

Compliance Berater

11 / 2021

Betriebs-Berater Compliance

28.10.2021 | 9.Jg
Seiten 401–452

EDITORIAL

Geldwäsche – das Schlimmste steht uns noch bevor | I
Jacob Wende

AUFSÄTZE

Rechtlicher Rahmen für Wertpapiergeschäfte behördlicher Mitarbeiter | 401
Sebastian de Schmidt und Alida Gölz

Die Europäisierung der MaComp | 406
Prof. Dr. jur. Dieter Krimphove

Der neue Geldwäschestraftatbestand: Folgen für die Anti-Geldwäsche-Compliance privilegierter Güterhändler | 410
Dr. Timo Handel

Die Empfehlungen der EBF zu effektiveren Anti-Geldwäsche-Maßnahmen | 416
Dr. Dr. Fabian Teichmann und Marie-Christin Falker

Digitalisierung von KYC-Prozessen | 420
Salvatore Saporito

Auf dem Weg zum Chief Sustainability Officer (CSO) – Teil 2 | 425
Dr. Marc Ruttloff, Prof. Dr. Eric Wagner, Dr. Marcus Reischl und Dr. Christoph Skoupil

Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durch die neue DIN ISO 37301 | 433
Dr. Manfred Rack

RECHTSPRECHUNG

BGH: Geldwäschebekämpfung – Anforderungen an die Identitätsüberprüfung eines für unbekannte Erben tätigen Nachlasspflegers | 438

OLG Stuttgart: Anfechtung einer Aufsichtsratswahl wegen Treuepflichtverstößen | 442

LAG Hamm: Keine Entschädigung wegen Mobbing | 446

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA*

Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durch die neue DIN ISO 37301

Aus der neuen DIN ISO 37301 ergeben sich sechs Organisationspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Organe eines Unternehmens, die sich auch aus etwa 60 Einzelfallentscheidungen des BGH zum Organisationsverschulden ableiten lassen. Diese Konkretisierung von Organisationspflichten liefert Rechtssicherheit, die aus aktuellem Anlass dringend erforderlich ist. Gesetzlich neu geregelt ist nämlich die Pflicht des Vorstands nach § 91 Abs. 3 AktG zur Einrichtung eines Kontroll- und Risikomanagementsystems, allerdings ohne Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung dieser Pflicht. Gezeigt werden soll im Folgenden, dass diese offengelassene Regelungslücke nach dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) sich durch die neue DIN ISO 37301 in Verbindung mit der Rechtsprechung des BGH schließen lässt.

I. Übereinstimmung zwischen Rechtsprechung und DIN ISO 37301 zur Unternehmensführungspflicht

Die neue DIN ISO 37301 beinhaltet sechs Organisationspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Organe eines Unternehmens¹: Unternehmenspflichten sind zu ermitteln, Ressourcen zur Erfüllung bereitzustellen, an Verantwortliche zu delegieren, zu aktualisieren, zu bewerten und zu dokumentieren.² Verstöße gegen Compliance-Verpflichtungen der Organisation lassen sich dadurch vermeiden oder minimieren.³ Beweisen lassen sich „die Einhaltung relevanter Gesetze einschließlich legislativer Anforderungen, Industrievorschriften und Organisationsnormen sowie die Normen der guten Unternehmensführung“. Nach A.4.4 der DIN ISO 37301 dient das Compliance-Management dazu, Non-Compliance zu verhindern, zu erkennen und darauf zu reagieren.

Die gleichen sechs Organisationspflichten ergeben sich auch aus etwa 60 Einzelfallentscheidungen des BGH zum Organisationsverschulden. Damit erweist sich die DIN ISO 37301 als kodifizierte Rechtsprechung. Vorgaben aus DIN-Normen erzeugen als Selbstregulierungsvorschriften für Unternehmensleiter eine faktische Bindungswirkung ebenso wie die höchstrichterliche Rechtsprechung. Folgen Unternehmensleiter den rechtlichen Vorgaben aus der DIN ISO 37301 und den verallgemeinerungsfähigen Einzelfallentscheidungen des BGH, vermeiden sie präventiv den Vorwurf des Organisationsverschuldens und begründen ein Indiz für die Vermutung, ihre Legalitätspflicht erfüllt zu haben. Die Konkretisierung von Organisationspflichten liefert Rechtssicherheit, die aus aktuellem Anlass dringend erforderlich ist. Gesetzlich neu geregelt ist nämlich die Pflicht des Vorstands nach § 91 Abs. 3 AktG zur Einrichtung eines Kontroll- und Risikomanagementsystems, allerdings ohne Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung dieser Pflicht, die der Gesetzgeber durch das FISG dem Leitungsermessen des Vorstands überlassen hat. Rechtsunsicherheit ist das Ergebnis.

Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems (CMS) ergibt sich zuletzt aus der Panzerhaubitzen-Entscheidung des BGH⁴ sowie aus vier weiteren Entscheidungen, die Schadensersatzansprüche mit dem Unterlassen eines CMS begründet haben.⁵

Nach der Regelung des Anwendungsbereichs der DIN ISO 37301 in Ziffer A.1 gilt die Vorschrift 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.

Die DIN ISO 37301 geht damit von einer branchenunabhängigen Pflicht zur Organisation aus.

Dementsprechend hat der BGH zuvor schon fünfmal entschieden, dass es auf die Größe des Unternehmens für die Ausgestaltung der Organisationspflichten nicht ankommt.⁶

II. Die Ermittlung der Unternehmenspflichten

Als erste Organisationspflicht gilt die Ermittlung aller Unternehmenspflichten zur Abwendung der im Unternehmen verursachten Risiken.

* Der Verfasser ist Mitglied im Normenausschuss ISO 37301.

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

2 DIN ISO 37301, 6.2b-f und 6.3.

3 Einleitung 3, DIN ISO 37301 v. April 2020.

4 BGH, 9.5.2017 – I StR 265/16 – Panzerhaubitzenfall.

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

6 RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914 (1914) S. 759 – Warenhaus; RG, 14.12.1911 – VI 75/11; RG, 28.11.1919 – III 194/13, RG Warn. 1914 35 S. 50 – Neuzement; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11 S. 151 – Zinkdach; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon.

Das Informationsmanagement nach der Rechtsprechung von RG und BGH gibt vor, „in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszus schöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen.“⁷ Seit über 100 Jahren verpflichtet die höchstrichterliche Rechtsprechung, Organe zur Informationsbeschaffung im Unternehmen.⁸ Vorstände können sich nicht auf Unkenntnis berufen.⁹ In der Wissensaufspaltungsentscheidung des BGH werden Vorstände verpflichtet alle für das Unternehmen rechtserheblichen Informationen zu speichern, weiterzuleiten und von den Verantwortlichen abfragen zu lassen.¹⁰

Die Rechtsprechung zur Risikoanalyse von Sachverhalten ergibt sich aus der Entscheidung des BGH im ISON-Fall, wonach der Vorstand zur eigenen Risikoanalyse verpflichtet ist und sich nicht auf die Analysen Dritter verlassen darf.¹¹

Dieser ständigen Rechtsprechung entspricht die Verpflichtung nach DIN ISO 37301 in A.4.1 zum Informationsmanagement, nämlich „alles zu prüfen, was sie über ihre Organisation wissen: was sie wo, wann und warum tut.“

Nach A.4.1 sind Risiken, die durch andere Faktoren entstehen durch relevante zukünftige Entwicklungen mit möglichen Auswirkungen zu berücksichtigen.

Diese Vorgabe entspricht der Rechtsprechung des BGH zu Verkehrssicherungspflichten, wonach auch gesetzlich nicht geregelte Risiken von denjenigen zu erfassen sind, die die Risikoquelle eröffnen, sie beherrschen und davon profitieren¹²

Die entsprechende Organisationspflicht, alle Unternehmenspflichten zu ermitteln, ergibt sich aus 6.3, wonach die Organisation „aus ihren Aktivitäten, Produkten und Dienstleistungen resultierende Compliance-Verpflichtungen zu identifizieren und ihre Auswirkung auf ihren Betrieb zu beurteilen“ hat. Diese Vorgabe ist so zu verstehen, dass die Unternehmenssachverhalte danach zu untersuchen sind, welche Pflichten sie für das Unternehmen auslösen.

Die entsprechende Vorgabe aus der DIN ISO 37301 ergibt sich aus A.6.3, wonach „alle Compliance-Risiken abzudecken sind. 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, da dies das Szenario des ungünstigen Falls herausrechnet und üblicherweise zur ungeeigneten Risikobehandlung führt.“ Aus dieser Vorgabe lässt sich die Pflicht herleiten, ausnahmslos alle Sachverhalte zu untersuchen, was auch der Vorgabe nach A.4.1. entspricht.

III. Die Pflicht zur Delegation

Nach der Ermittlung der Unternehmenspflichten sind diese an Mitarbeiter des Unternehmens zu delegieren, weil die wenigen Vorstände nicht in der Lage sind alle Unternehmenspflichten zu erfüllen, sondern sich auf die Oberaufsicht beschränken müssen, die sie allerdings nicht delegieren können.

Aus der DIN ISO 37301 ergibt sich die Pflicht zur Delegation insbesondere an Beauftragte mit Stabsfunktion aus 5.1.2, 5.1.3 und 5.3.2 an Organe, unter anderem die oberste Leitung aus Ziffer 5.1.1 und 5.1.3, an die Verantwortlichen für die Erfüllung der Unternehmenspflichten aus 5.3.2.

IV. Die Pflicht zur Aktualisierung

Die Pflicht zur Aktualisierung der Rechtspflichten im Unternehmen wird in zwei BGH-Entscheidungen konkretisiert.¹³

Die Pflicht zur Aktualisierung nach der DIN ISO 37301 ergibt sich aus den Ziffern 6.3, 6.4, 6.3a und b, 6.4 und aus dem Anhang A.6.2.

V. Die Pflicht zur Kontrolle

Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach der Rechtsprechung wird in neun Urteilen konkretisiert.¹⁴

Die Kontrollpflichten ergeben sich aus der DIN ISO 37301 aus den Ziffern 8.2, 9.1.1, 9.1.4, 9.3c zur Organoberaufsicht und 9.2 zu Audits.

VI. Die Pflicht zur Dokumentation

Die Organisationspflicht zur Dokumentation ergibt sich ebenfalls aus Hühnerpest-Entscheidung des BGH,¹⁵ mit der die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr und damit die indirekte Pflicht zur Dokumentation begründet wird. Die von Sachverständigen geäußerte Vermutung zur Schadensursache konnte das Produktionsunternehmen nicht widerlegen, weil es an einer Dokumentation über die Risikoanalysen fehlte.¹⁶ In allen Entscheidungen zum Organisationsverschulden hat der BGH die Pflicht zum Nachweis der gesamten Unternehmensorganisation mit der Dokumentationspflicht begründet. Selbst wenn alle Organisationspflichten erfüllt wären, aber wegen fehlender Dokumentation kein Nachweis erbracht werden könnte, würde der Vorwurf des Organisati-

7 BGH, 14.7.2008 – II ZR 202/07, Leitsatz a) – IKB; BGH, 18.6.2013 – II ZR 86/11, BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253; Goette, Festschrift 50 Jahre BGH, S. 123, 140.

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

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

10 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 35 – Wissensaufspaltung.

11 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 – ISON.

12 BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143 ff., BB 1984, 1970 – Kupofofen-Entscheidung.

13 BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BB 2003, 273, NJW 2003, 358 ff. – Kurzarbeiter-Fall; BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 – Hühnerpest-Entscheidung.

14 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 – Kutscher; RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz; RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 – Asphaltvertiefungs; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 – Presseanriff; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 – Besitztidiener; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 – Propagandisten; RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 – Neuzement; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 – Fuhrwerk; 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.

15 BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51 S. 91 – Hühnerpest-Entscheidung.

16 BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51 S. 91 – Hühnerpest-Entscheidung.

onsverschuldens aus Beweisnot nicht widerlegt werden können.¹⁷ In der Wissensaufspaltungs-Entscheidung hat der BGH die Dokumentationspflichten konkretisiert, wonach „typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen“ zu dokumentieren ist. Alle Informationen sind zu speichern, die zu einem späteren Zeitpunkt rechtserheblich werden könnten.¹⁸

Entsprechend dieser Rechtsprechung ergibt sich die Organisationspflicht zur Dokumentation aus der Einleitung der DIN ISO 37301 im dritten Absatz und aus den Ziffern 6.4, 7.5, 9.1.5.

Die Pflicht zur Dokumentation lässt sich schließlich indirekt aus der gesetzlichen Beweislastregelung für Organe nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG ableiten.

VII. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Organisationsverschulden als Rechtsquelle durch faktische Bindung

Urteile des BGH sind faktisch bindend, was sich aus der Prozessordnung ergibt. Gerichte sind regelmäßig an die Urteile höherer Gerichte, diese an frühere Rechtsprechung gebunden. Die unteren Gerichte sind zur Vorlage bei oberen Gerichten verpflichtet. Weichen sie ab, werden die instanzlichen Urteile aufgehoben und mit entsprechenden inhaltlichen Vorgaben zur erneuten Entscheidung nach § 563 Abs. 2 ZPO zurückverwiesen. Gerichte der zweiten Instanz müssen die Revision zulassen, wenn sie von einer Entscheidung der obersten Bundesgerichte desselben Gerichtszweigs abweichen.¹⁹ Höchststrichterliche Entscheidungen haben gesetzesähnliche Wirkung auf alle gleichgelagerten Fallgruppen und damit auf Gesellschaft und Staat.²⁰ Auf diese Weise werden alle Gerichtsurteile zum Organisationsverschulden und zur Organisationspflicht für die Praxis der Unternehmensführung verbindlich. Weichen Vorstände von dieser Rechtsprechung ab und kommt es zum Schaden, können sich die Geschädigten auf die Rechtsprechung im Einzelfall und die Verletzung der jeweiligen Organisationspflicht berufen. Vorständen und Geschäftsführern ist deshalb zu empfehlen, die Organisationspflichten aus der BGH-Rechtsprechung einzuhalten. Vorstände tragen das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.

VIII. Die Bindungswirkung von DIN-Normen

Die Bundesrepublik hat mit Vertrag vom 5.6.1975 sich verpflichtet, die DIN als zuständige Normenorganisation anzuerkennen, während das DIN sich seinerseits verpflichtet, das öffentliche Interesse bei der Normung zu berücksichtigen und darauf zu achten, dass die Normen bei der Gesetzgebung der Verwaltung und im Rechtsverkehr als Umschreibung technischer Anforderungen herangezogen werden.²¹ DIN-Normen entwickeln die Tendenz zur faktischen Geltung.²² Normensetzungswünsche der Regierung werden unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses regelmäßig beachtet. Wer DIN-Normen einhält, folgt der Selbstregulierung einer Berufsgruppe. Es wird ein Indiz dafür begründet, dass die Sorgfaltspflichten des jeweiligen Verkehrskreises eingehalten werden. Die DIN-Normen geben das Expertenwissen als „geronnene“ Erfahrung wieder.²³ Die Auffassung von der Indizwirkung untergesetzlicher Regelwerke lässt sich ebenfalls auf die Konkretisierung von Organisationspflichten anwenden.²⁴ Die DIN-Normen binden insoweit, als Richter, die von der Norm abweichen, diese Abweichung begründen und im Rahmen der Sorgfaltspflichtbestimmung den eigenen Erkenntnisstand über das Erfahrungswissen offenlegen müssen.²⁵

Im Ergebnis vermeiden Vorstände und Geschäftsführer den Vorwurf des Organisationsverschuldens, wenn sie die BGH-Rechtsprechung zu den Organisationspflichten in Einzelfällen und die Vorgaben der DIN ISO 37301 einhalten. Die Bindungswirkung der DIN ISO 37301 ergibt sich somit aus dem Umstand, dass für die oberste Leitung eines Unternehmens der international geltende Sorgfaltsmaßstab für die Unternehmensführung zu Erfüllung der Legalitätspflicht bestimmt ist. Diese Bindungswirkung wird noch dadurch verstärkt, dass nachweislich die Vorgaben zur Unternehmensorganisation sich mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einzelfällen deckt und damit einen konkreten Sorgfaltsmaßstab liefert.

IX. Die Lückenfüllerfunktion der DIN ISO 37301 für die neue Regelung in § 91 Abs. 3 AktG

Neu gesetzlich geregelt ist durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) die Pflicht zur Einrichtung eines Kontroll- und Risikomanagementsystems in § 91 Abs. 3 AktG. Eine gesetzliche Pflicht fehlte bisher. Von Vorteil ist der Fortschritt einer gesetzlichen Regelung insofern, als die Begründung der Pflicht zum CMS nicht mehr aufwendig methodisch aus einer Gesamtanalogie mehrerer gesetzlicher Vorschriften und aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung hergeleitet werden muss. Von Nachteil ist allerdings das Defizit der Regelung, dass nämlich die Ausgestaltung der Pflicht dem Leitungsermessens des Vorstands überlassen wird.²⁶ Der Vorteil der gesetzlichen Regelung wird unmittelbar wieder geschmälert, wenn der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Pflicht erstens offen lässt und zweitens dem selbst verpflichteten Vorstand überlässt. Vom Umfang der Geschäftstätigkeit und der Risikolage des Unternehmens soll die Pflicht abhängig gemacht werden.²⁷ Bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht sollen damit Vorstände auf ihre eigene Selbstkontrolle verwiesen werden, ob sie nämlich erstens sich legal verhalten und ob sie zweitens ausreichend auf ein legales Verhalten ihrer Angestellten hingewirkt und diese effizient überwacht haben. Ein Rechtsverstoß kann erstens auf ein vorwerfbares Einzelverhalten eines Angestellten aber auch zweitens auf ein Organisationsverschulden des Vorstands selbst zurückgeführt werden. Ein Organisationsverschulden kann dem Vorstand vorgeworfen werden, weil er es versäumt hat, die Unternehmenspflichten zu ermitteln, sie auf Verantwortliche zu delegieren, sie zu aktualisieren, auf ihre Erfüllung hin zu kontrollieren oder

17 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 – Kutscher; RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916) S. 1 – Heilsalz; BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4 S. 1 – Benzinfahrt; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11 S. 151 – Zinkdach; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960) S. 53 – Besizdiener; BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, S. 297 – LKW-Unfall; BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW (1968) S. 247 ff. – Schubstreben-Fall; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971) S. 1313 – Tiefbau-Unternehmer; BGH JZ 1978 (1978) S. 475 – Kfz-Werkstatt.

18 BGH, 22.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.

19 § 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ZPO; § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO; § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG.

20 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie 9. Auflage, Anmerkung 244, 248.

21 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 495.

22 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 539.

23 *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 421; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 540.

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

25 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 540.

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

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

schließlich den Beweis darüber nicht führen kann, dass er seine Legalitätspflicht erfüllt hat. Unbefangenes Überwachungsverhalten gegenüber sich selbst wird Vorständen nicht als selbstverständlich zuge-
traut.²⁸ Das Verhaltensmuster der Vorstände durch den Interessenkonflikt zwischen Legalitätspflicht und Selbstbelastungsrisiko ergibt sich als Muster aus einer Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen.²⁹ Angestellte haben sich mit Erfolg gewehrt, indem sie gegen den Vorstand den Vorwurf des Organisationsverschuldens erhoben haben, nachdem ihnen persönliche Pflichtverletzungen vorgeworfen wurden. Mit dieser Gegenwehr der Mitarbeiter müssen Vorstände immer dann rechnen, wenn sie sich gerichtlich mit Mitarbeitern über die Ursachen von Rechtsverstößen vor Gericht streiten. Auf das konzeptionelle Defizit des FISG zur Überwachung durch Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer weist zu Recht *Winkeljohann* hin. Es fehlt eine gesetzliche Pflicht zur Vollzugskontrolle durch Wirtschaftsprüfer des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems nach § 93 Abs. 3 AktG.³⁰

X. Die Abwendung des Risikos der Selbstbelastung durch eigenes Organisationsverschulden

Mit dem Einsatz eines CMS wendet der Vorstand das Risiko des Vorwurfs eigenen Organisationsverschuldens ab, das er möglicherweise selbst aufdecken müsste, weil eigene Angestellte den Vorwurf des Organisationsverschuldens erheben, um sich selbst zu entlasten. Ohne den Einsatz eines CMS wird regelmäßig bei einem Rechtsverstoß vermutet, dass er mit einem Compliance-System hätte abgewendet werden können. Wird ein Compliance-System dagegen nachweislich praktiziert, können Vorstände regelmäßig nachweisen, dass die Ursache für einen Rechtsverstoß nicht ihr eigenes Organisationsverschulden sein konnte. Mit dem Nachweis, alle Vorgaben der DIN ISO 37301 eingehalten zu haben, wird das Indiz begründet, die im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflichten bei der Unternehmensführung eingehalten zu haben.

XI. Die Ausgestaltung der Pflichten nach § 91 Abs. 3 AktG als rechtlich gebundene Entscheidung

Aus der Bindungswirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Indizwirkung der DIN ISO 37301 ergibt sich, dass die Entscheidung über die Ausgestaltung des Kontroll- und Risikomanagementsystems keine „unternehmerische Entscheidung“ i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, sondern eine rechtliche gebundene Entscheidung ist. Wenn der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung die Ausgestaltung der Pflichten nach § 91 Abs. 3 AktG dem Leitungsermessen des Vorstands überlässt, darf die rechtliche Bindung an eine DIN Norm zur Unternehmensleitung und die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden nicht übersehen werden. Vorstände sind vor der Illusion zu bewahren, die Pflicht nach § 91 Abs. 3 AktG sei eine unternehmerische Entscheidung, ohne die Haftungsfolgen für Schadensersatz durch Organisationsverschulden nach § 93 AktG. Vorstände sind bei ihrem Leitungsermessen zwar nicht durch das Gesetz aber faktisch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die DIN ISO 37301 bei der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht zur Unternehmensführung gebunden. Das Defizit und der Nachteil der Neuregelung in § 91 Abs. 3 AktG besteht darin, dass der Gesetzgeber diese folgenreiche Pflicht des Vorstands durch unbestimmte Rechtsbegriffe und die Generalklausel regelt, die Systeme müssten „angemessen und wirksam“ sein. Eine Generalklausel gilt als ein Stück offen

gelassene Gesetzgebung. Der Gesetzgeber delegiert den Inhalt der Pflicht zur Ausgestaltung eines Kontroll- und Risikomanagementsystems an den Verpflichteten selbst. Kritisch wird diese Art der Regelung auch als Flucht in die Generalklauseln beschrieben.³¹ Der Gesetzgeber erhöht damit die Rechtsunsicherheit für Unternehmen und deren Vorstände, wenn er eine Pflicht vorgibt, aber nicht regelt, was er von Vorständen zur Erfüllung der Pflicht erwartet, um die drastischen Schadensersatzansprüche nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zu vermeiden. Nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts müsste dem Parlament die Normsetzung vorbehalten bleiben. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (Wesentlichkeitstheorie)³² und sie nicht den verpflichteten Normadressaten selbst zu überlassen. Im Ergebnis delegiert der Gesetzgeber die Normsetzung an Gerichte, wodurch eine erhebliche Rechtsunsicherheit verursacht wird, weil die von Generalklauseln unbestimmten Rechtsbegriffen betroffenen Normadressaten bis zu einer höchstrichterlichen Einzelfallentscheidung im Unklaren bleiben, was der Gesetzgeber als Vorkehrung von angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystemen erwartet. Vorstände setzen sich Schadensersatzansprüchen aus, die das Unternehmen durch den Aufsichtsrat gegen sie geltend machen und mit dem Unterlassen eines CMS begründen kann.³³ Vorstände können dadurch Opfer der gesetzgeberisch verursachten Rechtsunsicherheit werden. Als der sicherere Weg bietet sich die Einhaltung der Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden und die Einhaltung der Mussvorschriften nach der neuen DIN ISO 37301 zur Unternehmensführung an.³⁴

XII. Der Unterschied zwischen branchenunabhängigen Organisationspflichten und vom Unternehmenszweck abhängigen Pflichten

Zu unterscheiden sind die Organisationspflichten von den organisierten Pflichten. Die Organisationspflichten sind in allen Unternehmen gleich, die als juristische Personen geführt werden. Sie sind unabhängig von Unternehmenszweck, Produktion, Produkten, Größe und Mitarbeiterzahl. Unterschiedlich dagegen sind die Pflichten von Unternehmen, deren Einhaltung zu organisieren ist und die von Zweck, Branche und Produktion des jeweiligen Unternehmens abhängen. Die Organisationspflichten dagegen ergeben sich aus dem Umstand, dass Unternehmen als juristische Personen zwar Pflichtenträger sind, ihre Pflichten aber nicht selbst erfüllen können, sondern nur durch die Angestellten des

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

29 Urteile wie Fn. 5 und zuletzt ArbG Braunschweig, 25.7.2019 – 8 Ca 321/18 – VW-Umschaltlogikprogrammierung.

30 *Winkeljohann*, FAS, 12.7.2021, S. 16.

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

32 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Auflage, 2016, Anm. 254; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 13 Anm. 90 f. Grenzen der Rechtsfortbildung; BVerfGE 49, 86 (126) – Kalkar-Entscheidung.

33 Im Siemens-Neubürger-Streit wurde der ehemalige Vorstand zu 15 Mio. EUR Schadensersatz verurteilt, weil er die Anordnung eines wirksamen CMS unterlassen hat und deshalb Rechtsverstöße durch Unternehmensmitarbeiter verursacht wurde. Unter der damaligen Rechtslage fehlten gesetzlich geregelte Vorgaben zur Ausgestaltung eines CMS. LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, BB 2014, 850 m. BB-Komm. *Grützner*, BeckRS 2014, 17 – Neubürger.

34 Die DIN ISO 19600 als freiwillige Empfehlung enthielt die gleiche Struktur der sechs Organisationspflichten.

Unternehmens. Juristische Personen sind nicht wissensfähig, nicht handlungsfähig, nicht straffähig und können sich deshalb nicht selbst organisieren, sondern sind auf ihre Angestellten, insbesondere ihre Organe, die Vorstände und Geschäftsführer angewiesen. Diese Struktur ist allen juristischen Personen gleich. Aus ihr ergeben sich die gleichen Organisationsrisiken und damit auch die gleichen Organisationspflichten zu deren Abwendung. Es handelt sich um Verkehrssicherungspflichten. Die Größe eines Unternehmens ist die Risikoquelle, die zu beherrschen ist, und zwar durch Verkehrssicherungspflichten in Form von Organisationspflichten. Die Größe des Unternehmens ist als Risiko durch Organisation abzuwenden.³⁵ Auch Kleinunternehmen können Risiken begründen, gerade weil sie unterorganisiert sind und deswegen die Risiken begründen, die sie durch Organisation abwenden müssen. Dementsprechend gleichen sich CMS bei ihren Organisationspflichten und unterscheiden sich in den Pflichten, die sie durch organisatorische Maßnahmen, jeweils abhängig vom Unternehmen ermitteln, aktualisieren, delegieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren müssen. Verkannt wird dieser Unterschied, wenn die konkrete Ausformung der Organisationspflicht von der Größe, Branche, Struktur, Kapitalmarkt-zugang des jeweiligen Unternehmens für abhängig gehalten wird, wie der Gesetzgeber es im KonTraG erstmals wörtlich ausführt.³⁶ Daran hält der Gesetzgeber seitdem fest und versäumt es, die in allen juristischen Personen erforderlichen und immer gleichen Organisationspflichten gesetzlich zu regeln. Offenbar glaubt der Gesetzgeber deshalb, interne Kontrollsysteme und Risiko-Management-Systeme nicht allgemeinverbindlich durch gesetzliche Vorgaben regeln zu können.³⁷ Die regulatorische Zurückhaltung des Gesetzgebers³⁸ ist grundlos und nicht nachvollziehbar. Wenn der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Pflicht aus § 91 Abs. 3 AktG dem Leitungsmessen der Vorstände überlässt, dabei ihre Befangenheit bei der Organisation von Selbstkontrollen übersieht, verursacht er eine erhebliche Rechtsunsicherheit, indem er Vorstände zu Kontroll- und Risiko-Management-Systemen verpflichtet, die Ausgestaltung dieser Pflicht ihnen selbst überlässt. Im Streitfall entscheiden erst Gerichte, was nach einem Rechtsverstoß von den Vorständen des Unternehmens zu erwarten war, um den jeweiligen Rechtsverstoß organisatorisch abzuwenden. Diese offengelassene Lücke der Gesetzgebung hätte durch die bisherige Rechtsprechung zum Organisationsverschulden geschlossen werden können. Die bisherige DIN ISO 19600 als auch die neue DIN ISO 37301 hätten als Muster und Vorbild dienen können, die branchenunabhängigen Organisationspflicht zu regeln. Die Regelungslücke lädt zur Selbstregulierung durch DIN-Normen ein. Eine Lösung wäre es, entsprechend der gesetzgeberischen Praxis in vielen anderen Fällen, die DIN ISO 37301 zu zitieren und ihr dadurch Gesetzesrang zu verleihen.

XIII. Die Regelung der sechs Organisationspflichten in der höchstrichterlichen BGH-Rechtsprechung und in der DIN ISO 37301

Es lässt sich die These vertreten, dass sich in der DIN ISO 37301 die gleichen sechs Organisationspflichten wiederfinden, die sich auch aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ergeben. Die DIN ISO 37301 kann deshalb als Beleg dafür gelten, dass es branchenunabhängige Organisationspflichten gibt, die sich aus dem Umstand ergeben, dass Unternehmen als juristische Personen geführt werden, die gleichen Organisationsrisiken verursachen und durch die entsprechend gleichen Organisationspflichten abzuwenden sind.

Aus der Regelung des Anwendungsbereichs der DIN ISO 37301 nach Ziffer A.1 ergibt sich, dass die DIN-Normen für alle Arten von Organisationen gilt „ungeachtet der Art, der Größe und der Natur der Aktivität und unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche, private oder gemeinnützige Organisation handelt“.

Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass die Größe eines Unternehmens nicht entlastet. Mit der Größe eines Unternehmens wächst die Pflicht zur Organisation, eine allgemeine Aufsicht zur Organisation anzuordnen und die praktische Aufsicht an Aufsichtspersonen zu delegieren.³⁹

Übereinstimmung zwischen Rechtsprechung und DIN ISO 37301 ergibt sich für die Organisationspflicht, alles zu prüfen, was die Organisation wo, wann und warum tut nach Anhang A.4.1 und entspricht der Rechtsprechung zum Informationsmanagement⁴⁰, alle Pflichten im Unternehmen zu erfassen, zu speichern, weiterzuleiten und abfragen zu lassen.

XIV. Fazit

Im Ergebnis erweist sich die gesetzgeberische Zurückhaltung bei der Neufassung des § 91 Abs. 3 AktG als grundlos. Die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit ließe sich durch einen Verweis auf die neue DIN ISO 37301 schließen. Wer als Vorstand alle Pflichten seines Unternehmens ermitteln, delegieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren lässt, hat alles organisatorisch veranlasst, was von ihm zur Unternehmensorganisation erwartet werden kann.⁴¹

AUTOR



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

35 Matusche/Beckmann, Organisationspflichten, 2001, S. 66; Rack, CB 2014, 236; BGH, 13.5.1955, BGHZ 17, 2014, RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914 (1914) S. 759 – Warenhaus; RG, 14.12.1911 – VI 75/11; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11 S. 151 – Zinkdach; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon.

36 KonTraG, BT-Drs. 13/9712.

37 Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 66; Kremer/Klarhold, ZGR 2010, 113, 119.

38 Zu § 91 Abs. 3 AktG (FISG), BT-Drs. 9/21, S. 131.

39 RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914 (1914) S. 759 – Warenhaus; RG, 14.12.1911 – VI 75/11; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11 S. 151 – Zinkdach; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon.

40 BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 – Scheckinkasso; BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 36 – Wissensaufspaltung.

41 Eine umfassende Darstellung mit weiteren Belegen aus der Rechtsprechung zu Organisationspflichten findet sich auf der Homepage <https://rack-rechtsanwaelte.de/seiten/downloads> in der Broschüre „Die DIN ISO 37301:2020 als kodifizierte Rechtsprechung“.