

## CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

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

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)<sup>1</sup>. 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Neben der internen gilt die externe Pflichtenbindung. Sämtliche Rechtsvorschriften hat der Vorstand einzuhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Vorstände haben die Pflicht zur Oberaufsicht, die sie nicht delegieren können.<sup>7</sup> 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, § 91 Anm. 31, 43, Begründung des Regierungsentwurfs – BegrReGE KonTraG, BT-Drucks 13/9712, 15.

2 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 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.<sup>8</sup>

Neben den Geschäftsleitern müssen die Compliance-Beauftragten, die Sicherheitsingenieure für Arbeitsschutz, Immissionsschutzbeauftragte, Gewässerschutzbeauftragte und Abfallbeauftragte, bei der Erfüllung der Legalitätspflicht<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

## 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 einzeltem Unternehmen unterscheiden sich Anzahl und Art der Pflichten. Vergleicht man 37 repräsentative Branchen<sup>11</sup>, 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 (NKRK)<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

#### 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 gesetzeswidriges 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.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Weitere Beispiele gewinnbringender, aber illegaler Entscheidungen, sind ungesetzliche Waffengeschäfte und die Missachtung kostenträchtiger Umweltschutzstandards.<sup>18</sup> Zuletzt hat das OLG Karlsruhe entschieden, dass eine gesetzeswidrige 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.<sup>19</sup>

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 Justiziere die Ansicht eines rechtlich möglichen „efficient breach of law“ vertreten.<sup>20</sup>

#### 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 muss deshalb geklärt werden. Im Ergebnis hat die Legalitätspflicht

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

15 *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, Aktiengesetz, § 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, § 93 Anm. 32.

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

18 *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, Aktiengesetz, § 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.

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 klar gestellt 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.<sup>21</sup> Die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung wird geschützt durch die Business-Judgement-Rule.<sup>22</sup> Diese Regel hat der Gesetzgeber im Rahmen des UMAG von 2005<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> Der Vorstand darf keiner Erfolgshaftung unterworfen werden. In seinen Entscheidungen würde der Vorstand gelähmt. Risikoscheues Verhalten wäre das Ergebnis. Der Omission-Bias<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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 unternehme-

rische 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.<sup>28</sup> Bei den organschaftlichen Pflichten der Treuebindung gelten das Geschäftsleiterermessen und damit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht. Keine Ermessensspielräume 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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

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 werkseitigen Brandschutzes aus Kostengründen schriftlich abgelehnt und aus

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, § 93 Anm. 56.

28 Begr. RegE BT-Drs. 3/05, 18.

29 Begr. RegE BT-Drs. 3/05, 19; Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 93 Anm. 63.

30 Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 93 Anm. 67.

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<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup>

## 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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

Die desaströsen 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“.<sup>37</sup>

### 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.<sup>38</sup> Stellt sich dabei heraus, dass die ursprüngliche gesetzgeberische Einschätzung auf einer Fehlprognose beruhte, ist der Gesetzgeber zur Nachbesserung verpflichtet.<sup>39</sup> Ein Gesetz ist nicht schon allein deshalb verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber von einer Fehlprognose ausgegangen ist.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> Der Gesetzgeber ist somit zur experimentellen Gesetzgebung<sup>42</sup> 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 Wunsdenken 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.<sup>43</sup>

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.<sup>44</sup>

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 Versicherungsprämienuptimierung

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.

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 BVerfGE 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.

## 2. Arbeitsteilung

Zweitens lassen sich 34 % der 37 Teilaufgaben betriebsextern durch Arbeitsteilung lösen. 66 % müssen dagegen betriebsintern erfüllt werden. 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 ISON-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.<sup>45</sup>

## 3. EDV-Einsatz

Drittens lassen sich 66 % der Teilaufgaben durch den Einsatz moderner Datenbanktechnik automatisieren. 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> 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.

45 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW – RR 2011, 1670 (ISON-Urteil), Rn. 18 sowie Wagner, BB 2012, 651.

46 BGHZ 132, 30 – Wissensaufspaltung; BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 – Wissenszurechnung beim Scheckinkasso,

47 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-Entscheidung).

48 Hahn, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl. 2009, § 12, Anm. 1.

49 Schwintowski, NVersZ 1998, 102.