

1.6 Legales Verhalten im Unternehmen als besonderes Organisationsrisiko

Für jede einzelne natürliche Person ist die Einhaltung von Rechtspflichten schon ein Problem. Es verstärkt sich in Unternehmen. Sie werden in aller Regel als juristische Personen organisiert. Sie sind wie natürliche Personen Träger von Rechtspflichten. Die Verantwortung von natürlichen Personen festzustellen, ist in aller Regel einfach. Nur eine Person trägt die Verantwortung und muss den drohenden Schaden erkennen, Schlüsse aus eigener Erfahrung auf mögliche Schäden ziehen. Im Unternehmen gibt es mehr Risiken, mehr Verantwortliche, ein höheres Schadenspotenzial, eine Vielzahl von Unternehmensangestellten kommt als Verursacher in Frage. Unternehmen stellen schon allein wegen ihrer Größe und ihrer Unübersichtlichkeit und ihrem gesteigerten Schadenspotenzial eine eigene Gefahrenquelle dar³⁵. Das Pflichtenmanagement eines Unternehmens wird zum Organisationsrisiko, das einen erhöhten Organisationsaufwand verursacht. Bezeichnend für ein Unternehmen ist es, dass das Management auch für das Verhalten der nachgeordneten Mitarbeiter verantwortlich gemacht wird. Der Vorwurf lautet, die Mitarbeiter seien nicht sorgfältig genug ausgewählt, unterrichtet und überwacht worden. Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Pflichten bedarf einer entsprechenden Organisation. Zu verweisen ist auf die gesetzlichen Regelungen in § 52 a BImSchG und § 73 AO³⁶.

Das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ hilft bei der Bewältigung dieses Organisationsaufwands. Sechs Organisationspflichten werden mit 122 Funktionen unterstützt. Alles was zur Unternehmensorganisation erforderlich ist und von Gesetzen, der Rechtsprechung und der Selbstregulierung vorgegeben wird, kann mit den 122 Funktionen des Managementsystems Recht im Betrieb erledigt werden.

1.7 Sechs Organisationspflichten im Überblick

- **Erstens** sind alle Rechtspflichten des Unternehmens zu ermitteln. Um Rechtspflichten einhalten zu können, müssen sie nämlich vorher ermittelt werden. Die verantwortlichen Beauftragten müssen die Rechtspflichten kennen, um die Organe und die Betreiber zu beraten, die Unternehmensmitarbeiter zu informieren und die Einhaltung der Rechtspflichten überwachen zu

35 BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil]; BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil].

36 Uwe H. Schneider, Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation, DB, 1993, S. 1909 f.

können. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe und im Zivilrecht nicht vor der Haftung. Die Rechtspflichten des Unternehmens werden mithilfe der Funktionen Nr. 1.1 bis 1.53 der Datenbank ermittelt.

- **Zweitens** müssen alle Rechtspflichten aktualisiert werden, die Rechtslage ändert sich ständig. Im Durchschnitt ändern sich etwa 400 Rechtspflichten im Monat. Die Aktualisierung wird durch die Funktionen Nr. 2.54 bis 2.63 geleistet. Monatlich werden zu jeder neuen oder geänderten Pflicht ein Formulierungsvorschlag geliefert, der auf die Besonderheiten des Unternehmens angepasst werden muss, soweit es erforderlich ist.
- **Drittens** reicht es nicht, die Pflichten zu kennen. Eine AG oder eine GmbH ist als juristische Person ein abstraktes Gebilde und als solches nicht handlungsfähig. Eine juristische Person kann nur durch seine Mitarbeiter Rechtspflichten einhalten. Jede Pflicht des Unternehmens muss deshalb an einen verantwortlichen Mitarbeiter delegiert werden. Mit der Datenbank „**Recht im Betrieb**“ lassen sich alle Pflichten delegieren, so dass im Unternehmen jeder weiß, wer welche Pflicht in welcher Abteilung und zu welchem Zeitpunkt zu erfüllen hat. Die Delegationspflicht wird erfüllt mithilfe der Funktionen Nr. 3.68 bis 3.79.
- **Viertens** müssen sämtliche Rechtspflichten eingehalten werden. Diese Pflicht wird durch die Funktionen Nr. 4.80 bis 4.92 unterstützt. Jeder Verantwortliche im Unternehmen kann seine Pflichten im System und im Intranet des Unternehmens einsehen, abrufen und erfüllen.
- **Fünftens** müssen sämtliche Pflichten daraufhin kontrolliert werden, ob sie auch erfüllt wurden. Über nichterfüllte Pflichten werden die Verantwortlichen, die Betriebsleiter und Vorstände und Geschäftsführer per E-Mail informiert. Es werden Nachkontrollen durchgeführt und dokumentiert. Die Kontrollen werden durch die Funktionen Nr. 5.93 bis 5.101 unterstützt.
- **Sechstens** sind alle organisatorischen Maßnahmen zu dokumentieren, um jederzeit beweisen zu können, dass die Erfüllung der Rechtspflichten organisiert wurde. Es gilt das Prinzip der Beweislastumkehr. Die Unternehmen müssen beweisen, ihr Unternehmen so organisiert zu haben, dass sämtliche Rechtspflichten erfüllt wurden. Die Dokumentationspflicht wird im System durch die Funktionen Nr. 6.104 und 6.105 unterstützt³⁷.

Das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ enthält derzeit 122 Einzelfunktionen, mit denen die vorgenannten Organisationspflichten erfüllt werden. Die Unternehmenspflichten werden vollständig ermittelt, delegiert, monatlich aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und

37 Kathrin Knebusch, „Die umweltschutzsichernde Betriebs- und Unternehmensorganisation“, 2003; Sylvana Gangi Chiodo, „Umweltgerechte Unternehmensführung“, 2012.

dokumentiert. Vorstände und Geschäftsführer erfüllen damit ihre Organisationspflichten, die Beauftragten ihre Beratungs-, Informations- und Überwachungspflichten. Die Betriebsleiter und sonstigen Führungskräfte erfüllen ihre Erkundigungspflichten und ihre Pflicht zur Einhaltung und können in ihrem Verantwortungsbereich ihre Pflichten persönlich einhalten oder delegieren und überwachen. Die einzelnen sechs Organisationspflichten werden im Folgenden behandelt.

1.8 Die Organisationspflicht zur vollständigen Ermittlung aller Unternehmenspflichten

1.8.1 Die Kenntnis der Unternehmenspflichten

Funktionen 1.1 bis 1.54

Um Rechtspflichten einhalten zu können, müssen sie zuvor ermittelt werden. Die verantwortlichen Beauftragten müssen die Rechtspflichten kennen, um die Betreiber zu beraten, die Mitarbeiter zu informieren und die Einhaltung der Rechtspflichten überwachen zu können. Als erste vorrangige Aufgabe gilt es, einen Pflichtenkatalog über die öffentlich-rechtlichen Gebote und Verbote, die für das betreffende Unternehmen von besonderer Bedeutung sind, zu erstellen. Dabei ergeben sich Unterschiede je nach Branche, aber auch nach der Größe des Unternehmens. Für Kreditinstitute gelten zum Beispiel andere Gebote und Verbote als für einen Chemie- oder Lebensmittelunternehmen³⁸. Es ist die Pflicht des Geschäftsführers zur Erstellung einer Pflichtenbilanz. Nur auf diese Weise wird vermieden, dass angesichts der Fülle öffentlich-rechtlicher Pflichten einzelne übersehen werden³⁹.

Unkenntnis schützt nicht vor Strafe und im Zivilrecht nicht vor der Haftung. Geregelt ist der sogenannte Verbotsirrtum in § 17 StGB. Nur wenn der Irrtum unvermeidbar war, kann man sich auf ihn zur Minderung der Schuld berufen.

Um einen Verbotsirrtum zu vermeiden, muss jeder Verantwortliche Rechtsrat einholen und sich erkundigen⁴⁰. Vor Unkenntnis schützt

38 Uwe H. Schneider, Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation, DB, 1993, S. 1911.

39 Uwe H. Schneider, Die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch den Geschäftsführer, zum Grundsatz der Gesamtverantwortung bei mehrköpfiger Geschäftsführung in der konzernfreien GmbH und im Konzern: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 486, sowie in:
Uwe H. Schneider, Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation, DB, 1993, S. 1911.

40 Die Erkundungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB von

die Datenbank. Sie leistet ersten Rechtsrat. Sie verschafft zunächst komfortablen Zugang zu allen Rechtspflichten, die durch einen riskanten Sachverhalt ausgelöst wurden und über die schon einmal durch Gesetzgeber, Gerichte oder sonstige Normengeber entschieden wurde. Monatlich werden alle Veröffentlichungen aus der juristischen Literatur und der Rechtsprechung gesammelt, kommentiert und erstens den Gesetzen, zweitens den Rechtspflichten und drittens bestimmten Rechtsbegriffen zugeordnet. Jeder Nutzer der Datenbank kann sich somit über die aktuelle Rechtslage und den aktuellen Meinungsstand informieren. 21.000 riskante Unternehmenssachverhalte sind mit 20.770 Pflichten aktuell insgesamt 462.000 mal verknüpft. In der Datenbank zum Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsräte sind 18.248 riskante Unternehmenssachverhalte mit 4.812 Organpflichten 133.000 mal verknüpft. Der Bestand an digital verknüpften Risikosachverhalten mit Rechtspflichten wird ständig erweitert. Die Legalitätskontrolle durch Vorstände, Geschäftsführer und Compliance-Beauftragte mit Hilfe der Datenbank des Managementsystems war noch nie so einfach.

1.8.2 Das Verhältnis von Gesetzen und Rechtspflichten

Verkannt wird in der Praxis häufig, dass Rechtspflichten aus Gesetzen erst ermittelt werden müssen, um im konkreten Einzelfall zu wissen, welche Rechtspflicht zu erfüllen ist. Gesetze und die sich daraus ergebenden Rechtspflichten sind zu unterscheiden.

Gesetze lassen sich nicht im Ganzen einhalten, sondern nur in einzelnen Rechtspflichten, die sich aus den Gesetzen ergeben. Aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz zum Beispiel lassen sich 36 Rechtspflichten herauslesen. Davon sind 16 strafbewehrt. Gesetze regeln eine Vielzahl von Einzelfällen abstrakt und für eine Vielzahl von Personen generell. Die konkrete Regelung für Einzelfälle finden sich nur in seltenen Fällen im Gesetz. Einzelfallgesetze sind verfassungswidrig. Die gesetzlichen Vorschriften zu konkretisieren, ist die schwierigste Aufgabe, die Juristen in ihrer Ausbildung erlernen und die von jedem Normadressaten zu bewältigen ist, auch ohne dass er juristisch vorgebildet ist. Für jeden Einzelfall ist immer wieder neu zu entscheiden, wie ein Gesetz auf diesen speziellen Fall angewandt wird. Die Datenbank des Managementsystems enthält über 10.000 gesetzliche Vorschriften und untergesetzliche Regelwerke. Nicht alle sind in einem Betrieb einschlägig. Das Managementsystem hilft in einem ersten Prüfschritt herauszufiltern, welche Gesetze und Verordnungen im jeweiligen Unternehmensstandort einschlägig

Christine Löw, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 2001, Seite 17; BGHSt 2, 204; 21, 20; BT-Drucks 10/318 Seite 15, Gesetzentwurf „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“; BGH, Urteil vom 21. 12. 2005 - 3 StR 470/04, in: NJW 2006, 522 [Mannesmann/Vodafone].

und anzuwenden sind. Dabei helfen unsere Rechtsanwälte vor Ort im Betrieb, um rechtliche Fehler zu vermeiden und die Beauftragten bei der erstmaligen Rechtsanwendung zu unterstützen und in das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ einzuführen.

Aus jedem einzelnen einschlägigen Gesetz ergeben sich wiederum eine Vielzahl von Rechtspflichten. Nicht alle Rechtspflichten eines Gesetzes sind an einem Unternehmensstandort einschlägig. Unsere Datenbank enthält aktuell etwa 44.000 markierte Rechtspflichten, die anwendbar sein könnten und daraufhin zu prüfen sind. Aus allen Rechtspflichten eines Gesetzes sind in einem zweiten Prüfschritt diejenigen herauszufiltern, die im jeweiligen Betrieb zu beachten sind. Es sind die einschlägigen Rechtspflichten. Rechtspflichten sind je nach Ausstattung eines Betriebes und je nach verursachten Risiken anwendbar. Wer zum Beispiel kein Ammoniumnitrat lagert, hat nicht die Rechtspflicht, eine Mengenbegrenzung nach Anhang I Nr. 5 der GefStoffV einzuhalten. Wer keine Galvanik betreibt, hat zum Beispiel nicht die Einzelpflichten einzuhalten, die eine Galvanik auslöst. Andere Rechtspflichten aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz wiederum können im Betrieb einschlägig sein. Ist ein Gesetz in einem Einzelfall anwendbar, müssen nicht alle Rechtspflichten dieses Gesetzes anwendbar sein. Alle nicht einschlägigen Pflichten müssen für den Standort nicht im Managementsystem verwaltet werden. Insbesondere müssen sie nicht aktualisiert, delegiert, kontrolliert und dokumentiert werden. Nur die einschlägigen Rechtspflichten an einem Standort sind zu erfüllen und zu verwalten.

Nach diesem doppelten Filtervorgang, nämlich erst bei Gesetzen und dann bei Pflichten, verbleiben im Durchschnitt an einem Standort etwa 2.000 Rechtspflichten, die als einschlägig markiert werden, die anwendbar sind und verwaltet werden müssen. Unsere Anwälte richten mit den Verantwortlichen vor Ort im Betrieb das Managementsystem erstmals für einen Standort ein. Sie erstellen nach der jeweiligen Risikolage das Pflichtenprofil.

Die Unterscheidung zwischen Gesetzen einerseits und den daraus abgeleiteten Rechtspflichten andererseits ergibt sich aus dem Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Regelungen zu den Organisationspflichten.

In § 130 OWiG werden Aufsichtsmaßnahmen vorgeschrieben, die erforderlich sind, um „Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern oder wesentlich zu erschweren“.

Nach § 93 Abs. 2 AktG machen sich Vorstandsmitglieder schadensersatzpflichtig, „die ihre Pflichten verletzen“.

Nach § 54 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG haben die Beauftragten für Immissionsschutz Einhaltungen von „Pflichten“ zu überwachen und über „Pflichten“ zu informieren.

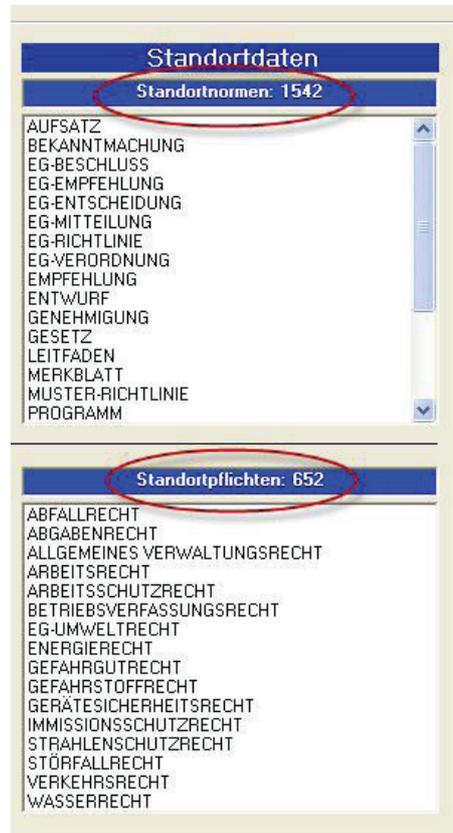
Nach § 1 Abs. 3 ArbSchG hat der Arbeitgeber „Pflichten“ zur Ge-

währleistung von Sicherheiten und Gesundheitsschutz der Beschäftigten einzuhalten.

Nach Ziffer 4.3.1 der DIN ISO 14001 sind „Pflichten“ zu ermitteln.

Aus etwa über 10.000 Gesetzen und Verordnungen haben wir 44.000 Rechtspflichten ermittelt.

Entsprechend der Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Rechtspflichten stellt die Datenbank die einschlägigen Rechtsnormen und die sich daraus wiederum ergebenden Rechtspflichten in getrennten Textfeldern dar.



1.8.3 Die Verkehrssicherungspflicht nach der Rechtsprechung

Auch aus der Rechtsprechung ergeben sich Rechtspflichten, die im Gesetzestext nicht vorkommen. Sie werden aus den §§ 831, 823 BGB abgeleitet. Dazu gehören die Verkehrssicherungspflichten. Sie hat jeder Einzelne, aber auch jedes Unternehmen zu erfüllen, das ein Risiko verursacht und beherrscht. Die Verkehrssicherungspflichten sind mit der allgemeinen Streupflicht entwickelt worden⁴¹, umfassen jedoch inzwischen alle Bereiche des geschäftlichen Lebens. Geschützt werden insbesondere auch immaterielle Rechtsgüter, wie Reputation, Kreditwürdigkeit und Gewerbebetrieb⁴².

41 RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), I RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil]; BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II]; RG, in: RGZ 52 S. 373 [Morscher Baum Entscheidung].

42 BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957)

Verkehrssicherungspflichten entstehen auch dann, wenn der Einzelfall gesetzlich nicht geregelt ist. Diese Rechtsprechung gilt seit der Kupolofenentscheidung⁴³. Obwohl der Kupolofenbetreiber alle gesetzlichen Rechtspflichten eingehalten hatte, musste er den Schaden ersetzen. Der BGH begründete die Haftung mit der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht. Das Risiko, dass Eisenoxid austritt und Schäden verursacht, hätte die Firmenleitung nach der BGH-Entscheidung auf Grund ihrer speziellen Erfahrung vorhersehen können und vermeiden müssen.

Den Unterschied zwischen abstrakt-generellen Gesetzen und konkret-individuellen Rechtspflichten erkennt man im Verhältnis der Auflagen in Genehmigungsbescheiden zu den Gesetzen, die als Ermächtigungsgrundlage zitiert werden. Die Gesetze werden in Bescheiden als Rechtsgrundlagen zitiert. Sie stellen die allgemeine Regelung dar. Die konkreten Rechtspflichten dagegen werden von der Verwaltung in Form von Auflagen und Nebenbestimmungen formuliert und bestimmt. Vergleichbar konkret müssen die Rechtspflichten ausfallen, die in Unternehmen formuliert werden müssen, wenn keine Genehmigungspflicht besteht und deshalb eine Genehmigungsbehörde nicht damit befasst ist, Rechtspflichten zu konkretisieren.

In der Praxis werden Gesetzessammlungen verwendet, die nicht erkennen lassen, welche Rechtspflichten sich aus dem Gesetzeswortlaut ergeben. Das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ enthält dagegen alle Rechtspflichten, die sich aus über 10.000 Gesetzen und Verordnungen ergeben. Nicht jeder Paragraph enthält eine Rechtspflicht. Im System sind alle Paragraphen markiert, die Rechtspflichten enthalten. In dieser Vorarbeit haben wir aus etwa 100.000 Paragraphen 44.000 ermittelt, die eine Rechtspflicht enthalten. Ohne diese Vorarbeit müsste bei jeder Rechtsanwendung im Einzelfall jedes Mal aufs neue ein Gesetz gelesen werden, um die Rechtspflichten herauszufiltern. Wir haben einmal für alle Anwendungsfälle die Rechtspflichten markiert. Für jedes Gesetz lassen sich die Rechtspflichten aufrufen. Außerdem lässt sich abfragen, welche Rechtspflichten strafbewehrt sind. Von den 33.000 markierten Rechtspflichten sind 13.870 strafbewehrt. Wer gegen diese Rechtspflichten verstößt macht sich strafbar oder begeht eine Ordnungswidrigkeit. Um die Bedeutung dieser Rechtspflichten vorzuheben, haben wir die Kategorie der strafbewehrten Pflichten eingeführt. Sie sind vorrangig zu erfüllen. Dadurch, dass sie strafrechtliche Sanktionen auslösen, wird ihre Bedeutung für den Schutz des jeweiligen Rechtsguts zum Ausdruck gebracht.

S. 200 [Presseangriff-Urteil].

43 BGHZ 92 S. 143 ff. [Kupolofen-Entscheidung].

1.8.4 Die Einhaltung von Rechtspflichten aus Überzeugung

Der Hinweis auf die Pflicht von Vorständen zur Legalitätskontrolle nach § 91 Abs. 2 AktG und nach § 130 OWiG „erforderliche Aufsichtsmaßnahmen zu erlassen, um Zuwiderhandlungen zu verhindern oder wesentlich zu erschweren“ oder auch auf die klassischen Fälle der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden beschreiben die Rechtslage. Gesetze sind einzuhalten, weil sie in Gesetzesform vom Gesetzgeber erlassen sind. Die Rechtsprechung erzeugt eine faktische Verbindlichkeit insoweit, als bei einem gleichen Organisationsfehler mit den gleichen Haftungsfolgen für Organisationsverschulden gerechnet werden muss. Das ist die Rechtslage, die Legalität. Etwas anderes ist die Legitimität. Sie ist dann gegeben, wenn von der Rechtslage alle überzeugt sind und sie aus Überzeugung akzeptieren und befolgen. Legitim ist die Rechtslage, wenn uneingeschränkte Befolgungsbereitschaft besteht.

Die Rechtslage überzeugt nämlich nicht immer und nicht jeden. Ein häufiges Argument ist der Hinweis, es fehle für die Einhaltung aller Rechtspflichten an der Akzeptanz im Unternehmen. Dies bedeutet, dass die Adressaten der Rechtspflichten nicht davon überzeugt sind, dass die Rechtspflicht eine akzeptable Regelung darstellt. Wenn Gesetzgeber und Gerichte zu einer Entscheidung in einer Rechtsfrage gekommen sind, ist es sinnvoll, diese Entscheidung zu akzeptieren. Zu bedenken ist, dass dieser Entscheidung oft ein Verfahren über mehrere Instanzen oder im Parlament die Debatte aller Parlamentarier unter Beteiligung der Öffentlichkeit und der Presse vorausgegangen ist und dass schließlich die getroffene Entscheidung schon wegen ihrer Qualität und ihrer Beteiligten zu akzeptieren ist. Legitim ist eine Entscheidung dann, wenn sie von denen akzeptiert wird, die im Gesetzgebungsverfahren unterlegen waren, die Opposition nämlich und die Prozesspartei vor Gericht, die den Prozess verloren hat.

Die Vorgeschichte einer Gesetzesvorschrift wird nicht im Gesetzestext mitgeliefert und wiederholt. Warum Rechtspflichten grundsätzlich und jede einzelne besondere Rechtspflicht eingehalten werden muss, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes. Deshalb fehlt oft bei den Adressaten die Überzeugung, dass eine Rechtsvorschrift eingehalten werden muss. Es fehlt die Akzeptanz. Rechtspflichten werden nicht aus der Überzeugung heraus erfüllt, dass diese Rechtspflicht einen Sinn hat, einen Vorteil bringt und nicht nur Nachteile, nämlich Kosten und Aufwand der Umsetzung einer Rechtspflicht im Unternehmen.

Der Aufwand der Einhaltung von Rechtspflichten ist der offensichtliche Nachteil. Externe und interne Kosten werden angeführt und als Argument gegen die Einhaltung von Rechtspflichten benutzt. Die Vorteile sind nicht offensichtlich. Nur mit mentaler Anstrengung erschließen sich die langfristigen Vorteile durch das Einhalten rechtlicher Regelungen.

1.8.5 Rechtspflichten dienen der Risikoabwehr

Die Gründe für Entscheidungen von Gesetzgebern und Gerichten, die Einhaltung von Rechtspflichten anzuordnen, ist die Risikoabwehr, noch bevor ein Schaden entstanden ist, damit nämlich ein Schaden erst gar nicht entsteht. Keine Rechtspflicht einzuhalten würde für ein Unternehmen bedeuten, Risiken zu verursachen, davon zu profitieren, sie aber nicht abzuwehren, obwohl das Unternehmen die Risiken kennt und sie beherrschen kann, sondern den Eintritt von Schäden in Kauf zu nehmen. Niemand wollte mit einem solchen Unternehmen geschäftliche Beziehungen pflegen. Es drohen dann nur Nachteile. Illegales Verhalten schädigt Ruf und Reputation jedes Unternehmens, letzten Endes dessen wirtschaftliche Existenz und damit auch die seiner Mitarbeiter. Illegales Verhalten bringt jedem, insbesondere Unternehmen, nur Nachteile. Vernachlässigt man den Arbeitsschutz im Unternehmen, verzichtet man auf den Schutz der Gesundheit seiner eigenen Arbeitnehmer. Verzichtet man auf die Einhaltung von umweltrechtlichen Vorschriften, verzichtet man auf den Schutz von Boden, Wasser, Luft und der menschlichen Umgebung. Verzichtet man auf Rechtspflichten zum Datenschutz, ist dies ein Verzicht auf das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Ohne die Einhaltung von Rechtspflichten setzt man die jeweils geschützten Rechtsgüter drohenden Schäden aus.

Ein weit verbreiteter Irrtum bei Normadressaten besteht darin, dass sie glauben, die Wahl zu haben, Unternehmenspflichten einzuhalten. Es besteht aber keinerlei Spielraum bei der Frage, ob Rechtspflichten einzuhalten sind. Die Unternehmenspflichten sind öffentlich-rechtliche Pflichten deren Einhaltung nicht in das Ermessen des Unternehmens und seiner Führungskräfte gestellt ist⁴⁴. Die Frage, ob eine Unternehmenspflicht akzeptabel ist, stellt sich überhaupt nicht. Die hoheitlichen Pflichten dürfen insbesondere auch nicht mit vertraglichen Pflichten verwechselt werden. Vertragliche Pflichten setzen voraus, dass sie ausdrücklich akzeptiert und als verbindlich vereinbart werden.

Schließlich darf auch nicht verkannt werden, dass ein Gesetz, sobald es vom Parlament verabschiedet wurde, akzeptiert werden muss. Vor seiner Verabschiedung kann über die Akzeptanz diskutiert werden, solange es als Entwurf in der politischen Auseinandersetzung noch diskutiert wird.

Um Unternehmensmitarbeiter zu gewinnen, aus Überzeugung Rechtspflichten einzuhalten, ist es deshalb erforderlich, den Schutzzweck von Rechtspflichten hervorzuheben.

Aus Überzeugung halten Unternehmensmitarbeiter Rechtspflichten nur ein, wenn sie vorher überzeugt werden konnten, dass sie mit dem

44 Peter Hemeling, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, in: ZHR 175 (2011), S 368.

Einhalten von Rechtspflichten sich selbst schützen und dazu noch ihre Kollegen und ihr Unternehmen. Ein Vergleich mit der Feuerwehr bietet sich an. Freiwillig und aus Überzeugung zur Feuerwehr gehen ihre Mitglieder nur, weil sie sich und ihre Häuser vor Bränden schützen wollen. An Feuerwehrrübungen nehmen sie teil, um sich selbst und Nachbarn vor Bränden zu sichern und durch Routinen den Brandschutz zu verbessern. Niemand käme auf die Idee, die Feuerwehr mit dem Argument abschaffen zu wollen, es habe lange nicht gebrannt und deshalb lohne sich der Aufwand nicht mehr.

Die gleichen Argumente gelten für den betrieblichen Brandschutz, Arbeitsschutz, die Anlagensicherheit, den Umweltschutz und die Produktsicherheit. Es gibt naheliegende und fernliegende Schutzziele. Je näher die Schutzziele liegen, umso größer ist die Überzeugung von ihrer Schutzbedürftigkeit. Je ferner sie liegen, wie zum Beispiel beim Umweltschutz, umso mehr Überzeugungsarbeit ist zu leisten. Unternehmensmitarbeiter müssen davon überzeugt werden, dass sie selbst auf den Schutz der Regeln angewiesen sind, den die Regeln und Rechtspflichten bieten. Vom Einhalten der Arbeitsschutzregeln im eigenen Betrieb lässt sich die Belegschaft am leichtesten überzeugen. Nach dem gleichen Muster muss die Überzeugungsarbeit auch für andere gesetzliche Regeln geleistet werden.

1.8.6 Der Schutzzweck als Maßstab für Rechtspflichten

Rechtspflichten einhalten ist aktives Risikomanagement. Rechtspflichten haben keinen Selbstzweck, sondern immer einen Schutzzweck. Sie dienen dem Umweltschutz, dem Arbeitsschutz, dem Immissionsschutz, dem gewerblichen Rechtsschutz, dem Anlegerschutz, dem Datenschutz, dem Naturschutz, dem Klimaschutz, um einige Beispiele zu nennen. Rechtspflichten sind dazu bestimmt, ein Rechtsgut zu schützen. Zum Beispiel schützen alle Arbeitsschutzvorschriften, Leben, Körper und Gesundheit der Arbeitnehmer des Betriebes. Rechtspflichten sind nur einschlägig, wenn in dem Betrieb ein Risiko besteht, das ganz konkret durch die Rechtspflicht abgewendet werden soll. Ohne ein Risiko im Unternehmen ist auch die davor schützende Rechtspflicht nicht einzuhalten. Deshalb hängt der Katalog der einschlägigen Rechtspflichten eines Betriebes von den Risiken ab, die im Unternehmen verursacht werden. Welche Rechtsgüter vor welchem Schaden geschützt werden sollen, ergibt sich aus dem Schutzzweck einer Rechtspflicht, aus dem Gesetzestext und den Kommentierungen. In jeder Pflichtenmaske haben wir deshalb den Schutzzweck in einem eigenen Textfeld formuliert und abgespeichert (siehe Grafik auf der folgenden Seite).

Der Schutzzweck ist in allen Zweifelsfragen der entscheidende Maßstab für die Formulierung von Rechtspflichten. Wenn aus dem Wortlaut eines Gesetzes mehrere Alternativen als Pflichten in Frage kommen, ist diejenige Alternative der zur Auswahl stehenden Rechtspflichten zu wählen, die den bestmöglichen Schutz bei ge-

ringstem Aufwand vor Schäden am geschützten Rechtsgut sichert.

The screenshot shows a legal database interface. The main search results display the following information:

- Norm:** Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen - Chemikaliengesetz
- Titel:**
- Paragraf:** § 15 Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen - Chemikaliengesetz
- Kurzinhalt:**
- Rechtsgebiet:** CHEMIKALIENRECHT
- beinhaltet Pflicht:** ja
- ist strafbewehrt:** ja
- Betriebsteil:**
 - Betriebsnachverhalt:** **Gefährdungsbeurteilung:**
 - GEFÄHRSTOFFLAGER** Umgang mit Gefahrstoffen
- Pflicht - Gefahrenabwehr - Schutzmaßnahme:** **Handlungsanweisung:**
 - 1) Gefährliche Stoffe, Zubereitungen oder Erzeugnisse, die verpackt und gekennzeichnet in den Verkehr gebracht worden sind, dürfen nur dann erneut in den Verkehr gebracht werden, wenn
 1. die Verpackung und Kennzeichnung erhalten sind oder
 2. der Stoff, die Zubereitung oder das Erzeugnis erneut nach den genannten Vorschriften verpackt und gekennzeichnet wird. Ist bekannt, daß die Verpackung und Kennzeichnung den genannten Vorschriften nicht entspricht, so besteht die Verpflichtung zu einer den Vorschriften entsprechenden Verpackung und Kennzeichnung.
 - 2) Das gilt auch für das erneute Inverkehrbringen von Biozid-Wirkstoffen und Biozid-Produkten sowie von Gefahrstoffen.
- Pflicht ist:** einschlägig nicht einschlägig nachtragen

The right sidebar contains the following sections:

- Wiedervorlage / Anzahl:**
 - nächste WV am: []
 - Anzahl WV: [0]
 - neue WV []
 - nur offene Wiedervorlagen anzeigen
- Delegation der Pflicht:**
 - Vorstand/ Geschäftsführung: []
 - Betriebsleitung: []
 - Beauftragte(r): []
 - Erfüllung: []
 - Stabskontrolle: []
 - Linienkontrolle: []
 - Delegation** **Vertretung**
 - neue Verantwortliche benennen []
 - Kontrollverwaltung:**
 - zur Kontrollverwaltung []
 - Stichwortliste:** erläuterte Stichworte
 - ABWASSER
 - Biozid
 - Biozide
 - Biozidprodukte
 - Erzeugnisse
 - Nr. 32078

1.8.7 Der Unterschied zwischen Schadensrisiko und Schaden

Wenn Rechtspflichten dazu dienen, Schäden an geschützten Rechtsgütern zu vermeiden, müssen sie ermittelt werden, noch bevor ein Schaden entstanden ist. Wer Rechtspflichten erst feststellen will, wenn ein Schaden eingetreten ist, kommt zur Abwehr des Schadens zu spät. Das Schadensrisiko, das durch Rechtspflichten abzuwenden ist, muss deshalb vom Schaden unterschieden werden. Der Schaden ist der eingetretene Schaden. Das Schadensrisiko ist der drohende und gefühlte Schaden. Ob ein Schaden eingetreten ist, lässt sich leichter beantworten als die Frage, ob ein Schaden eintreten wird. Nach dem Eintritt des Schadens ist der Schadensverlauf bekannt. Wird der Eintritt eines Schadens bestritten, lässt er sich als Tatsache feststellen und beweisen. Anders ist es dagegen, wenn über ein Schadensrisiko noch vor dem Eintritt des Schadens gestritten wird.

1.8.8 Das Organisationsrisiko der rückwirkenden Rechtsprechung

Rechtspflichten werden normalerweise erst ermittelt, nachdem ein Schaden entstanden ist. Der eingetretene Schaden ist der Anlass für die Prüfung, wer für den Schaden haftet, weil er eine Rechtspflicht zur Abwendung des Schadensrisikos verletzt hat. Im Nachhinein ist es einfach, zu bestimmen, wie ein Schaden hätte abgewendet werden

können, weil der Schadensverlauf bekannt ist.

Bezeichnend für die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ist, dass sämtliche Organisationspflichten von der Rechtsprechung im Nachhinein und in Kenntnis des Schadensverlaufs formuliert wurden. Es handelt sich um rückwirkende Rechtsprechung. Organisationspflichten werden aus § 823 BGB vom BGH und in der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts aus § 831 BGB hergeleitet. Diese richterliche Rechtsfortbildung ist ein Beispiel dafür, dass im Nachhinein eine Organisationspflicht formuliert wird, mit der vor dem Schaden niemand rechnen konnte. Diese Rechtsfortbildung zum Organisationsverschulden ist für Unternehmen hochgefährlich, weil sie nicht kalkulierbar ist. In der umfassenden Darstellung zum Organisationsverschulden kritisiert zu Recht Matusche-Beckmann diese Praxis der richterlichen Rechtsprechung. „Für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten“.⁴⁵ Die Unkalkulierbarkeit der Organisationspflichten und des Organisationsverschuldens wird so zum Risiko für jede Geschäftsleitung. Umso wichtiger ist es, die Rechtsprechung in vollem Umfange darzustellen, damit diese Organisationspflichten durch Vorstände und Geschäftsführer nicht verletzt werden, die schon einmal in letzter Instanz entschieden wurden. So verpflichtete zum Beispiel der BGH im Nachhinein eine Bank durch organisatorische Maßnahmen die Beweiskraft einer Bankquittung durch einen zusätzlichen Maschinenaufdruck zu sichern, um so das Risiko einer Unterschlagung am Bankschalter auszuschließen⁴⁶. Es ist damit zu rechnen, dass sämtliche Organisationspflichtverletzungen im Wiederholungsfall mit dem gleichen Schadensersatzanspruch als Rechtsfolge sanktioniert werden. Der Gesetzgeber hat sich bei den Organisationspflicht im Aktienrecht nur sehr allgemein ausgedrückt. Dabei darf jedoch die über 100 Jahre alte Rechtsprechung seit 1911 zum Organisationsverschulden nicht verkannt werden. Erstmals seit dem Propagandistenurteil von 1961 bezeichnet der BGH den Grund für den Schadensersatzanspruch als „Organisationsverschulden“⁴⁷. Seit 1911 handelt es sich um ähnliche Fälle, bei denen auf unterster Hierarchiestufe im Unternehmen der Schaden verursacht wurde und die Führungskräfte auf oberster Hierarchiestufe wegen Organisationsfehlern verantwortlich gemacht wurden. Durch organisatorische Maßnahmen der obersten Führungsebene, urteilen die Gerichte, hätte der Schaden auf unterster Hierarchieebene verhindert werden können.

45 Annemarie Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.

46 BGH Urteil vom 28.9.1987 in: NJW 1988, S. 881 (abweichend vom BGH haben die Vorinstanzen die unzureichenden Angaben auf der Bankquittung als eine Frage der Beweiskraft behandelt und nicht als Organisationspflicht).

47 Annemarie Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 62.

1.8.9 Das Organisationsrisiko des Rückschaufehlers

Die Unkalkulierbarkeit der Rechtsprechung stellt deshalb ein erhebliches Organisationsrisiko für Vorstände und Geschäftsführer dar. Es kommt jedoch hinzu, dass ein noch größeres Risiko für Vorstände und Geschäftsführer darin besteht, dass im Nachhinein ein Schadensverlauf anders beurteilt wird als vor dem Schadensereignis. Die Verhaltensforschung und die Entscheidungstheorie behandeln den sogenannten Rückschaufehler als menschliches Fehlverhalten, das vom Management jeweils einkalkuliert werden muss. In den empirischen Studien der Verhaltensforschung ist dieses Fehlverhalten des Rückschaufehlers nachgewiesen worden. Es gilt deshalb auch als vorhersehbar und ist deshalb vom Risikomanagement eines Unternehmens als eigenes Organisationsrisiko zu vermeiden⁴⁸. Der Rückschaufehler beruht darauf, dass nach dem Eintritt eines Schadensereignisses im Nachhinein der Eindruck der Vorhersehbarkeit entsteht. Nachträglich glaubt man irrtümlicherweise das Schadensereignis sei vorhersehbar gewesen. Der Rückschaufehler ist als Allerweltsweisheit bekannt. Hinterher sind alle schlauer. Psychologen erklären die Beobachtung zum Rückschaufehler damit, dass die neuen Informationen nach dem Schadensereignis unmittelbar mit dem früheren Wissen vor dem Schadensereignis sich so verschmelzen und das vorhergehende Wissen dabei überschreiben, dass das Wissen und die Informationen über den Schadensverlauf vor dem Schadenseintritt im Gedächtnis nicht mehr auffindbar sind. Hinzukommt dass sich Menschen dieses Fehlverhaltens des Rückschaufehlers nicht bewusst sind, dass sich ihre Wahrnehmung in der Rückschau verändert. Die Rückschau weicht von der Vorschau ab⁴⁹.

Bei der Zuschreibung von strafrechtlichen Verantwortlichkeiten weist zu Recht Lothar Kuhlen auf das Risiko dieser Fehlerquelle hin. Ist ein Geschehensablauf erst einmal realisiert, wird er als vorhersehbar und vermeidbar beurteilt und die Verantwortung vorschnell zugeschrieben. Andere Möglichkeiten des Geschehensablaufs werden im Nachhinein nicht mehr für möglich gehalten. Der tatsächliche Geschehensablauf wirkt wie ein Anker. Die Voraussehbarkeit des tatsächlichen Geschehensablaufs wird überschätzt und verfälscht das Urteil der Sorgfaltswidrigkeit⁵⁰.

48 Franz Eisenführ, Martin Weber, Rationales Entscheiden, 4. Auflage S. 368;

Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2. Auflage, S. 191.

49 Josef T. Hallinan, „Lechts oder Rinks - warum wir Fehler machen“, S. 74 mit Hinweisen auf die Pionierarbeiten zum Rückschaufehler von Baruch Fischhoff;

Hanno Beck „Die Logik des Irrtums“, S. 73.

50 Lothar Kuhlen, Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Bewertung im Strafrecht und in der Moral, in: Heike Jung (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991,

Jeder Manager muss bei der Unternehmensführung den Rückschau-fehler oder auch „Hindsight-Bias“, in seiner Entscheidungsfindung einkalkulieren. Bei der Entscheidung, ob ein Risiko anzunehmen ist und ob es durch Schutzmaßnahmen abzuwenden ist, sollte im Zweifel ein Risiko angenommen werden. Es ist nämlich damit zu rechnen, dass alle, die das Schadensereignis im Nachhinein beurteilen, aufgrund des Hindsight-Bias dazu neigen, den Schadenseintritt als vorhersehbar und vermeidbar und damit als fahrlässig und schuldhaft einzustufen. Im Zweifel muss jeder Manager damit rechnen, dass ihm ein Organisationsverschulden vorgeworfen wird. Im Zweifel ist Managern zu empfehlen, ein Risiko anzunehmen und es abzuwenden.

1.8.10 Die Entscheidung über ein Schadensrisiko

Ist der Schaden noch nicht eingetreten, lässt sich darüber streiten,

- **erstens** ob ein drohender Schaden überhaupt eintreten wird, weil das Schadensrisiko sich nicht als Tatsache feststellen lässt,
- **zweitens** wie das Schadensrisiko abzuwenden ist, welche Schutzmaßnahmen in Form von Rechtspflichten vom Gesetzgeber vorgegeben oder von Gerichten schon entschieden sind oder vom Unternehmen selbst als Verkehrssicherungspflichten formuliert werden müssen.

Jedenfalls setzt die Ermittlung einer Rechtspflicht vor dem Eintritt eines Schadens die Annahme eines Schadensrisikos voraus. Ohne die Annahme eines Schadensrisikos, gibt es keinen Anlass zur Suche nach einer Rechtspflicht. Wer ein Risiko für ein geschütztes Rechtsgut verkennt, weil er etwa erstens nicht weiß, dass das Rechtsgut geschützt ist, oder weil er zweitens sich nicht vorstellen kann, dass sich aus einem Zustand oder einem Verhalten im Unternehmen ein Schaden entwickeln kann, hat keinen Anlass, Rechtspflichten zu prüfen und über die Risikoabwehr nachzudenken. Wenn kein Risiko anzunehmen ist, muss es auch nicht abgewendet werden. Der Ermittlung von Rechtspflichten muss also immer in einem Schritt zuvor die Prüfung vorausgehen, ob ein Risiko für ein geschütztes Rechtsgut im Unternehmen anzunehmen ist.

Das Verkennen von Risiken ist die häufigste Ursache für den Vorwurf des Organisationsverschuldens⁵¹. In allen zwanzig untersuchten klassischen Fällen⁵², in denen die Haftung auf Schadensersatz mit Organisationsverschulden begründet wurde, fehlte es an der Risiko-

S. 358, 360.

51 BGHZ 92 S. 143 ff. [Kupolofen-Entscheidung].

52 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil];
 RG vom 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759

analyse und vor allem fehlt es an der Anordnung im Unternehmen, durch die Unternehmensleitung eine Risikoanalyse vorzunehmen. Ohne Anordnung von Vorständen und Geschäftsführern oder Bürgermeistern unternimmt niemand eine Risikoanalyse mit großem Aufwand und vielen Unwägbarkeiten. Gefährdungsbeurteilungen in Unternehmen gelten als die schwierigste Aufgabe. Unterbleibt die Risikoanalyse oder ist sie fehlerhaft, setzt sie eine Ursachenkette in Gang, die im Schaden am geschützten Rechtsgut und letztlich in der Schadensersatzhaftung wegen Organisationsverschuldens endet, weil das Risikomanagement versagt hat.

Will man die Hauptursache des Organisationsverschuldens vermeiden, muss man zunächst klären, was grundsätzlich unter einem Risiko zu verstehen ist, wie eine Risikoanalyse abzulaufen hat und wie sie anzuordnen ist.

[Warenhaus-Urteil];
RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];
RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil];
RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil];
RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil];
BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];
BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil];
BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil];
BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil];
BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II];
BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil];
BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];
BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil];
BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil];
BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968 (1968) S. 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil];
BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];
BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

1.8.11 Der Begriff des Risikos

Die Aussage über ein Schadensrisiko ist eine Schadensprognose. Prognosen über Schäden haben wie alle Risikoaussagen immer die gleiche Struktur.

- **Erstens** besteht sie aus einer Schadensursache,
- **zweitens** dem Schaden als Wirkung dieser Ursache und
- **drittens** der Kausalbehauptung, dass der prognostizierte Schaden immer eintritt, wenn die Schadensursache vorliegt und sie nicht durch Schutzmaßnahmen abgewendet wird.

Die Kausalitätsbehauptung enthält wiederum einen Erfahrungssatz, dass der Schaden immer auf die Schadensursache folgt, weil darüber in der Vergangenheit Erfahrungen gemacht wurden, dass dieser mehrfach beobachtete Schadensverlauf aus der Vergangenheit deshalb auch in Zukunft gelten müsse und weil er bisher nicht widerlegt (falsifiziert) wurde.

Die Entstehung und die Geltung von Erfahrungssätzen ist im Zivilprozessrecht seit Friedrich Steins Untersuchung zu Erfahrungssätzen von 1893 bekannt. Seit dem werden Erfahrungssätze von konkreten Einzeltatsachen unterschieden. Der Erfahrungssatz wird aus der Beobachtung häufig mehrerer gleicher Ereignisse gebildet. Er wird durch den Schluss gekennzeichnet, dass sich unter bestimmten Bedingungen die selbe Folgeerscheinung wiederholen werden⁵³. Die Gültigkeit von Erfahrungssätzen können „täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden“⁵⁴.

Über die Kausalität und die Geltung von Erfahrungssätzen, dass ein Schaden immer auf eine bestimmte Schadensursache folge, lässt sich streiten, ohne dass dieser Streit über ein Schadensrisiko durch die üblichen Beweismittel vor Gericht über streitige Tatsachen entschieden werden könnte. Risiken sind nämlich keine Tatsachen, keine Fakten, sondern Fiktionen. Risiken sind immer zukünftige Ereignisse, die uns möglicherweise bevorstehen und uns bedrohen⁵⁵. Wer Risiken behauptet, inszeniert einen noch nicht eingetretenen Scha-

53 Friedrich Stein, „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“, 1893, S. 19, 23, 24; Horst Konzen, „Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess in Festschrift für Gaul, 1997, S. 335; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: „Zivilprozessordnung“, 69. Aufl. 2011, Einführung zu § 284 Anm. 22 und § 546 Anm. 12.

54 Friedrich Stein, „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“, 1893, S. 29, 30.

55 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 29; Entscheidungscharakter des Risikobegriffs, Udo di Fabio, „Risikoentscheidungen im Rechtsstaat“, S. 8; sowie Ulrich Beck, „Die Begriffsprägende Wirkung“, S. 53.

den und vergegenwärtigt dadurch einen Schaden, der nur droht und nicht eingetreten ist. Der Schaden wird antizipiert und in Aussagen über Risiken vorweggenommen⁵⁶. Risiken sind das Ergebnis von Risikophantasien. Ein Risiko existiert nicht deshalb, weil man es nicht sieht⁵⁷. Vor allem Gerichte entscheiden nach dem Schadensereignis, ob vor dem Schadenseintritt ein für den Schaden Verantwortlicher den Schaden hätte vorhersehen und ermeiden können und ob ihn deshalb eine Schuld trifft, ob ein Risiko als Schadensrisiko gelten musste, deshalb abzuwenden war und ein Verantwortlicher für diesen Schaden haftet. Richter sagen aus der Vergangenheit die Zukunft voraus⁵⁸.

Wenn eine Rechtspflicht im Unternehmen erfüllt werden soll, muss der regelmäßig hohe Aufwand mit der Annahme eines Schadensrisikos begründet werden. Regelmäßig wird aus Kostengründen die präventive Risikoabwehr eher vernachlässigt als gefördert.

Der häufigste Organisationsfehler besteht darin, die Organisationspflicht der Risikoanalyse nicht einzuhalten. Das Unterlassen der Risikoanalyse ist der Anfang einer Ursachenkette, die einen Schadensverlauf in Gang setzt. Wer keine Risikoanalyse betreibt, muss auch nicht über die Annahme eines Risikos entscheiden. Wer kein Risiko annimmt, hat auch keinen Anlass, nach Rechtspflichten zu recherchieren, die dazu dienen, ein Risiko abzuwenden. Wo kein Risiko angenommen wird, muss es auch nicht abgewendet werden. Sind Risiken und Rechtspflichten den Mitarbeitern im Unternehmen erst gar nicht bewusst, kommt es zu Gesetzesverstößen wegen Unkenntnis der Rechtspflichten. Sie können nicht delegiert und nicht kontrolliert werden und bleiben im Unternehmen unbeachtet.

Die Risikoanalyse muss von den Verantwortlichen im Betrieb für ihren jeweiligen Verantwortungsbereich betrieben werden. Nur die unternehmenseigenen Mitarbeiter sind in der Lage zu erkennen, welche Schäden sich aus ihrem nahen betrieblichen Umfeld entwickeln können. Nur sie verfügen über die Risikophantasie und die Erfahrung in ihrem jeweiligen Betriebsteil. Die Risikoanalyse kann

56 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 30.

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

58 Lothar Kuhlen, Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Bewertung im Strafrecht und in der Moral, in: Heike Jung (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 358, 360.

auch nicht durch Juristen, sondern muss durch Naturwissenschaftler, Techniker und Betriebswirte geleistet werden. Im Rahmen der Rechtsanwendung ist in der Vielzahl von über 10.000 Gesetzen und sonstigen Regelwerken die Rechtspflicht zu ermitteln, die das spezielle Risiko im Betriebsteil abwenden soll. Naturwissenschaftler, Techniker und Juristen müssen hierbei kooperieren. Es stellt sich die Frage, wer berechtigt und verpflichtet ist, über die Annahme eines Risikos zu entscheiden und damit gleichzeitig den Aufwand zur Risikoabwehr zu rechtfertigen sowie Rechtspflichten zu ermitteln oder als Verkehrssicherungspflichten zu formulieren, die der Risikoabwehr dienen.

1.8.12 Kalkulierbare Risiken und unkalkulierbare Unsicherheiten

Wenn Risiken als Schadensprognosen zu verstehen sind, als vorweggenommene, eingebildete und gefühlte Schäden, stellt sich die Frage, ob Schäden kalkulierbare und vorhersehbare oder unkalkulierbare und unvorhersehbare Ereignisse sind.

Um die beiden Fälle des vorhersehbaren von dem unvorhersehbaren Schadensereignis unterscheiden zu können, werden zwei Begriffe verwendet, nämlich Risiko und Unsicherheit. Die Finanzwirtschaft verwendet den Begriff Risiko für kalkulierbare Gefahren. Ulrich Beck verwendet in der Soziologie den Begriff Risiko für unvorhersehbare und unkalkulierbare Ereignisse. In der Wirtschaftswissenschaft wird für unvorhersehbare Ereignisse nicht der Begriff Risiko, sondern Unsicherheit verwendet⁵⁹. Ulrich Beck beschäftigt sich 1986 in seinem Buch Risikogesellschaft kritisch mit der Frage der Kalkulierbarkeit von Risiken. Er kommt zu dem Ergebnis, dass viele Dinge, die als kalkulierbare Risiken dargestellt werden, sich später als unkalkulierbare Unsicherheiten herausstellen und dass es gerade mehr und bessere Wissenschaft ist, die diese Unsicherheiten der Risikoanalyse sowie das in ihr versteckte oder verleugnete Nichtwissen aufdeckt⁶⁰.

Bei der Diskussion ist deshalb darauf zu achten, dass es verschiedene Auslegungen des Begriffs Risiko gibt, nämlich das angeblich kalkulierbare und das unkalkulierbare Risiko. Erst mit dem Anbruch der Moderne wurde die Zukunft als kalkulierbar und prognostizierbar verstanden. In der vormodernen Zeit lag das Schicksal und die Zukunft in Gottes Hand. Im 17. Jahrhundert wurde die Wahrscheinlichkeitsrechnung erfunden. Die Wissenschaftsgeschichte datiert die Wahrscheinlichkeitsrechnung auf das Jahr 1651, den Briefwech-

59 Der aktuelle Meinungsstand wird dargestellt bei Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Weltrisikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 43 ff.; der Begriff der Unsicherheit wurde eingeführt von Frank H. Knight, 1921.

60 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Weltrisikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 43.

sel zwischen Pierre de Fermat und Blaise Pascal. Die Wahrscheinlichkeitsrechnung ist der erste Versuch der Kontrolle des Unberechenbaren. Die Welt wurde nach Kausalgesetzen geordnet. Die Zukunft erschien vorhersehbar. Gegen potenzielle Gefahren gab es seitdem Versicherungen. Ökonomisch und finanziell ließ sich über die Zukunft nachdenken. Investitionen gehörten zum strategischen Handeln und zielten auf potenziellen Profit⁶¹. Die Zukunft erschien als die bloß verlängerte Gegenwart. Von den Ereignissen der Vergangenheit glaubte man auf die Ereignisse der Zukunft schließen zu können. Man glaubte an die Möglichkeit der statistischen Berechnung der Zukunft an die Mittel der Wahrscheinlichkeitsrechnung und an das Risikomanagement. Menschen streben mit Hilfe von Wissen, Technik und Wissenschaft danach, jede mögliche Kausalkette, jedes mögliche zukünftige Verhalten oder jeden zukünftigen Zustand eines bestimmten Gegenstands vorwegzunehmen und zu kontrollieren.

Inzwischen setzt sich die Gegenansicht durch. Es ist das genaue Gegenteil des Glaubens an Wahrscheinlichkeitsrechnungen und Risikomanagement. Bei Ulrich Beck wird diese Position Reflexivität oder Selbstbesinnung der Moderne genannt. Es handelt sich um die Vorstellung, dass die Welt viel zu komplex sei, als dass sie in größerem Maßstab zu kalkulieren ist. Zwar glaubt man, auch die Komplexität in die Berechnung einbeziehen und beherrschen zu können. Vor allem im Finanzwesen glaubt man das zukünftige Marktverhalten berechnen und vorhersagen zu können⁶². Hoffnungen und Zweifel wechseln sich in der Debatte um das kalkulierbare Risiko und die nicht kalkulierbare Unsicherheit ab⁶³.

Für die Frage nach den Grenzen des Risikomanagements ist entscheidend, ob es in den Einzelfällen um kalkulierbare Risiken oder um nicht kalkulierbare Unsicherheiten geht. Die Verantwortung des Risikomanagers hängt davon ab, ob man ihm vorwerfen kann, er habe einen Schaden vorhersehen, berechnen und vermeiden können. Vertritt man die Theorie der Kalkulierbarkeit des Risikos, wird man vom Risikomanager verlangen, dass er Schadensereignisse vorher sieht, berechnet und ihre Abwehr betreibt und den Schadensfall auch zu verantworten hat. Wer dagegen die Ansicht vertritt, Schadensereignisse seien unkalkulierbare Unsicherheiten, unvorhersehbar, unvermeidbar, kann davon ausgehen, dass der Risikomanager Schadensereignisse nicht zu verantworten hat. Daran schließt sich allerdings die Frage an, wie er seine Pflicht zum Risikomanagement zu erfüllen hat, wie er sich bei unkalkulierbaren Unsicherheiten zu verhalten hat, um Schaden abzuwenden und wie er den Fahrlässigkeitsvorwurf des Versagens beim Risikomanagement vermeiden will.

61 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Welt-
risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 45.

62 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Welt-
risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 47.

63 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Welt-
risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 49.

1.8.13 „Die strukturelle Ungewissheit“ nach Ulrich Beck als Grenze des Risikomanagements

Werden drohende Schäden noch vor dem Schadensereignis als Risiken inszeniert, vorweggenommen, beschrieben, erzeugen sie Reaktionen bei denen, die die Inszenierung des Schadens wahrnehmen. Werden Risiken inszeniert, werden sie als Drohkulisse wahrgenommen. Als Reaktion werden vorbeugende Schutzmaßnahmen zur Abwehr des drohenden Schadens erwartet⁶⁴. In der Wirklichkeit existiert nicht der Schaden, sondern die Angst vor dem Schaden, die Furcht vor der Katastrophe.

Ist das Risiko erstmals als neues Risiko wahrgenommen, reagieren in aller Regel Verbraucherverbände und alle, die von einem Schaden bedroht sind. In der Finanzkrise die geschädigten Anleger, in der BSE-Krise die Fleischkonsumenten. Sobald die Medien über Feinstaub und seine Risiken berichten, werden gesetzliche Schutzregeln gefordert. Risiken, die von Gefahrenquellen ausgehen, die von Unternehmen geschaffen, unterhalten und beherrscht werden, lösen Verkehrssicherungspflichten aus. Die erstmalige Wahrnehmung der öffentlichen Diskussion von Risiken schafft einen Druck zur Regulierung dieses Risikos. Risiken entstehen als Nebenfolgen von Entscheidungen in der Wirtschaft und in der Industrie. Das gleiche Risiko kann je nach Betroffenheit variierend wahrgenommen werden.

Allein die Tatsache, dass über Risiken gestritten wird, zeigt, dass das Risiko real ist in Form der Diskussion über das Risiko, ob es sich tatsächlich um ein Risiko handelt oder um zu bagatellisierende Panikmache. Einzelnen, in Gruppen und Bevölkerungen werden Risiken widersprüchlich wahrgenommen. Jede inszenierte Drohkulisse löst Schadensvermeidungsaktivitäten aus. Die Inszenierung des Risikos als Drohkulisse kann Einfluss auf gegenwärtige Entscheidungen nehmen, vorbeugende Maßnahmen auslösen, durch den Gesetzgeber oder die Unternehmen selbst und auf diese Weise den Schaden vermeiden. Löst die Vorhersage eines Schadens durch eine Risikodiagnose Schutzmaßnahmen aus, wird die Risikodiagnose zur „sich selbst widerlegenden Prophezeiung“⁶⁵.

Hierbei zeigt sich eine wichtige Aufgabe des Risikomanagements. Gelingt es dem Risikomanagement durch eine möglichst furchterregende Drohkulisse die Furcht vor dem drohenden Schaden so zu steigern, dass Schutzmaßnahmen mobilisiert werden, hätte das Risikomanagement seine Aufgabe voll erfüllt.

64 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft, Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 32.

65 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft, Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 30.

1.8.14 Von der Tragik des erfolgreichen Risikomanagers

Der Erfolg des Risikomanagers bemisst sich an den abgewendeten Risiken. Je weniger Schäden sich ereignen, umso eher provoziert er die These, es gäbe gar keine Risiken, es passiere ja nichts und deshalb sei das Risikomanagement überflüssig, rechtfertige seine Kosten nicht und sei im Ergebnis verzichtbar. Nach dem added value wird gefragt. Mit seinem Erfolg droht sich ein Risikomanager überflüssig zu machen. Schadensprognosen ohne Schadensereignis erscheinen wie Produkte einer überängstlichen Fantasie. Fiktion und keine Fakten.

Dieser Argumentation kann nur durch die Hinweise begegnet werden, dass jedes Risiko ein vorweggenommenes, hypothetisches und drohendes Schadensereignis ist und die Risikofantasie unverzichtbar ist, um Schutzmaßnahmen zu veranlassen. Wird ein Risiko erst gar nicht inszeniert, fehlt jeder Anlass, sich mit Maßnahmen der Schadensvorsorge zu beschäftigen.

Risiken lassen sich in vielen Fällen auch nicht durch Experimente beweisen. Erst der Schadenseintritt ist der Beweis, dass die Schadensprognose berechtigt ist. Nach dem Schadenseintritt kommt jedoch jede Schadensabwehrmaßnahme zu spät.

Durch Schaden wird man klug. Diese Volksweisheit bleibt dann noch als schwacher Trost für den, der den Schaden hat. Und wer den Schaden hat, braucht für den Spott nicht zu sorgen, erklärt die Alltagserfahrung den Reputationsverlust nach dem Schadenseintritt.

Die Risikoabwehr wird als überflüssig empfunden, weil das Risiko ein inszeniertes, vorweggenommenes Schadensereignis ist und sich über das Risiko endlos streiten lässt, bis der Schaden entstanden ist und das Risiko sich dadurch selbst bewiesen hat und der Vorwurf des Versagens beim Risikomanagement erhoben wird. Die Wirklichkeit des Risikos zeigt sich gerade darin, dass es umstritten ist. Risiken lauern überall. Einige werden hingenommen, andere nicht. Je größer und objektiver ein Risiko erscheint, desto mehr hängt seine Wirklichkeit von der kulturellen Bewertung ab. Die Objektivität eines Risikos ist Produkt seiner Wahrnehmung und seiner Inszenierung⁶⁶. Die Risikoabwehr reduzieren oder ganz abschaffen, hieße soviel wie, die Feuerwehr mit der Begründung abschaffen, es habe ja länger nicht gebrannt, oder das Anschnallen beim Autofahren für überflüssig halten, weil man noch keinen Unfall hatte. Nach dem Unfall nutzt Anschnallen nichts mehr.

Risikoabwehr in der Industrie wird in Form von aufwändiger Wartung der Anlagen betrieben. Auf die Abwehr des Risikos von Maschinenstörungen zu verzichten bedeutet, Produktionsstörungen in Kauf zu nehmen mit der Begründung, weil ja immer alles läuft und

66 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft, Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 36.

nichts passiert. Ursache und Wirkung werden hierbei verwechselt. Es passiert nichts wegen der Risikoabwehr. Es passiert möglicherweise aber etwas, wenn die Risikoabwehr unterlassen wird.

An Risiken und Warnungen glaubt man nicht, weil Risiken nicht sichtbar sind. Auch an die Finanzkrise hat niemand trotz massiver Warnungen geglaubt, weil sie nicht sichtbar ist. Renommierter Wissenschaftlicher wie Nouriel Roubini und Robert Shiller haben in Amerika gewarnt. Roubini wurde sogar im Fernsehen verlacht und als Dr. Doom (Dr. Untergang) verspottet⁶⁷.

Risikoaussagen sind zunächst unbestätigte Prognosen. Bestätigt werden sie spätestens beim Schadenseintritt. Die Risikoabwehr ist dann zu spät und verschleppt. Es reicht nur noch zur Schadensbegrenzung, zum Schadensersatz und zum Schutz vor gleichen Schäden in der Zukunft. Risikomanager müssen dafür sorgen, dass das Risiko nicht in Vergessenheit gerät.

In Java siedelt die Bevölkerung an den fruchtbaren Vulkanhängen und hat vergessen, dass ein Vulkan, wenn auch in großen Zeitabständen ausbrechen kann. Es ist der sprichwörtliche Tanz auf dem Vulkan.

Weil man erst durch Schaden klug wird, hoffen Risikomanager oft klammheimlich auf das große Schadensereignis, um die Notwendigkeit ihres Risikomanagements beweisen zu können.

In aller Regel bewegen erst große Schadensereignisse in Firmen zum Risikomanagement. Exxon Valdez bei Esso, Texas City bei BP, Siemens nach der Korruptionsaffäre und die Deutsche Bahn nach der Datenaffäre.

Erst nach der Katastrophe werden Regeln zum Risikomanagement und zur Risikoabwehr aufgestellt. Es werden Rechtspflichten vom Gesetzgeber erlassen. Die Rechtspflichten bleiben als lästige Gesetze und Verordnungen. Vergessen werden die Katastrophen, die Krisen und die Schäden sowie die Zusammenhänge. Sie sind die Ursachen der aktuellen Rechtspflichten, die aktuell als lästige Überregulierung empfunden werden und zwar nur, weil die Schäden vergessen werden, die den Gesetzgeber veranlasst haben, Rechtspflichten vorzugeben. Die Explosion im Ammoniumnitratlager bei BASF hat zur Lagermengenbegrenzung in Ammoniumnitratlagern geführt, und strengere Regelungen in der Gefahrstoffverordnung begründet⁶⁸.

Die Einsicht in diese Zusammenhänge führt zu der Empfehlung an die Unternehmensführung alle einschlägigen Gesetze, Verordnungen und Rechtspflichten einzuhalten. Die Einhaltung von Rechtspflichten ist das beste Risikomanagement. Mit jeder Rechtsvorschrift werden Risiken abgewehrt, jede Rechtspflicht bietet Rechtsschutz vor einem bestimmten Risiko, das einmal zu einem Schaden geführt

67 Patrick Bernau, FAZ vom 02.11.2008.

68 Gefahrstoffverordnung, Anhang III, Nr. 6.

hat und deshalb als Risiko entdeckt wurde⁶⁹.

Bevor auf diese Entscheidungsbefugnis eingegangen wird, soll noch geklärt werden, wie die Informationen über Risiken aus dem Betrieb und zwar aus den unteren Hierarchieebenen, in die Führungsebene zu holen oder zu bringen sind.

1.8.15 Die Meldemaske⁷⁰ zur Informationsbeschaffungspflicht

Funktion 1.8

Seit 1911 verlangt die Rechtsprechung, dass sich Vorstände und Geschäftsführer über die Risikolage im Unternehmen, insbesondere über Risikofaktoren, über Indizien, die auf ein Schadensrisiko schließen lassen, über besondere Vorkommnisse, Abweichungen vom Normalbetrieb, Änderungen von Sachverhalten im Unternehmen, die ein Schadensrisiko bergen können, informieren lassen müssen.

Aus allen analysierten Fällen zum Organisationsverschulden ergibt sich die Besonderheit, dass der Schaden durch nachgeordnete Mitarbeiter des Unternehmens meist auf unteren Hierarchieebenen verursacht wird und das Organisationsverschulden bei Vorstand und Geschäftsführer ausgelöst wird. Als Organisationsverschulden wird vorgeworfen, durch organisatorische Maßnahmen hätte der Schaden auf unterster Hierarchiestufe verhindert werden können. Das Hauptproblem besteht darin, dass Vorstände in der Regel über Risiken aus allen Unternehmensteilen nicht informiert sind. Zur Organisation verpflichtete Vorstände und Geschäftsführer versuchen sich regelmäßig mit dem Hinweis auf ihre Unkenntnis über die Risikolage zu entlasten. Diese Entlastungsversuche scheitern immer wieder an dem gleichen Argument der Rechtsprechung, der Vorstand habe sich informieren lassen müssen und sich die Informationen beschaffen können. Seit dem Kutscher-Urteil von 1911 wird diese „Informationsbeschaffungspflicht“ in ständiger Rechtsprechung wiederholt. Gleichwohl berufen sich seit über 100 Jahre Organe auf ihre Unkenntnis⁷¹. Sich auf Unkenntnis zu berufen ist keine Entlastung,

69 Mark Schweizer, Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste, in decisions ch, Schweizer Kennzeichenrechtliche Entscheide.

70 Wahlthema 5/2012: „Die neue Meldemaske als Mittel des Risikomanagements zur Beschaffung von Informationen“.

71 OLG Stuttgart vom 19.02.2012 (20 U 3/11) zur „Sardinien-Äußerung“ eines Aufsichtsrats;
 VG Frankfurt am Main, Urteil vom 08. Juli 2004, WM 2004, S. 2157 [„Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand];
 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil];
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104

sondern eine Belastung, weil sie offen legt, dass das jeweilige Organ seine Informationsbeschaffungspflicht verletzt hat. Im Strafrecht schützt Unkenntnis nicht vor Strafe und im Zivilrecht nicht vor der Haftung.

Auch der Vorstand einer Versicherungsgesellschaft mit der Ressortzuständigkeit für das Controlling hat sich auf die Unkenntnis berufen. Insbesondere sei er nicht über den drastischen Wertverfall der Kapitalanlagen seiner Versicherungsgesellschaft durch das dafür zuständige Kapitalanlagenressort informiert worden. Von dem erheblichen Anstieg der stillen Lasten habe er keine Kenntnis gehabt. Auf seine Nachfragen sei er vom Kapitalanlagenressort falsch informiert worden. Als Controlling-Vorstand sei er für dieses Ressort nicht zuständig gewesen.

Auf Grund dieser Begründung wurde er als Vorstand wegen fehlender Eignung abberufen. Er hätte sich selbst über eine ausreichende Kursabsicherung informieren müssen, da ihm das hohe Verlustrisiko und die problematische Lage am Aktienmarkt bekannt gewesen sei. Auf Grund des Prinzips der Gesamtverantwortung des Vorstands habe er im Rahmen eines Plan-Ist-Vergleichs sich selbst informieren lassen müssen. Der erfolglose Entlastungsversuch bestand auch in dieser Entscheidung darin, sich auf Unkenntnis zu berufen und was im Ergebnis seine Abberufung als ungeeigneter Vorstand ausgelöst hat⁷².

Mit der Funktion der Meldemaske (siehe Funktion Nr. 1.8) kann ein Vorstand oder Geschäftsführer seine Organisationspflicht zur Beschaffung von Informationen über Risikofaktoren und Risikoerfahrungen erfüllen. Dazu gehört selbstverständlich auch die Anordnung einer Pflicht für alle Mitarbeiter des Unternehmens, über Risiken und Risikoerfahrungen die Geschäftsleitung zu informieren. Die angeordnete Meldepflicht muss allen Mitarbeitern im Unternehmen auferlegt werden. Jeder muss in seinem Verantwortungsbereich Risikoanalysen betreiben und die Informationen entweder an den Vorstand oder Geschäftsführer oder an die vom Vorstand bestimmten Personen melden. Die Risikosachverhalte sind nach ihrem Schadenspotential zu untersuchen. Dabei ist zunächst internes Erfahrungswissen einzusetzen. Reicht dies nicht aus, sind externe Experten hinzuzuziehen. Lässt sich die Ursache eines Missstandes nicht ermitteln und scheitert daran die Formulierung einer Verkehrssicherungspflicht, muss der Vorstand koordinierend eingreifen⁷³ und Krisenmanagement betreiben. Nur mit der Meldemaske

[Gießerei-Urteil];

BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961)

S. 455 [Propagandisten-Urteil];

BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971)

S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil].

72 VG Frankfurt am Main, Urteil vom 08. Juli 2004, WM 2004, S. 2157 [„Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand].

73 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026

und der Anordnung zur Meldung von Risiken von den unteren in die oberen Hierarchiestufen der Organe lässt sich das chronische Informationsdefizit über Unternehmensrisiken ausgleichen. Mit der Funktion der Meldemaske können Geschäftsleiter ihre Informationsbeschaffungspflicht erfüllen. „Die Geschäftsleitung muss einerseits („bottom up“) dafür sorgen, dass sie selbst alle risikorelevanten Informationen erhält, andererseits dafür, dass („top down“) alle Mitarbeiter das für sie erforderliche Wissen haben.“⁷⁴

Zusätzlich geregelt ist die Informationsbeschaffungspflicht in § 91 Abs. 2 AktG, wonach der Vorstand verpflichtet ist, „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit dem Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Handlungen früh erkannt werden“. Darüber hinaus regelt § 90 AktG Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat. Die ordnungsgemäße Berichterstattung setzt organisatorische Maßnahmen voraus. Im Vorfeld muss sich der Vorstand selbst wiederum Informationen über die Themen seiner Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat beschaffen. Auch dazu kann die Meldemaske eingesetzt werden. Das gleiche gilt für die Vorbereitung zur Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Danach haben Vorstand und Aufsichtsrat zu erklären, ob den Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex entsprochen wurde oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Dies gilt auch bei nützlichen Pflichtverletzungen⁷⁵.

Zur Leitungsaufgabe der Vorstandsmitglieder gehört die Legalitätspflicht, nämlich sich bei der Amtsführung gesetzestreu zu verhalten⁷⁶. Die Geschäftsführerin einer GmbH ist verpflichtet, ihren Prokuristen zu einer gesetzmäßigen Ausführung der Geschäfte anzuhalten und ihm notfalls die Prokura zu entziehen. Eine gegenteilige Weisung des Mehrheitsgesellschafters wäre rechtswidrig. Die Geschäftsführerin wäre an sie nicht gebunden. „Jedenfalls lässt sich die vom Geschäftsführer wahrzunehmende öffentlich rechtliche Pflicht des Unternehmensträgers, im Unternehmen für gesetzmäßige Zustände zu sorgen, nicht durch die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft außer Kraft setzen. Andernfalls könnte ein Fremdgeschäftsführer seine durch § 130 OWiG sanktionierten Pflichten in vielen Fällen von vornherein nicht wahrnehmen.“ Zur Legalitäts-

[Fuhrwerk-Urteil] und
BGH vom 06.07.1990 (2 StR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560
[Lederspray-Urteil].

74 Dennis Bock, Criminal compliance, Nomos, 2011, S. 618, 619.

75 Bürkle, BB, 2005, 565 (567), dazu ausführlich: Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 4/2005.

76 BGHZ, 125, 366 (372) Urteil vom 13.04.1994 [Durchgriffshaftung bei GmbH-Gesellschaftern];
BGH vom 15.10.1996 (VI ZR 319/95), in: DB 1996, 2483 [Legalitätspflicht des GmbH-Geschäftsführers zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten].

kontrolle gehört die Pflicht für jedes Vorstandsmitglied, in seinem Verantwortungsbereich durch geeignete organisatorische Maßnahmen für ein gesetzestreu Verhalten seiner Angestellten zu sorgen. Zu den Aufgaben eines Geschäftsführers einer GmbH gehört es, dafür zu sorgen, dass die der Gesellschaft auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten erfüllt werden, insbesondere die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Diese Pflichten können die Geschäftsführer nicht auf andere Personen im Rahmen einer Zuständigkeitsregelung mit befreiender Wirkung delegieren. Allerdings können durch die Delegation von Aufgaben die deliktischen Verantwortlichkeiten des Geschäftsführers beschränkt werden. In jedem Fall verbleiben Überwachungspflichten, die den Geschäftsführer zum Eingreifen verpflichten können. Durch die Delegation ist ihre eigene Verantwortung als Geschäftsführer nicht erloschen. Der Geschäftsführer braucht die in sein Ressort fallenden Aufgaben nicht in eigener Person zu erledigen. Vielmehr kann er sie auf andere Personen delegieren. Kraft seiner Organisationsgewalt muss er dann aber sicherstellen, dass die der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch die damit beauftragten Arbeitnehmer auch tatsächlich erfüllt werden. Bei einer ordnungsgemäßen Organisation kann er sich im Allgemeinen auf die Erledigung durch die dazu berufenen Person verlassen, solange zu Zweifeln kein Anlass besteht. Jedoch trifft ihn auch in soweit eine Überwachungspflicht, die ihn zum Eingreifen verpflichten kann⁷⁷. So lange keine Anhaltspunkte für eine sorgfaltswidrige Geschäftsführung vorliegen, ist ein Vorstandsmitglied trotz des Grundsatzes der Gesamtverantwortung nicht verpflichtet, Aufsichtsmaßnahmen in Bezug auf ein Nachbarressort zu ergreifen. Grundsätzlich hat jedes Vorstandsmitglied Aufsichtspflichten in Bezug auf die Nachbarressorts. Ein Vorstandsmitglied ist für pflichtwidriges Verhalten jeweils für ein Ressort zuständig und hat persönlich dafür Sorge zu tragen, dass in seinem Bereich eine Überwachungsstruktur entsteht und die ihm unterstellten Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt sind⁷⁸. Mitglieder des Unternehmens können für den Vertrieb eines schadensstiftenden Produkts auch dann strafrechtlich als Täter einzustehen haben, wenn Sie in Kenntnis des Mangels das Produkt weitervertreiben lassen. Zurechnung zur Täterschaft erfordert nicht die eigenhändige Verwirklichung des Straftatbestands⁷⁹. Jeder Geschäftsleiter muss deshalb darauf achten, dass die von seinem Unternehmen vertriebenen Produkte gesetzliche Anforderungen erfüllen, will er selbst sich nicht persönlich dem Risiko einer Straftat aussetzen.

In der seit dem 24. April 2012 geltenden neuen DIN-EN ISO 50001:

77 BGH vom 15.10.1996 (VI ZR 319/95), in: DB 1996, 2483 [Legalitätspflicht des GmbH-Geschäftsführers zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten].

78 OLG Köln vom 31.08.2000 – 18 U 42/00, NZD 2001, 135 (136).

79 Glykol-Wein-Skandal BGH Urteil vom 19.07.1995 – 2 StR 758/94 (LG Bad Kreuznach), NJW 1995, 2933.

2011, ist unter 4.5.3 geregelt, dass die Organisation bezüglich ihrer energiebezogenen Leistung und ihres Energiemanagementsystems, entsprechend ihrer Größe, intern kommunizieren muss. Die Organisation muss einen Prozess umsetzen, der es allen in der Organisation oder in deren Namen arbeitenden Personen ermöglicht, Kommentare oder Verbesserungsvorschläge zum Energiemanagementsystem abzugeben. Die Organisation muss entscheiden, ob sie ihre Energiepolitik, ihr Energiemanagementsystem und ihre energiebezogene Leistung extern kommunizieren will und muss ihre Entscheidung dokumentieren. Wenn die Entscheidung zu Gunsten einer externen Kommunikation ausfällt, muss die Organisation eine Methode für die externe Kommunikation einführen und verwirklichen.

Die Meldemaske des Managementsystems **„Recht im Betrieb“** kann die in der neuen DIN-Norm 50001:2011 verlangte Funktion erfüllen. Sie kann sämtliche Kommentare und Erfahrungen und Verbesserungsmöglichkeiten zum Energiemanagement aus allen Unternehmensteilen sammeln und an einer dafür eingesetzten Stelle bündeln. Die Meldemaske trägt damit dazu bei, einen Kanal zu öffnen, um vorhandene Informationen aus der Belegschaft in die Führungsebene zu übermitteln. Mit diesem Melde- und Informationssystem lässt sich die kontinuierliche Verbesserung der energiebezogenen Leistung einer Organisation sicherstellen.

1.8.16 Die Entscheidung über Risiken

Ob ein Risiko anzunehmen ist, lässt sich nicht wie eine Tatsache feststellen und im Falle des Bestreitens wie eine Tatsache beweisen. Vielmehr muss die Annahme eines Risikos Gegenstand einer Entscheidung sein⁸⁰.

Schadensrisiken werden zu Tatsachen und lassen sich erst beweisen, wenn der Schaden eingetreten ist. Für die präventive Schadensabwehr ist es dann jedoch zu spät. Die Risikoabwehr erübrigt sich ab dem Eintritt des Schadens. Risiken müssen deshalb so früh erfasst und entschieden werden, dass sie durch die Einhaltung von Rechtspflichten noch abgewendet werden können, noch bevor der Schaden eintritt. Die Schadensfrüherkennungspflicht ergibt sich für Vorstände von Aktiengesellschaften aus § 91 Abs. 2 AktG, wonach „gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden müssen und dazu geeignete Maßnahmen, insbesondere Überwachungssysteme einzurichten sind“. Entscheiden bedeutet dagegen, zwischen

80 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 50 f.;
Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2000, S. 165;
Thomas Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, S. 94;
Udo Di Fabio, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994, S. 62;
im Strafrecht unterscheidet Prittwitz zu Recht Entscheidungen des Strafgesetzgebers, der Normadressaten und der Strafgerichtete, Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko 1993, S. 83 ff., 88 sowie der Hinweis auf die Entscheidungstheorie auf S. 90.

unterschiedlichen Alternativen zu wählen. Das Entscheidungsverfahren über Risiken hat eine besondere Struktur. Entscheiden und Erkennen sind unterschiedliche Verfahren. Erkennen kann man nur Tatsachen. Sie kann man feststellen, ermitteln und beweisen. Sie sind entweder wahr oder falsch. Entscheiden bedeutet dagegen zwischen unterschiedlichen Alternativen eine Wahl zu treffen und sich für die Alternative zu entscheiden⁸¹, die die vorteilhaftesten Folgen verspricht, nämlich den höchsten Rechtsschutz bei geringstem Aufwand. Ein Entscheidungsergebnis ist nicht wahr oder falsch wie das Ermittlungsergebnis von Tatsachen, sondern hat lediglich Vor- oder Nachteile. Ein Entscheidungsfehler wäre es, sich für eine Alternative zum eigenen Nachteil und zum Nachteil des Unternehmens zu entscheiden.

Die Annahme eines Risikos setzt zunächst erstens einen Risikofaktor voraus, der sich als Tatsache ermitteln lässt und zweitens die Erfahrung, die den Schluss auf einen drohenden Schaden zulässt, weil Erfahrungen bestehen, dass auf den Risikofaktor in der Vergangenheit immer ein Schaden gefolgt ist und deshalb auch in Zukunft folgen wird und weil schließlich die Erfahrung nicht widerlegt ist. Der Risikofaktor ist regelmäßig eine Tatsache, die sich beobachten lässt, wie zum Beispiel ein unzuverlässiger Kutscher⁸², eine Stolperstelle auf dem Bürgersteig⁸³, Löcher im Asphalt⁸⁴, offene Schranken am Bahnübergang⁸⁵, Schnee und Eis auf der Straße⁸⁶, ein Zeitungsartikel mit rufschädigendem Inhalt⁸⁷. Von diesen Risikofaktoren kann aufgrund von Erfahrungen auf einen drohenden Schaden geschlossen werden. Ein unzuverlässiger Kutscher wird aus Erfahrung irgendwann einen Verkehrsschaden verursachen. Eine offene Bahn-schranke wird erfahrungsgemäß irgendwann zu einer Kollision von Zug und PKW führen. Eine Stolperstelle oder Eisglätte können den Sturz von Passanten verursachen. Zur Schadensprognose ist Risikophantasie erforderlich. Fehlt sie, muss sie ausdrücklich abgefragt werden. Fehlt es an internen Erfahrungen im Unternehmen, muss fremdes Expertenwissen hinzugezogen werden⁸⁸. Die Meldemaske

81 Jungermann, Pfister, Fischer „Die Psychologie der Entscheidung“, S. 2 ff. zum Begriff der Entscheidung.

82 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

83 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 Nr. 35 S. 50 [Neuzement-Urteil].

84 RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphalt-Vertiefungs-Urteil].

85 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].

86 RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil];
BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II].

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

88 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026

ist hierbei eine wirksame Hilfe. Auch die fehlende Erfahrung ist eine Meldung wert. Lässt sich die Ursache für einen Missstand nicht klären, muss der Vorstand eingreifen und Krisenmanagement betreiben⁸⁹.

Von der Aussage über Risiken ist nur der Risikofaktor eine Tatsache, der sich wie eine Tatsache feststellen lässt. Die Schlussfolgerungen bei der Schadensprognose dagegen ist eine Fiktion, die das Ergebnis eines gedanklichen Vorgangs ist, wobei das Ergebnis je nach der Erfahrung unterschiedlich ausfallen kann und erst beim Schadenseintritt oder beim Ausbleiben des Schadens entgültig feststeht.

1.8.17 Über Risiken streiten heißt über Erfahrung streiten

Über Risikoaussagen lässt sich endlos streiten. Keine Aussage ist abschließend. Alles Wissen ist nämlich nur vorläufig. Wird über die schädlichen Auswirkungen von Risikofaktoren gestritten, wird um unterschiedlichen Prognosen gestritten. Es sind im Ergebnis konkurrierende Theorien und Erfahrungen über Schadensverläufe und über die besten und wirkungsvollsten Schutzmaßnahmen zur Abwehr eines Risikos. Es ist die Frage, welche Erfahrungssätze und Theorien bei Schadensprognosen und Schutzmaßnahmen bei Entscheidungen zu verwenden sind und welche nicht zur Entscheidung herangezogen werden können. Über die Frage, welche Aussagen über konkurrierende Theorien gemacht werden können, beschäftigt sich die Erkenntnistheorie. Sie bietet Ausleseverfahren für Theorien und Erfahrungssätze, die um Anerkennung und Geltung konkurrieren. Über Erfahrungssätze und Theorien lässt sich nur sagen, dass sie nicht zu beweisen sind. Sie sind nicht wahr oder falsch und nicht verifizierbar. Sie können allenfalls widerlegt und falsifiziert werden. Jeder Erfahrungssatz gilt nur solange, solange er nicht widerlegt ist⁹⁰. Für das Risikomanagement bedeutet dieses Ergebnis, dass erstens alle bei einer Entscheidung über ein Risiko verwendeten Theorien und Erfahrungssätze offengelegt werden müssen und ständig darauf geprüft werden müssen, ob sie noch gelten oder ob sie widerlegt sind. Es wäre ein Entscheidungsfehler, wenn sich eine Entscheidung über ein Risiko auf eine widerlegte Erfahrung stützen würde.

[Fuhrwerk-Urteil]);
BGH vom 06.07.1990 (2 STR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560
[Lederspray-Urteil];
RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

89 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026
[Fuhrwerk-Urteil];
BGH vom 06.07.1990 (2 STR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560
[Lederspray-Urteil].

90 Popper, „Logik der Forschung“ (1971), 4. Auflage, S. 16; Nassim Taleb, „Der Schwarze Schwan: Die Macht höchst unwahrscheinlicher Ereignisse“ (2008), zuletzt zum Induktionsproblem als Grenze des Risikomanagements.

Als Konsequenz ist der Unternehmensführung zu empfehlen, nicht nach verifizierbarem, endgültigem und angeblich wahren Wissen zu suchen und deswegen die Risikoabwehr zu verschleppen und den Zeitpunkt der frühestmöglichen Schadensabwehr zu verpassen. Aus Angst vor Fehlern beim Risikomanagement darf niemand untätig bleiben. Manager haben die Aufgabe, menschliches Fehlverhalten im Entscheidungsverfahren zu vermeiden. Da Annahmen von Risiken das Ergebnis von Entscheidungen sind, gilt es vor allem, allgemein bekannte Entscheidungsfehler zu verhindern⁹¹.

1.8.18 Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler

Der Confirmation-Bias ist ein Entscheidungsfehler und intuitiver Irrtum. Es ist irrational, nach Beweisen für Theorien zu suchen, wenn die Erkenntnistheorie nachvollziehbar erklärt, dass Theorien nicht zu verifizieren, sondern nur zu falsifizieren sind. Der Confirmation-Bias führt dazu, dass Vorurteile schnell gefasst werden, dass an ihnen festgehalten wird und nach allen Argumenten zu ihrer Bestätigung gesucht wird, statt zu versuchen, das Vorurteil zu widerlegen. Sich selbst zu widerlegen und dazu Anstrengungen zu unternehmen, widerspricht jeder Intuition. Die eigene Hypothese zu falsifizieren ist kontra-intuitiv. Es besteht eine nachweisbare Vorliebe, die eigenen Vorurteile bestätigt zu sehen. Jeder will die eigene Wette gewinnen. Jeder will mit dem Recht behalten was er vorhergesagt hat. Wahrsager, Hellseher und Scharlatane bilden aus dieser menschlichen Schwäche ein Geschäftsmodell. Der Confirmation-Bias wird damit erklärt, dass Menschen zu optimistisch sind, sie suchen nur nach Bestätigungen für ihre Meinungen und denken nicht darüber nach, welche Argumente gegen ihre Ansicht sprechen. Mit Tunnelblick erklärt der Volksmund diese Neigung⁹². Unsere Intuition und die Gefühle verlangen nach Beweisen, aber nicht nach Gegenbeweisen. Die Neigung zum Confirmation-Bias wird als Selbstbetrug zu erklären versucht. Je komplexer ein Thema ist, desto verlockender ist es, widersprüchliche Fakten aufzulösen, in dem man sie zugunsten der eigenen Meinung glättet und unbequeme Details oder Argumente unter den Tisch fallen lässt.⁹³ Widersprüchliche Informationen zwingen uns permanent über uns und unsere Meinung nachzudenken, was zur Überforderung führen kann. Es besteht die Neigung, eine einmalig gefasste Meinung oder ein gefasstes Weltbild sich selbst zu erhalten und nicht zu überprüfen, um es möglicherweise zu revidieren. Der Confirmation-Bias bedeutet, Informationen selektiv aufzunehmen und zu interpretieren. Nur was zum Vorurteil und zur vorgefassten Meinung passt, wird aufgenommen. Es besteht die Neigung, Scheuklappen aufzusetzen, Fakten nur dann zu übernehmen, wenn sie bestehende Überzeugun-

91 Cornelius Prittwitz: Strafrecht und Risiko 1993, S. 123.

92 Hanno Beck, Die Logik des Irrtums (2008), S. 53.

93 Hanno Beck, Die Logik des Irrtums (2008), S. 54.

gen bestätigen⁹⁴. Gegen diese intuitive Neigung, diesen Entscheidungsfehler, hilft nur die Methode des *Advocatus Diaboli*. In jedem Entscheidungsverfahren muss auch nach Gegenargumenten gesucht werden. Die Erkenntnistheorie vermittelt die Einsicht, dass Theorien nicht verifiziert, sondern nur falsifiziert werden können. Theorien gelten nur vorläufig. Eine Theorie mit dem Anspruch immer und für alle Fälle zu gelten, lässt sich niemals beweisen. Nur Zeugen aus der Zukunft könnten diesen Beweis liefern. Sobald aber Theorien um Geltung konkurrieren, und ein Beweis ausgeschlossen ist, bleibt als einzige Möglichkeit zur Auslese unter gleich plausiblen aber widersprüchlichen Theorien zum gleichen Ereignisverlauf, die Theorie zu widerlegen. Eine Theorie ist nie für immer richtig, mit Sicherheit kann von ihr nur gesagt werden, sie sei noch nicht widerlegt. Ist die Theorie falsifiziert und widerlegt, verliert sie ihren Anspruch auf Geltung für immer und alle Fälle. Prognosen lassen sich nach einem Gegenbeweis nicht auf sie stützen. Mit der Entdeckung des schwarzen Schwans kann in Zukunft nicht mehr behauptet werden, alle Schwäne seien für immer weiß. Auch die Entwicklung einer Theorie vom nicht widerlegten Vorurteil bis zur ihrem Gegenbeweis lässt sich in der Entscheidungspraxis beobachten. Sind einmal Theorien falsifiziert, reihen sie sich ein in den Katalog die „häufigsten Irrtümer“ der Medizin, der Geschichte der Justiz und füllen ganze Bibliotheken. Sie liefern den Beleg, dass Theorien als Aussagen über Ereignisfolgen nur bis zu ihrer Widerlegung gelten können, also immer nur vorläufig. Die Konsequenz für die Praxis besteht darin, nicht nach Beweisen zu suchen, um die Geltung einer Theorie zu bestätigen, sondern nur nach Gegenbeweisen. Die Suche nach Beweisen muss von Anfang an aussichtslos bleiben. Sie ist ein falsches Verfahren im Rahmen des Entscheidungsvorgangs und deshalb zu vermeiden. Der Confirmation-Bias beruht auf der fehlerhaften Annahme, eine Theorie lasse sich wie eine Tatsache beweisen. Risiken sind jedoch Fiktionen und keine Fakten. Zur Vermeidung von Schäden in der Industrie kann der Gegenbeweis auch durch Experimente geführt werden. Wer annimmt, Eisenspäne würden nicht brennen, kann den Gegenbeweis durch Experimente führen, in dem er Eisenspäne anzündet. Das rationale Ausleseverfahren zur Entscheidung darüber, welche von zwei konkurrierenden Theorien gelten soll, ist die Falsifikation, nämlich den Gegenbeweis zu führen. Der irrationale Entscheidungsfehler wäre der aussichtslose Versuch, eine Theorie für immer und alle Fälle beweisen zu wollen. Es ist der Bestätigungsfehler, der Confirmation-Bias.

Im Lederspray-Fall⁹⁵ wurde der Rückruf zu lange hinausgeschoben, weil die Geschäftsführer und der Chefchemiker meinten, noch nach den wahren toxischen Gründen für die Gesundheitsschäden suchen zu müssen, während aus rechtlicher Sicht schon der Tatbestand der

94 Jonah Lehrer, „Wie wir entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch“ (2009), S. 265.

95 BGH vom 06.07.1990 (2 StR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560 [Lederspray-Urteil].

Körperverletzung durch Unterlassung des Rückrufs erfüllt war. Ein Rückruf mit nur vorläufigem Wissen über die Schadensursache wäre besser gewesen und hätte den Geschäftsführern den Vorwurf des Organisationsverschuldens erspart. Auch hier gilt die Empfehlung, im Zweifel ein Schadensrisiko anzunehmen, es sei denn, die Schadensprognose würde auf einen Erfahrungssatz gestützt, der schon widerlegt ist und aus diesem Grunde nicht verwendet werden kann.

Der BGH hat in seinem Holzschutzmittel-Urteil vom 02.08.1995 zu den Anforderungen an die Feststellung eines Ursachenzusammenhangs zwischen chemischen Substanzen und Gesundheitsschäden entschieden⁹⁶. Das Landgericht hat die Angeklagten zur Freiheitsstrafe von je einem Jahr verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Der BGH hat das Urteil aufgehoben.

Um sich dem Risiko einer Verurteilung nicht auszusetzen, empfiehlt es sich in Fällen der Entscheidung über den Rückruf eines Produkts, die Grundsätze des Urteils zu berücksichtigen. Die Angeklagten hat das LG wegen fahrlässiger Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Freisetzung von Giften verurteilt. Die Revision der Angeklagten hatte mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Der BGH hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben, weil der wissenschaftliche Streitstand unzureichend behandelt wurde. Das Landgericht hat sich zwar auf die Erkenntnisse neuerer medizinischer Forschung gestützt, ohne jedoch die gegen diese Erkenntnisse in der Wissenschaft geäußerte Kritik ausreichend darzustellen und sich mit ihr sachlich auseinander zu setzen.

Die Ansicht des BGH vom Ursachenzusammenhang ist deshalb von großer Bedeutung für jeden und für das Risikomanagement im Unternehmen, der vor der Entscheidung eines Rückrufs eines möglicherweise gesundheitsgefährdenden Produkts steht. Der BGH führt in seinem Holzschutzmittelverfahren aus, nach welchen Kriterien Strafrichter den Ursachenzusammenhang zwischen einem Produkt und der gesundheitsgefährdenden Wirkung verfahrensfehlerfrei zu würdigen haben. Wegen seiner Bedeutung für die Einschätzung einer Strafverfolgung wegen unterlassenem Rückrufs eines gesundheitsgefährdenden Produkts soll das Urteil im Wortlaut wiedergegeben werden.

„Der Senat vermag allerdings der Ansicht der Verteidigung nicht zu folgen, dass der Tatrichter unter Beachtung des Zweifelsatzes (in dubio pro reo) Kausalzusammenhänge dann nicht feststellen dürfe, wenn deren Existenz und Ablauf naturwissenschaftlich noch nicht geklärt, sondern umstritten ist. Es ist nicht Aufgabe des Tatrichters, mit den Untersuchungsmethoden der Naturwissenschaften neue Erkenntnisse, insbesondere naturwissenschaftliche Erfahrungssätze zu gewinnen oder zu widerlegen. Der Tatrichter hat vielmehr nach den Regeln des Prozessrechts und mit den dafür vorgesehenen Be-

96 BGH-Urteil vom 02.08.1995 – 2 StR 221/94 (LG Frankfurt am Main), NJW 1995, 2930.

weismitteln, zu denen zum Beispiel auch der Zeugenbeweis gehört, bestimmte Sachverhalte zu ermitteln und zu beurteilen. [...] Auch der Nachweis von Kausalzusammenhängen, verlangt keine absolute, von niemandem anzweifelbare Gewissheit; es genügt vielmehr ein mit den Mitteln des Strafverfahrens gewonnenes, nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, dass keinen vernünftigen Zweifel bestehen lässt.“

Dieser Grundsatz gilt auch für die Erfassung und Deutung von Vorgängen, die Gegenstand naturwissenschaftlicher Forschung sein können. Absolut sicheres Wissen - auch von Ursachenzusammenhängen - dem gegenüber das Vorliegen eines gegenteiligen Geschehens mit Sicherheit auszuschließen wäre, gibt es nicht. Kann eine Feststellung allerdings allein mit Hilfe naturwissenschaftlicher Methoden getroffen werden, dann darf sich der Tatrichter nicht von wissenschaftlichen Standards lösen. An die richterliche Überzeugungsbildung sind dann keine geringeren Anforderungen zu stellen, als an das Ergebnis wissenschaftlicher Untersuchungen selbst.

Der Tatrichter ist aber aus Rechtsgründen nicht gehindert, sich nach Annäherung von Sachverständigen auf Untersuchungsergebnisse zu stützen, die Gegenstand eines wissenschaftlichen Meinungsstreits sind. Die Pflicht zu einer umfassenden Aufklärung kann ihm sogar gebieten, sich auch über Methoden und Verfahren zu unterrichten, die noch nicht allgemein anerkannt sind. Bei der Beweiswürdigung hat er dann aber die für- und gegen die noch nicht allgemein anerkannten Methoden und Ergebnisse sprechenden Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen. Im Übrigen hat der Tatrichter die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und andere Indiztatsachen in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen. Er kann dabei zu Ergebnissen gelangen, die Vertreter der maßgeblichen naturwissenschaftlichen Fachrichtungen mit ihren Methoden allein nicht belegen könnten. Bei der Gesamtbetrachtung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse und anderer Indiztatsachen ist zu berücksichtigen, dass ein Sachverständiger auch dann zur Wahrheitsfindung beitragen kann, wenn er zwar keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag, seine Schlussfolgerungen die zu beweisenden Tatsachen aber mehr oder weniger wahrscheinlich machen. Die tatrichterliche Würdigung darf allerdings den Gesetzen der Logik und den gesicherten wissenschaftlichen Erfahrungswissen nicht widersprechen. Selbst wenn unter den Naturwissenschaftlern keine Einigkeit darüber besteht, ob und auf welche Weise die Gifte, denen die Geschädigten ausgesetzt waren, eine Gesundheitsschädigung verursachen, kann der Tatrichter auf Grund einer Bewertung aller relevanten Indizien und der wissenschaftlichen Meinung rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangen, dass die Holzschutzmittel Expositionen im bestimmten Fällen zu Gesundheitsschäden geführt hat. Ein Ursachenzusammenhang zwischen einer Holzschutzmittelexposition und einer Erkrankung ist nicht etwa nur dadurch nachweisbar, dass entweder die Wirkungsweise der Holzschutzmittel Inhaltsstoffe auf den menschlichen Organismus naturwissenschaftlich nachgewiesen

oder alle anderen möglichen Ursachen einer Erkrankung aufgezählt und ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss anderer Ursachen kann vielmehr ohne deren vollständige Erörterung auch dadurch erfolgen, dass nach einer Gesamtbewertung der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und anderer Indiztatsachen, die - zumindest - mit Verursachung des Holzschutzmittels zweifelsfrei festgestellt wird. Mit dieser Entscheidung würde der Tatrichter weder gegen „anerkannte wissenschaftliche Erfahrungssätze“ verstoßen, noch würde er an Stelle der dazu berufenen Fachkreise über „Existenz eines zeitlosen Naturgesetzes“ befinden; was ihm in der Tat nicht zustünde. [...] Trifft der Tatrichter eine Feststellung über die Wirkung eines Stoffes, dann entscheidet er aber nicht die wissenschaftlich umstrittene Frage „über die Existenz eines Naturgesetzes“, sondern er erfüllt lediglich seine Aufgabe, auch dann unter Würdigung aller relevanten Indizien den konkreten Rechtsfall auf der Grundlage des gegenwärtigen Wissenstands zu entscheiden, wenn er sich dabei - wie in der ganz überwiegenden Zahl der von ihm zu entscheidenden Fälle - bei der Beweiswürdigung (noch) nicht auf wissenschaftlich gesicherte Erfahrungssätze berufen kann. Stützt sich der Tatrichter allerdings auch auf wissenschaftlich noch nicht allgemein anerkannte Methoden oder Erkenntnisse, so muss er das Revisionsgericht durch eine Darstellung des Streitstandes in die Lage versetzen zu überprüfen, ob die Abwägung der für- und gegen die Methoden oder Erkenntnisse sprechenden Gesichtspunkten rechtsfehlerfrei stattgefunden hat.

Das Landgericht musste sich vom BGH den Verfahrensfehler vorwerfen lassen, die sachlichen Argumente der Kritiker nicht wiedergegeben und sich mit ihnen nicht auseinander gesetzt zu haben.

Jeder Entscheidungsträger im Risikomanagement muss sich bei seiner Entscheidung genauso verhalten, wie ein Strafrichter. Er darf gesichertes wissenschaftliches Wissen nicht ignorieren. Ist ein Erfahrungssatz allerdings umstritten, was bei nahezu allen Erfahrungssätzen der Fall ist, muss er in nachvollziehbarer Weise alle Tatsachen und Erfahrungen berücksichtigen, die für oder gegen die Geltung des Erfahrungssatzes sprechen. Seine Entscheidung muss nachvollziehbar sein. Die zu Grunde liegenden Erfahrungssätze dürfen nicht falsifiziert sein und sollten möglichst vielen Widerlegungsversuchen ausgesetzt worden sein. Absolut sicheres Erfahrungswissen ist nicht erforderlich. Nicht jeder Zweifel verpflichtet deshalb zum Rückruf eines Produkts. Einzukalkulieren ist auch der Rückschaufehler des Richters und die dadurch erhöhte Gefahr, verurteilt zu werden, weil nach dem Schadenseintritt mehr Wissen als vorher zur Verfügung steht. Hervorzuheben ist auch das Risiko, dass nicht jeder Zweifel an einem Wirkungszusammenhang, einem Angeklagten zu dessen Vorteil angerechnet wird. Auch gegen bestehende Zweifel kann der Tatrichter zur Annahme eines Kausalzusammenhangs kommen. Das Holzschutzmittelverfahren liefert wertvolle Anhaltspunkte für Risikomanager und ihre Entscheidung für die Gefährlichkeit ihres Produkts.

Was für Schadensprognosen gilt, muss auch für sonstige Prognosen gelten. Über die Funktion von Prognosen im Wirtschaftsleben ist die bemerkenswerte Merck-Entscheidung⁹⁷ des OLG Frankfurt vom 24.11.2009 zu erwähnen. Entschieden wurde über die Pflicht, einen Prognosebericht zum Geschäftsjahr über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens vorzulegen. Nach § 289 Abs. 1 Satz 4 HGB ist im Lagebericht die voraussichtliche Entwicklung der Kapitalgesellschaft mit wesentlichen Chancen und Risiken zu beurteilen. Danach soll sich der Adressat des Lageberichts ein eigenes Bild über die Lage des Unternehmens einschließlich der Fortbestandsaussichten und künftigen Entwicklungen machen können. Die Prognose- und Risikoberichterstattung gehört zu den zwingend vorgeschriebenen Mindestbestandteilen des Lageberichts, auf die nicht verzichtet werden darf. Das Unternehmen hatte sich darauf berufen, einen Lagebericht und eine Prognose unterlassen zu können und zur Begründung sich darauf berufen, in Krisenzeiten könne keine richtige Prognose abgegeben werden. Diese Verweigerung zur Prognoseberichterstattung wurde vom Gericht als Fehler der Rechnungslegung zurückgewiesen. Die Rechtsordnung könne nicht auf Risikoaussagen und Prognosen verzichten, auch wenn es kein „richtig“ oder „falsch“ gibt und vor allem in Krisenzeiten erhebliche Einschätzungsspielräume eröffnet seien. Das OLG Frankfurt hat zu Recht auf die Funktion einer Prognose über die wirtschaftliche Entwicklung im Lagebericht hingewiesen. Danach hat die Prognose nicht die Aufgabe, die Wahrheit vorherzusagen, sondern die Selbsteinschätzung des Unternehmens im Rhythmus der Bilanzierung zu überprüfen. Im Rahmen einer gesetzlich vorgeschriebenen Selbstkontrolle ist dem Unternehmen vorgeschrieben, Prognosen abzugeben und sie darauf zu überprüfen, ob sie zutreffen oder nicht und ob die Unternehmenstätigkeit einer korrigierten Neueinschätzung anzupassen ist.

Der Gesetzgeber regelt an einer Vielzahl von Stellen die ständige Anpassungspflicht an geänderte Risikolagen.

In § 19 I Abs. 1 und 2 12. BImSchV (StörfallV) ist vorgeschrieben, bei Vorliegen neuer Erkenntnisse diese unverzüglich zu ergänzen oder zu berichtigen.

Nach Anhang III (f) 12. BImSchV ist die Leistungsfähigkeit des Sicherheitsmanagementsystems zu überwachen, Störfälle und Beinahestörfälle sind zu melden, insbesondere das Versagen von Schutzmaßnahmen, die entsprechenden Untersuchungen und die Folgemaßnahmen, wobei einschlägige Erfahrungen zu Grunde zu legen sind.

Nach Artikel 37 Abs. 7 12. BImSchV (EG) Nr. 1907/2006 [REACH-VO] ist der Stoffsicherheitsbericht auf dem neusten Stand zu halten. Nach Artikel 22 Abs. 1 der gleichen Verordnung hat der

97 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24.11.2009 - Az: WpÜG 11, 12/09, in : NZG 2010, 63 [Merck-Entscheidung].

Registrant nach der Registrierung aus eigener Initiative die einschlägigen neuen Informationen zu aktualisieren und diese der Agentur zu übermitteln, wenn neue Erkenntnisse über die Risiken des Stoffes für die menschliche Gesundheit und / oder die Umwelt, von denen nach vernünftigen Ermessen erwartet werden kann, dass sie dem Registranten bekannt geworden sind und die Änderungen des Sicherheitsdatenplatzes oder des Stoffsicherheitsberichts zu führen.

Nach § 8 Abs. 3 12. BImSchV hat der Betreiber sein Konzept zur Verhinderung von Störfällen zu überprüfen und erforderlichenfalls zu aktualisieren.

Nach § 6 Abs. 8 GefStoffV ist die Gefährdungsbeurteilung regelmäßig zu überprüfen und bei Bedarf zu aktualisieren, wenn sich eine Aktualisierung auf Grund der Ergebnisse arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen nach der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge als notwendig erweist.

Nach § 3 Abs. 4 LärmVibrationsArbSchV ist die Gefährdungsbeurteilung zu aktualisieren, wenn maßgebliche Veränderungen der Arbeitsbedingungen dies erforderlich machen.

Nach § 25 a KWG müssen Banken über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken und der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen verfügen, anhand deren sich die finanzielle Lage des Instituts jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt. Dazu gehört die Unterhaltung eines Managementinformationssystems, durch das ausreichend über Risiken informiert und die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften berichtet werden kann. Diese Meldepflichten dienen neben der Information der Aufsichtsbehörden insbesondere auch der Selbstinformation der beaufsichtigten Institute sowie ihrer Geschäftsleitung⁹⁸.

In allen zitierten Vorschriften wird deutlich, dass die einmal abgegebenen Prognosen über den Eintritt von möglichen Schäden und die Gefährdungsbeurteilungen ständig zu überwachen und an den jeweiligen Erkenntnisstand und die Entwicklung der Erfahrung anzupassen sind. In den zitierten rechtlichen Regelungen kommt zum Ausdruck, dass die einer Entscheidung zu Grunde gelegten Erfahrungssätze ständig daraufhin überprüft werden müssen, ob sie widerlegt sind oder nicht mehr gelten, oder ob sie nicht widerlegt sind und deshalb fortgelten.

Das gleiche muss für alle Risikoaussagen gelten. Prognosen sind als Mittel zur Selbstkontrolle eines Unternehmens zu verstehen und auch so zu behandeln. Falsch wäre es, von einer Risikoaussage die Wahrheit zu erwarten. Die Prognose wird lediglich bestätigt oder widerlegt, ohne dass sie einen Richtigkeits- oder Wahrheitsanspruch haben kann⁹⁹.

98 Braun in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 25 a, Rn 47, 93 f.

99 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24.11.2009 - Az: WpÜG

Es stellt sich die Frage, wer verbindlich in unserer Rechtsordnung berechtigt und verpflichtet ist, eine Entscheidung zu treffen, ob ein Risiko anzunehmen ist, ob mit hohem Aufwand ein Schaden abzuwenden ist, von dem nicht sicher ist, ob er überhaupt eintreten wird¹⁰⁰.

1.8.19 Erlaubte und verbotene Risiken

Über Schadensrisiken entscheiden verbindlich vor dem Eintritt des Schadens der Gesetzgeber durch Gesetze und Verordnungen und nach dem Schadenseintritt Gerichte auf Grund von Gesetzen und Präzedenzfällen anderer Gerichte. Daraus ergibt sich, welcher Sachverhalt erstens als Risikofaktor eingeordnet wird und zweitens durch welche Rechtspflicht dieses Risiko abzuwenden ist. Wenn der Gesetzgeber Stoffe, Verfahren, Anlagen regelt, gibt er zu erkennen, dass er sie verbindlich als Risiko beachtet und durch Schutzmaßnahmen abgewendet wissen will. Die Gerichte entscheiden im Nachhinein, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar war und deshalb schuldhaft nicht vermieden wurde. Die Entscheidung der Gerichte als auch die des Gesetzgebers sind verbindlich. Es handelt sich um verbotene Risiken.

Nicht jedes Risiko ist verboten. Vielmehr gibt es Risiken, die sozial adäquat sind und als Restrisiko von der Gesellschaft zu tragen sind¹⁰¹.

Wer Schadensersatzansprüche vermeiden will, muss die Rechtsprechung beachten und Rechtspflichten aus gesetzlichen Grundlagen einhalten. Erkennt jemand aus eigener Erfahrung ein Schadensrisiko, muss er dieses Risiko abwenden, selbst wenn es keine gesetzliche Regelung und noch keine Gerichtsentscheidung dazu gibt. Voraussetzung für seine Risikoabwendungspflicht ist, dass er das Risiko verursacht, beherrscht, davon profitiert und aus eigener Erfahrung auf einen drohenden Schaden schließen kann. Dann muss er selbst als Manager eines Unternehmens eine Verkehrssicherungspflicht annehmen und den drohenden Schaden abwenden¹⁰².

Risiken in sportlichen Wettkämpfen, im Straßenverkehr und im geschäftlichen Bereich werden in Kauf genommen. Beruht der Schaden darauf, dass ein Unternehmen um bloße Chancen betrogen wurde, ist entschieden, dass Chancen als Rechtsgut nicht geschützt sind¹⁰³.

11, 12/09, in : NZG 2010, 63 [Merck-Entscheidung].

100 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 50 f.

101 BVerfGE 49, 89 (Kalkar-Beschluss vom 8.8.1978); erstmals zum Restrisiko und der Ablehnung des „Nullrisikos“; Cornelius Prittwitz: Strafrecht und Risiko, 1993, S. 297 ff.

102 BGHZ 92 S. 143 ff. [Kupolofen-Entscheidung].

103 BGH, Beschluss vom 9.6.2004 - Az. 5 StR 136/04 in: NJW 2004, S. 2603, [Daimler-Entscheidung; erschlichener Sonderrabatt im Kfz-Handel].

Ob ein Sachverhalt als Risiko schon einmal von einem Gesetzgeber oder einem Gericht eingestuft wurde, lässt sich über die Datenbank recherchieren. Dazu dienen die Funktionen

- der Listensuche,
- der Schnittmengensuche und
- des Glossars.

**Funktionen
1.9, 1.12
und 1.16**

Gibt man einen Sachverhalt ein und zeigt das Glossar im rechten Textfeld unter „Risiko“ Stichworte, kann man davon ausgehen, dass dieser Sachverhalt entweder in einem Gesetz oder einem Gerichtsurteil als verbotenes Risiko eingestuft und entschieden wurde und Rechtspflichten zur Abwehr dieses Risikos ausgelöst hat. Abgefragt werden können verbotene Risiken und Rechtspflichten von Vorständen und Geschäftsführern auch über iPad und iPhone.

**Funktionen
1.1 bis 1.54**

1.8.20 Die Ermittlung von Entscheidungen über verbotene Risiken

Nachdem klargestellt wurde, dass Risiken Fiktionen und keine Fakten sind, dass nur der Risikofaktor als Tatsache feststellbar ist und das Risiko selbst Ergebnis einer Schlussfolgerung ist, sind Risiken und Entscheidungen über Risiken zu unterscheiden. Nicht jedem Unternehmenssachverhalt ist auf den ersten Blick anzusehen, dass er ein Risiko birgt und sich zum Schaden entwickeln kann. Es muss die Risikophantasie hinzukommen, um einen möglichen Schadensverlauf vorhersehen zu können. Diese Vorstellungskraft zu Risiken können nur diejenigen entwickeln, die schon genügend Erfahrungen mit Schadensverläufen haben oder die sie entwickeln und trainieren können. Die Risikophantasie lässt sich an vergleichbaren Beispielfällen aus der Rechtsprechung trainieren. Leichter fällt die Entscheidung über die Annahme eines Risikos, wenn in einem ähnlichen Fall ein Gericht entschieden hat, dass ein Risiko anzunehmen ist. Wird zum Beispiel das Glockengeläut mit harmonischem Geräusch als genehmigungsbedürftige Anlage im Sinne von § 6 BImSchG angesehen, ist davon auszugehen, dass zum Beispiel eine Werks sirene mit disharmonischem Geräusch ebenfalls als genehmigungsbedürftige Anlage behandelt wird¹⁰⁴. In Gerichtsurteilen und in gesetzlichen Bestimmungen haben Gerichte oder Gesetzgeber verbindlich entschieden, was als abzuwendendes Risiko angesehen werden muss. Wer diese Entscheidungen nicht beachtet, haftet mit der gleichen Rechtsfolge, die schon einmal entschieden wurde. Mit den gleichen Schadensersatzfolgen oder sonstigen Sanktionen ist zu rechnen, wenn ein schon entschiedener Sachverhalt als verbotenes Risiko entschieden wurde.

Bei der Analyse der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ist auffällig, dass immer wieder die gleichen Organisationsfehler

104 BVerwG vom 02.09.1996 (4 B 152/96), in: NuR (1997) S. 142 [Glockengeläut-Entscheidung].

gemacht werden und die gleichen Organisationsrisiken nicht abgewendet werden. In zwanzig Fällen fehlt immer wieder die Aufsichtsordnung und damit die Anordnung zur Risikoanalyse. Die Wiederholung der immer gleichen Fehler zeigt, dass Entscheidungen der Rechtsprechung oder der Gesetzgeber nicht als verbindliche Entscheidungen verstanden, behandelt und befolgt werden. Wer Schadensersatzansprüche vermeiden will, muss die Rechtsprechung beachten und Rechtspflichten einhalten, die sich aus der Rechtsprechung herleiten.

1.8.21 Regelungen zu Organisationspflichten aus Gesetzen

Die Gesetze zu den Organisationspflichten liefern nur allgemein gehaltene Regelungen¹⁰⁵. Die Pflichtenstellung des Vorstands wird geregelt im Aktiengesetz. Geregelt ist lediglich, dass der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung die Gesellschaft leitet und er gem. § 93 Abs. 2 AktG für eigenes Verschulden haftet und nach § 91 Abs. 2 AktG zur Bestandssicherung verpflichtet ist. Dazu gehört es, geeignete Maßnahmen zu treffen und ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Daraus ergibt sich die Pflicht des Vorstands zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen, wofür er schließlich ein Überwachungssystem einzurichten hat.

Die Gesellschaft kann erst 3 Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten, oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft gem. § 93 Abs. 5 S. 1 AktG geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung verlangen können, insbesondere dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben.

Der Vorstand hat im übrigen Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat nach § 90 AktG. Sie müssen durch organisatorische Maßnahmen vorbereitet werden, damit eine ordnungsgemäße Berichterstattung sichergestellt ist. Um den Aufsichtsrat informieren zu können, muss der Vorstand sich aus dem Unternehmen informieren lassen und ein Informations- und Meldesystem unterhalten¹⁰⁶. Das gleiche gilt für die Vorbereitung der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Danach muss Vorstand oder Aufsichtsrat erklären, ob

105 Peter Hemeling, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, in: ZHR 175 (2011), S 368.

106 Bürkle, Corporate Compliance - Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG, BB 2005, S. 567, zum Meinungsstand.

den Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden.

Aus den freiwilligen Selbstregulierungsvorschriften des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK Ziffer 4.13) ergibt sich, dass der Vorstand auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Konzernunternehmen hinzuwirken hat. Dem Vorstand obliegt die Legalitätskontrolle. Er muss für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und unternehmensinternen Richtlinien sorgen.

1.8.22 Die Pflicht des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung zur Prüfung und Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstände

Verletzen Vorstände bei einer Aktiengesellschaft ihre Organisationspflichten, drohen ihnen Schadensersatzansprüche nach § 93 Abs. 2 AktG. Vorstandsmitglieder tragen danach die Beweislast, wenn es streitig ist, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern aus ihrer organschaftlichen Tätigkeit muss der Aufsichtsrat prüfen und unter Beachtung des Gesetzes- und Satzungsrechts und der von ihm vorgegebenen Maßstäbe auch verfolgen. Diese Pflicht zur Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorständen ergibt sich aus der Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung des Vorstandes gemäß § 111 Abs. 1 AktG zu überwachen. Der Aufsichtsrat vertritt im Übrigen die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich gemäß § 112 AktG. Der Aufsichtsrat hat die Erfolgsaussichten im Rahmen der Prozessrisikoanalyse zu prüfen, was ebenfalls wiederum gerichtlich voll nachprüfbar ist¹⁰⁷. Die Entscheidung, über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen pflichtwidrig handelnde Vorstandsmitglieder ist Teil der nachträglichen Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats, deren Ziel darauf gerichtet ist, den Vorstand zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und Schäden von der Gesellschaft abzuwenden. Dabei hat er kein eigenes unternehmerisches Ermessen. Die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegenüber einem Vorstandsmitglied muss die Regel sein¹⁰⁸. Nur aus ganz gewichtigen Gegen Gründen kann der Aufsichtsrat nach § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG auf den Anspruch in Ausnahmefällen verzichten.

„Diese Pflicht des Aufsichtsrats besteht unabhängig davon, dass die

107 BGH, Urteil vom 21.04.1997 - II ZR 175/95 in: BGHZ 135, 252 [ARAG/Garmenbeck-Urteil].

108 BGH, Urteil vom 21.04.1997 - II ZR 175/95 in: BGHZ 135, 252 [ARAG/Garmenbeck-Urteil].

Hauptversammlung nach dem Gesetz die Möglichkeit hat, von sich aus eine Rechtsverfolgung zu beschließen. Das Recht dient allein dem Schutz der Aktionäre. Es befreit den Aufsichtsrat nicht von seiner Pflicht, im Rahmen seines gesetzlichen Aufgabenkreises die Interessen der Gesellschaft in eigener Verantwortung sachgemäß wahrzunehmen und Bestehen und Durchsetzbarkeit des Schadensersatzanspruchs zu prüfen, sowie eine eigenständige Entscheidung über die gerichtliche Geltendmachung zu treffen. Erst wenn die Hauptversammlung beschließt, den Schadensersatzanspruch zu verfolgen, muss der Aufsichtsrat nach der eindeutigen Regelung des §147 Abs. 1 AktG diesen Beschluss umsetzen und die erforderlichen Maßnahmen zur Durchsetzung der Ansprüche ergreifen.“¹⁰⁹

Der Aufsichtsrat hat nicht nur die Pflicht zu einer nachträglichen Überwachungstätigkeit durch Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, wenn Pflichten verletzt wurden. Vielmehr hat der Aufsichtsrat präventive Kontrollpflichten, wie zum Beispiel bei der Bestellung und Abrufung von Vorstandsmitgliedern oder im Rahmen des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, wonach er die unternehmerische Tätigkeit des Vorstands im Sinne einer präventiven Kontrolle begleitend mitgestaltet¹¹⁰. Die Satzung oder der Aufsichtsrat hat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen¹¹¹.

1.8.23 Die gesetzliche Pflicht zum Managementsystem

Der Gesetzgeber schreibt in einer Vielzahl von Vorschriften die Einführung eines Managementsystems vor. Vor allem gilt dies für unternehmerische Aktivitäten mit hohem Schadenspotential. Managementsysteme werden beispielsweise im Bereich des Lebensmittelrechts, des Produktrechts, des Aktienrechts, des Arzneimittelrechts, des Bankrechts und des Umweltrechts und für Flughäfen vorgeschrieben. Im Folgenden sind 29 Rechtsvorschriften mit der Pflicht zum Managementsystem aufgelistet, um eine Übersicht zu bieten.

Die Grundstrukturen der Managementsysteme in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten sind immer die gleichen. Risiken und Betriebspflichten sind zu ermitteln, zu delegieren, zu aktualisieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Die DIN-ISO 14001 kann als Muster gelten. Die Normen sind freiwillige Selbstregulierungen und gelten als untergesetzliche Regelwerke. Mit ihnen werden Maßstäbe für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gemäß § 276 BGB definiert. Sie haben einen indirekten Einfluss auf die

109 BGH, Urteil vom 21.04.1997 - II ZR 175/95 in: BGHZ 135, 252 [ARAG/Garmenbeck-Urteil].

110 BGH, Urteil vom 21.04.1997 - II ZR 175/95 in: BGHZ 135, 244 (II. 2. bcc) [ARAG/Garmenbeck-Urteil].

111 Vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

Pflichten des Managers, die auf Grund ihrer Anstellungsverträge verpflichtet sind, fahrlässiges Verhalten bei ihren vertraglichen Pflichten zu vermeiden. Vorstände und Geschäftsführer haben die Pflichten, ein Unternehmen zu leiten und dabei Sorgfaltsmaßstäbe einzuhalten. Würden Vorstände und Geschäftsführer untergesetzliche Regelwerke, wie etwa die DIN-ISO 14001 oder den Corporate Governance Kodex missachten, könnte dies den Vorwurf der Vertragspflichtverletzung begründen. Es empfiehlt sich deshalb, auch untergesetzliche Regelwerke einzuhalten.

29 Normen fordern die Einführung eines Managementsystems

- 1) HACCP-Grundsätze (Gefahrenanalyse und Überwachung kritischer Kontrollpunkte in der Lebensmittelproduktion, z.B. Artikel 4 der VO (EG) Nr. 854/2004).
- 2) Qualitätssicherungs- und Qualitätskontrollsystem zur guten Herstellungspraxis für Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen gemäß Artikel 4 bis 7 der Verordnung (EG) Nr. 2023/2006.
- 3) Sicherheitsmanagementsystem für Störfallbetriebe nach der 12. BImSchV und der Seveso-II Richtlinie 96/82/EG.
- 4) Sicherheitsmanagementsystem für Flughäfen gemäß § 45b LuftVZO und Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 2096/2005.
- 5) Managementsystem für Flugzeughersteller nach Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 1592/2002.
- 6) Risikomanagementsystem als Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 Aktiengesetz.
- 7) Risikomanagementsystem für Kreditinstitute nach § 25a Kreditwesengesetz.
- 8) Qualitätsmanagementsystem zur Einhaltung der guten Herstellungspraxis für Arzneimittelhersteller nach § 3 Arzneimittel- und Wirkstoffverordnung.
- 9) Qualitätssicherungssystem für Arzneimittelhersteller gemäß Artikel 6 der Richtlinie 2003/94/EG.
- 10) Managementsystem zum sicheren Betrieb einer Rohrfernleitungsanlage gemäß § 4 Rohrfernleitungsverordnung.
- 11) Managementsystem für die Konformitätsbewertung energieintensiver Produkte gemäß Art. 8 EU-Öko-Design-Richtlinie 2009/125/EG.
- 12) Qualitätsmanagementsysteme als Teil des Nachweises der EU-Konformität eines Produktes.
- 13) Richtlinie 2004/22/EG über Messgeräte.

- 14) Richtlinie 95/16/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Aufzüge.
- 15) Richtlinie 93/15/EWG zur Harmonisierung der Bestimmungen über das Inverkehrbringen und die Kontrolle von Explosivstoffen für zivile Zwecke.
- 16) Richtlinie 94/9/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Geräte und Schutzsysteme zur bestimmungsgemäßen Verwendung in explosionsgefährdeten Bereichen - ATEX 100.
- 17) Richtlinie 96/98/EG über Schiffsausrüstung.
- 18) Richtlinie 89/686/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für persönliche Schutzausrüstungen.
- 19) Richtlinie 93/42/EWG über Medizinprodukte.
- 20) Richtlinie 97/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Druckgeräte.
- 21) Richtlinie 2000/14/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über umweltbelastende Geräuschemissionen von zur Verwendung im Freien vorgesehenen Geräten und Maschinen.
- 22) Richtlinie 2006/42/EG über Maschinen.
- 23) Qualitätssicherungssystem für Blutspendeeinrichtungen nach Artikel 11 Richtlinie 2002/98/EG.
- 24) Qualitätssicherungssystem für Gewebeeinrichtungen nach der Richtlinie 2004/23/EG.
- 25) Gute Laborpraxis in Chemielaboren gemäß Richtlinie 2004/10/EG.
- 26) Umweltmanagementsystem (EMAS-Verordnung 1221/2009).
- 27) Umweltmanagementsystem (DIN ISO 14001).
- 28) Qualitätsmanagementsystem (DIN ISO 9001).
- 29) Arbeitsschutzmanagementsystem (LASI-Leitfaden).¹¹²

112 Wahlthema „Neue Anwendungsfelder für Managementsysteme“ 2/2007.

1.8.24 Organpflichten aus Gesetz und Rechtsprechung

Aus den gesetzlichen Vorschriften ergibt sich die Risikofrüherkennungspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG sowie die Bestandssicherungspflicht und die Pflicht zur Legalitätskontrolle.

Die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden hat als Organisationspflichten zur Delegation insgesamt 19 unterscheidbare Einzelpflichten entwickelt, die unter Ziffer 1.8.4 mit Zitaten der höchstrichterlichen Rechtsprechung zusammengefasst sind. 12 weitere Pflichten ergeben sich aus der Rechtsprechung zur Anordnung von Risikoanalysen. Sie sind unter Ziffer 1.7.23 zusammengefasst. Um das Organisationsverschulden zu vermeiden, empfiehlt es sich, an die Organe nicht nur die gesetzlichen, sondern auch die Organisationspflichten zu delegieren, die von der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden entwickelt wurden. Vermeiden lassen sich nämlich die Organisationsfehler, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Organisationsrisiken festgestellt wurden und mit denen der Vorwurf des Organisationsverschuldens und damit die Haftung für Schäden aus Organisationsfehlern begründet wurden.

1.8.25 Die Pflichten der Betriebsleiter, Abteilungsleiter und sonstiger Führungskräfte

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Betriebsleiter nach § 130 OWiG verpflichtet sind, erforderliche Aufsichtsmaßnahmen zu veranlassen, um Zuwiderhandlungen im Betrieb zu verhindern oder zu erschweren, wenn an sie Inhaberplichten delegiert wurden und sie im Verantwortungsbereich diese Pflichten zur Erledigung an Untergebene weiter delegiert haben.

Betriebsleiter und sonstige Führungskräfte mit besonderen Aufgaben haben die Pflicht zur Erkundigung nach den Rechtspflichten, die durch ihre Stellung als Betriebsleiter und als Abteilungsleiter oder durch ihren besonderen Auftrag ausgelöst werden. Die Erkundigungspflicht ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zur Änderung des Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität¹¹³.

Aus der Rechtsprechung ergibt sich die Pflicht zur Aufsicht nach Weisung auf Grund der allgemeinen Aufsichtsanordnungen durch

Funktion 3.71

113 BT-Drucks 10/318, Seite 15, Gesetzentwurf: „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“; ausführlich zur Erkundigungspflicht des mittleren Managements, Wahlthema 11, 12/2012: „Wer delgiert muss kontrollieren oder haften - Die Haftung der Betriebsleiter, Abteilungsleiter und Führungskräfte des mittleren Managements mit ausdrücklichem Auftrag“.

Vorstände und Geschäftsführer seit dem Kutscher-Urteil von 1911¹¹⁴.

1.8.26 Organisationspflichten aus der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden

Diese allgemeinen Organisationspflichten werden durch die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden vom Reichsgericht und BGH konkretisiert. In Gerichtsurteilen wurde über alle Organisationsfehler entschieden, die schon einmal zu einem Organisationschaden und zum Schadensersatz durch das Management wegen Organisationsverschulden geführt haben. Diese Organisationsfehler lassen sich vermeiden, indem die einschlägige Rechtsprechung zum Organisationsverschulden berücksichtigt wird. Dadurch lassen sich die Fehler Anderer vermeiden. Die praktische Bedeutung der Rechtsprechung wird häufig verkannt. Sie ist zwar nicht systematisch wie eine gesetzliche Regelung zu erfassen, sondern ergibt sich aus einer Vielzahl von Einzelfällen. Nur in der Gesamtschau liefert sie einen repräsentativen Überblick für die praktische Frage, welche Organisationspflichten im Einzelnen für Unternehmen zu erfüllen sind, um den Vorwurf des Organisationsverschuldens zu vermeiden.

Nach ständiger und einhelliger Rechtsprechung müssen die vorgestellten Organisationspflichten vom Unternehmen, vertreten durch den Vorstand oder den Geschäftsführer,

- **erstens** angeordnet,
- **zweitens** angewendet
- **drittens** nachgewiesen werden und
- **viertens** ständig verbessert werden.¹¹⁵

114 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

115 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil];
 RG vom 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759 [Warenhaus-Urteil];
 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];
 RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil];
 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil];
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
 RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil];
 BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];
 BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151

1.8.27 Die Pflicht zur Anordnung der Aufsichtsorganisation

Die Erfüllung der Organisationspflichten muss von Vorständen und Geschäftsführern im Unternehmen angeordnet werden. Organisationspflichten nur zu formulieren, reicht nicht aus. Das Unternehmen ist zur Anordnung und zur Anwendung der Organisationsregeln verpflichtet. Die Pflicht zur Anordnung der Aufsicht ist von den Gesellschaftern an die Organe des Unternehmens zu delegieren. Ohne eine Anordnung werden Organisationspflichten nicht erfüllt, insbesondere betreibt niemand freiwillig eine Risikoanalyse und ermittelt oder formuliert Rechtspflichten zur Abwehr der Unternehmensrisiken. Das Unterlassen der Anordnung einer Aufsichtsorganisation ist der häufigste Fehler in Unternehmen. In zwanzig der untersuchten klassischen Fälle zum Organisationsverschulden wurde die Aufsichtsorganisation unterlassen. Entweder fehlte sie ganz oder war lückenhaft oder hat im konkreten Schadensfall versagt. Es fällt auf, dass das Organisationsverschulden immer mit dem gleichen Organisationsfehler, nämlich der unterlassenen Anordnung der Aufsicht begründet wird. Der gleiche Organisationsfehler wiederholt sich immer wieder. Aus dem Fehler wird nichts gelernt. Eigentlich muss es einleuchten, dass der komplexe Vorgang der Risikoanalyse und der Ermittlung von Risikofaktoren im Unternehmen und der Ermittlung von Rechtspflichten, deren Delegation auf Verantwortliche und die Organisation ihrer Kontrollen nicht freiwillig oder auf eigene Initiative der Mitarbeiter etwa nach dem Muster der freiwilligen Feuerwehr oder sonstiger freiwilliger Organisationen betrieben wird. Ein Unternehmen organisiert sich nicht von selbst.

Wer sich dem Vorwurf des Organisationsverschuldens nicht aussetzen will, muss die Organisation anordnen. Wer trotz dieser einsichtigen Argumente als Organ, als Vorstand oder Geschäftsführer die Anordnung unterlässt und sich zu seinem eigenen Nachteil den Vor-

[Zinkdach-Urteil];
 BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214
 [Bleiwaggon-Urteil];
 BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957)
 S. 200 [Presseangriff-Urteil];
 BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957)
 S. 214 [Streupflicht-Urteil II];
 BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960)
 S. 53 [Besitzdiener-Urteil];
 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104
 [Gießerei-Urteil];
 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961)
 S. 455 [Propagandisten-Urteil];
 BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297
 [LKW-Unfall-Urteil];
 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968 (1968)
 S. 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil];
 BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971)
 S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];
 BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

wurf des Organisationsverschuldens aussetzt, zeigt ein menschliches Fehlverhalten, dass die Verhaltensforschung und die präskriptive Entscheidungstheorie als „Omission-Bias“ kennt. Es handelt sich um die menschliche Neigung zum Unterlassen und zur Untätigkeit. Der „Omission-Bias“ gilt als Entscheidungsfehler, als Fehlverhalten im Entscheidungsvorgang und damit als eigenes Organisationsrisiko im Unternehmen¹¹⁶. Diese Entscheidungsschwäche des „Omission Bias“ ist als Allerweltsweisheit und Empfehlung im Volksmund bekannt: „Wer nichts tut, macht auch keine Fehler“.

Wer allerdings dieser intuitiven Neigung folgt und im Zweifel sich für das Unterlassen entscheidet, begeht einen folgenschweren Entscheidungsfehler. Der vermeintliche Vorteil erweist sich bei näherer Analyse als Nachteil. Jede fehlerhafte Aktivität zur Risikoabwehr ist besser als die bloße Untätigkeit aus Angst vor Fehlern, weil noch nicht einmal die Chance beim Unterlassen besteht, die Geschädigten und das Gericht davon zu überzeugen, dass die Risikoabwehr kein Fehler war und im Zeitpunkt der Entscheidung zur Risikoabwehr keine anderen Alternativen möglich waren. Im Kutscher-Fall aus dem Jahre 1911¹¹⁷ bis zur IKB-Entscheidung des OLG Düsseldorf¹¹⁸ wurden Risikoanalysen unterlassen, weil sie nicht vom Organ angeordnet wurden, von den Gerichten immer wieder angemahnt wurden, ohne dass sich die Einsicht durchgesetzt hat, dass jede erfolglose Risikoabwehr, selbst wenn sie sich später als fehlerhaft herausstellen sollte, immer besser ist, als sie erst gar nicht zu versuchen. Die Verhaltensforschung liefert die Lösung des Rätsels. Die Neigung zur Untätigkeit gehört zu den menschlichen Schwächen, die man als Manager einkalkulieren muss, wenn man ein Unternehmen störungsfrei führen will. Der „Omission-Bias“ ist ein inzwischen allgemein bekanntes menschliches Fehlverhalten beim Entscheiden, dass sich nur durch die Anordnung der sechs unverzichtbaren Organisationspflichten vermeiden lässt.

Angeordnet werden muss,

- **erstens** die Risiken und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr zu erfassen,
- **zweitens** die Rechtspflichten an Verantwortliche zu delegieren,
- **drittens** die Rechtspflichten regelmäßig zu aktualisieren,
- **viertens** die Rechtspflichten zu erfüllen,
- **fünftens** die Erfüllung der Rechtspflichten zu kontrollieren und schließlich

116 Helmut Jungermann, Hans Jürgen Pfister, Katrin Fischer, 2005, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Auflage, Seite 320, sowie Franz Eisenführ, Martin Weber: „Rationales Entscheiden“(2003), 4. Auflage, Seite 320.

117 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

118 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 12. 2009 - 6 W 45/09, in: NJW 2010, 1537 [IKB-Entscheidung].

- **sechstens** über die Erfüllung aller Pflichten Beweise auf Vorrat zu sichern.

1.8.28 Die Anordnung zur Vermeidung menschlichen Fehlverhaltens

Allgemein in Frage gestellt wird derzeit das bisher vorherrschende Menschenbild vom Homo Oeconomicus, wonach jeder Mensch rational denkt und handelt, seinen eigenen Vorteil verfolgt und alle Entscheidungen meidet, die zum eigenen Nachteil sind. Nach diesem Konzept denkt und entscheidet jeder Mensch ohne Ausnahme richtig. Wenn Mitarbeiter von Natur aus immer alles richtig machen, wären Anweisungen und Anordnungen überflüssig. Perfekte Mitarbeiter könnte man sich selbst überlassen. Alles würde sich von selbst regeln.

Die neue Entscheidungswissenschaft hat erforscht, dass die Rationalität menschlicher Entscheidungen ernsthaft in Frage gestellt werden muss. Beim Entscheiden unterlaufen vorhersehbare Irrtümer. Menschliches Fehlverhalten lässt sich vorhersagen¹¹⁹. Die deskriptive Entscheidungstheorie unterscheidet inzwischen etwa 28 typisierte Entscheidungsfehler, denen menschliches Fehlverhalten deshalb zu Grunde liegt, weil es von dem erwarteten rationalen Verhalten und dem bisherigen Verständnis abweicht, das mit jeder Entscheidung der eigene persönliche Nutzen verfolgt wird¹²⁰. Der „Omission- und Hindsight- Bias“ sind nur 2 von 28 typischen Entscheidungsfehlern. Sobald aber menschliches Fehlverhalten als vorhersehbar gilt, muss es durch ein verantwortungsvolles Management als Organisationsrisiko erfasst, behandelt und wie jedes andere Risiko auch vermieden werden¹²¹.

Die analysierte Rechtsprechung zum Organisationsverschulden bestätigt diese Forschungsergebnisse. Die gleichen Fehler werden immer wiederholt. Aus Fehlern wird nichts gelernt. Offenbar meinen Unternehmensleiter, die Menschen verhalten sich rational und seien zur Selbstorganisation in der Lage. Verhaltensforschung und Psychologie haben erforscht, dass menschliches Denken und Entscheiden anfällig ist für systematische Fehler. Je mehr Entscheidungs-

119 Christian Elger „Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von Mitarbeitern“ 2009, S. 37; Hendrik Wieduwilt, in „Juristen auf den Spuren der Unvernunft“, FAZ vom 05.01.2009.

120 Franz Eisenführ, Martin Weber: „Rationales Entscheiden“ (2003), 4. Auflage S. 366-372.

121 Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein, „Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt“, 3. Auflage, 2009, S. 18; Dan Ariely: „Denken hilft zwar, nützt aber nichts, warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen“, 2008, S. 285; David Eagleman „Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns“, Campus, 2011, S 189, David Eagleman geht auf die Konsequenzen für das Rechtssystem durch das Bestreiten der Willensfreiheit ein.

fehler zu erwarten sind, umso notwendiger wird es, Anordnungen durch Vorstände und Geschäftsführer zu treffen. Angestoßen wurde diese Ansicht durch Daniel Kahnemanns Veröffentlichung zur neuen Erwartungstheorie (Prospect Theory). Es wurde untersucht, wie menschliche Entscheidungen von den Regeln der Rationalität abweichen und was Organisationen tun können, um die Qualität von Entscheidungen zu verbessern, die Angestellte in ihrem Auftrag treffen. Die jüngste Darstellung liefert der Nobelpreisträger von 2002 Daniel Kahnemann selbst in seinem neuen Buch¹²². Wenn nach dieser Theorie immer weniger mit rationalen Entscheidungen im Unternehmen zu rechnen ist, müssen umso mehr Anordnungen getroffen werden, um rationales Entscheiden im Unternehmen zu sichern, insbesondere um Entscheidungen zu vermeiden, die sich zum Nachteil der Mitarbeiter und zum Nachteil des Unternehmens auswirken. Im Rahmen von Folgeerwägungen sind diese Entscheidungen zu treffen.

Die Neurowissenschaft bestreitet derzeit, dass es einen freien Willen gibt. Mit neueren Messungen über Gehirnwellen wird von Neurologen der Nachweis angeboten, dass das Gehirn Entscheidungen trifft, noch bevor der Entscheidungsträger sich seiner Entscheidung bewusst wird¹²³. Diese neue Erkenntnis wird von Neurowissenschaftlern unter dem „Stichwort“ Bereitschaftspotential behandelt¹²⁴.

Der Omission-Bias beschreibt die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen per se als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu tun (Omission = Unterlassung).

Studien der Verhaltensforschung haben durchgehend die Tendenz zur Unterlassung bestätigt.

Verantwortlich fühlen sich Menschen eher für das, was sie tun, als für das was sie nicht tun. Für die negativen Folgen einer Handlung ist eine Ursache offensichtlich, nämlich die Handlung selbst. Für dieselben negativen Folgen nach einer Unterlassung dagegen sind meist mehrere Ursachen denkbar. Dann verliert die einzelne Ursache des Unterlassens an Bedeutung, weil noch andere Alternativursachen denkbar bleiben. Die Kausalität wird als weniger eindeutig wahrgenommen, sodass die Chance besteht, das Unterlassen als Ursache eines Schadens anzuzweifeln. Wer eine Handlung unterlassen hat fühlt sich selbst weniger für die Schadensfolgen verantwortlich¹²⁵.

122 Daniel Kahnemann „Schnelles Denken, Langsames Denken“, 2012, S. 26 f. und S. 508-513 - Die Originalveröffentlichung von 1979 zur „Prospect Theory“ ist abgedruckt.

123 David Eagleman „Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns“, Campus, 2011, S 195-197.

124 David Eagleman „Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns“, Campus, 2011, S 195-197.

125 Helmut Jungermann; Hans-Rüdiger Pfister; Katrin Fischer (2005): Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung. 2. Aufl. S. 321.

Beobachtet wird auch, dass Menschen im Umgang mit technischen Systemen zu spät handeln und das Unterlassen vorziehen, selbst wenn die Konsequenzen der Unterlassung verhängnisvoller sind, als wenn sie tätig geworden wären.

Fatale Folgen hat der Omission-Bias in allen verschleppten Rückrufaktionen. Im Lederspray-Fall wurde das Lungenödem verursachende Lederspray zu spät zurückgerufen¹²⁶ und bei Toyota war der Fehler der Selbstbeschleunigung des Pkws angeblich vier Monate bekannt. Der Reputationsschaden wird in aller Regel durch das Unterlassen des Rückrufs um so größer, je länger die Entscheidung verschleppt wird. Der sofortige Rückruf richtet weniger Schaden an als der verschleppte. Zum Vorwurf des Produktfehlers kommt der weitere Vorwurf hinzu, den Fehler übersehen und vertuscht zu haben. Wer sofort zurückruft, vermeidet den Vorwurf des Vertuschens, des Verschleppens und der lückenhaften Kontrollen. Zum Produktionsfehler kommt der Kontrollfehler hinzu.

Der intuitiven Tendenz zum Unterlassen ist grundsätzlich das Handeln vorzuziehen. Vor allem in Situationen, in denen ein Unheil droht, der Ausgang ungewiss ist und eine Entscheidung unter Unsicherheit getroffen werden muss. Wer den Vorwurf vermeiden will, nichts getan zu haben, muss handeln.

1.8.29 Die Organisationspflicht zur Anwendung der Aufsichtsorganisation

Eine Aufsichtsorganisation muss nicht nur angeordnet, sondern auch angewandt werden. Es reicht nicht für den Entlastungsbeweis der sorgfältigen Aufsicht nach § 831 BGB, allein organisatorische Regeln aufzustellen, sie im Unternehmen aber nicht anzuwenden. In sieben von zwanzig untersuchten Fällen¹²⁷ zum Organisationsverschulden haben die beklagten Unternehmen zwar Organisationsregeln vorgetragen, konnten deren Anwendung im Zeitpunkt des Schadensereignisses jedoch nicht nachweisen. Die behauptete Organisation hatte versagt und mit den bloßen Organisationsregeln ohne Anwendungsnachweis konnte der Vorwurf des Organisations-

126 BGH vom 06.07.1990 (2 StR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560.

127 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW (1968) S. 247 ff. [Schubstreben-Fall];
 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil];
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
 RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil];
 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];
 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil];
 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

verschuldens nicht entkräftet werden. Es reicht nicht aus, dass die Managementsysteme schriftlich fixiert sind, sie sind auch tatsächlich zu praktizieren¹²⁸.

Funktionen 5.94 bis 5.104

1.8.30 Der Beweis der Aufsichtsorganisation

Der Entlastungsbeweis nach § 831 BGB misslingt, wenn Organisationsregeln, ihre Anordnung und ihre Anwendung nicht dokumentiert und damit nicht bewiesen werden können. Es gilt das Prinzip der Beweislastumkehr. Die Anordnung der Aufsichtsorganisation als auch ihre Anwendung muss für den konkreten Schadensfall bewiesen werden¹²⁹. Soll dieser Entlastungsbeweis gelingen, empfiehlt sich die Organisationspflicht, die Erfüllung von Unternehmenspflichten ständig zu kontrollieren. Die permanente Kontrolle ist unverzichtbar, weil der Eintritt des Schadensereignisses ungewiss ist und der Entlastungsbeweis für einen unbestimmten Tag X geführt werden muss. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich die Organisationspflicht der ständigen Vollzugs- und Funktionskontrolle von Unternehmenspflichten. Stichproben reichen nicht aus. Eine Organisation, die zur Kontrolle nur Stichproben liefert, versagt¹³⁰. Diese Rechtsprechung gilt seit 1911. Aus den dargelegten rechtlichen Gründen reicht auch die Zertifizierung nach DIN ISO 14000 nicht aus, um im konkreten Schadensfall eine Aufsichtsorganisation nachzuweisen. Zertifiziert ist nicht exkulpiert. Der Anwendungsnachweis von Organisationsregeln muss hinzukommen. Ein zertifiziertes Unternehmen kann sich nicht mit dem Zertifikat exkulpiert. Das Zertifikat liefert nur eine Momentaufnahme vom Tag der Zertifizierung und bestätigt nur die Existenz von Organisationsregeln, nicht aber deren Anwendung und keinen Beweis für die Anwendungspraxis, vor allem nicht am Tag eines eventuellen Schadensereignisses.

Die Rechtsprechung konkretisiert die allgemeine Pflicht der Anordnung zur Risikoanalyse, sie wird im Folgenden dargestellt.

1.8.31 Die Einzelpflichten zur Risikoanalyse nach der Rechtsprechung

Unmissverständlich ergibt sich aus der gesamten Rechtsprechung, vor allem aus zwanzig Fällen zum Organisationsverschulden die Organisationspflicht einer Aufsichtsordnung zur Risikoanalyse. Der Inhalt der Pflicht zur Risikoanalyse ergibt sich wiederum aus einer Reihe von Einzelpflichten. Sie sollen im Folgenden aufgelistet werden. Vor allem sollen sie als Muster dienen und die Pflicht zur

128 VG Frankfurt am Main, Urteil vom 08. Juli 2004, WM 2004, S. 2157 [„Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand].

129 BGH vom 04.11.2002 (II ZR 224/00), in: NJW (2003) S. 358 ff. [Kurzarbeiter-Fall];
BGH vom 26.11.1968 (VI ZR 212/66), in: BGHZ 51 S. 91 [Hühnerpest-Entscheidung].

130 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

Risikoanalyse veranschaulichen. Die Fälle der Risikoanalysen lassen sich aufteilen in die Fälle, in denen Risikofaktoren latent sind, sich nicht beobachten lassen, sondern nur über Schlussfolgerungen aus Erfahrungen ermittelt werden können.

Die zweite größere Gruppe sind Risikoanalysen mit offenen Risikofaktoren, die als mehr oder weniger auffällige Indizien auf ein Risiko hindeuten, wenn man den Sachverhalt nicht nur beobachtet und wahrnimmt, sondern zusätzlich Schlüsse aus Erfahrungen zieht, was sich aus diesem Risikosachverhalt als Schaden entwickeln kann.

1.8.32 Die Organisationspflicht der Anordnung von Risikoanalysen nach der Rechtsprechung

Für die Organisationspflicht der Anordnung von Risikoanalysen lassen sich die folgenden konkreten Anweisungen festhalten. Sie ergeben sich aus den einzelnen Gerichtsurteilen seit 1911 und sind chronologisch zusammengefasst und aufgelistet.

Die Gerichtsurteile zum Organisationsverschulden sind im Volltext im Managementsystem gespeichert und außerdem ausführlich in einer Reihe von Wahlthemen kommentiert¹³¹, die ebenfalls im System „**Recht im Betrieb**“ gespeichert sind. Die Kommentierung erfasst die Art und Unterscheidung der Rechtspflichten, die Verkehrssicherungspflichten, die Organisationspflichten, die Organisationsfehler, das Organisationsverschulden, die erfolglosen Entlastungsversuche, die Rechtsgrundlagen für die Ersatzansprüche sowie jeweils eine Fehleranalyse, um in Zukunft die Wiederholung der gleichen Organisationsfehler zu vermeiden. Im Handbuch werden die Fälle zum „Organisationsverschulden“ nur verkürzt dargestellt und zitiert.

Funktionen 1.1 bis 1.26

(1) Vorstände sind verpflichtet, sich aktiv Informationen über Risikofaktoren durch ein Meldesystem selbst zu beschaffen, auch wenn die Risikofaktoren versteckt und nicht offensichtlich sind. Risikofaktoren sind als Unregelmäßigkeiten und Abweichungen vom Normalbetrieb anzusehen, von denen auf Grund von Erfahrungen auf drohende Schäden geschlossen werden kann¹³².

(2) Alle Risiken und Gefahrenquellen sind im Unternehmen zu erfassen. Die Risikoermittlung muss unverzüglich betrieben werden, sobald ein Indiz auf einen drohenden Schadensverlauf schließen lässt¹³³.

(3) Die Betriebsgröße und die dadurch bedingte Unübersicht-

131 Wahlthemen: Die Entwicklung des Organisationsverschuldens aus der Rechtsprechung 10/2009 bis 02/2011.

132 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil], seitdem ständige Rechtsprechung.

133 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil].

lichkeit des Unternehmens ist als besonderes Risiko zu erfassen¹³⁴.

(4) Bei einem Risikofaktor sind alle Erfahrungen heranzuziehen, die eine Schadensprognose rechtfertigen¹³⁵.

(5) Für die Annahme von Risiken kann auf die allgemeine Lebenserfahrung als Erkenntnisquelle zurückgegriffen werden. Alle Erfahrungen aus dem regelmäßigen und gewöhnlichem Verlauf der Dinge sind heranzuziehen¹³⁶.

(6) Die Größe eines Betriebes und der Massenverkehr müssen an sich als Risiko gelten¹³⁷.

(7) Risiken sind bei drohenden Schäden auch für immaterielle Rechtsgüter, wie Reputation, Image und Kreditwürdigkeit zu berücksichtigen¹³⁸.

(8) Mit dem Risiko kriminellen Fehlverhaltens ist in Großbetrieben auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung zu rechnen¹³⁹.

(9) In Gebrauchsanweisungen sind Hinweise auf mögliche Risiken und denkbare Schadensverläufe enthalten und deshalb bei der Risikoanalyse zu berücksichtigen¹⁴⁰.

(10) Die Erfahrungen aus Herstellerhinweisen zu speziellen Risiken und ihrer Abwehr sind zu berücksichtigen¹⁴¹.

(11) Bei fehlenden Fachkenntnissen sind externe Experten zur Ermittlung aller Erfahrungen heranzuziehen, wenn Fachkenntnisse und interne fachliche Erfahrungen fehlen¹⁴².

134 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil].

135 BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil].

136 BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil], wie Neuzement-Urteil.

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

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

139 Seit BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil]), und BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil].

140 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil].

141 BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

142 RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil].

(12) Die Risikofrüherkennungspflicht setzt nicht erst dann ein, wenn Missstände bekannt sind und öffentlich erörtert werden¹⁴³. Auch bei latenten, nicht offensichtlichen und versteckten Risikofaktoren besteht die Pflicht zur Risikofrüherkennung¹⁴⁴.

1.8.33 Risiken mit latenten Risikofaktoren

Die Risikoermittlungspflicht besteht auch ohne Anlass, Hinweis oder Indizien. In zehn Fällen von verkannten und übersehenen Risiken waren die Risikofaktoren latent und gerade nicht offensichtlich. Die Unzuverlässigkeit des Kutschers blieb dem Vorstand verborgen¹⁴⁵. Versteckte Glassplitter im Heilsalz waren versteckte Risikofaktoren¹⁴⁶. Das Risiko des durchgehenden Pferdes drängt sich nicht als offenes Risiko auf¹⁴⁷. Das Diebstahlrisiko auf Baustellen ist nicht offensichtlich, sondern ergibt sich nur durch Schlussfolgerungen aus der Erfahrung, dass „Gelegenheit Diebe macht“¹⁴⁸. Die giftigen Bleirückstände im Eisenbahnwaggon bleiben im Verborgenen¹⁴⁹ und fallen nicht ins Auge, wenn man nicht darüber nachdenkt und die Risikophantasie spielen lässt. Die eigenmächtigen Angestellten, die Hehlerware an- und verkaufen, lassen sich nicht als Gefahren-

143 RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil].

144 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];
 BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];
 BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil];
 BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil];
 BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil];
 BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil];
 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW (1968) S. 247 ff. [Schubstreben-Fall];
 BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];
 BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

145 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

146 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil].

147 BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil].

148 BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil].

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

quelle erkennen. Sie sind das Ergebnis aus Schlussfolgerungen¹⁵⁰, aus Erfahrung über kriminelles Fehlverhalten von unkontrollierten Angestellten. Bremsdefekte am LKW sind versteckte Risikofaktoren¹⁵¹. Produktionsfehler in Zulieferteilen sind versteckte Gefahrenquellen¹⁵². Eine Gasleitung mit unbekanntem unterirdischen Verlauf ist eine verborgene Gefahrenquelle¹⁵³. Das Verwechslungsrisiko bei Ersatzteilen stellt ein latentes Risiko dar¹⁵⁴.

Allen latenten Risikofaktoren ist gemeinsam, dass sie nicht offen liegen, sondern sich nur aus Erfahrungen ergeben. Aus Erfahrungssätzen der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gewöhnlichem Verlauf der Dinge, den unternehmensinternen und –externen Erfahrungen sind jeweils Schlüsse auf drohende Schäden zu ziehen.

1.8.34 Risiko mit offenen Risikofaktoren

Offene Risikofaktoren sind als Indizien zu behandeln, von denen aus einschlägigen Erfahrungssätzen auf einen drohenden Schadensverlauf Schlüsse zu ziehen sind. Hierbei ist der unternehmensinterne als auch der unternehmensexterne Sachverstand einzusetzen.

Offene Risikofaktoren aus der Rechtsprechung sind die Stolperstelle auf dem neuementierten Bürgersteig im Neuzementfall¹⁵⁵, die Löcher im Asphalt eines Straßenbelags¹⁵⁶, die Pflastereinstürze im Straßenbelag im Fuhrwerkfall¹⁵⁷, die offene Schranke im Kleinbahnfall¹⁵⁸, Eis und Schnee auf der Straße im Streupflichtfall¹⁵⁹, das Rufmordrisiko in einem Boykottaufruf einer Illustrierten¹⁶⁰ und die offene, brennende Spiritusflamme bei einer Präsentation im Kauf-

-
- 150 BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil].
- 151 BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil].
- 152 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW (1968) S. 247 ff. [Schubstreben-Fall].
- 153 BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil].
- 154 BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].
- 155 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil].
- 156 RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil].
- 157 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil].
- 158 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].
- 159 RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil].
BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II].
- 160 BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil].

hauseingang¹⁶¹.

1.9 Die Delegation von Unternehmenspflichten

Nach der Ermittlung aller Risiken und Rechtspflichten zur Risikoabwehr sind im zweiten Organisationsschritt die Rechtspflichten auf Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren¹⁶². Unternehmen sind als juristische Personen organisiert. Sie sind nicht handlungsfähig, nicht schuldfähig, nicht straffähig. Die Risikoabwehr durch Einhaltung von Rechtspflichten können Unternehmen nur durch die Einschaltung ihrer Mitarbeiter leisten. Jede Unternehmenspflicht muss an einen verantwortlichen Mitarbeiter delegiert werden. Werden Pflichten nicht delegiert, besteht das Risiko, dass sie nicht erfüllt werden. Nicht delegierte Pflichten müssten vom Organ des Unternehmens, vom Vorstand oder Geschäftsführer erfüllt werden. An einem Unternehmensstandort sind durchschnittlich 2.000 Pflichten einzuhalten. Ohne die Delegation dieser Pflichten wäre der Vorstand überfordert, wenn er höchstpersönlich die Pflichten einhalten müsste. Bei einem mehrköpfigen Vorstand oder bei mehreren Geschäftsführern einer GmbH können die Leitungsaufgaben durch eine Geschäftsordnung aufgeteilt und einzelnen Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern zugewiesen werden. Geregelt wird dies durch die Geschäfts- und Ressortverteilung. Gesellschaftsrechtlich ausdrücklich geregelt ist dies zum Beispiel beim Arbeitsdirektor, dem Zuständigkeiten im Personal- und Sozialfragen übertragen werden müssen. Bei der Bildung von Ressorts und der Geschäftsverteilung ist zu beachten, ob Pflichten dem Gremium vorbehalten werden müssen oder ob die Pflichten zuweisungsfähig sind, ob die Geschäftsleiter die erforderliche persönliche und fachliche Qualifikation besitzen und zu sorgen ist dafür, dass die Geschäftsverteilung zu eindeutigen Zuständigkeiten führt.

Für die Aktiengesellschaft ist dies in § 77 Abs. 2 AktG geregelt. Durch die Geschäftsverteilung ist die Gesamtverantwortung nicht aufgehoben. In ihrem jeweiligen Ressort haben die Verantwortlichen durch entsprechende Organisation und Überwachung ihrer Mitarbeiter für rechtmäßiges Verhalten zu sorgen. Durch die Ressortverteilung entfällt nicht die Verantwortung des ressortverantwortlichen Organmitglieds für die anderen Ressorts. Ein Organmitglied hat

**Funktionen
3.68 bis 3.79**

161 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil].

162 Ausführlich hierzu das Wahlthema 11, 12/2012: „Wer delgiert muss kontrollieren oder haften - Die Haftung der Betriebsleiter, Abteilungsleiter und Führungskräfte des mittleren Managements mit ausdrücklichem Auftrag“; Uwe H. Schneider, Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation, insbesondere zur Geschäftsverteilung, S. 1993. pflichten einhalten

zwar nicht die Pflichten eines anderen Ressorts zu erfüllen, aber zu überwachen¹⁶³.

Mit der Organisationspflicht zur Delegation der Unternehmenspflichten auf nachgeordnete Mitarbeiter beschäftigt sich Uwe H. Schneider in der Festschrift „100 Jahre GmbH-Gesetz“. Zur Führungsverantwortung von Geschäftsführern gehört es, dafür zu sorgen, dass sie sich bei ihrer Tätigkeit für das Unternehmen an die rechtlichen Vorgaben halten. Geschäftsführer haben dafür einzustehen, dass die betreffenden Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt und dass sie im gebotenen Umfang überwacht werden. Diese Pflicht geht über eine ordnungsgemäße Geschäftsverteilung hinaus. Im Gegensatz zur Geschäftsverteilung ist ein Geschäftsführer für die Auswahl und Einweisung seiner nachgeordneten Mitarbeiter verantwortlich. Er hat eine Auswahlpflicht und eine Einweisungspflicht, nämlich die Mitarbeiter klar in ihre Aufgaben einzuweisen. Bei der Geschäftsverteilung ist der Geschäftsführer nicht verantwortlich für die Auswahl und Einweisung seiner Mitgeschäftsführer. Darin besteht der Unterschied zur Organisationspflicht der Delegation von Pflichten an nachgeordnete Mitarbeiter. Für die Erfüllung der Organisationspflicht der Delegation ist eine genaue Auflistung der öffentlich-rechtlichen Pflichten zu verlangen, die von dem einzelnen Mitarbeiter wahrzunehmen sind, verbunden mit der Einweisung in die tatsächlichen Gegebenheiten. Zu verlangen ist weiter, dass jeder einzelne Mitarbeiter besonders darauf hingewiesen wird, dass er sich rechtmäßig verhält. Es gilt für solche Bereiche, in denen es typischerweise zu Rechtsverletzungen kommt. Es handelt sich hierbei um die Warnpflicht des Geschäftsführers. Fahrer von Kraftfahrzeugen sind beispielsweise darauf hinzuweisen, dass sie auch bei Terminschwierigkeiten die Geschwindigkeitsbegrenzung einzuhalten haben. Mitarbeiter von Bauunternehmen sind an das Verbot von Preisabsprachen zu erinnern¹⁶⁴.

Vor allem beim Führungswechsel, nämlich dann, wenn ein Geschäftsführer oder Vorstand seine Aufgabe übernimmt, hat er sich eingehend darüber zu informieren, ob sein Vorgänger und die von ihm herangezogenen Hilfspersonen sowie die nachgeordneten Mitarbeiter ihre Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt haben. Vor allem sollte sich ein Vorstand oder Geschäftsführer im kritischen Zeitpunkt des Führungswechsels am Beginn seiner neuen Aufgabe vergewis-

163 Uwe H. Schneider, Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation, DB, 1993; Ausführlich zur gegenseitigen Kontrolle von Vorständen nach dem Prinzip der Gesamtverordnung, einschließlich Hinweisen zur Umsetzung in der Praxis durch das Managementsystem „Recht im Betrieb“ in 5.104 des Handbuchs.

164 Uwe H. Schneider, Die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch den Geschäftsführer, zum Grundsatz der Gesamtverantwortung bei mehrköpfiger Geschäftsführung in der konzernfreien GmbH und im Konzern: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 486.

ern, ob eine Pflichtenbilanz existiert und die Unternehmenspflichten auf Mitarbeiter so delegiert wurden, dass er sie nicht höchstpersönlich selbst zu erfüllen hat. Den übernehmenden Geschäftsleiter trifft keine Haftung für die Pflichtverletzung seines Vorgängers. Ihm ist vielmehr in der Folgezeit hinreichend Zeit zu gewähren, um Ordnung zu schaffen, falls er Unregelmäßigkeiten ermittelt. Die Übernahme eines mangelhaft geführten Ressorts stellt für ihn ein Risiko dar¹⁶⁵.

Das Managementsystem enthält die Funktionen Nr. 3.68 bis 3.79, um die Pflichten auf Verantwortliche zu delegieren, einen Vertreterplan zu erstellen, den Personalwechsel abzubilden und jederzeit Auskunft darüber zu geben, welcher Mitarbeiter welche Pflicht in welcher Abteilung in welchem Zeitraum wie zu erfüllen hat. Je nach ihrer Art sind die Pflichten auf die Verantwortlichen im Unternehmen zu verteilen. Die Organisationspflichten sind an Vorstände und Geschäftsführer zu delegieren, die Informations-, Überwachungs- und Beratungspflichten auf die Beauftragten für Umweltschutz, Arbeitsschutz und Compliance mit Stabsfunktion und die sonstigen Pflichten an die Entscheidungsträger.

1.9.1 Die gesetzlich geregelte Delegation von Auswahl- und Aufsichtspflichten auf den Geschäftsherrn nach § 831 BGB

Ein Geschäftsherr, der einen Anderen zur Verrichtung bestellt, hat diese Person sorgfältig unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auszuwählen, die Ausführung der Verrichtung zu leiten sowie Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen. Sobald jemand Verrichtungsgehilfen als Angestellte einsetzt, hat er nach § 831 BGB die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Aufsicht. Der Gesetzgeber hat die Auswahl- und Aufsichtspflicht an den Geschäftsherrn delegiert. Wenn der Geschäftsherr schon seine Verkehrssicherungspflichten nicht persönlich erfüllt, soll er seine Verrichtungsgehilfen so sorgfältig auswählen und überwachen, dass mit der Erfüllung seiner Verkehrspflichten gerechnet werden kann.

1.9.2 Die Unterscheidung von Linie und Stab

Das Managementsystem gibt in der Datenbank unterschiedliche Textfelder für die verschiedenen Rollen im Unternehmen vor. Mit den einzutragenden Personen in ihrer jeweiligen Rolle sollen die Pflichten digital verknüpft werden. Mit dem System werden die delegierten Pflichten und die jeweiligen Verantwortlichen abgebildet. Bei der Delegation der Pflichten ist deshalb zu beachten, welche Pflichten mit welchem Inhalt, an welche Unternehmensmitarbeiter

Funktionen 3.69 bis 3.72

165 Uwe H. Schneider, Die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch den Geschäftsführer, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 487 mit besonderem Hinweis auf steuerrechtliche Pflichten, BGH GmbHR 1985, 143, 144; BFH NV 1990, 71.

zu delegieren sind. Vom Inhalt der Pflicht hängt ab, an wen Sie zu delegieren ist. Deshalb soll im Folgenden der Inhalt der Pflicht im Zusammenhang mit ihrer Delegation behandelt werden.

1.9.3 Die Organisationspflichten zur Delegation nach der Rechtsprechung

Diese gesetzliche Regelung in § 831 BGB erweist sich für die Industrie als unzulänglich. Die Industrieunternehmen wurden so groß, dass deren Vorstände und Geschäftsführer nicht nur ihre Verkehrssicherungspflichten nicht mehr persönlich erfüllen können, sondern auch ihre Pflicht zur Auswahl und zur Aufsicht. Die Rechtsprechung entwickelte daraufhin die gesetzlichen Delegationsregeln in § 831 BGB weiter. Wer den Vorwurf des Organisationsverschuldens vermeiden will, muss die Organisationspflichten beachten, die die Rechtsprechung entwickelt hat. Vor allem die Delegationspflichten wurden in einer Vielzahl von Urteilen konkretisiert.

Die Delegationspflichten zur Vermeidung von Delegationsfehlern sind chronologisch seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts von 1911 bis heute aufgelistet, sodass die Fortentwicklung der Delegationspflichten erkennbar wird. Die Beachtung der Delegationspflichten soll das Organisationsverschulden wegen Delegationsfehlern vermeiden helfen.

1.9.3.1 Kutscher-Urteil

Die Aufsichtspflicht, die der Gesetzgeber nach § 831 BGB an den Geschäftsherrn delegiert hat, kann er nach dem Kutscher-Urteil von 1911 auf höhere Angestellte delegieren. Er kann die Aufsicht führen lassen. Für den höheren Angestellten mit Aufsichtspflicht muss sich der Geschäftsherr entlasten. Es handelt sich um den sogenannten dezentralisierten Entlastungsbeweis. Er muss ihn sorgfältig ausgewählt und überwacht haben. Bei großen Betrieben muss der Geschäftsherr die Aufsicht auf höhere Angestellte übertragen¹⁶⁶. Bei dem Geschäftsherrn verbleibt jedoch die Oberaufsicht. Er muss allgemeine Aufsichtsmaßnahmen selbst als gesetzlicher Vertreter der Körperschaft treffen, mit der er vorgibt, wie die praktische Aufsichtstätigkeit durch die von ihm bestellte Aufsichtsperson durchzuführen ist. Die Aufsichtsperson führt die Aufsicht nach Weisungen des Vorstands oder Geschäftsführers. Ist die allgemeine Aufsichtsmaßnahme fehlerhaft oder ungeeignet, haftet das Organ ohne Entlastungsmöglichkeit. Ist die allgemeine Aufsichtsmaßnahme fehlerfrei und kommt es zum Schaden durch Aufsichtsfehler der Aufsichtsperson, kann sich der Vorstand entlasten durch den Nachweis der sorgfältigen Aufsicht in Form einer geeigneten Aufsichtsmaßnahme und der Auswahl der Aufsichtsperson. Unterschieden wird damit erstmals die delegationsfähige praktische Durchführung der Aufsicht

Funktion
5.96

Funktion
5.104

166 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

und die nicht delegationsfähige allgemeine Aufsichtsordnung, die exklusiv an das Organ vom Gesellschafter zu delegieren ist. Aufsichtspersonen führen keine Aufsicht aus eigener Initiative, sondern führen nur die Aufsichtsordnungen des Geschäftsherrn aus.

Die Aufsichtsorganisation, die nur Stichproben liefert, gilt als ungeeignet¹⁶⁷. Die vorhandene Aufsichtsorganisation im Kutscher-Urteil hat versagt, weil sie den Risikofaktor der Unzuverlässigkeit des Kutschers nicht erfasst hat. Die Aufsichtsordnung muss geeignet sein, eine lückenlose Aufsicht zu führen, die mehr als nur Stichproben liefert und die noch zur Zeit des Schadensereignisses fort dauert und als Aufsicht wirkt. Seit dem Kutscher-Urteil ist der Vorstand eines Großbetriebes verpflichtet, die praktische Aufsichtstätigkeit zu delegieren, weil er durch die Größe des Betriebes dazu nicht mehr in der Lage ist¹⁶⁸. Über alle Risiken im Unternehmen muss sich der Vorstand informieren lassen und dazu ein Meldesystem unterhalten.

**Funktion
5.101**

**Funktion
1.8**

1.9.3.2 Neuzement-Urteil

1913 hat das Reichsgericht im Neuzement-Urteil entschieden, dass die allgemeine Aufsichtspflicht einem verfassungsmäßig bestellten Vertreter der Körperschaft übertragen sein muss und die Kontrolle nicht auf wiederum unkontrollierte Angestellte unterer Hierarchiestufen übertragen sein darf. Die allgemeine Aufsichtsordnung muss das Organ „selbst kennen, überprüfen, fortlaufend kontrollieren und bessern“. Durch regelmäßige Berichterstattung hätte sich die Körperschaft über das „Funktionieren“ des städtischen Dienstes in „allen seinen Teilen vergewissern müssen“. Von Unzulänglichkeiten der Aufsichtsorganisation muss die Stadt Kenntnis haben. Auf Unkenntnis kann sich der Vorstand der Körperschaft nicht berufen. Ursache für die unzulängliche Organisation und den schuldhaften Missstand war die „jahrelang bestehende, selbstständig waltende Organisation“, ein Delegationsfehler. Eine Chefsache wurde delegiert, obwohl sie Chefsache hätte bleiben müssen. Die Anordnung im Neuzement-Urteil erwies sich als ungeeignet. Die Stolperstelle als Ursache für den Sturz einer Passantin ist der Stadt verborgen geblieben¹⁶⁹.

1.9.3.3 Warenhaus-Urteil

Die Aufsichtsordnungen müssen sich auf den jeweiligen Wirkungskreis des Verantwortlichen beziehen. Die Aufsichtspersonen müssen wissen, wie sie in ihrem Wirkungskreis zu verfahren haben¹⁷⁰.

**Funktion
5.104**

167 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

168 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

169 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil].

170 RG vom 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759

1.9.3.4 Heilsalz-Urteil

Die Oberaufsicht darf der Geschäftsherr nicht delegieren und dem „sorgfältig ausgewählten Aufsichtsbeamten nicht selbständig überlassen“¹⁷¹.

1.9.3.5 Asphaltvertiefungs-Urteil

Im Asphaltvertiefungs-Urteil führt das Reichsgericht seine Rechtsprechung zur Delegation von Aufsichtsordnungen fort. Es verlangt ergänzend und klarstellend durch die angeordnete Aufsicht sicher zu stellen, dass die Anordnung vollzogen wird, angemessen ist und fortlaufend erprobt wird. Schließlich muss die Eignung der Anordnung sichergestellt werden, indem die Organisation die Amtstätigkeit der dafür bestellten Beamten und Bediensteten „im allgemeinen kontrolliert“.

Was zur geeigneten Aufsichtsorganisation nicht ausreicht, wird ebenfalls klargestellt, nämlich die bloße Bestellung eines zuverlässigen Beamten. Die Organe haben eine Eingriffsverpflichtung, wenn die Aufsichtsperson versagt. Es handelt sich um die Pflicht zum Krisenmanagement der Organe, wenn es zu Unregelmäßigkeiten im Unternehmen kommt, die vom Verantwortlichen der unteren Hierarchiestufe nicht beherrscht werden können. An die Vorstände ist deshalb von den Gesellschaftern die Pflicht zu delegieren, nicht beherrschbare Risiken erstens zu melden, wozu die Funktion der Meldemaske eingesetzt werden kann, und zweitens selbst einzugreifen, anstatt untätig zu bleiben.

1.9.3.6 Fuhrwerk-Urteil

Bei ungeklärten Ursachen und Unregelmäßigkeiten ist das Organ verpflichtet, externen Expertenrat einzuholen. Das Krisenmanagement gehört zu den nicht delegierbaren Pflichten¹⁷² der Organe.

1.9.3.7 Kleinbahn-Urteil

Im Kleinbahn-Urteil von 1938¹⁷³ verlangt das Reichsgericht von den Organen die Befähigung, die Oberaufsicht zu führen. Das Organ muss die Fähigkeit haben, Anordnungen zu treffen, die geeignet sind, drohende Schäden abzuwenden. Dem Vorstand wurde vorgeworfen, dass er nicht erkannt hat, wie verkehrgefährlich seine Anordnung war. Organe müssen in der Lage sein, die Risikosituation einzuschätzen. Die Oberaufsicht umfasst die Anordnung zur Kont-

[Warenhaus-Urteil].

171 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil].

172 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil].

173 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].

rolle, ob die Anordnung geeignet ist, drohende Risiken abzuwenden, ob die Risikoabwehr funktioniert, vollzogen wird und verbessert werden kann¹⁷⁴.

Die Oberaufsicht muss ausschließlich durch Organe wahrgenommen werden. Ein Organisationsfehler ist es, wenn das Organ die „Regelung des gesamten technischen Betriebes den von ihr angestellten Betriebsdirektoren und seinem Stellvertreter zur selbstständigen Erledigung überlassen hat“¹⁷⁵. Die Betriebsleitung darf nicht „völlig selbständig schalten“.

**Funktion
5.104**

1.9.3.8 Benzinfahrt-Urteil

Der Geschäftsherr muss sich nicht um nachgeordnete Verrichtungsgelhilfen persönlich kümmern, sondern kann dies seiner ausgewählten und überwachten Aufsichtsperson überlassen¹⁷⁶.

**Funktion
5.96**

1.9.3.9 Zinkdach-Urteil

Umfang und Ausmaß der Aufsichtspflichten hängen von den zu kontrollierenden Aufgaben, deren Umfang und Zeitdauer, ab. Es besteht eine gestaffelte Aufsichtspflicht je nach Risikolage. Durch die allgemeine Aufsicht muss angeordnet werden, Diebstähle vor Ort zu vermeiden. Das Diebstahlrisiko muss die Aufsichtsperson vor Ort abwenden¹⁷⁷.

1.9.3.10 Presseangriffs-Urteil

Im Presseangriffs-Urteil hat der BGH entschieden, dass ein Mangel in der Organisation dann besteht, wenn der Leiter der Rechtsabteilung ohne Organstellung darüber entschieden hat, ob in einer Illustrierten ein Boykottaufruf veröffentlicht wird oder nicht¹⁷⁸. Es handelte sich um eine Entscheidung mit „großer Tragweite und ruinöser Wirkung“ für den Angegriffenen, einen übermäßigen Eingriff, einen sogenannten Exzess. Zur allgemeinen Oberaufsicht zählt der BGH die Weisung des Organs an leitende Angestellte ohne Organstellung, Entscheidungen von großer Tragweite dem Organ zur Entscheidung vorzulegen und ausschließlich dem Organ zu überlassen. Fehlt es an einer solchen Anordnung zur Vorlagepflicht an den Vorstand, liegt ein Delegationsfehler vor. Die Organisationspflicht des Vorstands wurde im Pressenangriffs-Urteil erstmals auf alle Ge-

**Funktion
1.8**

174 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].

175 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].

176 BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil].

177 BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil].

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

schäfte des täglichen Lebens und des wirtschaftlichen Verkehrs erweitert und nicht mehr beschränkt auf die Auswirkungen, die von einem Grundstück ausgehen, auf dem ein Verkehr eröffnet wird.

Im gleichen Urteil hat der BGH entschieden, dass es auf die Kosten der Vermeidung von Rechtsverletzung nicht ankommen darf. Die Kosten der Abwendung eines Rechtsverstosses dürfen nicht in die Interessenabwägung einfließen. Rechtsschutzkosten und Compliance-Kosten dürfen eine Entscheidung zum Rechtsschutz nicht beeinflussen¹⁷⁹.

1.9.3.11 Bleiwaggon-Urteil

Im Bleiwaggon-Urteil hat der BGH entschieden, dass die Aufsichtsordnungen in Form von Dienstvorschriften inhaltlich so ausgestaltet sein müssen, dass sowohl Dritte in ihrem Eigentum nicht verletzt werden können als auch Vertragspartner vor Schäden geschützt werden. In der Aufsichtsordnung muss die Anweisung enthalten sein, alle Risiken zu vermeiden, die nach dem regelmäßigen und gewöhnlichen Verlauf der Dinge einen Schaden verursachen können.

Hervorzuheben ist die Entscheidung des BGH, dass die Organe mit ihrer Organisationspflicht nicht nur absolute Rechte, die nach § 823 BGB jedermann zustehen, unterstützen muss, sondern auch Rechte aus vertraglichen Vereinbarungen. Im Bleiwaggon-Urteil weist der BGH auf die Zulässigkeit von Vertragshaftung neben der Deliktshaftung hin¹⁸⁰. Von der Organisationspflicht entlastet wird das Organ nicht durch den Umstand, dass das Unternehmen einen Massenverkehr betreibt. Das Großbetriebsargument entlastet nicht, vielmehr löst es erhöhten Organisationsaufwand aus¹⁸¹.

1.9.3.12 Streupflicht-Urteil II

Zur Organisationspflicht gehört es, gesteigerte Überwachungen anzuordnen, wenn die Verrichtungsgehilfen nicht nach Eignung und Zuverlässigkeit, sondern nur nach formalen Kriterien ausgesucht wurden¹⁸².

1.9.3.13 Besitzdiener-Urteil

Die Oberaufsicht kann ein Vorstand oder Geschäftsführer nicht abgeben. Er darf unter seiner Oberaufsicht seine leitenden Angestellten nicht völlig selbstständig schalten und walten lassen, sondern

Funktion 5.104

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

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

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

182 BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II].

muss sie im Rahmen der allgemeinen Aufsicht kontrollieren. In fünf Fällen zum Organisationsverschulden bekräftigt die Rechtsprechung diese Organisationspflicht des Organs¹⁸³.

1.9.3.14 Gießerei-Urteil

Bei der Aufsichtsordnung empfiehlt sich die unmissverständliche Anweisung an alle Angestellten unterhalb der Organebene, rechtswidrige, unerlaubte Handlungen zu unterlassen. Die Erfüllung dieser Organisationspflicht setzt voraus, dass alle Angestellten darüber informiert sind, welches Verhalten rechtswidrig ist. Das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ unterstützt die Erfüllung dieser Informationspflicht, indem es einen komfortablen Zugang zu der umfassenden Gesetzessammlung von über 10.000 Vorschriften und 5.300 Gerichtsurteilen sowie 40.000 riskanten Sachverhalten digital mit Rechtspflichten verknüpft. Digital lässt sich auf Schritt und Tritt prüfen, ob ein Unternehmenssachverhalt verboten oder erlaubt, legal oder illegal ist und welche Pflichten er auslöst.

Nach dem Gießerei-Urteil des BGH vom 08.10.1958¹⁸⁴ ist die Organisationspflicht an die Geschäftsleitung zu delegieren. Im Rahmen der Aufsichtsordnungen für einen Produktionsbetrieb sind die Fertigungskontrollen so vorzugeben, dass im Zeitpunkt des Schadenseintritts zurückverfolgt werden kann, wer das defekte Teil kontrolliert hat. Es ist eine ständige Kontrolle einzurichten und vor allem auch zu dokumentieren. Im Zeitpunkt des Schadenseintritts muss die wirksame Fertigungskontrolle nachgewiesen werden. Fehlt im Zeitpunkt des Schadensereignisses jede Angabe, welcher Mitarbeiter im Unternehmen die Kontrolle durchgeführt hat und vor allem auch jede Angabe darüber, wer den Kontrolleur eingestellt und überwacht hat, ist die Organisationspflicht verletzt. Die Fertigungskontrolle ist durch die Aufsichtsordnung so zu organisieren, dass sowohl die Kontrolleure als auch deren Aufsicht für jeden eventuellen Schadensfall nachvollzogen und vorgetragen werden kön-

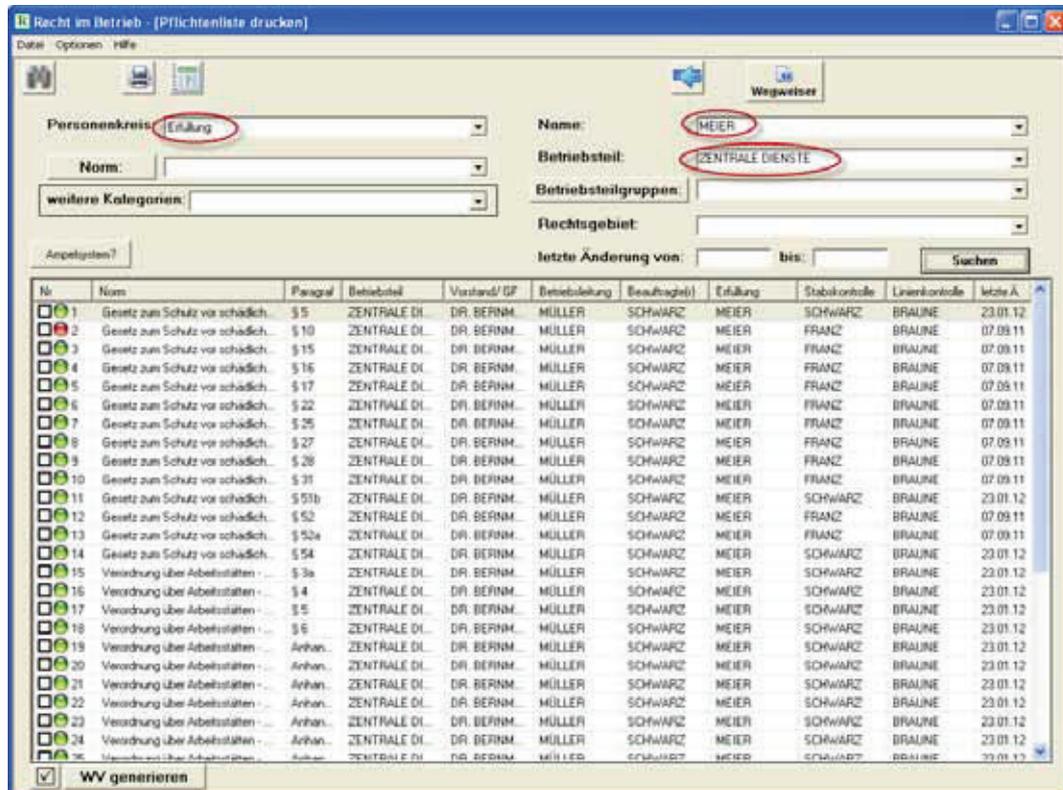
**Funktionen
4.84 und 4.85**

**Funktionen
3.74 und 3.75**

-
- 183 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];
 BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];
 BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil].
- 184 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].
 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961, S. 455 [Propagandisten-Urteil];
 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968, S. 247 ff. [Schubstreben-Fall].

nen¹⁸⁵.

Im Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ lässt sich speichern, aufrufen und nachweisen, welcher Mitarbeiter welche Pflicht in welchem Betriebsteil und in welchem Zeitraum zu erfüllen hatte. Die Kontrollpflichten können dadurch nachvollzogen werden.



1.9.3.15 Propagandisten-Urteil

Im Propagandisten-Urteil von 1960¹⁸⁶ wird die Organisationspflicht konkretisiert, die an den Geschäftsführer zu delegieren ist, sich zu vergewissern, ob eine Verkehrssicherungspflicht erfüllt wird. Dazu gehört die Ermittlung der Information über die Gefahrenquellen und die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zum Schutz aller gefährdeten Personen. Insbesondere gehört zur Oberaufsichtspflicht, auf Gebrauchsanweisungen für gefährliche Geräte hinzuweisen und sicherzustellen, dass die Gebrauchsanweisungen beim Einsatz des Geräts beachtet werden.

Zurückgewiesen wurde ausdrücklich, dass die Pflicht des Organs zur Behebung eines Mangels erst dann ausgelöst werden könne, wenn dem Unternehmen der Mangel bekannt gegeben worden wäre oder wenn die Geschäftsleitung den Mangel auf sonstige Weise erkannt hätte oder hätte erkennen müssen. Die Risikofrüherkennungspflicht setzt ein, noch bevor ein Mangel zu beobachten ist.

185 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil].

186 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60) in: NJW 1961 S. 455 [Propagandisten-Urteil].

Die Rechtsprechung bestätigt die Einschätzung, dass Risiken keine Tatsachen, sondern Fiktionen sind, das Ergebnis von Schlussfolgerungen aus Erfahrungen über Schadensverläufe. Zur Organisationspflicht gehört es auch, dass sich die Organe aus eigener Initiative aktiv vergewissern, ob jemand mit einer Gefahrenquelle „in der rechten Weise umzugehen wusste und nicht anders handhabte, als zur Beherrschung der Gefahren, die umstehenden Personen sonst drohten, unumgänglich war“. Der BGH verpflichtet zur aktiven Informationsbeschaffung über Risiken und ihre Abwehr. Niemand darf sich darauf verlassen, dass das Risiko offenkundig wird. Diese Informationsbeschaffungspflicht ergibt sich aus vier Urteilen¹⁸⁷.

**Funktion
1.8**

1.9.3.16 LKW-Unfall-Urteil

Es empfiehlt sich, in die Aufsichtsordnung den Hinweis aufzunehmen, dass behördliche Genehmigungen von Gewerbeaufsicht und Bauämtern nicht ausreichen, um den Nachweis einer ausreichenden Aufsichtsordnung zu führen¹⁸⁸.

1.9.3.17 IKB-Urteil

Behördliche Genehmigungen ersetzen keine eigene Risikoanalyse. Genauso ersetzen die Analysen von Rating-Agenturen nicht die eigene Risikoanalyse¹⁸⁹.

**Funktionen
1.11 bis 1.25**

Die Pflicht zur Aufsichtsordnung und zur allgemeinen Oberaufsicht ist die Pflicht des Unternehmers, die er an Vorstände und Geschäftsführer, seine gesetzlichen Vertreter, delegieren muss.

1.9.3.18 Schubstreben-Urteil

Die Oberaufsichtspflicht umfasst die Aufsichtsordnung, Verantwortliche im Unternehmen namhaft zu machen und jedem Pflichtenträger einen Ersatzmann zuzuweisen. Für den Zeitpunkt des Schadensereignisses muss das Unternehmen in der Lage sein, bei

**Funktionen
3.70 bis 3.74**

187 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];

(RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];

BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];

BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil].

188 BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil].

189 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 12. 2009 - 6 W 45/09, in: NJW 2010, 1537 [IKB-Entscheidung];

BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil];

Die Rechtsprechung des LKW-Urteils, der IKB-Entscheidung wird fortgesetzt in den neueren Entscheidungen des ISON-Urteils und zur Sardinien-Äußerung.

Funktion 1.8

urlaubsbedingter Abwesenheit der verantwortlichen Aufsichtsperson in der Fertigungskontrolle jeweils einen eingesetzten Ersatzmann nachzuweisen. Die anonyme und personenunabhängige Beschreibung eines Verantwortlichen reicht zur Entlastung nicht aus. Verantwortliche müssen mit Namen genannt werden¹⁹⁰ und jeweils einen Ersatzmann haben¹⁹¹. Ohne die Delegation von Pflichten in der Fertigungskontrolle müsste der Entlastungsbeweis für alle in Frage kommenden Mitarbeiter des Unternehmens geführt werden, die als Urheber der schadensverursachenden Handlung in Betracht kommen können¹⁹².

1.9.3.19 Tiefbau-Unternehmer-Urteil

Die Aufsichtsordnung muss die konkrete Anweisung an örtliche, aufsichtsführende Bauleiter enthalten, wann und wie sie sich über die Lage und den Verlauf von unterirdischen Versorgungsleitungen anhand von zuverlässigen Unterlagen zu vergewissern haben, um zum Beispiel eine Gasexplosion zu vermeiden¹⁹³. Die Erkundigungspflicht über Risiken müssen detailliert angeordnet werden. Diese umfasst auch die Einsichtnahme in Pläne als auch das Graben von Probeschlitzern¹⁹⁴. Auch hier handelt es sich wiederum um die Informationsbeschaffungspflicht. Der Hinweis auf die Unkenntnis entlastet jedenfalls nicht¹⁹⁵.

1.9.3.20 Kfz-Werkstatt-Urteil

Im Kfz-Werkstatt-Urteil von 1978¹⁹⁶ wird verlangt, dass die Auf-

190 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil]; BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil]; BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW (1968) S. 247 ff. [Schubstreben-Fall].

191 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW (1968) S. 247 ff. [Schubstreben-Fall], so schon RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil], BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil].

192 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW (1968) S. 247 ff. [Schubstreben-Fall].

193 BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil].

194 BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil].

195 BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];
RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];
BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil].

196 BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

sichtsordnung vorgibt, dass Herstelleranweisungen berücksichtigt werden. Auch bei dieser konkretisierten Pflicht handelt es sich um eine Informationsbeschaffung über Erfahrungen mit potentiellen Risiken, die vor allem in Gebrauchsanweisungen und Herstellervorgaben enthalten sind.

1.9.4 Zusammenfassung der Organisationspflichten zur Delegation

Zusammengefasst ergeben sich folgende Organisationspflichten für die Delegation.

(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. Die Aufsichtsperson führt 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 muss¹⁹⁷. Die Aufsicht muss lückenlos sein und zur Zeit des Schadensereignisses fort dauern. Stichproben reichen nicht aus und gelten seit 1911 als ungeeignete Aufsichtsordnung.

(2) Das Organ muss die allgemeine Aufsichtsordnung selbst kennen, überprüfen, fortlaufend kontrollieren und verbessern sowie sich über das Funktionieren in all seinen Teilen vergewissern. Eine selbstständig waltende Organisation reicht nicht aus¹⁹⁸.

(3) Die Aufsichtsorganisation muss sich auf den Wirkungskreis der jeweils verantwortlichen Aufsichtsperson beziehen. Nicht delegieren darf das Organ seine Oberaufsicht auf die Aufsichtsperson¹⁹⁹.

(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 Expertenrat einzuholen, wenn interne Erfahrungen zur

197 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

198 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil].

199 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil].

Aufklärung eines Risikos nicht ausreichen²⁰⁰.

(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 einzuschätzen²⁰¹.

(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 überlassen²⁰².

(7) Entscheidungen von großer Tragweite für absolut geschützte Rechtsgüter mit ruinöser Wirkung müssen von Führungskräften im Unternehmen den Organen vorgelegt und vorbehalten werden. Organe müssen die Vorlagepflicht anordnen²⁰³.

(8) Die Kosten müssen zur Vermeidung von Rechtsverletzungen bei der Risikoabwehr unbeachtet bleiben. Sie dürfen nicht in die Interessenabwägung einfließen²⁰⁴.

(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 Vertragshaftung²⁰⁵.

(10) Ein Großbetrieb mit Massenverkehr löst die Pflicht zum erhöhten Organisationsaufwand aus und entlastet nicht vom Vorwurf des Organisationsverschuldens²⁰⁶.

(11) Es besteht eine gesteigerte Aufsichtspflicht, wenn die Aufsichtsperson nicht nach Eignung und Zuverlässigkeit, sondern nach formalen Kriterien ausgewählt wurde²⁰⁷.

200 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil].

201 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].

202 BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil].

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

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

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

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

207 BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957)

(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 kontrollieren²⁰⁸.

(13) Organe haben die Organisationspflicht in Produktionsbetrieben, Aufsichtsordnungen zur Fertigungskontrolle so vorzugeben, dass ständige Kontrollen bis zum vorher unbekanntem Zeitpunkt des Schadenseintritts praktiziert werden²⁰⁹.

(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 Gebrauchsanweisung beachtet werden²¹⁰.

(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 werden²¹¹.

(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 wurde²¹². Genauso ersetzen die Analysen von Rating-Agenturen

S. 214 [Streupflicht-Urteil II].

- 208 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938, S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
 RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];
 BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];
 BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil].
- 209 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil].
- 210 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961, S. 455 [Propagandisten-Urteil].
- 211 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];
 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil].
- 212 BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297

nicht die eigene Risikoanalyse²¹³.

(17) Zur Oberaufsichtspflicht gehört es, Pflichten an Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren, sie namhaft zu machen und jedem Pflichtenträger einen Ersatzmann zuzuweisen²¹⁴.

(18) Zur Aufsichtsordnung gehört es, Erkundigungspflichten über Risiken detailliert anzuordnen, zum Beispiel Pläne einzusehen oder Probegrabungen zu veranlassen²¹⁵.

(19) Vorstände sind außerdem verpflichtet, an Verantwortliche die Pflicht zu delegieren, Herstelleranweisungen²¹⁶ und Gebrauchsanweisungen²¹⁷ zu beachten.

1.9.5 Der Irrtum über die belastende Wirkung der Delegation oder die unbegründete Furcht vor dem Staatsanwalt

Hartnäckig hält sich auch der Irrtum darüber, dass die Benennung der Mitarbeiter zur Erfüllung delegierter Pflichten im System eine Selbstbelastung darstellt. Befürchtet wird insbesondere, dass ein Staatsanwalt den Verantwortlichen auf Grund der Dokumentation sofort findet. Wenn er mit seinem Namen als Verantwortlicher für eine Pflicht in einer Datenbank gespeichert ist, glaubt er einen Nachteil bei einer eventuellen Strafverfolgung zu haben.

Es handelt sich um ein Irrtum. Kommt es in einem Unternehmen nämlich zu einem Gesetzesverstoß und lässt sich kein Verantwortlicher finden, liegt der Schluss für die Strafverfolger nahe, dass es gerade deshalb zu einem Gesetzesverstoß gekommen ist. Allein deshalb ist der Geschäftsführer oder Vorstand belastet. Er hat gegen seine Organisationspflicht verstoßen. Wenn er niemanden als Verantwortlichen zur Erfüllung einer Pflicht benannt hat, die Pflicht also nicht eindeutig delegiert ist, muss der Geschäftsleiter damit rechnen, dass niemand diese Pflicht im Unternehmen erfüllt. Freiwillige gibt es in aller Regel zur Pflichterfüllung nicht. Selbst wenn, müssten sie koordiniert werden. Ansonsten würde sich einer auf den anderen verlassen und die Rechtspflicht bliebe unerfüllt.

Sind alle Pflichten des Unternehmens auf die Mitarbeiter delegiert und erfüllen die Mitarbeiter die an sie delegierten Pflichten, gibt

[LKW-Unfall-Urteil].

213 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 12. 2009 - 6 W 45/09, in: NJW 2010, 1537 [IKB-Entscheidung].

214 BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968, S. 247 ff. [Schubstreben-Fall].

215 BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil].

216 BGH JZ 1978, S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

217 BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961, S. 455 [Propagandisten-Urteil].

es keinen Anlass für einen Staatsanwalt, gegen einen Mitarbeiter wegen einer Pflichtverletzung zu ermitteln. Mitarbeiter eines Unternehmens sind in aller Regel vertragstreu und erfüllen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten. Wer seine Pflicht in dem Unternehmen erfüllt, hat keinen Anlass, den Staatsanwalt zu fürchten.

1.9.6 Die innerbetriebliche Zuständigkeit als Indiz für die Verantwortung

Kommt es trotzdem in seinem unmittelbaren Verantwortungsbereich zu einem Gesetzesverstoß, gewinnt er keinerlei Vorteile oder Vorsprung, wenn er nicht als Verantwortlicher für eine Pflicht erfasst, dokumentiert und gespeichert wurde. Selbst wenn die Pflicht nicht auf ihn delegiert wurde, aber in seinem unmittelbaren Umfeld und Verantwortungsbereich verletzt wird, muss er mit Ermittlungen rechnen. Unternehmen sind in aller Regel so organisiert, dass für einen bestimmten Produktionsbereich, für einen Betriebsteil oder einen ganzen Betrieb Verantwortliche als Werksleiter oder Abteilungsleiter benannt sind. Kommt es in einer Abteilung oder einem Betriebsteil zu einem Gesetzesverstoß, kann sich der Verantwortliche für die Abteilung oder einer Anlage einer Strafverfolgung kaum entziehen. Jeder im Betrieb kennt den Arbeitsplatz und weiß, welcher Mitarbeiter in welcher Abteilung arbeitet. Eine Flucht innerhalb eines Unternehmens ist kaum denkbar. Niemand kann plausibel behaupten, er habe mit seinem Arbeitsplatz und seiner Abteilung nichts zu tun, nachdem es zu einem Gesetzesverstoß gekommen ist. Er kann sich nicht im Nachhinein in eine andere Abteilung flüchten um einer Strafverfolgung aus dem Weg zu gehen. Allein deswegen ist es sinnvoll, innerhalb eines Unternehmens die eigenen Pflichten am Arbeitsplatz zu kennen und zu erfüllen und zu dokumentieren.

Trotz dieser Einsichten wird immer wieder versucht, einer namentlichen Benennung eines Verantwortlichen für eine bestimmte Pflicht aus dem Wege zu gehen. Beliebte ist der Hinweis, statt eines Namens doch eine Funktion anzugeben. Auch hinter dieser Funktion kann sich niemand verstecken. Jeder Funktion wird der Name eines Mitarbeiters zugeordnet. Deswegen kann ohne Weiteres für eine Aufgabe oder eine Pflicht innerhalb eines Unternehmens ein Mitarbeiter namentlich genannt werden.

Werden nämlich alle Pflichten lückenlos auf Mitarbeiter verteilt, kann es keinen Zweifel geben, wer für eine Pflicht und ihre Erfüllung verantwortlich ist. Niemand kann für eine Pflicht verantwortlich gemacht werden, die nicht an ihn delegiert wurde und für die ein anderer namentlich benannter Mitarbeiter verantwortlich ist.

Die dokumentierte Pflichtenverwaltung belastet also nicht, vielmehr entlastet sie.

1.9.7 Die Ermittlungen gegen die Verantwortlichen

Kommt es im Betrieb an einer Anlage oder an einem bestimmten Betriebsteil zu einem Gesetzesverstoß und ist ein Verantwortlicher nicht namentlich benannt, entgehen die Verantwortlichen nicht einem Ermittlungsverfahren. Die Staatsanwaltschaft ermittelt in diesen Fällen zunächst die Verantwortlichen, wenn sie nicht schon benannt sind. Die Ermittlungsverfahren laufen dann gegen „unbekannt“. Diese Verfahrensvariante hat den Nachteil, dass auch gegen Unschuldige ermittelt werden kann, die mit einem Gesetzesverstoß nichts zu tun hatten.

1.9.8 Die fehlende Delegation als Organisationsfehler des Geschäftsleiters

Eine nicht dokumentierte Delegation von Pflichten hat schließlich einen erheblichen Nachteil vor allem für den Geschäftsführer oder Vorstand. Dieser Zustand begründet eine Organisationspflichtverletzung. Es kann der Vorwurf erhoben werden, gerade weil die Delegation der Pflichten nicht organisiert wurde, sei es zum Gesetzesverstoß gekommen. Wegen der Beweislastumkehr müsste der Vorstand oder Geschäftsführer beweisen, dass er gleichwohl seine Organisationspflicht erfüllt hat. Der erste Anschein spricht dagegen. Es wird vermutet, dass die Organisationspflichtverletzung die Ursache für den Gesetzesverstoß im Unternehmen war.

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Dokumentation von delegierten Pflichten auf Mitarbeiter eine Entlastung und keine Belastung, keine Gefahr sondern eine Chance, die Vorwürfe abzuwehren.

1.10 Die Aktualisierung von Unternehmenspflichten

Sämtliche Rechtspflichten müssen ständig aktualisiert werden. 2011 waren im Durchschnitt monatlich 470 Rechtspflichten im Durchschnitt geändert, neu, oder außer Kraft getreten, die im Unternehmen beachtet werden. Neben der Rechtslage kann sich auch die Sachlage im Betrieb ändern. Jede Änderung eines Unternehmenssachverhalts kann die Risikolage und damit die Rechtslage ändern. Die Aktualisierung wird mit den Funktionen Nr. 2.54 bis 2.68 bewältigt. Der monatliche Compliance-Test (Funktion Nr. 2.62) zeigt, dass sich nur mit Hilfe der Datenbank mit vertretbarem Zeitaufwand die Rechtslage aktualisieren lässt.

Die Pflicht zur laufenden Aktualisierung der Rechtspflichten ergibt sich aus einer Vielzahl von Gesetzen. Exemplarisch ist zu verweisen auf:

- Nach § 19 Abs. 1 und 2 Störfallverordnung in Verbindung mit

Funktionen 2.54 bis 2.68

Anhang VI der Störfallverordnung ist eine Störung des bestimmungsgemäßen Betriebs der zuständigen Behörde mitzuteilen. Nach § 6 Abs. 2 UmweltHG liegt ein bestimmungsgemäßer Betrieb vor, wenn die besonderen Betriebspflichten eingehalten worden sind und auch keine Störung des Betriebs vorliegt. Besondere Betriebspflichten nach § 6 Abs. 3 sind solche, die sich aus verwaltungsrechtlichen Zulassungen, Auflagen und vollziehbaren Anordnungen und Rechtsvorschriften ergeben, soweit sie die Verhinderung von solchen Umwelteinwirkungen bezwecken, die für die Verursachung des Schadens in Betracht kommen.

Darzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass ein Audit und das Zertifikat seine unverzichtbare und zu bevorzugende Funktion hat. Es entfaltet Außenwirkung und demonstriert, dass das zertifizierte Unternehmen ein Managementsystem vorhält, das geeignet ist, Risiken abzuwehren und Rechtspflichten einzuhalten. Erst wenn diese Organisationsregeln in einem Managementsystem auch praktiziert und dokumentiert werden, kann es die Funktion eines Entlastungsbeweises im Einzelfall eines Schadens erfüllen. Ohne praktische Umsetzung im Einzelfall eines Betriebsrisikos und seiner Abwendung durch einzelne Rechtspflichten ist eine Betriebsorganisation allerdings verzichtbar. Aufwand und Kosten ohne Entlastungswirkung lohnen nicht.

- Nach Artikel 37 Abs. 7 Verordnung (EG) Nr. 1907/2006, ReachV, danach ist der Stoffsicherheitsbericht jeweils auf dem neusten Stand zu halten.
- Nach Artikel 22 Abs. 1 E Verordnung (EG) Nr. 1907/2006, ReachV, ist nach der Registrierung der Registrant dafür verantwortlich, aus eigener Initiative seine Registrierung unverzüglich anhand der einschlägigen neuen Informationen zu aktualisieren. Neue Erkenntnisse über die Risiken des Stoffes für die menschliche Gesundheit und/oder die Umwelt sind zu übermitteln. Sicherheitsdatenblätter oder Stoffsicherheitsberichte sind auf dem aktuellen Stand zu führen.
- Nach § 8 Abs. 3 Störfallverordnung hat der Betreiber das Konzept zur Verhinderung von Störfällen, einschließlich des diesem Konzept zu Grunde liegenden Sicherheitsmanagementsystems, sowie die Verfahren zu dessen Umsetzung zu überprüfen und erforderlichenfalls zu aktualisieren.
- Nach § 6 Abs. 8 Gefahrstoffverordnung ist die „Gefährdungsbeurteilung regelmäßig zu überprüfen und bei Bedarf zu aktualisieren. Sie ist umgehend zu aktualisieren, wenn maßgebliche Veränderungen oder neue Informationen dies erfordern oder wenn sich eine Aktualisierung auf Grund der Ergebnisse arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen nach der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge als notwendig erweist“.
- Nach § 3 Abs. 4 LärmVibrationsArbSchV ist die „Gefähr-

dungsbeurteilung zu aktualisieren, wenn maßgebliche Veränderungen der Arbeitsbedingungen dies erforderlich machen oder wenn sich eine Aktualisierung auf Grund der Ergebnisse der arbeitsmedizinischen Vorsorge als notwendig erweist“.

- Nach § 63 b Abs. 5 ANG hat der Inhaber der Zulassung der zuständigen Bundesoberbehörde einen regelmäßig aktualisierten Bericht über die Unbedenklichkeit des Arzneimittels unverzüglich nach Aufforderung oder mindestens alle sechs Monate nach der Zulassung bis zum in Verkehr bringen vorzubringen.
- Nach § 70 StrahlenschutzVO hat derjenige, der mit hochradioaktiven Strahlenquellen umgeht, regelmäßig ein aktualisiertes Standarderfassungsblatt vorzulegen mit dem Datum der Prüfung über Unversehrtheit und Dichtheit der Umhüllung bei umschlossenen radioaktiven Stoffen.

Aktualisierungen sind regelmäßig mit Mitteilungs- und Meldepflichten an die Behörden verbunden. Diesen Aktualisierungspflichten kann der Verantwortliche nur nachkommen, wenn er sowohl die Risikolage als auch die entsprechende Rechtslage ständig beobachtet. Zu den gesetzlich geregelten Risikopflichten gibt es eine Kategorie „Aktualisierungspflichten“, die in der Funktion „Pflichtenliste“ und in der Funktion „Pflichten durchsuchen“ aufgerufen werden kann.

1.11 Die Erfüllung der Unternehmenspflichten

Funktionen 4.81 bis 4.93

Alle Rechtspflichten sind zu erfüllen, um alle denkbaren Unternehmensrisiken abzuwenden. Wer den Zusammenhang zwischen Rechtspflichten und ihrem Zweck der Risikoabwehr kennt, hält Rechtspflichten schon im eigenen Interesse ein, um sich selbst, seine Kollegen und Mitarbeiter vor Arbeitsunfällen, Störfällen, die Umwelt, Boden, Wasser und Luft vor Schäden und schließlich das Unternehmen zu schützen. Wer Rechtspflichten nicht einhält, verzichtet auf Rechtsschutz für Rechtsgüter, an deren Schutz er interessiert sein muss. Wer Arbeitsschutzvorschriften nicht einhält, gefährdet sich selbst und die Belegschaft. Wer Umweltschutzvorschriften nicht einhält, trägt zur Umweltbelastung bei. Wer sich illegal im Unternehmen verhält, setzt Ruf und Reputation seines eigenen Unternehmens aufs Spiel und gefährdet damit seinen Arbeitsplatz, die eigene wirtschaftliche Existenz und die seiner Kollegen. Rechtspflichten einhalten bringt nur Vorteile. Illegales Verhalten ist deshalb irrational.

1.12 Die Kontrolle der Rechtspflichten

Pflichten sind zu kontrollieren. Die Kontrollpflichten sind erstens gesetzlich geregelt, zweitens von der Rechtsprechung inhaltlich entwickelt und drittens in Selbstregulierungsvorschriften wie der DIN ISO 14001 oder dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) bestimmt. Die Datenbank enthält insgesamt 140 zusammengestellte und gespeicherte Kontrollpflichten im Sinne des § 6 UmweltHG²¹⁸. In § 130 OWiG sind erforderliche Aufsichtsmaßnahmen vorgeschrieben, um Zuwiderhandlungen zu verhindern oder wesentlich zu erschweren. § 831 BGB regelt die Pflicht des Geschäftsherren zur fortlaufenden Aufsicht über Verrichtungsgehilfen und die Oberaufsicht über die Aufsichtspersonen. In ständiger Rechtsprechung seit dem Kutscherurteil von 1911²¹⁹ fordern Reichsgericht und BGH vom Unternehmen und seinen Organen Aufsichtsordnungen als exklusive Oberaufsicht durch Organe und Anweisungen zur praktischen Ausführung der Aufsicht an dafür eingesetzte Aufsichtspersonen, sowie die ständige Überprüfung der Aufsichtsordnungen zu sichern auf

- ihre fortdauernde Eignung,
- ihre Funktionsfähigkeit,
- ihren Vollzug im Unternehmen,
- ihre Nachweisbarkeit durch Dokumentation und
- eventuelle Verbesserungsmöglichkeiten.

1.13 Die Organisationspflichten über den Wortlaut des § 130 OWiG hinaus

Der Wortlaut der Vorschrift scheint auf den ersten Blick nur die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen zu regeln. In § 130 Abs. 1 Satz 3 OWiG ist jedoch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die erwähnten Aufsichtsmaßnahmen, wie die Bestellung, die sorgfältige Auswahl und die Überwachung von Aufsichtspersonen nur beispielhaft für erforderliche Aufsichtsmaßnahmen erwähnt sind. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehört nach dem Wortlaut der Vorschrift „auch“ die Bestellung, die sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen. Andere auch erforderliche Aufsichtsmaßnahmen hat die Literatur und die Rechtsprechung zu § 130 OWiG entwickelt. Der Wortlaut allein lässt das ganze Ausmaß der Pflicht nach § 130 OWiG zur Organisation der Aufsicht in Betrieben und Unternehmen nicht erkennen.

**Funktionen
5.94 bis 5.104**

218 Siehe Funktion 1.36 des Leistungsverzeichnisses, Pflichtenkategorie Nr. 16.

219 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

1.13.1 Gründe des Gesetzgebers

Der Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens hat die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen zu treffen, damit in dem Betrieb die Gebote und Verbote eingehalten werden. Es handelt sich um Gebote und Verbote, die mit Strafe oder Geldbuße bedroht sind. Die Gebote und Verbote, die sich an den Betriebsinhaber richten, gelten zunächst ihm als dem eigentlichen Normadressaten. Sie gelten dagegen nicht für die Personen, die in seinem Betrieb oder Unternehmen für ihn tätig sind. Die Gebote und Verbote sind jedoch in komplexen Betrieben und Unternehmen so zahlreich, vielschichtig und unüberschaubar, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass der Betriebsinhaber persönlich diese Ge- und Verbote selbst nicht einhalten und erfüllen kann. Vielmehr geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Betriebsinhaber sich seiner Angestellten bedient, um diese Pflichten zu erfüllen. Mit dem Einsatz von Angestellten erweitert der Betriebsinhaber seine Betätigungsmöglichkeiten. Er vergrößert seinen Wirkungskreis. Damit begründet er eine Art Garantstellung dafür, dass sein Unternehmen die ihn treffenden Gebote und Verbote einhält. Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass der Inhaber selbst höchstpersönlich die Vielfalt der Pflichten nicht einhalten kann und sich daher seiner Angestellten bedient. Deshalb verpflichtet der Gesetzgeber den Betriebsinhaber, zumindest erforderliche Aufsichtsmaßnahmen anzuordnen, damit die ihn treffenden Gebote und Verbote eingehalten werden, deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist.

1.13.2 Folgende Einzelfälle sind von der Rechtsprechung konkretisiert worden:

1.13.2.1 Gelegentliche Aufsicht reicht nicht

Wenn der Aufsichtspflichtige nur gelegentlich die Betriebsangehörigen aufsucht, die Betriebsvorgänge beobachtet und sonst nach dem Rechten sieht, ist das zu wenig²²⁰.

1.13.2.2 Aufgabengerechte Auswahl

Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen zählt es, die Personen je nach der Bedeutung ihrer Aufgabe für den Betrieb und der ihnen zufallenden Verantwortung auszuwählen²²¹.

1.13.2.3 Aufsicht über die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften

Außerdem zählt zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, die Betriebsangehörigen fortlaufend über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften genau zu unterrichten. Je geringer deren Kennt-

220 BGHSt 9, S. 323 [Hausbrandkohlen-Urteil].

221 OLG Koblenz ZLR 89, S 711; RRH 15; Senge OWiG 13.

nisse sind, desto größer ist die Unterrichtungspflicht. Den Betriebsangehörigen ist im Rahmen dieser Unterrichtungspflicht klar zu machen, für welchen Teil des Betriebsablaufes sie verantwortlich sind und genügend Zeit einzuräumen, um eine gewissenhafte Beachtung dieser Vorschrift zuzulassen²²².

1.13.2.4 Stichprobenkontrolle

Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen zählt die Rechtsprechung auch, die Betriebsangehörigen und den Ablauf der Betriebsvorgänge regelmäßig durch Stichproben zu kontrollieren²²³ und dafür zu sorgen, dass die Arbeitsgeräte und technischen Einrichtungen den gesetzlichen Vorschriften entsprechen oder so gestaltet sind, dass die gesetzlichen Vorschriften beachtet werden können²²⁴. Bei der Formulierung der erforderlichen Maßnahmen ist die Eigenverantwortung der Betriebsangehörigen zu beachten. Je höher die Aufsichtspersonen qualifiziert sind, umso höher ist die Kontrollpflicht.

Die Aufsichtspflicht entsteht nicht erst dann, wenn bei Stichproben Missstände entdeckt sind. Die Missstände sollen nämlich gerade von vornherein verhindert werden²²⁵. Im Zivilrecht reicht die Stichprobenkontrolle nicht zur Entlastung aus²²⁶.

1.13.2.5 Aufsichtspflicht auch ohne staatliche Aufklärung

Die Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG setzt keine Aufklärung durch staatliche Stellen voraus²²⁷.

1.13.2.6 Pflicht zur Vorbildfunktion

Nicht als erforderliche Aufsichtsmaßnahme anerkannt ist die Mahnung an die Mitarbeiter, bestimmte Gesetzesvorschriften zu beachten, wenn dieser Aufsichtspflichtige selbst diese Vorschriften nicht einhält²²⁸.

1.13.2.7 Die Pflicht zur gesteigerten Aufsichtsmaßnahme in Wiederholungsfällen

Gesteigerte Aufsichtsmaßnahmen verlangt § 130 OWiG dann,

222 BayZfZ S. 8, 386; Senge OWiG 14.

223 BGHSt 25, 158, 163 [Laurentiuskapellen-Urteil]; Oldenburg NdsRpfl. 67, 209.

224 Demut/Schneider, BB 70, 648; Brenner DRiZ 75, S 75.

225 OLG Stuttgart NJW 77, S. 1410.

226 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

227 RRH 14, Senger OWiG 12.

228 Göhler, OWiG § 130 Anm. 12.

wenn in dem Betrieb bereits Unregelmäßigkeiten vorgekommen sind oder wegen besonderer Umstände damit zu rechnen ist, wenn z. B. unzuverlässige oder wenig erprobte Personen eingesetzt werden oder wenn Aufsichtspersonen eingesetzt sind, die sich schon als ungeeignet zur Verhinderung ordnungswidriger Zustände erwiesen haben oder wenn gewichtige Vorschriften²²⁹ im Betrieb anzuwenden sind und diese einem ständigen Wechsel²³⁰ unterworfen sind. Bei wiederholter Zuwiderhandlung kann die Androhung der Kündigung und die Entlassung des jeweiligen Betriebsangehörigen erforderlich sein.

1.13.2.8 Organisationsmangel bei nicht nachvollziehbarer Verantwortungsverteilung

Eine Vielzahl von Gerichtsurteilen beschäftigt sich mit der Aufsichtspflichtverletzung in Form eines Organisationsmangels. Zum Beispiel liegt dieser Organisationsmangel dann vor, wenn die Verteilung der Verantwortung im Betrieb nicht ermittelt werden kann²³¹. Der Organisationsmangel der fehlenden oder verschleierte Verteilung der Verantwortung im Unternehmen ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil in vielen Betrieben die Meinung vorherrscht, eine transparente Zuständigkeitsverteilung von Pflichten verschaffe den Strafverfolgungsbehörden unnötig Klarheit darüber, wer die Verantwortung zu tragen hatte. Gerade diesem Zustand will § 130 OWiG mit seinem vorbeugenden Gesetzeszweck entgegenwirken. Gerade weil die Verantwortungen im Unternehmen nicht klar delegiert worden sind, kann es zu Zuwiderhandlungen kommen. § 130 OWiG verlangt somit schon aus den genannten Gründen nach einer klaren Delegation von Pflichten und deren für jedermann einsehbaren Dokumentation.

1.13.2.9 Fehlende Arbeitszeit als Organisationsmangel

Ein weiteres Beispiel für eine Aufsichtspflichtverletzung durch Organisationsmangel besteht darin, dass dem jeweils Beauftragten für die Einhaltung der Pflichten keine ausreichende Zeit eingeräumt ist und er erkennbar überfordert war²³². Zivilrechtlich ist der Geschäftsführer nach § 831 BGB verpflichtet, seine Verrichtungsgehilfen mit allem auszustatten, was diese benötigen, um ihre Aufträge auszuführen.

Funktionen 4.82 und 4.83

229 OLG Koblenz VRS 65, 457.

230 OLG Koblenz VRS 50, 54.

231 OLG Hamm JR 71, S. 383 mit einer Anmerkung von Göhler.

232 OLG Koblenz, Beschluss vom 18.04.1988 - 1 Ss 171/88, LRE 22. 69 [Gammelhähnchen-Fall].

1.13.2.10 Die Aufsichtspflichtverletzung durch Überforderung

Eine Aufsichtspflichtverletzung wegen eines Organisationsmangels liegt dann vor, wenn die Verantwortung zu tief nach unten verlagert ist und der Beauftragte im Unternehmen erkennbar überfordert ist, die Einhaltung der Pflichten ausreichend zu beachten²³³.

1.13.2.11 Keine Befreiung von der Oberaufsicht oder die Aufsicht über die Aufsicht

Selbst wenn der Betriebsinhaber Aufsichtspersonen zur Beaufsichtigung im Betrieb bestellt hat, wird er nicht von seiner Oberaufsicht befreit. Er hat den Betrieb trotz der Bestellung von Aufsichtspersonen selbst zu beaufsichtigen, soweit die Verhältnisse es gestatten²³⁴. Die Oberaufsicht besteht in der Beaufsichtigung der Aufsichtspersonen²³⁵.

1.13.2.12 Die Verantwortlichkeit bei aufgeteilter Geschäftsführung und Ressortverteilung

Wird die Aufsicht unter mehreren Geschäftsführern und Organen geteilt, besteht das Problem, wer für die Aufsicht garantiert. Trotz der Geschäftsaufteilung auf mehrere Organe bleiben die übrigen Organe Normadressaten. Grundsätzlich ist jedes Organ und jeder Gesellschafter strafrechtlich verantwortlich für Gesetzesverstöße im Unternehmen. Aus der Geschäftsaufteilung ergibt sich jedoch eine Garantenstellung für den Ressortinhaber. Er handelt pflichtwidrig, wenn er die ihm zugewiesene Aufgabe nicht erfüllt. Ist ihm die Aufgabe zugewiesen, kann er nicht erwarten, dass andere Organe diese ihm zugewiesene Pflicht erfüllen. Erkennt aber ein anderes Organ, dass trotz der Aufgabenverteilung und der Ressortzuständigkeit das zuständige Organ nicht handelt, haben die übrigen Organe das Erforderliche zu veranlassen, damit die Pflichten, die die juristische Person treffen, befolgt werden. Dies ist denkbar durch Hinweise an das verantwortliche Organ, durch die Alarmierung der anderen Organmitglieder oder schließlich durch eigenes Eingreifen²³⁶.

1.13.2.13 Aufsichtspflichten gegenüber der Niederlassung einer Gesellschaft

Aufsichtspflichten gegenüber einer Niederlassung bestehen dann nicht, wenn die Niederlassung selbst eine juristische Person ist und

233 Göhler, OWiG § 130 Anm. 14 mit Hinweis auf BGHSt 27, 196, 202 [Brot-Frischdienst-Urteil].

234 BGHSt 25, 158, 163 [Laurentiuskapellen-Urteil].

235 Göhler, OWiG § 130 Anm. 15 m.w.N.

236 Göhler, OWiG § 9 Anm. 15.

selbständig geführt wird. Wird die Niederlassung dagegen in rechtlich unselbständiger Form geführt, besteht die Oberaufsicht der Muttergesellschaft gegenüber der Niederlassung.

1.13.2.14 Keine Befreiungsmöglichkeit von der Aufsichtspflicht

Die Konzeption der Regelungen in §§ 9, 30, 130 OWiG erlaubt keine Befreiung von der Aufsichtspflicht²³⁷. Auch durch einen Verzicht auf sein Direktionsrecht kann sich der Inhaber nicht von seiner Aufsichtspflicht befreien. Er kann sich seiner eigenen Verantwortung nicht entziehen. Gerade dies sollen die §§ 9, 30 und 130 OWiG verhindern. Einer Mindermeinung, die die Aufsichtspflicht an das Direktionsrecht bindet, kann im Hinblick auf die Systematik und Zielrichtung der zitierten Vorschriften nicht gefolgt werden.

1.13.2.15 Allgemeine und spezielle Aufsichtspflichtverletzungen

Fehlt im Unternehmen eine Betriebsorganisation auch schon im Ansatz, liegt ein Verstoß gegen die allgemeine Aufsichtspflicht vor. Erst wenn eine Betriebsorganisation eingerichtet wird, ergibt sich die Erforderlichkeit spezieller Maßnahmen, um bestimmte Risiken abzuwenden. Ohne die Erfüllung der allgemeinen Kontrollpflicht kommt es möglicherweise gar nicht dazu, dass der Betriebsinhaber spezielle mit seinem Unternehmen verbundene Aufsichtsmaßnahmen erkennt und sie schon deshalb unterlässt.

Die allgemeine Aufsichtspflicht wird erfüllt durch die Unterhaltung einer sich ständig erneuernden Betriebsorganisation. Einzelne Aufsichtspflichten werden dadurch erfüllt, dass konkrete Pflichten formuliert werden. Die konkret formulierten Pflichten dienen dazu, die das Unternehmen treffenden abstrakten Pflichten zu erfüllen. Die im Gesetz vorgeschriebenen allgemeinen Pflichten werden auf den konkreten Sachverhalt angewandt und zu einer konkreten Pflicht formuliert. Diese konkrete Pflicht wird an einen Betriebsangehörigen zur Erfüllung delegiert. Die Erfüllung wird kontrolliert. Damit erfüllt das Unternehmen die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, um Zuwiderhandlungen zu erschweren. Nur durch menschliches Versagen, durch Verkennen der Situation oder durch einen Ausreißer kann es dann noch zu Zuwiderhandlungen kommen.

Kommen im Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen die gleiche Vorschrift vor, kann es sich um eine Daueraufsichtspflichtverletzung handeln, wenn diese in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang begangen sind. In diesen Fällen wird nur eine Geldbuße festgesetzt. Mehrere Tathandlungen gegen § 130 OWiG liegen dann vor, wenn

237 Többens „Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130, 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)“ NStZ 1999, S. 11.

unterschiedliche voneinander unabhängige Pflichten verletzt sind.

1.13.2.16 Die unterbesetzte Revisionsabteilung als Aufsichtspflichtverletzung

Im „Revisionsabteilungs“-Beschluss hat der BGH über Kartellverstöße durch Submissionsabsprachen zwischen Bauunternehmen entschieden. Drei Subunternehmer hatten eine Vereinbarung über einen Ausschluss des Wettbewerbs und die Abgabe von Schutzangeboten mit Ausschreibung getroffen. Zum Schein wurden höhere Angebote abgegeben, um bei Bauherren den Eindruck zu erwecken, das Angebot stehe im Wettbewerb mit anderen höheren Angeboten. Das Bundeskartellamt hatte Geldbußen festgesetzt, weil der Betroffene die ihm obliegende Aufsichtspflicht über die Abteilung baulicher Brandschutz verletzt habe. Das Kammergericht hat den Betroffenen freigesprochen. Der Leiter des Verkaufsbüros hatte seinen Angestellten gegenüber klargestellt, dass Submissionsabsprachen unzulässig seien. Die unterbesetzte Revisionsabteilung war nicht in der Lage mit nur vier Mitarbeitern Kontrollmaßnahmen bei 4.000 Mitarbeitern durchzuführen. Die Unterbesetzung der Revisionsabteilung wurde zwar als Organisationsmangel angesehen, der jedoch nicht ursächlich für den Kartellverstoß gewertet wurde. Wegen Verletzung der Aufsichtspflicht im Sinne von § 130 OWiG konnten die Betroffenen nicht zur Verantwortung gezogen werden. Das Gericht nahm an, dass auch durch stichprobenartige Kontrollen der Revisionsabteilung aller Voraussicht die kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen nicht entdeckt worden wären. Es lasse sich außerdem nicht feststellen, dass die unterlassenen Kontrollen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Verstöße gegen das Kartellgesetz verhindert hätten. Es sei im Übrigen nicht auszuschließen, dass die Mitarbeiter in Kenntnis der Gesetzeswidrigkeit ihres Vorgehens sich von ihren Submissionsabsprachen hätten abbringen lassen, wenn die Revisionsabteilung versucht hätte, durch stichprobenartige Überprüfung derartigen Zuwiderhandlungen vorzubeugen.

Das Rechtsmittel der Generalstaatsanwaltschaft beim Kammergericht hatte keinen Erfolg.

Das Kammergericht nimmt zwar an, dass die Revisionsabteilung so hätte organisiert sein müssen, dass sie in der Lage gewesen wäre, in allen Verkaufsbüros wenigstens stichprobenartige überraschende Prüfungen durchzuführen. Derartige Überprüfungen sind erforderlich und regelmäßig auch geeignet, vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen gesetzliche Vorschriften und Anweisungen der Betriebsleitung zu verändern, denn sie halten den Betriebsangehörigen vor Augen, dass solche Verstöße entdeckt und gegebenenfalls geahndet werden könnten. Mehr verlangte das Kammergericht nicht von dem Betroffenen, noch nicht einmal die Androhung arbeitsrechtlicher Sanktionen. Ein hypothetischer Kausalfallverlauf muss festgestellt werden. Dabei ist zu prüfen, ob der Kartellverstoß durch die pflichtwidrig unterlassene Aufsichtsmaßnahme verursacht wurde und ob

durch die Aktivitäten der Revisionsabteilung die Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht mit hinreichender Sicherheit vermieden worden wäre. Der BGH besteht auf die Kausalbeziehung zwischen Aufsicht und Verhinderung. Die Haftung des Geschäftsherren muss in angemessener Weise begrenzt bleiben²³⁸.

Die Konsequenz dieser BGH-Entscheidung besteht darin, dass jede Aufsichtsmaßnahme so ausgewählt und praktiziert werden muss, dass sie eine eventuelle Zuwiderhandlung verhindert und darüber sogar der Nachweis geführt werden muss. Stichprobenartige Kontrollen reichen dazu in aller Regel nicht aus. Vielmehr müssen alle Angestellten angewiesen werden, ihre Rechtspflichten in ihrem Verantwortungsbereich zu ermitteln und einzuhalten.

Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auf die erste Entscheidung des Reichsgerichts zur Entlastung von der Geschäftsherrenhaftung nach § 831 BGB²³⁹. Der Entlastungsversuch scheitert, wenn Aufsichtsmaßnahmen zur Entlastung angeführt werden, die nur Stichproben liefern. Einer Aufsichtsmaßnahme darf also nicht entgegen gehalten werden können, sie habe die Zuwiderhandlung nicht verhindern können. In allen Fällen kriminellen Verhaltens von Angestellten sind deshalb hohe Anforderungen an die Aufsichtsmaßnahmen zu stellen.

1.13.2.17 Gesteigerte Anforderungen an Aufsichtsmaßnahmen bei Zweifel an ihrer Wirkung

Der BGH hat in seinem Beschluss vom 25.06.1985 - KRB 2/85 (KG)²⁴⁰ entschieden, dass der Unternehmer zu anderen geeigneten Aufsichtsmaßnahmen verpflichtet ist, wenn stichprobenartige Kontrollen nicht ausreichen, um die genannte Aufsichtswirkung zu erzielen. Er bezieht sich ausdrücklich auf seine Entscheidung zur „Revisionsabteilung“. Der BGH führt aus, dass es geboten sein kann, überraschend umfassendere Geschäftsprüfungen durchzuführen. Der Umfang hängt von den gesamten Umständen des Einzelfalls ab. Es reiche nicht, einzelne Submissionsangebote nach Anhaltspunkten für Submissionsabsprachen zu untersuchen. Die Aufsichtsmaßnahmen müssen geeignet sein, Preisabsprachen aufzudecken und den Betriebsleiter von Submissionsabsprachen abzuhalten. Kaum feststellbar ist an einem Angebot, ob es auf Grund einer Submissionsabsprache durch überhöhte Angebote anderer Unternehmen begünstigt wurde. Daraus folge nicht ohne weiteres eine Verpflichtung des Verantwortlichen Betriebsinhabers, Anweisungen zu geben,

238 Regierungsbegründung zum Entwurf des OWiG vom 08.01.1967, B-DrucksV/1269, S. 69.

239 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

240 BGH Beschluss vom 25.06.1985 - KRB 2/85 (KG) [Brückenaubau-Hopener-Mühlenbach-Fall].

dass über alle Kontakte zu fremden Firmen Aktenvermerke anzufertigen sein. Der BGH führt aus, dass Submissionsabsprachen darauf beruhen, dass der begünstigte Teilnehmer verpflichtet ist, in anderen Fällen überhöhte Angebote abzugeben, um seine Absprache so zu begünstigen, dass diese das niedrigste Angebot abgeben können. Überhöhte Angebote lassen sich im eigenen Unternehmen durch häufige und lückenlose Kontrollen erkennen. Ein überhöhtes Angebot aus dem eigenen Unternehmen lässt auf Submissionsabsprachen schließen. Überhöhte Angebote lassen sich dadurch erkennen, dass sie vom normalen Kalkulationsniveau der eigenen Firma abweichen.

1.14 Die Dokumentationspflichten

Schließlich sind sämtliche organisatorische Maßnahmen, sowie die Erfüllung der Pflichten zu dokumentieren. Für Unternehmen gilt der Grundsatz der Beweislastumkehr, der gesetzlich in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG für Organe geregelt ist. Vorstände und Geschäftsführer müssen zur Vermeidung ihrer Beweisnot auf Vorrat Beweise über die Erfüllung der Pflichten im Unternehmen erstellen. Die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr begründet die Pflicht zur ständigen Dokumentation²⁴¹. Gesetzlich geregelt ist im Übrigen die Dokumentationspflicht im Rahmen des Entlastungsbeweises in der Geschäftsherrenhaftung nach § 831 BGB.

**Funktionen
6.105 und
6.106**

1.14.1 Der Vorteil der Dokumentation zur Vermeidung des Rückschaufehlers

Ein wesentlicher Vorteil als Konsequenz der Dokumentation im Unternehmen ist die Vermeidung des Rückschaufehlers. Wer einen Entlastungsbeweis führen will und den Zusammenhang mit der Beweislastumkehr als Konsequenz aus der Rechtsprechung versteht, erkennt die Vorteile einer ständigen fortlaufenden Dokumentation aller Maßnahmen im Rahmen der Unternehmensorganisation und des Risikomanagements. Verbreitet ist der Einwand, die Dokumentation belaste im Falle eines Rechtsverstößes, weil sie den Fehler aufdecke und wirke im Ergebnis wie eine Selbstbelastung.

Hierbei handelt es sich um einen intuitiven Irrtum, den man durch das Bedenken weiterer Konsequenzen der Entscheidung aufdecken kann, im Zweifel nichts zu dokumentieren. Wer nichts dokumentiert, kann nichts beweisen. Insbesondere nicht, dass er aktiv Risikomanagement und Unternehmensorganisation betrieben hat. Eine fehlende Dokumentation beweist nichts. Sie ist vielmehr ein Beleg dafür, dass offensichtlich Maßnahmen zur Risikoabwehr unterlassen wurden. Verwechselt wird hierbei, dass der Vorwurf des Organisationsverschuldens in aller Regel darin besteht, dass etwas unter-

241 BGH vom 04.11.2002 (II ZR 224/00), in: NJW (2003) S. 358 ff. [Kurzarbeiter-Fall].
BGH vom 26.11.1968 (VI ZR 212/66), in: BGHZ 51 S. 91 [Hühnerpest-Entscheidung].

lassen wurde. Dagegen wird nicht der Vorwurf erhoben, wie etwa bei einem Begehungsdelikt, man habe aktiv eine Tat begangen und Rechtsgüter verletzt.

Wer seine Entscheidungsgrundlage nicht dokumentiert, setzt sich dem Risiko aus, von Staatsanwälten und Richtern im Nachhinein dadurch belastet zu werden, dass man dem Entscheidungsträger Kenntnisse über den drohenden Schadensverlauf unterstellt, die ihm erst nach dem Schadenseintritt aus der Erfahrung des konkreten Schadensverlaufs zur Verfügung stehen, nicht aber schon vor dem Schadensereignis. Wer nichts dokumentiert, dem kann Wissen unterstellt werden, dass er im Zeitpunkt der Entscheidung nicht hatte und über das nur derjenige verfügt, der hinterher, nach dem Schadenseintritt, sowieso schlauer ist als der Entscheidungsträger im Zeitpunkt seiner Entscheidung.

Der häufigste Vorwurf ist, die Pflichten nicht erfüllt und die erforderlichen Maßnahmen gerade unterlassen zu haben. Den Vorwurf des Unterlassens kann man jedoch nur widerlegen, wenn man nachweist, was beim Risikomanagement und bei der Unternehmensorganisation aktiv veranlasst wurde. Die Dokumentation aller organisatorischen Maßnahmen entlastet und belastet nicht. Aus Angst vor Fehlern nichts zu dokumentieren, ist der größere Fehler. Selbst wenn eine Dokumentation Fehler offenbaren würde, bliebe die Chance darüber zu diskutieren und sich wenn nötig über drei Instanzen vor Gericht zu streiten, ob es sich hierbei um einen Fehler gehandelt hat oder ob die Verantwortlichen richtig und pflichtgemäß insbesondere im Zeitpunkt der Entscheidung gehandelt haben.

Das Fehlerverhalten beim Rückschaufehler besteht darin, dass das menschliche Gehirn nicht in der Lage ist, die Information im Moment der Entscheidungsfindung von den Informationen zum Schadenseintritt zu unterscheiden²⁴². Zum Zeitpunkt des Schadenseintritts sind mehr Informationen verfügbar. Der Schadensverlauf ist offensichtlich. Im Moment der Entscheidungsfindung dagegen konnte er allenfalls fingiert werden. Das menschliche Gehirn vermischt im Nachhinein die Kenntnisse nach dem Schadenseintritt mit den Kenntnissen vor dem Schadenseintritt. Der Volksmund kennt diese menschliche Schwäche unter der Allerweltsweisheit, „dass man hinterher immer schlauer ist“. Im Risikomanagement ist dieser Zusammenhang bei der Empfehlung zu beachten, die Grundlagen einer Entscheidung im Moment der Entscheidung zu dokumentieren. In aller Regel wird die Dokumentation von Entscheidungen unterlassen, weil man befürchtet, sich selbst belastendes Material für eventuelle Ermittlungsverfahren zu hinterlassen.

242 Josef T. Hallinan, „Lechts oder Rinks - warum wir Fehler machen“, S. 74 mit Hinweisen auf die Pionierarbeiten zum Rückschaufehler von Baruch Fischhoff; Hanno Beck „Die Logik des Irrtums“, S. 73.

1.14.2 Die Entscheidung des Gesetzgebers zur Dokumentationspflicht

Der Gesetzgeber hat in einer Vielzahl von Rechtsvorschriften Dokumentationspflichten vorgeschrieben. Diese Entscheidung ist eindeutig und verbindlich.

Die Datenbank „**Recht im Betrieb**“ zeigt insgesamt 796 Dokumentationsvorschriften zur Dokumentationspflicht, wovon

- 226 strafbewehrte Pflichten,
- 527 wiederkehrende Pflichten und
- 269 einmalige Pflichten sind.

Um einen Eindruck über die Regelung des Gesetzgebers zu Dokumentationspflichten zu vermitteln, lassen sich aus 5 Rechtsgebieten die Dokumentationspflichten aufzeigen, insbesondere auch, dass eine Vielzahl davon strafbewehrt sind. Der Umstand, dass der Gesetzgeber strafbewehrte Dokumentationspflichten vorschreibt, zeigt, dass der Dokumentation eine erhebliche Bedeutung beigemessen wird.

- Im Arbeitsschutzrecht finden sich 122 Dokumentationspflichten, wovon 16 strafbewehrt sind.
- Im Abfallrecht finden sich 81 Dokumentationspflichten, wovon 40 strafbewehrt sind.
- Im Wasserrecht sind 66 Dokumentationspflichten geregelt, von denen 26 strafbewehrt sind.
- Im Gerätesicherheitsrecht finden sich 47 Dokumentationspflichten, von denen 11 strafbewehrt sind.
- Im Anlagensicherheitsrecht sind 30 Dokumentationspflichten geregelt, die alle strafbewehrt sind.

Es gilt der Grundsatz „not documented, not done“ (Sox 404).

1.14.3 Der Irrtum von der angeblichen Selbstbelastung durch Dokumentation

Zu empfehlen ist die lückenlose Dokumentation der einzelnen Schritte in der Betriebsorganisation. In der Datenbank „**Recht im Betrieb**“ können sämtliche organisatorischen Einzelschritte gespeichert und unverfälscht bei Bedarf abgefragt werden. Es gehört zu den Anforderungen im Umweltmanagement nach 4.6 der DIN ISO 14001 „alle Aufzeichnungen aufzubewahren“.

Entgegen dieser Empfehlung wird regelmäßig die Befürchtung in die Diskussion eingebracht, eine lückenlose Dokumentation aller Vorgänge in einer Datenbank führe zum Selbstverrat gegenüber Strafverfolgungsbehörden, die auf diese Dokumentation zur Belastung von Unternehmensmitarbeitern zurückgreifen könnten. Ein Staatsanwalt oder eine sonstige Behörde könne nachvollziehen, wie es zu einem Gesetzesverstoß gekommen sei. Der Schuldige könne

allzu leicht in der Datenbank gefunden werden. Werden die Mitarbeiter dokumentiert, die Pflichten zu erfüllen haben, könnte der Staatsanwalt die Schuldigen sofort ausfindig machen. Es empfehle sich aus diesen Gründen gerade nicht festzuhalten, welcher Mitarbeiter welche Pflicht an welcher Anlage wie zu erfüllen hat. Die Dokumentation sei im Ergebnis kein Vorteil sondern ein Nachteil. Sie belaste und entlaste nicht²⁴³.

Hierbei handelt es sich um einen Irrtum. Er ist aufzuklären. Zwei Erwägungen sind dabei wichtig.

1.14.4 Die Beweislastumkehr im Gesellschaftsrecht als Grund für die Unverzichtbarkeit der Dokumentation

Erstens haben Vorstände einer Aktiengesellschaft die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs. 1, S. 1 AktG). Verletzen sie ihre Pflichten, sind sie der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet (§ 93 Abs. 2, S. 1 AktG). Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG).

Geschäftsführer einer GmbH haben ebenfalls die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu beachten und haften bei der Verletzung für den daraus entstehenden Schaden (§ 43 GmbHG). Auch sie tragen die Beweislast²⁴⁴. Diese Beweislastumkehr bedeutet, nicht der Geschädigte muss beweisen, dass der Vorstand oder Geschäftsführer seine Sorgfaltspflichten verletzt hat. Vielmehr müssen Vorstände und Geschäftsführer beweisen, dass sie diese Sorgfalt eingehalten haben. Können sie ein Gericht davon nicht überzeugen, tragen sie die Beweislast, das heißt, es wird vermutet, dass der Schaden durch eine Pflichtwidrigkeit des Vorstandes oder des Geschäftsführers verursacht wurde. Im Zweifel trägt der Vorstand oder Geschäftsführer die Schuld am Schaden. Der Bundesgerichtshof rechtfertigt die Beweislastumkehr mit der Erwägung, dass ein Organmitglied ein Verhalten selbst überschauen kann, das für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens spricht, während die Geschädigten immer in Beweisnot wären²⁴⁵. Dies gilt auch für die GmbH, obwohl es in § 43 GmbHG nicht ausdrücklich geregelt ist. Für die Aktiengesellschaft ist es in § 93 AktG geregelt. Kaum ein Geschädigter kann beweisen, was innerhalb der Gesellschaft vorgekommen ist, insbesondere ob die Organe ihre Pflichten erfüllt haben oder nicht. Der Geschädigte bleibt als Außenseiter

243 Hanns Feigen, „Das ist Berufsrisiko“, manager magazin 5/2010, S. 120.

244 BGHZ 152, 280 Kurzarbeiter-Urteil vom 04.11.2002 - Beweisumkehr beim GmbH-Geschäftsführer.

245 BGHZ 152, 280, 284 Kurzarbeiter-Urteil vom 04.11.2002 - Beweisumkehr beim GmbH-Geschäftsführer.

immer in Beweisnot. Vorstände und Geschäftsführer haben einen Beweisvorsprung als Insider. Alle Zweifel am pflichtgemäßen Verhalten von Geschäftsleitern gehen deshalb zu deren Lasten. Die Pflichtwidrigkeit der Geschäftsleiter gilt deshalb als bewiesen, wenn der Geschäftsleiter seine Unschuld nicht beweisen kann.

1.14.5 Die Dokumentation als bestes Beweismittel gegen den Vorwurf von Organisationsfehlern

Zweitens sind Vorstände und Geschäftsführer also immer darauf angewiesen, beweisen zu können, dass sie pflichtgemäß gehandelt haben. Dazu müssen sie ihre Pflichten kennen und sie müssen ihre Pflichterfüllung beweisen durch Zeugen oder durch Dokumentation. Mitarbeiter unterhalb der Vorstands- und Geschäftsführerebene müssten als Zeugen zu Gunsten ihrer Organe auftreten. Aus vielen Gründen müssen Mitarbeiter der Gesellschaft als unzuverlässige Zeugen für ihre Organe gelten. Ein Zeuge kann sich immer auf Erinnerungslücken berufen. Seine Neigung für einen früheren Chef auszusagen, dürfte gering sein. In aller Regel begründet Führungsverhalten des disziplinarischen Vorgesetzten nicht immer dankbare Zuneigung. Der sichere Weg der Beweissicherung durch Vorstand und Geschäftsführer ist deshalb die personenunabhängige Dokumentation in einer Datenbank.

Die gleichen Erwägungen gelten für jeden leitenden Angestellten in seinem Verantwortungsbereich. Auch den Werksleitern und Abteilungsleitern ist eine personenunabhängige Dokumentation als die beste Beweissicherung im Vergleich zum Zeugenbeweis zu empfehlen. Eine Datenbank speichert alles, vergisst nichts, ist ein digitales Gedächtnis ohne Schwund und Schwächen, kennt nur die Wahrheit, ist frei von Gefühlen und damit der loyalste Zeuge im Ernstfall. Die Datenbank ist der verlässlichste Helfer in der Beweisnot. Aus diesen Gründen ist jedem Vorstand, Geschäftsführer und jedem leitenden Angestellten, der eigenverantwortlich einen Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten hat, nachdrücklich zu empfehlen, alles zu dokumentieren, was Zweifel an seinem pflichtgemäßen Verhalten ausräumen kann.

Die Dokumentation ist Vorteil und kein Nachteil. Sie belastet nicht, sondern entlastet. Die Dokumentation als Selbstverrat ist ein Irrtum. Dies gilt auf jeden Fall im Gesellschaftsrecht.

1.14.6 Der Irrtum von der angeblichen Selbstbelastung im Strafrecht

Auch im Strafrecht hält sich hartnäckig der Irrtum, eine Dokumentation führe zu Selbstbelastung und Selbstverrat. Beweise würden dem Staatsanwalt durch die Dokumentation geliefert. Besser sei es, keine Spuren und keine Beweise zu hinterlassen und im Ergebnis deshalb nichts zu dokumentieren. In vielen Diskussionen zur Be-

triebsorganisation kommt immer wieder die Befürchtung auf, eine Dokumentation könne einen strafrechtlich relevanten Vorwurf begründen.

1.14.7 Unterlassungsdelikte können nur durch dokumentierte Tätigkeitsnachweise widerlegt werden

Verkannt wird bei dem Irrtum des Selbstverrats durch Dokumentation im Strafrecht, dass in der Industrie ausnahmslos Unterlassungsdelikte und keine Begehungsdelikte eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit begründen. In der Industrie gibt es in der Regel nicht den Täter, der die geschützten Rechtsgüter, Boden, Wasser, Luft, Umwelt und Arbeitnehmersgesundheit oder das Vermögen des Unternehmens durch ein aktives Verhalten verletzt. Diese Begehungsdelikte sind selten, und wer sie begeht, dokumentiert sie selbstverständlich nicht. Er hinterlässt keine Spuren, wenn er bewusst und gewollt oder billigend in Kauf nimmt, die Umwelt oder die Arbeitnehmersgesundheit oder das Eigentum und Vermögen der Firma zu schädigen.

Hauptsächlich wird in Unternehmen der Vorwurf der Untätigkeit und der Unterlassung erhoben. Ein Mitarbeiter verletzt eine Pflichten in aller Regel dadurch, dass er gerade nichts getan hat. Er hat etwas unterlassen und ist untätig geblieben, obwohl er etwas zum Schutze der Umwelt oder zum Schutze der Arbeitnehmersgesundheit oder im Interesse des Unternehmens hätte tun müssen. Wenn an einen Mitarbeiter bestimmte Pflichten delegiert wurden und unterlässt er deren Erfüllung, kann er sich strafbar machen. Handelt er zur Erfüllung seiner Pflicht, und dokumentiert er seine Pflichterfüllung, kann er den Vorwurf der Untätigkeit nur durch den Nachweis seiner Tätigkeit widerlegen. Dokumentiert er nichts, ist dies ein Beweis für seine Untätigkeit. Er kann nur zu seiner Entlastung auf Zeugen zurückgreifen. Zeugen aus dem Kollegenkreis sind gerade keine sicheren Hilfen in der Beweisnot. Kollegen fürchten, sich selbst zu belasten. Sie wollen nicht hineingezogen werden. Nur mit einer dokumentierten Pflichterfüllung lässt sich ein Untätigkeitsvorwurf widerlegen.

Umgekehrt verhält es sich bei Begehungsdelikten. Hat jemand durch seine Tat ein Rechtsgut verletzt, kann er sich gegen einen strafrechtlichen Vorwurf nur dadurch wehren, dass er den Nachweis führt, nichts getan zu haben. Bei einem Begehungsdelikt muss ein Beschuldigter seine Untätigkeit nachweisen. Bei einem Unterlassungsdelikt dagegen muss er beweisen, dass er gerade nicht untätig war, sondern pflichtgemäß gehandelt hat. Beide Fälle dürfen nicht verwechselt werden. Der Irrtum vom Selbstverrat beruht jedoch auf einer solchen Verwechslung. Beim Unterlassungsdelikt entlastet die Dokumentation und widerlegt den Vorwurf der Untätigkeit. Beim Begehungsdelikt dagegen ist es selbstverständlich nicht zu empfehlen, die Tat zu dokumentieren.

1.14.8 Die Dokumentation von vermeintlichen „Fehlern“ bei der Pflichterfüllung

Es stellt sich die Frage, ob durch die Dokumentation Fehler bei der Pflichtverletzung zur Selbstbelastung werden können. Würde die Tätigkeit zwar dokumentiert, bestünde eventuell das Risiko des Vorwurfs, das Falsche getan zu haben. Insbesondere muss gefragt werden, ob beim Ermitteln der Pflicht ein Irrtum einem Beschuldigten vorgeworfen werden kann.

Beim Ermitteln der Pflicht gelten die Regeln zum unvermeidbaren Verbotsirrtum. Die Beachtlichkeit eines Irrtums darüber, was bei einem bestimmten Sachverhalt geboten oder verboten ist, hängt davon ab, ob ein Irrtum unvermeidbar war. Unvermeidbar ist ein Irrtum nach § 17 StGB schon dann, wenn der Beschuldigte Rechtsrat eingeholt hat und selbst unter Gewissensanspannung darüber nachgedacht hat, ob sein Verhalten rechtlich geboten ist. Kann er nachweisen, dass er ausreichend nach seiner Pflicht recherchiert hat und selbst darüber nachgedacht hat, was seine Pflicht in einer bestimmten Situation ist, war der Irrtum unvermeidbar. Ein bestimmtes Ergebnis wird von einem Beschuldigten nicht verlangt. Irren ist menschlich und nicht vorwerfbar, solange man durch das Einholen von Rechtsrat und eigenes Nachdenken versucht hat, den Irrtum zu vermeiden. Die Recherchen nach der Pflicht und das eigene Nachdenken müssen jedoch nachgewiesen werden. Ist die Recherche und das eigene Nachdenken dokumentiert und kam es trotzdem zu einem Irrtum, kann sich ein Beschuldigter auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB berufen, der zu seinen Gunsten Straffreiheit oder Strafmilderung begründet.

Die Sorge um das richtige oder falsche Ergebnis bei der Rechtsanwendung ist unbegründet. Kommt ein Unternehmensmitarbeiter bei seinen Recherchen zu einem bestimmten Ergebnis, und ist diese Position vertretbar, kann sie ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Kommt es zum Rechtsstreit, ist es denkbar, dass der gleiche Sachverhalt in drei Instanzen jeweils anders entschieden werden kann. Keinem der Beteiligten kann ein Vorwurf gemacht werden. Selbst wenn ein Fall höchstrichterlich entschieden wird, kann sich diese Rechtsprechung eines obersten Gerichts ändern. Hier wird ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der juristischen und der naturwissenschaftlichen Denkweise deutlich. In naturwissenschaftlichen und technischen Fragen gibt es in aller Regel ein Ergebnis, das als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. Bei der Rechtsfindung kann das Ergebnis bei gleichem Sachverhalt je nach Instanz der Gerichte oder je nach Meinung der damit beschäftigten Behörden anders ausfallen. Von richtigen oder falschen juristischen Ergebnissen kann deshalb nicht gesprochen werden. Deshalb ist die Sorge der Rechtsanwender in den Unternehmen unbegründet, man könne das einzig richtige Ergebnis verfehlen und sich dadurch einen Vorwurf mit strafrechtlichen Konsequenzen einhandeln.

Es besteht somit also nicht die Gefahr, durch die Dokumentation

wegen eines falschen juristischen Ergebnisses zur Verantwortung gezogen zu werden. Im Gegenteil erlaubt die Dokumentation eines Rechtsfindungsbemühens, eventuelle Fehlerquellen aufzuzeigen. Möglicherweise sind die Beteiligten von einem falschen Sachverhalt ausgegangen. Haben sie allerdings alle Rechtsquellen, den Gesetzestext, Gerichtsurteile und Fachliteratur recherchiert, kann kein Vorwurf begründet werden.

Von der Dokumentation aller Aufgaben einer Betriebsorganisation, vom Ermitteln der Pflichten bis zur Erfüllung und Kontrolle profitieren alle Beteiligten. Der Geschäftsführer kann nachweisen, dass er seine Organisationspflicht erfüllt hat, der Beauftragte für Immissionsschutz zum Beispiel nach § 54 BImSchG, kann den Nachweis erbringen, dass er seine Pflichten erfüllt hat, nämlich den Betreiber zu beraten, die Mitarbeiter zu informieren und die Einhaltung der Vorschriften zu überwachen.

Die Mitarbeiter im Unternehmen mit Linienfunktion, die die Pflichten zu erfüllen haben, profitieren ebenfalls. Werden sie kontrolliert und wird die Kontrolle dokumentiert, sind sie entlastet. Wer kontrolliert wurde, ohne dass ihm ein Pflichtenverstoß vorgeworfen wird, ist entlastet und muss nicht mehr mit Vorwürfen rechnen. Schon deshalb müsste jeder Mitarbeiter mit Linienfunktion daran interessiert sein, dass sein Verhalten kontrolliert und damit auch gebilligt wird. Er weiß, dass er dadurch von eventuellen arbeitsrechtlichen Vorwürfen entlastet werden kann.

1.15 Die Entlastung vom Organisationsverschulden als Zweck eines Managementsystems

Alle Funktionen eines Managementsystems dienen dem Zweck, die Haftung des Unternehmens und seiner Organe zu vermeiden und einen drohenden Vorwurf des Organisationsverschuldens zu widerlegen.

An diesem Zweck muss sich ein Managementsystem messen lassen. Es muss bekannte Organisationsrisiken durch Organisationspflichten abwenden, Schäden durch Organisationsfehler und schließlich die Haftung wegen Organisationsverschuldens verhindern. Hat ein Managementsystem keine Entlastungswirkung, lohnen sich Aufwand und Kosten nicht. Ein Managementsystem muss deshalb bei geringstem Aufwand die höchst mögliche Entlastungswirkung erzielen.

Das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ erfüllt vor allem die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter und ihre Pflicht zur Legalitätskontrolle. Beide Pflichten haben Vorrang vor dem Unternehmenszweck der Gewinnerzielung. Nur im Rahmen der einschlägigen Rechtsvorschriften darf ein Unternehmen Gewinn erzielen. Der „nützliche Gesetzesverstoß“ ist nach ganz einhelliger Ansicht aus-