

## CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

# Compliance: Mehr Vor- als Nachteile und ohne Alternative

## Mit einem Hinweis auf die Doppelbindungstheorie

Compliance bedeutet, Rechtsvorschriften einzuhalten, um Rechtsverstöße mit Schadensfolgen präventiv zu vermeiden. Je wirksamer die Prävention ist, umso weniger Rechtsverstöße kommen vor. Der angestrebte Präventionserfolg von Compliance, nämlich die verhinderten Rechtsverstöße, sind nicht sichtbar und nicht nachweisbar, weil sie erfolgreich schon präventiv abgewendet werden. Das ist das Paradoxe an erfolgreicher Compliance. Der Nutzen des Compliance-Aufwands wird deshalb oft bestritten. Die These vom nutzlosen Compliance-Aufwand wird psychologisch als Präventionsparadox erklärt<sup>1</sup>. Wer am Sinn und Zweck von Compliance zweifelt, weil angeblich mit dem Compliance-Aufwand kein kalkulierbarer Gewinn nachzuweisen sei, verkennt Nutzen und Vorteil von legalem Verhalten in Unternehmen durch Prävention. „If you think compliance ist expensiv, try non compliance.“ Wer es darauf ankommen lässt und den Compliance-Aufwand einspart, wird durch Schaden klug. Erst die Schadenshöhe durch einen Compliance-Verstoß macht deutlich, was Compliance wert ist und zeigt den dann erst bezifferbaren Nutzen. Die These vom nutzlosen Compliance-Aufwand darf im Rechtsstaat nicht unwidersprochen bleiben.

### I. Die (Über-)Regulierung als Realität und notwendiges Übel

Bürokratie durch Überregulierung wird allgemein als Wachstumsbremse und unverhältnismäßige Belastung von Wirtschaft und Industrie wahrgenommen. Bürokratieabbau und Deregulierung sind Standardforderungen und müssen deshalb bzgl. ihrer Berechtigung thematisiert werden. Die Verlagerung von Industriebetrieben ins weniger dicht regulierte Ausland wird als Lösung und Ausweg propagiert und benachteiligt den Standort Deutschland. Wer allerdings auf Brandschutz, Arbeitsschutz, Klimaschutz, Immissionsschutz und Produktsicherheit verzichtet, spart zwar Kosten, erhöht allerdings die Risiken für Arbeitnehmer, Umwelt, Produkte und Aktionäre bei ihren Kapitalanlagen. Sowohl die Vorteile von Regulierungen als auch die Risiken von Deregulierungen werden von den Kritikern der sogenannten Überregulierung verkannt.

Die Statistik eines Compliance-Management-Systems mit einem Bestand von 21.500 Rechtsvorschriften von EU, Bund und Bundesländern aus 91 Rechtsgebieten weist jährlich im Durchschnitt der letzten 15 Jahre einen Saldo von 1.000 neuen Rechtsnormen aus. Trotz aller beteuerten politischen Absichten zum Bürokratieabbau und zur Deregulierung wächst der Bestand neuer Rechtsnormen mit Rechtspflichten ständig.

### II. Risikoabwehr nur durch unverzichtbare Einhaltung von Rechtspflichten

Allerdings werden trotz der Klagen über Überregulierung und Bürokratie sämtliche neuen Gesetze mit parlamentarischen Mehrheiten beschlossen. Der jeweilige Gesetzeszweck dient immer der Abwendung eines bedrohlichen Risikos, vor dem eine spezielle Angst empfunden wird und dessen Vermeidung deswegen von Interessenvertretern und einer Bevölkerungsmehrheit politisch gefordert und von einer gesellschaftlichen Mehrheit als Regelungsbedarf gebilligt wird.

Sobald aber ein Gesetz erlassen ist, wird es als Überregulierung beklagt, während der Schutzzweck vergessen wird. Dieses widersprüchliche Verhalten hat System und wiederholt sich ständig. Alle stehen vor der Wahl, ein erkanntes und bedrohliches Risiko bewusst hinzunehmen oder eine gesetzliche Regelung zu dessen präventiver Abwendung mit Compliance-Aufwand zu akzeptieren. Ein Zustand ohne Risiken und ohne Schutzgesetze zur Risikoabwehr und ohne Aufwand präventiver Compliance bleibt jedoch Utopie. Beide Ziele lassen sich nicht gleichzeitig verwirklichen. Sie können deshalb auch nicht gleichzeitig zusammen gefordert werden. Pflichtenmanagement mit dem unverzichtbaren Nachteil des Compliance-Aufwands ist immer gleichzeitig auch Risikoabwehrmanagement mit dem Vorteil

<sup>1</sup> Siehe hierzu auch den Aufsatz des Verfassers mit dem Titel „Compliance und das Präventionsparadox als Organisationsrisiko mit Regelungsbedarf“, *Rack, CB* 2023, 166.

der Risikoprävention durch die Vermeidung von Rechtsverstößen mit Schadensfolgen.

### III. Die lähmende Selbstblockade durch Doppelbindung

Der Widerspruch in sich lässt sich psychologisch erklären und dadurch erkennen und schließlich leichter vermeiden. Die sog. „Doppelbotschaft“, „Doppelbindung“ oder auch „double bind“ ist bekannt unter der allgemeinen Redensart, „wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass“ oder auch „wie man's macht, macht man's verkehrt“.<sup>2</sup> Die Adressaten der Doppelbotschaft geraten in das Dilemma, nicht beide Botschaften mit den damit verbundenen Forderungen befolgen zu können, die sich widersprechen und von niemandem gleichzeitig erfüllt werden können, ohne sich dem sicheren Vorwurf einer von zwei möglichen Pflichtverletzungen auszusetzen. Es wird aber der Eindruck erweckt, als könnten beide Ziele, von wem auch immer, erreicht werden. Die Zweideutigkeit der Doppelbotschaft ist nicht offenkundig und nur schwer erkennbar, verwirrt die Adressaten, setzt immer den Adressaten der doppelbindenden Forderungen mit widersprüchlichen Zielen ins Unrecht, da er nicht richtig handeln kann, selbst wenn er wollte, weil er zwangsläufig gegen eine der Forderungen aus den Doppelbotschaften verstoßen muss. Double bind wird als hoch-dysfunktionales Kommunikationsmuster bezeichnet, das verrückt macht, im Umfeld der Schizophrenie beobachtet und in der klinischen Psychologie zu der Doppelbindungstheorie entwickelt wurde.<sup>3</sup> Die Doppelbindung führt zum Omission Bias, der an dem Verhaltensprinzip und der Redensart zu erkennen ist, „wer nichts macht, macht auch nichts falsch“ (Omission = Unterlassung). Vor zwei widersprüchlichen Doppelforderungen retten sich überforderte Geschäftsleiter durch Unterlassen und Untätigkeit. Fast alle BGH-Entscheidungen zum Organisationsverschulden beruhen auf dem Unterlassen einer Rechtspflicht.<sup>4</sup> Der „Omission-Bias“ beschreibt die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen per se als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu tun. Die Untätigkeit bietet sich einem Geschäftsleiter als Ausweg an, wenn er der Doppelbotschaft ausgesetzt ist, und unvereinbare Forderungen erfüllen soll und ihn bei jeder der Alternativen nur Vorwürfe erwarten.

Alle Geschäftsleiter geraten als Adressaten einer Doppelbotschaft in eine Zwickmühle, wenn gefordert wird, einerseits sich legal zu verhalten, Risiken durch Rechtspflichten vom Unternehmen präventiv abzuwenden, dafür den Compliance-Aufwand im Unternehmen zur Einhaltung aller Rechtspflichten zu veranlassen und gegen alle Widerstände aus der Belegschaft durchzusetzen, andererseits aber gleichzeitig Aufwand und Kosten durch die allgemein abgelehnte sog. Überregulierung zu vermeiden, weil der Aufwand Gewinne schmälert. Im Ergebnis sind Geschäftsleiter verpflichtet, Entscheidungen zu treffen, die sowohl legal als auch gewinnbringend sind.<sup>5</sup> Sie haben keine Alternative, insbesondere nicht die Scheinalternative, entweder nur legal oder nur gewinnorientiert zu entscheiden. Die Legalitätspflicht als auch die Gewinnerzielungspflicht sind legale Pflichten. „Geschäft geht vor“ ist keine Alternative und gilt nicht als Ausrede und Entlastung für Pflichtverletzungen im Unternehmen. Im Zivilrecht wird widersprüchliches Verhalten als treuwidrig und unbeachtlich behandelt. Ein „venire contra factum proprium“ bedeutet, dass sich jemand in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzt. Es hat nach § 242 BGB die Rechtsfolge, dass dem widersprüchlich Handelnden die Ausübung seines Rechts verwehrt wird.<sup>6</sup>

Gerade diesen typischen Interessenkonflikt der Geschäftsleiter zwischen der Scheinalternative von Legalitätspflicht und Gewinnerzielungspflicht wollte der Gesetzgeber vermeiden, als er die Beauftragten zum Beispiel für Arbeitsschutz Umweltschutz, Immissionsschutz, Störfall mit bloß beratender Stabsfunktion und ohne Entscheidungsbefugnisse gesetzlich geregelt und ihnen die interne Kontrolle über die Einhaltung von Rechtsvorschriften in Unternehmen als ganz spezielle Verantwortung übertragen hat. Das gesetzliche Verbot ihrer Benachteiligung sollte sie in ihrer Kontrollfunktion stärken und vom Einfluss der Geschäftsleiter unabhängig machen. Den Geschäftsleitern hat der Gesetzgeber eine effektive Selbstkontrolle im Interessenkonflikt nicht zugetraut. Die Vorstände und Geschäftsführer sind verpflichtet, sowohl Gewinne zu erzielen als auch ein Compliance-Management-System nach § 91 Abs. 3 AktG einzusetzen und die sechs Organisationspflichten zur Vermeidung des Organisationsverschuldens nach der bindenden BGH-Rechtsprechung zu erfüllen.

Ein Compliance-Management-System hat den Vorteil der Risikoabwehr, der allgemein mit Mehrheit als präventive Risikoabwehr gebilligt wird, und es hat den damit unumgänglich verbundenen Nachteil des Aufwands zur Einhaltung der Rechtspflichten, der von vielen Beteiligten als Überregulierung missbilligt und ohne nachweisbaren Gewinn und Nutzen zu Unrecht diffamiert wird. Der Vorteil der Risikoabwehr ist nicht ohne den Nachteil des Compliance-Aufwands zu haben. Dieser Zusammenhang wird von den Verantwortlichen verkannt, die gleichzeitig eine Überregulierung beklagen, den Zustand als Wachstumsbremse der Wirtschaft bewerten, den Bürokratieabbau fordern, aber für jedes neue Risiko den Schutz durch eine gesetzliche Regelung fordern und mit der Mehrheit des Gesetzgebers durchsetzen.

### IV. Die Deregulierungsforderung als Beispiel einer Doppelbindung

Die Doppelbotschaft mit Doppelbindung lässt sich an der populären Forderung von Politikern beobachten, „one in, two out“: Für jedes neue Gesetz zwei geltende abzuschaffen. Nach der Rasenmäher-Methode müssten für die im Durchschnitt jährlich 1.000 neuen Gesetze 2.000 geltende mit parlamentarischer Mehrheit abgeschafft werden. Zu Ende gedacht würden nach einer gewissen Zeit keine

2 Kutz, Double-Bind-Kommunikation als Burnout-Ursache – Ein Theorie-Vorschlag zu Auswirkungen toxischer Kommunikation in Organisationen – Springer-Verlag 2018, S. 4 und S. 16 ; Ruesch/Bateson/Watzlawick/Simon, Kommunikation die soziale Matrix der Psychiatrie, 2. korrigierte Auflage. Carl Auer, Heidelberg 2012. Mit den theoretischen Grundlagen von Doppelbindungen, haben sich die Autoren in der maßgeblich von ihnen entwickelten Doppelbindungstheorie auseinandergesetzt.

3 Kutz, Double-Bind-Kommunikation als Burnout-Ursache, Ein Theorie-Vorschlag zu Auswirkungen toxischer Kommunikation in Organisationen 2. Aufl., S. 3 zur Doppelbindungstheorie.

4 Rack, CB 2014, 107 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

5 Rack, CB 2014, 2; Fleischer, ZIP 2005, 141; Paefgen, AG, 2002, 17–26; für die GmbH Rowedder/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43, Rn. 10; Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 91, Anm. 31, 43, Begründung des Regierungsentwurfs – BegrReGE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, 15; BGH, 6.5.1986 – 4 StR 124/86, NStZ 1986, 455; LG Nürnberg-Fürth, 3 KLS 501 Zs 1777/2008, Feldmeyer-Siemens, S. 130; BGH, 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ, 133, 370, BB 1996, 2531; Schneider, in: FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 473, 477; Hemeling, ZHR 175 (2011), 368; von Falkenhausen, NZG 12012, 647. 18; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe.

6 Grüneberg, BGB, § 242 Anm. 55.

Gesetze mehr gelten. Risiken würden nicht mehr präventiv abgewendet. Vor allem schafft der Gesetzgeber nach allen Erfahrungen keine Gesetze ab. Er weckt allenfalls die Illusion der Deregulierung. Die Forderung stellt eine Doppelbotschaft mit fatalen Konsequenzen dar. Sie delegitimiert im Ergebnis Compliance. Der Gesetzgeber verhält sich paradox. Er erlässt per Saldo jährlich mehr Gesetze und fordert gleichzeitig, die doppelte Anzahl abzuschaffen ohne sich selbst an seine eigene Deregulierungsforderung zu halten. Dieses durch Doppelbindung verursachte paradoxe Verhalten von Politikern mit Gesetzgeberfunktion hat selbst doppelbindende Rückwirkung bei den Adressaten von Gesetzen, den Vorständen, Geschäftsführern und Mitarbeitern in Unternehmen, die die Vielzahl der geltenden Rechtspflichten täglich mit großem Aufwand einhalten müssen. Wenn Vertreter des Gesetzgebers die Botschaft vermitteln, die eigenen Gesetze würden zwar mit Mehrheit nach langen Vorbereitungen und Debatten erlassen, seien aber überflüssig und müssten in doppelter Anzahl gleichzeitig abgeschafft werden, können dieselben Politiker nicht von den Normadressaten erwarten, ernst genommen zu werden. Sie delegitimieren mit dieser Doppelbotschaft das Gesetzgebungsverfahren und den Grundsatz der Bindung an Gesetz und Recht. Politiker bieten sich mit der nie realisierten Deregulierungsforderung an, folgen dem populären Trend zum Bürokratieabbau und liefern nur Scheinalternativen.<sup>7</sup>

Compliance wird dadurch konterkariert und unterlaufen. Es lähmt und verunsichert die Compliance-Beauftragten bei ihrer Aufgabe, die Einhaltung von einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen zu beraten, zu kontrollieren und zu informieren. Es untergräbt die Autorität von Vorständen und Geschäftsführern, die ihre Legalitätspflicht einhalten müssen, sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass auch alle Mitarbeiter die an sie delegierten Pflichten des Unternehmens einhalten. Nur die Organe, und nicht sonstige Führungskräfte oder Mitarbeiter haften für Organisationsverschulden persönlich, wenn sie Organisationspflichten zur Einhaltung von Unternehmenspflichten verletzen.<sup>8</sup> 30% aller Rechtspflichten sind strafbewehrt. Die Organe tragen das Risiko der Strafbarkeit. Die Beauftragten mit Stabsfunktion tragen das Risiko der Beihilfe zur Straftat, wenn sie nicht nachdrücklich genug ihre Vorstände und Geschäftsführer vor einer drohenden Straftat warnen.<sup>9</sup> Ihre Legalitätspflicht konsequent zu erfüllen, ist deshalb allen Vorständen und Geschäftsführern zu empfehlen. Gleichzeitig ist davor zu warnen, dem Druck der Belegschaft und dem Widerstand nachzugeben, wenn die Einhaltung von Rechtsvorschriften angezweifelt wird, mit den Argumenten der Überregulierung, der fehlenden Akzeptanz und dem nutzlosen Compliance-Aufwand ohne erkennbaren Ertrag. Organe dürfen im ureigensten Interesse nicht vergessen, dass sie ihren Gesellschaftern und Aktionären und der Rechtsordnung verantwortlich sind, von den Gesellschaftern abberufen werden können, sich sogar strafbar machen können und dass sie sich der Belegschaft gegenüber nicht zu rechtfertigen haben, ob und wie sie ihre Legalitätspflicht erfüllen. Schließlich zählt auch nicht das Argument, es fehle an der Akzeptanz in der Belegschaft zur Einhaltung von gesetzlichen Pflichten. Gesetze sind einzuhalten, weil sie mit Mehrheit beschlossene Gesetze sind und nicht mit Verträgen verwechselt werden dürfen, die nur verpflichten, wenn Akzeptanz über die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien besteht. Nach § 87 Abs. 1 S.1 BetrVG hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei der Einhaltung gesetzlicher Regelungen. Gesetze sind einzuhalten, selbst wenn der Betriebsrat nicht zustimmen würde.

## V. Die Metakommunikation als Ausweg aus dem Dilemma der Doppelbindung

Die Art der Kommunikation muss thematisiert und kommuniziert werden, um die negativen Konsequenzen der Doppelbindung zu erkennen und zu vermeiden. Die Doppelbotschaften und die dadurch verursachten Doppelbindungen müssen analysiert werden und als paradoxe, sich gegenseitig ausschließende Scheinalternativen und als nicht ernst zu nehmende Forderungen entlarvt werden, die zweideutig sind und verantwortungslose, opportunistische Politik bedeuten, und schließlich als Versuch zu verstehen sind, die Normadressaten zu täuschen, in der Hoffnung, sie würden es nicht merken. Zugelassen werden muss eine Metakommunikation, um den paradoxen Forderungen zu entgehen.<sup>10</sup>

## VI. Gleiche Wettbewerbsbedingungen durch gesetzliche Regelungen

Als weiterer Vorteil neben der präventiven Risikoabwehr einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung erweist sich die gleichmäßige Belastung aller Unternehmen. Vor Gesetzen sind alle Unternehmen gleich. Dadurch werden für alle konkurrierenden Unternehmen gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen.<sup>11</sup> Unternehmen, die den Compliance-Aufwand sich sparen und Rechtsverstöße in Kauf nehmen, verschaffen sich einen unberechtigten Wettbewerbsvorteil vor rechtstreuen Mitbewerbern, die den Compliance-Aufwand als Kostenfaktor tragen und in ihre Preise einkalkulieren. Dem unberechtigten Wettbewerbsvorteil steht das Risiko des Rechtsverstößes mit Schadensfolgen gegenüber. Im mutmaßlichen Interesse von konkurrierenden Unternehmen einer Branche muss es liegen, die typischen Risiken durch eine gesetzliche Regelung mit gleicher Kostenbelastung für alle Unternehmen aus der gleichen Branche abzuwenden. Rechtswidrige Wettbewerbsvorteile durch widerrechtlich eingesparten Compliance-Aufwand lassen sich durch gleiche Compliance-Belastungen vermeiden.

## VII. Skandale durch Rechtsverstöße zeigen Vorteile von Compliance

Wird gegen ein Schutzgesetz zum Beispiel aus dem Lebensmittelrecht, dem Produktrecht, dem Gesellschaftsrecht oder einem sonstigen Rechtsgebiet verstoßen und ein Risiko nicht abgewendet, kommt es zum Schaden, oft zum Skandal und vor allem zum Ruf nach dem Gesetzgeber, der regelmäßig mit einem mehrheitlich beschlossenen neuen Schutzgesetz reagiert.

Im „Rinderwahnsinn-Skandal“ wurde durch verfüttertes Tiermehl von 1980 bis 1990 die Tierseuche BSE ausgelöst. Im „Gammelfleisch Skandal“ von 2005 wurden tonnenweise verdorbenes Fleisch in den Verkehr gebracht.

<sup>7</sup> Kutz (Fn. 3), S. 4 mit weiteren Hinweisen auf *Watzlawick*.

<sup>8</sup> LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 348 – Neubürgerentscheidung mit tragischem Ausgang.

<sup>9</sup> BGH, 17.7.2009 – 5 Str394/08, Rn. 25, 31 – Berliner Stadtreinigungsfall.

<sup>10</sup> Kutz (Fn. 3), zur Metakommunikation S. 4 und S. 32.

<sup>11</sup> IP-10/1477, Presseerklärung der EU-Kommission; Europäische Umweltagentur, Internet: eea.europa.eu, Anfragen: eea: Europa.eu/ enquiries.

Fleischskandale verursachen bei Verbrauchern Angst, Ekel und die Forderung nach Verbraucherschützenden Regulierungen des Gesetzgebers. Die EU-Kommission hat als Reaktion am 1.7.2008 neue Bestimmungen zur besseren Kennzeichnung, Rückverfolgung und Bewertung tierischer Produkte erlassen.

Im Contergan-Skandal wurden weltweit bei 10.000 neugeborenen Kindern Fehlbildungen an Gliedmaßen durch das Schlafmittel verursacht, das Schwangere eingenommen hatten. Contergan war ohne ein öffentlich-rechtliches Zulassungsverfahren vermarktet worden, das es in Deutschland damals noch nicht gab. Für Pharmaunternehmen galt das Prinzip der Selbstüberwachung. Es hatte ganz offensichtlich versagt. Das danach als Reaktion auf den Skandal erlassene Arzneimittelgesetz sorgt seitdem für Arzneimittelsicherheit. Neue Präparate müssen umfassend vor ihrer Zulassung am Menschen getestet werden.

Durch den Einsturz der Textilfabrik Rana Plaza in Bangladesch wurden die Missstände bei Gebäudesicherheit und Brandschutz am 24.4.2013 offensichtlich. 1.136 Menschen starben und 2.000 wurden verletzt. Auch bei diesem größten Unfall der globalisierten Textilindustrie wurde deutlich, wie lebenswichtig Gesetze zum Brandschutz und zur Gebäudesicherheit sind, um Brand- und Einsturzrisiken abzuwenden. Es zeigt auch die Konsequenzen der Verlagerung von Industriebetrieben aus Kostengründen in wenig regulierte Drittländer, ohne die deutschen Schutzgesetze, ohne Bürokratie und Überregulierung als vermeintliche Standortvorteile, die sich mit den Skandalfällen als Standortnachteile herausstellen.

Im Thyssen-Krupp Stahlwerk in Turin lehnte der deutsche Werkleiter aus Kostengründen die Nachrüstung des Brandschutzes sogar schriftlich ab, weil das Werk geschlossen werden sollte. Geschäft gehe vor, wollte er glauben. Es kam wenige Tage nach seinem Brief 2012 zum Brand im Stahlwerk mit sechs Toten und zur Verurteilung des deutschen Werkleiters in Italien zu zehn Jahren Haft wegen Totschlags.

Der Verstoß gegen das Verbot einer „Abschalteinrichtung“ in Kraftfahrzeugen verursachte bei VW einen Schaden von mehr als 32 Mrd. EUR und die Überlastung der Justiz durch fast 400.000 Gerichtsverfahren. Das Verbot hätte mit einem Klick in der Datenbank eines Compliance-Systems abgefragt werden können. Von dem Schaden hätten schätzungsweise mindestens drei neue Fahrzeugtypen entwickelt werden können.

Boeing verlor im Januar 2024 ein Rumpfteile aus einer fabrikneuen 737 Max nach dem Start. Zwei Maschinen sind 2018 und 2019 mit 346 Toten abgestürzt. Boeing habe es laut Spiegel Nr.11/2024 nicht geschafft, Qualitätssicherungsvorschriften für Montage, Lagerung und Teilehandling einzuhalten. Ein Flugzeugabsturz macht Fliegen riskanter. Der Börsenkursabsturz ist die weitere Folge.

Der Wert von Compliance wird inzwischen von professionellen Kapitalanlegern erkannt. Ein Compliance System vermeidet Reputationschäden für Unternehmen, deren Investoren und Aktionäre zunehmend Compliance nach den ESG-Maßstäben beurteilen. Es schützt Investitionen vor Kursverfall, dient im Ergebnis dem Anlegerschutz und macht Unternehmen im Wettbewerb um Investoren attraktiv. Von den ESG Kriterien (Environmental, Sustainability, Governance) ist für die Entscheidungen von Investoren über eine Geldanlage die gute Unternehmensführung (Governance) mit 82% vor Umwelt und Soziales das wichtigste Entscheidungskriterium.<sup>12</sup>

Aus all den Beispielen von Rechtsverstößen mit skandalösen Schadensfolgen, ist nur ein Schluss zu ziehen, Compliance hat Vorteile und lohnt sich für Staat und Wirtschaft und ist ohne Alternative.

## VIII. Die neue Pflicht zum Compliance-Management-System nach § 91 Abs. 3 AktG

Realistisch müssen Unternehmen sich mit diesem Befund von Vor- und Nachteilen der Überregulierung zur präventiven Vermeidung von Risiken abfinden. Ein Compliance-Management-System ist gesetzlich in § 91 Abs. 3 AktG als Reaktion auf den Wirecard-Skandal durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) neu als Organisationspflicht am 1.7.2021 eingeführt worden. Verstärkt werden soll der Schutz von Kapitalanlegern, nachdem die Aktionäre von Wirecard durch Betrug ihre Kapitalanlage im Konkurs verloren haben. Das Verlustrisiko hat sich durch Compliance-Verstöße zum Totalschaden für die Aktionäre entwickelt. Der Gesetzgeber hat mit dem FISG reagiert. Der Anlegerschutz wurde verstärkt. Vorstände und Geschäftsführer haften für Organisationsverschulden, wenn sie ein Compliance-System unterlassen oder vernachlässigen. Kommt es zu einem Rechtsverstoß in einem Unternehmen und fehlt ein Compliance-Management-System, begründen Gerichte die Vermutung, der Rechtsverstoß hätte mit einem wirksamen Compliance-System vermieden werden könne.<sup>13</sup>

## IX. Return on Prevention

Zur Präventionsbilanzierung wurden Unternehmensmitarbeiter mit dem Ergebnis befragt, dass 75% der Meinung waren, Investitionen in den betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutz führten zu langfristig sinkenden betrieblichen Kosten, zu Wertzuwachs durch höheres Unternehmensimage, zu gesteigener Motivation und Zufriedenheit der Beschäftigten, zu Kosteneinsparungen durch vermiedene Betriebsstörungen und Fehlzeiten sowie zur dauerhaften Sicherung der Leistungsfähigkeit einer gesetzlichen Unfallversicherung.<sup>14</sup>

Der Nutzen von Compliance lässt sich auch belegen durch die von D&O-Versicherungen ersetzten Compliance-Schäden, die nicht präventiv abgewendet wurden. Die D&O-Versicherungen gewähren Versicherungsschutz für Schadensersatzansprüche durch Compliance-Verstöße. In fünf Jahren zwischen 2017 bis 2021 wurden 835 Mio. EUR für die Haftung von Geschäftsleitern reguliert. Die D&O-Versicherungen erschweren aktuell die Konditionen für Versicherte oder ziehen sich aus dem D&O-Versicherungsgeschäft ganz zurück. 10% Rabatt gewährt die Allianz auf den Nachweis eines Compliance-Management-Systems.

## X. Sinkender Compliance Aufwand durch Digitalisierung

Alle Einzelschritte des Compliance-Managements lassen sich digitalisieren. Rechtspflichten können digital ermittelt, auf Mitarbeiter delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden.

12 FAZ am Sonntag v. 27.12.2020, S.23 mit weiteren Hinweisen auf die Umfragen.

13 BGH StR 265/16, S. 46 – Panzerhaubitzenfall; LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger-Urteil; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell-Urteil; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, Rn. 22, NJW 2013, 1958 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte.

14 DGUV Report 1/2013.

Die Rechtspflichten digital zu ermitteln bedeutet, in einer großen vollständigen Gesetzessammlung online nach Fundstellen zu geregelten Sachverhalten zu suchen, aus den lückenlos recherchierten Fundstellen Rechtspflichten zu formulieren, die Unternehmenssachverhalte mit den Rechtspflichten zu verlinken und zu speichern. Unternehmenssachverhalte mit Risiken in der standardisiert eingerichteten Industrie wiederholen sich. Sie müssen nicht wiederholt geprüft, sondern nur im gespeicherten Lösungsvorrat wiedergefunden werden. Die Wiederverwendung und Mehrfachnutzung von rechtlichen Prüfergebnissen wird durch die Speichertechnik einer Datenbank möglich und senkt den Compliance-Aufwand. Das einmal ermittelte Pflichtenprofil kann in einen Algorithmus übertragen werden und kann zum Zwecke der Aktualisierung aus der Gesamtmenge aller Rechtsänderungen die jeweils einschlägigen für das Unternehmen herausfiltern. Die digitale Filtertechnik erspart 70% des üblichen Aktualisierungsaufwands beim Sichten und Sortieren von monatlichen Rechtsänderungen nach der Relevanz für das Einzelunternehmen. Zum Zwecke der Delegation lassen sich Risikosachverhalte mit Rechtspflichten zur Risikoabwehr, Rechtspflichten mit Verantwortlichen, mit Betriebsteilen so verlinken, dass jeder im Unternehmen digital alles Verlinkte auch abfragen kann: Wer welche Pflicht zu welchem Risikosachverhalt, in welchem Betriebsteil zu erfüllen, zu kontrollieren oder zu beraten hat. Das Risiko von Rechtsverstößen durch Unzuständigkeiten wird dadurch vermieden.

## XI. Die Revision von Gesetzen durch permanente Gesetzfolgenabschätzung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber ändert im Durchschnitt monatlich 10% aller Rechtsvorschriften durch außer Kraft getretene, durch inhaltlich geänderte, durch geänderte Anwendungsbereiche und durch ganz neue Gesetze. Die Tatsache der ständigen Änderung von Gesetzen ergibt sich aus der Unsicherheit des Gesetzgebers im Zeitpunkt der Entscheidung über die Wirkung eines neuen Gesetzes. Weil der Gesetzgeber keine Erfahrung über Wirkung und Folgen eines Gesetzes hat, bleibt die Frage offen, ob ein Gesetz seinen politisch gewünschten Zweck auch erfüllt, ob die gewählten gesetzlichen Maßnahmen geeignet, erforderlich und angemessen sind. Wie die Legalisierung von Cannabis in Zukunft wirkt, wie die Krankenhausreform wirkt, bleibt im Zeitpunkt der parlamentarischen Beratung ungewiss und deshalb selbstverständlich umstritten. Neue Gesetze sind Experimente mit unsicherem Ausgang. Jede Entscheidung des Gesetzgebers ist eine Entscheidung unter Unsicherheit auf Grund unsicherer Prognosen. Durch die Prognoseunsicherheit muss bei der experimentellen Gesetzgebung von vornherein mit Nachbesserungen gerechnet werden.<sup>15</sup> Im Mitbestimmungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Gesetzgeber alle zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben muss, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Wirkung des Gesetzes auch nach dem Inkrafttreten im Rahmen einer begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung zu beobachten.<sup>17</sup> Ein Gesetz ist nicht schon verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber von einer Fehlprognose ausgegangen ist. Er ist vielmehr verpflichtet, nach der Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung die gesetzliche Regelung zu korrigieren. Dem Gesetzgeber ist die Möglichkeit einzuräumen, sich Gewissheit über die Aktualität seiner Prognosen zu verschaffen.<sup>18</sup> Diese experimentelle Gesetzgebung wird durch das Verfahren der Revisionsklauseln praktiziert. Danach überprüft die EU-Kommission die Verordnungen und

macht Auflagen, Berichte über die Wirkungen vorzulegen und Nachbesserungsvorschläge beizufügen. Ein ähnliches Verfahren gibt es inzwischen mit Revisionsklauseln auch für deutsche Rechtsvorschriften, wonach spätestens nach fünf Jahren nach Inkrafttreten die Auswirkungen eines Gesetzes überprüft werden und Berichte dem Bundestag vorgelegt werden müssen. Vorläufiges Wissen führt zu vorläufigen Gesetzen. Es gilt das Verfahren von Versuch und Irrtum. Die Aktualisierung ist als permanentes ununterbrochenes Verfahren zu verstehen und zu organisieren.

Die Revisionsverfahren zeigen, dass nicht etwa für jedes neue Gesetz ein oder zwei geltende Gesetze außer Kraft treten müssen, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihre ursprünglich erwartete Wirkung erzielen oder nicht, sondern dass vielmehr ein geordnetes Verfahren der Gesetzesfolgenabschätzung besteht, um geltende Gesetze zu überprüfen.

## XII. Fazit

Compliance durch digitales Normen- und Pflichtenmanagement senkt den Compliance Aufwand, erhöht die Rechtssicherheit im Unternehmen, verhindert Rechtsverstöße mit skandalösen Schadensfolgen, schützt Ruf und Reputation des Unternehmens, schützt Anleger, Kapitalgeber und Aktionäre durch Anlegerschutzvorschriften vor dem Kursverfall, schützt die Belegschaft durch Arbeitsschutz und Brandschutz, sichert für die Allgemeinheit Klimaschutz und Umweltschutz, und schafft vor allem für die Unternehmenskunden Produktsicherheit. Die Einwände der Überregulierung, der mangelnden Akzeptanz in der Belegschaft, die Gewinnschmälerung durch den Compliance Aufwand ohne kalkulatorischen Nutzen, befreien nicht die Vorstände und Geschäftsführer von ihrer Legalitätspflicht und dem Einsatz eines Compliance-Systems. Sie sind ihren Gesellschaftern, ihrem Aufsichtsrat und nicht ihrer Belegschaft verantwortlich. Das Argument von der Alternative zwischen Compliance-Aufwand oder Gewinnerzielung erweist sich durch die Analyse der Doppelbindungstheorie als unbeachtliche Scheinalternative. Organe eines Unternehmens sind als gesetzliche Vertreter zu Legalität und gleichzeitig zur Gewinnerzielung verpflichtet. Compliance hat im Ergebnis mehr Vor- als Nachteile und bleibt ohne Alternative.

---

### AUTOR



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

<sup>15</sup> BVerfGE 54, S. 11, 37; Rack, CB 2013, 27.

<sup>16</sup> BVerfGE 50, 333.

<sup>17</sup> BVerfGE, 60, 1, 55.

<sup>18</sup> BVerfGE 57, 193, 162; BVerfGE 50, 290, 335.