

Die DIN ISO 37301:2020 als kodifizierte Rechtsprechung

Dr. Manfred Rack

Inhaltsverzeichnis	
1	Aufgaben, Sinn und Zweck der DIN ISO 37301:2020-04 als Regelwerk zur privaten Rechtsetzung
2	Compliance-Verstöße als Ursachen von aktuellen Unternehmenskrisen und Anlegerschäden
3	Unternehmensführung als wichtigster Grund für Investitionsentscheidungen von Profi-Anlegern nach der aktuellen ESG-Manager-Umfrage
4	Zwei neue Gesetze als Beleg für den Regelungsbedarf
5	Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG)
6	Offen gelassene Gesetzgebung im Verbandssanktionengesetz-E (VerSanGE) und im Finanzmarktintegritätsgesetz (FISG) als Einladung zur Selbstregulierung
7	Richterrecht mit faktischer Bindungswirkung als Grundlage zur Selbstregulierung der DIN Normen DIN ISO 19600 und 37301 zur Unternehmensführung
8	Die faktische Bindung der höchstrichterlichen Rechtsprechung
9	Die Legitimation der DIN ISO 19600 und der DIN ISO 37301 durch Einzelfallentscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unternehmensführung
1.1	Die Definition des Zwecks des Compliance-Managements-System (CMS)
1.2	Gesetzliche Regelung nach § 91 Abs. 2 AktG
1.3	Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems nach der Rechtsprechung
2.	Der Anwendungsbereich der DIN ISO 37301 nach Ziffer A1
2.1	Die Größe des Unternehmens entlastet nicht – das „Große Betriebsargument“ in der BGH-Rechtsprechung
10	Kommentar zu: „4. Kontexte Organisation“
11	Kommentar zu: „4.3. Festlegung des Anwendungsbereichs des Compliance-

	Managements-Systems“
12	Kommentar zu Anhang A.4.1: „Verstehen der Organisation und ihres Kontextes“
13	Das Informationsmanagement nach der Rechtsprechung vom RG und BGH
14	Die Organisationspflichten zur Risikoanalyse nach der Rechtsprechung
15	4.4 Compliance-Management-System nach DIN ISO 37301
16	Die Rechtsprechung zur Anordnung einer Unternehmensorganisation
17	„5. Führung“ (E DIN ISO 37301)
	<ul style="list-style-type: none"> • 5.1 Führung und Verpflichtung
	<ul style="list-style-type: none"> • 5.1.1 Oberstes Organ und Oberste Leitung
18	Kommentar zu: „5.3 Rollenverantwortlichkeit und Befugnisse nach E DIN ISO 37301“
19	Kommentar zu: „Die unzulänglich gesetzlich geregelte Delegationspflicht“
20	Allgemeine Delegationspflichten aus der Rechtsprechung
	<ul style="list-style-type: none"> • Die Delegation der Unternehmenspflichten je nach Pflichtenart
	<ul style="list-style-type: none"> • Die Delegation an Vorstände und Geschäftsführer
	<ul style="list-style-type: none"> • Die Delegation an Betriebsleiter und Abteilungsleiter
	<ul style="list-style-type: none"> • Delegation an Arbeitnehmer ohne Leitungsfunktion
	<ul style="list-style-type: none"> • Die Delegation der Pflichten an Beauftragte mit Stabsfunktion
21	Kommentar zu: „6.2 Compliance-Ziele und Planungen zu deren Erreichung nach E DIN ISO 37301“
22	Die Aktualisierungspflicht in der Organisation eines Unternehmens
23	Die Pflicht des Gesetzgebers zur sorgfältigen Prognose
24	Die Pflicht zur Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung und der Nachbesserung bei Fehlprognosen
25	Die Aktualisierung von Verkehrssicherungspflichten
26	Fazit
27	Anlage, A.6.2. Compliance-Ziele und Planungen zu deren Erreichung nach E DIN 37301

28	Kommentar zu: „6.4. Compliance-Risikobeurteilung“
29	„8.2 Entwicklung der Kontrollen und Verfahren“
30	Kommentar zu: „Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach der Rechtsprechung“
31	Dokumentierte Informationen nach E DIN ISO 37301 A.7.5
	<ul style="list-style-type: none"> • Hühnerpestentscheidung
	<ul style="list-style-type: none"> • Kupolofen-Urteil
	<ul style="list-style-type: none"> • Wissensaufspaltungsentscheidung
32	Die untergesetzlichen freiwilligen Regelungen zur Dokumentation

(1) Aufgaben, Sinn und Zweck der DIN ISO 37301:2020-04 als Regelwerk zur privaten Rechtsetzung

Nach der Einleitung zur DIN ISO 37301¹ ist ein effektives organisationsweites Compliance-Management-System Bedingung für den langfristigen Erfolg einer Organisation. Ein Compliance-Management-System dient der Erfüllung der Legalitätspflicht der obersten Organe und der obersten Leitung,² nämlich der Einhaltung relevanter Gesetze einschließlich legislativer Anforderungen, Industrievorschriften und Organisationsnormen sowie der Normen der guten Unternehmensführung. Mit dem Compliance-Management-System ist die Erfüllung der Legalitätspflicht zu beweisen. Von der Unternehmensleitung hängt es ab, Verstöße gegen Compliance-Verpflichtungen der Organisation zu vermeiden und zu minimieren.³

(2) Compliance-Verstöße als Ursachen von aktuellen Unternehmenskrisen und Anlegerschäden

Der Diesel-Skandal beruht auf einem Verstoß gegen das Verbot der Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007⁴. Die Aktionäre und Anleger haben durch die Diesel-Affäre etwa 30 Milliarden Kapital verloren. Die Kunden von VW haben mit Erfolg in 470.000 Einzelklagen Schadensersatz geltend gemacht. Der BGH hat bestätigt, dass Schadensersatzansprüche durch den Vorwurf der absichtlichen Schädigung nach § 826 BGB begründet sind. Die aktuelle Insolvenz von Wirecard hat die Anleger insgesamt um 12,4 Milliarden Euro geschädigt. Compliance dient im Ergebnis dem Anlegerschutz. Wer den Anlegerschutz vernachlässigt, riskiert Kapitalflucht. Unternehmensführungen, die das Vertrauen der Investoren in die Sicherheit ihrer Kapitalanlagen enttäuschen, schädigen den gesamten Industriestandort. Compliance-Management-Systeme garantieren die Regeltreue der Unternehmensführung.

¹ Einleitung, Seite 7 der DIN ISO 37301 v. April 2020.

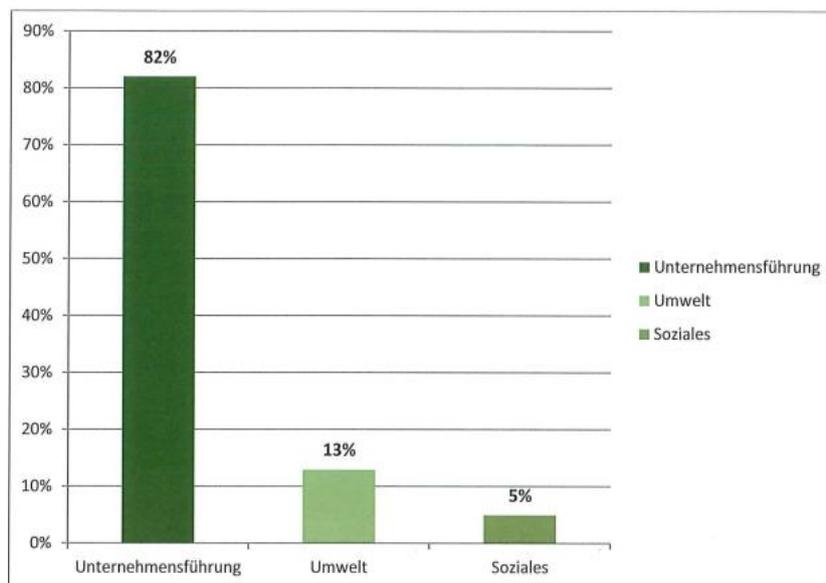
² Anhang A, A.1 Anwendungsbereich DIN ISO 37301.

³ Einleitung, 6. Absatz der DIN ISO 37301.

⁴ Gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Immission von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen.

(3) Unternehmensführung als wichtigster Grund für Investitionsentscheidungen von Profi-Anlegern nach der aktuellen ESG-Manager-Umfrage

Die jährliche Vermögensverwalter-Umfrage von Russell Investments ergab, dass für verantwortungsbewusstes Investieren gute Unternehmensführung mit 82 % neben Umwelt mit 13 % und Soziales mit 5 % der weitaus größte Einfluss hatte. Die Umfrageergebnisse zeigen, dass immer mehr Unternehmen zusätzlich ESG-Kennzahlen (environmental, governance, social) in ihren Anlageprozess einbeziehen. Die ESG-bezogenen Informationen durch Vermögensverwalter spielen insgesamt für Anlageentscheidungen eine wachsende Rolle.⁵ Diese Umfrage unter Profianlegern liefert ein Meinungsbild über die Wertschätzung der Unternehmensführung durch Anleger. Compliance gewinnt wegen des Anlegerschutzes an Gewicht.



(4) Zwei neue Gesetze als Beleg für den Regelungsbedarf – Verbandssanktionengesetz –

Der Gesetzgeber reagiert auf die Compliance-Krisen im Diesel-Skandal und bei Wirecard mit zwei Gesetzentwürfen, dem Verbandssanktionengesetz, das am 26.10.2020 in den Bundestag eingebracht wurde. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 VerSanGE sanktioniert das Verbandssanktionengesetz eine vorsätzliche Verbandstat mit mindestens 10.000 Euro und höchstens 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes und bei einer

⁵ 6. Oktober 2020, <https://russellinvestments.com/uk/blog/2020/esg-manager/survey>; FAS, 27.12.2020, S.33, Alles Öko, oder was?

fahrlässigen Verbandstat mit mindestens 5.000 Euro und höchstens 5 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes, bei einem Unternehmen mit einem durchschnittlichem Jahresumsatz von mehr als 100 Millionen Euro, wobei der weltweite Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre zählt. Diese deutlich erhöhten Sanktionen können nach § 15 Abs. 3 Ziffer 6 und 7 VerSanGE durch Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten zu Gunsten des Unternehmens vom Gericht berücksichtigt werden. Unter den Vorkehrungen werden alle Compliance-Maßnahmen verstanden, was aus der Gesetzesbegründung⁶ hervorgeht. Unter Compliance versteht der Gesetzentwurf alle Maßnahmen zur Gewährleistung von rechtmäßigem Verhalten aller Verbandsangehörigen im Hinblick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote.⁷ Der Gesetzentwurf folgt der Rechtsprechung des BGH im Panzerhaubitzen-Fall vom 9.5.2017.⁸ Offengelassen ist im Entwurf, durch welche Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten Sanktionen vermieden und gemildert werden können. Unberücksichtigt gelassen hat der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, wonach der Bürger erkennen können muss, welche Rechtsfolgen sich eventuell aus seinem Verhalten ergeben.

In der Gesetzesbegründung des Verbandssanktionengesetz soll ein Anreiz für Investitionen im Compliance geschaffen werden.⁹ Welche Vorkehrungen sanktionsmindernd oder sanktionsvermeidend sein können, lässt der Gesetzgeber offen und macht es abhängig vom jeweiligen Einzelfall, „von Art, Größe und Organisation eines Unternehmens, Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstands, Anzahl der Mitarbeiter, den zu beachtenden Vorschriften sowie dem Risiko ihrer Verletzung.“¹⁰

(5) Das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) macht ein Compliance-Management-System zur Pflicht nach § 93 Abs. 3 AktGE

Am 16. Dezember 2020 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) beschlossen. Der Referentenentwurf stammt vom 26. Oktober 2020 und wurde kaum geändert. Das erklärte Ziel des Gesetzes ist die Stärkung des Vertrauens in den deutschen

⁶ Begr. VerSanGE, S. 50.

⁷ Begründung VerSanGE, S. 55.

⁸ BGH 1 StR 265/16.

⁹ Begründung VerSanGE, S. 55 u. 79.

¹⁰ Begründung VerSanGE, S. 79.

Finanzmarkt. Dieses Ziel soll mit der Einführung einer gesetzlichen Pflicht zur Errichtung eines angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems sowie eines entsprechenden Risiko-Management-Systems für börsennotierte Aktiengesellschaften erreicht werden. Eingeführt wird ein neuer § 91 Abs. 3 AktG. Im Übrigen werden insgesamt 23 Gesetze geändert. Unter anderem wird in § 91 Abs. 3 AktG durch das FISG angefügt:

„(3) Der Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft hat darüber hinaus ein im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit die Risikolage des Unternehmens angemessen und wirksames internes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem einzurichten.“

Der Hinweis „darüber hinaus“ bezieht sich auf den bisherigen § 91 Abs. 2 AktG, wonach der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen hat, insbesondere ein Überwachungssystem einrichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Unter gefährdenden Entwicklungen sind Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften zu verstehen.¹¹

Bisher stand es im pflichtgemäßen Ermessens des Vorstands, ein umfassendes IKS- und/oder RMS nach den vorhandenen Bedürfnissen unter Berücksichtigung der Unternehmensstrategie, des Geschäftsumfanges und anderer wichtiger Wirtschaftlichkeits- und Effizienzgesichtspunkte einzurichten. Für Vorstände börsennotierter Gesellschaften besteht nach dem neuen § 91 Abs. 3 AktG-E die Pflicht, ein IKS- und RMS einzurichten und diese Pflicht wird Teil der die Vorstände treffenden Legalitätspflicht, sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass sämtliche Mitarbeiter sich ebenfalls legal verhalten und die Unternehmenspflichten einhalten. Den Vorständen steht nunmehr kein Beurteilungsspielraum mehr zu, ob sie ein Compliance-Management-System einführen. Nach der Regierungsbegründung verbleibt allerdings den Vorständen nur noch hinsichtlich des „wie“, der konkreten Ausgestaltung des IKS und RMS ein Ermessensspielraum. Allen Vorständen ist deshalb nach Inkrafttreten des FISG dringend zu empfehlen, zu ihrer eigenen Entlastung den Nachweis der Existenz eines IKS und RMS zu erbringen.

Offen lässt der Gesetzgeber die Ausgestaltung des Compliance-Management-Systems.

¹¹ BegRegE, KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15.

Kritisch anzumerken ist gegenüber dem Gesetzentwurf, dass gerade bei der Frage der Gestaltung des Compliance-Management-Systems erheblicher Regelungsbedarf besteht und das eingeräumte Ermessen eine Regelungslücke darstellt, die eine erhebliche Rechtsunsicherheit aber auch gleichzeitig eine Chance eröffnet, durch Selbstregulierung den Sorgfaltsmaßstab im Interesse der Unternehmen zu definieren.

(6) Offen gelassene Gesetzgebung im Verbandssanktionengesetz-E (VerSanGE) und im Finanzmarktintegritätsgesetz (FISG) als Einladung zur Selbstregulierung

Der Gesetzgeber des FISG regelt im Entwurf zu § 91 Abs. 3 AktG die Pflicht, ein „angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem einzurichten“. In § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanGE macht der Gesetzgeber die Bemessung der Verbandssanktionen von „vor und nach der Verbandstat getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten“ abhängig. Die Pflichten der Unternehmen regelt der Gesetzgeber in Generalklauseln als „ein Stück offengelassener Gesetzgebung“ mit Delegationsfunktion. Kritisch lässt sich diese Art der Regelung auch als Flucht in die Generalklausel beschreiben.¹² Nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts müsste den verfassungsmäßigen Gesetzgebungsorganen, dem Parlament, die Normsetzung vorbehalten bleiben. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.¹³

Der Gesetzgeber ist allerdings zur Regelung von konkreten Risiken in Unternehmen immer weniger in der Lage, weil ihm das überlegene Wissen und die Erfahrung beim Erfassen und bei der Abwendung von Risiken in der Unternehmenspraxis fehlt. Allgemein anerkannt ist, dass mit Generalklauseln Gesetzgeber die Normsetzung an Gerichte delegiert. Damit verbleibt allerdings eine erhebliche Rechtsunsicherheit, weil die von Generalklauseln betroffenen Normadressaten bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung im Unklaren bleiben, was der Gesetzgeber an Vorkehrungen von Unternehmen

¹² Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, 2019, S. 256, § 7 Anm. 9.

¹³ BVerfGE 49, 86 (126) (Kalkar); BVerfGE 61, 260 (275); BVerfGE 77, 170 (230); Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Auflage, Anm. 254 zur Wesentlichkeitstheorie.

erwartet, um die drastischen Sanktionen zu vermeiden oder zu mildern.

Offen lässt der Gesetzgeber zu § 91 Abs. 3 AktG, wie ein angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem und ein Risiko-Management-System auszugestaltet sind, um Schadensersatzansprüche wegen Organisationsverschuldens nach § 93 AktG zu vermeiden.

(7) Richterrecht mit faktischer Bindungswirkung als Grundlage zur Selbstregulierung der DIN Normen DIN ISO 19600 und 37301 zur Unternehmensführung

Gesetzgeber reagieren auf die Rechtsprechung, indem sie sie in Gesetzesform übernehmen. Ergibt sich die Rechtslösung der Rechtsprechung direkt aus dem Gesetz, erübrigt sich die Diskussion darüber, ob Einzelfallentscheidungen des BGH die gleiche Bindungswirkung haben wie eine gesetzliche Regelung. Wie der parlamentarische Gesetzgeber, so könnte auch die Rechtsprechung im Rahmen einer privaten Rechtssetzung in DIN Normen übernommen werden und die für DIN Normen typische Indizwirkung entfalten. Die Rechtsprechung aus Einzelfallentscheidungen würde dadurch verallgemeinert, systematisiert und durch die Selbstregulierung eine höhere Bindungswirkung erzeugen.

Der Gesetzgeber könnte durch die Selbstregulierung in DIN Normen angeregt werden, durch Bezugnahme auf Regelungen der DIN Normen ihnen den Rang von Gesetzen zu verleihen. Die DIN Normen 19600 als auch 37301 würden vom Gesetzgeber durch den Bezug im Gesetz für allgemeinverbindlich erklärt werden und damit zur primären Rechtsquelle hochgestuft. Repräsentative Experten aus dem Kreis der Normadressaten hätten den eigenen Sorgfaltsmaßstab formuliert. Der Gesetzgeber könnte nach einem solchen Verfahren sicher sein, dass mit breiter Akzeptanz zu rechnen ist.

Werden DIN Normen zur Unternehmensführung mit den Pflichten aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unternehmensführung begründet, erleichtert die Bezugnahme auf die Rechtsprechung die Überzeugung und Akzeptanz der betroffenen Normadressaten aus Kreisen der Unternehmensführung. Argumentiert werden kann, dass die DIN Normen nach 37301 zur Unternehmensführung keine neue Mehrbelastung durch Pflichten darstellt, weil sich die Pflichten schon aus der Bindungswirkung des verbindlichen Richterrechts ergeben. Mit der DIN-Normen

37301 würde lediglich die Vielzahl der Einzelfallentscheidungen zur Unternehmensführung systematisch zusammengefasst. Aus den Einzelfallentscheidungen würden Regelfallentscheidungen entstehen. Die Einzelfallentscheidungen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unternehmensführung und zum Organisationsrecht würden lediglich verallgemeinert.

Nach den Einsichten der Reaktanztheorie muss regelmäßig mit Widerstand gegen jede Regelung gerechnet werden, die Handlungsspielräume einschränkt.¹⁴ Pflichten zur Unternehmensführung schränken Handlungsalternativen von Vorständen und Geschäftsführern ein und rufen reflexartig Widerstände hervor. Der zu erwartende Widerstand lässt sich leichter mit dem Argument überwinden, dass die Regelungen der DIN Normen sich schon aus der verbindlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung ergeben. Es handelt sich um eine Sowiesobelastung, die sich aus dem systematischen Zusammenhang der DIN Normen ergibt. Aus einer Kette von mühsam immer wieder aufs Neue zu recherchierenden Einzelfallentscheidungen des BGH. Eine DIN Norm bietet mehr Rechtsklarheit als eine Kette von Einzelentscheidungen des BGH, die für juristische Laien kaum zugänglich sind. Die Normadressaten der DIN Norm würden sich durch die Selbstregulierung einer Bindung unterwerfen, an die sie sowieso schon durch die Rechtsprechung faktisch gebunden sind.

(8) Die faktische Bindung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Richterrecht galt bisher als unverbindliche Rechtserkenntnisquelle, die wie die private Normsetzung in DIN Norm eine geringere Verbindlichkeit als Gesetze haben sollen. Die sechs Organisationspflichten die sich aus den DIN Normen, insbesondere der DIN ISO 19600 entnehmen lassen, finden sich ebenfalls als Grundstruktur in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Bisher wurden zwar Rechtsquellen eng definiert. Als Rechtsquelle wurden bisher nur Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen anerkannt, die als primäre Rechtsquellen bezeichnet werden. Höchststrichterliche Urteile galten als Richterrecht, als unverbindliche Rechtserkenntnisquellen, die wie die private Normsetzung in DIN Normen eine geringere Verbindlichkeit als Gesetze haben sollen. Diese bisherige

¹⁴ Rack, Compliance Berater 10/ 2020, Die psychologische Erklärung des Widerstands gegen Compliance-Systeme durch die Reaktanztheorie, S. 379.

Zweiteilung in zwingendes und nicht zwingendes Recht, in Rechtsquellen und bloße Rechtserkenntnisquellen wird zunehmend aufgegeben. Urteile des BGH, insbesondere die Grundsatzentscheidung, sind nämlich faktisch verbindlich. Dies ergibt sich aus den Prozessordnungen. Untere Gerichte sind regelmäßig an die Urteile höherer Gerichte und diese an ihrer früheren Rechtsprechung gebunden. Rein faktisch zitiert die höchstrichterliche Rechtsprechung in über 90 % aller Entscheidungen ihre eigenen Urteile. Die unteren Gerichte sind nach ihren Prozessordnungen zur Vorlage bei oberen Gerichten verpflichtet, wenn sie von BGH-Urteilen abweichen, das instanzliche Urteil aufgehoben wird und die Sache mit entsprechenden inhaltlichen Vorgaben zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen wird (§ 563 Abs. 2 ZPO). Ein Oberlandesgericht in Strafsachen hat eine Vorlagepflicht zum Bundesgerichtshof, wenn es von der Entscheidung eines anderen OLG oder des Bundesgerichtshofs abweichen will (§ 121 Abs. 2 GVG). Gerichte der zweiten Instanz müssen die Revision zu den obersten Bundesgerichten immer dann zulassen, wenn es von einer Entscheidung der obersten Bundesgerichte desselben Gerichtszweigs abweicht.¹⁵ Diese Prozessvorschriften führen zu einer faktischen Bindung an die Rechtsprechung des BGH. Die Rechtskraft höchstrichterlicher Entscheidungen ist stärker als die Gesetzeskraft, als das geltende Gesetz.¹⁶ Höchstrichterliche Entscheidungen haben gesetzähnliche Wirkung auf alle gleichgelagerten Fallgruppen und damit auf Gesellschaft und Staat.¹⁷ Gerichtsurteile enthalten konkrete Entscheidungen zwischen Parteien, während Gesetze abstrakt – generelle Regelung darstellen und im konkreten Fall keine Bindung auslösen. Die Prozessordnung sichert durch diese Verfahrensregeln eine einheitliche Rechtsprechung. Deshalb sind alle Gerichtsurteile zum Organisationsverschulden und zu Organisationspflichten für die Praxis der Unternehmensführung verbindlich. Weichen Unternehmen von der Rechtsprechung ab und kommt es zum Schaden, können die Geschädigten sich auf die Rechtsprechung und die Verletzung der jeweiligen Organisationspflicht berufen. Vorstände und Geschäftsführern ist deshalb zu empfehlen, wenn sie die Rechtslage nicht verkennen wollen, die Organisationspflichten aus der BGH-Rechtsprechung einzuhalten. Die DIN ISO 19600 enthält unter 4.5.1, die Empfehlung, Urteile und Bescheide von Gerichten oder

¹⁵ § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO; § 132 Abs. 2 Nr. 2 VWGO; § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG.

¹⁶ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Auflage, Anm. 248.

¹⁷ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Auflage, Anm. 244.

Verwaltungsbehörden als bindende Verpflichtungen zu beachten.

Es gibt zwar keine formelle Bindung an Präjudizien der Obergerichte, im Einzelnen sorgen aber die Verfahrensrecht aller Gerichtszweige dafür, dass die Instanzgerichte von Entscheidungen der obersten Bundesgerichte oder anderer letztinstanzlicher Gerichte möglichst wenig abweichen.

(9) Die Legitimation der DIN ISO 19600 und der DIN ISO 37301 durch Einzelfallentscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unternehmensführung

Die Aufgabenstruktur von Compliance-Management-Systemen in der DIN ISO 37301:2020-04

1.1. Die Definition des Zwecks des Compliance-Managements-System (CMS)

Ein effektives organisationsweites Compliance-Managementsystem ermöglicht es einer Organisation, ihre Verpflichtung zur Einhaltung relevanter Gesetze einschließlich legislativer Anforderungen, Industrievorschriften und Organisationsnormen sowie der Normen der guten Unternehmensführung, besten Praktiken, ethischen Grundsätze und Erwartungen der Gesellschaft zu beweisen.

Damit ist der Zweck eines effektiven Compliance-Management-Systems definiert, nämlich die Einhaltung von Gesetzen und der entsprechende Beweis. Verstöße gegen Complianceverpflichtungen der Organisationen sind zu vermeiden.

1.2. Gesetzliche Regelung nach § 91 Abs. 2 AktG

Für Aktiengesellschaften wird aus der Organisationspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG eine Früherkennungspflicht bestandsgefährdender Entwicklungen begründet. Nach der Gesetzesbegründung gehören dazu Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften.¹⁸ Nach dem am 16.12.2020 von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) soll § 91 um den Absatz 3 erweitert werden. Danach hat der Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft

¹⁸ BegRegE, KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 15.

„darüber hinaus einen im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem einzurichten.“

Damit wird nach der Gesetzesbegründung zu Artikel 15 (Änderung des Aktiengesetzes) ausdrücklich *„eine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung sowohl eines angemessenen und wirksamen internen Kontrollsystems als auch eines entsprechenden Risikomanagementsystems für börsennotierte Aktiengesellschaft festgelegt. Auch wenn es sich um eine neue gesetzliche Pflicht handelt, ist – vor dem Hintergrund der sich aus dem § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ergebenden Organisationspflichten der Vorstandsmitglieder – bereits nach geltendem Recht davon auszugehen, dass diese Pflichten insbesondere bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften im Regelfall die Einrichtung von Kontroll-Risikomanagementsystem verlangen. Die gesetzliche Festlegung der Pflicht zur Einrichtung der beiden Systeme soll deren Bedeutung insbesondere für die hier erfassten Unternehmen unterstreichen. Dennoch wird hierdurch die Rechtslage für diejenigen Aktiengesellschaften nicht geändert oder abgeschwächt, die der neuen Regelungen nicht unterfallen. Für die Vorstandsmitglieder nicht börsennotierter Unternehmen kann die Pflicht zur Einrichtung entsprechender Systeme weiterhin aus der sie treffenden Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 AktG folgen. Die Entscheidung, Risikomanagement- oder interne Kontrollsysteme einzuführen, steht bei diesen Unternehmen also weiterhin im Leitungsermessen des Vorstands. Dieses Leitungsermessen wird für börsennotierte Unternehmen insoweit eingeschränkt, dass sie im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessene und wirksame interne Kontrollsysteme und Risikomanagementsysteme verpflichtet werden sollen; einzig die Frage der konkreten Ausgestaltung und angemessener und wirksamer interner Kontrollsysteme und Risikomanagementsysteme im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens steht im Leitungsermessen des Vorstands börsennotierter Unternehmen. „Wirksam“ im Sinne der Vorschrift ist ein System vielmehr bereits dann, wenn es zur Aufdeckung, Steuerung und Bewältigung aller wesentlichen Risiken geeignet ist. Für Vorstände aller Gesellschaften, börsennotierter wie nicht börsennotierter, bleibt es bei der Pflicht aus § 91 Abs. 2 AktG. Lediglich für die Vorstände börsennotierter Gesellschaften wird eine*

zusätzliche Pflicht zur Einrichtung eines umfassenden Risikomanagementsystems geschaffen.

Klarstellend stellt die Gesetzesbegründung fest, dass mit der Erfüllung der Pflicht nach § 91 Abs. 3 AktGE in der Regel auch die Pflicht aus § 91 Abs. 2 AktG erfüllt ist. Ein System deckt beide Pflichten ab.

Festzuhalten bleibt, dass mit dem Compliance-Management-System auf jeden Fall die im Unternehmen einschlägigen gesetzlichen Vorschriften einzuhalten und zu beweisen sind. Nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG trifft die Geschäftsleiter die Beweislast.

Die Definition des Zwecks nach DIN ISO 37301 entspricht somit der bisherigen Gesetzeslage.

1.3. Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems nach der Rechtsprechung

Zuletzt hat der BGH in seiner Panzerhaubitzen-Entscheidung die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems bejaht.¹⁹ In weiteren vier Entscheidungen der Instanzgerichte wurden Schadensersatzansprüche mit dem Unterlassen eines Compliance-Management-Systems begründet.²⁰

Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass zur Einrichtung eines Compliance-Managements-Systems bei rechtlich gebundenen Entscheidungen Vorständen kein Beurteilungsspielraum zusteht.²¹ Die Frage, ob eine unternehmerische Entscheidung vorliegt, die im unternehmerischen Ermessen des Vorstands steht setzt nämlich die Prüfung der Vorfrage voraus, ob es sich um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt, bei der dem Vorstand kein Ermessen zusteht.²² Entscheidungen des Vorstands sind also entweder rechtlich gebundene Entscheidungen ohne Ermessen oder unternehmerische Ermessen mit unternehmerischem Ermessen.

2. Der Anwendungsbereich der DIN ISO 37301 nach Ziffer A1

¹⁹ BGH-Urteil v. 9.5.2017 – I StR 265/16 (Panzerhaubitzenfall).

²⁰ LG München, Urteil v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (Neubürger-Urteil); LAG Düsseldorf, Urteil v. 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 (Schienenkartell-Urteil); ArbG Frankfurt, Urteil v. 11.9.2013 – 9 Ca 1541/13 (Libor-Manipulation); BGH-Urteil v. 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958 Rn. 22 (unternehmenszweckwidrige Derivatgeschäfte).

²¹ BegRegE, BT-Drs. 15/5092, S. 11.

²² Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz Kommentar, 3. Auflage, § 93 Anm. 69.

Die DIN ISO 37301:2020-04 gilt für alle Arten von Organisationen ungeachtet der Art, der Größe und der Natur der Aktivität und unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche, private oder gemeinnützige Organisation handelt.

2.1. Die Größe des Unternehmens entlastet nicht – das „Großbetriebs-Argument“ in der BGH-Rechtsprechung

Auch mit der Größe und Unübersichtlichkeit eines Unternehmens kann sich ein Organ nicht entlasten.²³ Erlaubt es die Größe des Betriebes dem Geschäftsherrn nicht, seine Angestellten alle persönlich auszuwählen und zu überwachen, muss er diese Aufgaben der Auswahl und Aufsicht einer Aufsichtsperson übertragen. Entlasten kann er sich für die Aufsichtsperson, die er wiederum im Rahmen seiner nicht delegierbaren Oberaufsicht überwachen muss. Seit dem Kutscher-Urteil von 1911²⁴ gilt der dezentralisierte Entlastungsbeweis. Der Geschäftsherr muss eine allgemeine Aufsichtsorganisation anordnen und die praktische Aufsicht an die Aufsichtspersonen delegieren.

Im Neuzement-Urteil von 1913²⁵ bestätigt das Reichsgericht seine Rechtsprechung, dass die Größe einer Organisation wie die einer städtischen Verwaltung nicht von einer Kontrollpflicht und von der erforderlichen Sorgfalt entlastet. Vielmehr ist die Kontrollpflicht umso sorgfältiger zu wahren, je größer die Organisation ist.

Fortgesetzt wird diese Rechtsprechung, dass die Größe eines Betriebes nicht vor einer Haftung schützt, vor allem im Zinkdach-Urteil²⁶ von 1953 und im Bleiwaggon-Urteil²⁷ von 1955. Danach wächst der Umfang der Aufsichtspflichten mit dem Ausmaß der Risikolage. Je größer der Betrieb, umso höher sind die Organisationsrisiken. Mit steigender Komplexität des Großbetriebs steigt gestaffelt auch das Organisationsrisiko und damit im gleichen Umfang auch der notwendige Organisationsaufwand.

Würde man mit wachsender Betriebsgröße geringere Organisationsanstrengungen verlangen, könnten

²³ RG vom 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759 (Warenhaus-Urteil).

²⁴ RG, Urt. v. 14.12.1911 (Az. VI 75/11)

²⁵ RG, Urt. v. 28.11.1919 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 (Neuzement-Urteil).

²⁶ BGH, Urt. v. 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 (Zinkdach-Urteil).

²⁷ BGH, Urt. vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 (Bleiwaggon-Urteil).

Unternehmen ihrer Haftung entgehen, indem sie ihre Betriebe vergrößern und bewusst unübersichtlich lassen.

Die Regelung im Anwendungsbereich der DIN ISO 37301 zu Art und Größe des Betriebs entspricht somit der ständigen Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH.

(10) Kommentar zu: „4 Kontexte Organisation“²⁸

Für kleine Unternehmen gilt § 831 BGB, wonach der Geschäftsherr nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er seinen Verrichtungsgehilfen bei der Beaufsichtigung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Er kann sich exkulpieren und den Entlastungsbeweis mit der Erfüllung seiner Kontrollpflichten führen. Der Geschäftsherr trägt für die Aufsichtsorganisation die Beweislast. Die Anforderungen der DIN ISO 37301 gelten für die obersten Organe und die oberste Leitung, falls ein oberstes Organ als separate Funktion nicht existiert. Zum Anwendungsbereich ist die Abgrenzung zur geltenden DIN ISO 19600 zu erwähnen. Wie die DIN ISO 37301 richtet sich auch die DIN ISO 19600 an Führungskräfte von Unternehmen mit dem Unterschied, dass die DIN ISO 19600 als Empfehlung konzipiert ist, während die DIN ISO 37301 als Muss-Vorschrift ausgestaltet ist. Dadurch wird die DIN ISO 37301 zertifizierungsfähig.

(11) Kommentar zu: „4.3. Festlegung des Anwendungsbereichs des Compliance-Managements-Systems“²⁹

Nach DIN ISO 37301 die Organisation muss die „Haupt-Compliance-Risiken der Organisation klären. Sie bestehen aus

- erstens der Unkenntnis über die einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen und über die Unkenntnis der durch die Rechtspflichten abzuwendenden Risiken im Unternehmen.
- zweitens aus der Zuständigkeitslücken durch unterlassene Delegation der Pflichten auf Mitarbeiter des Unternehmens
- drittens aus der Untätigkeit und dem Unterlassen von Pflichterfüllungen

²⁸ Compliance-Management-System, Anforderungen mit Anleitung zur Anwendung DIN ISO 37301:2020 vom April 2020, S. 13.

²⁹ Entwurf DIN ISO 37301:2020, S. 14.

- viertens aus Lücken bei der Kontrolle der Pflichterfüllungen
- fünftens aus Lücken der Dokumentation.

(12) Kommentar zu Anhang A.4.1: „Verstehen der Organisation und ihres Kontextes“

Die DIN ISO 37301 thematisiert in diesem Abschnitt das Informationsmanagement.

*„Bei diesem Prozess geht es darum, **alles zu prüfen, was sie über ihre Organisation wissen: was sie wo, wann und warum tut.** Anschließend führen sie eine externe und interne Beurteilung der Hauptfaktoren durch, die ihre Organisation im Hinblick auf ihre Complianceverpflichtung beeinflussen können. Die offensichtlichsten Faktoren sind die gesetzlichen und regulatorischen Kontexte des Betriebs ihrer Organisation. Risiken können aber auch durch andere Faktoren entstehen, wie in dieser Norm angedeutet. Ihre Organisation sollte darüber hinaus relevante zukünftige Entwicklungen mit möglichen Auswirkungen berücksichtigen.“*

Kommentar: Die Pflicht alles zu prüfen, was die Organisation wo, wann und warum tut, entspricht der Rechtsprechung zum Informationsmanagement.³⁰

(13) Das Informationsmanagement nach der Rechtsprechung von RG und BGH

Geschäftsführer einer GmbH und Vorstände einer Aktiengesellschaft haben „in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen.“³¹ Seit über 100 Jahren verpflichtet die höchstrichterliche Rechtsprechung Organe zur Informationsbeschaffung im Unternehmen.³² Zu ihrer Entlastung können sich Vorstände

³⁰ BGH, Urteil v. 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 (Scheckinkasso); BGH, Urteil v. 02.02.1996 – Az. V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 36 (Wissensaufspaltung).

³¹ BGH-Urteil v. 14.07.2008 – II ZR 202/07, Leitsatz a); BGH-Urteil v. 18.06.2013 – II ZR 86/11, BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253; Goette, Festschrift 50 Jahre BGH, S. 123, 140.

³² OLG Stuttgart, 29.2.2012 – 20 U 3/11, zur „Sardinien-Äußerung“ eines Aufsichtsrats, ZIP 2012, 625–636, bestätigt durch BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12, NZG 2013, 339; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand); RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107,

und Geschäftsführer nicht auf Unkenntnis berufen. Im Strafrecht schützt Unkenntnis nicht vor Strafe. Der Verbotsirrtum nach § 17 StGB ist zu vermeiden. Vorstände verkennen ihre Informationspflichten.³³ Die Organisationspflicht zum Informationsmanagement ist in der Grundsatz-Entscheidung des BGH vom 2.2.1996 konkretisiert. Unternehmen werden als juristische Personen organisiert und sind nicht wissensfähig. Die Arbeitsteilung in Unternehmen führt zu geteiltem Wissen, zur Wissensaufspaltung. Das Risiko der Wissensaufspaltung und der Kenntnislücken der Unternehmensmitarbeiter ist durch die Organisationspflicht zum **Speichern** rechtserheblicher Informationen im Unternehmen, zum **Weiterleiten** an Verantwortliche und zum **Abfragen** verpflichtet. Juristischen Personen wird nicht das persönliche „präsen- te Wissen von Mitarbeitern“³⁴, sondern das „typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen“³⁵ zugerechnet. Das Aktenwissen eines Unternehmens und seine Nutzung steht nicht „im Belieben“ des Unternehmens.³⁶ Nach dieser Rechtsprechung bleibt Unternehmen nur die Wahl, entweder Informationen im Unternehmen nach den Vorgaben des BGH zu organisieren, zu dokumentieren, weiterzuleiten und abzufragen oder sich fiktives Wissen zum eigenen Nachteil durch Gerichte unterstellen zu lassen.³⁷ Der BGH verlangt ein digitales Gedächtnis eines Unternehmens und stellt juristische mit natürlichen Personen gleich.

Wenn in A.4.1. die DIN ISO 37301 darauf hinweist, dass Risiken aber auch durch andere Faktoren entstehen, wie in dieser Norm angedeutet, sollte die Organisation darüber hinaus relevante zukünftige Entwicklungen mit möglichen Auswirkungen berücksichtigen, entspricht diese Empfehlung der Rechtsprechung des BGH zum Kupolofen-Fall. Gesetzlich nicht geregelte Risiken sind von demjenigen zu erfassen, der die Risikoquelle eröffnet hat, sie beherrschen kann und davon profitiert.

Kutscher-Urteil; RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50, Neuzement-Urteil; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651, Kleinbahn-Urteil; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104, Gießerei-Urteil; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455, Propagandisten-Urteil; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313, Tiefbau-Unternehmer-Urteil.

³³ VG Frankfurt, Urteil v. 8.7.2004 – I E 7363/03, Stille Lasten oder ungeeignete Vorstand.

³⁴ BGH-Urteil v. 15.04.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 206.

³⁵ BGH-Urteil v. 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 35 (Wissensaufspaltung).

³⁶ BGH-Urteil v. 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 36 (Wissensaufspaltung).

³⁷ BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143 ff., BB 1984, 1970 (Kupolofen-Entscheidung).

(14) Die Organisationspflichten zur Risikoanalyse nach der Rechtsprechung

Risiken sind als Schadensprognosen zu verstehen und sind durch Rechtspflichten abzuwenden. Jede Rechtspflicht hat den Zweck, ein Risiko präventiv zu vermeiden, damit kein Schaden eintritt. Legales Verhalten setzt die Kenntnis der Rechtspflichten voraus. Wenn Rechtspflichten der Abwehr von Risiken dienen, ist die Risikoanalyse als Vorfrage zu klären. Wer kein Risiko annimmt, hat auch keinen Anlass, eine Rechtspflicht zu ermitteln. Dies gilt sowohl für Verkehrssicherungspflichten, bei denen der Verpflichtete als Inhaber der Risikoquelle das Risiko erfassen und abwenden muss. Das Gleiche gilt aber auch für Risikoanalysen, die der Ermittlung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht vorgehen müssen. Bei der Rechtsprechung zu Verkehrssicherungspflichten ergeben sich aus Einzelfallentscheidungen konkrete Pflichten zur Risikoanalyse. Jeder der im Folgenden aufgelisteten Pflichten zur Risikoanalyse liegt eine Einzelfallentscheidung zu Grunde. Würde sich der gleiche Fall wiederholen und das schon einmal entschiedene Risiko nicht abgewendet, würde die Verkehrssicherungspflicht und die Haftung für ihre Verletzung mit dem entschiedenen Fall der Rechtsprechung begründet. Sollen Wiederholungsfälle vermieden werden, sind die Pflichten zur Risikoanalyse und zur Risikoabwehr aus der Rechtsprechung zu beachten. Fünfzehn Verkehrssicherungspflichten lassen sich unterscheiden, deren Verletzung die Haftung wegen Organisationsverschuldens nach sich ziehen kann.

- **Erstens** sind Vorstände danach verpflichtet, sich aktiv Informationen über Risikofaktoren durch Meldesysteme selbst zu beschaffen, auch bei latenten und nicht offensichtlichen Risikofaktoren, die auf Grund von Erfahrung auf drohende Schäden schließen lassen.³⁸
- **Zweitens** sind alle Risiken und Gefahrenquellen im Unternehmen zu erfassen, und zwar unverzüglich, sobald ein Indiz auf einen drohenden Schadensverlauf schließen lässt.³⁹
- **Drittens** sind die Betriebsgröße und die Unübersichtlichkeit eines Unternehmens als besonderes Risiko zu erfassen.⁴⁰

³⁸ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); seitdem gilt die Informationsbeschaffungspflicht als ständige Rechtsprechung.

³⁹ RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil).

⁴⁰ BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).

- **Viertens** sind immer alle Erfahrungen heranzuziehen, die eine Schadensprognose rechtfertigen.⁴¹
- **Fünftens** kann für die Annahme von Risiken auf die allgemeine Lebenserfahrung als Erkenntnisquelle zurückgegriffen werden. Alle Erfahrungen aus dem regelmäßigen und gewöhnlichen Verlauf der Dinge sind heranzuziehen.⁴²
- **Sechstens** müssen die Größe eines Betriebes und der Massenverkehr an sich als Risiko gelten.⁴³
- **Siebtens** sind Risiken bei drohenden Schäden auch für immaterielle Rechtsgüter, wie Reputation, Image und Kreditwürdigkeit zu berücksichtigen.⁴⁴
- **Achtens** ist mit dem Risiko kriminellen Fehlverhaltens in Großbetrieben auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung immer zu rechnen.⁴⁵
- **Neuntens** sind zur Risikoanalyse Gebrauchsanweisungen auf Hinweise zu denkbaren Schadensverläufen zu berücksichtigen.⁴⁶
- **Zehntens** sind die Erfahrungen aus Herstellerhinweisen zu berücksichtigen.⁴⁷
- **Elftens** sind bei fehlenden Fachkenntnissen externe Experten zur Ermittlung aller Erfahrungen heranzuziehen, wenn Fachkenntnisse und fachliche Erfahrungen fehlen.⁴⁸
- **Zwölftens** setzt die Risikofrüherkennungspflicht nicht erst dann ein, wenn Missstände bekannt sind und öffentlich erörtert werden.⁴⁹ Auch bei latenten, nicht offensichtlichen

⁴¹ BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil).

⁴² BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).

⁴³ BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).

⁴⁴ BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).

⁴⁵ Seit BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil), und BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).

⁴⁶ BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil)

⁴⁷ BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).

⁴⁸ RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil); In den Fußnoten 17, 20, 21, 22, 23, 25, 27 zitierten Fällen wurde über ein latentes Risiko entschieden, und ohne erkennbares äußeres Indiz auf einen drohenden Schaden geschlossen. In den Fußnoten 18, 19, 24, 26, 28, 29 zitierten Fällen wurde über ein Risiko mit erkennbaren Indizien entschieden, die ein Schluss auf einen drohenden Schaden zuließen.

⁴⁹ RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil).

und versteckten Risikofaktoren besteht die Pflicht zur Risikofrüherkennung.⁵⁰

- **Dreizehtens** ist bei der Risikoanalyse nach der Merck-Entscheidung des OLG Frankfurt⁵¹ zu beachten, dass Prognosen als Mittel zur Selbstkontrolle und nicht zur Wahrheitsfindung zu verstehen sind. Prognosen sind danach zu beurteilen, ob die Erwartungen an den tatsächlichen Erfahrungen gescheitert sind und nicht bestätigt wurden. Dann wäre die Prognose falsifiziert und würde durch den widerlegten Erfahrungssatz ihre Geltung verlieren.
- **Vierzehntens** lässt sich aus der IKB-Entscheidung⁵² zur Konkretisierung der Risikoanalysepflicht entnehmen, dass ein Geschäftsleiter einer Bank zur eigenen Risikoanalyse verpflichtet ist und sich nicht auf Bewertungen aus zweiter Hand beschränken und insbesondere nicht die Bewertungen von Rating-Agenturen blind übernehmen darf. Außerdem hat er Warnungen zu berücksichtigen, die konkurrierende Prognosen zum Ausdruck bringen und dass konkurrierende Prognosen einem Auswahlverfahren zu unterziehen sind, um die Geltung der jeweiligen Prognose zu ermitteln. Das angemessene Verfahren ist die Falsifikation, nämlich die Erwartungen an künftige Geschehensabläufe möglichst zeitnah an den tatsächlichen beobachteten Geschehensabläufen zu messen. Die Pflicht zur Risikoanalyse umfasst die Pflicht zur eigenen Informationsbeschaffung und die Pflicht, alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen und sich eine eigene Meinung z. B. über Risiken von Banken wie Ausfallrisiken, Qualitätsrisiken, Marktrisiken und Klumpenrisiken zu bilden. Die Risikoanalyse umfasst die Frage, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar ist und zwar im Zeitpunkt der Entscheidung, noch bevor ein Schaden eingetreten ist. Die Fälle mit latentem Risiko⁵³ zeigen

⁵⁰ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 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 (Besitzdiener-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, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, (Kfz-Werkstatt-Urteil).

⁵¹ OLG Frankfurt, 24.11.2009 – WpÜG 11, 12/09, BB 2010, 111, NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung).

⁵² OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB).

⁵³ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 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 (Besitzdiener-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,

deutlich, dass ein Risiko nicht erkennbar, sondern nur denkbar ist. Risiken kann man nicht erkennen, vielmehr muss man sie sich denken. Bei latenten Risikofaktoren ist v. a. die Risikofantasie gefragt und die Erfahrung über schon bekannte Schadensverläufe. Risiken sind keine Fakten, sondern Fiktionen.⁵⁴ Die Annahme eines Risikos ist danach nicht das Ergebnis eines Erkenntnisverfahrens, sondern eines Entscheidungsverfahrens, wobei mehrere Möglichkeiten eines Schadensverlaufs alternativ angenommen werden müssen und die Wahl zwischen einer der Alternativen im Wege einer Entscheidung zu treffen ist und schließlich als Risiko angenommen werden muss.

Die IKB-Entscheidung verweist auch darauf, bei der Risikoanalyse Rechtsrisiken als Ausfallrisiken mit zu berücksichtigen. Schwache Sicherheiten von verbrieften Forderungen können zum Ausfall führen. Liegen zu Prognosen keine Erfahrungssätze vor, was z. B. immer bei Produktinnovationen der Fall ist, sind die zu Grunde liegenden Prognosen zeitnah Widerlegungsversuchen auszusetzen, um sich so früh wie möglich Klarheit darüber zu verschaffen, ob ein Erfahrungssatz gilt oder ob er widerlegt ist und die entsprechende Prognose korrigiert werden muss. Die hypothekenbesicherten Wertpapiere galten als Finanzinnovationen, zu deren Ausfallrisiken es keine Erfahrungen gab.

- **Fünftehtens**, hat der BGH in seinem ISION-Urteil zur Erfassung von Rechtsrisiken die Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern bei fehlender eigener Rechtskenntnis konkretisiert. Vorstandsmitglieder müssen für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn sie bei ihrer Entscheidung schuldhaft gehandelt haben. Ein Schuldner trifft grundsätzlich das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.⁵⁵ Vorstände sind verpflichtet, grundsätzlich bei fehlender eigener Sachkunde Expertenrat einzuholen.⁵⁶ Zur Vermeidung eines verschuldeten Rechtsirrtums muss ein Vorstand erstens die Rechtslage sorgfältig prüfen, zweitens soweit erforderlich, Rechtsrat einholen, drittens die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten, viertens den Sachverhalt und die erforderlichen Unterlagen offenlegen, fünftens sich von einem unabhängigen, für die

20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).

⁵⁴ Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 28; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 297; Di Fabio, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994, S. 53; Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2000, S. 159; der Risikobegriff des Soziologen Ulrich Beck wird von Juristen rezipiert, insbes. beschreiben Di Fabio und Calliess in welchem Umfang der Risikobegriff, v. a. in das Verwaltungsrecht, eingeführt wurde, insbes. auch in Abgrenzung zum Begriff der Gefahr.

⁵⁵ BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960, Rn. 16 (ISION-Urteil).

⁵⁶ RG, 27.11.1916 – VI 275/16 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil).

zu klärende Frage fachlich qualifizierten Rechtsanwalt beraten lassen und sechstens die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen persönlichen Plausibilitätskontrolle unterziehen.⁵⁷

(15) 4.4 Compliance-Management-System nach DIN ISO 37301

Unter 4.4 muss die Organisation ein CMS aufbauen, bewerten, implementieren, aufrechterhalten und fortlaufend verbessern einschließlich der benötigten Prozesse und ihrer Wechselwirkungen. Compliance-Risiken der Organisationen müssen im CMS widerspiegeln. Das Compliance-Management-System muss die Werte, Ziele, Strategie und Compliance-Risiken der Organisation unter Berücksichtigung des Kontexts der Organisation widerspiegeln.

Nach A.4.4. wird zur Erläuterung im Anhang der Zweck des CMS konkretisiert. CMS dient dazu, Non-Compliance zu verhindern, zu erkennen und darauf zu reagieren.

Erforderlich werden Instrumente, um die Pflichten zu erkennen, zu delegieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Diese Maßnahmen sind unverzichtbar, um das Ziel sicherzustellen, nämlich Rechtsverstöße zu verhindern.

(16) Die Rechtsprechung zur Anordnung einer Unternehmensorganisation

Neben den Vorgaben der Gesetzgeber haben Reichsgericht und Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine Unternehmensorganisation – erstens angeordnet, – zweitens angewendet, – drittens nachgewiesen und – viertens ständig verbessert werden muss.⁵⁸ Alle vier Voraussetzungen müssen vorliegen. Es

⁵⁷ BGH, 20.9.2011 – RR 2011, 1670 (ISION-Urteil), Rn. 18.; Strohn, Richter am BGH a.D., Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; Strohn, Richter am BGH a.D., Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung, ZHR 176 (2012), S. 137; Krieger, Ein kritischer Zwischenruf zu Strohn ZHR 176 (2012), 137, Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter?

⁵⁸ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914, 759 (Warenhaus-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 (Asphaltvertiefungs-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, 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, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II); BGH,

reicht z. B. nicht aus, Organisationsregeln nur anzuordnen, sie aber nicht in der Unternehmenspraxis anzuwenden. Wer die Anwendung der angeordneten Organisationsregeln im Zeitpunkt des Schadensereignisses nicht nachweisen kann, hat seine Organisationspflicht verletzt. Organisationsregeln müssen nicht nur fixiert, sondern auch praktiziert werden.⁵⁹ In seinem Urteil vom 10.12.2013 hat das Landgericht München I den früheren Finanzvorstand der Siemens AG zu 15 Mio. Euro Schadensersatz mit der Begründung verurteilt, die Einrichtung eines effizienten Compliance-Systems und die Überprüfung der Wirksamkeit unterlassen zu haben.⁶⁰ Dieses Urteil reiht sich ein in die Fälle der zitierten Rechtsprechung seit 1911, in denen Geschäftsleiter keine Aufsichtsorganisation angeordnet, angewendet, nachgewiesen und ständig verbessert haben. Entwickelt wurde die Pflicht zur Anordnung einer Aufsichtsorganisation durch die Rechtsprechung zu §§ 831, 823 BGB. Der Art nach handelt es sich um Verkehrssicherungspflichten, die jeder zu erfüllen hat, der eine Risikoquelle verursacht, beherrscht und von ihr profitiert. Rückwirkend und im Nachhinein legen Gerichte für einen Schadensverlauf fest, was der Verantwortliche noch vor dem Schadenseintritt als Organisationspflicht zur Abwehr des Organisationsrisikos hätte veranlassen müssen.⁶¹

(17) „5. Führung“ (E DIN ISO 37301)

5.1 Führung und Verpflichtung

5.1.1 Oberstes Organ und Oberste Leitung

9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-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 (Kfz-Zulieferer-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, (Kfz-Werkstatt-Urteil); zuletzt: LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Beck RS 2014, 17.

⁵⁹ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-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, 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, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW (1968), 247 ff. (Schubstreben-Fall); VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand).

⁶⁰ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Beck RS 2014, 17.

⁶¹ Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 82/83–92, S. 71, 53, 206; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2002, S. 760 f.; BGH, 28.9.1987 – II ZR 35/87, NJW 1988, 881 (zur nachträglichen Organisationspflicht einer Bank beim Ausstellen einer Bankquittung).

Compliance-Pflichten der Organe, der Vorstände einer AG und der Geschäftsführer einer GmbH sind durch die Rechtsprechung konkretisiert.

- **Erstens** sind Organe verpflichtet alle Organisationspflichten auf ihre Erfüllung hin zu kontrollieren, nämlich ob alle Pflichten ermittelt sind, die die unternehmenseigene Risiken abwenden,
- **zweitens** ob alle Pflichten des Unternehmens auf Mitarbeiter delegiert sind,
- **drittens**, ob alle Pflichten regelmäßig aktualisiert werden,
- **viertens**, ob sie erfüllt,
- **fünftens**, ob sie kontrolliert und
- **sechstens**, ob sie dokumentiert werden.
- **Siebtens** sind Vorstände zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems verpflichtet.

Geschäftsleiter können zwar alle Pflichten des Unternehmens auf Mitarbeiter delegieren, müssen aber ihre Pflicht zur Oberaufsicht persönlich ausüben, was mehrfach in ständiger Rechtsprechung höchstrichterlich entschieden wurde.⁶²

Diese konkrete Pflicht für Vorstände und Geschäftsführer ergeben sich aus dem Neubürger-Urteil des LG München⁶³. Dem langjährigen Finanzvorstand wurde das Unterlassen der Einrichtung eines effizienten Compiencesystems und dessen Überprüfung als Pflichtverletzung vorgeworfen. Festgestellt hat das Landgericht, dass sich der Finanzvorstand nicht auf eine Ressortverantwortlichkeit berufen kann. Die Einrichtung eines Systems zur Vermeidung von Gesetzesverstößen gehört zu den Aufgaben jedes Vorstandsmitglieds, und zwar als Aufgabe des Gesamtvorstands, der zu überprüfen hat, ob das Compiencesystem geeignet ist, Verstöße gegen zwingendes Gesetzesrecht zu unterbinden. Er kann sich nicht darauf berufen, dass dafür Bereichsvorstände zuständig seien. Ein Bereichsvorstand sei gerade nicht Vorstand im Sinne des § 76 AktG. Eine Delegation dieser Complianceaufgabe auf Mitarbeiter unterhalb der Vorstandsebene stelle eine Pflichtverletzung dar. Dies hat der BGH schon in seinem Presseangriffsurteil entschieden.

⁶² RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-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, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).

⁶³ LG München 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 Neubürger-Urteil.

– **Achtens** müssen Entscheidungen mit ruinösen Auswirkungen für das Unternehmen dem Vorstand vorgelegt und vorbehalten werden.⁶⁴ Mit der Delegation von Pflichten der Organe auf Führungskräfte unterhalb der Organebene könnte die Organhaftung nach § 93 AktG umgangen werden. Auch auf die Ressortzuständigkeit anderer Vorstandskollegen zu seiner eigenen Entlastung kann sich ein Vorstand nicht berufen. Kommt es wiederholt zu Gesetzesverstößen, hat ein Vorstand im Rahmen seiner Überwachungspflicht darauf hinzuwirken, dass innerhalb des Vorstands ein funktionierendes Compiance-system beschlossen wird. Der Vorstand kann sich auch nicht damit entlasten, er sei als einzelnes Mitglied des Vorstands überstimmt worden und an die Umsetzung von Vorstandsbeschlüssen gebunden. Klargestellt hat das Landgericht in diesem Zusammenhang, dass die Bindung von Vorstandsbeschlüssen nicht gelten, wenn sie rechtswidrig sind. Kommt es zu Rechtsverstößen, besteht die Pflicht zur Verbesserung der Complianceorganisation.

– **Neuntens** ist jeder Vorstand zur Überzeugungsarbeit bei seinen Kollegen verpflichtet und hat den Aufsichtsrat einzuschalten, sollte er seine Vorstandskollegen nicht umstimmen können. Diese Beschreibung der Vorstandspflichten des Landgerichts München I hat breite Zustimmung erfahren und wird ohne Gegenmeinung von der Kommentarliteratur geteilt.⁶⁵ Mit einem Compliance-Management-System wird gesetzeskonformes Verhalten im Unternehmen gesichert. Vorstände und Geschäftsführer tragen das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.⁶⁶ Deshalb müssen Sie im eigenen Interesse auch entscheiden, wie ihr Risiko abzuwenden ist.

– **Zehntens** ist der Einsatz und die Auswahl von Rechtsberatern für Rechtsdienstleistungen als Chefsache Pflicht des Vorstands.

Fehlen Geschäftsleitern eigene Rechtskenntnisse, sind sie nach der BGH Rechtsprechung des ISON- Urteils verpflichtet, Rechtsrat von qualifizierten Berufsträgern, einzuholen und das Beratungsergebnis einer eigenen

⁶⁴ BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil].

⁶⁵ Mertens/Kahn in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl., Rn. 50 zu § 77; Seibt in: Schmidt/Luther, AktG, 2. Aufl., Rn. 11 zu § 77 u. Rn. 47 zu § 93, Spindler in: MünchKommentar zum AktG, Rn. 150 zu § 93, Fleischer, NZG, 2003, 449, 457; Fleischer in Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, 3. Aufl., Anm. 63 zu § 91 AktG; Lösler, WM 2007, 676 (679); Bürkler BB 2005 565, 568 U. H. Schneider ZIP 2003, 645, 648.

⁶⁶ BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJW – RR 2011, 1670 [ISON-Urteil]; Strohn, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; Strohn, Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung, ZHR 176 (2012), S. 137; Krieger, Ein kritischer Zwischenruf zu Strohn ZHR 176 (2012), 137, Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter?

Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.⁶⁷ Zur Vermeidung ihres Haftungsrisikos durch eine verkannte Rechtslage müssen Vorstände und Geschäftsführer auch aus diesem Grund daran interessiert sein, Compliance zur Chefsache zu machen. Bei der Auswahl von Rechtsberatern müssen Vorstände und Geschäftsführer ein eventuelles Auswahlverschulden vermeiden. Nach § 3 RDG i. V. m. § 3 BRAO und § 46 BRAO sind zur Rechtsberatung nur zugelassene Rechtsanwälte oder zur eigenen Beratung die Syndikusanwälte des Unternehmens befugt. Nichtanwälte dürfen nach § 3 RDG rechtlich nicht beraten. Das Rechtsdienstleistungsgesetz soll nach § 1 Abs. 1 Satz 2 RDG „die Rechtssuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen schützen.“ Weil juristische Laien die Qualität von Rechtsdienstleistungen nicht einschätzen können, verbietet das Rechtsdienstleistungsgesetz nach § 3 RDG Rechtsdienstleistungen durch Nichtanwälte. Eine Rechtsdienstleistung liegt nach § 2 RDG dann vor, wenn im Einzelfall eine rechtliche Prüfung erforderlich ist. In einem Compiancesystem werden Unternehmenssachverhalte daraufhin geprüft, ob sie Rechtspflichten auslösen. Dabei handelt es sich um Rechtsberatung in Einzelfällen. Abstrakte Rechtspflichten aus Gesetzen ohne Bezug auf Sachverhalte des Unternehmens wären in einem Compiancesystem ohne jeglichen Nutzen. Zugelassene Rechtsanwälte sind gegen Schadensersatzansprüche durch ihre Falschberatung obligatorisch berufshaftpflichtversichert. Das beratene Unternehmen könnte neben dem Anwalt als zweiten Schuldner auch dessen Versicherung in Anspruch nehmen. Nichtanwälte werden zu einer Berufshaftpflichtversicherung und damit zur Rechtsanwaltschaft erst gar nicht zugelassen.⁶⁸ Mit der Einholung von Rechtsrat vermeidet ein Vorstand oder Geschäftsführer das Risiko nach dem Dunning-Kruger-Effekt. Es gilt dadurch das Risiko abzuwenden, die eigene rechtliche Urteilsfähigkeit zu überschätzen und den eigenen rechtlichen Beratungsbedarf zu unterschätzen, weil den Vorständen und Geschäftsführern als juristischen Laien dazu die Kompetenz fehlt, im Ergebnis die Rechtslage verkannt wird und es zum Rechtsverstoß mit

⁶⁷ BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJW – RR 2011, 1670 [ISION-Urteil]; Strohn, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; Strohn, Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung, ZHR 176 (2012), S. 137; Krieger, Ein kritischer Zwischenruf zu Strohn ZHR 176 (2012), 137, Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter?

⁶⁸ Rack, Anwaltszwang bei Complianceberatung als außergerichtliche Rechtsdienstleistung nach RDG und BRAO, CB Sonderbeilage 1/2020

Schadensfolgen kommen kann.⁶⁹ Zu empfehlen ist deshalb, im Zweifel Rechtsrat von unabhängigen fachlich qualifizierten Rechtsanwälten oder Syndikusanwälten einzuholen und das Risiko zu vermeiden, die Rechtslage durch die eigene rechtliche Selbstüberschätzung zu verkennen.⁷⁰ Kein Sachverhalt im Unternehmen lässt für juristische Laien erkennen, ob er rechtlich relevant ist, insbesondere ob er ein Risiko für ein geschütztes Rechtsgut darstellt und ob und wie dieses Risiko durch Schutzmaßnahmen in Form von Rechtspflichten abzuwenden ist. Um sicher zu gehen, empfiehlt es sich deshalb, ausnahmslos alle Sachverhalte im Unternehmen, auf Risiken und Rechtspflichten zu prüfen. Damit erfüllen Organe ihre Pflicht nach der BGH-Rechtsprechung im ISON-Urteil, bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsrat einzuholen.⁷¹

– **Elftens** hat der Vorstand die Pflicht zur eigenen Risikoanalyse.

Nach der Rechtsprechung des BGH im IKB-Urteil ist ein Geschäftsführer zur eigenen Risikoanalyse verpflichtet. Er kann sie weder delegieren noch unternehmensfremde Dritte wie etwa Ratingagenturen damit beauftragen. Die Risikoanalyse ist der erste Prüfschritt in einem Compliance-Management-System. Ohne die Annahme eines Risikos, das eine Schadensprognose darstellt, gibt es keinen Anlass, nach einer Rechtspflicht zu recherchieren, die ein Risiko abwendet. Zur Risikoanalyse muss ein Geschäftsleiter sich alle verfügbaren Informationen beschaffen und alle Quellen nach der Entscheidung des BGH im IKB-Fall erschöpfen.⁷²

Das Compliance-Management-System „Recht im Betrieb“ enthält ein Prüfschema, mit dem die Vorgaben des IKB-Urteils des BGH erfüllt werden. Informationen sind unternehmensintern und extern zu erfassen. Widersprechen sich Schadensprognosen und Erfahrungssätze, sind die Erfahrungssätze auf ihre Geltung hin zu überprüfen.⁷³

⁶⁹ Das Risiko des Dunning-Kruger-Effekts ist zu vermeiden, die eigene Inkompetenz wegen fehlender Kompetenz zu übersehen: Rack, CB 6/2017, Das Risiko des Dunning-Kruger-Effekts-eine Psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, S. 216.

⁷⁰ O BGH, Urteil v. 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJW – RR 2011, 1670 [ISON-Urteil].

⁷¹ BGH, Urteil v. 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJW – RR 2011, 1670 [ISON-Urteil].

⁷² Rack, Informationsmanagement als Organisationspflicht, CB 2/2013, S. 58; BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

⁷³ Rack, Broschüre „Erleichterung bei der Gefährdungsbeurteilung“.

– **Zwölftens** haben Vorstände und Geschäftsführer die Pflicht die Finanzierung des Compliance-Managements zu sichern.

Unter Ziffer 5.1.1 DIN ISO 37301 ist unter anderem geregelt, dass das oberste Organ und die oberste Leitung sicherzustellen hat, dass die für das Compliance-Management-System erforderlichen Ressourcen zur Verfügung stehen. Entschieden wurde dies vom BGH im Presseangriffs-Urteil, wonach die Kosten zur Einhaltung von Rechtsvorschriften die Entscheidung nicht beeinflussen dürfen.⁷⁴

Die DIN ISO 37301 verpflichtet unter 5.1.1 (Seite 15) das oberste Organ und die oberste Leitung unter anderem sicherzustellen, dass sie zeitnah über Compliance-Angelegenheiten einschließlich Fällen von Non-Compliance informiert werden und dass geeignete Maßnahmen getroffen werden, dass die Compliance-Verpflichtung aufrechterhalten wird und Non-Compliance und nicht konformes Verhalten angemessen behandelt wird.

– **Dreizehtens** haben Organe nach der E DIN ISO 37301 und der BGH-Rechtsprechung die Pflicht zum Informationsmanagement.

Nach der Rechtsprechung des BGH zur Wissensaufspaltung⁷⁵ hat der BGH die Pflicht der Organe konkretisiert. Danach besteht die Organisationspflicht zum Speichern von Informationen, zur Weiterleitung der Informationen und zur Abfrage der Informationen. Erfüllen Vorstände und Geschäftsführer diese Pflichten zum Informationsmanagement über Pflichtenlage im Unternehmen nicht, und berufen sie sich zur Entlastung auf ihre Unkenntnis, wird ihnen nach dieser Rechtsprechung das fiktive Wissen unterstellt, weil sie verpflichtet sind, sich Informationen im Unternehmen zu beschaffen. Mit der Informationsbeschaffungspflicht korrespondiert eine Meldepflicht der Angestellten der Arbeitsebene an Organe und oberste Leitung.

Unter 5.1.3 Complianceführung schreibt die E DIN ISO 37301 vor, dass die Organe den direkten Zugang der Compliancefunktion, der Beauftragten mit Stabsfunktion – zu den obersten Organen gesichert ist und die Unabhängigkeit der Compliancebeauftragten gewährleistet ist.

⁷⁴ BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil].

⁷⁵ BGH-Urteil vom 02.02.1996 – V ZR 239/94; BB 1996, 924 (Wissensaufspaltungsentscheidung).

- **Vierzehntens** haben Organe die Pflicht, die Vorlage von Entscheidungen anzuordnen.

Nach dem Presseangriffs-Urteil des BGH besteht eine Vorlagepflicht der Berater für alle Entscheidungen mit weitreichenden Auswirkungen.⁷⁶ Diese Vorlagepflicht muss das Organ vorgeben, anordnen und durchsetzen. Syndikusanwälte müssen das Organ aus eigener Initiative beraten. Ausführlich konkretisiert die Pflicht der BGH in seinem Berliner Stadtreinigungsurteil.⁷⁷

- **Fünfzehntens** haben Organe die Pflicht, das Rechtsberatungsergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.⁷⁸

Zu empfehlen ist weiterhin die Vereinbarung, den Geschäftsleiter zu verpflichten, den Rechtsrat von Unternehmensjuristen, als auch von externen Rechtsanwälten nach dem Muster der ISION-Entscheidung des BGH sorgfältig auf Plausibilität zu kontrollieren und insbesondere den Geschäftsleiter daran zu hindern, blind auf den Rechtsrat zu vertrauen.⁷⁹ Die Überprüfung der Rechtslage muss eine Grundlage für die Überprüfung der Plausibilität der Rechtsauskunft bieten.⁸⁰ Die beratenden Organe sind darlegungs- und beweispflichtig und haben Inhalt und Umfang der Überprüfung der Rechtslage so zu dokumentieren, dass sie einer Plausibilitätskontrolle zugänglich sind.⁸¹ Das bloße Vertrauen in die Kompetenz der Anwälte ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.⁸² Unternehmensjuristen sind klarstellend darauf zu verpflichten, den Geschäftsleiter auf die Konsequenzen des Verzichts einer Plausibilitätskontrolle hinzuweisen. Der Angeklagte wurde wegen Betrugs verurteilt. Selbst wenn diese Empfehlung als Überforderung des Geschäftsleiters angesehen werden könnte, ist dem Unternehmensjuristen

⁷⁶ BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil].

⁷⁷

⁷⁸ Strohn, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; Strohn, Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung, ZHR 176 (2012), S. 137; Krieger, Ein kritischer Zwischenruf zu Strohn ZHR 176 (2012), 137, Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter?

⁷⁹ BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: Rn. 18, 22, NJW-RR 2011, 1670 (ISION); BGH vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 16 (Insolvenzreife Prüfung); Fleischer, NZG 2010, S. 121 (Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat); OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2386, 2389.

⁸⁰ BGH, ISION-Urteil, NJW, RR 2011, Rn. 22.

⁸¹ BGH, ISION-Urteil, NJW, RR 2011, Rn. 23.

⁸² BGH, ISION-Urteil, NJW, RR 2011, Rn. 25.

diese Rechtsberatung als „sicherster Weg“⁸³ zu empfehlen und der Rechtsprechung des BGH zu folgen.

– **Sechzehntens** haben Organe dienstvertraglich Unternehmensjuristen zu verpflichten, Melde- und Beratungspflichten zur Rechtsrisikoabwehr aus eigener Initiative zu betreiben.

Unternehmensjuristen sind auf Grund ihrer Rechtskenntnisse eher in der Lage, Rechtsrisiken zu erfassen, als Vorstände und Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse. Der BGH begründet die Pflicht des Unternehmensjuristen unter anderem damit, dass der Fehler der Tarifberechnung „von ihm (dem Chefjuristen und Tarifexperten) erkannt wurde.“⁸⁴ Diese Risikoabwehrpflichten knüpfen an die Rechtsprechung zur Risikofrüherkennung an, die auch für Unternehmensjuristen wie für alle sonstigen Angestellten eines Unternehmens gelten müssen. Schon das Reichsgericht hat eine Meldepflicht eines Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag als organisatorisches Mittel des Vorstands einer AG zur Informationsbeschaffung entschieden, verbunden mit einer Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung der vertraglich zu vereinbarenden Meldepflicht.⁸⁵ Gesetzlich geregelt ist die uneingeschränkte Informationspflicht eines Arbeitnehmers innerhalb seines Verantwortungsbereichs in § 666, 667 BGB i. V. m. § 675 BGB, wonach ein Arbeitnehmer unaufgefordert über die Erledigung seiner Aufgaben zu informieren und umfassend Auskünfte zu erteilen hat. Diese Informationspflichten gelten nur innerhalb des Verantwortungsbereichs des Arbeitnehmers. Unternehmensjuristen haben auf Grund ihrer Rechtskenntnisse die Beobachtung von Rechtsrisiken im Unternehmen aus eigener Initiative zu verantworten. Dies ist durch Dienstverträge klarstellend zu vereinbaren. Neben den gesetzlichen Auskunftspflichten besteht eine zivilrechtliche Pflicht, die sich aus den §§, 241, 242, 261 BGB ergibt, wenn innerhalb eines Schuldverhältnisses eine Partei ohne eigene Schuld über den Umfang eines Rechts im Ungewissen ist, während die andere Partei Auskunft geben kann, um die Ungewissheit zu beseitigen.⁸⁶ Auf Grund dieser Rechtslage sind Unternehmensjuristen verpflichtet, aus eigener Initiative auf Rechtspflichten

⁸³ Krieger, Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, S. 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 4. Auflage, S. 178.

⁸⁴ 5 BGH vom 17. Juli 2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 [Berliner Stadtreinigung].

⁸⁵ RGZ 78, S. 107 vom 14.12.1911 (Kutscher-Urteil) „Rack Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr“, CB 3/2013, S. 99.

⁸⁶ Fritz/Nolden, CCZ 5/2010, S. 171; Diller, DB 2004, S. 314; BAG, DB 1968, 2041.

hinzuweisen und zu melden, weisungsbefugten Vorgesetzten, die andere Rechtsansichten vertreten, zu widersprechen und notfalls zu eskalieren und nächsthöhere Vorgesetzte einzuschalten. Ungeschriebene arbeitsvertragliche Treuepflichten zur Risikoabwehr begründen ebenfalls Obhutspflichten, Rücksichtnahmepflichten und Schadensabwehrpflichten bei drohenden Gefahren.⁸⁷ An einer klarstellenden vertraglichen Vereinbarung müssen sowohl Vorstände und Geschäftsführer als auch Unternehmensjuristen interessiert sein, weil bei Rechtsverstößen Unternehmensjuristen Vorwürfen ausgesetzt sein können, entweder trotz ihrer Rechtskenntnisse über Rechtsrisiken nicht oder zu spät oder unzureichend oder nicht nachdrücklich genug wie im Berliner Stadtreinigungsfall informiert zu haben. Zu erwarten und deshalb zu vermeiden sind auch Vorwürfe gegen Geschäftsleiter, sich Informationen über Rechtsrisiken nicht frühzeitig genug beschafft, kein Rechtsrat zu Rechtsrisiken eingeholt oder auf die Rechtsberatung durch Unternehmensjuristen nicht angemessen reagiert zu haben.

(18) Kommentar zu: „5.3 Rollenverantwortlichkeit und Befugnisse nach E DIN ISO 37301“

5.3.1 Oberstes Organ und oberste Leitung

Das oberste Organ und die oberste Leitung müssen sicherstellen, dass innerhalb der Organisation Verantwortlichkeiten und Befugnisse für relevante Rollen zugewiesen und kommuniziert werden. Verantwortlichkeiten und Befugnisse müssen erteilt werden.

Hierbei handelt es sich um die Pflicht der Organe, die Pflichten des Unternehmens auf Mitarbeiter im Unternehmen nach unterschiedlichen Rollen zu verteilen. Dazu existiert eine detaillierte Rechtsprechung in Einzelfällen, in denen Delegationspflichten von Reichsgericht und BGH formuliert wurden. Ihre Verletzung wurde festgestellt. Die Rechtsprechung der obersten Gerichte lassen sich verallgemeinern und unter die Kategorie der Delegationspflichten zusammenfassen. Unterscheiden lassen sich diese Delegationspflichten als allgemeine Pflichten zur Delegation, als Pflichten, die erstens an die Organe, zweitens an Betriebsleiter,

⁸⁷ Rack, CB, 3/2013, S. 100, Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung zu latenten und zu offensichtlichen Risikofaktoren, von denen auf Grund von Erfahrungssätzen auf drohende Schadensverläufe geschlossen werden kann.

Abteilungsleiter und Führungskräfte mit Leitungsfunktion, drittens an weisungsabhängige Mitarbeiter ohne Leitungsfunktion und viertens an Mitarbeiter mit Stabsfunktion, insbesondere an Compliancebeauftragte, die gesetzlich geregelten Beauftragen für Immissionsschutz, Gewässerschutz, Abfallrecht, Arbeitsschutz, Störfall usw. zu delegieren sind.

(19) Kommentar zu: „Die unzulänglich gesetzlich geregelte Delegationspflicht“

Ein Geschäftsherr hat nach § 831 BGB seine Verrichtungsgehilfen sorgfältig unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auszuwählen, die Ausführung der Verrichtung zu leiten sowie Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen. In Industrieunternehmen erweist sich diese gesetzliche Regelung als unzulänglich. Die Vorstände und Geschäftsführer von Industrieunternehmen sind wegen der Größe des Unternehmens in aller Regel nicht in der Lage, weder die Verkehrssicherungspflichten noch ihre Pflichten zur Auswahl und Aufsicht der Angestellten persönlich zu erfüllen. Vielmehr sind die Geschäftsleiter darauf angewiesen, für die Auswahl und Überwachung ihrer Angestellten Personalabteilung und Revisionsabteilung einzusetzen. Bei den Organen eines Unternehmens verbleibt dann allerdings die Pflicht zur Organisation der Fachabteilungen, die sie für die Auswahl und Überwachung ihrer Angestellten einsetzen. Beim Organisieren eines Unternehmens ergeben sich Risiken, die durch Organisationspflichten abzuwenden sind, noch bevor es zu einem Organisationsschaden kommen konnte.

Wie ein Unternehmen zu organisieren ist, hat der Gesetzgeber im Einzelnen nicht geregelt⁸⁸. Unter dem Begriff des „dezentralisierten Entlastungsbeweises“ hat die Rechtsprechung Organisationspflichten, insbesondere Delegationspflichten zur Vermeidung von Delegationsfehlern entwickelt, die im Folgenden chronologisch seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts von 1911 aufgelistet werden. Aus den Fehlern von Geschäftsleitern, die wegen Delegationsfehlern haften mussten, lassen sich Lehren ziehen. Aus den Einzelfällen zum Organisationsverschulden beim Delegieren können konkrete Organisationspflichten festgestellt werden. Auf diese Weise kann das Organisationsverschulden in Form von Delegationsfehlern vermieden werden. Wer in Zukunft

⁸⁸ Unzulänglich nur in §§ 91 Abs. 2, 76, 93 AktG.

gegen diese Delegationspflichten verstößt, muss mit den gleichen Haftungsfolgen rechnen, die in den zitierten Urteilen entschieden wurden.

(20) Allgemeine Delegationspflichten aus der Rechtsprechung

1. Bei Großbetrieben muss der Unternehmer die Aufsicht über seine Mitarbeiter auf höhere Angestellte übertragen. Nicht delegieren kann er die Oberaufsicht. Er muss allgemeine Aufsichtsordnungen selbst treffen und damit vorgeben, wie die praktische Aufsichtstätigkeit durch die bestellten Aufsichtspersonen durchzuführen ist. Aufsichtspersonen führen die Aufsicht nach der Weisung des Vorstands oder Geschäftsführers. Die Pflicht zur allgemeinen Aufsichtsordnung gehört zur Oberaufsicht, die nicht delegationsfähig ist und exklusiv dem Organ vorbehalten bleiben muss⁸⁹. Die Aufsicht muss lückenlos sein und zur Zeit des Schadensereignisses fortauern. Stichproben reichen nicht aus und gelten seit 1911 in ständiger Rechtsprechung als ungeeignete Aufsichtsordnung.

2. Das Organ des Unternehmens muss die allgemeine Aufsichtsordnung selbst kennen, überprüfen, fortlaufend kontrollieren und verbessern sowie sich über das Funktionieren der Organisation in all seinen Teilen vergewissern. Eine „selbstständig waltende Organisation“ reicht nicht aus⁹⁰.

3. Die Aufsichtsorganisation muss sich auf den Wirkungskreis der jeweils verantwortlichen Aufsichtsperson beziehen. Nicht delegieren darf das Organ seine Oberaufsicht auf die Aufsichtsperson⁹¹.

4. Die allgemeine Anordnung muss zur Aufsicht geeignet sein, vollzogen werden, fortlaufend erprobt und im Allgemeinen kontrolliert werden. Die bloße Bestellung einer zuverlässigen Aufsichtsperson reicht nicht aus. Organe haben eine Eingriffsverpflichtung, wenn Ursachen für Missstände ungeklärt sind. Organe müssen selbst eingreifen, anstatt untätig zu bleiben und müssen sich nicht beherrschbare Risiken melden lassen. Zur nicht delegierbaren Organisationspflicht gehört es auch, externen

⁸⁹ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 (Kutscher-Urteil).

⁹⁰ RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn 1914 35 S. 50. (Neuzement-Urteil).

⁹¹ RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916) S. 1 (Heilsalz-Urteil).

Expertenrat einzuholen, wenn interne Erfahrungen zur Aufklärung eines Risikos nicht ausreichen.⁹²

5. Die Organe müssen zur Oberaufsicht befähigt sein, um geeignete Anordnungen zu treffen und drohende Schäden abzuwenden. Das Organ muss in der Lage sein, die Risikosituation einzuschätzen.⁹³

6. Die Organe sind zur gestaffelten Aufsichtspflicht je nach Risikolage verpflichtet. Umfang und Ausmaß der Aufsichtspflichten hängen von den zu kontrollierenden Aufgaben, deren Umfang und Zeitdauer ab. Um nachgeordnete Verrichtungsgehilfen müssen sich Organe nicht persönlich kümmern, sondern können dies ausgewählten Aufsichtspersonen überlassen.⁹⁴

7. Entscheidungen von großer Tragweite für absolut geschützte Rechtsgüter Dritter mit ruinöser Wirkung müssen von Führungskräften im Unternehmen den Organen vorgelegt und vorbehalten werden. Organe müssen die Vorlagepflicht anordnen.⁹⁵

8. Die Kosten müssen zur Vermeidung von Rechtsverletzungen bei der Risikoabwehr unbeachtet bleiben. Sie dürfen nicht in die Interessenabwägung einfließen.⁹⁶

9. Das Organ hat mit der Organisationspflicht nicht nur absolut geschützte Rechte nach § 823 BGB wie Leben, Gesundheit, Eigentum und Gewerbebetrieb zu schützen, sondern auch die Rechte aus vertraglichen Vereinbarungen. Die Organisationspflicht zur Legalitätskontrolle umfasst deshalb nicht nur die Vermeidung der Deliktshaftung, sondern auch die der Vertragshaftung.⁹⁷

10. Ein Großbetrieb mit Massenverkehr löst die Pflicht zum erhöhten Organisationsaufwand aus und entlastet nicht vom Vorwurf des Organisationsverschuldens.⁹⁸

⁹² RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); bis heute zuletzt BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm Fedtke (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 (ISION-Urteil) Rn. 16.

⁹³ RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil).

⁹⁴ BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil).

⁹⁵ BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).

⁹⁶ BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).

⁹⁷ BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).

⁹⁸ BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).

11. Es besteht eine gesteigerte Aufsichtspflicht, wenn die Aufsichtsperson nicht nach Eignung und Zuverlässigkeit, sondern nach formalen Kriterien ausgewählt wurde.⁹⁹

12. Das Organ kann die Oberaufsicht nicht delegieren und darf Angestellte nicht völlig selbstständig schalten und walten lassen, sondern muss sie im Rahmen der allgemeinen Aufsicht kontrollieren.¹⁰⁰

13. Organe haben die Organisationspflicht in Produktionsbetrieben, Aufsichtsordnungen zur Fertigungskontrolle so vorzugeben, dass ständige Kontrollen bis zum vorher unbekanntem Zeitpunkt des Schadenseintritts praktiziert werden.¹⁰¹

14. An den Geschäftsführer ist die Organisationspflicht zu delegieren, sich zu vergewissern, ob die Verkehrssicherungspflichten erfüllt werden, die Gefahrenquellen erfasst und erforderliche Sicherungsmaßnahmen veranlasst sind, dass insbesondere beim Einsatz gefährlicher Geräte, die Gebrauchsanweisungen beachtet werden.¹⁰²

15. An den Vorstand ist die Pflicht zur Risikofrüherkennung zu delegieren, die die aktuelle Informationsbeschaffung und ihre Abwehr umfasst und die nicht erst einsetzt, wenn Risikofaktoren offenkundig und bekannt werden.¹⁰³

16. In die allgemeine Aufsichtsordnung der Organe ist aufzunehmen, dass bei der Risikoanalyse behördliche Genehmigungen von Ämtern nicht ausreichen, um den Nachweis einer hinreichend geeigneten Aufsichtsordnung zu führen, weil behördliche Genehmigungen eine eigene Risikoanalyse nicht ersetzen, selbst wenn in behördlichen Bescheiden das Risiko geprüft wurde¹⁰⁴. Genauso ersetzen die Analysen von Rating-Agenturen nicht die eigene Risikoanalyse.¹⁰⁵

⁹⁹ BGH, 6.11.1956 – VI Z R 71/56, MDR 1957 (1957), 214 (Streupflicht-Urteil II).

¹⁰⁰ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-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, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).

¹⁰¹ BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil).

¹⁰² BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).

¹⁰³ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 (Propagandisten-Urteil).

¹⁰⁴ BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil).

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung).

17. Zur Oberaufsichtspflicht gehört es, Pflichten an Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren, sie namhaft zu machen und jedem Pflichtenträger einen Ersatzmann zuzuweisen.¹⁰⁶

18. Zur Aufsichtsordnung gehört es, Erkundigungspflichten über Risiken detailliert anzuordnen, z. B. Pläne einzusehen oder Probegrabungen zu veranlassen.¹⁰⁷

19. In der Dachpfetten-Entscheidung des BGH vom 12.3.1992 ist erstmals die Organisationspflicht von Vorständen und Geschäftsführern formuliert, während des Herstellungsprozesses und der Fertigungskontrolle rechtserhebliche Umstände zum Zwecke der Beweissicherung für eventuelle spätere gerichtliche Auseinandersetzungen zu speichern, um die Unkenntnis über die Pflichterfüllung bei der Herstellung eines mangelhaften Produkts zu vermeiden.¹⁰⁸ Nur mit Beweissicherung über den gesamten Herstellungsprozess lässt sich die Pflicht zur Informationsorganisation erfüllen und der Vorwurf eines Organisationsmangels vermeiden.

20. Vorstände sind verpflichtet, rechtserhebliche Informationen zu speichern, im Unternehmen an Verantwortliche weiterzuleiten und durch Mitarbeiter abfragen zu lassen. Zu den rechtserheblichen Informationen zählen alle Informationen, die mit Wahrscheinlichkeit später rechtserheblich werden können. Dies ist im Zeitpunkt der Wahrnehmung und nicht nach einem erst später erreichten Wissenstand zu beurteilen. Die Entscheidung, ob Informationen als rechtserheblich gelten müssen und zu speichern, weiterzuleiten und abzufragen sind, hängt von der Beurteilung des Rechtsrisikos ab.¹⁰⁹

21. Vorstände und Geschäftsführer sind verpflichtet, bei fehlenden eigenen Rechtskenntnissen die Rechtslage erstens sorgfältig zu prüfen, zweitens – soweit erforderlich – Rechtsrat einzuholen und drittens die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende

¹⁰⁶ BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Urteil).

¹⁰⁷ BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil).

¹⁰⁸ BGH 12.3.1992 – VII ZR 5/91, BB 1992, 1088, DNotZ 1993, 677. (Dachpfetten-Urteil).

¹⁰⁹ BGH, 15.2.1996 – IX ZR 245/94, BB 1996, 708, NJW 1996, 1341, 2b), aa) (Wissensaufspaltung); BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 208, BB 1997, 1276 (Wissenszurechnung beim Scheckinkasso).

Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten zu lassen und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.¹¹⁰

22. Die Delegation der Unternehmenspflichten je nach Pflichtenart

Die Rechtspflichten des Unternehmens sind auf alle Mitarbeiter, vom Vorstand über die Betriebsleiter, die Schichtführer bis zum weisungsabhängigen Arbeitnehmer zu delegieren, und zwar je nach Risiko und Rechtspflicht. Die Art der Rechtspflicht entscheidet darüber, an wen sie zu delegieren ist.

23. Die Delegation an Vorstände und Geschäftsführer

An Vorstände und Geschäftsführer sind die Pflichten zur Organisation, alle ressortübergreifenden Pflichten und die Pflicht zum Krisenmanagement sowie zur Oberaufsicht zu delegieren.¹¹¹ Die Pflicht zur Oberaufsicht umfasst die Kontrolle darüber, ob sämtliche Pflichten ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert wurden. Im Managementsystem „Recht im Betrieb“ wird diese Oberaufsicht durch eine einzige Maske geleistet, die sämtliche organisatorischen Maßnahmen und Kontrollergebnisse bündelt und abbildet. Mit einem Blick können Vorstände, Geschäftsführer oder Compliance-Beauftragte erkennen, ob die Legalitätspflicht im Unternehmen erfüllt wurde. Vorstände und Geschäftsführer, die die Unternehmenspflichten nicht delegieren, müssten alle Pflichten höchstpersönlich erfüllen, da sie als einzige Repräsentanten im Handelsregister registriert sind und wegen der Fülle von mehreren tausend Risiken und Pflichten dazu nicht in der Lage sind. Deshalb ist bei nicht delegierten Pflichten damit zu rechnen, dass sie nicht erfüllt werden.

24. Die Delegation an Betriebsleiter und Abteilungsleiter

¹¹⁰ BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm Fedtke (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 (ISION-Urteil), Rn. 18, sowie Wagner, BB 2012, 651.

¹¹¹ RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 6.7.1990 – 2 STR 549/89, BB 1990, 1856, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil), BT-Drs. 10/318, 15, Gesetzentwurf: „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“; ausführlich zur Erkundigungspflicht des mittleren Managements. 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 (Besitzdiener-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 (1971), 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil). Schneider, DB, 1993, 1911 f.

Die Betriebsleiter nach § 14 Abs. 2 S. 1 StGB und die mit besonderen Aufgaben Beauftragten nach § 14 Abs. 2 S. 2 StGB müssen ein Interesse an der Ermittlung aller Rechtspflichten und deren Delegation auf die Verantwortlichen haben. An die Mitglieder der mittleren Führungsebene unterhalb der Organe werden die Stellung eines Betriebsleiters, eines Abteilungsleiters oder die eines besonders Beauftragten delegiert. Über ihre Pflichten in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich müssen sie sich selbst erkundigen, insbesondere darüber, welche Pflichten durch ihre Aufgaben und in ihrem Zuständigkeitsbereich ausgelöst werden. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Betriebsleitern und besonders Beauftragten im Betrieb ergibt sich aus § 9 Abs. 2 OWiG und § 14 Abs. 2 StGB. Die Erkundigungspflicht hat der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien unmissverständlich anlässlich einer Gesetzesänderung zum Ausdruck gebracht.¹¹²

25. Delegation an Arbeitnehmer ohne Leitungsfunktion

Arbeitnehmer ohne Führungsaufgaben haben innerhalb ihres Arbeitsbereichs Informationspflichten über Risiken.¹¹³ Arbeitnehmer haben außerdem ungeschriebene arbeitsvertragliche Treuepflichten zur Risikoabwehr, insbesondere die Interessen des Arbeitgebers zu wahren und alles zu unterlassen, was zu einem Schaden des Arbeitgebers führen könnte. Drohende Gefahren haben Arbeitnehmer abzuwenden.¹¹⁴ Diese Pflichten haben Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung und h. M. in der Literatur. Werden diese Pflichten ausdrücklich delegiert, sind die Arbeitnehmer über ihre Pflichtenlage informiert und vor überraschenden Haftungsfolgen sicher. Die Delegation schützt v. a. Arbeitnehmer vor Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung der ungeschriebenen arbeitsvertraglichen Nebenpflichten zur Risikoabwehr. Der Betriebsrat hat dabei eine vermittelnde Aufgabe, die Delegation von Pflichten zu unterstützen und für Rechtsklarheit auch für Arbeitnehmer ohne Führungsaufgaben zu sorgen.

26. Die Delegation der Pflichten an Beauftragte mit Stabsfunktion

¹¹² BT-Drs. 10/318, 15, Gesetzentwurf: „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“; ausführlich zur Erkundigungspflicht des mittleren Managements.

¹¹³ BGH, 30.4.1964 – VII ZR 156/62; BGHZ 41, 318, 322 (Architekten-Urteil); Diller, DB 2004, 314.

¹¹⁴ BGH, 23.2.1989 – IX ZR 236/86, BB 1989, 649; Fritz/ Nolden, CCZ 2014, 172; Diller, DB 2004, 314; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, Rn. 44.

An Mitarbeiter mit Stabsfunktion sind die Informations-, Überwachungs- und Beratungspflichten zu delegieren. Beispielhaft ist auf § 54 BImSchG zu verweisen, in dem die Pflichten der Immissionsschutzbeauftragten geregelt sind. Abfallbeauftragte, Gewässerschutzbeauftragte, Immissionsschutzbeauftragte, Sicherheitsingenieure und Compliance-Beauftragte haben die Mitarbeiter über ihre Pflichten zu informieren, deren Erfüllung zu überwachen und den Betreiber zu beraten. Mitarbeiter mit Stabsfunktion haben keine Entscheidungsbefugnis im Gegensatz zu Angestellten mit Linienfunktion, die als Entscheidungsträger fungieren. Die Trennung von Angestellten mit Linienfunktion und Stabsfunktion hat den Zweck, bei Entscheidungsträgern Interessenskonflikte zwischen wirtschaftlicher Ergebnisverantwortung einerseits und Legalitätspflichterfüllung andererseits zu vermeiden. Vorstände und Geschäftsführer sollen nicht Entscheidungen über präventive Maßnahmen vernachlässigen, nur weil sie das wirtschaftliche Ergebnis des Unternehmens mindern könnten. Compliance-Beauftragte können wegen ihrer Stabsfunktion sich nicht als Täter strafbar machen, sondern nur wegen Beihilfe, wenn sie ihre Überwachungspflichten verletzen. Bei Unterlassungsdelikten gelten sie als Überwachungs- und nicht als Schutzgaranten.¹¹⁵

Die Delegationspflichten nach EDIN ISO 37301

Nach Ziffer 5.3.2 Compliance-Funktion müssen Beauftragte Complianceverpflichtungen identifizieren, Risikoanalysen betreiben, insbesondere in den Fällen, in denen es keine gesetzliche Regelung oder keine Entscheidung von Gerichten gibt. Sie müssen Berichtsdokumentationssysteme für Compliance erstellen, das heißt die Mitarbeiter als Pflichtenträger zur Erfüllung ihrer Pflichten informieren und kontrollieren. Vor allem müssen die Compliance-Beauftragten nach der Wissensaufspaltungsentscheidung Informationen über Pflichten und Risiken verfügbar halten, indem sie das Pflichtwissen des Unternehmens in sachlicher und rechtlicher Hinsicht sammeln, speichern und für alle verfügbar halten.

Sämtliche Pflichten der Beauftragten mit Stabsfunktion, die sich aus Gesetzen wie zum Beispiel aus § 54 BImSchG der Rechtsprechung ergeben, finden sich in E DIN ISO 37301 Ziffer 5.3.2.

¹¹⁵ BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/05, NJW 2009, 3173 (Berliner Stadtreinigungsfall).

Die Pflicht der Compliancebeauftragten andere Mitarbeiter über ihre Pflichten zu informieren, entlastet die Führungskräfte mit eigenverantwortlich zu erfüllenden Aufgaben im Sinne von § 14 Abs. 2 S. 2 StGB nicht, die Pflicht selbst zu ermitteln. Zusammenfassend ergeben sich Delegationspflichten aus E DIN 37301, aus den Ziffern 5.3, 5.3.2 Delegation an die Beauftragten, 5.11 Delegation an Organe, 5.1.2 und 5.1.3. Delegation an Beauftragte, 9.1 Delegation an die Oberaufsicht sowie aus den Ziffern 4.2 und 4.3 sowie 7.2 und 7.2.1.

(21) Kommentar zu: „6.2 Compliance-Ziele und Planungen zu deren Erreichung nach E DIN ISO 37301“

Die Organisation muss Compliance-Ziele für relevante Funktionen und auf relevanten Ebenen festlegen. Aus den Vorgaben der DIN ISO 37301 nach 6.2 lassen sich die sechs Aufgaben entnehmen, die schon nach der DIN ISO 19600 und nach der Rechtsprechung sowohl als auch nach anderen DIN Vorschriften wie die DIN ISO 14001 als Struktur erkennbar sind. Die zu erfüllenden Anforderungen sind nach 6.2 b) bis f) zu ermitteln, zu überwachen, zu vermitteln und zu aktualisieren. Festzulegen ist

- *was getan wird;*
- *welche Ressourcen erforderlich sind;*
- *wer verantwortlich sein wird;*
- *wann die Ziele erreicht sein werden;*
- *wie die Ergebnisse bewertet werden.*

Danach sind Pflichten zu ermitteln, erforderliche Ressourcen zu Erfüllung bereitzustellen, an Verantwortliche zu delegieren und Ergebnisse zu bewerten, was als Kontrollieren zu verstehen ist.

In 6.3 Compliance-Verpflichtung ist die Organisation verpflichtet systematisch aus ihren Aktivitäten, Produkten und Dienstleistungen resultierenden Compliance-Verpflichtungen zu identifizieren und ihre Auswirkung auf ihren Betrieb zu beurteilen. Diese Vorgabe ist so zu verstehen, dass die Unternehmenssachverhalte danach zu untersuchen sind, welche Pflichten sie auslösen.

Die Pflicht zur Aktualisierung nach E DIN ISO 37301

Nach 6.3 a) und b) sind die Pflichten des Unternehmens zu aktualisieren. Die Pflicht zur Aktualisierung aus 6.3 a) und b) ergibt sich aus dem Umstand, dass im Durchschnitt 10% aller Pflichten sich monatlich ändern und deshalb aktualisiert werden müssen.

Zusammenfassend ergeben sich die Pflichten zur Aktualisierung aus der E DIN ISO 37301 aus Ziffern 6.3, 6.4, 6.3a) und b), 7.4 und aus dem Anhang A.6.2.

(22) Die allgemeine Aktualisierungspflicht in der Organisation eines Unternehmens

Die Aktualisierung von Gesetzen und den sich daraus ergebenden Rechtspflichten ist unverzichtbar. Während der parlamentarischen Auseinandersetzung um Gesetze im Zeitpunkt der Entscheidung existieren oft keine Erfahrungen über die Wirkungen und Folgen eines Gesetzes. Offen ist regelmäßig die Frage, ob ein Gesetz zwecktauglich ist. Es muss ein geeignetes Mittel sein, den angestrebten Normzweck zu erfüllen. Jede Rechtsentscheidung des Gesetzgebers ist in aller Regel eine Entscheidung unter Unsicherheit. Trotz der Prognoseunsicherheit und trotz fehlender Erfahrungen zwingen Schutzpflichten den Gesetzgeber zur Entscheidung und zwar auch ohne Erfahrung darüber, ob die gewählten gesetzlichen Maßnahmen geeignet, erforderlich und angemessen sind. Das neue Gesetz wird zum Experiment mit unsicherem Ausgang. Durch die Prognoseunsicherheit muss bei der experimentellen Gesetzgebung von vornherein mit der Notwendigkeit einer Nachbesserung gerechnet werden. Der Gesetzgeber hat eine Pflicht zur Rechtsetzung auf Probe.¹¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht billigt ausdrücklich die experimentelle Gesetzgebung und lässt eine stufenweise, konkreter werdende Regelung zu, wenn sich der Gesetzgeber

*„bei Neuregelungen eines komplexen Sachverhalts zunächst mit einer gröber typisierenden und generalisierenden Regelung begnügt, um diese nach hinreichender Sammlung von Erfahrung allmählich durch eine entsprechend fortschreitende Differenzierung zu verbessern“.*¹¹⁷

¹¹⁶ Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 593; BVerfGE 43, S. 291, 317; Horn, Experimentelle Gesetzgebung, 1989, S. 34; Rossnagel, ZRP 1992, 55, 57.

¹¹⁷ BVerfGE 54, S. 11, 37.

Eine angemessene Frist und ein zeitlicher Anpassungsspielraum wird dem Gesetzgeber zugestanden.¹¹⁸ Der Gesetzgeber ist somit berechtigt Konzepte zu erproben, muss aber Fehlprognosen nachbessern.¹¹⁹ Im Gesetzgebungsverfahren muss der Gesetzgeber vertretbare Prognosen und nicht falsifizierte Erfahrungssätze einsetzen.

(23) Die Pflicht des Gesetzgebers zur sorgfältigen Prognose

Der Gesetzgeber hat die Eignung gesetzgeberischer Maßnahmen auf Grund einer verlässlichen Prognose abzusichern. In seinem Mitbestimmungsurteil¹²⁰ hat das Bundesverfassungsgericht die Prognosepflicht des Gesetzgebers konkretisiert. Über die Auswirkung eines Gesetzes werden im Rahmen der Meinungsbildung zahlreiche Prognosen aufgestellt, die keine gesicherte Gesamtprognose entgegen gehalten werden kann. Die Ungewissheit über die Auswirkung eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann die Ungewissheit nicht schon als solche ausreichen, einen Prognosespielraum des Gesetzgebers einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu entziehen. Die Auswirkungen eines Gesetzes müssen nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit übersehbar sein. Der Gesetzgeber muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können.¹²¹

(24) Die Pflicht zur Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung und der Nachbesserung bei Fehlprognosen

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Entwicklung der Wirkung gesetzlicher Maßnahmen zu beobachten. Es ist die Pflicht zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung.¹²² Zur Nachbesserung ist der Gesetzgeber verpflichtet, wenn eine gesetzgeberische Einschätzung auf einer Fehlprognose beruhte. Eine gesetzliche Maßnahme ist nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil sie von einer Fehlprognose ausgeht.¹²³ Der Gesetzgeber ist vielmehr verpflichtet, eine

¹¹⁸ BVerGE 54, S. 137, 202.

¹¹⁹ Sachs, GG-Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20, Anm. 151.

¹²⁰ BVerfGE 50, 299 (Mitbestimmungsurteil).

¹²¹ BVerfGE 50, 333 (Mitbestimmungsurteil).

¹²² 7 BVerfGE 60, 1, 55, Urteil v. 15.12.1983.

¹²³ BVerfGE 30, 250, 263, NJW 1971, 1603.

etwaige Fehlprognose nach der Erkenntnis über die tatsächliche Entwicklung durch die Aufhebung oder Änderung gesetzlicher Regelungen zu korrigieren. Dazu ist dem Gesetzgeber die Möglichkeit einzuräumen, sich Gewissheit über die Richtigkeit seiner Prognosen zu verschaffen.¹²⁴ Nach dieser Rechtsprechung ist der Gesetzgeber zum besseren Gesetz verpflichtet und damit zur Aktualisierung der Rechtslage.¹²⁵ Im Übrigen ergibt sich aus der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung zur experimentellen Gesetzgebung auch ein Verfahren für Normadressaten, Rechtsänderungen durch eigene Initiativen anzustreben. Die Rechtsprechung gibt Hinweise zur erfolgreichen Lobbyarbeit. Wem es gelingt, die Erfahrungssätze zu widerlegen, mit denen die Prognosen zur Wirkung eines Gesetzes im Gesetzgebungsverfahren begründet wurden, kann den Gesetzgeber zur Nachbesserung und zur Korrektur der Fehlprognosen drängen. Die experimentelle Gesetzgebung wird inzwischen v. a. auf europäischer Ebene praktiziert. Regelmäßig werden bei Verordnungen des Europäischen Parlaments und des Rates Revisionsklauseln aufgenommen. Nach diesen Revisionsklauseln überprüft die Kommission die Rechtsvorschriften und macht dem Europäischen Parlament und dem Rat die Auflage, entsprechende Berichte vorzulegen und ggf. Vorschläge für Rechtsvorschriften beizufügen. In den Berichten sollen Erfahrungen bei der Anwendung der jeweiligen Verordnung enthalten sein. Zum Beispiel enthält die Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (ReachVO) in Art. 138 mehrere Revisionsklauseln. Konkrete Regelungen der Reach-Verordnung werden genannt, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums überprüft und ggf. überarbeitet werden sollen. Zu prüfen ist z. B., ob die festgelegten Vorschriften geeignet sind, die angestrebten Ziele zu erreichen. Vor allem sollen neue wissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigt werden. Die EU-Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen enthält in Art. 73 ebenfalls eine Revisionsklausel. Danach hat die EU-Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 7.1.2016 und danach alle drei Jahre einen Bericht zur Überprüfung der Umsetzung der Richtlinie vorzulegen. Der Bericht umfasst u. a. eine Bewertung der Frage, ob ein Tätigwerden der Union durch Festlegung bzw. Aktualisierung unionsweit geltender Mindestanforderungen in Bezug auf Emissionsgrenzwerte

¹²⁴ BVerfGE 57, 193, 193, 162, NJW 1981, 2107; BVerfGE 50, 290, 335.

¹²⁵ Köck, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, VwArchV 2002, 1, 16.

sowie in Bezug auf Überwachungs- und Einhaltungsvorschriften für Tätigkeiten im Rahmen der in den drei vorhergehenden Jahren angenommenen BVT-Schlussfolgerungen erforderlich ist. Auch in deutschen Rechtsvorschriften gibt es mittlerweile Revisionsklauseln. So legt bspw. § 1 Abs. 2 Elektro- und Elektronikgerätegesetz fest, dass die Bundesregierung die abfallwirtschaftlichen Auswirkungen der Regelungen des Gesetzes spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Vorschrift überprüfen muss. Über das Ergebnis ihrer Prüfung muss sie dem Deutschen Bundestag und dem Bundesrat einen Bericht vorlegen.

(25) Die Aktualisierung von Verkehrssicherungspflichten

Wer alle öffentlich-rechtlichen Pflichten einhält, ist auch dann nicht sicher, wegen Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, weil er Unternehmensrisiken durch Verkehrssicherungspflichten abwenden muss, die gesetzlich nicht geregelt sind, die das Unternehmen jedoch auf Grund seiner eigenen Fachkenntnis kennt oder kennen muss. Der Gesetzgeber und die Verwaltung können nicht sämtliche Schadensrisiken eines Unternehmens erfassen. Das Unternehmen ist verpflichtet, durch Selbstregulierung in Form von Verkehrssicherungspflichten Risiken im Unternehmen abzuwenden. Diese Rechtslage gilt seit der Kupolofen Entscheidung des BGH.¹²⁶ Erkennt ein Unternehmen ein spezielles Risiko im Unternehmen, kann es nicht auf den Gesetzgeber oder auf die Behörde warten, sondern muss aus eigener Initiative das Risiko abwenden. Wer ein Risiko begründet, es beherrscht und davon profitiert, hat die Pflicht, den Verkehr vor dem drohenden Schaden zu schützen. Dem BGH genügt die bloße, nicht widerlegte Vermutung einer Schadensursache, um eine Verkehrssicherungspflicht anzunehmen und einen durch die Verletzung dieser Pflicht verursachten Schadensersatzanspruch zu begründen. Diese Grundsätze wurden in der Hühnerpestentscheidung entwickelt.¹²⁷ Eine besondere Aktualisierungspflicht besteht bei Sicherheitsstandards. Existieren in einem Unternehmen zwei unterschiedliche Standards und wird ein Schaden verursacht, lässt sich der Vorwurf begründen, trotz Kenntnis eines höheren Sicherheitsstandards sei der Schaden dadurch entstanden, dass man einen niedrigeren Standard eingehalten hat. Bei der Aktualisierung der Risikolage ist deshalb im Unternehmen auf ein

¹²⁶ BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGZ 92, 143 ff., BB 1984, 1970 (Kupolofen-Entscheidung).

¹²⁷ BGH, 26.11.1989 – VI ZR 212/66; BGHZ 51, 91 (Hühnerpestentscheidung); FAZ, 2.3.2013, S. 20. (Turiner ThyssenKrupp-Fall).

Sicherheitsgefälle bei der Risikoabwehr zu achten. In der Hühnerpestentscheidung wurde die Schadensursache und der Schadensersatzanspruch mit der Vermutung begründet, statt der im Unternehmen praktizierten mechanischen Umfülltechnik habe man eine längst überholte manuelle Umfüllpraxis angewandt. Im Turiner Thyssen-Krupp-Fall wurde dem Standortmanagement zum Vorwurf gemacht, die Sicherheitstechnik beim Brandschutz nicht nachgerüstet zu haben, obwohl im Konzern an anderen Standorten der neuere Brandschutzstandard bekannt war. Der Standortmanager hatte den Tod von sieben Mitarbeitern zu verantworten und wurde inzwischen zu zehn Jahren Gefängnis wegen Mordes verurteilt.

Auch im Seveso-Fall wurde der Vorwurf des Organisationsverschuldens mit unterschiedlichen Sicherheitsstandards im Konzern begründet. Für den gleichen Produktionsvorgang wurden im gleichen Konzern unterschiedliche Ventile in Italien und in Deutschland eingesetzt, ohne die Ventile in Seveso nachzurüsten.¹²⁸

(26) Fazit

Die für die Organisation eines Unternehmens verantwortlichen Vorstände und Geschäftsführer müssen durch organisatorische Maßnahmen auf die sich ständig ändernde Rechtslage als auch die Änderungen der Sachlage im Unternehmen reagieren und die Rechtspflichten an die Änderungen durch die Gesetzgebung als auch an die Änderungen der Risikolage im Unternehmen anpassen. Es reicht nicht aus, die Rechtspflichten für den Normalbetrieb einmalig festzustellen. Die Aktualisierung der Rechtslage ist als ein ständiger ununterbrochener Prozess zu verstehen und zu organisieren.

(27) Anlage, A.6.2. Compliance-Ziele und Planungen zu deren Erreichung nach E DIN 37301¹²⁹

Konkretisiert wird die Pflicht zur Aktualisierung und A.6.2. Danach wird die Organisation verpflichtet, relevante Informationsdienste zu abonnieren, Vereinbarungen mit Rechtsberatern zu treffen, Gerichtsurteile zu überwachen, alle Compliance-Verpflichtungen der Organisation festzulegen und über einen Prozess zur regelmäßigen Aktualisierung des Dokuments zu verfügen.

¹²⁸ Koch/ Fahrenheit, Seveso ist überall – die tödlichen Risiken der Chemie, 1978.

¹²⁹ Seite 38 des Entwurfs.

(28) Kommentar zu: „6.4. Compliance-Risikobeurteilung“

Zur Risikoanalyse verweise ich auf die schon zitierte Rechtsprechung auf Seite 15. Hinzuweisen ist, dass nach der BGH-Rechtsprechung in der ISION-Entscheidung der Vorstand zur eigenen Risikoanalyse verpflichtet ist und sich nicht auf Risikoanalysen Dritte, wie zum Beispiel Ratingagenturen, verlassen darf.¹³⁰

Unter A.6.3 in der Kommentierung zur Compliance-Risikobeurteilung decken sich die Vorgaben der DIN ISO mit der festgestellten Rechtsprechung, wonach (S. 40 oben) Compliance-Risiko-Quellen zu definieren sind. Es handelt sich um alle Unternehmenssachverhalte, von denen ein Risiko ausgeht und dass ein Schaden verursachen kann, wenn das Risiko nicht präventiv durch der Einhaltung von Rechtspflichten abgewendet wird.

Die DIN ISO 37301 gibt vor, bei der Änderung von Sachverhalten die Rechtslage anzupassen, insbesondere die Compliance-Verpflichtungen. Hervorzuheben sind die beiden Absätze auf Seite 40 unten. Danach hat eine Organisation

„alle Compliance-Risiken abzudecken. Alle identifizierten Compliance-Risiken-Situationen unterliegen der Überwachung und Behandlung.“ Geschätzte finanzielle Konsequenzen der Non-Compliance sollten auf keinen Fall mit der Wahrscheinlichkeit des Auftretens multipliziert werden (in einem gegebenen Zeitraum), da dies das Szenario des ungünstigsten Falls herausrechnet und üblicherweise zu ungeeigneten Risikobehandlungsmaßnahmen führt. ISO 31000 enthält detaillierte Leitlinien zur Risikobeurteilung.

Dies entspricht der nach Gerald Schneider¹³¹ neuen Methode der Risikoabschätzung auch im Arbeitsschutzrecht, wonach den neusten technischen Regeln für die Annahme eines Risikos nicht auf Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß ankommen darf. Aus dieser Vorgabe der E DIN ISO 37301 lässt sich auch die Pflicht herleiten, ausnahmslos alle Sachverhalte zu untersuchen. Dies entspricht auch der Vorgabe unter A.4.1

¹³⁰ BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 (ISION-Urteil).

¹³¹ Gerald Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung, 2017, S. 96-100.

alles zu prüfen, was sie über ihre Organisation wissen, was sie wo, wann und warum tut.

(29) „8.2 Entwicklung der Kontrollen und Verfahren“

„A.8.1 Kontrollen“

Die DIN ISO 37301 unterscheidet unter A.8.1 die Kontrolle innerhalb des Unternehmens und die Kontrolle eingeschalteter Drittfirmen oder ausgegliederter Prozesse und berücksichtigt damit, dass die Mitarbeiter von Drittfirmen als Erfüllungsgehilfen rechtlich zu charakterisieren sind und einer gesteigerten Kontrolle zu unterwerfen sind. Im Vergleich zu den eigenen Mitarbeitern, die als Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB zu kontrollieren sind, gibt es bei Erfüllungsgehilfen keinen Entlastungsbeweis nach § 831 BGB.

(30) Kommentar zu: „Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach der Rechtsprechung“

Die Rechtsprechung hat seit dem Kutscher-Urteil von 1911¹³² die Kontrollregelung, insbesondere zur Oberaufsicht durch die Geschäftsleiter ständig konkretisiert. Erstmals hat das Reichsgericht den dezentralisierten Entlastungsbeweis zugelassen, wonach ein Geschäftsherr seine Pflicht zur Aufsicht auf höhere Angestellte delegieren kann, wenn er zur persönlichen Kontrolle wegen der Größe des Unternehmens nicht mehr in der Lage ist. Die zur Kontrolle beauftragten Angestellten muss er sorgfältig auswählen und überwachen. Durch die Delegation der Aufsichtspflicht wird er nicht frei, sondern bleibt zur Oberaufsicht verpflichtet. Er muss allgemeine Aufsichtsmaßnahmen treffen. Die praktische Aufsichtstätigkeit in Ausführung seiner Aufsichtsmaßnahmen kann er durch Aufsichtspersonen ausführen lassen. Die Aufsichtsperson führt die Aufsicht nach Weisungen des Geschäftsleiters. Für Fehler in der Aufsichtsmaßnahme haftet das Organ. Für Fehler bei der praktischen Aufsichtstätigkeit kann er sich durch den Nachweis der sorgfältigen Aufsicht und Auswahl entlasten. Die Pflicht zur allgemeinen Aufsichtsmaßnahme ist nicht delegationsfähig. Sie ist z. B. fehlerhaft, wenn sie den Risikofaktor der menschlichen Unzuverlässigkeit nicht berücksichtigt. Die allgemeine Aufsichtsmaßnahme muss das Organ selbst kennen, überprüfen, fortlaufend

¹³² RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).

kontrollieren und erforderlichenfalls verbessern. Die Oberaufsicht bleibt Chefsache.

Im **Heilsalz-Urteil** wurde die Oberaufsicht dahingehend konkretisiert, dass für Verantwortliche der Wirkungskreis zu beschreiben ist.¹³³

Nach dem **Asphaltvertiefungs-Urteil** ist durch die Oberaufsicht sicherzustellen, dass die Aufsichtsordnung vollzogen wird, angemessen ist, fortlaufend auf ihre Eignung zur Kontrolle erprobt wird und die zur Aufsicht bestellten Angestellten kontrolliert werden. Die bloße Bestellung zuverlässiger Personen ohne weitere Kontrollen reicht nicht aus. Versagen die Kontrollen, sind die Organe zum eigenen Eingriff und zum persönlichen Krisenmanagement verpflichtet, nämlich die Risiken abzufragen, sich melden zu lassen und aktiv einzugreifen.¹³⁴

Im **Kleinbahn-Urteil** wird die Oberaufsicht dahingehend konkretisiert, dass sie die Fähigkeit umfasst, geeignete Anordnungen zu treffen um drohende Schäden abzuwenden und die Risikosituation einzuschätzen. Verletzt wird die Oberaufsicht dann, wenn das Organ seinen angestellten Direktoren die Oberaufsicht zur selbstständigen Erledigung überlässt, so dass die Betriebsleitung selbstständig schalten und walten kann.¹³⁵

Im **Presseangriffs-Urteil** des BGH¹³⁶ und im Besitzdiener-Urteil¹³⁷ wird die Oberaufsichtspflicht dahingehend konkretisiert, dass Entscheidungen von großer Tragweite den Organen zur Entscheidung vorzulegen und zu überlassen sind. Die Vorlagepflicht gilt für alle Entscheidungen mit großer Tragweite und ruinöser Wirkung.

Im **Gießerei-Urteil** des BGH zur Oberaufsichtspflicht wurde für Produktionsbetriebe entschieden, dass durch Fertigungskontrollen noch im Zeitpunkt des Schadenseintritts zurückverfolgt werden kann, welcher Kontrolleur ein defektes Teil kontrolliert hat. Da ein Schadenseintritt immer an einem ungewissen Zeitpunkt droht, ist eine ständige Kontrolle ohne Unterbrechung für jeden eventuellen Schadensfall so einzurichten und zu

¹³³ RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil).

¹³⁴ RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil).

¹³⁵ RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil).

¹³⁶ BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).

¹³⁷ BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).

dokumentieren, dass sowohl die Kontrollen als auch die Kontrollaufsicht nachvollzogen werden können.¹³⁸

Nach dem **Propagandisten-Urteil** des BGH gehört zur Oberaufsichtspflicht, beim Einsatz gefährlicher Geräte die Gebrauchsanweisung zu beachten und die Risikofrüherkennungspflicht zu erfüllen, noch bevor ein Missetand beobachtet werden kann.¹³⁹

Nach dem **Schubstreben-Urteil** des BGH gehört zur Oberaufsichtspflicht, jeden verantwortlichen Pflichtenträger mit Namen zu benennen und im Vertreterplan einen namentlich genannten Ersatzmann zu dokumentieren. Ohne Namen und Vertreterplan müsste im Schadensfall der Entlastungsbeweis für alle Belegschaftsmitglieder geführt werden.¹⁴⁰

Das Verwaltungsgericht Frankfurt hat in seiner Entscheidung „**Stille Lasten**“ die Kontrollpflichten dahingehend konkretisiert, dass sich Vorstände gegenseitig ressortübergreifend kontrollieren müssen.¹⁴¹

Die untergesetzlich geregelten Kontrollpflichten

Nach DIN EN ISO 14001 Ziff. 4.6 ist das Umweltmanagementsystem der Organisation in festgelegten Abständen zu bewerten, um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen. Die Bewertung muss die Ergebnisse von internen Audits und die Beurteilung der Einhaltung von rechtlichen Verpflichtungen umfassen. Das gleiche gilt für EMAS. Nach OHSAS 18001 Ziff. 4.6 hat das oberste Führungsgremium Managementsysteme in der Organisation in festgelegten Abständen zu bewerten, um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen.

Zusammenfassend ergeben sich aus der E DIN ISO 37301 aus 7.4, 8.2, 9.1.1, 9.1.4 zur Organoberaufsicht, 9.2. zu Audits und 9.3c) zur Oberaufsicht

¹³⁸ BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil).

¹³⁹ BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).

¹⁴⁰ RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall).

¹⁴¹ VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand).

(31) Dokumentierte Informationen nach E DIN ISO 37301 A.7.5¹⁴²

Organisationspflichten zur Dokumentation nach der Rechtsprechung

In seiner **Hühnerpestentscheidung** hat der BGH die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr und damit die indirekte Pflicht zur Dokumentation begründet. Trotz Impfung mit einem Hühnerpestserum kam es zum Schaden durch die wider Erwarten auftretende Hühnerpest. Die Schadensursache blieb ungeklärt. Sachverständige äußerten lediglich Vermutungen, die das Produktionsunternehmen nicht widerlegen konnte, weil es an einer Dokumentation über Risikoanalysen fehlte. Unterlassen hatte das Unternehmen nicht nur die Risikoanalysen, sondern auch die Selbstregulierung durch Verkehrspflichten.¹⁴³ Selbst wenn alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind und trotzdem ein Schaden eingetreten ist, kann ein Unternehmen trotzdem für den Schaden haften, weil es zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten verletzt hat. Zusätzlich zu allen öffentlich-rechtlich geregelten Risiken sind alle Risiken zu erfassen, die durch zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten abzuwenden sind. Ein Unternehmen ist zur Selbstregulierung der Risikoabwehr dann verpflichtet, wenn Risiken im Unternehmen verursacht, beherrscht werden können und wenn das Unternehmen davon profitiert.

Das **Kupolofen-Urteil** des BGH ist die Grundsatzentscheidung zur dieser Rechtslage.¹⁴⁴ Das Unternehmen muss beweisen, dass die von seinem Grundstück ausgehenden Immissionen sich im Rahmen einer ortsüblichen Benutzung seines Grundstücks gehalten haben und dass die wirtschaftlich zumutbaren Vorkehrungen vom Unternehmen getroffen wurden. Auch außerhalb eines Nachbarschaftsverhältnisses muss ein Unternehmen grundsätzlich alle denkbaren schädlichen Immissionen fernhalten. Unternehmen müssen Risiken abwehren, auch wenn sie nicht gesetzlich geregelt sind, die sie aus eigener Erfahrung kennen oder kennen müssen. Der BGH geht grundsätzlich davon aus, dass nicht alle Risiken gesetzlich geregelt sind, weil der Gesetzgeber nicht sämtliche Schadensrisiken eines Unternehmens erfassen kann. Die Rechtsprechung hat die zivilrechtlichen

¹⁴² Seite 44.

¹⁴³ BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Entscheidung).

¹⁴⁴ BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143 ff., BB 1984, 1970 (Kupolofen-Entscheidung).

Verkehrssicherungspflichten durch Rechtsfortbildung aus den deliktischen Haftungstatbeständen nach § 823 Abs. 1 BGB seit dem Kutscher-Urteil von 1911 entwickelt.¹⁴⁵ In der Kupolofen-Entscheidung wird die Beweislastumkehr bestätigt. In Einzelfallentscheidungen haben das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof einzelne Organisationspflichten für Unternehmen entwickelt, wonach Organisationspflichten erstens angeordnet, zweitens angewendet, drittens nachgewiesen und viertens ständig verbessert werden müssen.¹⁴⁶ Im Zusammenhang mit der Dokumentationspflicht ist hervorzuheben, dass in allen Entscheidungen zum Organisationsverschulden die Pflicht zum Nachweis der gesamten Unternehmensorganisation nachgewiesen und deshalb dokumentiert werden muss. Selbst wenn alle Organisationspflichten erfüllt wären, aber wegen fehlender Dokumentation kein Nachweis erbracht werden könnte, würde der Vorwurf des Organisationsverschuldens aus Beweisnot nicht widerlegt werden können.

In seiner **Wissensaufspaltungsentscheidung**¹⁴⁷ hat der BGH die Dokumentationspflichten konkretisiert. Danach ist nicht das persönliche „präsenste Wissen“ von Mitarbeitern, sondern das „typischerweise aktenmäßige festgehaltene Wissen“ zu dokumentieren. Es sind die Informationen zu speichern, die später rechtserheblich werden können und zwar beurteilt zum Zeitpunkt der Wahrnehmung, nicht erst nach einem späteren Wissenstand und umso länger, je erkennbar wichtiger ein Umstand ist.¹⁴⁸ Die Nutzung eines Pflichtwissens eines Unternehmens steht nicht in seinem „Belieben“. Zu dokumentieren sind alle Informationen, die der Rechtsverkehr von einem Unternehmen als dokumentiertes Aktenwissen erwarten und was später einmal rechtserheblich werden kann.¹⁴⁹ Zu organisieren ist die Verfügbarkeit rechterheblicher Informationen. Verletzt ein Unternehmen diese Organisationspflicht, muss es sich materiell rechtlich so behandeln lassen, als habe es von der Information Kenntnis.¹⁵⁰ Seit der Grundsatzentscheidung zur Wissensaufspaltung kann sich kein Organ eines Unternehmens mit seiner Unkenntnis von rechtserheblichen Informationen entlasten.

¹⁴⁵ RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).

¹⁴⁶ Rack, Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen, CB 2014, 145.

¹⁴⁷ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 32, 35; BB 1996, 924 (Wissensaufspaltungsentscheidung).

¹⁴⁸ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924

¹⁴⁹ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.

¹⁵⁰ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.

(32) Die untergesetzlichen freiwilligen Regelungen zur Dokumentation

Nach der DIN EN ISO 14001 ist nach Ziff. 4.3.1 die Organisation zu dokumentieren und auf dem neuesten Stand zu halten. Das gleiche gilt für EMAS. Nach OHSAS 18001 muss die Organisation die Lenkungsmaßnahmen dokumentieren und aufbewahren – nach DIN EN ISO 5001 Ziff. 4.3 ist die Organisation zu dokumentieren. Nach DIN EN ISO 14001 gem. Ziff. 4.5.2 muss die Organisation Aufzeichnungen über die Ergebnisse ihrer regelmäßigen Bewertungen aufbewahren. Das gleiche gilt nach DIN EN ISO 5001 gem. Ziff. 4.6.2 und nach DIN ISO 9001 c). Nach dem Leitfaden „Arbeitsschutzmanagementsysteme“ sollen Verfahren zur Überwachung, Messung und Aufzeichnung der Arbeitsschutzleistungen entwickelt, eingeführt und in regelmäßigen Abständen überprüft werden. Insgesamt lassen sich über die untergesetzlichen Regelwerke und freiwilligen Zertifizierungssysteme alle sechs Organisationspflichten nachweisen und bilden dementsprechend einen einheitlichen Standard, durch den die Organisationspflichten erfüllt werden.

Hervorzuheben ist, dass die Dokumentation der Beweissicherung dient, weil Organe die Beweislast tragen, dass sie sämtliche Pflichten des Unternehmens erfüllt haben. Die Erfüllung ihrer Legalitätspflichten müssen Vorstände und Geschäftsführer beweisen.

Zusammenfassend ergeben sich Pflichten zur Dokumentation aus E DIN ISO 37301 aus der Einleitung 3. Absatz, 6.4, 7.5, 9.1.5.