Aufsätze zum Risikomanagement

veröffentlicht im „Compliance-Berater“

Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt und Notar

Inhaltsverzeichnis

Die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen und ihre Aktualisierung als Organisationsproblem 1
Informationsmanagement als Organisationspflicht 4
Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr 8
Informationshindernisse durch Freistellungsklauseln in der Risikokommunikation überwinden 12
Die Organisationspflicht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung 17
Die Organisationspflicht zur Delegation 22
Die Aktualisierung von Unternehmenspflichten 27
Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement 32
Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement (Teil II*) 37
Die neue Strafbarkeit von Geschäftsleitern der Banken nach § 54a KWG (Teil III*) 45
Kosten, Aufwand, Messbarkeit und Effizienz von Compliance 52
Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – Das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen 60
Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko 66
Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko 72
Der Verfügbarkeitsfehler (Availability bias) als Organisationsrisiko 78
Die rechtlichen Voraussetzungen für ein Compliance-Management-System 84

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

1 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

8.4.2013 | 1.Jg
Seiten 1–44

EDITORIAL

Prof. Dr. Gregor Thüsing
Warum der Compliance-Berater? | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Martin Auer
Step-by-step: Einführung eines Whistleblowing-Systems | 1

Prof. Dr. Volker Rieble
Anwaltscompliance | 5

Mario Prudentino, RA
Länderreport Italien: Compliance in Italien nach den Reformen | 9

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen und ihre Aktualisierung als Organisationsproblem | 14

Dr. Martin Bünning, RA/StB, und **Veysel Oruclar,** MLaw (Bern)
Der Due-Diligence-Prozess des FATCA-Musterabkommens vom 26.6.2012 | 19

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. André Zimmermann, RA/FAArbR, und **Dr. Anja Lingscheid,** RAin/FAinArbR
Internal Investigations – Best Practice bei Interviews mit Mitarbeitern | 23

RiKG Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster
Kartellrechtsschulungen – Pflichten und Chancen für Unternehmen | 28

HAFTUNG UND AUFSICHT

Thomas Hey, RA/FAArbR
Anspruch auf Erstattung von Verfahrenskosten, Geldstrafen und Geldbußen bei Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Organmitglieder von Gesellschaften | 33

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen und ihre Aktualisierung als Organisationsproblem

Jedes Unternehmen muss sicherstellen, dass seine Rechtspflichten ausnahmslos eingehalten werden. Unternehmen haften für den entstandenen Schaden, der durch die Verletzung von Rechtspflichten verursacht wird. Manager können sich strafbar machen. Auf das Compliance-Problem macht die Presse regelmäßig durch spektakuläre Fälle aufmerksam. Dieser CB-Test beinhaltet eine Checkliste ausgewählter Arbeitsschutzpflichten.

I. Die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter

2 „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin". Diese Selbstverpflichtung der Unternehmen ergibt sich aus Ziff. 4.1.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex und entspricht der einhellig anerkannten aktienrechtlichen Legalitätspflicht. Die Einhaltung von Rechtspflichten hat Vorrang vor dem Geschäftsinteresse, das von Organen eines Unternehmens immer nur unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben befolgt werden muss[1]. Die Legalitätspflicht gilt auch für Geschäftsführer einer GmbH.

Die Pflicht zur Gesetzestreue der Vorstände gilt auch dann, wenn ein Gesetzesverstoß im Interesse der Gesellschaft liegt, nützlich ist und die Gesellschaft von der Pflichtverletzung profitiert. Rechtsprechung und Literatur leiten die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ab. Vorstandsmitglieder haben danach bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen, gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Legalitätspflicht hat Vorrang vor allen Pflichten des Vorstands. Ein Vorstand hat die wirtschaftlichen Interessen seiner Gesellschaft zu sichern. Er muss alles fördern, was seiner Gesellschaft nützlich ist. Ein Interessenskonflikt entsteht dann, wenn sich der Vorstand zwischen seiner Legalitätspflicht und dem geschäftlichen Interesse seiner Gesellschaft entscheiden muss.

Die Bindung an die Legalitätspflicht verbietet auch „nützliche Pflichtverletzungen", weil die Rechtsordnung prinzipiell nur den gesetzestreuen Geschäftsführern Handlungsspielraum zugestehen kann[2]. Das rechtswidrige Verhalten des Geschäftsführers im Außenverhältnis ist zugleich eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers im Innenverhältnis gegenüber seiner Gesellschaft[3]. Der Geschäftsführer einer GmbH ist dafür verantwortlich, dass die zahlreichen an die Gesellschaft gerichteten gesetzlichen Ge- und Verbote beachtet werden[4].

II. Die Kenntnis der Unternehmenspflichten

Um Rechtspflichten einhalten zu können, müssen sie zuvor für den jeweiligen Unternehmensstandort lückenlos ermittelt werden. Zu vermeiden ist der Verbotsirrtum. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe und nicht vor der Haftung. Vor allem juristische Personen sind verpflichtet, rechtserhebliche Informationen zu sammeln, zu speichern, weiterzuleiten und abzufragen[5]. Vor allem nach einem Führungswechsel empfiehlt es sich Vorständen und Geschäftsführern das unternehmenseigene Pflichtenprofil auf eventuelle Lücken zu überprüfen, anstatt sich darauf zu verlassen, dass der jeweilige Vorgänger seine Legalitätspflicht ohne Rechtslücken erfüllt hat. Jedes Unternehmen hat ein eigenes individuelles Pflichtenprofil, das von Risiken abhängig ist, die von Produktion und Anlagen des Unternehmens ausgehen und durch Rechtspflichten so abgewendet werden müssen, dass es nicht zu einem Schaden kommen kann. Als erste vorrangige Aufgabe gilt es, einen Pflichtenkatalog über die öffentlich-rechtlichen Gebote und Verbote zu erstellen, die für das betreffende Unternehmen von besonderer Bedeutung sind. 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 werden[6].

1 *Fleischer*, ZIP 4/2005, 141; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 17–26; für die GmbH *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43, Rn. 10.
2 *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 19. Auflage, § 43 Anm. 23.
3 *Uwe H. Schneider* in: Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 43 Anm. 75, 78.
4 BGHZ, 133, 370; *Uwe H. Schneider* in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 473, 477.
5 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, BB 1996, 924.
6 *Schneider*, in: Lutter/Ulmer/Zöllner, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 486.

III. Das Verhältnis von Gesetzen und Rechtspflichten

Verkannt wird in der Praxis häufig, dass Rechtspflichten für den konkreten Anwendungsfall erst ermittelt werden müssen. Gesetze sind abstrakt für eine Vielzahl von Fällen und generell für eine Vielzahl von Personen formuliert. Davon sind die Rechtspflichten zu unterscheiden. Sie sind für den konkreten Einzelfall und individuell für natürliche oder juristische Einzelpersonen formuliert. Gesetze lassen sich nicht im Ganzen einhalten, sondern nur in Form von einzelnen Rechtspflichten, die sich aus den Gesetzen ermitteln lassen. Die Datenbank „*Recht im Betrieb*" enthält über 10 000 gesetzliche Vorschriften und untergesetzliche Regelwerke. Nicht alle sind in einem Betrieb einschlägig.

IV. In zwei Prüfschritten die Rechtspflichten ermitteln

Das Managementsystem hilft bei einem ersten Prüfschritt herauszufiltern, welche Gesetze und Verordnungen am jeweiligen Unternehmensstandort anzuwenden sind. Ein Gesetz enthält wiederum eine Vielzahl von Rechtspflichten, die nicht alle am Standort einschlägig sind.
Deshalb müssen in einem zweiten Prüfschritt aus den Rechtspflichten eines Gesetzes die einschlägigen herausgefiltert und markiert werden. Nur diese Rechtspflichten müssen verwaltet werden, insbes. regelmäßig aktualisiert, an Mitarbeiter delegiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden.
Nach diesem doppelten Filtervorgang bleiben je nach Branche und Standort von etwa 10 000 Rechtsnormen und 44 000 Pflichten zwischen 1000 und 5000 Rechtspflichten, die an einem Standort in der Datenbank als einschlägig markiert werden. Zum Beispiel sind in einer Lackfabrik 1750, in einer Raffinerie 4700, an einem Flughafen 5000 und bei einem Stadtwerk 2300 Rechtspflichten einzuhalten.
Mit dem Managementsystem „*Recht im Betrieb*" werden Rechtssicherheit gewährleistet und Rechtslücken ausgeschlossen. Als Prüfungsergebnis wird im System dokumentiert, dass jede der 10 000 Rechtsnormen und der gespeicherten Rechtspflichten auf ihre Einschlägigkeit im Betrieb überprüft wurden.

V. Monatliche Aktualisierung der Rechtspflichten

Monatlich ändern die Gesetzgeber der EU, des Bundes und der Länder Gesetze, Rechtsverordnungen und untergesetzliche Regelwerke, neue kommen dazu, andere treten außer Kraft. Alle einschlägigen Rechtspflichten eines Unternehmens müssen entsprechend angepasst werden. Ohne diese Aktualisierung kann kein Unternehmen sicherstellen, dass alle Rechtsvorschriften in ihrer jeweils aktuellen Fassung eingehalten werden.
Diese Aufgabe leistet das Managementsystem „*Recht im Betrieb*" für das Pflichtenmanagement im Umweltschutz, Arbeitschutz und Gesellschaftsrecht.

Im Jahr 2012 wurden über 2307 Rechtsänderungen von Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen und 5903 Änderungen bei Rechtspflichten erfasst. In nur einem Monat wurden im Durchschnitt 192 Gesetzesänderungen und 491 Änderungen von Rechtspflichten registriert und verarbeitet .
Im Monat Dezember 2012 gab es 244 Änderungen bei Rechtspflichten. Automatisch ermittelt die Datenbank aus der Summe aller geänderten Rechtspflichten diejenigen, die an einem Standort einschlägig und im Unternehmen einzuhalten sind.
Für etwa 40 Branchen werden Muster-Pflichtenkataloge vorgehalten. Im Monat Dezember 2012 ergaben sich z. B. folgende Änderungen bei den Rechtspflichten je nach Branchen:

Branche	Änderungen bei Rechtspflichten
Lackhersteller	94
Glashersteller	130
Elektroinstallationstechnik	143
Stadtwerk	182
Energiewirtschaft	143
Lebensmittelindustrie	120
Raffinerie	70
Automobilindustrie	144
Arzneimittel	68

Mit dem monatlichen *Compliance-Test* von *Rack Rechtsanwälte* können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen des Monats aus Umweltschutz, Arbeitschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Wegen der Vielzahl der geänderten Pflichten enthält der hier abgedruckte CB-Test nur eine beispielhafte Auswahl von 98 Pflichten aus dem Bereich des Arbeitsschutzrechts. Im Arbeitsschutz wurden im Dezember 2012 die meisten Rechtspflichten geändert.

Hinweis der Redaktion:
Den vollständigen Aufsatz und den Link zur kompletten Checkliste finden Sie unter CB-Online www.compliance-berater.de CBL2013-15-1. Der CB wird in den kommenden Ausgaben regelmäßig entsprechende CB-Tests zu anderen Pflichtenbereichen veröffentlichen.

AUTOR

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

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

2 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

6.5.2013 | 1.Jg
Seiten 45–88

EDITORIAL

Dr. Eckart Sünner, RA
Der neue FCPA-Leitfaden – Auswirkungen auch auf deutsche Unternehmen? | I

CORPORATE COMPLIANCE

Volker Stück, RA
Step-by-step: Einführung und Umsetzung eines Compliance-Management-Systems aus personal- und arbeitsrechtlicher Sicht | 45

Uni.-Prof. Dr. Walter Frenz, Maître en Droit Public
Vorstandsverantwortlichkeit und Compliance am Beispiel des Kartellrechts | 49

Eva Brauckmann, RAin/Avocat à la Cour, und **Gast Juncker**, Avocat à la Cour
Länderreport Luxemburg: Finanzaufsicht und Compliance | 53

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Informationsmanagement als Organisationspflicht | 58

Im Gespräch: **Jens Carsten Laue**, WP/CPA, und **Dr. Konstantin von Busekist**, RA/StB
Die Bedeutung eines wirksamen Compliance Risk Assessments | 63

Dipl. Informationsjuristin (FH) Kristina Bausen, LL.M.,
Prof. Dr. Daniel F. Abawi, und **Oliver Greiner**
Social Media in Unternehmen – Chancen und Risiken für das Personalwesen | 65

COMPLIANCE MANAGEMENT

Prof. Dr. Jörg Rodewald, RA
Zwischen Perfektionismus und Pragmatismus – wie viel Anti-Korruptions-Management kann, darf und muss sein? | 70

Prof. Dr. Rolf Otto Seeling, RA/FAArbR/FAHaGesR, und **Katrin Kanzenbach**, LL.M.
Die Ausgestaltung und Implementierung von Whistleblower-Systemen unter datenschutz- und arbeitsrechtlichen Standards | 76

HAFTUNG UND AUFSICHT

Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes
CB-Insight: Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt | 81

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

4 |

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Informationsmanagement als Organisationspflicht

Jedes Unternehmen muss sicherstellen, dass seine Rechtspflichten ausnahmslos eingehalten werden. Unternehmen haften für den entstandenen Schaden, der durch die Verletzung von Rechtspflichten verursacht wird. Manager können sich strafbar machen. Auf das Compliance-Problem macht die Presse regelmäßig durch spektakuläre Fälle aufmerksam. Dieser CB-Test beinhaltet eine Checkliste ausgewählter Organisationspflichten in Bezug auf das Informationsmanagement im Unternehmen.

I. Unkenntnis als untauglicher Entlastungsversuch

Nach Rechtsverstößen in Unternehmen versuchen sich Vorstände und Geschäftsführer regelmäßig mit dem Hinweis auf ihre persönliche Unkenntnis zu entlasten. Rechtsverstöße kommen auf der Arbeitsebene in Unternehmen vor und lösen gegenüber Vorständen und Geschäftsführern den Vorwurf des Organisationsverschuldens aus, den Verstoß nicht verhindert oder erschwert zu haben. Die Entlastungsversuche mit der persönlichen Unkenntnis scheitern immer wieder an dem gleichen Argument der Rechtsprechung, der Vorstand hätte sich erforderliche Informationen beschaffen müssen[1]. Seit über 100 Jahren wird von Organen die Informationsbeschaffungspflicht verkannt. Sich auf Unkenntnis zu berufen, ist keine Entlastung, sondern eine Selbstbelastung. Die Erklärung legt nämlich offen, dass die Organisationspflicht zum Informationsmanagement verletzt wurde. Im Strafrecht schützt Unkenntnis nicht vor Strafe. Der Verbotsirrtum nach § 17 StGB ist zu vermeiden. Im Zivilrecht schützt Unkenntnis nicht vor der Haftung. Beruft sich z. B. der Vorstand für Controlling auf seine Unkenntnis über den drastischen Wertverfall der Kapitalanlagen seiner Versicherungsgesellschaft und begründet sie mit seiner Unzuständigkeit für das Kapitalanlageressort, disqualifiziert er sich als Vorstand. Er wird wegen fehlender Eignung abberufen, weil er seine Informationspflicht verkannt hat[2]. Seit dem Kutscher-Urteil von 1911 fordert die Rechtsprechung ein Informationssystem mit Meldepflichten[3]. Weiter konkretisiert wird die Organisationspflicht zum Informationsmanagement in der Grundsatzentscheidung des BGH vom 2.2.1996[4]. Unternehmen werden i. d. R. als juristische Personen organisiert und sind nicht wissensfähig. Die Arbeitsteilung in Unternehmen führt zu geteiltem Wissen, zur Wissensaufspaltung[5]. Es verteilt sich im Unternehmen auf seine Mitarbeiter. Ein einheitlicher Kenntnisstand fehlt. Jeder Mitarbeiter verfügt nur über einen Bruchteil des vorhandenen Wissens im Unternehmen. Unkenntnis über Risiken im Unternehmen und über Rechtspflichten zur Risikoabwehr können zu Pflichtverletzungen und zu Schäden führen. Das Risiko der Wissensaufspaltung und der Kenntnislücken einzelner Mitarbeiter hat viele Gründe, die von der internen Organisation des Unternehmens abhängen, z. B. Unzuständigkeit, Personalwechsel, Ausscheiden von Mitarbeitern, Abteilungs- oder Standortwechsel. Die lückenlose gleichmäßige Information aller Mitarbeiter muss deshalb organisiert werden. Drei Organisationspflichten formuliert der BGH in seiner Grundsatzentscheidung. Rechtserhebliche Informationen im Unternehmen sind zu speichern, an Verantwortliche weiterzuleiten und abzufragen. Zur Unkenntnis kann es kommen, weil Informationen im Unternehmen nicht dokumentiert und gespeichert wurden oder wenn zwar gespeicherte Informationen nicht an die Verantwortlichen weitergeleitet wurden, weil Wissen im Unternehmen nicht ausgetauscht wird, weder zwischen der Führungsebene und der Arbeitsebene, oder weil gespeichertes und weitergeleitetes Wissen von den Verantwortlichen nicht abgefragt und genutzt wird. Herrschaftswissen wird zurückgehalten, weil Wissen als Macht verstanden und deshalb nicht geteilt wird. Aus Sorge vor Selbstbelastung werden Informationen zurückgehalten. Die Organisation des Informationsmanagements muss dies berücksichtigen.

II. Die Organisationspflicht zum Speichern von Informationen

Nicht das persönliche „präsente Wissen von Mitarbeitern“[6], sondern das „typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen“[7] wird einer juristischen Person zugerechnet. Gespeichert und dokumentiert werden müssen nur solche Informationen, die später rechtserheb-

1 OLG Stuttgart, 29.2.2012 – 20 U 3/11, zur „Sardinien-Äußerung“ eines Aufsichtsrats, ZIP 2012, 625–636, bestätigt durch BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12, NZG 2013, 339; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand); RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107, Kutscher-Urteil; RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50, Neuzement-Urteil; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651, Kleinbahn-Urteil; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104, Gießerei-Urteil; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455, Propagandisten-Urteil; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313, Tiefbau-Unternehmer-Urteil.

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

3 RG, 14.12.1911 – VI ZR 232/69, RGZ 78, 107, Kutscher-Urteil.

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

5 *Buck*, Wissen und juristische Personen, 2000, S. 327.

6 BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 206, BB 1997, 1276.

7 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 35, BB 1996, 924.

lich werden können[8], und zwar beurteilt zum Zeitpunkt der Wahrnehmung, nicht erst nach einem späteren Wissensstand[9] und umso länger, *„je erkennbar wichtiger ein Umstand ist"*[10]. Das Aktenwissen eines Unternehmens und seine Nutzung steht *„nicht im Belieben"*[11] des Unternehmens. Zum Aktenwissen gehört alles, was der Rechtsverkehr von einem Unternehmen als dokumentiertes Aktenwissen erwarten und was später einmal rechtserheblich werden kann[12]. Die Vertreter einer juristischen Person können nicht willkürlich ihr Aktenwissen bestimmen. Es könnte manipuliert werden. Der BGH stellt klar, dass die Verantwortung für das einmal erlangte Wissen die Verpflichtung einschließe, seine Verfügbarkeit zu organisieren[13]. Erfüllt die juristische Person diese Organisationspflicht nicht, müsse sie sich materiell rechtlich so behandeln lassen, als habe sie von der Information Kenntnis[14].

Mit seiner Entscheidung zum Risiko der Wissensaufspaltung hat der BGH die „gewollte Unkenntnis" oder „Willful Blindness" als Entlastungsstrategie ausgeschlossen[15]. Der BGH lässt keinen Spielraum für die Manipulation des Wissens, indem juristische Personen zur Organisation der Verfügbarkeit von Wissen im Unternehmen verpflichtet werden. Vom Unternehmen wird ein Pflichtwissen über rechtserhebliche Informationen verlangt, das der Rechtsverkehr als dokumentiertes Aktenwissen erwartet. Nur ein Jahr später hat der BGH seine Rechtsprechung zur Dokumentationspflicht bestätigt und konkretisiert[16]. Die Kenntnis eines versetzten Bankangestellten wurde der Bank zugerechnet, obwohl der Nachfolger das Wissen seines Vorgängers nicht hatte. Einmal erlangtes Wissen muss aktenmäßig gespeichert, dokumentiert, weitergeleitet, abgefragt und v. a. genutzt werden[17].

6 | Der BGH begründet seine Entscheidung zum Informationsmanagement mit Folgeerwägungen. Ohne die Dokumentation von Pflichtwissen in Akten und ihre Verfügbarkeit könnte ein Unternehmen sein Gesamtwissen durch ständigen Personalwechsel manipulieren, systematisch niedrig halten und den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit vermeiden, die Entscheidungsträger ganz bewusst in Unkenntnis zu lassen. Dadurch würden notwendige Schutzmaßnahmen zur Risikoabwehr verhindert. Die Unkenntnis von Angestellten könnte zum Normalzustand werden. Ob „typischerweise aktenmäßiges Wissen" festgehalten wird, ist keine empirisch zu erforschende Beweisfrage. Mit dieser Formel wird ein Zweck verfolgt, nämlich Verhaltenspflichten festzulegen[18]. Mit der Dokumentationspflicht wird der Wissenstand des Unternehmens vom persönlichen und aktuellen Wissen seiner Mitarbeiter um das typischerweise dokumentierte Wissen erweitert[19]. Als *„vorhanden anzusehen ist dabei das Wissen, das bei sachgerechter Organisation dokumentiert und verfügbar ist und zu dessen Nutzen unter Berücksichtigung der geschäftlichen Bedeutung des Vorgangs Anlass bestand"*[20]. Ein Vorstand kann sich nicht auf seine tatsächliche Unkenntnis und sein Informationsdefizit berufen, sondern ihm wird das Pflichtwissen zugerechnet, das er kennen musste, weil der Rechtsverkehr es als typisches dokumentiertes Aktenwissen vom Unternehmen erwartet.

III. Die Informationsweiterleitungspflicht

Die Dokumentation rechtserheblicher Informationen reicht nicht, die Unkenntnis der Mitarbeiter zu vermeiden. Vielmehr müssen innerhalb einer Organisation Informationen an die Personen weitergeleitet werden, für die sie von Bedeutung sind[21]. Rechtserhebliche Informationen müssen im Unternehmen verfügbar gehalten werden[22]. Durch die Weiterleitungspflicht wird verhindert, dass einzelne Unternehmensmitarbeiter sich auf Unkenntnis berufen können, weil rechtserhebliche Informationen im Unternehmen dokumentiert, aber an sie nicht weitergeleitet wurden. Die Informationsorganisation mit Weiterleitungsverpflichtung ist z. B. bei allen kapitalmarktrechtlichen Vorschriften erforderlich, die eine unverzügliche Mitteilung vorgeben, wie z. B. nach § 15 Abs. 1 WpHG. Das Gleiche gilt für Meldepflichtige bei Stimmrechtzurechnung nach § 21 Abs. 1 WpHG. Der Meldepflichtige darf die Überschreitung eines Schwellenwertes nicht fahrlässig verkennen. Der Beginn der Mitteilungsfrist wird für den Zeitpunkt fingiert, zu dem bei Erfüllung der Informationsweiterleitungspflicht der Meldepflichtige Kenntnis erlangt hätte[23]. Es kommt nicht darauf an, was Mitarbeiter im Unternehmen tatsächlich wussten, sondern was man ihnen als Pflichtwissen unterstellen kann und was sie deshalb wissen mussten.

IV. Die Informationsabfragepflicht

Neben dem Speichern und Weiterleiten rechtserheblicher Informationen muss sichergestellt sein, „dass ggf. erkennbar anderswo innerhalb der Organisation vorhandene und für den eigenen Bereich wesentliche Informationen nachgefragt werden"[24]. Das gespeicherte Wissen muss genutzt werden. Die Nutzung steht nicht im Belieben des Unternehmens. Das Risiko von Wissensaufspaltung und Unkenntnis besteht auch noch dann, wenn gespeichertes und weitergeleitetes Wissen von den Verantwortlichen nicht abgefragt wird[25]. Kommt die juristische Person ihrer Informationsorganisationspflicht nicht nach, muss sie sich so behandeln lassen, als habe sie von der Information Kenntnis[26]. Haben Organe einer juristischen Person rechtserhebliche Informationen nicht speichern, nicht weiterleiten, nicht abfragen lassen, und berufen sich Vertreter des Unternehmens auf Unkenntnis, wird ihnen die Kenntnis dieser Informationen unterstellt. Die Informationsorganisationspflicht wird vom BGH als Verkehrssicherungspflicht begründet. Ähnlich wie eine Verkehrssicherungspflicht gründe sich die Organisationspflicht auf die Beherrschung eines selbsteröffneten Verkehrsbereichs: eine am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation müsse (auch und gerade

8 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924, 2 b aa).
9 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.
10 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.
11 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 36, BB 1996, 924.
12 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37, BB 1996, 924.
13 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 36, BB 1996, 924.
14 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 36, BB 1996, 924.
15 *Schemmel/Kirch-Heim*, „Willful Blindness" im Wirtschaftsrecht – kann gewollte Unwissenheit vor Strafe schützen?, CCZ, 2008, 98.
16 BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 205, BB 1997, 1276.
17 BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 205, BB 1997, 1276.
18 *Buck*, Wissen und juristische Personen, 2001, S. 432.
19 *Buck/Heeb*, Informationsorganisation im Kapitalmarktrecht – Compliance zwischen Informationsmanagement und Wissensorganisationspflichten, CCZ 2009, 24.
20 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924; BGH, 21.5.1996 – XI ZR 199/95, BGHZ 133, 36, BB 1996, 2271; BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 206, 207, BB 1997, 1276.
21 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 35, BB 1996, 924.
22 *Buck/Heeb*, CCZ 2009, 24.
23 *Heeb*, CCZ 2009, 24, 25.
24 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37, BB 1996, 924.
25 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37, BB 1996, 924; BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 Wissenszurechnung beim Scheckinkasso, *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 614.
26 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37, BB 1996, 924.

nach den berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs) so organisiert sein, dass Informationen, deren Relevanz für andere Personen innerhalb dieser Organisation bei den konkret Wissenden erkennbar ist, tatsächlich an jene Person weitergeleitet werden[27]. Verkehrssicherungspflichten werden damit begründet, dass jeder, der Gefahrenquellen schafft, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz Dritter zu treffen hat[28]. Teilnehmer am Rechtsverkehr haben nicht nur für ihre tatsächliche Kenntnis einzustehen, sondern schon bei der Informationsannahme, der Dokumentation und der Nutzung die Interessen Dritter zu berücksichtigen[29]. Das Risiko der Wissensaufspaltung kann jedes Unternehmen durch eine zweckmäßige Organisation beherrschen[30]. Statt Wissen im Unternehmen zu sammeln, zu speichern, zu dokumentieren und verfügbar zu halten, könnte man es im Unternehmen ganz bewusst aufspalten, verteilen oder verdrängen[31].

Seit dem Grundsatzurteil vom 2.2.1996 zur Wissensaufspaltung können die herkömmlichen Einwände zur Entlastung eines Verantwortlichen nicht mehr verwendet werden. Es kommt nicht mehr auf Zuständigkeit, Ausscheiden, Beteiligung oder Hierachieebene an.

Diese Einwände lassen sich nicht mehr als Gründe dafür verwenden, dass ein Mitarbeiter des Unternehmens wegen Unkenntnis über rechtserhebliche Informationen sich rechtswidrig verhalten hat. Alle internen Umstände hängen von der konkreten Organisation des Unternehmens ab, auf die es nicht ankommt, sondern nur auf die ordnungsgemäße Organisation des Informationsaustauschs. Es zählt nur noch, ob das Unternehmen von seinen Mitarbeitern die rechtserheblichen Informationen speichern, dokumentieren, weiterleiten und abfragen lässt[32].

Eine Bank wird in der Rechtsprechung so behandelt, als ob alle Mitarbeiter, vom Vorstand bis zum Kundenberater, das gleiche Wissen haben, selbst wenn es in der Bank als Teilwissen aufgespaltet ist. Wer durch Arbeitsteilung Vorteile hat, durch geteiltes Wissen Kenntnislücken bei seinen Mitarbeitern begründet und dadurch Risiken schafft, muss durch organisatorische Maßnahmen diese Risiken abwenden. Wer Wissen im Unternehmen teilt, muss verstreutes Wissen wieder zusammenführen und die Verfügbarkeit für alle Mitarbeiter garantieren und zwar so, dass eine juristische Person der natürlichen Person gleichgestellt werden kann[33].

Nach dieser Rechtsprechung bleibt einem Unternehmen nur die Wahl, entweder Informationen im Unternehmen nach den Vorgaben des BGH zu organisieren, zu dokumentieren, weiterzuleiten und abzufragen oder sich fiktives Wissen zum eigenen Nachteil unterstellen zu lassen.

V. Die Datenbank als digitales Mittel zur Informationsorganisation in der Unternehmenspraxis

Der BGH fordert die Gleichstellung von juristischen mit natürlichen Personen. Der Geschäftsverkehr darf danach z. B. erwarten, „*durch einen Mitarbeiterwechsel in der Bank keine Nachteile zu erleiden. Die Bank muss deshalb dafür sorgen, dass das für spätere Geschäftsvorgänge relevante Wissen eines abwesenden oder versetzten Bankangestellten an den Vertreter oder Nachfolger weitergegeben wird oder für ihn in einer Kartei oder auf einem elektronischen Speichermedium zur Verfügung steht. Geschieht dies nicht, so muss sich die Bank aus Gründen des Verkehrsschutzes so behandeln lassen, als habe sie von der Information Kenntnis*“[34].

Der BGH verlangt ein digitales Gedächtnis eines Unternehmens mit dem gesammelten Wissen aller Mitarbeiter, so als ob es sich bei einer juristischen um eine natürliche Person handeln würde.

Diese Forderung kann in der Unternehmenspraxis nur eine Datenbank erfüllen, weil sie alles rechtserhebliche Wissen dokumentieren, speichern und an Mitarbeiter des Unternehmens weiterleiten kann, insbes. sämtliche Sachverhalte, die ein Risiko für das Unternehmen darstellen und Rechtspflichten zur Abwehr dieser Risiken begründen. Weiterleiten und delegieren lassen sich die Rechtspflichten auf die Verantwortlichen im Unternehmen, die für die Abwendung der Risiken verantwortlich sind, so dass jeder Mitarbeiter jederzeit abfragen kann, welche Rechtspflichten er in seinem Verantwortungsbereich zu erfüllen hat.

Die Datenbank des Managementsystems „*Recht im Betrieb*“ speichert 11 000 Gesetze und Regelwerke, 44 000 Pflichten und 43 000 Berichte über alle rechtlichen Publikationen aus Rechtsprechung und Literatur seit über 20 Jahren.

Monatlich werden alle aktualisierten Pflichten eines Unternehmens gespeichert und danach gefiltert, welche der aktualisierten Pflichten im Unternehmen anzuwenden sind. An die Mitarbeiter werden nur diejenigen gefilterten Rechtspflichten automatisch weitergeleitet, für deren Einhaltung sie verantwortlich sind. Deshalb müssen die Mitarbeiter nicht alle rechtserheblichen Informationen selbst sammeln und lesen, können aber trotzdem sicher sein, nichts zu übersehen. Zur Abfrage sind sie zu verpflichten.

Im Januar 2013 gab es 289 Änderungen bei Rechtspflichten. Daraus werden automatisch beispielsweise für eine Glasproduktion 143, eine Raffinerie 90 herausgefiltert. Mit dem monatlichen Compliance-Test von Rack Rechtsanwälte können Sie selbst prüfen, ob alle Rechtsänderungen des Monats aus Umweltschutz, Arbeitschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Wegen der Vielzahl der geänderten Rechtspflichten enthält der hier abgedruckte CB-Test nur eine beispielhafte Auswahl von Pflichten aus diesen Rechtsbereichen.

Hinweis der Redaktion:
Den Link zur kompletten Checkliste finden Sie unter www.rack-rechtsanwaelte.de.

AUTOR

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

27 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37, BB 1996, 924.
28 *Bohrer*, Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 8.12.1989 – V ZR 246/87, Gemeindeschlachthof-Entscheidung, DNotZ 1991, 122, 129; BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37, BB 1996, 924.
29 *Bohrer*, Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 8.12.1989 – V ZR 246/87, Gemeindeschlachthof-Entscheidung, DNotZ 1991, 122, 129; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, S. 613; BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37, BB 1996, 924.
30 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.
31 BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 207, BB 1997, 1276.
32 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, S. 658, 659.
33 *Buck/Heeb*, CCZ 2009, 20.
34 BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 206, BB 1997, 1276.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

3 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

3.6.2013 | 1.Jg
Seiten 89–132

EDITORIAL

Dr. Ludger C. Verfürth, LL.M., RA
AIFM und die Bedeutung für das Thema Compliance | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Florian Stork, LL.M. oec., RA
Step-by-step: Die Einführung von Richtlinien im Unternehmen | 89

Prof. Dr. Dr. Jörg Zehetner, RA
Länderreport Österreich: Kartellrechtsreform und neues Antikorruptionsrecht | 94

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr | 99

Dr. Detmar Loff, RA
Wesentliche Neuerungen in den MaComp BT 1 und BT 7 – Analyse und Handlungsempfehlungen | 104

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Michael Johannes Pils, RA
Rechtliche Rahmenbedingungen von Exit-Interviews bei arbeitnehmerseitigen Kündigungen | 112

HAFTUNG UND AUFSICHT

Peter Schaar, Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
CB-Insight: Die Aufgaben des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit | 118

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr

Jedes Unternehmen muss sicherstellen, dass seine Rechtspflichten ausnahmslos eingehalten werden. Unternehmen haften für den entstandenen Schaden, der durch die Verletzung von Rechtspflichten verursacht wird. Manager können sich strafbar machen. Auf das Compliance-Problem macht die Presse regelmäßig durch spektakuläre Fälle aufmerksam. Dieser CB-Test beinhaltet eine Checkliste ausgewählter Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr.

I. Die Informationsbeschaffungspflicht der Organe

Vorstände haben nach § 91 Abs. 2 AktG geeignete Maßnahmen zu treffen, insbes. ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Vorstände haben nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ihre Entscheidungen „auf der Grundlage angemessener Informationen" zu treffen. Dies ist nur möglich, wenn der Vorstand für einen ungehinderten Informationsfluss von der Arbeitsebene bis zur Unternehmensspitze sorgt[1]. Nach Ziff. 3.4 Abs. 1 DCGK „ist die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats die gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat". Diese Informationsbeschaffungspflicht von Aufsichtsrat und Vorstand ist geltendes Recht[2]. Die Mitglieder der Geschäftsführung sind auf Informationen über Risiken aus der Belegschaft einerseits dringend angewiesen. Andererseits gibt es in der Unternehmenspraxis keine Freiwilligen für die Risikoanalyse und für Informationen über Risiken. Arbeitnehmer müssen deshalb ausdrücklich verpflichtet werden, beim Risikomanagement mitzuwirken.

II. Der Arbeitsvertrag als geeignete Maßnahme zur Risikofrüherkennung

Der Arbeitsvertrag empfiehlt sich deshalb als geeignetes Mittel zur Informationsbeschaffung über Risiken und ihre Abwehr. Das Reichsgericht hat eine Meldepflicht der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag als organisatorisches Mittel des Vorstands einer AG zur Informationsbeschaffung empfohlen, verbunden mit einer Vertragsstrafe im Falle der Verletzung der Meldepflicht[3]. Informationen über Risiken zu ihrer Abwehr müssen noch vor Eintritt eines Schadens beschafft werden. In der Praxis erschweren verschiedene Gründe regelmäßig die Informationsbeschaffung. Im Arbeitsvertrag können Arbeitgeber ihre Angestellten zur Information über Risiken verpflichten. Sie können insbes. klarstellen, was unter einem Risiko zu verstehen ist, über das ein Mitarbeiter informieren muss, um es abwenden zu können.

III. Das Risiko als Informationshindernis

Risiken sind als drohende Schäden zu verstehen, die in Unternehmen verursacht werden und durch geeignete Maßnahmen so abgewendet werden müssen, dass sie sich nicht zu Schäden entwickeln. Aussagen über Risiken sind Schadensprognosen. Sie können nur von Mitarbeitern gemacht werden, die über ausreichende Risikofantasie, intime Betriebskenntnis und v. a. über Erfahrungen darüber verfügen, aus welchen konkreten Situationen im Unternehmen sich Schäden entwickeln können. Nur sie können einen Schadensverlauf vorhersagen. Wenige Vorstände sind darauf angewiesen, dass möglichst viele Mitarbeiter die Risikoquellen im Unternehmen beobachten, an die Vorstände melden, damit diese über geeignete Maßnahmen zur Risikoabwehr entscheiden können. Das Informationsgefälle zwischen Arbeits- und Führungsebene muss organisatorisch überwunden werden.

Eine Risikoaussage besteht erstens aus einer potentiellen Schadensursache, zweitens aus dem drohenden Schaden als Wirkung dieser Ursache und drittens aus der Kausalbehauptung, dass der prognostizierte Schaden immer dann eintritt, wenn die Schadensursache vorliegt und sie nicht durch Schutzmaßnahmen abgewendet wird. Eine Kausalbehauptung enthält einen Erfahrungssatz, dass der Schaden immer auf die Schadensursache folgt, weil aus der Vergangenheit darüber Erfahrungen gemacht wurden und deshalb der Schadensverlauf auch in Zukunft zu erwarten ist, wenn der Erfahrungssatz inzwischen nicht widerlegt (falsifiziert) wurde. Wer also Risiken behauptet, inszeniert einen drohenden Schaden, der noch nicht eingetreten ist. Risiken als drohende Schäden sind Ergebnisse von Risikofantasien. Eingetretene Schäden dagegen sind Fakten. Risiken sind keine Fakten sondern Fiktionen, die allzu leicht bestritten und nicht bewiesen werden können. Erst ein Schadenseintritt beweist ein Risiko. Dann ist es jedoch zur Schadensabwehr zu spät. Es bleibt nur noch die Frage, wer den drohenden Schaden vorhersehen und abwenden muss. Wer ein

1 *Schürrle/Olbers*, CCZ 2010, 102.
2 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, § 6, Rn. 246; *Hüffer*, Leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, NZG 2007, S. 49.
3 RGZ 78, S. 107 Az. VI 75/11 14.12. 1911 [Kutscherurteil]

Vertragstreuepflichten gelten für den Bereich des ganzen Unternehmens über den jeweiligen Verantwortungsbereich des einzelnen Arbeitsnehmers hinaus.

VII. Unklarheit der Rechtslage und mangelnde Informationsbereitschaft

Die Informationspflicht der Arbeitnehmer zur Risikoabwehr ist unklar und deshalb nicht geeignet, die Informationsbereitschaft der Arbeitnehmer zu fördern. Zur Feststellung einer Risikoabwehrpflicht muss nämlich geklärt werden, ob Risiken innerhalb oder außerhalb des Verantwortungsbereichs des Arbeitnehmers liegen, ob sie uneingeschränkt gelten oder nur im Rahmen der Zumutbarkeit oder ob es sich um ungeschriebene oder ausdrücklich vereinbarte Risikoabwehrpflichten handelt. Die relative Unklarheit der Rechtslage begründet die Befürchtung, dass die Arbeitgeber nicht wissen, was sie von ihren Arbeitnehmern zur Risikoabwehr verlangen können und den Arbeitnehmern bleibt unklar, wozu sie bei der Risikoabwehr verpflichtet sind.

Gesetzlich ausdrücklich geregelt ist in § 16 ArbSchG, dass Beschäftigte dem Arbeitgeber jede von ihnen festgestellte Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit sowie jeden an dem Schutzsystem festgestellten Defekt unverzüglich zu melden haben. Weiterhin haben die Beschäftigten gemeinsam mit dem Betriebsrat und der Fachkraft für Arbeitssicherheit den Arbeitgeber dahin zu unterstützen, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten und seine Pflichten entsprechend den behördlichen Auflagen zu erfüllen[15]. Obhutspflichten verpflichten den Arbeitnehmer zum Schutz der ihm anvertrauten Materialien, Maschinen und Gerätschaften[16]. Die Obhutspflicht gilt auch außerhalb der regulären Arbeitszeit. In seinem Urteil vom 28.10.2010 hat das BAG eine Reinigungskraft zum Ersatz des Schadens an einem medizinischen Gerät verurteilt, weil sie einen falschen Knopf gedrückt hatte, ohne dass die Bedienung des Gerätes zu ihrem Verantwortungsbereich gehörte[17]. Diese hatte damit gegen eine Obhutspflicht verstoßen. Eine Meldepflicht zur Schadensabwendung hat das LAG Berlin angenommen, wenn der Arbeitnehmer es bei der Arbeitzeiterfassung unterlässt, den Arbeitgeber auf Fehler im System hinzuweisen, die für ihn erkennbar sind oder wenn er bei der Dokumentation der elektronischen Zeiterfassung vorsätzlich falsche Angaben macht[18]. Eine Meldepflicht hat das BAG bei einem kaufmännischen Angestellten angenommen, der mit der Abrechnung eines Kassierers beauftragt ist, wenn er vermutet, dass einer der Kassierer Unterschlagungen begangen hat[19]. Das BAG hat eine Schadensabwendungs- und Anzeigepflicht dann angenommen, wenn es um die Eigenschädigung des Arbeitergebers geht, wenn nämlich der Arbeitnehmer eine von ihm bemerkte, laufende, offenkundige, Lohnüberzahlung gegenüber dem Arbeitgeber nicht anzeigt[20].

Die Rechtsprechung überrascht mit Pflichten, deren Verletzung zu Schäden führen, für die der Arbeitnehmer haftet, obwohl sie vertraglich nicht ausdrücklich vereinbart wurden.

Aus der Rechtsprechung lässt sich der Schluss ziehen, dass nur die Meldung über ein Risiko vom Vorwurf nach einem Schadenseintritt frei macht, ein Risiko nicht frühzeitig genug erfasst zu haben. Selbst wenn zum Zeitpunkt der Meldung nicht klar ist, ob sich das Risiko mit Sicherheit zu einem Schaden entwickelt, müssen Arbeitnehmer auch für den Fall das Risiko melden, dass die Schadensprognose sich nicht bewahrheitet, der Schaden nicht eintritt und der Abwendungsaufwand vergebens war.

Aus der Rechtsprechung zu den Verkehrsicherungspflichten ist bekannt, dass Risikoermittlungspflichten im Nachhinein auch dann angenommen wurden, wenn Risikofaktoren latent und nicht offensichtlich zu beobachten waren[21]. Risikofaktoren dagegen, bei denen die Schadensursachen als Indizien zu beobachten waren, und von denen aus einschlägigen Erfahrungssätzen auf einen drohenden Schadensverlauf geschlossen werden konnte, kennt die Rechtsprechung ebenfalls[22].

VIII. Die arbeitsvertragliche Amnestie- oder Freistellungsklausel

Es empfiehlt sich jeden Arbeitnehmer ausdrücklich in einer Amnestieklausel von einem eventuellen Vorwurf und entsprechenden Schadensersatzansprüchen zu entlasten, er habe durch seine Risikomeldung einen vergeblichen Risikoabwendungsaufwand verursacht. Die Meldepflicht lässt sich durch den Hinweis konkretisieren, dass eine Risikomeldung die Schadensursache, den drohenden Schaden als Wirkung sowie den unwiderlegten Erfahrungssatz enthalten muss, dass der Schaden regelmäßig eintritt, wenn die Schadensursache zu beobachten ist und nicht abgewendet wird. Die vorgeschlagene Amnestie- und Freistellungsklausel der vorsorglichen Entlastung von Haftungsansprüchen ist erstens geeignet, die Informationsbereitschaft der Arbeitnehmer über Risiken und Risikoabwehrmaßnahmen zu fördern. Ein Arbeitnehmer kann sich darauf einstellen, Risiken noch vor dem Schadenseintritt melden zu müssen. Er hätte die Meldepflicht auch wenn sie nicht ausdrücklich und schriftlich vereinbart wäre. Zweitens wird ihm durch die Freistellungsklausel die Sorge genommen, für einen vergeblichen präventiven Risikoabwehraufwand haften zu müssen. Drittens wird er darüber aufgeklärt, was die Be-

15 Weitere Nebenpflichten finden sich gesetzlich geregelt in §§ 17, 18 UWG um Geschäftsgeheimnisse nicht weiter zu geben, und in §§ 60, 61 HGB zum Wettbewerbsverbot von Handlungsgehilfen.

16 *Linck* in Schaub, Arbeitsrechts- Handbuch, § 53 Rn. 36.

17 BAG, 28.10.2010 – 8 AZR 418/09, Rn. 15.

18 LAG Berlin-Brandenburg, 17.4.2012 – 7 Sa 42/12.

19 BAG, 18.6.1970 – 1 AZR 520/69.

20 BAG, 28.8.2008 – 2 AZR 15/07.

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

22 BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil]; BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil]; BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, in: NJW (1968) S. 247 ff. [Schubstreben-Fall]; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil]; BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil]; RG, 28.11.1913 – III 194/13, in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil]; RG, 27.11.1916 – VI 275/16, in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil]; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil]; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil]; RG, 12.10.1938 – VI 96/38, in: RGJW 1938, S. 3162 [Streupflicht-Urteil]; BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II]; BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [74 Presseangriff-Urteil]; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil].

standteile einer Risikoaussage sind, insbes. dass von ihm Schadensprognosen erwartet werden, die nicht zutreffen müssen und dass er trotz Unsicherheit über einen künftigen Schadensverlauf ein potentielles Risiko melden muss und der Arbeitgeber von ihm keine Schadensprognose erwartet, die mit Sicherheit eintritt. Der Arbeitnehmer muss zur Erfüllung seiner Meldepflicht der Schadensprognosen ermuntert werden. Ihm muss durch die Amnestieklausel die Sorge genommen werden, wegen falschem Alarm sich einer Blamage oder sogar einer Haftung auszusetzen[23].
Mit dem monatlichen *Compliance-Test* von RACK Rechtsanwälte können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen des Monats aus Umweltschutz, Arbeitschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Wegen der Vielzahl der geänderten Pflichten enthält der hier abgedruckte CB-Test nur eine beispielhafte Auswahl von Pflichten.

Hinweis der Redaktion:
Den vollständigen Aufsatz und den Link zur kompletten Checkliste finden Sie unter www.rack-rechtsanwaelte.de.

AUTOR

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

23 Fritz/Nolden, CCZ 5/2010, S. 176; Pro Personalrecht online, http://www.aok-business.de/fachthemen/pro-personalrecht-online/datenbank/lexikon-ansicht/poc/docid/4462353%2CO/.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

4 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

8.7.2013 | 1.Jg
Seiten 133–176

EDITORIAL

Sylvia Schenk
Compliance und Sport – Lehren aus der Causa Hoeneß | I

CORPORATE COMPLIANCE

Jens-Christof Niemeyer, RA
Step-by-step: Durchsuchung von Computern, Smartphones und sonstigen Datenspeichern | 133

Marta Tuzimek
Länderreport Polen: Compliance in Polen – Viel getan, viel zu tun | 136

Wolfgang Werths
Compliance-Aspekte des TVgG-NRW und der Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 4 TVgV-NRW | 138

Jens C. Laue, WP/CPA, und **Christoph B. Schenk**, WP/StB
Wirksames Compliance-Management – ein anhaltendes Topthema in deutschen Unternehmen | 140

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Informationshindernisse durch Freistellungsklauseln in der Risikokommunikation überwinden | 145

Dr. Carsten Ulbricht M.C.L., RA
Social Media Compliance: Management kommunikativer und rechtlicher Risiken im Hinblick auf XING, Facebook & Co | 150

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dipl.-Kfm. Christoph Kromer, StB, Mag. **Reinhard Pumpler**, LL.M., StB, und **Katharina Henschel**, RAin/StBin
Beurteilung der Effektivität eines Tax-Compliance-Systems – Teil 1 | 156

Hartwin Möhrle und **Prof. Dr. Lars Rademacher**
Compliance braucht Kommunikation: Vom Regelsystem zur Regelkultur | 163

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Dirk Scherp, RA
Compliance und Wirtschaftskriminalität | 168

Dr. Sebastian Kraska, RA, und **Michael Stolze**, LL.M. LL.M., RA
Die Europäische Ermittlungsanordnung | 173

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Informationshindernisse durch Freistellungsklauseln in der Risikokommunikation überwinden

Jedes Unternehmen muss sicherstellen, dass seine Rechtspflichten ausnahmslos eingehalten werden. Unternehmen haften für den entstandenen Schaden, der durch die Verletzung von Rechtspflichten verursacht wird. Manager können sich strafbar machen. Der Beitrag analysiert die Ursachen, die den Austausch von Informationen über Risiken im Unternehmen behindern und zeigt auf, wie diese Informationshindernisse überwunden werden können.

I. Einleitung

Drei Gründe behindern i. d. R. den Austausch von Informationen über Risiken im Unternehmen. Sie müssen überwunden werden, um den Informationsfluss über Risiken und ihre Abwehr zu sichern. Als organisatorische Maßnahmen empfehlen sich Freistellungsklauseln im Arbeitsvertrag oder in Betriebsvereinbarungen.

Erstens wird die Informationsbereitschaft von Arbeitnehmern von der Sorge gehemmt, ein Mitarbeiter hafte für den vergeblichen Aufwand zur Risikoabwehr, wenn sich das gemeldete Risiko nicht zum Schaden entwickelt. Arbeitsvertragliche Klauseln zur Freistellung von der Haftung für den vergeblichen Aufwand durch „falschen Alarm" eignen sich, die Informationsbereitschaft über Risiken zu fördern.[1]

Zweitens verkennen Arbeitnehmer häufig angebliche Schweigerechte zum Schutz vor persönlicher Selbstbelastung. Dieser Irrtum senkt ebenfalls die Informationsbereitschaft über Risiken. Zu klären ist deshalb, ob überhaupt Arbeitnehmern ein Schweigerecht über Risiken zusteht und ob sie nicht ganz im Gegenteil uneingeschränkt zur Information über drohende Schäden verpflichtet sind.

Drittens ist v. a. das Missverständnis in der Unternehmenspraxis auszuräumen, durch Informationen über Risiken zum Zwecke ihrer präventiven Abwehr könne man sich selbst belasten und zivilrechtlicher Haftung oder strafrechtlichen Sanktionen aussetzen.

II. Die Unmöglichkeit einer Selbstbelastung noch vor dem Schadenseintritt durch Informationen über Risiken

Die Risikoabwehr hat einen präventiven Zweck. Ein drohender Schaden soll durch Schutzmaßnahmen abgewendet werden. Alle Rechtspflichten dienen der Risikoabwehr und der Schadensvorsorge.[2] Wer Informationen über Risiken so früh wie möglich meldet, um sie abzuwenden, erfüllt seine Schadensabwendungspflicht. Dazu verpflichtet sind Vorstände nach § 91 Abs. 2 AktG[3], um „gefährdende Entwicklungen früh zu erkennen", wozu insbes. auch Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften gehören. Jeder Einzelne, aber auch jedes Unternehmen hat drohende Schäden durch Verkehrssicherungspflichten abzuwenden. Die Rechtsprechung zu den Verkehrssicherungspflichten wurde zur Abwehr von Risiken durch Rutschgefahr entwickelt.[4] Inzwischen werden durch Verkehrssicherungspflichten alle Bereiche des geschäftlichen Lebens geschützt, insbes. auch immaterielle Rechtsgüter wie Reputation, Kreditwürdigkeit und Gewerbebetrieb.[5]

Auch Arbeitnehmer sind zur Risikoabwehr und Schadensvorsorge aufgrund ihres Arbeitsvertrages verpflichtet, insbes. durch ungeschriebene Treuepflichten, sowohl innerhalb als auch außerhalb ihres Verantwortungsbereichs.[6]

In der Situation der Risikoabwehr sind Vorwürfe wegen eines Schadens schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Schaden noch gar nicht eingetreten ist, solange er als Risiko noch abgewendet werden kann.[7] Die Möglichkeit einer Selbstbelastung vor einem Schadenseintritt ist ein Irrtum.

Wer vor einem Schadenseintritt eine Selbstbelastung annimmt, weil er ein Risiko meldet, verkennt, dass sich Mitarbeiter dabei nicht belasten, sondern ganz im Gegenteil entlasten. Nur durch die Informationen über Risiken schützen Mitarbeiter sich im Unternehmen vor dem zivilrechtlichen und strafrechtlichen Vorwurf und der Verantwor-

13

1 *Rack*, CB 2013, 99.
2 Grundlegend *di Fabio*, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994, S. 62, zur schwierigen Abgrenzung von Gefahr und Risiko, S. 56, zur Schadensprognose, S. 67.
3 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 91, Anm. 31.
4 RGZ, 52, 373 (Morscher Baum), Für die Pflicht zur Abwendung der Rutschgefahr, RG, 12.10.1938 – VI 96/38, I RGJW 1938, 3162 (Streupflicht I); BGH, 6.11.1996 – VI ZR 71/96, MDR 1997, 214 (Streupflicht II).
5 BGH, 10.5.1997 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 1957, 200 (Presseangriff); BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143, BB 1984, 1970 (Kupolofen).
6 BAG, 28.10.2010 – 8 AZR 418/09, Rn. 15; LAG Berlin-Brandenburg, 17.4.2012 – 7 Sa 52/12; BAG, 18.6.1970 – 1 AZR 520/69, BB 1970, 1048; BAG, 28.8.2008 – 2 AZR 15/07, NZA 2009, 192.
7 *Maschmann*, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 175.

tung, vorhersehbare Schäden als Risiken nicht rechtzeitig erfasst und nicht gemeldet zu haben.
Wer nicht oder zu spät Risiken meldet, setzt sich außerdem dem Risiko des Rückschaufehlers bei Richtern, Staatsanwälten und Gutachtern aus, die nach dem Eintritt des Schadens den Schadensverlauf kennen, „schlauer sind als vorher" und auf Grund ihres Rückschaufehlers annehmen, der Schaden sei vorhersehbar gewesen. Erst im Nachhinein entsteht der Eindruck der Vorhersehbarkeit.[8] Im Nachhinein lassen sich für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten.[9] Nur Melden macht Mitarbeiter von dem Vorwurf frei, vorhersehbare Risiken übersehen zu haben.

III. Der Irrtum über vermeintliche Schweigerechte von Arbeitnehmern

Arbeitnehmer haben im Unternehmen Informationspflichten. Sie müssen über Risiken informieren und dürfen sie nicht verschweigen. Schweigerechte zum Schutz vor Selbstbelastung stehen Zeugen und Beschuldigten im Zivilverfahren nach § 384 ZPO und im Strafverfahren nach § 55 StPO zu, weil sie unfreiwillig in ein Straf- oder Zivilverfahren verwickelt wurden und als Zeugen oder Prozessparteien ihre allgemeine staatsbürgerliche Pflicht zur Wahrheitsfindung erfüllen müssen. Die Selbstbelastung schließt einen schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der freien Willensentscheidung ein, nämlich auszusagen oder sich durch Schweigen zu verteidigen. Das Schweigerecht nach dem nemo-tenetur-Prinzip zählt zu den anerkannten Grundsätzen im Strafprozess. Werden Aussagen entgegen diesem Schutzprinzip erzwungen, unterliegen sie einem strafprozessualen Verwertungsverbot nach § 136a StPO.[10] Weitere unbeschränkte Aussageverweigerungsrechte finden sich z. B. im Kartellrecht nach § 59 Abs. 5 GWB, in § 44 Abs. 4 AWG, § 31 Abs. 2 Weingesetz, § 39 Abs. 1 WaffG, in § 16 Abs. 2 Infektionsschutzgesetz, in § 26 Abs. 2 VwVfG. Allen Aussageverweigerungsrechten ist gemeinsam, dass die Schweigeberechtigten unfreiwillig staatlichem Zwang ausgesetzt sind.
Unfreiwillige Zeugen und Prozessparteien vor Gericht unterscheiden sich von Arbeitnehmern im Unternehmen, die sich freiwillig in ihrem Arbeitsverhältnis zur Information über Risiken verpflichtet haben.
Seit der Grundsatzentscheidung des BGH im Architektenfall[11] muss ein Vertragspartner informieren, auch wenn er sich selbst dadurch belastet.
Ein Architekt war mit der Vergabe von Bauarbeiten beauftragt und kassierte einen prozentualen Zuschlag, den die von ihm überwachten Baufirmen seiner eigenen Gesellschaft zahlen mussten. Die Auskunft über die Höhe dieser vertragswidrigen Zuschläge glaubte der Architekt wegen einer vermeintlichen Selbstbelastung verweigern zu können. Das Landgericht hat zunächst die Ansicht des Architekten bestätigt. Der BGH dagegen hat die Entscheidung und die uneingeschränkte Informationspflicht des Architekten trotz Selbstbelastung bestätigt.[12]
Der uneingeschränkte Vorrang der Auskunftspflicht wird mit Folgeerwägungen begründet. Würde man ein Schweigerecht als Schutz vor Selbstbelastung nach Art. 2 GG einräumen, würden alle unberechtigt bevorteilt, die sich pflichtwidrig verhalten. Benachteiligt würden vertragstreue Partner, die auf die Informationen angewiesen sind und auf Grund des Vertrages auch darauf vertrauen konnten, dass sie über alles im Vertragsverhältnis informiert werden, insbes. auch über ein eventuell pflichtwidriges Verhalten ihres Vertragspartners. Niemand würde mehr vertragliche Pflichten erfüllen, weil er darüber keine Auskunft geben müsste und seiner zivil- und strafrechtlichen Verantwortung entkommen könnte.
Es empfehlen sich daher klare arbeitsvertragliche Regelungen über die Informationspflichten und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung, um Unklarheiten über irrtümlich angenommene Schweigerechte im arbeitsvertraglichen Verhältnis erst gar nicht aufkommen zu lassen. Gerät ein Arbeitnehmer irrtümlich in einen Konflikt darüber, ob er über ein Risiko schweigen oder informieren soll, muss dieser Konflikt im Interesse einer ungehinderten Risikokommunikation gelöst werden.

IV. Die Konfliktlösung: Informationspflichten i. V. m. arbeitsvertraglichen Verwertungsverboten

Über die Lösung des Konflikts zwischen der Informationspflicht und dem vermeintlichen Schutz vor Selbstbelastung hat das BVerfG in seinem Gemeinschuldnerbeschluss vom 13.1.1981 entschieden. Die grundrechtlich begründete Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG gewährt keinen lückenlosen Schutz vor Selbstbelastung ohne Rücksicht auf die schutzwürdigen Interessen Dritter. Das Grundrecht der Handlungsfreiheit schützt zwar vor staatlichem Zwang, aber nicht vor der Pflicht zur Erfüllung einer vertraglich vereinbarten Informationspflicht, z. B. im Interesse geschädigter Gläubiger im Konkursverfahren. Wird ein Gemeinschuldner zur Erfüllung seiner vertraglich übernommenen Informationspflichten gezwungen, wird seine Menschenwürde nicht schon dadurch verletzt.[13] Das BVerfG hat die Informationspflicht von dem vereinbarten Zweck abhängig gemacht. Die Verwertung der Information soll auf das Konkursverfahren beschränkt und für die Strafverfolgung ausgeschlossen sein. Wer sich zur uneingeschränkten Information innerhalb eines Vertragsverhältnisses verpflichtet, gewährt damit seinem Vertragspartner nicht noch zusätzlich das Recht, die Information zur Strafverfolgung zu verwenden. Die Pflicht zur Information verknüpft mit einem Verwertungsverbot für ein Strafverfahren entnimmt das BVerfG nicht aus der Konkursordnung vom 10.3.1877, sondern aus Art. 2 Abs. 1 GG, der zeitlich lange nach der Konkursordnung geltendes Verfassungsrecht wurde. Damit schließt das BVerfG eine Lücke in der Konkursordnung, die nur der Gesetzgeber hätte schließen können, aber von Richtern geschlossen werden musste, solange der Gesetzgeber sie nicht durch eine Regelung geschlossen hat, die der grundgesetzlich garantierten

8 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 368; *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung – eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 191; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 73; *Kuhlen*, in: Jung (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 358, 360.
9 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.
10 BverfG, 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, NJW 1981, 1431 (Gemeinschuldner-Beschluss).
11 BGH, 30.4.1964 – VII ZR 156/62, NJW 1964, 1469 (Architektenfall).
12 *Maschmann*, Coporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 173; LAG Hamm, 3.3.2009 – 14 Sa 1698/08, ein Arbeitnehmer ist bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB zur Auskunft über sein wettbewerbswidriges Verhalten auch dann verpflichtet, wenn er sich durch die Auskunft in einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren selbst belasten könnte; Beck RS 2009, 74015.
13 BVerfGE, 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, NJW 1981, 1433 (Gemeinschuldner-Beschluss).

Handlungsfreiheit entspricht.[14] Unter dem Grundgesetz ist nach Auffassung des BVerfG der Gesetzgeber zu einem Verwertungsverbot als Schutz des Persönlichkeitsrechts verpflichtet.

Der Anregung des BVerfG vom 13.1.1981 ist der Gesetzgeber inzwischen gefolgt. Er hat in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO vom 5.10.1994 den Interessenkonflikt zwischen Auskunftspflicht und Selbstbelastungsverbot geregelt. Nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ist der Gemeinschuldner gegenüber Insolvenzgericht, Verwalter und Gläubigerausschuss zur Auskunft verpflichtet, einschließlich über die Tatsachen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat auszulösen. Jedoch darf in einem eventuellen Strafverfahren diese Information nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden. Es gilt die Pflicht zur Information nur i. V. m. einem Verbot ihrer Verwertung. Dadurch wird im Interesse der Risikoabwehr durch Informationen auf die Strafverfolgung verzichtet. Diese Lösung fördert die Informationsbereitschaft und befreit den Informanten von der Sorge, sich einer Strafverfolgung auszusetzen. Die Verknüpfung von Informationspflicht und Verwertungsverbot empfiehlt sich als Konfliktlösung in allen Fällen, in denen das Informationsinteresse höher zu bewerten ist als das Interesse an einer Strafverfolgung.

Nach § 393 AO verpflichtet der Gesetzgeber den Steuerpflichtigen zur Auskunft über Informationen, selbst wenn er sich dadurch mit einer Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit selbst belasten würde. Hat der Steuerpflichtige noch vor Einleitung eines Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung eines Strafverfahrens Tatsachen offenbart, dürfen die Kenntnisse nicht gegen ihn zur Verfolgung einer Steuerstraftat verwendet werden. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Der Fiskus ist nach Ansicht des BVerfG auf die Angaben des Steuerpflichtigen angewiesen. Der unehrliche Steuerpflichtige soll gegenüber dem ehrlichen nicht durch ein Schweigerecht begünstigt werden. Die Abgabenordnung verpflichtet zur Auskunft und ergänzt für andere Straftaten die Auskunftspflicht durch ein begrenztes strafrechtliches Verwertungsverbot. Das Interesse an der Auskunft über Informationen zur Begründung der Steuerpflicht und an der Zahlung der Steuer wird dem Strafverfolgungsinteresse vorgezogen.

Ein weiteres Beweisverwertungsverbot enthält § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, wonach Aussagen nicht verwertet werden dürfen, wenn sie von Beschuldigten rechtswidrig erlangt wurden. Die Freiheit der Willensentschließung wird vor unberechtigter Beeinflussung geschützt. Jeder muss danach in der Wahl seiner Verteidigungsmittel frei bleiben, nämlich zu schweigen oder auszusagen. Die Wahrheit darf nicht um jeden Preis durch Zwang zur Aussage, sondern nur in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren ermittelt werden.[15]

Der Gesetzgeber hat im Arbeitsrecht den Konflikt zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und Selbstbelastungsfreiheit nicht geregelt. Der Rechtsgedanke aus § 393 AO, § 97 InsO und § 136 Abs. 1 StPO, die Informationspflicht mit einem Verwertungsverbot zu verbinden und der Information den Vorrang vor der Strafverfolgung einzuräumen, lässt sich ins Arbeitsrecht übertragen. Eine mit § 97 InsO vergleichbare Regelung hat der Gesetzgeber im Arbeitsrecht bisher nicht erwogen und dadurch eine planwidrige Regelungslücke gelassen.[16]

Die Lücke lässt sich im Arbeitsrecht mit einer Vereinbarung im Arbeitsvertrag analog der Regelung in § 393 AO, § 97 InsO und § 136 Abs. 3 S. 2 StPO schließen, in der die Informationspflicht mit einem Verbot der Verwertung der Informationen zur Strafverfolgung verknüpft wird. Der Interessenkonflikt eines Angestellten im Unternehmen ist vergleichbar mit dem Interessenkonflikt eines Schuldners im Insolvenzverfahren, eines Steuerpflichtigen vor der Selbstanzeige, und einem Zeugen vor Gericht, der unter Zwang aussagt. Verweigert ein Angestellter im Unternehmen dringend erforderliche Informationen über Risiken aus seinem Verantwortungsbereich, weil er irrtümlicherweise ein Schweigerecht annimmt, riskiert er den Verlust seines Arbeitsplatzes. Selbst wenn er bei der Risikoabwehr keine strafrechtliche Sanktion zu befürchten hat, kann er sich gleichwohl irren, weil er als juristischer Laie die Rechtsfolgen nicht abschätzen kann. Im Zweifel wird er aus Unsicherheit eher schweigen als informieren. Es kommt hinzu, dass die Informationen über Risiken zu ihrer Abwehr unter Zeitdruck geliefert werden müssen, um den Schaden zu vermeiden und gerade der Zeitdruck eine umfassende Prüfung aller Rechtsfolgen ausschließt. Dieser Konflikt, zu schweigen oder zu informieren, kann nur durch ein generelles, vorab und für alle Fälle vertraglich vereinbartes Verbot der Verwertung von Risikoinformationen gelöst werden. Nur wer von vornherein keine strafrechtlichen Sanktionen befürchten muss, liefert zeitgerecht Informationen, weil er erst gar nicht in den Konflikt gerät, überlegen zu müssen, ob es für ihn günstiger ist, über Risiken zu informieren oder sie zu verschweigen. Die arbeitsvertraglich vereinbarte Informationspflicht wird nur durch die rechtzeitige Information der Risikoabwehr erfüllt und durch Verschweigen verletzt. Spätestens beim Schadenseintritt muss ein Angestellter den Vorwurf fürchten, er habe den Schadensverlauf vorhersehen, darüber informieren müssen, anstatt ihn zu verschweigen. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung zur Informationspflicht über Risiken verbunden mit einem Verwertungsverbot ist geeignet, den komplizierten Abwägungsprozess zwischen Informieren und Verschweigen von Anfang an erst gar nicht erforderlich werden zu lassen. Die erfolgreiche Risikoabwehr erlaubt in aller Regel nicht, einen derartigen komplexen Konflikt unter Zeitdruck zu lösen. Er muss im Arbeitsvertrag oder in der Betriebsvereinbarung für alle denkbare Fälle der notwendigen Information über Risiken vorab geregelt sein.

V. Informationsbeschaffungs- und Meldepflicht erfüllen

Durch seine Schadensabwendungspflicht ist er aufgrund seines Arbeitsvertrages dazu verpflichtet, alle Schäden zu melden und darüber zu informieren.

Dem Unternehmen würden die dringend erforderlichen Informationen zufließen und Risiken würden abgewendet, noch bevor sie sich zu Schäden entwickeln konnten. Durch das Verwertungsverbot wäre der Mitarbeiter vor möglichen Strafverfolgungsmaßnahmen sicher.

Das arbeitsvertragliche Verwertungsverbot ist geeignet, die Informationsbereitschaft über Risiken zu fördern, die Mauer des Schweigens zu überwinden und die Furcht der Mitarbeiter abzubauen, schon „mit einem Bein im Gefängnis zu stehen". Vor allem entlastet das Verwertungsverbot vor einer eingebildeten Selbstbelastung, für die es keinen Grund gibt, solange alle Informationen präventiv der Risikoab-

14 BVerfGE, 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, NJW 1981, 1433 (Gemeinschuldner-Beschluss) unter Hinweis auf BVerfG, 2.4.1974 – 1 BvR 92/70, 1 BvR 97/70 BVerfGE 37, 67, 81, NJW 1974, 1279; BVerfG, 11.10.1978 – 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286, 301, NJW 1979, 595; BVerfG, 11.4.1972 – 2 BvR 75/71, BVerfGE 33, 23, 34, NJW 1972, 1183.

15 BGH, 19.7.1995 – 2 StR 758/94,Glykol-Wein-Skandal, NJW 1995, 2933.

16 *Fritz*, CCZ, 4/2011, 160 in Anm. zum Urteil des LG Hamburg, 15.10.2010 – 608 Qs 18/10.

wehr dienen, um einen Schaden erst gar nicht entstehen zu lassen, der strafrechtliche oder zivilrechtliche Sanktionen auslösen könnte. Die Vereinbarung stellt die geltende Rechtslage klar. Arbeitnehmer sind durch ungeschriebene Treuepflichten aufgrund ihres Arbeitsvertrages zur Schadensabwehr im Unternehmen verpflichtet. Die Vereinbarung im Arbeitsvertrag schützt Arbeitnehmer vor der Überraschung, wegen ungeschriebener Schadensabwendungspflichten haften zu müssen. Arbeitnehmer können sich auf ihre Pflicht zur Risikokommunikation und zur Risikoabwehr einstellen. Risiken sind als Schadensprognosen zu definieren. Rechtspflichten aus gesetzlichen Regelungen und aus der einschlägigen Rechtsprechung enthalten Risikoentscheidungen darüber, was unter einem Risiko zu verstehen ist und was durch Rechtspflichten abzuwenden ist. Auch Vorstände und Geschäftsführer können innerbetrieblich entscheiden, was unter einem Risiko zu verstehen ist.[17]

VI. Die qualifizierte Risikomeldung

Risiken lassen sich leicht behaupten und nur schwer widerlegen. „Es gibt immer mehr Risiken, als gleichzeitig behandelt oder gar geprüft werden können."[18] Dadurch kann es zu einer Überalarmierung im Unternehmen kommen.[19] Werden alle Risiken im Unternehmen gemeldet, weil die Mitarbeiter durch das Verwertungsverbot dazu ermutigt werden, wird ein Ausleseverfahren unverzichtbar, ein Risiko vom „falschen Alarm" unterscheiden zu können. Die Angestellten des Unternehmens sind arbeitsvertraglich zur qualifizierten Risikomeldung zu verpflichten, insbes. Schadensursache und drohenden Schaden und v. a. den Erfahrungssatz zu nennen, auf den sich die Schadensprognose stützt. Die Gültigkeit einer Risikoaussage lässt sich durch den Nachweis widerlegen, dass der zugrunde liegende Erfahrungssatz, mit dem die Schadensprognose begründet wird, widerlegt (falsifiziert) ist.[20]

Durch die vorgeschlagene Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung[21] haben alle Beteiligten Vorteile. Durch die verbesserte Risikokommunikation sind Vorstände und Geschäftsführer in der Lage, ihre Informationsbeschaffungspflicht erfüllen zu können.[22] Die Angestellten des Unternehmens vermeiden ihre Haftung aus der eventuellen Verletzung ungeschriebener und deshalb überraschender Treuepflichten zur Schadensabwehr, wenn sie über Risiken im Unternehmen informieren. Durch das vereinbarte Verwertungsverbot hat das Unternehmen keinen Nachteil, zumal grundsätzlich keine Pflicht zur Strafanzeige besteht, nur wenn Straftaten geplant sind und deren Erfolg noch abgewendet werden kann, ist nach § 138 StGB die Nichtanzeige strafbar. Auch aus dieser Regelung ergibt sich der Vorrang von Informationen zur präventiven Abwehr von Risiken für geschützte Rechtsgüter.

AUTOR

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

17 BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143, BB 1984, 1970 (Kupolofen).
18 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 61.
19 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 62.
20 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 67.
21 *Rhode-Liebenau*, „Whistleblowing – Beitrag der Mitarbeiter zur Risikokommunikation", 2005, S. 51 mit Hinweis auf § 77 IV 1 BetrVG.
22 OLG Stuttgart, 29.2.2012 – 20 U 3/11, ZIP 2012, 625, zur „Sardinien-Äußerung" eines Aufsichtsrats.
VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand); RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil): Schon das Reichsgericht fordert ein Informationssystem durch arbeitsvertragliche Meldepflichten der Arbeitnehmer unter Androhung einer Vertragsstrafe im Fall der Meldepflichtverletzung.

Compliance-Test 4/2013

Mit dem monatlichen Compliance-Test von Rack Rechtsanwälte können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen eines Monats aus Umweltschutz, Arbeitschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Im Monat April 2013 gab es

- 156 Änderungen bei Rechtsnormen und
- 291 Änderungen bei Rechtspflichten.

Branchenlösungen

Das Managementsystem „Recht im Betrieb" enthält für etwa 40 Branchen Muster-Pflichtenkataloge. Im April 2013 ergaben sich folgende Änderungen bei den Rechtspflichten in ausgewählten Branchen:

Branche	Änderungen bei Rechtspflichten
Abfallverbrennung	182
Automobilindustrie	105
Chemie	163
Elektroinstallationstechnik	79
Energiewirtschaft	127
Gießerei	145
Krankenhaus	183
Kunststofftechnik	161
Lebensmittel	63

Hinweis der Redaktion:

Die im Anschluss abgedruckte Checkliste aus dem Compliance-Test enthält eine beispielhafte Auswahl von Pflichten aus den Bereichen Produktrecht und Arbeitsschutz. Die komplette Checkliste finden Sie unter www.rack-rechtsanwaelte.de.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

5 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

5.8.2013 | 1.Jg
Seiten 177–220

EDITORIAL

Dr. Frank Hülsberg, WP/StB
Compliance in der Lieferkette | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Jochen Notholt, RA, und **Udo Steger**, RA
Step-by-Step: Compliance-Risiken beim Einsatz von Cloud Computing in Unternehmen | 177

Borja Alcázar Pérez, RA und Abogado
Länderreport Spanien: Die Strafbarkeit juristischer Personen in Spanien | 184

Im Gespräch: **Prof. Dr. Stephan Grüninger** und **Meinhard Remberg**
Die Bedeutung eines Zertifikats nach IDW PS 980 | 187

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Die Organisationspflicht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung | 191

Dr. Martin Bünning, RA/StB
Das bilaterale FATCA-Abkommen vom 31.5.2013 | 196

Dr. Susanne Braun
Social Media in KMU: Wertschöpfung ohne Kontrollverlust? | 199

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dipl.-Kfm. Christoph Kromer, StB, Mag. **Reinhard Pumpler**, LL.M., StB, und **Katharina Henschel**, RAin/StBin
Beurteilung der Effektivität eines Tax-Compliance-Systems – Teil 2 | 204

HAFTUNG UND AUFSICHT

BAG: Frage an Bewerber nach erledigtem Ermittlungsverfahren
mit CB-Kommentar von **Bernd Weller**, RA | 212

LAG Berlin-Brandenburg: Werkvertrag – Abgrenzung zu Dienstvertrag, Arbeitnehmerüberlassung und Scheinwerkvertrag
mit CB-Kommentar von **Wolfgang Werths** | 217

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die Organisationspflicht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung

Jedes Unternehmen muss sicherstellen, dass seine Rechtspflichten ausnahmslos eingehalten werden. Unternehmen haften für den entstandenen Schaden, der durch die Verletzung von Rechtspflichten verursacht wird. In diesem Beitrag wird eine repräsentative Auswahl der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden vorgestellt. Diese Rechtsprechung hat sich als Fallrecht entwickelt und wird im Folgenden chronologisch als Organisationspflichtenkatalog dargestellt.

I. Die Organisation juristischer Personen

Ein Unternehmen ist i. d. R. als juristische Person organisiert, als AG oder als GmbH. Die Rechtsordnung unterscheidet juristische Personen von natürlichen Personen. Beide sind rechtsfähig. Sie haben eigene Rechte und Pflichten. Eine juristische Person ist jedoch ein abstraktes Gebilde, eine Zweckschöpfung des Gesetzgebers[1], nicht handlungsfähig, nicht schuldfähig, nicht straffähig und nicht wissensfähig und kann deshalb ihre eigenen Rechte nicht selbst wahrnehmen und v. a. ihre Pflichten nicht selbst erfüllen. Ein Unternehmen als juristische Person organisiert sich nicht von selbst. Deshalb muss die Erfüllung von Pflichten des Unternehmens und die Durchsetzung ihrer Rechte durch Mitarbeiter besonders organisiert werden.

II. Unzulängliche gesetzliche Regelungen der Unternehmensorganisation

Aus Gesetzen ergeben sich nur allgemeine Regelungen zu Organisationspflichten. Nach § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten und haftet nach § 93 Abs. 2 AktG für eigenes Verschulden und ist nach § 91 Abs. 2 AktG zur Bestandssicherung verpflichtet. Vorstände und Geschäftsführer haben die Legalitätspflicht und die Pflicht zur Legalitätskontrolle. Danach haben sie geeignete Maßnahmen zu treffen, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Insbesondere haben sie ein Überwachungssystem einzurichten[2]. Nach § 130 OWiG sind Aufsichtsmaßnahmen vorgeschrieben, die erforderlich sind, um „Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern oder wesentlich zu erschweren“.
Diese gesetzlichen Regelungen sind allerdings so allgemein, dass sie nur wenig bei der praktischen Bewältigung der Organisation des Unternehmensalltags helfen[3]. Konkrete Organisationspflichten ergeben sich allerdings aus der Rechtsprechung.

III. Konkretisierte Organisationspflichten aus der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden hat die Organisationspflicht durch richterliche Rechtsfortbildung im Nachhinein und in Kenntnis des Schadensverlaufs formuliert. Es handelt sich um „rückwirkende Rechtsprechung“. Die Organisationspflichten wurden aus § 823 BGB und in der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts aus § 831 BGB hergeleitet.[4] Diese Rechtsprechung ist für Unternehmen gefährlich, weil sie nicht kalkulierbar ist. In ihrer 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.“[5] Für jede Geschäftsleitung wird die Unkalkulierbarkeit der Organisationspflichten und des Organisationsverschuldens zum Organisationsrisiko, das sich nur dadurch abwenden lässt, dass erstens alle Organisationspflichten aus der Rechtsprechung ermittelt werden, die schon einmal in letzter Instanz entschieden wurden und dass zweitens Vorstände und Geschäftsführer im Unternehmen anordnen, diese Organisationspflichten anzuwenden und einzuhalten. Es ist nämlich damit zu rechnen, dass sämtliche, schon einmal vor Gericht entschiedenen Organisationspflichtverletzungen im Wiederholungsfall mit dem gleichen Schadensersatzanspruch für Organisationsverschulden verfolgt werden. Aus den Organisationsfehlern der Vergangenheit empfiehlt es sich, zu lernen. Aus der Rechtsprechung ist v. a. zu übernehmen, welche Organisationsschwächen als Risiken schon entschieden wurden und wie sie als Organisationsrisiken durch entsprechende Organisationspflichten abzuwenden sind.
Im Folgenden soll eine repräsentative Auswahl, v. a. aus der älteren Rechtsprechung des RG und des BGH vorgestellt werden, da sich spätere Urteile auf diese Grundsatzentscheidungen beziehen. Die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden hat sich als Fallrecht entwickelt und soll im Folgenden chronologisch als Organisationspflichtenkatalog dargestellt werden.

1 *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl. 2012, vor § 21, Rn. 1.
2 *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 91 Anm. 31, 43, Begründung des Regierungsentwurfs – BegrReGE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, 15.
3 *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368.
4 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 689 ff.; *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 53.
5 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.

IV. Die Abwendung von sechs typischen Organisationsrisiken durch sechs Organisationspflichten

Die Ursache für Organisationsrisiken im Unternehmen besteht darin, dass Vorstände und Geschäftsführer nicht in der Lage sind, sämtliche Pflichten des Unternehmens höchst persönlich zu erfüllen. Deshalb ist die Einhaltung von Unternehmenspflichten zu organisieren.

- Erstens besteht das Organisationsrisiko der Unkenntnis über Risiken und Rechtspflichten. Um Risiken abwenden zu können, müssen sie zunächst analysiert werden. Um sie durch Rechtspflichten abwenden zu können, müssen Rechtspflichten vorher ermittelt werden. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe (§ 17 StGB Verbotsirrtum) und im Zivilrecht nicht vor der Haftung.
- Zweitens muss das Risiko überholter Rechtspflichten durch deren ständige Aktualisierung abgewendet werden. Im Durchschnitt ändern sich etwa 400 Rechtspflichten im Monat, was sich monatlich im Compliance Test nachvollziehen lässt. Ohne die ständige Aktualisierung der Rechtspflichten kann es zu Rechtsverstößen durch das Organisationsverschulden der unterlassenen Aktualisierung kommen.
- Drittens ist das Organisationsrisiko der Verantwortungslücke abzuwenden. Es reicht nicht, Risiken zu erfassen und die Pflichten zur Abwehr zu kennen. Weil die juristische Person nicht handlungsfähig ist und es keine Freiwilligen im Unternehmen gibt, ist jede Pflicht des Unternehmens an einen Verantwortlichen im Unternehmen so zu delegieren, dass jeder im Unternehmen weiß, wer welche Pflichten in welcher Abteilung und zu welchem Zeitpunkt wie zu erfüllen hat.
- Viertens müssen sämtliche Rechtspflichten erfüllt werden.
- Fünftens ist das Kontrollrisiko durch Kontrolllücken abzuwenden, indem sämtliche Pflichten daraufhin kontrolliert werden, ob sie auch erfüllt wurden. Über nicht erfüllte Pflichten sind die Verantwortlichen zu informieren und durch Nachkontrollen zur Erfüllung der Pflichten anzuhalten.
- Sechstens ist das Organisationsrisiko der Beweisnot wegen mangelnder Dokumentation abzuwenden, indem alle organisatorischen Maßnahmen zu dokumentieren sind, um jederzeit beweisen zu können, dass die Erfüllung der Rechtspflichten organisiert wurde. Nach dem geltenden Prinzip der Beweislastumkehr müssen Unternehmen beweisen, sich so organisiert zu haben, dass sämtliche Rechtspflichten erfüllt wurden.

V. Anordnung, Anwendung, Nachweis und Verbesserung der Aufsichtsorganisation

Die sechs Organisationspflichten müssen als Aufsichtsorganisation nach ständiger Rechtsprechung vom Unternehmen, vertreten durch den Vorstand oder einen Geschäftsführer,

- erstens angeordnet,
- zweitens angewendet,
- drittens nachgewiesen und
- viertens ständig verbessert werden[6].

- Erstens ist die Organisationspflicht zur Anordnung der Aufsicht von den Gesellschaftern an die Organe des Unternehmens zu delegieren. Ohne Anordnung der Organisation betreibt niemand im Unternehmen freiwillig Risikoanalysen und ermittelt Rechtspflichten zur Abwehr der Unternehmensrisiken. Die Anordnung der Aufsicht ist unverzichtbar, weil sich kein Unternehmen von selbst organisiert. Die unterlassene Anordnung der Aufsichtsorganisation ist die häufigste Pflichtverletzung, die in den zitierten Entscheidungen zur Haftung wegen Organisationsverschuldens geführt hat.
- Zweitens reicht die Anordnung der Aufsichtsorganisation nicht aus. Vielmehr muss sie auch angewandt werden. Der Entlastungsbeweis der sorgfältigen Aufsicht nach § 831 BGB lässt sich nicht allein durch Aufstellen organisatorischer Regeln führen, vielmehr sind die Regeln im Unternehmen auch anzuwenden. In sieben von zwanzig klassischen Fällen zum Organisationsverschulden haben die beklagten Unternehmen im Haftungsprozess zwar Organisationsregeln vorgetragen, konnten deren Anwendung für den Zeitpunkt des Schadensereignisses jedoch nicht nachweisen. Bloße Organisationsregeln ohne Anwendungsnachweis entlasten nicht vom Vorwurf des Organisationsverschuldens[7].
- Drittens muss die Anordnung und die Anwendung der Aufsichtsorganisation für den konkreten Schadensfall bewiesen werden[8]. Der Entlastungsbeweis gelingt nur, wenn die Erfüllung der Unternehmenspflichten ständig kontrolliert wird. Permanente Eignungs-, Vollzugs- und Funktionskontrolle von Unternehmenspflichten ist unverzichtbar, weil der Eintritt des Schadensereignisses ungewiss ist und der Entlastungsbeweis für einen unbestimmten Tag X geführt werden muss. Stichproben reichen nicht aus[9]. Nach dieser Rechtsprechung reicht auch nicht die Zertifizierung aus, um im konkreten Schadensfall eine Aufsichtsorganisation nachweisen zu können. Zertifiziert ist nicht exkulpiert. Der Anwendungsnachweis von Organisationsregeln muss hinzukommen. Das Zertifikat liefert nur eine Momentaufnahme vom Tag der Zertifizierung und

6 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 [Kutscher-Urteil]; RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 [Neuzement-Urteil]; RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914, 759 [Warenhaus-Urteil]; RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 [Heilsalz-Urteil]; RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil]; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 [Fuhrwerk-Urteil]; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 [Kleinbahn-Urteil]; RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 [Streupflicht-Urteil]; BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 [Benzinfahrt-Urteil]; 64 BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 [Zinkdach-Urteil]; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 [Bleiwaggon-Urteil]; BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 [Presseangriff-Urteil]; BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56), MDR 1957, 214 [Streupflicht-Urteil II]; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 [Besitzdiener-Urteil]; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56), VersR 1959, 104 [Gießerei-Urteil]; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 [Propagandisten-Urteil]; BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 [LKW-Unfall-Urteil]; BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil]; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil]; BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

7 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 [Kutscher-Urteil]; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 [Fuhrwerkurteil]; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 [Kleinbahn-Urteil]; RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 [Streupflicht-Urteil]; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 [Gießerei-Urteil]; BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. [Schubstreben-Fall]; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 [Propagandisten-Urteil]; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 [„Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand].

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

9 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 [Kutscher-Urteil]; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 [Kleinbahn-Urteil]; RG, 25.2.1915 – VI 526/14), RGZ 87 (1916), 1 [Heilsalz-Urteil]; BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 [Benzinfahrt-Urteil]; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 [Besitzdiener-Urteil].

bestätigt nur die Existenz von Organisationsregeln, nicht aber deren Anwendung und liefert keinen Beweis für die Anwendung am Tag eines konkreten Schadensereignisses.

- Viertens müssen fortlaufend Verbesserungsmöglichkeiten in der Aufsichtsorganisation geprüft werden. Vorstand und Geschäftsführer müssen ein Informationssystem unterhalten, damit sie die Eignung der konkreten Pflichten zur Risikoabwehr überwachen und eventuell revidieren können[10].

VI. Die Organisationspflicht der Risikoanalyse nach RG und BGH

Die konkretisierten Organisationspflichten zur Risikoanalyse ergeben sich aus den Gerichtsurteilen des RG und des BGH seit 1911 und sind chronologisch zusammengefasst und aufgelistet.

(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 kann[11].

(2) Alle Risiken und Gefahrenquellen sind im Unternehmen zu erfassen. Die Risikoermittlung muss unverzüglich betrieben werden, sobald ein Indiz auf einen drohenden Schadensverlauf schließen lässt[12].

(3) Die Betriebsgröße und die dadurch bedingte Unübersichtlichkeit des Unternehmens ist als besonderes Risiko zu erfassen[13].

(4) Bei einem Risikofaktor sind alle Erfahrungen heranzuziehen, die eine Schadensprognose rechtfertigen[14].

(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 heranzuziehen[15].

(6) Die Größe eines Betriebes und der Massenverkehr müssen an sich als Risiko gelten[16].

(7) Risiken sind als drohende Schäden auch für immaterielle Rechtsgüter wie Reputation, Image und Kreditwürdigkeit zu berücksichtigen[17].

(8) Mit dem Risiko kriminellen Fehlverhaltens ist in Großbetrieben auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung zu rechnen[18].

(9) Gebrauchsanweisungen enthalten Hinweise auf mögliche Risiken und denkbare Schadensverläufe und sind deshalb bei der Risikoanalyse zu berücksichtigen[19].

(10) Die Erfahrungen aus Herstellerhinweisen zu speziellen Risiken und ihrer Abwehr sind zu berücksichtigen[20].

(11) Bei fehlenden Fachkenntnissen sind externe Experten zur Ermittlung aller Erfahrungen heranzuziehen, wenn Fachkenntnisse und interne fachliche Erfahrungen fehlen[21].

(12) Die Risikofrüherkennungspflicht setzt nicht erst dann ein, wenn Missstände bekannt sind und öffentlich erörtert werden[22]. Auch bei latenten, nicht offensichtlichen und versteckten Risikofaktoren besteht die Pflicht zur Risikofrüherkennung.

Es lassen sich Risiken mit latenten und offenen Risikofaktoren unterscheiden. Die Risikoermittlungspflicht besteht auch ohne Anlass, Hinweis oder Indizien. Die Pflicht zur Risikoanalyse ist ganz besonders schwierig, wenn Risikofaktoren latent sind, kein Indiz für einen drohenden Schaden erkennen lassen. Die Unzuverlässigkeit des angestellten Kutschers im Straßenverkehr blieb dem Vorstand verborgen[23]. Versteckte Glassplitter im Heilsalz waren versteckte Risikofaktoren[24]. Das Risiko eines durchgehenden Pferdes drängt sich nicht als offenes erkennbares Risiko auf[25]. Das Diebstahlrisiko auf Baustellen ist nicht offensichtlich, sondern ergibt sich nur durch Schlussfolgerungen aus der allgemeinen Erfahrung, dass „Gelegenheit Diebe macht"[26], giftige Bleirückstände im Eisenbahnwaggon bleiben im Verborgenen[27] und fallen nicht ins Auge, wenn man nicht darüber nachdenkt und die Risikofantasie spielen lässt. Eigenmächtige Angestellte, die Hehlerware an- und verkaufen, lassen sich nicht als Gefahrenquelle erkennen. Diese Risiken sind das Ergebnis aus Schlussfolgerungen, aus Erfahrung über kriminelles Fehlverhalten von unkontrollierten Angestellten[28]. Bremsdefekte am LKW sind versteckte Risikofaktoren[29]. Produktionsfehler in Zulieferteilen sind versteckte Gefahrenquellen[30]. Eine Gasleitung mit unbekanntem unterirdischen Verlauf ist eine besonders verborgene Gefahrenquelle[31]. Das Verwechslungsrisiko bei Ersatzteilen stellt ein latentes Risiko dar[32]. Diese Risikofaktoren haben gemeinsam, dass sie nicht offensichtlich sind, sondern sich nur aus der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge, den unternehmensinternen- und externen Erfahrungen ergeben, die Schlüsse auf drohende Schäden zulassen.

Offene Risikofaktoren dagegen 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 Stolperstellen auf einem Bürgersteig[33], Löcher im Asphalt einer Straße[34], Pflastereinstürze im Straßenbelag[35], offene Schranken am

10 RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 [Kleinbahn-Urteil].
11 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 [Kutscher-Urteil], seitdem ständige Rechtsprechung.
12 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 [Neuzement-Urteil].
13 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 [Neuzement-Urteil].
14 BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 [Benzinfahrt-Urteil].
15 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 [Bleiwaggon-Urteil], mit Bezug auf [Neuzement-Urteil].
16 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 [Bleiwaggon-Urteil].
17 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 [Presseangriff-Urteil].
18 Seit BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 [Zinkdach-Urteil]), und BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 [Besitzdiener-Urteil].
19 BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 [Propagandisten-Urteil].
20 BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil] mit Hinweis auf [Propagandisten-Urteil].
21 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil], BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 Rn. 18 [ISION-Urteil].
22 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil].
23 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 [Kutscher-Urteil], seitdem ständige Rechtsprechung.
24 RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 [Heilsalz-Urteil].
25 BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 [Benzinfahrt-Urteil].
26 BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 [Zinkdach-Urteil].
27 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 [Bleiwaggon-Urteil].
28 BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 [Besitzdiener-Urteil].
29 BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 [LKW-Unfall-Urteil].
30 BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. [Schubstreben-Fall].
31 BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69,: NJW 1971, 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil].
32 BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].
33 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 [Neuzement-Urteil].
34 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil]. RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 [Fuhrwerk-Urteil].
35 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil].

Bahnübergang[36], Eis und Schnee auf der Straße[37], das Rufmordrisiko in einem Boykottaufruf einer Illustrierten[38] und die offene, brennende Spiritusflasche bei einer Präsentation im Kaufhauseingang[39].

(13) Risiken aus der Produktion eines Betriebes sind aus den speziellen Erfahrungen über die Wirkungsweise eines austretenden Stoffes, wie Eisenoxyd aus einem Kupolofen zu analysieren und abzuwenden, selbst wenn der verwendete Stoff gesetzlich nicht geregelt ist und das Unternehmen sämtliche gesetzlichen Vorschriften eingehalten hat[40].

(14) Die Annahme eines Risikos ist eine Entscheidung, die vom Organ des Unternehmens getroffen werden muss, zumal sie die Pflicht zur Risikoabwehr und damit einen erheblichen Organisationsaufwand auslöst. Die Pflicht zur Risikoanalyse lässt sich nicht durch Dritte ausführen. Der Vorstand oder Geschäftsführer hat alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Nicht erfüllt wird diese Informationsbeschaffungspflicht und die Pflicht zur Risikoanalyse dadurch, dass nur Informationen aus zweiter Hand verwendet werden. Der Geschäftsführer einer Bank kann sich nicht mit dem Hinweis auf die Risikoanalyse Dritter, nämlich der Rating-Agenturen, entlasten[41]. Die Pflicht zur persönlichen Risikoanalyse zur Entscheidung über Risiken gilt seit einer BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1963[42].

(15) Eine Bank ist bei der Organisation ihrer Bankschalter insbesondere beim Ausstellen von Bankquittungen verpflichtet, alle Informationen über die Einzahlung unmittelbar noch während des Einzahlens so zu dokumentieren, dass das Risiko einer Unterschlagung am Bankschalter i. V. m. dem Ausstellen einer falschen Bankquittung von vornherein ausgeschlossen ist. Der Einzahlungsvorgang am Bankschalter ist so zu organisieren, dass es gar nicht erst zu einer falschen oder umstrittenen Bankquittung kommen kann.[43] Obwohl zwei Instanzen die Aussage der Bankquittung als Beweisfrage über Tatsachen behandelt haben, hat der BGH wegen Verletzung einer Organisationspflicht die Tatsache der Einzahlung fingiert, obwohl in zwei Beweisaufnahmen das Gegenteil nachgewiesen wurde. Wird die Organisationspflicht zum Speichern, Weiterleiten, Abfragen und Dokumentieren von Pflichtwissen im Unternehmen über rechtserhebliche Tatsachen verletzt, wird dem Unternehmen fiktives Wissen unterstellt und nicht faktisches Wissen zugerechnet.[44]

(16) Organmitglieder sind bei fehlenden eigenen Rechtskenntnissen verpflichtet, Rechtsrat einzuholen, um einen verschuldeten Rechtsirrtum zu vermeiden. Insbesondere ist das Organisationsrisiko zu vermeiden, die Rechtslage zu verkennen[45].

Der Katalog über konkretisierte Organisationspflichten aus der Rechtsprechung wird fortgesetzt, insbesondere zu den Organisationspflichten beim Informationsmanagement, bei Herstellungs- und Fertigungskontrollverfahren, über Organisationspflichten zum Einholen von Rechtsrat bei eigener Rechtsunkenntnis, zu den Delegationspflichten, den Kontrollpflichten und Dokumentationspflichten.

AUTOR

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

36 RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 [Kleinbahn-Urteil].
37 RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 [Streupflicht-Urteil]. BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 [Streupflicht-Urteil II].
38 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 [Presseangriff-Urteil].
39 BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 [Propagandisten-Urteil].
40 BGHZ 92, 143 ff. [Kupolofen-Entscheidung] vom 18.9.1984.
41 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6W 45/09, NJW 2010, 1537 [IKB- Entscheidung], BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, OLG Stuttgart, 29.2.2012 – 20 U 3/11, BeckRS 2012, 05280 [Sardienienäußerung].
42 BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 [LKW-Unfall-Urteil].
43 BGH, 28.9.1987 – II ZR 35/87, NJW-RR 1988, 881.
44 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 [Kutscher Urteil] ,BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 [Hühnerpest- Entscheidung], BGH, 12.3.1972 – VI ZR 5/91 [Dachpfetten], BGHZ 135, 202- [Wissenszurechnung beim Scheckinkasso], BGH, 8.12.1992 – VI ZR 24/92, BB 1993, 248, NJW 1993, 528 (Mineralwasserflasche I), BGHZ 129, 353 (361-Mineralwasserflasche II).
45 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 Rn. 16 [ISION-Urteil]. *Jens Wagner*, BB 2012, 651.

21

Compliance-Test 5/2013

Mit dem monatlichen **Compliance-Test** von **Rack Rechtsanwälte** können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen eines Monats aus Umweltschutz, Arbeitschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Im Monat Mai 2013 gab es

- 217 Änderungen bei Rechtsnormen und
- 330 Änderungen bei Rechtspflichten.

Branchenlösungen

Das Managementsystem „Recht im Betrieb“ enthält für etwa 40 Branchen Muster-Pflichtenkataloge. Im Mai 2013 ergaben sich folgende Änderungen bei den Rechtspflichten in ausgewählten Branchen:

Branche	Änderungen bei Rechtspflichten
Abfallverbrennung	182
Automobilindustrie	105
Finanzbranche	48
Chemie	169
Elektroinstallationstechnik	92
Energiewirtschaft	203
Gießerei	176
Kunststofftechnik	161
Logistik	63

Hinweis der Redaktion:

Die im Anschluss abgedruckte Checkliste aus dem Compliance-Test enthält eine beispielhafte Auswahl von Pflichten aus dem **Immissionsschutzrecht**. Dieses war im Mai 2013 mit 92 Pflichtenänderungen das Rechtsgebiet mit den meisten Änderungen, gefolgt vom **Chemikalien- und Gefahrstoffrecht** mit 54 und dem **Kapitalmarktrecht** mit 48 Pflichtenänderungen. Die komplette Checkliste finden Sie unter www.rack-rechtsanwaelte.de.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

6 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

2.9.2013 | 1.Jg
Seiten 221–264

EDITORIAL

Dr. Bärbel Sachs, LL.M./RAin
Compliance in der Außenwirtschaft: Auswirkungen der AWG-Novelle | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Sven Timmerbeil, LL.M., RA/FAStR, und **Demid Spachmüller**, RA
Step-by-step: Die Einführung und Ausgestaltung eines Code of Conduct | 221

Dr. Matthias Weiß, RA
Länderreport England: Unternehmensstrafbarkeit nach UK Bribery Act 2010 und Corporate Governance | 225

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Die Organisationspflicht zur Delegation | 231

Dr. Gerhard Gündel, RA, und **Dr. Harald Feiler**, RA
Novelle zum Außenwirtschaftsrecht: Handlungsbedarf für Compliance-Verantwortliche in grenzüberschreitend tätigen Unternehmen | 236

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dipl.-Wirtschaftsjurist Mario Wilhelm, LL.M.
Compliance Controlling für den Mittelstand | 241

Stefan Heinisch, RA
Elemente eines Compliance-Programms zur Einhaltung von EU-Sanktionen in der (Rück-)Versicherungswirtschaft | 250

Prof. Dr. Peter Fissenewert, RA
Schluss mit Business as usual – Compliance verändert den Umgang mit Events und Incentive-Reisen | 255

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Nicolas Kredel, LL.M. (Michigan), RA, und **Jan Kresken**, LL.M. (Norwich), RA
Private Schadensersatzklagen gegen Kartellanten und der neue Richtlinienvorschlag der EU-Kommission | 258

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die Organisationspflicht zur Delegation

Die Ermittlung von Risiken und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr verschärft sich für Unternehmen, die als juristische Personen eigene Rechtspflichten haben und sie nur durch ihre Angestellten, ihre Organe, die Vorstände und Geschäftsführer, die Betriebsleiter und Abteilungsleiter sowie die sonstigen Führungskräfte, als auch die weisungsabhängigen Mitarbeiter erfüllen können. Unternehmen verursachen mehr Risiken als eine natürliche Einzelperson und müssen deshalb mehr Rechtspflichten einhalten, um die Vielzahl von Risiken abzuwenden, die im Unternehmen verursacht werden und zu beherrschen sind. Die Einhaltung von Rechtspflichten muss deshalb in Unternehmen besonders organisiert werden. Die Unternehmenspflichten einer juristischen Person, einer AG oder einer GmbH, sind ausdrücklich auf ihre Mitarbeiter zu delegieren.

I. Einleitung

Compliance bedeutet, Rechtspflichten einzuhalten. Dazu müssen alle Unternehmenspflichten allen Mitarbeitern bekannt sein. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe[1] und nicht vor der Haftung. Die lückenlose Ermittlung aller Rechtspflichten ist die erste von sechs Organisationspflichten. Rechtspflichten dienen der Risikoabwehr, noch bevor ein Schaden an einem geschützten Rechtsgut entstanden ist. Die Rechtspflichten enthalten Schutzmaßnahmen. Jedes Gesetz und jede einzelne Rechtspflicht hat einen bestimmten Schutzzweck. Rechtspflichten aus dem Arbeitsschutz dienen dem Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer im Unternehmen. Umweltschutzvorschriften dienen dem Schutz von Klima, Boden und Gewässern. Produkthaftungsvorschriften schützen vor Schäden beim Einsatz eines Produkts. Datenschutzregeln schützen die freie Entfaltung der Persönlichkeit vor Überwachung ohne Grund und Anlass. Gleiches gilt für Rechtsvorschriften zum Verbraucherschutz, zum Anlegerschutz, zum Naturschutz und zum Urheberschutz. Der Gesetzgeber schreibt grundsätzlich vor, welche Schutzgüter geschützt werden. Er beschreibt die Schutzziele, nicht aber das schädigende Verhalten, vor dem die Rechtsgüter geschützt werden sollen. Alles ist zu vermeiden, was zu einem Schaden an einem geschützten Rechtsgut führen könnte, wozu Verhaltensweisen, Zustände und Ereignisse zählen können. Ein Rechtsgut kann durch eine unendliche Vielzahl von Schadensursachen bedroht sein, die sich aus dem unternehmerischen Handeln ergeben.

Beim Ermitteln der Rechtspflichten ergeben sich zwei Probleme. Das geringere Problem ist das Ermitteln der geschützten Rechtsgüter in Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Regelwerken. Das größere Problem besteht darin, aus der unendlichen Vielzahl von Risiken im Unternehmen diejenigen zu bestimmen, die einen Schaden verursachen können, noch bevor er eingetreten ist und solange er durch Schutzmaßnahmen abzuwenden ist, die sich aus den Rechtspflichten ergeben. Die Ermittlung von Rechtspflichten setzt voraus, zunächst alle Risiken im Unternehmen zu bestimmen, die abzuwenden sind. Wer kein Risiko und keinen potentiellen Schadensverlauf annehmen muss, hat auch keinen Grund, nach Rechtspflichten zu recherchieren, um einen drohenden Schaden abzuwenden. Die Risikoanalyse und die Gefährdungsbeurteilung im Unternehmen sind unverzichtbare Vorstufen für die Ermittlung von Rechtspflichten. Im vorangegangenen Beitrag[2] wurden die Pflichten zur Risikoanalyse in Unternehmen beispielhaft aus der Rechtsprechung dargestellt. Bei der Risikoanalyse im Unternehmen sind die Erfahrungen und Risikofantasien von Naturwissenschaftlern und Ingenieuren unverzichtbar.

Die Annahme eines Risikos ist das Ergebnis einer Entscheidung. Vor dem Schadenseintritt steht der Schaden nicht fest, sondern muss prognostiziert werden. Aus der Erfahrung über einen Schadensverlauf muss auf einen drohenden Schaden geschlossen werden. Jede Prognose lässt mehrere Alternativen zu, ohne dass einer der möglichen Schadensverläufe feststeht. Wer drohende Schäden prognostizieren muss, hat immer die Wahl zwischen mehreren zur Auswahl stehenden Entwicklungen mit jeweils möglichem schädlichem Ausgang. Dabei sind die Schadensursache, der Schaden als Wirkung und der Erfahrungssatz über den Schadensverlauf festzuhalten. Was als Risiko gelten muss, entscheidet erstens der Gesetzgeber vor dem Eintritt des Schadens, zweitens die Gerichte nach dem Eintritt des Schadens und drittens der verantwortliche Vorstand oder Geschäftsführer im Unternehmen. Vor allem müssen auch bei gesetzlich nicht geregel-

1 Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, *Löw*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 2001, S. 17; BGH, 18.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 204; BGH, 27.1.1966 – KRB 2/65, BGHSt 21, 18, 20; BT-Drs 10/318, 15, Gesetzentwurf „2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität"; BGH, 21.12.2005 – 3 StR 417/04, NJW 2006, 522 (Mannesmann-Vodafon).

2 *Rack*, CB 2013, 191.

ten und gerichtlich noch nicht entschiedenen Risiken Vorstände und Geschäftsführer darüber entscheiden, welche unternehmerischen Aktivitäten sie als Risikoquelle einordnen und durch Verkehrssicherungspflichten abwenden müssen[3].
Bei der Risikoanalyse im Unternehmen sind die Erfahrungen und der Sachverstand von Naturwissenschaftlern und Ingenieuren unverzichtbar. Bei der Rechtsanwendung, insbesondere der Frage, welches Risiko mit welcher Rechtspflicht abzuwenden ist, sind v. a. in Zweifelsfragen Rechtsanwälte zu befragen.[4]

II. Die unzulänglich gesetzlich geregelte Delegationspflicht

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

III. Delegationspflichten aus der Rechtsprechung

Wie ein Unternehmen zu organisieren ist, hat der Gesetzgeber im Einzelnen nicht geregelt[5]. Unter dem Begriff des „dezentralisierten Entlastungsbeweises“ hat die Rechtsprechung Organisationspflichten, insbesondere Delegationspflichten zur Vermeidung von Delegationsfehlern entwickelt, die im Folgenden chronologisch seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts von 1911 aufgelistet werden. Aus den Fehlern von Geschäftsleitern, die wegen Delegationsfehlern haften mussten, lassen sich Lehren ziehen. Aus den Einzelfällen zum Organisationsverschulden beim Delegieren können konkrete Organisationspflichten festgestellt werden. Auf diese Weise kann das Organisationsverschulden in Form von Delegationsfehlern vermieden werden. Wer in Zukunft gegen diese Delegationspflichten verstößt, muss mit den gleichen Haftungsfolgen rechnen, die in den zitierten Urteilen entschieden wurden.
(1) Bei Großbetrieben muss der Unternehmer die Aufsicht über seine Mitarbeiter auf höhere Angestellte übertragen. Nicht delegieren kann er die Oberaufsicht. Er muss allgemeine Aufsichtsanordnungen selbst treffen und damit vorgeben, wie die praktische Aufsichtstätigkeit durch die bestellten Aufsichtspersonen durchzuführen ist. Aufsichtspersonen führen die Aufsicht nach der Weisung des Vorstands oder Geschäftsführers. Die Pflicht zur allgemeinen Aufsichtsanordnung gehört zur Oberaufsicht, die nicht delegationsfähig ist und exklusiv dem Organ vorbehalten bleiben muss[6]. Die Aufsicht muss lückenlos sein und zur Zeit des Schadensereignisses fortdauern. Stichproben reichen nicht aus und gelten seit 1911 in ständiger Rechtsprechung als ungeeignete Aufsichtsanordnung.
(2) Das Organ des Unternehmens muss die allgemeine Aufsichtsanordnung selbst kennen, überprüfen, fortlaufend kontrollieren und verbessern sowie sich über das Funktionieren der Organisation in all seinen Teilen vergewissern. Eine „selbstständig waltende Organisation“ reicht nicht aus[7].
(3) Die Aufsichtsorganisation muss sich auf den Wirkungskreis der jeweils verantwortlichen Aufsichtsperson beziehen. Nicht delegieren darf das Organ seine Oberaufsicht auf die Aufsichtsperson[8].
(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 Aufklärung eines Risikos nicht ausreichen[9].
(5) Die Organe müssen zur Oberaufsicht befähigt sein, um geeignete Anordnungen zu treffen und drohende Schäden abzuwenden. Das Organ muss in der Lage sein, die Risikosituation einzuschätzen[10].
(6) Die Organe sind zur gestaffelten Aufsichtspflicht je nach Risikolage verpflichtet. Umfang und Ausmaß der Aufsichtspflichten hängen von den zu kontrollierenden Aufgaben, deren Umfang und Zeitdauer ab. Um nachgeordnete Verrichtungsgehilfen müssen sich Organe nicht persönlich kümmern, sondern können dies ausgewählten Aufsichtspersonen überlassen[11].
(7) Entscheidungen von großer Tragweite für absolut geschützte Rechtsgüter Dritter mit ruinöser Wirkung müssen von Führungskräften im Unternehmen den Organen vorgelegt und vorbehalten werden. Organe müssen die Vorlagepflicht anordnen[12].
(8) Die Kosten müssen zur Vermeidung von Rechtsverletzungen bei der Risikoabwehr unbeachtet bleiben. Sie dürfen nicht in die Interessenabwägung einfließen[13].
(9) Das Organ hat mit der Organisationspflicht nicht nur absolut geschützte Rechte nach § 823 BGB wie Leben, Gesundheit, Eigentum und Gewerbebetrieb zu schützen, sondern auch die Rechte aus vertraglichen Vereinbarungen. Die Organisationspflicht zur Legalitätskontrolle umfasst deshalb nicht nur die Vermeidung der Deliktshaftung, sondern auch die der Vertragshaftung[14].

---

3 BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143 ff., BB 1984, 1970 (Kupolofen-Entscheidung).
4 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm *Fedtke*, Rn. 16 (ISION-Urteil); *Wagner*, BB, 2012, 651.
5 Unzulänglich nur in §§ 91 Abs. 2, 76, 93 AktG.
6 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 (Kutscher-Urteil).
7 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn 1914 35 S. 50. (Neuzement-Urteil).
8 RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916) S. 1 (Heilsalz-Urteil).
9 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); bis heute zuletzt BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm *Fedtke* (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 (ISION-Urteil) Rn. 16.
10 RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil).
11 BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil).
12 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
13 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
14 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).

(10) Ein Großbetrieb mit Massenverkehr löst die Pflicht zum erhöhten Organisationsaufwand aus und entlastet nicht vom Vorwurf des Organisationsverschuldens[15].
(11) Es besteht eine gesteigerte Aufsichtspflicht, wenn die Aufsichtsperson nicht nach Eignung und Zuverlässigkeit, sondern nach formalen Kriterien ausgewählt wurde[16].
(12) Das Organ kann die Oberaufsicht nicht delegieren und darf Angestellte nicht völlig selbstständig schalten und walten lassen, sondern muss sie im Rahmen der allgemeinen Aufsicht kontrollieren[17].
(13) Organe haben die Organisationspflicht in Produktionsbetrieben, Aufsichtsanordnungen zur Fertigungskontrolle so vorzugeben, dass ständige Kontrollen bis zum vorher unbekannten Zeitpunkt des Schadenseintritts praktiziert werden[18].
(14) An den Geschäftsführer ist die Organisationspflicht zu delegieren, sich zu vergewissern, ob die Verkehrssicherungspflichten erfüllt werden, die Gefahrenquellen erfasst und erforderliche Sicherungsmaßnahmen veranlasst sind, dass insbesondere beim Einsatz gefährlicher Geräte, die Gebrauchsanweisungen beachtet werden[19].
(15) An den Vorstand ist die Pflicht zur Risikofrüherkennung zu delegieren, die die aktuelle Informationsbeschaffung und ihre Abwehr umfasst und die nicht erst einsetzt, wenn Risikofaktoren offenkundig und bekannt werden[20].
(16) In die allgemeine Aufsichtsanordnung der Organe ist aufzunehmen, dass bei der Risikoanalyse behördliche Genehmigungen von Ämtern nicht ausreichen, um den Nachweis einer hinreichend geeigneten Aufsichtsanordnung zu führen, weil behördliche Genehmigungen eine eigene Risikoanalyse nicht ersetzen, selbst wenn in behördlichen Bescheiden das Risiko geprüft wurde[21]. Genauso ersetzen die Analysen von Rating-Agenturen nicht die eigene Risikoanalyse[22].
(17) Zur Oberaufsichtspflicht gehört es, Pflichten an Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren, sie namhaft zu machen und jedem Pflichtenträger einen Ersatzmann zuzuweisen[23].
(18) Zur Aufsichtsanordnung gehört es, Erkundigungspflichten über Risiken detailliert anzuordnen, z. B. Pläne einzusehen oder Probegrabungen zu veranlassen[24].
(19) In der Dachpfetten-Entscheidung des BGH vom 12.3.1992 ist erstmals die Organisationspflicht von Vorständen und Geschäftsführern formuliert, während des Herstellungsprozesses und der Fertigungskontrolle rechtserhebliche Umstände zum Zwecke der Beweissicherung für eventuelle spätere gerichtliche Auseinandersetzungen zu speichern, um die Unkenntnis über die Pflichterfüllung bei der Herstellung eines mangelhaften Produkts zu vermeiden[25]. Nur mit Beweissicherung über den gesamten Herstellungsprozess lässt sich die Pflicht zur Informationsorganisation erfüllen und der Vorwurf eines Organisationsmangels vermeiden.
(20) Vorstände sind verpflichtet, rechtserhebliche Informationen zu speichern, im Unternehmen an Verantwortliche weiterzuleiten und durch Mitarbeiter abfragen zu lassen. Zu den rechtserheblichen Informationen zählen alle Informationen, die mit Wahrscheinlichkeit später rechtserheblich werden können. Dies ist im Zeitpunkt der Wahrnehmung und nicht nach einem erst später erreichten Wissenstand zu beurteilen. Die Entscheidung, ob Informationen als rechtserheblich gelten müssen und zu speichern, weiterzuleiten und abzufragen sind, hängt von der Beurteilung des Rechtsrisikos ab[26].
(21) Vorstände und Geschäftsführer sind verpflichtet, bei fehlenden eigenen Rechtskenntnissen die Rechtslage erstens sorgfältig zu prüfen, zweitens – soweit erforderlich – Rechtsrat einzuholen und drittens die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten zu lassen und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen[27].

IV. Die Delegation der Unternehmenspflichten je nach Pflichtenart

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

1. Die Delegation an Vorstände und Geschäftsführer

An Vorstände und Geschäftsführer sind die Pflichten zur Organisation, alle ressortübergreifenden Pflichten und die Pflicht zum Krisenmanagement sowie zur Oberaufsicht zu delegieren[28]. Die Pflicht zur Oberaufsicht umfasst die Kontrolle darüber, ob sämtliche Pflichten ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert wurden. Im Managementsystem „*Recht im Betrieb*“ wird diese Oberaufsicht durch eine einzige Maske geleistet, die sämtliche organisatorischen Maßnahmen und Kontrollergebnisse bündelt und abbildet. Mit einem Blick können Vorstände, Geschäftsführer oder Compliance-Beauftragte erkennen, ob die Legalitätspflicht im Unter-

15 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).
16 BGH, 6.11.1956 – VI Z R 71/56, MDR 1957 (1957), 214 (Streupflicht-Urteil II).
17 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).
18 BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil).
19 BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).
20 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 (Propagandisten-Urteil).
21 BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil).
22 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung).
23 BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Urteil).
24 BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil).
25 BGH 12.3.1992 – VII ZR 5/91, BB 1992, 1088, DNotZ 1993, 677.
26 BGH, 15.2.1996 – IX ZR 245/94, BB 1996, 708, NJW 1996, 1341, 2b), aa) (Wissensaufspaltung); BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 208, BB 1997, 1276 (Wissenszurechnung beim Scheckinkasso).
27 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm *Fedtke* (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 (ISION-Urteil), Rn. 18, sowie *Wagner*, BB 2012, 651.
28 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 6.7.1990 – 2 STR 549/89, BB 1990, 1856, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil), BT-Drs. 10/318, 15, Gesetzentwurf: „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“; ausführlich zur Erkundigungspflicht des mittleren Managements. RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW (1938), 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW (1938), 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 – (Presseangriffs-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (Lkw-Unfall-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil). *Schneider*, DB, 1993, 1911 f.

nehmen erfüllt wurde. Vorstände und Geschäftsführer, die die Unternehmenspflichten nicht delegieren, müssten alle Pflichten höchstpersönlich erfüllen, da sie als einzige Repräsentanten im Handelsregister registriert sind und wegen der Fülle von mehreren tausend Risiken und Pflichten dazu nicht in der Lage sind. Deshalb ist bei nicht delegierten Pflichten damit zu rechnen, dass sie nicht erfüllt werden.

2. Die Delegation an Betriebsleiter und Abteilungsleiter

Die Betriebsleiter nach § 14 Abs. 2 S. 1 StGB und die mit besonderen Aufgaben Beauftragten nach § 14 Abs. 2 S. 2 StGB müssen ein Interesse an der Ermittlung aller Rechtspflichten und deren Delegation auf die Verantwortlichen haben. An die Mitglieder der mittleren Führungsebene unterhalb der Organe werden die Stellung eines Betriebsleiters, eines Abteilungsleiters oder die eines besonders Beauftragten delegiert. Über ihre Pflichten in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich müssen sie sich selbst erkundigen, insbesondere darüber, welche Pflichten durch ihre Aufgaben und in ihrem Zuständigkeitsbereich ausgelöst werden. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Betriebsleitern und besonders Beauftragten im Betrieb ergibt sich aus § 9 Abs. 2 OWiG und § 14 Abs. 2 StGB. Die Erkundigungspflicht hat der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien unmissverständlich anlässlich einer Gesetzesänderung zum Ausdruck gebracht[29].

3. Delegation an Arbeitnehmer ohne Leitungsfunktion

Arbeitnehmer ohne Führungsaufgaben haben innerhalb ihres Arbeitsbereichs Informationspflichten über Risiken.[30] Arbeitnehmer haben außerdem ungeschriebene arbeitsvertragliche Treuepflichten zur Risikoabwehr, insbesondere die Interessen des Arbeitgebers zu wahren und alles zu unterlassen, was zu einem Schaden des Arbeitgebers führen könnte. Drohende Gefahren haben Arbeitnehmer abzuwenden.[31]

Diese Pflichten haben Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung und h. M. in der Literatur. Werden diese Pflichten ausdrücklich delegiert, sind die Arbeitnehmer über ihre Pflichtenlage informiert und vor überraschenden Haftungsfolgen sicher. Die Delegation schützt v. a. Arbeitnehmer vor Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung der ungeschriebenen arbeitsvertraglichen Nebenpflichten zur Risikoabwehr. Der Betriebsrat hat dabei eine vermittelnde Aufgabe, die Delegation von Pflichten zu unterstützen und für Rechtsklarheit auch für Arbeitnehmer ohne Führungsaufgaben zu sorgen.

4. Delegation an Mitarbeiter mit Stabsfunktion

An Mitarbeiter mit Stabsfunktion sind die Informations-, Überwachungs- und Beratungspflichten zu delegieren. Beispielhaft ist auf § 54 BImSchG zu verweisen, in dem die Pflichten der Immissionsschutzbeauftragten geregelt sind. Abfallbeauftragte, Gewässerschutzbeauftragte, Immissionsschutzbeauftragte, Sicherheitsingenieure und Compliance-Beauftragte haben die Mitarbeiter über ihre Pflichten zu informieren, deren Erfüllung zu überwachen und den Betreiber zu beraten. Mitarbeiter mit Stabsfunktion haben keine Entscheidungsbefugnis im Gegensatz zu Angestellten mit Linienfunktion, die als Entscheidungsträger fungieren. Die Trennung von Angestellten mit Linienfunktion und Stabsfunktion hat den Zweck, bei Entscheidungsträgern Interessenskonflikte zwischen wirtschaftlicher Ergebnisverantwortung einerseits und Legalitätspflichterfüllung andererseits zu vermeiden. Vorstände und Geschäftsführer sollen nicht Entscheidungen über präventive Maßnahmen vernachlässigen, nur weil sie das wirtschaftliche Ergebnis des Unternehmens mindern könnten. Compliance-Beauftragte können wegen ihrer Stabsfunktion sich nicht als Täter strafbar machen, sondern nur wegen Beihilfe, wenn sie ihre Überwachungspflichten verletzen. Bei Unterlassungsdelikten gelten sie als Überwachungs- und nicht als Schutzgaranten[32].

V. Fazit

Mit der Delegation aller Unternehmenspflichten wird das Organisationsrisiko abgewendet, dass Mitarbeiter im Unternehmen sich auf Unkenntnis ihrer Pflichten in ihrem Verantwortungsbereich berufen und damit den Vorwurf des Organisationsverschuldens gegen Vorstand und Geschäftsführer erheben können. Das Risiko von Verantwortungslücken wird vermieden. Werden die Rechtspflichten des Unternehmens an Verantwortliche delegiert und deren Namen in einem Managementsystem dokumentiert, können die Verantwortlichen wirksam kontrolliert werden, ob sie ihre Pflichten auch erfüllt haben. Ohne namentliche Nennung ist keine Kontrolle im Unternehmen möglich.

Neben der Analyse der Unternehmensrisiken und der lückenlosen Ermittlung aller Unternehmenspflichten zur Risikoabwehr ist die Pflicht zur Delegation der Pflichten an Mitarbeiter die zweite von sechs Organisationspflichten. Sie ergibt sich v. a. aus der Praxis der Arbeitsteilung, ohne die Industrieunternehmen nicht funktionieren können. Entsprechend der Arbeitsteilung müssen die Unternehmenspflichten aufgeteilt werden. Beim Delegieren der Pflichten wird in der Praxis in aller Regel den Mitarbeitern bewusst, wie sie die Unternehmensziele durch eine optimierte Koordination realisieren können. Als weitere Organisationspflichten werden die Aktualisierung, die Erfüllung und Kontrolle sowie die Pflicht zur Dokumentation behandelt.

AUTOR

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

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

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

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

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

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

7 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

7.10.2013 | 1.Jg
Seiten 265–308

EDITORIAL

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker
Corporate Social Responsibility und Compliance | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Thorsten B. Behling, RA
Der Zugriff auf dienstliche E-Mail-Postfächer im Lichte der aktuellen Rechtsprechung | 265

Dr. Wolf Peter Groß, RA
Rechtsabteilung und Compliance – ein systemischer Widerspruch? | 270

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Die Aktualisierung von Unternehmenspflichten | 275

Dr. Ralf Recknagel, RA
Compliance-Risiken bei M&A-Deals – die Katze im Sack? | 280

Dr. Markus Englerth, RA, und **Ass. iur. Dinah Huerkamp**, Justiziarin
Jugendschutz – ein blinder Fleck in der Compliance-Diskussion? | 286

COMPLIANCE MANAGEMENT

Prof. Dr. Martin Schulz, LL.M. (Yale), und **Hartmut Renz**, RA
CB-Standard: Zum Berufsbild des Compliance Officers –
Entwicklung branchenübergreifender Mindestanforderungen | 294

Im Gespräch: **Sabine Starkloff**
Die Effektivität von E-Learning-Programmen im Compliance-Alltag | 299

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Simon Stark, RA, und **Dr. Peter Christ**, RA/FAArbR
Umgang mit Falschaussagen bei internem Whistleblowing | 301

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die Aktualisierung von Unternehmenspflichten

Jedes Unternehmen muss sicherstellen, dass seine Rechtspflichten ausnahmslos eingehalten werden. Unternehmen haften für den entstandenen Schaden, der durch die Verletzung von Rechtspflichten verursacht wird. Die regelmäßige Aktualisierung der Unternehmenspflichten muss organisiert werden. Im Durchschnitt ändern sich 444 Pflichten pro Monat. Neue Gesetze sind Experimente mit unsicherem Ausgang. Der Gesetzgeber hat eine Pflicht zur Rechtsetzung auf Probe. Gesetze sind vorläufig, weil sie auf vorläufigem Wissen beruhen. Im Rahmen der begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung ist die tatsächliche Entwicklung mit den Prognosen über die Zwecktauglichkeit eines Gesetzes zu beobachten. Fehlprognosen sind nachzubessern. Die Aktualisierung von Gesetzen ist die Konsequenz aus der laufenden Gesetzesfolgenabschätzung.

28

I. Ein organisatorisches Problem

Im Zeitraum von Februar 2013 bis Juni 2013 wurde in der Datenbank „Recht im Betrieb" über 2 224 geänderte Pflichten berichtet. Im Durchschnitt sind in einem Berichtsmonat 444 geänderte Pflichten zu berücksichtigen. Die Aktualisierung der Rechtspflichten zu erfassen und im Unternehmen umzusetzen, wird zur organisatorischen Herausforderung. Vier Aufgaben sind zu erledigen.

Erstens sind pro Monat sämtliche Gesetzesänderungen zu sammeln.

Zweitens sind aus den geänderten Gesetzen die geänderten Rechtspflichten zu ermitteln.

Drittens sind aus der Gesamtsumme aller geänderten Rechtspflichten wiederum die Pflichten herauszufiltern, die für den konkreten Betrieb oder die Branche gelten. Nicht alle Änderungen von Rechtspflichten treffen nämlich ein Unternehmen, sondern nur jeweils eine Auswahl. Eine Tabelle über die Entwicklung der aktualisierten Pflichten nach Branchen ist diesem Beitrag angefügt. Die Tabelle veranschaulicht die Verteilung der monatlichen Änderung von Pflichten auf 36 Branchen. Aus der Tabelle lässt sich entnehmen, wie die jeweiligen Branchen von den aktualisierten Pflichten betroffen werden. Alle Branchen sind gezwungen, ihre Rechtspflichten zu aktualisieren. Der Aktualisierungsbedarf ist höchst unterschiedlich. Ohne eine Profilierung durch EDV-Einsatz mit moderner Datenbanktechnik ist die Aktualisierung in einem Industrieunternehmen nicht zu bewältigen.

Die vierte Aufgabe im Rahmen der Aktualisierung besteht darin, die geänderten Rechtspflichten für die Umsetzung in der betrieblichen Praxis so konkret zu formulieren, dass sie von den verantwortlichen Mitarbeitern verstanden werden. Der Gesetzgeber regelt nicht Pflichten für den konkreten Einzelfall, sondern abstrakt für eine Vielzahl von Fällen und generell für eine Vielzahl von Normadressaten.

Zu bewältigen sind diese vier Aufgaben in einem empfehlenswerten monatlichen Rhythmus nur durch *Arbeitsteilung*, durch *EDV-Einsatz* und durch *Standardisierung*. Alle vier Aufgaben müssen nicht in jedem einzelnen Unternehmen in vollem Umfang geleistet werden. Vielmehr kann das Sammeln und Sichten der Gesetzesänderungen und der sich daraus ergebenden Pflichtenänderungen arbeitsteilig von externen Anwälten geleistet werden. Das Herausfiltern der einschlägigen geänderten Rechtspflichten lässt sich durch EDV-Einsatz, insbesondere durch eine Datenbank effizient bewältigen. Auf Knopfdruck lassen sich nach einem in der Datenbank des Unternehmens hinterlegten Profil die einschlägigen Pflichten für das Unternehmen aus der Gesamtmenge aller geänderten Pflichten herausfiltern. Voraussetzung ist jedoch, dass in einer einmaligen Vorarbeit das Risiko- und Pflichtenprofil eines Unternehmensstandorts hinterlegt wurde. In einer einmaligen Prüfung müssen aus der Gesamtzahl aller denkbaren Rechtspflichten die einschlägigen Pflichten eines Unternehmensstandorts ermittelt werden. Ohne diese Vorarbeit müsste der gleiche Filtervorgang jeden Monat aufs neue wiederholt werden.

Die Aktualisierung von Rechtspflichten gehört zu den Vorgaben von Managementsystemen, z. B. nach Ziff. 4.6 der DIN ISO 14001 für das Umweltmanagement. Diese Vorschriften enthalten einen Sorgfaltsmaßstab für die Betriebsorganisation nach Ziff. 5.6.2 der DIN ISO 9001 zum Qualitätsmanagement, Ziff. 4.7.2. der DIS ISO 50001 zum Energiemanagement und Ziff. 4.6 des BS OHSAS 18001 zum Arbeitsschutzmamagement. Vorstände und Geschäftsführer sind auf Grund ihres Dienstvertrages nach § 278 BGB zur Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Die Einhaltung der Aktualisierungspflicht nach Ziff. 4.6 der DIN ISO 14001 zählt zu der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beim Umweltmanagement eines Unternehmens. Die Regelung enthält den Hinweis, dass sich die Rahmenbedingungen sowohl aus rechtlicher als auch aus tatsäch-

licher Sicht ändern können. Neue Pflichten kommen dazu, alte entfallen.

II. Die Aktualisierung als Konsequenz der experimentellen Gesetzgebung

Die Aktualisierung von Gesetzen und den sich daraus ergebenden Rechtspflichten ist unverzichtbar. Während der parlamentarischen Auseinandersetzung um Gesetze im Zeitpunkt der Entscheidung existieren oft keine Erfahrungen über die Wirkungen und Folgen eines Gesetzes. Offen ist regelmäßig die Frage, ob ein Gesetz zwecktauglich ist. Es muss ein geeignetes Mittel sein, den angestrebten Normzweck zu erfüllen. Jede Rechtsentscheidung des Gesetzgebers ist in aller Regel eine Entscheidung unter Unsicherheit. Trotz der Prognoseunsicherheit und trotz fehlender Erfahrungen zwingen Schutzpflichten den Gesetzgeber zur Entscheidung und zwar auch ohne Erfahrung darüber, ob die gewählten gesetzlichen Maßnahmen geeignet, erforderlich und angemessen sind. Das neue Gesetz wird zum Experiment mit unsicherem Ausgang. Durch die Prognoseunsicherheit muss bei der experimentellen Gesetzgebung von Vornherein mit der Notwendigkeit einer Nachbesserung gerechnet werden. Der Gesetzgeber hat eine Pflicht zur Rechtsetzung auf Probe[1].

Das Bundesverfassungsgericht billigt ausdrücklich die experimentelle Gesetzgebung und lässt eine stufenweise, konkreter werdende Regelung zu, wenn sich der Gesetzgeber „bei Neuregelungen eines komplexen Sachverhalts zunächst mit einer gröber typisierenden und generalisierenden Regelung begnügt, um diese nach hinreichender Sammlung von Erfahrung allmählich durch eine entsprechend fortschreitende Differenzierung zu verbessern“[2]. Eine angemessene Frist und ein zeitlicher Anpassungsspielraum wird dem Gesetzgeber zugestanden[3]. Der Gesetzgeber ist somit berechtigt Konzepte zu erproben, muss aber Fehlprognosen nachbessern[4]. Im Gesetzgebungsverfahren muss der Gesetzgeber vertretbare Prognosen und nicht falsifizierte Erfahrungssätze einsetzen.

III. Die Pflicht des Gesetzgebers zur sorgfältigen Prognose

Der Gesetzgeber hat die Eignung gesetzgeberischer Maßnahmen auf Grund einer verlässlichen Prognose abzusichern. In seinem Mitbestimmungsurteil[5] hat das Bundesverfassungsgericht die Prognosepflicht des Gesetzgebers konkretisiert. Über die Auswirkung eines Gesetzes werden im Rahmen der Meinungsbildung zahlreiche Prognosen aufgestellt, der keine gesicherte Gesamtprognose entgegen gehalten werden kann. Die Ungewissheit über die Auswirkung eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann die Ungewissheit nicht schon als solche ausreichen, einen Prognosespielraum des Gesetzgebers einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu entziehen. Die Auswirkungen eines Gesetzes müssen nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit übersehbar sein. Der Gesetzgeber muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können[6].

IV. Die Pflicht zur Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung und der Nachbesserung bei Fehlprognosen

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Entwicklung der Wirkung gesetzlicher Maßnahmen zu beobachten. Es ist die Pflicht zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung[7]. Zur Nachbesserung ist der Gesetzgeber verpflichtet, wenn eine gesetzgeberische Einschätzung auf einer Fehlprognose beruhte. Eine gesetzliche Maßnahme ist nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil sie von einer Fehlprognose ausgeht[8]. Der Gesetzgeber ist vielmehr verpflichtet, eine etwaige Fehlprognose nach der Erkenntnis über die tatsächliche Entwicklung durch die Aufhebung oder Änderung gesetzlicher Regelungen zu korrigieren. Dazu ist dem Gesetzgeber die Möglichkeit einzuräumen, sich Gewissheit über die Richtigkeit seiner Prognosen zu verschaffen[9]. Nach dieser Rechtsprechung ist der Gesetzgeber zum besseren Gesetz verpflichtet und damit zur Aktualisierung der Rechtslage[10].

Im Übrigen ergibt sich aus der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung zur experimentellen Gesetzgebung auch ein Verfahren für Normadressaten, Rechtsänderungen durch eigene Initiativen anzustreben. Die Rechtsprechung gibt Hinweise zur erfolgreichen Lobbyarbeit. Wem es gelingt, die Erfahrungssätze zu widerlegen, mit denen die Prognosen zur Wirkung eines Gesetzes im Gesetzgebungsverfahren begründet wurden, kann den Gesetzgeber zur Nachbesserung und zur Korrektur der Fehlprognosen drängen.

Die experimentelle Gesetzgebung wird inzwischen v. a. auf europäischer Ebene praktiziert. Regelmäßig werden bei Verordnungen des Europäischen Parlaments und des Rates Revisionsklauseln aufgenommen. Nach diesen Revisionsklauseln überprüft die Kommission die Rechtsvorschriften und macht dem Europäischen Parlament und dem Rat die Auflage, entsprechende Berichte vorzulegen und ggf. Vorschläge für Rechtsvorschriften beizufügen. In den Berichten sollen Erfahrungen bei der Anwendung der jeweiligen Verordnung enthalten sein. Zum Beispiel enthält die Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (ReachVO) in Art. 138 mehrere Revisionsklauseln. Konkrete Regelungen der Reach-Verordnung werden genannt, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums überprüft und ggf. überarbeitet werden sollen. Zu prüfen ist z. B., ob die festgelegten Vorschriften geeignet sind, die angestrebten Ziele zu erreichen. Vor allem sollen neue wissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigt werden.

Die EU-Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen enthält in Art. 73 ebenfalls eine Revisionsklausel. Danach hat die EU-Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 7.1.2016 und

1 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 593; BVerfGE 43, S. 291, 317; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung, 1989, S. 34; *Rossnagel*, ZRP 1992, 55, 57.
2 BVerfGE 54, S. 11, 37.
3 BVerGE 54, S. 137, 202.
4 *Sachs*, GG-Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20, Anm. 151.
5 BVerfGE 50, 299 (Mitbestimmungsurteil).
6 BVerfGE 50, 333 (Mitbestimmungsurteil).
7 BVerfGE 60, 1, 55, Urteil v. 15.12.1983
8 BVerfGE 30, 250, 263, NJW 1971, 1603.
9 BVerfGE 57, 193, 193, 162, NJW 1981, 2107; BVerfGE 50, 290, 335.
10 *Köck*, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, VwArchV 2002, 1, 16.

danach alle drei Jahre einen Bericht zur Überprüfung der Umsetzung der Richtlinie vorzulegen. Der Bericht umfasst u. a. eine Bewertung der Frage, ob ein Tätigwerden der Union durch Festlegung bzw. Aktualisierung unionsweit geltender Mindestanforderungen in Bezug auf Emissionsgrenzwerte sowie in Bezug auf Überwachungs- und Einhaltungsvorschriften für Tätigkeiten im Rahmen der in den drei vorhergehenden Jahren angenommenen BVT-Schlussfolgerungen erforderlich ist.
Auch in deutschen Rechtsvorschriften gibt es mittlerweile Revisionsklauseln. So legt bspw. § 1 Abs. 2 Elektro- und Elektronikgerätegesetz fest, dass die Bundesregierung die abfallwirtschaftlichen Auswirkungen der Regelungen des Gesetzes spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Vorschrift überprüfen muss. Über das Ergebnis ihrer Prüfung muss sie dem Deutschen Bundestag und dem Bundesrat einen Bericht vorlegen.

V. Vorläufiges Wissen führt zu vorläufigen Gesetzen

Aus der Erkenntnistheorie ist bekannt, dass es keine wahrheitsfähigen Erfahrungssätze gibt. Sie gelten nur solange sie nicht widerlegt sind. Wenn alles Wissen nur vorläufig ist und Aussagen über Eignung und Erforderlichkeit von Gesetzen auf Erfahrungssätzen beruhen, müssen die Prognosen über die Wirkung gesetzlicher Maßnahmen ebenfalls nur vorläufig sein. Gesetze müssen deshalb auf ihre Wirkung immer wieder aufs Neue überprüft werden. Es gilt das Verfahren von Versuch und Irrtum[11].

Die Statistik der monatlichen Änderungen von Rechtspflichten zeigt, dass die Aktualisierung von Rechtspflichten sich mit den Eigenarten der experimentellen Gesetzgebung erklären lässt und in der Praxis ein unausweichliches organisatorisches Problem nach sich zieht.

VI. Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Industrieemissionen vom 2.5.2013 als aktuelles Beispiel

Die EU-Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen ist die neue Grundvorschrift des europäischen Anlagenrechts, die die IVU-Richtlinie 2008/1/EG und sieben weitere EU-Richtlinien über Industrieemissionen ersetz. Acht deutsche Gesetze und Rechtsverordnungen wurden zur Umsetzung dieser Richtlinie geändert. Strengere Vorgaben für die Überwachung von Genehmigungsauflagen und die allgemeine Überwachung von Anlagen sind vorgesehen, insbesondere Fristenvorgaben für die Inspektion der Anlagen durch die zuständigen Behörden vor Ort, neue Pflichten bei der Stilllegung von Anlagen zur Rückführung von Boden und Grundwasser auf den Ausgangszustand sind vorgeschrieben. Enthalten sind außerdem Regelungen zur verbindlichen Anwendung der aktuellen Technikstandards bei der Festlegung von Emissionsgrenzwerten in allen EU-Mitgliedsstaaten.
Die Gesetzesänderungen beruhen auf Berichten der europäischen Umweltagentur zur Offenlegung der Kosten der Luftverschmutzung aus Industrieanlagen in Europa. Die Schadenskosten im Jahr 2009 wurden auf mindestens 102 bis 169 Mrd. Euro geschätzt, im Jahr 2000 noch auf Schäden i. H. v. 280 bis 294 Mrd. Euro. Die neuen Vorschriften sollen die Zahl der vorzeitigen Todesfälle um 13.000 pro Jahr verringern und außerdem zur erheblichen Einsparung durch verminderte Verwaltungskosten und v. a. für mehr Gleichheit bei den Wettbewerbsbedingungen in der europäischen Industrie führen[12].
Die Umsetzung seit dem Inkrafttreten am 2.5.2013 führte zu 110 Änderungen von Rechtspflichten im fünften Berichtsmonat von 2013. Die unverhältnismäßig hohe Anzahl der geänderten Rechtspflichten erklärt sich durch die Änderungen des Anlagenrechts, in denen Erfahrungen über die Schadstoffentwicklung durch Industrieanlagen zu Neuregelungen führen.

VII. Gesetzlich begründete Aktualisierungspflichten

Die Notwendigkeit zur Aktualisierung ergibt sich einmal aus Änderungen der Rechtslage und außerdem aus Änderungen der Risikosachlage im Unternehmen. Ändert der Gesetzgeber Rechtspflichten, hat ein Unternehmen zu prüfen, ob eine Rechtspflicht im Unternehmen schon einschlägig war und geändert werden muss oder ob es sich um eine neue Rechtspflicht handelt. Bei neuen Rechtspflichten ist zu prüfen, ob im Unternehmen Sachverhalte existieren, die von dieser Neuregelung betroffen werden.
Die Notwendigkeit einer Aktualisierung der Rechtspflichten kann sich jedoch auch daraus ergeben, dass neue Sachverhalte im Unternehmen hinzukommen oder geändert werden, wenn z. B. neue Stoffe, Maschinen, Anlagen, Produkte und Produktionsverfahren hinzukommen oder ersetzt werden. Jede Änderung des Sachverhalts verpflichtet zur Prüfung, ob dadurch neue Rechtspflichten ausgelöst werden oder alte Pflichten zu ändern sind. Unter den gesetzlichen Rechtspflichten lassen sich die Aktualisierungspflichten als eigene Kategorie unterscheiden. Sie enthalten Regelungen, in denen Änderungen im Unternehmen erfasst, geprüft und in vielen Fällen an Behörden gemeldet werden müssen. Auf diese Weise werden neue Risiken erfasst und abgewendet. Aus der Kategorie der Aktualisierungspflichten sollen folgende Beispiele genannt werden.
Nach § 8 Abs. 3 Störfallverordnung (12. BImSchV) hat der Betreiber das Konzept zur Verhinderung von Störfällen einschließlich des diesem Konzept zugrundeliegenden Managementsystems, sowie die Verfahren zu dessen Umsetzung, zu überprüfen und erforderlichenfalls zu aktualisieren.
Nach Art. 37 Abs. 7 ReachVO ist der Stoffsicherheitsbericht zu aktualisieren und jeweils auf dem neusten Stand zu halten.
Nach Art. 22 Abs. 1 ReachVO ist nach der Registrierung der Registrant dafür verantwortlich, aus eigener Initiative seine Registrierung unverzüglich an Hand der einschlägigen neuen Informationen zu aktualisieren. Neue Erkenntnisse über die Risiken des Stoffes für die menschliche Gesundheit und/oder für die Umwelt sind zu übermitteln. Sicherheitsdatenblätter oder Stoffsicherheitsberichte sind zu aktualisieren.
Nach § 6 Abs. 8 Gefahrstoffverordnung ist die „Gefährdungsbeurteilung regelmäßig zu überprüfen und bei Bedarf zu aktualisieren“ und

11 *Popper*, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 16; *Nassim Taleb*, Der schwarze Schwan: Die Macht höchst unwahrscheinlicher Ereignisse, 2008, S. 67 zum Induktionsproblem.
12 IP-10/1477, Presseerklärung der EU-Kommission; Europäische Umweltagentur, Internet: eea.europa.eu, Anfragen: eea: Europa.eu/enquiries.

zwar umgehend, 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 Lärm- und Vibrations-Arbeitsschutzverordnung ist die „Gefährdungsbeurteilung 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 § 63b Abs. 5 Arzneimittelgesetz hat der Inhaber der Zulassung der zuständigen Bundesoberbehörde einen regelmäßig aktualisierten Bericht über die Unbedenklichkeit eines Arzneimittels unverzüglich nach Aufforderung oder mindestens alle sechs Monate nach der Zulassung bis zum Inverkehrbringen vorzutragen.

Nach § 70 Strahlenschutzverordnung 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.

Diesen Aktualisierungspflichten kann der Verantwortliche im Unternehmen nur nachkommen, wenn er die Risikolage im Unternehmen auf Veränderungen und den Aktualisierungsbedarf beobachtet. Vorstände und Geschäftsführer haben eine Informationsbeschaffungspflicht über die jeweilige Risikolage. Sie können sich nicht auf ihre Unkenntnis berufen, sondern müssen sich Informationen über Risikofaktoren verschaffen[13].

VIII. Die Aktualisierung von Verkehrssicherungspflichten

Wer alle öffentlich-rechtlichen Pflichten einhält, ist auch dann nicht sicher, wegen Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, weil er Unternehmensrisiken durch Verkehrssicherungspflichten abwenden muss, die gesetzlich nicht geregelt sind, die das Unternehmen jedoch auf Grund seiner eigenen Fachkenntnis kennt oder kennen muss. Der Gesetzgeber und die Verwaltung können nicht sämtliche Schadensrisiken eines Unternehmens erfassen. Das Unternehmen ist verpflichtet, durch Selbstregulierung in Form von Verkehrssicherungspflichten Risiken im Unternehmen abzuwenden. Diese Rechtslage gilt seit der Kupolofen Entscheidung des BGH[14]. Erkennt ein Unternehmen ein spezielles Risiko im Unternehmen, kann es nicht auf den Gesetzgeber oder auf die Behörde warten, sondern muss aus eigener Initiative das Risiko abwenden. Wer ein Risiko begründet, es beherrscht und davon profitiert, hat die Pflicht, den Verkehr vor dem drohenden Schaden zu schützen. Dem BGH genügt die bloße, nicht widerlegte Vermutung einer Schadensursache, um eine Verkehrssicherungspflicht anzunehmen und einen durch die Verletzung dieser Pflicht verursachten Schadensersatzanspruch zu begründen. Diese Grundsätze wurden in der Hühnerpestentscheidung entwickelt[15].

Eine besondere Aktualisierungspflicht besteht bei Sicherheitsstandards. Existieren in einem Unternehmen zwei unterschiedliche Standards und wird ein Schaden verursacht, lässt sich der Vorwurf begründen, trotz Kenntnis eines höheren Sicherheitsstandards sei der Schaden dadurch entstanden, dass man einen niedrigeren Standard eingehalten hat. Bei der Aktualisierung der Risikolage ist deshalb im Unternehmen auf ein Sicherheitsgefälle bei der Risikoabwehr zu achten. In der Hühnerpestentscheidung wurde die Schadensursache und der Schadensersatzanspruch mit der Vermutung begründet, statt der im Unternehmen praktizierten mechanischen Umfülltechnik habe man eine längst überholte manuelle Umfüllpraxis angewandt. Im Turiner Thyssen-Krupp-Fall wurde dem Standortmanagement zum Vorwurf gemacht, die Sicherheitstechnik beim Brandschutz nicht nachgerüstet zu haben, obwohl im Konzern an anderen Standorten der neuere Brandschutzstandard bekannt war. Der Standortmanager hatte den Tod von sieben Mitarbeitern zu verantworten und wurde inzwischen zu zehn Jahren Gefängnis wegen Mordes verurteilt[16]. Auch im Seveso-Fall wurde der Vorwurf des Organisationsverschuldens mit unterschiedlichen Sicherheitsstandards im Konzern begründet. Für den gleichen Produktionsvorgang wurden im gleichen Konzern unterschiedliche Ventile in Italien und in Deutschland eingesetzt, ohne die Ventile in Seveso nachzurüsten[17].

IX. Fazit

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

AUTOR

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

13 Zuletzt VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03, WM 2004, 2157 (Stille Lasten oder Der ungeeignete Vorstand); RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, S. 107 (Kutscher-Urteil), seit dem st. Rspr.

14 BGHZ 92, S. 143 – Kupolofen.

15 BGH, 26.11.1989 – VI ZR 212/66; BGHZ 51, 91 – Hühnerpestentscheidung.

16 FAZ, 2.3.2013, S. 20.

17 *Koch/Fahrenholt*, Seveso ist überall – die tödlichen Risiken der Chemie, 1978.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

8 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

4.11.2013 | 1.Jg
Seiten 309–352

EDITORIAL

Daniela Weber-Rey und **Holger Reckmann**
Die Compliance-Funktion als Treiber einer Compliance-Kultur | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dominik Stauber, RA/FAStrR
Step-by-step: Die Auslagerung von Compliance-Aufgaben in der Bank | 309

Dr. Ulf Klebeck, RA, und **Dr. Jürg Frick**, LL.M., RA
Länderreport Schweiz: Compliance bei grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen | 312

Dr. Dirk Scherp, RA, und **Dr. Harald Feiler**, RA
Die Vierte EU-Geldwäscherichtlinie – Weitere geldwäscherechtliche Pflichten für Bereiche außerhalb des Finanzsektors | 316

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement | 322

Dr. Kay Rothenhöfer
Anforderungen an Anlageberater und Beschwerdeanzeigen | 327

Dr. Andrea Reichert-Clauß, LL.M. (Univ. of London), RAin
Geschäftsleiterpflichten im Zusammenhang mit Entscheidungen zur Übernahme von Straf- und Bußgeldern | 332

COMPLIANCE MANAGEMENT

Jochen Kindermann, RA, **Johannes Bast**
Compliance 2.0 – Ein Ausblick auf CRD IV und MiFID2 | 337

HAFTUNG UND AUFSICHT

Olivier Gohr
CB-Insight: Schwarzer Kapitalmarkt – Bekämpfung unerlaubter Geschäfte durch die BaFin | 342

Michael Baron und **Dr. Daniela Seeliger**
Plädoyer für die Anerkennung der Compliance-Defence | 345

Schwerpunktheft Banken-Compliance

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement

Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen werden mit Strafe für schuldhaftes Risikomanagement bedroht, ohne dem Gesetz entnehmen zu können, wie sie sich als Risikomanager zu verhalten haben. Der zentrale Begriff des „Risikos" wird im Gesetz verwendet – er wird dabei jedoch nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Im folgenden Beitrag werden zunächst die Neuregelungen des KWG vorgestellt, einschließlich der Kritik an ihrer verfassungsrechtlichen Unbestimmtheit. Der Begriff des „Risikos" wird – v. a. im zweiten Teil des Beitrages – als Schadensprognose ausgelegt. Die rechtlichen Regeln aus Rechtsprechung und Literatur im Umgang mit Risiken werden ermittelt und auf ihre Eignung zur Vermeidung von Finanzkrisen geprüft, wobei die letzte Analyse über die katastrophale Fehlprognose von *Nate Silver* („Die Berechnung der Zukunft") berücksichtigt wird.

I. Die Neuregelung des Kreditwesengesetzes

Ab dem 2.1.2014 gilt die n. F. des Kreditwesengesetzes (KWG), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.8.2013 (BGBl. I, 2777) und vom 28.8.2013 (BGBl. I, 3395).

Bestraft werden sollen die Verantwortlichen, die durch Pflichtverletzung im Risikomanagement die Krise eines Unternehmens mitverursachen[1]. Auch bisher waren Geschäftsleiter von Banken und Versicherungsunternehmen schon für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation nach § 25a Abs. 1 KWG und § 64a VAG verantwortlich. Die Geschäftsorganisation nach dem Bankenaufsichtsrecht musste auch bisher schon ein angemessenes und wirksames Risikomanagement umfassen, auf dessen Basis ein Institut die Risikotragfähigkeit laufend nach § 25a Abs. 1 S. 3 KWG und § 64a Abs. 1 S. 3 VAG sicherzustellen hatte. Bisher waren die Pflichten zum Risikomanagement nicht durch Gesetze und Verordnungen geregelt, sondern in den Verwaltungsvorschriften der BaFin, insbesondere in deren Rundschreiben zu den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk). Pflichten nach einer Verwaltungsvorschrift können jedoch keine strafrechtlichen Sanktionen auslösen, weil sie nur innerhalb der Verwaltung gelten und eine gleichmäßige Verwaltungspraxis sicherstellen sollen.

Bestraft werden kann eine Tat jedoch nur, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, noch bevor die Tat begangen wurde. Es gilt der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz" (nullum crimen sine lege) nach Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 GG und § 1 StGB. Ein Verstoß gegen Pflichten aus Verwaltungsvorschriften konnte nicht bestraft werden.

Die zentralen Pflichten des Risikomanagements aus den MaRisk werden nunmehr in § 25c KWG gesetzlich geregelt. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs sollen damit „keine neuen inhaltlichen Anforderungen an die Geschäftsleiterebene verbunden sein"[2].

Die neue Strafbarkeit nach § 54a KWG wegen Pflichtverletzungen von Banken und Versicherungen im Risikomanagement wurde ausgelöst durch die globale Finanzkrise seit 2007. Nach Ansicht der Bundesregierung bestanden „unzureichende Möglichkeiten, Geschäftsleiter von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Versicherungsunternehmen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wenn das Institut bzw. das Versicherungsunternehmen durch Missmanagement in eine Schieflage geraten ist[3].

Der Untreuetatbestand nach § 266 StGB galt als nicht ausreichende strafrechtliche Abschreckung. Die Strafbarkeit scheiterte am schwierigen Nachweis einer konkreten Pflichtverletzung und der Feststellung eines Schadens[4]. Angestrebt wurde deshalb die Strafbarkeit von Pflichtverletzungen der Geschäftsleiter im Risikomanagement[5].

Die rechtspolitischen Forderungen nach einer Strafbarkeit von Geschäftsleitern im Risikomanagement wurden in der Literatur nach dem Ausbruch der Finanzkrise ausführlich begründet[6].

1 BT-Drucks. 17/12601, 2.
2 BT-Drucks. 17/12601, 31.
3 BT-Drucks. 17/12601, 2.
4 BVerfGE 126, 170.
5 BT-Drucks. 17/12601, 5.
6 Dazu *Schünemann*, Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität, 2010, S. 71, und *Kasiske*, Aufarbeitung der Finanzkrise durch das Strafrecht? Zur Untreuestrafbarkeit durch Portfolioinvestments, in: Collateralized Debt Obligations via Zweckgesellschaften, 2010, S. 13; *Arnoldi*, Alles Geld verdampft, Finanzkrise in der Weltrisikogesellschaft, 2009, S. 25.

Nach § 54a KWG wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen § 25c Abs. 4a oder § 25c Abs. 4b S. 2 KWG nicht dafür Sorge trägt, dass ein Institut oder eine dort genannte Gruppe über eine dort genannte Strategie, einen dort genannten Prozess, ein dort genanntes Verfahren, eine dort genannte Funktion oder ein dort genanntes Konzept verfügt und hierdurch eine Bestandsgefährdung des Instituts des übergeordneten Unternehmens oder eines gruppenangehörigen Instituts herbeiführt. Wer die Gefahr fahrlässig herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Tat ist nach § 54a Abs. 3 KWG jedoch nur strafbar, wenn die BaFin dem Täter durch Anordnung nach § 25c Abs. 4c KWG die Beseitigung des Verstoßes gegen § 25c Abs. 4a KWG oder § 25c Abs. 4b S. 2 aufgegeben hat und der Täter dieser vollziehbaren Anordnung zuwider handelt und hierdurch die Bestandsgefährdung herbeigeführt hat.

Ein angemessenes und wirksames Risikomanagement wird in § 25a KWG geregelt. Es umfasst die Festlegung einer konsistenten Risikostrategie in § 25a Abs. 1 Nr. 1 KWG, Verfahren zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit, die „vorsichtige Ermittlung der Risiken und des zu ihrer Abdeckung verfügbaren Risikodeckungspotential“ nach § 25a Abs. 2 KWG, interne Kontrollsysteme mit Prozessen zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung, zur Überwachung und Kommunikation der Risiken nach § 25a Abs. 1 Nr. 3b KWG und eine Risikocontrolling-Funktion und eine Compliance-Funktion nach § 25a Abs. 1 Nr. 3c KWG. Die Strategie des Risikomanagements ist nach § 25a Abs. 1 KWG und nach § 25c Abs. 4a KWG vom Institut regelmäßig anzupassen.

II. Ein Strafausschließungsgrund nach § 54a Abs. 3 KWG

Die Strafbarkeit setzt voraus, dass dem Geschäftsleiter die Beseitigung des Verstoßes nach § 25 Abs. 4a KWG n. F. oder Abs. 4b S. 2 KWG durch Anordnung aufgegeben wurde und der Geschäftsleiter dieser vollziehbaren Anordnung zuwiderhandelt und dadurch die Bestandsgefährdung verursacht. Nach § 25 Abs. 2 S. 2 KWG n. F. handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine vollziehbare Anordnung der BaFin verstößt. Die BaFin kann im Einzelfall vollziehbare Anordnungen treffen, um die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation nach § 25a Abs. 1 S. 3 und 6 KWG sicherzustellen. Nur in Form eines Verwaltungsaktes ist die Anordnung vollziehbar i. S. v. § 54a Abs. 3 KWG n. F. Gegen die Anordnung sind verwaltungsrechtliche Rechtsmittel zulässig. Es kommt nur auf die Vollziehbarkeit und nicht auf die Rechtsmäßigkeit der Anordnung an. Nach § 49 KWG n. F. haben Rechtsmittel gegen eine Anordnung der BaFin keine aufschiebende Wirkung[7].

III. Kritik an der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe

Die vollziehbare Anordnung der BaFin wirkt zwar wie eine Vorwarnung und gibt Geschäftsleitern die Gelegenheit, die Strafbarkeit abzuwenden, indem sie die Anordnung der BaFin zum Risikomanagement befolgen.

Anordnungen durch die BaFin machen die Pflichten zum Risikomanagement jedoch nicht berechenbarer. Die Interpretation der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe wird auf die BaFin verlagert. Der Gesetzgeber delegiert die Bestimmung des Risikomanagements an die BaFin. Die verfassungsrechtliche Anforderung an die Berechenbarkeit und die Bestimmbarkeit werden dadurch nicht gesichert. Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ bleibt trotz der Gesetzesform und trotz der Zwischenschaltung der BaFin-Anordnung verletzt. Zu Recht wird deshalb die Neuregelung zur Strafbarkeit der Geschäftsleiter wegen des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot kritisiert[8]. Die Erhebung der Pflichten zum Risikomanagement nach der MaRisk in Gesetzesrang nach der KWG-Änderung und die BaFin-Anordnung machen die Pflichten zum Risikomanagement nicht bestimmter und auch nicht berechenbarer. Der Gesetzgeber hat für das Risikomanagement keine inhaltlich-qualitativen Vorgaben gemacht[9]. Geschäftsleiter von Banken werden zwar mit Strafe bedroht, wissen aber auch nach der Gesetzesänderung nicht, für welches Verhalten ihnen Strafe droht. Die Anordnung der BaFin kommt zur Berechenbarkeit der Risikomanagementpflichten zu spät. Geschäftsleiter haben zwar Rechtsmittel, jedoch ohne aufschiebende Wirkung und haben deshalb keine andere Wahl, als der Anordnung zu folgen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken nach Art. 103 Abs. 2 GG sind deshalb berechtigt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Strafnormen „so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall an Hand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschriften voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“. Der Grad an gesetzlicher Bestimmtheit einzelner Straftatbestände lässt sich nach dem Bundesverfassungsgericht nicht allgemein beschreiben. In Grenzfällen genügt es, wenn lediglich das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist[10], was nach dem Wortlaut des § 54a KWG der Fall ist.

Der Gesetzgeber verwendet im Zusammenhang mit dem Begriff Risiko und Risikomanagement die weiteren Begriffe Risikostrategien, Risikotragfähigkeit, Adressenausfallrisiken, Marktrisiken, operationelle Risiken, Risikosteuerung, Gesamtrisikoprofil, Risikoinventur, Risikokonzentration und wesentliche Risiken. An keiner Stelle definiert der Gesetzgeber aber den Risikobegriff selbst. Offen bleibt deshalb die Frage, welche Vorwürfe und Fehler im Risikomanagement von Geschäftsleitern zu vermeiden sind, um den strafrechtlichen Sanktionen nach § 54a KWG zu entgehen. Der Risikobegriff wird vom Gesetzgeber vorausgesetzt. Für die Bestimmtheit einer Strafnorm reicht es nach dem Bundesverfassungsgericht schon aus, wenn „eine gefestigte Auslegung allgemein anerkannt“ ist[11]. Wenn der Wortlaut unklar bleibt ist deshalb zu untersuchen, ob in anderen Gesetzesvorschriften in der Rechtsprechung ausreichende Angaben zu finden sind, von denen Richter sagen könnten, es handele sich um eine „gefestigte Auslegung“. Sie müssten von jedem Geschäftsleiter berücksichtigt werden, um den Vorwurf des strafbaren Risikomanagements von vornherein zu vermeiden.

IV. Die Risikoanalyse als erste Aufgabe des Risikomanagements

Unterlassen Geschäftsleiter die Risikoanalyse, setzen sie eine Ursachenkette in Gang, die im Schaden endet und nunmehr nach § 54a

7 *Cichy/Cziupka/Wiersch*, NZG 2013, 848.
8 NZG, 2013, 580; *Hamm/Richter*, WM, 2013, 870 und 867, *Cichy/Cziupka/Wiersch*, NZG 2013, 848.
9 *Hamm/Richter*, WM, 2013, 870, 867; *Cichy/Cziupka/Wiersch*, NZG 2013, 848.
10 BVerfGE 126, 170, Rd.-Nr. 74, 75.
11 BVerfGE 126, 170, Rd.-Nr. 82, 83.

KWG seine Strafbarkeit begründen kann. Mit der neu geregelten Strafdrohung wird die Risikoanalyse zur Existenzfrage für Geschäftsleiter. Wer keine Risikoanalyse betreibt, muss kein Risiko annehmen und hat keinen Anlass, ein Risiko abzuwenden und Rechtspflichten zu recherchieren, die der Risikoabwehr dienen. Wo kein Risiko angenommen wird, muss es auch nie abgewendet werden.

In seiner *IKB-Entscheidung* vom 9.12.2009[12] hat das OLG Düsseldorf dem Vorstand der IKB vorgeworfen, die Pflicht zu eigener Informationsbeschaffung verletzt zu haben. Die Informationsbeschaffungspflicht für einen Geschäftsleiter ist nicht allein damit erfüllt, dass die Bank sich auf externe Ratings der amerikanischen Ratingagenturen verlässt. Der Vorstand hat die Pflicht, alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Diese Pflicht leitet das OLG Düsseldorf aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG her. Nur Informationen aus zweiter Hand reichen zur Erfüllung dieser Pflicht nicht aus. Der Vorstand hätte sich über das Qualitätsrisiko, das Marktrisiko und das Klumpenrisiko der angekauften Wertpapiere informieren müssen. Das Klumpenrisiko besteht dann, wenn ähnliche Ausfallrisiken sich häufen und ein Schaden i. H. v. mehreren Milliarden Euro droht. Die IKB und ihre Zweckgesellschaften hatten Wertpapiere i. H. v. 24,7 Mrd. Euro bei einer Bilanz von ca. 52 Mrd. Euro angekauft, was ca. 47 % des Gesamtvolumens ihres Geschäftsfeldes ausgemacht hat. Das Tochterunternehmen IKB-CAM hat Wertpapiere angekauft und damit wesentliche Teile der Geschäftstätigkeit im Zusammenhang mit den Finanzanlagen ausgelagert. Seine Risikofrüherkennungspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG und seine Pflicht nach § 25a KWG a. F. wurden damit verletzt. In Fällen der Auslagerung von Aktivitäten durch ein Kreditinstitut muss ein angemessenes und wirksames Risikomanagement gewährleistet bleiben. Die Auslagerung darf nicht zu einer Delegation der Verantwortung des Vorstands an das Auslagerungsunternehmen führen. Der Vorstand war nach der Auslagerung nicht mehr operativ in die Entscheidungsprozesse miteingebunden, die IKB-CAM hatte nur einen Geschäftsführer und außerdem hatte sie es versäumt, die Stelle eines Chief-Risk-Officers einzurichten. Zum Risikomanagement gehört es, als erstes festzulegen, was unter einem Risiko zu verstehen ist.

V. Schadensrisiko und Schaden – ein Unterschied

Ein Schadensrisiko und ein Schaden sind zu unterscheiden. Das Schadensrisiko ist der drohende, künftige Schaden. Schadensrisiken werden zu Tatsachen, wenn der Schaden eingetreten ist. Ob ein Schaden eingetreten ist, lässt sich leichter beantworten als die Frage, ob ein Schaden eintreten wird. Nach dem Eintritt eines Schadens lässt er sich als Tatsache feststellen, bestreiten und beweisen. Nach dem Eintritt des Schadens ist es für eine präventive Schadensabwehr zu spät. Risiken müssen deshalb so früh wie möglich erfasst und durch Rechtspflichten abgewendet werden, und zwar noch bevor der Schaden eingetreten ist. Die Risikofrüherkennungspflicht für Vorstände von Aktiengesellschaften ergibt sich aus § 91 Abs. 2 AktG, wonach gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden müssen und dazu geeignete Maßnahmen, insbesondere Überwachungssysteme, einzurichten sind.

Vor einem Schadenseintritt sind immer mehrere Schadensverläufe denkbar, sie werden erst zur Gewissheit, wenn der Schaden tatsächlich eingetreten ist. Ein Risikomanager muss vor dem Schadenseintritt zwischen unterschiedlichen denkbaren Schadensverläufen in der Zukunft entscheiden. Er muss zwischen mehreren möglichen und denkbaren Schadensverläufen den künftigen Verlauf auswählen. Zwischen unterschiedlichen Alternativen zu wählen, bedeutet jedoch, eine Entscheidung zu treffen[13]. Entscheiden und Erkennen sind unterschiedliche Verfahren. Erkennen kann man nur Tatsachen. Sie kann man feststellen, ermitteln und beweisen. Sie sind entweder wahr oder falsch. Zukünftige Schadensverläufe kann man dagegen nur prognostizieren und im Rahmen der Risikofantasie entwickeln. Risiken sind deshalb Schadensprognosen und damit keine Fakten, sondern Fiktionen. Wenn die Annahmen von Risiken Entscheidungen sind und keine Erkenntnisse, dann müssen nach § 54a KWG zur Vermeidung des Schuldvorwurfs Entscheidungsfehler vermieden werden[14]. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Fehler bei einer Entscheidung gemacht werden können, die auch strafbar sein könnten.

VI. Die Struktur von Risiken als Prognosen

Wenn Schadensrisiken als Prognosen zu verstehen sind, haben sie wie alle Prognosen die gleiche Struktur. Erstens gehört dazu eine Schadensursache, zweitens der Schaden als Wirkung dieser Ursache und drittens eine Kausalbehauptung, wonach der prognostizierte Schaden immer eintritt, wenn die Schadensursache und die Randbedingungen vorliegen und sie nicht durch Schutzmaßnahmen abgewendet werden. Die Kausalitätsbehauptung enthält wiederum einen Erfahrungssatz des Inhalts, 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 muss, weil er bisher nicht widerlegt, d. h. falsifiziert, wurde. Erfahrungssätze werden aus der Beobachtung häufig mehrerer gleicher Ereignisse gebildet. Der Erfahrungssatz wird durch den Schluss gekennzeichnet, dass sich unter bestimmten Bedingungen dieselben Folgeerscheinungen wiederholen werden. Die Gültigkeit von Erfahrungssätzen können „täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden“[15]. Der Risikofaktor ist regelmäßig eine Tatsache, die sich beobachten lässt, wie in den einschlägigen Beispielen der Rechtsprechung. Die *IKB-Entscheidung* gehört in eine Kette von höchstrichterlichen Entscheidungen, in denen die Risikoanalyse unterlassen, das Risiko übersehen wurde und der Schaden überraschend eingetreten ist. Im Nachhinein hat die Rechtsprechung „für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf entsprechende Maßnahmen erfunden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten“[16]. Wer sich also nicht im Rahmen einer Risikoanalyse die Frage stellt, ob ein Schaden droht und unter welchen Bedingungen, kann ihn auch nicht abwenden. Die Risikoanalyse umfasst die Frage, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar ist

12 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/2009 (IKB-Entscheidung).

13 *Jungermann/Pfister/Fischer*, „Die Psychologie der Entscheidung“, 2005, S. 2 zum Begriff der Entscheidung.

14 *Beck*, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 50 f.; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2000, S. 165; *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 94; *Di Fabio*, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994, S. 62; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 83 ff., 88 sowie der Hinweis auf die Entscheidungstheorie auf S. 90.

15 *Stein*, Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 19, 23, 24, 29, 30; *Konzen*, in: FS Gaul, 1997, S. 335; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 69. Aufl. 2011, Einführung zu § 284 Anm. 22 und § 546, Anm. 12.

16 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.

und zwar vor dem Schadenseintritt. Die Frage gleichen Inhalts stellt sich nach dem Eintritt des Schadens bei der Entscheidung eines Gerichts darüber, ob dieser Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Haftbar ist der, für den der Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Der Risikofaktor ist eine Tatsache, die sich beobachten lässt, wie z. B. die Verkehrsverstöße eines unzuverlässigen Kutschers[17], eine Stolperstelle auf dem Bürgersteig[18], Löcher im Straßenasphalt[19], offene Schranken am Bahnübergang[20], Schnee und Eis auf der Straße[21] oder ein Zeitungsartikel mit rufschädigendem Inhalt[22]. Von diesen Risikofaktoren kann auf Grund von Erfahrung auf einen drohenden Schaden geschlossen werden. Zur Schadensprognose ist Risikofantasie erforderlich. Ein unzuverlässiger Verkehrsteilnehmer wird aus Erfahrung irgendwann einen Verkehrsschaden verursachen, eine offene Bahnschranke wird erfahrungsgemäß irgendwann zu einer Kollision von Zug und PKW führen. Eine Stolperstelle oder Eisglätte kann den Sturz von Passanten verursachen. Fehlt es an Erfahrung im Unternehmen, muss fremdes Expertenwissen hinzugezogen werden[23]. Auch die fehlende Erfahrung ist zu melden. Lässt sich die Ursache für einen Missstand nicht klären, muss der Vorstand eingreifen und Krisenmanagement betreiben[24], was seit dem Lederspray-Urteil zur ständigen Rechtsprechung zählt.

Hinweis der Redaktion:
Der Beitrag wird im kommenden Heft (CB 9/2013) fortgesetzt mit der Untersuchung, inwieweit die Regeln zur Risikoanalyse, wie sie sich aus Rechtsprechung und Literatur ermitteln lassen, den Gesetzeszweck erfüllen können, Finanzkrisen abzuwenden. Dabei werden die letzten Erkenntnisse aus der aktuellen Analyse der Finanzkrise als „katastrophale Fehlprognose“ in die Betrachtung miteinbezogen[25].

AUTOR

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

17 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).
18 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 Nr. 35, 50 (Neuzement-Urteil).
19 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil).
20 RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938 S. 1651 (Kleinbahn-Urteil).
21 RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938 S. 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II).
22 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
23 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 6.7.1990 – 2 STR 549/89, BB 1990, 1856, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil); RG, 14.12.1911 – VI 75/11), RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).
24 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 6.7.1990 – 2 STR 549/89, BB 1990, 1856, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil).
25 Vgl. hierzu *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 38.

Compliance-Test 8/2013
Mit dem monatlichen **Compliance-Test** von **Rack Rechtsanwälte** können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen eines Monats aus Umweltschutz, Arbeitschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Im Monat August 2013 gab es
- 207 Änderungen bei Rechtsnormen und
- 287 Änderungen bei Rechtspflichten.

Den kompletten Compliance-Test 8/2013 finden Sie unter www.rack-rechtsanwaelte.de.

Neue Pflichten für die Finanzbranche
In den letzten Monaten sind auf EU-Ebene und im Bund zahlreiche bank- und kapitalmarktrechtliche Vorschriften neu erlassen worden. Insgesamt gab es ca. 1.000 neue Pflichten zur Bankenregulierung. In der Datenbank „Recht im Betrieb“ sind die Pflichten erfasst und kategorisiert. Von den 945 neuen Pflichten, waren 162 Pflichten zur Risikoanalyse, 300 Organisationspflichten und 95 Aktualisierungspflichten.
Die im Anschluss abgedruckte Checkliste enthält eine Auswahl der neuen Pflichten zur Risikoanalyse.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

9 / 2013

Betriebs-Berater Compliance

2.12.2013 | 1.Jg
Seiten 353–396

EDITORIAL

Prof. Dr. Dr. Ulrich Hemel
Compliance in der Kirche: Die kirchliche Zivilgesellschaft neu denken | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Frank Hülsberg, WP/StB, und **Carsten Kuhn**, RA
Step-by-step: Business Partner Checks | 353

Borja Alcázar Pérez, LL.M., RA und Abogado
Länderreport Spanien – Upgrade: Wichtige Reform des spanischen Strafgesetzbuches im Bereich Compliance | 357

Dr. Antje Heinen, LL.M., RAin, und **David-Julien dos Santos Goncalves**
Preisbindungen und Preisempfehlungen in der Praxis | 359

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement (Teil II) | 368

Anja Glück und **Leif Schubert**
Aktuelle gesetzgeberische Defizite bei der Geldwäsche-Compliance von Kapitalverwaltungsgesellschaften | 375

Armin Fladung, RA, Compliance-Officer (TÜV)
Das neue Unternehmensstrafrecht – Compliance als strafmildernder Umstand? | 380

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Michaela Möhlenbeck, RAin
Erlangung von und Umgang mit Hinweisen auf Compliance-Verstöße im DB-Konzern | 382

HAFTUNG UND AUFSICHT

Daniel Froesch, RA
Haftungsfallen für Organe in Krisensituationen | 388

Dr. Sebastian Kraska, RA
Datenschutz: Grenzen der revisionssicheren E-Mail-Archivierung | 395

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement (Teil II*)

Risiken sind als Schadensprognosen zu verstehen. Widersprechen sich Prognosen, muss ein Geschäftsleiter zwischen konkurrierenden Prognosen wählen und eine Entscheidung treffen. Ein Entscheidungsverfahren soll mit entsprechenden Regeln dabei helfen, Vorwürfe des fehlerhaften Risikomanagements zu vermeiden.

I. Regeln zum Management von Risiken

Geschäftsleiter von Banken sind zum Risikomanagement verpflichtet und machen sich nach der neuen Regelung des § 54a KWG strafbar, wenn sie gegen Pflichten nach § 25c Abs. 4 S. 2 KWG verstoßen. Zum Risikomanagement nach § 25a KWG zählt es, Risiken zu ermitteln, zu identifizieren, zu beurteilen, zu steuern, zu überwachen und zu kommunizieren. Dazu gehören eine Risiko-Controlling- und eine Compliance-Funktion. Zu klären bleibt der zentrale Begriff des Risikos, der im Wortlaut der neuen Regelung des KWG nicht definiert, sondern vorausgesetzt ist. Deshalb ist erstens zu prüfen, ob sich in Rechtsprechung und Literatur eine „gefestigte Auslegung"[1] i. S. d. Bundesverfassungsgerichts zum Risikobegriff feststellen lässt und zweitens, wie mit der Pflicht zum Risikomanagement die Fehler vermieden werden können, die zur Finanzkrise geführt haben. Aus den Fehlern der Finanzkrise sollen Lehren gezogen werden, insbesondere müssen Regeln formuliert werden, mit denen sich Wiederholungen vermeiden lassen. Der Risikobegriff müsste dem Geschäftsleiter die dringend erforderliche Sicherheit darüber geben, was er als Gegenstand seines Risikomanagements zu verstehen hat, insbesondere wie und nach welchen Regeln er Risiken so zu behandeln hat, dass ihm kein Fehler beim Risikomanagement unterläuft, durch den er sich nach § 54a KWG strafbar machen kann. Insbesondere darf ein vorhersehbares und vermeidbares Risiko nicht übersehen werden.

Konkret stellt sich die Frage, wie und nach welcher Methode ein Geschäftsleiter das Ausfallrisiko der angekauften hypothekenbesicherten Wertpapiere hätte erfassen und vermeiden können. Geschäftsleiter hatten sich blind auf die AAA-Einschätzung der amerikanischen Rating-Agenturen verlassen, die als Prognosen zum Ausfallrisiko zu verstehen sind.[2] Die AAA-Note soll es Investoren ermöglichen, die Wahrscheinlichkeit zu beurteilen, ob die Schuldner der Hauskredite ihre Hypotheken bedienen können oder ob Ausfälle der Forderungen drohen. Den Investoren wurde von Standard & Poor's (S&P) ausdrücklich mitgeteilt, dass bei der Bewertung besonders komplexer Wertpapiere, den Collateralized Debt Obligations (CDO), mit der Note AAA nur eine Wahrscheinlichkeit von 0,12 % bestand, dass es in den nächsten fünf Jahren zu einem Zahlungsverzug kommen würde[3]. Mit AAA werden sonst nur Staatsanleihen und Anleihen erster Industrieadressen ohne Ausfallrisiko bewertet.

Die Prognosen der Rating-Agenturen waren falsch. 28 % der mit AAA bewerteten CDOs gelten nach Ausbruch der Finanzkrise als Zahlungsausfälle. Angeblich risikolose Geldanlagen erwiesen sich als hochriskant. Auf diese Prognose hatten sich Investoren verlassen, insbesondere auch der Geschäftsleiter der IKB Cam, der keine eigenen Risikoanalysen erstellt hatte, was sich im Gerichtsverfahren herausgestellt hat und zum entscheidenden Vorwurf wurde. Die Vorstandsmitglieder haben ihre Pflicht zur Informationsbeschaffung verletzt, wozu sie „alle ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen haben. Dabei dürfen sie sich nicht nur auf Informationen Dritter verlassen, sondern sind gehalten, eigene Informationsquellen im Unternehmen zu schaffen, sowie ihr Funktionieren zu überwachen und sie zu nutzen"[4]. Die IKB[5] hatte Wertpapiere für 24,7 Mrd. Euro angekauft. Später stellte sich heraus, dass die Rating-Agenturen auf keinerlei Erfahrungen über Ausfallrisiken bei CDOs zurückgreifen konnten. Die Ausfallrisiken wurden ausschließlich nach Modellrechnungen beurteilt. In den meisten Modellen kommen keine Blasen vor, sodass sie auch nicht prognostiziert werden können.[6] *Silver* weist allerdings nach, dass S&P eine Blase simuliert hatte, jedoch mit nur einem geringen unterschätzten Preiseinbruch von 20 % über einen Zeitraum von zwei Jahren.[7] Die Ausfallquoten für CDOs erwiesen sich als zweihundert Mal höher als von S&P prognostiziert.[8] Mehr

* Teil I des Beitrages (CB 8/2013, 322) beschäftigte sich insbesondere mit dem zentralen Begriff des „Risikos" und gab einen Überblick über die rechtlichen Regeln aus Rechtsprechung und Literatur im Umgang mit Risiken.

1 BVerfGE 126, 170, Rd.-Nr. 82, 83.

2 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 32.

3 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 32.

4 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, 6 W 45/09, 2. B)b)bb).

5 *Appel*, in: Braunberger/Fehr (Hrsg.), Crash Finanzkrisen gestern und heute, 2008, S. 169.

6 *Nienhaus*, Die Blindgänger, Warum Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 101.

7 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 38.

8 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 33

als 90 % der hypothekenbesicherten Wertpapiere gelten inzwischen als wertlos.[9]

Entschuldigt und erklärt wird diese katastrophale Fehlprognose mit der geplatzten Immobilienblase, die als unvorhersehbares Ereignis und als Entschuldigung von den Rating-Agenturen angeführt wird. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die künftige Strafbarkeit nach § 54a KWG mindestens einen Fahrlässigkeitsvorwurf voraussetzt, der dann begründet ist, wenn ein eingetretener Schaden im Nachhinein als vorhersehbar und vermeidbar beurteilt wird. Künftig entscheidet über die Strafbarkeit von Geschäftsleitern deren eigene Prognose, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Bei jeder Entscheidung müssen Geschäftsleiter für die Zukunft prüfen, welche Schäden vorhersehbar und vermeidbar sind.

In den nachträglichen Analysen wurde allerdings das Platzen der Immobilienblase als durchaus vorhersehbar beurteilt. Belegt wird die Vorhersehbarkeit mit den Warnungen namhafter Volkswirte. Gewarnt hatte *Robert Shiller*, der diesjährige Nobelpreisträger, schon 2005 in der 2. Auflage seines Buches „Irrational Exuberance“[10]. Er hatte schon das Platzen der New-Economy-Blase vorausgesagt. Für den Immobilienmarkt hatte er die Entwicklung der Immobilienpreise in dem Case-Shiller-Index dokumentiert, um Blasen messbar zu machen. Gewarnt hatten außerdem *Nouriel Roubini*[11], ein Berater des Weißen Hauses und Leiter der Grundsatzabteilung im amerikanischen Finanzministerium, *Dean Baker* 2002, der Nobelpreisträger *Paul Krugman* im August 2005, in Deutschland der Bundesbankpräsident *Axel Weber* 2007, der Ifo-Präsident *Hans-Werner Sinn* sowie *Max Otte*[12], *Warren Buffet* in seinem Geschäftsbericht schon 2002 auf S. 15, in dem er die Gefährlichkeit und Intransparenz der Wertpapiere hervorhob und sie als finanzielle Massenvernichtungswaffen bezeichnete, die Gefahren in sich bergen, die derzeit verborgen und potentiell tödlich sind.[13]

Gegen die Ansicht, die Immobilienblase sei ein unvorhergesehenes Ereignis sprechen auch die Nachweise über die Furcht vor dem Platzen einer Immobilienblase im öffentlichen Bewusstsein. Schon 2005 wurde die Immobilienblase zehn Mal täglich in Zeitungen und Zeitschriften diskutiert. Die Suchanfragen nach dem Stichwort „Housing Bubble“ verzehnfachten sich bei Google zwischen 2004 und 2005.[14]

Die Warnungen vor dem Schadenseintritt werden im Nachhinein als Belege für das Verschulden des verantwortlichen Geschäftsleiters der Bank angeführt. Die gleiche Frage nach der Vorhersehbarkeit hätte der Geschäftsleiter im Zeitpunkt seiner Entscheidung im Rahmen einer eigenen Risikoanalyse prüfen und als Beweissicherung zur Abwehr späterer Vorwürfe dokumentieren sollen.[15] Unterlässt ein Geschäftsleiter die Risikoanalyse und erfüllt er nicht seine Informationsbeschaffungspflicht, schöpft er nicht sämtliche verfügbaren Erkenntnisquellen aus, und betreibt er keine Beweissicherung, werden Dritte, nämlich die Geschädigten, nach dem Schadenseintritt die Risikoanalyse vornehmen, nur mit dem Nachteil, dass sie den Schadensverlauf kennen, i. d. R. schlauer sind als der verantwortliche Geschäftsleiter zur Zeit seiner Entscheidung vor dem Schadenseintritt. Sie werden v. a. dem Rückschaufehler (Hindsight-Bias) unterliegen, was zu Lasten des Geschäftsleiters gehen muss. Der Rückschaufehler besteht darin, dass nach dem Schadenseintritt niemand klar unterscheiden kann, was er vor und nach dem Schadenseintritt wusste.[16]

II. Entscheidungen bei konkurrierenden Prognosen

Im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung existierten zwei widersprüchliche Prognosen zum Ausfallrisiko der CDOs. Das Ausfallrisiko hängt davon ab, ob die Hausbesitzer ihre hypothekenabgesicherten Kreditforderungen bezahlen können oder die Zahlungen ausfallen und die Wertpapiere wertlos machen. Die Investitionsentscheidung eines Geschäftsleiters beim Ankauf von hypothekenbesicherten Wertpapieren hängt davon ab, welcher von beiden konkurrierenden Prognosen er sich anschließt. Der Geschäftsleiter der IKB-Cam hat sich blind der optimistischen AAA-Einschätzung der Rating-Agenturen angeschlossen, ohne die unübersehbaren Warnungen der Crash-Propheten, der Volkswirtschaftsprofessoren und der sonstigen Experten zu berücksichtigen. Er hat sogar auf eine eigene Risikoanalyse geglaubt verzichten zu können. Durch diese Fehlentscheidungen aufgrund der katastrophalen Fehlprognosen der Rating-Agenturen entstand der Schaden in Milliardenhöhe. Das Risikomanagement hat in vielen anderen Banken vergleichbar versagt.

Nach der neuen Strafdrohung durch § 54a KWG stellt sich umso dringender die Frage, welche Regeln von Geschäftsleitern beim Ermitteln und Beurteilen von Risiken anzuwenden sind, um in Zukunft vergleichbare Fehlentscheidungen zu vermeiden. Versteht man unter einem Risiko eine Schadensprognose und bedenkt man das Ausmaß der katastrophalen Fehlprognose, empfiehlt sich die Untersuchung der grundsätzlichen Fragen zur Entstehung und Geltung von Prognosen, zu den Erfahrungssätzen, auf die die Prognosen gestützt werden, und den Regeln zu ihrer Auswahl im Falle von Konflikten zwischen Prognosen und der Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung sowie zwischen konkurrierenden sich widersprechenden alternativen Hypothesen. Zuvor soll noch untersucht werden, was sich als „gefestigte Rechtsprechung“[17] zu Prognosen in der Rechtsprechung feststellen lässt.[18]

III. Der Zweck von Prognosen nach der Rechtsprechung

Klarheit zum Zweck von Prognosen hat das OLG Frankfurt in seiner Merck-Entscheidung gebracht. Intuitiv könnte man zunächst annehmen, dass mit Prognosen die Wahrheit vorhergesagt werden soll. Diese Ansicht vertrat auch das Chemieunternehmen und weigerte sich, während der Finanzkrise in seinem Lagebericht die voraussichtliche Entwicklung der Kapitalgesellschaft mit Chancen und Risiken zu beurteilen. Die Prognose- und Risikoberichterstattung gehört als Pflicht jedoch nach § 289 HGB zu den zwingend vorgeschriebenen Mindestbestandteilen des Lageberichts, auf die nicht verzichtet werden darf.

---

9 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 32.

10 *Shiller*, Irrational Exuberance, 2. Aufl. 2005, S. 13–14.

11 *Bernau*, FAZ v. 2.11.2008, S. 40.

12 *Otte*, Der Crash kommt. Die neue Weltwirtschaftskrise und was Sie jetzt tun können, 2009, S. 84; *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 36; *Nienhaus*, Die Blindgänger, 2009, S. 125.

13 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – I – 6 W 45/09, 6 W 45/09, 2. B)b)bb).

14 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, 2013, S. 35.

15 *Feigen*, Manager Magazin 5/2010, S. 120.

16 *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 73.

17 BVerfG, 126, 170 Rn. 82–83.

18 Zu den weiteren Pflichtverletzungen, nämlich der Verletzung der Satzung, des Eingehens von Klumpenrisiken, der Verlagerung von Aufgaben, s. *Spindler*, NZG, 2010, 281.

Das Chemieunternehmen hatte sich darauf berufen, eine Prognose im Lagebericht unterlassen zu können, weil in Zeiten der Finanzkrise keine „richtigen Prognosen" abgegeben werden könnten. Diese Verweigerung zur Prognoseberichterstattung wurde vom Gericht als Fehler der Rechnungslegung zurückgewiesen. Auf Risikoaussagen und Prognosen könne nicht verzichtet werden, auch wenn es kein richtig oder falsch gibt und v. a. in Krisenzeiten erhebliche Einschätzungsspielräume eröffnet seien. Nach Ansicht des OLG Frankfurt hat die Prognose nicht die Aufgabe, die Wahrheit vorherzusagen, sondern die Selbsteinschätzung des Unternehmens im Rhythmus der Bilanzierung zu überprüfen[19]. Prognosen dienen der Selbstkontrolle und nicht der Wahrheitsfindung. Trifft die Prognose als Selbsteinschätzung nicht zu, muss ein Unternehmen alle von der Selbsteinschätzung abhängigen sonstigen Maßnahmen im Unternehmen korrigieren und den aktuellen Umständen anpassen, z. B. die Belegschaft verkleinern oder erweitern, Investitionen erhöhen oder senken.

Auch der Gesetzgeber muss Entscheidungen treffen ohne sicher zu sein, ob die Erwartungen an die Wirkung eines Gesetzes der tatsächlichen Entwicklung in der Zukunft entsprechen. Gesetze werden zum Experiment. Für die experimentelle Gesetzgebung bestimmt das Bundesverfassungsgericht, dass der Gesetzgeber eine Pflicht zur Rechtsetzung auf Probe hat. Er muss jedoch im Rahmen seiner Gesetzesfolgenabschätzung beobachten, ob seine Erwartungen durch die tatsächliche Entwicklung bestätigt werden oder ob sie sich als Fehlprognosen erweisen. Bei Fehlprognosen ist der Gesetzgeber zur Nachbesserung durch Gesetzesänderungen verpflichtet.[20]

Der Gesetzgeber ist nach der Rechtsprechung des BVerfG im Übrigen zur sorgfältigen Prognose verpflichtet. Die Eignung des Gesetzes ist aufgrund einer verlässlichen Prognose abzuschätzen.[21] Die Prognose des Gesetzgebers muss vertretbar sein. „Dieser Maßstab verlangt, dass der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert hat, er muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können …".[22]

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in ständiger Rechtsprechung, dass es bei Prognosen nicht darauf ankommt, „ob die Prognosen durch die spätere Entwicklung mehr oder weniger bestätigt oder widerlegt werden".[23]

Die Rechtsprechung zu Prognosen lässt sich durch die Resultate der Erkenntnistheorie belegen und liefert weitere Regeln für die Situation konkurrierender Prognosen, sowie für die Abweichung der Erwartungen von der tatsächlich später eingetretenen Entwicklung.

IV. Auswahlverfahren bei widersprüchlichen Prognosen

Widersprechen sich Prognosen über künftige denkbare Schadensverläufe, muss sich ein Geschäftsleiter entscheiden, welche der Prognosen seiner Ansicht nach gilt und für welche er sich deshalb zu entscheiden hat.

Folgt er der Prognose der Rating-Agenturen, lässt er die Prognose gelten, wonach kein oder nur ein äußerst geringes Ausfallrisiko besteht, die angekauften, hypothekenbesicherten Wertpapiere ihren Wert behalten und er deshalb investieren kann. Lässt er dagegen die Prognose der warnenden Crash-Propheten gelten, dass sich Ausfallrisiken realisieren, weil eine Immobilienblase anzunehmen ist, Hauspreise überhöht sind, weil sie weder durch gestiegene Baukosten, noch durch gestiegene Zinsen, noch durch Bevölkerungswachstum und erhöhte Nachfrage sich begründen lassen und deshalb auch wieder drastisch fallen werden, und in einer weiteren Konsequenz die Hausbesitzer ihre Darlehen nicht mehr bedienen können, die Blase schließlich platzt, wenn er dieser Prognose folgt, dann dürfte er in die hypothekenbesicherten Wertpapiere nicht investieren. Er muss sich für seine Investitionsentscheidung die Frage stellen, welche der sich widersprechenden konkurrierenden Prognosen er übernehmen kann.

V. Erfolglose Auswahlversuche durch die Unterscheidung zwischen wahren und falschen Prognosen

Für die Frage, welche der sich widersprechenden konkurrierenden Prognosen gilt, ist ein Auswahlverfahren erforderlich. Wer nach der Wahrheit von Prognosen sucht, ist überzeugt, die tatsächliche zukünftige Entwicklung treffsicher vorhersagen und außerdem künftige Ereignisse als wahr beweisen und sogar berechnen zu können.[24]

Die Unterscheidung zwischen wahren und falschen Prognosen ist nicht möglich. Wahr ist nämlich alles, was sich erkennen, beobachten und beweisen lässt. Beobachten lassen sich jedoch nur Ereignisse in der Vergangenheit und in der Gegenwart, nicht aber in der Zukunft. Wer behauptet, eine Prognose gelte, behauptet damit, etwas wissen zu können, ohne es beobachtet zu haben. Erfahrungssätze lassen sich nicht beweisen, nicht verifizieren, da nur endlich viele Beobachtungen zur Überprüfung angestellt werden können, aber für Aussagen über die Zukunft unendlich viele Beobachtungen nötig wären. Die Wahrheit keiner einzigen real-wissenschaftlichen Hypothese wird die Menschheit bis ans Ende aller Tage feststellen können.[25]

Selbst wenn man irrtümlicherweise angenommen hätte, zwischen wahren und falschen Prognosen zu unterscheiden, hätte dieses Auswahlverfahren bei der Analyse der Ausfallrisiken der CDOs schon deshalb versagt, weil es keine Erfahrungen zum Ausfall gab. Die CDOs waren Finanzinnovationen. Die Rating-Agenturen besaßen keinerlei Erfahrungswerte. Es handelt sich um völlig neuartige Wertpapiere. Die Annahmen zum Ausfallrisiko haben die Rating-Agenturen aus einem fehlerhaften statistischen Modell gewonnen. In der Praxis

19 OLG Frankfurt, 24.11.2009 – WpÜG 11, 12/09, in: NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung).

20 *Callies*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 593; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung, 1989, S. 34, *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20, Anm. 151; BVerfGE, 30, 250, 263 (Absicherungsgesetz), BVerfGE 57, 139, 159, 162 (Schwerbehindertenabgabe); BVerfGE 50, 290, 335 (Mitbestimmungsurteil), BVerfGE 54, 11, 37 (Besteuerung von Pensionen).

21 BVerfGE 39, 210, 226 (Mühlenstrukurgesetz); BVerfGE, 50, 299, 333 (Mitbestimmungsurteil).

22 BVerfGE 50, 299, 333 (Mitbestimmungs-Urteil).

23 BVerwG, 3.7.1998 – 4 CN 5/97, NVwZ 1999, 407.

24 Zu den Grenzen der Berechenbarkeit von Risiken und der Unterscheidung von Risiko und Unsicherheit s. *Arnoldi*, Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Weltrisikogesellschaft, 2009, S. 42.

25 *Stegmüller*, Hauptströmung der Gegenwartsphilosophie, 4. Aufl. 1969, S. 346; Das Problem der Induktion: Humes Herausforderungen und moderne Antworten, in: Neue Aspekte der Wissenschaftstheorie, von Lenk (Hrsg.), Braunschweig 1971; *K. Fischer*, Fallibilismus, in: Bonk, Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 64.

erwies sich die Ausfallwahrscheinlichkeit 200 Mal höher als in der Theorie des Modells.[26]

VI. Erfolglose Auswahlversuche für die Geltung von Prognosen durch das Induktionsprinzip

Es bleibt die Frage, wie, wenn nicht durch Beobachtung, die Geltung von Prognosen und den zugrundeliegenden Erfahrungssätzen ermittelt werden kann. Der Alltagsverstand legt die Annahme nahe, es müsse eine Regel oder ein logisches Schlussschema oder ein wie auch immer geartetes Prinzip geben, Schlüsse von beobachteten Ereignissen auf Unbeobachtetes zu ziehen. Die Suche nach dem Induktionsprinzip wird als Induktionsproblem behandelt. Einerseits sollte das Induktionsprinzip die Wahrheit von Beobachtungswissen auf Vermutungswissen übertragen und dadurch den Informationsgehalt erweitern. Wie jeder andere Erfahrungssatz auch, lässt sich das Induktionsprinzip nicht verifizieren. Man müsste in der Zukunft beobachten können, ob die wiederholte Beobachtung immer zu wahren Gesetzen führt. Zahllose Beispiele von Gesetzen aus der Wissenschaftsgeschichte lassen sich benennen, die sich trotz der Annahme, sie seien absolut und für alle Zeiten gültig und könnten Prognosen rechtfertigen, als bloße Hypothesen herausstellten, nachdem gegenteilige Entdeckungen gemacht worden waren.[27] Es gibt nach einhelliger Ansicht keine wahrheitsübertragenden Erweiterungsschlüsse. Die Resultate der damaligen Erkenntnistheorie gelten nach *Popper* unbestritten bis heute fort. [28]

VII. Die Entstehung von Prognosen

Wenn Hypothesen und Prognosen zum Inhalt haben, dass in der Vergangenheit beobachtete Ereignisse immer gelten und damit auch in Zukunft, nicht durch Beobachtungen und auch nicht durch logische, induktive Erweiterungsschlüsse begründet werden können, stellt sich die Frage, wie Hypothesen zustande kommen, wie sie zu bewerten sind und ob und unter welchen Bedingungen sie gelten. Es stellt sich die psychologische Frage, wie vernünftige Menschen zu der Überzeugung gelangen, dass das, was sie erwarten, in Einklang stehen wird mit dem, was sie bereits erfahren haben.[29] Es stellt sich v. a. die Frage, ob zuerst die Wiederholung von Ereignissen in der Vergangenheit beobachtet wird und dann erst die Erwartungen begründet werden, dass diese Ereignisse auch in Zukunft eintreten werden. Nach *Popper* begründen nicht die Beobachtungen in der Vergangenheit die Erwartungen, die Wiederholungen würden sich in Zukunft fortsetzen. Die Reihenfolge ist umgekehrt. Erwartungen für die Zukunft sind der Anlass, nach Wiederholungen in der Vergangenheit zu suchen. Die Wiederholungen in der Vergangenheit dienten dazu, die Prognosen zu untermauern. Alles beginnt mit Erwartungen, die ohne und vor jeder Wiederholung sich bilden.[30] Dem Alltagsverstand ist diese intuitive Ansicht vertraut. Sie gehört zum Allgemeingut und kommt in der Redewendung zum Ausdruck, dass immer der Wunsch der Vater des Gedankens ist und nicht etwa die Beobachtung.[31]

Prognosen werden damit begründet, dass sich in der Vergangenheit Ereignisse wiederholt haben und die Wiederholungen sich in die Zukunft fortsetzen werden. Die Wiederholung eines Vorgangs ist aber nicht mit dem wiederholten Vorgang identisch, sondern nur mehr oder weniger ähnlich. Die Behauptung von Ähnlichkeiten setzt jedoch voraus, den Standpunkt zu benennen, von dem aus Ereignisse und Gegenstände ähnlich sind. Beliebige Ereignisse sind von einem Standpunkt ähnlich und von einem anderen aus unähnlich.[32] Die Einnahme eines Standpunkts setzt bestimmte Interessen oder Erwartungen voraus. Ohne einen Standpunkt lassen sich keine Ähnlichkeitsbehauptungen aufstellen. Jedes Ereignis lässt sich als Wiederholung eines beliebigen anderen ansehen, wenn man nur den geeigneten Standpunkt einnimmt.[33] Hypothesen und damit auch Prognosen erweisen sich als schöpferische Intuitionen[34] und sind als Ergebnisse von Kombinationsgaben eines jeweiligen Forschers zu verstehen.[35] Eine Hypothese aufzustellen ist eine Sache der persönlichen Erwartung und hängt nicht von vorgegebenen, objektiven, beobachtbaren Regelmäßigkeiten ab.

Hypothesen und Prognosen sind das Ergebnis von Wunschdenken.[36] Vom Wunschdenken hängt auch die optimistische Prognose der AAA-Einschätzung der CDOs durch die Rating-Agenturen ab. „Sie wollten einfach, dass die Party weitergeht“ erklärt *Nate Silver*.[37] Zumindest haben sich die Rating-Agenturen dem Verdacht ausgesetzt mit den geschönten Prognosen ihre eigenen geschäftlichen Interessen verfolgt zu haben. S&P und Moody’s haben durch ihre privilegierte Stellung als zugelassene Rating-Agenturen außergewöhnliche Gewinne durch die Bewertung der strukturierten Wertpapiere gemacht. Ihre Einschätzung gilt als Gütesiegel für große Investoren, wie Pensionskassen. *Nate Silver* weist nach, dass die Einnahmen Moody’s aus der Beurteilung der Papiere zwischen 1997 und 2007 um 800 % gestiegen sind und in den Jahren der Finanzblase den Hauptteil des Ratinggeschäfts ausgemacht haben.[38] Die Rating-Agenturen befanden sich in einem Interessenskonflikt.[39] Einerseits wurden von ihnen durch ihre Dienstleistung neutrale Prognosen erwartet. Gerade auf ihre Qualitätsbeurteilung haben sich Investoren blind verlassen, wie es sich im Falle der IKB erwiesen hat.[40] Das blinde Vertrauen in die professionelle Einschätzung durch die Rating-Agenturen wurde missbraucht. Das Gewinnerzielungsinteresse der Rating-Agenturen begründete die Neigung, Warnungen vor dem Platzen einer Immobilienblase zu bagatellisieren. Das Verfahren ihrer Bewertung war intransparent. Es existierte kein nachvollziehbares Verfahren, um die überoptimistischen AAA-Einschätzungen über das Ausfallrisiko mit den ebenfalls existierenden pessimistischen Prognosen der Crash-Propheten zu

26 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 33.
27 *Popper*, Objektive Erkenntnis, ein evolutionärer Entwurf, 1973, S. 22.
28 *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, 1973, S. 77; *Popper*, Objektive Erkenntnis, ein evolutionärer Entwurf, 1973, S. 19, Logik der Forschung, S. 4, 320; *K. Fischer*, in: Bonk (Hrsg.) Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 64.
29 *Stegmüller*, Personelle und statistische Wahrscheinlichkeit, Aufgaben und Ziele der Wissenschaftstheorie, Induktion, 1984, S. 79.
30 *Popper*, Objektive Erkenntnis, ein evolutionärer Entwurf, 1973, S. 36.
31 *Nienhaus*, Die Blindgänger, 2009, S. 102.
32 *Popper*, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 374.
33 *Popper*, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 376.
34 *Popper*, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 7.
35 Wolfgang *Stegmüller*, Hauptströmung der Gegenwartsphilosophie, 4. Aufl. 1969, S. 470.
36 *Rack*, Die Verfassung als Maßstab, 1978, S. 205 .
37 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S 35.
38 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S 37.
39 *Nienhaus*, Die Blindgänger, 2009, S. 45.
40 *Appel*, in: Braunberger/Fehr, Crash, Finanzkrisen gestern und heute, 2008, S. 169.

vergleichen, um die Geltung einer der konkurrierenden Prognosen bestimmen zu können. Offenbar war die AAA-Einschätzung nicht nachvollziehbar und durch keine Plausibilitätskontrolle der Investoren zu überprüfen.

Vor allem hätten die Prognosen überwacht werden müssen. Die Investoren hätten über alle Erkenntnisse informiert werden müssen und zwar über die Ratenrückstände und Tilgungen und über das Zahlungsverhalten der Schuldner, insbesondere ob sie ihren Forderungen rechtzeitig nachkamen. Die Rating-Agenturen hätten die Probleme auf dem Immobilienmarkt als erste erkennen müssen, „da sie besser informiert waren als alle anderen".[41]

Als erste Regel für fehlerfreies Risikomanagement bietet sich deshalb die Prüfung durch einen Geschäftsleiter an, Interessenkonflikte bei Vertretern von Prognosen zu erfragen und offenzulegen, um den persönlichen Standpunkt zu ermitteln, von dem aus er Prognosen aufstellt und von welchen Erwartungen er ausgeht, um den eventuellen „Verlust einer kritischen Einstellung gegenüber Hypothesen festzustellen, deren Vermarktung eine gute Rendite verspricht".[42]

VIII. Konkurrierende Prognosen vor der Finanzkrise zwischen Crash und AAA

Die Crash-Propheten haben ihre Prognose mit einer drohenden Immobilienblase begründet. Die Immobilienblase entwickelte sich durch einen massiven Anstieg der Immobilienpreise und einem hohen Zufluss ausländischen Kapitals in die USA als Ergebnis eines Rekord,-Handels- und Leistungsbilanzdefizits. Seit dem Beginn der Zeitreihe zu den Immobilienpreisen von 1891 an ist kein Immobilienpreisboom vergleichbar nach Dauer und Größenordnung mit dem Boom festgestellt worden, der der Finanzkrise von 2007 vorausging. Aus dem Case-Shiller-Immobilienindex lässt sich ablesen, dass von 1996 bis 2006, dem Jahr des Immobilienpreishöchststands, der kumulative und reale Preisanstieg rund 92% betrug, das sind mehr als das Dreifache des gesamten Preisanstiegs von 27% in der Zeit von 1980 bis 1996. Allein im Jahr 2005 kletterten die Immobilienpreise um mehr als 12%. Dieser Anstieg betrug das Sechsfache der Zuwachsrate des realen Pro-Kopf-BIP für dasselbe Jahr 2005.[43] Dieser Preissprung war weder durch gestiegene Baukosten, noch durch Grundstückskosten oder durch gestiegene Finanzierungskosten gerechtfertigt.[44] Wenn die Preisexplosion das Sechsfache der Einkommenszuwächse pro Kopf ausmacht, wird ein Niveau erreicht, das sich niemand mehr leisten kann und der Preissturz unausweichlich folgen muss.[45]

Die konkurrierende Prognose, die die Rating-Agenturen vertraten, sah in dem genannten Risikofaktor eines nie dagewesenen, grundlosen Preissprungs keine Gründe für die Annahme einer Immobilienblase mit dem Risiko, dass die Blase platzen könnte und einem daraus sich ergebenden weiteren Risiko einer Finanzkrise. Vielmehr wurden von Rating-Agenturen die hypothekengesicherten Wertpapiere mit AAA bewertet. Die Prognose einer Finanzkrise wurde mit Ähnlichkeiten zu Vorgängerkrisen begründet und als Wiederholung verstanden. Von den Optimisten wurde die Ähnlichkeit mit dem Argument geleugnet, dass dieses Mal alles anders sei und damit begründet, dass die USA über die verlässlichsten Regulierungssysteme für den Finanzmarkt, ein innovatives Finanzsystem, liquide Kapitalmärkte, überlegene geldpolitische Institutionen und Finanzinstrumente zur Regulierung der Hypothekenmärkte verfügten.[46] Neue und bessere Risikostreuung durch Finanzinnovationen wie die Bündelung angeblicher unkorrelierter verbriefter Hypothekenforderungen sollten das Risiko senken. Gedacht war, die Risiken zu minimieren. Das Gegenteil wurde jedoch bewirkt. Die Risiken wurden vervielfacht.[47]

Die Diskussion über Prognosen lässt sich auf die methodische Frage reduzieren, ob die umstrittene wirtschaftliche Lage vor dem Ausbruch der Finanzkrise Ähnlichkeiten mit Vorgängerkrisen hat und sich die prognostizierte Krise als Wiederholung historischer Vorgängerkrisen verstehen lässt. Wer vor der Krise warnt, behauptet von seinem Standpunkt aus die Ähnlichkeiten mit Vorgängerkrisen, insbesondere die Ähnlichkeiten der Vorzeichen. Wer dagegen eine drohende Krise leugnet, bestreitet die Ähnlichkeiten mit Vorgängerkrisen und nennt Gründe, warum „dieses Mal alles anders ist". Das Argumentationsmuster haben *Reinhart* und *Rogoff* sogar als Buchtitel gewählt, weil es sich als Argument immer wiederholt. Zu beobachten ist, dass zwei konkurrierende Prognosen namhafte Unterstützung finden und dass kein Auswahlverfahren zur Verfügung steht, das eine Entscheidung für oder gegen eine der konkurrierenden Prognosen rechtfertigen konnte. Die Analyse der Diskussion zeigt jedoch, dass unterschiedliche Meinungen über Ähnlichkeiten, über Wiederholungen ausgetauscht werden und der jeweilige Standpunkt, von dem aus die Ähnlichkeiten behauptet werden, nicht benannt wird. Die jeweiligen Vertreter bringen ihre jeweilige Reputation in die Diskussion ein. *Reinhart* und *Rogoff* verweisen auf die Prognose des Internationalen Währungsfonds (IWF) vom April 2007, wonach „die Risiken für die Weltwirtschaft auf ein extrem niedriges Niveau gesunken seien und es derzeit keinen Anlass zu großer Besorgnis gebe". Auch der IWF war mit dieser Prognose in seiner Eigenschaft als internationaler Alarmgeber in die Reihe der Optimisten einzuordnen, die gegenüber den Crash-Propheten meinten behaupten zu können, dass dieses Mal alles anders sei. Ein Geschäftsleiter muss sich vor seiner Investition entscheiden, welcher der sich widersprechenden Einschätzungen er folgt. Er hat die Wahl zwischen Crash und AAA. Eine Entscheidung muss in einem nachvollziehbaren Verfahren getroffen werden, v. a. auch um den späteren Vorwurf einer Fehlentscheidung zu vermeiden. Das Entscheidungsverfahren muss geeignet sein, die Geltung von konkurrierenden Hypothesen und Prognosen zu ermitteln.

IX. Die Falsifikation als Entscheidungsverfahren

Nate Silver bezieht sich ausdrücklich auf das Falsifikationsverfahren nach *Popper*, um das Prognoseproblem zu lösen, das zur katastrophalen Fehlprognose und zur Finanzkrise geführt hat.[48]

Die Falsifikationsmethode geht auf *Popper* zurück und besagt, dass Hypothesen sich nicht bestätigen lassen, weder durch Beobachtungen zukünftiger Entwicklungen, noch durch logische induktive Erweiterungsschlüsse und deshalb versucht werden muss, sie zu wider-

41 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 36.
42 *K. Fischer*, in: Bonk, Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 67.
43 *Reinhart/Rogoff*, Dieses Mal ist alles anders, 2010, S. 297, 298; *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 46.
44 *Shiller*, Irrational Exuberance, 2. Aufl. 2005, S. 13, 14.
45 Silver, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 46.
46 *Reinhart/Rogoff*, Dieses Mal ist alles anders, 2010, S. 306.
47 *Harford*, Trial and Error, 2012, S. 275.
48 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 25.

legen, zu falsifizieren. Die Falsifikation ist ein Programm, Theorien an der Erfahrung scheitern zu lassen. Hypothesen sind danach nicht beweisbar, aber widerlegbar. Eine Hypothese über alle ähnlichen Fälle kann nicht aus einzelnen Beobachtungen abgeleitet werden, sie kann jedoch mit Einzeltatsachen in Widerspruch stehen.[49] Auf Grund der zu überprüfenden Hypothese sind Prognosen aufzustellen. Tritt das Prognostizierte nicht ein, so ist die Hypothese falsifiziert. Wenn eine Hypothese den Anspruch erhebt, in allen Fällen und damit auch in Zukunft zu gelten, dann ist sie widerlegt, wenn auch nur ein beobachteter Fall der Prognose widerspricht. Die Falschheit von besonderen Sätzen über die Beobachtung der Wirklichkeit wird auf die Allgemeinsätze übertragen, aus denen der besondere Satz, eine Prognose, zuvor abgeleitet wurde.[50] Die logische Basis der Identifikation fehlerhafter Hypothesen ist die Schlussfigur des „modus tollens".[51] Zum Beispiel gilt seit der Entdeckung des schwarzen australischen Schwans nicht mehr der Erfahrungssatz, dass alle Schwäne auch in Zukunft weiß sind.

X. Entscheidungsfehler als Grund für Fehlprognosen vor der Finanzkrise

Der Entscheidungsfehler der Rating-Agenturen bei der Bewertung der Ausfallrisiken der verbrieften hypothekengesicherten Forderungen bestand darin, die Prognosen auf Hypothesen gestützt zu haben, die nicht auf ihre Geltung mit Hilfe der Falsifikationsmethode überprüft wurden. Weder die überoptimistischen Prognosen der Rating-Agenturen zum Ausfallrisiko, noch die warnenden Prognosen der Crash-Propheten wurden von den Entscheidungsträgern auf ihre Geltung überprüft. Keiner der Beteiligten hat versucht, die jeweils konkurrierenden Theorien im Rahmen eines Falsifikationsverfahrens zu widerlegen. Die sich widersprechenden Hypothesen und Prognosen über die Ausfallrisiken konkurrierten unentschieden weiter um die Anerkennung ihrer Geltung.

Falsifizieren bedeutet, die Erwartungen an die Zukunft an der Wirklichkeit zu messen und die Widerlegung der Erwartungen mit Erfahrungen erstens aus der Vergangenheit, zweitens aus der Gegenwart und drittens aus dem internationalen Erfahrungsschatz zu versuchen.

Mit Hilfe der Analyse von *Nate Silver* zur Finanzkrise lässt sich zeigen, dass die verwendeten Hypothesen, auf die die Prognosen gestützt wurden, sich schon damals im Zeitpunkt der Entscheidung hätten widerlegen lassen. Voraussetzung wäre gewesen, die Regeln der Falsifikationsmethode beim Entscheidungsvorgang konsequent anzuwenden und „sämtliche verfügbaren Erkenntnisquelle auszuschöpfen"[52], wie es das Bundesverfassungsgericht für Entscheidungen unter Unsicherheit fordert.

Die Prognose zum Ausfallrisiko wurde schon nicht als falsifizierbare Hypothese formuliert, wodurch die Widerlegbarkeit erschwert wurde. Sie wurde eher verkürzt als AAA-Bewertung verschlüsselt und war als Prognose zum Ausfallrisiko nur schwer zu erkennen.

Die Prognose der Rating-Agenturen wurde auf die Hypothese gestützt, dass durch Risikostreuung das Ausfallrisiko verbriefter, hypothekenbesicherter Forderungen minimiert werden könnte. Dieser Hypothese lag die Annahme zugrunde, dass jede Hypothek von den anderen unabhängig ist und dass deshalb überhaupt kein Ausfallrisiko bestehe, weil nicht alle Schuldner gleichzeitig ausfallen könnten.[53]

Mit dieser optimistischen Hypothese stand die konkurrierende Prognose im Widerspruch, dass nämlich durch ein Einheitsrisiko alle Schuldner aus dem gleichen Grund ihre Hypotheken nicht mehr bedienen können und deshalb nicht mit dem Ausschluss des Ausfallrisikos durch Risikostreuung zu rechnen ist, sondern im Gegenteil mit einem Totalausfall aller Schuldner aus dem gleichen Grund.[54] Beide konkurrierenden Hypothesen wurden nicht in einen Abwägungszusammenhang gebracht. Die Rating-Agenturen setzten darauf, dass die Zahlungsfähigkeit der einzelnen Schuldner unkorreliert ist. Die Fehlprognose vom sinkenden Ausfallrisiko durch Risikostreuung lässt sich mit Erfahrungen über die Immobilienpreisentwicklung in den USA von 1980 bis 2005 erklären. In diesem Zeitraum waren die Immobilienpreise entweder stabil oder sie stiegen. Die Erfahrung eines Wertverfalls oder eines Preissturzes kannte man aus den USA im Zeitraum zwischen 1980 und 2005 nicht. Anhand dieses Beobachtungsumfangs lag die Annahme nahe, dass die Hypotheken des einen Hausbesitzers wenig Einfluss auf die Hypothek eines anderen Eigentümers haben würden.[55] Den Fall, dass ein Preissturz durch ein einheitliches Risiko verursacht werden könnte, von dem alle Hausbesitzer gleichzeitig getroffen werden könnten, kam im Erfahrungsschatz der US-Amerikaner nicht vor. Ein Preissturz lag außerhalb der Modellrechnungen, er lag „Out-of-Sample" und galt als untypisch und wird als Grund für die extreme Fehleinschätzung genannt. Der Preissturz wurde nicht in die Vergleichswerte einbezogen, den Rating-Agenturen unterlief dieser typische Fehler von Prognostikern. Die verwendeten Modelle waren wertlos, weil sie das Ausfallrisiko nicht einschätzen konnten.[56] Das Platzen der Blase hätte sich auch auf Grund des Umstandes vorhersehen lassen, dass die USA zwar noch nie einen Preissturz erlebt hatten, andererseits auch noch nie einen grundlosen Preissprung. *Robert Shiller* hat die Preissteigerung in den USA über 100 Jahre von 1896 bis 1996 in einem historischen Vergleich mit insgesamt 6 % ermittelt, pro Jahr also nur 0,06 %, was sich mit dem Überfluss an freien Flächen der USA erklären lässt.[57]

Der methodische Fehler beim Formulieren einer solchen Hypothese bestand darin, den Beobachtungsbereich für die Erfahrungen[58] über Immobilienpreisentwicklungen auf die Erfahrung in den USA in jüngster Vergangenheit begrenzt zu haben. Die internationalen Erfahrungen und die langfristigen historischen Erfahrungen wurden nicht einbezogen.

Die Rating-Agenturen hatten auf unkorrelierte Risiken gewettet, obwohl die Annahme eines Totalausfalls durch ein Einheitsrisiko schon damals in der Diskussion war.[59]

Reinhart und *Rogoff* betonen, dass die Immobilienblase in den USA Ende 2005 Vorgänger hatte, aus denen man Lehren ziehen konn-

49 *Popper*, „Logik der Forschung" 4. Aufl. 1971, S. 16.
50 *Popper*, „Logik der Forschung" 4. Aufl. 1971, S. 16, 45; *Rack*, Die Verfassung als Maßstab, 1978, S. 217.
51 *K. Fischer*, in: Bonk (Hrsg.) Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 68.
52 BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsurteil).
53 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 40.
54 *Harford*, Trial and Error, 2012, S. 275.
55 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 62, 41.
56 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 61, 62; *Nienhaus*, Die Blindgänger, 2009, S. 109.
57 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 47.
58 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2. Aufl. 2005, S. 171
59 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 42.

te. Die Immobilienblase war nicht einzigartig und neu. Die sog. „Big Five Krisen“ in Spanien 1977, in Norwegen 1987, in Finnland und Schweden 1991 und Japan 1992 lassen ein unmissverständliches Muster erkennen. Nach einem Boom der Immobilienpreise wurde ein deutlicher Preissturz beobachtet. In Spanien betrug 1982 der Preisrückgang 33,3 % im Vergleich zum Höchststand der Immobilienpreise 1987, in Norwegen betrug 1993 der Preisrückgang 41,5 % im Vergleich zum Höchststand von 1987, 1994 in Schweden 31,7 % im Vergleich zu 1990, dem Höchststand, in Finnland sanken die Preise bis 1995 um 50,4 % im Vergleich zu dem Höhepunkt 1989 und schließlich in Japan sanken die Preise um 40,2 % im Vergleich zum Höhepunkt 1991. Zwischen Höchst- und Tiefstand betrug der Rückgang in den „Big Six-Krisen“ in Asien 2003 in Hongkonk 58,9 %, 1999 in Indonesien 49,9 %, 1999 in Malaysia 19 %, 2004 auf den Philippinen 53 %, 2001 in Südkorea 20,4 % und 1999 in Thailand 19,9 %.[60]

Die Rating-Agenturen hätten bei einem internationalen Vergleich aus jüngster Vergangenheit Preisstürze von erheblichem Ausmaß nicht nur in Schwellenländern, sondern auch in entwickelten Volkswirtschaften beobachten und daraus den Schluss ziehen können, dass in den USA nach einem Preissprung ein Preissturz folgen kann und dass keinesfalls der Erfahrungssatz gilt, Preissteigerungen könnten mit Wertsteigerungen gleichzusetzen sein. Die Rating-Agenturen hätten die Warner nur ernst nehmen müssen.

Nachgewiesen wurde außerdem, dass auf den Einbruch der Immobilienpreise regelmäßig Bankenkrisen folgten. Auch dieser Zusammenhang war nicht neu und hätte in die AAA-Bewertungen der verbrieften Hypothekenforderungen einkalkuliert werden müssen. Jedenfalls widerlegen die konkreten Erfahrungen aus den zitierten Immobilienkrisen die Hypothese, es könne nicht zu einem Preissturz kommen und mit dem Platzen der Immobilienblase in den USA hätte nicht gerechnet werden müssen. Die AAA-Bewertungen durch die Rating-Agenturen waren also Fehlprognosen und schon 2005 als solche zu erkennen.

XI. Fazit

Hätte man erstens die Prognosen nach Interessenkonflikte ihrer Vertreter geprüft und zweitens konkurrierende Prognosen als falsifizierbare Hypothesen ermittelt, formuliert und zur Diskussion gestellt, hätte man drittens die konkurrierenden Prognosen jeweils in einem Falsifikationsverfahren Widerlegungsversuchen ausgesetzt, in dem man die überoptimistischen Erwartungen an stetig weitersteigende Immobilienpreise mit den beobachteten konkreten internationalen und historischen Erfahrungen mit Preisstürzen nach grundlosen Preissprüngen verglichen, hätten sich die katastrophalen Fehlprognosen und die darauf basierenden Fehlentscheidungen von Geschäftsleitern über Investitionen in Wertpapiere vermeiden lassen. Geschäftsleiter hätten schließlich viertens auf einem nachvollziehbaren Bewertungsverfahren der Rating-Agenturen bestehen und die Prognosen einer eigenen Plausibilitätsprüfung unterziehen müssen. Nach allem empfiehlt sich die Falsifikation als Regelverfahren im Risikomanagement. Warum dieses seit langem bekannte Verfahren nicht praktiziert wurde, soll in einem Folgebeitrag anhand typischer Entscheidungsfehler untersucht werden, in dem gleichzeitig auf konkrete Risiken eingegangen werden soll.

AUTOR

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

60 *Reinhart/Rogoff*, Dieses Mal ist alles anders, 2010, S. 241–242.

Compliance-Test 9/2013

Mit dem monatlichen *Compliance-Test* von *Rack Rechtsanwälte* können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen eines Monats aus Umweltschutz, Arbeitschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden. Im Monat September 2013 gab es

- 209 Änderungen bei Rechtsnormen und
- 689 Änderungen bei Rechtspflichten.

Den kompletten Compliance-Test 9/2013 finden Sie unter www.rack-rechtsanwaelte.de.

Branchenlösungen

Das Managementsystem „Recht im Betrieb“ enthält für etwa 40 Branchen Muster-Pflichtenkataloge. Im Septembber 2013 ergaben sich folgende Änderungen bei den Rechtspflichten in ausgewählten Branchen:

Branche	Änderungen bei Rechtspflichten
Finanzbranche	468
Abfallverbrennung	179
Chemie	191
Chemie	116
Entsorgungsbetrieb	152
Energiewirtschaft	220
Gießerei	199
Facilitymanagement	127
Papierherstellung	131

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

1–2 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

28.1.2014 | 2.Jg
Seiten 1–44

EDITORIAL

Peter Schaar
Kampf der Datenschutzkulturen | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Gökçe Uzar-Schüller, Avukat
Länderreport Türkei: Compliance Regeln in der Türkei nach den letzten Reformen | 1

Dr. Martin Lützeler, RA/FAArbR
Arbeitsrechtliche Maßnahmen zum Schutz vor Wirtschafts- und Industriespionage | 5

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
CB-Test: Die neue Strafbarkeit von Geschäftsleitern der Banken nach § 54a KWG (Teil III) | 9

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dipl.-Psychologin Katrin Bohm und **Dipl.-Betriebswirt (FH) Alexander Wagner**
Wirtschaftskriminalität aufklären | 16

Alexander Eufinger
Möglichkeiten der Kartellermittlung im Zuge eines Antitrust Compliance Audits | 21

Sabine Starkloff
Wettbewerbsrechtliche Compliance – Warum es nicht immer gut ist, mit anderen zu teilen | 27

HAFTUNG UND AUFSICHT

Franz Held, RA
D&O-Versicherung als Manager-Airbag? | 29

Dr. Nicolai Behr, RA, und **Thomas Streinz**
Wann droht doppelt Strafe? | 35

Celeste Kemper und **Saida Joseph**
Technologieunterstützte Sichtung im Zeitalter von „Big Data" | 39

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

CB-Test: Die neue Strafbarkeit von Geschäftsleitern der Banken nach § 54a KWG (Teil III*)

Die Strafbarkeit wegen schuldhaften Fehlern beim Risikomanagement sowie ein Verbotsirrtum über die Rechtslage lässt sich nur durch präventive Risikoanalyse und Rechtsberatung vor Investitionsentscheidungen eines Geschäftsleiters vermeiden. In der Finanzkrise kam es zu katastrophalen Schäden, weil das Risikomanagement versagt hat. Durch Fehlprognosen wurden Fehlinvestitionen verursacht. Das Falsifikationsverfahren gilt unbestritten als das Entscheidungsverfahren, mit dem unter konkurrierenden Prognosen die falsifizierten ausgesondert werden können. Dazu gehört es, Erwartungen an künftige Entwicklungen über Chancen und Risiken an der tatsächlich eingetretenen Entwicklung möglichst zeitnah daraufhin zu überprüfen, ob die Erwartungen begründet oder unbegründet waren, ob Fehlprognosen dadurch früh zu erkennen und unverzüglich zu korrigieren sind.

I. Die unbestimmte Strafdrohung nach § 54a KWG lähmt unternehmerische Entscheidungen

Die offenen Fragen zu den Pflichten der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen beim Risikomanagement machen die Strafdrohung unbestimmt. Zu Recht wird die Strafdrohung wegen eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebots in Frage gestellt.[1] Die bisherigen Pflichten zum Risikomanagement nach der MA-Risk wurden zwar in Gesetzesrang nach der KWG-Änderung erhoben. Dadurch werden jedoch die Pflichten nicht bestimmter und berechenbarer, sodass Geschäftsleiter ihr Risikomanagement danach konkret gestalten könnten. Daran ändert auch die zwischengeschaltete vollziehbare Anordnung der BaFin nichts, weil das Risikomanagement nach den gesetzlichen Vorgaben schon vor einer BaFin-Anordnung eingerichtet werden muss.

Die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe zum Risikomanagement verlagert der Gesetzgeber auf eine Verwaltungsbehörde, nämlich die BaFin, obwohl nach § 1 StGB nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Im Ergebnis bestimmt nicht der Gesetzgeber, sondern die BaFin über die Organisation des Risikomanagements von Banken durch vollziehbare Anordnungen im Einzelfall, durch einen Verwaltungsakt also und nicht durch ein Gesetz. Zwar verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass die Normadressaten „Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände schon aus dem Gesetz selbst" kennen müssten[2]. In der juristischen Methodenlehre wird dieses Ziel des Bestimmtheitsgebots als unerfüllbarer, unrealistischer „Traum von Regelstrenge" aufgegeben. Der Gesetzgeber könne weder die Fülle, noch die Besonderheit all der Fälle voraussehen, die unter seinem Gesetz dann beurteilt werden müssen.[3]

Die neue Rechtslage zur Strafbarkeit von Bankmanagern liefert keine Rechtssicherheit in Form von praxistauglichen Regeln für die Organisation des Risikomanagements, vielmehr trägt sie zur allgemeinen Verunsicherung bei und ist geeignet, die verantwortlichen Geschäftsleiter bei ihren unternehmerischen Risikoentscheidungen eher zu lähmen. Bestärkt werden Manager eher in ihrem sowieso von der Verhaltensforschung nachgewiesenen Fehlverhalten des „Omission-Bias" und zwar nach dem Prinzip „Wer nichts tut, macht auch keine Fehler". Das Fehlverhalten des „Omission-Bias"[4] beschreiben Verhaltensforscher als die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen grundsätzlich als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu tun. Geschäftsleiter können jedoch nicht aus Furcht vor Fehlern untätig bleiben. Vielmehr müssen sie unternehmerische Chancen nutzen und suchen.[5]

Die „Business-Judgement-Rule" nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ermöglicht dem Vorstand einen weiten Handlungsspielraum. Dazu gehört

* Teil I des Beitrages (CB 8/2013, 322) beschäftigte sich insbesondere mit dem zentralen Begriff des „Risikos" und gab einen Überblick über die rechtlichen Regeln aus Rechtsprechung und Literatur im Umgang mit Risiken. Teil II (CB 9/2013, 368) untersuchte, inwieweit die Regeln zur Risikoanalyse, wie sie sich aus Rechtsprechung und Literatur ermitteln lassen, den Gesetzeszweck erfüllen können, Finanzkrisen abzuwenden. Dabei wurden die letzten Erkenntnisse aus der aktuellen Analyse der Finanzkrise als „katastrophale Fehlprognose" in die Betrachtung miteinbezogen.

1 *Hamm/Richter*, WM, 2013, 870, 867; *Cichy/Cziupka/Wiersch*, NZG 2013, 848.

2 BVerfG, 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 159.

3 *Hassemer/Kargl*, in: Kindehäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 1 StGB, Anm. 14a, 19 und 20.

4 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung – eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 320.

5 *Spindler*, in: MüKomm AktG, 3. Aufl. 2008, § 93, Rn. 29.

„neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, denen jeder Unternehmensleiter ausgesetzt ist, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln. Fehlt einem Geschäftsleiter die „glückliche Hand" bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben, kann er vom Aufsichtsrat abgelöst werden. Er haftet jedoch nicht für Schäden „wegen Fehleinschätzung geschäftlicher Risiken".[6] Erlaubte und verbotene Risiken sind zu unterscheiden. Verbotene Risiken ergeben sich aus Rechtsvorschriften und Gerichtsurteilen.

II. Die Pflicht des Geschäftsleiters zur Rechtsberatung bei Entscheidungen unter Rechtsunsicherheit

Ist die Rechtslage, wie bei der neuen Strafbarkeit nach § 54a KWG, unklar, darf der Geschäftsleiter in seinen unternehmerischen Entscheidungen nicht verunsichert werden. Die Rechtsunsicherheit darf den laufenden Geschäftsbetrieb nicht lähmen. Wie die Strafbarkeit beim Risikomanagement verhindert werden kann, wird umso wichtiger, je größer die Rechtsunsicherheit ist. Aus § 17 StGB und der dazu ergangenen einschlägigen Rechtsprechung zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ergeben sich die Regeln, die einzuhalten sind, um die Strafbarkeit bei Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Fehlt dem Täter danach bei Begehung der Tat die Einsicht Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Vorstände haben danach die Pflicht, sich über die Rechtslage zu erkundigen, um Verbotsirrtümer zu vermeiden, Rechtsrat einzuholen und sie müssen ihr Gewissen mit der Frage angespannt haben, ob sie selbst ihr Verhalten als legal oder illegal einschätzen.[7] Kein Vorstand kann sich zur Entlastung auf Unkenntnis über Risikofaktoren auf mangelnde Erfahrung und fehlende Rechtskenntnisse oder einen Verbotsirrtum berufen[8]. Vielmehr muss der Verbotsirrtum unvermeidbar gewesen sein. Es gilt der zum Allgemeingut gehörende Grundsatz, dass Unkenntnis nicht vor Strafe schützt.[9]

Die Erkundigungspflicht besteht ohne jeden Anlass und Hinweis auf die Möglichkeit eines Rechtsverstoßes.[10] Die Erkundigungspflicht im Strafrecht entspricht der Risikofrüherkennungspflicht im Aktienrecht nach § 91 Abs. 2 AktG und im Verkehrssicherungsrecht. Sie setzt nicht erst dann ein, wenn die Risiken bekannt sind und öffentlich diskutiert werden.[11] Wer sich trotz Erkundigung zur Rechtslage und trotz eigener Prüfung und Gewissensanspannung irrt, wird durch Straffreiheit privilegiert.[12]

Vergleichbar zum Verbotsirrtum im Strafrecht muss ein Vorstand oder Geschäftsführer auch im Zivilrecht und im Gesellschaftsrecht präventiv Rechtsrat einholen, wenn ihm eigene Rechtskenntnisse fehlen. Vorstände müssen für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn sie bei ihrer Entscheidung schuldhaft gehandelt haben. Diese Pflicht hat der BGH in seinem *ISION-Urteil* näher konkretisiert.[13] Vorstände schulden ihrer Gesellschaft die sorgfältige Führung der Geschäfte. Als Schuldner aus seinem Dienstvertrag muss ein Vorstand seiner Gesellschaft grundsätzlich für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn er dabei schuldhaft handelt. Jeden Schuldner trifft grundsätzlich das Risiko, die Rechtslage zu verkennen[14], jedoch nur für einen verschuldeten Rechtsirrtum. Ein Vorstand muss die Rechtslage erstens sorgfältig prüfen, zweitens, soweit erforderlich, Rechtsrat einholen und drittens die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten, viertens von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten, Rechtsanwalt beraten lassen, fünftens ihm den Sachverhalt umfassend schildern und die erforderlichen Unterlagen offenlegen und sechstens die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen eigenen Plausibilitätskontrolle unterziehen.[15]

Das Ergebnis der BGH-Entscheidung im *ISION-Fall* ist nicht für jedermann intuitiv nachvollziehbar.[16] Vorstände sind nach dieser Entscheidung vor dem Risiko zu warnen, das sie dann eingehen, wenn sie meinen, sie könnten sich mit dem Hinweis auf ihre fehlenden Rechtskenntnisse und den eingeholten juristischen Expertenrat entlasten, dem sie blind vertraut haben, ohne eine eigene kritische Plausibilitätsprüfung. Offen bleibt, wie die Plausibilitätskontrolle durchzuführen ist.

III. Die eigenverantwortliche Rechtsanwendung durch Selbsteinschätzung und Plausibilitätsprüfung

Die Rechtsunsicherheit kann dadurch zur unsichtbaren Fessel bei unternehmerischen Entscheidungen werden. Der Gesetzgeber verzichtet auf klare Vorgaben, wie sich Unternehmer in konkreten Situationen verhalten müssen. Dadurch droht das Risiko der nachträglichen richterlichen Beurteilung mit Rückschaufehlern, das Organisationsrisiko des „Hindsight-Bias".[17]

Es besteht die Tendenz des Gesetzgebers, Vorständen und Geschäftsführern immer mehr Pflichten aufzuerlegen, die mit der eigenverantwortlichen Anwendung zahlreicher Gesetze verbunden sind.[18] Ein weiteres Beispiel für diese Tendenz der Gesetzgebung bietet § 54a KWG. Auch hier wird die Pflicht zum Risikomanagement strafrechtlich zwar sanktioniert, aber im Ergebnis der Selbsteinschätzung des Unternehmens und der BaFin überlassen. Zwar werden vollziehbare Anordnungen der BaFin beim Risikomanagement zwischengeschaltet. Der Geschäftsleiter bleibt jedoch verpflichtet, Risiken per-

6 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253, BB 1997, 1169 (ARAG Garmenbeck).
7 *Löw*, Die Erkundungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 2001, S. 17; BGH, 8.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 204; BGH, 27.1.1966 – KRB 2/65 (KG), BHGSt 21, 20; BGH, 18.3.1952 – GSSt. 2/51, NJW 1952, 593; BT-Drs. 10/318, 15, Gesetzentwurf „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität"; BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 (Mannesmann/Vodafone); *Holger Fleischer*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 187–204, S. 187.
8 Wagner, BB 2012, 651.
9 OLG Stuttgart, 29.2.2012 – 20 V 3/11, bestätigt durch BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12, NZG 2013, 339 (Sardinien-Äußerung).
10 8.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 201; BGH, 20.11.1952 – 4 StR 850/51, BGHSt 4, 80, 86; BGH, 23.4.1953 – 3 StR 219/52, BGHSt 4, 236, 243.
11 Zuletzt BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12, NGZ 2013, 339 (Sardinien-Äußerung).
12 *Hassemer/Kargl*, in: Kindehäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 1 StGB, Anm. 56.
13 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtke*, Rn. 16 (ISION-Urteil).
14 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtke*, Rn. 16 (ISION-Urteil).
15 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtke*, Rn. 18 (ISION-Urteil).
16 *Wagner*, BB 2012, 652.
17 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 175, 191, 368; *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 175, 191, und *Hallinan*, Lechts oder Rinks – warum wir Fehler machen, 2009, S. 74, mit Hinweisen auf die Pionierarbeiten zum Rückschaufehler von *Fischoff*; *Beck*, Die Logik des Irrtums", 2008, S. 73.; *Fleischer*, in: Wank u. a. (Hrsg.), FS Wiedemann, 2002, S. 827, 831 ff.
18 *Spindler*, in: Heldrich u. a. (Hrsg.), FS Canaris, 2007, S. 413.

sönlich einzuschätzen und den eingeholten Rechtsrat persönlich auf Plausibilität zu prüfen.

Festzustellen ist ein neuer Normtyp, durch den die Rechtsanwender nur noch schwache Vorgaben erhalten. Es werden nur Ziele vorgegeben, während die Schutzmaßnahmen die Unternehmen selbst bestimmen müssen, um die Strafbarkeit zu vermeiden.[19] Unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Härteklauseln gelten als „ein Stück offen gelassener Gesetzgebung".[20]

Unternehmen müssen sich einerseits legal verhalten, andererseits mit immer weniger konkreten Vorgaben in den Gesetzestexten herausfinden, wie sie ihre Rechtspflichten formulieren, um sich legal zu verhalten.

Diese Tendenz wird dann umso riskanter, wenn sie Rechtspflichten zum Risikomanagement für Geschäftsleiter von Banken, betrifft, die ab 1.1.2014 strafrechtlich sanktioniert sind. Die Rechtsprechung hat Sorgfaltspflichten über den Wortlaut hinaus entwickelt und stellt deren Verletzung im Nachhinein unter Strafe. Die strafrechtlich sanktionierte Pflicht wird der Selbsteinschätzung des Normadressaten überlassen. Deutlich wird diese Tendenz zuletzt im *„Silobegasungs-Urteil"* des BGH. Die Anforderungen können dann strenger sein, als es sich aus Regeln ergibt, die auf den Durchschnittsfall abgestimmt sind.[21]

Die Tendenz lässt sich auch im Verkehrssicherungsrecht beobachten. Seit der *Kupolofen-Entscheidung* des BGH kann sich kein Unternehmen darauf verlassen, dass jegliche Haftung dadurch ausgeschlossen ist, dass es alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten hat. Vielmehr muss das Unternehmen im Rahmen der eigenen Selbsteinschätzung Risiken erfassen und abwenden, auch ohne dass eine gesetzliche Regelung besteht.[22]

IV. Die präventive Risikoanalyse und Rechtsberatung als einzige Chance zur Vermeidung der Strafbarkeit

Bei unklarer Rechtslage können Geschäftsleiter ihre Strafbarkeit nur durch präventive Risikoanalyse und Rechtsberatung vermeiden. Dies gilt auch für § 54a KWG, weil es sich um eine neue Regelung handelt, bei deren Auslegung nicht auf einschlägige Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann. Der Hinweis ist deshalb erforderlich, weil in der Unternehmenspraxis in aller Regel das Verhalten von Geschäftsleitern nicht routinemäßig auf seine Rechtmäßigkeit überprüft wird, weder im Normalbetrieb noch in Ausnahmesituationen. In allen spektakulären Fällen der strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Organhaftung konnten sich die Verantwortlichen auf keine vorangegangene präventive Rechtsprüfung zur Frage berufen, ob ihr Verhalten legal oder illegal ist, wodurch sich eine aussichtsreiche Verteidigungsposition hätten aufbauen lassen.[23] Ist die Rechtslage wie im Falle von § 54a KWG neu, sind erhöhte Anforderungen an die Selbsteinschätzung, an die Rechtsberatung durch Anwälte und an die unverzichtbare eigene Plausibilitätsprüfung durch Vorstände und Geschäftsführer zu stellen.

V. Das Unterlassen von Risikoanalysen als Hauptursache für die Haftung wegen Organisationsverschuldens

Der Prüfung von Rechtspflichten muss eine Risikoanalyse vorausgehen. Jede Rechtspflicht dient nämlich der Abwehr eines Risikos. Das Unterlassen einer eigenen Risikoanalyse ist der häufigste Grund für die Haftung wegen Organisationsverschuldens. Die *IKB-Entscheidung* stellt das letzte Glied einer langen Kette von Entscheidungen dar, in denen die Haftung auf Schadensersatz wegen Organisationsverschuldens auf das Fehlen einer Risikoanalyse gestützt wurde. Die Risikoanalyse wurde von Vorständen und Geschäftsführern nicht angeordnet. Ohne Risikoanalyse wird eine Ursachenkette in Gang gesetzt. Wer kein Risiko annimmt, hat auch keinen Grund, Rechtspflichten zu recherchieren, die dieses Risiko abwenden.[24] Offenbar reagiert der Gesetzgeber nunmehr mit der Strafbarkeit bei Fehlern im Risikomanagement bei Banken und Versicherungen auf die bisherige Vernachlässigung der Risikoanalyse.

VI. Das Risiko als Ergebnis eines Entscheidungsvorgangs

Festzuhalten bleibt als bisheriges Zwischenergebnis, dass Risiken als Schadensprognosen zu verstehen sind. Risiken sind nicht erkennbar, sondern nur denkbar. Erkennbar wird ein Risiko erst dann, wenn es sich zu einem Schaden entwickelt hat. Dann aber kommt jede Risikoabwehr zu spät. Schadensprognosen bestehen aus künftigen Schadensverläufen. Denkbar sind viele alternative künftige Schadensentwicklungen. In der Finanzkrise konkurrierten die Crashprognosen mit hohem Ausfallrisiko mit den AAA-Bewertungen ohne Ausfallrisiko. Unter mehreren denkbaren Geschehensabläufen in der Zukunft muss ein Auswahlverfahren organisiert werden, nach dem zu entscheiden ist, welcher von mehreren denkbaren alternativen Geschehensverläufen als Risiko zu behandeln ist und welcher künftige Verlauf als Risiko ausscheidet. Die Annahme eines Risikos ist eine Entscheidung, weil sie eine Wahl zwischen mehreren zukünftigen Geschehensverläufen voraussetzt. Bei Entscheidungen über Risiken müssen Entscheidungsfehler vermieden werden. Die Falsifikation ist das Entscheidungsverfahren, nach dem konkurrierende Prognosen und die zugrundeliegenden Theorien zu widerlegen sind. Die subjektiven Erwartungen werden im Falsifikationsverfahren an der tatsächlichen Entwicklung überprüft. Gezeigt werden konnte, dass

---

19 *Grimm*, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995.

20 *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht: d. Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei d. Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel d. § 1 UWG, 1977, S. 36.

21 BGH, 10.12.1965 – 1 StR 327/65, BGHSt 20, 315, 326, NJW 1966, 673; BGH, 20.4.1977 – 2 StR 85/77, und vom 3.5.1977 – R 1 StR 857/67, S. 14; BGH, 25.9.1990 – 5 StR 187/90, BGHSt 37, 184, 503 (Silobegasung).

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

23 Exemplarisch BAG, 26.8.2008 – 1 ABR 16/07 (Videoüberwachung am Arbeitsplatz) – Deutsche Post, BAGE 127, 276; BGH, 14.10.2008 – 1 StR 260/08 (EnBW), BGHSt 53, 6; BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 – (Lederspray), BGH, 16.2.2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9, BB 2009, 796 m. BB-Komm. *Marhewka*, (Kirch/Deutsche Bank); BGH, 1.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, BB 2009, 118 m. BB-Komm. *Frhr. von Falkenhausen* – MPS (Upstream-Darlehen); BGH, 21.12.2005 – 3, StR 470/04, NJW 2006, 522 (Mannesmann/Vodafone), BGH, NStZ 1986, 4551; LG Nürnberg-Fürth, 3 K LS 501 Zs 1777/2008 (Feldmeyer-Siemens]).

24 Seit RG vom 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil) wurde in weiteren acht Reichsgerichtsentscheidungen und 13 BGH-Entscheidungen das Fehlen der Risikoanalyse als Haftungsgrund für das Organisationsverschulden angesehen, zuletzt im BGH-Beschluss vom 26.11.2012 – II ZR 111/12, NZG 2013, 339 (Sardinien-Äußerung).

die AAA-Prognose der Rating-Agenturen hätten widerlegt werden können, die Beteiligten jedoch keine Widerlegungsversuche unternommen haben, so dass die konkurrierenden Prognosen zwischen Crash und AAA als unterschiedliche Bewertungen des Ausfallrisikos unentschieden Geltung beansprucht haben. Im Ergebnis konnte der Geschäftsleiter der IKB die AAA-Prognose nicht nachvollziehen und hat sich für Investitionen in die verbrieften Hauskreditforderungen entschieden, obwohl die Crash-Propheten vor dem Ausfallrisiko gewarnt haben. Seit *Poppers* „Logik der Forschung" von 1935 gilt die Falsifikation als unumstrittenes Entscheidungsverfahren. Es stellt sich die Frage, warum es von den Investoren von Banken und Rating-Agenturen nicht praktiziert wurde, obwohl es in der experimentellen Gesetzgebung mit der Pflicht des Gesetzgebers zur Nachbesserung von Fehlprognosen durch Gesetzesänderungen, bei der Gesetzesfolgenabschätzung und v. a. in der Rechtsprechung als methodisches Entscheidungsverfahren praktiziert wird und beobachtet werden kann.[25]

VII. Der Confirmation-Bias als vermeidbarer Entscheidungsfehler

Warum beim Entscheiden generell Menschen dazu neigen, statt zu falsifizieren eher zu verifizieren, statt zu widerlegen eher glauben beweisen zu müssen, erklärt die Verhaltensforschung mit dem Confirmation-Bias. Er besteht in der nachgewiesenen menschlichen Schwäche, wonach jeder mit dem Recht behalten will, was er vorhergesagt hat. Jeder will seine eigene Wette gewinnen und sucht nach Bestätigung seiner Theorie und nicht nach Argumenten, die gegen seine Ansicht sprechen. Intuition und Gefühl verlangen nach Beweisen und nicht nach Gegenbeweisen. Nur was zur Bestätigung der eigenen Vorhersage passt, wird wahrgenommen und vertreten. Es ist jedoch irrational nach Beweisen für Theorien und Prognosen zu suchen, wenn die Erkenntnistheorie nachvollziehbar erklärt, dass Theorien nicht zu verifizieren, sondern nur zu falsifizieren sind. Eine Theorie mit dem Anspruch, immer und für alle künftigen Fälle zu gelten, lässt sich niemals beweisen. Unendliche Beobachtungen in der Zukunft wären erforderlich. Nur Zeugen aus der Zukunft könnten Beweise liefern.[26] Der Confirmation-Bias erklärt, warum das Falsifikationsverfahren zwar in der Erkenntnistheorie unumstritten bis heute gilt, beim Argumentieren in der Praxis jedoch häufig verkannt wird. Nach Beweisen für Prognosen über künftige Entwicklungen zu suchen muss von Anfang an aus logischen Erwägungen erfolglos bleiben. Gegenbeweise müssten sowohl von den Vertretern einer Prognose, als auch von den Gegnern gesucht werden, um die Geltung einer Prognose begründen zu können. Widerlegen statt beweisen ist kontraintuitiv. Den Confirmation-Bias muss der Geschäftsleiter einer Bank als Entscheidungsfehler deshalb mit organisatorischen Vorgaben vermeiden. Ohne Widerlegungsversuche darf keine Schadensprognose und keine Risikoaussage vertreten werden. Ansonsten besteht das Risiko, dass widerlegbare Prognosen weiter gelten, obwohl sie widerlegt werden könnten oder schon widerlegt wurden. Auch in der Finanzkrise wurde die AAA-Bewertung hypothekenbesicherter Forderungen zu lange ohne Widerlegungsversuche vertreten. An dieser Theorie wurde zu lange festgehalten. Wer dem Confirmation-Bias unterliegt, verkennt die Funktion des Falsifikationsverfahrens zur leistungsfähigen Risikokultur. Für Banken wird entsprechend den vorgenannten Grundsätzen zu Recht eine „Dissenskultur" gefordert.[27]

VIII. Mehrheitsmeinungen rechtfertigen keine Entscheidung

In ihrem Buch „Die Blindgänger" geht *Nienhaus* der interessanten Frage nach, warum die Warner und Crash-Propheten nicht gehört wurden. Sie haben sich als Minderheit nicht gegen die Mehrheit der Ökonomen durchgesetzt. *Shiller* wurde vor der Krise mit seinen Warnungen vor dem Platzen der Immobilienblase ignoriert und erst nach der Krise mit dem Nobelpreis für seine Warnungen ausgezeichnet. Psychologische Gründe machen plausibel, dass die Minderheit mit ihrer Prognose sich nicht durchsetzen konnte. Unter den etablierten Ökonomen herrsche Gruppendruck, dem alle nachgaben, die die Anerkennung der Mehrheit anstrebten. In Expertengruppen herrsche das Bestreben nach Konsens und nicht nach Dissenz, um sich Karrierechancen nicht zu verderben. *Robert Shiller* erklärt sich dagegen selbst als autoritätskritische renitente Persönlichkeit, wodurch er auch Außenseiterrollen und Mindermeinungen gegen eine herrschende Meinung, vertreten kann.[28]

Es muss als Entscheidungsfehler gelten, kritiklos einer Mehrheitsmeinung zu folgen und die Theorien der Mindermeinung ohne Prüfung zu ignorieren. Im Risikomanagement darf kein Gruppendruck aufkommen, der im Falsifikationsverfahren keine Bedeutung haben darf, weil ansonsten die Widerlegungschancen sinken. Aus der Rechtsprechung ergibt sich der Entscheidungsfehler, einer herrschenden Mehrheitsmeinung zu folgen, ohne sich mit den sachlichen Argumenten der Kritiker auseinandergesetzt zu haben. Konkurrieren noch nicht wissenschaftlich gesicherte Erfahrungssätze in einem gerichtlichen Beweisverfahren, muss der Tatrichter den Streitstand darstellen, um dem Revisionsgericht die Überprüfung zu ermöglichen, ob die Abwägung der für und gegen die Methode oder Erkenntnis sprechenden Gesichtspunkte rechtsfehlerhaft stattgefunden hat.[29] Das Falsifikationsverfahren kann nicht durch eine Entscheidung für die herrschende Meinung ersetzt werden.

IX. Eine Risikoanalyse am Beispiel des Klumpen-Risikos

Das OLG Düsseldorf hat dem Geschäftsleiter der IKB vorgeworfen, gegen die Pflicht zur Vermeidung von Klumpenrisiken verstoßen zu haben. Daraus sind Lehren für die Pflichten des Risikomanagements zu ziehen. Die IKB hat 46 % des gesamten Geschäftsvolumens in US-amerikanische Konsumentenkredite investiert. Bei der Kreditri-

25 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 143 (Kalkar-Beschluss). BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 335 (Mitbestimmungsurteil); OLG Frankfurt, 24.11.2009 – WpÜG 11, 12/09, NZG 2010, 63 (Merck).

26 *Rack*, CB 2013, 5, sowie die Auswirkungen auf die Finanzkrise; *Popper*, Logik der Forschung, 1935, S. 7; *Taleb*, Der Schwarze Schwan, 2008, S. 223; *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 189; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 53 ff.; *Lehrer*, Wie wir entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 265.

27 *Hartmann*, in: Hopt/Wohlmannstetter, Handbuch Corporate Governance von Banken, 2011, S. 560.

28 *Nienhaus*, Die Blindgänger, Warum die Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 133.

29 BGH, 2.8.1995 – 2 StR 221/94 (LG Frankfurt am Main), NJW 1995, 2930 (Holzschutzmittel).

sikokonzentration wird zwischen der Adressenkonzentration und der Sektorkonzentration unterschieden. Bei einer Adressenkonzentration konzentriert sich das Ausfallrisiko auf einen großen Kreditnehmer. Diese Konzentrationsform liegt bei den angekauften, verbrieften Kreditforderungen nicht vor. Im Gegenteil zeichnet sich die Investition durch eine erhebliche Streuung auf viele Schuldner aus. Auffällig ist jedoch die Konzentration ausschließlich auf den Sektor der US-amerikanischen Hauskredite mit der massiven Konzentration von 46% der IKB Investitionen auf eine spezifische regionale Art von verbrieften Forderungen. Die Vermeidung von Klumpenrisiken in Bezug auf Großkredite ist geregelt in §§ 13-13b KWG. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass nach § 93 Abs. 1 AktG keine allgemeine Pflicht zur Risikostreuung besteht. Eine massive Risikokonzentration muss jedoch aus aktienrechtlicher Sicht begründet werden.[30] Trotz des enormen Volumens von 24,7 Mrd. Euro hat der Geschäftsleiter der IKB das Ausfallrisiko der US-amerikanischen verbrieften Forderungen nicht analysiert. Gerade weil das Ausfallrisiko nach US-amerikanischen Recht zu beurteilen ist, muss darin ein gravierender Pflichtverstoß gesehen werden.

Das Ausfallrisiko nach deutschem und amerikanischem Recht kann nicht gleichgesetzt werden. Aus einem Vergleich ergibt sich, dass das Ausfallrisiko US-amerikanischer verbriefter Forderungen weitaus höher ist, als das Ausfallrisiko von Forderungen aus Hauskrediten nach deutschem Recht.

X. Das Ausfallrisiko nach deutschem und US-amerikanischem Recht im Vergleich

Ausfallrisiken sind nicht ausschließlich als wirtschaftliche Risiken, sondern auch als Rechtsrisiken zu analysieren. Der Ausfall einer verbrieften Forderung hängt nicht nur von der Bonität des Schuldners ab, sondern auch von der rechtlichen Konstruktion der jeweiligen Rechtsordnung.

1. Deutsches Recht

Kreditforderungen von Banken gegen Hauskreditnehmer sind im deutschen Recht vor dem Ausfallrisiko gesichert. Sieben Sicherungsmittel lassen sich unterscheiden.

Erstens wird im deutschen Recht die Forderung durch die persönliche Haftung des Schuldners abgesichert. Er haftet persönlich mit seinem gesamten Vermögen und seinen künftigen Einnahmen für die Rückzahlung der Forderung. Erst wenn der Schuldner vermögenslos und ohne Einkommen wäre, würde sich das Ausfallrisiko realisieren.

Zweitens dient das Haus- oder Wohnungsgrundstück als Sicherheit für die Rückzahlung des Hauskredites. Die Forderung würde nach dieser Sicherung erst dann ausfallen, wenn die Immobilie weder vermietet, noch mit Erlös verwertet werden könnte.

Drittens unterwirft sich nach deutschem Recht der Schuldner einer Hauskreditforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes persönliches Vermögen, und er unterwirft das Hausgrundstück zusätzlich der dinglichen Haftung mit der Konsequenz, dass bei dem Ausfall der Forderung die Bank berechtigt ist, das Grundstück zu verwerten – durch Zwangsverwaltung oder durch Zwangsversteigerung – um sich aus dem Erlös zu befriedigen. Die Gläubiger-Bank erhält mit jeder Grundschuldbestellung einen sofort vollstreckbaren Titel. Sie muss nicht erst zeitaufwändig klagen, um erst dann einen Vollstreckungstitel gegen den Hauskreditschuldner durchsetzen zu können.

Eine vierte Sicherung ist die in § 14 PfandBriefG für Hypotheken geregelte Beleihungsgrenze. Eine Beleihungsgrenze legt eine Wertgrenze fest, mit der eine Sicherheit höchstens als Deckungswert für eine Kreditforderung akzeptiert wird. Stimmen Beleihungswert und Kreditbetrag nicht überein, sind zusätzliche Sicherheiten für den ungedeckten Betrag der Kreditforderungen nach einer Bonitätsprüfung zu fordern. Die Deckungsgrenze für durch Hypotheken gesicherte Darlehen nach § 14 PfandBriefG ist keine Beleihungsgrenze i. S. d. Kreditrechts. Der Schutzzweck der Regelung zur Beleihungsgrenze besteht darin, die im Deckungsstock hinterlegten Sicherheiten für Pfandbriefgläubiger zu schützen.[31] Je nach Bonität des Kreditnehmers schwankt die Beleihungsgrenze zwischen mindestens 60% und 100% vom Wert der zu finanzierenden Immobilie. Jedenfalls wird nach deutschem Recht ein Verfahren praktiziert, um Pfandbriefgläubiger vor Untersicherung zu schützen.

Als fünfte Sicherung vor Ausfallrisiken kommt im deutschen Bankwesen die Zinsbindungsfrist hinzu. In einem Kreditvertrag wird üblicherweise ein Zinssatz fest vereinbart, der nicht vom jeweils sich ändernden Marktzins während der Kreditlaufzeit beeinflusst wird. Der Kreditnehmer hat damit eine sichere Kalkulationsgrundlage über die gesamte Laufzeit und wendet damit das Zinsänderungsrisiko ab. Der Kreditgeber reduziert sein Ausfallrisiko und sichert sich für den Fall ab, dass ein gestiegener Marktzins vom Kreditnehmer nicht mehr geleistet werden kann.

Sechstens wird sowohl der Kreditnehmer als auch der Kreditgeber in der deutschen Rechtsordnung vor Missverständnissen über die Rechtsfolgen des Kreditvertrages und seiner Absicherung dadurch geschützt, dass wegen der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung das formale Beurkundungsverfahren als Wirksamkeitsvoraussetzung der Grundschuldbestellung nach § 311b BGB vorgeschrieben wird. Der Notar hat im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege bei der Beurkundung das gesamte Rechtsverhältnis als neutraler und unparteiischer Amtsträger im Interesse aller Beteiligten zu beraten, die Interessen der Parteien zu ermitteln und die Beteiligten vor Leichtsinn und Überschätzung zu schützen. Damit sorgt die deutsche Rechtsordnung für Rechtssicherheit und mindert das Ausfallrisiko.

Als siebtes Sicherungsmittel ist die einheitliche Regelung der Grundschulden und Hypotheken als dingliche Rechte des Sachenrechts hervorzuheben. Es herrscht Typenzwang. Bundesweit einheitlich werden die Immobilienfinanzierungsforderungen abgesichert.

Alle sieben Sicherungen müssten versagen, bevor es zum Ausfall der besicherten Forderung nach deutschem Recht kommt.

2. US-amerikanisches Recht

In der US-amerikanischen Rechtsordnung erweist sich die Analyse des Ausfallrisikos von grundpfandrechtsgesicherten Forderungen aus Immobiliendarlehen als weitaus schwieriger.

Erstens fehlt es an einer einheitlichen US-amerikanischen Regelung.[32] Die einzelnen Bundesstaaten regeln die Haftung aus Kreditforderungen unabhängig voneinander. Bei der Analyse des Ausfallrisikos müsste die Rechtslage jedes einzelnen Bundesstaates analysiert werden.

Zweitens besteht der Hauptunterschied zwischen deutschem und amerikanischem Sicherungsrecht darin, dass der Kreditnehmer nach

30 *Fleischer*, NJW 2010, 1504.

31 *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch-Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 209.

32 *Ron Harris and Asher Meier*, Non-Recourse Mortgages – A Fresh Start, 213, prevailing law; Grant S. Nelson, Confronting the Mortgage Meltdown: A Brief for the Federalization of State Mortgage Foreclose Law, 37 PEPP.L. REV. 119 (2010).

US-amerikanischem Recht nur dinglich mit dem Grundstück, nicht aber mit seinem persönlichen Vermögen und seinem künftigen Einkommen haftet (Non-Recourse Mortgages). Aus der US-amerikanischen Literatur ist nicht zu entnehmen, wieviele und welche Staaten die Rückgriffsmöglichkeiten ausschließen. De Facto handelt es sich um Kredite ohne Rückgriff auf das persönliche Vermögen.[33] Zehn bis Fünfzehn amerikanische Staaten, darunter auch Kalifornien und Arizona, haben keine Rückgriffsmöglichkeiten auf den Schuldner. Die Haftung ist beschränkt auf das Grundstück.[34] Elf weitere Staaten schließen den Rückgriff auf das persönliche Vermögen durch Verfahrensregeln aus, Alaska, Arizona, Kalifornien, Iowa, Minnesota, Montana, North-Carolina, North-Dakota, Oregon, Washington und Wisconsin. Der Ausschluss des Rückgriffs kann auch in der Hypothekenvereinbarung geregelt sein.[35] Fallen die Hauspreise so stark, dass der Wert des Grundstücks nicht mehr die ausstehende Restschuld deckt, können sich die Kreditnehmer ihrer Haftung nach dem Darlehensvertrag entziehen, indem sie die Zahlungen auf das Darlehen einstellen und aus ihrem Haus ausziehen, obwohl sie sich laufende Zins- und Tilgungszahlungen leisten könnten. Indem der Kreditnehmer das Haus aufgibt, entlastet er sich von seiner Kreditschuld.[36]
Diese Konsequenz ermöglicht die US-amerikanische Rechtsordnung, indem sie die persönliche Haftung in das Vermögen des Kreditnehmers ausschließt. Diese amerikanische Regelung erhöht das Ausfallrisiko.
Drittens wird das Ausfallrisiko in Amerika auch dadurch erhöht, dass kein Eigenkapital für eine Hausfinanzierung vorausgesetzt wird. Es fehlt also an einer dem deutschen Recht vergleichbaren Beleihungsgrenze. Erst in jüngster Zeit nach der Finanzkrise wird Eigenkapital i. H. v. etwa drei Prozent gefordert. Seit 1990 ist die 100%-ige Finanzierung ohne Eigenkapital die Regel. Vor 1990 waren noch 20% Eigenkapital üblich. Vor der Finanzkrise leisteten mehr als die Hälfte der Kreditnehmer keine Anzahlung auf den Hauskauf und brachten damit kein Eigenkapital ein.[37]
Die für den Kreditnehmer vorteilhaften Regelungen stammen aus der Zeit der großen Depression von 1930 und bezwecken den Schutz des Kreditnehmers vor dem Werteverfall ihrer Immobilien und vor dem Ankauf der Immobilien zu Niedrigstpreisen.[38]
Viertens sind die Zwangsvollstreckungsregeln uneinheitlich. Auf jeden Fall gibt es keine der deutschen Rechtsordnung vergleichbare Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.[39]
Als einzige Sicherung vor dem Ausfall der Forderung bleibt der Wert des Grundstücks nach der Verwertung. Die Kreditforderung hängt ausschließlich von der Wertentwicklung der besicherten Immobilie ab. Fällt der Wert der Immobilie, sinkt entsprechend der Wert der besicherten Forderung. Nach US-amerikanischem Recht fehlen im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung sämtliche Sicherungen vor dem Ausfallrisiko. Insbesondere fehlen die persönliche Haftung, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, die Zinsbindungsfrist, die Beleihungsgrenze und die Eigenkapitalanforderung, eine einheitliche Regelung über alle US-amerikanischen Bundesstaaten und die nach deutschem Recht obligatorische Beratungsleistung des Notars. Der Nobelpreisträger *Robert Shiller* schlägt in seinem Buch „The Subprime Solution" von 2008 als Reform zur Vermeidung künftiger Finanzkrisen u. a. den Einsatz von Notaren in den USA nach deutschem Vorbild vor. Er vertritt die Ansicht, die Immobilien- und Finanzkrise hätte sich mit Notaren in den USA vermeiden lassen. Es fehle an einem neutralen Berater, der ohne Interessenkonflikte von Amts wegen über Risiken aus den Immobilienkäufen, der Finanzierung und der Absicherung durch Grundpfandrechte, aufklärt.[40]

Im Ergebnis erweist sich das Ausfallrisiko bei US-amerikanischen Hauskredite-Forderungen als erheblich höher als nach deutschem Recht. Ein Investor, der hohe Summen in diese Anlagemöglichkeiten investiert, kann sich vor einem Ausfall nur durch eine präventive Risikoanalyse schützen.

XI. Fazit

Die präventive Analyse der Rechtsrisiken muss deshalb zum pflichtgemäßen Risikomanagement gehören. Für die Pflichten des Geschäftsleiters einer deutschen Bank beim Risikomanagement bleibt festzuhalten, dass die Besonderheiten der unterschiedlichen Rechtssysteme im Rahmen der Risikoanalyse zu berücksichtigen sind und das Ausfallrisiko nicht nur nach wirtschaftlichen, sondern ganz besonders auch nach Rechtsrisiken beurteilt werden muss.
Liegen, wie in der letzten Finanzkrise, bei Wertpapierinnovationen keine Erfahrungen über das Ausfallrisiko vor, sind die Risiken besonders zeitnah zu analysieren, um die fehlenden Erfahrungen zu sammeln und die Erwartungen an der tatsächlichen Entwicklung zu überprüfen, wie es vergleichbar für Industrieprodukte durch die Produktbeobachtungspflicht praktiziert wird. Diese Leistung versprechen Rating-Agenturen. Vor allem dürfen Schadens- oder Gewinnprognosen nicht zu lange ohne Widerlegungsversuche vertreten werden.[41, 42]

AUTOR

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

33 *Solomon/Minnes*, NON-RECOURSE, NO DOWN PAYMENT AND THE MORTGAGE MELTDOWN: LESSONS FROM UNDERCAPITALIZATION S. 3; Fordham Journal of Corporate and Financial Law, Vol. 16, p. 529, 2011.
34 *Ron Harris and Asher Meier*, Non-Recourse Mortgages, A Fresh Start, 21 Am. REV. 120.
35 *Andrea C. Ghent & Marianna Kudlyak*, Recource and Residential Mortage Default: Evidence from US States, at 3177-83.
36 *Solomon/Minnes*, NON-RECOURSE, NO DOWN PAYMENT AND THE MORTGAGE MELTDOWN: LESSONS FROM UNDERCAPITALIZATION S. 3, Fordham Journal of Corporate and Financial Law, Vol. 16, p. 529, 2011.
37 *Solomon/Minnes*, NON-RECOURSE, NO DOWN PAYMENT AND THE MORTGAGE MELTDOWN: LESSONS FROM UNDERCAPITALIZATION S. 14, Fordham Journal of Corporate and Financial Law, Vol. 16, p. 529, 2011.
38 *Ron Harris and Asher Meier*, Non-Recourse Mortgages, A Fresh Start, 21 Am. REV. 124.
39 *Grant S. Nelson*, Confronting the Mortgage Meltdown: A Brief for the Federalization of State Mortgage Foreclose Law, 37 PEPP.L. REV. 587 (2010).
40 *Robert Shiller*, The Subprime Solution, 2008, S. 134.
41 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 38.
42 Weitere 52 konkrete Risiken sind im Compliance-Test mit Rechtsgrundlagen aus v. a. europäischen Regelungen zusammengestellt.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

3 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

4.3.2014 | 2.Jg
Seiten 45–88

EDITORIAL

Dr. José A. Campos Nave, RA, FAStR/FAHaGesR
Compliance-Herausforderungen der Zukunft | I

CORPORATE COMPLIANCE

Otto Geiß, Dipl. Betriebswirt (BA)
Step-by-step: Einführung eines wertebasierten Compliance-Management-Systems | 45

Philipp Dietz, LL.M (Edinburgh), RA, und **Katja Neumüller**, RAin
Länderreport Indien: Verschärfte Compliance-Anforderungen durch den Companies Act 2013 und neues Antikorruptionsgesetz | 48

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA, Notar
CB-Test: Kosten, Aufwand, Messbarkeit und Effizienz von Compliance | 54

Dr. Sarah Achilles, RAin/FAinArbR
Compliance im Arbeitsrecht – typische Risikofälle | 62

Dipl.-Kfm. Oliver Biernat, WP/StB
Korrekte Ermittlung und Dokumentation von Verrechnungspreisen | 67

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M. (Indiana), RA, und **Dr. Roland M. Stein**, LL.M. Eur., RA
Vergaberechtliche Compliance – Das Institut der Selbstreinigung | 72

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Gerhard Gündel, RA, und **Dr. Harald Feiler**, RA
Rechtsgrundlagen für Sonderuntersuchungen | 78

Dr. Thomas Helck, RA
Staatsanwaltliche Ermittlungen im Unternehmen | 83

Schwerpunktheft Deutsche Compliance Konferenz

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Kosten, Aufwand, Messbarkeit und Effizienz von Compliance

Die Legalitätspflicht von Geschäftsleitern umfasst die Pflicht zur Einhaltung und Kontrolle aller Rechtspflichten des Unternehmens. Erstmals gemessene Compliance-Kosten eines Autozulieferunternehmens betragen 2,9 % vom Jahresumsatz. Die Legalitätspflicht hat Vorrang vor der Pflicht zur Gewinnerzielung. Die unvermeidbaren Compliance-Kosten lassen sich durch Standardisierung, Arbeitsteilung, EDV-Einsatz und präventive Minimierung von versicherten Risiken senken.

I. Die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter im Unternehmen

Die Legalitätspflicht umfasst die Bindung einer Gesellschaft und ihrer Organe an das Gesetz. Vorstandsmitglieder haben sich bei all ihren Aktivitäten rechtmäßig zu verhalten. Hergeleitet wird die Legalitätspflicht aus unterschiedlichen Quellen. Nach Ziff. 4.1.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex „hat der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen ein". Rechtsprechung und Literatur begründen die Legalitätspflicht mit § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und verweisen auf die Begründung zum Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)[1]. Aus dem Wortlaut des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ergibt sich die Legalitätspflicht zwar nicht ausdrücklich. Jedoch wird die Gesetzesbindung von Vorstand und Aufsichtsrat hergeleitet aus der Regelung nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG zum Haftungsausschluss, der zu Gunsten von Vorstand und Aufsichtsrat durch einen Hauptversammlungsbeschluss davon abhängig gemacht wird, dass er „gesetzmäßig" ist. Das selbstverständliche und unumstrittene Legalitätsprinzip findet sich ebenfalls in der Regelung der Hauptversammlungsbeschlüsse in § 243 Abs. 1 AktG, wonach gesetzeswidrige oder satzungswidrige Beschlüsse durch eine Klage angefochten werden können. Die Legalitätspflicht besteht erstens aus einer internen Bindung an die Pflichten aus Aktiengesetz, Satzung und Geschäftsordnung und zweitens aus der externen Pflichtenbindung an alle Rechtsvorschriften außerhalb des Aktiengesetzes, die für das Unternehmen einschlägig sind.

Nach der internen Pflichtenbindung muss z. B. der Vorstand Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 83 AktG vorbereiten und ausführen, nach § 91 AktG ein Früherkennungssystem einrichten, damit durch geeignete Maßnahmen den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 92 Abs. 2 AktG beantragen, an den Aufsichtsrat nach § 90 AktG berichten, den Aktionären in der Hauptversammlung nach § 131 AktG Auskünfte erteilen, den Betriebsrat nach §§ 74, 90, 92 BetrVG informieren, für den Geschäftsverkehr nach § 325 HGB den Jahresabschluss offenlegen und nach § 161a AktG mit dem Aufsichtsrat die jährliche Entsprechungserklärung zum Corporate Governance Kodex abgeben.

Zur Verhinderung unzulässiger Kapitalabflüsse hat der Vorstand nach § 93 Abs. 3 AktG neun konkrete Pflichten zu erfüllen, um das Grundkapital zu sichern. Vorstände haben die aktienrechtliche Kompetenzverteilung nach § 82 Abs. 2 AktG einzuhalten.[2] Schließlich sind Vorstände einer Aktiengesellschaft an die Pflicht der Gewinnerzielung gebunden. Die erwerbswirtschaftliche Zielsetzung einer Aktiengesellschaft kann nur durch einstimmige Satzungsänderung abgeändert werden. Diese Pflicht wird aus den §§ 58 Abs. 4, 174 und 254 AktG hergeleitet.[3]

Neben der internen gilt die externe Pflichtenbindung. Sämtliche Rechtsvorschriften hat der Vorstand einzuhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen.[4] Die externen Rechtsbindungen haben die Organe der Gesellschaft im Rahmen ihrer Leitungspflicht streng zu beachten. Dadurch wird die Rechtsbindung an Pflichten im Außenverhältnis in das Innenverhältnis übertragen. Der Aufsichtsrat hat die Pflicht, bei drohendem gesetzwidrigem Handeln des Vorstands ein Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu bestimmen.[5]

Die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter ist nicht beschränkt auf ihr eigenes pflichtgemäßes Verhalten. Vielmehr umfasst sie auch die Legalitätskontrolle der Angestellten des Unternehmens. In seinem Verantwortungsbereich muss jedes Vorstandsmitglied durch geeignete organisatorische Maßnahmen für pflichtgemäßes Verhalten sorgen.[6] Vorstände haben die Pflicht zur Oberaufsicht, die sie nicht delegieren können.[7] Die Pflicht zur Legalitätskontrolle umfasst auch die wech-

1 *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, 2. Aufl. 2010, § 91 Anm. 31, 43, Begründung des Regierungsentwurfs – BegrReGE KonTraG, BT-Drucks 13/9712, 15.

2 *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 93 Rn. 20 und § 82, Rn. 26.

3 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 40.

4 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 24; *Fleischer*, ZIP 2005, 144, *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368.

5 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 24; BGHZ 124, 111, 127.

6 OLG Köln, 31.8.2000 – 18 U 42/00, NZG 2001, 135, 136; *Fleischer*, CCZ, 2008, 2.

7 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938 (1938) S. 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI

selseitige Kontrolle unter Vorstandsmitgliedern für ressortfremde Pflichten.[8]

Neben den Geschäftsleitern müssen die Compliance-Beauftragten, die Sicherheitsingenieure für Arbeitsschutz, Immissionsschutzbeauftragte, Gewässerschutzbeauftragte und Abfallbeauftragte, bei der Erfüllung der Legalitätspflicht[9] sowie die sonstigen Führungskräfte organisatorisch eingebunden werden. Zu verweisen ist auf die strafrechtliche Verantwortung von Führungskräften nach § 14 Abs. 1 und 2 StGB und § 130 OWiG. Öffentlich-rechtliche Handlungs- und Verkehrspflichten sind teils der Gesellschaft und teils den Organmitgliedern persönlich auferlegt. Soweit die Pflichten der Gesellschaft auferlegt sind, hat das geschäftsführende Organ die Aufgabe, für die Erfüllung dieser Pflichten zu sorgen. Ausdrücklich ausformulierte Regelungen finden sich in § 58 BBergG und in § 4 Abs. 1 AO für die steuerlichen Pflichten einer Gesellschaft.[10]

II. Erfüllungsaufwand erstmals ermittelt: 2,9 % vom Jahresumsatz

Die Legalitätspflicht lässt sich nach Aufwand und Kosten dadurch messen, dass sie in ihre Einzelpflichten aufgeteilt wird. Für jedes Unternehmen lassen sich die einschlägigen Gesetze, Verordnungen und sonstigen Regelwerke ermitteln. Jedes Regelwerk enthält eine bestimmte Anzahl von Rechtspflichten, die konkret und individuell von einzelnen Unternehmenssachverhalten ausgelöst werden. Nicht alle Pflichten aus einem Gesetz sind in einem Unternehmen einschlägig und anwendbar. Der Katalog der einschlägigen Einzelpflichten hängt von den Risiken ab, die im Unternehmen verursacht und durch Rechtspflichten abgewendet werden müssen. Das konkrete Risikoprofil eines Unternehmens bestimmt den konkreten Pflichtenkatalog eines Unternehmens. Die Einzelpflichten sind als kleinste Einheit zu ermitteln und zu verwalten, regelmäßig zu aktualisieren, auf bestimmte Unternehmensmitarbeiter zu delegieren, zu erfüllen, auf ihre Erfüllung hin zu kontrollieren und zu dokumentieren. Diese sechs Aufgaben lassen sich beim Pflichtenmanagement unterscheiden.

Jede einzelne Pflicht löst einen unternehmensinternen Aufwand und entsprechende Kosten aus. Mit der Stellung eines Vorstands einer Aktiengesellschaft sind auf Grund der internen Legalitätspflicht insgesamt 3 449 Pflichten verbunden, mit der Stellung des Geschäftsführers einer GmbH 3 927 und mit der Funktion eines Aufsichtsrats 478 Pflichten, unabhängig von der Branche und dem einzelnen Risikoprofil des Unternehmens. Gleichgültig ob ein Unternehmen Maschinenbau, Benzin-, Lebens- oder Waschmittelproduktion betreibt, löst die gesellschaftsrechtliche Position eines Organs immer die gleichen Pflichten aus.

Darüber hinaus hat der Vorstand außerdem für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Pflichten und der Verkehrssicherungspflichten zu sorgen, die das Unternehmen treffen und die abhängig von der speziellen Risikolage des Unternehmens anwendbar sind. Je nach Branche und einzelnem Unternehmen unterscheiden sich Anzahl und Art der Pflichten. Vergleicht man 37 repräsentative Branchen[11], reicht die Menge der einschlägigen Rechtsnormen von höchstens 1 850 in einer Raffinerie bis zu mindestens 312 Rechtsnormen in einem Unternehmen des Energiemanagements. Innerhalb der 37 untersuchten Branchen hat ein Unternehmen im Durchschnitt 3 878 Rechtspflichten zu erfüllen. Die Einzelpflichten sind aus der Gesamtmenge aller denkbaren einschlägigen Rechtsnormen zu ermitteln. Monatlich ändern sich im Durchschnitt pro Unternehmen 491 Pflichten, ermittelt im Jahr 2012 und 445 im Jahr 2013. Die Ermittlung der Pflichten pro Unternehmen dauert mit Unterstützung unternehmensexterner, spezialisierter Anwälte im Durchschnitt 14 Arbeitstage. Die monatliche Aktualisierung durch die internen Beauftragten mit Stabsfunktion nimmt im Durchschnitt etwa acht Stunden pro Monat in Anspruch, vorausgesetzt die einschlägigen Pflichten sind an einem Standort einmalig ermittelt.

Erstmals gemessen wurde der gesamte Erfüllungsaufwand aller Pflichten pro Jahr in einem Automobilzulieferer-Unternehmen mit Gelenkwellenproduktion. Zu erfüllen waren 1 755 Pflichten, ermittelt aus 241 Rechtsnormen. Der Gesamtaufwand betrug 3 478 248,50 Euro. Dieser Aufwand entsprach 2,9 % vom Jahresumsatz und 7,7 % der Personalkosten, bei einer Jahresumsatzrendite von 7 % bei 730 Mitarbeitern.

Das Pilotprojekt wurde durchgeführt in Zusammenarbeit mit dem Normenkontrollrat, der nach § 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines nationalen Normenkontrollrats (NKRG)[12] die Aufgabe hat, den Erfüllungsaufwand bei der Einhaltung von Vorschriften zu ermitteln.

Die Erfüllung der Legalitätspflicht verursacht einen Präventionsaufwand, der durch Risiken ausgelöst wird, die sich noch nicht zu einem Schaden entwickelt haben. Es handelt sich um die Abwehr drohender Schäden. Aufwand und Kosten der Schadensprävention können nur durch Risiken begründet werden, die Schadensprognosen darstellen und über deren Eintritt jeder streiten kann, ohne dass beweisbar behauptet werden kann, ein Risiko werde sich zu einem Schaden entwickeln. Die Rechtfertigung des Präventionsaufwands erfordert erhebliche Überzeugungsarbeit innerhalb des Unternehmens. Wollte man bis zum Schadenseintritt abwarten, käme jede Risikoabwehr zu spät. In der Praxis wird die Risikoabwehr und der damit verbundene Aufwand oft allzu leicht und unwiderlegbar angezweifelt. Risiken sind keine Fakten, sondern Fiktionen. Es bedarf einer Entscheidung, ein Risiko anzunehmen und die zur präventiven Abwehr erforderlichen Mittel bereit zu stellen. Präventives Risikomanagement gilt in der Unternehmenspraxis als unproduktiv und überflüssig. Aufwand und Kosten müssen nämlich mit Schäden gerechtfertigt werden, deren Eintritt noch gar nicht sicher ist. Die erheblichen Kosten durch die Erfüllung einschlägiger Rechtspflichten zur Risikoabwehr schmälern den Gewinn eines Unternehmens und geben Anlass zur Frage, was vorrangig ist, Gewinn oder lückenlos legales Verhalten mit hohem Kostenaufwand zur präventiven Risikoabwehr.

III. Die Pflicht zur Gewinnmaximierung

Eine ausdrückliche Regelung der Pflicht zur Gewinnmaximierung fehlt im Aktiengesetz und wurde als überraschende Lücke gewertet.[13] Die Pflicht zur Gewinnmaximierung wird aus drei Vorschriften abgeleitet.

526/14, RGZ 87 (1916) S. 1 (Heilsalz-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4 S. 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960) S. 53 (Besitzdiener-Urteil); BGHSt 25, 158, 163 (Laurentiuskapellen-Urteil); *Göhler*, OWiG, § 130, Anm. 15 m. w. Nachw.

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

9 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/05, NJW 2009, 3173 ff. Rn. 23 (Berliner Stadtreinigungsfall).

10 *Uwe H. Schneider*, DB, 1993, 1911.

11 Die zitierten Zahlen ergeben sich aus dem Statistischen Überblick des Managementsystems „Recht im Betrieb“, Rack Rechtsanwälte.

12 Vom 14.8.2006 (BGBl. I S. 420), geändert am 16.3.2011 (BGBl. I S. 420).

13 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 39.

In § 58 Abs. 4 AktG ist der Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn geregelt, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung, durch Hauptversammlungsbeschluss, von der Verteilung unter den Aktionären ausgeschlossen ist. Nach § 174 AktG beschließt die Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns. Nach § 254 AktG liegt ein Anfechtungsgrund vor, wenn im Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns kein Gewinn i. H. v. mindestens 4 % des Grundkapitals abzüglich von noch nicht eingeforderten Einlagen verteilt werden kann. Alle drei Vorschriften setzen einen ausschüttbaren Gewinn voraus. Die Gewinnerzielung wird zwar nicht als Pflicht geregelt. Gleichwohl gilt sie als Pflicht der Organe des Unternehmens. Schließlich gilt nach § 3 AktG die Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft, was die Absicht dauerhafter Gewinnerzielung voraussetzt.[14]

IV. Die Kollision von Legalitätspflicht und Gewinnmaximierung

Der Aufwand für legales Verhalten im Unternehmen mindert den Gewinn. Wer den Aufwand für die Erfüllung der Legalitätspflicht einspart und Rechtsverstöße in Kauf nimmt, steigert seinen Gewinn, solange die Rechtsverstöße nicht entdeckt werden und ohne Sanktionen bleiben. Unternehmen können sich durch Einsparungen beim Aufwand für die Erfüllung der Legalitätspflicht Wettbewerbsvorteile gegenüber rechtstreuen Unternehmen verschaffen, die alle einschlägigen Vorschriften einhalten und Kosten und Aufwand nicht scheuen. Der Wettbewerbsvorsprung durch die eingesparten Compliance-Kosten lässt sich nach der erstmaligen Ermittlung mit 2,9 % vom Jahresumsatz beziffern. Die Kollision beider Pflichten führt zu der Frage nach dem Rangverhältnis. Wenn die Pflicht zur Gewinnmaximierung Vorrang hätte, müssten Aufwand und Kosten zur Erfüllung der Legalitätspflicht in Frage gestellt werden. In der Unternehmenspraxis wird sowohl ausdrücklich, als auch oft unausgesprochen die Ansicht vertreten, „Geschäft geht vor“. Schon dadurch, dass Compliance-Kosten als Folge einer Überregulierung in aller Öffentlichkeit beklagt werden, glaubt man die Ansicht vertreten zu können, es gebe zum legalen Verhalten eine Alternative und illegales Verhalten sei mit der Pflicht zur Gewinnerzielung zu rechtfertigen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob es für ein Unternehmen „nützliche“ Pflichtverletzungen geben kann.

V. Der Vorrang der Legalitätspflicht

Der Vorrang der Legalitätspflicht vor der Pflicht zur Gewinnmaximierung ergibt sich erstens aus gesetzlichen Bestimmungen, zweitens aus der Rechtsprechung und drittens aus der einhelligen Literaturmeinung.

Nach § 396 Abs. 1 AktG kann eine Aktiengesellschaft sogar aufgelöst werden, wenn durch gesetzwidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet wird und der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung nicht für eine Abberufung der Verwaltungsträger sorgt. Das Gleiche gilt auch für Geschäftsführer einer GmbH, die nach § 62 Abs. 1 GmbHG aufgelöst werden kann, wenn Gesellschafter „gesetzeswidrige Beschlüsse“ fassen oder gesetzeswidrige Handlungen der Geschäftsführer wissentlich geschehen lassen und das Gemeinwohl dadurch gefährdet wird. Nach § 111 Abs. 4 AktG hat der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass spezielle Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats ist ein Veto-Recht. Grundsätzlich ist der Vorstand weisungsfrei und kann nicht zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen veranlasst werden. Die Anordnung des Zustimmungsvorbehalts ist Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats. Handelt ein Vorstand trotz der verweigerten Zustimmung, verletzt er seine Pflicht nach § 82 Abs. 2 AktG, die Beschränkungen einzuhalten, die der Aufsichtsrat für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen hat.[15]

Auch § 243 AktG zeigt, dass Gesetzesverstöße von vornherein nicht im Gesellschaftsinteresse liegen können. Wegen der Verletzung des Gesetzes oder der Satzung kann nämlich ein Beschluss der Hauptversammlung angefochten werden.

Im Ergebnis muss die unternehmerische Entscheidung eines Geschäftsleiters für das Unternehmen nützlich und legal sein. Nützliche, aber illegale Entscheidungen sind ausgeschlossen. Der Grundsatz der Legalitätspflicht hat absoluten Vorrang vor profitablen und nützlichen Pflichtverletzungen. Kosten- und Nutzenerwägungen kann allenfalls der Gesetzgeber anstellen, wenn er entscheiden muss, ob ein bestimmtes Verhalten gesetzlich verboten wird. Ist die Entscheidung eines Gesetzgebers einmal gefallen und ein Gesetz erlassen, haben Geschäftsleiter keinerlei Ermessen, ob sie Rechtspflichten einhalten oder nicht.[16] Als typisches Beispiel für den Vorrang der Legalitätspflicht wird die Zahlung von Schmiergeldern an Angehörige anderer Unternehmen unter Verstoß gegen § 12 UWG angeführt. Selbst wenn Schmiergeldzahlungen dem Unternehmen nutzen, ist das Verbot einzuhalten.[17] Weitere Beispiele gewinnbringender, aber illegaler Entscheidungen, sind ungesetzliche Waffengeschäfte und die Missachtung kostenträchtiger Umweltschutzstandards.[18] Zuletzt hat das OLG Karlsruhe entschieden, dass eine gesetzwidrige Tätigkeit auch dann eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers begründet, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv ex ante zum Nutzen der Gesellschaft erfolgte, ihr aber hieraus ein Schaden erwächst.[19]

Der Vorrang der Legalitätspflicht nach deutschem Recht ist v. a. gegenüber ausländischen Rechtsordnungen hervorzuheben. Es besteht das Risiko, dass in international tätigen Unternehmen andere Rangverhältnisse vorherrschen und etwa amerikanische Justiziare die Ansicht eines rechtlich möglichen „efficient breach of law“ vertreten.[20]

VI. Die scheinbare Kollision von Legalitätspflicht und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit

Die Einhaltung rechtlicher Vorschriften wird in der Praxis häufig als Einschränkung unternehmerischer Freiheiten verstanden. Verbreitet ist das Argument, das Geschäft müsse vorgehen. Auch das Rangverhältnis zwischen unternehmerischer Freiheit und Legalitätspflicht

14 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 39 bis 41.

15 *Spindler,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 111, Anm. 66/67; BGHZ 124, 111, 127; NJW 1994, 520, 524.

16 *Fleischer*, ZIP 2005, 147; *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368; *von Falkenhausen*, NZG 17, 2012, 647; *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 93 Anm. 32.

17 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 24.

18 *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 93 Anm. 32.

19 OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 7 U 184/12; *Raabe*, GWR 2013, 404; *Beck*, RS 2013, 13837; *Nietsch*, ZIP 2013, 1454.

20 *Fleischer*, ZIP 4/2005, 146, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern *Keßler*, FS Baumann 1999, S. 153.

muss deshalb geklärt werden. Im Ergebnis hat die Legalitätspflicht Vorrang. Zu Zweifeln kann es allenfalls dadurch kommen, dass die unternehmerische Freiheit in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ausdrücklich geschützt wird, ohne dass gleichzeitig und unmissverständlich klargestellt wurde, dass es unternehmerische Freiheit nur bei legalem Verhalten geben kann. Die Eigenverantwortung des Vorstands verlangt nach § 76 AktG einen notwendigen Spielraum für das eigene unternehmerische Ermessen.[21] Die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung wird geschützt durch die Business-Judgement-Rule.[22] Diese Regel hat der Gesetzgeber im Rahmen des UMAG von 2005[23] kodifiziert. Schon vor der gesetzlichen Regelung war die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in der Rechtsprechung anerkannt. In seinem ARAG/Garmenbeck-Urteil vom 21.4.1997 hat der BGH dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Unternehmens einen weiten Beurteilungsspielraum eingeräumt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit nicht möglich ist. Ein Vorstand muss nach dieser Entscheidung u. U. auch mit einem Risiko behaftete Geschäfte vornehmen können, ohne dass bereits in der Ausführung solcher Geschäfte eine unternehmerische Pflichtwidrigkeit oder ein Verschulden zu sehen ist.[24] Unternehmerische Entscheidungen sind immer zukunftsbezogen und setzen Prognosen voraus. Risikoentscheidungen, die unter Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung getroffen werden, erfassen die Auswahl unternehmerischer Handlungen aus mehreren Alternativen. Bei unternehmerischen Entscheidungen ist der Vorstand zur Wahl und damit zur Entscheidung zwischen mehreren denkbaren künftigen Entwicklungen gezwungen. Im Zeitpunkt der Entscheidung lässt sich nie beurteilen, welche unternehmerische Entscheidung die Erwartungen erfüllt, die in der Prognose angenommen werden. Erst die nach der Entscheidung ablaufende tatsächliche geschäftliche Entwicklung lässt erkennen, ob die unternehmerische Entscheidung einen unternehmerischen Erfolg oder einen Misserfolg begründet hat. Für geschäftliche Fehlschläge auf Grund einer unternehmerischen Entscheidung soll der Vorstand nicht haften. Prognosen dienen nicht der Wahrheitsfindung, sondern immer nur der Selbstkontrolle und der Korrektur von Fehlprognosen, sobald diese als solche erkannt werden.[25] Der Vorstand darf keiner Erfolgshaftung unterworfen werden. In seinen Entscheidungen würde der Vorstand gelähmt. Risikoscheues Verhalten wäre das Ergebnis. Der Omission-Bias[26] würde gefördert nach dem Muster „Wer nichts tut, macht auch keine Fehler". Die gesetzliche Regelung zum Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit soll auch deshalb geschützt werden, um das Risiko zu mindern, das Gerichte in Kenntnis der später eingetretenen Entwicklungen überzogener Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Entscheidungsträgers stellen. Zu verhindern ist der sog. Hindsight-Bias.[27] Die gesetzliche Regelung sicherte den Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit dadurch, dass es auf die Sicht des Vorstandsmitglieds ankommen soll und nicht auf die Beurteilung eines außenstehenden Dritten, etwa eines Richters. Das Vorstandsmitglied soll einen eigenen, gerichtlich nicht weiter überprüfbaren Wertungs- und Entscheidungsspielraum haben und beurteilen können, wann angemessene Informationen i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG vorliegen. Vorstände müssen nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden. In § 93 Abs. 1 S. 2 ist berechenbar klargestellt, welches Verhalten auf keinen Fall eine Pflichtverletzung darstellt. Der Gesetzgeber beschreibt dadurch einen sicheren Hafen und sperrt den Rückgriff auf § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, wenn die Voraussetzungen nach der Business-Judgement-Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfüllt sind. Unter fünf Voraussetzungen muss der Vorstand somit keinen Vorwurf einer Pflichtverletzung befürchten. Erstens muss er eine unternehmerische Entscheidung treffen, zweitens zum Wohle der Gesellschaft handeln, drittens ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, viertens auf der Grundlage angemessener Informationen und fünftens im guten Glauben an die Richtigkeit seiner Entscheidung handeln. Die unternehmerische Entscheidung als erste und wichtigste Voraussetzung der Business-Judgement-Rule ist von der rechtlich-gebundenen Entscheidung zu unterscheiden.[28] Bei den organschaftlichen Pflichten der Treuebindung gelten das Geschäftsleiterermessen und damit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht. Keine Ermessenspielräume hat der Geschäftsleiter auch bei gesellschaftsrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten und schließlich auch nicht bei gesetzlichen und anstellungsvertraglichen Pflichten.

Im Ergebnis befreit die Business-Judgement-Rule den Geschäftsleiter nicht von seiner Pflicht, bei allen Entscheidungen zu prüfen, ob er sich legal oder illegal verhält. Der Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit befreit nicht von der Legalitätspflicht und damit auch nicht von dem damit verbundenen Prüfungsaufwand und den dadurch verursachten Kosten der Einhaltung aller Rechtspflichten.[29] Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und damit der Schutz vor der Haftung für unternehmerische Fehlschläge setzt ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft voraus. Der Vorstand muss annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, insbesondere der langfristigen Ertragsstärke, der Wettbewerbsfähigkeit und der Unternehmensprodukte- und Dienstleistungen zu dienen. Es kommt auf das im Zeitpunkt der Entscheidung (ex ante) angestrebte Gesellschaftswohl und nicht auf den im Nachhinein erkannten (ex post) Nutzen des Unternehmens an.[30]

Schließlich erweisen sich auch unter Berücksichtigung des Schutzes der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nach der Business-Judgement-Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG der Aufwand und die Kosten zur Erfüllung der Legalitätspflicht als unvermeidbar. Illegales Verhalten, auch wenn es dem Unternehmen nützt und zum Wohle der Gesellschaft gedacht ist, kann weder durch die Pflicht zur Gewinnmaximierung, noch mit dem gesetzlich geregelten Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit gerechtfertigt werden.

VII. Der Vorrang der Legalitätspflicht in der Rechtsprechung: Totschlag aus Kostengründen

Der deutsche Manager eines Stahlwerks in Turin wurde in zweiter Instanz zu zehn Jahren Gefängnis wegen Totschlags verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, den Tod von sieben Stahlarbeitern billigend in Kauf genommen zu haben. Er hatte die technische Nachrüstung des werksei-

21 *Spindler*, FS Canaris, 2007, S. 413.
22 *Fleischer*, ZIP 2004, 685.
23 BGBL I, S. 2802.
24 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253 (ARAG/Garmenbeck-Urteil), BB 1997, 1169; BGHZ 134, 392, 398.
25 OLG Frankfurt, 24.11.2009 – WpÜG 11, 12/09, NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung).
26 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 320, sowie *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden 4. Aufl. 2003, S. 320.
27 *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 93 Anm. 56.
28 Begr. RegE BT-Drs. 3/05, 18.
29 Begr. RegE BT-Drs. 3/05, 19; *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 93 Anm. 63.
30 *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 93 Anm. 67.

genen Brandschutzes aus Kostengründen schriftlich abgelehnt und aus wirtschaftlichen Erwägungen auf die technische Nachrüstung verzichtet, weil das Werk still gelegt werden sollte. Der Standortleiter hatte auf die Aufforderung der Versicherung geantwortet, die die Nachrüstung des Stahlwerks in Turin angemahnt hatte. Insbesondere wurde er auf höhere Brandschutzstandards hingewiesen, die in anderen Werken des Stahlkonzerns schon verwirklicht wurden. Dieser Fall[31] zeigt deutlich und abschreckend, dass aus Kostengründen und betriebswirtschaftlichen Erwägungen Rechtsgutsverletzungen, insbesondere menschliche Gesundheit und Leben, nicht abwendbaren Risiken ausgesetzt werden dürfen. Die Rechtspflicht zur Nachrüstung eines Sicherheitsstandards ist ein Beispiel für eine typische Interessenkollision zwischen Legalitätspflicht einerseits und Gewinnmaximierung und unternehmerischer Freiheit auf der anderen Seite. Den verantwortlichen Geschäftsleitern ist dringend zu empfehlen, ihre Legalitätspflicht konsequent und ohne Zugeständnisse an wirtschaftliche Gründe zu erfüllen. Legales Verhalten geht immer vor. Illegales Verhalten ist zu vermeiden, selbst wenn es für das Unternehmen nützlich und profitabel ist. Abschreckend ist das Beispiel des Turiner Managers auch deshalb, weil er persönlich eine Strafe verbüßt, obwohl er seinem Unternehmen Kosten zu sparen versucht hat. In seinem Presseangriffs-Urteil hat der BGH am 10.5.1957 entschieden, dass Kosten beim präventiven Rechtsschutz keine Rolle spielen dürfen. Ein Verlag hatte in seiner Illustrierten einen Boykottaufruf veröffentlicht und war vom Anwalt des Betroffenen vor dem ruinösen Schaden gewarnt worden. Die Veröffentlichung trotz der Warnung hat der Verlag mit 800 000,00 DM Kosten zu rechtfertigen versucht, die es gekostet hätte, den Boykottaufruf noch zu stoppen.[32] In der Hühnerpest-Entscheidung hat der BGH entschieden, dass die Nachrüstung von Sicherheitsstandards im Unternehmen aus wirtschaftlichen Kostengründen nie unzumutbar sein kann. In dem Industrieunternehmen wurden bei der Umfülltechnik für ein Serum gegen die Hühnerpest unterschiedliche Sicherheitsstandards praktiziert und der Investitionsaufwand zur Nachrüstung eingespart, wodurch die Vermutung begründet wurde, dass dadurch ein Produktmangel verursacht wurde.[33] Aus wirtschaftlichen Erwägungen dürfen sich z. B. Veranstalter von Sportereignissen nicht davon abhalten lassen, zum Schutze der Zuschauer notwendige Sicherungsmaßnahmen anzubringen. Eine Sporthalleneigentümerin hatte den Kostenaufwand von 150 000,00 DM gescheut. Bei einem Eishockey-Bundesligaspiel wurde ein Zuschauer durch einen Puck verletzt.[34]

VIII. Die Messbarkeit von Legalitätspflichtverletzungen

1. Compliance-Kosten als unausweichliche Fixkosten in der Kalkulation

Die Rechtsrisiken nehmen zu und lassen sich messen. Großbanken sind gezwungen, Rückstellungen in ihren Bilanzen auszuweisen. Aktuelle Presseberichte melden, dass im Bankensektor Rückstellungen von bis zu 6,5 Mrd. Euro für Rechtsrisiken gebildet werden müssen.[35] Die FAZ berichtet, dass die Rechtskosten von 5 Mrd. Euro in zwei Jahren das Vierfache des in diesem Zeitraum erzielten Nettogewinns ausmachten. Im Zeitraum von sechs Jahren übersteigt die Summe der Rechtskosten die an die Aktionäre ausgeschütteten Dividenden. Die größte amerikanische Bank ist mit 100 Mrd. USD Rechtskosten belastet, die alle im gleichen Zeitraum gezahlten Dividenden übersteigt. Den 2013 gezahlten Strafen von 23 Mrd. USD stehen 18 Mrd. USD Gewinn gegenüber. Wegen Zinsmanipulation hat die Europäische Kommission Bußgelder von insgesamt 1,7 Mrd. Euro verhängt.[36]

Die desaströsten Entwicklungen der Rechtsrisiken erwecken den Anschein, als würden die Unternehmensleiter der zynischen Aufforderung folgen: „*If you think Compliance is expensive, try Non-Compliance.*“ Damit soll verdeutlicht werden, dass es auch aus Kostengründen empfehlenswert ist, den Compliance-Aufwand und die damit verbundenen Kosten als unausweichliche Fixkosten in die Kalkulation aufzunehmen. Daran ändern auch die üblichen rechtspolitischen Argumente nichts, die Unternehmen seien überreguliert und für die Überregulierung fehle es an der Akzeptanz. Wer diese Argumente vertritt, verkennt, dass jede gesetzliche Regulierung im Zeitpunkt ihrer Entscheidung eine parlamentarische Mehrheit hatte, die wiederum dem rechtspolitischen Regulierungswunsch der Wählermehrheit im Zeitpunkt der Gesetzesinitiative gefolgt war. Jede gesetzliche Regulierung bringt der Gruppe der Befürworter Vorteile und der regulierten Minderheit Nachteile. Wer reguliert wird, beruft sich auf fehlende Akzeptanz und beklagt die politische Überregulierung.

2. Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes als Maßstab für Akzeptanz

Der Maßstab für die Akzeptanz eines Gesetzes muss seine Verfassungsmäßigkeit bleiben. Auch nach dem Erlass eines Gesetzes besteht die Möglichkeit zur Korrektur. Die regulierte, benachteiligte und dem Meinungsstreit unterlegene Minderheit ist nicht darauf beschränkt, die Akzeptanz zu leugnen und die Überregulierung zu beklagen. Vielmehr stehen Verfahren der Meinungsbildung zur Verfügung, um eine Korrektur rechtspolitisch vorzubereiten. Nachgewiesen werden muss, dass der Gesetzgeber von einer Fehlprognose ausgegangen ist, als er eine gesetzliche Maßnahme als Mittel zur Verfolgung eines von der damaligen Mehrheit akzeptierten Schutzzwecks erlassen hat. Den Maßstab für das verfassungsmäßige Entscheidungsverhalten des Gesetzgebers beim erstmaligen Erlass oder bei der Änderung eines Gesetzes setzt das Bundesverfassungsgericht. Der Gesetzgeber muss eine Rechtsentscheidung begründen und dabei Begründungsfehler vermeiden. Im Gesetzgebungsverfahren gilt die Methode der Gesetzesfolgenabschätzung. Neue Gesetze oder Gesetzesänderungen werden mit Prognosen begründet. Wer die glaubwürdigsten Prognosen aufstellt, gewinnt den Meinungsstreit, wie ein Gesetz wirken wird, welche Folgen es haben wird und mit welchen Mitteln das Ziel des Gesetzes, sein Schutzzweck, erreicht werden kann. Der Gesetzgeber ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur sorgfältigen Prognose verpflichtet. Verlässliche Prognosen sind aufzustellen. Dabei müssen die Tatsachen aufbereitet und ausgewertet werden, insbesondere danach, ob sie die gesetzgeberischen Abschätzungen stützen. Die Eignung einer gesetzgeberischen Maßnahme ist auf Grund einer Prognose abzuschätzen. Im Mitbestimmungs-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht zur Prognosepflicht entschieden, dass „Ungewissheit über die Auswirkung eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen kann, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewissheit nicht schon als solche ausreichen, einer verfassungsrechtlichen Kontrolle

31 Wirtschaftswoche vom 16.4.2012, S. 102.
32 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
33 BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Entscheidung).
34 BGH, 29.11.1983 – VI ZR 137/82, NJW 1984, 801.
35 FAZ v. 10.1.2014, S. 19; FAZ v. 31.8.2013, S. 22, FAZ v. 22.1.2014, S. 9.
36 FAZ v. 22.1.2014, S. 9.

nichtzugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen." Der Gesetzgeber muss die ihm „zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden".[37]

3. Mitbestimmungsurteil des BVerfG

Das Mitbestimmungsurteil gilt als Leitentscheidung für die Pflichten des Gesetzgebers bei Entscheidungen unter Unsicherheit. Ihm wird ein erheblicher Spielraum eingeräumt und dadurch erlaubt, Gesetze zu erlassen, auch wenn deren Auswirkungen ungewiss sind. Lediglich alle zugänglichen Erkenntnisquellen sind auszuschöpfen und als Tatsachenmaterial vertretbar zu beurteilen. Schon bei der erstmaligen Entscheidung des Gesetzgebers ist er zur Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet. Danach ist der Gesetzgeber darüber hinaus verpflichtet, die Entwicklung der Wirkung der gesetzlichen Maßnahme zu beobachten. Es ist die Pflicht zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung.[38] Stellt sich dabei heraus, dass die ursprüngliche gesetzgeberische Einschätzung auf einer Fehlprognose beruhte, ist der Gesetzgeber zur Nachbesserung verpflichtet.[39] Ein Gesetz ist nicht schon allein deshalb verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber von einer Fehlprognose ausgegangen ist.[40] Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Fehlprognose nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung durch Aufhebung oder Änderung der gesetzlichen Maßnahmen zu korrigieren, wobei ihm eine hinreichende Frist zuzubilligen ist, in der er die Möglichkeit hat, seine Prognose neu zu beurteilen.[41] Der Gesetzgeber ist somit zur experimentellen Gesetzgebung[42] auf Probe berechtigt, aber auch zur Korrektur seiner Fehlprognosen verpflichtet, wenn im Rahmen der gesetzesbegleitenden Folgenabschätzung bei der Erfolgskontrolle im Evaluierungsverfahren sich das Gesetz als erfolglos herausstellt, weil es die ursprünglichen Erwartungen während seiner Geltungsdauer nicht erfüllt hat.

Die im Meinungsstreit um die Wirkungsweise eines Gesetzes unterlegene Minderheit ist auch nach dem Erlass des Gesetzes im Verfahren der begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung in der Lage, Fehlprognosen nachzuweisen und den Gesetzgeber unter Hinweis auf die Grundsätze des Mitbestimmungs-Urteils von der Notwendigkeit der Korrektur zu überzeugen und verfassungsrechtliche Bedenken dadurch zu begründen. Fehlprognosen nachweisen bedeutet, die ursprünglichen Prognosen im Rahmen des methodischen Falsifikationsverfahrens zu widerlegen. Theorien, auf denen Prognosen erstellt wurden, gelten, solange sie nicht durch die tatsächliche Entwicklung mindestens in einem Fall widerlegt wurden. Prognosen über die Wirkungsweisen von Gesetzen entstehen durch politisches Wunschdenken ohne nachweisbare Erfahrungen. Bestehen keine Erfahrungen, müssen sie gemacht werden. Die politischen Erwartungen an die Wirkung eines neuen Gesetzes sind an der tatsächlichen Entwicklung nach Erlass des Gesetzes danach zu messen, ob der erstrebte Schutzzweck durch das Gesetz erreicht wird, oder ob die Erwartungen eine Fehlprognose sind.

4. Evaluierung von Gesetzen

Nach der Konzeption zur Evaluierung neuer Regelungsvorhaben ist auf den Staatssekretärs-Beschluss vom 23.1.2013 zum Arbeitsprogramm bessere Rechtsetzung der Bundesregierung vom 28.3.2012 zu verweisen. Danach stellt eine Evaluierung einen Zusammenhang her zwischen Ziel und Zweck einer Regelung und den tatsächlichen erzielten Wirkungen und den damit verbundenen Kosten. Die Bundesregierung unterhält damit ein systematisches Evaluierungsverfahren und verfolgt das Ziel, den Erfüllungsaufwand dauerhaft niedrig zu halten.[43]

Der Koalitionsvertrag „Deutschland Zukunft gestalten" enthält auf S. 105 die Vereinbarung, vermehrt Wirkungsanalysen in der Phase der Entwicklung von politischen Maßnahmen sowie Evaluationen bestehender Gesetze und Programme zu nutzen, um die Wirksamkeit systematisch zu prüfen. Die Zielgenauigkeit und Wirksamkeit politischer Vorhaben soll dadurch erhöht werden.

Auch in der aktuellen wirtschaftspolitischen Presse wird die Forderung erhoben, Evaluierungspflichten gesetzlich zu verankern und Gesetze verstärkt Erfolgskontrollen zu unterwerfen.[44]

Gelingt es im Wege der begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung dem Gesetzgeber keine Fehlprognose nachzuweisen, bleibt der benachteiligten regulierten Minderheit keine andere Alternative, als das Gesetz, als legales, verfassungsmäßig nicht angreifbares Gesetz, zu akzeptieren und zu befolgen. Der damit verbundene Compliance-Aufwand und die dadurch entstehenden Kosten sind als unumgängliche Fixkosten eines Unternehmens in die Kostenkalkulation aufzunehmen, so wie die Belastungen unvermeidbarer Kosten für Material, Personal und Steuern.

IX. Kostensenkungsmöglichkeiten beim Compliance-Aufwand durch Standards, Arbeitsteilung, EDV-Einsatz und Versicherungsprämienoptimierung

Für die Compliance-Praxis im Unternehmen bieten sich fünf Empfehlungen an, um Aufwand und Kosten systematisch zu reduzieren und trotzdem einen hohen Grad an Rechtssicherheit zu erreichen.

1. Entwicklung von Standards

Erstens empfiehlt sich die Entwicklung von Standards im Pflichtenmanagement. In der Industrie wiederholen sich Sachverhalte, Anlagen, Stoffe, Verfahren, die immer wieder vorkommen und in allen Unternehmen die gleichen Pflichten auslösen. Wer z. B. einen Kran betreibt, hat 71 Pflichten aus den unterschiedlichsten Regelwerken zu befolgen, wer Schweißarbeiten durchführt, löst damit 81 Pflichten aus. Die Pflichten dienen der Abwehr des immer gleichen Risikos z. B. beim Kran und beim Schweißen. Die Einsparungen durch Standardisierung im Pflichtenmanagement lassen sich messen. Teilt man das Ermitteln der Risiken und Pflichten, ihre Delegation, ihre wiederkehrende Aktualisierung, die Erfüllung, die Kontrolle und die Dokumentation in insgesamt 37 Einzelaufgaben, lassen sich 55 % aller Teilaufgaben standardisieren. 47 % erfordern dagegen Einzellösungen.[45]

---

37 BVerfG, 19.3.1975, BVerfGE 39, 210, 226, Beschluss vom 9.3.1975, (Mühlenstrukturgesetz); BVerfGE 50, 299, 333, Urteil vom 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil).
38 BVerfGE 65, 1, 55, Urteil vom 15.12.1983.
39 BVerfGE 7, 3, 77, 413.
40 BVerfGE 30, 250, 263, NJW 71, 1603.
41 BVerwGE 57, 139, 159, 162, NJW 1981, 2107; BVerfGE 50, 290, 335; BVerfGE 50, 299, 333, 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil).
42 *Callies*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 593; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung, 1989, S. 34, *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20, Anm. 151; BVerfGE, 30, 250, 263 (Absicherungsgesetz), BVerfGE 57, 139, 159, 162 (Schwerbehindertenabgabe); BVerfGE 50, 290, 335 (Mitbestimmungsurteil), BVerfGE 54, 11, 37 (Besteuerung von Pensionen).
43 Beschluss des Staatssekretärsausschusses Bürokratieabbau vom 23.1.2013.
44 Handelsblatt v. 3.2.2014, S. 13.
45 S. hierzu auch die Abbildung auf S. 61.

2. Arbeitsteilung

Zweitens lassen sich 34 % der 37 Teilaufgaben betriebsextern durch Arbeitsteilung lösen. 65 % müssen dagegen betriebsintern erfüllt werden.[46] Unternehmen ist zu empfehlen, spezialisierte Beratungsleistungen kostengünstiger unter Ausnutzung des unternehmensexternen Expertenwissens erledigen zu lassen. In vielen Unternehmen haben die Verantwortlichen nicht die erforderlichen Rechtskenntnisse, um sämtliche Rechtspflichten lückenlos zu erfassen und auf die Unternehmenssachverhalte im Einzelfall anzuwenden. Rechtsunkenntnis schützt nicht vor Strafe. Wer Rechtsrat einholt, um einen Verbotsirrtum zu vermeiden, sichert sich Straffreiheit. In seinem ISION-Urteil hat der BGH die Pflicht zur Rechtsberatung bei eigener Rechtsunkenntnis konkretisiert und gefordert, den eingeholten Rechtsrat bei Anwälten durch eine eigene persönliche Plausibilitätskontrolle zu überprüfen.[47]

3. EDV-Einsatz

Drittens lassen sich 65 % der Teilaufgaben durch den Einsatz moderner Datenbanktechnik automatisieren.[48] Durch den Einsatz von EDV können sämtliche rechtserheblichen Informationen im Unternehmen gespeichert, an Verantwortliche verteilt und von ihnen jederzeit zentral abgefragt werden. Seit 1996 fordert der BGH für das Wissensmanagement im Unternehmen, rechtserhebliche Informationen für alle zugänglich und verfügbar zu halten, um allen Mitarbeitern ein einheitliches Informationsniveau und gegenüber Dritten den gleichen unternehmensweiten Wissensstand zu garantieren.[49] Die Datenbanktechnik erlaubt es außerdem auf einen Klick abzufragen, welcher Mitarbeiter welche Pflichten bei welchem Sachverhalt und in einem bestimmten Betriebsteil zu erfüllen hat. Pflichtverletzungen aus Unkenntnis werden damit grundsätzlich ausgeschlossen.

Der BGH hat in der Wissensaufspaltungs-Entscheidung ausdrücklich den Einsatz elektronischer Medien als Instrument des unternehmensinternen Wissensmanagements gefordert. Grundsätzlich ist jedes Unternehmen zur Nachrüstung auf den letzten Stand der Technik verpflichtet, um Risiken abzuwenden.[50] Der Einsatz von Datenbanken reduziert das Organisationsrisiko der Lücken bei rechtserheblichen Informationen. Pflichtverletzungen durch Informationslücken lassen sich nicht rechtfertigen, wenn sie durch moderne Datenbanktechnik geschlossen werden können.

Im Ergebnis lässt sich durch Standardisierung, Einsatz von EDV und Arbeitsteilung bei geringst möglichem Compliance-Aufwand die höchstmögliche Rechtssicherheit erreichen. In 66 % aller Teilaufgaben wird der betriebsinterne Aufwand auf den Mindestumfang gesenkt. Rechtsrisiken werden vermindert, Rechtsverletzungen und dadurch verursachte Schäden werden vermieden. Die Aufgabe der Minimierung von Rechtsrisiken gewinnt an Bedeutung, bedenkt man, dass die Schäden aus Rechtsrisiken inzwischen in der Bankenbranche die Dividendenzahlungen übersteigen.

4. Versicherungsprämienoptimierung

Viertens sind neben der Standardisierung, Arbeitsteilung und EDV-Einsatz Einsparpotentiale bei Versicherungsleistungen zu vermuten. Unternehmen, die präventiv und nachweisbar Risiken erfassen und durch die Einhaltung von Rechtspflichten abwenden, könnten den Aufwand für Versicherungsprämien senken. Versteht man die Versicherungsprämie gemäß den § 33 ff. VVG als Entgelt, das der Versicherungsnehmer für die Übernahme des Risikos durch den Versicherer zu entrichten hat, insbesondere die Nettoprämie, die auf das Deckungskapital für das versicherte Risiko entfällt, so kann eine reduzierte Nettoprämie dann berechtigterweise verhandelt werden, wenn das versicherte Risiko durch effektives Pflichtenmanagement im Rahmen der Unternehmensorganisation gesenkt wird.[51]

Unter dem Gesichtspunkt der Prämientransparenz wird zunächst davon ausgegangen, dass die Versicherungsvertragsparteien die Prämie als Preis der Versicherungsdienstleistung frei vereinbaren können. Gefordert wird für die Prämientransparenz, dass der Versicherer den Versicherten darüber aufklärt, wie hoch der Prämienbetrag ist und in welchem Verhältnis dieser zum gedeckten Risiko steht, um Leistungsvergleiche zu ermöglichen. Beim Prämienvergleich gewinnt das Versicherungsunternehmen einen Wettbewerbsvorteil, das weniger hohe Aufwendungen auf Schadensfälle hat und damit eine niedrigere Nettoprämie erhebt. Gelingt den Versicherungsvertragsparteien eine Risikoreduzierung, ergibt sich eine geringere Nettoprämie.[52] Wenn bei steigendem Risiko Versicherungsunternehmen erhöhte Prämien verhandeln können, muss der Versicherungsnehmer berechtigt sein, beim optimierten Risikomanagement geringere Prämien zu verhandeln und sie mit einem minimierten Risiko zu begründen.

5. Aufhebung von Gesetzen

Fünftens bietet sich als Möglichkeit zur Senkung des Compliance-Aufwands an, durch eine verstärkte Erfolgskontrolle im Evaluierungsverfahren der begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung erfolglose Gesetze früher als bisher nachzuweisen und deren Korrektur oder Abschaffung zu verlangen. Im Rahmen der experimentellen Gesetzgebung muss auch die Aufhebung von Gesetzen möglich sein, sobald deren Erwartung nicht erfüllt wurde.

X. Fazit

Der Compliance-Aufwand erweist sich als unvermeidbar. Die Legalitätspflicht hat Vorrang vor der Gewinnerzielungspflicht und vor der Freiheit zur unternehmerischen Entscheidung. Zu empfehlen ist, die höchstmögliche Rechtssicherheit bei gleichzeitig geringst möglichem Aufwand anzustreben und dabei sämtliche Kostensenkungsmöglichkeiten auszuschöpfen, durch Standardisierung, Arbeitsteilung, Datenbanktechnik und Prämienreduzierung bei versicherten minimierten Risiken.

AUTOR

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

46 S. hierzu auch die Abbildung auf S. 61.
47 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW – RR 2011, 1670 (ISION-Urteil), Rn. 18 sowie *Wagner*, BB 2012, 651.
48 S. hierzu auch die Abbildung auf S. 61.
49 BGHZ 132, 30 – Wissensaufspaltung; BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 – Wissenszurechnung beim Scheckinkasso,
50 BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51 S. 91 (Hühnerpest-Entscheidung); BGH, 29.11.1983 – VI ZR 137/82, NJW 1984, 801 (Eishockey-PUCK-Entsch.).
51 *Hahn,* in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl. 2009, § 12, Anm. 1.
52 *Schwintowski*, NVersZ 1998, 102.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

4 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

1.4.2014 | 2.Jg
Seiten 89–132

EDITORIAL

Prof. Dr. Martin Schulz
Erfolgsfaktor Compliance-Kultur | I

CORPORATE COMPLIANCE

Jürgen Krisor
Step-by-step: Durchführung von Präsenzschulungen und eLearning in Unternehmen | 89

Dr. Ulrike Glück, RAin
Länderreport China: Compliance – Rechtslage und aktuelle Entwicklungen | 93

Dr. Matthias M. Weiß, RA
Vorstandsdoppelmandate im faktischen Konzern: Voraussetzungen, Interessenkonflikte, Anstellungsvertrag und Haftung | 97

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
CB-Test: Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – Das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen | 104

Andreas Wermelt, WP
Die Bedeutung der Compliance-Risikoanalyse vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung sowie des IDW PS 980 | 109

COMPLIANCE MANAGEMENT

Ass. jur. Guido Strack, LL.M.
Unzureichender Schutz von Whistleblowern in Deutschland | 113

Philipp Lakner, LL.M., Wirtschaftsjurist
Instrumentarien zur Schaffung eines unternehmensinternen Sanktionierungsprozesses für Compliance-Verstöße | 118

HAFTUNG UND AUFSICHT

Stefan Heinisch, RA
Neue Entwicklungen im Sanktionsrecht für die (Rück-)Versicherungswirtschaft | 125

Fachmedien Recht und Wirtschaft | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – Das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen

Als häufigster Haftungsgrund erweist sich bei einer Analyse der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden das Unterlassen von Anordnung, Anwendung, Eignungsprüfung, Nachweis und Verbesserung der Unternehmensorganisation. Vorstände, Geschäftsführer und Compliance-Beauftragte müssen dieses typische Fehlverhalten als Entscheidungsfehler erkennen und durch organisatorische Anordnungen korrigieren. Das Unterlassen gilt als Entscheidungsfehler und wird in der deskriptiven Entscheidungstheorie als „Omission-Bias" beschrieben. Seine Analyse soll dem Compliance-Verantwortlichen helfen, ihn durch organisatorische Maßnahmen zu vermeiden.

I. Unterlassen als häufigste Ursache von Organisationsverschulden

In allen klassischen Fällen zum Organisationsverschulden wurde die Anordnung einer Unternehmensorganisation zur Aufsicht unterlassen.[1] Entweder fehlte sie ganz oder war lückenhaft oder hatte im konkreten Schadensfall versagt. Der gleiche Organisationsfehler wiederholt sich seit über 100 Jahren. Zuletzt hat das LG München I in seinem Urteil vom 10.12.2013[2] den früheren Finanzvorstand der Siemens AG wegen Verletzung von Organisationspflichten zur Zahlung von 15 Mio. Euro Schadensersatz mit der Begründung verurteilt, die Implementierung eines effizienten Compliance-Systems und der Überprüfung von dessen Wirksamkeit unterlassen zu haben, was als Pflichtverletzung des beklagten Finanzvorstands zu werten ist.[3] Kommentiert wird dieses Urteil als erstmalige Forderung nach einem Kontrollsystem.[4] Die Forderung nach einer effizienten Unternehmensorganisation zur Einhaltung von Rechtsvorschriften hat allerdings eine hundertjährige Vorgeschichte in der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden. Exemplarisch ist auf das Kleinbahnurteil vom 12.1.1938[5] zu verweisen, in dem schon das Reichsgericht die Anweisung, ständige Überprüfung auf fortdauernde Eignung, Funktionsfähigkeit, Vollzug im Unternehmen, Nachweisbarkeit durch Dokumentation und Verbesserungsmöglichkeiten als Organisationspflicht entschieden hatte. Das LG München steht in der Tradition der zitierten Entscheidungen zum Organisationsverschulden seit 1911. Unterlassen wird insbesondere zunächst die Risikoanalyse,[6] sodass kein Anlass besteht, Rechtspflichten überhaupt zu ermitteln, sie auf Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Werden Organisationsregeln in Unternehmen aufgestellt und wird aber die Anordnung unterlassen, diese Regeln auch anzuwenden, kann es zum Schaden durch Organisationsverschulden kommen. Unterlassen wird das Beschaffen rechtserheblicher Informationen und die Organisation des Wissensmanagements, insbesondere die Rechtspflichten an Verantwortliche weiterzuleiten und für Abfragen verfügbar zu halten.[7] Statt sich rechtserhebliche Informationen zu beschaffen, berufen sich die Verantwortlichen regelmäßig auf ihre Unkenntnis.

Freiwillig, ohne Anordnung und ständige Überwachung betreibt niemand Unternehmensorganisation. Ein Unternehmen organisiert sich nicht von selbst, wie z. B. Bienen-, Ameisen- und Termitenvölker. De-

1 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914, 759 (Warenhaus-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 (Kfz-Zulieferer-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil); OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung); ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, S. 21; *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 53, 71, 206.

2 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Beck RS 2014, 01998.

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

4 *Hauschka*, FAZ vom 12.3.2014.

5 VI 172/37, RGJW 1938, 1651.

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

7 BGHZ 132, 30 – Wissensaufspaltung.

ren Organisationsverhalten folgt genetischen Vorgaben. Aufgaben im Bienenstock werden ohne Organisationsentscheidungen erledigt.[8]

Wenn in einer über hundertjährigen Rechtsprechung sich das Unterlassen als Organisationsverschulden beobachten lässt und trotz der Haftungsfolgen sich ein typisches Fehlverhalten wiederholt und die Verantwortlichen aus dieser ständigen Rechtsprechung keine Lehren ziehen, verlangt das Ergebnis dieser Analyse eine Erklärung. Sie hilft möglicherweise beim Vermeiden dieses immer wiederkehrenden Fehlers. Das Unterlassen der Unternehmensorganisation erweist sich als Organisationsrisiko, das durch entsprechende Organisationspflichten abzuwenden ist. Beim Unterlassen handelt es sich um die menschliche Neigung zur Untätigkeit. Wer trotz der sich wiederholenden Rechtsprechung zum Organisationsverschulden als Vorstand oder Geschäftsführer die Anordnungen zur Organisation unterlässt und sich zu seinem eigenen Nachteil den Vorwurf des Organisationsverschuldens aussetzt, zeigt ein menschliches Fehlverhalten, das die Verhaltensforschung und die präskriptive Entscheidungstheorie als „Omission-Bias" kennt. Der „Omission-Bias" stellt ein Fehlverhalten bei Entscheidungen dar und muss als typisches Organisationsrisiko im Unternehmen[9] abgewendet werden. Diese typisierte Entscheidungsschwäche ist als Allerweltsweisheit und Alltagsempfehlung im Volksmund bekannt: „Wer nichts tut, macht auch nichts falsch". Der „Omission-Bias" beschreibt die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen per se als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu tun (Omission = Unterlassung).[10] Seitdem in der Verhaltensforschung menschliches Verhalten getestet, untersucht und typisiert wird, verdanken wir dieser Forschung die Erkenntnis zum Fehlverhalten beim Entscheiden, das sich analysieren, typisieren, dadurch vorhersehen und schließlich vermeiden lässt. Der „Omission-Bias" als Neigung zum Unterlassen und zur Untätigkeit lässt sich auch durch Selbstbeobachtung des eigenen Verhaltens beim Entscheiden bestätigen.

II. Die Verwechslung von Erkenntnis- und Entscheidungsverfahren

Die Alltagsempfehlung „Wer nichts tut, macht auch nichts falsch" verrät einen weiteren Irrtum, der ebenfalls zu vermeiden ist. Wer Tatsachen beobachtet und sie erkennt, kann sie als wahr oder falsch bezeichnen. Eine Aussage über eine Tatsache ist immer entweder wahr oder falsch und bleibt das Ergebnis eines Erkenntnisverfahrens. Wer allerdings die Entscheidung treffen muss, ob ein Risiko anzunehmen ist und wie dieses Risiko durch eine Rechtspflicht abgewendet werden kann, trifft eine Entscheidung, ein Risiko anzunehmen, weil er zwischen mehreren denkbaren Geschehensverläufen in der Zukunft wählen muss. Im Zeitpunkt der Entscheidung, ein Risiko anzunehmen und mit Aufwand und Kosten abzuwenden, bedeutet, zwischen mehreren denkbaren Geschehensverläufen zu wählen. Ob ein Risiko sich zum Schaden entwickelt, kann im Moment der Entscheidung nie als wahr oder falsch bezeichnet werden. Die Sorge, etwas falsch zu machen und deshalb eine Entscheidung zu unterlassen, ist völlig unbegründet. Wer der Neigung zum Unterlassen nachgibt, verkennt und verwechselt Erkenntnisverfahren und Entscheidungsverfahren. Wer sich im Zweifel für das Unterlassen entscheidet, begeht einen folgenschweren Entscheidungsfehler. Er folgt zwar seiner intuitiven Neigung. Bedenkt er allerdings die Folgen des Unterlassens, erweist sich der vermeintliche Vorteil des Unterlassens als Nachteil. Jede auch noch so fehlerhafte Aktivität zur Risikoabwehr ist besser als die bloße Untätigkeit aus Angst, etwas falsch zu machen, weil beim Unterlassen noch nicht einmal die Chance besteht, die Geschädigten und das Gericht davon zu überzeugen, dass die Risikoabwehr kein Fehler war und im Zeitpunkt der Entscheidung er die beste der möglichen Alternativen zur Risikoabwehr gewählt hat. Jede aktive Risikoabwehr, selbst wenn sie sich später als erfolglos erweisen sollte, ist immer besser, als nur passiv die Abwehr eines Risikos erst gar nicht zu versuchen.

Tritt ein Schaden trotz aktiver Risikoabwehr ein, kann der Verantwortliche im Nachhinein darüber streiten, ob sein Verhalten im Zeitpunkt seiner Entscheidung ein Fehler war und er auf Grund seiner Informationen über die Risikofaktoren und Erfahrungen, die er seiner Schadensprognose zu Grunde gelegt hat, alles getan hat, um ein Risiko abzuwenden und um den eingetretenen Schaden zu vermeiden. Ist er allerdings untätig geblieben, kann er noch nicht einmal eine Diskussion darüber führen, ob seine Risikoabwehr im Zeitpunkt seiner Entscheidung erfolgversprechend war oder nicht. Regelmäßig kommt es nach dem Eintritt eines Schadens über die Frage des Verschuldens zum Streit, insbesondere ob der eingetretene Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Über diese Fragen kann über drei Instanzen vor Gericht gestritten werden. Hat er die Risikoanalyse unterlassen und keine Risikoabwehrversuche unternommen, fehlen ihm jegliche Verteidigungsmöglichkeiten nach dem Schadenseintritt.

Wer eine Entscheidung trifft, noch bevor ein Schaden eingetreten ist, um Risiken als drohende Schäden abzuwenden, muss sich bewusst sein, dass er sich in einem Entscheidungsverfahren befindet und nicht in einem Erkenntnisverfahren. Beim Entscheiden müssen konsequenterweise Entscheidungsfehler vermieden werden. Entscheiden und Erkennen sind unterschiedliche Verfahren. Beim Erkennen geht es um die Wahrheit über Tatsachen, insbesondere, ob die Erkenntnis wahr oder falsch ist. Beim Entscheiden über ein Risiko muss der Verantwortliche dagegen eine bestimmte Schadensprognose annehmen und dabei einen von mehreren denkbaren künftigen Geschehensabläufen auswählen. Schadensprognosen lassen sich nur aufstellen, wenn Erfahrungssätze bekannt sind, nach denen aus einer bestimmten Situation immer ein Schaden folgen kann. Dabei darf er keine falsifizierten Erfahrungssätze verwenden, die längst widerlegt sind. Hierbei würde es sich um einen Entscheidungsfehler handeln. Entscheidet er sich für einen von mehreren konkurrierenden Erfahrungssätzen über einen drohenden Schadensverlauf und ist keiner der Erfahrungssätze widerlegt, kann ihm kein Entscheidungsfehler vorgeworfen werden, wenn trotz Risikoabwehr entgegen aller Erwartungen ein Schaden eintritt. Bei der Auswahl der alternativen Erfahrungssätze muss er sämtliche Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben. Kann er auch dies nachweisen, kann ihm kein schuldhaftes Verhalten im Zeitpunkt seiner Entscheidung vorgeworfen werden, er habe den Schaden vorhersehen und vermeiden müssen. Ist der verwendete Erfahrungssatz neu, könnte von dem Entscheidungsträger allenfalls ver-

8 *Nöllke*, Von Bienen und Leitwölfen: Strategien der Natur im Business nutzen, 2008, S. 117; Die Erstausgabe erschien unter dem Titel: „So managt die Natur", S. 256, 257 bis 266, zur Schwarmintelligenz.

9 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 320, sowie *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 320.

10 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 320, sowie *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 369.

langt werden, dass er diesen Erfahrungssatz Widerlegungsversuchen aussetzt, wenn ihm dazu Zeit und Mittel zur Verfügung stehen und er die Entscheidung nicht unter Unsicherheit, Zeitdruck und Informationsdefiziten treffen musste. Als Entscheidungsfehler kann ihm schließlich vorgeworfen werden, er habe mangels eigener Erfahrung externen Expertenrat und v. a. Rechtsrat von Anwälten bei eigener Rechtsunkenntnis einholen müssen. Rechtsrat muss zu den Fragen eingeholt werden, ob einschlägige Entscheidungen des Gesetzgebers oder einschlägige Gerichtsurteile der Rechtsprechung vorliegen und er die entsprechenden Entscheidungen als verbindlich übernehmen muss. Dokumentiert er seine Entscheidungsgrundlagen im Zeitpunkt seiner Entscheidung, verschafft er sich für strafbewehrte Rechtspflichten eine komfortable Verteidigungsposition für eventuelle strafrechtliche Vorwürfe. Für folgenschwere Entscheidungen wird dies von namhaften Strafverteidigern nachdrücklich empfohlen.[11]

Unterlässt der Organisationsverantwortliche die Anordnung der Risikoanalyse und die Ermittlung von Rechtspflichten, liefert er sich ohne Verteidigungsmöglichkeiten Gerichten aus, die im Nachhinein Risikoabwehrpflichten formulieren, die geeignet gewesen wären, die Rechtsverletzung und den Schaden zu vermeiden.

Folgt ein Vorstand oder Geschäftsführer als Verantwortlicher für die Organisation der intuitiven Neigung, organisatorische Maßnahmen zu unterlassen, und folgt er der Allerweltsempfehlung, nichts zu tun, weil er dann auch nichts falsch macht, begründet sein Unterlassen allzu leicht den Vorwurf des Organisationsverschuldens. Ihm kann vorgeworfen werden, er habe entgegen der ständigen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden die Anordnung, die Anwendung, den Nachweis, die Eignungsprüfung und die ständige Verbesserung der Unternehmensorganisation unterlassen, insbesondere keine Risikoanalysen angeordnet, nicht die einschlägigen Rechtspflichten zur Abwehr der Risiken ermitteln lassen, keinen Rechtsrat eingeholt, nicht auf Plausibilität kontrolliert, die Rechtspflichten nicht auf Verantwortliche delegiert, aktualisiert, auf Erfüllung kontrolliert und dokumentiert zu haben. Für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten.[12] Vor allem setzt er sich dem Rückschaufehler von Richtern, Staatsanwälten, Gutachtern und Geschädigten aus. Sie können es ausnutzen, dass im Nachhinein alle schlauer sind und das Wissen nach dem tatsächlichen Schadensverlauf nicht mehr vom Wissen über den künftigen, denkbaren Schadensverlauf im Zeitpunkt der Entscheidung auseinanderhalten können. Gegen den Rückschaufehler bei Richtern und Staatsanwälten stehen beim Unterlassen dem Verantwortlichen kaum Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung.

III. Die Erklärung der Entscheidungstheorie zum Unterlassen als Fehlverhalten

Der „Omission-Bias" als Tendenz zum Unterlassen, als Macht der Trägheit und als Entscheidungsschwäche wird von der Entscheidungstheorie begründet. Danach fühlen sich Menschen eher verantwortlich 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 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, so dass die Chance besteht, das Unterlassen als Ursache eines Schadens anzuzweifeln. Wer eine Handlung unterlassen hat, fühlt sich selbst weniger für die Schadensfolgen verantwortlich.[13]

Fatale Folgen hat der „Omission-Bias" in allen verschleppten Rückrufaktionen. Im Lederspray-Fall wurde das Lungenödem verursachende Lederspray zu spät zurückgerufen.[14] Der Reputationsschaden wird in aller Regel durch das Unterlassen des Rückrufs umso 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 vertuscht zu haben.

Vor allem Compliance-Manager müssen den „Omission-Bias" als typisches Fehlverhalten von Vorständen und Geschäftsführern erkennen, einkalkulieren und korrigieren. Im Berliner Stadtreinigungsfall hat der Finanzvorstand trotz der warnenden Hinweise auf den Betrug durch Gebührenüberhöhung seines Compliance-Beauftragten die fehlerhafte Gebührenberechnung nicht korrigiert und zurückgenommen. Bei diesem hartnäckigen Fall des Unterlassens hätte der Compliance-Officer verstärkt auf die Korrektur beim Vorstandsvorsitzenden oder den Aufsichtsratsvorsitzenden drängen müssen.[15] Er hätte das Aufschieben einer Entscheidung als typische Erscheinung des „Omission-Bias" erkennen und vermeiden müssen.

Schließlich ist die Sorge, etwas falsch zu machen und deshalb keine Entscheidung zu treffen und organisatorische Maßnahmen zu unterlassen schon deshalb unbegründet, weil Rechtsentscheidungen nach übereinstimmender Ansicht der Rechtstheorie nicht richtig oder falsch sein können. Rechtsentscheidungen sind allenfalls vertretbar und können in drei Instanzen vor Gericht jeweils korrigiert werden. Auch die Entscheidung in letzter Instanz ist weder richtig noch falsch. Vielmehr irrt die letzte Instanz nur rechtskräftig. Auch höchste richterliche Entscheidungen können durch eine spätere Rechtsprechung korrigiert werden.[16]

IV. Unterlassen wegen Entscheidungsmüdigkeit durch geschwächte Willenskraft als psychologische Erklärung

Psychologen liefern weitere Erklärungen auf die Frage, warum ansonsten vernünftige Menschen sich plötzlich irrational verhalten. Entscheidungen kosten Willenskraft. Entscheidungsschwäche wird mit Entscheidungsmüdigkeit erklärt. Psychologen unterscheiden bewusste und unbewusste Entscheidungsprozesse. Unbewusste Entscheidungen kosten keine Anstrengungen, während bewusste Entscheidungen erhebliche Willenskraft erfordern, die sich im Laufe eines Entscheidungsprozesses abschwächen kann. Unterteilt man das Entscheidungsverfahren in die sog. Vorentscheidungsphase und die Nachentscheidungsphase, erweist sich die Entscheidung selbst als die Aufgabe mit der größten Anstrengung. Es ist die Phase, in der „der Würfel geworfen ist". Psychologen sprechen vom Rubikon-

11 *Feigen*, manager magazin 2010, 120.
12 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 53, 71, 206.
13 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 191.
14 BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil).
15 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/05, NJW 2009, 3173 f. (Berliner Stadtreinigung).
16 *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Anm. 316, 318.

Modell.[17] Beschrieben wird die Erfahrung der Entscheidungsermüdung am sog. Richterdilemma. Die Entscheidung von Richtern über die vorzeitige Haftentlassung von Strafgefangenen hängt nach einer bekannten Untersuchung vom Blutzuckerspiegel der Richter ab.[18] Die Entscheidung der Rechtsprechung wird als harte Arbeit geschildert, die mentale Anstrengungen erfordert und die die Willenskraft so erschöpfen kann, dass Richter im Zustand ihrer Entscheidungsermüdung eine Entscheidung zu vermeiden oder aufzuschieben versuchen. Sie wählen dann im Zustand der Erschöpfung die einfachste und sicherste Option, den Status Quo, was dem Unterlassen einer Entscheidung gleich kommt. Sie entscheiden sich gegen eine vorzeitige Haftentlassung.

Die Angst vor Entscheidungen hat damit zu tun, dass der Entscheidungsträger sich keine von mehreren möglichen Entscheidungsalternativen nehmen will. Je mehr Optionen beim Entscheiden aufgegeben werden, umso größer ist nach Ansicht der Psychologen die Furcht des Entscheiders, dass es sich dabei um etwas Wichtiges handeln könnte. Weil Entscheidungen Willenskraft erfordern, suchen Entscheidungsträger bei Erschöpfung nach Möglichkeiten, Entscheidungen aufzuschieben, ganz zu vermeiden und im Ergebnis zu unterlassen.[19]

Auch diese Erkenntnis ist von den Verantwortlichen für die Unternehmensorganisation und insbesondere für den Entscheidungsprozess zu beachten. Entscheidet sich ein Vorstand oder Geschäftsführer für die Annahme eines Risikos, trifft er eine Wahl zwischen verschiedenen denkbaren künftigen Geschehensverläufen. Dabei muss er von mehreren denkbaren alternativen Schadensprognosen auf alle verzichten, bis auf die Schadensprognose, die er als das abzuwendende Risiko auswählt, immer verbunden mit Aufwand und Kosten für die Risikoabwehr.

V. Mit Organisationsanordnungen Entscheidungsfehlverhalten vermeiden

Die Erklärungen des „Omission-Bias“ als typisiertes Entscheidungsfehlverhalten mit intuitiven verbreiteten Allerweltsempfehlungen wie „Wer nichts tut, macht auch keine Fehler“ oder mit Entscheidungsermüdung oder mit der Furcht vom Verlust von Optionen oder mit der Flucht vor der Verantwortung für eindeutige Handlungsfolgen weckt allenfalls Verständnis für die Neigung zum Unterlassen und für die Macht der Trägheit beim Entscheiden. Trotz allem Verständnis für den „Omission-Bias“ als Entscheidungsfehler hat das Unterlassen für jeden Entscheidungsträger nur Nachteile. Das Unterlassen ist deshalb irrational. Von Vorständen, Geschäftsführern und sonstigen Führungskräften wird in aller Regel nur rationales Verhalten erwartet. Allerdings ändern sich derzeit die Erwartungen an das menschliche Normalverhalten. Ökonomen und Verhaltensforscher ändern ihr Menschenbild. Die Erkenntnisse verhaltensorientierter Wirtschaftsforscher belegen diesen Meinungsumschwung. Zitiert wird der weltweit führende Verhaltensökonom *Richard H. Thaler*. Traditionell wurde der Mensch im Wirtschaftsleben als „Homo oeconomicus“ verstanden, als ein Individuum, das nur an sich selbst denkt, zielstrebig vorgeht, alle Konsequenzen seines Handelns bedenkt, vollständig rational handelt, stets seinen eigenen Nutzen maximiert, seine Nachteile meidet und seinen Vorteil anstrebt. *Thaler* überzeichnet mit seinem Spott das überhöhte Menschenbild, wonach jeder denkt wie *Albert Einstein*, Informationen wie IBMs Supercomputer Big Blue speichert und eine Willenskraft hat wie *Mahatma Gandhi*.[20] Der Egoismus des Menschen ist der Maßstab seines Verhaltens nach dieser bisherigen Sichtweise. Ökonomen haben den „Homo oeconomicus“ als Muster und Vorbild des gesteuerten Menschen erfunden, um menschliches Verhalten vorhersagen zu können.[21] Die Neurowissenschaftler weisen derzeit nach, dass es den „Homo oeconomicus“ in Wirklichkeit nicht gibt, dass er nur ein erfundenes Model ist, eine Theorie über menschliches Verhalten, die derzeit widerlegt wird. Es gibt keine rationalen, sondern nur beschränkt rationale Entscheidungen. Es sind kopflose Bauchentscheidungen, nach Faustregeln, Stimmungen und von Emotionen getrieben. Menschen irren häufig, wiederholen die gleichen Fehler, unterlassen wiederholt, was von ihnen erwartet wird, entscheiden auf der Basis schwammiger Faustregeln und verkennen eigene und fremde Fehler. Der „Homo oeconomicus“ ist das Modell der sog. Risiko-Nutzen-Theorie. Die präskriptive Entscheidungstheorie will Entscheidern dagegen helfen, möglichst rationale Entscheidungen zu treffen, irrationale Entscheidungen zum eigenen Nachteil zu vermeiden. Der spätere Erfolg oder Misserfolg ist der Maßstab für das Verhalten, weil es an einem eindeutigen Begriff der Rationalität fehlt.[22]

Wenn wider aller Erwartungen, die man an ein rationales Verhalten knüpft, Menschen zu ihrem eigenen Nachteil Entscheidungen unterlassen, müssen diese Erwartungen aufgegeben werden. Die Theorie vom rationalen, sich nur zu seinem eigenen Vorteil verhaltenen „Homo oeconomicus“ ist falsifiziert.[23] Der „Omission-Bias“ als Neigung zum Unterlassen ist ein Entscheidungsfehler, mit dem als vorhersehbarem Irrtum gerechnet werden muss.[24] Sobald Unterlassen als menschliches Entscheidungsfehlverhalten vorhersehbar wird, muss es durch ein verantwortungsvolles Management als Organisationsrisiko erfasst und wie jedes andere Risiko auch durch entsprechende organisatorische Anordnungen vermieden werden.[25]

Die analysierte Rechtsprechung zum Organisationsverschulden bestätigt die neuen Forschungsergebnisse über die Neigung zum Unterlassen. Von Unternehmensleitern müssen die Ergebnisse der Verhaltensforschung berücksichtigt werden. Sie müssen erwarten, dass sich Menschen statt rational eher irrational verhalten und zur Selbstorganisation wider aller Erwartungen nicht in der Lage sind. Je sicherer systematische Entscheidungsfehler, wie der „Omission-Bias“ zu

17 *Baumeister/Tierney*, Die Macht der Disziplin – Wie wir unseren Willen trainieren können, 2012, S. 107, 110 f.

18 *Dobelli*, Die Kunst des klugen Handelns: 52 Irrwege, die Sie besser anderen überlassen, 2012, S. 11; *Baumeister/Tierney*, Die Macht der Disziplin – Wie wir unseren Willen trainieren können, 2012, S. 113.

19 *Baumeister/Tierney*, Die Macht der Disziplin – Wie wir unseren Willen trainieren können, 2012, S. 116.

20 *Thaler/Sunstein/Nudge*, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 3. Aufl. 2009, S. 16.

21 *Nienhaus*, Die Blindgänger. Warum die Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 131.

22 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 4.

23 *Lehrer*, Wie wir entscheiden. Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 14; *Brafman & Brafman*, Kopflos. Wie unser Bauchgefühl uns in die Irre führt – und was wir dagegen tun können, 2008, S. 25, 62.

24 *Elger*, Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von Mitarbeitern, 2009, S. 37; *Wieduwilt*, FAZ vom 5.1.2009.

25 *Thaler/Sunstein/Nudge*, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 3. Aufl. 2009, S. 18; *Ariely*, Denken hilft zwar, nützt aber nichts, warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen, 2008, S. 285; *Eagleman*, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 189, *Eagleman* geht auf die Konsequenzen für das Rechtssystem durch das Bestreiten der Willensfreiheit ein.

befürchten sind, umso notwendiger wird es, Anordnungen durch Vorstände und Geschäftsführer zu treffen. Unternehmensleiter müssen ihre Erwartungen an die Selbstorganisation ihrer Angestellten korrigieren. Diese neue „Erwartungstheorie" („Prospect-Theory") wurde angestoßen und erforscht von *Daniel Kahneman*, dem Nobelpreisträger von 2002, der untersucht hat, 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.[26]

Die neue Erwartung irrationalen Verhaltens wird außerdem durch die aktuelle Neurowissenschaft begründet. Bestritten wird, 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 wird. Diese neue Erkenntnis wird von Wissenschaftlern unter dem Stichwort „Bereitschaftspotential" behandelt.[27] Auch diese Ergebnisse lassen die Notwendigkeit von Anordnungen zur Unternehmensorganisation unausweichlich erscheinen.

VI. Die Akzeptanz von Rechtspflichten als Grund zum Unterlassen

Einer der häufigsten Einwände gegen die Einhaltung von Rechtspflichten in der Unternehmenspraxis ist die Akzeptanz von gesetzlichen Regelungen. Beklagt wird, Unternehmen seien überreguliert, überinformiert und unterorganisiert. Mit dem Hinweis auf die fehlende Akzeptanz gesetzlicher Regelungen glaubt man ihre Einhaltung unterlassen zu können. Mit dem Hinweis auf die fehlende Akzeptanz gesetzlicher Rechtspflichten glaubt man, ihre Einhaltung unterlassen zu können und man habe außerdem die Wahl, Rechtspflichten einzuhalten oder auch nicht. Wird die fehlende Akzeptanz einer rechtlichen Regelung als Grund dafür angeführt, sie nicht einzuhalten, verwechselt der Normadressat ganz offensichtlich ein Gesetz mit seinem Gesetzesentwurf oder einem Vertrag. Ein Vertrag gilt nur dann, wenn alle Vertragsparteien sich einig sind und sich zur Einhaltung des Vertrages verpflichten, wenn sie die Regelungen akzeptieren. Wird eine vertragliche Pflicht nicht akzeptiert, kommt es zu keinem Vertrag. Bei Gesetzen dagegen handelt es sich nicht um Vertragspflichten, sondern um hoheitliche Pflichten, die der Staat einseitig festsetzt, weil das Parlament das Gesetz mit Mehrheit beschlossen hat und einer politischen Mehrheit folgt und schließlich die Pflichten nach dem Gesetz einzuhalten sind, auch ohne dass ein Betroffener die Pflicht zu akzeptieren bereit ist. Gesetze müssen eingehalten werden, weil sie Gesetze sind. Geschäftsleiter haben keinerlei Ermessen, ob sie Gesetze einhalten oder nicht.[28] Die Unternehmenspflichten sind öffentlich-rechtliche Pflichten, deren Einhaltung nicht in das Ermessen des Unternehmens und seiner Führungskräfte gestellt ist. Sobald ein Gesetz vom Parlament verabschiedet ist, muss es akzeptiert werden. Vor seiner Verabschiedung kann über die Akzeptanz diskutiert werden, solange ein Gesetz als Entwurf in der politischen Auseinandersetzung noch diskutiert wird. Die Frage, ob eine Unternehmenspflicht akzeptabel ist und ihre Einhaltung möglicherweise unterlassen werden kann, stellt sich überhaupt nicht. Über die Geltung gesetzlich begründeter Rechtspflichten und deren Akzeptanz kann nicht im Unternehmen vor jeder Anwendung erneut abgestimmt werden. Der Einwand, es fehle an der Akzeptanz von Rechtspflichten, muss als intuitiver, laienhafter Irrtum unbeachtet bleiben und ist auf keinen Fall ein erwähnenswerter Grund, um organisatorische Entscheidungen und Anordnungen im Unternehmen zu unterlassen.

VII. Fazit

Je weniger mit rationalen Entscheidungen und der Selbstorganisation der Mitarbeiter in Unternehmen zu rechnen ist, umso mehr Anordnungen zur Unternehmensorganisation müssen getroffen werden, um Rechtsverstöße zum Nachteil des Unternehmens und seiner Angestellten zu vermeiden. Das Unterlassen erweist sich nach den neueren Erkenntnissen der Verhaltensforschung als typisches Entscheidungsfehlverhalten, das Geschäftsleiter erwarten, einkalkulieren müssen und durch angemessene Anordnungen zur Organisation zu vermeiden haben.

AUTOR

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

26 *Kahnemann*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, S. 26 f., und S. 508–513 – mit einem Abdruck der Originalveröffentlichung von 1979 zur „Prospect Theory".

27 *Eagleman*, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 195 bis 197.

28 *Fleischer*, ZIP 2005, 147; *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368; *von Falkenhausen*, NZG 2012, 647.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

5 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

6.5.2014 | 2.Jg
Seiten 133–176

EDITORIAL

Dr. Markus Diepold, FAArbR
Der Fall des ADAC – Whistleblowing als Allheilmittel? | I

CORPORATE COMPLIANCE

Falk Tischendorf, RA
Länderreport: Compliance in Russland | 133

Dr. Oliver Schoepke
Step-by-step: Die 7-Schritt-Methode zur Errichtung eines CMS in KMU – ein neues Lehrkonzept zur Weiterbildung des Compliance-Beauftragten | 138

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
CB-Test: Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko | 145

Anke Egelhof und **Dr. Florian Modlinger,** RA
Kartellrechts-Compliance – auch ein Thema für KMU | 150

COMPLIANCE MANAGEMENT

Im Gespräch: **Eckart Achauer,** Dipl.-Bw.
Status Quo und Trends des Compliance Managements im deutschen Mittelstand | 154

David Ghahreman, M. A.
Melden oder nicht melden – das ist hier die Frage | 156

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA
Umgang des Unternehmens mit staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsmaßnahmen | 159

LG München I: Die Einrichtung eines funktionierenden Compliance-Systems gehört zur Gesamtverantwortung des Vorstands mit CB-Kommentar von **Dr. Georg-Peter Kränzlin,** RA, und **Dr. Sebastian Weller,** RA | 167

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko

Durch den Rückschaufehler werden die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Schadensereignissen nach deren Eintritt systematisch überschätzt. Jeder kann dem Rückschaufehler unterliegen und im Nachhinein zum Schaden eines Unternehmens eigene Fehler unterschätzen und fremde überschätzen. Der Rückschaufehler hat psychologische Ursachen und muss von Compliance-Verantwortlichen einkalkuliert und organisatorisch präventiv abgewendet werden.

I. Die rückwirkende Rechtsprechung zum Organisationsverschulden

Der Gesetzgeber regelt Organisationspflichten vor dem Schadenseintritt nur unzulänglich systematisch im Gesetz. Vielmehr entscheiden Gerichte nach einzelnen Schadensfällen über Organisationspflichten, die deshalb nicht vorhersehbar sind. Auch eigene Fehler werden im Nachhinein verdrängt, bestritten und deshalb wiederholt. Mit Rückschaufehlern muss eine Unternehmensorganisation rechnen und präventiv das Wiederholen von Organisationsfehlern vermeiden.

Aus Gesetzen ergeben sich nur allgemeine Regeln zur Organisationspflicht. Geregelt ist lediglich, dass der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung die Gesellschaft leitet, nach § 92 Abs. 2 AktG für eigenes Verschulden haftet, nach § 91 Abs. 2 AktG zur Bestandssicherung verpflichtet ist und die Pflicht zur Legalitätskontrolle hat.[1] Vorstände haben geeignete Maßnahmen zu treffen, damit die den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen früh erkannt werden, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten. Diese gesetzlichen Regelungen sind so allgemein, dass sie nur wenig in der Organisation des Unternehmensalltags helfen.[2]

Praktisch verwertbare Hinweise zu Organisationspflichten enthalten nur die Urteile von Reichsgericht und Bundesgerichtshof seit 1911. Die Organisationspflichten ergeben sich aus dem Fallrecht zum Organisationsverschulden. Die Rechtsprechung wird wegen der eingeschränkten Vorhersehbarkeit als rückwirkende Rechtsprechung kritisiert. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, wie ohne gesetzliche Grundlagen von Fall zu Fall und nach Eintritt eines Schadens Pflichten formuliert werden, die den Schaden verhindert hätten. Rückwirkende Gesetzgebung ist zwar verfassungswidrig. Die Rückwirkung der Rechtsprechung wird aber offenbar nicht als Problem empfunden. Das Organisationsverschulden als Haftungsgrund wird damit begründet, dass der Unternehmensträger schuldhaften Pflichtverletzungen seiner Mitarbeiter in den betrieblichen Abläufen organisatorisch entgegenzuwirken hat. Es ist die Aufgabe des Geschäftsherrn, allgemeine Aufsichtsanordnungen zu treffen, die die Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten.[3] „Für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten."[4]

Matusche-Beckmann kritisiert zu Recht anhand ihrer Analyse der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden, dass Organisationspflichten regelmäßig nach dem Schadensfall und ex post formuliert werden.[5] Diese Kritik der rückwirkenden Entscheidungen über Organisationspflichten aus Einzelfällen wurde erstmals von *Fleischer* mit der Verhaltensanomalie des Rückschaufehlers oder Hindsight-Bias in Verbindung gebracht. „Gerichte befinden über Management-Entscheidungen in Kenntnis der mittlerweile eingetretenen Tatsachen." Zwar sind sie in Deutschland verpflichtet, das Verhalten der handelnden Personen „ex ante zu beurteilen"[6], was auch geschulten Richtern nicht immer „leicht falle". Richter dürfen jedoch keine nachträglichen Prognosen stellen.[7] Nach der psychologischen Entscheidungsforschung neigen Menschen, die Ergebnisse von Handlungen kennen, im Nachhinein dazu, die Wahrscheinlichkeit zu überschätzen, mit der sie diese Ereignisse vorhergesagt hätten.

Im Strafrecht wurde schon vorher der Rückschaufehler erkannt. *Kuhlen* weist 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. Dessen Voraussehbarkeit wird überschätzt und verfälscht das Urteil der Sorgfaltswidrigkeit.[8] Die Erfahrungen des Rückschaufehlers sind schließlich als Volksweisheit bekannt, wonach hinterher immer alle schlauer sind.

1 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 91 Anm. 31, 43, Begründung des Regierungsentwurfs – BegrReGE KonTraG, BT-Drucks 13/9712, 15.
2 *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368.
3 BGHZ 4, S. 1 (Benzinfahrt-Urteil).
4 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.
5 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 2, 13, 52, 71 mit Belegen aus Rechtsprechung und Literatur.
6 BGH, 9.7.1979 – II ZR 118/77 (Herstatturteil) BGH, 6.6.1994 – II ZR 292/91, 126, 181, 193 Z 75, 96, 113; *Goette*, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 141.
7 *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 832.
8 *Kuhlen*, in: Heike Jung (Hrsg.) Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991.

II. Die psychologische Erklärung des Rückschaufehlers

Das Phänomen des Hindsight-Bias oder Rückschaufehlers wurde von *Baruch Fischhoff* durch Experimente nachgewiesen. Nachdem Personen den Ausgang von Ereignissen erfahren, erinnern sie sich systematisch falsch an ihre früheren Prognosen. Sie verzerren dabei in der Rückschau ihre ursprünglichen Schätzungen und nähern diese den tatsächlichen Ausgängen an. Personen sind nach einem Ereignis nicht mehr in der Lage, die Umstände so zu beurteilen, wie sie es vor ihrer Kenntnis des Ereignisses getan haben. Sie überschätzen in der Rückschau systematisch ihre Fähigkeiten, das Ereignis vorhersehen zu können. Die Vorschau stimmt mit der Rückschau nicht überein. Die Versuchspersonen haben ihre Erinnerungen zu ihren eigenen Gunsten im Nachhinein nachweislich verfälscht, entweder geschönt oder verschlechtert. Glaubte die Versuchsperson, dass ein bestimmtes Ereignis tatsächlich stattgefunden hatte, übertrieb sie die Wahrscheinlichkeit, die sie in seiner ursprünglichen Vorhersage dafür angegeben hatte. Hatte die Versuchsperson 30 % Wahrscheinlichkeit angegeben, erinnerte sie sich in der Rückschau an angeblich prognostizierte 50 % Wahrscheinlichkeit. Glaubten die Versuchspersonen dagegen, ein Ereignis habe nicht stattgefunden, täuschten sie sich ebenfalls. Sie untertrieben ihre ursprünglich angegebene hohe Wahrscheinlichkeit von 50 % und gaben in der Rückschau nur 30 % an. Die Versuchspersonen verbesserten in der Rückschau systematisch ihre Prognosefähigkeiten, die sie regelmäßig überschätzten.[9] Tritt ein Schadensereignis ein, erhöht sich im Nachhinein der Eindruck der Vorhersehbarkeit. Nachträglich glaubt man irrtümlicherweise, das Schadensereignis sei vorhersehbar gewesen. Psychologen erklären die Beobachtungen zum Rückschaufehler damit, dass die neuen Informationen nach dem Schadensereignis unmittelbar mit dem früheren Wissen vor dem Schadensereignis verschmelzen. Die alte Wissensstruktur wird dabei überschrieben. Wissen und Erwartungen vor der Information über den Schadensausgang sind im Gedächtnis nicht mehr auffindbar. In der Regel sind sie auch nicht dokumentiert. Der Fehler kann auch dem Motiv entspringen, als kompetenter Experte bei der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines prognostizierten Ereignisses dastehen zu wollen. Das Phänomen gilt als robust. Zum Rückschaufehler kommt es nämlich auch dann, wenn vorher die Versuchspersonen darüber aufgeklärt und aufgefordert wurden, den Rückschaufehler zu vermeiden. Die Veränderung der Wahrnehmung nach einem Schadensereignis vollzieht sich für die Versuchspersonen unbewusst und sie glauben, schon immer gewusst zu haben, was später tatsächlich passiert ist. Die Kenntnis vom Ereignis eines Schadensverlaufs verändert also immer die Wahrnehmung im Nachhinein.[10] Entdeckt wurde der Rückschaufehler v. a. bei amerikanischen Geschworenengerichten. Wer einen Schadensverlauf im Detail kennengelernt hat, neigt dazu, den Schaden als vorhersehbar und vermeidbar einzustufen. Er vergisst sich in die Lage zu versetzen, in der der Schaden noch drohte und noch nicht eingetreten war.

III. Der Rückschaufehler als Risiko für Unternehmen

Ist ein Schaden eingetreten, streiten die Parteien über seinen Ersatz. Der Geschädigte wird immer behaupten, man hätte ihn vorhersehen und vermeiden können. Der tatsächliche Eintritt des Schadens bestätigt zunächst seine Behauptung. Die Vertreter des Unternehmens werden das Gegenteil behaupten, dass der Schaden nicht vorhersehbar und deshalb unvermeidbar war. Beide Theorien konkurrieren um Plausibilität und Überzeugung vor Gericht. Der Kläger hat es regelmäßig leichter als der Beklagte, weil der Schadenseintritt die behauptete Vorhersehbarkeit des Schadens bestätigt. Der Rückschaufehler bei Richtern, Rechtsanwälten und Gutachtern bevorteilt regelmäßig den Kläger. Für das beklagte Unternehmen stellt der Rückschaufehler dagegen ein erhebliches Risiko dar. Das größere Interesse an der Abwendung des Rückschaufehlers muss also ein Unternehmen haben. Unterliegen nämlich Richter dem Rückschaufehler, weil sie den Schadensverlauf im Nachhinein kennen und das Wissen vor dem Schadenseintritt sich aus den beschriebenen psychologischen Gründen nicht mehr rekonstruieren lässt, wird der Beklagte durch den Rückschaufehler erheblich benachteiligt. Das beklagte Unternehmen muss deshalb den Rückschaufehler mit allen Mitteln vermeiden. Dies gelingt jedoch nur dann, wenn das Wissen vor dem Schadenseintritt über dessen Wahrscheinlichkeit dokumentiert wurde. Alle Umstände, die die Unvorhersehbarkeit eines Schadens begründen könnten, und nicht dokumentiert wurden, lassen sich nicht nachweisen. Andererseits können alle Umstände, die Schlüsse auf die Vorhersehbarkeit eines Schadens zulassen, unterstellt werden, ohne dass sich das beklagte Unternehmen dagegen wehren kann. Der eingetretene Schaden ist ein gewichtiges Indiz für seine Vorhersehbarkeit.

Es kommt schließlich hinzu, dass nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG der Grundsatz der Beweislastumkehr gilt und die Geschäftsleiter die Beweislast trifft, wenn streitig ist, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. In der Rechtsprechung gilt für Unternehmen der Grundsatz der Beweislastumkehr und begründet damit die Pflicht zur ständigen Dokumentation[11], weil vorher nicht klar ist, wann der Schaden eintreten wird. Auch nach § 831 BGB hat der Geschäftsherr die Beweislast für seine Exkulpation. Das wegen eines Schadens in Anspruch genommene Unternehmen muss daran interessiert sein, von dem umfangreicherem nachträglichen Wissen nach dem Schadensereignis das Wissen vor dem Schadensereignis abzuziehen, um das Gericht davon zu überzeugen, dass das nachträgliche Wissen dem Unternehmen nicht angelastet werden darf.

IV. Die Dokumentation der Risikoanalyse zur Vermeidung des Rückschaufehlers

Zu empfehlen ist, die Gefährdungsbeurteilung und die Risikoanalyse vor dem Schadenseintritt zu dokumentieren, um nach dem Schadensereignis den Nachweis zu führen, dass vor dessen Eintritt der Schaden weder vorhersehbar noch vermeidbar war. Die dokumentierte Analyse der Risiken, die von einem Unternehmen ausgehen, kann einen Streit über die Vorhersehbarkeit zu Gunsten des beklagten Unternehmens entscheiden. Das Unternehmen muss damit rechnen, dass ihm im Nachhinein hellseherische Fähigkeiten unterstellt werden, seine Prognosefähigkeit zu seinen Lasten übertrieben wird, nur

9 Dazu *Hallinan*, Lechts oder Rinks, Warum wir Fehler machen, 2009, S. 76.

10 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2002, S. 368, 176, 177. Beschrieben wird der „knew-it-all-along-effect“ oder auch „Der Fluch des Wissens“ von *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidungen: Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 192. *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005.

11 BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BB 2003, 273, NJW 2003, 358 (kürzer BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66), BGHZ 51 S. 91 (Hühnerpestfall).

weil Dritte nach dem Schadenseintritt plausibel vortragen können, es vorher schon gewusst zu haben, dass es zu einem Schaden kommt, und dass der tatsächlich eingetretene Schaden seine Vorhersage sogar bestätigt. Das beklagte Unternehmen wiederum wird alles daran setzen, um das Schadensereignis als Schicksal, Zufall oder Unglück darzustellen, das gerade nicht vorhersehbar und vermeidbar war. Es wird alles tun, um ein Fehlverhalten zu bestreiten. Es wird Fehler leugnen, alternative Ursachen und konkurrierende Theorien nennen, um seine Verantwortung zu bestreiten. Der Rückschaufehler bevorteilt regelmäßig denjenigen, der den Schadensersatz durchzusetzen versucht und benachteiligt den, der für den Schaden in Anspruch genommen wird und nicht durch Dokumentation nachweisen kann, dass der Schaden weder vorhersehbar noch vermeidbar war.

Jede Unternehmensorganisation muss deshalb aus den gesicherten Kenntnissen der Verhaltensforschung zum Rückschaufehler Konsequenzen ziehen, ihn als menschliches, psychologisch erklärbares und experimentell nachgewiesenes Fehlverhalten erfassen sowie Organisationspflichten formulieren, um dieses Organisationsrisiko zu vermeiden. Präventiv lässt sich der Rückschaufehler nur abwenden, wenn alle Risiken im Unternehmen erfasst und analysiert werden sowie aktiv Risikoabwehr durch die Erfüllung der Rechtspflichten betrieben wird, die der Risikoabwehr dienen. In dem Maße, in dem Risikoanalysen und die Risikoabwehr existieren und dokumentiert sind, erhöhen sich die Chancen, Schadensersatzansprüche abzuwehren und dem Risiko des Rückschaufehlers zu entgehen, dem Richter, Staatsanwälte oder Gutachter unterliegen. Der bekannte Strafverteidiger *Hanns Feigen* rät zur Dokumentation der Entscheidungsgründe, um eine eventuelle spätere Strafverteidigung schon präventiv zu verbessern. „Je kritischer eine Entscheidung ist, umso besser sollte der Manager sie dokumentieren. Das gilt für Manager aller Branchen. Er sollte die Risiken benennen und die Gründe, warum er so entschieden hat. Es helfe ungemein, wenn er später belegen kann, dass er die Risiken sorgfältig abgewogen hat.“[12]

V. Der eigene Rückschaufehler behindert präventives Fehlermanagement

Der Rückschaufehler erklärt auch die Beobachtung, dass sich die gleichen Fehler beim Organisationsverschulden wiederholen, dass niemand aus der Rechtsprechung lernt und die Erinnerungen an eigene als auch an fremde Fehler im Nachhinein verfälscht werden. Kommt es zum Schaden, besteht die Neigung, einen Fehler zu bestreiten, insbesondere dessen Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit.

Wer seinen eigenen Fehler als solchen nicht anerkennt, hat keinen Grund, ihn in Zukunft zu vermeiden. Fehler werden verkannt, vergessen und verdrängt. Wer Fehler bestreitet, organisiert v. a. nicht für die Zukunft deren Prävention. Vorstände und Geschäftsführer, die für Organisationspflichten verantwortlich sind, müssen einkalkulieren, dass Fehler für die Zukunft nicht präventiv vermieden werden. Zu unterscheiden ist die Behandlung von Fehlern für die Vergangenheit und für die Zukunft. Jeder Verantwortliche, dem ein Fehlverhalten als Schadensursache vorgeworfen wird, hat das Recht, sich gegen diesen Vorwurf zu wehren und seine Haftung abzuwenden. Gleichwohl empfiehlt es sich für die Zukunft, den Fehler präventiv zu vermeiden, nachdem das Unternehmen den Schadenseintritt als Erfahrung machen musste. Ohne dieses präventive Fehlermanagement ist zu befürchten, dass sich alle Fehler wiederholen und die Schadensquote nicht sinkt. In der Darstellung zum Omission-Bias[13] musste darauf verwiesen werden, dass entgegen a. A.[14] das Unterlassen eines Compliance Managements nicht erstmals vom Landgericht München I am 10.12.2013[15] als Organisationsfehler zur Begründung eines spektakulär hohen Schadensersatzanspruchs von 15 Mio. verwendet wurde, sondern dass diese verletzte Organisationspflicht in ständiger Rechtsprechung seit über 100 Jahren zur Haftungsbegründung angeführt wird. Von *Matusche-Beckmann* wurden die klassischen Fälle zum Organisationsverschulden analysiert. Von 20 Fällen wurde in 17 die Risikoanalyse unterlassen und zwar in 10 unterblieb die Risikoermittlung bei latenten Risikofaktoren[16], in sieben bei offenen Risikofaktoren[17]. In sieben von 20 untersuchten Fällen wurde die Risikofrühermittlungspflicht nicht erfüllt.[18] In 13 von 20 Fällen wurden die Organisationspflichten nicht daraufhin kontrolliert, ob sie geeignet sind, vollzogen wurden und ob sie überhaupt funktionieren[19]. In sieben der 20 untersuchten Fällen wurden nicht delegationsfähige Organisationspflichten auf Mitarbeiter ohne Organstellung delegiert.[20]

---

12 *Feigen*, manager magazin 5/2010, 122.

13 *Rack*, Compliance-Berater 4/2014, 104 ff.

14 *Hauschka*, FAZ v. 12.3.2014.

15 LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10.

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

17 RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW (1938), 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938 (1938), 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriffs-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).

18 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, in: RGZ 78 S. 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13), Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).

19 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW (1938), 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW (1938), 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (Lkw-Unfall-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall).

20 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriffs-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil).

Deshalb stellt sich die Frage nach Organisationspflichten, die geeignet sind, die Wiederholung von Fehlern zu vermeiden, anstatt sie zu wiederholen.

VI. Die Organisationspflicht zur Verfügbarkeit

Der BGH hat in seiner Wissensaufspaltungsentscheidung[21] die Organe einer juristischen Person dazu verpflichtet, rechtserhebliche Informationen zu sammeln, zu speichern und verfügbar zu halten. Der BGH hat ausdrücklich als Organisationsmittel das Speichern des Unternehmenswissens in Akten oder auf elektronischen Medien zur Pflicht erklärt. Die Verfügbarkeit über rechtserhebliche Informationen ist organisatorisch zu sichern. Die unvollständige und ungeeignete Datenbasis wird von *Tverski* und *Kahnemann* als Heuristik beschrieben, die Menschen anwenden, wenn sie die Häufigkeiten schätzen oder Wahrscheinlichkeiten bilden sollen.[22] Risiken können nicht erkannt, sondern nur geschätzt werden. Fehler können dadurch entstehen, dass sie entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Je leichter Beispiele eines bestimmten Ereignisses ins Gedächtnis kommen, desto größer schätzen wir dessen Häufigkeit. Die Verfügbarkeit von Informationen ist deshalb nützlich für Risikoschätzungen, weil häufige Ereignisse leichter verfügbar sind als seltene oder man sich an auffällige Ereignisse besser erinnert als an unauffällige, was durch die leichtere Verfügbarkeit zur Überschätzung ihrer Häufigkeit führt.
Jüngere Ereignisse werden überschätzt, ältere Ereignisse werden unterschätzt.
Unternehmen müssen die Verfügbarkeit über rechtserhebliche Informationen erhöhen, um Fehler beim Schätzen von Risiken zu vermeiden. Menschen mit begrenzter Gedächtniskapazität sichern nicht die Verfügbarkeit aller rechtserheblichen Informationen im Unternehmen. Sie verfügen über eine nur begrenzte Gedächtniskapazität.[23] Dies gilt nicht jedoch für Computer mit unbegrenzten Speicher- und Abfragemöglichkeiten.[24] Wer die Verfügbarkeit von rechtserheblichen Informationen im Unternehmen erhöht, erfüllt die Organisationspflicht nach der Wissensaufspaltungsentscheidung des BGH und vermeidet den Rückschaufehler durch Vergessen und Verdrängen schadensverursachenden Fehlverhaltens.

VII. Der Einsatz von Fehlersimulatoren zu Abwendung von Rückschaufehlern

Erfolgreiches Fehlermanagement wird bei Piloten und Chirurgen praktiziert und eignet sich als organisatorisches Vorbild für das Compliance Management in Unternehmen. Fehler werden nicht bestritten oder verdrängt, sondern als Fehler akzeptiert. Menschliches Versagen bei Piloten, Chirurgen und Tankerkapitänen verursacht aufsehenerregende Schäden. Flugzeugabstürze durch Pilotenfehler wurden seit 1990 nachweislich um 71 % vermindert.[25] Fliegen gilt inzwischen als sicherste Fortbewegungsart. Die Ursache des Erfolgs ist der Einsatz von Flugsimulatoren, an denen Piloten Entscheidungen in Risikosituationen simulieren und trainieren. Unerwartete Szenarien können durchgespielt werden. Am Flugsimulator trainieren Piloten ihr Entscheidungsverhalten bis zur Routine, die den Piloten befähigt, ohne nachzudenken, nur mit Intuition, entscheiden zu können. Durch Fehlersimulatoren lässt sich der Rückschaufehler systematisch korrigieren. Jeder macht zwar Fehler, aber jeder kann aus Fehlern lernen.[26] Eine andere Einstellung zu Fehlern ist unumgänglich, sie dürfen nicht als Zeichen von Dummheit und Ungeschick, sondern als unverzichtbare Erfahrung verstanden werden, die in verwertbares Erfahrungswissen umgemünzt werden können. Aus Fehlern Erfahrungen machen, muss das Ziel des Entscheidungsfehlermanagements sein. Durch Fehlersimulation konnten in Kliniken Behandlungsfälle mit optimalem Verlauf von 20 % auf 62 % verdreifacht werden.[27]

VIII. Das Managementsystem „Recht im Betrieb“ als Fehlersimulator für Unternehmen

Fehlersimulatoren sind erfolgreiche Werkzeuge, um Fehler zu vermeiden. Dazu sind zunächst die eigenen und die fremden Fehler zu vermeiden und als Fehler zu kennzeichnen. Piloten werden per Gesetz verpflichtet, regelmäßig am Fehlersimulator zu trainieren und ihre Trainingserfolge zu messen und zwar so lange, bis ihre Entscheidungen zur Routine geworden sind. Routineentscheidungen sind dann erforderlich, wenn nicht alle Informationen in der Entscheidungssituation präsent sind und unter Zeitdruck gleichwohl Entscheidungen getroffen werden müssen, ohne ein lehrbuchmäßiges Bilanzieren von Vor- und Nachteilen, von Pro- und Contra durchführen zu können. Piloten und Chirurgen sind zur schnellen Entscheidung gezwungen. Gleiches gilt für Manager in Unternehmen, die ähnlichen Entscheidungsbedingungen ausgesetzt sind. Sie müssen unter Zeitdruck ohne ausreichende Informationen in Unsicherheit über die Konsequenzen und ohne zeitraubende Abwägungen entscheiden. Gemeinsam ist allen Berufsgruppen, dass sie mit hohen Risiken umgehen und hohe Schäden als Konsequenzen ihrer Entscheidungen drohen.
Der Einsatz einer Datenbank als Fehlersimulator empfiehlt sich allein deshalb, weil schon einmal getroffene Entscheidungen gesammelt und in kürzester Zeit per Mausklick zur Verfügung stehen. Alle Informationen zu einer Entscheidung können mit einem Klick abgerufen werden. Was schon einmal durch ein Gericht oder durch den Gesetzgeber als Risiko entschieden wurde, lässt sich speichern. Gerichtsurteile liefern Entscheidungen, wie sie der Rechtsordnung entsprechen. Sie zeigen außerdem Fehlentscheidungen, die zu Schäden und zur Haftung geführt haben. Gerichtsentscheidungen zeigen, was rechtsverbindlich als Risiko gilt und abgewendet werden muss. Das Managementsystem „Recht im Betrieb“ funktioniert wie ein Fehlersimulator, sammelt und speichert abrufbereit Fehler, die schon einmal einen Schadensersatz begründet haben. Aus gespeicherten eigenen und fremden Fehlern lässt sich lernen, immer vorausgesetzt, dass die Informationen für einen schnellen Zugriff zur Verfügung stehen. Mit geringstem Zeitaufwand lassen sich Informationen über Entscheidungen abrufen und die Organisationspflicht nach dem BGH-Urteil zur Wissensaufspaltung[28] erfüllen.

---

21 BGHZ 132, 30.
22 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 164 f, 167 f., Zur Psychologie der Verfügbarkeit.
23 *Gig*erenzer, Bauchentscheidungen 2007, S. 32, 47.
24 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 176.
25 *Lehrer*: Wie wir entscheiden, 2009, S. 322.
26 *Lehrer*: Wie wir entscheiden, 2009, S. 269, 326.
27 *Lehrer*: Wie wir entscheiden, 2009, S. 327. Verwiesen wird auf die Erfahrung im Nebraska Medical Center, das seine Chirurgenteams seit 2005 im Cockpit-Ressource-Management (CRM-Programm) schult.
28 BGHZ 132, 30.

IX. Routinisierte Entscheidungen zur Abwehr des Rückschaufehlers

Ist eine Entscheidung in einem Unternehmen einmal von den verantwortlichen Organen getroffen worden, lässt sie sich für Wiederholungsfälle routinisieren.[29] Dazu eignet sich eine Datenbank. Ist ein Risikosachverhalt einmal mit einer Pflicht digital verknüpft worden, stellt diese Verknüpfung eine Entscheidung des Unternehmens dar, das wiederkehrende Risiko mit der gleichen Pflicht abzuwenden. Riskante Unternehmenssachverhalte können auf diesem Weg immer mit den gleichen Pflichten aus Gesetzen, Gerichtsurteilen und Verkehrssicherungspflichten im Unternehmen abgewendet werden. Die Routine erreicht man durch digitale Verknüpfungen. Es entstehen gespeicherte Situationsprototypen. Bei hinreichend hoher Ähnlichkeit wird das gespeicherte Entscheidungsschema aktiviert und die gewohnte Wahl getroffen. Der Entscheidungsaufwand wird minimiert. Er besteht im Wesentlichen im Abgleichen der gegebenen Situation mit der vorgespeicherten und der fixierten Entscheidung. Es handelt sich um einen sog. „matching-Prozess".[30] Nutzt z. B. ein Unternehmen einen Kran, bietet das System eine Liste von 71 Rechtspflichten aus unterschiedlichen Gesetzen, die durch den Einsatz des Krans ausgelöst werden. Ist der Sachverhalt „Kran" mit 71 ausgelösten Pflichten digital verknüpft, lässt sich in jedem anderen Unternehmen die gespeicherte typisierte Pflichtenlage aufrufen. Ersparen kann man sich das jeweils erneute Prüfen dieses Sachverhalts. Die Vielzahl der Prüfschritte zu 71 Rechtspflichten wird zu einer routinisierten Entscheidung verkürzt. Die Ausgangsfrage, welche Rechtspflichten mit dem Sachverhalt „Kran" verbunden sind, wird auf einen Klick mit der Liste der 71 Pflichten beantwortet. Das Managementsystem „Recht im Betrieb" sammelt und speichert Routinen und stellt sie jederzeit zum Abruf zur Verfügung. Fortschritte bei der Rechtsanwendung können dadurch erzielt werden, dass die Zahl der Prüfvorgänge vermehrt wird, die ohne weiteres Nachdenken ausgeführt werden können.[31] Routinen müssen regelmäßig an veränderte Sachverhalte angepasst werden. Der Vorteil der routinisierten Entscheidungen besteht darin, dass man Entscheidungen nicht stets immer aufs Neue treffen muss und Ressourcen im Unternehmen bindet. *Niklas Luhmann* weist darauf hin, dass es parallel zu jeder riskanten Technologie unumgänglich ist, eine eigene Sicherheitstechnologie einzurichten. Wiederholen sich Operationen planmäßig, schafft die Technik Risiken als dauerhafte und nicht eliminierbare Begleiterscheinungen der Produktion. Die Sicherheitstechnologie muss durch Regelsysteme organisiert werden, wodurch „die menschliche Aufmerksamkeit und menschliches Reaktionsvermögen" standardisiert wird.[32]

X. Fazit

Der Rückschaufehler lässt sich als psychologisch bedingtes menschliches anormales Fehlverhalten vorhersehen und durch die Organisationspflicht zur Dokumentation von Entscheidungsgründen und durch den Einsatz von Fehlersimulatoren sowie Entscheidungsroutinen vermeiden.

AUTOR

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

29 *Jungermann/Pfister/Fischer,* Die Psychologie der Entscheidungen, 2. Aufl. 2005, S. 31.
30 *Jungermann/Pfister/Fischer,* Die Psychologie der Entscheidungen, 2. Aufl. 2005, S. 31.
31 *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen. Die Intelligenzen des Unbewussten und die Macht der Intuition, 2. Aufl. 2007, S. 49.
32 *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 102, 103.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

6 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

3.6.2014 | 2.Jg
Seiten 177–220

EDITORIAL

Dr. Christian Humborg
Die Debatte um Regelungen zum Drehtüreffekt – ein Ende in Sicht? | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Roland M. Stein, LL.M. Eur., RA, und **Dr. Patrick Kroker**
Länderreport Brasilien: Weltmeister der Korruptionsbekämpfung? | 177

Dr. Oliver Schoepke
Der Preußische Beamte als Leitbild für Compliance? | 183

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
CB-Test: Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko | 190

Dr. Martin Gimnich LL.M., RA
Typische Compliance-Themen von Stadtwerken | 195

Dr. Nicolas Kredel, LL.M. (Michigan), RA, **Nina Niejahr,** LL.M. (Brügge), RAin, und **Jan Kresken,** LL.M. (Norwich), RA
Kartell- und beihilferechtliche Compliance in öffentlichen Unternehmen | 199

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Stefanie Lejeune, RA/StS a. D.
Voraussetzungen und Grenzen der Zuwendungen an Bedienstete und Repräsentanten der öffentlichen Hand | 203

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Sven-Joachim Otto, RA, und **Alexander Quick**
Organhaftung in öffentlichen Unternehmen | 209

Dr. Regina Michalke, RAin
Der neue § 108e StGB – „Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern" | 215

Schwerpunktheft öffentliche Unternehmen und öffentliche Hand

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko

Der Confirmation-Bias beschreibt die menschliche Neigung, nur Informationen zu berücksichtigen, die die eigenen Theorien, Prognosen, Meinungen und Vorurteile bestätigen und alle Informationen zu ignorieren, die die eigene Meinung widerlegen. Dadurch werden Fehlprognosen nicht erkannt und nicht korrigiert. Diesem Entscheidungsfehler können alle Entscheidungsträger unterliegen, insbesondere Gesetzgeber, Gerichte und Geschäftsleiter. Compliance-Verantwortliche müssen durch organisatorische Maßnahmen diesen Entscheidungsfehler präventiv vermeiden.

I. Die Struktur von Entscheidungen

Gesetzgeber, Richter und Geschäftsleiter treffen Entscheidungen. Gemeinsam ist allen Entscheidungen, dass sie mit ihren Folgen begründet und gerechtfertigt werden.[1] Der Gesetzgeber verfolgt einen Gesetzeszweck, der Geschäftsleiter einen Geschäftszweck und Gerichte verfolgen mit ihren Urteilen eine general-präventive Wirkung über den Einzelfall hinaus. Alle Folgen von Entscheidungen liegen in der Zukunft. Jede Behauptung einer Entscheidungsfolge enthält eine Prognose mit Erwartungen, dass das Wunschdenken des Entscheidungsträgers von dem künftigen Geschehensverlauf erfüllt wird. Prognosen beruhen auf Erfahrungen, die entweder schon gemacht wurden oder erst noch gemacht werden müssen. Geschäftsleiter müssen Chancen wahrnehmen und Risiken vermeiden, die in der Zukunft liegen. Der Gesetzgeber hat das Recht auf experimentelle Gesetzgebung. Er ist berechtigt zur Gesetzgebung auf Probe.[2]

II. Die Pflicht des Gesetzgebers zur sorgfältigen Prognose

Der Gesetzgeber ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur sorgfältigen Prognose verpflichtet. Die Eignung der gesetzgeberisch vorgesehenen Maßnahmen ist aufgrund einer verlässlichen Prognose abzuschätzen.[3] In seinem Mitbestimmungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht zur Prognosepflicht entschieden, dass der Gesetzgeber die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben muss, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können, um einen Verstoß gegen das Verfassungsrecht zu vermeiden. Das Mitbestimmungsurteil gilt als Leitentscheidung für die Pflichten des Gesetzgebers bei Entscheidungen unter Unsicherheit. Der Gesetzgeber ist zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet. Wenn er alle zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen muss, bedeutet dies, dass er alle vorhandenen Erfahrungen beim Aufstellen seiner Prognose über die Gesetzesfolgen erfassen muss. Ignoriert er dabei Erfahrungen, wird seine Entscheidung verfassungswidrig.

Zum Erfahrungswissen hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Kalkar-Beschluss entschieden, dass Erfahrungen sich immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befinden.[4] Das Gleiche muss für rechtserhebliches Erfahrungswissen gelten.[5]
Für die Pflicht zur sorgfältigen Prognose gilt deshalb, nur unwiderlegtes Erfahrungswissen zu verwenden. Prognosen bestehen aus Aussagen über Ursachen und Wirkungen, mit dem jeweiligen Erfahrungssatz, dass die Wirkungen immer auf die jeweilige Ursache folgen. Eine Risikoaussage stellt eine Schadensprognose dar, wonach ein Schaden aufgrund eines Erfahrungssatzes immer eintritt, wenn eine Schadensursache vorliegt. Der Gesetzeszweck als Folge des Gesetzes ist immer zu erwarten, wenn ein entsprechender Erfahrungssatz vorliegt. Eine Schadensprognose als Risikoaussage, als auch eine Prognose über einen Gesetzeszweck, lässt sich nur mit einem entsprechenden Erfahrungssatz rechtfertigen. Wird über Risikoaussagen gestritten, geht der Streit regelmäßig um unterschiedliche Prognosen, weil künftige Schadens- und sonstige Geschehensverläufe unterschiedlich prognostiziert werden können. Es sind konkurrierende Theorien und Erfahrungen über Schadensverläufe oder über die wirkungsvollsten Schutzmaßnahmen zur Abwehr eines Risikos. Der Streit um Prognosen lässt sich nur durch die Feststellung lösen, ob der Erfahrungssatz, der der Prognose zu Grunde liegt, gilt oder nicht gilt. Die Frage nach der Geltung von Erfahrungssätzen beantwortet die Erkenntnistheorie. Jeder Erfahrungssatz gilt nur, solange er nicht widerlegt ist.[6] Erfahrungssätze lassen sich nicht verifizieren, sondern

1 *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Anm. 388, „et respice finem"; *Grimm*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, 1995, S. 157; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgeerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen, 1981, S. 132.
2 BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil).
3 BVerfG, 19.3.1975, BVerfGE 39, 210, 226, Beschluss vom 9.3.1975 (Mühlenstrukturgesetz); BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil).
4 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 143 (Kalkar-Beschluss).
5 *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Anm. 316.
6 *Popper*, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 16.

nur falsifizieren. Theorien gelten nur vorläufig. Ein Erfahrungssatz oder eine Theorie mit dem Anspruch immer und für alle Fälle zu gelten, lässt sich niemals beweisen. Man müsste die Zukunft beweisen können. Es gibt aber keine Zeugen aus der Zukunft. Sobald Theorien um ihre Geltung konkurrieren und ein Beweis ausgeschlossen ist, bleibt als einzige Möglichkeit zur Auslese unter gleich plausiblen, aber widersprüchlichen Theorien zum gleichen künftigen Ereignisverlauf, den Erfahrungssatz zu widerlegen. Es handelt sich um das seit *Popper* in der Erkenntnistheorie vertretene Falsifikationsverfahren. Für die Entscheidungspraxis gilt, statt nach Beweisen für einen Erfahrungssatz nach Gegenbeweisen zu suchen. Die Suche nach Beweisen ist nämlich aussichtslos, weil sie die Zukunft umfasst.[7]
Die Allgemeingültigkeit der Erfahrungssätze kann täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden. Erfahrungssätze liefern nur relative Wahrheiten für die beobachtete Zeit und den beobachteten Raum. Diese Einsicht ist im Zivilprozessrecht seit *Friedrich Stein* bekannt.[8] Seitdem gilt im Zivilprozess, dass Verstöße gegen Erfahrungssätze in der Revisionsinstanz zu überprüfen sind und Abweichungen von geltenden Erfahrungssätzen zu begründen sind.[9]

III. Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers für Fehlprognosen in der aktuellen Rechtsprechung

Beruht eine Prognose auf einem falsifizierten Erfahrungssatz, muss diese Prognose als Fehlprognose gelten, sobald sie widerlegt ist. Der Gesetzgeber ist zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet. Stellt sich dabei heraus, dass die ursprüngliche gesetzgeberische Einschätzung auf einer Fehlprognose beruhte, ist der Gesetzgeber zur Nachbesserung verpflichtet, insbesondere eine Fehlprognose nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung durch Aufhebung oder Änderung der gesetzlichen Maßnahmen zu korrigieren. Dem Gesetzgeber ist aber eine hinreichende Frist zuzubilligen, in der er die Möglichkeit hat, seine Prognose neu zu beurteilen.[10]
Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach über die Verletzung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers entschieden. In seinem Beschluss vom 8.6.1993 hat er es versäumt, seine Entscheidungsgrundlagen zur Steuerfreiheit von nicht-tariflichen Nachtarbeitszuschlägen zu beobachten und an die veränderten Verhältnisse anzupassen.[11]
In seinem Urteil vom 18.7.2012 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Gesetzgeber es versäumt hat, die Regelungen des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) an die realen Verhältnisse anzupassen und seine verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht zu erfüllen.[12] Zuletzt hat das Berliner Verfassungsgericht in seinem Beschluss vom 15.1.2014[13] entschieden, dass die Berechnung der Studienplatzanzahl für den Studiengang Tiermedizin an der FU Berlin verfassungswidrig ist, weil der Gesetzgeber seine Beobachtung- und Nachbesserungspflicht verletzt hat. Trotz ausreichender Erfahrungen hat der Gesetzgeber keine Nachbesserung seiner Regelungen vorgenommen.
Die Rechtsprechung zeigt, dass der Gesetzgeber zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet ist, die Erfahrungssätze seiner erstmaligen gesetzgeberischen Entscheidung auf eventuelle Fehlprognosen zu beobachten und nachzubessern.
Bei der Rechtsanwendung in Unternehmen ist dies von Vorständen und Geschäftsleitern durch Compliance-Verantwortliche zu berücksichtigen, um Chancen zur Entlastung ihrer Unternehmen wahrzunehmen. Keine gesetzgeberische Entscheidung darf als endgültig verstanden werden, weil sie auf nur vorläufigem Erfahrungswissen beruht, das jederzeit korrigiert werden kann. Auch der Gesetzgeber ist vor eigenen Entscheidungsfehlern nicht sicher und hat Fehlprognosen zu vermeiden und zu korrigieren. Die Erfüllung dieser Pflicht wird durch den Confirmation-Bias als menschliches Fehlverhalten und Entscheidungsfehler behindert. Nur wer sich bewusst wird, dass er diesem Entscheidungsfehler unterliegen kann, ist in der Lage, ihn auch zu vermeiden. Geschäftsleiter müssen entsprechende Anordnungen treffen. Compliance-Verantwortliche müssen darauf hinwirken.

IV. Die Vermeidung des Confirmation-Bias

Der Confirmation-Bias wird in der populären Lebensberatungsliteratur als der Vater aller Denkfehler bezeichnet. Es ist die menschliche Neigung, neue Informationen so zu interpretieren, dass sie mit unseren bestehenden Theorien, Anschauungen und Überzeugungen vereinbar sind. Neue Informationen, die im Widerspruch zu unseren bestehenden Ansichten stehen, filtern wir aus. Tatsachen hören jedoch nicht auf zu existieren, nur weil sie ignoriert werden.[14] Der Confirmation-Bias ist ein Entscheidungsfehler und intuitiver Irrtum. Es ist irrational, nach Beweisen für Erfahrungssätze und Theorien zu suchen, wenn die herrschende 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, anstatt zu versuchen, das Vorurteil zu widerlegen. Sich selbst zu widerlegen und dazu Anstrengungen zu unternehmen, widerspricht jedem Gefühl und jeder Intuition. Die eigene Hypothese zu falsifizieren ist kontraintuitiv. Es besteht eine nachweisbare Tendenz, die eigenen Vorurteile bestätigt zu sehen. Jeder will seine eigene Wette gewinnen. Jeder will mit dem Recht behalten, was er vorhergesagt hat. Der Fluch besteht darin, dass der Cofirmation-Bias unbewusst bleibt.[15] Der Confirmation-Bias ist nur zu vermeiden, indem die Verantwortlichen für die Unternehmensorganisation permanent darauf aufmerksam machen und an diesen Entscheidungsfehler erinnern. Nur so können Fehlprognosen über Risiken und Chancen im Unternehmen vermieden werden. Widerlegbare Prognosen werden verkannt, weil nur ihre Bestätigung und nicht ihre Widerlegung versucht wird. Der Confirmation-Bias wird damit erklärt, dass Menschen zu optimistisch sind. Sie suchen nur nach

7 Umfassend zuletzt zur Falsifikation: *Fischer*, Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 64-68.
8 *Stein*, Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 29, 30.
9 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 69. Aufl. 2011, § 246 ZPO, Anm. 12, Einführung zu § 284, Anm. 22.
10 BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil); *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 593; BVerfGE 43, 291, 317; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung, S. 34, *Rossnagel,* ZRP 1992, 55, 57.
11 Beschluss des BVerfG vom 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, S. 122.
12 BVerfG, 18.7.2012 – I BvL 10/10,1 BVL 2/11 (BeckRs 2012, 71078).
13 Berl. VerfGE 109/13, BeckRs 2014, 45965.
14 *Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, 52 Denkfehler, die Sie besser anderen überlassen, 2011, S. 29-35; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 52-62; *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2. Aufl. 2005, S. 189.
15 *Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, 52 Denkfehler, die Sie besser anderen überlassen, 2012, S. 35.

Bestätigung für ihre Meinungen und denken nicht darüber nach, welche Argumente gegen ihre Ansicht sprechen. Mit Tunnelblick erklärt der Volksmund diese Neigung.[16] Widersprüchliche Informationen zwingen permanent, über uns und unsere Meinungen 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, ob es möglicherweise zu korrigieren ist. Der Confirmation-Bias bedeutet, Informationen selektiv aufzunehmen und zu interpretieren. Nur was zum eigenen Vorurteil passt, wird aufgenommen. Es besteht die Neigung, Scheuklappen aufzusetzen und Fakten nur dann zu übernehmen, wenn sie bestehende Überzeugungen bestätigen.[17] In jedem Entscheidungsverfahren muss nach Gegenargumenten gesucht werden. Die Gegenseite muss gehört werden. Die Erkenntnistheorie vermittelt die Einsicht, dass Theorien nie 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 bisher noch nicht widerlegt. Ist die Theorie falsifiziert und widerlegt, verliert sie ihren Anspruch auf Geltung für immer und alle Fälle. Prognosen lassen sich nicht mehr auf eine Theorie stützen, die durch einen Gegenbeweis widerlegt wurde. Mit der Entdeckung des schwarzen Schwans kann in Zukunft nicht mehr behauptet werden, alle Schwäne seien weiß. Auch die Entwicklung vom nicht widerlegten Vorurteil bis zu ihrem Gegenbeweis lässt sich in der Entscheidungspraxis beobachten. Sind einmal Theorien falsifiziert, reihen sie sich ein in den Katalog der häufigsten Irrtümer der Medizin, der Geschichte, der Justiz und liefern den Beleg, dass Theorien immer nur vorläufig bis zu ihrer Widerlegung gelten können.

Die Konsequenz für die Entscheidungspraxis besteht darin, nicht nach Beweisen, sondern nur nach Gegenbeweisen zu suchen, um die Geltung einer Theorie zu bestätigen. Die Suche nach Beweisen muss von Anfang an aussichtslos bleiben. Ein falsches Verfahren im Rahmen der Entscheidungsfindung ist 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, indem er z. B. gespäntes Metall 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.

V. Der Confirmation-Bias in der Entscheidungspraxis

Beispiele aus der Praxis zeigen, dass der Rückruf von gefährlichen Produkten zu spät veranlasst wird, weil zu lange nach Beweisen gesucht wird. Im Lederspray-Fall wurde der Rückruf zu lange hinausgeschoben, weil die Geschäftsführer und der Chef-Chemiker meinten, noch nach den wahren toxischen Gründen für die Gesundheitsschäden suchen zu müssen, während aus rechtlicher Sicht schon der Tatbestand der Körperverletzung durch Unterlassen des Rückrufs erfüllt war. Ein Rückruf mit nur vorläufigem Wissen über die Schadensursache wäre besser gewesen und hätte dem Geschäftsführer den Vorwurf des Organisationsverschuldens erspart. In 28 Fällen waren Gesundheitsschäden bei Personen aufgetreten, die das Lederspray verwendet hatten. Der ursächliche Zusammenhang konnte zwar nicht bewiesen werden, widerlegt war jedoch längst die Erfahrung, dass das Lederspray gefahrlos verwendet werden kann, ohne dass gesundheitliche Schäden zu befürchten sind. Die Erfahrungen über die Gefahrenlosigkeit der Verwendung des Ledersprays waren schon mit den ersten Gesundheitsschäden widerlegt.[18]

Im Holzschutzmittel-Verfahren hat der BGH in seinem Urteil vom 2.8.1995 über die Anforderungen an die Feststellung eines Ursachenzusammenhangs zwischen chemischen Substanzen und Gesundheitsschäden entschieden.[19] Das Landgericht hatte die Angeklagten zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Der BGH hat das Urteil aufgehoben und den Verfahrensfehler gerügt, die sachlichen Gegenargumente gegen die schädigende Wirkung des Holzschutzmittel nicht wiedergegeben und sich mit ihnen nicht auseinandergesetzt zu haben. Es handelt sich um eine Entscheidung unter Unsicherheit. Es lagen keine wissenschaftlich gesicherten Erfahrungssätze vor. Der Tatrichter hätte das Revisionsgericht durch eine Darstellung des Streitstandes in die Lage versetzen müssen, zu überprüfen, ob die Abwägung der für und gegen die Methode oder die Erkenntnisse sprechenden Gesichtspunkte rechtsfehlerhaft stattgefunden hat. Ist nämlich ein Erfahrungssatz umstritten, was bei nahezu allen Erfahrungssätzen der Fall ist, sind in nachvollziehbarer Weise alle Umstände zu berücksichtigen, die für und gegen die Geltung dieses Erfahrungssatzes sprechen. Die zu Grunde liegenden Erfahrungssätze dürfen nicht falsifiziert sein und sollten möglichst vielen Widerlegungsversuchen ausgesetzt worden sein. Sie gelten dann als bewehrt.

Ein weiterer Fall eines Confirmation-Bias ergibt sich aus dem Störfall in Borken. Am 1.6.1988 kam es zu einer Kohlenstaubexplosion im Braunkohlebergbau der Grube Stolzenbach mit 51 Toten. Nasser Kohlenstaub explodierte. Bekannt war das Risiko, dass trockener Kohlenstaub explodieren kann. Angeblich erstmals wurde im Störfall Borken bekannt, dass auch nasser Kohlenstaub explodieren könnte. Neun Sachverständige hatten im Gerichtsverfahren bestätigt, dass nur trockener Kohlenstaub explodieren kann und dass der Schaden deshalb weder vorhersehbar noch vermeidbar war. Erst nach 22 Jahren konnte der Erfahrungssatz von der Ungefährlichkeit nassen Kohlenstaubs durch einen Gegenbeweis widerlegt werden. Ein Gutachten aus dem Jahre 1967 war aufgetaucht. Darin war festgehalten, dass Braunkohlestaub gefährlich und besonders zündwillig ist. In einem neu aufgerollten Gerichtsverfahren wird nunmehr vorgetragen, dass der Betriebsleitung dieses Gutachten bekannt war und die Warnungen aus dem Gutachten offenbar ignoriert wurden. Hätte man nach Gegenbeweisen gegen diese Theorie gesucht, dass nasser Kohlenstaub nicht explodiert, hätte diese Theorie widerlegt werden können. Alle

16 *Beck,* Die Logik des Irrtums, Wie uns das Gehirn täglich ein Schnippchen schlägt, 2008, S. 53.

17 *Lehrer*, Wie wir entscheiden: das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 265.

18 BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (Lederspray), BB 1990, 1856.

19 BGH, 2.8.1995 – 2 StR 221/94, LG Frankfurt a. M., NJW 1995, 2930 (Holzschutzmittel).

neun Sachverständigen haben sich auf den Beweis der Theorie vom nicht explosionsfähigen nassen Kohlenstaub konzentriert, ihn bestätigt und erst gar nicht zu widerlegen versucht. Möglicherweise hätten 51 Bergleute gerettet werden können, hätte man routinemäßig auch nach Gegenbeweisen gesucht. Vorgetragen wird im neuen Gerichtsverfahren, dass auch ein falscher Gesteinssprengstoff statt eines sicheren Wettersprengstoffs verwendet wurde. Aus dem Störfall in Borken lassen sich zwei Lehren ziehen. Erstens hätte man versuchen müssen, den Erfahrungssatz zu falsifizieren, dass nur trockener Kohlenstaub explodiert. Zweitens hätte man sämtliche Erfahrungen über das Risiko von Kohlenstaub verfügbar halten müssen. Zu erinnern ist an die Rechtsprechung des BGH nach der Wissensaufspaltungsentscheidung, dass alle rechtserheblichen Informationen in einem Unternehmen verfügbar bleiben müssen.[20] Mit dieser Organisationspflicht wird das Risiko des Verfügbarkeits-Bias (availability bias) abgewendet. Es handelt sich um eine gedächtnispsychologisch erklärbare Urteilsverzerrung, die dadurch zustande kommt, dass Menschen ein Risiko subjektiv umso höher einschätzen, je leichter oder schneller sie in der Lage sind, sich Beispiele für dieses Ereignis vorzustellen oder in Erinnerung zu rufen.[21] Risiken, über die keine Informationen verfügbar sind, werden unterschätzt.[22]

Der Entscheidungsfehler im Fall Borken bestand darin, dass es keine Versuche gab, die herrschende Meinung zur Explosionsgefahr zu falsifizieren. Der Confirmation-Bias wurde nicht durch organisatorische Maßnahmen vermieden. Das Entscheidungsverfahren war deshalb fehlerhaft.

Als einprägsames Beispiel für einen Confirmation-Bias ist der Entscheidungsfehler der Ratingagenturen in der Finanzkrise zu nennen. Die Prognosen über die Ausfallrisiken wurden auf Theorien gestützt, die nicht auf ihre Geltung mithilfe der Falsifikationsmethode überprüft wurden. Weder die Warnungen der Crash Propheten noch die Theorien über das fehlende Ausfallrisiko der Ratingagenturen wurden einem Falsifikationsverfahren unterzogen, um die AAA-Einschätzung der Ratingagenturen in Frage zu stellen.[23]

Ein historisches Beispiel eines Confirmation-Bias beschreibt *Jonah Lehrer* in seinem Buch „Wie wir entscheiden" von 2009.[24] In der letzten Septemberwoche von 1973 konzentrierten sich Truppen der Ägypter und Syrer an der israelischen Grenze. Der israelische Geheimdienst unterschätzte das Risiko eines Überraschungsangriffs und wertete den Aufmarsch als Militärübung. Der Geheimdienst vertrat die Theorie, die Araber würden keinen Krieg vor dem Jahr 1975 wagen. Am 6.10.1973 starteten sie gegen alle Erwartungen des israelischen Geheimdienstes den Überraschungsangriff. Erst als die Invasion bereits in vollem Gange war, ordnete die israelische Regierung die General-Mobilmachung an. Nur 130 israelische Panzer standen 1300 arabischen Panzern gegenüber. Das militärische Risikomanagement hatte versagt. Ein junger israelischer Offizier hatte nachdrücklich vor dem Überfall gewarnt. Die israelischen Geheimdienste weigerten sich hartnäckig, die Fakten der Kriegsvorbereitung als solche einzuschätzen. Der israelische Geheimdienst hat seine Theorie jedem Widerlegungsversuch entzogen. Das Risiko und die Warnungen wurden verdrängt.

VI. Die Organisationspflicht zur Vermeidung des Confirmation-Bias

In der Entscheidungsfindung großer Unternehmen wird der Widerspruch als Entscheidungsregel institutionalisiert. Empfohlen wird, eine Funktion und eine Rolle im Unternehmen zu schaffen, deren Vorbild der „advocatus diaboli" der katholischen Kirche ist. Im Verfahren zur Heiligsprechung hat der „advocatus diaboli" die Aufgabe, sämtliche Annahmen kritisch zu beurteilen und Gegenbeweisen zu unterziehen.[25] In der prozessualen Praxis wird der Austausch von Argumenten und Gegenargumenten durch die Einschaltung von Anwälten und Gegenanwälten, von Gutachtern und Gegengutachtern, von Staatsanwälten und Strafverteidigern, gesichert. Der Compliance-Verantwortliche könnte in Unternehmen die Aufgabe übernehmen, die in allen Entscheidungen verwendeten Erfahrungssätze zu ermitteln, Gegenbeweisen auszusetzen und den jeweiligen Meinungsstand im Rahmen eines Entscheidungsverfahrens zu vertreten. Die Erfahrungssätze dürfen nicht widerlegt und nicht falsifiziert sein. Ihre Geltung müsste festgestellt werden. Je öfter sie erfolgreich Widerlegungsversuchen ausgesetzt wurden, umso mehr Geltung können sie beanspruchen. Falsifizierte Erfahrungssätze dürfen im Entscheidungsverfahren grundsätzlich nicht verwendet werden. Bewiesen ist eine Prognose erst dann, wenn das prognostizierte Ereignis eintritt. Bei Schadensprognosen wäre der Beweis dann erbracht, wenn der Schaden eingetreten ist. Dann ist es allerdings regelmäßig zur Schadensabwehr zu spät. Die Geltung einer Prognose muss schon dann untersucht werden, bevor sie sich erfüllt hat.

Die Vermeidung des Confirmation-Bias muss von Vorständen und Geschäftsführern angeordnet werden. Der Confirmation-Bias gehört zu dem typisierten menschlichen Fehlverhalten. Führungskräfte müssen davon ausgehen, dass beim Entscheiden vorhersehbare Entscheidungsfehler zu erwarten sind. Menschliches Fehlverhalten lässt sich vorhersagen.[26]

Die deskriptive Entscheidungstheorie unterscheidet inzwischen insgesamt 28 typisierte Entscheidungsfehler, denen menschliches Fehlverhalten deshalb zu Grunde liegt, weil es von dem erwarteten rationalen Verhalten und dem bisherigen Verständnis abweicht, dass mit jeder Entscheidung der eigene persönliche Nutzen verfolgt wird.[27] Behandelt wurden bisher der Omission-Bias, der Hindsight-Bias und der Confirmation-Bias. Sobald menschliches Fehlverhalten als vorhersehbar gilt, muss es durch ein verantwortungsvolles Management als Organisationsrisiko erfasst, behandelt und wie jedes andere Organisationsrisiko durch entsprechende Organisationspflicht vermieden werden.[28]

In Managementsystem „Recht im Betrieb" unterstützen Funktionen die Vermeidung des Confirmation-Bias. Über die Meldemaske können Vorstände und Geschäftsführer Informationen über Erfahrungssätze, insbesondere ihre Widerlegung durch Gegenbeweise, abfragen und sich aus dem gesamten Unternehmen melden lassen.

---

20 BGHZ 132, 30 (Wissensaufspaltung).
21 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2002, S. 367.
22 *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, Die Wissenschaft der Verfügbarkeit, 2012, S. 164 f.
23 Ausführlich dazu *Rack*, CB 2013, 6.
24 *Lehrer*, Wie wir entscheiden, 2009, Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 273-281.
25 *Carroll/Mui*, Teure Lektionen – Was Sie von den schlimmsten Managementfehlern lernen können und wie Sie sie vermeiden, 2009, S. 200.
26 *Elger*, Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von Mitarbeitern, 2. Aufl. 2013, S. 37.
27 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 366-372.
28 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 3. Aufl. 2009, S. 18; *Ariely*, Denken hilft zwar, nützt aber nichts, warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen, 2008, S. 285; *Eagleman*, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 189.

VII. Neue Evaluierungsverfahren des Gesetzgebers zur Nachbesserung von Gesetzen

Bisher war der Gesetzgeber zur Gesetzesfolgenabschätzung vor der Verabschiedung und zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung während der Geltung des Gesetzes verpflichtet. Die „Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien“[29] sieht in § 44 vor, die voraussichtlichen Gesetzesfolgen im Benehmen mit den jeweils fachlich zuständigen Bundesministerien darzustellen, so dass die finanziellen Auswirkungen zu erkennen sind und darzustellen, worauf die Berechnungen und Annahmen beruhen. Darzustellen ist, ob die Wirkungen des Vorhabens einer nachhaltigen Entwicklung entsprechen, insbesondere, welche langfristige Wirkung das Vorhaben hat. Das Bundesministerium des Inneren kann zur Ermittlung von Gesetzesfolgen Empfehlungen geben.

Im aktuellen Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD ist auf Seite 105 die Vereinbarung enthalten, vermehrt Wirkungsanalysen in der Phase der Entwicklung von politischen Maßnahmen sowie die Evaluation bestehender Gesetze zu nutzen, um die Wirksamkeit systematisch zu prüfen. Die Zielgenauigkeit und die Wirksamkeit politischer Vorhaben soll dadurch erhöht werden. Evaluierungspflichten sind in die Gesetze aufzunehmen, um ein Evaluierungsverfahren durchführen zu können. Im Gesetz zur Einrichtung eines nationalen Normenkontrollrats ist diese Einrichtung nach § 2 verpflichtet, für bessere Gesetzgebung zu sorgen. Der Nomenkontrollrat betreibt Evaluierungsverfahren derzeit in neun Gesetzen. Das Konzept zur Evaluierung neuer Regelungsvorhaben beruht auf einem Staatssekretärsbeschluss vom 23.1.2013 zum Arbeitsprogramm der besseren Rechtsetzung der Bundesregierung vom 28.3.2012. Die Bundesregierung unterhält also ein systematisches Verfahren zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung. Alle zwei Jahre überprüft das Statistische Bundesamt nach Inkrafttreten einer Regelung die Angaben aus der Gesetzesbegründung in der Praxis (Nachmessung)[30].

Den betroffenen Normadressaten ist damit die Möglichkeit gegeben, auch nach Verabschiedung eines Gesetzes Einfluss zu nehmen, die Widerlegung von Erfahrungssätzen zu betreiben, die der ursprünglichen Gesetzgebung zu Grunde lagen, Fehlprognosen nachzuweisen und die Nachbesserungen geltender Gesetze durchzusetzen. Mit der Evaluierung kann der Gesetzgeber eine Erfolgskontrolle seiner Gesetzesvorhaben betreiben, um festzustellen, ob seine politischen Erwartungen erfüllt wurden und die Gesetzeswirkungen eingetreten sind.

Vergleichbare Erfolgskontrollen haben Geschäftsleiter von Unternehmen nach § 289 HGB vorzunehmen. Sie haben zunächst Prognosen im Lagebericht abzugeben. Die Prognose hat die Aufgabe die Selbsteinschätzung des Unternehmens im Rhythmus der Bilanzierung zu überprüfen. Prognosen dienen nach dieser Rechtsprechung auch in Unternehmen der Selbstkontrolle.[31] Trifft eine Prognose nicht zu, muss ein Unternehmen alle von der Selbsteinschätzung abhängigen sonstigen Maßnahmen im Unternehmen korrigieren und den aktuellen Umständen anpassen.

VIII. Fazit

Unternehmen sind in hohem Maße abhängig von fehlerfreien Entscheidungen des Gesetzgebers, der Gerichte, der Verwaltung und v. a. ihrer eigenen Entscheidungen. Fehlprognosen, mit denen Entscheidungen begründet werden, müssen so früh wie möglich erkannt und korrigiert werden. Vor allem Unternehmen dürfen nicht zulassen, dass Fehlentscheidungen erst durch eingetretene Schäden erkannt und bewiesen werden. Dann haben die beteiligten Entscheidungsträger zwar die Gewissheit, dass eine früher getroffene Entscheidung falsch war. Für präventive Abwehrmaßnahmen ist es nach dem Schadenseintritt jedoch zu spät. Es bleibt nur die Frage der Verantwortung für den Schaden und den Entscheidungsfehler und die sich daran anschließende Haftung. Die gleichen Erwägungen über die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Nachteilen und Schäden zur Begründung der Haftung können schon vorher angestellt werden, damit Schäden als Folgen von Fehlentscheidungen erst gar nicht eintreten. Die Darstellung des Confirmation-Bias als typischen Entscheidungsfehler soll Entscheidungsverfahren verbessern helfen. Von frühestmöglichen Erfolgskontrollen bei gesetzgeberischen Entscheidungen als auch bei Entscheidungen in Unternehmen profitieren alle Beteiligten.

AUTOR

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

29 www.verwaltung-innovativ.de.
30 BT-Drucks. 18/866 vom 19.3.2014.
31 OLG Frankfurt, 24.11.2009 – Wp ÜG 11,12/09, NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung).

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

7 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

1.7.2014 | 2.Jg
Seiten 221–264

EDITORIAL

Dr. Klaus Moosmayer
Gesetzesvorschlag des BUJ: Positive Anreize statt Unternehmensstrafrecht | I

CORPORATE COMPLIANCE

Bénédicte Querenet-Hahn, Avocat à la Cour, und **Grit Karg**, RAin/Avocat à la Cour
Länderreport Frankreich: Compliance-Programme als unvermeidliches Mittel zur Vorbeugung von Rechtsverstößen | 221

Michael Helisch
Unternehmenskultur, Corporate Identity und Loyalität als wesentliche Bestimmungsgrößen für gelebte Compliance | 225

Prof. (em.) Dr. Martin Richter
Die kommunale Rechnungsprüfung im System der Corporate Governance und Compliance von Kommunen | 228

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
CB-Test: Der Verfügbarkeitsfehler (Availability bias) als Organisationsrisiko | 236

COMPLIANCE MANAGEMENT

Manuela Mackert, RAin, und Dr. **Timur Karabiber**
Reifegradorientierte Compliance-Management-Systeme | 242

Philipp Lakner, LL.M., Wirtschaftsjurist
Compliance innerhalb der Wertschöpfungskette | 248

HAFTUNG UND AUFSICHT

Patrick Bont, LL.M. (Liechtenstein), und Dr. **Marcel Lötscher**
CB-Insight: Die Aufgaben einer Finanzmarktaufsichtsbehörde | 253

Dr. Susana Campos Nave, RAin, und **Hakki Celik**, RA/FAStR
Step-by-step: Wenn der Staatsanwalt zweimal klingelt | 256

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Der Verfügbarkeitsfehler (Availability bias) als Organisationsrisiko

Die Annahme von Risiken in Unternehmen bestimmt die Ermittlung von Rechtspflichten, die der Risikoabwehr dienen. Rechtspflichten werden verkannt und übersehen, wenn Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Die Annahme eines Risikos als Schadensprognose beruht auf der menschlichen Vorstellung über die Häufigkeit und damit die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Die Verfügbarkeit von Informationen bestimmt darüber, ob Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich durch die Organisation der Beschaffung und Auswertung von Informationen vermeiden. Die Rechtsprechung gibt Informationsbeschaffungspflichten zur Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers vor.

I. Unterschätzte Risiken in der Unternehmenspraxis

Im eigenen Unternehmen passiere so etwas nicht, weil es auch in der Vergangenheit zu keinen Schäden durch Rechtsverstöße gekommen sei. Mit dieser Behauptung werden Risiken und Schadensprognosen geleugnet. Deshalb gebe es auch keinen Anlass, Rechtspflichten zur Abwehr von Risiken zu ermitteln, die sich im Unternehmen niemand vorstellen kann. Andererseits werden Risiken überschätzt, weil sich die Betroffenen mehr drohende Schäden vorstellen, als in der Wirklichkeit vorkommen. Die Gefahr der unterschätzten Risiken erweist sich als aktuelles Problem. Die Rechtsrisiken bei Banken erreichen inzwischen die Höhe der gezahlten Dividenden. Im Bankensektor wurden seit 2009 mehr als 94 Mrd. Dollar Strafen verhängt.[1] Die Anzahl der Wirtschaftsstraftaten ist nach wie vor hoch. Zuletzt wurden in der polizeilichen Kriminalstatistik insgesamt 81 793 Fälle von Wirtschaftskriminalität im Jahr 2012 mit einem wirtschaftlichen Schaden von 3,75 Mrd. Euro registriert.[2]

Verschätzen sich die Entscheidungsträger in Unternehmen bei der Annahme von Risiken, stellt sich die Frage, welcher Entscheidungsfehler zu Grunde liegt und ob und wie er zu vermeiden ist. Menschliches Fehlverhalten wird statistisch auch in der Industrie als Schadensrisiko nachgewiesen. Mit 46% dominierten die „menschlichen Fehler" insgesamt als Ursachenart. Technische Fehler folgen mit insgesamt 18% und nicht aufgeklärte Schadensursachen mit 9%. Die restlichen Schadensereignisse lassen sich nicht zuordnen.[3] Der prozentuale Anteil des menschlichen Fehlverhaltens an Schadensursachen in der Industrie liegt seit Jahren konstant hoch. Menschliches Versagen übertrifft technisches Versagen. Offenbar treffen die Verantwortlichen in der Industrie und in den Banken fehlerhafte Entscheidungen. Die Fehlerursache ist im Entscheidungsverhalten zu vermuten. Mit Entscheidungsfehlern beschäftigt sich die Entscheidungstheorie.

II. Die Entscheidungstheorie als Hilfe zur Vermeidung von Entscheidungsfehlern

Zwei Fragen werden in der Entscheidungstheorie behandelt. Erstens wie Entscheidungsträger tatsächlich im Alltag und in der Praxis entscheiden. Diese Frage wird von der deskriptiven Entscheidungstheorie untersucht. Die zweite Frage, wie Entscheidungsprozesse verlaufen sollen und wie sie besser verlaufen können, behandelt die präskriptive oder normative Entscheidungstheorie.[4] Sich zu entscheiden bedeutet, eine Wahl zwischen mehreren Alternativen zu treffen. Die Wahl muss mindestens zwischen zwei Optionen getroffen werden, wobei eine Option gegenüber einer anderen bevorzugt wird[5]. Verantwortliche in Unternehmen entscheiden sich, indem sie zwischen mehreren Möglichkeiten wählen, z. B. sich legal oder illegal zu verhalten, eine Organisation aufzubauen, zu dokumentieren und zu unterhalten, Risiken zu erfassen und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr einzuhalten oder nichts zu unternehmen und alles dem Zufall zu überlassen. Für eine von mehreren Optionen entscheidet man sich nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen der Folgen, die bei der Auswahl der jeweiligen Alternative zu erwarten sind.[6] Im Zeitpunkt der Entscheidung sind deren Folgen jedoch noch nicht zu beobach-

1 FAZ vom 7.6.2014, S. 22; *Rack*, CB 2014, 5.
2 Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2012, Bundeskriminalamt.
3 Letzter Jahresbericht von 2010 des Umweltbundesamtes der zentralen Melde- und Auswertestelle für Störfälle und Störungen in verfahrenstechnischen Anlagen (ZEMA), S. 16.
4 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 16; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 30.
5 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 2 f.
6 *Rüthers*, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, Anm. 388, 528, 330; *Lübbe/Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Welche Rolle können Folgeerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen, 1981; *Teubner* (Hrsg.), Ent-

ten. Sie liegen in der Zukunft. Es sind antizipierte, vorweggenommene und v. a. gedachte Folgen. Unterscheiden lassen sich sichere und unsichere Folgen. Sind die Entscheidungsfolgen unsicher, spielt die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Konsequenzen eine Rolle. Wer sich entscheidet, ein Risiko anzunehmen und mit Aufwand die Risikoabwehr durch die Einhaltung von Rechtspflichten zu betreiben, entscheidet sich für den Vorteil legalen Verhaltens und die Vermeidung eventueller Schadensersatzansprüche. Die Konsequenzen einer Entscheidung werden in aller Regel subjektiv bewertet. Man wählt die Alternative, die Vorteile und keine Nachteile bringt und von Nutzen ist. Gibt es mehrere Konsequenzen, muss der Entscheidungsträger sie vergleichen und den relativen Nutzen der alternativen Konsequenzen abwägen.[7] Die Folgen von Entscheidungen zu erfassen und zu bewerten bedeutet für den Entscheidungsträger, Prognosen abzugeben. Wie bei einem Risiko sind Prognosen wiederum Kausalbeziehungen und Aussagen über Ursache, Wirkung und den jeweiligen Erfahrungssatz, die Hypothese oder Theorie, warum eine Ursache immer die Wirkung nach sich zieht, die als Konsequenz angestrebt wird und das Motiv des Entscheidungsträgers darstellt. Die verwendeten Hypothesen müssen gelten, d. h. sie dürfen nicht falsifiziert sein. Konkurrieren die Hypothesen bei der Frage mehrerer Entscheidungsfolgen, müssen Entscheidungen getroffen werden, welche der alternativen konkurrierenden Hypothesen gelten soll.

III. Heuristiken als Lösungstechniken für die Alltagsentscheidung

Dieses lehrbuchartige Entscheidungsverfahren ist so komplex, dass sich die Frage nach seiner Alltagstauglichkeit stellt. Beobachtet man das Entscheidungsverhalten, lässt sich erkennen, dass Theorie und Praxis weit voneinander abweichen. Statt nach dem Lehrbuch wird nach Faustregeln entschieden, intuitiv aus dem Bauch heraus. Niemand kann sich i. d. R. bei jeder Entscheidung den Aufwand leisten, der dann notwendig wird, wenn alle Entscheidungsregeln nach der normativen Entscheidungstheorie eingehalten werden sollen. Alle Entscheidungen haben Wirkungen und Nebenwirkungen, Folgen und Nebenfolgen. Soll mit einer Entscheidung ein Risiko abgewendet werden, ist die Risikoaussage ebenso eine Schadensprognose. Die Entscheidung wird getroffen mit der angestrebten Konsequenz, das Risiko abzuwenden.

Die deskriptive Entscheidungstheorie beobachtet die Entscheidungspraxis im Alltag, vergleicht diese nach den geschilderten lehrbuchmäßigen Entscheidungsregeln und kommt zum Ergebnis, dass Entscheidungsträger unter optimalen Bedingungen ihre Entscheidungen nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit treffen, wenn man ihnen Zeit lässt, sie mit Informationen versorgt und alle Hilfsmittel zur Verfügung stellt, dass sie sich aber im alltäglichen Normalfall intuitiv entscheiden, unter Zeitdruck und mit unausweichlichen Informationslücken. Gerichtsentscheidungen dagegen unterscheiden sich von den Alltagsentscheidungen. Sie werden mit großem Zeitaufwand und konsequenter Informationsbeschaffung im Beweisverfahren und der Abwägung aller Alternativen und nach Anhörung aller Beteiligten getroffen. Für die Alltagsentscheidung fehlt vielfach die Zeit, die Informationen und die Geduld. Entschieden wird nach Faustregeln, Pi mal Daumen, oft kopflos und intuitiv.[8] Entscheidungsträger folgen ihrer unbewussten Intuition, nicht einer bewussten Logik, einem Entscheidungsverfahren, das der Vermeidung von Entscheidungsfehlern dient. Anstelle der Algorithmen der Wahrscheinlichkeitstheorie verwenden Entscheidungsträger intuitiv mentale Heuristiken. Es sind Lösungstechniken, mit deren Hilfe komplexe Probleme auf einfache, ökonomische Art und Weise gelöst werden. Wenn es darum geht, Konsequenzen zu bedenken, Folgen, Wirkungen und Nebenwirkungen, Vorteile und Nachteile, sowie verschiedene Wahrscheinlichkeitsgrade abzuwägen, wird die Lehrbuchentscheidung in aller Regel durch qualifiziertes Raten ersetzt. Heuristiken führen meist, aber nicht immer zu einer richtigen Einschätzung. Es sind mentale Abkürzungen.[9] Das Paradebeispiel einer klassischen Heuristik ist die Lösung des Problems des Gordischen Knotens. Auch Alexander der Große sollte den schwierigen Knoten lösen, den zuvor keiner lösen konnte. Er hat mit dem Schwert den Knoten durchgehauen. Das Problem war der Knoten, die Lösung das Schwert.[10]

Heuristiken führen aber auch zu Entscheidungsfehlern. Es kommt zu Entscheidungen, die nachweislich nicht im eigenen Interesse des Entscheidungsträgers liegen, weil sie für ihn von Nachteil und nicht von Vorteil sind. Wenn in Banken Entscheidungen getroffen werden, die zu Schäden in Höhe der gezahlten Dividenden führen, sind Entscheidungsfehler zu vermuten, die zunächst typisiert, erkannt und schließlich vermieden werden müssen. Menschliches Fehlverhalten, insbesondere Entscheidungsfehler, werden in den Unternehmen zum Organisationsrisiko und müssen durch organisatorische Maßnahmen abgewendet werden. Präventiv lassen sich Entscheidungsfehler nur abwenden, wenn sie erkennbar sind, was auch nur dann gelingt, wenn sich Entscheidungsfehler typisieren lassen. Die deskriptive Entscheidungstheorie unterscheidet inzwischen weit über 30 Arten menschlichen Fehlverhaltens beim Entscheiden.[11] Die präskriptive Entscheidungstheorie will Entscheidern helfen, möglichst rationale Entscheidungen zu treffen, die für sie von Vorteil sind und irrationale Entscheidungen zum eigenen Nachteil vermeiden. Der spätere Erfolg oder Misserfolg ist der Maßstab für rationales Verhalten.[12] Widerlegt ist inzwischen das bisher geltende Modell des Homo oeconomicus, der als Muster und Vorbild des durch Vernunft gesteuerten Menschens erfunden wurde, um menschliches Verhalten zu erklären und vorhersagen zu können.[13] Nach diesem Modell entscheiden sich Menschen zielstrebig zu ihrem eigenen Vorteil, bedenken die Folgen ihres Handelns, versuchen ihren Nutzen und Vorteil anzustreben und Nachteile zu vermeiden. Diese Erwartungen an das grundsätzlich rationale Verhalten müssen aufgegeben werden. Menschen entscheiden sich so oft zu ihrem eigenen Nachteil und schädigen sich durch ihre eigenen Entscheidungen selbst, sodass man irrationale Entscheidungen als Regelentscheidungen empfindet. Sie verhalten sich irrational und nicht nach dem früher geltenden Maßstab des homo oeconomicus.

Inzwischen wurden drei verschiedene Arten von Entscheidungsfehlverhalten im Compliance Berater als Organisationsrisiko behandelt.

---

scheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 33, *Hassemer*, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, FS Helmut Coing, 1982, S. 493–524.

7 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 48, 170.

8 *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen: Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 2007, S. 13.

9 *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 38.

10 *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 28.

11 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 2003, S. 359.

12 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 2003, S. 4.

13 *Nienhaus*, Die Blindgänger, Warum Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 131.

Erstens der „Omission-Bias“[14], das Unterlassen als häufigster Haftungsgrund in der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden. Durch organisatorische Anordnungen und Kontrollen ist er vermeidbar. Ist die menschliche Neigung als Fehlverhalten bekannt, statt aktiv Risiken abzuwenden, das Unterlassen vorzuziehen und dem Allerweltsirrtum zu folgen, wer nichts mache, mache auch keine Fehler, muss durch die Unternehmensorganisation dieses Fehlverhalten vermeiden. Zweitens wurde der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) behandelt.[15] Dieser Entscheidungsfehler führt zur systematischen Überschätzung der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Schadensereignissen zum Nachteil des Entscheidungsträgers, weil nach dem Schadensereignis in Kenntnis des Schadensverlaufs, alle schlauer sind, die das Verschulden des Verursachers beurteilen müssen. Sie bilden sich durch den Rückschaufehler ein, sie hätten den Schaden kommen sehen, weil sie ihr Wissen über den Schadensverlauf vor dem Schadenseintritt nicht von ihrem Wissen nach dem Schaden unterscheiden können. Der Rückschaufehler lässt sich durch die konsequente Dokumentation der Entscheidungsgründe des Managers im Zeitpunkt seiner Entscheidung über seinen Wissensstand zum möglichen Schadensverlauf vor dem Schadenseintritt abwenden. Insbesondere lässt sich durch die Dokumentation die Unterstellung von Gerichten und Geschädigten verhindern, der Schaden sei vorhersehbar und vermeidbar gewesen, deshalb schuldhaft verursacht und vom Entscheidungsträger zu ersetzen. Behandelt wurde drittens der Confirmation-Bias[16]. Er beschreibt die menschlichen Neigungen, nur Informationen zu berücksichtigen, die die eigenen Vorstellungen bestätigen und alle Informationen zu ignorieren, die die eigene Meinung widerlegen könnten. Fehlprognosen werden dadurch verkannt, nicht oder zu spät korrigiert. Nur durch Gegenbeweise lassen sich Fehlprognosen erkennen und korrigieren. In die Reihe der Entscheidungsfehler gehört viertens der Verfügbarkeitsfehler.

IV. Der Verfügbarkeitsfehler (Availability Bias)

Die Wissenschaft der Verfügbarkeit wurde von Daniel Kahneman und Amos Tversky begründet. Die Verfügbarkeitsheuristik ist eine Lösungstechnik, die Menschen bei Entscheidungen einsetzen, wenn sie die Häufigkeit einer bestimmten Klasse oder die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses abschätzen wollen. Wenn Mitarbeiter im Unternehmen Risiken mit der Begründung bestreiten, im eigenen Unternehmen passiere so etwas nicht, ein Schadensereignis sei nicht zu befürchten und deshalb auch kein Aufwand zur Abwehr zu betreiben, unterschätzen sie die Häufigkeit eines eventuell drohenden Schadens. Ob ein Risiko als drohender Schaden häufig oder selten ist, schätzen sie nach der sog. Verfügbarkeitsheuristik. Sie bilden Beispiele der jeweiligen Klasse eines drohenden Schadens aus dem Gedächtnis. Erweist sich der Abruf von Beispielen aus dem Gedächtnis als leicht und flüssig, kommen sie zum Ergebnis, dass dieses Schadensereignis auch häufig sein muss und deshalb ein Risiko anzunehmen ist. Charakteristisch für die Verfügbarkeitsheuristik ist, dass eine Frage, durch eine andere ersetzt wird. Abgeschätzt werden soll die Häufigkeit eines Schadensereignisses. Beantwortet wird diese Frage damit, wie leicht und flüssig Beispielsfälle dem eingefallen sind, der die Häufigkeit abschätzen soll. Wird aber eine Frage durch eine andere ersetzt, kommt es zu systematischen Fehlern.[17] Für seine Forschung zum Verfügbarkeitsfehler wurde Kahneman mit dem Wirtschaftsnobelpreis 2002 ausgezeichnet. Ob einem Risikomanager auf die Frage nach der Häufigkeit von Schadensereignissen Beispielsfälle einfallen, hängt nicht von der Häufigkeit ab, sondern davon, ob ein Ereignis hervorstechend (salient) ist und deshalb leicht in Erinnerung bleibt und aus dem Gedächtnis jederzeit abgerufen werden kann und nur deshalb überschätzt wird, weil es ein dramatisches Ereignis ist, über das die Medien berichten und das deshalb präsent ist oder weil Beispielsfälle auf persönlichen Erfahrungen beruhen. Ob Beispielsfälle einfallen, wird geschätzt und nicht gezählt und davon beeinflusst, ob die Beispielsfälle so markant sind, dass sie im Gedächtnis haften geblieben sind[18]. Erforscht wurde weiter die Frage, ob die Anzahl der abgerufenen Beispiele oder die Leichtigkeit des Abrufs die Schätzung der Häufigkeit eines Ereignisses mehr beeinflusst. Im Ergebnis wurde festgestellt, dass die Leichtigkeit und der flüssige Abruf von Beispielen wichtiger war als die Anzahl der abgerufenen Beispielsfälle.[19]

V. Die Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers bei Risikoentscheidungen

Vor der Ermittlung einer Rechtspflicht ist die Vorfrage zu klären, ob ein Rechtsgut einem Risiko ausgesetzt ist. Die Annahme eines Risikos hängt von einem Erfahrungssatz ab, ob sich aus einem Sachverhalt im Unternehmen ein Schaden an einem Rechtsgut entwickeln kann. Existieren keine Erfahrungen über einen drohenden Schadensverlauf, müsste zunächst ein Erfahrungssatz aufgestellt werden. Dabei kann es erstmals zu einem Verfügbarkeitsfehler kommen, der an dem häufigen Ausspruch zu erkennen ist, im eigenen Unternehmen passiere nichts. Auch in der Vergangenheit sei nichts passiert. Der Risikomanager zeigt damit, dass er nur an das denkt, was er schon weiß.[20] Sein Erfahrungsschatz beschränkt sich nur auf sein eigenes Unternehmen. Diese Erfahrungsbasis ist zu schmal. Seine Vorstellungswelt entspricht nicht der wirklichen Welt.[21] Sein Verfügbarkeitsfehler besteht darin, die Häufigkeit eines Schadenseintritts und damit das Risiko zu leugnen, weil ihm keine Beispielsfälle eines Schadens einfallen oder sie ihm nicht leicht genug einfallen und v. a. weil er erst gar nicht nach Beispielsfällen gesucht hat. Er müsste recherchieren, sich Informationen beschaffen, Statistiken abrufen, Branchenerfahrungen ermitteln, die Vergangenheit nach Schäden erforschen und schließlich auch internationale Erfahrungen über Schadensereignisse sammeln. Stattdessen verlässt er sich auf sein präsentes, aber zu geringes Wissen. Im Ergebnis unterschätzt er das Risiko, verursacht durch den Verfügbarkeitsfehler. Recherchiert der Entscheidungsträger nicht und verlässt sich nur auf die Erfahrung des eigenen Unternehmens, wählt er eine zu kleine Stichprobe. Er schließt von seinem eigenen Unternehmen auf die gesamte Risikolage. Die kleine Stichprobe ist nicht repräsentativ für die Gesamtheit aller denkbaren Risiken.[22] Die Zuverlässigkeit einer Stichprobe steigt mit der Menge der untersuchten Erfahrungen. Mit einem Einzelfall lässt sich kein Erfah-

14 *Rack*, CB 2014, 104.
15 *Rack*, CB 2014, 145.
16 *Rack*, CB 2014, 190.
17 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 164 f, 531, 533.
18 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 166.
19 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 168.
20 *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 37.
21 *Beck*, Die Logik des Irrtum, 2008, S. 37; *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 174.
22 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 171.

rungssatz begründen. Die Volksweisheit dazu lautet: eine Schwalbe macht noch keinen Sommer.

VI. Unterschätzte Risiken durch Verfügbarkeitsfehler als aktuelle Beispiele

Durch einen Verfügbarkeitsfehler wurde die Finanzkrise in den USA verursacht. Der Preissturz am Immobilienmarkt löste in den USA die Finanzkrise aus und galt als unvorhersehbares Ereignis. Das Risiko eines Preissturzes, von dem alle Hausbesitzer gleichzeitig getroffen werden könnten, kam im Erfahrungsschatz der US-Amerikaner nicht vor. Das Platzen der Immobilienblase lag „out-of-sample". Die Ratingagenturen haben das Ausfallrisiko der hypothekengesicherten Wertpapiere, verursacht durch einen Preissturz, nicht kalkuliert. Ein Preissturz und ein vorangehender Preissprung gehörten in den USA nicht zu den gesammelten Erfahrungen. Der Verfügbarkeitsfehler bestand darin, dass die internationalen und historischen Erfahrungen von den Rating-Agenturen nicht recherchiert wurden, obwohl man die Recherchen gerade von ihnen hätte erwarten können. Immobilienblasen mit Preisstürzen wurden in Spanien, Norwegen, Finnland, Schweden und in Japan beobachtet und wären auch in den USA als Beispielsfälle verfügbar gewesen, hätte man sich nicht ausschließlich auf die US-amerikanischen Erfahrungen beschränkt, sondern international auch gezielt recherchiert. Die Ratingagenturen haben ihre AAA-Ratings nicht hinterfragt. Sie haben sich nur auf die Erfahrungen in den USA beschränkt. Sie haben die Stichproben zu klein gewählt. Auch die Big-Six-Krisen in Asien hätten Erfahrungen und Beispiele über erhebliche Preisstürze liefern können.[23]

Auch das Grubenunglück in Borken[24] liefert ein Beispiel für einen Verfügbarkeitsfehler, nämlich der Unterschätzung des Explosionsrisikos von nassem Kohlenstaub. Die Explosion wurde nicht verhindert, weil das darüber existierende Aktenwissen vor der Explosion nicht recherchiert wurde und erst nach Abschluss des Strafverfahrens in einer Akte des Oberbergamts bei dessen Auflösung durch Zufall entdeckt wurde. Dem Verfügbarkeitsfehler unterlagen sogar die Sachverständigen im Strafverfahren.

Am 21.9.2001 kam es zu einer Explosion von Ammoniumnitrat in einer Düngemittelfabrik in Toulouse mit 21 Toten und 10 000 Verletzten. Auf den Tag genau vor 80 Jahren war Ammoniumnitrat in Ludwigshafen/Oppau in der Stickstofffabrik mit 561 Toten explodiert. Seitdem wurden in Deutschland bei der Lagerung Mengengrenzen für Ammoniumnitrat eingeführt und in der Gefahrstoffverordnung geregelt. Das gleiche Explosionsrisiko war seit 80 Jahren in Deutschland bekannt und wurde offenbar in Frankreich unterschätzt. Die Erfahrungen von Oppau wurden in Frankreich ganz offensichtlich ignoriert. Sie waren nicht verfügbar.

Diese Beispielsfälle zu den Verfügbarkeitsfehlern zeigen, dass bei der Risikoanalyse zu empfehlen ist, nach Risiken in Datenbanken zu recherchieren, sich nicht auf das menschliche Gedächtnis zu verlassen, insbesondere nicht auf die Anzahl der erinnerten Beispielsfälle und die Leichtigkeit ihrer Verfügbarkeit, sondern möglichst große Erfahrungsmengen zu untersuchen, insbesondere auch historische und internationale Erfahrungen zu nutzen.[25]

Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich in allen Fällen beobachten, in denen sich Verantwortliche in Unternehmen mit dem Hinweis auf ihre Unkenntnis zu entlasten versuchen, und die Rechtsprechung seit dem Kutscher-Urteil des Reichsgerichts von 1911 bis heute regelmäßig mit der Informationspflicht der verantwortlichen Manager reagiert.[26] In allen Fällen wurden Risiken geschätzt und nicht recherchiert. Erst nach dem Schadenseintritt wurde im Gerichtsverfahren nachgewiesen, dass die Risiken im Zeitpunkt der Entscheidung vorhersehbar und vermeidbar waren. Wenn im Schadensfall hinterher die Risiken im Entscheidungszeitpunkt ex post genau recherchiert und nicht geschätzt werden, empfiehlt es sich, schon im Zeitpunkt der Entscheidung, die Risiken zu recherchieren und zu dokumentieren, um in einem späteren eventuellen Schadensfall den Vorwurf durch Beweise widerlegen zu können, dass der tatsächliche Schadensverlauf damals nicht vorhersehbar und vermeidbar war. Es empfiehlt sich schon im Zeitpunkt der Entscheidung die Häufigkeit von Schadensfällen nicht aus dem beschränkten menschlichen Gedächtnis abzurufen, sondern stattdessen Datenbanken als digitale Gedächtnisse zu nutzen.

Das BVerfG verpflichtet auch den Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen, sämtliche Erkenntnisquellen erschöpfend zu nutzen.[27] Die Pflicht zur Risikoanalyse besteht darin, von der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge als auch von unternehmensinternen und unternehmensexternen Erfahrungen Schlüsse auf drohende Schäden zu ziehen.[28]

Die bisherige ständige Rechtsprechung verpflichtet die Organe von Unternehmen zur Informationsbeschaffung für die Risikoanalyse. Die Entscheidungstheorie liefert dazu den typisierten Entscheidungsfehler. Der Verfügbarkeitsfehler zeigt die Fehlerquelle. Seine Beschreibung hilft den Compliance-Verantwortlichen, den Fehler zu vermeiden, insbesondere durch die Anordnung, die Risikoanalyse und die Häufigkeit von drohenden Schadensereignissen nicht allein auf das menschliche Gedächtnis und die Leichtigkeit des Abrufs zu stützen und die Häufigkeit eines Schadensereignisses zu schätzen, sondern elektronische Medien als digitale Gedächtnisse und Speicher einzusetzen, darin zu recherchieren und nicht nur die Erfahrungen des eigenen Unternehmens, sondern die von möglichst vielen Unternehmen, einschließlich aller historischen und internationalen Erfahrungen zu nutzen.

Im Strafrecht gilt der zum Allgemeingut gehörende Grundsatz, „Unkenntnis schützt nicht vor Strafe". Nach § 17 StGB sind Verbotsirrtümer zu vermeiden, indem der Normadressat Rechtsrat einholt und sein Gewissen anspannt.[29] Nach dem Ision-Urteil des BGH haben Organe eines Unternehmens bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsrat einzuholen und ihn einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen[30].

---

23 *Rack*, CB 2003, 6 f.

24 FAZ vom 8.7.2010, Nr. 155, S. 57 zum Grubenunglück von Stoltzenbach/Borken.

25 *Bannenberg*, Compliance: Aufbau-Management-Risikobereiche, 2013, S. 474.

26 *Rack*, Informationsmanagement als Organisationspflicht, CB 2013, 58.

27 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 299, 333, BB 1979, 398 (Mitbestimmungsurteil).

28 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17, (1955) 214 (Bleiwaggon-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil); BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 (ISION-Urteil); OLG Düsseldorf, 9. 12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung).

29 BGH, 18.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 204.

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

Die Entscheidungen von Gesetzgebern und Gerichten legen Rechtspflichten fest, die der Risikoabwehr dienen. Jede Rechtpflicht hat ihren Grund in der Annahme eines Risikos. Wo eine Rechtspflicht ist, ist auch ein Risiko. Jeder Normadressat muss den Verfügbarkeitsfehler bei rechtserheblichen Entscheidungen vermeiden. Er kann sich auf keinen Fall mit der Unkenntnis rechtserheblicher Informationen entlasten.

VII. Die Überschätzung von Risiken durch den Verfügbarkeitsfehler

Überschätzt werden Risiken nach dem Muster der Affektheuristik. Die Leichtigkeit, mit der Vorstellungen von Risiken einfallen, sind untrennbar mit emotionalen Reaktionen auf diese Risiken verbunden. Vorstellungen, die das Gefühl der Furcht auslösen, fallen besonders leicht. Entscheidungen über Risiken werden von Emotionen beeinflusst. Die schwierige Frage nach vorteilhaften oder nachteiligen Folgen einer Entscheidung wird ersetzt durch die Frage, wie man sich bei der Entscheidung fühlt. Bei einer emotional positiven Einstellung wird einer neuen Technologie ein hoher Nutzen zugeschrieben. Wird sie emotional abgelehnt, fallen den Entscheidungsträgern nur Nachteile und wenig Vorteile ein.

Als Beispiel überschätzter Risiken bietet sich die Gentechnologie an. Es handelt sich um eine emotional negativ besetzte Technologie. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 24.11.2010[31] entschieden, dass jeder Verwender gentechnisch veränderter Produkte alle Beeinträchtigungen von Interessen Dritter unabhängig davon tragen muss, ob damit Gefährdungen verbunden sind. Das Gericht weicht damit von dem Grundsatz ab, dass ein Handeln eines Unternehmens solange erlaubt ist, wie seine Schädlichkeit nicht dargetan ist.[32] Das BVerfG begründet die Einschränkungen zu Lasten der Verwender gentechnisch veränderter Organismen mit einem „Basisrisiko"[33] und befreit den Gesetzgeber davon, einen wissenschaftlich-empirischen Nachweis über das reale Gefährdungspotential der gentechnisch veränderten Organismen und ihrer Nachkommen zu führen.[34] Das BVerfG weicht damit von seiner Rechtsprechung zum „Restrisiko" seit dem Kalkar Beschluss ab[35], wonach Restrisiken zu tragen sind. Das BVerfG begründet die Belastung der Verwender gentechnisch veränderter Organismen mit eventuellen Schäden damit, dass eine wissenschaftlich ungeklärte Situation herrsche und ignoriert dabei die praktischen weltweiten schadensfreien Erfahrungen mit dem Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen. Auf 11 % der globalen Ackerfläche wurden im Jahr 2010 gentechnisch veränderte Pflanzen angebaut.[36] Jahrzehntelange Forschung und der praktizierte Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen kommen zum Ergebnis, dass kein Nachweis realer Gefährdungspotentiale durch gentechnisch veränderter Organismen vorliegt.[37] Entscheidungstechnisch werden Risiken aus emotionalen Gründen nach dem Konzept der Affektheuristik überschätzt und auf den Nachweis von Erfahrungen verzichtet. Es handelt sich um ein Beispiel eines Verfügbarkeitsfehlers durch Überschätzung von Risiken ohne Recherchen über tatsächliche Schäden durch gentechnisch veränderte Organismen, insbesondere um einen Fall von Affekt-Heuristik.

VIII. Fazit

Anstelle eines geordneten nachvollziehbaren Entscheidungsverfahrens wählen Entscheidungsträger mentale Abkürzungen. Im Alltagsgebrauch können sie nützlich sein, weil sie aufwendige Entscheidungsverfahren ersetzen können, allerdings mit dem Risiko, dass sich Entscheidungsfehler einschleichen und im Ergebnis Risiken unterschätzt oder überschätzt werden, Rechtspflichten verkannt und dadurch Schäden entstehen, die die Unternehmen belasten. Durch die Typisierung der Entscheidungsfehler lassen sie sich erkennen und durch organisatorische Maßnahmen vermeiden. Die Häufigkeit von Schadensereignissen muss nicht mehr geschätzt werden, sondern lässt sich quantitativ ermitteln. Der Einsatz moderner Datenbanktechnik hilft dabei, große Erfahrungsschätze mit vertretbarem Aufwand effektiv auszuwerten.

AUTOR

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

Inhaltsverzeichnis: Die Annahme von Risiken in Unternehmen bestimmt die Ermittlung von Rechtspflichten, die der Risikoabwehr dienen. Rechtspflichten werden verkannt und übersehen, wenn Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Die Annahme eines Risikos als Schadensprognose beruht auf der menschlichen Vorstellung über die Häufigkeit und damit die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Die Verfügbarkeit von Informationen bestimmt darüber, ob Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich durch die Organisation der Beschaffung und Auswertung von Informationen vermeiden. Die Rechtsprechung gibt Informationsbeschaffungspflichten zur Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers vor.

31 BVerfG, 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1.
32 *Kluth*, Verfassungs(prozess)rechtliche Anforderungen an die Klärung naturwissenschaftlicher Streitstände am Beispiel der grünen Gentechnik, Gutachten 2012, Rechtsgutachten zur GentG-Entscheidung des BVerfG, S. 24.
33 BVerfG 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, Rn. 142.
34 *Kluth* (Fn. 32), S. 58.
35 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (Kalkar-Beschluss).
36 *Kluth* (Fn. 32), S. 62.
37 *Kluth* (Fn. 32), S. 63 f.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

8 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

5.8.2014 | 2.Jg
Seiten 265–308

EDITORIAL

Hartmut T. Renz, RA, und **Dr. Martin Weger**, RA
Das Gesetz zur Bekämpfung von Steuerstraftaten im Bankenbereich | I

CORPORATE COMPLIANCE

Prof. Dr. Martin Schulz, LL.M. (Yale), und **Dipl.-Verwaltungswirt Thomas Muth**
Erfolgsfaktor Compliance-Kultur | 265

Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR
Länderreport USA: Der Foreign Corrupt Practices Act | 272

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
CB-Test: Die rechtlichen Voraussetzungen für ein Compliance-Management-System | 279

Anke Egelhof
Arbeitsschutz in der Verwaltung – was muss der Vorgesetzte wissen? | 291

COMPLIANCE MANAGEMENT

Brigitte Jordan
Step-by-step: Wie verankere ich das Bundesdatenschutzgesetz praxisnah und zum Vorteil des Unternehmens? | 293

HAFTUNG UND AUFSICHT

Jochen Kindermann, RA, und **Johannes Bast**
Die Bußgeldpraxis der BaFin | 298

BAG: Wirksamkeit einer ordentlichen Verdachtskündigung – Heimliche Videoüberwachung am Arbeitsplatz
von **Dr. Axel von Walter**, RA | 302

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Die rechtlichen Voraussetzungen für ein Compliance-Management-System

Eine gesetzliche systematische Regelung zu den Voraussetzungen eines Compliance-Management-Systems fehlt. Deshalb kommen immer wieder Zweifelsfragen auf, welche Bedingungen ein Compliance-Management-System erfüllen muss, um den Vorwurf des Organisationsverschuldens zu vermeiden.

I. Die Legalitätspflicht als Organisationsproblem im Unternehmen

Legales Verhalten ist schon für Einzelpersonen wegen der Vielzahl der Rechtsvorschriften, der unbestimmten Rechtsbegriffe und der schwer fassbaren Rechtsrisiken ein alltägliches Problem. Es verstärkt sich in Unternehmen. Es gibt mehr Risiken durch die Vielfalt der unternehmerischen Aktivitäten, ein höheres Schadenspotential, mehr Verantwortliche, die als Verursacher von Schäden in Frage kommen. Allein wegen ihrer Größe und ihrer Unübersichtlichkeit stellen Unternehmen eine eigene Gefahrenquelle dar.[1] Dadurch wird das Pflichtenmanagement eines Unternehmens zum Organisationsrisiko, das durch Organisationspflichten abzuwenden ist. Ein hoher Organisationsaufwand wird verursacht. Die Geschäftsleiter haften auch für das Verhalten ihrer nachgeordneten Mitarbeiter. Deren legales Verhalten im Unternehmen müssen sie organisieren.

II. Die Anordnung einer Unternehmensorganisation

1. Die Anordnung nach den Vorgaben der Gesetzgeber

Vorstände und Geschäftsführer haben als Organe die Pflicht zur Anordnung einer Unternehmensorganisation. Die Anordnung ist unverzichtbar. Unternehmen haben als juristische Personen zwar Rechte und Pflichten, die sie selbst jedoch nicht wahrnehmen und erfüllen können. Sie sind weder handlungsfähig noch schuldfähig und deshalb auf ihre Mitarbeiter angewiesen. Legales Verhalten im Unternehmen muss deshalb organisiert werden. Ein Unternehmen organisiert sich nicht von selbst, wie etwa ein Bienenvolk aus genetischen Vorgaben.[2] Es gibt auch keine Freiwilligen. Mangels einer systematischen gesetzlichen Einheitsregelung der Unternehmensorganisation kommen als Rechtsgrundlagen für Organisationspflichten erstens gesetzliche Einzelregelungen, zweitens die höchstrichterliche Rechtsprechung und drittens untergesetzliche Regelwerke zur Selbstregulierung in Frage. Die Einhaltung oder der Verstoß gegen untergesetzliche Organisationsregeln sind Indizien für die Einhaltung oder den Verstoß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von Geschäftsleitern bei ihrer vertraglichen Pflicht, ihr Unternehmen zu organisieren.[3] Die Organisationspflichten werden im Folgenden in der Reihenfolge vorgestellt, in der sie im Unternehmen erfüllt werden müssen, um Verstöße gegen Rechtspflichten und dadurch verursachte Schäden an geschützten Rechtsgütern zu vermeiden.

Der Gesetzgeber schreibt in einer Vielzahl von Rechtsvorschriften die Einführung eines Managementsystems vor, insbesondere bei Unternehmen mit hohen Risiken. Managementsysteme werden gesetzlich bspw. im Bereich des Lebensmittelrechts, des Produktrechts, des Aktienrechts, des Arzneimittelrechts, des Bankrechts, des Umweltrechts sowie für Flughäfen vorgeschrieben. Ein Großteil der Vorschriften sind Rechtsvorschriften der EU. In 28 Rechtsnormen wird die Anordnung eines Managementsystems bestimmt, wobei kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird:

1) HACCP-Grundsätze (Gefahrenanalyse und Überwachung kritischer Kontrollpunkte in der Lebensmittelproduktion, z. B. Art. 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 gem. Art. 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 gem. § 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, zusammen mit dem präzisierenden Rundschreiben zur Mindestanforderung an das Risikomanagement-MaRisk-Rundschreiben 10/2012 (BA) vom 14.12.2012.
8) Qualitätsmanagementsystem zur Einhaltung der guten Herstellungspraxis für Arzneimittelhersteller nach § 3 Arzneimittel- und Wirkstoffverordnung.

1 BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).

2 *Nölke*, Von Bienen und Leitwölfen: Strategien der Natur im Business nutzen, 2008, S. 117.

3 *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 411.

9) Qualitätssicherungssystem für Arzneimittelhersteller gem. Art. 6 der Richtlinie 2003/94/EG.
10) Managementsystem zum sicheren Betrieb einer Rohrfernleitungsanlage gem. § 4 Rohrfernleitungsverordnung.
11) Managementsystem für die Konformitätsbewertung energieintensiver Produkte gem. 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 Art. 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) Die Pflicht zur Anordnung von Aufsichtsmaßnahmen nach § 130 OWiG, um Zuwiderhandlungen zu verhindern oder zu erschweren.
28) Nach § 52a Abs. 2 BImSchG ist der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage verpflichtet, der Überwachungsbehörde die Betriebsorganisation mitzuteilen, mit deren Hilfe die Einhaltung der Vorschriften zum Schutze der Umwelt sichergestellt wird. Die Geschäftsleitung wird durch diese Vorschrift gezwungen, ihr Organisationsermessen bewusst auszuüben und in eigener Verantwortung die umweltstrafrechtlichen Ziele zu verfolgen.[4]

2. Die Anordnung einer Unternehmensorganisation nach der Rechtsprechung

Neben den Vorgaben der Gesetzgeber haben Reichsgericht und Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine Unternehmensorganisation

- erstens angeordnet,
- zweitens angewendet,
- drittens nachgewiesen und
- viertens ständig verbessert werden muss.[5]

Alle vier Voraussetzungen müssen vorliegen. Es reicht z. B. nicht aus, Organisationsregeln nur anzuordnen, sie aber nicht in der Unternehmenspraxis anzuwenden. Wer die Anwendung der angeordneten Organisationsregeln im Zeitpunkt des Schadensereignisses nicht nachweisen kann, hat seine Organisationspflicht verletzt. Organisationsregeln müssen nicht nur fixiert, sondern auch praktiziert werden.[6]

In seinem Urteil vom 10.12.2013 hat das Landgericht München I den früheren Finanzvorstand der Siemens AG zu 15 Mio. Euro Schadensersatz mit der Begründung verurteilt, die Einrichtung eines effizienten Compliance-Systems und die Überprüfung der Wirksamkeit unterlassen zu haben.[7] Dieses Urteil reiht sich ein in die Fälle der zitierten Rechtsprechung seit 1911, in denen Geschäftsleiter keine Aufsichtsorganisation angeordnet, angewendet, nachgewiesen und ständig verbessert haben. Entwickelt wurde die Pflicht zur Anordnung einer Aufsichtsorganisation durch die Rechtsprechung zu §§ 831, 823 BGB. Der Art nach handelt es sich um Verkehrssicherungspflichten, die jeder zu erfüllen hat, der eine Risikoquelle verursacht, beherrscht und von ihr profitiert. Rückwirkend und im Nachhinein legen Gerichte für einen Schadensverlauf fest, was der Verantwortliche noch vor dem Schadenseintritt als Organisationspflicht zur Abwehr des Organisationsrisikos hätte veranlassen müssen.[8]

3. Die Pflicht zur Unternehmensorganisation nach untergesetzlichen Regelungen mit Indizfunktion

Inhaltlich konkretisierte Pflichten zur Unterhaltung einer Unternehmensorganisation ergeben sich schließlich aus untergesetzlichen Regelwerken sowie freiwilligen Selbstregulierungsverpflichtungen. Beispielhaft lassen sich folgende Systeme nennen.

---

4 *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 521.

5 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914, 759 (Warenhaus-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 (Kfz-Zulieferer-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, (Kfz-Werkstatt-Urteil); zuletzt: LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Beck RS 2014, 17.

6 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW (1968), 247 ff. (Schubstreben-Fall); VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand).

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

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

- DIN EN ISO 14001:2005-06, die Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 v. 25.11.2003 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschluss der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (EMAS),
- OHSAS 18001:2007,
- DIN EN ISO 50001:2011-12, Leitfaden für Arbeitsschutz Managementsysteme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, der obersten Arbeitsschutzbehörden der Bundesländer, der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung und der Sozialpartner vom 25.11.2002 (BArbBl. 01/2003 S. 101),
- DIN EN ISO 9001:2008-12.

Die Grundstrukturen der Management- und der Zertifizierungssysteme in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten gleichen sich. 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 zwar freiwillige Selbstregulierungen außerhalb eines Gesetzgebungsverfahrens und gelten deshalb als untergesetzliche und deshalb nicht unmittelbar verbindliche Regelwerke. Mit ihnen werden jedoch Maßstäbe für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gem. § 276 BGB definiert. Vorstände und Geschäftsführer haben Pflichten, ein Unternehmen zu leiten und bei der Organisation die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einzuhalten. Diese Sorgfaltsmaßstäbe gelten in vertraglichen Beziehungen, insbesondere auch für Geschäftsleiter bei ihrer Pflicht zur Betriebsorganisation. Gerade weil sich der Gesetzgeber bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Organisationspflichten zurückhält und die Rechtsprechung im Nachhinein Organisationspflichten in Einzelfällen zur Begründung von Schadensersatzansprüchen formuliert, kommt den untergesetzlichen Regelwerken eine erhebliche Bedeutung als musterhafte Organisationsregeln zu. Es stellt sich die Frage ihrer rechtlichen Verbindlichkeit.

Beim Aufstellen von DIN-Normen werden Normsetzungswünsche der Regierung unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses behandelt.[9] Im Verzinkungsspray-Fall[10] hat der BGH zwar untergesetzliche Sondernormen als Konkretisierung von Sorgfaltspflichten herangezogen. Es kommt letztlich jedoch auf die selbstständige Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit in der gerichtlichen Überprüfung an.[11] Ein Verstoß gegen eine untergesetzliche Verkehrsnorm hat nur eine Indizfunktion für das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung.

Im Strafrecht wird die faktische Normsetzungskompetenz von Privaten als Selbstnormierung kritisiert. Dort ist man der Ansicht, dass diese den verfassungsmäßigen Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleiben sollte. Im öffentlichen Recht dagegen nimmt die Selbstregulierung zu und wird akzeptiert, da der Gesetzgeber zur Regelung von konkreten Risiken im Unternehmen immer weniger in der Lage ist, weil ihm das überlegene Wissen und die Erfahrung zur Risikoerfassung fehlt.[12] Die Indizwirkung für die Bestimmung der Sorgfaltswidrigkeit hilft bei der Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflichten, insbesondere auch bei der Pflicht zur Organisation eines Unternehmens. Die Verkehrsnormen geben das Expertenwissen der jeweiligen Verkehrskreise als „gewonnene Erfahrungen" wieder.[13]

Misst man ihnen mit der herrschenden Meinung nur Indizwirkung bei, können Richter von den Verkehrsnormen abweichen, müssen aber diese Abweichung darlegen und im Rahmen der Sorgfaltspflichtbestimmung den eigenen Erkenntnisstand über das Erfahrungswissen offen legen.

In der Regel lässt sich die Auffassung von der Indizwirkung untergesetzlicher Regelwerke auf die Konkretisierung von Organisationspflichten anwenden.[14]

4. Unternehmen ohne Anordnung einer Organisation

Folgeerwägungen rechtfertigen schließlich die Pflicht zur Anordnung einer Organisation im Unternehmen. Ohne Anordnung müssen die Organe eines Unternehmens mit dem typischen Entscheidungsfehler des „Omission-bias" rechnen. Im Zweifel bleiben die Verantwortlichen im Unternehmen untätig. Schon deshalb kann nicht mit der Selbstorganisation im Unternehmen ohne Anordnung gerechnet werden. Das Unterlassen der Anordnung einer Organisation gilt unbestritten als der häufigste Fehler des Organisationsverschuldens. Die deskriptive Entscheidungstheorie hat den Ommission-bias als Fehlverhalten erkannt und beschrieben.

III. Die gesetzliche Pflicht zur Risikoanalyse

Die Pflicht zur Anordnung und Anwendung einer Aufsichtsorganisation in Unternehmen enthält noch keine inhaltlichen Vorgaben über die Ausgestaltung eines Risikomanagementsystems. Die Einzelpflichten zur Organisation eines Unternehmens werden deshalb allzu leicht verkannt. Aus der Zurückhaltung des Gesetzgebers kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Rechtsordnung keine konkreten Organisationspflichten kennt. Im Folgenden sollen deshalb die Organisationspflichten so konkret wie möglich aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und untergesetzlichen Regelwerken zusammengeführt werden.

Die Pflicht zur Risikoanalyse ist in § 91 Abs. 2 AktG gesetzlich geregelt. Danach ist der Vorstand zur Risikofrüherkennung verpflichtet. Diese Gesetzeslage wird in 4.1.4 des Deutschen Corporate Governance Kodex dargestellt. Der Vorstand hat für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling im Unternehmen zu sorgen. Eine weitere gesetzliche Regelung findet sich in § 25a KWG. Danach ist der Geschäftsleiter zu einem angemessenen und wirksamen Risikomanagement verpflichtet.

Aus insgesamt 13 000 Normen ergeben sich 294 gesetzlich konkret geregelte Pflichten zur Risikoanalyse.[15]

1. Die Organisationspflichten zur Risikoanalyse nach der Rechtsprechung

Risiken sind als Schadensprognosen zu verstehen und sind durch Rechtspflichten abzuwenden. Jede Rechtspflicht hat den Zweck, ein Risiko präventiv zu vermeiden, damit kein Schaden eintritt. Legales Verhalten setzt die Kenntnis der Rechtspflichten voraus. Wenn Rechtspflichten der Abwehr von Risiken dienen, ist die Risikoanalyse als Vorfrage zu klären. Wer kein Risiko annimmt, hat auch keinen Anlass, eine Rechtspflicht zu ermitteln. Dies gilt sowohl für

9 *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 411.
10 BGH, 7.10.1986 – VI ZR 187/85, BB 1986, 2368, NJW 1987, 372 (Verzinkungsspray-Fall).
11 *Palandt*, BGB, § 276 BGB, 73. Aufl. 2014, Anm. 18.
12 *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 413.
13 *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 421.
14 *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 428, 429, 427.
15 Im Managementsystem „Recht im Betrieb" ist eine eigene Kategorie von 294 Pflichten zum Risikomanagement gebildet.

Verkehrssicherungspflichten, bei denen der Verpflichtete als Inhaber der Risikoquelle das Risiko erfassen und abwenden muss. Das Gleiche gilt aber auch für Risikoanalysen, die der Ermittlung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht vorgehen müssen. Bei der Rechtsprechung zu Verkehrssicherungspflichten ergeben sich aus Einzelfallentscheidungen konkrete Pflichten zur Risikoanalyse. Jeder der im Folgenden aufgelisteten Pflichten zur Risikoanalyse liegt eine Einzelfallentscheidung zu Grunde. Würde sich der gleiche Fall wiederholen und das schon einmal entschiedene Risiko nicht abgewendet, würde die Verkehrssicherungspflicht und die Haftung für ihre Verletzung mit dem entschiedenen Fall der Rechtsprechung begründet. Sollen Wiederholungsfälle vermieden werden, sind die Pflichten zur Risikoanalyse und zur Risikoabwehr aus der Rechtsprechung zu beachten.

Fünfzehn unterscheidbare Verkehrssicherungspflichten lassen sich unterscheiden, deren Verletzung die Haftung wegen Organisationsverschuldens nach sich ziehen kann.

- *Erstens* sind Vorstände danach verpflichtet, sich aktiv Informationen über Risikofaktoren durch Meldesysteme selbst zu beschaffen, auch bei latenten und nicht offensichtlichen Risikofaktoren, die auf Grund von Erfahrung auf drohende Schäden schließen lassen.[16]
- *Zweitens* sind alle Risiken und Gefahrenquellen im Unternehmen zu erfassen, und zwar unverzüglich, sobald ein Indiz auf einen drohenden Schadensverlauf schließen lässt.[17]
- *Drittens* sind die Betriebsgröße und die Unübersichtlichkeit eines Unternehmens als besonderes Risiko zu erfassen.[18]
- *Viertens* sind immer alle Erfahrungen heranzuziehen, die eine Schadensprognose rechtfertigen.[19]
- *Fünftens* kann für die Annahme von Risiken auf die allgemeine Lebenserfahrung als Erkenntnisquelle zurückgegriffen werden. Alle Erfahrungen aus dem regelmäßigen und gewöhnlichen Verlauf der Dinge sind heranzuziehen.[20]
- *Sechstens* müssen die Größe eines Betriebes und der Massenverkehr an sich als Risiko gelten.[21]
- *Siebtens* sind Risiken bei drohenden Schäden auch für immaterielle Rechtsgüter, wie Reputation, Image und Kreditwürdigkeit zu berücksichtigen.[22]
- *Achtens* ist mit dem Risiko kriminellen Fehlverhaltens in Großbetrieben auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung immer zu rechnen.[23]
- *Neuntens* sind zur Risikoanalyse Gebrauchsanweisungen auf Hinweise zu denkbaren Schadensverläufen zu berücksichtigen.[24]
- *Zehntens* sind die Erfahrungen aus Herstellerhinweisen zu berücksichtigen.[25]
- *Elftens* sind bei fehlenden Fachkenntnissen externe Experten zur Ermittlung aller Erfahrungen heranzuziehen, wenn Fachkenntnisse und fachliche Erfahrungen fehlen.[26]
- *Zwölftens* setzt die Risikofrüherkennungspflicht nicht erst dann ein, wenn Missstände bekannt sind und öffentlich erörtert werden.[27] Auch bei latenten, nicht offensichtlichen und versteckten Risikofaktoren besteht die Pflicht zur Risikofrüherkennung.[28]
- *Dreizehntens* ist bei der Risikoanalyse nach der Merck-Entscheidung des OLG Frankfurt[29] zu beachten, dass Prognosen als Mittel zur Selbstkontrolle und nicht zur Wahrheitsfindung zu verstehen sind. Prognosen sind danach zu beurteilen, ob die Erwartungen an den tatsächlichen Erfahrungen gescheitert sind und nicht bestätigt wurden. Dann wäre die Prognose falsifiziert und würde ihre Geltung verlieren. Mit einem widerlegten Erfahrungssatz kann keine Prognose begründet werden.
- *Vierzehntens* lässt sich aus der IKB-Entscheidung[30] zur Konkretisierung der Risikoanalysepflicht entnehmen, dass ein Geschäftsleiter einer Bank zur eigenen Risikoanalyse verpflichtet ist und sich nicht auf Bewertungen aus zweiter Hand beschränken und insbesondere nicht die Bewertungen von Rating-Agenturen blind übernehmen darf. Außerdem hat er Warnungen zu berücksichtigen, die konkurrierende Prognosen zum Ausdruck bringen und dass konkurrierende Prognosen einem Auswahlverfahren zu unterziehen sind, um die Geltung der jeweiligen Prognose zu ermitteln. Das angemessene Verfahren ist die Falsifikation, nämlich die Erwartungen an künftige Geschehensabläufe möglichst zeitnah an den tatsächlichen beobachteten Geschehensabläufen zu messen. Die Pflicht zur Risikoanalyse umfasst die Pflicht zur eigenen Informationsbeschaffung und die Pflicht, alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen und sich eine eigene Meinung z. B. über Risiken von Banken wie Ausfallrisiken, Qualitätsrisiken, Marktrisiken und Klumpenrisiken zu bilden. Die Risikoanalyse umfasst die Frage, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar ist und zwar im Zeitpunkt der Entscheidung, noch bevor ein Schaden eingetreten ist. Die Fälle mit latentem Risiko[31] zeigen deutlich, dass ein Risiko nicht erkennbar, sondern nur denkbar

16 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); seitdem gilt die Informationsbeschaffungspflicht als ständige Rechtsprechung.
17 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil).
18 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).
19 BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil).
20 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).
21 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).
22 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
23 Seit BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil), und BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).
24 BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).
25 BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).
26 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil); In den Fußnoten 17, 20, 21, 22, 23, 25, 27 zitierten Fällen wurde über ein latentes Risiko entschieden, und ohne erkennbares äußeres Indiz auf einen drohenden Schaden geschlossen. In den Fußnoten 18, 19, 24, 26, 28, 29 zitierten Fällen wurde über ein Risiko mit erkennbaren Indizien entschieden, die ein Schluss auf einen drohenden Schaden zuließen.
27 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil).
28 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, (Kfz-Werkstatt-Urteil).
29 OLG Frankfurt, 24.11.2009 – WpÜG 11, 12/09, BB 2010, 111, NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung).
30 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB).
31 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, 30.5.1978 – VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).

ist. Risiken kann man nicht erkennen, vielmehr muss man sie sich denken. Bei latenten Risikofaktoren ist v. a. die Risikofantasie gefragt und die Erfahrung über schon bekannte Schadensverläufe. Risiken sind keine Fakten, sondern Fiktionen.[32] Die Annahme eines Risikos ist danach nicht das Ergebnis eines Erkenntnisverfahrens, sondern eines Entscheidungsverfahrens, wobei mehrere Möglichkeiten eines Schadensverlaufs alternativ angenommen werden müssen und die Wahl zwischen einer der Alternativen im Wege einer Entscheidung zu treffen ist und schließlich als Risiko angenommen werden muss.

- Die IKB-Entscheidung verweist auch darauf, bei der Risikoanalyse Rechtsrisiken als Ausfallrisiken mit zu berücksichtigen. Schwache Sicherheiten von verbrieften Forderungen können zum Ausfall führen. Liegen zu Prognosen keine Erfahrungssätze vor, was z. B. immer bei Produktinnovationen der Fall ist, sind die zu Grunde liegenden Prognosen zeitnah Widerlegungsversuchen auszusetzen, um sich so früh wie möglich Klarheit darüber zu verschaffen, ob ein Erfahrungssatz gilt oder ob er widerlegt ist und die entsprechende Prognose korrigiert werden muss. Die hypothekenbesicherten Wertpapiere galten als Finanzinnovationen, zu deren Ausfallrisiken es keine Erfahrungen gab.
- *Fünfzehntens*, hat der BGH in seinem ISION-Urteil zur Erfassung von Rechtsrisiken die Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern bei fehlender eigener Rechtskenntnis konkretisiert. Vorstandsmitglieder müssen für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn sie bei ihrer Entscheidung schuldhaft gehandelt haben. Ein Schuldner trifft grundsätzlich das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.[33] Vorstände sind verpflichtet, grundsätzlich bei fehlender eigener Sachkunde Expertenrat einzuholen.[34] Zur Vermeidung eines verschuldeten Rechtsirrtums muss ein Vorstand erstens die Rechtslage sorgfältig prüfen, zweitens soweit erforderlich, Rechtsrat einholen, drittens die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten, viertens den Sachverhalt und die erforderlichen Unterlagen offenlegen, fünftens sich von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Rechtsanwalt beraten lassen und sechstens die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen persönlichen Plausibilitätskontrolle unterziehen.[35]

2. Unternehmen ohne Risikoanalyse

Die Pflicht zur Risikoanalyse lässt sich durch Folgeerwägungen rechtfertigen. Wer kein Risiko annimmt, hat auch keinen Grund, Rechtspflichten zur Risikoabwehr als Verkehrssicherungspflichten zu formulieren. Ohne Schadensprognosen verzichtet ein Unternehmen auf präventive Schadensabwehr. Prognosen lassen sich nur mit geltenden Erfahrungssätzen begründen, die nicht falsifiziert sind. Um ihre fortlaufende Geltung zu kontrollieren, müssen die Erwartungen aus den Prognosen ständig an dem tatsächlichen Geschehensverlauf verglichen werden. Bestätigt sich eine Erwartung nicht, müssen Prognosen unverzüglich korrigiert werden. Praktiziert wird diese Methode der Erfolgskontrolle von Prognosen im Lagebericht, zu dem Unternehmen nach § 289 Abs. 1 S. 4 HGB verpflichtet sind. Beim Risikomanagement ist der Confirmation-bias zu vermeiden, nämlich der erfolglose Versuch, Prognosen zu beweisen, statt sie zu widerlegen.[36]

3. Die Organisationspflicht zur Informationsbeschaffung und zur Meldung über Risikofaktoren

Seit 1911 verlangt die Rechtsprechung, dass sich Vorstände und Geschäftsführer über die Risikolage im Unternehmen informieren lassen müssen. Insbesondere müssen sie sich Risikofaktoren melden lassen, die als Indizien heranzuziehen sind, um auf einen drohenden Schaden zu schließen. Gemeldet werden müssen an den Vorstand besondere Vorkommnisse, Abweichungen vom Normalbetrieb und Änderungen von Sachverhalten im Unternehmen, die ein Schadensrisiko bergen können. In aller Regel wird der Vorwurf des Organisationsverschuldens gegenüber Vorständen und Geschäftsführern erhoben. Der Schaden wurde jedoch durch Mitarbeiter unterer Hierarchiestufen verursacht. Im Nachhinein wird von Gerichten formuliert, durch welche organisatorischen Maßnahmen der Schaden hätte verhindert werden können. Grundsätzlich besteht jedoch eine Informationslücke über Risiken zwischen Vorständen und ihren Mitarbeitern. Vorstände versuchen sich dann mit dem Hinweis auf ihre Unkenntnis über die Risikolage zu entlasten. Diese Entlastungsversuche scheitern immer wieder am gleichen Argument der Rechtsprechung, der Vorstand habe sich informieren lassen müssen und sich die Informationen hätte beschaffen können.[37] Erfüllen kann der Vorstand seine Informationsbeschaffungspflicht durch die Anordnung einer Meldepflicht für sämtliche Mitarbeiter im Unternehmen. Jeder hat in seinem Verantwortungsbereich Risikoanalysen zu betreiben und die Informationen entweder an den Vorstand oder Geschäftsführer oder an dafür bestimmte Personen zu melden. Dabei ist internes und externes Erfahrungswissen heranzuziehen. Lässt sich die Ursache eines Missstands nicht ermitteln und scheitert daran die Formulierung etwa einer Verkehrssicherungspflicht, muss der Vorstand koordinierend eingreifen und Krisenmanagement betreiben.[38] Zur Begründung der Meldepflichten sind die Mitarbeiter auf ihre arbeitsvertraglichen Treuepflichten zur Risikoabwehr hinzuweisen. Danach haben sie Risiken aus dem Betrieb zur Schadensabwehr jederzeit zu melden.[39] Zur Risikoanalyse sind sämtliche Sachverhalte im Unternehmen systematisch und lückenlos zu untersuchen. Dabei darf kein Sachverhalt mit einem potentiellen Risiko übersehen werden. Die lückenlose Risikoanalyse ist anzuordnen. Ergeben sich bei der Risikoanalyse Unternehmenssachverhalte, die sich zu einem Schaden an einem geschützten Rechtsgut, wie bspw. Leben, Gesundheit der Mitarbeiter, Boden, Wasser, Luft, entwickeln können, sind diese

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

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

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

35 BGH, 20.9.2011 – RR 2011, 1670 (ISION-Urteil), Rn. 18.

36 *Rack*, CB 2014, 190.

37 OLG Stuttgart, 29.2.2012 – 20 U 3/11 zur „Sardinien-Äußerung" eines Aufsichtsrats, BeckRS 2012, 05280; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand); RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 12.01.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 (Propagandisten-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil).

38 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil), und BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BB 1990, 1856, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil); *Bock*, Criminal compliance, 2011, S. 618, 619.

39 BGH, 23.2.1989 – IX ZR 236/86, BB 1989, 649; *Fritz/Nolden*, CCZ 2010, 172; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, Rn. 44.

Risiken durch Rechtspflichten abzuwenden. Dazu gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder sind die Rechtspflichten zur Risikoabwehr schon gesetzlich geregelt oder es fehlen solche Regelungen. Dann hat das Unternehmen die Pflicht, selbst Verkehrssicherungspflichten zur Abwehr zu formulieren.[40]

IV. Die Anordnung zur Ermittlung aller gesetzlich geregelten Rechtspflichten

Alle einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen sind lückenlos zu ermitteln. „Unkenntnis schützt nicht vor Strafe" zählt als Grundsatz zum Allgemeingut. Der vermeidbare Verbotsirrtum ist nach § 17 StGB gesetzlich geregelt.

Der BGH hat zuletzt in seinem ISION-Urteil[41] die Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern bei fehlender eigener Rechtskenntnis entschieden. Geschäftsleiter sind danach verpflichtet, grundsätzlich für einen Rechtsirrtum einzustehen, wenn sie dabei schuldhaft gehandelt haben. Geschäftsleiter müssen das Risiko abwenden, die Rechtslage zu verkennen.

Dass alle Rechtsvorschriften im Unternehmen eingehalten werden müssen, gilt als Selbstverständlichkeit. Ausdrücklich formuliert ist dies in den freiwilligen Selbstregelungsvorschriften des Deutschen Corporate Governance Kodex, DCGK Ziff. 4.1.3, wonach der Vorstand auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Konzernunternehmen hinzuwirken hat. Nach DIN ISO 14001 Ziff. 4.3.2 sind die Pflichten im Unternehmen zu ermitteln. Das Gleiche gilt nach EMAS. Gemäß Anhang B.2. „Einhaltung von Rechtsvorschriften", muss die Organisation nachweisen, dass sie „alle" geltenden rechtlichen Verpflichtungen im Umweltbereich ermittelt hat und muss für die Einhaltung der Umweltvorschriften, einschließlich Genehmigungen, sorgen. Im Übrigen muss sie diesen Verpflichtungen dauerhaft nachkommen.

Nach OHSAS 18001:2007 muss die Organisation gemäß 4.3.2 ein Verfahren einführen, verwirklichen und aufrechterhalten, um geltende rechtliche Verpflichtungen und andere Anforderungen, A&G-Anforderungen, zu denen sich die Organisation verpflichtet hat, zu ermitteln und zugänglich zu machen.

Nach DIN EN ISO 5001:2011-12 müssen ebenfalls durch die Organisation die geltenden rechtlichen Vorschriften ermittelt, umgesetzt und zugänglich gehalten werden.

Der Leitfaden zu Arbeitsschutzmanagementsystemen enthält in 2.10 unter dem Titel „Ermittlung von Verpflichtungen" die Pflicht der Organisation, Verfahren einzuführen und aufrecht zu erhalten, um relevante Rechtsvorschriften regelmäßig zu ermitteln und umzusetzen.

Die gleiche Pflicht enthält DIN EN ISO 9001 zur Qualitätssicherung. In 7.2.1 c, sind gesetzliche und behördliche Anforderungen, die auf das Produkt zutreffen, zu ermitteln.

Sämtliche Zertifizierungsvorschriften für Managementsysteme enthalten durchgehend die Pflicht zur Ermittlung der einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen.

V. Die gesetzlich geregelte Organisationspflicht zur Delegation der Rechtspflichten

Nach der Ermittlung aller Risiken und aller Rechtspflichten zu ihrer Abwehr sind die Rechtspflichten auf Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren. Nur durch die Einschaltung ihrer Mitarbeiter können Unternehmen ihre Rechtspflichten erfüllen. Jede Unternehmenspflicht muss an einen verantwortlichen Mitarbeiter und einen Ersatzmann delegiert werden. Ein Unternehmen muss sich deshalb die Frage stellen, ob sämtliche ermittelten Rechtspflichten delegiert sind und ob sich abfragen lässt, welcher Mitarbeiter, welche Pflicht, an welchem Betriebsteil im Unternehmen zu erfüllen hat und ob ein Vertreterplan existiert. Werden Rechtspflichten im Unternehmen nicht delegiert, hat dies zur Folge, dass sie vom Organ, von Vorständen und Geschäftsführern höchstpersönlich zu erfüllen sind. Die Vielzahl der Pflichten macht es den wenigen Vorständen unmöglich, sämtliche Pflichten zu erfüllen. Die Rechtspflichten müssen je nach ihrer Art auf die Mitarbeiter mit den jeweils angemessenen Rollen verteilt werden.

Gesetzlich geregelt sind die Pflichten des Geschäftsherrn beim Delegieren eigener Pflichten auf seine Verrichtungsgehilfen in § 831 BGB, diese nämlich sorgfältig auszuwählen, zu überwachen und für Schäden durch die Angestellten zu haften.

An die Organe sind sämtliche Organisationspflichten, die Informationsbeschaffungspflichten, die Pflichten zur Oberaufsicht und die Eingriffspflichten mit Krisenmanagement zu delegieren. Zu unterscheiden sind delegierbare von nicht delegierbaren Pflichten. Die Organisationspflichten und die Pflichten mit großer Tragweite und ruinösen Wirkungen sowie die Pflicht zur Oberaufsicht sind nicht delegierbar.

Zu unterscheiden sind Mitarbeiter mit Stabsfunktion, die Pflichten zur Beratung, zur Überwachung und zur Information haben und nicht zu Entscheidungen berechtigt sind, von Mitarbeitern mit Linienfunktion, die Entscheidungen im Unternehmen treffen.[42] Die Trennung zwischen Linie und Stab soll Interessenkonflikte vermeiden, in die Geschäftsleiter dann geraten, wenn sie einerseits Gewinn- und Kostenverantwortung tragen, andererseits ihre Legalitätspflicht erfüllen müssen, die präventive Maßnahmen mit Kosten und ohne Ergebniswirkungen erfordern. Für die Trennung zwischen Linie und Stab ist exemplarisch auf § 54 BImSchG zu verweisen, wonach Beauftragte im Unternehmen die Betreiber beraten, die Mitarbeiter über ihre Rechtspflichten informieren und deren Einhaltung überwachen. Beauftragte treffen keine Entscheidungen, wodurch Interessenkonflikte vermieden werden.

1. Die Organisationspflichten zur Delegation nach der Rechtsprechung

Die gesetzliche Regelung in § 831 BGB erwies sich für Industrieunternehmen als unzulänglich. Die Unternehmen wurden so groß, dass deren Vorstände und Geschäftsführer nicht nur ihre Verkehrssicherungspflichten nicht mehr persönlich erfüllen, sondern auch ihrer Pflicht zur Auswahl und zur Aufsicht der Pflichtenträger nicht nachkommen konnten. Die gesetzlichen Delegationsregeln nach

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

41 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960, Rn. 16, 18 (ISION-Urteil); *Wagner*, BB, 2012, 650.

42 Zur unterschiedlichen strafrechtlichen Verantwortung von Mitarbeitern mit Linien- und Stabsfunktion s. Berliner Stadtreinigungs-Fall, BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/09, NJW 2009, 3173 (Berliner Stadtreinigungs-Fall). Das OLG Frankfurt a. M., StV 1987, 492, hatte den Beauftragten als Überwachungsgaranten ohne Entscheidungsbefugnis für nicht strafbar gehalten, auch nicht wegen Beihilfe. Mit dem Berliner-Stadtreinigungs-Fall hat sich die Rechtsprechung insofern geändert. Beauftragte können sich zwar nicht als Täter, jedoch als Gehilfe strafbar machen.

§ 831 BGB wurden weiterentwickelt. Ihrer Art nach sind sie ebenfalls Verkehrssicherungspflichten. Ein Verstoß begründet den Vorwurf des Organisationsverschuldens und die Haftung für einen dadurch verursachten Schaden. Die Organisationspflichten der Rechtsprechung zur Delegation werden im Folgenden chronologisch aufgeführt:

- *Erstens* muss bei Großbetrieben der Unternehmer die Aufsicht über seine Mitarbeiter auf höhere Angestellte übertragen. Nicht delegieren kann er die Oberaufsicht. Er muss allgemeine Aufsichtsanordnungen 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 Aufsichtsanordnung gehört zur Oberaufsicht, die nicht delegationsfähig ist und exklusiv dem Organ vorbehalten bleiben muss.[43] Die Aufsicht muss lückenlos sein und zur Zeit des Schadensereignisses fortdauern. Stichproben reichen nicht aus und gelten seit 1911 als ungeeignete Aufsichtsanordnung.
- *Zweitens* muss das Organ die allgemeine Aufsichtsanordnung selbst kennen, überprüfen, fortlaufend kontrollieren und verbessern sowie sich über das Funktionieren in all seinen Teilen vergewissern. Eine selbstständig waltende Organisation reicht nicht aus.[44]
- *Drittens* muss die Aufsichtsorganisation sich auf den Wirkungskreis der jeweils verantwortlichen Aufsichtsperson beziehen. Nicht delegieren darf das Organ seine Oberaufsicht auf die Aufsichtsperson.[45]
- *Viertens* muss die allgemeine Anordnung 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 Aufklärung eines Risikos nicht ausreichen.[46]
- *Fünftens* müssen die Organe zur Oberaufsicht befähigt sein, um geeignete Anordnungen zu treffen und drohende Schäden abzuwenden. Das Organ muss in der Lage sein, die Risikosituation einzuschätzen.[47]
- *Sechstens* sind die Organe zur gestaffelten Aufsichtspflicht je nach Risikolage verpflichtet. Umfang und Ausmaß der Aufsichtspflichten hängen von den zu kontrollierenden Aufgaben, deren Umfang und Zeitdauer ab. Um nachgeordnete Verrichtungsgehilfen müssen sich Organe nicht persönlich kümmern, sondern können dies ausgewählten Aufsichtspersonen überlassen.[48]
- *Siebtens* müssen Entscheidungen von großer Tragweite für absolut geschützte Rechtsgüter mit ruinöser Wirkung von Führungskräften im Unternehmen den Organen vorgelegt und vorbehalten werden. Organe müssen die Vorlagepflicht anordnen.[49]
- *Achtens* müssen die Kosten zur Vermeidung von Rechtsverletzungen bei der Risikoabwehr unbeachtet bleiben. Sie dürfen nicht in die Interessenabwägung einfließen.[50]
- *Neuntens* hat das Organ mit der Organisationspflicht nicht nur absolut geschützte Rechte nach § 823 BGB wie Leben, Gesundheit, Eigentum und Gewerbebetrieb zu schützen, sondern auch die Rechte aus vertraglichen Vereinbarungen. Die Organisationspflicht zur Legalitätskontrolle umfasst deshalb nicht nur die Vermeidung der Deliktshaftung, sondern auch die der Vertragshaftung.[51]
- *Zehntens* löst ein Großbetrieb mit Massenverkehr die Pflicht zum erhöhten Organisationsaufwand aus und entlastet nicht vom Vorwurf des Organisationsverschuldens.[52]
- *Elftens* besteht eine gesteigerte Aufsichtspflicht, wenn die Aufsichtsperson nicht nach Eignung und Zuverlässigkeit, sondern nach formalen Kriterien ausgewählt wurde.[53]
- *Zwölftens* kann das Organ die Oberaufsicht nicht delegieren und darf Angestellte nicht völlig selbstständig schalten und walten lassen, sondern muss sie im Rahmen der allgemeinen Aufsicht kontrollieren.[54]
- *Dreizehntens* haben Organe in Produktionsbetrieben die Organisationspflicht, Aufsichtsanordnungen zur Fertigungskontrolle so vorzugeben, dass ständige Kontrollen bis zum vorher unbekannten Zeitpunkt des Schadenseintritts praktiziert werden.[55]
- *Vierzehntens* ist an die Geschäftsführer die Organisationspflicht zu delegieren und sich zu vergewissern, ob die Verkehrssicherungspflichten erfüllt werden, die Gefahrenquellen erfasst und erforderliche Sicherungsmaßnahmen veranlasst sind, und dass insbesondere beim Einsatz gefährlicher Geräte die Gebrauchsanweisungen beachtet werden.[56]
- *Fünfzehntens* ist an den Vorstand die Pflicht zur Risikofrüherkennung zu delegieren, die die aktuelle Informationsbeschaffung und ihre Abwehr umfasst und die nicht erst einsetzt, wenn Risikofaktoren offenkundig und bekannt werden.[57]
- *Sechzehntens* ist in die allgemeine Aufsichtsorganisation der Organe aufzunehmen, dass bei der Risikoanalyse behördliche Genehmigungen von Ämtern nicht ausreichen, um den Nachweis einer hinreichend geeigneten Aufsichtsanordnung zu führen, weil behördliche Genehmigungen eine eigene Risikoanalyse nicht ersetzen, selbst wenn in behördlichen Bescheiden das Risiko geprüft wurde[58]. Genauso ersetzen die Analysen von Rating-Agenturen nicht die eigene Risikoanalyse.[59]

43 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).
44 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil).
45 RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil).
46 RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil).
47 RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil).
48 BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil).
49 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
50 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
51 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).
52 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).
53 BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (88 Streupflicht-Urteil II).
54 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).
55 BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil).
56 BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).
57 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).
58 BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil).
59 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung).

- *Siebzehntens* ist die eigene höchstpersönliche Risikoanalyse nicht durch die Analyse von Rating-Agenturen aus zweiter Hand zu ersetzen. Die eigene Risikoanalyse bei Rechtsrisiken kann weder an Rating-Agenturen noch an eine Tochtergesellschaft durch Delegation ausgelagert werden.[60] Der Delegationsfehler besteht darin, die Risikoanalyse aus dem eigenen Einflussbereich in eine andere Gesellschaft zu übertragen.
- *Achtzehntens* sind nach der Rechtsprechung des BGH zur „Wissensaufspaltung" rechtserhebliche Informationen im Unternehmen zu sammeln, zu speichern und an Verantwortliche weiterzuleiten sowie zu deren Abfrage zur Verfügung zu halten. Zu den Delegationspflichten zählt deshalb die Informationsweiterleitungspflicht.[61] Die gewollte Unkenntnis im Unternehmen soll dadurch vermieden werden. Ausdrücklich wurde die Organisationspflicht zum Speichern von rechtserheblichen Informationen im Wissensaufspaltungs-Urteil des BGH entschieden. Danach zählt nicht das persönliche „präsente Wissen von Mitarbeitern" sondern nur das „Aktenwissen", das der Rechtsverkehr von einem Unternehmen als dokumentiertes Aktenwissen erwarten kann. Das dokumentierte Wissen eines Unternehmens und seine Nutzung steht nicht „im Belieben" des Unternehmens. Der BGH stellt in seiner Wissensaufspaltungsentscheidung klar, dass die Verantwortung für das einmal erlangte Wissen die Verpflichtung einschließt, seine Verfügbarkeit zu organisieren.[62] Erfüllt eine juristische Person diese Organisationspflicht zur Dokumentation nicht, muss sie sich materiellrechtlich so behandeln lassen, als habe sie von der Information Kenntnis.[63]

2. Die untergesetzlichen Regelungen zur Delegation

Nach der DIN EN ISO 14001 sind gemäß 4.1 Ressourcen, Aufgaben, Verantwortlichkeiten und Befugnisse festzulegen. Das Gleiche gilt für EMAS.

Nach OHSAS 18001 sind gemäß 4.4.1 b) Aufgaben festzulegen, Verantwortlichkeiten zu verteilen, Zuständigkeiten und Befugnisse und deren Delegation festzulegen, um ein wirksames Management zu ermöglichen. Rollen, Verantwortlichkeiten, Zuständigkeiten und Befugnisse müssen dokumentiert und kommuniziert werden.

Nach DIN EN ISO 50001 sind gemäß 4.2.2 f) Verantwortlichkeiten und Befugnisse zur Förderung eines wirksamen Energiemanagements festzulegen und zu kommunizieren. Das Top-Management muss einen oder mehrere Beauftragte des Managements mit hinreichenden Fähigkeiten, Kompetenzen benennen, die Verantwortlichkeit und Befugnisse haben.

Nach den Leitfaden „Arbeitsschutzmanagementsysteme" sind nach 2.4.2 Strukturen und Verfahren zu schaffen, die die Zuständigkeiten, Verantwortlichkeiten und Befugnisse derjenigen Personen definieren, die Gefährdungen und damit verbundene Risiken für Sicherheit und Gesundheit identifizieren und bewerten.

Nach DIN EN ISO 9001, dem Qualitätsmanagement, muss nach 5.5.1 die oberste Leitung sicherstellen, dass die Verantwortungen und Befugnisse innerhalb der Organisation festgelegt und bekannt gemacht werden.

3. Unternehmen ohne Delegation

Folgeerwägungen rechtfertigen die Pflicht zur Delegation. Ohne Delegation der Pflichten müssen im Durchschnitt 2 500 Unternehmenspflichten von durchschnittlich fünf Vorständen oder Geschäftsführern höchstpersönlich erledigt werden. Im Übrigen blieb die Pflichterfüllung dem Zufall und der freiwilligen eigenen Initiative der Mitarbeiter überlassen.

VI. Die Organisationspflicht zur Aktualisierung der Rechtspflichten im Unternehmen

Sämtliche Rechtspflichten müssen regelmäßig aktualisiert werden. Im Durchschnitt änderten sich 451 Rechtspflichten pro Monat im Jahr 2013 und 491 im Jahr 2012. Es werden neue Rechtspflichten durch neue Rechtsnormen vom Gesetzgeber erstens erlassen, zweitens geändert und drittens außer Kraft gesetzt. Außerdem ändern sich im Unternehmen die Sachverhalte, die ebenfalls neue Pflichten auslösen oder überholte Pflichten entfallen lassen. Insgesamt lassen sich 265 gesetzlich geregelte Aktualisierungspflichten aus einer Gesamtmenge von 13 000 Vorschriften unterscheiden. Bspw. enthalten § 19 Abs. 1 und 2 StörfallVO und Art. 37 Abs. 7 ReachVO Aktualisierungspflichten, wonach Stoffsicherheitsberichte jeweils auf dem neuesten Stand zu halten sind. Nach § 6 Abs. 8 GefStoffV sind die Gefährdungsbeurteilungen regelmäßig zu überprüfen und bei Bedarf zu aktualisieren. Aktualisierungspflichten sind regelmäßig mit Melde- und Mitteilungspflichten an die zuständigen Behörden verbunden. Neben diesen gesetzlich geregelten Aktualisierungspflichten hat die Rechtsprechung entschieden, dass regelmäßig Betriebspflichten grundsätzlich zu aktualisieren sind.

Die Pflicht zur Aktualisierung der Unternehmenspflichten ist in der Rechtsprechung des BGH entschieden. Zu verweisen ist auf die Hühnerpestentscheidung und den Kurzarbeiterfall[64].

Unternehmen müssen somit in ihrer Compliance-Organisation die ständige Aktualisierung ihrer Rechtspflichten nachweisen.

1. Untergesetzliche Regelungen zur Aktualisierung

Nach DIN EN ISO 14001, 4.6 g) muss die Bewertung des Umweltmanagementsystems die geänderten Rahmenbedingungen, einschließlich der Entwicklungen bei den rechtlichen Verpflichtungen und anderen Anforderungen umfassen. Das gleiche gilt für EMAS.

Nach OHSAS 18001 gem. Ziff. 4.3.2 sind die geltenden rechtlichen Verpflichtungen zu ermitteln und die Organisation muss diese Informationen aktuell halten. Nach Ziff. 4.6 h) sind die Entwicklungen bei den rechtlichen Verpflichtungen und anderen Anforderungen in die Bewertung des Managementsystems einzubeziehen. Nach Ziff. 4.4.5 b) sind Dokumente zu überprüfen und bei Bedarf zu aktualisieren.

Nach DIN EN ISO 5001 Ziff. 4.5.3.2 sind Dokumente regelmäßig zu überprüfen und erforderlichenfalls zu aktualisieren; sicherzustellen ist, dass Änderungen sowie der aktuelle Revisionsstand der Dokumente feststellbar ist.

---

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

61 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132,30, BB 1996, 924 (Wissensaufspaltung).

62 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132,30, 36, BB 1996, 924 (Wissensaufspaltung).

63 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132,30, 36, BB 1996, 924 (Wissensaufspaltung), s. dazu ausführlich *Rack*, CB 2013, 58; BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 (Wissenszurechnung beim Scheckinkasso); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 614.

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

Alle Zertifizierungsvorschriften zu Managementsystemen enthalten ebenfalls Pflichten zur Aktualisierung.

VII. Die Organisationspflicht zur Erfüllung und Kontrolle aller Rechtspflichten im Unternehmen

Die vielfachen Vorschriften zur Kontrolle der Einhaltung von Rechtspflichten umfassen die selbstverständliche Pflicht, alle Rechtspflichten einzuhalten und zu erfüllen.

Gesetzliche Regelungen zur Kontrolle der Einhaltung von Rechtspflichten ergeben sich zunächst aus § 91 Abs. 2 AktG für Vorstände, die verpflichtet sind, ein Überwachungssystem einzurichten, mit dem eine den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklung früh erkannt werden kann. Zu den bestandsgefährdenden Entwicklungen zählen auch Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften.[65] Die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter umfasst neben der Pflicht zum eigenen legalen Verhalten auch zusätzlich die Kontrolle darüber, dass sich die Angestellten des Unternehmens legal verhalten. Schließlich sind Vorstandsmitglieder zur wechselseitigen Kontrolle unter Vorstandsmitgliedern verpflichtet, insbesondere auch die Pflichten außerhalb des eigenen Vorstandsressorts einzuhalten[66]. Nach dem deutschen Corporate Governance Kodex Ziff. 4.1.3 hat der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung zu sorgen. Nach § 831 BGB sind Geschäftsherrn zur fortlaufenden Aufsicht über ihre Verrichtungsgehilfen verpflichtet. Nach § 130 OWiG sind Inhaber zu erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen verpflichtet, um Zuwiderhandlungen zu verhindern oder wesentlich zu erschweren.

Aus 13 000 Rechtsnormen ergeben sich im Übrigen 142 konkrete gesetzlich geregelte Kontrollpflichten. Die Einhaltung von Kontrollpflichten ist nach § 6 UmweltHG insofern privilegiert, als durch den Nachweis der Kontrollen die Erfüllung der Pflichten gesetzlich vermutet wird.

1. Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat seit dem Kutscher-Urteil von 1911[67] die Kontrollregelung, insbesondere zur Oberaufsicht durch die Geschäftsleiter ständig konkretisiert. Erstmals hat das Reichsgericht den dezentralisierten Entlastungsbeweis zugelassen, wonach ein Geschäftsherr seine Pflicht zur Aufsicht auf höhere Angestellte delegieren kann, wenn er zur persönlichen Kontrolle wegen der Größe des Unternehmens nicht mehr in der Lage ist. Die zur Kontrolle beauftragten Angestellten muss er sorgfältig auswählen und überwachen. Durch die Delegation der Aufsichtspflicht wird er nicht frei, sondern bleibt zur Oberaufsicht verpflichtet. Er muss allgemeine Aufsichtsanordnungen treffen. Die praktische Aufsichtstätigkeit in Ausführung seiner Aufsichtsanordnung kann er durch Aufsichtspersonen ausführen lassen. Die Aufsichtsperson führt die Aufsicht nach Weisungen des Geschäftsleiters. Für Fehler in der Aufsichtsanordnung haftet das Organ. Für Fehler bei der praktischen Aufsichtstätigkeit kann er sich durch den Nachweis der sorgfältigen Aufsicht und Auswahl entlasten. Die Pflicht zur allgemeinen Aufsichtsanordnung ist nicht delegationsfähig. Sie ist z. B. fehlerhaft, wenn sie den Risikofaktor der menschlichen Unzuverlässigkeit nicht berücksichtigt. Die allgemeine Aufsichtsanordnung muss das Organ selbst kennen, überprüfen, fortlaufend kontrollieren und erforderlichenfalls verbessern. Die Oberaufsicht bleibt Chefsache.

Im Heilsalz-Urteil wurde die Oberaufsicht dahingehend konkretisiert, dass für Verantwortliche der Wirkungskreis zu beschreiben ist.[68]

Nach dem Asphaltvertiefungs-Urteil ist durch die Oberaufsicht sicherzustellen, dass die Aufsichtsanordnung vollzogen wird, angemessen ist, fortlaufend auf ihre Eignung zur Kontrolle erprobt wird und die zur Aufsicht bestellten Angestellten kontrolliert werden. Die bloße Bestellung zuverlässiger Personen ohne weitere Kontrollen reicht nicht aus. Versagen die Kontrollen, sind die Organe zum eigenen Eingriff und zum persönlichen Krisenmanagement verpflichtet, nämlich die Risiken abzufragen, sich melden zu lassen und aktiv einzugreifen.[69]

Im Kleinbahn-Urteil wird die Oberaufsicht dahingehend konkretisiert, dass sie die Fähigkeit umfasst, geeignete Anordnungen zu treffen um drohende Schäden abzuwenden und die Risikosituation einzuschätzen. Verletzt wird die Oberaufsicht dann, wenn das Organ seinen angestellten Direktoren die Oberaufsicht zur selbstständigen Erledigung überlässt, so dass die Betriebsleitung selbstständig schalten und walten kann.[70]

Im Presseangriffs-Urteil des BGH[71] und im Besitzdiener-Urteil[72] wird die Oberaufsicht dahingehend konkretisiert, dass Entscheidungen von großer Tragweite den Organen zur Entscheidung vorzulegen und zu überlassen sind. Die Vorlagepflicht gilt für alle Entscheidungen mit großer Tragweite und ruinöser Wirkung.

Im Gießerei-Urteil des BGH zur Oberaufsicht wurde für Produktionsbetriebe entschieden, dass durch Fertigungskontrollen noch im Zeitpunkt des Schadenseintritts zurückverfolgt werden kann, welcher Kontrolleur ein defektes Teil kontrolliert hat. Da ein Schadenseintritt immer an einem ungewissen Zeitpunkt droht, ist eine ständige Kontrolle ohne Unterbrechung für jeden eventuellen Schadensfall so einzurichten und zu dokumentieren, dass sowohl die Kontrollen als auch die Kontrollaufsicht nachvollzogen werden können.[73]

Nach dem Propagandisten-Urteil des BGH gehört zur Oberaufsichtspflicht, beim Einsatz gefährlicher Geräte die Gebrauchsanweisung zu beachten und die Risikofrüherkennungspflicht zu erfüllen, noch bevor ein Missstand beobachtet werden kann.[74]

Nach dem Schubstreben-Urteil des BGH gehört zur Oberaufsichtspflicht, jeden verantwortlichen Pflichtenträger mit Namen zu benennen und im Vertreterplan einen namentlich genannten Ersatzmann zu dokumentieren. Ohne Namen und Vertreterplan müsste im Schadensfall der Entlastungsbeweis für alle Belegschaftsmitglieder geführt werden.[75]

Das Verwaltungsgericht Frankfurt hat in seiner Entscheidung „Stille Lasten“ die Kontrollpflichten dahingehend konkretisiert, dass

65 BT-Drs., Begründung zum Regierungsentwurf KontraG, BT-Drs. 13/9712, 15.
66 VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand).
67 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).
68 RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil).
69 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil).
70 RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil).
71 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
72 BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil).
73 BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil).
74 BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).
75 RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall).

sich Vorstände gegenseitig ressortübergreifend kontrollieren müssen.[76]

2. Die untergesetzlich geregelten Kontrollpflichten

Nach DIN EN ISO 14001 Ziff. 4.6 ist das Umweltmanagementsystem der Organisation in festgelegten Abständen zu bewerten, um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen. Die Bewertung muss die Ergebnisse von internen Audits und die Beurteilung der Einhaltung von rechtlichen Verpflichtungen umfassen.

Das gleiche gilt für EMAS.

Nach OHSAS 18001 Ziff. 4.6 hat das oberste Führungsgremium Managementsysteme in der Organisation in festgelegten Abständen zu bewerten, um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen.

VIII. Die gesetzlich geregelten Organisationspflichten zur Dokumentation

Als sechste Organisationspflicht haben Unternehmen die Organisation der Einhaltung ihrer Rechtspflichten zu dokumentieren. Die Organisationspflicht zur Dokumentation ergibt sich erstens aus gesetzlichen Regelungen, zweitens aus der Rechtsprechung, drittens aus untergesetzlichen Regelwerken und viertens aus der Begründung mit Vorteilen für das Unternehmen, das das Risiko der Beweisnot durch Dokumentation und Protokolle vermeidet und damit eventuelle Vorwürfe des Organisationsverschuldens mit der Dokumentation des pflichtgemäßen Organisationsverhaltens widerlegen kann.

Aus 13 000 Rechtsnormen lassen sich 796 Dokumentationspflichten nachweisen, wovon etwa 226 strafbewehrt sind.

Aus den einzelnen Rechtsgebieten kann man erstens Dokumentationspflichten ermitteln und außerdem davon die strafbewehrten Pflichten unterscheiden.

- im Arbeitsschutzrecht finden sich 122 Dokumentationspflichten, davon 16 strafbewehrte,
- das Abfallrecht kennt 81 Dokumentationspflichten, davon 40 strafbewehrte,
- das Wasserrecht zeigt 66 Dokumentationspflichten, davon 26 strafbewehrte,
- im Gerätesicherheitsrecht finden sich 47 Dokumentationspflichten, davon 11 strafbewehrte,
- im Anlagensicherheitsrecht sind 30 Dokumentationspflichten ausdrücklich geregelt, die ausnahmslos strafbewehrt sind.

1. Die gesetzlichen Regelungen zur Beweislast als indirekte Pflicht zur Dokumentation

Zu den gesetzlich geregelten Dokumentationspflichten zählen alle Beweislastregelungen, die indirekt eine Dokumentationspflicht begründen.

Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben Vorstände die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG machen sie sich schadensersatzpflichtig, wenn sie ihre Pflichten verletzten. Ist streitig, ob sie ihre Pflichten verletzt haben und ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG. Sie sind dadurch gezwungen, Beweise durch Dokumentationen zu sichern.

2. Der gesetzlich geregelte Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn nach § 831 BGB

Der Geschäftsherr haftet grundsätzlich für seine angestellten Verrichtungsgehilfen, die diese in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügen. Von dieser Haftung kann sich ein Geschäftsherr jedoch exkulpieren, indem er den Entlastungsbeweis führt, dass er bei der Auswahl der bestellten Person und der Aufsicht seiner Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Um den Entlastungsbeweis führen zu können, ist der Geschäftsherr zur Dokumentation über Auswahl und Aufsicht seiner Verrichtungsgehilfen gezwungen.

3. Der gesetzlich geregelte Normalbetriebsnachweis

Die Verursachung eines Schadens wird nach § 6 Abs. 1 UmweltHG schon dann vermutet, wenn eine Anlage geeignet ist, den entstandenen Schaden zu verursachen. Von der Eignung der Anlage wird auf die Schadensursache geschlossen. Die Geschädigten sollen durch diese Regelung davon entlastet werden, schwierige Beweise zu erbringen und die Beweismittel wie Zeugen und Dokumente ausschließlich in Bereichen des Unternehmens beschaffen zu müssen, die den Schaden verursacht haben. Geschädigte wären ohne Beweislastumkehr in notorischer Beweisnot, wenn sie unternehmensinterne Vorgänge als Ursache für einen Schaden darlegen und beweisen müssten. Vor den Nachteilen dieser Beweislastumkehr kann sich ein Unternehmen durch den Normalbetriebsnachweis nach § 6 Abs. 2 UmweltHG schützen. Dazu muss es den bestimmungsgemäßen Betrieb nachweisen, indem das Unternehmen seine besonderen Betriebspflichten einhält und keine Störung des Betriebs vorliegt. Zu den besonderen Betriebspflichten zählen nach § 6 Abs. 3 UmweltHG sämtliche öffentlich-rechtlichen Pflichten, die sich aus verwaltungsrechtlichen Zusagen, Auflagen, Anordnungen und Rechtsvorschriften ergeben. Alle öffentlich-rechtlichen besonderen Betriebspflichten einzuhalten bedeutet, alle einschlägigen Pflichten aus etwa 13 000 Rechtsnormen zu ermitteln. Wer die Betriebspflicht nicht lückenlos erfasst, räumt jedem denkbaren Geschädigten einen Beweisvorteil ein. § 6 Abs. 2 UmweltHG schafft einen starken Anreiz, alle öffentlich-rechtlichen Betriebspflichten zu ermitteln, einzuhalten und beweisen zu können. Die Anreizwirkung soll mit einer fortlaufenden Dokumentation unterstützt werden. Mit dem Normalbetriebsnachweis wird die gesetzliche Vermutung der Schadensverursachung allein durch die Eignung der Anlage zum Schaden ausgeschlossen.

Somit regelt § 6 Abs. 4 UmweltHG einen weiteren erheblichen Anreiz dafür, die im Betrieb geltenden Rechtspflichten einzuhalten, zu kontrollieren und dies zu dokumentieren. Aus 13 000 Rechtsnormen ergeben sich derzeit 142 Kontrollpflichten i. S. v. § 6 UmweltHG. Der Grund für den Anreiz des Normalbetriebsnachweises besteht darin, dass der Gesetzgeber der Ansicht ist, dass es nicht zum Schaden kommen kann, wenn sämtliche öffentlich-rechtlichen Pflichten eingehalten werden, weil jede der Rechtspflichten der Abwehr eines speziellen Risikos dient. Der Nachweis darüber, ob auch alle Rechtspflichten lückenlos ermittelt wurden, setzt eine lückenlose Angabe aller geprüften Rechtsquellen voraus. Eine Liste von Rechtspflichten mit dem Nachweis der geprüften Rechtsnormen als Grundlage ist für den Normalbetriebsnachweis unverzichtbar, weil nach § 6 Abs. 3

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

UmweltHG ausdrücklich sämtliche öffentlich-rechtlichen Pflichten eingehalten werden müssen.[77]

4. Organisationspflichten zur Dokumentation nach der Rechtsprechung

In seiner Hühnerpestentscheidung hat der BGH die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr und damit die indirekte Pflicht zur Dokumentation begründet. Trotz Impfung mit einem Hühnerpestserum kam es zum Schaden durch die wider Erwarten auftretende Hühnerpest. Die Schadensursache blieb ungeklärt. Sachverständige äußerten lediglich Vermutungen, die das Produktionsunternehmen nicht widerlegen konnte, weil es an einer Dokumentation über Risikoanalysen fehlte. Unterlassen hatte das Unternehmen nicht nur die Risikoanalysen, sondern auch die Selbstregulierung durch Verkehrspflichten.[78]

Selbst wenn alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind und trotzdem ein Schaden eingetreten ist, kann ein Unternehmen trotzdem für den Schaden haften, weil es zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten verletzt hat. Zusätzlich zu allen öffentlich-rechtlich geregelten Risiken sind alle Risiken zu erfassen, die durch zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten abzuwenden sind. Ein Unternehmen ist zur Selbstregulierung der Risikoabwehr dann verpflichtet, wenn Risiken im Unternehmen verursacht, beherrscht werden können und wenn das Unternehmen davon profitiert. Das Kupolofen-Urteil des BGH ist die Grundsatzentscheidung zur dieser Rechtslage[79]. Das Unternehmen muss beweisen, dass die von seinem Grundstück ausgehenden Immissionen sich im Rahmen einer ortsüblichen Benutzung seines Grundstücks gehalten haben und dass die wirtschaftlich zumutbaren Vorkehrungen vom Unternehmen getroffen wurden. Auch außerhalb eines Nachbarschaftsverhältnisses muss ein Unternehmen grundsätzlich alle denkbaren schädlichen Immissionen fernhalten. Unternehmen müssen Risiken abwehren, auch wenn sie nicht gesetzlich geregelt sind, die sie aus eigener Erfahrung kennen oder kennen müssen. Der BGH geht grundsätzlich davon aus, dass nicht alle Risiken gesetzlich geregelt sind, weil der Gesetzgeber nicht sämtliche Schadensrisiken eines Unternehmens erfassen kann. Die Rechtsprechung hat die zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten durch Rechtsfortbildung aus den deliktischen Haftungstatbeständen nach § 823 Abs. 1 BGB seit dem Kutscher-Urteil von 1911 entwickelt[80]. In der Kupolofen-Entscheidung vom 1.2.2008 wird die Beweislastumkehr bestätigt. In Einzelfallentscheidungen haben das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof einzelne Organisationspflichten für Unternehmen entwickelt, wonach Organisationspflichten erstens angeordnet, zweitens angewendet, drittens nachgewiesen und viertens ständig verbessert werden müssen[81]. Im Zusammenhang mit der Dokumentationspflicht ist hervorzugeheben, dass in allen Entscheidungen zum Organisationsverschulden die Pflicht zum Nachweis der gesamten Unternehmensorganisation nachgewiesen und deshalb dokumentiert werden muss. Selbst wenn alle Organisationspflichten erfüllt wären, aber wegen fehlender Dokumentation kein Nachweis erbracht werden könnte, könnte der Vorwurf des Organisationsverschuldens als Beweisnot nicht widerlegt werden.

In seiner Wissensaufspaltungsentscheidung[82] hat der BGH die Dokumentationspflichten konkretisiert. Danach ist nicht das persönliche „präsente Wissen" von Mitarbeitern, sondern das „typischerweise aktenmäßige festgehaltene Wissen" zu dokumentieren. Es sind die Informationen zu speichern, die später rechtserheblich werden können und zwar beurteilt zum Zeitpunkt der Wahrnehmung, nicht erst nach einem späteren Wissenstand und umso länger, je erkennbar wichtiger ein Umstand ist.[83] Die Nutzung eines Pflichtwissens eines Unternehmens steht nicht in seinem „Belieben". Zu dokumentieren sind alle Informationen, die der Rechtsverkehr von einem Unternehmen als dokumentiertes Aktenwissen erwarten und was später einmal rechtserheblich werden kann.[84] Zu organisieren ist die Verfügbarkeit rechterheblicher Informationen. Verletzt ein Unternehmen diese Organisationspflicht, muss es sich materiell rechtlich so behandeln lassen, als habe es von der Information Kenntnis.[85] Seit der Grundsatzentscheidung zur Wissensaufspaltung kann sich kein Organ eines Unternehmens mit seiner Unkenntnis von rechtserheblichen Informationen entlasten.

5. Die untergesetzlichen freiwilligen Regelungen zur Dokumentation

Nach der DIN EN ISO 14001 ist nach Ziff. 4.3.1 die Organisation zu dokumentieren und auf dem neuesten Stand zu halten. Das gleiche gilt für EMAS. Nach OHSAS 18001 muss die Organisation die Lenkungsmaßnahmen dokumentieren und aufbewahren – nach DIN EN ISO 5001 Ziff. 4.3 ist die Organisation zu dokumentieren. Nach DIN EN ISO 14001 gem. Ziff. 4.5.2 muss die Organisation Aufzeichnungen über die Ergebnisse ihrer regelmäßigen Bewertungen aufbewahren. Das gleiche gilt nach DIN EN ISO 5001 gem. Ziff. 4.6.2 und nach DIN ISO 9001 c). Nach dem Leitfaden „Arbeitsschutzmanagementsysteme" sollen Verfahren zur Überwachung, Messung und Aufzeichnung der Arbeitsschutzleistungen entwickelt, eingeführt und in regelmäßigen Abständen überprüft werden.

Insgesamt lassen sich über die untergesetzlichen Regelwerke und freiwilligen Zertifizierungssysteme alle sechs Organisationspflichten nachweisen und bilden dementsprechend einen einheitlichen Standard, durch den die Organisationspflichten erfüllt werden.

6. Unternehmen ohne Dokumentation

Auch die Dokumentationspflicht lässt sich durch Folgeerwägungen rechtfertigen. Werden im Unternehmen die organisatorischen Maßnahmen nicht dokumentiert, geraten Vorstände und Geschäftsführer als auch die sonstigen Führungskräfte in eine permanente Beweisnot. Vor allem setzten sie sich dem Rückschaufehler Dritter aus, die im Nachhinein in Kenntnis eines Schadensverlaufs Organisationspflichten formulieren, die den Organisationsschaden verhindert hätten. Wegen des Rückschaufehlers (hindsight-bias) sind Menschen grundsätzlich nicht in der Lage, ihr Wissen im Zeitpunkt ihrer ursprünglichen Entscheidung vor und nach dem Schadenseintritt unterscheiden zu können, selbst wenn sie es wollten. Der Rückschaufehler wirkt zum Nachteil des Beweispflichtigen. Bei der Beweislastumkehr sind Unternehmen und ihre Organe beweispflichtig. Im Zweifel wird das Organisationsverschulden vermutet.[86]

---

77 *Salje*, in: Salje/Peter, Umwelthaftungsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 6, Anm. 3, 42.
78 BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Entscheidung).
79 BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143 ff., BB 1984, 1970 (Kupolofen-Entscheidung).
80 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).
81 *Rack*, CB 2014, 145.
82 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132,30,32,35; BB 1996, 924.
83 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.
84 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.
85 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 38, BB 1996, 924.
86 BGH, 26.11.1986 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Entscheid.); BHG, 4.11.2002 – II ZR 224/00, NJW 2003, 358 (Kurzarbeiter-Fall), BGHZ 152, 280.

IX. Pflicht zum Informationsmanagement

Als Querschnittsaufgabe aller dargestellten sechs Aufgaben bleibt die Pflicht zum Informationsmanagement.[87] Gesetzlich ist die Informationsbeschaffungspflicht in § 91 Abs. 2 AktG geregelt, wonach der Vorstand verpflichtet ist, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit dem Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Handlungen früh erkannt werden. Auch um seine Berichtspflichten nach § 90 AktG gegenüber dem Aufsichtsrat erfüllen zu können, muss sich der Vorstand Informationen aus dem Unternehmen beschaffen. Die Informationsbeschaffungspflicht wurde als Verkehrssicherungspflicht seit dem Kutscher-Urteil von 1911 zur ständigen Rechtsprechung.[88] Die Organisationspflicht des Informationsmanagements wurde über die bloße Beschaffung der rechtserheblichen Information um die Pflicht zur Dokumentation, zur Weiterleitung an Verantwortliche und um die Pflicht zur Abfrage erweitert. Sichergestellt werden muss außerdem, dass das gespeicherte Pflichtwissen auch genutzt wird. Die Nutzung steht nicht im Belieben des Unternehmens. Das Risiko von Wissensaufspaltung und Unkenntnis besteht auch dann, wenn gespeichertes und weitergeleitetes Wissen von den Verantwortlichen nicht abgefragt wird.[90] Den Vertretern eines Unternehmens wird die Kenntnis von Informationen unterstellt, wenn sie diese nicht gespeichert, weitergeleitet und abgefragt haben.

Garantiert wird die Verfügbarkeit rechtserheblicher Informationen durch die Datenbank als digitales Mittel zur Informationsorganisation. Die Datenbank bildet das digitale Gedächtnis eines Unternehmens mit dem gesammelten Wissen aller Mitarbeiter. Das aufgespaltene Wissen lässt sich in der Datenbank bündeln, dokumentieren, weiterleiten und abfragen.

Die Pflicht zum Informationsmanagement findet sich ebenfalls in den untergesetzlichen Regelwerken. Vorgeschrieben wird die interne Kommunikation zwischen den verschiedenen Ebenen und Funktionsbereichen der Organisation in DIN EN ISO 14001 Ziff. 4.4.3a, in OHSAS 18001 Ziff. 4.4.3a, in DIN EN ISO 5001 Ziff. 4.5.3, im Leitfaden Arbeitsschutzmanagementsysteme in Ziff. 2.8.1, wonach Verfahren zum Informationsfluss zwischen Führungskräften und deren Mitarbeitern und umgekehrt sicherzustellen und zu fördern sind.

Auch nach DIN EN ISO 9001 in Ziff. 5.5.3 zur internen Kommunikation muss die oberste Leitung sicherstellen, dass geeignete Prozesse der Kommunikation in der Organisation eingeführt werden und die Kommunikation über die Wirksamkeit des Qualitätsmanagements stattfindet.

Betreiben Geschäftsleiter Verfahren zur Kommunikation, schaffen sie ein Indiz für die Erfüllung ihrer Organisationspflichten zum Informationsmanagement.

Die Pflicht zum Informationsmanagement lässt sich schließlich durch Folgeerwägungen rechtfertigen. Ohne ein Informationsmanagement, insbesondere ohne den Einsatz einer Datenbank als digitales Gedächtnis droht der Verfügbarkeitsfehler (availability bias). Wer ein Risiko ohne drohenden Schaden einschätzen muss, versucht sich zunächst an Beispielfälle zu erinnern. Seine Einschätzung eines Risikos hängt davon ab, ob er sich leicht oder nur schwer an Schadensbeispiele erinnert. Risiken werden dann unterschätzt, wenn das menschliche Gedächtnis nur wenige und schwer erinnerbare Beispiele liefert. Die Beurteilung der Häufigkeit von drohenden Schäden hängt somit am Erinnerungsvermögen desjenigen, der die Risikoanalyse vornehmen muss. Danach werden Risiken geschätzt aber nicht recherchiert. Es kann zu Unterschätzung eines Risikos aber auch zur Überschätzung führen. Die Datenbank als digitales Gedächtnis dagegen ermöglicht gezielte Recherchen, die vom Umfang des gespeicherten Wissens der Datenbank abhängen, der weit über den Umfang hinausgeht, was das menschliche Erinnerungsvermögen leisten kann. Vor allem garantiert eine Datenbank eine leichtere und flüssigere Abfrage als das menschliche Gedächtnis[91].

Die Ergebnisse von Risikoanalysen hängen durch den Einsatz einer Datenbank nicht mehr von präsenten und begrenzten Wissen aus dem menschlichen Gedächtnis ab. Die Verfügbarkeit rechtserheblicher Informationen wird erheblich gesteigert, die Vorgaben des BGH nach der Wissensaufspaltungsentscheidung werden erfüllt und der Verfügbarkeitsfehler wird als Fehlerquelle bei der Risikoanalyse ausgeschaltet[91].

X. Fazit

Trotz einer fehlenden systematischen gesetzlichen Regelung zur Organisationspflicht der Unternehmen lassen sich einzelne Organisationspflichten aus einer Vielzahl verstreuter gesetzlicher Einzelregelungen in unterschiedlichen Rechtsgebieten aus der verstreuten Einzelfallrechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof sowie aus untergesetzlichen Regelwerken und aus freiwilligen Selbstregulierungen begründen, wobei untergesetzliche Regelwerke den Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht konkretisieren. Aus der Vielzahl der Rechtsgrundlagen ergibt sich die immer wiederkehrende Struktur der Organisationspflichten, nämlich eine (Wissensaufspaltung) Unternehmensorganisation anzuordnen, anzuwenden, nachzuweisen und ständig zu verbessern und im Rahmen der Organisation Risiken und Pflichten zu ihrer Abwehr zu ermitteln, zu delegieren, zu aktualisieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren.

AUTOR

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

87 *Rack*, CB 2013, 58.
88 S. Fn. 5.
89 BGH 2.2.1996 – VI ZR 239/94, BGHZ 132,30,37, BB 1996, 924; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 614.
90 *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 164, 531, 533.
91 *Rack*, CB 2014, 239.

RACK

RECHTSANWÄLTE NOTAR

Lurgiallee 10 (Mertonviertel) - 60439 Frankfurt am Main - Fon 0 69/95 78 31 0 - Fax 0 69/95 78 31 40

München Fon 0 89/38 32 99 21 - Berlin Fon 01 51/14 43 38 31

Email anwaltsbuero@rack-rechtsanwaelte.de - www.rack-rechtsanwaelte.de