituation ohne die Compliance-Maßnahme gibt, ist kein direkter Nachweis der Kausalität zwischen Prävention und Ausbleiben des verhinderten Rechtsverstoßes möglich. Auch der Zufall oder andere Gründe könnten für das Ausbleiben eines Verstoßes ursächlich gewesen sein. Zur Erklärung dieser paradoxen Situation fällt oft der Spruch, „if you think compliance is expensive, try noncompliance“. Das Präventionsparadox wird in der vergleichbaren Situation der Gesundheitsprävention verwendet. Impfgegner verweigern die präventive Impfung mit der Begründung, die Krankheit, gegen die geimpft werden soll, sei längst ausgerottet oder komme nur noch selten vor und verkennen, dass gerade das Impfen die Ursache für das Verschwinden der Krankheit war.

III. Das Organisationsrisiko als Ursache des Präventionsparadoxons

Unternehmen werden in der Regel als juristische Personen, als AG oder GmbH geführt, die zwar Pflichtenträger sind, aber selbst nicht wissens-, nicht handlungs- und nicht schuldfähig sind.

Sie handeln durch ihre Organe: die Vorstände und Geschäftsführer. Sie haben die Organisationspflicht. Ein Unternehmen organisiert sich nicht von selbst oder durch Freiwillige. Deshalb müssen die Organe ein CMS anordnen, anwenden, nachweisen und ständig verbessern. Organe haben die Legalisationspflicht. Sie müssen sich selbst legal verhalten und dafür sorgen, dass alle Unternehmensmitarbeiter die Rechtspflichten des Unternehmens einhalten. Die Anzahl der Pflichten reicht bis etwa 9.000 und beträgt im Durchschnitt 4.300. Daraus ergeben sich Organisationsrisiken. Viele Pflichten müssen ermittelt, auf viele Mitarbeiter delegiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Zur Organisation dieser sechs Aufgaben sind die Organe verpflichtet. Die Organisationspflichten wenden sechs Organisationsrisiken präventiv ab. Werden sie erfüllt, bleiben die Organisationsrisiken unsichtbar und nur denkbar. Erst wenn eine Organisationspflicht nicht erfüllt wird und es zum Organisationsschaden kommt, wird erkennbar, welches Risiko nicht präventiv abgewendet wurde, weil Rechtsrisiken und Rechtspflichten zur Abwehr nicht ermittelt, oder nicht delegiert, nicht aktualisiert, nicht erfüllt, nicht kontrolliert oder nicht dokumentiert wurden. Dann haften die Organe wegen Organisationsverschuldens für den verursachten Schaden.

RG und BGH haben in zwanzig Urteilen die Anordnung einer Unternehmensorganisation entschieden¹, in vierzehn Entscheidungen die Organisationspflicht zur Risikoanalyse und zur Ermittlung aller einschlägigen Rechtspflichten zur Abwehr der analysierten Risiken, in achtzehn Urteilen ist die Organisationspflicht der Delegation entschieden, in zwei Entscheidungen die Organisationspflicht zur Aktualisierung, in zehn Urteilen die Organisationspflicht zur Erfüllung und Kontrolle, schließlich in sieben Entscheidungen die Organisationspflicht zur Dokumentation.

Die Urteile des BGH sind faktisch bindend. Nach der Prozessordnung sind Gerichte an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden. Instanzgerichte müssen die Revision zulassen, wenn sie von einer Entscheidung der obersten Bundesgerichte abweichen. Dadurch werden die BGH-Urteile zu den zitierten Organisationspflichten für die Praxis der Unternehmen verbindlich.

Die gleichen sechs Organisationspflichten schreibt die DIN ISO 37301 vom April 2020 zur guten Unternehmensführung vor.² Wollen Richter von diesem international geltenden Sorgfaltsmaßstab abweichen, müssten sie dies begründen.³

Mit diesen Argumenten lassen sich Juristen, Richter, Anwälte, Behördenvertreter überzeugen. Manager in Unternehmen ist es nur mit erheblichem Argumentationsaufwand zu vermitteln, dass sie für die Verletzung von Organisationspflichten haften, die sich aus etwa 60 Einzelentscheidungen des BGH und einer DIN ISO Norm ergeben.

IV. Begründungen der Verhaltensökonomie zu den Organisationsrisiken

Alle Urteile von RG und BGH lassen sich auch mit nichtjuristischen Argumenten aus der Verhaltensforschung zum Fehlverhalten bei Managemententscheidungen begründen. Es sind Folgerwägungen: Was wäre, wenn ein CMS nicht angeordnet und überwacht würde, wenn Risiken und Pflichten nicht ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert würden.

1. Die Erwartungstheorie erfordert die Anordnung von Compliance-Systemen

Warum die Notwendigkeit von Anordnungen zum CMS verkannt wird,

lässt sich mit der neuen Erwartungstheorie oder Prospect Theorie erklären.⁴ Die Grundannahme dieser Theorie der Verhaltensökonomie zum irrationalen Verhalten ist, dass der Mensch gerade kein immer rational handelndes Wesen ist, dass er sich beeinflussen lässt, zur Untätigkeit neigt, seine eigenen Vorteile nicht immer erkennt und deshalb auf Anordnungen angewiesen ist.⁵

2. Der Omission Bias oder Untätigkeitsfehler als Organisationsrisiko

Alle zitierten Urteile von RG und BGH begründen das Organisationsverschulden mit dem Unterlassen von Organisationspflichten und der Anordnung einer Aufsichtsorganisation. Dieses typische Fehlverhalten kennzeichnet die Verhaltensökonomie als „omission bias“ oder Untätigkeitsfehler. Er beschreibt die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen an sich als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu tun. Für die negativen Folgen einer Handlung ist eine Ursache offensichtlich, nämlich die Handlung selbst. Für die nachteiligen Folgen einer Unterlassung dagegen sind meist mehrere Alternativursachen denkbar. Bekannt ist dieses Fehlverhalten durch die Allertweitsweisheit „Wer nichts macht, macht auch keine Fehler“. Der Omission Bias muss von Compliance-Managern als typisches weltweit meist erforschtes Fehlverhalten und Organisationsrisiko erkannt und durch die Organisationspflicht zur Anordnung eines CMS korrigiert werden.⁶

3. Der Dunning-Kruger-Effekt

Geschäftsleiter haben nach der ISON-Entscheidung des BGH die Pflicht, bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsrat bei Rechtsanwälten einzuholen und das Ergebnis einer eigenen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Diese Pflicht erklärt die Verhaltensökonomie mit dem Dunning-Kruger-Effekt. Der juristische Laie erkennt seine juristische Inkompetenz erst gar nicht, weil im dazu die Kompetenz fehlt. Manager erkennen ihren Rechtsberatungsbedarf nicht, verkennen offene Rechtsfragen und im Ergebnis rechtlich gebundene Entscheidung, für deren Misserfolg sie haften.

Dieses Organisationsrisiko ist nur mit der Anordnung zu vermeiden, routinemäßig Rechtsrat einzuholen und digital im CMS recherchieren zu lassen und Anwälte oder Syndikusanwälte zu befragen.⁷

4. Der Verfügbarkeitsfehler oder Availability Bias als Organisationsrisiko

Warum Risiken in Unternehmen unterschätzt werden, warum nicht nach unbekanntem Risiken recherchiert wird, sondern nur schon bekannte Risiken erfasst werden, erklärt der Verfügbarkeitsfehler. Er ist an dem Einwand gegen ein CMS zu erkennen, im eigenen Unternehmen komme es nicht zu Rechtsverstößen, auch nicht in der Vergangenheit, und es bestehe deshalb kein Anlass, Rechtspflichten zur Abwehr von Risiken zu ermitteln, die sich im Unternehmen niemand vorstellen könne. Damit zeigt ein Risikomanager, dass er nur an das denkt, was er schon weiß. Er verkennet, dass er auch die

1 *Rack*, CB 2014, 280.

2 *Rack*, CB 2021, 433.

3 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 540.

4 *Kahnemann*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, S. 508–513.

5 *Thaler / Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 18; *Eisenführ / Weber*, Rationales Entscheiden. 4. Aufl. S. 366–372.

6 *Rack*, CB 2014, 104.

7 *Rack*, CB 2017, 216.

denkbaren unternehmensexternen Risiken erfassen muss und dass er sich nicht nur auf seinen eigenen auf das Unternehmen eingeschränkten Erfahrungshorizont verlassen darf. Deshalb verpflichtet die BGH-Rechtsprechung dazu, „alle verfügbaren Informationsquellen erschöpfend zu nutzen“ und alle rechtserheblichen Informationen in einem Unternehmen verfügbar zu halten.⁸ Die Pflicht zur Risikoanalyse nach ständiger Rechtsprechung besteht darin, von der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge als auch von unternehmensinternen und unternehmensexternen Erfahrungen Schlüsse auf drohende Schäden zu ziehen.⁹

5. Der Bestätigungsfehler oder Confirmation-Bias als vermeidbares Organisationsrisiko

Risiken dürfen nicht verkannt werden. Dies geschieht aber, wenn für umstrittene Prognosen über künftige Geschehensverläufe nur nach bestätigenden und nicht nach widerlegenden Argumenten gesucht wird. Der Fehler besteht darin, dass jeder seine Vorhersage bestätigt und nicht widerlegt sehen will. Jeder will seine eigene Wette gewinnen. Die Entscheidungspraxis muss deshalb so organisiert sein, dass nicht nur nach Beweisen, sondern auch nach Gegenbeweisen gesucht werden muss. Zu denken ist immer an den Gegenanwalt in einem späteren Gerichtsverfahren, der immer den Beweis zu bringen versuchen wird, dass ein Rechtsverstoß mit Schadensfolgen vorhersehbar und vermeidbar war. Diese Möglichkeit ist schon beim Ermitteln von Risiken und der Prävention durch Abwehrrichtungen zu bedenken. Jede Prognose zu Risiken und deren Abwehr ist einem Widerlegungsversuch auszusetzen.¹⁰

6. Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko

Durch den Rückschaufehler werden die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Schadensereignissen nach deren Eintritt systematisch überschätzt. Bekannt ist der Rückschaufehler durch die Erfahrung, dass „hinterher immer alle schlauer sind“. Nachdem Personen den Ausgang von Schadensverläufen erfahren, erinnern sie sich systematisch falsch an ihre früheren Prognosen. Die Vorschau stimmt mit der Rückschau nicht überein. Wird über die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit eines Rechtsverstoßes mit Schadensfolgen gestritten, und im späteren Gerichtsverfahren Vorhersehbarkeit behauptet, wirkt der eingetretene Schaden als gewichtiges Indiz für seine Vorhersehbarkeit. Der Fehler besteht in der psychologischen Unfähigkeit, sich im Nachhinein in die Lage zu versetzen, in der ein Schaden noch drohte und noch nicht eingetreten war. Der Rückschaufehler kann Unternehmen in Beweisnot bringen, wenn sie keine Beweise durch Dokumentation darüber gesichert haben, was im Zeitpunkt der Entscheidung vorhersehbar und damit vermeidbar war. Deshalb gilt nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG der Grundsatz der Beweislastumkehr und begründet damit die Pflicht zur ständigen Dokumentation.¹¹

Der eigene Rückschaufehler behindert außerdem effektives Fehlermanagement. Psychologisch erklärt wird die Beobachtung, dass sich die gleichen Fehler beim Organisationsverschulden wiederholen und dass niemand aus der Rechtsprechung lernt. In Gerichtsverfahren wird regelmäßig die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit bestritten. Wer die eigenen Fehler bestreitet, verzichtet auf das präventive Fehlermanagement zur Vermeidung des gleichen Fehlers in der Zukunft. Die Analyse von 20 klassischen Fällen zum Organisationsverschulden ergab, dass in 17 Fällen die Risikoanalyse unterlassen wurde – davon unterblieb in zehn Fällen die Risikoermittlung bei latenten Risikofaktoren¹², in sieben bei offenen Risikofaktoren.¹³ In sieben von 20 untersuchten Fällen wurde die Risikofrühermittlungspflicht nicht erfüllt¹⁴, in 13 von 20 Fällen wurden die Organisationspflichten nicht daraufhin kontrolliert, ob sie geeignet sind, vollzogen wurden und ob sie überhaupt funktionieren.¹⁵ In sieben der 20 untersuchten Fälle wurden nicht delegationsfähige Organisationspflichten auf Mitarbeiter ohne Organstellung delegiert.¹⁶ Wer also aus den Organisationspflichtverletzungen, die sich aus den Einzelurteilen zu den Organisationspflichtverletzungen ergeben, lernen will, muss die Rechtsprechung verfügbar halten und sie als Fehlersimulatoren einsetzen.

Fehlersimulatoren eignen sich zur Vermeidung von Rückschaufehlern in Wiederholungsfällen. Sie lassen sich routinisieren, indem sie zu Situationsprototypen in einer Datenbank gespeichert und jederzeit für alle abrufbar gehalten werden.¹⁷

-
- 8 BGHZ 132,30 – Wissensaufspaltung.
 9 Rack, CB 2014, 236 mit Nachweis zur Rspr. in Fn. 28.
 10 Rack, CB 2014, 19; BGH v. 2.8.1995, NJW 1995, 2930 – Holzschutzmittel; BGH v. 6.7.1990, BGHSt 37, 106 – Lederspray.
 11 BGHZ, 51, 91 – Hühnerpest-Fall.
 12 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil; RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz-Urteil; BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 – Benzinfahrt-Urteil; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 – Zinkdach-Urteil; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 – Bleiwaggon-Urteil; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 – Besizdiener-Urteil; BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 – LKW-Unfall-Urteil; BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. – Schubstreben-Fall; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil; BGH, BGH JZ 1978, 475 – Kfz-Werkstatt-Urteil.
 13 RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 – Neuzement-Urteil; RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 – Asphalt-Vertiefungs-Urteil; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 – Fuhrwerk-Urteil; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW (1938), 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938 (1938), 3162 – Streupflicht-Urteil; BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriffs-Urteil; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 – Propagandisten-Urteil.
 14 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil; RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 – Neuzement-Urteil; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 – Bleiwaggon-Urteil; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 – Fuhrwerk-Urteil; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil; RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 – Asphalt-Vertiefungs-Urteil; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 – Propagandisten-Urteil.
 15 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil; RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 – Neuzement-Urteil; RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz-Urteil; RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 – Asphalt-Vertiefungs-Urteil; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 – Fuhrwerk-Urteil; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW (1938), 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW (1938), 3162 – Streupflicht-Urteil; BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 – Streupflicht-Urteil II; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 – Besizdiener-Urteil; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei-Urteil; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 – Propagandisten-Urteil; BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 – Lkw-Unfall-Urteil; BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. – Schubstreben-Fall.
 16 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 – Asphalt-Vertiefungs-Urteil; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 – Streupflicht-Urteil; BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriffs-Urteil; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 – Besizdiener-Urteil; BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 – LKW-Unfall-Urteil; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil.
 17 Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden 2001, 71, 53, 206; Fleischer, in: FS Wiedemann, 2002, S. 832., Kühlen, in: Jung, Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung 1991.

7. Die kriminogene Verbandsattitüde als Organisationsrisiko

Mit der „kriminogenen Verbandsattitüde“ wird das Fehlverhalten erklärt, dass Mitarbeiter eines Unternehmens gegen Rechtspflichten verstoßen, weil sie im Interesse des Unternehmens zu handeln glauben nach dem Prinzip „Geschäft geht immer vor“. Dieses typische vorhersehbare Fehlverhalten durch „nützliche Rechtsverstöße“ rechtfertigt die Anordnung zum ausnahmslos legalen Verhalten ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Interessen des Unternehmens. Die kriminogene Verbandsattitüde gilt als empirisch nachgewiesenes Fehlverhalten in Unternehmen.¹⁸ Erkennbar wird es, wenn Juristen vorgeworfen wird, sie würden als Bedenkenträger Geschäfte kaputt prüfen. Die Zugehörigkeit zum Unternehmen senkt die Hemmschwelle zum Rechtsverstoß. Das Individualstrafrecht verliert seine abschreckende und generalpräventive Wirkung beim selbstlosen Straftäter, der sich nur zum Vorteil seines Unternehmens illegal verhält und nicht zum eigenen persönlichen Vorteil handelt. Mit Gruppendruck und Chorgeist wird das Phänomen der Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde umschrieben. Mitarbeiter gehen dabei in eine Loyalitätsfalle. Sie fühlen sich ihrem Unternehmen mehr verpflichtet als der Rechtsgemeinschaft.¹⁹

8. Der psychologisch durch die Reaktanztheorie erklärte Widerstand gegen Compliance-Management-Systeme als Organisationsrisiko

Die Ergebnisse der Reaktanztheorie machen deutlich, dass der Widerstand gegen Rechtspflichten als reflexartiges und menschliches Fehlverhalten, als urmenschliche Reaktion auf jede Art von Freiheits Einschränkung sogar zum eigenen Nachteil und damit als Organisationsrisiko einzukalkulieren und abzuwenden ist. Unter Freiheit versteht die Reaktanztheorie, Verhaltensweisen und Meinungen frei wählen zu können. Dabei kommt es nicht darauf an, dass man diese Freiheiten auch wirklich hat. Schon die Illusion von Freiheit ist psychologisch relevant. Jede Rechtspflicht und vor allem viele Rechtspflichten nehmen Freiheiten. Der Widerstand gegen Compliance-Maßnahmen legt sich nicht von selbst und ist nicht durch noch so gut gemeinte Kommunikation zu überwinden. Der Wille, Mitarbeiter „mitzunehmen“ und Akzeptanz für die Einhaltung von Rechtspflichten zu erzeugen, muss erfolglos bleiben. Reaktanz als Organisationsrisiko ist nur durch Anordnung und Kontrolle der Organe abzuwenden. Die Kommunikation mit Folgerewägung über Vorteile von pflichtgemäßem Verhalten kann unterstützen, ersetzt aber Anordnung und Kontrolle nicht, weil vom Management aller Erfahrung nach nicht mit Freiwilligen für Compliance-Maßnahmen gerechnet werden darf.²⁰

9. Die Verantwortungsdiffusion als Organisationsrisiko

Der BGH hat in seinem Schubstreben-Urteil entschieden, dass Pflichten an namentlich benannte Mitarbeiter und an ebenfalls mit Namen benannte Vertreter zu delegieren sind.²¹ Entgegen dieser Anforderung wird in der Unternehmenspraxis regelmäßig der Wunsch geäußert, die Pflichten mit Funktionen und nicht mit Namen zu verlinken. Der BGH verpflichtet zur Delegation an namentlich benannte Pflichtenträger, weil nur so wirksame Kontrollen möglich sind. Die Verhaltensforschung erklärt diesen Vorbehalt gegen die Namensnennung mit dem Begriff der Verantwortungsdiffusion. Erwiesen ist in der Verhaltensforschung, dass die Bereitschaft, gegen Missstände oder Notfälle einzugreifen, höher ist, wenn ein Mitwisser oder Zuschauer allein ist, als wenn er in Gesellschaft anderer die Notsituation erlebt. Wenn mehrere Zeugen eines Missstands sind, ist sich jeder einzelne der Tatsache bewusst, dass andere eingreifen könnten. Der Prozess

der Verantwortungsdiffusion wird verstärkt, wenn die Anzahl der Mitwisser zunimmt. So erklärt sich, dass Rechtsverstöße in Unternehmen bekannt sind, aber keiner einschreitet und sich einer auf den andern verlässt. Hinweisgebersysteme und namentliche Delegationen von Pflichten an Einzelpersonen können abhelfen.²²

V. Die aktuelle Krise durch Compliance-Schäden

Die Verluste der D&O-Versicherer werden mit über 100 Mio. EUR jährlich angegeben.²³ Das Prämienaufkommen deckt nicht mehr die steigenden Schäden durch Pflichtverletzungen von Managern. Die Schadensquote der D&O-Versicherer liegt seit 2020 zwischen 110% und 145%. Allein der VW-Fall kostet die Versicherer 270 Mio. EUR. Das Handbuch zur D&O-Versicherung von *Oliver Lange* in der neuen 2. Auflage listet insgesamt 50 pressebekannte Compliance-Fälle von Spitzenmanagern auf.²⁴ Namhafte D&O-Versicherer geben die Managerhaftpflichtversicherung auf. Offenbar glauben Unternehmen auf Compliance-Systeme verzichten zu können, weil sie gegen Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden D&O-versichert sind. Dabei wird übersehen, dass eine Versicherung den Schadensersatzanspruch nur teilweise übernimmt, er aber vom Prämienaufkommen der Solidargemeinschaft aller Versicherungsnehmer getragen werden muss. Ein CMS dagegen vermeidet schon Rechtsverstöße und die Schadensfolgen, was eine D&O-Versicherung nicht leistet. Der im Unternehmen eingesparte Compliance-Aufwand erweist sich zwar als individueller wirtschaftlicher Vorteil für ein Unternehmen, wird aber zum kollektiven Nachteil der Versicherungsnehmergemeinschaft, so dass das Prämienaufkommen die Schäden nicht mehr deckt.

VI. Der zu hohe Argumentationsaufwand zur Überzeugung für ein CMS

Der Argumentationsaufwand, um die Organe eines Unternehmens von der Notwendigkeit und den Vorteilen eines Compliance-Managements zu überzeugen, ist unverhältnismäßig hoch. Die sechs Organisationspflichten sind aus etwa 30 Einzelurteilen des BGH herzuleiten. Die Organisationspflichten dienen der Abwehr von Organisationsrisiken, die von der Verhaltensökonomie erforscht, belegt, und in den Bias, dem typisierten Fehlverhalten bei Entscheidungen, nachvollziehbar formuliert sind. Sowohl mit juristischen Argumenten, als auch psychologischen Argumenten aus der neueren Verhaltensforschung lassen sich die Vorteile eines CMS argumentativ rechtfertigen. Erklärt werden muss, dass BGH-Entscheidungen verbindlich sind, vergleich-

18 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 18, 19; BGHZ 11, 151 – Zinkdach-Urteil, BGHZ 32, 53 – Besitzdiener-Urteil.

19 *Hank*, Die Loyalitätsfalle 2021; *Milgram*, Das Milgram-Experiment, Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität, 2015, S. 22, 155; *Fleischer*, ZIP 2005, 142, 143; *Rack*, CB 2015, 277 und CB 2015, 330.

20 *Rack*, CB 2020, 379.

21 BGH v. 17.10.1967, NJW 1968, 247.

22 *Jonas/Stroebe/Hewstone*, Sozialpsychologie, 5. Aufl., S. 302 unter Hinweis auf den Kitty Genovese Fall S. 298.

23 *Lange*, D&O-Versicherung, 2022, S. 39, 56, § 1 Anmerkung 87; FAZ v. 18.9.2021; *Rack*, Die Versicherungspraxis, Oktober 2022, 13.

24 *Lange* (Fn. 19), S. 95 ff., 97, § 2 Anmerkung 81, 82; *Rack*, Die Versicherungspraxis, Oktober 2022, 13.

bar mit der Bindung an Gesetze, dass die Verletzung der Organisationspflichten den Vorwurf des Organisationsverschuldens mit erheblichen Schadensersatzansprüchen gegen die verantwortlichen Manager begründen. Die Liste der pressebekannten Compliance-Fälle ist publiziert. Die international geltende DIN ISO 37301 als Sorgfaltsmaßstab für gute Unternehmensführung schreibt die sechs Organisationspflichten als Mussvorschriften vor, nachdem die DIN ISO 19600 als Vorgängernorm nur Empfehlungen dazu formuliert hat. Die sechs Organisationspflichten im Rahmen eines Compliance-Managements-Systems gelten für alle juristischen Personen. Sie alle müssen Risiken und Rechtspflichten zu deren Abwehr ermitteln, delegieren, aktualisieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren. Die dadurch organisierten Schutzpflichten dagegen hängen vom einzelnen Unternehmen deren Produktion und den verursachten Risiken ab. Der hohe Argumentationsaufwand fällt jedes Mal aufs Neue an, wenn die Vertreter eines Unternehmens von der Notwendigkeit und den Vorteilen des Einsatzes eines CMS überzeugt werden müssen. Erschwert wird diese Überzeugungsarbeit durch das Präventionsparadox, wonach der Aufwand mit keinem messbaren Ertrag rechtfertigt werden kann. Dass es auf Kosten und Aufwand bei der Einhaltung von Rechtspflichten nicht ankommen darf, hat der BGH im Presseangriffs-Urteil schon früh entschieden.²⁵ Dass es keine nützlichen Rechtsverletzungen geben darf, erklärt ausführlich die kriminogene Verbandsattitüde. Das CMS vermeidet den Reputationsschaden für das Unternehmen, dessen Investoren zunehmend Compliance nach den ESG-Maßstäben beurteilen. Es schützt Investitionen vor Kursverfall und dient im Ergebnis dem Anlegerschutz und macht Unternehmen im Wettbewerb um Investoren attraktiv. Von den ESG-Kriterien (Environmental, Social, Governance) ist für die Entscheidungen von Investoren über eine Geldanlage die gute Unternehmensführung mit 82 % vor Umwelt und Soziales das wichtigste Entscheidungskriterium.²⁶ Die gesetzlich geregelten Compliance-Beauftragten müssen im Unternehmen den hohen Argumentationsaufwand immer wieder leisten und unternehmensintern gegenüber Geschäftsleitern und Mitarbeitern erhebliche Widerstände gegen Compliance-Systeme wegen des Aufwands ohne berechenbaren Nutzen und wegen der eingeschränkten Freiheiten überwinden.

VII. Der Regelungsbedarf

Der umfangreiche und zeitraubende Argumentationsaufwand in allen Unternehmen ließe sich durch eine gesetzliche Regelung vermeiden, in der verbindlich für alle Unternehmen die sechs Organisationspflichten, wie sie sich aus der ständigen Rechtsprechung und der DIN ISO 37301 ergeben, festgeschrieben würden. Argumente für ein geregeltes CMS mit sechs Organisationspflichten könnten in der Gesetzesbegründung aufgenommen und für Unternehmen verbindlich dokumentiert werden. Den Vorständen und Geschäftsführern, sowie den Beauftragten, die sie beraten müssen, würden die komplexen Überlegungen erspart, wie sie Compliance im Rahmen ihres Leitungsermessens ausgestalten sollen und vor allem wie sie ihr drohendes Organisationsverschulden vermeiden können. Die Organisationsrisiken gleichen sich in allen Unternehmen und könnten durch die für alle Unternehmen gleichen Organisationspflichten abgewendet werden. Neu gesetzlich geregelt ist durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) die Pflicht zur Einrichtung eines Kontroll-Risikomanagements-Systems in § 91 Abs. 3 AktG. Eine gesetzliche Pflicht fehlte bisher. Von Vorteil ist der Fortschritt einer gesetzlichen Re-

gelung insofern, als die Begründung der Pflicht zu einem CMS nicht mehr aufwendig methodisch aus einer Gesamtanalogie mehrerer gesetzlicher Vorschriften und aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einzelurteilen hergeleitet werden muss. Von großem Nachteil ist allerdings das Defizit der Regelung, dass nämlich die Ausgestaltung der Pflicht dem Leitungsermessen des Vorstands überlassen wird.²⁷ Der Vorteil der gesetzlichen Regelung wird unmittelbar geschmälert, wenn der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Pflicht erstens offenlässt, zweitens dem selbstverpflichteten Vorstand überlässt und drittens nur börsennotierte Unternehmen verpflichtet. Vom Umfang der Geschäftstätigkeit oder der Risikolage des Unternehmens soll die Pflicht abhängig gemacht werden, was als weitere Rechtsunsicherheit hinzukommt.²⁸ Vorstände werden zur Erfüllung der Legalitätspflicht auf ihre eigene Selbstkontrolle verwiesen. Unbefangenes Überwachungsverhalten gegenüber sich selbst wird aber Vorständen nicht als selbstverständlich zugetraut.²⁹ Der Interessenkonflikt von Vorständen bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflichten durch Selbstkontrolle ist vorprogrammiert.

VIII. Fazit: Die Vorteile einer gesetzlichen Regelung der sechs Organisationspflichten

Bei einer gesetzlichen Regelung dagegen wären alle Unternehmen vom gleichen Compliance-Aufwand belastet, jeder Wettbewerbsvorsprung durch eingesparten Organisationsaufwand wäre ausgeschlossen und die Illusion, den Compliance-Aufwand einsparen zu können, weil eine D&O-Versicherung besteht, hätte keinerlei Grundlage. Die Rechtssicherheit zum Vorteil für alle Beteiligten, Geschäftsleiter, Investoren, Beauftragte würden erhöht und der Argumentationsaufwand würde auf den bloßen Hinweis auf die gesetzliche Pflicht zu einem Compliance-System mit sechs Organisationspflichten für alle beschränkt werden. Gesetzlich geregelt wäre als kodifizierte Rechtsprechung, was sowieso schon durch die verbindlichen höchstrichterlichen Urteile gilt, und von der DIN ISO 37301 als international geltender Sorgfaltsmaßstab für gute Unternehmensführung von Unternehmensvertretern freiwillig formuliert wurde und im Ergebnis das Leitungsermessen von Vorständen auf null reduziert.

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.

25 BGHZ 24, 1957, 200 – Presseangriff-Urteil.

26 FAS v. 27.12.2020, S.23 mit weiteren Hinweisen auf die Umfragen.

27 BT-Drs. 16/10067, S. 116.

28 BT-Drs. 9/21, S. 131.

29 Habersack, in: FS-Stilz, 2014, S. 192, 202, 203; Rack, CB 2017, 59.