AUFSÄTZE ZUM RISIKOMANAGEMENT

veröffentlicht im „Compliance-Berater“

DR. MANFRED RACK
Rechtsanwalt

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	**3**
Inhalt - Übersicht	**4**
Typisches Fehlverhalten im Compliance-Management und die Erklärungen der Verhaltensökonomie	**12**
Die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen und ihre Aktualisierung als Organisationsproblem	**24**
Informationsmanagement als Organisationspflicht	**27**
Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr	**31**
Informationshindernisse durch Freistellungsklauseln in der Risikokommunikation überwinden	**35**
Die Organisationspflicht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung	**40**
Die Organisationspflicht zur Delegation	**45**
Die Aktualisierung von Unternehmenspflichten	**50**
Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement	**55**
Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement (Teil II*)	**60**
Die neue Strafbarkeit von Geschäftsleitern der Banken nach § 54a KWG (Teil III*)	**68**
Kosten, Aufwand, Messbarkeit und Effizienz von Compliance	**75**
Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – Das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen	**83**
Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko	**89**
Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko	**95**
Der Verfügbarkeitsfehler (Availability bias) als Organisationsrisiko	**101**
Die rechtlichen Voraussetzungen für ein Compliance-Management-System	**107**
Mit Verhaltensforschung Entscheidungsprozesse verbessern	**120**
Rechtspflichten: Abstrakt und konkret	**124**
Rechtspflichten: Abstrakt und konkret – Teil 2 – Die Begründung von Organisationspflichten durch Folgeerwägungen	**130**
Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde“ – Teil 1	**137**
Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde“ – Teil 2	**144**

Die Risikoanalyse bei Fremdwährungskrediten und die Beratungspflichten von Banken **150**

Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands **154**

Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands – Teil 2 **161**

Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 1 **169**

Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2 **177**

Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil I **183**

Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil II **189**

Das Rechtrisiko des Dunning-Kruger-Effekts –
eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung **197**

Mit Compliance-Management-Systemen zu verhaltensabhängigen Tarifen für D&O-Versicherungen **203**

Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Compliance-Management-Systemen **209**

Die Pflicht zur „erweiterten" Compliance-Prüfung beim Jahresabschluss in Unternehmen
mit öffentlicher Beteiligung **217**

Organisationslücken im Verhältnis zwischen Geschäftsleitung und Unternehmensjuristen
als Ursache für unterschätzte Rechtsrisiken **221**

Anwaltszwang bei Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistungen"
nach RDG und BRAO **236**

Die psychologische Erklärung des Widerstands gegen Compliance-Systeme durch die Reaktanztheorie **251**

Das neue IT-Sicherheitsgesetz 2.0 **258**

Die Organisation der IT-Sicherheit in Unternehmen **296**

LEGAL-TECH – nur mit Anwälten **292**

Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durch die neue DIN ISO 37301 **306**

Lieferketten-Compliance im Digitalen Zwilling **313**

Compliance und das Präventionsparadox als Organisationsrisiko mit Regelungsbedarf **348**

Auditverfahren: Compliance als Dauerpflicht **354**

MENSCHLICHES FEHLVERHALTEN ALS RECHTSRISIKO IN DER UNTERNEHMENSORGANISATION

Rechtsverstöße in Unternehmen werden durch irrationales menschliches Fehlverhalten verursacht. Wer es verhindern will, muss die Ursachen kennen. Die Verhaltensökonomie liefert mit ihren Forschungsergebnissen plausible Erklärungen, wie Fehlverhalten beim Entscheiden in der Unternehmensorganisation entsteht, wie es so früh wie möglich zu erkennen und durch organisatorische Maßnahmen zu vermeiden ist.

Warum die Notwendigkeit von Anordnungen zum Compliance-Management-System verkannt wird, lässt sich mit der neuen Erwartungstheorie nach Kahnemann (Prospect Theorie) erklären.

Warum Entscheidungsträger grundsätzlich zum Unterlassen und zur Vermeidung von Entscheidungen neigen und deshalb Compliance-Management-Systeme nicht anordnen, lässt sich mit dem Omission-Bias erklären.

Warum keine präventive rechtliche Beratung vor Entscheidungen im Unternehmen von Geschäftsleitern eingeholt wird und der juristische Beratungsbedarf bei Führungskräften in der Regel verkannt wird, ist mit dem Dunning-Kruger-Effekt zu erklären.

Warum Risiken im Unternehmen unterschätzt werden und warum nicht nach unbekannten Risiken recherchiert wird, sondern nur schon bekannte Risiken erfasst werden, wird mit dem Availability-Bias (Verfügbarkeitsfehler) erklärt. Er rechtfertigt die Empfehlung zur erschöpfenden Recherche nach allen Risiken aus allen verfügbaren Informationsquellen, was die Datenbanktechnik mit geringem Aufwand möglich macht.

Warum kontroverse Prognosen zum künftigen Schadensgeschehen nicht falsifiziert, sondern falsch behandelt werden, lässt sich mit dem Conformation-Bias (Bestätigungsfehler) erklären. Immer wieder wird erfolglos versucht, künftige Geschehensverläufe zu beweisen, anstatt sie zu widerlegen, wodurch Risiken und die Pflichten zu ihrer Abwehr verkannt werden.

Die Verhaltensökonomie erklärt mit dem Hindsight-Bias (Rückschaufehler), warum sich die gleichen Organisationsfehler wiederholen und aus Fehlern nicht gelernt wird. Der Hindsight-Bias rechtfertigt die Empfehlung zur Dokumentation von Entscheidungsgründen und zum Fehlermanagement, um künftiges Fehlverhalten zu vermeiden.

Mit der „kriminogenen Verbandsattitüde“ wird das Fehlverhalten erklärt, dass Mitarbeiter eines Unternehmens gegen Rechtspflichten verstoßen, weil sie irrtümlich im Interesse des Unternehmens zu handeln glauben.

Diese vorhersehbaren Fehlverhaltensweisen rechtfertigen die Anordnung zum ausnahmslos legalen Verhalten. Die sogenannten „nützliche Rechtsverstöße“ werden durch geschäftliche Interessen eines Unternehmens nicht legitimiert. Mit den Ergebnissen der Verhaltensökonomie lässt sich der Einsatz eines Compliance-Management-Systems begründen. Die Bedeutung der Verhaltensökonomie für die Organisation legalen Verhaltens in Unternehmen wächst. Ihr wichtigster Vertreter, Richard Thaler, wurde 2017 mit dem Nobelpreis ausgezeichnet. Den ersten Hinweis auf die Forschung zu menschlichem Fehlverhalten verdanke ich dem Artikel „Juristen auf den Spuren der Unvernunft“ von Hendrik Wieduwilt in der FAZ. Auf Grund dieser Anregung sind acht Aufsätze zu typischen menschlichen Fehlverhaltensweisen entstanden, mit denen sich Organisationspflichtverletzungen erklären und vermeiden lassen. Die Aufsätze sind im „Compliance Berater“ erschienen und können dabei helfen, Führungskräfte vom Nutzen eines Compliance-Management-Systems zu überzeugen.

Dr. Manfred Rack
- Rechtsanwalt -

INHALT

Typisches Fehlverhalten im Compliance-Management und die Erklärungen der Verhaltensökonomie

Der Einsatz eines Compliance-Management-Systems bringt nur Vorteile für Unternehmen, Führungskräfte und Angestellte. Der eventuelle Vorwurf eines Organisationsverschuldens und die daraus folgende Haftung werden vermieden. Allerding kommt es in der Unternehmenspraxis zu Rechtsverstößen mit ruinösen Auswirkungen, weil es an einem effizienten Compliance-Management fehlt. Es bleibt die Frage, warum Führungskräfte mit dem Unterlassen eines Compliance-Management-System irrational und unvernünftig die inzwischen allgemein bekannten Nachteile in Kauf nehmen und nicht die Vorteile zu ihren eigenen Gunsten und zur Sicherheit des Unternehmens anstreben, die mit der Entscheidung zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems verbunden sind.

14

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.

26

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.

29

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.

32

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.

37

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.

42

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.

47

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.

52

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.

57

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.

62

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.

70

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.

77

INHALT

Die häufigsten Fehler der Unternehmens- Die häufigsten Fehler der Unternehmens-organisation – 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.

85

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.

91

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.

97

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.

102

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.

109

Mit Verhaltensforschung Entscheidungsprozesse verbessern

Die „Projektgruppe Wirksam Regieren" im Bundes-kanzleramt greift auf Ergebnisse der Verhaltensforschung zurück, um Entscheidungsverfahren zu optimieren. Diese erklärte Absicht wurde in der aktuellen Tagespresse kritisiert. Die Kritik ist unbegründet. Vielmehr muss das Bemühen um verbesserte Entscheidungsverfahren, v. a. in der Wirtschaft, im eigenen Interesse als Muster und Vorbild für Entscheidungen von Managern begrüßt und unterstützt werden, weil Meinungen im Gesetzgebungsverfahren als auch bei Managemententscheidungen in Unternehmen in einem geordneten Verfahren gebildet werden können, um den Einfluss rationaler Argumentation zu steigern. Der größte Gewinn ist von der systematischen Vermeidung menschlichen Fehlverhaltens bei Organisationsentscheidungen zu erwarten, das Gegenstand der Verhaltensforschung ist.

122

Rechtspflichten: Abstrakt und konkret

Die Rechtsrisiken steigen, gleichzeitig wächst die Rechts-unsicherheit bei der Verwendung abstrakter Begriffe auf konkrete Einzelfälle. Geschäftsleiter sind darauf angewiesen, Gerichtsentscheidungen zu kalkulieren, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, die Rechtslage verkannt zu haben. Der nachfolgende Aufsatz untersucht das Verhältnis zwischen abstrakten Rechtsbegriffen und konkreten Einzelfällen und will einen Beitrag dazu leisten, die Berechenbarkeit von Rechtsentscheidungen zu verbessern.

126

Rechtspflichten: Abstrakt und konkret – Teil 2 – Die Begründung von Organisationspflichten durch Folgeerwägungen

Die abstrakten Begriffe Organisationspflichten und Organisationsverschulden stehen für Fallgruppen von Organisationsfehlern, mit denen Gerichte Schadensersatzansprüche begründet haben. Gerade im Bereich des Organisationsverschuldens sind die Verantwortlichen im Unternehmen auf die Berechenbarkeit der Justiz im hohen Maße angewiesen, um ihr Organisationsverhalten darauf einzurichten. Die Verwendung des Begriffs der Organisationspflicht auf konkrete Einzelfälle ist ein Entscheidungsvorgang mit einem einheitlichen Begründungsmuster.

132

Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde" – Teil 1

Beschrieben wird die „kriminogene Verbandsattitüde" als Theorie über die kriminelle Haltung von Mitarbeitern bei Rechtsverstößen zum Vorteil ihres Unternehmens und zum eigenen persönlichen Nachteil. Damit wird illegales Fehlverhalten für Unternehmen vorhersehbar, als Organisationsrisiko erkennbar und durch spezielle organisatorische Kontrollmaßnahmen vermeidbar.

139

Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde" – Teil 2

Die Unternehmenszugehörigkeit fördert bei Mitarbeitern unter bestimmten Bedingungen kriminelles Verhalten zum vermeintlichen Vorteil des Unternehmens und zum eigenen persönlichen Nachteil des Mitarbeiters. Das Individualstrafrecht verliert bei der Unternehmenskriminalität seine abschreckende Wirkung. Wo die Sozialkontrolle durch das Strafrecht versagt, müssen Kontrollmaßnahmen durch die interne Unternehmensorganisation eingesetzt werden.

146

Die Risikoanalyse bei Fremdwährungskrediten und die Beratungspflichten von Banken

Wiederholt meldet die Presse Schäden durch Fremdwährungskredite. Die damit verbundenen Risiken werden offenbar systematisch unterschätzt. Die Beratungspflichten der Banken sind durch die jüngste Rechtsprechung verschärft worden. Das steigende Beratungsrisiko der Banken gibt daher Anlass zur Analyse der Risiken durch Fremdwährungskredite.

152

Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands

Der Aufwand für die Erfüllung der Legalitätspflicht ist hoch. Um das Vielfache höher ist der Aufwand für die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen durch Verstöße gegen die Legalitätspflicht. Die ruinösen Wirkungen für illegales Verhalten in Unternehmen zeigen die aktuellen Schadensfälle. Illegales Unternehmensverhalten lohnt sich nicht. Der Aufwand zur Organisation legalen Verhaltens im Unternehmen ist unverzichtbar, lässt sich aber systematisch senken durch Digitalisierung, Arbeitsteilung, Standardisierung, Mehrfachnutzung, sowie Leerkostenvermeidung. Die vier Kostensenkungsmethoden lassen sich auf das Compliance Management anwenden.

156

Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands – Teil 2

Der Aufwand zur Erfüllung der Legalitätspflicht ist hoch und muss gesenkt werden. Vier Methoden stehen zur Verfügung. Vorgestellt wurden bisher im ersten Teil des Beitrages (CB 2016, 16 ff.) Arbeitsteilung, Standardisierung und Digitalisierung. Noch behandelt wird im folgenden zweiten Teil das Leerkostenmanagement.

162

Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 1

Die Presse weckt Zweifel an der Eignung von Auditoren und Prüfern, die Compliance-Systeme in Unternehmen zertifiziert haben und trotz Zertifikat durch Rechtsverstöße aufgefallen sind. Unternehmen und ihre Prüfer verlieren Vertrauen und Reputation. Die Risiken der Expertenhaftung für Schäden durch enttäuschtes Vertrauen steigen mit der Zahl derjenigen, die sich auf die Richtigkeit eines Zertifikats berechtigterweise verlassen haben. Der Zweck von Audits besteht gerade darin, dass Dritte auf die zertifizierten Prüfergebnisse vertrauen sollen. Aus „Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" können Auditoren gegenüber Dritten haften, obwohl keine vertragliche Beziehung besteht. Gegenüber dem zertifizierten Unternehmen haften Auditoren und Umweltgutachter für Schäden aus Vertrag. Die Haftungsvoraussetzung und die spezielle Interessenlage sollen im Folgenden beschrieben werden.

171

Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2

Gegenüber dem geprüften und zertifizierten Unternehmen haften Auditoren und Umweltgutachter für Schäden durch falsche Gültigkeitserklärungen und Testate wegen der Verletzung ihrer Pflichten aus dem Zertifizierungsvertrag. Sie können jedoch, auch ohne dass eine vertragliche Beziehung besteht, gegenüber Dritten unter den Bedingungen des „Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" haften, die von der Rechtsprechung ständig fortentwickelt werden. Nachdem sich der bereits erschienene 1. Teil dieses Beitrages (CB 2016, 284) insbesondere mit dem Haftungsrisiko von Auditoren und Prüfern gegenüber dem zertifizierten Unternehmen auseinandersetzte, widmet sich der nachfolgende 2. Teil der drohenden Haftung gegenüber Dritten und beschreibt deren Voraussetzungen.

179

Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil I

Spektakuläre Rechtsverstöße in Unternehmen liefern Hinweise auf das Kontrollversagen von Vorständen und Geschäftsführern. Die Erwartungen in effizientere Kontrollen durch Aufsichtsräte steigen. Die Presse thematisiert einen neuen Trend in der Praxis, der sogar als „Revolution in der Unternehmensführung" bezeichnet wird (Manager-Magazin 11/2016, 58, 60). Danach bekommt der Aufsichtsrat ein immer stärkeres Gewicht im Unternehmen. Er wird zum Mitentscheidergremium, zur Nebenregierung und übernimmt immer häufiger das Kommando. Diese Feststellungen in der Managementpresse veranlassen die folgende Analyse der Kontrollaufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat im Compliance-Management. Kontrolllücken müssen erkannt und geschlossen werden. Der Aufsichtsrat überwacht die Kontrollen durch Vorstände, Abschlussprüfer und Compliance-Beauftragte. Legal Tech bietet technische Hilfen zur Kontrolle der Legalitätspflichterfüllung an.
Die Haftung für Rechtsverstöße und strafrechtliche Sanktionen lassen sich vermeiden.

185

Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil II

Das Kontrollversagen von Vorständen und Geschäftsführern soll mit effizienteren Kontrollen durch Aufsichtsräte ausgeglichen werden. Kontrolllücken sind aufzudecken und zu schließen. Zu untersuchen sind die Aufgaben von Abschlussprüfern und Compliance-Beauftragten als Kontrollgehilfen des Aufsichtsrats sowie die Eignung eines Compliance-Management-Systems als formalisiertes Überwachungsinstrument zur Rechtsaufsicht für alle Kontrollverantwortlichen. Insbesondere ist zu untersuchen, wie alle offenen Rechtsfragen vollständig erfasst werden können, zu denen Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet sind, Rechtsrat einzuholen.

189

Das Rechtrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung

Bei eigener Rechtsunkenntnis sind Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet, Rechtsrat einzuholen, um Rechtsverstöße präventiv zu vermeiden. Diese unbestrittene Rechtspflicht wird in der Regel nicht eingehalten. Es kommt zu Rechtsverstößen in Unternehmen, weil sich die Verantwortlichen vorher nicht beraten lassen. Der Dunning-Kruger-Effekt bietet dafür eine psychologische Erklärung. Die eigene Rechtsunkenntnis zu erkennen, setzt Rechtskenntnisse voraus. Verkannt werden schon das Fehlen der eigenen erforderlichen Sachkunde zur Rechtsprüfung und damit der Anlass zur präventiven Rechtsberatung. Deshalb muss die präventive Rechtberatung auch ohne Anlass zur Routine und zur Pflicht werden. Mit zunehmender Digitalisierung der Rechtsanwendung wird diese Pflicht zumutbar. Bei sinkendem Aufwand steigen Komfort und Rechtssicherheit der präventiven Rechtsprüfung.

199

Mit Compliance-Management-Systemen zu verhaltensabhängigen Tarifen für D&O-Versicherungen

Die neue Empfehlung in 4.1.3 zum Compliance-Management-System im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) vom 07.02.2017 dient der präventiven Vermeidung von Rechtsrisiken durch pflichtgemäßes Verhalten der Führungskräfte. Dem gleichen Zweck dient die Pflicht zum Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG beim Abschluss einer D&O-Versicherung. Die Regelung soll verhaltenssteuernde Wirkung entfalten und Anreize für ein pflichtgemäßes Verhalten im Unternehmen schaffen. Effektive Compliance-Management-Systeme sichern das legale Verhalten im Unternehmen und senken damit das Risiko illegalen Verhaltens der Führungskräfte. Wenn Rechtsrisiken nachweislich gesenkt werden, sinkt damit auch das Versicherungsrisiko für den D&O Versicherer. Ein Compliance-Management-System wird mit der neuen Empfehlung und durch den Begründungszwang nach § 161 Abs. 1 S. 1 AktG (comply or explain) faktisch zur Pflicht trotz nomineller Freiwilligkeit.
Die Pflicht zum Compliance-Management-System ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.
Es stellt sich die Frage, ob der unausweichliche Complianceaufwand eine Senkung des Versicherungs-aufwands rechtfertigen kann und sich verhandeln lässt.

205

Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Compliance-Management-Systemen

Mit Compliance-Management-Systemen wird die Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern erfüllt. Danach müssen sie dafür sorgen, dass sie sich selbst und dass sich ihre Mitarbeiter im Unternehmen legal verhalten. Alle gesetzlichen Pflichten des Unternehmens müssen erfüllt und kontrolliert werden. Dabei gibt es keinen Entscheidungsspielraum. Beim Einhalten gesetzlicher und tariflicher Regelungen haben Organe kein Bestimmungs- und der Betriebsrat dementsprechend kein Mitbestimmungsrecht. Die Pflicht zum legalen Verhalten im Unternehmen verursacht keine Nachteile für Mitarbeiter, vor denen der Betriebsrat durch Mitbestimmung schützen müsste. Es ist davon auszugehen, dass im Gesetzgebungsverfahren die Interessen der Unternehmensmitarbeiter ausreichend berücksichtigt wurden. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zum Compliance-System würde bedeuten, dass im Ergebnis die Kontrollierten mitbestimmen könnten, ob und wie sie kontrolliert werden, dass sie sich pflichtgemäß verhalten.

211

Die Pflicht zur „erweiterten“ Compliance-Prüfung beim Jahresabschluss in Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung

Die gesetzliche Jahresabschlussprüfung nach § 317 Abs. 4 HGB umfasst nur die Prüfung eines Compliance-Management-Systems auf Eignung und Funktionsfähigkeit, nicht aber die Prüfung seines Vollzugs. Dies wird zu Recht als Lücke im Kontrollsystem kritisiert. Ob alle Unternehmenspflichten auch erfüllt und kontrolliert wurden, müssen Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB nicht testieren. Im Gegensatz dazu wird bei Unternehmen in privater Rechtsform mit öffentlicher Beteiligung der Jahresabschluss nach § 53 HGrG (Haushaltsgrundsätzegesetz) um die Vollzugsprüfung erweitert. Dazu zählen bspw. Flughäfen, Stadtwerke, Bahnunternehmen, Banken mit Bundes- und Landesbeteiligungen. Deren Compliance-Management-System ist nicht nur einer Systemprüfung sondern auch der erweiterten Vollzugsprüfung zu unterziehen.

219

Organisationslücken im Verhältnis zwischen Geschäftsleitung und Unternehmensjuristen als Ursache für unterschätzte Rechtsrisiken

In Unternehmen werden Rechtsrisiken häufig verkannt. Die Folgen sind Rechtspflichtverletzungen mit ruinö-sen Schadensersatzforderungen, Reputationsverluste, fallenden Aktienkurse, Kapitalvernichtung in Milliarden-höhe, Vorstände ohne Entlastung, drohende Organhaftung, und gefährdete Arbeitsplätze. Zu den Ursachen zählen Organisationsschwächen im Verhältnis von weisungsbefugten Vorständen und Geschäftsführern und weisungsabhängigen Unternehmensjuristen. Rechtsrisiken werden nicht präventiv, lückenlos und routinemä-ßig auf Rechtspflichten zur Risikoabwehr geprüft. Gesetzliche Regelungen fehlen. Durch vertragliche Rege-lungen über ein verbindliches Verfahren ist ein effektives Risikomanagement so zu sichern, dass mit präven-tiver Rechtsberatung Rechtsrisiken systematisch erfasst und durch Rechtspflichten abgewendet werden. Lösungshinweise ergeben sich aus §§ 1, 46 BRAO zur Garantie der Unabhängigkeit von Syndikus Anwälten in Rechtsfragen, aus Einzelfallentscheidungen des BGH und aus einem Rechtsvergleich mit den US-amerika-nischen „Model Rules of Professional Conduct“ für In-House Counsel. Typische Konflikte in Rechtsfragen zwischen Geschäftsleitern und Unternehmensjuristen sowie Compliance-Managern lassen sich durch acht-zehn Vertragsklauseln vermeiden.

223

Anwaltszwang bei Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“ nach RDG und BRAO

Zweifel an der Qualität der Complianceberatung werden durch die alarmierend hohen Schäden durch Rechts-verstöße geweckt. Die präventive Rechtsberatung im Rahmen eines Compliance-Management-Systems müss-te Krisen in diesem Ausmaß verhindern können. Erinnert werden soll deshalb an die gesetzlichen Vorgaben für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zur präventiven Vermeidung von Rechtsverstößen im Rahmen der Complianceberatung. Nach den §§ 1, 2, 3 RDG sind Nichtanwälten außergerichtliche Rechtsdienstleistungen verboten und nach § 3 BRAO nur Rechtsanwälten und Syndikusanwälten für das eigene Unternehmen erlaubt. Es gilt Anwaltszwang für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen, zu denen auch die Complianceberatung zählt, weil sie rechtliche Prüfungen des Einzelfalls erfordert. Verstöße gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz führen nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Beraterverträge mit Nichtanwälten und zum Verlust von Ansprüchen auf Leistung und Gegenleistung, zur Rückabwicklung von erbrachten Leistungen nach Bereicherungsrecht, zu Schadensersatz gegen nichtanwaltliche Berater im Fall von Schäden durch Falschberatung, zu Unterlassungs-ansprüchen von Mitbewerbern nach § 3 UWG und zu Geldbußen bis zu 50.000 EUR.

238

Die psychologische Erklärung des Widerstands gegen Compliance-Systeme durch die Reaktanztheorie

Mit Compliance-Maßnahmen werden Angestellten in Unternehmen Handlungsspielräume genommen. Rechts-pflichten schränken Freiheiten der Pflichtenträger erheblich ein. Regelmäßig kommt dagegen Widerstand auf. Die Reaktanztheorie erklärt psychologisch, wie diese Widerstände entstehen und wie sie zu überwinden sind. Reflexartig versucht danach jeder Mensch Einschränkungen seiner Freiheiten durch Widerstände unterschied-lichster Art wiederherzustellen, offen oder verdeckt, aktiv oder passiv, direkt oder indirekt. Die Reaktanztheorie macht Widerstände gegen Compliance als Organisationsrisiko psychologisch erklärbar, vorhersehbar und durch organisatorische Vorkehrungen vermeidbar.

252

Das neue IT-Sicherheitsgesetz 2.0

Das neue IT-Sicherheitsgesetz wurde vom Bundestag am 23.04.2021 verabschiedet und vom Bundesrat am 7.5.2021 gebilligt. Es enthält durch Änderungen des BSIG zahlreiche neue Pflichten für Unternehmen sowie Anforderungen an das Bundesamt für die IT-Sicherheit (BSI) zur Stärkung der IT-Sicherheit in Deutschland. Der Gesetzgeber betont, dass die Gewährleistung von Cyber-Sicherheit nicht statisch sein kann, sondern eine ständige Anpassung und Weiterentwicklung der Abwehrstrategien erforderlich ist. Die Erfahrungen aus der Anwendung des 1. IT-Sicherheitsgesetzes sowie den Erkenntnissen aus Cyberangriffen bestimmen die Neuregelungen des IT-Sicherheitsgesetzes.

260

Die Organisation der IT-Sicherheit in Unternehmen

Die Funktionsfähigkeit von IT-Systemen wird immer wichtiger für Unternehmen und die Versorgung der Bevölkerung durch staatliche und kommunale Einrichtungen. Hackerangriffe machen das Risiko für die IT-Sicherheit deutlich. Bedroht sind vor allem die Einrichtungen der kritischen Infrastruktur, durch die die Allgemeinheit mit Energie, Wasser, Lebensmittel, medizinischer Versorgung, Transport- und Verkehrs-leistungen versorgt wird. Mit dem IT-Sicherheitsrecht soll die Verfügbarkeit, die Unversehrtheit und die Ver-traulichkeit von Informationen gesichert werden. Ri-siken ergeben sich vor allem aus der steigenden Cy-berkriminalität. Die IT-Sicherheit muss organisiert werden. Die sechs Organisationspflichten eines Com-pliance-Management-Systems sind auch zum Schutz der IT-Sicherheit einzuhalten. Dazu müssen die Risi-ken für IT-Sicherheit erkannt, die Rechtspflichten zur Risikoabwehr ermittelt, auf Pflichtenträger delegiert, regelmäßig aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und do-kumentiert werden. Die IT-Sicherheit ist Teil eines Compliance-Management-Systems. Zu vermeiden ist der Vorwurf, durch Organisationsverschulden des Vor-stands sei die IT-Sicherheit gefährdet worden.

298

LEGAL-TECH – nur mit Anwälten

Zwei Smartlaw-Urteile von LG und OLG Köln mit unterschiedlichem Ergebnis im Vergleich mit der juristischen Methodenlehre.

294

Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durchdie neue DIN ISO 37301

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

307

Lieferketten-Compliance im Digitalen Zwilling

Die internationale Arbeitsteilung verbindet deutsche Unternehmen in global eng verflochtenen Lieferketten mit Zulieferunternehmen aus der ganzen Welt. Endprodukte entstehen in einem gedachten einheitlichen Herstellungsprozess aus einer Vielzahl von notwendigen Teilen unterschiedlicher Zulieferer. Über menschenrechtswidrige Arbeitsbedingungen am Anfang der Lieferkette berichtet die internationale Presse. Image und Reputation von Unternehmen entlang der Lieferkette sinken. Der freiwilligen Initiative zum Menschenrechtsschutz folgt nur ein Teil der Unternehmen. Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) verpflichtet deshalb alle Unternehmen sowohl durch die unternehmensinterne Organisationsanweisung als auch durch die unternehmensexterne Organisation durch Zulieferverträge, Einfluss und Druck auf ihre unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer auszuüben, Menschenrechte und Umwelt nach dem LkSG zu schützen.

313

Compliance und das Präventionsparadox als Organisationsrisiko mit Regelungsbedarf

Vor allem Compliance-Beauftragte und -Berater haben einen unverhältnismäßig hohen Argumentationsaufwand zu überwinden, um die verantwortlichen Organe von der Notwendigkeit und den Vorteilen eines Compliance-Management-Systems zu überzeugen. Vor jeder Entscheidung für ein Compliance-Management-System (CMS) muss lange argumentiert werden. Dabei wird auf die BGH-Rechtsprechung zurückgegriffen, werden die typischen Organisationsrisiken durch Fehlverhalten von Entscheidungsträger erläutert und zuletzt von der Krise der D&O-Versicherungen berichtet, die Managern keine Sicherheiten mehr bieten. Gerade unter betriebswirtschaftlich orientierten Geschäftsleitern wird darauf die Frage nach dem Nutzen für den Aufwand gestellt. Dieser ist nicht ohne Weiteres nachzuweisen, was durch das Präventionsparadox erklärt werden kann: Denn das Ergebnis eines CMS ist das Ausbleiben von Rechtsverstößen mit Schadensfolgen. Das kann dann leicht als Aufwand für nichts diffamiert werden kann. Der vorliegende Beitrag erläutert, dass deshalb ein dringender Regelungsbedarf zu den sechs Organisationspflichten besteht.

348

Auditverfahren: Compliance als Dauerpflicht

Alle Auditverfahrensvorschriften schreiben mit fast gleichem Wortlaut vor, das Management als oberste Leitung habe die dauerhafte oder fortdauernde Wirksamkeit des Compliance-Management-Systems (CMS) sicherzustellen. Verkannt wird diese Dauerpflicht, wenn Zertifikate nach Audits schon gegen die bloße Vorlage eines sog. „Rechtskatasters“ erteilt werden. Ein CMS wirkt nur dauerhaft, wenn einschlägige Rechtspflichten nicht nur einmalig ermittelt und im Audit vorgezeigt werden, sondern aktualisiert, delegiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden, und zwar dauerhaft. Ansonsten wird der Zweck des CMS nicht erreicht, Vorstand und Geschäftsführung vor dem Vorwurf des Organisationsverschuldens zu schützen sowie Beweise für den unvorhersehbaren Zeitpunkt von Rechtsverstoß und Schadenseintritt zu sichern. Für Organisationsverschulden haften Organe ihrer Gesellschaft. Ein Zertifikat ohne Prüfung der dauerhaften Wirksamkeit des CMS ist falsch und begründet die sog. „Expertenhaftung“ von Auditoren und Umweltgutachtern gegenüber der zertifizierten Gesellschaft und gegenüber Dritten, die auf die Richtigkeit des Zertifikats vertraut haben.

354

Typisches Fehlverhalten im Compliance-Management und die Erklärungen der Verhaltensökonomie[1]

Der Einsatz eines Compliance-Management-Systems bringt nur Vorteile für Unternehmen, Führungskräfte und Angestellte. Der eventuelle Vorwurf eines Organisationsverschuldens und die daraus folgende Haftung werden vermieden. Allerding kommt es in der Unternehmenspraxis zu Rechtsverstößen mit ruinösen Auswirkungen, weil es an einem effizienten Compliance-Management fehlt. Es bleibt die Frage, warum Führungskräfte mit dem Unterlassen eines Compliance-Management-System irrational und unvernünftig die inzwischen allgemein bekannten Nachteile in Kauf nehmen und nicht die Vorteile zu ihren eigenen Gunsten und zur Sicherheit des Unternehmens anstreben, die mit der Entscheidung zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems verbunden sind.

Die Gründe für irrationales und unvernünftiges Fehlverhalten zum eigenen Nachteil erklärt die moderne Verhaltensökonomie. Sie typisiert menschliches Fehlverhalten beim Entscheiden, macht es vorhersehbar und damit vermeidbar. Daniel Kahnemann hat 2002 als Begründer der Verhaltensökonomie, insbesondere der neuen Erwartungstheorie (Prospect Theorie) als Psychologe den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften erhalten. 2017 wurde aktuell Richard Thaler mit dem Nobelpreis zur Verhaltensökonomie ausgezeichnet. Die Forschungsergebnisse der Verhaltensökonomie lassen sich für das Compliance-Management nutzen, weil mit der Verhaltensforschung die Ursachen menschlichen Fehlverhaltens beim Entscheiden erklärt, vorhergesehen und schließlich deshalb auch vermieden werden können. Die Notwendigkeit von Compliance-Management-Systemen lässt sich nicht nur juristisch, sondern auch durch die Verhaltensökonomie psychologisch erklären und fördert dadurch die Meinungsbildung für den Einsatz eines Compliance-Management-Systems vor allem auch bei Führungskräften ohne eigene Rechtskenntnisse.

Menschliches Fehlverhalten, das Rechtsverstöße in Unternehmen verursachen kann, muss als vorhersehbares Rechtsrisiko wahrgenommen und präventiv durch die Organisation der Legalitätspflichterfüllung vermieden werden.

1. Die Vorteile eines Compliance-Management-Systems

Mit dem Einsatz eines Compliance-Management-Systems werden Rechtsverstöße und die dadurch verursachten Schäden an Vermögen und Reputation von Unternehmen vermieden. Darin besteht der Zweck eines Compliance-Management-Systems. Die Pflichten eines Unternehmens sind zu ermitteln, an Mitarbeiter zu delegieren, zu erfüllen, auf Erfüllung zu kontrollieren und zur Beweissicherung zu dokumentieren.

Mit einem Compliance-Management werden die sechs Organisationspflichten erfüllt, die Organisationsrisiken abgewendet und der Vorwurf des Organisationsverschuldens sowie die Haftung für dadurch verursachte Schäden verhindert.

Unterlassen Geschäftsleiter dagegen den Einsatz eines Compliance-Management-Systems, und kommt es deshalb zu Schäden durch Rechtsverstöße, haften sie nach ständiger Rechtsprechung für den Ersatz des Schadens. Aus den Urteilen zum Organisationsverschulden ergibt sich, dass die Organisationspflichten von Vorständen und Geschäftsführern

1. In der Fachzeitschrift Compliance-Berater sind acht Aufsätze zu typischen menschlichen Fehlverhaltensweisen erschienen. Sie stehen in einem thematischen Zusammenhang, der im Folgenden vorgestellt wird. Sie sollen insbesondere die juristischen Argumente für den Einsatz eines Compliance-Management-Systems ergänzen und die Akzeptanz vor allem auch bei Führungskräften ohne eigene Rechtskenntnisse verstärken:

Rack CB-Berater 4/2014 S. 104, Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation –
Das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen (Omission Bias);

Rack CB 5/2014, Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko;

Rack CB-Berater 6/2014, Der Conformation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko;

Rack CB-Berater 7/2014, Der Verfügbarkeitsfehler (Availability-Bias) als Organisationsrisiko;

Rack CB 10/2014, Mit Verhaltensforschern Entscheidungsprozesse verbessern;

Rack CB-Berater 8/2015, Das Organisationsrisiko der kriminogenen Verbandsattitüde - Teil 1 und

Rack CB-Berater 9/2015, Das Organisationsrisiko der kriminogenen Verbandsattitüde – Teil 2;

Rack CB-Berater 6/2017, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung;

- ERSTENS angeordnet,

- ZWEITENS angewendet,

- DRITTENS nachgewiesen und

- VIERTENS ständig verbessert werden müssen.[2]

Im Ergebnis lohnt sich ein Compliance-Management-System im Unternehmen. Der BGH hat zuletzt in seinem Urteil vom 9. Mai 2017 – I StR 265/16 in einem obiter dictum,

- ERSTENS den Einsatz eines Compliance-Management-Systems als „Pflicht" bezeichnet,

- ZWEITENS, erstmals auf dessen bußgeldmindernde Wirkung vor und

- DRITTENS vor allem auch nach einem Rechtsverstoß hingewiesen.

Wörtlich hat der BGH ausgeführt, „die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen worden ist".

Bei der Bußgeldbemessung will der BGH berücksichtigt wissen, „ob die Beteiligten in der Folge des Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet haben, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden."[3]

2. Compliance-Management-Systeme in der Unternehmenspraxis

Der Einsatz eines Compliance-Management-Systems in der Unternehmenspraxis ist allerdings noch nicht selbstverständlich. Dies ergibt sich aus den gerichtsbekannten Schadensersatzfällen durch Organisationsverschulden. Als häufigster Haftungsgrund erweist sich bei einer Analyse der Rechtsprechung das Unterlassen von Anordnung, Anwendung, Eignungsprüfung, Nachweis und Verbesserung der Unternehmensorganisation. Das Unterlassen gilt als Entscheidungsfehler und wird in der deskriptiven Entscheidungstheorie als „Omission Bias" beschrieben. Vorstände, Geschäftsführer und Compliance-Beauftragte müssen dieses typische Fehlverhalten als Entscheidungsfehler, als Rechtsrisiko erkennen, vorhersehen und präventiv durch organisatorische Anordnung korrigieren.

Das Unterlassen eines Compliance-Managements wurde zuletzt vom Landgericht München I am 10.12.2013 als Organisationsfehler zur Begründung eines spektakulär hohen Schadensersatzanspruchs von 15 Millionen verwendet. Diese Begründung beruht auf einer ständigen Rechtsprechung seit über 100 Jahren, seit dem Kutscherurteil des Reichsgerichts vom 14.12.1911.[4] Die klassischen Fälle zum Organisationsverschulden wurden von Matusche Beckmann analysiert.[5] Von 20 Fällen wurden in 17 die Risikoanalyse unterlassen und zwar in 10 die Risikoermittlung bei latenten Risikofaktoren und in 7 bei offenen Risikofaktoren. In 7 von 20 untersuchten Fällen wurde die Risikofrühermittlungspflicht nicht erfüllt. In 13 von 20 Fällen wurden die Organisationspflichten nicht daraufhin kontrolliert, ob sie geeignet sind, vollzogen wurden, und ob sie überhaupt funktionieren. In 7 der 20 untersuchten Fällen wurden nichtdelegationsfähige Organisationspflichten auf Mitarbeiter ohne Organstellung delegiert.[6]

---

2. RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil];
RG vom 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759 [Warenhaus-Urteil];
RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];
RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil];
RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil];
RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];
RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil];
BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];
BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil];
BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil];
BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil];
BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II];
BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil];
BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];
BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil];
BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil];
BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968 (1968) S. 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil];
BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];
BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil];

BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil];
BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];
BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil];
BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil];
BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968 (1968) S. 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil];
BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];
BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil];
LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, BB 2014, 850 m. BB-Komm. Grützner, BeckRS 2014,
17 (Neubürger); ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 (Libor-Manipulations-Entscheidungen); BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11 (Unternehmenszweckwidrige Derivate Geschäfte); NJW 2013, 1958, Rn. 22.; LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 (Schienenkartell-Entscheidung),

3. BGH vom 9. Mai 2017 – I StR 265/16, S. 46 Rn 118; Hastenrath, Das neue obiter dictum des BGH: CMS im Unternehmen lohnt sich, CB, 9/2017 vom 06.09.2017
4. siehe Fußnote 2
5. Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 82-92, siehe Fn. 3
6. Zur Analyse siehe Rack, Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko, S. 147, Fn. 16-20.

Aus der Analyse zur Rechtsprechung ergibt sich, dass sich die Organisationsfehler wiederholen und immer wieder die gleichen Rechtsverstöße begründen. Aus Fehlern wird nichts gelernt. Das Fehlermanagement versagt. Die Fehler werden nicht als Fehler behandelt und für die Zukunft vermieden, was im Folgenden durch den Hindsight-Bias (Rückschaufehler) erklärt wird.

Im Handbuch D&O-Versicherung und Managerhaftung von O. Lange findet sich eine Auflistung von Spitzenmanagern erfolgreicher Unternehmen, gegen die Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet wurden.[7] Es fällt auf, dass in keinem der pressebekannten Verfahren sich Manager auf eine präventive Rechtsprüfung im Rahmen eines Compliance-Management-Systems berufen, um eine Entlastung mit der Begründung des unvermeidbaren Verbotsirrtums nach § 17 StGB anzustreben. Geschäftsleiter könnten sich nämlich darauf berufen, dass sie für ihre Entscheidung Rechtsrat eingeholt haben und das Beratungsergebnis einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterzogen haben. Es bestünde die Möglichkeit, einen Rechtsverstoß als unvermeidbaren Verbotsirrtum mit schuldbefreiender Wirkung zu vertreten.[8] Offenbar finden jedoch juristische Vorsorgeuntersuchungen zur Vermeidung von Rechtsverstößen in der Unternehmenspraxis nicht statt. Aktuelle Fälle in Großunternehmen zeigen, dass Rechtsverstöße Rückstellungen in Milliardenhöhe mit ruinöser Wirkung auslösen können.[9] Eine präventive Rechtsberatung hätte sich gelohnt.

3. Enttäuschte Erwartungen durch irrationales Entscheidungsverhalten von Führungskräften

Von vernünftigen rational entscheidenden Geschäftsleitern wäre zu erwarten, dass sie ein Compliance-System anordnen, einsetzen und unterhalten, wenn es nur Vorteil bringt und gravierende Nachteile verhindert. Ein Verhalten zum eigenen Vorteil und zur Vermeidung von Nachteilen gilt als rational und vernünftig. Compliance-Management-Systeme müssten zur Selbstverständlichkeit werden. Von Vorteil wäre es, einfach nur der einschlägigen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden zu folgen und Rechtsrisiken zu meiden. Die Pflicht zum Compliance-Management-System ist in der neueren Rechtsprechung und Literatur anerkannt.[10] Inzwischen bestehen keine Zweifel mehr an der Pflicht des Vorstands zur Einrichtung und Unterhaltung eines effizienten Compliance-Management-Systems. Die Gegenansicht ist durch die neuere Rechtsprechung überholt.[11] Trotz dieser eindeutigen Rechtslage kommt es jedoch zu Rechtsverstößen und zum Organisationsverschulden mit erheblichen Schadensersatzfolgen. Die Erwartungen an rationale Entscheidungen von Führungskräften in Unternehmen werden dadurch vielfach enttäuscht und widerlegt.

In der Praxis sind gegen die Anordnung eines Compliance-Management-Systems Einwände zu überwinden. Regelmäßig wird argumentiert, der Aufwand sei zu hoch, vernünftige Menschen im Unternehmen würden von sich aus sich legal verhalten und rechtliche Vorschriften einhalten. Nicht jedermann habe eine juristische Ausbildung und sei in der Lage offene Rechtsfragen zu erkennen. Rechtliche Vorschriften würden unternehmerische Aktivitäten behindern. Schließlich gehe das Geschäft vor. Im eigenen Unternehmen komme es außerdem erfahrungsgemäß nicht zu Rechtsverstößen.

Die Verhaltensökonomie liefert plausible Erklärungen und Empfehlungen für die Praxis, wie Fehlverhalten beim Entscheiden in der Unternehmensführung so früh wie möglich zu erkennen, vorherzusehen, und durch angemessene organisatorische Maßnahmen zu vermeiden ist. Nur wer die Ursachen irrationalen Entscheidungsverhaltens kennt, kann es auch verhindern.

Die Verhaltensökonomie typisiert mit psychologischen Erklärungen irrationales Fehlverhalten, das bei der Unternehmensführung zu Rechtsverstößen führen kann und Schäden verursacht.[12]

Die Verhaltensökonomie gewinnt an Bedeutung und begründet die Erwartung, überzeugende Argumente für den Einsatz des Compliance-Managements zu liefern. Ganz offensichtlich reichen die juristischen Argumente zur Überzeugung von Geschäftsleitern nicht aus, Compliance-Management-Systeme anzuordnen und zu praktizieren. Der Hinweis, dass ein Compliance-Management-System in einem BGH-Urteil als Pflicht bezeichnet wird und dass mit dessen Unterlassen Schadensersatzansprüche begründet werden, sind geeignet, Juristen zu überzeugen. Sie können aufgrund ihrer Ausbildung die Bedeutung ermessen, welche Folgen es hat, entgegen einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung Entscheidungen zu treffen. Die Überzeugungskraft juristischer Argumente wirkt unter Juristen. Anwälte und Richter lassen sich mit Hinweisen auf die BGH-Rechtsprechung und eine herrschende Literaturmeinung überzeugen.

Vorstände und Geschäftsführer sind in der Regel keine Juristen und auf die rechtliche Beratung angewiesen, welche Rechtsfolgen zu erwarten sind, wenn Rechtspflichten aus Gesetzen und höchstrichterlicher Rechtsprechung verletzt werden. Schließlich kommt hinzu, dass juristische Laien zunächst von ihrem rechtlichen Beratungsbedarf überzeugt werden müssen. Juristische Kompetenz darf bei Managern nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Sie mit juristischen Argumenten überzeugen zu wollen, bedeutet, sie zu überfordern, weil sie nicht dazu ausgebildet sind, juristische Argumente nachzuvollziehen und die rechtlichen Konsequenzen zu gewichten. Dabei sind sie auf juristische Beratung angewiesen. Der Beratungsbedarf muss zunächst erst erkannt und begründet werden. Diese Hürde ist ein organisatorisches Problem.

---

7. O. Lange, D&O-Versicherungen und Managerhaftung, Handbuch 2014, S. 32, Anm. 81.
8. Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – ein Chimäre? HRRS 2013, S. 456.
9. Die Rückstellung im Diesel-Skandal bei VW belaufen sich auf 25,1 Milliarden Euro (Quelle: FAZ 29.09.2017)
10. ArbG Frankfurt am Main Urt. v. 11.09.2013, 9 Ca 1551.13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13. [Libor-Manipulations-Entscheidung]; LAG Düsseldorf Urt. v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14; ZIP 2015, 829-833 [Schienen-kartell-Entscheidung]; LG München I Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10; NZG 2014, 345, 346 [Neubürger-Entscheidung].
11. Winter, in Kindler u.a. (HRSG), FS Hüffer, 2010, S. 1105; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91, Rn. 48; Moosmayer, Compliance, 2. Aufl. 2012, S. 16
12. H. Beck, Behavioral Economics, Eine Einführung, Lehrbuch, 2014

Die Verhaltensökonomie liefert die Ursachen für typische Fehlverhaltensweisen. Warum die Notwendigkeit von Anordnungen zum Compliance-Management-System verkannt wird, lässt sich mit der neuen Erwartungstheorie nach Kahnemann (Prospect Theorie) erklären. Warum Entscheidungsträger grundsätzlich zum Unterlassen und zur Vermeidung von Entscheidungen neigen und deshalb Compliance-Management-Systeme nicht anordnen, lässt sich außerdem mit dem Omission-Bias erklären.

Warum keine präventive rechtliche Beratung vor Entscheidungen aus Routine auch ohne Anlass im Unternehmen von Geschäftsleitern eingeholt wird und der juristische Beratungsbedarf bei Führungskräften in der Regel verkannt wird, erklärt der Dunning-Kruger-Effekt.

Warum Risiken im Unternehmen unterschätzt werden, insbesondere warum nicht nach unbekannten Risiken recherchiert wird, sondern nur schon bekannte Risiken erfasst werden erklärt der Availability-Bias. Er rechtfertigt die erschöpfende Recherche nach allen Risiken in allen verfügbaren Informationsquellen.

Warum kontroverse Prognosen zum künftigen Schadensgeschehen nicht widerlegt (falsifiziert), sondern falsch behandelt werden, lässt sich mit dem Conformation-Bias (Bestätigungsfehler) erklären. Insbesondere wird immer wieder erfolglos versucht, künftige Geschehensverläufe zu beweisen, anstatt sie zu widerlegen, wodurch Risiken und die Pflichten zu ihrer Abwehr verkannt werden.

Die Verhaltensökonomie erklärt mit dem Hindsight-Bias (Rückschaufehler), warum sich die gleichen organisatorischen Fehler wiederholen und aus Fehlern nicht gelernt wird, was sich an der ständigen Rechtsprechung zu den immer wieder gleichen sich wiederholenden Organisationsfehlern erkennen lässt. Der Hindsight-Bias rechtfertigt die Dokumentation von Entscheidungsgründen und ein Fehlermanagement zur Vermeidung künftigen Fehlverhaltens.

Mit der „kriminogenen Verbandsattitüde“ wird das Fehlverhalten erklärt, dass Mitarbeiter eines Unternehmens gegen Rechtspflichten verstoßen, weil sie im Interesse des Unternehmens zu handeln glauben. Dieses typische vorhersehbare Fehlverhalten durch „nützliche Rechtsverstöße“ rechtfertigt die Anordnung zum ausnahmslos legalen Verhalten ohne Rücksicht auf sonstige Interessen des Unternehmens. Insbesondere dürfen geschäftliche Interessen keine Rechtsverstöße rechtfertigen. „Nützliche Rechtsverstöße“ sind ausgeschlossen.

5. Die Notwendigkeit von Anordnungen zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems nach der neuen Erwartungstheorie (Prospect Theorie)[13]

Legales Verhalten wird als Selbstverständlichkeit von Mitarbeitern im Unternehmen erwartet. Nach den Erfahrungen mit Rechtsverstößen in Industrieunternehmen und den dadurch verursachten Schäden erweist sich die Erwartung als widerlegt und unbegründet, wonach Geschäftsleiter sich grundsätzlich rational entscheiden und zwar zum eigenen und zum Vorteil des Unternehmens, indem sie alle ihre Entscheidungen danach prüfen, ob sie legal sind und in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung stehen. Würde man davon ausgehen können, dass sich jeder Geschäftsleiter legal verhält und Nachteile durch Rechtsrisiken meidet, müsste legales Verhalten im Unternehmen nicht ausdrücklich angeordnet werden. Ein Compliance-Management-System zu unterhalten, wäre selbstverständlich, vernünftig und rational.

Der Verhaltensökonomie verdanken wir die Erklärung dafür, dass auf Anordnungen zu legalem Verhalten nicht verzichtet werden kann.

Bisher galt das vorherrschende Menschenbild vom Homo Oeconomicus. Nach diesem Modell denkt und handelt jeder Mensch rational, immer nur zu seinem eigenen Vorteil, nie zum eigenen Nachteil. Als vernunftbegabtes Wesen macht er von Natur aus immer alles richtig und ist weder auf Anordnungen, Anregungen noch auf Bevormundungen angewiesen. Nach diesem bisher vorherrschenden Modell eines Entscheidungsträgers könnte konsequent jeder Einmischung und jeder Anordnung zu legalem Verhalten als paternalistische Bevormundung zurückgewiesen werden und es wäre selbstverständlich, sich immer nur legal zu verhalten, Rechtsrisiken zu meiden, der Rechtsprechung zu folgen und jeden Nachteil illegalen Verhaltens zu meiden. Der Nobelpreisträger von 2017 Richard Thaler vertritt die Ansicht, dass ein Modelwechsel notwendig ist. Die Grundannahme dieser neuen Richtung der Verhaltensökonomie besteht darin, dass der Mensch von Natur aus gerade kein rational handelndes Wesen ist. Vielmehr lässt er sich beeinflussen, neigt zur Untätigkeit, erkennt seine Vorteile nicht und ist auf Anordnungen angewiesen, das Richtige zu tun, zu seinem eigenen Nutzen und Vorteil und zum Wohl der Allgemeinheit.[14]

Die descriptive Entscheidungstheorie hat die Entscheidungspraxis mit dem Ergebnis erforscht, wonach rationale Entscheidungen zum eigenen Vorteil nicht zu erwarten sind, dass es vielmehr beim Entscheiden zu menschlichem Fehlverhalten kommt. Unterscheiden lassen sich inzwischen 28 typisierte Entscheidungsfehler. Das Fehlveralten weicht von dem zu erwartenden rationalen Verhalten und dem bisherigen Verständnis ab, dass mit jeder Entscheidung immer der eigene persönliche Nutzen und Vorteil verfolgt wird.[15] Dieser Modelwechsel wurde durch Daniel Kahnemann mit der neuen Erwartungstheorie (Prospect Theory) angestoßen. Er hat untersucht, wie menschliche Entscheidungen von den Regeln

13. Thaler/ Sunstein, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 16, 20; Nienhaus, Die Blindgänger, warum Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 132. H. Beck, Behavioral Economics , 2014, S. 101 f.
14. Elger, Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von Mitarbeitern, 2009, S. 37; Wieduwilt, „Juristen auf den Spuren der Unvernunft“, FAZ vom 5.1.2009. Eisenführ/ Weber, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 366–372. Thaler/ Sunstein, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 18; Ariely, Denken hilft zwar, nützt aber nichts, warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen, 2008, S. 285; Ea-gleman, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 189, Eagleman geht auf die Konsequenzen für das Rechtssystem durch das Bestreiten der Willensfreiheit ein; Beck, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 7; Lehrer, Wie wir entscheiden, das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 14
15. Kahnemann, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, S. 26 f. u. 508-513, Die Originalver-öffentlichung von 1979 zur Prospect Theorie ist abgedruckt

der Rationalität abweichen und was Organisationen tun können, um Entscheidungen zu verbessern, die Angestellte in ihrem Auftrag treffen.[16]

Wer also glaubt, ohne die Anordnung eines Compliance-Management-Systems im Unternehmen auskommen zu können, weil die Angestellten, insbesondere die Führungskräfte immer rational und zum eigenen und zum Vorteil des Unternehmens handeln, könnte konsequenterweise auf Anordnungen verzichten und sie für überflüssige Bevormundungen halten. Wer den Erkenntnissen der neueren Verhaltensökonomie folgt, wonach systematisch irrationales Verhalten von Führungskräften zu erwarten ist, muss Anordnungen zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems treffen.

Die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden bestätigt das Forschungsergebnis der Verhaltensökonomie. Die gleichen Fehler werden immer wiederholt. Aus Fehlern wird nicht gelernt. Offenbar meinen Unternehmensleiter, die Mitarbeiter würden sich rational verhalten und seien zur Selbstorganisation in der Lage. Aus der Rechtsprechung seit 1911 ergibt sich, dass ohne Anordnung Organisationspflichten nicht erfüllt werden, insbesondere betreibt niemand im Unternehmen freiwillig eine Risikoanalyse und formuliert Rechtspflichten zur Abwehr von Unternehmensrisiken. Das Unterlassen der Anordnung einer Aufsichtsorganisation ist der häufigste Fehler im Unternehmen. In zwanzig der untersuchten klassischen Fälle zum Organisationsverschulden wurde die Aufsichtsanordnung unterlassen.[17] Entweder fehlte die Anordnung ganz oder war lückenhaft oder hat im konkreten Schadensfall versagt. Das Organisationsverschulden wurde in allen zitierten Entscheidungen mit dem gleichen Organisationsfehler begründet, nämlich dem Unterlassen einer Anordnung zur Aufsichtsorganisation, zuletzt in der Neubürger Entscheidung des LG Münchens I im Urteil vom 10.12.2013. Unterlassen wird insbesondere zunächst die Anordnung zur Risikoanalyse.[18] Ohne Risikoanalyse besteht kein Anlass, Rechtspflichten zu ermitteln, sie auf Verantwortliche zu delegieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Werden Organisationsregeln aufgestellt und wird aber die Anordnung unterlassen, diese Regelung auch anzuwenden, kann es zum Schaden durch Organisationsverschulden kommen. Unterlassen wird auch die Anordnung, rechtserhebliche Informationen zu beschaffen und die Organisation des Wissensmanagements, insbesondere die Rechtspflichten zu ermitteln und zu delegieren und für Abfragen verfügbar zu halten.[19] Die Rechtsprechung über 100 Jahre zum Organisationsverschulden zeigt, ohne Anordnung und ständige Überwachung betreibt niemand eine Unternehmensorganisation zur Erfüllung der Legalitätspflicht. Der komplexe Vorgang der Organisation legalen Verhaltens im Unternehmen, angefangen von der komplizierten Risikoanalyse, der Ermittlung von Risikofaktoren im Unternehmen, der Erfassung von Rechtspflichten zur Abwendung der Risiken, der Delegation der Pflichten auf Verantwortliche zur Erfüllung der Pflichten und die Organisation ihrer Kontrollen durch die Unternehmensleitung werden von den Mitarbeitern nicht freiwillig oder auf eigene Initiative betrieben, sondern wenn überhaupt nur durch klare Anordnungen der Unternehmensleitung. Ein Unternehmen organisiert sich nicht von selbst, wie etwa ein Bienen- oder Ameisenvolk aus genetischen Anlagen.[20]

Es bleibt die Frage, nachdem mit Hilfe der Verhaltensökonomie die Einsicht gewonnen wurde, dass auf Anordnung nicht verzichtet werden kann, warum eine Aufsichtsorganisation in Form eines Compliance-Management-Systems unterlassen wird und die notwendigen Anordnungen nicht getroffen werden.

6. Der Omission-Bias als Fehlverhalten und Organisationsrisiko

In allen klassischen Fällen der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden wurde die Anordnung einer Unternehmensorganisation zur Aufsicht unterlassen.[21] Das Unterlassen einer Anordnung gilt als häufigste Ursache für das Organisationsverschulden. Beim Unterlassen handelt es sich um die menschliche Neigung zur Untätigkeit. Wer trotz der sich wiederholenden Rechtsprechung zum Organisationsverschulden als Vorstand oder Geschäftsführer die Anordnung zur Organisation unterlässt und sich zu seinem eigenen Nachteil dem Vorwurf des Organisationsverschuldens aussetzt, zeigt ein typisches menschliches Fehlverhalten, das die Verhaltensforschung als „Omission-Bias“ kennzeichnet.[22] Diese typisierte Entscheidung ist als Allerweltsweisheit und Alltagsempfehlung bekannt: „Wer nichts macht, macht auch keine Fehler“. Der Omission-Bias beschreibt die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen an sich als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu 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 zwischen Unterlassen und Schaden wird als weniger eindeutig wahrgenommen, sodass man an die Chance glaubt, das Unterlassen als Ursache eines Schadens anzweifeln zu können. Wer eine Handlung unterlassen hat, fühlt sich selbst weniger für die Schadensfolgen verantwortlich.[23]

Der Omission-Bias muss von Compliancemanagern als typisches menschliches Fehlverhalten und als Risiko erkannt, einkalkuliert und durch Organisation korrigiert werden.

16. Zu verweisen ist auf die Rechtsprechung zitiert in Fußnote 2; Matusche-Beckmann, Organisations-verschulden, 2001, S. 82-92; H. Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 101 f.
17. OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung).
18. BGHZ 132, 30 - BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 (Wissensaufspaltungsentscheidung); BGHZ vom 15.04.1997, BGHZ 135, 202, XI ZR 105/96 (Scheckinkasso)
19. Nölke, Von Bienen und Leitwölfen: Strategien der Natur im Business nutzen, 2008, S. 117
20. Fußnote siehe 2
21. Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Auflage 2005, S. 320 sowie Eisenführ/Weber, Rationales Entscheiden, 4. Auflage 2003, S. 320
22. Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Auflage 2005, S. 191; H. Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 168
23. 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.

Wer intuitiv seiner Neigung zu unterlassen nachgibt und sich für das Unterlassen entscheidet, begeht einen folgenschweren Fehler. Der vermeintliche Vorteil erweist sich bei näherer Analyse als Nachteil. Jede fehlerhafte Aktivität zur Risikoabwehr ist besser als die bloße Untätigkeit aus Angst vor Fehlern, weil noch nicht einmal die Chance beim Unterlassen besteht, die Geschädigten und das Gericht später davon zu überzeugen, dass die Risikoabwehr kein Fehler war und im Zeitpunkt der Entscheidung zur Risikoabwehr keine anderen Alternativen möglich waren. Jede erfolglose Risikoabwehr, selbst wenn sie sich später als fehlerhaft herausstellen sollte, ist immer besser, als die Abwehr des Risikos erst gar nicht versucht zu haben. Sobald Führungskräfte im Unternehmen das Unterlassen als menschliches Entscheidungsfehlverhalten erkennen und vorhersehen, muss es durch ein verantwortungsvolles Management als Organisationsrisiko erfasst und wie jedes andere Risiko auch durch entsprechende organisatorische Anordnung vermieden werden.[24] Korrigieren lässt sich der Omission-Bias durch ausdrückliche Anordnungen, sich im Unternehmen legal zu verhalten, Rechtspflichten zu ermitteln, zu delegieren, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Erst wenn der Omission-Bias als typisches Fehlverhalten erwartet wird, nimmt die Einsicht zu, dass ohne Anordnung eines Compliance-Management-Systems mit legalem Verhalten der Mitarbeiter nicht gerechnet werden kann.

7. Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung[25]

Geschäftsleiter haben nach dem BGH in seiner ISION-Entscheidung die Pflicht, bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsrat zu offenen Rechtsfragen einzuholen und das Beratungsergebnis seiner eigenen persönlichen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.[26] Der Rechtssatz „Unkenntnis schützt nicht vor Strafe“ gilt als Allgemeingut, mit der unmissverständlichen Konsequenz, dass jeder seine Rechtspflichten kennen und sich im Fall der Unkenntnis rechtlich beraten lassen muss. Nach § 17 StGB besteht die Möglichkeit, sich zur eigenen Entlastung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu berufen. Dazu muss der Nachweis erbracht werden, Rechtsrat eingeholt zu haben und das Beratungsergebnis einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterzogen zu haben. In der Unternehmenspraxis fehlt es an der präventiven rechtlichen Prüfung von Rechtspflichten. Es fehlt an der präventiven Rechtsberatung. In allen pressebekannten Verfahren gegen Führungskräfte in Unternehmen beruft sich niemand auf den unvermeidbaren Verbotsirrtum nach einer nachweisbaren präventiven Rechtsberatung.

Eine Erklärung auf die Frage, warum Führungskräfte in Unternehmen keinen präventiven Rechtsrat einholen, sich Führungskräfte nicht präventiv rechtlich beraten lassen, bietet die Psychologie mit dem Dunning-Kruger-Effekt. Zu erklären ist die Frage, wie ein Geschäftsleiter ohne eigene Rechtskenntnisse offene Rechtsfragen erkennen soll, zu denen er Rechtsrat einholen muss. Offene Rechtsfragen zu erkennen, kann man nur ausgebildeten Juristen nicht aber juristischen Laien zumuten. Der juristische Laie erkennt seine juristische Inkompetenz erst gar nicht, weil ihm dazu die juristische Kompetenz fehlt. Die Kernthese zum Dunning-Kruger-Effekt lautet, dass das Erkennen von Inkompetenz die fehlende Kompetenz voraussetzt. Die Psychologen Justin Kruger und David Dunning haben 1999 diesem Effekt erstmals beschrieben „Unskilled and Unaware of It: How Difficulties in Recognizing One´s Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments.” Geschäftsleiter als juristische Laien erkennen ihren Rechtsberatungsbedarf erst gar nicht, überschätzen deshalb ihre rechtliche Kompetenz, behindern sich durch ihre verminderte Selbsteinschätzung und versäumen es, den erforderlichen Rechtsrat einzuholen.

Juristische Inkompetenz bei Geschäftsleitern führt zu Beratungsresistenz, zur juristischen Selbstüberschätzung und behindert bei der realistischen Einschätzung des Rechtsberatungsbedarfs. Juristischen Laien fehlen das Rechtsbewusstsein und damit auch das Unrechtsbewusstsein. Juristisch inkompetente Pflichtenträger sind sich ihrer Defizite nicht bewusst und sind nicht in der Lage, aus eigener Initiative Rechtsfragen zu stellen und Rechtsrat abzufragen. Der Hinweis auf die eigene Unkenntnis in Rechtsfragen zählt zu den häufigen und erfolglosen Entlastungsversuchen bei Geschäftsleitern. Juristen überfordern juristische Laien, wenn sie diese verpflichten, Rechtsrat einzuholen zu allen offenen Rechtsfragen, die sie unmöglich mangels juristischer Vorbildung erkennen können.

Der Dunning-Kruger-Effekt erweist sich als erhebliches Rechtsrisiko in Unternehmen durch Überforderung ihrer Führungskräfte in Rechtsfragen.

Rechtsfragen stellen sich nicht von selbst, sondern müssen von Juristen gestellt werden. In Frage kommen vor allem die unternehmensinternen Syndikusanwälte oder beauftragte unternehmensexterne Rechtsanwälte. Unternehmensanwälte begleiten in der Regel Stabsfunktionen und haben auf Grund ihrer beratenden Stabsaufgabe nicht die Zuständigkeit, aus eigener Initiative ungefragt und ohne Anlass Rechtsfragen zu stellen und zu prüfen. Geschäftsleiter dagegen haben zwar die Zuständigkeit und sogar die Pflicht, offene Rechtsfragen zu stellen und prüfen zu lassen. Ihnen fehlt jedoch die juristische Kompetenz, offene Rechtsfragen zu erkennen.

Der Dunning-Kruger-Effekt macht das Organisationsrisiko deutlich, das im Unternehmen offene Rechtsfragen oft ungeprüft und offen bleiben.

Compliance-Management-Systeme müssen diese Lücke schließen. Alle Unternehmenssachverhalte müssen ohne Anlass und nur aus Routine auf Rechtspflichten geprüft werden. Niemand kann mit herkömmlichen Mitteln prüfen, welche Unternehmenssachverhalte, welche Rechtspflichten auslösen. Dazu ist die Rechtslage zu komplex. Zu viele Unternehmenssachverhalte müssten an zu vielen Rechtsnormen geprüft werden.

Die Ermittlung von Rechtspflichten aus Routine wird erst durch den Einsatz eines Compliance-Management-Systems möglich,

24. Rack CB-Berater 6/2017, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung
25. BGH vom 20.09.2011- II ZR 234/09 (OLG Hamburg) NJW – RR, 2011, 1670 (ISION-Urteil)
26. Kahnemann, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 166.

das mit moderner Datenbanktechnik ausgestatte ist. Nur wenn der Datenbankinhalt die verfügbaren Rechtsquellen speichert und durch digitale Recherchetechnik die erforderlichen rechtlichen Informationen verfügbar hält und ein schneller Zugriff möglich ist, können Routineprüfungen zu allen Unternehmenssachverhalten durchgeführt werden. Die Legal-Tech-Lösung ermöglicht die Routineprüfung. Die herkömmliche Rechtsprüfung in Printmedien, gedruckten Gesetzes- und Urteilssammlungen würde den Prüfungsaufwand unverhältnismäßig hochtreiben. Im Ergebnis würde auf die präventive Rechtsprüfung mit der Begründung verzichtet, der Aufwand sei zu hoch.

Das Organisationsrisiko des Dunning-Kruger-Effekt lässt sich abwenden, indem die routinemäßige Prüfung aller Unternehmenssachverhalte angeordnet wird. Nur so lässt sich das Risiko vermeiden, dass eine offene Rechtsfrage nur deshalb verkannt wird, weil sie vom Geschäftsleiter mangels juristischer Kompetenz nicht erkannt und von Unternehmensjuristen mangels Befugnis nicht gestellt wird.

Möglich werden Routineprüfungen durch den Einsatz der Datenbanktechnik. Umfangreiche Sammlungen von Rechtsnormen können in einem einzigen Suchvorgang nach Regelungen zu Unternehmenssachverhalten durchsucht werden. Die moderne Recherchetechnik erlaubt es, in Sekunden Sammelrecherchen durchzuführen und dabei große Normsammlungen sowie Entscheidungssammlungen der Gerichte nach Fundstellen zu speziellen Unternehmenssachverhalten zu durchsuchen. Der Rechercheaufwand sinkt mit jedem Fortschritt der Recherchetechnik. Große Speicher mit juristischen Lösungen erlauben schnelle und umfangreiche Recherchen und deren automatische Dokumentation zum Beweis, dass präventiv rechtlich geprüft wurde. Die digitale Rechtsanwendung setzt allerdings große Sammlungen mit recherchierbaren Daten voraus.

Das Compliance-Management-System „Recht im Betrieb" enthält aktuell 16.600 Rechtsnormen und 7.000 Gerichtsurteile und einen Lösungsvorrat von typischen Unternehmenssachverhalten, die 2 Millionen mal mit Rechtspflichten verlinkt sind. Je größer die verfügbaren Rechtsquellen umso geringer ist das Risiko, eine Rechtspflicht zu übersehen.

8. Der Verfügbarkeitsfehler (Availability bias) als Organisationsrisiko und Ursachen für Rechtsverstöße

Rechtsrisiken werden in Unternehmen mit der Begründung unterschätzt, verdrängt und geleugnet, im eigenen Unternehmen komme es nicht zu Rechtsverstößen, auch nicht in der Vergangenheit. Es bestehe deshalb auch kein Anlass, Rechtspflichten zur Abwehr von Risiken zu ermitteln, die sich im Unternehmen niemand vorstellen könne. Unterschätzte Risiken sind die Ursachen dafür, dass keine präventive Rechtsprüfung stattfindet und offene Rechtsfragen übersehen werden. Der Complianceaufwand zur Risikoabwehr durch die Ermittlung und Erfüllung von Rechtspflichten erübrige sich deshalb, meinen irrtümlicherweise die Verantwortlichen. Dabei wird die Häufigkeit eines eventuell drohenden Schadens unterschätzt, insbesondere bei der Frage, ob ein Risiko als drohender Schaden häufig oder selten ist. Es handelt sich um den Verfügbarkeitsfehler (Availibility Bias).[27] Beim Schätzen werden Beispiele drohender Schäden aus dem Gedächtnis gebildet. Erweist sich das Erinnern an Schadensbeispiele als leicht und flüssig, kommen Mitarbeiter bei der Risikoanalyse 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 von Schadensereignissen und damit das Risiko abschätzen soll. Ob einem Risikomanager Beispielsfälle für Schadensereignisses einfallen, hängt nicht von deren Häufigkeit ab, sondern davon, ob ein Ereignis hervorstechend, einprägsam sowie salient ist und deshalb leicht in Erinnerung bleibt und schließlich aus dem Gedächtnis deshalb jederzeit abgerufen werden kann und nur deshalb überschätzt wird, weil es ein dramatisches Ereignis war, über das die Medien berichtet haben und das deshalb noch präsent ist, oder schließlich weil Beispielsfälle auf persönlichen einschneidenden Erfahrungen beruhen. Drohende Schäden werden geschätzt und nicht gezählt. Die Schätzung wird davon beeinflusst, ob die Schadensereignisse so markant waren, dass sie noch im kollektiven Gedächtnis haften geblieben sind.[28] Darin besteht der Verfügbarkeitsfehler. Das Unglück von Fukushima zum Beispiel war ein Einzelfall mit der Wirkung eines Serienfalls, weil dieses Schadensereignis so überwältigend, schockierend und unvergesslich erschien. Aus der schwere des Schadens wurde fälschlicherweise auf seine Häufigkeit geschlossen. Für seine Forschung zum Availibility Bias wurde der Psychologe Kahnemann mit dem Wirtschaftsnobelpreis 2002 ausgezeichnet.

Das Unterschätzen von Risiken beeinflusst auch die Ermittlungen von Rechtspflichten. Ob ein Risiko vorliegt, ist die Vorfrage dazu, ob ein geschütztes Rechtsgut einem Risiko ausgesetzt ist und dieses Risiko durch eine Rechtspflicht abzuwenden ist. Die Annahme eines Risikos hängt von einem Erfahrungssatz ab, ob sich aus einem Sachverhalt im Unternehmen ein Schaden an einem geschützten 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 der häufigen Behauptung zu erkennen ist, im eigenen Unternehmen passiere nichts, weil in der Vergangenheit auch nichts passiert sei. Der Risikomanager zeigt damit, dass er nur an das denkt, was

27. H. Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 38, 358, 359
28. Beck, Logik des Irrtums, 2008, S. 37.

er schon weiß.[29] Risiken kann man nicht erkennen, man muss sie sich denken. Risiken sind keine Fakten sondern Fiktionen. Die Annahme von Risiken setzt Erfahrung voraus. Beschränkt ein Risikomanager sich nur auf Erfahrungen aus seinem eigenen näheren Umfeld, insbesondere aus seinem Unternehmen ist diese Erfahrungsbasis zu schmal. Seine Vorstellungswelt entspricht nicht der wirklichen Welt.[30] Der Verfügbarkeitsfehler besteht darin, die Häufigkeit eines Schadenseintritts und damit das Risiko zu leugnen, weil dem Risikomanager keine Beispielsfälle eines Schadens eingefallen sind oder weil er erst gar nicht nach Beispielen gesucht hat. Er müsste recherchieren, sich Informationen beschaffen, Statistiken abrufen, Branchenerfahrungen ermitteln, die Vergangenheit nach Schadensereignissen erforschen und schließlich auch internationale Erfahrungen über bestimmte Schadensereignisse sammeln. Der Verfügbarkeitsfehler besteht darin, sich nur auf sein präsentes aber zu geringes Wissen zu verlassen. Er schließt von seinem eigenen Unternehmen auf die gesamte Risikolage. Die Zuverlässigkeit einer Stichprobe steigt mit der Menge der untersuchten Erfahrungen. Mit nur einem Einzelfall lässt sich kein Erfahrungssatz begründen.

Vorstände und Geschäftsführer sind nach ständiger Rechtsprechung für die Risikoanalyse zur Informationsbeschaffung verpflichtet. 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.[31] Für die Risikoanalyse sind „alle verfügbaren Rechtsquellen erschöpfend zu nutzen." Sämtliche erreichbaren Informationen sind einzuholen, in der konkreten Entscheidungssituation sind alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen.[32]

Die Entscheidungstheorie liefert mit dem Availibilty Bias den typisierten Entscheidungsfehler. 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, die Leichtigkeit der Erinnerung zu stützen und die Häufigkeit eines Schadensereignisses nur zu schätzen, sondern elektronische Medien als digitale Gedächtnisse und Speicher einzusetzen, darin zu recherchieren und nicht nur die Erfahrung des eignen Unternehmens und des eigenen beschränkten Erfahrungshorizonts, sondern die von möglichst vielen Unternehmen, einschließlich der historischen und internationalen Erfahrungen zu nutzen.

Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet auch den Gesetzgeber, bei seinen Entscheidungen sämtliche verfügbaren Erkenntnisquellen erschöpfend zu nutzen.[33]

Die Entscheidung von Gesetzgebung und Gerichten legen Rechtspflichten fest, die der Risikoabwehr dienen. Jede Rechtspflicht hat ihren Grund in der Annahme eines Risikos. Wo eine Rechtspflicht geregelt ist, wird auch ein Risiko vorausgesetzt. Jeder Normadressat muss den Verfügbarkeitsfehler bei rechtserheblichen Entscheidungen vermeiden. Auf keinen Fall kann er sich mit dem bloßen Hinweis entlasten, im eigenen Unternehmen sei nichts passiert, ohne zuvor alle verfügbaren Erfahrungsquellen ausgeschöpft zu haben.

Die Legal-Tech-Lösung erleichtert die Informationsbeschaffung erheblich. Das häufige Gegenargument des ungerechtfertigt hohen Aufwands für Compliance-Management-Systeme lässt sich durch den drastisch gesenkten Aufwand infolge der Digitalisierung und Standardisierung entkräften. In Listen zusammengefasste Sachverhalte lassen sich in einem einzigen Suchvorgang nach Rechtspflichten überprüfen. Der Zeitaufwand für Recherchen schrumpft auf Sekunden. Die Speicherkapazitäten für alle Rechtsquellen sind nahezu unbegrenzt, sodass das Risiko der lückenhaften Recherche sinkt. Unternehmenssachverhalt müssen nach Rechtspflichten einmal geprüft, einmal gespeichert und dann digital mit Hilfe der modernen Recherchetechnik wiedergefunden werden. Die aktuelle Datenbanktechnik erlaubt nahezu unbegrenzte Speicher- und Recherchekapazitäten. Bei der Risikoanalyse ist niemand mehr auf das menschliche Gedächtnis angewiesen. Vielmehr stehen umfassendere Informationsquellen zur Verfügung, die jederzeit nach allen Erfahrungen recherchiert werden können. Das Argument vom unverhältnismäßig hohen Complianceaufwand ist widerlegt und rechtfertigt nicht das Unterlassen eines Compliance-Managements. Der Availability-Bias wird vermeidbar. Die Häufigkeit von drohenden Schadensereignisses muss nicht mehr geschätzt, sondern kann recherchiert werden. Das Risiko wird gemessen und nicht mehr nur gefühlt.

29. RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];
RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];
BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];
BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151[Zinkdach-Urteil];
BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214[Bleiwaggon-Urteil];
BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960)S. 53 [Besitzdiener-Urteil];
BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil];
BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW (1968) S. 247 ff.[Schubstreben-Fall];
BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971)S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];
BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil];
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 AG 2010, 126, 128 (IKB-Entscheidung).

30. BGH v. 14.07.2008 - II ZR 202/07 (OLG München), NJW 2008, 3361; Kaulisch, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223
31. BVerfG v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77; BVerfGE 50, 299, 333; BB 1979, 398 (Mitbestimmungs-urteil).
32. Dobelli, Die Kunst des klaren Denkens, 2011, S. 29-36
33. Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 42-62; Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung, 2. Auflage, 2005, S. 189; Dobelli, die Kunst des klaren Denkens, 52 Denkfehler, die sie besser anderen überlassen, 2011, S. 29-36

9. Das Fehlverhalten des Confirmation-Bias (Bestätigungsfehler) als vermeidbares Organisations- und Rechtsrisiko

Risiken dürfen nicht verkannt werden, weil ansonsten kein Anlass zur Ermittlung von Rechtspflichten zu ihrer Risikoabwehr besteht. Der Confirmation-Bias ist ein weiterer häufiger Fehler bei der Risikoanalyse. In der populären Lebensberatungsliteratur wird der Confirmation-Bias als der „Vater aller Denkfehler“[34] bezeichnet. Es handelt sich um die menschlichen Neigungen, neue Informationen so zu interpretieren, dass sie mit unseren bestehenden Theorien, Anschauungen, Überzeugung vereinbar sind. Neue Informationen, die unseren bestehenden Ansichten widersprechen, werden häufig ausgefiltert. Tatsachen hören jedoch nicht auf zu existieren, nur weil sie ignoriert werden.[35] Der Fehler des Conformation-Bias oder auch der Bestätigungsfehler kommt dann vor, wenn über Risiken gestritten wird. Risiken sind Schadensprognosen. Sie lassen sich leicht bestreiten, weil sie nicht bewiesen werden können. Risikoaussagen betreffen immer die Zukunft, die sich nicht beweisen lässt. Wer schon bei der Risikoanalyse das Risiko bestreitet, kann konsequent auch die Notwendigkeit der Rechtspflicht bestreiten, die der Abwehr des Risikos dient. Wird ein Risiko verkannt, unterbleibt auch die Prüfung der Rechtpflicht zur Risikoabwehr.

Zum Confirmation-Bias gehört es, nach Beweisen für Risiken zu suchen, wenn die zu Grunde liegende Schadensprognose und der Erfahrungssatz bestritten werden, mit denen die Schadensprognose begründet wird. Der Confirmation-Bias führt dazu, dass Vorurteile schnell gefasst werden, an ihnen festgehalten wird und nach allen Argumenten zu ihrer Bestätigung gesucht wird, anstatt zu versuchen, das Vorurteil zu widerlegen. Sich selbst zu widerlegen, widerspricht jedem Gefühl und jeder Intuition. Die eigene Hypothese zu falsifizieren ist kontraintuitiv. Es besteht eine nachweisebare Tendenz, die eigenen Vorurteile bestätigt zu sehen. Es ist das menschliche Fehlverhalten der Rechthaberei. Jeder will seine eigene Wette gewinnen und mit dem Recht behalten, was er vorhergesagt hat. Es ist erwiesen, dass der Confirmation-Bias unbewusst bleibt.[36] Widersprechen sich Erfahrungssätze, konkurrieren sie um Geltung. Zu klären ist die Frage bei konkurrierenden Schadensprognosen, welche gilt und welche widerlegt ist. Widerlegbare Prognosen werden verkannt, weil nur ihre Bestätigung und nicht ihre Widerlegung versucht wird. Menschen suchen nach der Bestätigung für ihre Meinung und denken nicht darüber nach, welche Argumente gegen ihre Ansicht sprechen. Der Volksmund erklärt diese Neigung mit dem Tunnelblick.[37] Der Confirmation-Bias bedeutet, Informationen selektiv aufzunehmen und zu interpretieren. Nur was zum eigenen Vorurteil passt, wird aufgenommen. Die selektive Wahrnehmung besteht in der Neigung, Scheuklappen aufzusetzen und Fakten nur dann zu übernehmen, wenn sie bestehende Überzeugungen bestätigen.[38]

In jedem Entscheidungsverfahren muss jedoch nach Gegenargumenten gesucht werden. Nach der herrschenden Erkenntnistheorie lassen sich Theorien, die jeder Schadensprognose zu Grunde liegen, nicht verifizieren, sondern nur falsifizieren, d. h., nur widerlegen. Für die Entscheidungspraxis bei der Risikoanalyse muss deshalb gelten, nicht nach Beweisen, sondern nur nach Gegenbeweisen zu suchen, um die Geltung einer von zweien oder mehreren sich widersprechenden Theorien über einen drohenden Schadensverlauf zu bestätigen.

Das typische Fehlverhalten des Confirmation-Bias ist vorhersehbar und lässt sich durch organisatorische Maßnahmen vermeiden. Compliance Verantwortliche können in Unternehmen die Aufgabe übernehmen, in allen Entscheidungen

- ERSTENS die verwendeten Erfahrungssätze zu ermitteln, die in aller Regel nicht ausdrücklich formuliert werden,

- ZWEITENS diese Erfahrungssätze über drohende Schadensverläufe Gegenbeweisen auszusetzen und den jeweiligen Meinungsstand im Rahmen eines Entscheidungsverfahrens zu vertreten.

Die Vermeidung des Confirmation-Bias muss von Vorständen und Geschäftsführern als Organisationspflicht angeordnet werden.[39] Das Verkennen von Risiken und damit von Rechtspflichten zu ihrer Abwehr lässt sich vermeiden, indem man die Fehlerquelle, den Confirmation-Bias durch entsprechende Hinweise und Anordnungen für das Verfahren der Risikoanalyse vermeidet.[40]

10. Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde“ – Ein vermeidbares und vorhersehbares Fehlverhalten im Unternehmen als Rechtsrisiko

Nach der Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde kann schon die bloße Zugehörigkeit zu einem Verband oder zu einem Unternehmen kriminelles Verhalten auslösen. Unternehmensangehörige begehen danach strafbare Handlungen in aller Regel, um den Unternehmenszweck zu fördern, wodurch sich die Mitarbeiter im Dienst überpersönlicher Interessen fühlen, Gesetze missachten und das höher zu bewertende Gemeinschaftsinteresse verkennen, und dass Strafdrohungen deshalb keine Abschreckungswirkungen haben, weil sich der Einzelne der Verbandsgemeinschaft und seinem Unternehmen gegenüber tiefer verpflichtet fühlt als der staatlichen Gemeinschaft, zu der ein weniger enges Verhältnis hat, als zu seinem Verband. Unternehmensmitarbeiter lassen sich bei ihrem illegalen Verhalten zu Gunsten des Unternehmens von dem Grundsatz leiten, „Geschäft geht vor“. Sie verhalten sich aus altruistischen Motiven zum Vorteil ihres Unternehmens illegal, was sie zu

34. Dobelli, Die Kunst des klaren Denkens, 2012, S. 35; H. Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 47, 370
35. Beck, Die Logik des Irrtums, Wie uns das Gehirn täglich ein Schnippchen schlägt, 2008, S. 53
36. Lehrer, Wie wir Entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 265
37. Thaler/Sunstein, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 3. Auflage, 2009, S. 18 Ariely, Denken hilft zwar, nützt aber nichts, warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen, 2008, S. 285; Eagleman, Incognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 189
38. Mehr zu diesem Organisationsrisiko mit Beispielen aus der Rechtsprechung, insbesondere zum Holzschutzmittelverfahren des BGH zur Entscheidung im Störfall in Borken mit 51 Toten nach einer Kohlenstaubexplosion findet sich im den Aufsatz: Rack „Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko“, CB-Berater 6/2014 vom 03.06.2014, S. 190-194.
39. Kaulisch, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler,2012, S. 223
40. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihre Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitsgesetz, 1979, S. 18, 19

ihrem eigenen persönlichen Vorteil niemals machen würden. Die Theorie beschreibt den Konflikt von Unternehmensmitarbeitern, entweder einen für seine Unternehmen nützlichen Pflichtverstoß zu begehen oder zum Nachteil des Unternehmens Rechtspflichten einzuhalten.[41] Die Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde lässt sich im Unternehmensalltag beobachten, wenn als populäres und intuitiv zunächst sehr einleuchtendes Verhaltensprinzip zitiert wird, „Geschäfte gehen vor", oder wenn Juristen vorgeworfen wird, sie würden als „Bedenkenträger Geschäfte kaputt prüfen". Die Zugehörigkeit zum Unternehmen senkt die Hemmschwelle. Das Individualstrafrecht verliert seine abschreckende generalpräventive Wirkung beim selbstlosen Straftäter, der nur zum Vorteil seines Unternehmens sich illegal verhält und nicht zum eigenen Vorteil handelt.[42] Die Unternehmenskriminalität ist ein international zu beobachtende Forschungsthema mit Ergebnissen aus 35 Jahren.[43] Mit Gruppendruck und Chorgeist wird das Phänomen der Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde umschrieben.

Vorstände und Geschäftsführer müssen bei der Organisation ihres Unternehmens und der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht dafür sorgen, dass ihre Mitarbeiter alle Rechtspflichten einhalten und der Neigung zur kriminogenen Verbandsattitüde als Organisationsrisiko wahrnehmen und präventiv illegales Verhalten von Mitarbeitern zum Vorteil des Unternehmens und zum Nachteil der Rechtsordnung abwenden. Der für das Unternehmen nützliche Rechtsbruch muss durch unternehmensinterne Sanktionen verhindert werden. Vor allem im Korruptionsbereich muss klar gestellt werden, dass durch Schmiergeld akquirierte Geschäfte unternehmensintern sanktioniert werden, selbst wenn sie dem Unternehmen geschäftliche Vorteile bringen. Der kriminogenen Verbandsattitüde lässt sich durch den konsequenten Einsatz eines Compliance-Management-Systems entgegenwirken. Indem in einem Unternehmen Compliance praktiziert wird, verdeutliche das Management, dass legales Verhalten Vorrang genießt. Die Theorie besagt, dass Vorstände mit illegalem Verhalten ihrer Mitarbeiter zu Gunsten des Unternehmens rechnen müssen. Schon die Gelegenheit von Delikten muss durch die Organisation ausgeschlossen werden. Die Rechtsprechung kennt die Erfahrung, dass Gelegenheit Diebe macht „und dass schon die Gelegenheiten ausgeschlossen werden müssen."[44]

Die kriminogene Verbandsattitüde gilt als empirisch nachgewiesenes Fehlverhalten im Unternehmen.[45]

Zu den Ursachen zählen die schon vorhandene kriminelle Attitüde im Unternehmen und die Rechtsgutsferne. Bei Wirtschaftsdelikten liegt das Schutzgut oft so fern, dass sich einzelne Mitarbeiter den Schaden und die Verletzung des Rechtsguts nicht vorstellen können, insbesondere bei abstrakten Gefährdungstatbeständen, auf die das individuelle Gewissen nicht anspricht. Hinzu kommt die existenzielle Abhängigkeit der Mitarbeiter vom Unternehmen, die die Neigung, illegalen Verhaltens zum Vorteil des Unternehmens fördert, wenn der Verlust des Arbeitsplatzes droht, wodurch das Wohl des Unternehmens und die eigene Existenz den Unternehmensmitarbeiter näher sind als die Rechtsordnung. Die kriminogene Ursache besteht auch darin, dass der altruistische selbstlose Straftäter sich gerade nicht egoistisch zu seinem eigenen persönlichen Vorteil verhält und dabei verkennt, dass Rechtsgüter Dritter verletzt werden. Der Irrtum kommt dann zum Ausdruck, wenn Mitarbeiter zu ihrer Entlastung darauf hinweisen, sie hätten sich nicht selbst bereichert und keine eigenen Vorteile durch ihr illegales Verhalten gewonnen.[46] Die diffuse Verantwortungslosigkeit durch Arbeitsteilung und die Vermeidung durch die Delegation von Rechtspflichten fördert ebenfalls kriminogenes Verhalten. Einzelne Mitarbeiter nehmen nur in Ausschnitten die Konsequenzen ihres Handelns war, weil ihnen der Überblick über das Ausmaß ihres Beitrags zu einem strafbaren oder schadensbegründeten Verhalten fehlt. Die Arbeitsteilung führt zur Teilung der Verantwortung. Mitarbeiter vertrauen darauf, dass sie von übergeordneten Organen und Vorgesetzten kontrolliert werden. Die Organe dagegen vertrauen darauf, dass sich Mitarbeiter wie selbstverständlich vernünftig, rational und legal verhalten. Auf Grund der Arbeitsteilung entsteht der Eindruck, dass niemand alleine für illegales Verhalten verantwortlich zu sein scheint, sondern auf Grund der Arbeitsteilung auch die Verantwortung sich auf alle Mitarbeiter verteilt und im Ergebnis die Arbeitsteilung zur geteilten Verantwortungslosigkeit führt.

Blockierte Informationen von der Arbeitsebene in die Führungsebene werden als weitere Ursachen für kriminogenes Verhalten beschrieben. Wer auf Grund seiner Meldepflichten über Risiken aus seinem Verantwortungsbereich seine Vorgesetzten informieren muss, hat die Neigung, nur positive Informationen zu liefern und negative Nachrichten so lange zurückzuhalten, bis sich die Probleme eventuell selbst gelöst haben.[47] Die Führungskräfte können mangels Informationen kein Krisenmanagement betreiben und die Risikoabwehr organisieren. Risiken sind Schadensprognosen und deshalb grundsätzlich schlechte Nachrichten, die den Überbringer in aller Regel als Bote eher benachteiligen als fördern. Informationsblockaden verhindern, dass Führungskräfte zu Tätern werden, weil sie nicht informiert sind. Die informierten Mitarbeiter unterer Hierarchiestufen sind dagegen keine Täter, weil sie keine Organe mit Organisationsherrschaft sind und keine Leitungsfunktionen im Sinne von § 14 Abs. 2 StGB erfüllen.[48] Verkannt wird dabei, dass Führungskräfte nach einer ständigen Rechtsprechung

41. Kaulisch, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler,2012, S. 223
42. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihre Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitsgesetz, 1979, S. 18, 19
43. Kölbel, Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde, ZIS 2014, 552
44. BGH vom 04.11.1953 – VI ZR 64/52: BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH vom 09.02.1960 – VII ZR 51/59, in: BGHZ, 32, 53 (Besitzdiener-Urteil)
45. Mehr zu den fünf wichtigsten Ursachen der kriminogenen Verbandsattitüde und ihre präventive Abwehr findet sich im Aufsatz, Rack, Das Organisationsrisiko der kriminogenen Verbandsattitüde – Teil 1 im CB-Berater 8/2015 vom 04.08.2015 und Teil 2 im CB-Berater 9/2015 vom 01.09.2015)
46. LG Nürnberg-Fürth, 24.11.2008 – 3 KLs 501 js 1777/2008, S. 130 (Feldmeyer-Siemens).
47. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 23
48. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 38

seit dem Kutscher-Urteil von 1911 des Reichsgerichts ein Informationsbeschaffungssystem als Organisationspflicht unterhalten müssen, wonach Mitarbeiter jeder Hierarchiestufe zur Meldung über Risiken verpflichtet sind.[49] Im Ergebnis kommt es nicht darauf an, was Führungskräfte über Rechtsrisiken im Unternehmen wussten, sondern was sie sich an Informationen hätten beschaffen müssen.

11. Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko und vermeidbares Fehlverhalten

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. Die Erfahrung des Rückschaufehlers ist als Volksweisheit bekannt, wonach hinterher immer alle schlauer sind. Der Rückschaufehler erweist sich als Risiko für die Unternehmensorganisation. Im Nachhinein werden von Gerichten Pflichten formuliert, wie ein Schaden hätte verhindert werden können. Es handelt sich um eine Rückwirkung der Rechtsprechung. Für jeden nicht noch so abwegigen Schadensverlauf lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten.[50] Ist ein Schadensverlauf erst einmal realisiert, wird er als vorhersehbar und vermeidbar beurteilt und die Verantwortung vorschnell zugeschrieben. Die Vorhersehbarkeit des tatsächlich eingetretenen Schadensverlaufs wird überschätzt und verfälscht das Urteil über die Sorgfaltswidrigkeit.[51]

Fischhoff hat durch Experimente den Hindsight-Bias (Rückschaufehler) nachgewiesen. Nachdem die 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 sie dem tatsächlichen Ausgang des Geschehens an. Personen sind nach einem Ereignis nicht mehr in der Lage, die Umstände zu beurteilen, wie sie es vor ihrer Kenntnis der Ereignisse getan haben. Sie überschätzen in der Rückschau systematisch ihre Fähigkeiten, das Schadensereignis vorhersehen zu können. Die Vorschau stimmt mit der Rückschau nicht überein.

Der Rückschaufehler wird zum großen Risiko in allen Fällen zur Haftung für eingetretene Schäden. Unternehmen müssen dieses Risiko abwenden. Die Kenntnis vom Ereignis eines Schadensverlaufs verändert immer die Wahrnehmung im Nachhinein.[52] Tritt ein Schaden durch unternehmerisches Verhalten ein, wird der Geschädigte immer behaupten, man habe den Schaden vorhersehen und vermeiden können. Der tatsächliche Eintritt des Schadens bestätigt zunächst die Behauptung des Geschädigten. Für jedes beklagte Unternehmen stellt der Rückschaufehler ein erhebliches Risiko dar. Jedes Unternehmen muss deshalb den Rückschaufehler mit allen Mitteln vermeiden. Dies gelingt nur dann, wenn das Wissen vor dem Schadenseintritt über dessen Wahrscheinlichkeit dokumentiert wird. Es kommt hinzu, dass nach § 93 Abs. 2 Satz 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.

Durch den Rückschaufehler gewinnt die Organisationspflicht große Bedeutung, schadensträchtige Entscheidungen zu dokumentieren, weil vorher nicht klar sein kann, wann der Schaden eintreten wird. Das nachträgliche Wissen darf einem Unternehmen nicht angelastet werden können. Nur durch die dokumentierte Analyse der Risiken, die von einem Unternehmen ausgehen, kann ein Streit über die Vorhersehbarkeit zu Gunsten des Beklagten Unternehmens entscheiden werden. Jedes Unternehmen muss damit rechnen, dass im Nachhinein hellseherische Fähigkeiten unterstellt werden und die Prognosefähigkeit zu seinen Lasten übertrieben wird. Der Rückschaufehler bevorzugt den Geschädigten und benachteiligt immer den für den Schaden in Anspruch genommenen, wenn dieser nicht durch Dokumentation nachweisen kann, dass der Schaden weder vorhersehbar noch vermeidbar war. Je kritischer eine Entscheidung ist, umso großer wird das Risiko eines drohenden Schadens, umso besser sollten Manager sie dokumentieren. Für die eventuell erforderliche Strafverteidigung hilft es, wenn später belegt werden kann, dass im Zeitpunkt der Entscheidung die Risiken sorgfältig abgewogen wurden.[53]

Der Rückschaufehler erklärt auch die Beobachtung, dass sich die gleichen Fehler beim Organisationsverschulden wiederholen, dass niemand aus der Rechtsprechung lernt und die Erinnerung 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 und damit das Verschulden am Fehler. 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 nicht für die Zukunft deren Prävention. Vorstände und Geschäftsführer die für die 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 Fehler als Schadensursache vorgeworfen wird, hat das Recht sich gegen diesen Vorwurf zu wehren und sein Verschulden und seine Haftung abzuwenden. Gleichwohl empfiehlt es sich für die Zukunft, den Fehler

49. RG vom 14.12.1911 – VI 75/11 Kutscher-Urteil RGZ 78, seit dem ständige Rechtsprechung
50. Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206; O. Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, S. 59 ausführlich zum Hindsight-Bias; H. Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 69; H. Beck, Behavioral Economics, 2014, S. 69
51. Feigen, manager magazin 5/2010, 122
52. Ausführlich ist das Thema dargestellt im Aufsatz Rack „Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko“ im CB-Berater 5/2014 vom 06.05.2014 S. 145-149.
53. Feigen, manager magazin 5/2010, 122

präventiv zu vermeiden, nach dem das Unternehmen den Schadenseintritt als Erfahrung machen musste. Ohne dieses präventive Fehlermanagement ist zu befürchten, dass sich alle Fehler wiederholen und die Schadensquoten nicht sinken. Vorbildliches Fehlermanagement findet sich bei Piloten. In Fehlersimulatoren werden die Fehler der Vergangenheit verfügbar gehalten. Fehlerfreies Verhalten wird an Fehlersimulatoren eingeübt, sodass schon aus Routine Fehler aus der Vergangenheit vermieden werden.

Aus den Erkenntnissen zum Rückschaufehler ergeben sich zwei Organisationspflichten.

- **ERSTENS** kann der Rückschaufehler nur durch ausführliche Dokumentation zur Beweissicherung über die wichtigen Entscheidungsgründe und die Risikoanalyse bei der Entscheidung verhindert werden.

- **ZWEITENS** lassen sich Fehler der Vergangenheit durch ein Fehlermanagement in der Zukunft vermeiden, indem die Fehler durch Fehlersimulatoren so trainiert werden, dass sich Fehler der Vergangenheit in der Zukunft durch die antrainierte Routine vermeiden lassen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Rückschaufehler 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 lässt[54].

Fazit:

Anlässlich der Verleihung des Nobelpreises 2017 an Richard Thaler sind die Ergebnisse der Verhaltensökonomie auf ihre Verwendbarkeit für die Unternehmensorganisation, insbesondere für Compliance-Management-Systeme zu würdigen. Die Verhaltensökonomie typisiert menschliches Fehlverhalten beim Entscheiden. Entscheidungsfehler werden damit vorhersehbar und vermeidbar. Kennt man typisches Fehlverhalten, kann die Unternehmensleitung durch organisatorische Maßnahmen präventiv dem Rückschaufehler entgegenwirken. Die Verhaltensökonomie liefert außerdem für die Meinungsbildung über die Unternehmensorganisation zur Vermeidung illegalen Verhaltens im Unternehmen überzeugende Argumente, die auf wissenschaftlich fundierten Forschungsergebnissen beruhen. Rechtliche Argumente lassen sich durch die Einsichten der Verhaltensforschung- und der Psychologie verstärken und versprechen höhere Überzeugungswirkung bei juristischen Laien. Mit rechtlichen Argumenten können allenfalls Juristen andere Juristen, Anwälte, Richter, Staatsanwälte, Syndikusanwälte überzeugen. Mit juristischen Argumenten sind dagegen Manager ohne eigene Rechtskenntnisse nur bedingt zu überzeugen. Juristische Argumente wirken unter Juristen, während Laien über die rechtlichen Konsequenzen ausführlich beraten werden müssen. Die Verhaltensökonomie kann einen Beitrag zur Verbesserung der Organisation des Compliance-Managements liefern. Vor Richard Thaler wurde 2002 dem Psychologen Daniel Kahnemann der Wirtschaftsnobelpreis für seine Forschungsergebnisse zur Verhaltensökonomie und insbesondere zum Availability-Bias (Verfügbarkeitsfehler) verliehen.

54. Ausführlich ist das Thema dargestellt im Aufsatz Rack „Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko“ im CB-Berater 5/2014 vom 06.05.2014 S. 145-149.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

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

„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 der 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

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].

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

Compliance Berater

CB

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

Compliance Berater

CB

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-

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

Compliance Berater

CB

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.

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

48

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.

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

Compliance Berater

CB

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

Compliance Berater

CB

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

Compliance Berater

CB

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

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

Schwerpunktheft Deutsche Compliance Konferenz

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.

81

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

Compliance Berater

CB

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

89

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

Compliance Berater

CB

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

Compliance Berater

CB

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

99

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

Compliance Berater

CB

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 Luft-VZO 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.

Qualitätssicherungssystem für Arzneimittelhersteller gem. Art. 6 der Richtlinie 2003/94/EG.
0) Managementsystem zum sicheren Betrieb einer Rohrfernleitungsanlage gem. § 4 Rohrfernleitungsverordnung.
1) Managementsystem für die Konformitätsbewertung energieintensiver Produkte gem. Art. 8 EU-Öko-Design-Richtlinie 2009/125/EG.
2) Qualitätsmanagementsysteme als Teil des Nachweises der EU-Konformität eines Produktes.
3) Richtlinie 2004/22/EG über Messgeräte.
4) Richtlinie 95/16/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Aufzüge.
5) Richtlinie 93/15/EWG zur Harmonisierung der Bestimmungen über das Inverkehrbringen und die Kontrolle von Explosivstoffen für zivile Zwecke.
6) Richtlinie 94/9/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Geräte und Schutzsysteme zur bestimmungsgemäßen Verwendung in explosionsgefährdeten Bereichen – ATEX 100.
7) Richtlinie 96/98/EG über Schiffsausrüstung.
8) Richtlinie 89/686/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für persönliche Schutzausrüstungen.
9) Richtlinie 93/42/EWG über Medizinprodukte.
0) Richtlinie 97/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Druckgeräte.
1) Richtlinie 2000/14/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über umweltbelastende Geräuschemissionen von zur Verwendung im Freien vorgesehenen Geräten und Maschinen.
2) Richtlinie 2006/42/EG über Maschinen.
3) Qualitätssicherungssystem für Blutspendeeinrichtungen nach Art. 11 Richtlinie 2002/98/EG.
4) Qualitätssicherungssystem für Gewebeeinrichtungen nach der Richtlinie 2004/23/EG.
5) Gute Laborpraxis in Chemielaboren gemäß Richtlinie 2004/10/EG.
6) Umweltmanagementsystem (EMAS-Verordnung 1221/2009).
7) Die Pflicht zur Anordnung von Aufsichtsmaßnahmen nach § 130 OWiG, um Zuwiderhandlungen zu verhindern oder zu erschweren.
8) 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]

. Die Anordnung einer Unternehmensorganisation nach der Rechtsprechung

eben den Vorgaben der Gesetzgeber haben Reichsgericht und Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine nternehmensorganisation

erstens angeordnet,
zweitens angewendet,
drittens nachgewiesen und
viertens ständig verbessert werden muss.[5]

le vier Voraussetzungen müssen vorliegen. Es reicht z. B. nicht us, 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.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

10 / 2014

Betriebs-Berater Compliance

7.10.2014 | 2.Jg
Seiten 353–396

EDITORIAL

Prof. Dr. Bartosz Makowicz
ISO 19600: United in Compliance | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Ulrike Glück, RAin
Länderreport China: Compliance – Corporate Governance und Wettbewerbsrecht | 353

Sylvia Schenk, RAin
Compliance und Sport | 359

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
CB-Test: Mit Verhaltensforschung Entscheidungsprozesse verbessern | 365

Dr. Claudia Milbradt, RAin, und **Dr. Dimitri Slobodenjuk**, RA
Compliance-Anforderungen an Forschungs- und Entwicklungsverträge | 370

Dr. Hans Markus Wulf, RA/FA IT-Recht, und **Clemens Burgenmeister**, RA
IT-Compliance beim Einsatz privater Hard- und Software am Arbeitsplatz (BYOD) | 374

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Johannes Traut, RA
Spannungsfeld Datenschutz und Compliance – Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen Compliance- und Datenschutzbeauftragten | 379

Jan Pohle, RA, und **Christoph J. Heuer**, RA
Software-Compliance: Sicher ist sicher im Fall eines Softwarelizenz-Audits | 384

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Rüdiger Werner, RA
Aktuelle Rechtsfragen der D&O-Versicherung | 388

Dr. Susana Campos Nave, RAin
Steuerfallen im Geschäftsalltag – Geschenke- und Bewirtungs-Richtlinien auf dem Prüfstand | 394

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Mit Verhaltensforschung Entscheidungsprozesse verbessern

Die „Projektgruppe Wirksam Regieren“ im Bundeskanzleramt greift auf Ergebnisse der Verhaltensforschung zurück, um Entscheidungsverfahren zu optimieren. Diese erklärte Absicht wurde in der aktuellen Tagespresse kritisiert. Die Kritik ist unbegründet. Vielmehr muss das Bemühen um verbesserte Entscheidungsverfahren, v. a. in der Wirtschaft, im eigenen Interesse als Muster und Vorbild für Entscheidungen von Managern begrüßt und unterstützt werden, weil Meinungen im Gesetzgebungsverfahren als auch bei Managemententscheidungen in Unternehmen in einem geordneten Verfahren gebildet werden können, um den Einfluss rationaler Argumentation zu steigern. Der größte Gewinn ist von der systematischen Vermeidung menschlichen Fehlverhaltens bei Organisationsentscheidungen zu erwarten, das Gegenstand der Verhaltensforschung ist.

I. Die aktuelle Diskussion

Die Bundesregierung folgt mit ihrem Projekt, Erkenntnisse der Verhaltensforschung für Entscheidungsverfahren zu nutzen, einem aktuellen Trend. Die englische und amerikanische Regierung haben sog. „Nudge Units“ gegründet. Sie rekrutieren Verhaltensforscher als sog. „Nudging-Experten“ zur besseren Regulierung. Die englische, amerikanische und deutsche Regierung stellen ihre Entscheidungsverfahren auf den Prüfstand. Die Grundlage des Trends ist das Buch des Verhaltensökonomen *Richard H. Thaler* und von *Cass R. Sunstein* von 2008 mit dem Titel „Nudge, wie man kluge Entscheidungen anstößt“. *Sunstein* leitet die Regulierungsbehörde als Chef im Weißen Haus und *Thaler* steht der „Nudge Unit“ in London vor. Die FAZ vom 27.8.2014 titelt „Kanzlerin sucht Verhaltensforscher, psychologische Lenkung für wirksames Regieren“. Die Bild-Zeitung liefert die Schlagzeile „Merkel will Psycho-Trainer anheuern“. Der Spiegel vom 1.9.2014 wirbt um Aufmerksamkeit mit dem kritischen Titel „Alchemie im Kanzleramt“. Für Compliance-Beauftragte in Unternehmen ist diese Diskussion um verbesserte Entscheidungsverfahren durch Verhaltensforschung von größtem Interesse. Die Entscheidungen des Gesetzgebers und die Entscheidungen eines Vorstands oder Geschäftsführers in einem Unternehmen sind in ihrer Struktur gleich. Es geht immer um die Entscheidung, ob ein Risiko anzunehmen und wie es abzuwenden ist. Zu legalem Verhalten ist jeder Vorstand und Geschäftsführer verpflichtet. Zu seiner Legalitätspflicht gehört es, sämtliche Rechtspflichten des Unternehmens zu kennen, sie einzuhalten und für deren Einhaltung durch seine Mitarbeiter zu sorgen. Bei dieser Entscheidung geht es um künftige ungewisse Geschehensverläufe, zwischen denen zur Annahme eines Risikos der verantwortliche Entscheidungsträger eine Wahl und damit eine Entscheidung treffen muss, ohne mit Sicherheit zu wissen, ob der Geschehensverlauf seiner Wahl sich tatsächlich als Risiko herausstellen wird. Jede Annahme eines Risikos enthält eine Entscheidung, weil in der Zukunft immer mehrere alternative Szenarien denkbar sind und deshalb eine Wahl getroffen werden muss.

Die Vorfrage bei der Ermittlung einer Rechtspflicht besteht darin, eine Schadensprognose abzugeben, ob ein Unternehmenssachverhalt an einem geschützten Rechtsgut einen Schaden in Zukunft verursachen kann. Bei dieser Entscheidung geht es um künftige Geschehensverläufe. Will ein Unternehmen im Gesetzgebungsverfahren meinungsbildend an der richtigen Stelle Einfluss nehmen, müssen sich Compliance-Beauftragte, Vorstände und Geschäftsführer ebenfalls mit dem Verlauf von Entscheidungsverfahren beschäftigen, um Einfluss an der richtigen Stelle nehmen zu können. Unter einem „Nudge“ werden Anstöße und Anregungen verstanden. Menschliches Verhalten soll jedenfalls angeordnet, angeregt und beeinflusst werden. Der Vorwurf des Paternalismus und der Bedrohung der Entscheidungsfreiheit ist unbegründet.

II. Ein Modellwechsel als Ausgangspunkt

Die aktuelle Diskussion zum Einfluss der Verhaltensforschung auf Entscheidungsverfahren lässt sich *nicht* ohne den Paradigmenwechsel zum bisher vorherrschenden Menschenbild vom Homo oeconomicus verstehen. Nach diesem Modell eines Entscheidungsträgers denkt und handelt jeder Mensch rational, immer zu seinem eigenen Vorteil, nie zum eigenen Nachteil. Weil der Homo oeconomicus nach dem Modell als vernunftbegabtes Wesen schon von Natur aus immer alles richtig macht, ist er weder auf Anweisungen, noch auf Anregungen, noch auf Bevormundungen angewiesen. Wer dieses Modell eines Entscheidungsträgers annimmt, könnte konsequent jede Einmischung und jede Anregung als paternalistische Bevormundung und Einschränkung der Entscheidungsfreiheit kritisieren.

Dagegen vertreten *Thaler* und *Sunstein* mit anderen die Ansicht, dass ein Modellwechsel notwendig ist. Ihre Grundannahme besteht darin,

dass der Mensch von Natur aus kein rational handelndes Wesen ist. Vielmehr lässt er sich leicht beeinflussen, verliert rasch die Übersicht, neigt zur Trägheit, weiß oft nicht, was für ihn von Vorteil ist und muss deshalb von außen dazu veranlasst werden, das Richtige zu tun, zu seinem eigenen Nutzen und Vorteil und zum Wohl der Allgemeinheit.[1] Die deskriptive Entscheidungstheorie hat durch die Beobachtung der Entscheidungspraxis erforscht, dass die Rationalität menschlicher Entscheidungen in Frage zu stellen ist, dass beim Entscheiden vorhersehbare Irrtümer und Entscheidungsfehler unterlaufen und sich menschliches Fehlverhalten inzwischen vorhersagen lässt. Die deskriptive Entscheidungstheorie unterscheidet inzwischen etwa 28 typisierte Entscheidungsfehler, denen menschliches Fehlverhalten deshalb zugrunde liegt, weil es von dem erwarteten rationalen Verhalten und dem bisherigen Verständnis abweicht, dass mit jeder Entscheidung immer der eigene persönliche Nutzen und Vorteil verfolgt wird.[2] Angestoßen wurde der Modellwechsel durch *Daniel Kahnemans* Veröffentlichung zur neuen Erwartungstheorie (Prospect Theory). Er hat untersucht, wie menschliche Entscheidungen von den Regeln der Rationalität abweichen und was Organisationen tun können, um Entscheidungen zu verbessern, die Angestellte in ihrem Auftrag treffen.[3] Die Ansicht vom systematisch vorhersehbaren irrationalen Verhalten wird durch die Neurowissenschaft belegt, die derzeit bestreitet, dass es überhaupt einen freien Willen gibt. Neurologen bieten den Nachweis an, dass das menschliche Gehirn Entscheidungen trifft, noch bevor der Entscheidungsträger sich seiner Entscheidung bewusst wird. Die Diskussion wird unter dem Begriff des „Bereitschaftspotenzials“ geführt.[4]

Je mehr die Willens- und Entscheidungsfreiheit bestritten wird und je mehr die Überzeugung wächst, dass Menschen unbewusst sich irrational zum eigenen Nachteil und nicht zum eigenen Vorteil verhalten, umso mehr kommt es auf „Nudges“ an, auf Anordnungen, die zu rationalen Entscheidungen, nämlich zum eigenen Vorteil führen. Die Bedeutung eines „libertären Paternalismus“[5] wächst.

Aus Anlass der aktuellen Diskussion sollen im jeweiligen Stadium des Entscheidungsverfahrens die vier häufigsten typischen Fehlverhalten behandelt werden. Sie wurden in einer Serie vorgestellt.[6]

III. Unterlassene Entscheidungen als Verhaltensfehler

Nach der Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern sind alle Rechtspflichten des Unternehmens zu ermitteln und alle Risiken zu erfassen, die vom Unternehmen ausgehen und durch Rechtspflichten abzuwenden sind. Die Legalitätspflicht und das Risikomanagement müssen durch entsprechende Entscheidungen organisiert werden. In allen Fällen zum Organisationsverschulden wiederholt sich der gleiche Organisationsfehler, das Unterlassen von Anordnungen organisatorischer Maßnahmen.[7] Gehen Vorstände und Geschäftsführer vom Modell des vernünftigen Homo oeconomicus als Mitarbeiter aus, müsste dieser sich immer vernünftig zum eigenen Vorteil und zum Vorteil des Unternehmens verhalten. Anordnungen zum Entscheidungsverhalten der Mitarbeiter und deren Überwachungen wären überflüssig. Ein Unternehmen mit ausschließlich vernünftigen Mitarbeitern müsste sich nach dem Modell des Homo oeconomicus so selbst organisieren, dass es erst gar nicht zu Schäden kommen kann.

Das systematische Unterlassen von Anordnungen zu organisatorischen Maßnahmen widerlegt die These vom ausnahmslos rationalen Verhalten des Menschen. Die menschliche Neigung zum Unterlassen und zur Untätigkeit begründet die Verhaltensforschung mit dem „Omission Bias“[8]. Handlungen werden an sich als riskanter aufgefasst als nichts zu tun. „Wer nichts tut, macht auch nichts falsch“, ist die landläufige Verhaltensregel dazu.

Als Konsequenz der Einsicht zum Omission Bias ist im Entscheidungsverfahren zu beachten, dass Entscheidungen als notwendig angesehen werden, getroffen, angeordnet und nicht verschleppt werden. Vor allem darf in Unternehmen niemand erwarten und darauf vertrauen, dass Mitarbeiter aus eigener Initiative rationale Entscheidungen zum eigenen und zum Vorteil des Unternehmens treffen. Erwartungen an eigene Initiativen und freiwillige Leistungen sind unbegründet. Die Erkenntnisse zum Omission Bias aus der Verhaltensforschung lassen nur den Schluss zu, dass jede organisatorische Maßnahme eigens entschieden und angeordnet werden muss.

Das Gleiche gilt für das Gesetzgebungsverfahren. Ohne gesetzliche Anordnungen kann nicht damit gerechnet werden, dass sich alle zum eigenen und zum Vorteil der Gemeinschaft koordiniert verhalten.

IV. Die Struktur von Entscheidungen

Um Entscheidungsfehler aufdecken zu können, muss man wissen, wie Verantwortliche beim Entscheiden denken. *Thaler/Sunstein* unterscheiden zwei Arten des Denkens, eine intuitiv-automatische und eine reflektierend-rationale.[9] Diese Analyse findet sich auch in anderen Darstellungen zur Entscheidungstheorie.[10] Nach dem

1 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 16, 20 (Klappentext); *Nienhaus*, Die Blindgänger, warum Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 132.

2 *Elger*, Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von Mitarbeitern, 2009, S. 37; *Wieduwilt*, „Juristen auf den Spuren der Unvernunft“, FAZ vom 5.1.2009. *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 366–372. *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 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; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 7; *Lehrer*, Wie wir entscheiden, das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 14.

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

4 *Eagleman*, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 195–197.

5 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 16, 27.

6 *Rack*, Der Omission Bias, „Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen“, CB 2014, 104-108; *Rack*, der Hindsight-Bias, CB 2014, 145–149; *Rack*, Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko, CB 2014, 190–194, und *Rack*, Der Availability-Bias, CB 2014, 236–240.

7 *Rack*, Der Omission Bias, „Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen“, CB 2014, 104.

8 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, Zur Macht der Trägheit und zum Phänomen des Status Quo Bias, S. 18; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 52–62; *Lehrer*, Wie wir entscheiden, das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 266.

9 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 34.

10 *Lehrer*, Wie wir entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 40; *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 32.

automatischen System denkt man unkontrolliert, mühelos, intuitiv, schnell unbewusst und routiniert. Nach dem reflektierenden System denkt man kontrolliert, langsam, bewusst, regelgeleitet und angestrengt.[11] Intuitive Entscheidungen werden nach dem Bauchgefühl getroffen, reflektierende nach dem Verstand. Intuitive Entscheidungen werden nach Faustregeln getroffen und können zu systematischen Irrtümern führen. Das Zusammenspiel von automatischem und reflektierendem System führt zum Fehlverhalten, den Bias.[12] Heuristiken bieten sich als Lösungstechniken für die schnelle und intuitive Alltagsentscheidung an.[13]

Entscheidungen des Gesetzgebers, der Gerichte und der Vorstände und Geschäftsführer in Unternehmen zählen zu den Entscheidungen des reflektierenden Systems. Die Entscheidungstheorie beschreibt den reflektierend-rationalen Entscheidungsvorgang als Wahl zwischen mehreren Alternativen, zwischen mindestens zwei Optionen, wobei eine gegenüber einer anderen Option bevorzugt werden muss.[14] Für eine von mehreren Optionen wird die Entscheidung wegen der Folgen getroffen, die man bei der jeweiligen Alternative erwarten kann. Dabei handelt es sich um Folgeerwägungen, die nach der juristischen Methodenlehre Entscheidungen rechtfertigen. Im Gesetzgebungsverfahren handelt es sich um die Gesetzesfolgenabschätzung. Ob eine Entscheidung einen Vorteil als Folge nach sich zieht, ist eine Prognose, die gerade weil sie die Zukunft betrifft, unsicher bleiben muss. Prognosen setzen immer Erfahrungssätze voraus, die gelten müssen, d. h. nicht widerlegt sein dürfen.[15]

V. Der Verfügbarkeitsfehler

Ob eine organisatorische Maßnahme oder die Entscheidung des Gesetzgebers von Vorteil oder von Nachteil ist, ob sie eine Chance oder ein Risiko begründet, muss im Moment der Entscheidungsfindung durch einen Erfahrungssatz, eine Hypothese, belegt werden, weil in Zukunft mehrere Geschehensverläufe denkbar sind und keiner mit Sicherheit prognostiziert werden kann. Die Annahme eines Risikos hängt immer von einem Erfahrungssatz ab, ob sich aus einem Sachverhalt ein Schaden an einem zu schützenden Rechtsgut entwickeln kann. Existieren keine Erfahrungen, müssen Erfahrungssätze aufgestellt werden, die aus Erwartungen bestehen und solange gelten, bis sie durch die tatsächliche Entwicklung widerlegt (falsifiziert) sind. Dabei kann es zu einem Verfügbarkeitsfehler kommen, der an dieser Stelle des Entscheidungsverfahrens zu vermeiden ist.[16] Beim Aufstellen eines Erfahrungssatzes über eine zukünftige Entwicklung, ob als Vorteil oder Nachteil, als Chance oder Risiko, darf der Risikomanager sich nicht nur auf das beschränken, an was er denkt und was er schon weiß. Vielmehr muss er alle verfügbaren Erfahrungen in seine Prognose einbeziehen. Insbesondere darf er nicht nur die internen Erfahrungen seines Unternehmens berücksichtigen, sondern er muss historische Erfahrungen, internationale Erfahrungen, Erfahrungen der Rechtsprechung recherchieren und beim Aufstellen seiner Hypothese einbeziehen.[17] Risiken können durch den Verfügbarkeitsfehler sowohl unterschätzt als auch überschätzt werden, wenn der Entscheidende nur an das denkt, was er weiß, anstatt alle Erfahrungsquellen erschöpfend zu nutzen, wie es das Bundesverfassungsgericht in seinem Mitbestimmungsurteil vom Gesetzgeber verlangt.[18]

Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich als einer der Ursachen der Finanzkrise nachweisen. Die Rating-Agenturen hatten es versäumt, den Fall eines Preissturzes in den USA in ihre Prognosen einzubeziehen, obwohl Erfahrungen zum Ausfallrisiko durch Preisverfall außerhalb der USA verfügbar waren. Die Erfahrungen eines Preissturzes nach Preissprüngen gehörte dagegen nicht zum Erfahrungsschatz der US-Amerikaner und lag außerhalb deren Modell-Rechnungen.[19] Der spätere Nobelpreisträger *Robert Shiller* hatte noch vor Ausbruch der Finanzkrise auf die Erfahrungen mit geplatzten Immobilienblasen in Europa und Asien warnend hingewiesen und die Krise in den USA vorausgesagt.

VI. Konkurrierende Prognosen und das Risiko des Confirmation Bias

Wird über eine Risikoaussage gestritten, konkurrieren unterschiedliche Schadensprognosen. Es stellt sich die Frage, welche von mehreren denkbaren Prognosen gilt. Die Geltung einer Hypothese hängt davon ab, ob sie widerlegt (falsifiziert) wurde. Sobald sie falsifiziert ist, kann sie keine Geltung für alle Fälle in der Zukunft beanspruchen. Jeder Erfahrungssatz gilt nur bis zu seiner erstmaligen Widerlegung. Erfahrungssätze lassen sich nicht beweisen. Der Streit um die Geltung einer Prognose lässt sich nur im Falsifikationsverfahren entscheiden.

Beim Entscheiden über die Geltung konkurrierender Hypothesen und Prognosen kann es zum Confirmation Bias als Entscheidungsfehler kommen, der darin besteht, nur solche Informationen selektiv aufzunehmen, die zur eigenen Prognose passen und die bestehende Überzeugung bestätigen.[20] Die eigene Hypothese zu widerlegen widerspricht jedem Gefühl. Eigene Vorurteile möchte jeder bestätigt sehen. Jeder will mit seiner Vorhersage Recht behalten. Dadurch werden widerlegbare Prognosen verkannt. Für die Entscheidungspraxis sowohl bei Gesetzgebern und in Unternehmen muss der Confirmation Bias vermieden werden, insbesondere durch die Anordnung, nicht nach Beweisen sondern nach Gegenbeweisen zu suchen, um die Geltung einer Theorie und einer Prognose zu bestätigen.

Der Confirmation Bias gehört zu den Ursachen der Finanzkrise, die man hätte verhindern können. Die konkurrierenden Prognosen hätten auf ihre Geltung untersucht werden müssen. Einerseits wurde die Prognose aufgestellt, dass es zum Crash kommen wird und andererseits, dass es keine Ausfallrisiken gibt. Beide Theorien hätten

11 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 34.
12 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 39.
13 *Rack*, „Der Verfügbarkeitsfehler, Availability Bias (als Organisationsrisiko)“, CB 2014, 237.
14 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 2.
15 *Rüthers*, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, Anm. 388, 528, 530; *Lübbe/Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Welche Rolle können Folgeerwägungen der juristischen Regel-und Begriffsbildung spielen, 1981; *Teubner*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995.
16 *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, die Wissenschaft der Verfügbarkeit, 2012, S. 164–182.
17 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 299, 333, BB 1979, 398, (Mitbestimmungsurteil).
18 *Rack*, CB 2014, 239, 240, Fn. 17.
19 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 61, 62; Rack, CB 2013, 368, 373, „Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement“.
20 *Lehrer*, Wie wir entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 265.

in einem Falsifikationsverfahren untersucht werden müssen. Sowohl die Crash-Prognose als auch die AAA-Prognose hätte Widerlegungsversuchen ausgesetzt werden müssen.
Die Prognose vom fehlenden Ausfallrisiko und der AAA-Bewertung der Rating-Agenturen hätten widerlegt werden können, und zwar durch Erfahrungen aus internationalen Immobilienkrisen mit Preissprüngen und entsprechenden Preisstürzen.[21] Zur Vermeidung des Confirmation Bias gehört es, erstens die konkurrierenden Theorien zu formulieren und als solche gegenüberzustellen und im zweiten Schritt ihre Geltung durch Widerlegungsversuche zu rechtfertigen.
Im Nachhinein lässt sich behaupten, dass mit einem verbesserten Entscheidungsverfahren insbesondere durch die Vermeidung des Availibility Bias (Verfügbarkeitsfehlers) und des Confirmation Bias die Finanzkrise mit ihren Milliarden-Verlusten hätte verhindert werden können, wenn die verantwortlichen Entscheidungsträger, insbesondere die Investoren und die Verantwortlichen in den Aufsichtsbehörden, die Ergebnisse der Verhaltensforschung und der deskriptiven Entscheidungstheorie berücksichtigt hätten. Beide konkurrierenden Prognosen vom Crash und von der AAA-Wertung der Rating-Agenturen konnten von ihren jeweiligen Anhängern weiter vertreten werden, weil keine Falsifikationsversuche unternommen wurden, und weil sie bei Investitionsentscheidungen weiter unwiderlegt als Grundlagen herangezogen werden konnten. Erst nach dem Ausbruch der Finanzkrise und dem Platzen der Immobilienblase konnten sich die Crash-Propheten bestätigt fühlen. Ein verbessertes Entscheidungsverfahren muss allerdings den Schaden vermeiden, noch bevor er eintritt und zwar durch die Falsifikation einer der konkurrierenden Theorien. Widerlegungsversuche müssen im Fall konkurrierender Prognosen angeordnet werden, entweder in den Unternehmen selbst oder durch den Gesetzgeber, um Investitionsentscheidungen zum eigenen Nachteil zu verhindern.

VII. Gruppenzwang als Entscheidungsfehler

Das Falsifikationsverfahren lässt sich nicht durch die Mehrheitsmeinung ersetzen. Kritiklos einer Mehrheitsmeinung zu folgen und die Theorien der Mindermeinung zu ignorieren, muss als Entscheidungsfehler gelten. Ein Gruppenzwang muss verhindert werden, weil die Widerlegungschancen dadurch sinken können. Konkurrieren in einem Gerichtsverfahren noch nicht wissenschaftlich gesicherte Erfahrungssätze, muss der Tatrichter den Streitstand darstellen, um in einem Revisionsverfahren die Überprüfung zu ermöglichen.[22] Die Mindermeinung im Meinungsstreit muss genau so wie die Mehrheitsmeinung Widerlegungsversuchen ausgesetzt werden. *Thaler/Sunstein* beschreiben den Gruppenzwang als nachgewiesenes Fehlverhalten. Dreiviertel der Testpersonen schließen sich der Mehrheit an, selbst wenn ihre eigene Wahrnehmung dieser Mehrheitsmeinung widerspricht. Menschen verhalten sich nach den Erfahrungen der Verhaltensforschung konformistisch. Sie orientieren sich nach der Mehrheit, um deren Wohlwollen zu gewinnen und nicht deren Zorn auf sich zu ziehen.[23] Sie folgen der Herde und tun, was andere tun. Der Hang zum Konformismus begründet den Entscheidungsfehler durch Gruppenzwang und Herdentrieb. Auch in der Finanzkrise konnte sich die Mindermeinung nicht gegen die Mehrheit der Ökonomen durchsetzen. Unter den etablierten Ökonomen herrschte Gruppendruck, dem alle nachgaben, die die Anerkennung der Mehrheit anstrebten. Es herrscht die Neigung zum Konsens und nicht zum Dissens.[24]

VIII. Widerlegungsversuche nach der Entscheidung

Die Geltung einer Prognose ist nicht nur im Zeitpunkt der Entscheidung durch Widerlegungsversuche zu begründen. Auch nach der Entscheidung muss eine Hypothese, die eine Aussage über Vor- und Nachteile, über Chancen und Risiken einer Entscheidung enthält, fortlaufend Widerlegungsversuchen ausgesetzt werden. Zu prüfen ist, ob die im Zeitpunkt der Entscheidung vorhandenen Erwartungen an die Folgen der Entscheidung durch den tatsächlichen Geschehensablauf bestätigt oder widerlegt werden. Entscheidungen, die mit Prognosen über den künftigen Geschehensverlauf gerechtfertigt wurden, sind einer ständigen Erfolgskontrolle zu unterziehen.
Nach der erstmaligen Entscheidung über die Annahme eines Risikos als Schadensprognose müssen die Entscheidungsfolgen weiter beobachtet werden. Im Zeitraum zwischen der Entscheidung über ein Risiko und eine Rechtspflicht zur Abwendung dieses Risikos bis zum Eintritt eines drohenden Schadens müssen die Folgen in einem fortlaufenden Prozess verglichen werden. Wenn im Zeitpunkt der Entscheidung keine Erfahrung über einen künftigen Geschehensablauf vorliegt, müssen nach dem Entscheidungszeitpunkt Erfahrungen gesammelt werden, um entscheiden zu können, ob die Entscheidungsgrundlagen über den künftigen Verlauf des Geschehens zutreffend waren. Zu vergleichen sind die Erwartungen an die Zukunft im Zeitpunkt der Erstentscheidung mit dem tatsächlichen zu beobachtenden Geschehensverlauf nach der Entscheidung. Werden die Erwartungen nicht erfüllt, muss die ursprüngliche Prognose als widerlegt gelten. Sie verliert durch die Falsifikation ihre Geltung und kann die ursprüngliche Entscheidung nicht mehr rechtfertigen. Die ursprüngliche Entscheidung muss den neuen Erfahrungen angepasst werden.
Auch in dieser Phase ist der Confirmation-Bias zu vermeiden. Es sind nicht Beweise, sondern Gegenbeweise zu suchen, die Vertreter einer herrschenden Meinung müssen versuchen, die Vertreter von neuen Mindermeinungen zu widerlegen. Umgekehrt müssen die Vertreter von neuen, noch nicht etablierten Mindermeinungen die jeweils herrschende Theorie widerlegen.[25] Dabei sind sämtliche verfügbaren Erfahrungen im jeweiligen Widerlegungsversuch einzusetzen.
Wer den Zeitraum nach der ersten Entscheidung und einem eventuell drohenden Schadenseintritt nicht zu Widerlegungsversuchen nutzt, lässt es darauf ankommen, dass er durch einen Schadenseintritt überrascht wird. Ist erst einmal ein Schaden eingetreten, wird bei der Schuldfrage als Voraussetzung für die Haftung geklärt, ob dieser Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Es empfiehlt sich, diese Frage noch vor dem Schadenseintritt zu klären und die Vorhersehbarkeit eines Schadens und seine Vermeidbarkeit ständig zu beobachten.
In der Entscheidungspraxis gilt die Pflicht zur ständigen Beobachtung von Erfahrungssätzen. Erfahrungssätze gelten immer nur vorläufig

21 *Rack*, CB 2014, 12, „Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement“, Teil III, „Der Confirmation-Bias als vermeidbarer Entscheidungsfehler“.
22 BGH, 2.8.1995 – 2 StR 221/94, NJW 1995, 2930 (Holzschutzmittel).
23 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 81, 84.
24 *Nienhaus*, Die Blindgänger: Warum die Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 133.
25 *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 60.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

1–2 / 2015

Betriebs-Berater Compliance

27.1.2015 | 3.Jg
Seiten 1–44

EDITORIAL

Dr. Heiner Hugger, RA/FAStrR
Reisekosten, Sponsoring, Strafrecht und Compliance | I

CORPORATE COMPLIANCE

Tim Engel und **Marie Hesselbarth**, LL.M., Maître en Droit
Compliance-Pflicht im Vereinskonzern – Teil 2 | 1

Patrick Späth, LL.M., RA, und **Dr. Golo Weidmann**, RA
Organhaftung im Konzern | 8

Dr. Christian Rolf, RA, und **Dr. Patrick Meiisel**, WP/StB
Steuergestaltung und Tax Compliance – kein Widerspruch! | 14

Martin Klose, RA, und **Markus Schlüter**, RA
Länderreport: Compliance in Thailand | 17

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Manfred Rack, RA
Rechtspflichten: Abstrakt und konkret | 22

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. jur. Andreas Wirth, RA, und **Dr. jur. Rebekka Krause**, RAin
Whistleblowing – Universelles Instrument der Compliance? | 27

Dipl.-Kffr. Marion Willems
BCBS 239 – ein integratives Steuerungsmodell auch für Industrieunternehmen? | 32

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Helmut Janssen, LL.M., RA
Schadensersatz wegen Verletzung des Kartellrechts – Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie | 35

Prof. Dr. Manuel Nodoushani, M.A., LL.M (UCLA), RA
Die neue Rechtsprechung des US Supreme Court zu General Jurisdiction | 41

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Rechtspflichten: Abstrakt und konkret

Die Rechtsrisiken steigen, gleichzeitig wächst die Rechtsunsicherheit bei der Verwendung abstrakter Begriffe auf konkrete Einzelfälle. Geschäftsleiter sind darauf angewiesen, Gerichtsentscheidungen zu kalkulieren, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, die Rechtslage verkannt zu haben. Der nachfolgende Aufsatz untersucht das Verhältnis zwischen abstrakten Rechtsbegriffen und konkreten Einzelfällen und will einen Beitrag dazu leisten, die Berechenbarkeit von Rechtsentscheidungen zu verbessern.

I. Die Anwendung abstrakter Rechtsbegriffe auf konkrete Einzelfälle als Rechtsrisiko

Vorstände und Geschäftsführer sind zu legalem Verhalten verpflichtet. Die Erfüllung der Legalitätspflicht wird durch abstrakte unbestimmte Rechtspflichten zunehmend erschwert. Aus abstrakten Rechtsbegriffen ergeben sich keine konkreten Pflichten für den Einzelfall. Rechtspflichten werden von Richtern nach dem Schadenseintritt formuliert. Es droht das Risiko der nachträglichen richterlichen Beurteilung mit Rückschaufehlern (Hindsight-Bias).[1] Richter kennen nach dem Eintritt des Schadens den Schadensverlauf und formulieren die konkrete Pflicht aufgrund der Erfahrung, wie es zu dem Schaden kam und wie er hätte abgewendet werden müssen.[2] Weil sie durch den Geschehensablauf hinterher „schlauer" sind, überschätzen sie die Vorhersehbarkeit vor dem Schadenseintritt. Es stellt sich die Frage, ob und in wieweit Vorstand und Aufsichtsrat für die fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen haften.[3] Beschrieben wird zutreffend die Tendenz des Gesetzgebers, neue Normtypen zu verwenden, mit unbestimmten abstrakten Rechtsbegriffen, die im Unternehmen selbst auszulegen sind, wobei sich die Verantwortlichen dem Risiko des Vorwurfs aussetzen, die Rechtslage verkannt zu haben. Unternehmen sind immer mehr auf die eigene Selbsteinschätzung der unbestimmten Rechtslage angewiesen. Im Strafrecht wird diese Tendenz im „Silobegasungs-Urteil" des BGH und im Verkehrssicherungsrecht in der Kupolofen-Entscheidung des BGH deutlich.[4] Im Bankenrecht verlangt § 54 AkwG ein hohes Maß an Selbsteinschätzung. Zum Beispiel hat ein Unternehmen nach § 15 Abs. 3 WpHG selbst zu entscheiden, ob das Aufschieben der Ad-hoc-Mitteilung zum Schutz seines berechtigten Interesses dient und keine Irreführung der Öffentlichkeit zu befürchten ist. Im Kartellrecht müssen Unternehmen eigenverantwortlich im Gegensatz zur früheren Rechtslage entscheiden, ob für sie bestimmte Verbote anwendbar sind, während sie früher einen Anspruch auf Erteilung einer Freistellung durch eine Behörde hatten.[5] Im Umweltrecht müssen Unternehmen ständig unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen, ohne dass die Verwaltung Hilfestellung leisten kann. Es verschärft sich das Problem, abstrakte Begriffe des Gesetzgebers durch Rechtspflichten für den Einzelfall zu konkretisieren. Der Gesetzgeber gibt nur noch Ziele vor, während die Schutzmaßnahmen von den Unternehmen selbst bestimmt werden müssen. In der Auswahl der Schutzmaßnahmen sind sie zwar frei[6] aber so unsicher, dass sie in ihren Entscheidungen gelähmt erscheinen. Im Zivilrecht nehmen Generalklauseln und Härteklauseln zu und gelten als „ein Stück offengelassener Gesetzgebung"[7]. Der Gesetzgeber delegiert Rechtsentscheidungen an die Rechtsanwender und überlässt es der Wirtschaft, sich selbst zu regulieren. Manager werden dadurch gezwungen, wie Richter zu denken, wenn sie das Rechtsrisiko gerichtlicher Entscheidungen vorher beurteilen müssen. Sie sind gezwungen, das Entscheidungsverhalten von Richtern zu simulieren. „Richter übernehmen das Kommando in der Wirtschaft" titelt überspitzt aber treffend das manager magazin.[8] Rechtsrisiken werden bei Banken zur bedrohlichen Belastung der Bilanzen und übersteigen die gezahlten Dividenden.[9]

Abzuwenden ist das Risiko der fehlerhaften Rechtsentscheidung im Unternehmen. Dazu muss zunächst die Anwendung abstrakter Rechtsbegriffe auf konkrete Einzelfälle danach untersucht werden, nach welchen Regeln zu verfahren ist, um den Vorwurf rechtswidrigen Entscheidungsverhaltens zu vermeiden. Zu diesem Zweck soll das Verhältnis zwischen abstrakten Begriffen und konkreten Einzelfällen geklärt werden, um die Entscheidungsregeln über deren Anwendung offenzulegen.

1 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.
2 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.
3 *Spindler*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, Festschrift für Canaris, 2007, S. 413.
4 BGH, 25.9.1990 – 5 StR 187/90, BGHSt 37,184, 503 (Silobegasung); BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143, BB 1984, 1970 (Kupolofen).
5 Begr. RegE 7. GWB-Novelle BT-Drs. 15/3640, 34.
6 *Grimm*, Zur Argumentationspraxis des Deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 140, 141.
7 *Sambuc*, „Folgenerwägungen im Richterrecht: d. Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei d. Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel d. § 1 UWG", Berlin, 1977, S. 36.
8 Manager magazin 6/2011, S. 40.
9 FAZ v. 22.1.2014, S. 9.

II. Abstrakt-generelle Regelungen und das Verbot der Einzelfallgesetzgebung

Der Gesetzgeber erlässt Gesetze in abstrakter Form für eine Vielzahl von Einzelfällen und generell für eine Vielzahl von Normadressaten. Die Verfassung verbietet nach Art. 19 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber die Regelung von Einzelfällen in Gesetzen.
Der Gesetzgeber ist von Verfassungswegen gezwungen, Rechtsbegriffe in abstrakter Form zu verwenden. Aus diesem Verbot der Einzelfallgesetzgebung ergibt sich das Hauptproblem für die Rechtsanwendung. Abstrakt und generell formulierte Gesetze müssen auf konkrete Einzelfälle im Unternehmen angewendet werden. Die Normadressaten fühlen sich in aller Regel dazu nicht in der Lage und berufen sich darauf, dass sie keine Juristen sind. Die Juristen streiten ebenfalls regelmäßig über die Anwendung abstrakter Begriffe auf konkrete Einzelfälle, insbesondere Anwälte mit Gegenanwälten und Gerichte unterschiedlicher Instanzen. Professoren sind bekannt für Meinungsstreitigkeiten und Theoriebildungen zu fast jeder Rechtsfrage. Der gleiche Fall und die gleiche Rechtsfrage werden von Gericht zu Gericht unterschiedlich entschieden. Selbst die Gerichte der obersten Instanzen ändern ihre Rechtsprechung in der gleichen Rechtsfrage.

III. Die Unbestimmtheit abstrakter Rechtsbegriffe in der Praxis

Die Unsicherheit bei der Anwendung abstrakter Rechtsbegriffe auf konkrete Einzelfälle lässt sich an aktuellen Fällen beobachten. Der abstrakte Begriff der Untreue nach § 266 StGB ist hochumstritten, wenn im Einzelfall zu klären ist, ob die kostspielige Nutzung eines Hubschraubers zwischen Privatwohnung und Büro einem Manager als strafbare Untreue vorgeworfen werden kann und mit 3 Jahren Haft bestraft wird.[10] Umstritten ist, ob die Einladung von Landesministern zur Veranstaltung der Fußballweltmeisterschaft als strafbare Bestechung verstanden werden muss.[11] Die Betroffenen und ihre Anwälte werden regelmäßig von den Entscheidungen der Gerichte überrascht. Ob im Einzelfall Bestechung, Untreue oder Betrug vorliegt, lässt sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetzeswortlaut entnehmen. Dazu sind die verwendeten Rechtsbegriffe abstrakt, unbestimmt und für den Einzelfall ohne Aussage. Überrascht wurde der Finanzvorstand einer Stadtreinigung mit der Einschätzung des Gerichts, er habe sich wegen zu viel berechneter Gebühren wegen Betrugs strafbar gemacht. Ebenso überrascht wurde der Compliance-Beauftragte der Stadtreinigung mit seiner Verurteilung wegen Beihilfe zum Betrug, weil er nicht nachdrücklich genug den Vorstandsvorsitzenden oder den Aufsichtsrat alarmiert hatte.[12] Über sechs Instanzen nach einer Zurückweisung bis zum Bundesverwaltungsgericht wurde darüber gestritten, ob zur erforderlichen Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb einer Atomkraftanlage der Betreiber die Pflicht hatte, das Berstrisiko durch kostspielige Berstschutzmaßnahmen abzuwenden.[13] Die Frage des Berstschutzes für einen Reaktordruckbehälter musste nach dem Gesetz ausschließlich am Maßstab des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG entschieden werden, der gleichzeitig die wichtigste und die unbestimmteste Genehmigungsvoraussetzung darstellt.[14] Wegen Organisationsverschulden durch das Unterlassen der Einrichtung eines effizienten Compliance-Systems wurde der ehemalige Siemens-Vorstand Neubürger vom Landgericht München I zu 15 Mio. Schadensersatz verurteilt.[15] Auch diese Entscheidung wurde von vielen als Überraschung empfunden.

IV. Das Gebot der Bestimmtheit von Rechtsbegriffen nach Art. 103 Abs. 2 GG

Für das Strafrecht ist es typisch, dass Normadressaten nicht nur bestimmte Rechtsbegriffe ihrer generellen Bedeutung nach auszulegen haben, sondern sich im Einzelfall auch durch Sachverständige und durch Anwälte beraten lassen müssen.[16] Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang, dass über 30 % aller Rechtspflichten eines Unternehmens strafbewehrt sind. Über die Frage, ob ein Rechtbegriff in einem Strafgesetz bestimmt genug ist, wird regelmäßig gestritten. In Art. 103 Abs. 2 GG ist die Frage geregelt, wie bestimmt eine gesetzliche Vorschrift sein muss. Gewährleistet werden soll dadurch, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.[17] Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet.[18] Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt auch für die Strafandrohung, die in einem vom Schuldprinzip geprägten Straftatsystem auf den Straftatbestand und das in ihm verübte Unrecht abgestimmt sein muss.[19] Die Strafe als missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht muss deshalb in Art und Maß durch den parlamentarischen Gesetzgeber normativ bestimmt sein.[20] Aus dem Erfordernis der gesetzlichen Bestimmtheit folgt für die Rechtsprechung das Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogien. Ausgeschlossen ist damit jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht.[21] Der Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation.[22] Wenn einerseits Strafvorschriften bestimmt sein müssen, so schließt dies nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, bei der Ausgestaltung der Straftatbestände der Vielfalt der zu erfassenden Sachverhalte Rechnung zu tragen. Es gilt wegen der Abstraktheit von Strafnormen als unvermeidlich, dass in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein konkretes Verhalten noch

10 LG Essen, 14.11.2014 – 35 KLs 14/13 (Middelhoff-Entscheidung).
11 BGH, 14.10.2008 – 1 StR 260/08, *Claassen*, EnBW.
12 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/05, NJW 2009, 3173 f. (Berliner Stadtreinigungsfall).
13 BVerwGE 72, 300 (Wyhl –Urteil).
14 *Schmidt*, Der Ausstieg des Bundesverwaltungsgerichts aus der atomrechtlichen Kontrolle, Anmerkung zum KKW-Wyhl-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Kritische Justiz 1986, 470, 471.
15 LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, Beck RS 2014, 17
16 BVerfG, 19.7.1995 – 2 BvL 3/95 zur Verfassungsmäßigkeit von § 5 WiStrG.
17 BVerfGE 73, 206, 234, NJW 1987, 43; BVerfGE 75, 329, 340, NJW 1987, 3175; BVerfGE 78, 374, 381, NJW 1989, 1663; ständige Rechtsprechung.
18 BVerfGE 105, 135, 153, NJW 2002, 1779.
19 BVerfGE 105, 135, 153, NJW 2002, 1779; BVerfGE 86, 288, 313, NJW 1992, 2947.
20 BVerfGE 32, 346, 362, NJW 1972, 860.
21 BVerfGE 71, 108, 115, NJW 1986, 1671.
22 BVerfGE 64, 389, 393, NJW 1984, 225; BVerfGE 71, 108, 114, NJW 1986, 1671; BVerfGE 92, 1, 12, NJW 1995, 1141; BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, zur Bestimmtheit von Straftatbeständen auf dem Gebiet des Umweltschutzes, § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.[23] Der Gesetzgeber muss die Strafbarkeitsvoraussetzung umso genauer festlegen und präziser bestimmen, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist. Das Gebot der Bestimmtheit des Gesetzes darf indes auch nicht übersteigert werden. Die Gesetze würden sonst zu starr und kasuistisch und könnten dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden. Diese Gefahr läge nahe, wenn der Gesetzgeber stets jeden Straftatbestand bis ins Letzte ausführen müsste. Zum Beispiel genügt § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB diesem Bestimmtheitserfordernis. Die Strafvorschrift legt Art und Maß der Strafe fest und umschreibt hinreichend bestimmt den Straftatbestand, der das Betreiben einer genehmigungsbedürftigen Anlage i. S. d. BImSchG ohne die nach diesem Gesetz erforderliche Genehmigung erfassen soll. Die Kenntnis der Regelung des Strafgesetzbuchs setzt voraus, dass diese dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 GG entspricht.

„Darüber hinaus ist von Betreibern gewisser technischer Anlagen zu verlangen, dass sie über die einschlägigen Vorschriften unterrichtet sind. In Grenzfällen wird die strafrechtliche Irrtumsregelung angemessene Lösungen ermöglichen."[24]

Verwendet werden die Begriffe „Anlage" in § 1 BImSchG, ebenso die Begriffe „schädliche Umwelteinwirkung" und „Luftverunreinigung". § 4 Abs. 1 BImSchG normiert Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung der Bundesregierung, die genehmigungsbedürftigen Anlagen nach Zustimmung des Bundesrates zu bestimmen.

V. Die Konkretisierung von abstrakten Rechtsbegriffen durch untergesetzliche Regelwerke

130

Abstrakte Pflichten aus Gesetzen und Verordnungen weisen Entscheidungsspielräume auf. Der Abstraktionsgrad und Entscheidungsspielräume ergeben sich aus dem System unserer Rechtsordnung, insbesondere dem Verbot der Einzelfallgesetzgebung und sind unvermeidbar. Eine Vielzahl von Pflichten ist jedoch in untergesetzlichen Regelwerken, nämlich in technischen Regeln und Unfallverhütungsvorschriften konkretisiert. Der Gesetzgeber bildet regelmäßig Ausschüsse und Kommissionen, um die Pflichten aus Gesetzen und Rechtsverordnungen zu konkretisieren. Es empfiehlt sich deshalb, Pflichten nicht in dem hohen Abstraktionsgrad der abstrakten Gesetzesbegriffe zu bearbeiten, sondern in der jeweils konkretisierten Form der untergesetzlichen Regelwerke.[25] Berücksichtigt man die konkretisierten Gesetzespflichten in den untergesetzlichen Regelwerken, erweisen sich etwa 90 % der Pflichten als konkretisiert und nur etwa 10 % als abstrakt und konkretisierungsbedürftig. Der Konkretisierungsbedarf wird in der Praxis regelmäßig überschätzt. Vor allem wird der Beratungsbedarf beim Formulieren von Handlungsanweisungen überschätzt. Bevor konkretisierte Handlungsanweisungen selbst oder durch Berater formuliert werden, empfiehlt es sich alle Recherchemöglichkeiten auszunutzen, um erschöpfend die konkretisierten Rechtspflichten in untergesetzlichen Regelwerken zu erfassen. Zu lösen ist das Problem, diejenigen konkretisierten Rechtspflichten in technischen Regeln, Unfallverhütungsvorschriften und sonstigen untergesetzlichen Regelwerken zu finden, die abstrakte Gesetzesbegriffe konkretisieren sollen. Erst wenn nach allen Recherchebemühungen feststeht, dass eine Rechtspflicht weder im Gesetz, noch in Verordnungen noch in untergesetzlichen Regelwerken konkretisiert ist, muss der Normadressat den abstrakten Rechtsbegriff auf den Einzelfall anwenden und die Rechtspflicht entsprechend konkretisieren.

Festzuhalten bleibt, dass mit 90 % konkretisierter Pflichten der weit überwiegende Teil aller Rechtspflichten sich konkretisiert aus dem Gesetz und den dazugehörigen konkretisierenden untergesetzlichen Regelwerken ergibt. Das Verhältnis zwischen abstrakten und konkretisierten Pflichten lässt sich in der Form einer Normenpyramide darstellen, deren Spitze von den abstrakten Rechtsbegriffen gebildet wird und die sich nach unten in einer Vielzahl von konkretisierten Rechtspflichten vervielfacht und verbreitert. Dies lässt sich am Chemikalien-und Gefahrstoffrecht veranschaulichen. Aus diesem Rechtsgebiet ergeben sich insgesamt 1.997 Pflichten. Aus drei Gesetzen, dem Chemikaliengesetz, dem Wasch- und Reinigungsmittelgesetz und dem Sprengstoffgesetz ergeben sich 38 gesetzliche Pflichten in abstrakter Form. Dies entspricht 1,9 % aller Pflichten des Rechtgebiets. Aufgrund der drei genannten Gesetze sind 17 Rechtsverordnungen erlassen worden. Aus ihnen ergeben sich insgesamt 187 Pflichten. Dies entspricht 9,3 % von allen Pflichten des Rechtsgebiets. Aus 100 technischen Regeln ergeben sich 1 224 konkretisierte Pflichten, was 61,2 % der Gesamtpflichtenzahl im Chemikalien-und Gefahrstoffrecht entspricht. Aus den Berufsgenossenschaftlichen Regelwerken, den Unfallverhütungs- und Sicherheitsregeln ergeben sich 232 Pflichten. Dies entspricht 11,6 % aller Pflichten. Die untergesetzlichen Regelwerke zusammen ergeben 1.456 konkretisierte Rechtspflichten die auf 38 gesetzliche Pflichten zurückzuführen sind. Die gesetzlichen Pflichten im Chemikalien- und Gefahrstoffrecht vervielfachen sich um das 38ig fache.

Das Gleiche gilt im Arbeitsschutzrecht. Aus sieben Gesetzen ergeben sich 180 Pflichten die wiederum zu 22 Rechtsverordnungen mit 153 Pflichten ermächtigen. Daraus wiederum ergeben sich 254 technische Regeln und berufsgenossenschaftliche Sicherheitsregeln mit insgesamt 3 401 Pflichten. Die gesetzlichen Pflichten vervielfachen sich um das 18fache. Im Arbeitsschutzrecht finden sich insgesamt 3 734 Rechtspflichten. Davon ergeben sich 180 aus sieben Gesetzen, was 4,8 % der Gesamtpflichtenanzahl entspricht. 153 Pflichten ergeben sich aus 22 Rechtsverordnungen was 4 % entspricht. Aus 86 technischen Regeln ergeben sich 729 Rechtspflichten. Dies entspricht 19,5 %. 835 Rechtspflichten ergeben sich aus 69 Unfallverhütungsvorschriften, was 22,3 % entspricht. 1 887 Rechtspflichten ergeben sich aus 99 berufsgenossenschaftlichen Sicherheitsregeln. Dies entspricht dem größten Teil von 49,1 % der Rechtspflichten insgesamt.

Diese Verteilung zeigt deutlich, dass die Mehrzahl der konkretisierten Rechtspflichten in untergesetzlichen Regelwerken enthalten ist. Finden lassen sich die untergesetzlichen Regelwerke nur dann, wenn sie möglichst vollständig zur Verfügung stehen. Recherchen mit vertretbarem Aufwand sind nur in Datenbanken möglich. Nur lückenlos gefüllte Datenbanken gewährleisten ebenso lückenlose Rechercheergebnisse. Auf Unkenntnis einer einschlägigen Vorschrift kann sich niemand berufen. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe. Das Bundesverfassungsgericht hat unmissverständlich entschieden, dass „von Betreibern gewisser technischer Anlagen zu verlangen ist, dass sie

23 BVerfGE 47, 109, 205, NJW 1978, 933; BVerfGE 55, 144, 152, NJW 1981, 1081.

24 BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, NJW 1987, 3175.

25 Im Managementsystem „Recht im Betrieb" werden regelmäßig die Pflichten danach markiert, ob sie konkretisiert oder abstrakt sind und mit Spielraum angewandt werden müssen. Die abstrakten Rechtsbegriffe in Gesetzen sind digital verknüpft mit den zugehörigen Konkretisierungen in untergesetzlichen Regelwerken.

über die einschlägigen Vorschriften unterrichtet sind“[26]. Vor allem kann sich niemand mit der unübersichtlichen Vielfalt der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften entlasten.

VI. Das Präzisierungsgebot der Rechtsprechung

Außerdem erhalten die abstrakten Begriffe ihre konkrete Bestimmtheit durch eine gefestigte Rechtsprechung. Konkretisiert werden Begriffe, wie die „Gefahr“, die „Erheblichkeit von Nachteilen“ oder „Belästigung der Allgemeinheit“ oder „Nachbarschaft“. Konkretisiert werden genehmigungspflichtige Anlagen auch durch ihre Auflistung von Beispielsanlagen. Dadurch wird die Präzisierung der Begriffe bewirkt, die für den Normadressaten Informationen darüber bietet, ob eine Anlage, die zu errichten oder zu betreiben geplant ist, der Genehmigungspflicht unterliegt.[27]

Entschieden wurde über den als äußerst unbestimmt eingeschätzten Begriff der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB, dass dieser dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 GG entspricht. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 23.6.2010[28] entschieden, dass die Rechtsprechung verpflichtet ist, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen. Dieses Präzisierungsgebot entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, hilft jedoch in der Praxis im Einzelfall nicht weiter, insbesondere dann nicht, wenn bei neuen unbestimmten Rechtsbegriffen, deren erstmalige Anwendung auf einen Einzelfall vom Normadressaten zu entscheiden ist und wenn noch keine einschlägige Rechtsprechung keine Beispielsfälle, ja oft noch nicht einmal einschlägige Literatur existieren.

Beobachten lässt sich an der Entscheidungspraxis der Gerichte zu unbestimmten abstrakten Rechtsbegriffen nur, dass eine Entscheidung über die Frage getroffen wird, ob ein Einzelfall unter einen Rechtsbegriff fällt oder nicht. Hilfreich wäre es, wenn man diese Entscheidungen vorhersagen könnte, so wie es die Verfassung nach Art. 103 Abs. 2 GG für strafrechtliche Vorschriften vorsieht. In aller Regel werden die Beteiligten vom Ergebnis der Gerichtsentscheidung überrascht. Deren Vorhersehbarkeit ist eher Wunsch als Wirklichkeit.

Zu klären ist deshalb, in welchem Verhältnis die abstrakten Rechtsbegriffe zu den Einzelfällen stehen, die ihnen untergeordnet werden. Sie werden „subsumiert“. Dadurch wird der Eindruck vermittelt, als ließe sich die Zuordnung, wie auch immer, logisch ableiten und auf jeden Fall auch vorhersagen, was jedoch den Erfahrungen aus der Praxis widerspricht.

VII. Das Verhältnis zwischen abstraktem Begriff und konkretem Einzelfall

Mit dem Verhältnis zwischen abstrakten Begriffen und konkreten Einzelfällen beschäftigt sich die Sprachtheorie, deren Erkenntnisse für den Umgang mit abstrakten Begriffen nutzbar gemacht werden können. In der Rechtsanwendungspraxis lässt sich beobachten, dass zunächst nach der Definition des abstrakten Begriffs nach seinem Wesen und nach seiner Bedeutung gefragt wird, bevor ein konkreter Einzelfall zugeordnet wird. Was ist eine Anlage, ein Vertrag, Untreue, Betrug, Gefahr, Risiko. Die Frage wird gestellt, als ob man am abstrakten Begriff erkennen könnte, ob der Einzelfall dem Begriff zugeordnet werden muss und die Definition des abstrakten Begriffs, seine Bedeutung oder sein Wesen Aufschluss geben könnten, ob er auf einen Einzelfall anzuwenden ist. Vor allem stellt sich die Frage, ob der Rechtsanwender und zwar sowohl der Normadressat als auch der Richter über die Verwendung eines Rechtsbegriffs entscheiden muss, ob und inwieweit er an eine bestimmte Verwendung gebunden ist. Der Wortsinn wird als Grenze bezeichnet und legt die Vorstellung nahe, dass es eine richtige oder falsche Verwendung eines Rechtsbegriffs auf einen Einzelfall gibt. Diese Vorstellung ist insofern von praktischer Bedeutung, als viele Nichtjuristen für sich und ihr Unternehmen befinden müssen, ob ein Rechtsbegriff mit den entsprechenden Rechtsfolgen auf einen Einzelfall anzuwenden ist. In der Praxis ist in aller Regel die Sorge zu beobachten, bei der Anwendung von Rechtsbegriffen etwas falsch zu machen und eine richtige Verwendung zu verfehlen. Die Unklarheiten über das Verhältnis von abstrakten juristischen Begriffen zu Einzelfällen ist der größte Unsicherheitsfaktor bei der alltäglichen Rechtsanwendung im Unternehmen. Dies gilt v. a. in den Fällen, in denen es über die Anwendung eines Gesetzes, weil es neu ist, noch keine praktischen Erfahrungen gibt.

Die Verwendung abstrakter Begriffe auf konkrete Einzelfälle werden in der Sprachphilosophie von zwei Theorien erklärt. Nach dem Namensmodell hat jeder abstrakte Begriff die Funktion, einen Gegenstand zu benennen und abzubilden. Dieses Verhältnis zwischen Urbild und Abbild setzt voraus, dass ein abzubildender Gegenstand existiert. Aus dem allgemeinen abstrakten Urbild ist das individuelle konkrete Abbild ableitbar.

Das Namensmodell wird auf Platon zurückgeführt, der die abstrakten Gegenstände als vorgegeben ansah und die konkreten Gegenstände abzuleiten versucht hatte. Erklärt werden sollte mit diesem Modell, dass die Einzelgegenstände durch eine gemeinsame Idee verbunden sind, ein gemeinsames Wesen teilen und durch die gemeinsamen Wesensmerkmale zu erkennen sind.

Die Frage nach dem Wesen eines abstrakten Begriffs lässt das ursprüngliche Modell zur Erklärung des Verhältnisses zwischen abstrakten Begriffen und konkreten Gegenständen noch erkennen.[29]

Diese philosophische Position des Platonismus oder Essentialismus wird von Popper als die Lehre Platons beschrieben, dass jeder Ausdruck, insbesondere jeder Gattungsausdruck, eine einheitliche Bedeutung habe, die genau eine konstante Wesenheit darstellt. Die abstrakte Wesenheit ist nach der Theorie des Platonismus hinter dem sprachlichen Ausdruck verborgen.[30]

Nach diesem Namensmodell kann es nur eine richtige Verwendung eines sprachlichen Ausdrucks geben, der dann verfehlt ist, wenn das Wesen nicht erkannt wurde.

Wer mit diesem Modell die Verwendung juristischer Begriffe zu erklären versucht, muss immer befürchten, einen juristischen Begriff falsch zu verwenden. Die Unsicherheit bei der Verwendung abstrakter juristischer Begriffe wird dadurch begründet, dass das angeblich

26 BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, NJW 1987, 3175, 3176 (Stahlcontainerfall).
27 BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, NJW 1987, 3175.
28 BVerfG, 23.6.2010 – 2 BVR 2559/08, 105/09, 491/09.
29 *Stegmüller*, Das Universalienproblem 1, in Archiv für Philosophie, Band 6 und 7, 1956, 1957; *Russel*, Einführung in die mathematische Philosophie 2. Aufl. 2006, S. 152.
30 *Popper*, Objektive Erkenntnis, 1973, S. 218; *Hoerster*, Grundthesen analytischer Rechtstheorie, in: Rechgtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie Rechtstheorie, Band 2, 1992, S. 120; *Rack*, Die Verfassung als Maßstab, 1978, S. 86.

vorgegebene abstrakte Wesen zwar existiert, aber nicht erkennbar ist. Was z. B. das Wesen einer Anlage i. S. d. BImSchG ist oder was das Wesen des Risikos ist, muss unbeantwortet bleiben. Das Namensmodell ist nicht in der Lage, die Bedingungen der Verwendung abstrakter Begriffe auf konkrete Einzelfälle zu erklären und wurde deshalb vom Modell der Typentheorie abgelöst. Das Namensmodell verursacht außerdem die lähmende Unsicherheit bei der Anwendung abstrakter Begriffe auf Einzelfälle und suggeriert den Eindruck, ein vorgegebener Maßstab könne verfehlt werden. Die Suche nach dem vorgegebenen Wesen eines abstrakten Begriffs als Maßstab für seine Verwendung auf einen Einzelfall ist vergebens.

VIII. Die Typentheorie zur Erklärung des Verhältnisses von abstrakten Begriffen zu konkreten Einzelfällen

Die abstrakten Begriffe bilden einen anderen Gegenstandstypus als die konkreten Einzelfälle, die unter einen abstrakten Begriff eingeordnet werden. Der Fehler im Namensmodell liegt in der Verwechslung von unterschiedlichen Typen.[31] Das Verhältnis zwischen Abstraktem und Konkretem besteht zwischen juristischen Begriffen, wie z. B. Anlage, Vertrag, Untreue einerseits und den jeweils unter sie fallenden Einzelfällen. Unter dem abstrakten Begriff der „Anlage" werden unterschiedliche konkrete Anlagen zugeordnet, wie z. B. eine Schwefelsäureanlage, eine Werksirene, eine Hühnerfarm, ein Glockengeläut oder ein Stahlcontainer mit Zuglöchern zum Abbrennen von Abfall.[32] Unter dem abstrakten Begriff des Vertrages werden Mietverträge, Werkverträge, Leasingverträge, Garantieverträge, Verträge sui generis untergeordnet. Unter dem Begriff der Untreue fallen Einzelfälle wie Helikopterflüge vom Wohnsitz zum Firmensitz oder das Sponsoring einer Festschrift für einen persönlichen Mentor auf Kosten der Unternehmensaktionäre.[33] Weitere Beispiele sind die Bewilligung kompensationsloser Anerkennungsprämien, die für die eigene Aktiengesellschaft nutzlos sind.[34] Ferner wurde als Untreue zu einer Haftstrafe verurteilt, wer satzungswidrig Firmengelder genutzt hat, um private hochspekulative Wertpapiergeschäfte abzuwickeln und Glücksspiel zu betreiben.[35]

Zwischen dem Begriff und dem unter ihn fallenden Einzelfall ist zu unterscheiden. Abkürzend lässt sich dies auf die Formel bringen, dass der Begriff einer Anlage selbst keine Anlage ist, dass der Begriff eines Vertrages selbst kein Vertrag ist und, dass der Begriff der Untreue selbst kein Fall von Untreue ist. Der Begriff des Risikos ist selbst kein Risiko wie etwa das Ausfallrisiko, das Klumpenrisiko, das Länderrisiko, das Berstrisiko, das Explosionsrisiko. Die Typentheorie unterscheidet streng zwischen Begriff und Einzelfall. Frege hat die Typentheorie am Begriff des „rechtwinkligen Dreiecks" für die Mathematik verdeutlicht. Ein Dreieck ist rechtwinklig, der Begriff des rechtswinkligen Dreiecks ist wiederum selbst nicht dreieckig und nicht rechtwinkelig. Ein Begriff steht für eine Klasse von Einzelfällen. Der Einzelfall ist ein Element der Klasse. Untereinander ansonsten verschiedene konkrete Einzelfälle lassen sich unter einen abstrakten Begriff ordnen. Begriffe sind also nachträglich einer Vielzahl von Einzelfällen übergeordnet. Darin liegt der entscheidende Unterschied zum Namensmodell, wonach Begriffe abstrakte Gegenstände abbilden, die schon vor ihrer Benennung existieren. Die Typentheorie ist in der Lage, das Verhältnis zwischen abstrakten juristischen Begriffen und konkreten Einzelfällen zu erklären. Aus der unübersichtlichen, ungeordneten Vielzahl von Einzelfällen werden zuerst Fallgruppen gebildet und nachträglich abstrakten Begriffen zugeordnet.

Die Beobachtung der Rechtsanwendungspraxis bestätigt das Modell. Die Klasse der Einzelfälle wird durch Gerichte gebildet und ständig durch neue ähnliche Fälle erweitert und zwar um die Einzelfälle, über die vorher noch keine Entscheidung getroffen wurde, ob sie einem Begriff unterzuordnen sind.

IX. Fazit: Abstrakte Rechtsbegriffe stehen für Fallgruppen von Einzelfällen

Die Verwendung abstrakter Begriffe auf konkrete Einzelfälle ist ein Entscheidungsvorgang, der von den Rechtsfolgen abhängt. Mit Folgeerwägungen werden diese Entscheidungen begründet. Der Streit um Begriffe ist ein Streit um die Rechtsfolgen. Am Beispiel der Fallgruppe des Organisationsverschuldens soll diese These im nächsten Beitrag in CB 3/2015 veranschaulicht werden.

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.*

31 *Stegmüller*, Das Universalienproblem 1, in Archiv für Philosophie, Band 6 und 7, 1956, 1957; *Russel*, Einführung in die mathematische Philosophie 2. Aufl. 2006, S. 152.
32 BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, NJW 1987, 3175, 3176 (Stahlcontainerfall).
33 LG Essen, 14.11.2014 – 35 KLs 14/13 (Middelhoff-Entscheidung).
34 BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04.
35 BGH, 23.2.2012 – 1 StR 586/11.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

3 / 2015

Betriebs-Berater Compliance

3.3.2015 | 3.Jg
Seiten 45–88

EDITORIAL

Prof. Dr. Martin Schulz, LL.M.
Compliance-Herausforderungen der Zukunft | I

CORPORATE COMPLIANCE

Prof. Dr. Bartosz Makowicz
Die Deutschen und deren Compliance | 45

Dr. Benno Schwarz, RA, und **Nikita Malevanny**, LL.M.
Länderreport Russland: Zwei Schritte vor, einer zurück – Russische Polka bei der Umsetzung internationaler Anti-Korruptionsstandards | 50

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Florian Stork, LL.M. oec., RA, und **Dr. Maik Ebersoll**, LL.M.
Effiziente Compliance-Risikoanalyse in der Praxis | 57

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Rechtspflichten: Abstrakt und konkret – Teil 2 | 61

Dipl.-Wirtschaftsinformatiker Rüdiger Giebichenstein und
Dipl.-Ing. Carsten Alexander Schirp
Neues IT-Sicherheitsgesetz (IT-SiG) und Sicherheitskatalog gem. § 11 Abs. 1a EnWG | 66

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Michael Ramb, LL.M., RA, und **Laura Reich**, RAin
Verschärfung des Korruptionsstrafrechts im Gesundheitssektor | 72

Tim Wybitul, RA/FAArbR
Compliance und Betriebsrat – typische Konfliktfelder und praktische Lösungen | 77

HAFTUNG UND AUFSICHT

EuGH: Berücksichtigung von Konzern-Innenumsätzen bei der Berechnung kartellrechtlicher Geldbußen mit CB-Kommentar von
Dr. Daniela Seeliger, RAin, und **Dr. Oliver Mross**, LL.M. | 84

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Schwerpunktheft Deutsche Compliance Konferenz

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Rechtspflichten: Abstrakt und konkret – Teil 2

– Die Begründung von Organisationspflichten durch Folgeerwägungen –

Die abstrakten Begriffe Organisationspflichten und Organisationsverschulden stehen für Fallgruppen von Organisationsfehlern, mit denen Gerichte Schadensersatzansprüche begründet haben. Gerade im Bereich des Organisationsverschuldens sind die Verantwortlichen im Unternehmen auf die Berechenbarkeit der Justiz im hohen Maße angewiesen, um ihr Organisationsverhalten darauf einzurichten. Die Verwendung des Begriffs der Organisationspflicht auf konkrete Einzelfälle ist ein Entscheidungsvorgang mit einem einheitlichen Begründungsmuster.

I. Die Fallgruppe des Organisationsverschuldens

Die Verwendung eines abstrakten Begriffs auf viele konkrete Einzelfälle ist ein Entscheidungsvorgang, der von den Rechtsfolgen abhängt. Der Streit um Begriffe ist ein Streit um die Rechtsfolgen. Am Beispiel der Fallgruppe des Organisationsverschuldens soll diese These veranschaulicht werden.

Wird ein Einzelfall erstmals oder wiederholt einer Fallgruppe zugeordnet, die unter einem abstrakten Begriff wie dem des Organisationsverschuldens gesammelt und klassifiziert wird, handelt es sich um eine Entscheidung, die mit Folgeerwägungen begründet wird. Die Einzelfälle aus den Fallgruppen weisen Unterschiede und Gemeinsamkeiten auf. Die Fälle unterscheiden sich in der Art der Schäden und der verletzten Rechtsgüter. Wegen Organisationsverschuldens wird für materielle und immaterielle Schäden gehaftet, für Schäden an Leben und Gesundheit sowie für Schäden am Gewerbebetrieb. Gehaftet wird für offensichtliche und für latente Risiken, für Schäden durch Aufsichtsfehler, Delegationsfehler, Kontrollfehler und Dokumentationsfehler. Gemeinsam ist allen Fällen des Organisationsverschuldens, dass vorhersehbare und vermeidbare drohende Schäden nicht durch organisatorische Maßnahmen im Unternehmen abgewendet wurden unabhängig vom geschützten Rechtsgut, von den Schutzmaßnahmen und vom speziellen Risiko. Der Streit um Begriffe und ihre Verwendung auf Einzelfälle ist deshalb regelmäßig als Streit um die Rechtsfolgen zu verstehen. Die Organe haften, weil sie Organisationsrisiken verkannt und nicht durch entsprechende Organisationspflichten abgewendet haben. Die Methode der Folgeerwägung wird sowohl vom Gesetzgeber als auch von der Rechtsprechung als Entscheidungsverfahrensregel praktiziert. Wer die Methode dieses Entscheidungsverfahrens beherrscht, kann vorhersehen, wie Richter im Einzelfall entscheiden und einen abstrakten Begriff mit den damit verbundenen Rechtsfolgen auf den noch zu entscheidenden Einzelfall anwenden.[1] Am Beispiel der Verletzung von Organisationspflichten und der Haftung für Organisationsverschulden lässt sich zeigen, wovon es abhängt, eine Organisationspflicht anzunehmen und die Haftung für ihre Verletzung zu begründen. Aus dem abstrakten Begriff der Organisationspflicht lässt sich jedenfalls für einen Einzelfall nichts ableiten. Folgeerwägungen bestimmen dagegen die Annahme einer Organisationspflicht und die Verwendung des Begriffs auf Einzelfälle von Verstößen gegen Organisationspflichten.

Die Entstehung der Fallgruppe zum Organisationsverschulden als Verstoß gegen Organisationspflichten bestätigt die These, dass der abstrakte Begriff erst nachträglich einer schon vorhandenen Fallgruppe zugeordnet wird. Erstmals seit dem Propagandisten-Urteil von 1961[2] bezeichnet der BGH den Grund für den Schadensersatzanspruch als Organisationsverschulden.[3] Schon vorher, seit dem Kutscher-Urteil von 1911[4], haben Gerichte die Führungskräfte in Unternehmen auf oberster Hierarchiestufe wegen eigener Organisationsfehler verantwortlich gemacht, weil Schäden durch organisatorische Maßnahmen nicht verhindert wurden, die auf der untersten Hierarchiestufe im Unternehmen von Mitarbeitern verursacht wurden. Zunächst hat die Rechtsprechung die Fallgruppe gebildet, die mit dem Kutscher-Urteil als Leitentscheidung beginnt. Die abstrakten Begriffe des Organisationsverschuldens und der Organisationspflichten kamen erst später hinzu, um diese Fallgruppe abzugrenzen.

1 *Grimm*, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 157; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 57; *Luhmann*, Juristische Argumentation, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 27; *MacCormick*, Argumentation und Interpretation im Recht, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 41.

2 BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60.

3 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 62.

4 RG, 14.12.1911 – VI. 75/11.

II. Organisationspflichten als Untergruppe von Verkehrspflichten

Organisationspflichten werden als Verkehrspflichten verstanden, die von der Rechtsprechung vorher schon als Fallgruppe entwickelt waren. Am Anfang der Rechtsprechung zu Verkehrspflichten steht die Leitentscheidung des Reichsgerichts zum „morschen Baum“[5], der auf ein Nachbargebäude gestürzt war. Der Eigentümer des gestürzten Baums wurde zum Schadensersatz verurteilt, weil er es unterlassen hatte, den morschen Baum zu fällen. Aus einer Folgeentscheidung ergeben sich die Grundsätze der späteren Rechtsprechung zu Verkehrspflichten. Eine Gemeinde wurde zum Schadensersatz verurteilt, weil der Kläger auf einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Treppe gestürzt war, die Treppe vereist, unbeleuchtet, nicht gesäubert und nicht gestreut war.[6] Nach dieser Rechtsprechung hat derjenige Verkehrspflichten, der eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt. Die Verkehrspflicht besteht darin, alle nach Lage der Verhältnisse erforderlichen und zumutbaren Sicherungsmaßnahmen zum Schutze anderer zu treffen. Die Rechtsprechung wurde auf Gefahrenquellen im öffentlichen Verkehr, bei der Warenproduktion, beim Umgang mit gefährlichen Stoffen, technischen Geräten und auf Gefahren durch die Beauftragung anderer mit gefährlichen Arbeiten erweitert. Solange eine Verkehrspflicht vom Verantwortlichen höchstpersönlich erfüllt werden kann, der die Gefahrenquelle alleine verursacht und beherrscht, besteht kein Grund, eine neue Fallgruppe mit neuen Begriffen zur Klassifizierung zu bilden.

III. Verkehrspflichten können delegiert werden

Delegiert der Verantwortliche als Inhaber eines Unternehmens seine Verkehrspflichten auf seine Mitarbeiter, weil er die Verkehrspflichten nicht persönlich erfüllen kann, wird er gezwungen, die Erfüllung der Verkehrspflicht zu organisieren, um sicherzustellen, dass sie genauso erfüllt wird, als wenn er sie persönlich erfüllen würde. Organisationspflichten entstehen durch die Delegation von Pflichten auf Mitarbeiter im Unternehmen. Nicht jede Verkehrspflicht ist zugleich als Organisationspflicht zu qualifizieren. Jede Organisationspflicht ist dagegen als Verkehrspflicht zu verstehen. Der Unterschied zwischen Organisationspflichten und Verkehrspflichten besteht darin, dass der Verantwortliche seine Verkehrspflichten nicht selbst ausführt, sondern erfüllen lässt und die Erfüllung organisiert. Wer Verkehrspflichten delegiert, muss durch entsprechende organisatorische Maßnahmen die Pflichterfüllung sicherstellen. Die Organisationspflicht besteht nicht nur in der laufenden Aufsicht und Überwachung der Mitarbeiter, sondern in der allgemeinen Verpflichtung, für alle erforderlichen Anordnungen und eine entsprechende Organisation zu sorgen, dass die Erfüllung der ursprünglich den Geschäftsherrn treffenden Pflichten sichergestellt ist.[7]

IV. Organisationspflichten können nicht delegiert werden

Organisationspflichten erstrecken sich auf alle erforderlichen Maßnahmen, um Risiken im Unternehmen abzuwenden. Dadurch werden Organisationspflichten in ihrem gesamten Umfang kalkulierbar. Inhaber, Vorstände und Geschäftsführer von Unternehmen müssen sich darauf einrichten, alle denkbaren Risiken erstens zu erfassen und zweitens durch organisatorische Schutzmaßnahmen abzuwenden. Organisationspflichten umfassen auch die Pflicht zur Abwendung noch nicht entschiedener Schadensverläufe, über die zwar noch keine Erfahrungen existieren, die jedoch denkbar sind. Einzukalkulieren ist beim Umfang der Organisationspflichten, dass Richter im Nachhinein ein Geschehensverlauf als vorhersehbar und vermeidbar beurteilen, nur weil sie im Nachhinein den Geschehensverlauf kennen. Organisationspflichten werden im Nachhinein nach dem Schadenseintritt in Kenntnis des Schadensverlaufs formuliert.[8]
Dadurch werden verantwortliche Geschäftsleiter dem zusätzlichen Risiko des Rückschaufehlers ausgesetzt.[9] Nach dem Schadenseintritt wächst die Neigung, die Vorhersehbarkeit zu bejahen, selbst wenn der Schadensverlauf vor seinem Eintritt nicht denkbar war. Die Vorhersehbarkeit eines Schadensverlaufs vor und nach dem Schadenseintritt lässt sich nur schwer trennen. Dass nach einem Schaden alle schlauer sind, gilt als Allgemeingut. Abwenden lässt sich das Risiko des Rückschaufehlers nur dadurch, dass im Zeitpunkt der Entscheidung die denkbaren Geschehensverläufe und die verfügbaren Erfahrungen über drohende Schäden dokumentiert werden.

V. Die Begründung von Organisationspflichten durch Folgeerwägungen

Organisationspflichten werden mit – im Wesentlichen – drei Folgeerwägungen begründet.[10]
Erstens sollen sich Geschäftsleiter ihrer Verantwortlichkeit nicht dadurch entziehen können, dass sie zur Erfüllung ihrer Verkehrssicherungspflichten Mitarbeiter einschalten. Durch bloße Delegation seiner Pflichten soll kein Vorstand oder Geschäftsführer seinen Pflichten entgehen können. Vielmehr wandelt sich eine Verkehrspflicht durch Delegation auf Mitarbeiter des Unternehmens in einer Organisationspflicht des Geschäftsleiters um. Wer eigene Rechtspflichten delegiert, muss durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass die Pflicht so erfüllt wird, wie wenn der Delegierende sie selbst erfüllen würde. Ohne die Existenz der von der Rechtsprechung entwickelten Organisationspflichten würden sich Inhaber, Vorstände und Geschäftsführer durch Delegation von ihren Pflichten freimachen können. Sie könnten sich durch Delegation jeder Haftung für die Verletzung ihrer Rechtspflichten entziehen.
Eine zweite Folgeerwägung zur Begründung der Organisationspflicht besteht darin, dass nur der Inhaber eines Unternehmens, der Vorstand oder Geschäftsführer durch sein Direktionsrecht die organisatorische Macht hat, die internen Abläufe so zu organisieren, dass vermeidbare Risiken für Dritte nach Möglichkeit vermieden werden. Unternehmen organisieren sich nicht von selbst.
Außerdem hat drittens der Inhaber eines Unternehmens die Vorteile aus der Arbeitsteilung und dem Einsatz von Mitarbeitern. Aus den

5 RGZ, 52, 373 (Morscher Baum-Entscheidung).
6 RG, 12.10.1938 – VI 96/38, I RGJW 1938, 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II); RGZ 52, 373 (Morscher Baum-Entscheidung).
7 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 82, 83–92, zum Verhältnis von Verkehrspflichten zu Organisationspflichten.
8 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.
9 *Rack*, CB 2014, 145.
10 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 82, 83–92, zum Verhältnis von Verkehrspflichten zu Organisationspflichten.

Unternehmensergebnissen lassen sich die Nachteile auffangen, die durch die Delegation der Pflichten auf Unternehmensangestellte entstehen können, wenn Mitarbeiter ihre Rechtspflichten verletzen und Schäden verursachen. Wer als Inhaber, Vorstand oder Geschäftsführer die Pflichten eines Unternehmens zu erfüllen hat, kann sie entweder selbst erfüllen oder delegieren und durch Organisation die Erfüllung der delegierten Pflichten sicherstellen.

VI. Folgeerwägungen machen Organisationspflichten vorhersehbar

Aus der Gleichstellung von Organisationspflichten und Verkehrspflichten lassen sich für die Vorhersehbarkeit von Organisationspflichten in noch nicht entschiedenen Fällen Konsequenzen ziehen. Der Rechtsprechung liegt ein erkennbares Entscheidungsmuster zugrunde. Wer Risiken durch die Delegation von Rechtspflichten auf Mitarbeiter im Unternehmen schafft, die darin bestehen, dass durch Pflichtverstöße Schäden verursacht werden, hat diese Risiken zu erfassen und durch organisatorische Schutzmaßnahmen präventiv noch vor dem Schadenseintritt abzuwenden, selbst wenn es keine gesetzlichen Regelungen dazu gibt. Geschützt wird ein breiter Bereich von Rechtsgütern einschließlich Vertragsverhältnisse[11], immaterielle Rechtsgüter[12], vor Risiken mit offenen und latenten Indizien[13] auf einen drohenden Schadensverlauf. Dieses Entscheidungsmuster lässt sich anhand der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden nachweisen. Die Kenntnisse zur Methode der Entscheidung über Organisationsverschulden fördern schließlich die Möglichkeiten zur Selbsteinschätzung von Rechtsrisiken im Unternehmen. Die These, dass Organisationspflichten dazu dienen, Organisationsrisiken abzuwenden, die von Inhabern, Organen und Geschäftsführern vorhersehbar, vermeidbar und durch Folgeerwägungen begründet sind, lässt sich durch die einschlägige Rechtsprechung zum Organisationsverschulden belegen.

VII. Einzelne Organisationspflichten

1. Pflicht zur Anordnung einer Unternehmensorganisation

Der häufigste Organisationsfehler und damit die größte Fallgruppe besteht im Unterlassen eines Managementsystems oder einer Aufsichtsanordnung, wie diese Pflicht in der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts bezeichnet wurde. Die Anordnung einer Unternehmensorganisation wurde entweder ganz unterlassen oder war lückenhaft oder hatte im konkreten Schadensfall versagt[14]. Zuletzt hat das LG München I in dem Einzelfall „Neubürger“[15] wegen unterlassener Anordnung eines effizienten Compliance-Management-Systems den früheren Finanzvorstand der Siemens-AG zu 15 Millionen Euro Schadensersatz verurteilt. Diese Rechtsfolge hätte man anhand der Fallgruppe der unterlassenen Anordnung einer Aufsichtsanordnung in etwa 20 höchstrichterlichen Urteilen vorhersehen können. Mit einer einheitlichen Folgeerwägung wird dieses Organisationsverschulden begründet. Ohne Anordnung einer Aufsichtsorganisation ist das Unternehmen auf Freiwillige angewiesen, auf den Zufall der unkoordinierten Eigeninitiative von Unternehmensmitarbeitern, die sich selbst überlassen, schalten und walten können. Niemand kann jedoch damit rechnen, dass aus eigener Initiative freiwillig Risikoanalysen betrieben werden, Rechtspflichten ermittelt werden, die auf Mitarbeiter delegiert, kontrolliert, aktualisiert und dokumentiert werden. Nicht abgewendet wird das Risiko des „Omission-Bias“[16], der Neigung zur Untätigkeit und zum Unterlassen, der als menschliches Fehlverhalten und damit auch als Organisationsrisiko vorhersehbar ist.

2. Die Anordnung zu legalem Verhalten

Die Anordnung zu einem effizienten Compliance-Management-System umfasst inhaltlich die Anordnung zu legalem Verhalten im Unternehmen.

„Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen ein.“ Diese Legalitätspflicht ergibt sich aus Ziff. 4.1.3 des deutschen Corporate-Governance-Kodex. Die Legalitätspflicht ist im Aktienrecht unbestritten.[17] Sie ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zum Gesetz der Kontrolle und Transparenz im Unternehmen (KonTraG).[18] 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. Vorstandsmitglieder haben nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Legalitätspflicht hat Vorrang vor allen anderen Pflichten des Vorstands. Ein Vorstand hat einerseits die wirtschaftlichen Interessen seiner Gesellschaft zu sichern. Er muss Gewinn erzielen. Ein Interessenkonflikt entsteht dann, wenn sich der Vorstand zwischen seiner Legalitätspflicht und dem geschäftlichen

11 BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, in: BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil).
12 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, in: BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil).
13 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).
14 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 (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, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).
15 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK 01387/10, CB 2014, 167, Beck RS 2014, 17.
16 *Rack*, CB 2014, 104.
17 *Fleischer*, ZIP 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.
18 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2014, § 91, Anm. 31, 43; Begründung des Regierungsentwurfs – BegrReGE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, 15.

Interessen an der Gewinnerzielung seiner Gesellschaft entscheiden muss. Zum Ausdruck kommt der Interessenkonflikt immer dann, wenn sich Geschäftsleiter auf den populären Spruch berufen, „Geschäft geht vor". Die Einhaltung von Rechtspflichten hat allerdings eindeutig Vorrang vor dem Geschäftsinteresse. Zur Begründung wird auf § 396 Abs. 1 AktG verwiesen. Danach kann eine Aktiengesellschaft sogar aufgelöst werden, wenn sie durch „gesetzwidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger" das Gemeinwohl gefährdet und der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung nicht dafür sorgen, dass die Verwaltungsträger abberufen werden.[19] Nach § 243 AktG kann ein Beschluss der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Gesetzesverstöße liegen deshalb von vornherein nicht im Gesellschaftsinteresse. Einem Vorstandsmitglied ist im Rahmen des § 93 Abs. 1 AktG der Einwand abgeschnitten, er habe bei seinem Rechtsbruch nur zum Besten seiner Gesellschaft gehandelt.[20] Der Vorsatz zur Untreue wird nicht deshalb ausgeschlossen, dass der Täter der Ansicht ist, zum Vorteil des betroffenen Vermögensträgers zu handeln.[21] Der Vorrang der Legalitätspflicht ergibt sich auch aus der Verpflichtung des Aufsichtsrats in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, ein Zustimmungsvorbehalt einzuführen, wenn sich nur so ein rechtswidriges Verhalten des Vorstands verhindern lässt. Es handelt sich hierbei um die präventive Überwachung der Unternehmensführung durch den Aufsichtsrat. Seine Entscheidung dazu liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, das sich jedoch zu einer Pflicht verdichten kann, wenn eine gesetzwidrige Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands nur noch durch eine solche Anordnung verhindert werden kann.[22]

Das Gleiche, was für Vorstände einer Aktiengesellschaft gilt, haben auch Geschäftsführer einer GmbH zu beachten. Auch eine GmbH kann nach § 62 Abs. 1 GmbHG aufgelöst werden, wenn Gesellschafter „gesetzeswidrige Beschlüsse" fassen oder gesetzwidrige Handlungen des Geschäftsführers wissentlich geschehen lassen und das Gemeinwohl dadurch gefährdet wird. Auch für die GmbH gilt der absolute Vorrang der Legalitätspflicht. Die Bindung an die Legalitätspflicht verbietet auch „nützliche Pflichtverletzungen", weil die Rechtsordnung prinzipiell nur den gesetzestreuen Geschäftsführern Handlungsspielraum zugestehen kann.[23] Dass sich Unternehmensorgane rechtmäßig zu verhalten haben, wird zwar als triviale Selbstverständlichkeit bezeichnet.[24] In der Unternehmenspraxis ist die Einhaltung der Legalitätspflicht jedoch keine Selbstverständlichkeit. Die Statistik zu den Wirtschaftsstraftaten zeigt steigende Tendenzen. Im Kartellrecht steigen die Geldbußen. In Banken nehmen die Rechtsrisiken zu. Rückstellungen erreichen bei Banken die Höhe der Gewinne. Das Urteil des Landgerichts München I vom 10.12.2013 zum Schadensersatz wegen unterlassener Anordnung eines effizienten Compliance-Management-Systems wird öffentlich mit Überraschung kommentiert.[25]

Die Anordnung zur Organisation der Erfüllung der Legalitätspflicht wendet im Übrigen das bekannte Risiko der „kriminogenen Verbandsattitüde" ab.[26] In seiner bahnbrechenden Untersuchung zur Unternehmenskriminalität hat *Schünemann* die Verbandskriminalität im Verhältnis zur Individualkriminalität von Einzelpersonen untersucht. Die Hypothese lautet, schon die bloße Zugehörigkeit zu einem Verband oder zu einem Unternehmen kann kriminelles Verhalten auslösen. Es ist die kriminogene Wirkung der bloßen Verbandszugehörigkeit. Unternehmensangehörige begehen danach strafbare Handlungen, in aller Regel um den Unternehmenszweck zu fördern, wodurch sich die Mitarbeiter im Dienste überpersönlicher Interessen fühlen. Kriminelles Verhalten wird von einem grundsätzlich höher bewerteten Gemeinschaftsinteresse als gerechtfertigt verstanden. Unternehmensmitarbeiter fühlen sich ihrem Unternehmen nach dieser Hypothese stärker verpflichtet als der staatlichen Gemeinschaft.[27] Die ganz herrschende Meinung lehnt den „nützlichen Pflichtverstoß" einheitlich ab. In der Praxis lebt der Konflikt unaufgelöst weiter und kommt in der oft geäußerten Ansicht zum Ausdruck, das Unternehmen lebe vom Gewinn und nicht vom Einhalten der Rechtsvorschriften. Es gelte das intuitiv einleuchtende Verhaltensprinzip, „Geschäft geht vor". Dieses Fehlverhalten kann nur durch eine eindeutige Anordnung als Organisationsrisiko abgewendet werden, wonach die Legalitätspflicht Vorrang vor allen anderen Geschäftsinteressen haben muss.

3. Die Organisationspflicht zur Risikoanalyse

Eine weitere große Fallgruppe bilden die Organisationspflichten zur Risikoanalyse. Rechtspflichten dienen immer der Risikoabwehr. Wer kein Risiko annimmt, hat auch keinen Grund, Rechtspflichten zu deren Abwehr zu recherchieren. Mit dieser Folgeerwägung wird die Organisationspflicht zur Risikoanalyse begründet. Die Fallgruppe wird unterteilt in das Erfassen von Risiken mit offensichtlichen Hinweisen und in die Gruppe der latenten Risiken. Lassen sich Indizien und Hinweise beobachten, die aufgrund von Erfahrungen den Schluss auf einen drohenden Schadensverlauf zulassen, sind diese Risiken zu erfassen und durch Pflichten abzuwenden. Verschärft hat die Rechtsprechung die Pflicht zur Risikoanalyse dadurch, dass auch Risiken zu erfassen sind, die ohne Anlass, ohne Hinweis und ohne Indizien nur aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung auf einen Schadensverlauf schließen lassen.[28]

4. Die Organisationspflicht zur Plausibilitätskontrolle

Die Organisationspflicht zur Risikoanalyse hat der BGH um eine weitere Pflicht konkretisiert und verschärft. Vorstände tragen das Risiko,

19 *Hüffer,* Aktiengesellschaft, 6. Aufl. 2004, § 696, Anm. 1 zur Gemeinwohlgefährdung; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148.
20 *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148.
21 BGH, 6.5.1986 – 4 StR 124/86, NStZ 1986, 455; BGH, 13.9.2010 – 1 StR 220/09, (Feldmeyer-Siemens), NJW 2011, 88.
22 BGH, 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 127, BB 1994, 107; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148.
23 BGH, 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 127, BB 1994, 107; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148.
24 *Peltzer*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 2. Aufl. 2004, Rn. 59, und *Ringleb u. a.*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 2003, Rn. 432.
25 *Hauschka*, FAZ vom 12.3.2014, 18.
26 *Kölbel*, ZIS 2014, 552.
27 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979; *Kuhlen*, strafrechtliche Haftung von Führungskräften, in: Maschmann (Hrsg.), Coporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 12; *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933.
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, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).

die Rechtslage zu verkennen. In einer Reihe von Vorgängerentscheidungen hat der BGH die Pflicht betont, bei fehlender eigener Sachkunde Expertenrat einzuholen. Nach der Ision-Entscheidung[29] hat ein Vorstand die Rechtslage

- erstens sorgfältig zu prüfen,
- zweitens soweit erforderlich, Rechtsrat bei Rechtsanwälten einzuholen und
- drittens die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen eigenen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.

Neu ist hierbei die Pflicht zur Plausibilitätskontrolle. Danach ist blindes Vertrauen in den Rechtsrat eines Anwalts nicht mehr ausreichend. Auch die hervorgehobene neue Pflicht zur Plausibilitätskontrolle wird mit Folgeerwägungen begründet. Würde es alleine auf den Rechtsrat Dritter ankommen und nicht auch auf die eigene persönliche Plausibilitätsprüfung, könnte sich im Ergebnis jeder durch eigene fehlende Rechtskenntnisse entlasten. Ein Vorstand schuldet legales Verhalten und muss deshalb auch das Risiko tragen, die Rechtslage zu verkennen. Der BGH hat im Ision-Urteil die Frage entschieden, wer das Rechtsrisiko gerechterweise tragen soll, nämlich das Organ der Gesellschaft, weil nur ein Organmitglied das Rechtsrisiko durch organisatorische Maßnahmen bei der Klärung der Rechtslage abwenden kann. Die Fallgruppe zur Organisationspflicht, Expertenrat einzuholen, wird mit dem Ision-Urteil ergänzt, verschärft und mit Folgeerwägungen begründet. Das Risiko hat der zu tragen, der es mit organisatorischen Maßnahmen abwenden kann. Mit dieser Argumentationsweise lassen sich auch noch nicht entschiedene Fälle vorhersagen.

5. Pflicht zur Informationsbeschaffung

Mit der gleichen Begründung wird die Informationsbeschaffungspflicht in einer eigenen Fallgruppe begründet. Vorstände müssen sich über die Risikolage im Unternehmen informieren lassen. Sie können sich nicht auf ihre eigene Unkenntnis zur Entlastung berufen. Das Risiko der Informationslücke über Risiken trägt der Vorstand deshalb, weil ihm die organisatorischen Mittel etwa in Form von Anordnungen zur Meldepflicht zur Verfügung stehen, um sich sämtliche Informationen über Risiken melden zu lassen. Ohne die Informationsbeschaffungspflicht des Vorstands, so ist die Folgeerwägung, könnten sich Geschäftsleiter bewusst uninformiert halten (willfull blindness) und sich mit Unkenntnis entlasten. Das Risiko der Unkenntnis muss derjenige tragen, der seinen Kenntnisstand durch Informationsbeschaffung selbst organisieren kann.[30]

6. Organisationspflicht zur Pflichtendelegation

Eine weitere große Fallgruppe bilden die Organisationspflichten zur Delegation der Pflichten auf die Verantwortlichen im Unternehmen. Organe sind danach verpflichtet, die Oberaufsicht zu führen, die sie nicht delegieren können und Aufsichtsanordnungen zu treffen. Die praktische Aufsichtstätigkeit dagegen kann durch bestellte Aufsichtspersonen erfüllt werden. Die Aufsicht muss lückenlos sein und zur Zeit des Schadenereignisses fortdauern. Stichproben reichen nicht aus und gelten seit dem Kutscher-Urteil[31] von 1911 als ungeeignete Aufsichtsanordnung. Aufsichtsanordnungen zur Fertigungskontrolle sind so vorzugeben, dass ständige Kontrollen bis zum vorher unbekannten Zeitpunkt des Schadeneintritts praktiziert werden. Die Pflichten sind an Verantwortliche zu delegieren, die namentlich zu benennen sind und denen jeweils ein Ersatzmann zuzuweisen ist.[32] Ohne diese Pflicht zur Delegation besteht das Risiko, dass die Pflicht nicht erfüllt wird und sämtliche Pflichten vom Vorstand selbst erfüllt werden müssten, verbunden mit der Wahrscheinlichkeit, dass viele Pflichten von nur wenigen Vorständen erfüllt werden müssen und deshalb das Risiko besteht, dass sie nicht erfüllt werden.

VIII. Fazit

Mit den angeführten Beispielen zu Organisationspflichten soll veranschaulicht werden, dass unter dem gleichen abstrakten Begriff der Organisationspflicht Einzelfallgruppen untergeordnet werden, auf die der Begriff der Organisationspflicht aus der Rechtsprechung angewendet wird, mit der Konsequenz, dass ein Schaden, der durch eine Organisationspflichtverletzung verursacht wurde, vom Vorstand oder Geschäftsführer zu ersetzen ist und im Ergebnis das Risiko von Organisationsfehlern auf die Organe des Unternehmens mit der Begründung verlagert wird, dass derjenige das Risiko trägt, der es beherrschen und abwenden kann und der davon profitiert. Es handelt sich um die gleiche Begründung wie für Verkehrssicherungspflichten. Wer ein Unternehmen führt, hat die von ihm ausgehenden Risiken durch organisatorische Maßnahmen abzuwenden. Darin sind sich sämtliche Einzelfälle ähnlich. Die Begründung der Organisationspflichten im Einzelfall lässt sich auf noch nicht entschiedene künftige Einzelfälle übertragen. Es ist davon auszugehen, dass mit der gleichen Begründung weitere Organisationspflichten von der Rechtsprechung entwickelt werden. Alles, was Vorstände und Geschäftsführer durch organisatorische Maßnahmen abwenden können, begründet ihre Pflicht und bei deren Verletzung den Schadensersatzanspruch durch Organisationsverschulden.

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

30 BGH, 2.2.1996 – V ZR 293/94, BGHZ 132,30, NJW1996, 1339 (Wissensaufspaltung); BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 (Scheckinkasso).

31 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).

32 BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall), so schon RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil), BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil).

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

8 / 2015

Betriebs-Berater Compliance

4.8.2015 | 3.Jg
Seiten 265– 308

EDITORIAL

Tim Wybitul, RA/FAArbR
Die EU-Datenschutz-Grundverordnung – hohe Bußgeldrisiken für Unternehmen | I

CORPORATE COMPLIANCE

Prof. Dr. Peter Fissenewert, RA
Compliance für den Mittelstand – Alte und neue Herausforderungen | 265

Dr. Maximilian Koschker, LL.M. (University of Auckland), RA
Die Auftraggeberhaftung des MiLoG als Herausforderung für die Corporate Compliance | 269

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Jens-Christof Niemeyer, RA/FA f. IT-Recht
Rechtlicher Rahmen des E-Mail-Marketings | 274

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde" – Teil 1 | 277

COMPLIANCE MANAGEMENT

Bénédicte Querenet-Hahn, Avocat à la Cour, und **Grit Karg**, RAin/Avocat à la Cour
Länderreport Frankreich: Schaffung neuer Orientierungen und Anreize für die Einrichtung und Durchsetzung von Compliance-Programmen | 283

Dr. Heinrich Nerlich, RA, und **Helge Schirkonyer**, RA
Länderreport: Compliance in Rumänien | 287

Dr. Thomas Richter
Das Integrity-Regime der Weltbank und seine Auswirkungen auf die Compliance | 291

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Sarah Reinhardt, RAin/FAinArbR
Whistleblowing oder die mörderische Frage: Sind Anzeigen gegenüber dem Arbeitgeber erlaubt? – Ein ausgewählter Rechtsprechungsüberblick | 299

BGH: Zuständigkeit des Aufsichtsrats beim Abschluss eines die Vergütung eines Vorstandsmitglieds betreffenden Vertrags mit CB-Kommentar von **Dr. Rüdiger Theiselmann**, LL.M.oec. | 304

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde“ – Teil 1*

Beschrieben wird die „kriminogene Verbandsattitüde“ als Theorie über die kriminelle Haltung von Mitarbeitern bei Rechtsverstößen zum Vorteil ihres Unternehmens und zum eigenen persönlichen Nachteil. Damit wird illegales Fehlverhalten für Unternehmen vorhersehbar, als Organisationsrisiko erkennbar und durch spezielle organisatorische Kontrollmaßnahmen vermeidbar.

I. Nützliche Rechtsverstöße zum Vorteil des Unternehmens und zum Nachteil des Mitarbeiters

Als aktuelle Zeiterscheinung lässt sich beobachten, dass Vorstände vermehrt vor Gericht stehen, sich vor Aufsichtsbehörden verantworten müssen, weil ihnen bspw. Untreue, Prozessbetrug oder Manipulation von Leitzinsen vorgeworfen wird. Rechtsrisiken bei Banken entwickeln sich zu Schäden, die die Höhe der ausgezahlten Jahresdividende erreichen und für die Rücklagen in Milliardenhöhe gebildet werden müssen. Illegales Verhalten in Unternehmen ist verbreitet. Berichte füllen darüber die Tageszeitungen.

Es fragt sich, warum Unternehmensmitarbeiter auf der Führungs-, also auch auf der Arbeitsebene, sich durch ihr illegales Verhalten persönlichen Schadensersatzansprüchen und dem Risiko von Freiheits- und Geldstrafen aussetzen, persönliche Nachteile in Kauf nehmen, den Verlust ihres Arbeitsplatzes riskieren und sich regelmäßig, aber erfolgslos mit dem Argument zu entlasten versuchen, keine Vorteile für sich persönlich, sondern nur für das Unternehmen angestrebt zu haben.[1]

Der ehemalige Finanzvorstand von Siemens wurde persönlich zu 15 Mio. Euro Schadensersatz vom eigenen früheren Unternehmen verklagt und verurteilt, weil er kein effizientes Compliance-Management-System eingeführt und die Schmiergeldpraxis zur Akquisition von Aufträgen nicht verhindert hat.[2]

Der Finanzvorstand der Berliner Stadtreinigung und der Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision wurden wegen Betrugs und Beihilfe zum Betrug durch Gebührenüberhöhung verurteilt.[3]

Der Werksleiter eines deutschen Stahlwerks in Turin wurde zu 10 Jahren Haft wegen fahrlässiger Tötung verurteilt, weil er die Kosten für die Nachrüstung des Brandschutzes zum Vorteil seines Unternehmens einsparen wollte und dadurch sieben Stahlarbeiter bei einem Brand getötet wurden.[4]

Gemeinsam ist diesen spektakulären Fällen das Verhaltensmuster von Mitarbeitern, erhebliche persönliche Nachteile durch eigenes illegales Verhalten zum Vorteil des Unternehmens und ohne eigenen Vorteil in Kauf zu nehmen. Ein Verhalten zum eigenen Nachteil gilt als irrationales Fehlverhalten, das als Organisationsrisiko durch organisatorische Maßnahmen vermieden werden muss, um Schäden durch Organisationsverschulden präventiv zu verhindern. Es lässt sich jedoch nur verhindern, wenn die Ursachen bekannt sind. Nur gegen die Ursachen illegalen Verhaltens lassen sich organisatorische Abwehrmaßnahmen formulieren und einsetzen. Erklärungen zum illegalen Verhalten im Unternehmen (Unternehmenskriminalität) werden von der Strafrechtsdogmatik diskutiert und von der Kriminologie nach Ursachen erforscht. Sobald sich irrationales Verhalten wiederholt und als Fallgruppe typisiert werden kann, muss sich eine Unternehmensorganisation darauf einrichten, es als Risiko zu erkennen und durch organisatorische Maßnahmen abzuwenden.

II. Die Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde

Illegales Verhalten für ein Unternehmen wird als eine eigene Art von Kriminalität wahrgenommen und als „Verbands- oder Unternehmenskriminalität“ von der Individualkriminalität einer Einzelperson unterschieden. Beim illegalen Handeln für ein Unternehmen hat der Mitarbeiter die Nachteile und das Unternehmen die Vorteile.

Erste Erklärungsversuche für illegales Verhalten zum Vorteil des Unternehmens gehen auf *Richard Buschs* Ausgangshypothese von 1933 zurück.[5] Danach kann schon die bloße Zugehörigkeit zu einem Verband oder zu einem Unternehmen kriminelles Verhalten auslösen. Es ist die kriminogene Wirkung der bloßen Verbandszugehörigkeit. „Danach begehen Unternehmensangehörige strafbare Handlungen in

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Autor am 23.3.2015 auf der Deutschen Compliance Konferenz 2015 gehalten hat.

1 BGH NStZ 1986, 4551; LG Nürnberg-Fürth, 24.11.2008 – 3 KLs 501 Zs 1777/2008, S. 130, (Feldmayer).

2 LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, BB 2014, 850 m. BB-Komm. *Grützner*, BeckRS 2014, 17 (Neubürger).

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

4 Wirtschaftswoche v. 16.4.2012, S. 102.

5 *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933, S. 98.

aller Regel, um den Unternehmenszweck zu fördern, wodurch sich die Mitarbeiter im Dienste überpersönlicher Interessen fühlen. Normale seelische Hemmungen, die bei einer dem eigenen Anstandsgefühl widerstreitenden Handlungen auftreten, würden verringert und sogar gänzlich verschwinden, sobald die Handlung von dem grundsätzlich höher bewerteten Gemeinschaftsinteresse geboten erscheine.“ Die persönliche Strafdrohung vermag ihre Abschreckungswirkung deswegen nicht mehr zu entfalten, weil sich der Einzelne der Verbandsgemeinschaft gegenüber tiefer verpflichtet fühle als der staatlichen Gemeinschaft, zu der er ein weniger enges Verhältnis habe als zu seinem Verband. Dies gelte insbesondere auch bei Unternehmen, bei denen ihr Gedeihen als das Grundgesetz jeglichen wirtschaftlichen Handelns zur dominierenden Richtschnur für die in der Betriebsgemeinschaft vereinigten Menschen werde. Diese altruistische Motivation werde oft gerade bei denjenigen Menschen dominant, die ein Delikt aus egoistischen Motiven heraus niemals begehen würden. Bestärkt würde dieses Phänomen durch den in jedem Verband geltenden Korpsgeist.[6]

Buschs Hypothese umschreibt treffend den Konflikt eines Unternehmensmitarbeiters, entweder einen für sein Unternehmen nützlichen Pflichtverstoß zu begehen oder zum Nachteil des Unternehmens Rechtspflichten einzuhalten. Der Konflikt zwischen Unternehmensvorteil und der Einhaltung von Rechtspflichten lässt sich im Unternehmensalltag beobachten, wenn als populäres und intuitiv zunächst einleuchtendes Verhaltensprinzip zitiert wird, „Geschäfte gehen vor“, oder wenn Juristen vorgeworfen wird, sie würden „als Bedenkenträger Geschäfte kaputt prüfen“. In der Diskussion um *Buschs* Hypothese stellt sich die Frage, wem die Verantwortung für illegales Verhalten im Unternehmen zuzurechnen ist, dem Unternehmen oder seinem Mitarbeiter. Wenn sich bestätigen sollte, dass schon allein die Eingliederung in einer Organisation eine solche kriminogene Wirkung entfaltet, dass Hemmschwellen, die bei einem reinen Individualdelikt wirksam sind, bei der Unternehmenskriminalität nicht wirken, müsse dafür die Unternehmensleitung verantwortlich gemacht werden.[7]

Das Individualstrafrecht verliert offenbar seine abschreckende Wirkung bei selbstlosen Straftätern, die Straftaten nur zum Vorteil ihres Unternehmens begehen, externe Rechtsgüter Dritter außerhalb des Unternehmens verletzen und nicht zum eigenen Vorteil handeln, sondern altruistisch für das Unternehmen und nicht egoistisch für sich selbst, wie Diebe, Betrüger, Wucherer aus Vorteilsabsicht und Habgier.[8]

III. Empirische Untersuchungen zur kriminogenen Verbandsattitüde

Die Theorie von der kriminogenen Wirkung der bloßen Zugehörigkeit zu einem Unternehmen wurde bestritten, insbesondere mit dem Argument, kriminelle Mitarbeiter, die aus purer Selbstlosigkeit zum Vorteil ihres Unternehmens Straftaten begehen und bereit seien, ihnen drohende Strafen und Schadensersatzansprüche auf sich zu nehmen, seien eine Ausnahmeerscheinung und nicht die Regel[9]. Diese konkurrierenden Theorien wurden seitdem vielfach empirisch untersucht. Einen aktuellen Überblick über den Umfang der Forschungsergebnisse seit 35 Jahren bietet *Kölbel*.[10] Insbesondere wird aufgezeigt, welche Annahmen aus der Ausgangshypothese bestätigt wurden. Die Darstellung zeigt, dass die Unternehmenskriminalität ein internationales Forschungsthema ist.

Vor allem *Schünemann* hat in seiner umfassenden Monographie von 1979 „Unternehmenskriminalität und Strafrecht“ zur Haftung der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz die kriminogene Verbandsattitüde untersucht.[11] Frühe kriminologische Untersuchungen zur „Weiße-Kragen-Kriminalität“ haben ergeben, dass Unternehmensdelikte nach Häufigkeit und Art ihrer Ausführungen vom Charakter der Unternehmensmitarbeiter vollständig unabhängig sind und nicht durch eine individualisierende Theorie erklärt werden können, dass vielmehr die Neigung zur Unternehmenskriminalität in der beruflichen Umgebung „erlernt“ wird.[12] Nicht der Charakter des Mitarbeiters und auch nicht schon die bloße Einbindung in ein Unternehmen macht kriminell, sondern nur das Unternehmen mit schon vorhandener kriminogener Verbandsattitüde, ist die These *Schünemanns*.

Empirisch bestätigt wurde außerdem, dass die Bestärkung innerhalb der Gruppe durch Billigung und Beifall anderer Unternehmensangehöriger aus an sich angepassten Durchschnittsbürgern Straftäter macht, die sich illegal zum Vorteil ihres Unternehmens verhalten. Der Vorgang wird unter dem Stichwort „Korpsgeist“, „Gruppendruck“, „Group Support“ gekennzeichnet. Zur Erklärung der Verbandskriminalität durch Gruppendruck und durch das „Lernen im Verband“ werden als Beispiele die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen angeführt. *Hannah Arendt* hat an der Figur *Eichmanns* die Entwicklung vom angepassten, sozial unauffälligen Durchschnittsbürger zum Massenmörder beschrieben.[13]

IV. Das Milgram-Experiment zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität

Die bekannteste psychologisch-experimentelle Bestätigung der These, dass die Einbindung in ein Unternehmen mit einem hierarchischen System zu einer Wesensänderung bei dem Mitarbeiter führen

6 *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1922, S. 98; *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979, S. 18.

7 *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979, S. 18.

8 *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979, S. 18, 19.

9 *Englsch*, Verhandlung des 40. DJT, 1953, Band II 1954, S. 33.

10 *Kölbel*, ZIS 2014, 552.

11 *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979; *Kuhlen*, strafrechtliche Haftung von Führungskräften, in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 12.

12 *Sutherland*, white-collar-crime, 2. Aufl. 1961, S. 257, 264; *Sack/König*, Kriminalsoziologie, 1968, S. 187, 189; *Schünemann*, Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, in: FS Bruns, 1978, S. 20.

13 *Arendt*, Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen, 1964; *Schünemann,* FS Bruns, 1978, S. 232, 242.

kann, liefert das berühmte Milgram-Experiment. Es bestätigt die Ausgangshypothese, dass sich eine Person, sobald sie Mitarbeiter eines Unternehmens wird, anders verhält, als sie es als Einzelperson tun würde.[14] *Milgram* testet die Bereitschaft von Einzelpersonen, autoritären Anweisungen auch dann Folge zu leisten, wenn sie direkt im Widerspruch zu ihrem Gewissen stehen. Gestützt auf die Anweisung und die Autorität eines Versuchsleiters muss eine Versuchsperson den Opfern des Experiments, die von Schauspielern dargestellt werden, Elektroschocks versetzen. Diese Versuchspersonen zeigten eine überraschend hohe Gehorsamsbereitschaft gegenüber der Autorität des Versuchsleiters und zwar ganz entgegen ihrer Intuition und ihrer natürlichen Instinkte und Hemmschwellen. Die Stromstöße waren gespielt, was die Versuchspersonen, die diese Elektroschocks auslösten, nicht wussten. Sie glaubten an die Echtheit der Stromstöße und die vorgetäuschte Qual der Versuchspersonen. Diese experimentell festgestellte Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität kann bei Unternehmensmitarbeitern dazu führen, dass sie sogar ohne konkrete Anweisung in vorauseilendem Gehorsam sich zum Nutzen ihres Unternehmens strafbar machen und Delikte begehen, zu denen sie als Privatpersonen nicht fähig sind.[15]

Auch ohne konkrete Anweisungen im Unternehmen können Zielvorgaben von Vorständen zu Straftaten zum Nutzen des Unternehmens führen, weil sich Mitarbeiter dazu autorisiert glauben, die vorgegebenen Ziele auch durch illegales Verhalten zu erreichen.[16] Vorgesetzte können Informationen Autorität verleihen, die sie nicht persönlich geben müssen.[17] Im Konflikt zwischen Rechtstreue einerseits und Unternehmensnutzen andererseits glaubt sich ein Mitarbeiter zum Vorteil des Unternehmens gegen seine Rechtstreue entscheiden zu können. Dadurch lassen sich in einer Organisation außerordentlich komplizierte Verhaltensweisen programmieren, ohne dass der Vorgesetzte in den vorprogrammierten Ablauf im Einzelfall noch eingreifen muss.[18]

Zum Beispiel konnten die Derivatehändler und die Ermittler der Referenzzinssätze kommunizieren und sich absprechen, ohne dass die interne Organisation der Bank den ständigen Interessenkonflikt durch organisatorische Vorgaben, insbesondere durch die strikte Trennung von Händlern und Ermittlern geregelt hatte. Ausdrückliche Regelungen fehlten. Von den Vorgesetzten haben die Derivatehändler die vorgelebte Arbeitsweise übernommen. Praktiziert wurde diese Kommunikation, auch ohne dass eine ausdrückliche Anweisung von Vorgesetzten vorgelegen hatte. Der Austausch von Informationen verlief wie vorprogrammiert.[19]

V. Konsequenzen für die Organisationspflicht der Organe

Soweit sich die Theorie nicht widerlegen lässt, Unternehmensmitarbeiter würden sich trotz drohender strafrechtlicher Sanktionen als Mitarbeiter zum Vorteil ihres Unternehmens illegal verhalten, müssen Vorstände und Geschäftsführer, die für die Organisation des Unternehmens verantwortlich sind, aufgrund ihrer Legalitätspflicht dafür sorgen, dass ihre Mitarbeiter alle Rechtspflichten einhalten. Die kriminogene Verbandsattitüde muss als Organisationsrisiko wahrgenommen werden. Dieses Risiko löst die Organisationspflicht aus, präventiv illegales Verhalten von Mitarbeitern zum Vorteil des Unternehmens abzuwenden. Die Organe von Unternehmen müssen mit illegalem Verhalten ihrer Mitarbeiter rechnen. Das Organisationsrisiko lässt sich nur durch entsprechende Organisationspflichten abwenden, wenn die Ursachen der kriminogenen Verbandsattitüde bekannt sind.

Die im Strafrecht geführte Diskussion, ob Sanktionen gegen das Unternehmen (Verbandssanktionen)[20] deliktshemmend wirken und die Sanktionen gegen die Mitarbeiter nach dem Individualstrafrecht ergänzen sollen, ist ausschließlich von rechtspolitischem Interesse. Wenn die Kriminologie das Risiko der kriminogenen Verbandsattitüde mit ihren Ursachen beschreibt, muss es als Organisationsrisiko behandelt und durch Organisationspflichten abgewendet werden, um den Vorwurf des Organisationsverschuldens gegen Vorstände und Geschäftsführer zu vermeiden. Wer ein Unternehmen betreibt, begründet seine Verkehrssicherungspflicht, wenn durch die Mitarbeiter seines Unternehmens Rechtsgüter Dritter verletzt werden, dadurch Schäden verursacht werden und diese Schäden durch entsprechende organisatorische Schutzmaßnahmen vermeidbar gewesen wären. In aller Regel werden Verkehrssicherungspflichten im Nachhinein und zwar in Kenntnis des Geschehensablaufs formuliert. Die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden kennt die Organisationspflicht, durch Kontrollen Delikte zu verhindern, indem von vornherein durch unternehmensinterne Kontrollen die Gelegenheit dazu verhindert wird. Aus der allgemeinen menschlichen Erfahrung ist bekannt, dass Gelegenheit Diebe macht und Gelegenheiten erst gar nicht geboten werden dürfen.[21] *Schünemann* führt fünf Ursachen für die kriminogene Verbandsattitüde an.

Erstens muss eine Neigung zur Wirtschaftskriminalität im Unternehmen schon vorhanden sein. Zweitens ist die im Wirtschaftsrecht typische Rechtsgutsferne eine weitere Ursache, wobei die Schutzwürdigkeit des geschützten Rechtsguts nicht offensichtlich ist, sondern intensiveres Nachdenken erfordert. Drittens ist die ständige Abhängigkeit des Mitarbeiters vom Unternehmen als Existenzgrundlage eine weitere Ursache dafür, Vorteile für das Unternehmen zum Nachteil der Rechtsordnung anzustreben. Viertens wird der selbstlose Straftäter als weniger strafwürdig verstanden als der, der seinen eigenen ihm nicht zustehenden Vorteil verfolgt. Fünftens ist schließlich die diffuse Verantwortungslosigkeit, die durch die unverzichtbare Arbeitsteilung im Unternehmen die Zurechnung von Straftaten erschwert eine Ursache für die kriminogene Verbandsattitüde. Alle Ursachen müssen durch organisatorische Maßnahmen verhindert werden.

14 *Milgram*, Das Milgram-Experiment, Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität, 2015, S. 9, 17.
15 *Milgram*, Das Milgram-Experiment, Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität, 2015, S. 22, 155.
16 *Kölbel*, ZIS 2014, 552.
17 *Schünemann*, FS Bruns, 1978, S. 21.
18 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrech, 1979, S. 21, 22; mit Hinweisen auf *Luhmann*, Funktion und Folgen formaler Organisation, S. 99.
19 ArbG Frankfurt am Main, 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, S. 4 u. S. 12.
20 *Kölber*, ZIS 2014, 552.
21 BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, in: BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, in: BGHZ 32, 53 (Besitzdiener-Urteil).

VI. Die schon vorhandene kriminelle Attitüde im Unternehmen und die Legalitätspflicht zu ihrer Abwehr

Buschs Ausgangshypothese, dass allein schon die Zugehörigkeit zu einem Verband oder Unternehmen kriminell mache, hat sich empirisch nicht bestätigen lassen. Wer dies annehmen würde, müsste Verbände und Unternehmen abschaffen. Hinzu kommt, dass illegales Verhalten in Unternehmen nicht die Regel ist. Allenfalls in mafiosen Unternehmen gehört illegales Verhalten zum Geschäftsmodell der organisierten Kriminalität. *Schünemann* schränkt deshalb die Ausgangsthese *Buschs* dahingehend ein, dass Mitarbeiter durch ihre Unternehmenszugehörigkeit nur dann kriminell werden können, wenn in dem Unternehmen schon eine kriminelle Attitüde vorhanden ist. Wenn kriminelles Verhalten das Ergebnis eines Lernprozesses ist, müssen Vorbilder im Unternehmen schon vorhanden sein, kriminelles Verhalten vorleben, um aus an sich rechtstreuen Mitarbeitern Straftäter zu machen.

Gegen die kriminogene Verbandsattitüde ist die Legalitätspflicht sowohl vor einem Rechtsverstoß als auch danach durch Vorstände und Geschäftsführer mit allen Mitteln der Organisation zu erfüllen. Legales Verhalten im Unternehmen hat absoluten Vorrang. Darüber haben die Organe aufzuklären, um Zweifel erst gar nicht aufkommen zu lassen.

VII. Die präventive Legalitätspflicht durch Vorstände und Geschäftsführer vor dem Rechtsverstoß

Zur Legalitätspflicht der Unternehmensorgane gehört es, Rechtsverstöße präventiv zu vermeiden, noch bevor sie begangen wurden.

Im Gesellschaftsrecht ist unbestritten, dass Pflichtverletzungen selbst dann zu vermeiden sind, wenn sie für das Unternehmen nützlich sind.[22] Die Erfüllung der generellen Legalitätspflicht darf nicht von Kosten und Nutzen für das Unternehmen abhängig gemacht werden. Die Theorie des „efficient breach of public law“ gilt im deutschen Recht nicht.[23] Nach der Legalitätspflicht ist nicht nur der Vorstand zum gesetzestreuen Verhalten selbst verpflichtet, sondern auch zu organisatorischen Maßnahmen, die ein rechtmäßiges Verhalten seiner Mitarbeiter gewährleisten.[24] Die Legalitätspflicht wird aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG abgeleitet, wonach Vorstandsmitglieder mit ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Aufgrund ihres Vertrages haben sie nach § 276 BGB die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einzuhalten. Was der Verkehr von Geschäftsleitern erwartet, wird in untergesetzlichen Regelwerken durch Selbstregulierung der Verkehrskreise festgelegt.

Nach Ziff. 4.1.3 des deutschen Corporate Governance Kodex hat „der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung zu sorgen, wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen ein.“

Der neue Standard für Compliance-Management-Systeme ist in ISO 19600 festgelegt, die am 15.12.2014 in Kraft getreten ist und sich in der Einleitung als „Benchmark“ für Compliance-Management-Systeme erklärt. Sie enthält sechs Organisationspflichten. Alle Rechtspflichten im Unternehmen sind nach Ziff. 4.5.1, 4.6 zu ermitteln, nach 5.3, 9.1.2 zu delegieren, nach 4.5.2 und 4.6 zu aktualisieren, zu erfüllen, nach 8.2 zu kontrollieren und nach 4.5.1 und 7.5 zu dokumentieren. Vorstände und Geschäftsführer haben Vorbildfunktionen zu erfüllen. Wenn illegales Verhalten im Unternehmen erlernt wird, wie es die Kriminologie erforscht hat, dann ist auch legales Verhalten zu erlernen. Zur Legalitätspflicht gehört auch, dass Vorstände bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsrat einzuholen und auf Plausibilität zu prüfen haben, um Verbotsirrtümer zu vermeiden und die Rechtslage nicht zu verkennen.[25]

Die Legalitätspflicht haben Vorstände und Geschäftsführer unmissverständlich im Unternehmen zu vertreten. Sie haben ein Compliance-Management-System anzuordnen, anzuwenden, zu verbessern und zu dokumentieren.[26]

Kommt es zu einem Rechtsverstoß, hat der Vorstand auf rechtswidriges Handeln im Unternehmen zu reagieren. Zu seiner Legalitätspflicht gehört es

- erstens den Sachverhalt aufzuklären,
- zweitens das festgestellte rechtswidrige Verhalten zu untersagen und
- drittens es angemessen zu sanktionieren.[27]

Insbesondere hat der Compliance-Beauftragte regelmäßig die Information an den Vorstand weiterzugeben. Dazu ist er vom Vorstand anzuweisen. Nach dem Berliner-Stadtreinigungsurteil haben Compliance-Beauftragte die Pflicht, auf Rechtsverstöße hinzuweisen, ihren Vorstand zu informieren, den Vorstandsvorsitzenden, wenn der zuständige Vorstand nicht reagiert und schließlich den Aufsichtsrat, sollte auch der Vorstandsvorsitzende nicht auf die Hinweise des Compliance-Beauftragten eingehen. Die Aufklärungspflicht setzt schon bei jedem Verdacht eines Regelverstoßes ein.[28] Der Vorstand hat kein Ermessen bei seiner Entscheidung, ob er den Regelverstoß aufklären muss, er hat vielmehr eine uneingeschränkte Aufklärungspflicht.[29] Er kann sich nicht auf Unkenntnis berufen. Mit ihrer Aufklärung müssen Organe eines Unternehmens zum Ausdruck bringen, dass sie ihre Legalitätspflicht uneingeschränkt erfüllen und auch in Zukunft Gesetzesverstöße verfolgen werden, sodass ihre Einstellung zur Legalitätspflicht für jeden im Unternehmen deutlich wird.[30]

VIII. Die unternehmensexterne Aufklärung

Der Vorstand hat die Wahl zwischen unternehmensinterner und externer Aufklärung. Bei externer Aufklärung müsste Strafanzeige gestellt werden, um ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Zur externen Aufklärung ist ein Vorstand nur dann verpflichtet, wenn er von dem Vorhaben oder der Ausführung der in § 138 StGB von Nummer eins

22 *Fleischer,* ZIP 2005, 142, 143 und 148; *Pietzke*, CCZ 2010, 45, 46.
23 *Reichert,* ZIS 2011, 114.
24 *Reichert*, ZIS 2011, 114; *Schneider*, ZIP 2003, 645, 647.
25 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/2009, NJW-RR 2011, 1670 (Ision-Entscheidung).
26 Nach ständiger Rspr. seit RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); zuletzt LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, BB 2014, 850 m. BB-Komm. *Grützner*, BeckRS 2014, 17 (Neubürger).
27 *Reichert,* ZIS 2011, 117.
28 *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 59.
29 *Reichert,* ZIS 2011, 117.
30 *Schneider*, ZIP 2003, 649.

bis acht aufgezählten Straftaten zu einer Zeit glaubhaft erfährt, zu der die Ausführung oder der Erfolg der Taten abgewendet werden können. Dem Vorstand oder Geschäftsführer droht selbst die Strafbarkeit wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten, wenn er untätig bleibt. Ausdrücklich vorgeschrieben ist die Pflicht zur Strafanzeige in der Spezialnorm des § 13 Geldwäschegesetz (GwG). Aus dieser speziellen Vorschrift zur Geldwäsche lässt sich der Schluss ziehen, dass grundsätzlich keine Strafanzeigepflicht in allen anderen Fällen außer in § 138 StGB besteht.[31]

IX. Die unternehmensinterne Aufklärung

Vorstände sind zur Informationsbeschaffung und damit zur unternehmensinternen Aufklärung verpflichtet. Sie handeln nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG „auf der Grundlage angemessener Informationen“ und sind damit zur Aufklärung rechtserheblicher Sachverhalte verpflichtet.[32] Interne Ermittlungen sind regelmäßig deshalb zu empfehlen, um schlechte Presse und Reputationsverluste für das Unternehmen zu vermeiden. Die unternehmensinterne Aufklärung hat Vorrang. Bevor Strafanzeige gestellt wird, haben die Mitarbeiter die Pflicht zur unternehmensinternen Klärung der offenen Fragen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind zur gegenseitigen Rücksichtnahme seit der Whistleblower-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts verpflichtet.[33] Auf die unternehmensinterne Aufklärung kann nur verzichtet werden, wenn sich eine der Parteien selbst strafbar zu machen droht.[34]

Die unternehmensinterne Ermittlung ist auch deshalb zu empfehlen, um das Unternehmen nicht vorschnell mit dem Vorwurf der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG oder wegen Organhaftung nach § 14 Abs. 1 StGB und § 9 Abs. 1 OWiG zu belasten.

Klären die Geschäftsleiter eines Unternehmens darüber auf, dass sie ihre Legalitätspflicht uneingeschränkt erfüllen und zwar vor als auch nach einem Rechtsverstoß, wirkt dies deliktshemmend, weil klargestellt ist, dass im Unternehmen nützliche Gesetzesverstöße aufgeklärt und unternehmensintern geahndet werden. Eine kriminogene Verbandsattitüde würde damit im Keim erstickt. Der Vorstand hat nicht nur Rechtsverstöße aufzuklären, sondern auch zu sanktionieren. Insbesondere durch die außerordentliche Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB, die ordentliche Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG oder die Änderungskündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB § 2 KSchG. Er kann durch sein Direktionsrecht Arbeitsbedingungen des Verantwortlichen ändern, ihn abmahnen und schließlich Strafanzeigen nach § 158 StPO und § 77 StGB stellen.

X. Die Strafbarkeit von Managern als „Täter hinter dem Täter“ durch Organisationsherrschaft

Die Folgen formaler Organisation ist die Möglichkeit, Verhaltensweisen durch Informationen zu programmieren, ohne dass Vorgesetzte mit den programmierten Verhaltensweisen im Unternehmen in Beziehung gebracht werden.[35] Seit dem Mauerschützen-Urteil hat der BGH die Organisationsherrschaft „als Fallgruppe der mittelbaren Täterschaft anerkannt.“[36] Die Mitglieder des nationalen Verteidigungsrats der DDR wurden als strafrechtlich verantwortliche „Hintermänner“ oder als „Täter hinter dem Täter“ behandelt, weil sie im Rahmen eines organisierten Machtapparats an untergeordnete, selbstverantwortliche Personen die Weisung zur Begehung einer Straftat erteilt haben. Die Grenzsoldaten waren strafrechtlich uneingeschränkt als verantwortliche Täter verurteilt. Begründet wurde die Strafbarkeit des „Täters hinter dem Täter“ durch die Organisationsstruktur eines Systems, in dem Rahmenbedingungen herrschen, die der Hintermann zur Tatbegehung ausnutzt. Insbesondere wird der unmittelbar handelnde Täter austauschbar. Auf seine Individualität kommt es nicht an. Der Täter wird zum „Rädchen im Getriebe“, der zwar die Tat mit eigenem Willen begeht und seinen Vorgesetzen als Hintermann durch dessen Organisationsherrschaft ebenfalls zum Täter macht. Die Organisation funktioniert „automatisch.“[37] Die Organisation des Machtapparats funktioniert danach so, dass der Wille des Hintermanns ausgeführt wird. Der Tatbeitrag des Hintermanns löst regelhafte Abläufe aus.

Die in der Mauerschützen-Entscheidung bestehende Organisationsherrschaft verwendet der BGH zur Begründung der Täterschaft des Vorgesetzten nicht mehr nur innerhalb einer Unrechtsorganisation. Vielmehr überträgt er dies auch auf rechtskonforme Organisationen, wie etwa auf ein Krankenhaus.[38]

Der BGH hat die mittelbare Täterschaft einer Aktiengesellschaft kraft Organisationsherrschaft in seiner Entscheidung zum Bremer Vulkan angenommen. Vorstandsmitglieder einer beherrschenden Aktiengesellschaft haben ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer abhängigen GmbH verletzt, indem sie deren Vermögenswerte im Konzern ungesichert so angelegt haben, dass die Tochtergesellschaft ihre Verbindlichkeiten im Falle eines Verlustes nicht mehr erfüllen konnte und durch ihren Eingriff ihre Existenz gefährdet war. Die Organisationsherrschaft im Konzern hat es den Vorständen erlaubt, ein Cash-Management im Konzern zu betreiben. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder des Organs der Konzernmutter sah der BGH als begründet an, „ohne dass es darauf ankäme, ob sie von den einzelnen Kapitaltransfers Kenntnis erlangt haben“.[39]

Für Vorstände und Geschäftsführer besteht durch die Hintermann-Rechtsprechung des BGH das Risiko, dass sie allein aufgrund ihrer Organisationsherrschaft für Straftaten von Mitarbeitern unterer Hierarchiestufen verantwortlich gemacht werden können, ohne Kenntnis von Tat, Täter und Tatumständen, nur weil Angestellte glaubten, durch Unternehmensinteressen gedeckt zu sein. Mit der Hintermänner-Rechtsprechung des BGH muss bei Führungskräften die Illusion abgelegt werden, sie seien so weit vom strafrechtlich relevanten Geschehen entfernt, dass sie nicht strafrechtlich belangt werden könnten. Auf Kenntnisse über die Tatumstände kommt es nicht mehr an.

---

31 BGH, 30.4.1997 – 2 StR 670/96 (ARAG/Garmenbeck), NStZ 1997, 597.

32 BGH, 30.4.1997 – 2 StR 670/96 (ARAG/Garmenbeck), NStZ 1997, 597; seit Kutscher-Urteil ständige Rspr. v. 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil).

33 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/2002, NZA 2004, 427 (Whistleblower-Urteil.)

34 *Reichert,* ZIS 2012, 121.

35 *Schünemann*, FS Bruns, 1978, S. 22; *Luhmann*, Funktion und Folgen formaler Organisation, 1994, S. 99.

36 BGHSt 40, 218, Mauerschützen-Urteil.

37 *Roxin*, GA 1963, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, S. 200; Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1963, S. 193, 200.

38 BGHSt 40, 257, BGH NJW 1995, 204.

39 BGH NJW BGHSt, 13.5.2004 – 5 StR 73/03, NJW 2008, 2, 1254, Untreue durch AG-Vorstandmitglieder zum Nachteil einer abhängigen GmbH (Bremer Vulkan).

Interne Untersuchungen erübrigen sich nach dieser Rechtsprechung seit dem Bremer Vulkan-Urteil.
Im Fall seines Neueintritts hat sich ein Vorstand auch über die Probleme innerhalb der Gesellschaft kundig zu machen und darf nicht auf eine vollumfängliche Information durch den Aufsichtsrat vertrauen. In der „Neubürger-Entscheidung“ hat das Landgericht München hervorgehoben, dass Vorstände nach § 76 Abs. 1 AktG in eigener Verantwortung die Gesellschaft leiten. Gerade die Schmiergeldpraxis mit schwarzen Kassen, Beraterverträgen und Buchungen ohne Geschäftsbezug deuten auf kriminelle Verbandsattitüden hin und müssen beim Neueintritt eines Vorstands geprüft werden.[40] Unternehmen sollten gerade von neuen Vorstandsmitgliedern kritisch zum eigenen Schutz auf kriminelle Verbandsattitüden geprüft werden.

XI. Fazit

Die Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde in Unternehmen ist durch empirische Forschungen nicht widerlegt sondern bestätigt. Sie muss als Organisationsrisiko durch spezielle Organisationspflichten abgewendet werden. Das Individualstrafrecht verliert gegenüber der Unternehmenskriminalität seine abschreckende Wirkung. Die Ursachen der kriminogenen Verbandsattitüde sind

- erstens eine im Unternehmen schon vorhandene kriminelle Neigung nach dem Prinzip „Geschäft geht vor“
- zweitens die für das Wirtschaftsrecht typische Rechtsgutsferne,
- drittens die ständige Abhängigkeit der Mitarbeiter vom Unternehmen als Existenzgrundlage,
- viertens der in Unternehmen häufig anzutreffende selbstlose altruistische Straftäter, der keine eigenen, sondern nur die Vorteile des Unternehmens zu verfolgen scheint, und
- fünftens die diffuse Verantwortungslosigkeit durch Arbeitsteilung. Strafrechtliche Verbandssanktionen gegen das Unternehmen in Ergänzung zum Individualstrafrecht gelten als ebenso wirkungslos. Gefordert werden von der Unternehmensorganisation wirksam unternehmensinterne Kontrollen, um die Ursachen der inzwischen unbestrittenen kriminogenen Verbandsattitüde präventiv zu vermeiden.

XII. Vorschau

Dieser Beitrag wird in der kommenden Ausgabe des CB fortgesetzt.
Insbesondere wird die Rechtsgutsferne als Ursache kriminogener Wirkung vorgestellt. Sie lässt sich nur argumentativ durch Folgeerwägungen abwenden. Nicht nur die Folgen im Einzelfall, sondern auch im Regelfall müssen offengelegt werden. Mit den Vorteilen für die Gesamtrechtsordnung muss überzeugend geworben werden. Anzustreben ist die Einsicht der Unternehmensmitarbeiter, dass auch solche Rechtsgüter durch die Einhaltung von Rechtspflichten zu schützen sind, deren Schutzwürdigkeit nicht offenkundig ist und die sich nur durch weitere Folgeerwägungen erschließt.
Behandelt wird als weitere Ursache kriminellen Verhaltens im Unternehmen die existenzielle Abhängigkeit der Mitarbeiter von ihrem Unternehmen und seinem wirtschaftlichen Erfolg, den sie fälschlicherweise auch mit Verstößen gegen Rechtsvorschriften glauben fördern zu müssen. Der Konflikt zwischen Rechtstreue und Unternehmenstreue kann ebenfalls nur durch Folgeerwägungen aufgelöst werden. Ein überzeugendes Argument ist der Hinweis, dass strafrechtliche Sanktionen der Mitarbeiter und nicht das Unternehmen zu tragen hat, dem nur die Vorteile illegalen Verhaltens zufließen. Im Ergebnis trägt der Mitarbeiter die Nachteile seiner selbstlosen Straftat und das Unternehmen die Vorteile.
Thematisiert wird außerdem die Besonderheit des altruistischen selbstlosen Straftäters, der mit seinem illegalen Verhalten Vorteile für sein Unternehmen aber keine persönlichen Vorteile anstrebt und sich damit vom egoistischen Täter mit Vorteilsabsicht unterscheidet. Der übliche Entlastungsversuch, der selbstlosen Unternehmenstäter wird entkräftet, sie hätten sich nicht persönlich bereichert.
Schließlich wird die diffuse Verantwortungslosigkeit durch Arbeitsteilung als Ursache kriminogener Verbandsattitüden behandelt. Nur mit klaren Verantwortungszuweisungen und durch die Delegation von Pflichten lassen sich die Nachteile durch Arbeitsteilung und Unklarheiten über die Verantwortung überwinden.
Ebenso werden als organisatorische Maßnahmen zum Schutz vor der kriminellen Verbandsattitüde spezielle unternehmensinterne Kontrollen vorgeschlagen, um das Kontrollversagen durch die strafrechtliche Sozialkontrolle auszugleichen.

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.*

40 LG München, 10.12.2013 – 5 HKO-1387/10 (Neubürger-Entscheidung), BeckRS 2014, 21.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

9 / 2015

Betriebs-Berater Compliance

1.9.2015 | 3.Jg
Seiten 309–352

EDITORIAL

Dr. Hans-Joachim Prieß, LLM. (Indiana), RA
Zwei Jahre außenwirtschaftsrechtliche Selbstanzeige – eine Bilanz | I

CORPORATE COMPLIANCE

Prof. Dr. Martin Schulz, LL.M. (Yale)
Compliance-Management im Mittelstand | 309

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Christian Schenk, WP/StB
Risikoanalyse nach ISO 19600 – Praxishinweise bei der Einrichtung von Compliance-Management-Systemen | 319

Dr. Christian Pelz, RA/FAStrafR/FAStR, und **Dr. Ingo Theusinger**, RA
Durchsetzung von Compliance bei Joint Ventures – Herausforderung bei Gründung und Geschäftstätigkeit | 321

Dr. Benno Schwarz, RA, und **Katharina Saulich**, RAin
Begegnung der unangenehmen Art – Exportweltmeister trifft Exportkontrollweltmeister | 325

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde" – Teil 2 | 330

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Bernd Federmann, LL.M., RA, und **Dipl.-Kfm. Peter Lucas**, RA
Legal im Internal Audit – Rechtliche Anforderungen an die Revisionsarbeit | 335

Hartmut T. Renz, RA, und **Violeta Sliskovic**, RAin
Aufsichtsregime und Handelsüberwachung im Energiesektor | 340

HAFTUNG UND AUFSICHT

Daniel Froesch, RA, und **Dr. Marie-Christin Englmann**, LL.M., RAin
Das Verhältnis zwischen staatlichen Gerichtsverfahren und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit | 346

EuGH: Kein unbegrenztes und bedingungsloses Bankgeheimnis gegenüber markenrechtlichem Auskunftsanspruch mit CB-Kommentar von **Dr. Markus Lang**, RA | 350

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde“ – Teil 2

Die Unternehmenszugehörigkeit fördert bei Mitarbeitern unter bestimmten Bedingungen kriminelles Verhalten zum vermeintlichen Vorteil des Unternehmens und zum eigenen persönlichen Nachteil des Mitarbeiters. Das Individualstrafrecht verliert bei der Unternehmenskriminalität seine abschreckende Wirkung. Wo die Sozialkontrolle durch das Strafrecht versagt, müssen Kontrollmaßnahmen durch die interne Unternehmensorganisation eingesetzt werden.

I. Kriminelles Mitarbeiterverhalten zum Vorteil des Unternehmens als vorhersehbares Organisationsrisiko

Verhalten sich Mitarbeiter beim Handeln für ihr Unternehmen kriminell, treffen sie persönlich Freiheits- und Geldstrafen. Sie glauben zum Vorteil ihres Unternehmens zu handeln und setzen sich persönlich dadurch strafrechtlichen Sanktionen aus. Ein Verhalten zum eigenen Nachteil und zum fremden Vorteil, selbst wenn es dem eigenen Unternehmen nützt, gilt zwar als irrational, aber nach der Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde als vorhersehbar. Es weicht von den Erwartungen ab, die man an rationales Verhalten stellt. Das Strafrecht soll generalpräventiv wirken und durch seine Sanktionen von kriminellem Verhalten abschrecken. Von vernünftig irrational verhaltenden Menschen erwartet man, dass sie Straftaten wegen der rechtlichen Sanktionen vermeiden. Offenbar versagt die abschreckende Wirkung gegenüber Unternehmensmitarbeitern, die glauben, sich illegal verhalten zu können, wenn es nur ihrem Unternehmen nützt.

Vorstände und Geschäftsführer müssen illegales Verhalten ihrer Mitarbeiter und das dadurch begründete eigene Risiko vermeiden, als mittelbare Täter aufgrund ihrer Organisationsherrschaft sich strafbar zu machen.[1] Für Vorstände und Geschäftsführer besteht das Risiko, dass ihr eigenes Verhalten als Vorgabe für die Mitarbeiter missverstanden werden kann. Sie haben präventiv das Legalitätsprinzip durchzusetzen, insbesondere auch durch arbeitsrechtliche Sanktionen.

Die kriminogene Verbandsattitüde gilt als empirisch bestätigt.[2] Deshalb ist sie im Rahmen der Unternehmensorganisation als vorhersehbares Organisationsrisiko zu vermeiden. Wer als Vorstand oder Geschäftsführer vorhersehbare und vermeidbare Schäden vom Unternehmen nicht abwendet, handelt bei der Erfüllung seiner Organisationspflicht aus seinem Dienstvertrag fahrlässig nach § 276 BGB. Zu den Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern gehört es, für legales Verhalten ihrer Mitarbeiter zu sorgen und sich selbst ebenfalls legal zu verhalten. Vorstände und Geschäftsführer trifft die Legalitätspflicht, wonach gem. § 91 AktG die Pflicht gehört, ein Risikofrüherkennungssystem und ein Überwachungssystem einzurichten und zu unterhalten. Nach § 93 AktG haben Organe die Sorgfaltspflichten eines gewissenhaften und ordentlichen Geschäftsführers anzuwenden.

Zwischenzeitlich gehört es zur allgemeinen Überzeugung, dass Menschen in Entscheidungssituationen systematisch von der Grundannahme der Rationalität und Eigennützigkeit abweichen und nur begrenzt rational und eigennützig agieren. Insbesondere gilt das allgemeine Verhaltensmodell des Homo Oeconomicus als widerlegt. Menschen verhalten sich nicht nur grundsätzlich rational und eigennützig. Vielmehr ist mit irrationalem Verhalten zu rechnen.[3]

Spektakuläre Beispielsfälle bestätigen die Beobachtung der kriminogenen Verbandsattitüde. Der frühere Finanzvorstand von Siemens wurde zu 15 Mio. Euro Schadensersatz verurteilt, weil er es unterlassen hat, ein Compliance-Management-System (CMS) einzurichten, um die Korruptionspraxis durch Schmiergeldzahlungen zu verhindern. Der Standortleiter eines Stahlwerks in Turin wurde zu zehn Jahren Gefängnis verurteilt, weil er aus Kostengründen die Brandschutznachrüstung bewusst unterlassen hat. Zu 14 Jahren Gefängnis wurde erstmals ein Banker in London verurteilt, weil er den Referenzzinssatz Libor manipuliert hat.

Nach der Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde ist kriminelles und illegales Verhalten von Unternehmensmitarbeitern unter bestimmten Bedingungen vorhersehbar. Es muss durch organisatorische Maßnahmen im Unternehmen vermieden werden. Die Organisationspflicht trifft die Organe, die Vorstände und Geschäftsführer. Diese haben die präventive Legalitätspflicht und müssen unternehmensexterne und -interne Aufklärung betreiben. Vor allem müssen sie Straftaten von Mitarbeitern aufgrund ihrer eigenen

1 *Rack*, CB 2015, 277.
2 *Kölbel*, ZIS 2014, 553.
3 *John*, Verhaltensökonomik im Recht des Arbeitnehmerurhebers in Deutschland und der Schweiz, 2014, S. 22, 31, 63.

Organisationsherrschaft vermeiden.[4] Organe müssen sich selbst legal verhalten. Vor allem müssen sie vermeiden, von Mitarbeitern unterer Hierarchiestufen als Mittäter mit Organisationsherrschaft belastet zu werden, weil ihr Verhalten als Vorgabe für kriminelles Verhalten von den Mitarbeitern gewertet werden kann.[5] Insbesondere haben sie den Vorrang legalen Verhaltens vor der Gewinnerzielung als Verhaltensprinzip im Unternehmen ausdrücklich zu erklären und durchzusetzen. Auf die Einhaltung des Legalitätsprinzips haben sie präventiv hinzuwirken und bei illegalem Verhalten der Mitarbeiter durch unternehmensinterne, arbeitsrechtliche Sanktionen zu reagieren.

II. Die Rechtsgutsferne als Ursache kriminogener Wirkung

Um die kriminogene Verbandsattitüde von Mitarbeitern von vorneherein nicht aufkommen zu lassen, müssen die Ursachen ermittelt und vermieden werden. Neben einer schon vorhandenen kriminellen Attitüde im Unternehmen[6] wird als zweite Ursache für Unternehmenskriminalität die Rechtsgutsferne von *Schünemann* beschrieben. Bei Wirtschaftsdelikten liegt das Schutzgut oft so fern, dass sich der einzelne Mitarbeiter den Schaden und die Verletzung des Rechtsguts nicht vorstellen kann. Es handelt sich oft um abstrakte Gefährdungstatbestände, auf die das individuelle Gewissen nicht anspricht.[7]

Zum Beispiel beim Rechtsgut des freien Wettbewerbs kann sich ein Mitarbeiter nicht ohne weiteres vorstellen, welche nachteiligen Konsequenzen Kartellverstöße oder Korruptionsverhalten für die gesamte Rechtsordnung haben können. Den Vorteil von Schmiergeldzahlungen kann sich der Mitarbeiter dagegen viel leichter vorstellen. Schmiergeldzahlungen führen zu Geschäftsabschlüssen. Dagegen bedarf es größerer mentaler Anstrengung für die Einsicht, dass Korruption und Schmiergelder im Regelfall den freien Wettbewerb zum Nachteil aller schädigen. Werden Schmiergeldzahlungen zum Regelfall in der Unternehmenspraxis, wird der freie Wettbewerb zum Nachteil aller eingeschränkt. Der Vorteil im Einzelfall wird zum Nachteil im Regelfall.[8]

Die geschützte Umwelt stellt ebenfalls ein Beispiel für Rechtsgutsferne dar. Umweltschäden sind fernliegende Langfristschäden, durch ihre schleichende Entwicklung kaum wahrzunehmen. Wegen ihrer Langfristwirkung sind sie hoch umstritten. Die Umweltbelastungen in Einzelfällen ergeben erst in ihrer Summe als Regelfall das Risiko von Umweltschäden. Charakteristisch im Umweltschutz sind die sog. Summationsschäden.

Ein Beispiel für ein naheliegendes Rechtsgut ist die Arbeitnehmergesundheit, die durch arbeitsschutzrechtliche Vorschriften bezweckt wird. Die eigene Gesundheit und die der Belegschaft ist ein naheliegendes und für alle begreifbares schützenswertes Rechtsgut.

III. Die existentielle Abhängigkeit vom Unternehmen als Ursache kriminogener Wirkungen

Als dritten Grund für die Entstehung der kriminogenen Verbandsattitüde nennt *Schünemann* die Abhängigkeit der Mitarbeiter von ihrem Arbeitsplatz als Existenzgrundlage.[9] Sie kann kriminelles Verhalten zum Vorteil eines Unternehmens fördern. Wenn der Verlust des Arbeitsplatzes droht, fürchten einzelne Mitarbeiter um ihren sozialen Status, um ihre wirtschaftliche Existenz und verlieren ihre Hemmungen vor illegalem Verhalten zum Vorteil des Unternehmens, selbst wenn Rechtsgüter Dritter verletzt werden. Individuelle Existenzsorgen neutralisieren die Legalitätspflicht. Das Wohl des Unternehmens und die eigene Existenz sind dem Mitarbeiter näher als die Rechtsordnung. Zu den Risikofaktoren für die kriminelle Verbandsattitüde zählen im Übrigen geringe Gewinnmargen, Ertragsdefizite und finanzielle Schwierigkeiten eines Unternehmens.[10] Der Konflikt zwischen Rechtstreue und Unternehmenstreue lässt sich nur durch Folgeerwägungen argumentativ auflösen. Die Abhängigkeit vom Arbeitsplatz und die Sorge um das Wohl des Unternehmens heben offenbar die abschreckende Wirkung strafrechtlicher Sanktionen auf.

Die Erwägung der Folgen hilft dabei, intuitiv erfasste Scheinvorteile rational als Irrtümer aufzudecken. Der Irrtum der Mitarbeiter besteht darin, dass die eigene Existenz durch illegales Verhalten zum Vorteil des Unternehmens gerade nicht gefördert, sondern gefährdet wird. Möglicherweise hat das Unternehmen kurzfristig einen Scheinvorteil. Den Nachteil hat jedoch auf jeden Fall der Mitarbeiter persönlich, wenn sein illegales Verhalten entdeckt wird. In aller Regel geht die Unternehmensführung auf Distanz und erklärt den Mitarbeiter als Einzeltäter im Einzelfall, um von der kriminellen Verbandsattitüde im Unternehmen als systematisches Verhaltensprinzip abzulenken. Der wirtschaftliche Vorteil für das Unternehmen führt zu den existenzvernichtenden strafrechtlichen Konsequenzen für den Mitarbeiter. Nicht das Unternehmen als juristische Person trägt den Nachteil einer Freiheits- oder Geldstrafe, sondern der einzelne Angestellte persönlich. Unternehmen sind als juristische Person nämlich nicht schuldfähig, nicht handlungsfähig und nicht straffähig. Eine juristische Person handelt immer nur durch ihre Vertreter. Der einzelne Unternehmensmitarbeiter wird durch den Strafvollzug getroffen nicht aber das Unternehmen. Unsere Rechtsordnung kennt kein Strafrecht für Unternehmen. Allenfalls befasst sich die rechtspolitische Diskussion mit der Möglichkeit eines Unternehmensstrafrechts. Nach der geltenden Rechtslage geht immer noch der Mitarbeiter ins Gefängnis oder trägt die Geldstrafe persönlich.

In allen drei Beispielsfällen wird diese Rechtslage deutlich. Der Standortmanager des Stahlwerks in Turin hat seinem Unternehmen zwar die Kosten für die Nachrüstung der Brandschutzanlagen ersparen wollen. Dafür geht er für zehn Jahre ins Gefängnis, weil sieben Stahlwerker durch einen Brand getötet wurden. Der Manager verbüßt persönlich die Freiheitsstrafe und nicht etwa sein Unternehmen. Die eingesparten Brandschutznachrüstungskosten flossen nicht dem Standortmanager als persönlicher Vorteil zu. Diesen Scheinvorteil für das Unternehmen bezahlt er mit zehn Jahren Gefängnis in Italien.

4 *Rack*, CB 2015, 281.
5 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1995; *Roxin*, GA 1963, S. 200, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate.
6 *Rack*, CB 2015, 277 f.
7 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979, S. 23.
8 *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolge – Welche Rolle können Folgeerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen, 1981, S. 143.
9 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 23.
10 *Kölbel*, ZIS 2014, 554 m. w. N. zu kriminologischen Forschungsergebnissen.

Der ehemalige Finanzvorstand wird von der eigenen Firma zu 15,0 Mio. Euro Schadensersatz verklagt und verurteilt, weil er kein CMS eingeführt hat, um u. a. die Korruptionspraxis durch Schmiergeldzahlungen zu unterbinden, wodurch er der Firma einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten verschafft hat. Den persönlichen Nachteil hatte der Finanzvorstand, aus strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und den Schadensersatz über 15 Mio. Euro. Sein Konflikt zwischen Rechtstreue und Unternehmensvorteil blieb ungelöst. Die Ausweglosigkeit lässt sich als Grund für seinen Selbstmord vermuten. Unternehmen müssen deshalb Interessenkonflikte dieser Art durch organisatorische Maßnahmen auflösen.

Auch im Berliner Stadtreinigungsfall trugen der Finanzvorstand und sein Compliance Officer die strafrechtlichen Folgen mit der Verurteilung wegen Betrugs und Beihilfe zum Betrug. Vorstände und Geschäftsführer haben die Pflicht, das Risiko der kriminogenen Verbandsattitüde abzuwenden, die Mitarbeiter von illegalen Verhalten abzuhalten, die Existenzängste der Mitarbeiter um das Wohl der Firma und ihre eigene Existenz einzukalkulieren und auf den Vorrang der Legalitätspflicht unmissverständlich hinzuweisen, die persönlichen Nachteile für einzelne Mitarbeiter als Konsequenzen zu beschreiben und den nützlichen Pflichtverstoß im Unternehmen mit Nachdruck zu verbieten. Begehen Mitarbeiter Straftaten zum Vorteil ihres Unternehmens, weil sie sich irrtümlich dazu berechtigt glauben, besteht das Risiko für Geschäftsleiter, wenn sie keine Anordnung zum illegalen Verhalten getroffen haben, sich selbst als Hintermänner, Drahtzieher, Schreibtischtäter und als mittelbare Täter strafbar zu machen und zwar allein schon deshalb, weil sie die Organisationsherrschaft haben und damit alle Mittel einsetzen können, um illegales Verhalten zu unterbinden. Mitarbeiter mit kriminellen Neigungen zum Wohl des Unternehmens stellen damit ein Risiko für die Unternehmensführung dar, selbst wenn sie zum Wohl des Unternehmens handeln.[11]

IV. Der altruistische selbstlose Straftäter als kriminogene Ursache

Gefördert wird die kriminogene Verbandsattitüde durch die nützliche Rechtspflichtverletzung zum Vorteil des Unternehmens.

Der Mitarbeiter verhält sich insbesondere bei Delikten mit egoistischen Motiven gerade nicht egoistisch, sondern altruistisch und selbstlos. Delikte, die im Tatbestand Habgier, Zueignungs-, Vorteils-, Bereicherungsabsicht voraussetzen, scheinen den Mitarbeiter nicht zu treffen.

Auch ohne Vorteil für den Täter werden jedoch Rechtsgüter Dritter verletzt. Der Irrtum kommt dann zum Ausdruck, wenn Unternehmensmitarbeiter zu ihrer Entlastung darauf hinweisen, sie hätten sich nicht selbst bereichert und keine eigenen Vorteile durch ihr illegales Verhalten gewonnen.[12] Neutralisiert wird illegales Verhalten dadurch, dass das im sozialen Leben verwurzelte Tatbild eines Straftäters wie das eines Diebes oder Betrügers vom kriminellen Unternehmensmitarbeiter nicht erfüllt wird, weil er sich altruistisch und selbstlos für sein Unternehmen zu opfern scheint.[13] In allen drei Beispielsfällen haben die Täter keine persönlichen Vorteile, sondern nur persönliche Nachteile gehabt.[14]

V. Die diffuse Verantwortungslosigkeit durch Arbeitsteilung als kriminogene Ursache und die Vermeidung durch die Delegation von Rechtspflichten

Schünemann nennt fünftens als kriminalitätsauslösenden Faktor beim Handeln für ein Unternehmen die Arbeitsteilung und die Informationskanalisierung.[15] Die in der Industrie unverzichtbare Arbeitsteilung bewirkt, dass einzelne Mitarbeiter nur in Ausschnitten die Konsequenzen ihres Handels wahrnehmen können. Ihnen fehlt der Überblick über das Ausmaß ihres Beitrages zu einem strafbaren oder schadensbegründenden Verhalten. Die Arbeitsteilung führt zur Teilung der Verantwortung. Mitarbeiter vertrauen darauf, dass sie von übergeordneten Organen und Vorgesetzen kontrolliert werden. Die Organe dagegen vertrauen darauf, dass sich Mitarbeiter wie selbstverständlich legal verhalten. Die Führungsebene verlässt sich auf die Arbeitsebene, auf deren Detailkenntnisse und Spezialerfahrung am Arbeitsplatz der ausführenden Mitarbeiter und umgekehrt. Wenn sich einer auf den anderen verlässt, versagen im Ergebnis die Kontrollen. Insbesondere innerhalb der Betriebshierarchie vertrauen die Mitarbeiter auf die Kompetenz ihrer Führungskräfte und auf ihre höhere Einsichtsfähigkeiten. Die objektive Verantwortung wird von oben nach unten delegiert, während das subjektive Verantwortungserlebnis umgekehrt ist.[16] Das Kontrollversagen im Unternehmen ist dadurch vorprogrammiert.

Neutralisierend im Unternehmen wirkt der Umstand, dass niemand alleine verantwortlich zu sein scheint, sondern aufgrund der Arbeitsteilung die Verantwortung auf alle Mitarbeiter sich verteilt. Dieses Risiko der geteilten Verantwortungslosigkeit durch Arbeitsteilung lässt sich nur durch eine klare Verantwortungszuweisung durch die ausdrückliche Delegation aller Pflichten des Unternehmens auf Einzelverantwortliche vermeiden. Die Organisationspflicht der Delegation der Unternehmenspflichten auf namentlich benannte Mitarbeiter gehört zur ständigen Rechtsprechung des BGH und bereits des Reichsgerichts zum Organisationsverschulden.[17]

11 BGH, 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (Mauerschützen-Urteil), BGHSt 40, 218; BGH, 13.5.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147; BGH, 2.6.2008 – II ZR 27/07 (Bremer Vulkan), NJW 2008, 1253, 1254.

12 LG Nürnberg-Fürth, 24.11.2008 – 3 KLs 501 Js 1777/2008, S. 130 (Feldmeyer-Siemens).

13 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 24.

14 Im Falle des Siemens-Vorstands ist hervorzuheben, dass er sich nicht strafbar gemacht hat, sondern zu 15 Mio. Euro Schadensersatz wg. Organisationsverschulden verurteilt wurde.

15 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 24.

16 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 24.

17 BGH, 17.10.1976 – VI ZR 70/66 (Schubstrebenurteil), NJW 1968, 247; RG, 14.12.1911 – VI 75/11 (Kutscher-Urteil), RGZ 78, 107; RG, 28.11.1913 – III 194/13 (Neuzement-Urteil), RG Warn. 1914, 35, 50; RG, 25.2.1915 – VI 526/14 (Heilsalz-Urteil), RGZ 87 (1916), 1; RG, 19.2.1923 – IV 427/22 (Fuhrwerk-Urteil), RGJW (1923), 1026; RG, 12.1.1938 – VI 172/37 (Kleinbahn-Urteil), RGJW 1938, 1651; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52 (Zinkdach-Urteil), BGHZ 11, 151; BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55 (Presseangriff-Urteil), BGHZ 24 (1957), 200; BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56 (Streupflicht-Urteil II), MDR 1957 (1957), 214; BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50 (Benzinfahrt-Urteil), BGHZ 4, 1; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59 (Besitzdiener-Urteil), BGHZ 32 (1960), 53; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56 (Gießerei-Urteil), VersR 1959, 104; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60 (Propagandisten-Urteil), NJW 1961, 455; RG, 14.12.1911 – VI 75/11 (Kutscher-Urteil), RGZ 78, 107; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09 (IKB-Entscheidung), NJW 2010, 1537.

Nach der neuen ISO 19600 zum Compliance Management vom 15.12.2014 wird die Delegation in Ziff. 5.3 und 9.1.2 als Empfehlung ausdrücklich geregelt.

VI. Blockierte Informationen als Ursache kriminogener Verbandsattitüden

Kriminogen wirkt eine psychologisch erklärbare Informationsblockade. Wer aufgrund seiner Meldepflichten über Risiken aus seinem Verantwortungsbereich seine Vorgesetzten informieren muss, hat die Neigung, nur positive Informationen zu liefern und negative Nachrichten solange zurück zu halten, bis er die Probleme eventuell selbst gelöst hat.[18] Die Informationen über Risiken im Unternehmen sind für die Entscheidung über deren Abwehr durch die Organe des Unternehmens unverzichtbar. Ohne Risiken zu kennen, kann kein Vorstand oder Geschäftsführer ihre Abwehr organisieren. Organe sind deshalb auf die Informationen von der Arbeitsebene auf die Entscheidungsebene angewiesen. Nur die Führungskräfte können aufgrund ihres Direktionsrechts Krisenmanagement betreiben und die Risikoabwehr organisieren. Sie sind zum Eingreifen verpflichtet[19], was jedoch voraussetzt, dass sie über den Anlass ihres Eingreifens informiert sind. Risiken sind Schadensprognosen und deshalb grundsätzlich schlechte Nachrichten. Wer schlechte Nachrichten überbringt, macht sich unbeliebt. Im Übrigen erzeugt der Berichterstatter über Risiken Entscheidungs- und Handlungsdruck bei den informierten Führungskräften. Im unaufgeklärten Mittelalter wurden die Boten schlechter Nachrichten geköpft. „Töte nicht den Boten“ galt dagegen als aufgeklärte Empfehlung.[20] Der blockierende Informationsfilter muss überwunden werden.[21]

Die Informationsblockade macht das Strafrecht untauglich zur Abschreckung gegen Unternehmenskriminalität. In internen Untersuchungen wird mit großem Aufwand geprüft, wer Kenntnis von welchem Missstand hatte. Dadurch wird die strafrechtliche Zurechnung zum Problem. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit wandert vom Täterkreis der Leitungsorgane in der Betriebshierarchie nach unten. Aus der vertikalen Arbeitsteilung und der Betriebshierarchie resultieren dadurch Strafbarkeitslücken. Die Führungskräfte sind keine Täter, weil sie nicht informiert sind. Die informierten Mitarbeiter sind keine Täter, weil sie keine Organe sind oder keine Leitungsfunktion i. S. v. § 14 Abs. 2 StGB erfüllen.[22] Weil strafrechtlich relevante Informationen über Risiken von Mitarbeitern unterer Hierarchiestufen nicht weitergegeben werden, weil sie befürchten müssen, sich unbeliebt zu machen und weil Führungskräfte an strafrechtlich relevanten Informationen nicht interessiert sind, die sie zu Entscheidungen zwingen, entsteht eine Blockade von Informationen über Sachverhalte der Unternehmenskriminalität.

Im Zivilrecht gilt die Informationsbeschaffungspflicht für Führungskräfte und die Meldepflicht der übrigen Mitarbeiter. Es kommt nicht darauf an, ob Vorstände und Geschäftsführer tatsächlich etwas über die Risiken im Unternehmen wussten, sondern was sie wissen mussten und welche Information sie sich hätten beschaffen müssen. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe gilt als Gemeingut. Verbotsirrtümer müssen vermieden werden. Seit 1957 gilt § 17 StGB. Seit 1996 gilt die Rechtsprechung des BGH zur Vermeidung der Wissensaufspaltung. Danach sind rechtserhebliche Informationen zu sammeln, zu speichern, weiterzuleiten und im Unternehmen ständig verfügbar zu halten.[23] Schon im Kutscherurteil von 1911 hat das Reichsgericht ein Informationsbeschaffungssystem als Organisationspflicht formuliert. Jeder Mitarbeiter jeder Hierarchiestufe ist zur Meldung über Risiken verpflichtet. Zu verbinden ist die Meldepflicht mit einer vereinbarten Vertragsstrafe bei ihrer Verletzung.[24]

VII. Die Auskunftspflicht mit Verwertungsverbot als Konfliktlösung

Vorstände sind an der ungehinderten Information von der Arbeitsebene auf die Entscheidungsebene angewiesen. Sie müssen ihr Organisationsverschulden vermeiden, alle Risiken erfassen, Rechtsverstöße aufklären, abstellen und sanktionieren.[25] Jeder Verstoß gegen Rechtspflichten trifft Vorstand und Geschäftsführer mit dem Vorwurf, die Legalitätspflicht verletzt zu haben und nicht ausreichend dafür gesorgt zu haben, dass sich auch die Mitarbeiter legal verhalten. Die Angestellten dagegen wollen nicht die Boten schlechter Nachrichten sein, und sind in Sorge, sich selbst zu belasten und sich selbst strafrechtlichen Sanktionen auszusetzen. Nach ihrem Dienstvertrag sind sie zur Auskunft verpflichtet. Die zwar verbreitete, aber meist unbegründete Sorge, „immer mit einem Bein schon im Gefängnis zu stehen“, vermindert die Auskunftsbereitschaft zu Lasten einer unbegründeten Risikoabwehr im Unternehmen. Die Sorge vor Selbstbelastung und Strafverfolgung lässt sich den Mitarbeitern in aller Regel nicht nehmen. Sie bleibt meistens unausgesprochen. Vor allem wird die Informationsblockade gerade auch durch die weitere Sorge verursacht, dass Mitarbeiter sich vor einer eventuellen Haftung für falschen Alarm fürchten und deshalb Informationen zurückhalten. Risiken sind Schadensprognosen, und nicht zu erkennen und zu beweisen. Vielmehr muss man sie sich denken. Denkbar ist alles. Unter vielen denkbaren möglichen künftigen Schadensverläufen muss sich ein Entscheidungsträger entscheiden und diesen Geschehensverlauf als Risiko behandeln und abwenden. Tritt das Risiko nicht ein und wurden Kosten zur Schadensprävention vergeblich verursacht, führt diese Sorge zur verständlichen Zurückhaltung der Unternehmensmitarbeiter, Risiken an die Unternehmensführung zu melden.

Der Konflikt zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht einerseits und dem Risiko der Selbstbelastung andererseits wurde erstmals im Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts behandelt.[26] In ihrem Arbeitsvertrag haben sich Mitarbeiter freiwillig verpflichtet, Informationen über Risiken zu melden. Im

18 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 23.
19 LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (Neubürger Urteil), CB 2014, 167 m. CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls m. BB-Komm. *Grützner*, Beck RS 2014, 17; BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89 (Lederspray-Urteil), NJW 1990, 2560.
20 Die Empfehlung wird Sophokles zugeschrieben.
21 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 37.
22 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 38.
23 BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135,202, BB 1997, 1276; BGH 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132,30, BB 1996, 924 (Wissensaufspaltung); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 640; BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96 (Wissenszurechnung beim Scheckinkasso), BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276.
24 RG, 14.12.1911 – VI 75/11 (Kutscher-Urteil), RGZ 78, 107.
25 *Reichert*, ZIS 2011, 120.
26 BVerfG, 13.1.1981 – 1 BvR 116/77 (Gemeinschuldner), BVerfGE 56, 37, BB 1981, 639.

Gemeinschuldnerbeschluss wurde die uneingeschränkte Auskunftspflicht des Gemeinschuldners bejaht und das Interesse an einem Schutz gegen erzwungene Selbstbelastung zurückgestellt. Die Auskunftspflicht gilt als absolut vorrangig. Eine andere Lösung würde zu untragbaren Konsequenzen führen. Würde sich ein pflichtwidriger Vertragspartner auf seinen Schutz vor Selbstbelastung berufen und Informationen verweigern können, würden diejenigen bevorteilt, die pflichtwidrig ihre Vertragspartner benachteiligt haben. Der pflichtwidrige Vertragspartner würde immer belohnt, weil er seinem Gläubiger Informationen vorenthält, die ihn belasten. Pflichtenverstöße würden privilegiert, die Pflichterfüllung würde benachteiligt, insbesondere auch dann, wenn der gravierende Pflichtverstoß strafbewehrt wäre. Die Auskunftspflicht muss uneingeschränkt gelten, selbst wenn die Informationen zur Selbstbelastung und zu strafrechtlichen Konsequenzen führen könnten. Die Lösung besteht in der Kombination einer Auskunftspflicht mit einem gleichzeitigen Verwertungsverbot für Maßnahmen der Strafverfolgung. Verpflichtet sich ein Vertragspartner zur Information, gilt diese Verpflichtung nicht gleichzeitig zur Selbstanzeige in einem Strafverfahren. Die Verknüpfung von Auskunftspflicht und gleichzeitiger Pflicht zum Verwertungsverbot gilt für alle Fälle der vertraglich vereinbarten Informationspflicht. Wenn schon im Strafverfahren Zeugen und Beschuldigte ein Aussageverweigerungsrecht zusteht, muss dieses Recht auch außerhalb des Strafverfahrens Anwendung finden. Die Aussagepflicht i. V. m. einem Verwertungsverbot stellt das Bundesverfassungsgericht in seinem Gemeinschuldnerbeschluss[27] als Lösung des Konflikts zwischen Informationspflicht und Selbstbelastungsverbot fest. Im Interesse einer effizienten Risikoabwehr empfiehlt es sich, durch das Verwertungsverbot auf die Strafverfolgung zu verzichten. Die Auskunftspflicht kombiniert mit dem Selbstbelastungsverbot ist gesetzlich in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO für das Verhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Gemeinschuldner und in § 393 AO im Besteuerungsverfahren zwischen Steuerpflichtigem und Finanzbehörde geregelt.[28] Beide Vorschriften lassen sich zur Analogie in vergleichbaren Fällen heranziehen. In § 97 InsO und § 393 AO hat der Gesetzgeber die Konfliktlösung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Gemeinschuldnerbeschluss umgesetzt. Im Arbeitsrecht fehlt eine vergleichbare und wünschenswerte Regelung. Solange der Gesetzgeber den Konflikt zwischen arbeitsrechtlicher Informationspflicht und dem Schutz vor strafrechtlicher Selbstbelastung nicht regelt, bietet sich im Arbeitsrecht die Analogie zur Regelung in der Insolvenzordnung und in der Abgabenordnung an.[29]

VIII. Fazit

Die kriminogene Verbandsattitüde erweist sich als empirisch nachgewiesenes Fehlverhalten im Unternehmen. Als Organisationsrisiko ist es zu erfassen und abzuwenden, seine Ursachen zu ermitteln und präventiv zu vermeiden. Schon vorhandene Tendenzen zur Unternehmenskriminalität sind durch klare unmissverständliche Bekenntnisse zur Legalitätspflicht sowie zum Vorrang der Legalität im Unternehmen präventiv vor und repressiv nach Straftaten zu bekämpfen. Vor allem ist die Sozialkontrolle des Strafrechts mit seiner nachlassenden abschreckenden Wirkung durch interne Unternehmenskontrollen und Vertragsstrafen zu ersetzen. Über die persönlichen Nachteile der Unternehmensmitarbeiter durch illegales Verhalten zum Nutzen des Unternehmens ist aufzuklären. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass der selbstlose Täter durch eventuelle Vorteile für das Unternehmen sich nicht entlasten kann. Die diffuse Verantwortungslosigkeit für die Einhaltung der Unternehmenspflichten lässt sich durch die Delegation der Pflichten auf Mitarbeiter vermeiden. Die Informationsblockade ist durch Auskunftspflicht mit gleichzeitigem Verwertungsverbot zu überwinden. Die Früherkennung illegalen Verhaltens im Unternehmen, lässt sich durch diese organisatorischen Maßnahmen verbessern.

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 BVerfG, 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, NJW, 1981, 1431, 1432, BB 1981, 639.
28 *Maschmann*, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 175; *Fritz*, in Anmerkung zu LG Hamburg, 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, CCZ 2011, 155.
29 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1995; *Roxin*, GA 1963, S. 200, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

11 / 2015

Betriebs-Berater Compliance

3.11.2015 | 3.Jg
Seiten 397–440

EDITORIAL

Prof. Dr. Bernd Irlenbusch
VW und der Abgasskandal: Verzerrungen im moralischen Verhalten verringern | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Gerhard Gündel, RA
Unternehmerisches Ermessen und Untreue (§ 266 StGB) bei Vorständen und Geschäftsführern | 397

Dr. iur. Günther Dobrauz-Saldapenna, MBA, und **Dr. iur. Simon Schären**, LL.M.
Länderreport Schweiz: Ausgewählte aktuelle Entwicklungen im Schweizer Finanzmarktrecht | 402

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Bernd Michael Lindner und **Dr. Georg Lienke**, LL.M. (Hong Kong), RA
Vierte EU-Geldwäscherichtlinie: Wesentliche Neuerungen für deutsche Kreditinstitute | 408

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Die Risikoanalyse bei Fremdwährungskrediten und die Beratungspflichten von Banken | 413

Dr. Tobias Volk und **Marco Lenhardt**
BCBS 239 – Stand der Umsetzung und Ausblick für kleinere Institute | 417

COMPLIANCE MANAGEMENT

Hartmut T. Renz, RA, und **Melanie Frankenberger**, CCP, RAin
Aufgaben einer Compliance-Organisation im Rahmen des Internen Kontrollsystems (IKS) | 420

Philipp-Christian Scheel, RA
Embargos und Sanktionen – Maßnahmen von Kredit- und Finanzinstituten zur Einhaltung

er Giebichenstein und

g des Bankgeschäfts | 430

Aufgaben, Kontroll- und Sanktionsbefugnisse von Umweltaufsichtsbehörden | 434

Dr. Daniela Seeliger, LL.M., RAin, und **Kaan Gürer**, LL.M., RA
Kartellverstöße des Handelsvertreters – Wann haftet das Unternehmen? | 438

Deutscher Fachverlag * 60264 Frankfurt
PVSt * DPAG * Entgelt bezahlt
84545#82013038/25259560010#0115 40
Kanzlei Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt und Notar
Lurgiallee 12
60439 Frankfurt

Schwerpunktheft Banken-Compliance

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Die Risikoanalyse bei Fremdwährungskrediten und die Beratungspflichten von Banken

Wiederholt meldet die Presse Schäden durch Fremdwährungskredite. Die damit verbundenen Risiken werden offenbar systematisch unterschätzt. Die Beratungspflichten der Banken sind durch die jüngste Rechtsprechung verschärft worden. Das steigende Beratungsrisiko der Banken gibt daher Anlass zur Analyse der Risiken durch Fremdwährungskredite.

I. Schäden durch Fremdwährungskredite

Die Presse berichtet regelmäßig über Schäden von Kreditnehmern durch Kredite in Schweizer Franken. Deutsche Privatpersonen waren im November 2014 mit 7,2 Mrd. Schweizer Franken verschuldet, Unternehmen mit 5,2 Mrd., öffentliche Haushalte mit 1,78 Mrd. Schweizer Franken. Städte melden Mehrbelastungen bis zu 75 Mio. Euro.[1] Offenbar wurden Risiken unterschätzt. Schadensersatzansprüche werden gegenüber Banken mit Falschberatung begründet. Das Beratungsrisiko der Banken steigt und gibt Anlass zur Analyse der Risiken durch Fremdwährungskredite.

Typisch für Fremdwährungskredite ist, dass ein Darlehensnehmer sich gegenüber seiner Bank in einer Fremdwährung wie z. B. in Schweizer Franken verschuldet, der Darlehensbetrag in Euro ausgezahlt wird und am Ende der Kreditlaufzeit in Schweizer Franken zurückzuzahlen ist. Bei Zinszahlung und bei der Rückzahlung des Kapitals wechselt die Bank von Euro in die jeweilige Fremdwährung, die Zinsen sind variabel und nicht fest für die ganze Laufzeit vereinbart.

Die Schweizer Währung galt bis zur Freigabe des Wechselkurses am 15.1.2015 als langfristig stabil. Den Zinsvorteilen stehen aber erhebliche Risiken gegenüber, erstens das Währungsrisiko, zweitens das Zinsänderungsrisiko und drittens, das Tilgungsträgerrisiko. Typisch für einen Fremdwährungskredit ist außerdem, dass während der Laufzeit nur die niedrigeren Zinsen zu bedienen sind und das aufgenommene Kapital auf einmal am Ende der Laufzeit zurückzuzahlen ist. Die Rückzahlung des Kredits wird durch Zahlung an einen Tilgungsträger gesichert. Der Kredit wird also nicht während der Laufzeit getilgt. Tilgungsträger sind z. B. Lebensversicherungen, Investmentfonds und Aktienfonds. Der Tilgungsträger hat den Zweck, erstens am Ende der Kreditlaufzeit den Kreditbetrag zu tilgen, – nicht in Raten, sondern in einem Betrag – und zweitens, höhere Renditen als die Zinsen für den Fremdwährungskredit zu erwirtschaften. Im Ergebnis wird angestrebt, dass die Nettorendite über den effektiven Kreditkosten liegt.

Beim herkömmlichen Annuitätendarlehen werden feste Zins- und Tilgungsraten vereinbart und die Darlehnssumme in der gleichen Währung zurückgezahlt, in der sie ausgezahlt wurde.

Der Hauptgrund für die Kreditaufnahme in Fremdwährungen ist der Zinsvorteil. Von 1980 bis 1989 waren die Zinsen in der Schweiz um 1–6 % günstiger. Seit 1992 beträgt der Zinsvorteil in der Schweiz zwischen 0,5–2,25 %.[2]

II. Stillschweigender Abschluss eines Bankberatungsvertrages

Durch den Abschluss eines Fremdwährungskredites kommt zugleich ein Anlageberatungsvertrag zustande, grundsätzlich zwar nur, wenn der Kunde ausdrücklich die Beratung einer Bank wünscht, stillschweigend meist auch ohne eine ausdrückliche Absprache, wenn die Bank mit dem Kunden ein Beratungsgespräch führt und dabei erkennen konnte, dass die Beratung für den Kunden von erheblicher Bedeutung ist und der Kunde schließlich die Beratung zur Grundlage von Vermögensentscheidungen machen will. Ohne Bedeutung ist es dabei, dass der Kunde an die Bank herangetreten ist.[3] Schlägt die Bank ein Fremdwährungsdarlehen mit Zahlung in einen Tilgungsersatzträger vor, weicht diese Form des Darlehens von einer üblichen Finanzierung ab. Ein Beratungsvertrag kommt auch dann zustande, wenn die Bank dabei unentgeltlich tätig wird.[4] Aufgrund des Beratungsvertrages ist der Bankberater verpflichtet, sich an dem Interesse des Kunden zu orientieren und für ihn eine Dienstleistung zu erbringen. Der Bankkunde soll am Ende der Beratung in die Lage versetzt werden, eine eigene selbstbestimmte Anlageentscheidung zu treffen. Die Beratung ist anlage- und anlegergerecht durchzuführen. Inhalt und Umfang der Beratungspflicht hängt ab von Wissensstand, Risikobereitschaft, Anlageziel, Anlageobjekt, Konjunkturlage und der Entwicklung des Kapitalmarktes. Im Rahmen des Beratungsvertrages hat die Bank über alle Risiken aufzuklären und die Absicherungsmöglichkeiten zur Abwendung der Risiken zu erörtern.

III. Beratung zum Währungs- und Wechselkursrisiko

Der Fremdwährungskredit löst ein Wechselkursrisiko aus. Beim Abschluss eines Fremdwährungsdarlehns wird nämlich ein Kredit in einer Fremdwährung aufgenommen, in der Inlandswährung ausgezahlt

1 FR v. 22.1.2015 „Deutsche Städte verzocken sich“; TAZ v. 26.1.2015 „Hochriskante Spekulationen“; FAZ v. 17.1.2015 „Auch deutsche Kommunen leiden unter Franken-Krediten“; FAZ v. 15.5.2015 „Am Ende ein Verlust von 70 Millionen Euro“.

2 *Losbichler*, Fremdwährungsfinanzierung, 2009, S. 41.

3 *Schimanski/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 43, Rn. 7; BGH, 6.7.1993 – XI ZR 12/93, BB 1993, 1903.

4 BGH, 18.1.2007 – III ZR 44/06.

und in der Fremdwährung zurückgezahlt.[5] Das Wechselkursrisiko besteht darin, dass sich der Wechselkurs nach der Kreditaufnahme bis zum Fälligkeitstag verändern kann, weil die Währungen auf- oder abgewertet werden. Wird die Fremdwährung aufgewertet, muss der Bankkunde entsprechend der Aufwertung mehr zurückzahlen, als ihm durch das Darlehen zugeflossen ist. Beim Umtausch der Inlandswährung muss er für die aufgewertete Fremdwährung mehr zahlen als im Zeitpunkt des Abschlusses des Fremdwährungskredits. Das Wechselkursrisiko besteht in einem Verlustrisiko für den Bankkunden. Der unerfahrene Bankkunde muss über Chancen und Risiken aufgeklärt werden. Keine Aufklärungspflicht zum Wechselkursrisiko hat die Bank gegenüber Kunden, die sich aktiv um den Abschluss eines Fremdwährungsdarlehens bemühen und selbst auf die Bank mit dem Wunsch nach einem Fremdwährungskredit zugehen.[6] Der Bankkunde muss nicht nur über einen Zinsvorteil des Fremdwährungskredits gegenüber einem Verbraucherkredit mit festen Zins- und Tilgungssätzen aufklärt werden, sondern auch

- erstens über die Nachteile des Fremdwährungskredits, insbesondere über das Wechselkursrisiko mit Kursabsicherungsmöglichkeiten,
- zweitens über das Zinsänderungsrisiko und die Einflussfaktoren auf die Zinsen, die Absicherungsmöglichkeiten, und
- drittens über das Tilgungsersatzträgerrisiko.

Schafft eine Bank durch Empfehlung eines bestimmten Vertragstyps ein neues Risiko, hat sie den Kunden darüber ungefragt und umfassend so aufzuklären, dass er erkennen kann, was dieses Risiko bedeutet.[7]

154

IV. Die Beratungspflicht zur betraglichen Darstellung des Verlustrisikos

Die jüngste Rechtsprechung sieht die Aufklärungs- und Beratungspflicht von Banken bei spekulativen Finanzprodukten wie dem Fremdwährungskredit erst dann als erfüllt an, wenn sie auch den möglichen Verlust betraglich bei unterschiedlichen Wechselkursen darstellt. Nicht nur der Hinweis auf ein „Bad-Case-Szenario", sondern die Bank hat sogar das „Worst-Case-Szenario" für den Bankkunden darzustellen. Erst durch eine betragliche Darstellung des Verlustrisikos kann der Kreditnehmer den Risikorahmen des abzuschließenden Fremdwährungskreditvertrages erkennen, gerade dann, wenn er in der Vergangenheit nur Geschäfte ohne Währungsrisiko abgeschlossen hat[8]. *„Die Aufklärung über die in einem Anlagegeschäft anhaftenden Chancen und Risiken hat für jeden Anleger höchste Bedeutung, weil dieser erst nach einer verständlichen und richtigen Aufklärung richtig abzuschätzen vermag, ob ein derartiges Geschäft für ihn überhaupt in Frage kommt und um bestehender Chancen und Sicherheit- oder Gewinnmöglichkeitenwillen ein Abschluss riskiert werden soll[9]."* Die Bank ist verpflichtet, das Verlustrisiko nicht nur qualitativ zu beschreiben, sondern auch quantitativ vorzurechnen, es sei denn der Kunde ist anlageerfahren, hat sich die Finanzprodukte und die betreffende Währung selbst ausgesucht und ist über Wechselkursrisiken bereits durch eine vorhergehende umfassende Beratung aufgeklärt.[10] Der Bankkunde muss durch die Beratung in die Lage versetzt werden, alle Vor- und Nachteile des jeweiligen zu beratenden Finanzprodukts gegeneinander abzuwägen und eine selbstbestimmte Anlageentscheidung zu treffen. Zum Fremdwährungsrisiko führt der BGH wörtlich aus, „dass auch ein Fachmann die Börsenentwicklung nicht mit Sicherheit voraussehen könne[11]."

V. Die Absicherungsberatung zum Währungsrisiko

Beraten muss die Bank auch über die Möglichkeit der Absicherung gegen das Wechselkursrisiko durch Währungsoptionsscheine. Dabei ist auf die identische Laufzeit von Fremdwährungskredit und Währungsoptionsschein zu achten. Bei einer historischen Betrachtung der Wechselkurse lässt sich feststellen, dass z. B. der Schweizer Franken über 30 Jahre tendenziell einen Aufwertungstrend[12] gezeigt hat, im Durchschnitt 1,2 % pro Jahr zwischen 1975 und 2003 und zwischen 1985 und 2003 im Durchschnitt 0,4 % pro Jahr.[13] Beraten werden muss auch über die Kosten einer Währungsabsicherung, die mit dem Zinsvorteil zu vergleichen ist, der von diesen Währungsabsicherungskosten nicht aufgezehrt werden darf.[14] Die betragsmäßige Berechnung dient dazu, dem Kunden eine Entscheidungsgrundlage zu verschaffen, ob er auch nach dem Kostenvergleich den Fremdwährungskredit wählt. Gerade weil eine Währungsprognose für einen längere Zeitspanne in der Zukunft nicht möglich erscheint, muss bei der Beratung auf Möglichkeiten der Währungsabsicherung und deren Kosten beratend hingewiesen werden.

VI. Zinsänderungsrisiko

Das Risiko besteht darin, dass sich die Zinsdifferenz zwischen der Inlands- und der Fremdwährung verringert oder schlimmstenfalls ausgleicht, sodass ein ursprünglicher Zinsvorteil in der Fremdwährung verloren geht. Je größer die Zinsdifferenz zwischen Inlands- und Fremdwährung ist, umso höher ist der Vorteil durch den Fremdwährungskredit. Gleichen sich das ausländische und das inländische Zinsniveau an, verliert ein Fremdwährungskredit seinen Vorteil. Er schwindet bei einer Annäherung des inländischen Zinssatzes an den Zinssatz im Fremdwährungsraum. Über eine Laufzeitz von 20–25 Jahren zwischen 1980 und 2006 gab es Schwankungen der Zinssätze von +/– 6 %.[15] In der Vergangenheit werden Zinsniveauänderungen auch im Schweizer Franken beobachtet. Z. B. erhöhte sich in den Jahren von 1988–1990 der 3-Monat-LIBOR von 1,5 % auf 9,5 % um 8 Prozentpunkte. Die Zinsrate hat sich in dieser kurzen Zeitspanne versechsfacht.[16] Obwohl der Schweizer Franken in der Vergangenheit trotz seiner Schwankungen als stabil galt, sind auch in der Schweizer Währung Zinsniveauänderungen zu beobachten. Ähnlich wie bei Währungsparitäten sind die Ursachen für Zinsschwankungen

5 *Losbichler* (Fn. 2), S. 13.
6 OLG Hamm, 3.6.1996 – 31 U 226/95, OLGR Hamm 1996, 189.
7 *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 4, Rn. 315.
8 LG München I, 31.1.2014 – 14 HKO 19263/11, RdF-Entscheidungsreport *Schindele*, RdF 2014, 256; KG Berlin, 18.1.2013 – 7 U 243/11.
9 OLG München, 27.1.2014 – 17 U 1276/13; *Losbichler* (Fn. 2), S. 28–29.
10 BGH, 20.1.2015 – XI ZR 316/13, BB 2015, 1039 m. BB-Komm. *Zoller*, RdF-Entscheidungsreport *Kraayvanger*, RdF 2015, 163.
11 BGH, 21.3.2006 – XI ZR 63/05, NJW 2006, 2041.
12 *Losbichler* (Fn. 2), S. 21, 23.
13 Seit Anfang 2008 wurde der Franken gegenüber dem Euro um 37 % aufgewertet: Die weitere Aufwertung verhinderte die von der Schweizer Nationalbank verhängte Fixierung von 1,20 Schweizer Franken pro Euro, Fremdwährungskredite gefährden Österreichs Banken, Deutsche Wirtschaftsnachrichten, 21.4.2013.
14 *Losbichler* (Fn. 2), S. 35 mit Beispielsrechnungen; *Hull*, Optionen, Futures und andere Derivate, 9. Aufl. 2015, S. 82.
15 *Losbichler* (Fn. 2), S. 41.
16 *Losbichler* (Fn. 2), S. 39.

Konjunkturerwartungen, Kreditnachfrage, Geldpolitik der jeweiligen nationalen Zentralbank, Geldmengen im Umlauf, Refinanzierungssätze, Inflationsrate, sowie das Budgetdefizit einer Volkswirtschaft und das Zinsniveau im Ausland. Zinsentwicklungen können wegen der vielen Einflussfaktoren nur schwer prognostiziert werden.[17]
Aufgrund dieser Erfahrung aus der Vergangenheit muss bei der Beratung der Bankkunde auf die Zinsanpassungsmöglichkeiten und Zinsgleitklauseln hingewiesen werden. In Kreditvereinbarungen sind periodische Zinsanpassungen für typische Laufzeiten üblich. Zinsschwankungen lassen sich absichern. Die dabei entstehenden Kosten sind in die betragsmäßige Berechnung für den „Worst-Case" einzustellen. Zinsanpassungen sind immer mit Kosten verbunden, die umso höher sind, je länger der abzusichernde Zeitraum gewählt wird. Die am häufigsten verwendete Möglichkeit besteht in Zinscap-Optionsscheinen, mit denen von einem gegenwärtig niedrigen Zinsniveau profitiert werden und gleichzeitig der maximale Zinsaufwand begrenzt werden kann. Bereits im Voraus kann berechnet werden, wie hoch die maximale Zinsbelastung einer Fremdwährungsfinanzierung werden kann.[18] Bei größeren Zinsschwankungen amortisieren sich die Kosten der Absicherung der Zinssatzobergrenze. Die Kosten für Zinscap-Optionsscheine sind in die betragsmäßige Berechnung einzubeziehen und in einem Kostenvergleich mit den Zinsvorteilen einzustellen.
Zinscap-Optionsscheine ermöglichen das Profitieren von einem gegenwärtigen niedrigen Zinsniveau und das Begrenzen eines maximalen Zinsaufwands. Diese Absicherung kann über eine bestimmte Laufzeit erkauft werden. Die Pflicht nach der Entscheidung des Landgerichts München zur betragsmäßigen Berechnung der Fremdfinanzierungskosten im „Worst-Case" erweist sich als realisierbar.

VII. Tilgungsträgerrisiko

Die Rückzahlung des Fremdwährungskredits wird typischerweise durch Zahlung an einen Tilgungsträger gesichert, an Lebensversicherungen, Investmentfonds oder Aktienfonds. Vom Tilgungsträger werden Erlöse erwartet, um den Fremdwährungskreditbetrag am Ende der Laufzeit auf einmal zu tilgen und höhere Renditen als die Zinsen für den Fremdwährungskredit zu erwirtschaften. Das Tilgungsträgerrisiko besteht darin, dass diese Erwartungen nicht erfüllt werden und ein Finanzierungsdefizit entsteht. Über einen langen Zeitraum zeigen Aktienfonds die besten Renditen.[19]

VIII. Unterdeckungsrisiko und Defizithaftung

Reicht das Kapital nicht aus, um den Fremdwährungskredit zurückzuzahlen, stellt sich die Frage, wer von den Beteiligten das Unterdeckungsrisiko trägt. Die Frage nach der Differenzhaftung hängt von der rechtlichen Würdigung des Einzelfalles ab. Dabei werden auch außerhalb des Darlehensvertrages liegende Umstände in die Auslegung einbezogen. Grundsätzlich hat der Fremdwährungsdarlehensnehmer das Tilgungsträgerrisiko zu tragen und für das Defizit gegenüber der Bank zu haften.
Ausnahmsweise kann jedoch unter besonderen Umständen auch die beratende Bank für das Defizit haften. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs werden zu Tilgungszwecken abgeschlossene Tilgungsersatzträger dem Fremdwährungskreditgeber i. d. R. erfüllungshalber und nicht an Erfüllung statt übergeben. Die Schuld erlischt also erst mit der vollständigen Befriedigung der Bank. In der Regel schuldet der Fremdwährungskreditnehmer die volle Rückzahlung des Kredits.[20] Zweck und Interessenlage der Parteien entscheiden über die Frage, wer für die Differenz haftet.[21] Die Verwendung des Ausdrucks „Tilgungsersatz" in den Ertragsbedingungen deutet darauf hin, dass die Leistung des Tilgungsträgers die vertraglich geschuldete Tilgung ersetzen soll. Empfiehlt die beratende Bank den Abschluss eines Depot-Vertrages als Tilgungsersatz, so spricht auch der Umstand der Empfehlung dafür, dass die Tilgung ersetzt werden soll. Macht die Bank die Währung eines Fremdwährungskredits vom Abschluss eines bestimmten Tilgungsträgers abhängig, so spricht dies ebenfalls dafür, dass eine Tilgungslücke durch die Bank zu tragen ist. Eine Bank, die einen Tilgungsträger empfiehlt, die Gewährung des Darlehens davon abhängig macht und als Tilgungsersatz bezeichnet, übernimmt das Unterdeckungsrisiko und die Defizithaftung. Für den Durchschnittsbankkunden muss der Eindruck entstehen, dass eine Bank durch die Auswahl einer erfolgreichen Lebensversicherung und deren Erträgen auf ihre Kosten kommt und die Tilgung als ersetzt sieht und im Ergebnis das bankübliche Risiko der Unterdeckung übernimmt.[22] Für eine Differenzhaftung einer Bank spricht auch der Verzicht auf die Vereinbarung einer Nachbesicherungspflicht des Sicherungswertes. Behält sich die Bank bei Verschlechterung des Sicherungswertes vor, weitere Nachbesicherungen zu verlangen, ist davon auszugehen, dass sie nicht das Unterdeckungsrisiko übernimmt. Eine Nachbesicherungspflichtklausel wird dann überflüssig, wenn ein Fremdwährungsdarlehen allein durch den Tilgungsersatzträger getilgt werden soll.[23]

IX. Vom Ausfallrisiko zum Klumpenrisiko

Realisieren sich alle Risiken und kann der Fremdwährungskreditnehmer seinen Kredit nicht zurückzahlen, weil erstens die Mehrbelastung die gewährte Darlehenssumme durch Wechselkursschwankungen übersteigen, weil zweitens der Zinsvorteil verloren geht und weil drittens die erwarteten Ergebnisse vom Tilgungsersatzträger wegfallen, trägt das Ausfallrisiko die Bank. Es kann sich bei einem einzigen Kreditnehmer realisieren, wenn sich dessen Bonität verschlechtert.
Vervielfachen sich die Ausfallrisiken bei mehreren Kreditnehmern, kommt es zum Klumpenrisiko der Banken. Das Ausfallrisiko hängt nicht nur von der individuellen Bonität des Kreditnehmers ab, sondern auch von volkswirtschaftlichen Größen wie Wechselkurs, Zinsen, Inflation und politische Krisen. Zum Klumpenrisiko wird ein individuelles Ausfallrisiko auch dann, wenn ähnliche Tilgungsträgermodelle für viele Kreditnehmer verwendet werden und aus volkswirtschaftlichen Gründen die erwarteten Ergebnisse beim Tilgungsträger ausbleiben. Mit den volkswirtschaftlichen Größen von Wechselkurs, Zinssätzen und Tilgungsträgererlösen korrelieren die Risiken untereinander. Die Einflussfaktoren können im Zusammenhang stehen und erhöhen für alle Kreditnehmer das Ausfallrisiko, deren Summe ein Klumpenrisiko begründet, insbesondere auch dann, wenn Fremdwährungskredite zur gleichen Zeit vergeben und zur gleichen Zeit fällig werden.[24]

17 *Losbichler* (Fn. 2), S. 45–50.
18 *Losbichler* (Fn. 2), S. 51–56.
19 *Losbichler* (Fn. 2), S. 70, 71.
20 BGH, 20.11.2007 – XI ZR 259/06.
21 OLG Karlsruhe, 21.2.2006 – 17 U 151/05, OLGR Karlsruhe 2006, 759.
22 OLG Frankfurt, 6.10.2005 – 3 U 191/04.
23 OLG Karlsruhe 21.2.2006 – 17 U 151/05, OLGR Karlsruhe 2006, 759.
24 *Losbichler* (Fn. 2), S. 121; *Nate Silver*, Die Berechnung der Zukunft, 2012, S. 41, Informationen über Risiken von Fremdwährungskrediten durch die Finanzmarktaufsicht FMA, August 2011.

X. Das Fremdwährungskreditrisiko als Prognoseproblem

Wer eine Aussage über Chancen und Risiken bei Fremdwährungskrediten macht, insbesondere über die künftige Entwicklung von Währungsparitäten, Zinsen und Tilgungsersatzträgern, gibt Prognosen über künftige Verläufe ab, die dann zu korrigieren sind, wenn die prognostizierten Erwartungen nicht eintreffen, weil Risiken unterschätzt wurden.[25] Auch der Gesetzgeber muss Prognosen über die Folgen eines Gesetzes abgeben und bei Fehlprognosen durch Gesetzesänderung nachbessern.[26] Die Prognoserechtsprechung verlangt, alle zugänglichen Erkenntnisquellen auszuschöpfen.[27] Aussagen über Risiken haben alle die gleiche Struktur. Ein Risiko ist eine Schadensprognose mit einer Schadensursache, dem Schaden als Wirkung und einer Kausalbehauptung. Die Kausalitätsbehauptung enthält 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 falsifiziert wurde.[28]

Auch beim Fremdwährungskredit kommt es auf die Erfahrung über die Verläufe von Währungsparitäten, Zinsen und Erlösen von Investment- und Aktienfonds an. Die Prognosen über Chancen und Risiken lassen sich nur dann abgeben, wenn entsprechende Erfahrungssätze über die Entwicklung der Einflussfaktoren beim Fremdwährungskredit vorliegen.[29] Zu Prognosen verwendet werden können nur Erfahrungssätze, die gelten und noch nicht widerlegt sind. Aus den Erfahrungen zu Fremdwährungskrediten insbesondere mit Schweizer Franken ergibt sich, dass über einen langen Zeitraum ein Aufwertungstrend aus der historischen Entwicklung beobachtet werden kann.[30] Der Aufwertungstendenz entspricht ein Verlustrisiko für die inländische Währung. Auf dieses Risiko und die Absicherung sowie die Kosten ist beim Abschluss und während des Kreditverlaufs zu achten und darüber zu beraten. Schließt z. B. ein Bankkunde 1999 einen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken ab, in der Hoffnung, dass die Währungsparität zum Schweizer Franken gleich bleibt wie in der Vergangenheit im Verhältnis zur DM, muss die Bank darauf hinweisen, dass vor Einführung des Euro keine Erfahrungen die Annahme rechtfertigen, der Franken bleibe im Verhältnis zum Euro genauso stabil wie zur DM. Bei dem Euro-Raum handelt es sich um eine völlig unterschiedliche Volkswirtschaft. Eine Prognose war nicht möglich, weil keine Erfahrungen vorlagen und deshalb Erfahrungen über die Entwicklung der Währungsparitäten erst gesammelt werden mussten. Realisiert sich während der Laufzeit das Fremdwährungsrisiko zum Schaden, muss die Bank möglichst zur Umschuldung in die inländische Währung und zum Abschluss von festen Zins- und Tilgungsraten beraten.Banken und Sparkassen sind Kurssicherungsklauseln des Inhalts zu empfehlen, dass der Bankkunde sich zu Kurssicherungsgeschäften auf eigene Kosten verpflichtet, wenn der Euro-Gegenwert gegenüber seinem Ausgangswert um einen bestimmten Prozentsatz von etwa 5 % übersteigt. Diese praktizierten Kurssicherungsklauseln zeigen, dass sich Banken des Währungsrisikos und der Notwendigkeit einer Absicherung bewusst sind.

Für Banken besteht ein ernstzunehmendes Rechtsrisiko durch Beratungsfehler. Das Währungs-, Zins- und Tilgungsersatzrisiko ist den Bankkunden offenzulegen, einschließlich der möglichen Absicherungen. Nur so kann sich eine Bank vor Schadensersatzansprüchen durch Falschberatung beim Abschluss und während der Laufzeit des Fremdwährungskredits schützen. Die Bank muss sowohl im Interesse des Kunden als auch im eigenen Interesse über die mit Fremdwährungskrediten verbundenen Risiken beraten. Zu verweisen ist auch auf das Beratungsrisiko, dass Bankkunden ihre Widerrufsrechte verfolgen können. Zu empfehlen ist die Beratung mit der im Bundesgesetzblatt veröffentlichten Musterbelehrung. Bei Beratungsfehlern hat die Bank den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.[31] Die Bankkunden sind so zu stellen, als hätten sie das Fremdwährungsdarlehen nicht abgeschlossen. Die Verträge sind rückabzuwickeln. Die Aufrechnung des Vertrages liegt nach der Rechtsprechung immer vor, weil in dem Moment, in welchem ein Zahlungsanspruch der Bank entsteht und fällig wird, sofort spiegelbildlich aufgrund des Beratungsfehlers der Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe entsteht und fällig wird.[32]

XI. Fazit

Beim Abschluss und während der Laufzeit eines Fremdwährungsdarlehens ist der Bankkunde durch die Bank über das Währungs- und Wechselkursrisiko, das Zinsänderungsrisiko, das Tilgungsersatzrisiko, das Unterdeckungsrisiko, entsprechende Absicherungsmöglichkeiten und die damit verbundenen Kosten zu beraten. Die Beratungspflichten haben sich verschärft. Das Fremdwährungsverlustrisiko ist dem Bankkunden nach neuester Rechtsprechung nicht nur qualitativ zu beschreiben, sondern auch quantitativ betragsmäßig vorzurechnen. Nur durch eine unangreifbare Beratung schützen sich Banken und Sparkassen vor eigenen Ausfallrisiken, die sich schlimmstenfalls zum Klumpenrisiko summieren, wenn volkswirtschaftlich Einflussfaktoren eine Vielzahl von Fremdwährungskrediten gleichmäßig beeinträchtigen.



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, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat. „Recht im Betrieb“ enthält zur Zeit 550 Rechtsvorschriften mit über 4 500 Pflichten zum Bank- und Kapitalmarktrecht. Seit 2013 wurden in der Datenbank 1 784 neue Pflichten und 487 geänderte Rechtspflichten für Banken und Finanzdienstleister verarbeitet. Weitere Informationen finden Sie im Downloadbereich auf der Internetseite www.rack-rechtsanwaelte.de.*

25 OLG Frankfurt, 24.11.2009 – WpÜG 11,12/09, NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung).
26 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290, 335 (Mitbestimmungsurteil).
27 Grundsätzlich dazu *Rack*, CB 2013, 324.
28 Grundsätzlich dazu *Rack*, CB 2013, 324.
29 *Nate Silver*, Die Berechnung der Zukunft: Warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 32.
30 *Losbichler* (Fn. 2), S. 21, 23, 24.
31 *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 43, Rn. 46.
32 LG München, 31.1.2014 – 14 HKO 19263/11, RdF-Entscheidungsreport *Schindele*, RdF 2014, 256.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

1–2 / 2016

Betriebs-Berater Compliance

26.1.2016 | 4.Jg
Seiten 1–44

EDITORIAL

Sylvia Schenk, RAin
Compliance im Sport – trübe Aussichten für 2016? | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dr. Christian Rolf, RA, **Katharina Siewert** und **Christoph Tamcke**
Wann der Aufsichtsrat bei Compliance-Verstößen Vorstände in Regress nehmen muss | 1

Dr. iur. Katharina Hastenrath, RAin
Möglichkeiten und Grenzen der Pflichtendelegation an den (Chief) Compliance Officer | 6

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Susana Campos Nave, RAin, und **Dr. Barbara Klaus**, RAin
Lebensmittel-Compliance: Warum dem deutschen Rechtsanwender in der lebensmittelrechtlichen Beratung oftmals der Appetit vergeht | 13

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands | 16

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Malte Passarge, RA/FAHaGesR
Zertifizierung von CMS nach dem Hamburger Compliance-Zertifikat – eine sinnvolle Alternative für mittelständische Unternehmen? | 21

Dr. Horst Schlemminger, RA/FAVerwR, und **Dr. Anno Oexle**, RA/FAVerwR
Umweltmanagement als integraler Bestandteil des Compliance Managements in Industrieunternehmen | 25

Christian Muth und **Axel Brückmann**, LL.M.
Terrorlistenscreenings: Handlungsempfehlungen aus der Praxis gegen trügerische Sicherheit | 29

tionsjuristin (FH) **Kristina Bausen**, LL.M.,

nd? | 34

llege London), RAin, und **Dr. Olivier Gänswein**, RA
der Europäischen Kommission zu kartellbehördlichen

Michael Rummer, RA
Compliance und der Staatsanwalt | 39

Kanzlei Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt und Notar
Lurgiallee 12
60439 Frankfurt

84545#82013038/25259560010#0016 35

Deutscher Fachverlag * 60264 Frankfurt
PVSt * DPAG * Entgelt bezahlt

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands

Der Aufwand für die Erfüllung der Legalitätspflicht ist hoch. Um das Vielfache höher ist der Aufwand für die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen durch Verstöße gegen die Legalitätspflicht. Die ruinösen Wirkungen für illegales Verhalten in Unternehmen zeigen die aktuellen Schadensfälle. Illegales Unternehmensverhalten lohnt sich nicht. Der Aufwand zur Organisation legalen Verhaltens im Unternehmen ist unverzichtbar, lässt sich aber systematisch senken durch Digitalisierung, Arbeitsteilung, Standardisierung, Mehrfachnutzung sowie Leerkostenvermeidung. Die vier Kostensenkungsmethoden lassen sich auf das Compliance Management anwenden.

I. Legales Verhalten in Unternehmen verursacht steigenden Aufwand

Mehrere Ursachen für den steigenden Aufwand bei der Erfüllung aller Rechtspflichten eines Unternehmens sind zu unterscheiden. Wer den Erfüllungsaufwand[1] senken will, muss zunächst die Ursachen analysieren.

1. Steigender Aufwand durch wachsenden Bedarf an Rechtsschutz

Erstens gelten Unternehmen als überreguliert, überinformiert, aber unterorganisiert. Der Vorwurf der Überregulierung, die Klage über zu viele Rechtsnormen wurde historisch immer wieder erneut erhoben. Appelle zur Deregulierung bleiben so wirkungslos wie Diätvorschläge. Es treten zwar Rechtsnormen regelmäßig auch außer Kraft, doch durch die Überproduktion steigt die absolute Menge der Normen.[2]

Bei einer begrenzten Menge von etwa 15 000 Rechtsnormen, die in repräsentativen Industriebetrieben aus 40 Branchen vorgehalten werden müssen, wächst die Gesamtzahl nach Abzug aller außer Kraft getretenen Normen um durchschnittlich 500 bis 600 Rechtsnormen jährlich, das sind im Ergebnis etwa 4 % mehr.

Der Vorwurf der Überregulierung ist unbegründet und enthält einen Widerspruch in sich. An der Gesetzgebung sind nämlich alle Normadressaten selbst beteiligt. Jedes einzelne Gesetz wurde einmal im Parlament mit einer parlamentarischen Mehrheit beschlossen, auf politischen Druck von Wählern initiiert und damit politisch gewollt. Jede einzelne Rechtspflicht bezweckt die Abwendung eines Risikos von einem geschützten Rechtsgut, weil es schon einmal zu einem Schaden geführt hat und diese Erfahrung den Schutzzweck der Rechtspflicht legitimiert. Der Anspruch auf Risikoabwehr wächst. Gefordert wird mehr Rechtssicherheit und mehr Risikoabwehr. Die Schutzbereiche wachsen, Umweltschutz, Arbeitsschutz, Klimaschutz, Verbraucherschutz, Datenschutz, Anlegerschutz. Mit der Schutzbedürftigkeit steigen auch die Rechtspflichten mit unterschiedlichen Schutzzwecken und damit im Ergebnis auch der Aufwand zur Erfüllung aller Rechtspflichten. Jedes Einzelgesetz ist legitimiert und von den begünstigten und geschützten Nutznießern gefordert und akzeptiert. Jede Risikoabwehr ist untrennbar mit Rechtspflichten verknüpft. Der Widerspruch wird deutlich, wenn Einzelgesetze gefordert und die Summe aller Einzelgesetze jedoch als lästige Überregulierung beklagt wird. Wer den Rechtsschutz steigert, muss sich mit dem gesteigerten Aufwand zur Erfüllung der Rechtspflichten abfinden.

Vorweggenommen werden soll der Hinweis, dass sich der Aufwand senken lässt. Nicht alle Gesetze und nicht alle Rechtspflichten sind in einem Unternehmen anwendbar, vielmehr nur die einschlägigen Gesetze und Rechtspflichten. Ein Unternehmen verursacht zwar eine Vielzahl von Risiken, jedoch nicht alle denkbaren Risiken, die in allen Industriefirmen vorkommen, sondern nur die speziellen Risiken, die mit der Produktion und den Produkten eines Unternehmens verursacht werden. Aus der Gesamtzahl aller Rechtsnormen und aller sich daraus ergebenden Rechtspflichten sind die herauszufiltern, die im Unternehmen einschlägig sind. Nicht alle Paragraphen eines Gesetzes enthalten Pflichten und nicht alle Pflichten eines Gesetzes sind in einem Unternehmen anwendbar. Aufwand verursachen nur die einschlägigen Pflichten. Nur sie müssen erfüllt und im Unternehmen verwaltet werden. Das Herausfiltern der einschlägigen Rechtspflichten wird zur ersten organisatorischen Herausforderung.

2. Gesetzgebungstechnik durch Gewaltenteilung verursacht Aufwand

Zweitens steigt der Aufwand für die Erfüllung der Legalitätspflicht durch die Gesetzgebungstechnik. Manche Gesetze regeln nur

1 Der Aufwand zur Einhaltung aller einschlägigen Vorschriften in einem Maschinenbauunternehmen wurde erstmals mit über 3 % vom Jahresumsatz gemessen – siehe *Rack*, CB 2014, 54-59.

2 *Stolleis*, Rechtsgeschichte in Geschichten, Vom Verschwinden verbrauchten Rechts, 2015, S. 275 u. 289.

abstrakt eine Vielzahl von Einzelfällen und generell für eine Vielzahl von Normadressaten, indem sie Rechtsfolgen an die Verwendung abstrakter Rechtsbegriffe auf Einzelfälle knüpfen. Die Anwendung des Gesetzes auf Einzelfälle ist den Gerichten und der Verwaltung nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung vorbehalten.[3]
Abstrakte Rechtsbegriffe und konkrete Einzelfälle haben einen unterschiedlichen Typus.[4] Über die Anwendung abstrakter Begriffe auf konkrete Einzelfälle wird von Gerichten oder Behörden oder dem Normadressaten selbst eine Entscheidung getroffen und mit Folgeerwägungen begründet. Entschieden wird über die Rechtsfolge, die die Verwendung des abstrakten Rechtsbegriffs aufgrund der gesetzlichen Vorgaben nach sich zieht. Vor Gericht und bei Behörden wird im Verfahren der Rechtsanwendung nicht über die korrekte sprachliche Verwendung eines Gesetzesbegriffs gestritten, sondern darüber, ob die Rechtsfolge im jeweiligen Einzelfall gelten soll. Im Ergebnis kommt es zu einer Verknüpfung zwischen abstraktem Rechtsbegriff und dem Einzelfall, auf den der Begriff verwendet wird und der Rechtsfolge, die im Gesetz vorgegeben ist. Ist diese Entscheidung einmal von einem Gericht getroffen, muss das Prüfverfahren nicht wiederholt, sondern das Prüfergebnis nur wiedergefunden werden. Es ist nämlich davon auszugehen, dass sich andere Gerichte oder Behörden oder Normadressaten an der einmal getroffenen Entscheidung orientieren, es sei denn es gibt Gründe, die Entscheidung zu korrigieren und das Prüfverfahren zu wiederholen. Die organisatorische Herausforderung und die Ursache für den Aufwand besteht darin, nicht nur die abstrakten Rechtspflichten mit den abstrakten einzelnen Rechtsbegriffen zu finden, sondern darüber hinaus die Einzelfälle, die unter die abstrakten Rechtsbegriffe subsumiert werden.
Aus dem Gesamtbestand aller Rechtsnormen sind zunächst die einschlägigen Rechtsnormen, daraus wiederrum die Einzelfälle zu ermitteln. Herausgefiltert werden müssen aus der Gesamtzahl aller Paragraphen die mit und ohne Rechtspflichten und bei den Rechtspflichten die in einem Unternehmen einschlägigen und die nicht einschlägigen. Auch wenn sich bei der Vielzahl aller denkbaren Rechtspflichten nur ein Bruchteil als einschlägig erweist, müssen alle Rechtsnormen vorgehalten werden, um das Risiko zu vermeiden, eine Rechtspflicht für einen speziellen Einzelfall im Unternehmen zu übersehen. Die Pflicht zum jeweiligen Einzelfall im Unternehmen muss aus der gesamten Menge aller Rechtsnormen ermittelt werden.

3. Aufwand durch Delegation von Pflichten auf Mitarbeiter

Aus einem dritten Grund erhöht sich der Aufwand für die Erfüllung der Legalitätspflicht im Unternehmen. Sind nämlich alle Rechtspflichten des Unternehmens in einem Prüfverfahren ermittelt, müssen sie an Mitarbeiter des Unternehmens delegiert werden. Unternehmen werden als juristische Personen geführt, die als AG oder GmbH weder Rechte wahrnehmen noch Pflichten erfüllen können. Sie sind weder handlungsfähig, noch schuldfähig, noch straffähig. Sämtliche Rechtspflichten einer juristischen Person müssen durch die Angestellten erfüllt werden. Viele Rechtspflichten müssen auf viele Mitarbeiter delegiert werden, wodurch das Risiko des Rechtsverstoßes wächst. Im Durchschnitt müssen bis zu 4 300 einschlägige Rechtspflichten auf die Belegschaft von Unternehmen delegiert werden, die tausende Mitarbeiter betragen kann.

4. Aktualisierungsaufwand durch ständige Rechtsänderung

Ein vierter Grund für den hohen Erfüllungsaufwand wird durch regelmäßige Rechtsänderung verursacht. Im 10-Jahres-Durchschnitt werden im Monat 431 Rechtspflichten geändert, neu erlassen oder außer Kraft gesetzt. Hinzukommen monatlich etwa 33 rechtlich relevante Gerichtsurteile zu Einzelpflichten, in denen die abstrakten Rechtspflichten auf Einzelfälle angewandt und damit konkretisiert werden. Schließlich kommen ca. 56 juristische Fachaufsätze monatlich hinzu, die von repräsentativen Betrieben aus 40 Branchen beachtet werden müssen. Ein großer Aufwand entsteht allein dadurch, dass die relevanten Informationen zu Rechtsänderungen in Gesetzesblättern, Fachzeitschriften und elektronischen Medien so unsortiert publiziert werden, dass diese Informationen thematisch geordnet und auf Gesetze, Rechtspflichten und abstrakte Begriffe sortiert werden müssen.
Hinzu kommt der Aufwand für die Kontrollen der Erfüllung aller Rechtspflichten. Es handelt sich um die Pflicht zur Oberaufsicht, die Vorstände und Geschäftsführer persönlich erfüllen müssen und nicht delegieren können.

II. Vier Methoden zur Senkung des Compliance-Aufwands

Der beschriebene Compliance-Aufwand und seine Ursachen sind unvermeidbar. Der einzige Ausweg besteht darin, den Aufwand durch organisatorische Maßnahmen auf das allernötigste zu senken, ohne auf Rechtssicherheit ganz oder teilweise verzichten zu müssen.
Vier Methoden zur Senkung von Kosten und Aufwand sollen im Folgenden vorgestellt und auf das Compliance Management angewandt werden:

- Arbeitsteilung
- Standardisierung und Mehrfachnutzung
- Leerkostenvermeidung und
- Digitalisierung

Allen Methoden gemeinsam ist der Zweck, Kosten und Aufwand im Unternehmen zu senken. Sie sollen zunächst als einzelne Methoden vorgestellt und im Folgenden darauf geprüft werden, inwieweit sie bei der Senkung des Aufwands zur Einhaltung von Vorschriften im Unternehmen einsetzbar sind. Die Digitalisierung ist eine Querschnittsaufgabe, die bei jeder Kostensenkungsmethode von Bedeutung für das Ziel der Kostensenkung ist.

III. Die horizontale Arbeitsteilung nach dem *Babbage*-Prinzip

Produktionskosten lassen sich in der Industrie dadurch senken, dass man einen komplexen Arbeitsprozess in kleine Arbeitsschritte aufteilt und jeden Teilschritt je nach Anforderung so erledigt, dass mit geringst möglichem Aufwand ein optimales Ergebnis erzielt wird.[5]
Charles Babbage gilt als Pionier der Arbeitsteilung, die er in seinem Buch „Über Maschinen- und Fabrikwesen" von 1833 beschrieben hat. Nicht nur in der industriellen Fertigung lässt sich Aufwand einsparen, vielmehr kann das Prinzip der horizontalen Arbeitsteilung auch auf geistige Operationen angewendet werden. *Babbage* beschreibt dies in seinem zwanzigsten Kapitel „Von der Teilung der geistigen Arbeit"[6].

3 *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 19 GG, Rn. 20.
4 *Rack*, CB 2015, 26.
5 *Babbage*, Die Ökonomie der Maschine, 1833, Ausgabe 1999, S. 134-146.
6 *Babbage*, Die Ökonomie der Maschine, 1833, Ausgabe 1999, S. 147-154.

Vor allem beim Entwickeln von Rechenmaschinen wurde das Prinzip der horizontalen Arbeitsteilung genutzt. Bei mechanischen und geistigen Arbeiten besteht die Arbeitsteilung darin, dass man nur so viel Aufwand einsetzen muss, als zu jedem einzelnen Teilprozess nötig ist.[7]

IV. Nachteile und Kritik an der horizontalen Arbeitsteilung

Die nachteiligen Nebenwirkungen bestanden in einer Art Einmischungsverbot, auf das *Niklas Luhmann* hinweist.[8] Der zuständige Verantwortliche sollte exklusiv seine Aufgabe ausführen. Verbunden mit der Arbeitsteilung entstand eine Hierarchie, an deren Spitze eine Führungsposition mit Gesamtkompetenz ausgestattet war. Sie sollte eigene Entscheidungen treffen ohne die Details auf der ausführenden Arbeitsebene zu kennen. Diese Kritik an der Arbeitsteilung führte zu Forderungen nach mehr Interaktion im Unternehmen, nach mehr Dialog, mehr Beteiligung an der Meinungsbildung und nach mehr Teamarbeit. Die Detailarbeit für Spezialisten sollte zur Teamarbeit werden. Gefordert wurde, die geteilte Arbeit wieder zusammenzuführen und zu integrieren. Die Spezialisten der Arbeitsebene sollten mit den generalistisch arbeitenden Führungskräften zusammengeführt werden, damit die Detailkenntnisse in die Entscheidung der Führungskräfte einfließen können. Ansonsten gingen die Spezialkenntnisse der unteren Arbeitsebene für die Entscheidung der Führungskräfte verloren. Den Spezialisten würde die Entscheidungskompetenz, den Entscheidungsträgern würde dagegen das Spezialwissen fehlen.[9] Das angestrebte schnellere Arbeitstempo wurde durch die zwangsmäßige Einführung einheitlicher Arbeitsmethoden, Arbeitsgeräten und Arbeitsbedingungen und durch das zwangsmäßige Zusammenwirken von Leitung und Arbeitern gesichert. Die Bestimmung der Arbeitsschrittfolgen wurde eigens dafür eingesetzten Führungskräften übertragen.

V. Die vertikale Arbeitsteilung zwischen Führung und Ausführung nach dem Taylor-System

Die vertikale Arbeitsteilung regelt das Verhältnis zwischen der Führung und Ausführung.
Sie teilt einerseits die Führung und Planung und andererseits die Ausführung der Arbeit. Danach plant das Management die einzelnen Arbeitsschritte und kontrolliert die Ausführung durch Mitarbeiter. Die vertikale Arbeitsteilung, auch Taylorismus genannt, wird auf *Frederick Winslow Taylor* zurückgeführt. *Taylor* hat die organisatorische Trennung von Hand- und Kopfarbeit eingeführt. Das neue an der vertikalen Arbeitsteilung bestand darin, dass die Planung, Führung und Konzeption der horizontal geteilten Arbeitsschritte und der Arbeitsabläufe den Führungskräften übertragen wurde. Vor der vertikalen Arbeitsteilung mussten die ausführenden Arbeiter auch alle Kopfarbeit mitleisten. Die Arbeitsvorbereitung der einzelnen Arbeitsschritte und die Arbeitsabläufe wurden von Führungskräften übernommen und nach wissenschaftlichen Grundsätzen vorbereitet. Dadurch wurde das Ziel eines schnelleren Arbeitstempos verfolgt. Die Spezialisierung wurde nicht nur für die einzelnen aufgeteilten Arbeitsschritte vorangetrieben, sondern auch für die Aufgabe der Führungskräfte. *Taylor* gilt als Begründer der wissenschaftlichen Betriebsführung. Zur Aufgabe der Führungskräfte gehörte es, ein „Pensum“ im Voraus festzulegen und fest zu umreißen, wonach bestimmt wurde, was und wie und in welcher Zeit es zu erledigen ist. Mit dem „Pensum“ sollten sowohl Überforderung als auch Unterforderung der Arbeiter vermieden werden.[10] Im *Taylor*-System wurden organisatorisch Hand- und Kopfarbeit getrennt. Die Kopfarbeit wurde auf die Leitung der Organisation übertragen. Die unbestrittenen Vorteile der arbeitsteiligen Organisation wurden in der Konzentration der Aufmerksamkeit auf die Aufgaben einer bestimmten Stelle und in der Entwicklung darauf bezogener Fähigkeiten gesehen.

VI. Die Arbeitsteilung in Gesetzgebung und Rechtsprechung

Das Prinzip der vertikalen Arbeitsteilung lässt sich sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung wiederfinden. Im Aktienrecht ist nach § 91 Abs. 2 AktG die Pflicht zur Risikofrüherkennung sowie die Bestandsicherungspflicht und die Pflicht zur Legalitätskontrolle dem Vorstand übertragen. Nach § 831 BGB ist der Geschäftsherr verpflichtet, Verrichtungsgehilfen sorgfältig auszuwählen, die Ausführungen der Verrichtungen zu leiten sowie Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen. Der Gesetzgeber regelt damit die Trennung zwischen Führung und Ausführung. Nach § 130 OWiG sind Geschäftsleiter zur Anordnung und zur Anwendung von Aufsichtsmaßnahmen verpflichtet, insbesondere zur Anordnung von Risikoanalysen und zur Delegation der Pflichten. Entschieden wurde in allen Fällen das Verhältnis zwischen Führung und Ausführung.
Nach dem Prinzip der vertikalen Arbeitsteilung sind sämtliche Organisationspflichten nach der ISO 19600 auf Vorstände und Geschäftsführer zu übertragen. Es sind Führungspflichten, die von den Geschäftsleitern zu erfüllen sind, während die sonstigen Pflichten von den Mitarbeitern ohne Führungskompetenz zu erfüllen sind. Die Organisationspflichten müssen angeordnet, angewendet, nachgewiesen und ständig verbessert werden. Dies ergibt sich aus ständiger Rechtsprechung zum Organisationsverschulden.[11]
Nach dem Kutscher-Urteil des Reichsgerichts von 1911 hat der Geschäftsleiter ein Aufsichtssystem anzuordnen, die Ausführung der

7 *Babbage*, Die Ökonomie der Maschine, 1833, Ausgabe 1999, S. 154.
8 *Luhmann*, Organisation und Entscheidung, 3. Aufl. 2011, S. 320.
9 *Luhmann*, Organisation und Entscheidung, 3. Aufl. 2011, S. 320.
10 *Taylor*, Die Grundsätze wissenschaftlicher Betriebsführung, Nachdruck der Originalausgabe von 1919, 2. Aufl. 1983, S. 41-43; Human Resource Management und Arbeitsgestaltung, *Berger*, U. A., 2004, S. 54, 55.
11 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 (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, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).

Aufsicht jedoch an dafür benannte Kontrollverantwortliche zu delegieren. Die Informationsbeschaffungspflicht obliegt der Geschäftsleitung. Es handelt sich um die erste in der Rechtsprechung praktizierte vertikale Arbeitsteilung. Diese Rechtsprechung wurde ständig bis heute beibehalten.

VII. Die horizontale Arbeitsteilung des Compliance Managements

Das Compliance Management besteht aus einem komplexen Verfahren, auf das sich die Grundsätze der Arbeitsteilung anwenden lassen, insbesondere lässt es sich in Einzelarbeitsschritte i. S. d. horizontalen Arbeitsteilung zerlegen und außerdem zwischen Führung und Ausführung i. S. d. vertikalen Arbeitsteilung unterscheiden. Ziel und Zweck des Compliance Managements ist das legale Verhalten aller Unternehmensmitarbeiter, sowohl auf der Führungs- als auch auf der Arbeitsebene. Das Ziel des legalen Verhaltens im Unternehmen setzt eine Reihe einzelner Arbeitsschritte voraus.

Sechs unterscheidbare Organisationspflichten ergeben sich aus der neuen seit dem 15.12.2014 international geltenden ISO 19600 als Norm für Compliance-Management-Systeme. Im Rahmen der Selbstregulierung wird vorgeschrieben,

- erstens, alle Rechtspflichten des Unternehmens nach der ISO 19600 4.1., 4.6 zu ermitteln,
- zweitens, nach 5.3, 9.1.2 ISO 19600 zu delegieren,
- drittens, nach 4.5.2, 4.6 ISO 19600 zu aktualisieren,
- viertens, nach der Einleitung zu ISO 19600 zu erfüllen,
- fünftens, nach 8.2. ISO 19600 zu kontrollieren,
- und schließlich sechstens, nach 4.5.1, 7.5 ISO 19600 zu dokumentieren.

Auch vor der neuen ISO 19600 konnte man diese sechs Organisationspflichten sowohl aus Gesetzen und aus der einschlägigen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ermitteln.[12]

Die sechs Organisationspflichten lassen sich wiederum in weitere Zwischenschritte aufteilen: die Pflicht zur Ermittlung aller Unternehmenspflichten in 26, die Pflicht zur Delegation in 27, die zur Aktualisierung in 11, zur Erfüllung in 8, zur Kontrolle in 10 und zur Dokumentation in 4 Zwischenschritte. 86 einzelne Prüfschritte sind im Compliance-Verfahren bis zu dem Ziel zu bewältigen, legales Verhalten aller Mitarbeiter, einschließlich der Unternehmensführung, zu sichern.

VIII. Die Einzelpflichtmethode im Compliance Management

Wenn Aufwand und Kosten durch Arbeitsteilung auf das nötigste reduziert werden sollen, müssen kleinste Arbeitseinheiten gebildet werden, um sie je nach Schwierigkeitsgrad an entsprechend unterschiedlich qualifizierte Mitarbeiter zu delegieren. Als kleinste Arbeitseinheit bietet sich im Compliance Management die Rechtspflicht an. Rechtspflichten dienen der Abwehr von Risiken, die in einem Unternehmen verursacht werden. Weil nicht alle denkbaren Risiken in einem Unternehmen drohen, sind auch nicht alle denkbaren Rechtspflichten der Rechtsordnung anwendbar. Je nach den abzuwendenden Risiken sind die Rechtspflichten zu ermitteln. Ein geschütztes Rechtsgut kann nämlich von unterschiedlichen Risiken bedroht werden.

Je nachdem wie schwierig diese zu erfüllen sind, sind sie an höher oder weniger qualifizierte Mitarbeiter zu delegieren. Die Führungsaufgaben sind an die hochqualifizierten Führungskräfte und die leicht zu erledigenden Pflichten an weniger qualifizierte zu delegieren, um im Ergebnis den Aufwand so gering wie möglich zu halten. Qualitative Leerkosten sind zu vermeiden, um den Aufwand zu senken. Ohne die Aufteilung in Einzelpflichten lassen sich die Aufgaben auch nicht an verantwortliche Mitarbeiter delegieren. Nicht alle Pflichten der Rechtsordnung, sondern nur die im Unternehmen einschlägigen Pflichten sind zu delegieren, zu erfüllen, zu aktualisieren, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Zu vermeiden ist bei der Erfüllung von Pflichten der überflüssige Aufwand, der dadurch entsteht, dass die einschlägigen Rechtspflichten immer wieder neu ermittelt werden. Sie lassen sich einmal als einschlägig markieren und von den nichteinschlägigen Pflichten unterscheiden, für die kein Aufwand betrieben werden muss.

Pflichten lassen sich im Übrigen klassifizieren und zu ihrer Erfüllung an dafür qualifizierte Mitarbeiter delegieren. Schulungs-, Dokumentations-, Organisations- und Kontrollpflichten lassen sich an dafür spezialisierte Mitarbeiter in Gruppen delegieren. Hochkomplexe Führungsaufgaben setzen Koordinierungsfähigkeiten voraus und müssen den Führungskräften vorbehalten werden. Kontroll-, Überwachungs- und Informationspflichten sind an Mitarbeiter mit Stabsfunktion zu delegieren, die zur Vermeidung von Interessenkonflikten die Entscheidungsträger beraten, ohne eigene Entscheidungen zu treffen.

Der gesamte Compliance-Aufwand besteht aus der Summe des jeweiligen Einzelaufwands, den eine einzelne Pflicht bei ihrer Erfüllung verursacht. Wer den gesamten Compliance-Aufwand reduzieren will, muss jeden Einzelaufwand pro Pflicht nach nützlich oder nutzlos, nach vermeidbar und unvermeidbar prüfen. Wer die Einzelpflichten nicht ausweist, ist auch nicht in der Lage, den Gesamtaufwand zu reduzieren.

Die Einzelpflichtmethode ist auch deshalb unumgänglich, weil der Gesetzgeber in aller Regel nur einzelne Paragraphen ändert und damit nur Einzelpflichten betrifft. Die Aktualisierung ist deshalb auch nur mit Einzelpflichten möglich.

IX. Die Standardisierung und Mehrfachnutzung von Rechtspflichten zur Senkung des Compliance-Aufwands

In der Industrie wiederholen sich Sachverhalte, die sich typisieren lassen. Stoffe, Verfahren, Maschinen, Prozesse und Anlagen sind in aller Regel standardisiert. Sie stammen zum größten Teil aus industriellen Serienfertigungen. Gleiche Sachverhalte verursachen gleiche Risiken für die gleichen geschützten Rechtsgüter und sind mit gleichen Rechtspflichten abzuwenden. Droht ein Risiko für unterschiedlich geschützte Rechtsgüter, lösen sie ein Bündel von Rechtspflichten aus, die sich aus unterschiedlichen Rechtsnormen ergeben können. Werden die Rechtspflichten einmal gebündelt, lässt sich auf diese Weise der Rechtsschutz vor einem bestimmten Risiko standardisieren. Zum Beispiel sind beim Betrieb eines Industriekrans 62 Rechtspflichten aus unterschiedlichen Rechtsnormen einzuhalten. Kräne kommen in der Industrie häufig vor. Im Quartal werden über 2 000 Kräne in

12 *Rack*, CB 2014, 279.

Deutschland produziert. Nur einmal muss diese Prüfung durchgeführt werden. Das Prüfergebnis muss nicht bei jedem weiteren Kran wiederholt werden, sondern müsste nur gespeichert und wieder gefunden werden. Gleiches gilt für weitere typische Sachverhalte in der Industrie. Der arbeitsintensive Prüfprozess, die Ermittlung von Rechtspflichten für einen Industriesachverhalt, lässt sich aufwandsmindernd organisieren. Je öfter er sich wieder verwenden lässt, umso höher ist der Skaleneffekt nach dem „Gesetz der Massenproduktion“[13]. Die Mehrfachnutzung des gleichen Prüfergebnisses senkt die Grenzkosten nahe Null. Gerade die Industrie ist charakterisiert durch serienmäßige Produkte, Produktionsanlagen und Produktionsverfahren, die genauso serienmäßig Risiken verursachen und ebenso serienmäßige Pflichten zur Abwehr dieser Risiken auslösen.

X. Die Digitalisierung des Compliance Managements

Unter Digitalisierung wird herkömmlich die Überführung von Informationen von einer analogen in eine digitale Speicherung verstanden. Die neuere Interpretation bedeutet die Einführung digitaler Technologien und Veränderungen durch die darauf aufbauenden Anwendungssysteme.[14] Im Compliance Management kann der Aufwand herkömmlicher Methoden der Rechtsanwendung durch digitalisierte Hilfsmittel erheblich vermindert werden. Große Textmengen lassen sich digital speichern und liefern in Sekunden Rechercheergebnisse. Prüfergebnisse in Form von Rechtspflichten lassen sich speichern und müssen nicht wiederholt, sondern nur wieder gefunden werden. Von größerer Bedeutung ist das Verlinken rechtserheblicher Informationen. Insbesondere lassen sich die einschlägigen und nicht einschlägigen Pflichten markieren und zu Kategorien zusammenfassen. Nicht einschlägige Pflichten müssen nicht mehr administriert werden. Sind sie ein für alle Mal markiert, wird jeder weitere Prüfaufwand überflüssig. Einschlägige Pflichten lassen sich mit verantwortlichen Personen im Unternehmen und mit Betriebsteilen verlinken. Die Pflichten können unter dem Namen eines Pflichtenträgers aufgerufen werden. Die in einem Betriebsteil geltenden Pflichten können ebenfalls abgerufen werden. Alle Organisationspflichten können digital zu einer Klasse zusammengefasst werden und geschlossen an Vorstände delegiert werden. Welcher Mitarbeiter welche Pflicht in welchem Betriebsteil und in welchem Zeitraum zu erfüllen hatte, lässt sich speichern und jederzeit abrufen. Die Forderung des BGH aus seiner Entscheidung zur Wissensaufspaltung lässt sich realisieren, nämlich alle rechtserheblichen Informationen für jeden im Unternehmen verfügbar zu halten und dadurch einen für alle Unternehmensmitarbeiter gleichmäßigen Wissenstand zu gewährleisten.[15] Der Zeitaufwand zur Erfüllung einer einzelnen Rechtspflicht kann persönlich gemessen und digital gespeichert werden. Das Pensum eines Mitarbeiters für seine Compliance-Leistung bei der Erfüllung seiner Rechtspflicht wird dadurch messbar. Das notwendige Zeitbudget kann kalkuliert werden. Vermieden wird dadurch ein eventueller Vorwurf gegenüber dem Geschäftsleiter, nicht ausreichend Zeit zur Erfüllung einer Rechtspflicht zur Verfügung gestellt zu haben. Das Risiko eines eventuellen Rechtsverstoßes durch Zeitmangel und durch Überforderung des Mitarbeiters kann abgewendet werden. Informationsaustausch über Meldemasken kann zwischen Arbeits- und Führungsebene digitalisiert werden. Die Oberaufsicht der Organe eines Unternehmens lässt sich digital so gestalten, dass der jeweils aktuelle Bearbeitungsstand vom verantwortlichen Vorstand oder Geschäftsführer abgefragt werden kann, insbesondere ob sämtliche Pflichten erfüllt und welche überfällig und nicht erfüllt sind.

Verlinkt werden v. a. alle Sachverhalte mit den Rechtspflichten, die sie auslösen. Abgefragt werden kann jederzeit nicht nur welche Pflichten durch einen Sachverhalt ausgelöst werden, sondern auch umgekehrt, auf welche Sachverhalte eine Rechtspflicht schon einmal angewandt wurde.[16]

Der Beitrag wird in CB 3/2016 fortgesetzt mit dem Interessenkonflikt zwischen den Pflichten zur Legalität und zur Gewinnerzielung, dem Leerkostenmanagement als betriebswirtschaftliches Mittel zur Senkung des Compliance-Aufwands und der Prüfung aller Organisationspflichten auf Einsparpotentiale durch optimale Arbeitsteilung, Standardisierung und Mehrfachnutzung, Digitalisierung und Leerkostenmanagement beim Ermitteln, Delegieren, Aktualisieren, Erfüllen, Kontrollieren und Dokumentieren aller Unternehmenspflichten. Mit dem Fazit, eher zu digitalisieren als zu deregulieren um den Compliance-Aufwand auf den Mindestumfang zu senken.

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, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.*

13 *Wöhe*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaft, 25. Aufl. 2013, S. 876.

14 *Hess*, abrufbar unter www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de (Abruf: 5.1.2016).

15 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 (Wissensaufspaltungsentscheidung).

16 Aktuell bietet etwa das System „Recht im Betrieb“ mit seiner Datenbank eine Verknüpfung von 23 383 Unternehmenssachverhalten mit 28 166 Rechtspflichten, und zwar 1 533 279 mal. Verlinken lassen sich ebenfalls Pflichten, die von einer Funktion im Unternehmen ausgelöst werden, z. B. der des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines speziellen Beauftragten. Digital typisieren lassen sich die Pflichtenprofile einer bestimmten Branche oder eines Anlagetyps oder eines Industrieprozesses wie Schweißen, Beschichten oder Lackieren. Die Datenbank erlaubt den Aufbau automatischer Filter durch Vormarkierungen. Alle geänderten Rechtspflichten lassen sich nach einschlägigen und nicht einschlägigen Pflichten automatisch filtern und vermindern dadurch den Aktualisierungsaufwand.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

3 / 2016

Betriebs-Berater Compliance

1.3.2016 | 4.Jg
Seiten 45–88

EDITORIAL

Prof. Dr. Christoph Schalast, RA und Notar
Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz: Chaos oder nur Business as usual? | I

CORPORATE COMPLIANCE

Stephan Rammelt
Step-by-step: Compliance in der Arbeits- und Prozesskultur verankern | 45

Stefan Hoffmann-Kuhnt
Länderbericht Kanada: Aktueller Überblick zur Korruptionsbekämpfung | 48

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Jens H. Kunz, LL.M. (UT Austin), RA
Die neue Geldtransferverordnung – Überblick zu den wesentlichen Änderungen | 54

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands – Teil 2 | 58

COMPLIANCE MANAGEMENT

Prof. Dr. Ruth Linssen, M. A.
Soziales Risikomanagement – Wann Menschen korrupt werden und wie der Compliance-Bereich das Wissen darüber nutzen kann | 65

Dipl.-Wirtschaftsinformatiker Rüdiger Giebichenstein und
Dipl.-Ing. Carsten Alexander Schirp
Die GoBD – neue Verwaltungsvorschriften für die IT-gestützte Buchführung | 69

Dr. Michele Dilenge, LL.M.
Compliance für Interim M… Fi…ti…en | 74

…**genroth,** RA
…rlagen aus internen Untersuchungen –
…schweig vom 21.7.2015 – 6 Qs 116/15 | 79
…en der EU und der Mitgliedstaaten existieren
…tar von **Dr. Nicolas Kredel,** LL.M., RA,
und **Dr. Anja Palatzke,** RAin | 83

Deutscher Fachverlag * 60264 Frankfurt
PVSt. * DPAG * Entgelt bezahlt
84545#82013038/25259560010#0036 36
Kanzlei Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt und Notar
Lurgiallee 12
60439 Frankfurt

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Die Digitalisierung des Compliance Managements zur Senkung des Aufwands – Teil 2

Der Aufwand zur Erfüllung der Legalitätspflicht ist hoch und muss gesenkt werden. Vier Methoden stehen zur Verfügung. Vorgestellt wurden bisher im ersten Teil des Beitrages (CB 2016, 16 ff.) Arbeitsteilung, Standardisierung und Digitalisierung. Noch behandelt wird im folgenden zweiten Teil das Leerkostenmanagement.

XI. Der Interessenkonflikt zwischen Gewinn und Legalität als Anlass zum Leerkostenmanagement

Kurzfristig schmälert der Aufwand zur Erfüllung der Legalitätspflicht den Gewinn des Unternehmens, langfristig aber schützt er vor ruinösen Rechtsrisiken und Schäden. Geschäftsführer geraten in einen Interessenkonflikt. Sie müssen sich zwischen der Pflicht zur Legalität einerseits und der Pflicht zur Gewinnerzielung andererseits entscheiden. Ein in der Wirtschaft verbreiteter Irrtum besteht in der Ansicht, Geschäft gehe immer vor. Das Gegenteil ist unter Gesellschaftsrechtlern unbestritten. Vorrang hat uneingeschränkt die Erfüllung der Legalitätspflicht.[17] Im Ergebnis sind Geschäftsleiter verpflichtet, legale und gleichzeitig gewinnbringende Entscheidungen zu treffen.

Die Legalitätspflicht verpflichtet die Geschäftsleiter eines Unternehmens zur Einhaltung aller Pflichten aus Gesetzen, dem Aktiengesetz, der Satzung und der Geschäftsordnung (interne Pflichtenbindung) und zur Einhaltung sämtlicher Rechtsvorschriften, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen (externe Pflichtenbindung).[18]

Vorstände und Geschäftsführer haben die Pflicht zur Oberaufsicht über das legale Verhalten aller Unternehmensmitarbeiter einschließlich der gegenseitigen Kontrolle unter Vorstandsmitgliedern. Die Pflicht der Vorstände und Geschäftsführer kann nicht delegiert werden.[19] Der Erfüllungsaufwand aller gesetzlichen Vorschriften einschließlich der Steuergesetzen, der Vorschriften zur Sozial- und Personalverwaltung betragen 3,6 % vom Jahresumsatz, der in einem Pilotprojekt erstmals bei einem Zuliefererbetrieb mit einer Gelenkwellenproduktion gemessen wurde.[20]

Neben der Erfüllung der Legalitätspflicht sind Geschäftsleiter von Handelsgeschäften, wozu Aktiengesellschaften nach § 3 AktG zählen, auch zur dauerhaften Gewinnerzielung verpflichtet. Der Vorrang der Legalitätspflicht ergibt sich aus § 243 AktG, wonach wegen der Verletzung eines Gesetzes oder der Satzung Beschlüsse der Hauptversammlung angefochten werden. Nach § 396 Abs. 1 AktG können Aktiengesellschaften sogar wegen gesetzeswidrigen Verhaltens aufgelöst werden.

Im Ergebnis ausgeschlossen sind illegale aber gewinnbringende Entscheidungen im Unternehmen. Erlaubt sind nur legale Unternehmensentscheidungen.

Die präventiven Kosten für die Einhaltung der Legalitätspflicht sind zwar hoch. Höher sind aber die Folgen illegalen Verhaltens im Unternehmen. Aktuelle Fälle machen es deutlich. Die Rückstellung für drohende Schäden aus Rechtsrisiken betragen bei der Deutschen Bank aktuell 11,4 Milliarden Euro, im VW-Fall 6,9 Milliarden Euro. Die Rechtsanwaltskosten nach dem Rechtsverstoß belaufen sich bei Siemens auf 12,85 Millionen Euro für „Internal Investigations". Zusammen mit den Schmiergeldzahlungen i. H. v. 2,15 Millionen Euro ergab sich ein Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 15 Millionen Euro, zu dem der langjährige Finanzvorstand vom Landgericht München verurteilt wurde.[21] Die hohen Schäden helfen dabei, die Rechtsrisiken zu beziffern, die mit dem Compliance-Aufwand vermieden werden können.

Illegales Verhalten zur Einsparung von Kosten und Aufwand sind für Geschäftsleiter von Unternehmen ausgeschlossen.[22] Weder auf Gewinne noch auf Legalität kann ein Unternehmen verzichten. Als einziger Ausweg bleibt, den Compliance-Aufwand auf das geringstmögliche Maß zu senken. Die Betriebswirtschaft bietet dazu als Methode das Leerkostenmanagement.

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

18 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 24; *Fleischer*, ZIP 2005, 142.

19 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).

20 *Rack*, CB 2014, 54.

21 LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, CB 2014, 167 m. CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls m. BB-Komm. *Grützner*, NZG 2014, 345 (Neubürger-Entscheidung).

22 BGH, 10.05.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil); aus Kostengründen hat der Standortleiter des Stahlwerks Turin die Nachrüstung des Brandschutzes abgelehnt. Bei einem Brand gab es sieben Tote. Der Standortleiter wurde zu zehn Jahren wegen Totschlags verurteilt, Wirtschaftswoche vom 16.4.2012, 102.

XII. Die Leerkostenvermeidung zur Senkung des Compliance-Aufwands

Bei der Erfüllung der Legalitätspflicht können Leerkosten entstehen. Sie sind konsequent zu vermeiden. Die Betriebswirtschaftslehre unterteilt die Gesamtkosten in fixe und variable Kosten. Fixe Kosten entstehen alleine schon durch die Herstellung der Betriebsbereitschaft eines Unternehmens, ohne dass schon etwas produziert oder verkauft wurde. Die Höhe der variablen Kosten hängt dagegen von der Menge der produzierten Güter oder Dienstleistungen ab. Der sog. Fixkostenblock wiederum besteht aus ökonomisch effizienten Nutzkosten und den ökonomisch ineffizienten Leerkosten.[23] Leerkosten sind der Anteil der fixen Kosten, dem keine Nutzung zugrunde liegt. Leerkosten entstehen, soweit die Kapazitäten ungenutzt sind.[24] Leerkosten werden immer dann ermittelt, wenn Einsparpotentiale gesucht werden. Der erstmals gemessene hohe Compliance-Aufwand veranlasst die Prüfung, wie die Fixkosten für den Compliance-Aufwand eines Unternehmens auf die Nutzkosten reduziert und Leerkosten möglichst vermieden werden können. Der nutzlose ist vom nützlichen Aufwand erstens zu trennen und zweitens zu vermeiden. Der Compliance-Aufwand ist auf den unverzichtbaren Umfang zu reduzieren.

Es empfiehlt sich deshalb, das Leerkostenmanagement auf das Compliance Management anzuwenden. Dazu ist die Erfüllung jeder Einzelpflicht unter Vermeidung von Leerkosten zu organisieren.

Das Leerkostenmanagement veranlasst bei jeder der sechs Organisationspflichten die Frage, ob alle denkbaren und realisierbaren Einsparpotentiale genutzt wurden:

- Erstens ist zu prüfen, ob eine optimale horizontale und vertikale Arbeitsteilung im Unternehmen praktiziert wird, ob eine Rechtspflicht des Unternehmens so an Mitarbeiter delegiert wurde, dass sie ohne Leerkosten erfüllt werden kann, ob der jeweils Verantwortliche die an ihn delegierten Rechtspflichten mit dem möglichst geringsten Aufwand erledigen kann, ohne etwa überfordert oder unterfordert zu sein; und ausreichende Qualifikation und Vorbildung besitzt. Unterforderte Mitarbeiter verursachen qualitative Leerkosten. Durch überforderte Mitarbeiter drohen Schäden und nutzlose Nachbesserungen. Unter dem Gesichtspunkt der optimalen Arbeitsteilung ist außerdem zu prüfen, ob der Aufwand sich dadurch senken lässt, dass die jeweilige Pflicht unternehmensextern statt unternehmensintern erledigt werden kann. Unternehmensextern lassen sich Mehrfachnutzungen realisieren, wodurch Grenzkosten nahe Null sinken können. Ein Vergleich der Stundensätze externer und interner Anwälte, sagt im Ergebnis, dass die Stundensätze der Kanzleien (308,00 Euro) im Durchschnitt fast dreimal so hoch liegen, wie die interner Juristen (108,00 Euro).[25] *Rifkins* These wird derzeit unter dem Gesichtspunkt der „share economy" diskutiert. „Der Weg hin zu Grenzkosten nahe null und fast kostenlosen Gütern und Dienstleistungen ist eine Funktion der zunehmenden Produktivität"[26].
- Zweitens ist zu prüfen, ob bei der Erfüllung einer Einzelpflicht die Vorteile der Standardisierung genutzt wurden. Dazu gehört es, die Rechtspflichten wiederzuverwenden, die auf Sachverhalte verwendet werden, die schon einmal auf Risiken und die durch sie ausgelösten Rechtspflichten zur Abwendung geprüft wurden. Nicht in jedem Unternehmen muss eine aufwendige Prüfung vorgenommen werden, welche Pflichten durch einen Sachverhalt ausgelöst werden, wenn der gleiche Sachverhalt und die ausgelöste Pflicht unternehmensextern oder auch intern schon mehrfach geprüft wurde. Statt mehrfach wiederholt zu prüfen, empfiehlt es sich das Prüfergebnis einmal zu speichern, aber mehrfach zu nutzen. Schon einmal ermittelte Rechtspflichten, die ein Risiko aus einem Industriesachverhalt abwenden, müssen nicht wieder geprüft, sondern nur wiedergefunden werden. Dazu müssen sie zuvor einmal in einer Datenbank erfasst, gespeichert und zum Abrufen verfügbar gehalten werden.[27]
- Drittens ist für jede einzelne Rechtspflicht zu prüfen, ob die aktuellen technischen Möglichkeiten der Digitalisierung genutzt wurden. Dazu gehört es, bspw. Sachverhalte und die sie auslösenden Rechtspflichten zu verlinken, zu speichern, zu markieren und nach den Markierungen abzurufen, mit verantwortlichen Personen und Betriebsteilen so zu verlinken, dass jeder Pflichtenträger seine Pflichten mit dem geringsten Aufwand unter seinem Namen oder seiner Abteilung abfragen kann.

Im Folgenden soll gezeigt werden, was zur Senkung des Compliance-Aufwands schon möglich ist und praktiziert wird.

XIII. Der unverzichtbare Aufwand beim Vorhalten einer Gesetzessammlung

Die Einhaltung aller einschlägigen Rechtsnormen und Rechtspflichten setzt ihre Verfügbarkeit im Unternehmen voraus. Nach Art. 20 Abs. 3 S. 2 GG ist die Verwaltung und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Ohne gesetzliche Grundlage kann die Verwaltung nicht tätig werden.[28] Jeder Rechtsanwender ist dadurch verpflichtet, den Wortsinn gesetzlicher Vorschriften zu ermitteln. Der Normtext und sein Wortlaut ist der Ausgangspunkt jeder Auslegung. Ohne den Gesetzeswortlaut zu kennen ist legales Verhalten im Unternehmen nicht möglich. Bei mehrdeutigem Wortlaut ist das Gesetz auszulegen, systematisch, historisch und teleologisch.[29] Zwar müssen bei Betrieben aktuell über 15 000 Rechtsnormen, Gesetze, Verordnungen und untergesetzliche Regelwerke vorgehalten werden. Jedoch sind nicht alle Rechtsnormen in einem einzigen Betrieb einschlägig. Im Durchschnitt von Betrieben aus 40 Branchen sind nur etwa 1 000 Vorschriften im Unternehmen anwendbar, das sind 7% aller Rechtsnormen. Je nach Unternehmen und Branche wechselt die Zusammensetzung der einschlägigen Rechtsnormen. Vor jeder Prüfung der einschlägigen Vorschrift ist unklar, welche 7% der über 15 000 Vorschriften einschlägig sind. Der Bestand von 7% der einschlägigen Rechtsnormen wechselt bei jedem Unternehmen je nach Branche, Risikoprofil und Standort. Selbst wenn nur 7% im Durchschnitt von allen Rechtsvorschriften einschlägig sind, kann auf die Gesamtbibliothek aller 15 000

23 *Wöhe*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 25. Aufl. 2013, S. 300; *Wöhe*, Übungsbuch zur allgemeinen Betriebswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2013, S. 117.

24 *Kannenberg*, Leerkosten, Wie man durch ein Leerkostenmanagement Kosten reduzieren kann, 2015, S. 3–7.

25 *Dörr/Goldschmidt*, FAZ vom 31.12.2015, 18; *Rifkin*, Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft, 2014. Der Rechtsabteilungs-Report 2015/2016, S. 148, 149, *Henning*; General Counsel Benchmarking-Report 2015/2016.

26 *Rifkin*, Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft, 2014, S. 13, 107.

27 „BCG The Boston Consulting Group, Bucerius Law School, How Legal Technology Will Change the Business of Law, S. 7,8; *Hall*, Legal Tribune Online, Studie: Legal Tech verändert Kanzleistrukturen: Pyramide oder Stein? Legal Tribune Online, 3.2.2016.

28 *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 20 GG, Rn. 113.

29 *Rüthers*, in: Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 743.

Vorschriften deshalb nicht verzichtet werden. Rechtsberater können ohne den Gesetzeswortlaut nicht beraten. Die Standardfrage an den rechtberatenden Anwalt, wie zu einem bestimmten Unternehmenssachverhalt ein Gericht oder eine Behörde im Zweifel entscheiden werde, ist ohne den Gesetzeswortlaut nicht zu beantworten. Genau wie Richter und Verwaltungsbeamte an den Wortlaut des Gesetzes gebunden sind, so sind es auch die Anwälte. Kein Rechtsberater kommt ohne Gesetzeswortlaut aus. Nach seiner Rechtsprechung im Ision-Urteil fordert der BGH nicht nur von Rechtsanwälten Rechtsrat einzuholen, sondern das Beratungsergebnis einer „Plausibilitätskontrolle" zu unterziehen.[30] Der Hinweis auf die Unverzichtbarkeit des Gesetzeswortlauts ist unter Juristen eine Selbstverständlichkeit, für juristische Laien in der Praxis insofern ein Problem, als der Wortlaut als wenig aussagekräftig verstanden und deshalb vernachlässigt wird. Übersehen wird hierbei, dass der Gesetzgeber abstrakt und generell regeln muss, weil die Einzelfallgesetzgebung nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG (Einzelfallgesetzverbot) ausgeschlossen ist. Die abstrakten Begriffe werden durch die Rechtsprechung und durch die Verwaltung konkretisiert. Die Prüfung im Einzelfall setzt somit immer die Prüfung der einschlägigen Rechtsprechung und die Genehmigungspraxis der Behörden voraus. Ob deshalb z. B. Klärschlamm ein Düngemittel nach der TRGS 511 ist und gekennzeichnet werden muss, ist kein sprachliches sondern ein rechtliches Problem, das im Zweifelsfall von Verwaltungsbehörden oder Gerichten entschieden werden muss, und zwar darüber, ob für Klärschlämme eine Kennzeichnungspflicht gilt. Entschieden wird über die Rechtsfolge und nicht über eine korrekte sprachliche Verwendung. Die Unterhaltung einer Gesetzessammlung von 15 000 Vorschriften entspricht den Fixkosten zur Erfüllung der Legalitätspflicht. Die Fixkosten enthalten jedoch pro Unternehmen 93 % Leerkosten und nur 7 % Nutzkosten im Durchschnitt, wobei sich von Betrieb zu Betrieb die Zusammensetzung der Leerkosten ändert.

XIV. Die Ermittlung der einschlägigen Rechtsnormen

In jedem Betrieb müssen die 7 % im Durchschnitt einschlägiger Normen erst ermittelt werden. Je größer der Gesamtbestand an Rechtsnormen ist, umso geringer ist das Risiko, eine Rechtsvorschrift und damit eine Rechtspflicht zu übersehen. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe. Vor Unkenntnis schützt nur eine möglichst umfassende große Gesetzessammlung. Je größer die Vorschriftensammlung, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit, sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB berufen und dadurch entlasten zu können.

Die erstmalige Prüfung aller Rechtsnormen, ob sie im Unternehmen einschlägig sind, muss einmal vorgenommen werden. Das Prüfergebnis kann festgehalten werden, indem einschlägige und nicht einschlägige Rechtsnormen einmalig markiert werden. Die Markierung liefert den Beweis, dass die Ermittlung der einschlägigen Rechtsnormen durchgeführt wurde. Die einschlägigen Rechtsnormen werden im Unternehmen verwaltet, insbesondere nach Rechtspflichten durchsucht. Alle Rechtsnormen sind zu aktualisieren. Unternehmensextern lassen sich die Rechtsnormen regelmäßig aktualisieren. Deren Verwaltung und 93 % der Rechtsnormen aus dem Gesamtbestand können als Leerkosten eingespart werden. Wollte man für jede Rechtspflicht immer wieder den Gesamtbestand durchsuchen, würde man 93 % Leerkosten verursachen und nutzlosen Aufwand für die Pflege von 15 000 Rechtsnormen betreiben.

Die Bibliothek einer Gesetzessammlung muss nicht in jedem Unternehmen zusammengestellt und regelmäßig aktualisiert werden. Viele Unternehmen können sich die gleiche Gesetzessammlung teilen, ebenso die regelmäßige Aktualisierung und auf diese Weise Leerkosten vermeiden. Wegen durchschnittlich nur 7 % der einschlägigen Normen muss nicht jede Firma 100 % der Rechtsnormen im eigenen Unternehmen vorhalten. Je mehr Nutzer sich eine Bibliothek teilen, umso mehr Kosten lassen sich einsparen. Für die laufende Unterhaltung und Verfügbarkeit der einschlägigen Rechtsnormen lassen sich circa 7 % Nutzkosten und 93 % Leerkosten unterscheiden. 100 % aller Rechtsnormen werden nur bei der erstmaligen Prüfung der einschlägigen Rechtsnormen und bei nachfolgenden Änderungen von Sachverhalten im Unternehmen jedoch gebraucht, nicht aber intern in jedem Unternehmen.

XV. Die Ermittlung der Rechtspflichten eines Unternehmens in effizienter Prüfschrittfolge

Zu Vermeidung von Leerkosten kann nutzloser Aufwand beim Ermitteln der einschlägigen Rechtspflichten eines Unternehmens schon allein damit vermieden werden, dass der Ablauf der Prüfschritte mit dem geringstmöglichen Aufwand geplant wird. Nach der horizontalen Arbeitsteilung empfehlen sich möglichst kleine Arbeitsschritte, um sie optimal durchführen zu können. Dabei ist nach der vertikalen Arbeitsteilung die Koordination, Planung und Überwachung durch die Geschäftsleiter erforderlich.

XVI. Aufbau und Unterhaltung eines Lösungsvorratsspeichers aus standardisierten Pflichten senkt den Compliance-Aufwand

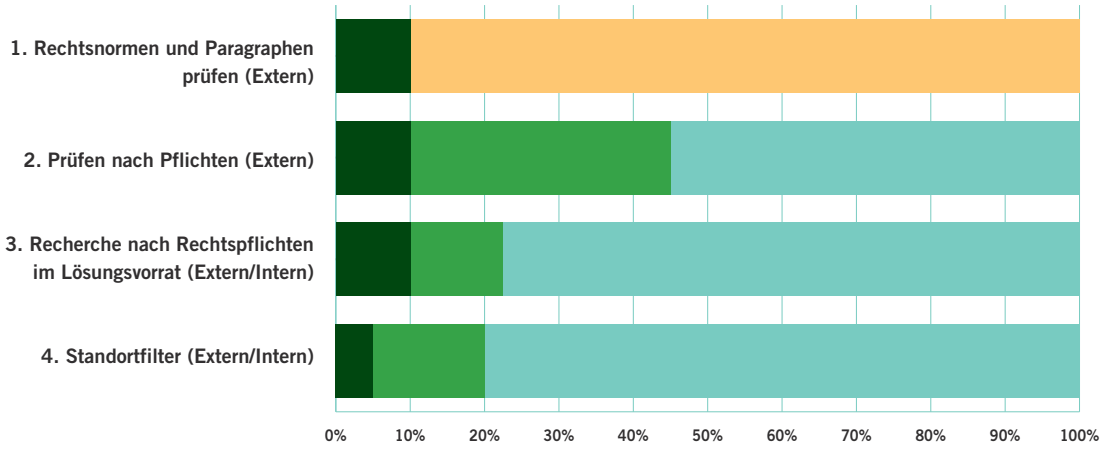
Sachverhalte in Unternehmen wiederholen sich. Damit wiederholen sich auch die gleichen Rechtsfragen nach den Risiken und den Rechtspflichten zu ihrer Abwehr. Industriefirmen sind in aller Regel standardisiert ausgerüstet. In jedem Unternehmen gibt es Kräne, Gabelstapler, Druckbehälter, Leitern, Gefahrstofflager, Galvanik- und Lackieranlagen. Es wiederholen sich auch Verfahren und Prozesse wie z. B. das Schweißen, Lackieren, Beschichten, Umformen, Lagern und chemische Reaktionen. Alle Unternehmenssachverhalte verursachen Risiken für unterschiedliche Rechtsgüter, zu deren Abwehr die unterschiedlichen Rechtspflichten ermittelt und eingehalten werden müssen. Die Rechtspflichten ergeben sich dann aus verschiedenen Rechtsgebieten und Rechtsvorschriften.

Unternehmenssachverhalte und die damit verbundenen Risiken lassen sich erstens typisieren, zweitens einmal nach Rechtspflichten prüfen, drittens einmal mit den geprüften Rechtspflichten verlinken, viertens digital ein für alle Mal verlinkt speichern und fünftens für immer aus dem Lösungsvorrat mit dem geringsten Aufwand verlinkt abrufen. Ausgelöst werden bspw. von einem Kran 62, von Industriebatterien 5, von Leitern 539, vom Schweißen 86 Rechtspflichten aus unterschiedlichen Rechtsnormen.[31]

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

31 Die Datenbank „Recht im Betrieb" enthält aktuell 23 383 Unternehmenssachverhalte, die mit 28 166 Rechtspflichten 1 533 279 Mal verlinkt sind. 23 383 Sachverhalte und 28 166 Rechtspflichten sind aktuell schon einmal geprüft und verlinkt worden. Die Liste der zu prüfenden Sachverhalte kann in der Lis-

Abbildung 1: Leerkostenreduktion durch effiziente Prüfschrittfolge zur Ermittlung der Unternehmenspflichten



	1. Rechtsnormen und Paragraphen prüfen (Extern)	2. Prüfen nach Pflichten (Extern)	3. Recherche nach Rechtspflichten im Lösungsvorrat (Extern/Intern)	4. Standortfilter (Extern/Intern)
Rechtsnormen	**15.000**	**15.000**	**15.000**	**7.784**
Rechtspflichten		**53.000**	**18.000**	**23.596**
Leerkosten		**83.000**	**118.000**	**127.000**
Mit und ohne Rechtspflichten	**136.000**			

Mit dem wachsenden Lösungsvorratsspeicher sinken Aufwand und Leerkosten durch wiederholte Prüfungen.

Es profitieren voneinander von gemeinsam genutzten Lösungsvorratsspeichern, Betriebe aus der gleichen Branche, Standorte eines Konzerns durch Schnittmengen aus gleichen Pflichten. Jede Mehrfachnutzung und Wiederverwendung einer schon einmal geprüften Rechtspflicht aus dem Lösungsvorratsspeicher vermeidet nutzlosen Aufwand und überflüssige Leerkosten durch wiederholte Prüfungen.

Speichert man die standardisierten Pflichten und Sachverhalte eines repräsentativen Betriebes aus einer Branche, profitierten andere Unternehmen aus der gleichen Branche beim Ermitteln der Rechtspflichten.[32]

Der Rechercheaufwand im geprüften Pflichtenbestand sinkt durch digitale Suchmethoden. Die Recherchetechnik erlaubt es, Listen von Unternehmenssachverhalten im Bestand des gespeicherten Pflichtenvorrats digital zu recherchieren und positive Rechercheergebnisse in Sekunden anzuzeigen

Ermitteln lässt sich, ob ein Sachverhalt schon einmal geprüft und mit einer Rechtspflicht als Prüfergebnis verlinkt wurde. Je größer der Speicher wird. umso geringer wird der Aufwand beim Ermitteln einschlägiger Rechtspflichten. Fixkosten und Leerkosten sinken.

XVII. Skaleneffekte bei der präventiven Rechtsberatung

Vergleichbar einer industriellen Serienfertigung und Massenproduktion lassen sich positive Skaleneffekte mit sinkenden Durchschnittskosten nutzen. Pro wiederverwendetem Prüfergebnis aus dem Lösungsvorratsspeicher sinkt der Anteil der Fixkosten an erstmaligen Einzelprüfungskosten einer Rechtspflicht vergleichbar mit sinkenden Entwicklungskosten eines industriell gefertigten und in großen Mengen verkauften Industrieprodukts. Wenn eine Rechtspflicht in jedem Unternehmen zum gleichen Sachverhalt wiederholt geprüft werden muss, sind die Prüfkosten am höchsten. Wird zum gleichen Sachverhalt die Rechtspflicht wiederholt und vielfach verwendet, sinkt pro wiederverwendetem Prüfergebnis der Aufwand auf einen Bruchteil, der der Anzahl der Wiederverwendung entspricht. Diese Methode der Mehrfachnutzung zur Senkung des Aufwands durch Standardisierung und Wiederholung wird in der Betriebswirtschaftslehre unter dem Stichwort der Losgrößendegression oder dem Skaleneffekt beschrieben.[33] Will man den Aufwand ähnlich wie bei einer Industrieproduktion auch im Bereich des Compliance Managements bei der präventiven Rechtsberatung in Serie systematisch senken, lassen sich die gleichen Erwägungen auch bei der Rechtsberatung heranziehen.

Voraussetzung dabei ist jedoch, dass sich die geprüften Sachverhalte gleichen oder zumindest ähnlich sind und deshalb zum gleichen Prüfergebnis, nämlich der gleichen Rechtspflicht, führen.

Viele Nutzer teilen den gleichen Lösungsvorrat. Dies entspricht dem neuen Trend der Share Economy. Mehr Unternehmen können präventive Complianceberatung in Anspruch nehmen, die sie sich vorher nicht leisten konnten. Die Nachfrage wird steigen.[34] Werden die

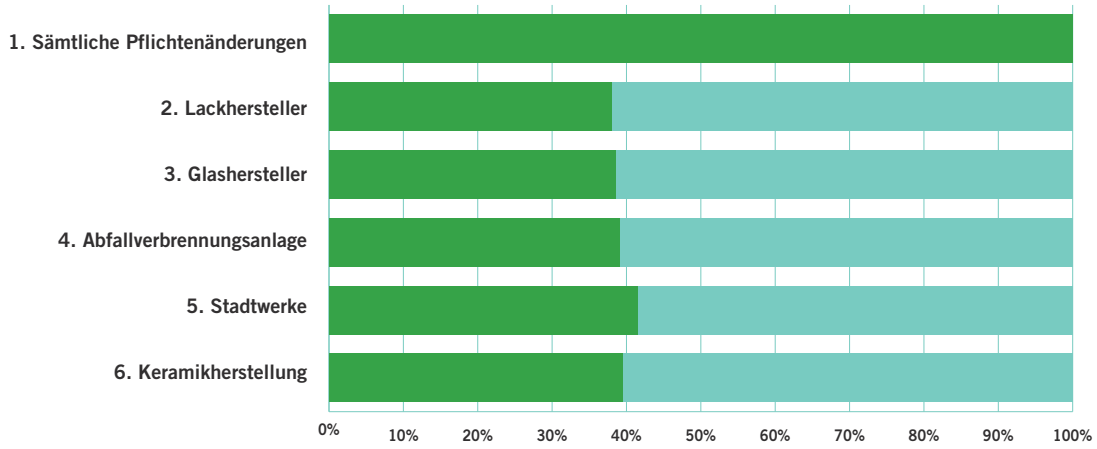
te der schon geprüften recherchiert werden. Von etwa 53 000 Pflichten insgesamt sind derzeit 28 000 schon einmal geprüft, das sind 52 %. Die Prüfung schon einmal geprüfter Sachverhalte und Rechtspflichten würde Leerkosten verursachen.

32 BCG The Boston Consulting Group, Bucerius Law School, How Legal Technology Will Change the Business of Law, S. 10, 12; *Hall*, Studie: Legal verändert Kanzleistrukturen: Pyramide oder Stein?,. Legal Tribune Online, 3.2.2016.

33 *Wöhe*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 25. Aufl. 2013, S. 876.

34 *Dörr/Goldschmidt*, FAZ vom 31.12.2015, 18; *Wildemann*, FAZ vom 3.1.2016, 20.

Abbildung 2: Leerkostenreduktion durch automatische Aktualisierung um 60 %



	1. Sämtliche Pflichten-änderungen	2. Lackhersteller	3. Glashersteller	4. Abfallver-brennungs-anlage	5. Stadtwerke	6. Keramik-herstellung
Pflichten	**377**	**170**	**171**	**172**	**185**	**175**
Leerkosten		**277**	**276**	**275**	**262**	**272**

Leerkosten systematisch vermieden und Fixkosten auf Nutzkosten beschränkt, wird legales Verhalten für alle Unternehmen erschwinglich. Hohe interne Kosten und hoher Compliance-Aufwand werden als Hindernis für die lückenlose Legalität im Unternehmen abgebaut. Der Einwand der zu kostspieligen, gewinnschmälernden und nutzlosen Überregulierung wird entkräftet, insbesondere auch für kleinere und mittlere Unternehmen. Der Wert einer Ressource – hier einer gemeinsam genutzten Datenbank – steigt für alle mit jedem zusätzlichen Nutzer, ein Fall des Netzwerkeffekts.[35]

XVIII. Die digitalisierte Ermittlung von Rechtspflichten außerhalb des Lösungsvorrats

Nach der Recherche von Pflichten im Lösungsvorrat können schon geprüfte und ungeprüfte Sachverhalte unterschieden werden. Von 53 000 Rechtspflichten insgesamt (100 %) sind 35 000 Rechtspflichten schon geprüft (67 %) und noch verbleibende 18 000 (33 %) zu prüfen, immer bezogen auf die Betriebe aus 40 Branchen. Besteht der Lösungsvorrat aus 64 % aller Rechtspflichten, müssen diese Rechtspflichten nicht nochmals geprüft werden. Der Aufwand wäre nutzlos. Wiederholte Prüfungen verursachen Leerkosten.

Auch die erstmalige Prüfung von Unternehmenssachverhalten nach Rechtspflichten lässt sich digitalisieren. Zu prüfen sind nur Rechtsnormen und Rechtspflichten, die am Unternehmensstandort einschlägig sind. Einmalig vormarkieren lassen sich alle Einzelvorschriften, die Paragraphen enthalten und von dem am Unternehmensstandort zuständigen Gesetzgeber erlassen wurden. Auf diese Weise lässt sich der Prüfumfang für alle folgenden Prüfungen reduzieren. Aus 15 000 Rechtsnormen ergeben sich 136 000 Paragraphen, von denen nur 53 000 Rechtspflichten enthalten (37 %) und 83 000 Paragraphen, die keine Rechtspflichten enthalten (67 %) und deshalb für die Prüfung nach der einmaligen Vormarkierung unbeachtet bleiben können. In 67 % der Vorschriften neu zu prüfen, würde nutzlosen Aufwand bedeuten. Von 15 000 Vorschriften sind an einem Unternehmensstandort durchschnittlich nur 7 500 zu prüfen. Bei 50 % der Vorschriften erübrigen sich die Prüfungen. Vormarkierte Vorschriften lassen sich digital aufrufen. Die Leerkostenanalyse ergibt danach, dass durch einmalige Vormarkierung aller Paragraphen mit Pflichten schon 61 % Leerkosten vermieden werden können. Weitere 50 % Leerkosten lassen sich durch die Vormarkierung von Gesetzgebern am Standort vermeiden.

Finden sich weder in Gesetzen, noch in Gerichtsurteilen Entscheidungen über einen Sachverhalt, muss er erstmalig und individuell danach geprüft werden, ob er Risiken verursacht und dadurch Rechtspflichten zu deren Abwehr auslöst. In seiner Kupolofen-Entscheidung hat der BGH entschieden, dass nicht jedes Risiko durch den Gesetzgeber geregelt und mit Rechtspflichten verbunden ist[36]. Die Prüfung nach Verkehrssicherungspflichten kann nicht digitalisiert werden. Sie muss erstmalig und individuell durchgeführt werden.

XIX. Digitalisierung der Risikoanalyse

Rechtspflichten wenden Risiken ab. Risiken sind drohende Schäden in der Zukunft und können nur geschätzt werden. Wer Risiken unterschätzt, übersieht zwangsläufig auch Rechtspflichten. Schätzungen von Risiken hängen davon ab, erstens wie schnell und zweitens wie viele Schadensbeispiele verfügbar sind. Für die Annahme eines Risikos entscheidet der Eindruck der Häufigkeit von Schadensfällen. Das menschliche Gedächtnis und seine Risikofantasie sind beschränkt. Es kann zur Verfügbarkeitsfehler kommen (Availability Bias). Eine Datenbank erhöht die Verfügbarkeit und vermeidet Verfügbarkeitsfehler.

35 The Second Machine Age Brynjolfsson, *Mcafee*, Wie die nächste digitale Revolution unser aller Leben verändern wird, 3. Aufl. 2015, S. 77.

36 BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143 (Kupolofen-Urteil).

Viele Risikobeispiele können in Sekunden auf einen Blick abgerufen werden.[37]

XX. 60 % weniger Aufwand durch die digitalisierte Aktualisierung der Rechtspflichten

Monatlich ändert sich die Rechtslage, Gesetze, Rechtsverordnungen, untergesetzliche Regeln werden geändert, neue kommen hinzu, andere treten außer Kraft. Alle Rechtspflichten eines Unternehmens müssen entsprechend angepasst werden.
Die Gesetzgebung ändert einzelne Paragraphen in Gesetzen, insbesondere die Rechtspflichten. Gerichtsurteile konkretisieren abstrakte Rechtspflichten. Die Aktualisierung setzt somit die Ermittlung von Rechtspflichten voraus. Ohne Markierung der Rechtspflichten müssten immer wieder erneut sämtliche Paragraphen danach untersucht werden, ob sie eine Rechtspflicht enthalten. Im Zehnjahresdurchschnitt ändern sich 430 Rechtspflichten und 180 Rechtsnormen pro Monat. Nutzen Unternehmen die gleiche Datenbank und die gleiche automatisierte Methode der Aktualisierung, lässt sich die Gesamtmenge aller geänderten Rechtspflichten automatisch durch das Profil der einschlägigen Pflichten jedes einzelnen Unternehmensstandorts filtern. Der Aktualisierungsaufwand wird um 60 % gesenkt, nur 40 % der geänderten Pflichten pro Monat betreffen für das Unternehmen einschlägige Pflichten, 60 % betreffen nichteinschlägige Pflichten, die unbeachtet in einem Unternehmen bleiben können. 60 % des herkömmlichen Aktualisierungsaufwands einzusparen, bedeutet, 60 % Leerkosten zu vermeiden (vgl. Abbildung 2: Leerkostenreduktion durch automatische Aktualisierung um 60 %).

XXI. Die Digitalisierung der Delegation

Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind juristische Personen und Träger aller Rechtspflichten. Sie sind jedoch nicht handlungsfähig, nicht schuldfähig, nicht straffähig. Bei der Wahrnehmung ihrer Rechte und bei der Erfüllung ihrer Pflichten sind sie auf ihre Mitarbeiter angewiesen. Die Pflichten sind deshalb auf alle Mitarbeiter so zu delegieren, dass diese für die Erfüllung der Unternehmenspflichten verantwortlich sind. Die Gründe zur Organisationspflicht, alle Rechtspflichten des Unternehmens auf die Mitarbeiter zu delegieren, ergeben sich in erster Linie aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Verantwortlichen müssen namentlich benannt werden und nach einem Vertreterplan jeweils einen Ersatzmann benennen.[38] Digitalisieren lässt sich die Delegation dadurch, dass Rechtspflichten und namentlich benannte Mitarbeiter verlinkt werden. Weil an einem Standort eine Pflicht an mehreren Betriebsteilen vorkommen kann, sind die Rechtspflichten ebenfalls mit Betriebsteilen zu verlinken. Im Ergebnis lässt sich dadurch abfragen, welcher Mitarbeiter welche Pflichten in welchem Betriebsteil wie zu erfüllen hat. Unkenntnis über Rechtspflichten und Zweifel über Zuständigkeiten für ihre Erfüllung ist damit ausgeschlossen.
Bei der Delegation sind die Grundsätze der horizontalen als auch der vertikalen Arbeitsteilung zu beachten, um den Compliance-Aufwand so gering wie möglich zu halten. Zunächst sind die Pflichten nach den erforderlichen Anforderungen an ihre Erledigung zu delegieren. Rechtspflichten, die bei der Erledigung eine höhere Qualifikation voraussetzen, sind an die Führungskräfte und die jeweils höher Qualifizierten zu delegieren. Alle Organisationspflichten, Koordinierungspflichten zum Krisenmanagement bei unvorhergesehenen Ereignissen sind an die Führungskräfte zu delegieren. Einfache, sich wiederholende Pflichten sind an Mitarbeiter unterer Hierarchiestufen mit geringerer Qualifikation zu delegieren.
Überforderungen als auch Unterforderungen sind zu vermeiden. Das eingeräumte Zeitbudget muss ausreichen, um jeweilige Pflichten erfüllen zu können.[39] Zeitdruck ist zu vermeiden.
Digitalisieren lässt sich die jeweilige Zeiterfassung für eine Pflicht, um das individuelle Pensum bestimmen zu können. Reicht das zur Verfügung gestellte Zeitbudget nicht aus, kann sich im Falle eines Schadens durch eine Pflichtverletzung der Mitarbeiter zu seiner eigenen Entlastung auf Organisationsverschulden der Geschäftsleiter berufen. Führungskräften ist zu empfehlen, Informationen durch Abfragen darüber zu beschaffen, ob alle Pflichten bekannt sind, die eigenen qualitativen Fähigkeit ausreichen, um die delegierten Pflichten erledigen zu können. Reichen die zur Verfügung gestellten Mittel nicht aus, um ein Pensum zu erfüllen, empfiehlt es sich, eine Überlastungsanzeige zu organisieren und zu melden. Auch der unternehmensinterne Informationsaustausch zwischen Arbeitsebene und Führungsebene lässt sich digitalisieren mit eigens dazu gestalteten Meldemasken, über die den Führungskräften Engpässe, Überlastungen, Informationsdefizite, Zeitmangel und Arbeitsmitteldefizite gemeldet werden können.
Bei der Delegation der Pflichten sind vorprogrammierte Interessenkonflikte zu vermeiden. Insbesondere sind Beratungs-, Informations- und Überwachungspflichten an Mitarbeiter mit Stabsfunktion ohne Entscheidungsbefugnis zu delegieren. Pflichten, die Entscheidungsbefugnisse voraussetzen, sind an Mitarbeiter mit Linienfunktion zu delegieren. Führungskräfte dürfen sich nicht selbst beraten und selbst überwachen. Zur Vorbereitung der Delegation lassen sich Pflichtengruppen untereinander zu Kategorien verlinken und erleichtert delegieren. Eine einmalig vorweggenommene Vorarbeit lässt sich in einer Vielzahl von Unternehmen wiederholen und einsparen. Nutzloser Aufwand und damit Leerkosten lassen sich durch Mehrfachnutzung der Pflichtenkategorien als Ergebnis einer standardisierbaren Vorleistung vermeiden.

XXII. Die Digitalisierung der Kontrollen – Compliance auf einen Blick

Die Kontrollen der Pflichterfüllung im Unternehmen lassen sich digitalisieren. Die Ergebnisse des Compliance Managements lassen sich abfragen und auf einer Maske bündeln, aus der zur Oberaufsicht verpflichtete Geschäftsleiter den jeweiligen Bearbeitungsstand ablesen können. Die Ergebnisse können jederzeit digital abgefragt und angezeigt werden. Rot markierte Pflichten enthalten ein Signal, dass Pflichten nicht erfüllt sind. Abfragen lässt sich mit einem Klick, welche Mitarbeiter mit welchen Pflichten säumig sind. Sie können per E-Mail angemahnt werden.

37 *Kahneman*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, S. 164-168, 531, 533; *Rack*, CB 2014, 1.7.2014, 236–240.
38 BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 (Schubstreben-Urteil).
39 OLG Koblenz, 18.4.1988 – 1 Ss 171/88, LRE 22.69 (Gammelhähnchen-Fall).

XXIII. Die Digitalisierung der Dokumentation

Sämtliche organisatorische Maßnahmen sind zu dokumentieren. Für Unternehmen gilt der Grundsatz der Beweislastumkehr. Er ist gesetzlich in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG für Organe geregelt. Auf Vorrat müssen Vorstände und Geschäftsführer über die Erfüllung ihrer Pflichten im Unternehmen Beweise erstellen. Die Pflicht zur ständigen Dokumentation ergibt sich aus ständiger Rechtsprechung[40]. Gesetzlich geregelt ist die Dokumentationspflicht auch im Rahmen des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB. In etwa 15 000 Rechtsnormen lassen sich 796 Dokumentationspflichten ermitteln, wovon 226 strafbewehrt sind, davon im Arbeitsschutzrecht 122, im Abfallrecht 81, im Wasserecht 66, im Gerätesicherheitsrecht 67 und im Anlagensicherheitsrecht 30. Es gilt der Grundsatz „not documented, not done“ (Sox 404).

Zur Erfüllung der Dokumentationspflicht lassen sich alle organisatorischen Maßnahmen automatisch protokollieren und nach den jeweiligen Kontrollvorgängen jederzeit abrufen. Alle Zweifel am pflichtgemäßen Verhalten von Geschäftsleitern gehen zu ihren Lasten. Die Pflichtwidrigkeit der Geschäftsleiter gilt deshalb als bewiesen, wenn der Geschäftsleiter sein pflichtgemäßes Verhalten, insbesondere beim Organisieren, nicht beweisen kann. Die Dokumentation ist deshalb das beste Beweismittel gegen den Vorwurf von Organisationsfehlern. Vor allem können Vorwürfe wegen Unterlassungsdelikten nur durch dokumentierte Tätigkeitsnachweise widerlegt werden. Bei einem Unterlassungsdelikt – anders als bei Begehungsdelikten – müssen Geschäftsleiter beweisen können, dass sie gerade nicht untätig waren, sondern pflichtgemäß gehandelt haben. Der Vorwurf der Untätigkeit und des Unterlassens ist die häufigste Begründung zum Organisationsverschulden.

XXIV. Fazit: Sinkender Compliance-Aufwand und steigende Rechtssicherheit durch Digitalisierung

Um geschätzte 68 % lässt sich der Compliance-Aufwand senken,

- erstens durch horizontale und vertikale, durch unternehmensinterne und unternehmensexterne Arbeitsteilung,
- zweitens durch die Standardisierung und Mehrfachnutzung von Rechtspflichten bei gleichen oder ähnlichen Unternehmenssachverhalten und
- drittens durch die Digitalisierung aller Prozesse des Compliance Managements, dem Recherchieren in großen Textmengen zur Ermittlung der Rechtspflichten, deren Delegation, Erfüllung, Aktualisierung bis zur Dokumentation. Digitalisieren heißt, recherchieren, speichern, verlinken und abrufen. Verlinken lassen sich Risiken mit Rechtspflichten, Rechtspflichten mit Mitarbeitern, Rechtspflichten mit Betriebsteilen, Rechtspflichten mit Rechtspflichten untereinander zu Pflichtenkategorien, etwa Organisations-, Dokumentations-, Risikoanalysepflichten. Alles Verlinkte lässt sich auch verlinkt abrufen, etwa welcher Mitarbeiter welche Rechtspflicht in welchem Betriebsteil und in welchem Zeitraum zu erfüllen hat. Der aktuelle Bearbeitungsstand aller Organisationspflichten lässt sich durch Vorstände und Geschäftsführer auf einer einzigen Maske ablesen. Compliance auf einen Blick wird möglich. Digitalisieren heißt auch, die Abwendung von Risiken durch Rechtspflichten nur einmal zu prüfen, Prüfergebnisse nur einmal zu speichern, nur einmal Risiken mit Rechtspflichten zu verlinken und für alle Wiederholungsfälle mehrfach zu nutzen. Das einmalige Speichern macht das wiederholte Prüfen überflüssig. Prüfverfahren müssen nicht wiederholt, Prüfergebnisse müssen nur wiedergefunden werden. Digital verlinken lassen sich abstrakte Rechtsbegriffe mit den subsumierten Einzelfällen, jederzeit abrufbar mit nur einem Klick. Schnittmengen von gleichen Sachverhalten und gleichen Pflichten lassen sich betriebs- und standortübergreifend in Konzernen abrufen. Alle Pflichten können auf Mitarbeiter delegiert und für alle jederzeit verfügbar gehalten werden.

Betriebswirtschaftlich werden Leerkosten und nutzloser Aufwand in jedem einzelnen Arbeitsschritt des Compliance Managements vermieden.

Compliance-Aufwand, Leerkosten und Grenzkosten sinken.

Je mehr Unternehmen die digitalisierte präventive Rechtsberatung gemeinsam praktizieren, umso deutlicher wird der Netzwerkeffekt. Mit jedem neuen Nutzer des gleichen Compliance-Management-Systems steigt der gespeicherte Lösungsvorrat aus Prüfergebnissen. Mehr Risiken lassen sich abwenden, mehr Schäden werden vermieden, mehr Unternehmen können sich bei sinkendem Aufwand und sinkenden Grenzkosten Compliance leisten. Die industrielle Serienproduktion lässt sich mit Compliance als präventive Rechtsberatung in Serie begleiten. Einsparpotentiale werden realisiert. Compliance lohnt sich.

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, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.*

40 BGH, 26.11.2068 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Entscheidung); zur gegenseitigen Kontrolle von Vorständen nach dem Prinzip der Gesamtverantwortlichkeit VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WN 2004, 2157 (Stille Lasten); BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BB 2003, 273, NJW 2003, 358 (Kurzarbeiter-Fall).

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

8 / 2016

Betriebs-Berater Compliance

2.8.2016 | 4.Jg
Seiten 265–308

EDITORIAL

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA
Die Causa Volkswagen zeigt: Wir brauchen kein Verbandsstrafgesetzbuch! | I

CORPORATE COMPLIANCE

Prof. Dr. Oliver Haag und **Sibel Acikgöz**, LL.M.
Compliance-Management im Unternehmen – Notwendigkeit oder Rechtspflicht? | 265

Dipl.-Kfm. **Thomas Schneider**
Geben und Nehmen – wie Compliance von erfolgreichen Geheimdiensten lernen kann | 270

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Thomas Giering, RA, und **Jan Sklepek**, RA
Insider-Compliance nach der Kapitalmarktmissbrauchsreform | 274

Thomas Maibaum, RA
Die gesetzliche Neuregelung der öffentlichen Beschaffung: Mehr Klarheit und neue Aufgaben für das Compliance Management | 279

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 1 | 284

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Dietmar Deffert, RA
Konflikte bei Compliance-Schulungen vermeiden – Hinweise aus der Praxis | 290

Dipl.-Kfm. **Andreas Pyrcek** und **Tim Ahrens**
Der ganzheitliche Ansatz eines wirksamen Fraud Response Managements | 294

Dr. Johannes Sebastian Blassl
Whistleblowing des Compliance-Officers | 298

HAFTUNG UND AUFSICHT

BGH: Innenhaftungsfälle der D&O-Versicherung – weite Auslegung des Begriffs „Dritter" in § 108 VVG mit CB-Kommentar von **Markus Langen**, LL.M., RA, und **Stefan Deller**, LL.M., RA | 304

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 1

Die Presse weckt Zweifel an der Eignung von Auditoren und Prüfern, die Compliance-Systeme in Unternehmen zertifiziert haben und trotz Zertifikat durch Rechtsverstöße aufgefallen sind. Unternehmen und ihre Prüfer verlieren Vertrauen und Reputation. Die Risiken der Expertenhaftung für Schäden durch enttäuschtes Vertrauen steigen mit der Zahl derjenigen, die sich auf die Richtigkeit eines Zertifikats berechtigterweise verlassen haben. Der Zweck von Audits besteht gerade darin, dass Dritte auf die zertifizierten Prüfergebnisse vertrauen sollen. Aus „Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" können Auditoren gegenüber Dritten haften, obwohl keine vertragliche Beziehung besteht. Gegenüber dem zertifizierten Unternehmen haften Auditoren und Umweltgutachter für Schäden aus Vertrag. Die Haftungsvoraussetzung und die spezielle Interessenlage sollen im Folgenden beschrieben werden.

I. Reputationsverluste durch schlechte Presse

Die Schlagzeilen lauten „Im Nebel der VW-Prüfer", „Waren die Kontrolleure blind?", „Viele der Autos im Abgasskandal wurden vom TÜV-NORD geprüft".[1] Der TÜV-NORD habe das Umweltmanagement von VW zertifiziert, sowie die Ökobilanz verschiedener Fahrzeugmodelle.

Peinlich sei es, dass nur wenige Monate später das Image des Unternehmens in Sachen Umweltfreundlichkeit dahin sei. Peinlich sei dies auch für die ganze Prüfergemeinde in Deutschland. Vor allem wird den Prüfungen die Tauglichkeit abgesprochen, Manipulation zu erkennen. An der Formulierung der Prüfrichtlinien habe der TÜV-NORD mitgewirkt. Das Verhältnis zwischen Prüfer und Geprüften wird kritisch auf Abhängigkeiten hinterfragt.

Auch Wirtschaftsprüfer geraten in die Kritik, wenn in den von ihnen geprüften Unternehmen das Compliance-Management versagt und Vorstände dem Vorwurf des Organisationsverschuldens ausgesetzt sind. Wenn die Abschlussprüfer „schwarze Kassen" übersehen, wechselt das Unternehmen den Abschlussprüfer aus, der zu seiner Entlastung mit dem Vorwurf der Täuschung die Vorstände und Mitarbeiter belastet. Im Ergebnis leidet die Reputation aller Beteiligten. Der Ruf des Unternehmens als auch der seiner Auditoren und Abschlussprüfer werden beschädigt.[2]

II. Neue Gerichtsurteile zu mangelhaften Compliance-Management-Systemen steigern die Haftungsrisiken für Unternehmen und ihre Prüfer

Im Schienenkartell-Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27.11.2015 hat ein Angestellter zwar grob pflichtwidrig gegen das Kartellrecht verstoßen, indem er das Schienenkartell betreut hat. Die Rückgriffshaftung seines Arbeitgebers wurde jedoch mit der Begründung verneint, dass den Arbeitgeber ein überwiegendes Mitverschulden trifft, weil er ein nicht funktionierendes Compliance-System vorsätzlich ausgehebelt habe.[3]

Im „Neubürger-Urteil" vom 10.12.2013 hat das Landgericht München I den ehemaligen Finanzvorstand der Siemens AG zu 15 Mio. Euro Schadensersatz verurteilt, weil er es unterlassen hat, ein Compliance-System einzurichten, das geeignet war, die Schmiergeldpraxis zu vermeiden.[4]

Das Arbeitsgericht Frankfurt hat in seinen Urteilen zur Libor-Manipulation der Bank Organisationspflichtverletzungen vorgeworfen und den Kündigungsschutzklagen der Arbeitnehmer stattgegeben. Die strikte Trennung von Ermittlern und Händlern zur Vermeidung von Interessenkonflikten sei nicht durch entsprechende Compliance-Regeln verhindert worden.[5]

In seiner Entscheidung zu unternehmenszweckwidrigen Derivategeschäften wurde die Organisationspflicht für Vorstandsmitglieder

1 *Nienhaus*, FAS vom 15.11.2015, 36.

2 HB vom 18.6.2008, abrufbar unter: http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/prozess-kpmg-sieht-sich-von-siemens-getaeuscht/2974076.html (Abruf: 21.7.2016); Spiegel Online vom 28.11.2008, abrufbar unter: http://www.spiegel.de/wirtschaft/korruptionsskandal-siemens-setzt-kpmg-vor-die-tuer-a-593406.html (Abruf: 21.7.2016).

3 LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 (Schienenkartell-Urteil), WuW 2016, 251, Rn. 113.

4 LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (Neubürger-Urteil), CB 2014, 167 m. CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls m. BB-Komm. *Grützner*.

5 ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13.

entschieden, ihren jeweiligen Verantwortungsbereich so organisieren zu müssen, dass sich alle Mitarbeiter legal verhalten.[6]

Alle vier aktuellen Entscheidungen formulieren die Pflicht der Organe, Compliance-Systeme so einzurichten, dass es nicht zu Gesetzesverstößen kommt. Konkrete Organisationspflichten formulieren Gerichte im Nachhinein für den konkreten Einzelfall, der vor Gericht verhandelt wird. Werden Lücken im Compliance-System von Prüfern und Auditoren übersehen, stellen sie ihre Eignung in Frage, Mängel von Compliance-Management-Systemen noch vor einem Rechtsverstoß erfassen zu können.

Wer Compliance-Systeme zertifiziert, setzt sich entsprechend der verschärften Rechtsprechung einem erhöhten Expertenhaftungsrisiko aus. In allen Entscheidungen wird von den Unternehmen verlangt, Rechtspflichtverletzungen durch Compliance-Systeme zu verhindern, noch bevor sie eingetreten sind. Von Abschlussprüfern, Auditoren und Umweltgutachtern wird erwartet, dass sie gerade aufgrund ihrer Expertenrolle auf Mängel und Lücken des Compliance-Management-Systems hinweisen. Gerade wegen ihres Erfahrungsvorsprungs werden Abschlussprüfer und Auditoren mit der Zertifizierung beauftragt. Abschlussprüfer sind nach § 317 Abs. 4 HGB zur Prüfung der Überwachungssysteme nach § 91 Abs. 2 AktG verpflichtet. Mit den steigenden Anforderungen an Compliance-Systeme steigen sowohl die Anforderungen an die Organisationspflichten von Vorständen und Unternehmen als auch an die Abschlussprüfer und Auditoren beim Zertifizieren von Systemen, mit denen legales Verhalten im Unternehmen gesichert werden soll.

III. Falsche Zertifikate und die Haftungsrisiken

Ein Umweltauditor erteilt einem zertifizierten Unternehmen das Zertifikat dann, wenn das Umweltmanagementsystem die Anforderungen erfüllt, nachdem es zertifiziert wird, nach DIN ISO 14001 oder auch nach EMAS. Liegen die Anforderungen nicht vor und werden keine Abweichungen von den Anforderungen an das Management-System aufgenommen, ist das Zertifikat falsch. Es stellt sich die Frage nach der Haftung des Auditors.

Im Ergebnis wird sich herausstellen, dass der Auditor sowohl dem Unternehmen gegenüber haftet, dessen System er zertifiziert hat, als auch gegenüber allen Dritten, die auf die Gültigkeit des Zertifikats vertraut haben, denen dadurch ein Schaden entstanden ist, obwohl der Auditor weder mit den Dritten einen Vertrag hat, noch die Dritten kennt. Liegen die Haftungsvoraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor, droht Auditoren und Umweltgutachtern ein Schadensersatzanspruch von Dritten.

IV. Die Pflicht zur Prüfung und der Prüfungsinhalt

Die Grundstrukturen der Management-Zertifizierungssysteme in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten gleichen sich. Sechs Organisationspflichten finden sich in allen Management-Systemen. Die DIN ISO 140001 als auch EMAS können als Muster gelten. Die sechs Aufgaben finden sich ebenfalls in der neuen ISO 19600.

- Erstens sind alle Betriebspflichten zu ermitteln. Dies ergibt sich aus DIN ISO 14001, 4.3.2; aus EMAS, Anhang II B.2 „Einhaltung von Rechtsvorschriften"; in OHSAS, gemäß 4.3.2; in DIN ISO EN 9001 zur Qualitätssicherung in 7.2.1c.
- Zweitens sind die Pflichten des Unternehmens zu delegieren nach der DIN 14001 gemäß 4.1 nach OHSAS 18001 nach 4.1b, nach DIN EN ISO 5001 gemäß 4.2.2f, gemäß 2.4.2 des Leitfadens „Arbeitsschutz-Management-Systeme" und nach 5.1.1 nach DIN EN ISO 9001 zum Qualitäts-Management.
- Drittens sind Rechtspflichten zu aktualisieren, nach DIN EN ISO 14001 gemäß 4.6g. Das gleiche gilt für EMAS. Nach OHSAS 18001 gemäß Ziff. 4.3.2, nach 4.6h und nach 4.4.5b, nach DIN EN ISO 5001 Ziffer4.5.3.2.
- Viertens sind die Unternehmenspflichten zu erfüllen.
- Fünftens ist die Erfüllung der Unternehmenspflichten zu kontrollieren, nach DIN EN ISO 14001 gemäß Ziff. 4.6, ebenso nach EMAS und nach OHSAS 18001 gemäß Ziff. 4.6.
- Sechstens ist die Einhaltung der Rechtspflichten zu dokumentieren, nach DIN EN 14001 gemäß Ziff. 4.3.1. Das gleiche gilt für EMAS. Nach OHSAS 18001 muss die Organisation die Lenkungsmaßnahmen dokumentieren und aufbewahren, nach DIN EN ISO 5001 gemäß Ziff. 4.3. ist die Dokumentation zu erstellen, nach DIN EN ISO 14001 gemäß Ziff. 4.5.2 muss die Organisation Aufzeichnungen über die Ergebnisse regelmäßig aufbewahren. Das gleiche gilt nach DIN EN ISO 5001 gemäß Ziff. 4.6.2 und nach DIN ISO 9001 gemäß Ziff. 7.5.

Die Pflicht zum Informationsmanagement, nämlich rechtserhebliche Informationen zu speichern, weiterzuleiten und für alle verfügbar zu halten, findet sich in den Pflichten zur internen Kommunikation zwischen den verschiedenen Ebenen und Funktionsbereichen der Organisation in DIN ISO 14001 Ziff. 4.4.3a, in OHSAS 18001 Ziff. 4.4.3a, in DIN EN ISO 5001 in Ziff. 4.5.3 und im Leitfaden zum Arbeitsschutz-Management-System in Ziff. 2.8.1.[7]

Die sechs Aufgaben lassen sich ebenfalls aus Gesetzen und der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ermitteln.[8]

Das Compliance-Management-System muss geeignet sein, diese sechs Aufgaben zu erfüllen. Leistet ein System auch nur eine der Aufgaben nicht, ist der Auditor verpflichtet, dies als Abweichung zum Ausdruck zu bringen.

Lange umstritten war die Frage, ob Unternehmen mit umweltrechtlichen Abweichungen im Zertifizierungsverfahren nach DIN ISO 14001 Zertifikate erhalten können, auch wenn nicht alle umweltrechtlichen Pflichten im Unternehmen bekannt und eingehalten waren. Nach EMAS wurde die Einhaltung aller Vorschriften als Voraussetzung für eine EMAS-Eintragung verlangt. Seit dem 20.3.2007 ist diese Frage beantwortet. In der EA-7/04 ist das Regelwerk „Legal-Compliance as a part of accredited ISO 14001:2004 certification" veröffentlicht. Alle einschlägigen Vorschriften im Unternehmen sind danach einzuhalten, nicht nur die wesentlichen oder die im Unternehmen bekannten.[9] Die in einem Unternehmen einschlägigen Rechtspflichten sind aus einer möglichst hohen Zahl von geltenden Gesetzen, Verordnungen und untergesetzlichen Regelwerken zu ermitteln. Je größer die geprüfte Anzahl von Rechtsnormen ist, umso geringer ist das Risiko, dass eine Rechtsplicht übersehen wird. In einem Compliance-Management-System muss beim Zertifizieren nachvollzogen werden können, nach welchem System lückenlos sämtliche einschlägigen

6 BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22. (Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte).

7 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94 (Wissensaufspaltungsentscheidung), BB 1996, 924, NJW 1996, 1339.

8 *Rack*, CB 2014, 279.

9 *Lieback*, Der Umweltbeauftragte 8/2007, 1.

Rechtspflichten ermittelt und v. a. aus welcher Anzahl von Rechtsnormen die einschlägigen Rechtspflichten herausgefiltert werden.
Vielfach angezweifelt wird in der Praxis, ob sämtliche Pflichten des Unternehmens auf namentlich benannte Verantwortliche delegiert werden müssen. Diese Frage ist vom BGH in seinem Schubstreben-Urteil entschieden worden, wonach alle Pflichtenträger namentlich benannt werden müssen. Alle müssen außerdem einen Ersatzmann nach einem Vertreterplan zugewiesen haben.[10]
Der Prüfungsumfang des Management-Systems wächst stetig. Nicht nur Rechtvorschriften sondern auch Gerichtsurteile sind zu beachten. Hierzu zählen v. a. sämtliche Urteile zu Organisationspflichten, deren Verletzung ein Organisationsverschulden mit Schadensersatzfolgen begründen kann. Klargestellt wird eine Selbstverständlichkeit. Aus Gesetzen ergeben sich nämlich lediglich abstrakt generelle Pflichten, weil der Gesetzgeber nach Art. 19 GG dem Einzelfallgesetzgebungsverbot unterliegt und keine Einzelfälle entscheiden darf. Zu Einzelfallentscheidungen und damit auch über Pflichten zu konkreten Organisationspflichten sind nur Gerichte und Verwaltungsbehörden berechtigt. Gerichtsurteile sind somit die wichtigsten Quellen für konkrete Einzelpflichten. In der neuen ISO 19600, in Kraft seit dem 15.12.2014, sind unter Ziff. 4.5 Compliance Obligations definiert, wonach Rechtspflichten auch aus „Judgements of courts or administrative tribunals" dazu zählen. Auch die neue DIN ISO 14001 soll eine entsprechende Klarstellung enthalten. Im aktuellen Entwurf für die Neufassung dieser Norm vom Oktober 2014 ist im erläuterten Anhang A 6.1.3 vorgesehen, dass zu den Rechtsgrundlagen für Rechtspflichten auch Urteile von Gerichten oder Verwaltungsgerichten gehören. Compliance-Management-Systeme müssen somit die Rechtsprechung und v. a. die Rechtspflichten aus Gerichtsurteilen erfassen und ihre Einhaltung organisieren.

V. Der Werkvertrag zwischen Unternehmen und Auditor

Auditoren zertifizieren nach DIN ISO 14001, Umweltgutachter nach EMAS. Vertragliche Beziehungen bestehen nur zwischen dem beauftragenden Unternehmen, das zertifiziert werden soll, und Auditoren und Umweltgutachtern.[11] In diesem Vertragsverhältnis haftet der Auditor dem Unternehmen. Die Vertragsart bestimmt die gegenseitigen Ansprüche. Auditoren nehmen eine selbstständige, entgeltliche Tätigkeit wirtschaftlicher Art für einen anderen in dessen Interesse wahr. Dabei handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 Abs. 1 BGB, auf den die Regelungen über den Auftrag entsprechend angewendet werden, insbesondere die §§ 633, 665 – 670, 672 – 674 und ggf. 671 Abs. 2 BGB.
Ergänzend dazu sind die Vorschriften des Dienstvertrags- oder des Werkvertragsrechts anwendbar.
Beim Dienstvertrag wird eine Tätigkeit und beim Werkvertrag ein Erfolg geschuldet. Umweltauditoren verpflichten sich zur Erstellung eines Berichts und einer Gültigkeitserklärung. Nach der DIN ISO 14001 wird ein Zertifikat erstellt. Die Tätigkeit der Auditoren erschöpft sich nicht in der bloßen Prüfung. Vielmehr werden zwischen den Parteien ein Prüfungsergebnis und eine entsprechende Erklärung vereinbart. Wenn ein Erfolg und nicht nur eine bloße Tätigkeit vereinbart ist, handelt es sich zivilrechtlich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter. Es gilt Werkvertragsrecht nach § 631 ff. BGB. Werkvertragsrecht ist dispositives Recht, das in Vertragsverhandlungen modifiziert werden kann. Der Auditor schuldet dem Unternehmen das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln, was dann der Fall ist, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Ist das Werk mangelhaft, stehen dem Unternehmen nach § 634 BGB Gewährleistungsansprüche zu. Das Unternehmen kann Nacherfüllung nach § 635 BGB verlangen oder einen Mangel selbst beseitigen, Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, vom Vertrag zurücktreten, die Vergütung mindern oder Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Die Vergütung ist nach der Abnahme gem. § 641 BGB fällig. Das Unternehmen ist verpflichtet, das Werk abzunehmen. Nach § 642 BGB ist das zu zertifizierende Unternehmen zur Mitwirkung verpflichtet. Wirkt das Unternehmen nicht mit, ist der Auditor berechtigt, zu kündigen.
Zusätzlich ist nach Art. 25 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (EMAS) bestimmt, dass der Umweltgutachter seine Tätigkeit aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung mit dem Unternehmen ausüben muss. Gegenstand und Umfang der Tätigkeit muss festgelegt werden. Dazu zählt auch die Zusammenarbeit. Nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung muss der Umweltgutachter die Umwelterklärung des Unternehmens für gültig erklären. Die Gültigkeitserklärung wird als Erfolg des Werkvertrages geschuldet. Liegen die Voraussetzungen für die Gültigkeitserklärung nicht vor, ist der Umweltgutachter nach Art. 25 Abs. 7 (EMAS) verpflichtet, die erforderlichen Änderungen mit der Unternehmensleitung zu erörtern und entsprechende Empfehlungen für Verbesserungen an die Unternehmensleitung zu richten. Auch der Bericht des Umweltgutachters ist als Erfolg des Werkvertrags geschuldet.

VI. Das Kündigungsrecht des Unternehmens

Das Werkvertragsrecht hat für Auditoren eine gravierende Rechtsfolge. Das Unternehmen ist zur Kündigung des Vertrages nach § 649 BGB bis zur Vollendung des Werks jederzeit berechtigt. Der Umweltgutachter hat Anspruch auf die vereinbarte Vergütung unter Abzug der ersparten Aufwendungen. Der Umweltgutachter ist nach dem Werkvertragsrecht durch das Unternehmen frei wählbar und gemäß den Grundsätzen des Auftragsrechts den Weisungen des Unternehmens unterworfen.
Weisungs- und Kündigungsrecht des Unternehmens begründen das Risiko von Gefälligkeitsgutachten. Hinzu kommt, dass Umweltgutachter miteinander konkurrieren und auch dadurch das Risiko wächst, an der Qualität der Gültigkeitserklärung Abstriche zu machen. Dem Risiko eines Qualitätsverlustes muss die Aufsicht über die Umweltgutachter entgegenwirken.[12]
Im Ergebnis schwächt das Werkvertragsrecht die Rechtsstellung des Umweltauditors gegenüber dem Unternehmen und begründet das Risiko von Gültigkeitserklärungen, durch die Missstände und Rechtsrisiken im Unternehmen nicht offengelegt sondern eher verdeckt

10 BGH 17.10.1967 – VI ZR 70/66 (Schubstreben-Fall), NJW 1968, 247.
11 Im Folgenden sollen zur Abkürzung von Auditoren und Umweltgutachter nur der Begriff Auditor verwendet werden. Für die Expertenhaftung besteht kein Unterschied.
12 *Lübbe-Wolf*, Natur und Recht 1996, 217, 223; *Grühn*, Der Umweltgutachter: Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2000, S. 112.

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 1

Die Presse weckt Zweifel an der Eignung von Auditoren und Prüfern, die Compliance-Systeme in Unternehmen zertifiziert haben und trotz Zertifikat durch Rechtsverstöße aufgefallen sind. Unternehmen und ihre Prüfer verlieren Vertrauen und Reputation. Die Risiken der Expertenhaftung für Schäden durch enttäuschtes Vertrauen steigen mit der Zahl derjenigen, die sich auf die Richtigkeit eines Zertifikats berechtigterweise verlassen haben. Der Zweck von Audits besteht gerade darin, dass Dritte auf die zertifizierten Prüfergebnisse vertrauen sollen. Aus „Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" können Auditoren gegenüber Dritten haften, obwohl keine vertragliche Beziehung besteht. Gegenüber dem zertifizierten Unternehmen haften Auditoren und Umweltgutachter für Schäden aus Vertrag. Die Haftungsvoraussetzung und die spezielle Interessenlage sollen im Folgenden beschrieben werden.

I. Reputationsverluste durch schlechte Presse

Die Schlagzeilen lauten „Im Nebel der VW-Prüfer", „Waren die Kontrolleure blind?", „Viele der Autos im Abgasskandal wurden vom TÜV-NORD geprüft".[1] Der TÜV-NORD habe das Umweltmanagement von VW zertifiziert, sowie die Ökobilanz verschiedener Fahrzeugmodelle.

Peinlich sei es, dass nur wenige Monate später das Image des Unternehmens in Sachen Umweltfreundlichkeit dahin sei. Peinlich sei dies auch für die ganze Prüfergemeinde in Deutschland. Vor allem wird den Prüfungen die Tauglichkeit abgesprochen, Manipulation zu erkennen. An der Formulierung der Prüfrichtlinien habe der TÜV-NORD mitgewirkt. Das Verhältnis zwischen Prüfer und Geprüften wird kritisch auf Abhängigkeiten hinterfragt.

Auch Wirtschaftsprüfer geraten in die Kritik, wenn in den von ihnen geprüften Unternehmen das Compliance-Management versagt und Vorstände dem Vorwurf des Organisationsverschuldens ausgesetzt sind. Wenn die Abschlussprüfer „schwarze Kassen" übersehen, wechselt das Unternehmen den Abschlussprüfer aus, der zu seiner Entlastung mit dem Vorwurf der Täuschung die Vorstände und Mitarbeiter belastet. Im Ergebnis leidet die Reputation aller Beteiligten. Der Ruf des Unternehmens als auch der seiner Auditoren und Abschlussprüfer werden beschädigt.[2]

II. Neue Gerichtsurteile zu mangelhaften Compliance-Management-Systemen steigern die Haftungsrisiken für Unternehmen und ihre Prüfer

Im Schienenkartell-Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27.11.2015 hat ein Angestellter zwar grob pflichtwidrig gegen das Kartellrecht verstoßen, indem er das Schienenkartell betreut hat. Die Rückgriffshaftung seines Arbeitgebers wurde jedoch mit der Begründung verneint, dass den Arbeitgeber ein überwiegendes Mitverschulden trifft, weil er ein nicht funktionierendes Compliance-System vorsätzlich ausgehebelt habe.[3]

Im „Neubürger-Urteil" vom 10.12.2013 hat das Landgericht München I den ehemaligen Finanzvorstand der Siemens AG zu 15 Mio. Euro Schadensersatz verurteilt, weil er es unterlassen hat, ein Compliance-System einzurichten, das geeignet war, die Schmiergeldpraxis zu vermeiden.[4]

Das Arbeitsgericht Frankfurt hat in seinen Urteilen zur Libor-Manipulation der Bank Organisationspflichtverletzungen vorgeworfen und den Kündigungsschutzklagen der Arbeitnehmer stattgegeben. Die strikte Trennung von Ermittlern und Händlern zur Vermeidung von Interessenkonflikten sei nicht durch entsprechende Compliance-Regeln verhindert worden.[5]

In seiner Entscheidung zu unternehmenszweckwidrigen Derivategeschäften wurde die Organisationspflicht für Vorstandsmitglieder

1 *Nienhaus*, FAS vom 15.11.2015, 36.

2 HB vom 18.6.2008, abrufbar unter: http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/prozess-kpmg-sieht-sich-von-siemens-getaeuscht/2974076.html (Abruf: 21.7.2016); Spiegel Online vom 28.11.2008, abrufbar unter: http://www.spiegel.de/wirtschaft/korruptionsskandal-siemens-setzt-kpmg-vor-die-tuer-a-593406.html (Abruf: 21.7.2016).

3 LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 (Schienenkartell-Urteil), WuW 2016, 251, Rn. 113.

4 LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (Neubürger-Urteil), CB 2014, 167 m. CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls m. BB-Komm. *Grützner*.

5 ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13.

Nimmt das Unternehmen ein fehlerhaftes Zertifikat ab, obwohl der Fehler bekannt ist, stehen ihm seine Rechte nur zu, wenn es sie sich nach § 640 Abs. 2 BGB vorbehalten hat.

X. Anspruch auf Schadensersatz nach § 634 Nr. 4 BGB

Werden Schäden durch Fehler am Zertifikat verursacht, haftet der Auditor und Umweltgutachter für den Schaden, der dem Unternehmen durch den Fehler entsteht. Umfasst werden Schäden, die dem Werk, hier dem Bericht, Zertifikat und der Gültigkeitserklärung unmittelbar anhaften, weil es in Folge eines Fehlers unbrauchbar oder wertlos ist. Fehlerhaft sind Zertifikate insoweit, als sie missverständliche Prüfungsergebnisse wiedergeben, nicht vollständig sind und weitere Erläuterungen und Gutachten veranlassen. Haftet ein Mangel nicht unmittelbar dem Werk an, sondern entsteht der Schaden außerhalb des Werks, steht der Schaden aber im engen Zusammenhang mit dem Mangel, hat der Umweltauditor nach § 634 Nr. 4 BGB auch diesen Schaden zu ersetzen. Verursacht werden typische Prüfungsschäden. Bei den Verträgen mit Auditoren und Umweltgutachtern handelt es sich um Prüfungsverträge. Höchstrichterliche Urteile über Schäden durch Umweltauditoren oder Umweltgutachter sind nicht bekannt. Die BGH-Rechtsprechung kennt jedoch Fallgruppen von Mangelschäden durch Prüfungsergebnisse bei anderen Berufsgruppen, die ähnlich wie die Auditoren und Umweltgutachter der Expertenhaftung unterliegen. Zu den nahen Folgeschäden zählt die Rechtsprechung der BGH solche Schäden, die z. B. durch Planungsfehler eines Architekten[15] oder Berechnungsfehler eines Statikers[16] und durch fehlerhafte Baugrunduntersuchung von Geologen[17] verursacht wurden. „Nahe Mangelfolgeschäden“ beim Zertifizieren können dadurch verursacht werden, dass Maßnahmen in der Betriebsorganisation veranlasst werden, die sich als überflüssig herausstellen und mit erheblichen Kosten korrigiert werden müssen.

Weitere „Folgeschäden“ sind die Vermögensschäden, die durch falsche Schätzung, falsche Gutachten und falsche Auskünfte verursacht werden. Sie entstehen durch mangelhafte Prüfergebnisse, die für weitere Zwecke verwendet werden sollen. Weitere Mangelfolgeschäden können nicht nach § 634 Nr. 4 BGB ersetzt werden.[18] Das Unternehmen muss deshalb daran interessiert sein, weitere Mangelfolgeschäden zu vermeiden, insbesondere dann, wenn die Prüfergebnisse eines Audits wie sonstige Gutachten in vielfach unterschiedlichen Entscheidungsprozessen verwendet werden sollen.

Schadensersatz wegen Schlechtleistung bei Prüfungsverträgen kann einmal durch falsche uneingeschränkte Zertifikate oder durch eingeschränkte Zertifikate verursacht werden. Wird ein positives Zertifikat erteilt, obwohl es nicht hätte erteilt werden dürfen, weil auf erkennbare Missstände nicht hingewiesen wurde, kann ein Schadensersatzanspruch begründet werden. Wirtschaftsprüfern obliegen nach § 321 HGB eine Redepflicht. Sie haben auf erkannte Missstände hinzuweisen. Analog wird eine Redepflicht auch vom Umweltgutachter und Auditor verlangt, wenn es darum geht, auf erkannte Missstände hinzuweisen.[19] Schäden können auch dadurch entstehen, dass Umweltgutachter unberechtigte Abweichungen erklären und unnötige Aufwendungen dadurch verursachen, eine Fallkonstellation, die eher selten sein dürfte.

Zu den vertraglichen Pflichten gehört auch die Einhaltung des Pflichtenstandards bei Auditoren. Bei Umweltgutachtern, die nach EMAS zertifizieren, ergeben sich die Pflichtenstandards aus den Leitlinien des Umweltgutachterausschusses. Zu überprüfen hat der Umweltgutachter danach die Einhaltung der einschlägigen Umweltvorschriften am Standort, die technische Eignung der Umweltprüfung, die Umweltbetriebsprüfung, die theoretische Wirksamkeit, die praktische Umsetzung des Umweltmanagements und die Vollständigkeit der Umwelterklärung.[20] Darüber hinaus hat der Auditor Berufspflichten zu erfüllen zur Unabhängigkeit, zur Unbefangenheit, Gewissenhaftigkeit, Eigenverantwortlichkeit, Verschwiegenheit und Unparteilichkeit. Der Pflichtenstandard des Umweltauditors nach der DIN ISO 14001 ergibt sich aus dem konkret aufgelisteten Maßnahmenkatalog von Anforderungen an das Umwelt-Management-System.

Neben den vertraglichen Hauptpflichten haben die Auditoren und Gutachter Schutz- und Nebenleistungspflichten einzuhalten. Aufgrund ihrer besonderen Qualifikation verfügen Experten über eine überdurchschnittliche Menge an Informationen. Durch ihre Prüfungspraxis verfügen Auditoren über ein höheres Expertenwissen als der Umweltbeauftragte eines Unternehmens, der nur sein Unternehmen kennt und für den die Zertifizierung eine einmalige Erfahrung darstellt, während der Umweltgutachter und Auditor eine Vielzahl von Unternehmen zertifiziert. Aufgrund dieses Wissens- und Erfahrungsvorsprungs wird eine erhöhte Aufklärungspflicht vom Umweltgutachter auf Grund seiner Rolle als Experte verlangt. Dazu zählen auch Hinweise, wie die Betriebsorganisation aufgebaut werden kann und welche Missstände zu beseitigen sind, um die Anforderungen an einen Umwelt-Management-System zu erfüllen.[21]

Schäden entstehen, wenn falsche Zertifikate vorgelegt werden, z. B. in Fällen des Unternehmensverkaufs, der Kreditverhandlung mit Banken oder beim Verkauf der Produkte im Rahmen einer Zuliefererkette. Schadenersatzansprüche setzen Verschulden voraus. Der Umweltgutachter und Auditor muss seine Pflichten schuldhaft verletzt haben. Der Verschuldensmaßstab ergibt sich aus § 276 BGB. Fahrlässig handelt danach, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Verletzt das Unternehmen seine Mitwirkungspflichten, kann es den vollen Schaden nach § 254 BGB nicht geltend machen, wenn er auf Umstände zurückzuführen ist, die vom Unternehmen selbst zu vertreten sind. Dies ist besonders bei lückenhaften Informationen über die Prüfgegenstände bekannt. Durch Mitverschulden schmälert das Unternehmen seine Schadensersatzansprüche gegen den Auditor. Das Mitverschulden müsste vom Auditor selbst bewiesen werden. Nur Protokolle können die Beweisnot für beide Parteien verhindern.

15 BGH, 9.7.1962 – VII ZR 98/61, BGHZ 37, 341, 344.
16 BGH, 18.9.1967 – VII ZR 88/65, BGHZ 48, 257.
17 BGH, 26.10.1978 – VII ZR 249/77, BB 1979, 650, BGHZ 72, 257.
18 In Fällen einer falschen Grundstücksbewertung eines Architekten hat der BGH weitere nicht ersetzbare Mangelfolgeschäden angenommen, BGH, 10.6.1976 – VII ZR 129/74, BGHZ 67, 1.
19 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2000, S. 49.
20 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2000, S. 175.
21 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2000, S. 176.

XI. Die Expertenhaftung von Auditoren und Umweltgutachtern gegenüber Dritten

Unter dem Begriff des Experten versteht man Personen, die aufgrund ihrer beruflichen Ausbildung über eine gesteigerte Sachkunde in speziellen Bereichen des täglichen Lebens verfügen. Dazu zählen Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte, Sachverständige, insbesondere die öffentlich bestellten und vereidigten, die entgeltliche Leistungen erbringen, indem sie ihren Vertragspartnern Auskünfte, Gutachten und Beratungen zukommen lassen.[22] Dem Auftraggeber kann gegenüber dem Experten ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz zustehen, wenn er pflichtwidrig und schuldhaft seine Leistung fehlerhaft erbringt und dadurch ein Schaden verursacht wird. Wird jedoch nicht der Auftraggeber, sondern ein Dritter geschädigt, mit dem der Experte nicht in einem Vertragsverhältnis steht, der aber auf die Richtigkeit der Erklärung des Experten vertraut hat, entsteht das Problem der Dritthaftung.

Fehlt ein Vertragsverhältnis zwischen Geschädigtem und Experten, kämen zunächst nur deliktsrechtliche Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Sie ersetzen jedoch keine Vermögensschäden. Außerdem verlangt eine deliktsrechtliche Haftung im Regelfall den Nachweis eines vorsätzlichen Verhaltens des Experten, der schwer zu erbringen sein dürfte.

Der Vermögensschutz vor Expertenfehlern ist im Deliktsrecht nicht wirksam.

Deshalb hat die Rechtsprechung den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt. Es handelt sich um eine Anspruchsgrundlage aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung, für die offenbar ein Bedürfnis nach einer leichter zu begründenden Haftung durch Vertragsrecht bestand. Dritte wurden als schutzbedürftig angesehen, weil sie z. B. auf ein Gutachten eines Experten vertraut haben, das ihnen bestimmungsgemäß zugeleitet worden ist. Dieses Vertrauen galt insbesondere als schutzbedürftig, weil den Auskünften von Experten und deren Erklärungen grundsätzlich Vertrauen entgegengebracht wird. Experten gelten als objektiv, neutral, kompetent und gewissenhaft und sind deshalb geeignet, Vertrauen zu erwecken. Ebenso wie zwischen zwei Vertragspartnern vertraut ein Dritter auch ohne Vertrag auf die Erklärungen eines Experten. Mit diesen Erwägungen wird die Haftung von Experten gegenüber Dritten auch ohne Vertragsbeziehung begründet.

XII. Fazit und Ausblick

Der Beitrag wird in der kommenden Ausgabe des CB fortgesetzt. Festzuhalten bleibt, dass ein Haftungsrisiko gegenüber dem zertifizierten Unternehmen der Auditoren und Prüfer besteht, selbst für den Fall, dass Mitarbeiter des Unternehmens, Auditoren zu einem falschen wohlwollenden Gefälligkeitszertifikat bewegt haben und mit ihrem werkvertraglich typischen Weisungs- und Kündigungsrecht die Unabhängigkeit von Auditoren und Umweltgutachtern beeinträchtigt haben. Werkvertragsrecht ist abdingbares Recht. Durch vertragliche Vereinbarung nach dem Vorbild der erschwerten gesetzlich geregelten Abberufung von Wirtschaftsprüfern lässt sich die Rechtsstellung von Auditoren und Umweltgutachtern verbessern. Nur aus wichtigem Grund sollte ein Kündigungsrecht bestehen, und selbst wenn Mitarbeiter des Unternehmens die Prüfergebnisse des Auditors beeinflussen, stehen Schadensersatzansprüche dem Unternehmen als juristische Person zu, sodass sich Auditoren nicht darauf verlassen können, Schadensersatzansprüche wegen falscher Zertifikate durch das Unternehmen auch unabhängig vom Mitverschulden des Mitarbeiters ausgesetzt zu werden.

In Teil 2 dieses Beitrages wird die drohende Haftung gegenüber Dritten und deren Voraussetzungen beschrieben, nämlich die Haftung nach dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, eine Anspruchsgrundlage, die durch Richterrecht entwickelt wurde und nicht gesetzlich geregelt ist, als Haftungsrisiko jedoch weiter droht, was durch die neuere Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform nachgewiesen wird. Gerade weil Zertifikate nach DIN ISO 14001 und nach EMAS veröffentlicht werden, damit Dritte auf deren Prüfergebnisse vertrauen können, besteht ein Haftungsrisiko gegenüber allen Dritten, die ohne Vertrag zum Auditor oder Umweltgutachter auf dessen veröffentlichte Zertifikate vertraut haben. Die Haftungsrisiken gegenüber dem Unternehmen und Dritten lassen sich nur durch fehlerfreie Zertifikate vermeiden. An das Zertifizierungsverfahren sind Anforderungen zu stellen, um spezielle Rechtsrisiken durch ungeprüfte Rechtsfragen zu 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, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.*

22 *Gellmann*, Die Haftung von Experten gegenüber Geschäftspartnern ihres Auftraggebers für die fehlerhafte Erstellung von Gutachten, 2006, S. 1.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

9 / 2016

Betriebs-Berater Compliance

6.9.2016 | 4.Jg
Seiten 309–352

EDITORIAL

Dr. Thilo Weichert
Keine Rechtssicherheit beim Privacy Shield | I

CORPORATE COMPLIANCE

Dipl.-Kfm. **Mirco Vedder**, CIA, CFE, und **Corinna Baum**, M.A.
Korrupt sind immer die anderen – was Unternehmen von der Korruptionsaffäre bei der FIFA lernen können | 309

David Johnson, RA
Compliance und die FIFA: Eine unendliche Geschichte | 313

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Sebastian Hack, LL.M. (London), RA
Category Management-Systeme: Kartellrechtliche Fallstricke und Überlegungen zur kartellrechtlichen Compliance | 318

Dipl.-Kffr. **Marion Willems**
Funktionsweise und Risiken von virtuellen Währungen | 325

Dr. Manfred Rack, RA und Notar
Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2 | 328

Horst Speichert, RA
IT-Nutzung am Arbeitsplatz – Rechtsfragen der privaten Nutzung und Arbeitnehmerkontrolle | 334

COMPLIANCE MANAGEMENT

Prof. Dr. Beatrix Weber, MLE, und **Heinrich Buschermöhle**
Rechtssicherheit durch Technische Sicherheit: IT-Compliance als dauerhafter Prozess | 339

Dipl.-Kfm. **Mario Urso**
Step-by-step: Erstellung und innerbetriebliche Implementierung eines Internal Compliance Programme (ICP) im Bereich Zoll- und Exportkontrolle | 344

Stefan Hoffmann-Kuhnt und **Julia Kahlenberg**, RAin
„Collective Action" – der gemeinsame Kampf gegen Korruption | 347

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Petr Kottek, RA
Die Beschlagnahme von Unterlagen aus unternehmensinternen Compliance-Ermittlungen | 349

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

Das Risiko der Expertenhaftung beim Zertifizieren von Compliance-Management-Systemen – Teil 2

Gegenüber dem geprüften und zertifizierten Unternehmen haften Auditoren und Umweltgutachter für Schäden durch falsche Gültigkeitserklärungen und Testate wegen der Verletzung ihrer Pflichten aus dem Zertifizierungsvertrag. Sie können jedoch, auch ohne dass eine vertragliche Beziehung besteht, gegenüber Dritten unter den Bedingungen des „Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" haften, die von der Rechtsprechung ständig fortentwickelt werden. Nachdem sich der bereits erschienene 1. Teil dieses Beitrages (CB 2016, 284) insbesondere mit dem Haftungsrisiko von Auditoren und Prüfern gegenüber dem zertifizierten Unternehmen auseinandersetzte, widmet sich der nachfolgende 2. Teil der drohenden Haftung gegenüber Dritten und beschreibt deren Voraussetzungen.

XIII. Die Entwicklung des „Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" durch die Rechtsprechung

Die Haftungsvoraussetzungen für Auditoren, Umweltgutachtern und Abschlussprüfern gegenüber Dritten sind nicht gesetzlich geregelt, auch nicht nach der Schuldrechtsreform vom 1.1.2002.[23] Die Haftungsbedingungen entwickeln Richter mit jeder Einzelfallentscheidung weiter. Die Rechtsprechung muss deshalb besonders sorgfältig beobachtet werden, um das Haftungsrisiko nicht zu verkennen.

Im Mietrecht wurde zuerst der „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" entwickelt. Den Verwandten eines Mieters wurden Schadensersatzansprüche nach dem in § 328 BGB gesetzlich geregelten „Vertrag zugunsten Dritter" zugesprochen, weil sie sich in der Mietwohnung mit Tuberkulosebazillen infiziert hatten. Auch die Angehörigen des Mieters sollten dieselben Schutzrechte auf eine gefahrenfreie Beschaffenheit der Mietsache haben, obwohl sie persönlich keinen Mietvertrag mit dem Vermieter geschlossen hatten.[24]

Erstmals 1956 wurde darauf hingewiesen,[25] dass nach § 328 BGB im „Vertrag zugunsten Dritter" nur vertragliche Hauptleistungen vereinbart sind, während bei den entschiedenen Fällen von Ansprüchen zugunsten Dritter nur vertragliche Schutz- und Fürsorgepflichten, jedoch keine Leistungspflichten, verletzt wurden. Der Anspruch eines Dritten auf Schadensersatz ergibt sich aus einem neuartigen Vertrag, dem Vertrag „mit Schutzwirkung zugunsten Dritter", wenn nach dem Zweck des Vertrages die vertraglichen Schutzpflichten auch gegenüber Dritten bestehen sollen, zu denen die Experten keine vertragliche Beziehung haben.

Die Rechtsprechung hat vier Voraussetzungen für Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt. Alle vier Voraussetzungen des Vertrags liegen im Verhältnis von Auditoren und Umweltgutachtern zu unternehmensexternen Adressaten der Gültigkeitserklärung vor.[26] *Grühn* begründet u. a. in seiner Dissertation die Haftung der Auditoren und Umweltgutachter mit einem Vergleich zur Haftung der Wirtschaftsprüfer und der dazu ergangenen Rechtsprechung.

XIV. Die besondere Interessenlage bei Verträgen mit Wirtschaftsprüfern, Auditoren, Umweltgutachtern und ihre Auswirkungen auf Dritte

Umweltgutachtern wurde durch die EG-Umwelt-Audit-Verordnung die Aufgabe übertragen, Prüfungen im Rahmen des Umwelt-Audits durchzuführen und entsprechende Testate zu erteilen. Vergleichbar ist die Aufgabe mit der des Wirtschaftsprüfers, nämlich die bereits innerbetrieblich erstellte und überprüfte Bilanz erneut zu prüfen und entweder durch Gültigkeitserklärung oder den Bestätigungsvermerk für gültig zu erklären.[27] Das System der Bilanzprüfung galt als Leitidee für die Umweltprüfung. Ähnlichkeiten zwischen dem Umwelt-Audi-Gesetz (UAG) und der Wirtschaftsprüferordnung (WPO) sind unübersehbar. Geschützt werden Gläubiger, Anleger und Aktionäre.

23 *Gellmann*, Die Haftung von Experten gegenüber Geschäftspartnern ihres Auftraggebers für die fehlerhafte Erstellung von Gutachten, 2006, S. 171.
24 RG, 5.10.1917 – III 145/17 (Tuberkulose-Fall), RGZ 91, 21, 24.
25 *Larenz*, NJW 1956, 1193, Anm. zu BGH, 25.4.1956 – VI ZR 34/55 (Dreschmaschinen-Fall).
26 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 205.
27 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 36; *WerderNestler*, RIW 1995, S. 296, 298.

Der Abschlussprüfer wurde als Experte und „Mann des öffentlichen Vertrauens" verstanden.[28]

Mit den ersten Umwelt-Audits sollte der Schutz des Unternehmens vor ruinösen Schadensersatzforderungen und der Schutz der Mitarbeiter erreicht werden. Der Zweck der Pflichtprüfungen durch den Wirtschaftsprüfer war der Schutz der Gesellschafter und Dritter. Aktionäre, Gläubiger, Arbeitnehmer, Geschäftsleiter und die Öffentlichkeit gehören zum Kreis der durch die Prüfung zu schützenden Interessenten.[29] Nach § 317 Abs. 1 S. 3 HGB ist die Abschlussprüfung so anzulegen, dass Unrichtigkeiten und Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften und ergänzenden Bestimmungen erkannt werden.[30] Der Prüfbericht nach § 321 Abs. 2 HGB richtet sich an die gesetzlichen Vertreter oder Kontrollorgane des Unternehmens, an die internen Empfänger.

Die Aufgaben des Umweltgutachters ergeben sich aus dem Umweltauditgesetz (UAG) und aus den Leitlinien des Umweltgutachterausschusses zu den Aufgaben der Umweltgutachter im Rahmen der Validierung nach der EG-Umwelt-Audit-Verordnung. Zu den Aufgaben des Umweltgutachters gehört die Kontrolle der Einhaltung aller umweltrechtlichen Vorschriften. Rechtsverstöße können Schäden in Milliardenhöhe verursachen und sich ruinös für Unternehmen auswirken, was beim VW-Abgas-Skandal deutlich wird. Offenbar haben die Umweltgutachter ihre Pflicht zur Kontrolle der Einhaltung aller umweltrechtlichen Vorschriften nicht erfüllt. Aus Art. 15 Abs. 4 der EG-Umwelt-Audit-Verordnung[31] wird diese Pflicht zur Überprüfung aller relevanten Umweltvorschriften abgeleitet. Nur Standorte, die gesetzeskonform arbeiten, sollen in den Genuss der Zertifizierung kommen. Der Umweltgutachter muss sich anhand der betrieblichen Organisation die Gewissheit verschaffen, dass die einschlägigen Umweltvorschriften eingehalten werden.[32] Die weitreichende Prüfpflicht wird dem Umweltgutachter auferlegt, um auf ordnungsbehördliche Überprüfung verzichten zu können.[33] Ausgenommen von dieser Prüfung sind die bestandskräftigen Genehmigungsbescheide. Die Pflicht zur Prüfung aller einschlägigen Pflichten wird begründet mit § 16 Abs. 2 Nr. 1 UAG, wonach dem Umweltgutachter die Fortführung seiner gutachterlichen Tätigkeit von der Zulassungsstelle zu untersagen ist, wenn er entgegen den Pflichten der Verordnung, eine Umwelterklärung mit unzutreffenden Angaben und Beurteilungen „insbesondere hinsichtlich der Einhaltung der einschlägigen Umweltvorschriften am Standort" für gültig erklärt hat.[34] Mit einer falschen Erklärung zur Einhaltung der einschlägigen Umweltvorschriften riskiert der Umweltgutachter seine Zulassung. Der Umweltgutachter soll die tatsächliche Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften über Stichproben überprüfen. Die Prüfung des Umweltgutachters ist keine reine Systemprüfung. Vielmehr ist sie als eingeschränkte Sachprüfung vorzunehmen.[35] Der Umweltgutachter hat zu prüfen, ob das Umwelt-Management-System geeignet ist, die durch die Umweltpolitik und das Umweltprogramm gesetzten Ziele des Unternehmens umzusetzen. Die Funktionsfähigkeit als auch die Praxis der Anwendung des Management-Systems ist ebenfalls zu prüfen.[36] Die Überprüfung der bloßen Absicht des Unternehmens, die einschlägigen Rechtsvorschriften einzuhalten, genügt zum Zertifikat nicht. Gerade im VW-Abgasskandal wird deutlich, dass alle Vorschriften ausnahmslos zu prüfen sind, soll das Risiko eines Großschadens durch Rechtsverstöße vermieden werden.

Die Überprüfung durch den Umweltgutachter setzt voraus, dass unternehmensintern die Beauftragten alle Sachverhalte danach geprüft haben, welche Pflichten ausgelöst werden, selbst wenn es zunächst illusorisch erscheint, alle einschlägigen Rechtspflichten eines Unternehmens zu erfassen.[37] Der Prüfungsumfang der Beauftragten im Unternehmen kann nicht eingeschränkt werden. Auch die Organe des Unternehmens können nicht aus ihrer Legalitätspflicht auch nur teilweise entlassen werden. Wegen der drohenden Haftungsrisiken empfiehlt es sich nicht, die einschlägigen Vorschriften nur lückenhaft zu prüfen. Wird gegen eine einschlägige Vorschrift verstoßen, kann sich im Unternehmen niemand damit entlasten, eine Vielzahl anderer Vorschriften geprüft zu haben.

Durch die fortschreitende Digitalisierung stehen Datenbanktechnik und Recherchemöglichkeiten zur Verfügung. Eine Vielzahl von Unternehmenssachverhalten kann in einem einzigen Recherchevorgang geprüft und nachgewiesen werden.[38] Die Digitalisierung der Rechtsanwendung erleichtert die Ermittlung der einschlägigen Pflichten durch den Einsatz der Datenbanktechnik.

XV. Vier Voraussetzungen für die Ansprüche aus einem „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter"

Vier Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit Auditoren, Umweltgutachter und Abschlussprüfer auch von unternehmensexternen Adressaten der Gültigkeitserklärung wegen eines falschen Zertifikats in Anspruch genommen werden können.[39]

1. Leistungsnähe

Der Dritte muss bestimmungsgemäß mit der Leistung des Auditors für das Unternehmen in Berührung kommen.[40] Der Dritte muss von den Leistungsstörungen ebenso betroffen sein wie das Unternehmen selbst, das das Audit in Auftrag gegeben hat.

Leistungsnähe wurde erstmals in der Rechtsprechung für ein Kind bejaht, das seine Mutter beim Einkaufen begleitet, keinen Vertrag

28 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 40.
29 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 44 m. w. N.
30 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 47.
31 VO (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (EMAS).
32 *Lübbe-Wolff*, DVBl. 1994, 361, 369; *Lütkes*, NVwZ 1996, 230, 234; *Schottelius*, UPR 1998, 104, 105; *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 54 f., Art. 8 Abs. 4 Öko-Audit-Verordnung.
33 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 55.
34 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 55; Leitlinie des Umweltgutachterausschusses zu den Aufgaben der Umweltgutachter im Rahmen der Validierung nach der EG-Umwelt-Audit-Verordnung vom Oktober 1998, S. 10, 11, 14.
35 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 56.
36 Leitlinie des Umweltgutachterausschusses zu den Aufgaben des Umweltgutachters nach der VO (EG) Nr. 1221/2009 (EMAS) vom März 2012, S. 14.
37 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 65.
38 *Rack*, CB 2016, 16 und 58.
39 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 205.
40 BGH, 6.5.2008 – XI ZR 56/07, NJW 2008, 2245, 2247.

abgeschlossen hat, auf einem Salatblatt ausgeglitten war und sich verletzt hatte. Das Kind sollte wie die Mutter die gleichen Schutzpflichten genießen, auch ohne einen Vertrag mit dem Supermarkt abgeschlossen zu haben.[41] Die Leistungsnähe wurde auch bei einem Arzt bejaht, der ohne Vertrag mit einem Kutscher zum Patienten gebracht wurde, der Vertrag über die Beförderung nur zwischen Kutscher und Patienten bestand, und der Arzt verletzt wurde.[42]
Die unternehmensexternen Empfänger der Gültigkeitserklärung des Auditors sollen mit Informationen aus dem Audit versorgt werden. Das Ziel und Zweck des Audits ist die Information der interessierten Öffentlichkeit, der Betriebsangehörigen, der Anteilseigner, der Geschäftspartner, der Kreditgeber und der Gläubiger. Der Zweck der Gültigkeitserklärung nach der EG-Umwelt- Audit-Verordnung besteht gerade darin, Vertrauen dafür zu begründen, dass im Unternehmen die Voraussetzungen der EG-Umwelt-Audit-Verordnung erfüllt werden. Die Beurteilung im Audit bleibt nicht im Innenbereich des Unternehmens, sondern erreicht mit der Umwelterklärung auch andere Dritte, die auf die Aussage gerade aufgrund der Expertenstellung des Umweltgutachters vertrauen. Der Umweltgutachter muss gegenüber denjenigen die Gewähr übernehmen, deren Vertrauen sich auf seine professionelle Aussage als Experte stützt. Dritte haben im Falle eines Schadens durch ihr enttäuschtes Vertrauen die Kausalität zwischen Vertrauen- und Vermögensdispositionen zu beweisen.[43]

2. Drittschutzinteresse des Gläubigers

Das Unternehmen als Gläubiger des Vertrags mit einem Auditor oder Umweltgutachter muss ein Interesse an der Einbeziehung der Dritten in den Schutzbereich des Vertrages haben. Anerkannt ist das Drittschutzinteresse, wenn der Gläubiger dem Dritten gegenüber personenbezogene Schutz- und Fürsorgepflichten hat und für dessen „Wohl und Wehe" verantwortlich ist. Über familienrechtliche und arbeitsrechtliche Verhältnisse hinaus wurde das Schutzinteresse ausgedehnt. Durch Parteivereinbarungen, und zwar sogar durch stillschweigende, kann vertraglicher Drittschutz begründet werden.[44]
Dazu müsste der Vertrag danach ausgelegt werden, dass der Vertragsschutz auf den Dritten ausgedehnt werden soll.[45] Das vertragliche Haftungsrisiko des Umweltauditors wird dadurch stark erweitert. Umweltgutachter und Unternehmen wollen mit dem freiwilligen Audit Dritte in den Schutzbereich des Prüfvertrages einbeziehen. Regelmäßig beabsichtigt das beauftragende Unternehmen mit der Einschaltung des Umweltgutachters oder Auditors ein fehlerfreies und positives Prüfergebnis zu erreichen, das auch bei Dritten Vertrauen in das legale Verhalten des Unternehmens begründet, insbesondere dass umweltrechtliche Vorschriften eingehalten werden. Auch der Umweltgutachter strebt diese Erwartung Dritter an, sodass die Interessenlage von Unternehmen und Auditoren gleichgerichtet ist, Dritte in die Schutzwirkung des Vertrages einzubeziehen.[46]

3. Die Erkennbarkeit von Leistungsnähe und Schutzinteresse für den Schuldner

Damit Auditoren und Umweltgutachter ihr Haftungsrisiko überschauen können, muss die Einbeziehung von Dritten erkennbar sein.
Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter weitet das Haftungsrisiko über die Haftung gegenüber dem zu zertifizierenden Unternehmen aus. Diese Haftungserweiterung ist dem Schuldner jedoch nur zumutbar, wenn er sein Haftungsrisiko erkennen und damit kalkulieren kann. Die zu schützenden Dritten muss der Umweltauditor im Einzelnen nicht kennen, vielmehr reicht es aus, dass die Schutzpflicht auf eine abgrenzbare Personengruppe beschränkt ist. Zahl und Namen der geschützten Dritten müssen dem Auditor nicht bekannt sein. Bei Wertgutachten werden z. B. viele Anleger in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen.[47] Das gleiche wurde für gemietete Sportstadien mit Massenveranstaltungen entschieden.[48]
Auch beim Umweltgutachter und Auditor lässt sich der Kreis der Dritten nur schwer erfassen, die auf die veröffentlichten Gültigkeitserklärungen vertrauen.
Die Rechtsprechung hat einerseits auf die Ausdehnung der Haftung stets hingewiesen, andererseits aber im Ergebnis den Kreis der geschützten Dritten systematisch erweitert. Die Tendenz dieser Rechtsprechung steigert das Haftungsrisiko für Umweltgutachter deutlich und begründet die Empfehlung, falsche Zertifikate um jeden Preis zu vermeiden. Gefälligkeitszertifikate können leicht zum Haftungsrisiko für Auditoren und Gutachter werden. Das Risiko gegenüber Dritten zu haften, rechtfertigt keine unbegründeten Gefälligkeiten gegenüber dem auftraggebenden Unternehmen.

4. Die Schutzbedürftigkeit Dritter

Ein Schutzbedürfnis des Dritten fehlt, wenn dem Dritten eigene vertragliche Ansprüche – gleich gegen wen – zustehen, die denselben und zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen Ansprüche, die ihm über eine Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages zukämen. An der Schutzbedürftigkeit fehlt es immer dann, wenn Dritte auf die Erklärung vertrauen, aber gleichzeitig ein vertragliches Verhältnis zum zertifizierten Unternehmen haben. Im VW-Abgasfall haben alle VW-Käufer einen Kaufvertrag mit dem Autohersteller, der Schadensersatzansprüche begründen kann.

XVI. Die Fortgeltung der Expertenhaftung durch den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach der Schuldrechtsreform

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche ist nicht gesetzlich geregelt, sondern gilt als ungeschriebene richterliche Rechtsfortbildung und gehört deshalb nicht zum verbreiteten Allgemeingut unter juristischen Laien. Gleichwohl sind die Haftungsrisiken wegen des unüberschaubaren Personenkreises und der von Fall zu Fall sich fortentwickelnden Anspruchsvoraussetzungen erheblich.
Der Gesetzgeber hat mit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2002 die Möglichkeit einer Haftung von Dritten in § 311 Abs. 3 BGB geregelt.

41 BGH, 28.1.1976 – VIII ZR 246/74 (Salatblatt-Fall), BGHZ 66, 51.
42 RG, 18.11.1915 – IV 178/15 (Klosterkutscher-Fall), RGZ 87, 289.
43 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 205.
44 BGH, 30.9.1969 – VI ZR 254/67, NJW 1970, 38, 40. Ein „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter" wurde bei der Einschaltung eines Subunternehmers für die Angestellten des Auftraggebers sogar durch stillschweigende Ausdehnung des Schutzbereichs angenommen. OLG Braunschweig, 7.3.1986 – II U 259/85 (Brandeimer-Fall), NJW, RR 1986, 13, 14.
45 BGH 20.4.2004 – X ZR 250/02 (Wertgutachten Fall), BGHZ 159, 1, bei Wertgutachten werden z. B. Anleger in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen.
46 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 205.
47 BGH, 20.4.2004 – X ZR 250/02 (Wertgutachten-Fall), BGHZ 159, 1.
48 BGH, 23.6.1965 – VIII ZR 201/63 (Sportstadion-Fall), NJW 1965, 1757.

Ein Dritter kann außerhalb des Vertrages haften. Geregelt ist nur die Passivlegitimation. Nicht geregelt ist dagegen die Haftung gegenüber Dritten, die Aktivlegitimation, wonach ein Dritter auch ohne Vertrag Ansprüche gegen Auditoren gelten machen kann. Nach der Schuldrechtsreform und trotz der Regelung in § 311 Abs. 3 S. 1 BGB gilt die Haftung nach dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.[49] Die Haftungsvoraussetzungen, unter denen ein Dritter in die Schutzwirkungen eines fremden Vertragsfeldes einbezogen wird, ergeben sich nicht aus dem Gesetzestext sondern aus der Rechtsprechung.[50] Schlussfolgerungen aus der unterlassenen Regelung durch die Schuldrechtsreform können nicht gezogen werden, was der Gesetzgeber in seiner Begründung ausdrücklich klarstellt.[51] Nicht angenommen werden kann, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gelte nicht mehr.

Auch die neuere Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform lässt erkennen, dass der Vertag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter regelmäßig geprüft wird und deshalb als Haftungsrisiko für Umweltauditoren, Wirtschaftsprüfern und Gutachtern weiter droht.

Geprüft und abgelehnt wurde eine Haftung im Pferdekauffall[52] mangels Drittschutzinteresses des Gläubigers. Die Haftung des Gutachters, eines Tierarztes, war wirksam durch seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen des unüberschaubaren Personenkreises ausgeschlossen. Das Urteil zeigt die Möglichkeit vertraglich vereinbarter Haftungsgrenzen durch die Beschränkung des geschützten Personenkreises.

Abgelehnt wurde auch die Haftung im pressebekannten Silikon-Fall[53] wegen fehlenden Schutzinteresses. Der weltweite Kreis von Silikonimplantatträgerinnen wurde als unüberschaubar eingeschätzt.

Abgelehnt wurde die Haftung ebenfalls im Skoda-Fall des BGH vom 12.1.2011[54], in dem ein Kfz-Sachverständiger ein fehlerhaftes Restwertgutachten über ein Fahrzeug erstellt hatte, indem er eine Standheizung mitbewertet hat, obwohl sie gar nicht zur Ausstattung des begutachteten Fahrzeugs gehört.

Bejaht wurde die Expertenhaftung im Prospektfall,[55] in dem eine Wirtschaftsprüfergesellschaft einen fehlerhaften Prüfbericht veröffentlicht hatte, obwohl ein vertraglicher Anspruch gegen den Initiator bestand und zwar aus Prospekthaftung, der jedoch nicht als gleichwertig zum vertraglichen Anspruch angesehen wurde. Bejaht wurde ebenfalls die Haftung im Wertpapierprospektfall[56] wegen einer fehlerhaften Gewinnprognose in einem Wertpapierprospekt. Auch hier wurde die Schutzbedürftigkeit trotz eines Prospekthaftungsanspruchs bejaht, weil es sich nicht um einen gleichwertigen Anspruch handelt.

Von großer praktischer Bedeutung für Umweltgutachter und Auditoren erweist sich der Dachbodenfall.[57] Ein Bausachverständiger hatte ein Gutachten über ein Hausgrundstück zum Zweck der Veräußerung erstellt und dabei den schadhaften Dachboden ungeprüft ohne Besichtigung mitbewertet. Der Hausbesitzer hatte den sanierungsbedürftigen Dachboden bewusst dem Gutachter vorenthalten, um den Wert des Hauses nicht zu mindern. Gerade im Dachbodenfall wird deutlich, dass selbst unbewusste Gefälligkeitsgutachten ausschließlich zum Vorteil des Auftraggebers gerade nicht erstellt werden dürfen, weil das Vertrauen Dritter enttäuscht werden und eine erhebliche Haftung Dritter auslösen kann. Der BGH empfiehlt ausdrücklich im Gutachten deutlich zu machen, welche Umstände in die gutachterliche Prüfung einbezogen wurden. Gerade bei der Prüfung der einschlägigen Vorschriften von Industriebetrieben kommt es entscheidend darauf an, welche Sachverhalte des Unternehmens nach Rechtspflichten untersucht wurden und welche ungeprüft geblieben sind.

XVII. Das Haftungsrisiko durch ungeprüfte Rechtsfragen

Compliance-Management-Systeme haben den Zweck, die Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern zu erfüllen. Sie müssen sich selbst legal verhalten und dafür sorgen, dass sich ihre Mitarbeiter ebenfalls legal verhalten. Dazu müssen sie sämtliche Rechtspflichten ihres Unternehmens kennen, die sie in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich anzuwenden haben. Die Beauftragten haben dazu den Betreiber zu beraten, die Mitarbeiter über Rechtspflichten zu informieren und deren Einhaltung zu überwachen, was sich beispielhaft für alle anderen Beauftragten aus § 54 BImSchG ergibt. Die dazu eingesetzten Umwelt-Management-Systeme müssen durch angeordnete und praktizierte Verfahren sicherstellen, dass sämtliche Rechtspflichten des Unternehmens[58] ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Diese sechs Voraussetzungen ergeben sich aus DIN ISO 14001, aus EMAS, aus ISO 19600. Die Beauftragten müssen die einschlägigen Rechtspflichten des Unternehmens ermitteln, die die Risikosachverhalte im Unternehmen auslösen. Damit betreiben die Beauftragten Rechtsanwendung, die wiederum von Auditoren und Umweltgutachtern daraufhin zu überprüfen ist, ob die Organe ihre Legalitätspflicht erfüllt haben. Sie müssen abstrakte Gesetze auf konkrete Sachverhalte im Unternehmen anwenden.

Beauftragte im Umweltschutz und Arbeitsschutz sind in aller Regel Naturwissenschaftler, Ingenieure und keine Juristen. Dies hat der Gesetzgeber aus guten Gründen gewollt, weil Naturwissenschaftler im Gegensatz zu Juristen Risikophantasien aufgrund ihrer Ausbildung entwickeln können. Sie sind in der Lage, abzuschätzen, aus welchen Sachverhalten im Unternehmen sich Schäden entwickeln können und welche präventiven Maßnahmen zur Abwendung dieser drohenden Schäden geeignet sind. Risikophantasien mit technischem und naturwissenschaftlichem Verständnis sind unverzichtbar. Ohne ein Risiko anzunehmen, gibt es keinen Grund eine Rechtspflicht zu ermitteln, die dazu dient, das Risiko abzuwenden. Risiken lassen sich nicht erkennen. Risiken muss man sich denken, was Risikoerfahrung und technische Vorkenntnisse voraussetzt.

Auditoren und Umweltgutachter haben u. a. die Rechtsanwendungen im Unternehmen zu überprüfen und eine Erklärung darüber abzugeben, dass die einschlägigen Rechtsvorschriften im Unternehmen vollständig ermittelt und eingehalten werden, ohne selbst zur Rechtsanwendung ausgebildet zu sein. Die Prüfer müssen Fehler der Beauftragten bei ihrer Rechtsanwendung im Unternehmen erkennen

49 BT-Drs. 14/6040, 163.
50 *Gellmann*, Die Haftung von Experten gegenüber Geschäftspartnern ihres Auftraggebers für die fehlerhafte Erstellung von Gutachten, 2006, S. 171, 172.
51 BT-Drs. 14/6040, 84.
52 OLG Hamm, 29.5.2013 – 12 U 178/12 (Pferdekauf-Fall), NJW-RR 2013, 1522–1523.
53 OLG Zweibrücken, 30.1.2014 – 4 U 66/13 (Silikon-Fall), GesR 2014, 163–169.
54 BGH, 12.1.2011 – VIII ZR 346/09 (Skoda-Fall), NJW-RR 2011, 462–464, K&R 2011, 188.
55 BGH, 8.6.2004 – X ZR 283/02 (Prospekt-Fall), NJW 2003, 3420, BB 2004, 2180 m. BB-Komm. *Paal*.
56 BGH, 24.4.2014 – III ZR 156/13 (Testat-Fall), NJW 2014, 2345–2348.
57 BGH, 10.11.1994 – III ZR 50/94 (Dachboden-Fall), NJW 1995, 392, 394, BB 1995, 170.
58 *Lüttke*, NVwZ 1996, 230, 234; *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 54; *Lübbe-Wolff*, DVBl. 1994, 361, 364, 369; *Lieback*, Der Umweltbeauftragte 8/2007, 1.

können. Prüfer und Geprüfte sind juristische Laien. Dieser Umstand begründet Zweifel an der Effizienz des Kontrollverfahrens.[59]
Aus dieser Besonderheit ergibt sich ein spezielles Haftungsrisiko für Auditoren und Umweltgutachter. Im Vergleich zu diesem Zertifizierungsverfahren werden in der Justiz Rechtsentscheidungen von Richtern überprüft.
Gleiches gilt für Wirtschaftsprüfer, die durch ihre Vorbildung die Prüfmaterie zur Rechnungslegung und Bilanzierung beherrschen und sich dadurch für ihre Prüfertätigkeit profilieren.
In der Justiz oder auch in der Verwaltung werden Rechtsentscheidungen von Richtern in Gerichtsverfahren und in der Verwaltung von Juristen im Rechtsmittelverfahren überprüft.
Wer zur Rechtsanwendung nicht ausgebildet ist, dürfte kaum in der Lage sein, Fehler bei der Rechtsanwendung der unternehmensinternen Beauftragten zu erkennen.[60]
Schließlich wird das Haftungsrisiko auch dadurch erhöht, dass die Zertifizierungsanleitungen von EMAS und DIN ISO 14001 die Ermittlung der Rechtspflichten und ihrer Einhaltung als Verfahren nicht beschreiben.
Das Haftungsrisiko von Auditoren oder Umweltgutachtern besteht darin, nicht zu erkennen, ob die Beauftragten im Unternehmen sämtliche Rechtsfragen behandelt und ein geeignetes Verfahren praktizieren, mit dem sie alle einschlägigen Rechtspflichten des Unternehmens ermitteln können. Mit steigenden Erwartungen an Compliance-Management-Systeme steigen auch die Risiken für die Prüfer, die die Eignung der Systeme bestätigen sollen.

XVIII. Fehlende Präventive Rechtsprüfung in der Unternehmenspraxis

Aus allen Urteilen zum Organisationsverschulden lässt sich entnehmen, dass es zu einem Gesetzesverstoß gekommen ist, weil präventiv rechtlich nicht geprüft wurde, ob ein bestimmter Sachverhalt eine Pflicht auslöst. Hätte eine Rechtsprüfung stattgefunden, würde sich das Unternehmen nach dem festgestellten Rechtsverstoß mit dem Ergebnis einer vorausgegangenen Rechtsprüfung zu entlasten versuchen, nach dem das Verhalten als legal eingeschätzt wurde. Illegales Verhalten wird in der Praxis in aller Regel nach und nicht vor dem Rechtsverstoß geprüft. Es fehlt offenbar an organisatorischen Regeln zur Vermeidung von Rechtsverstößen zum frühestmöglichen Zeitpunkt. Die Früherkennungspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG wird in der Unternehmenspraxis nicht eingehalten. Deutlich wird dies in allen Fällen, in denen Geschäftsleiter sich mit Unkenntnis zu entlasten versuchen.[61]

XIX. Rechtsunkenntnis schützt nicht vor Strafe und Haftung

Um das Verkennen der Rechtslage zu vermeiden, müssen Geschäftsleiter präventiv Gesetzesverstöße nach § 130 OWiG wesentlich erschweren, nach § 91 Abs. 2 AktG Risiken so früh wie möglich erkennen, um sie durch Gegenmaßnahmen abzuwenden, und nach § 17 StGB ist der Verbotsirrtum zu vermeiden, in dem noch vor dem Rechtsverstoß und dem Eintritt des Schadens rechtlich geprüft wird, ob ein Verhalten geboten oder verboten ist.[62] Mit dem Compliance-Management-System müssen Vorstand und Geschäftsführung ihre Legalitätspflicht erfüllen.

Nach dieser Rechtslage müssen Auditoren, Umweltgutachter und schließlich auch Wirtschaftsprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB prüfen, ob das jeweilige Management-System die präventive Rechtsprüfung leisten kann. Nach dem Ision-Urteil des BGH zur Rechtsberatung zur Vermeidung eines Verbotsirrtums im Strafrecht, müssen Vorstände und Geschäftsführer im Zivil- und im Gesellschaftsrecht präventiven Rechtsrat einholen, wenn ihnen eigene Rechtskenntnisse fehlen. Diese Pflicht hat der BGH konkretisiert. Aus seinem Dienstvertrag muss ein Vorstand oder Geschäftsführer seiner Gesellschaft grundsätzlich für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn er dabei schuldhaft handelt. Jeden Schuldner trifft grundsätzlich das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.[63] Ein Geschäftsleiter muss deshalb

- *erstens* die Rechtslage sorgfältig prüfen,
- *zweitens*, soweit erforderlich, Rechtsrat einholen,
- *drittens* die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten,
- *viertens* sich von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage, fachlich qualifizierten Rechtsanwalt beraten lassen,
- *fünftens* den Sachverhalt umfassend schildern und die erforderlichen Unterlagen offen legen und
- *sechstens* die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen eigenen Plausibilitätskontrolle unterziehen.[64]

Mit fehlenden Rechtskenntnissen kann sich kein Geschäftsleiter entlasten.
Auditoren und Umweltgutachter haben zu überprüfen, ob die für die Erfüllung der Legalitätspflicht typischen Prüfschritte im Unternehmen absolviert wurden. Mit dieser Überprüfung mindern Auditoren und Umweltgutachter ihr Haftungsrisiko gegenüber dem Unternehmen und Dritten, denen Ansprüche unter dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zustehen.
Compliance-Management-Systeme wie ISO 14001, EMAS und ISO 19600 enthalten als untergesetzliche Regelwerke Bedingungen zur Erfüllung der Legalitätspflicht, die sich außerdem aus Gesetzen und vor Allem aus der umfangreichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ergeben.[65]
Zum Ermitteln aller Rechtspflichten des Unternehmens, muss geprüft werden,

- Erstens ob alle Sachverhalte im Unternehmen daraufhin überprüft wurden, ob sie ein Risiko begründen und ohne Schutzmaßnahmen zu einem drohenden Schaden führen können. Kein Unternehmenssachverhalt darf dabei ausgelassen werden, der zum Normalbetrieb des Unternehmens gehört. Auditoren und Umweltgutachter haben zu überprüfen, ob die Geschäftsleiter ihre Informationsbeschaffungspflicht durch entsprechende Meldesysteme

59 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 65.
60 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2002, S. 65.
61 BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89 (Lederspray-Fall), BGHSt 37,106; FAZ v. 28.1.2009, Zur Verletzung von Datenschutzvorschriften durch Mitarbeiterüberwachungssysteme; BAG, 7.10.1987 – 5 AZR 116/86 (Videoüberwachung der Post), BB 1988, 137; BGH, 16.2.2009 – II ZR 185/07 (Kirch/Deutsche Bank), BB 2009, 796 m. BB-Komm. *Marhewka*.
62 BGH, 18.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 205; *Rack*, CB 2013, 58.
63 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/0916 (Ision-Fall), BB 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtke*, Rn. 16.
64 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/0916 (Ision-Fall), BB 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedtke*, Rn. 18.
65 *Rack*, CB 2014, 279.

erfüllt haben. Entlastungsversuche von Vorständen mit ihrer Unkenntnis über die Risiko- und Sachlage im Unternehmen wird von der Rechtsprechung regelmäßig mit dem Argument zurückgewiesen, Vorstände hätten sich informieren müssen, sie hätten sich die fehlenden Informationen beschaffen müssen. Zu überprüfen ist, ob im Unternehmen eine Meldepflicht der Mitarbeiter auf der Arbeitsebene angeordnet ist und praktiziert wird. Ohne einen kompletten Überblick über die Risikosachverhalte im Unternehmen muss die Ermittlung aller Rechtspflichten unvollständig bleiben.

- Zweitens müssen die Sachverhalte an möglichst vielen Rechtsnormen überprüft werden, ob sie einschlägige Rechtspflichten auslösen. Im System muss überprüft werden können, welche Sachverhalte nach welchen Rechtsnormen auf Rechtspflichten geprüft wurden.
- Drittens müssen die Rechtsgrundlagen zu den einschlägigen Rechtspflichten des Unternehmens durch die Angabe von Paragraphen aus Gesetzen gekennzeichnet sein. Jede Rechtspflicht setzt eine Ermächtigungsgrundlage im Gesetz voraus, ohne die eine Rechtspflicht nicht begründet werden kann.
- Viertens lässt sich durch den Auditor oder Umweltgutachter überprüfen, ob das Unternehmen Rechtsrat eingeholt hat und das Beratungsergebnis einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterzogen hat.
- Fünftens ist zu prüfen, ob die Rechtspflichten aus Rechtsnormen und aus Gerichtsurteilen ermittelt wurden. Diese Klarstellung findet sich in der neuen ISO 19600 in Ziff. 4.5.1 und in der neuen DIN ISO 14001 unter Ziffer A.6.1.3. Aus den Gerichtsurteilen zum Organisationsverschulden ergeben sich die konkretisierten Organisationspflichten aus Einzelfallentscheidungen.
- Sechstens sind, nach den Ermittlungen aller Rechtspflichten zu allen Unternehmenssachverhalten, die Pflichten zu delegieren, sodass im Ergebnis keine Pflicht ohne einen Verantwortlichen verbleibt, die Verantwortlichen namentlich benannt sind[66] und ihnen jeweils ein Vertreter als Ersatzmann zugewiesen wurde.
- Siebtens sind die Vorgaben aus der BGH-Rechtsprechung zum Informationsmanagement in Unternehmen zu berücksichtigen. Nach der Wissensaufspaltungsentscheidung sind sämtliche rechtlich relevanten Informationen, insbesondere die Rechtspflichten, zu sammeln, zu speichern und möglichst digital für alle Unternehmensmitarbeiter verfügbar zu halten.[67]
- Achtens ist zu prüfen, ob alle Rechtspflichten regelmäßig aktualisiert werden. Im Durchschnitt ergeben sich pro Monat etwa 430 Änderungen von Rechtspflichten.
- Neuntens ist zu prüfen, ob Vorstände ihre Oberaufsicht erfüllt haben und kontrollieren, ob Rechtspflichten eingehalten und erfüllt sind.
- Zehntens ist zu prüfen, ob die Rechtsanwendung dokumentiert ist und die Beweise zu den einzelnen Pflichten gesichert sind.

Die Aufzählung ist nicht abschließend, sondern exemplarisch als Empfehlung für ein Prüfschema gedacht, mit dem sich das Haftungsrisiko für Auditoren und Umweltgutachter senken lässt, weil mit dem Prüfschema die wesentlichen Prüfschritte durchgeführt werden.

XX. Fazit: Die Empfehlung eines einvernehmlichen Prüfschemas

Zu empfehlen ist Prüfern und Geprüften, sich auf ein verbindliches Prüfschema zu einigen, in dem die rechtlichen Voraussetzungen eines Compliance-Management-Systems insbesondere nach der DIN ISO 14001, ISO 19600, EMAS, WPO, UAG und der einschlägigen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden als Prüfgegenstand festgelegt sind. Die Parteien des Zertifizierungsvertrages legen sich darauf fest, was geprüft wird und wie die Legalitätspflicht im Unternehmen zu erfüllen ist. Geschützt werden beide Parteien vor den Haftungsrisiken durch Gefälligkeitserklärungen. Geschützt werden auch Dritte in ihren Erwartungen an die Richtigkeit des Zertifikats und in ihrem Vertrauen in die Erklärung von Auditoren, Umweltgutachtern und Wirtschaftsprüfern als Experten.

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, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.*

66 BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66 (Schubstreben-Fall), NJW 1968, 247.
67 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94 (Wissensaufspaltungs-Fall), BGHZ 132, 30, BB 1996, 924.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

3 / 2017

Betriebs-Berater Compliance

1.3.2017 | 5.Jg
Seiten 45–88

EDITORIAL

Jörg Bielefeld, RA
CEO-Fraud macht Dampf in der Compliance-Diskussion | I

CORPORATE COMPLIANCE

Tobias Grambow, RA/FAArbR
Haftung und Compliance in Vereinen und Stiftungen | 45

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Barbara Scheben, RAin, und **Alexander Geschonneck**
Reaktion auf Datenschutzverstöße – in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht | 54

Dr. Manfred Rack, RA
Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil I | 59

Niels Andersen, RA
Umqualifizierung von Darlehen in haftendes Eigenkapital in der Unternehmensfinanzierung | 64

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Tobias Teicke, RA
Das Berliner Compliance Modell – Orientierung im Hospitality-Dschungel | 67

Thomas Fritzsche
Step-by-step: Einführung in die Qualitätssicherung komplexer E-Mail- und Dokumenten-Reviews | 71

HAFTUNG UND AUFSICHT

Luana Al-Souliman
CB-Insight: BaFin-Hinweisgeberstelle für Verstöße gegen Aufsichtsrecht | 75

BAG: Außerordentliche Kündigung und die Verwertung von Zufallsfunden bei legaler Videoüberwachung mit CB-Kommentar von **Dr. Mark Zimmer**, RA/FAArbR | 78

BGH: HSH Nordbank – Freisprüche der Ex-Manager wegen des Vorwurfs der Untreue aufgehoben mit CB-Kommentar von **Dr. Olaf Gärtner**, Dipl.-Kfm., RA, und **Dr. Carla Wiedeck**, RAin | 84

Beihefter 3/2017
Anti-Corruption Guide in CEE

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

185

18

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil I

Spektakuläre Rechtsverstöße in Unternehmen liefern Hinweise auf das Kontrollversagen von Vorständen und Geschäftsführern. Die Erwartungen in effizientere Kontrollen durch Aufsichtsräte steigen. Die Presse thematisiert einen neuen Trend in der Praxis, der sogar als „Revolution in der Unternehmensführung" bezeichnet wird (Manager-Magazin 11/2016, 58, 60). Danach bekommt der Aufsichtsrat ein immer stärkeres Gewicht im Unternehmen. Er wird zum Mitentscheidergremium, zur Nebenregierung und übernimmt immer häufiger das Kommando. Diese Feststellungen in der Managementpresse veranlassen die folgende Analyse der Kontrollaufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat im Compliance-Management. Kontrolllücken müssen erkannt und geschlossen werden. Der Aufsichtsrat überwacht die Kontrollen durch Vorstände, Abschlussprüfer und Compliance-Beauftragte. Legal Tech bietet technische Hilfen zur Kontrolle der Legalitätspflichterfüllung an. Die Haftung für Rechtsverstöße und strafrechtliche Sanktionen lassen sich vermeiden.

I. Der vorprogrammierte Interessenkonflikt von Vorständen bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht durch Selbstkontrollen

Vorstand und Aufsichtsrat sind Organe einer Aktiengesellschaft. Der Vorstand leitet die Gesellschaft, der Aufsichtsrat überwacht den Vorstand. Zur Leitungsaufgabe des Vorstands gehört es, die Erfüllung seiner Legalitätspflicht zu organisieren und zu kontrollieren. Der Aufsichtsrat hat die Erfüllung der Leitungs- und Kontrollpflicht des Vorstands zu überwachen. Vorstände müssen sich selbst überwachen, ob sie sich erstens legal verhalten, ob sie zweitens ausreichend auf ein legales Verhalten ihrer Angestellten hingewirkt und diese wiederrum effizient überwacht haben. Das eigene legale Verhalten der Vorstände als auch der Angestellten im Unternehmen ist eine anspruchsvolle organisatorische Aufgabe. Alle Pflichten des Unternehmens müssen erstens ermittelt, zweitens an Mitvorstände und an Angestellte delegiert, drittens aktualisiert, viertens erfüllt, fünftens kontrolliert und sechstens dokumentiert werden. Mit diesen sechs Aufgaben erfüllt der Vorstand seine Pflicht zur Organisation legalen Verhaltens im Unternehmen und vermeidet sechs typische Organisationsrisiken, nämlich das Unterlassen der lückenlosen Ermittlung der Unternehmenspflichten, der Delegation der Pflichten, deren Aktualisierung, ihrer Erfüllung, der Kontrolle und der Dokumentation. Seit dem 15.12.2014 gilt die neue ISO 19600 als Benchmark für ordnungsgemäße Unternehmensorganisation für Geschäftsleiter, die im Rahmen der Selbstregulierung die Organisationspflicht mit internationaler Geltung formuliert.[1] Wird auch nur eine dieser sechs Aufgaben nicht erfüllt, kann es zum Verstoß gegen Rechtspflichten des Unternehmens und zu einem dadurch verursachten Schaden kommen. Der Vorstand hat sechs potentielle Fehlerquellen bei der Organisation legalen Verhaltens zu kontrollieren. Das Risiko eines Rechtsverstoßes wächst mit der Vielzahl der Unternehmenspflichten und der Vielzahl der Unternehmensmitarbeiter, auf die die Pflichten delegiert werden müssen.

II. Das Risiko der Selbstbelastung durch Organisationsverschulden

Verstößt nur einer von vielen Angestellten gegen nur eine der vielen Unternehmenspflichten, kann es sich sowohl um ein vorwerfbares Einzelverhalten des Angestellten, als auch um ein Organisationsverschulden des Vorstands handeln. Jedes illegale Einzelverhalten eines Angestellten kann durch ein potentielles Organisationsverschulden des Vorstands verursacht sein. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Einhaltung der Legalitätspflicht des Vorstands deshalb nicht effizient selbst vom Vorstand überwacht werden kann, weil ihm unbefangenes Überwachungsverhalten nicht als selbstverständlich zuzutrauen ist.[2] Der Interessenkonflikt besteht darin, dass der Vorstand bei seiner Kontrolle des Legalitätsverhaltens möglicherweise sein eigenes Organisationsverschulden aufdeckt und sich damit im Ergebnis selbst belastet. Aktuelle Fälle aus der Rechtsprechung

1 *Rack*, CB 2014, 279.
2 *Habersack*, Zur Aufklärung gesellschaftsinternen Fehlverhaltens durch den Aufsichtsrat der AG, in: Habersack/Huber/Spindler (Hrsg.), FS Stilz, 2014, S. 192, 202, 203.

zeigen, dass der Pflichtenverstoß eines Mitarbeiters auf ein Organisationsverschulden des Vorstands oder Geschäftsführers zurückgeführt werden kann. Geschäftsleiter neigen dazu, gegenüber ihren Angestellten bei Rechtsverstößen Vorwürfe illegalen Verhaltens zu erheben, während die Angestellten sich wiederrum mit dem Gegenvorwurf des Organisationsverschuldens durch Vorstände und Geschäftsleiter zu entlasten versuchen. Es liegt nahe, dass Vorstände und Angestellte sich gegenseitig die Schuld für einen eventuellen Rechtsverstoß zuweisen. Die Rechtsprechung liefert dazu eine Reihe von Beispielen.

Das Arbeitsgericht Frankfurt entschied zu Gunsten der Klage der Angestellten im Rahmen ihres Kündigungsschutzprozesses, dass dem Vorstand ein Organisationsverschulden vorzuwerfen ist. Der Vorstand habe die Sitzordnung organisatorisch geändert und Händler und Ermittler des Libor-Satzes nicht voneinander getrennt gesetzt, um einen Informationsaustausch zu unterbinden. Vielmehr habe man Händler und Ermittler durch eine ausdrückliche organisatorische Anordnung sogar zusammengesetzt, um den Informationsaustausch zu fördern anstatt ihn zu verhindern.[3]

In der Schienenkartellentscheidung des LAG Düsseldorf hat das Gericht ebenfalls ein Organisationsverschulden angenommen, obwohl das Unternehmen den Angestellten für das Betreiben des Schienenkartells allein verantwortlich zu machen versucht hat.[4] Ähnliches gilt für die Neubürger-Entscheidung des Landgerichts München, das dem Vorstand das Unterlassen eines Compliance-Management-Systems vorgeworfen hat, mit dem die Schmiergeldpraxis der Angestellten des Siemenskonzerns hätte verhindert werden sollen.[5] Die Schmiergeldzahlungen einzelner Angestellter wurden vom Gericht als Organisationsverschulden des Vorstands gewertet. Für Klinikorganisationen wurde umfassend analysiert, dass Behandlungsfehler von Ärzten als Organisationsverschulden patientenferner Entscheider in der Klinikleitung durch Gerichte bewertet werden.[6]

In der BGH-Entscheidung zur Beweiskraft einer Bankquittung[7] haben beide Vorinstanzen bei einer fehlerhaften ausgestellten Bankquittung Beweis erhoben und die Klage auf Auszahlung des quittierten Betrages abgewiesen. Der BGH hat dagegen der Klage stattgegeben und als Grund für die fehlerhafte Bankquittung ein Organisationsverschulden der Bank angenommen. Im Nachhinein hat der BGH eine neue Organisationspflicht für die Organisation eines Bankschalters und für das Ausstellen von Bankquittungen formuliert. Die Bank wurde so behandelt, als hätte sie den Einzahlungsvorgang an Bankschaltern so organisiert, dass es gar nicht erst zu einer falschen oder umstrittenen Bankquittung kommen konnte.

In seiner Entscheidung zu unternehmenszweckwidrigen Derivategeschäften durch Angestellte wurde die Organisationspflicht für Vorstandsmitglieder entschieden, ihren jeweiligen Verantwortungsbereich so zu organisieren, dass sich alle Mitarbeiter legal verhalten und Geschäfte unterlassen, die dem Unternehmenszweck widersprechen, der in der Satzung geregelt ist.[8]

Im Nachhinein lassen sich für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf entsprechende organisatorische Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten.[9]

Als Konsequenz aus dieser aktuellen Rechtslage ist Vorständen und Geschäftsleitern zu empfehlen, alle Organisationspflichten zu erfüllen, um von vorneherein zu vermeiden, dass illegales Fehlverhalten von Unternehmensmitarbeitern mit dem Organisationsverschulden des Vorstands begründet werden kann. Kommt es zu einem Rechtsverstoß durch Mitarbeiter des Unternehmens, darf es nicht an der Organisation gelegen haben.

III. Die exklusive Leitungspflicht des Vorstands zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems

Aus § 76 AktG ergibt sich die Aufgabe des Vorstands, das Unternehmen eigenverantwortlich zu leiten, ohne Weisungen unterworfen zu sein, weder durch die Hauptversammlung noch durch den Aufsichtsrat. Zu den Leitungsaufgaben gehört auch die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems. Beschrieben wird diese Rechtslage in Ziff. 4.1.3. DCKG (Deutscher Corporate Governance Kodex). Danach hat der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken.

Inzwischen bestehen keine Zweifel mehr an der Pflicht des Vorstands zur Einrichtung und Unterhaltung eines effizienten Compliance-Management-Systems. Die Gegenansicht ist durch die neuere Rechtsprechung überholt.[10] Hergeleitet wird diese Pflicht zum Compliance Management methodisch als Gesamtanalogie aus den §§ 93 AktG, 91 Abs. 2 AktG, 4.1.4 DCGK, § 130 OWiG, § 14 GWG, § 76 Abs. 1 AktG. Die Frage, ob ein Unternehmen ein Compliance-Management-System benötigt, hat sich durch die herrschende Meinung erledigt. Insbesondere begründet die neuere Rechtsprechung aus dem bloßen Unterlassen eines Compliance-Management-Systems Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden des Vorstands.[11]

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass auch der Aufsichtsrat zur Einrichtung eines Compliance-Systems verpflichtet ist. Im Falle seines Unterlassens könnte er sich der Untreue strafbar machen, wenn es zu einer Straftat kommt. Der Vorwurf bezieht sich auf die unterlassene abstrakte präventive Maßnahme der Einrichtung eines Compliance-Management-Systems.[12]

3 ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 (Libor-Manipulations-Entscheidungen).

4 LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 (Schienenkartell-Entscheidung), CB 2015, 127 m. CB-Komm. *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. *Kollmann/Aufdermauer*, ZIP 2015, 829–833.

5 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Neubürger-Entscheidung), CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*, NZG 2014, 345, 346.

6 *Neelmeier*, Organisationsverschulden patientenferner Entscheider und einrichtungsbezogener Aufklärung, 2014.

7 BGH, 28.9.1987 – II ZR 35/87, NJW-RR 1988, 881.

8 BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11 (Unternehmenszweckwidrige Derivate Geschäfte), NJW 2013, 1958, Rn. 22.

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

10 *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1105; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91, Rn. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Aufl. 2012.

11 ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 (Libor-Manipulations-Entscheidungen); LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 (Schienenkartell-Entscheidung), CB 2015, 127 m. CB-Komm. *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. *Kollmann/Aufdermauer*, ZIP 2015, 829–833; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Neubürger-Entscheidung), CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*, NZG 2014, 345, 346.

12 *Schwertfeger*, Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten, 2016, S. 32 m. w. N. in Fn. 33; *Mosiek*, wistra 2003, 370, 374; *Teile*, wistra 2010, 457, der eine Pflichtverletzung verneint; *Helmrich*, NZG, 2011, 12 52, 1255, mit Zweifeln am Vorliegen eines Vermögenschadens.

IV. Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat ist im Gegensatz zum Vorstand von der Leitung des Unternehmens ausgeschlossen. Nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG können ihm keine Geschäftsführungsaufgaben übertragen werden. Der Aufsichtsrat ist nach § 111 Abs. 1 AktG verpflichtet, die Geschäftsführung zu überwachen. Dazu gehört die Unternehmenskontrolle durch den Vorstand und sämtliche Compliance-Aufgaben, die der Vorstand wahrzunehmen hat.[13]

Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats wird im Wortlaut des § 111 Abs. 1 AktG nicht näher konkretisiert. Danach überwacht der Aufsichtsrat die Geschäftsführung. Ein Begriff, der auslegungsbedürftig ist. Der Umfang der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats wird durch den Zweck des § 111 AktG bestimmt. Die Überwachungspflicht bezieht sich nur auf die Leitungsaufgaben und nicht auf alle Geschäftsführungstätigkeiten des Vorstands. Ansonsten könnte der Aufsichtsrat zum eigentlichen Leitungsorgan des Unternehmens werden und eine intensive Kontrolle aller Vorgänge erfordern.

Eine unbegrenzte Überwachungspflicht des Aufsichtsrats widerspräche der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, nach der der Aufsichtsrat überwacht und der Vorstand das Unternehmen leitet.

Der Überwachungsumfang durch den Aufsichtsrat ist restriktiv auszulegen. Die a. F. des § 111 Abs. 1 AktG regelte die Überwachung für „alle Zweige der Verwaltung". Die spätere Neufassung des § 111 Abs. 1 AktG von 1937 enthält nicht den weiten Überwachungsbereich über alle Zweige der Verwaltung.[14] Der Wortlaut wurde eingeschränkt und rechtfertigt die restriktive Auslegung des Überwachungsumfangs durch den Aufsichtsrat. Grundsätzlich ist der Aufsichtsrat nicht verpflichtet, Angestellte auch unterhalb der Organebene zu überwachen. Grundsätzlich darf es zwar keine „überwachungsfreien" Räume geben.[15] Dadurch, dass aber der Vorstand zur Kontrolle verpflichtet ist, sämtliche von ihm delegierte Pflichten zu kontrollieren und der Aufsichtsrat wiederum die Kontrollpflichten des Vorstands zu überwachen hat, bleiben keine kontrollfreien Räume im Unternehmen. Schließlich hat der Aufsichtsrat auf der unteren Hierarchieebene keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten.[16] Alle rechtlichen Instrumente des Aufsichtsrats zur Einwirkung beziehen sich nur auf den Vorstand.[17] Zu erinnern ist an das Verbot der Übertragung von Leitungsentscheidungen auf Angestellte unterhalb der Vorstandsebene.[18] Werden allerdings Vorstandaufgaben von Angestellten ohne Vorstandsfunktion wahrgenommen,[19] sind nach überwiegender Ansicht auch diese Aufgaben vom Aufsichtsrat zu überwachen.[20]

Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats umfasst neben der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung, deren Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, insbesondere die Rechtsmäßigkeit der Geschäftsführung.[21] Wie der Vorstand, ist auch der Aufsichtsrat zur Rechtsaufsicht verpflichtet. Bei Pflichtverletzungen durch den Vorstand hat der Aufsichtsrat die Pflicht, einzuschreiten.[22] Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats bezieht sich auf Zukunft und Vergangenheit. Vor allem ist der Aufsichtsrat zur präventiven Überwachung verpflichtet.[23] Für die Vergangenheit überwacht der Aufsichtsrat das legale Verhalten des Vorstands. Die präventive Überwachung betreibt der Aufsichtsrat durch die Beratung des Vorstands.[24] Präventiv überwachen kann der Aufsichtsrat auch über den Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Bestimmte Arten von Geschäften kann er unter den Vorbehalt seiner vorherigen Zustimmung stellen. Diese Rechtslage findet sich formuliert in Ziff. 5.1. DCGK:

„Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu beraten und zu überwachen. Er ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für das Unternehmen einzubinden."

V. Die Instrumente des Aufsichtsrats zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgaben

Weil der Aufsichtsrat keine Leitungsfunktion hat, ist er für seine Überwachungsaufgabe auf Informationen aus dem Tagesgeschäft des Unternehmens angewiesen. Die Berichte des Vorstands auf Grund der Berichtspflicht nach § 90 AktG sind die wichtigsten Informationsquellen des Aufsichtsrats. In § 90 AktG ist keine Berichterstattungspflicht des Vorstands zu Compliance-Themen geregelt. Nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG müssen Compliance-Fälle einen „wichtigen Anlass" geben, um eine Berichtspflicht des Vorstands an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats auszulösen. In Ziff. 3.4 Abs. 2 des DCGK ist seit 2007 die Pflicht enthalten, dass der Vorstand den Aufsichtsrat regelmäßig zeitnah umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Compliance informieren muss. In Ziff. 3.4 Abs. 2 und in Ziff. 5.3.2 DCGK wird die Rechtspflicht für Compliance erwähnt, verbunden mit der Empfehlung, die Compliance-Überwachung auf den Prüfungsausschuss zu übertragen und aus dem Prüfungsausschuss zu berichten. Unterlässt der Vorstand Compliance-Berichte an den Aufsichtsrat, sind die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, Anforderungsberichte vom Vorstand zu verlangen und im Rahmen einer Informationsanordnung den Vorstand zu einer regelmäßigen Compliance-Berichterstattung zu verpflichten. Der Aufsichtsrat ist vom Vorstand über das eingesetzte Compliance-System zu informieren, insbesondere über konkrete Compliance-Fragestellungen. Der Aufsichtsrat

13 *Habersack*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 111, Rn. 18, 20; *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1108; *Götte*, in: Canaris/Heldrich (Hrsg.), FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 125; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 76, Rn. 10 ff.; *Schneider*, ZIP 2007, 2061; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 15.

14 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 4.

15 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 8 und 9.

16 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 29; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 AktG, Rn. 9.

17 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 28; *Schwerdtfeger*, Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten, 2016, S. 34, 133.

18 *Schwerdtfeger*, Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten, 2016, S. 34, 133.

19 Im Presseangriffsurteil des BGH vom 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200, wurde eine Vorstandsaufgabe vom Justiziar des Unternehmens wahrgenommen.

20 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 9; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 76, Rn. 10.

21 BGH, 12.7.1979 – III ZR 154/77, BGHZ 75, 120, 133; BGH, 25.3.1991 – II ZR 188/89 (Erblasser-Urteil]), BGHZ 114, 127, 129, BB 1991, 1068; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 111, Rn. 6.

22 *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance", in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1109.

23 BGH, 25.3.1991 – II ZR 188/89 (Erblasser-Urteil), BGHZ 114, 127, 130, BB 1991, 1068; BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck-Urteil), BGHZ 135, 244, 255, BB 1997, 1169; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 76, Rn. 10.

24 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 AktG, Rn. 10; *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.

ist regelmäßig und insbesondere aus begründetem Anlass von dem Vorstand zu informieren.[25]

1. Die Pflicht zur vollständigen Berichterstattung nach § 90 Abs. 4 S. 1 AktG

Gerade weil der Aufsichtsrat auf die Informationsquelle der Vorstandsberichte angewiesen ist, besteht die Pflicht zu einer vollständigen Berichterstattung. Nach § 90 Abs. 4 S. 1 AktG haben die Berichte den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Die Berichterstattung muss deshalb wahrheitsgemäß und inhaltlich vollständig sein. Erfüllt der Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat seine Berichtspflicht nicht, verletzt er seine Organpflichten. Die Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG gilt nicht gegenüber dem Aufsichtsrat.[26]

Verpflichtet ist der Vorstand insbesondere, auch über Umstände zu berichten, die ihn selbst belasten und die möglicherweise Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihn begründen könnten, die der Aufsichtsrat wiederum verpflichtet ist, geltend zu machen. Ohne die uneingeschränkte Berichtspflicht auch über Schadensersatz begründende Umstände könnte der Aufsichtsrat seine Überwachungspflicht nicht ausüben. Hervorzuheben ist, dass der Vorstand zum Bericht über Tatsachen verpflichtet ist, nicht jedoch zur rechtlichen Wertung seines Vorstandshandelns.[27]

2. Vorstandsabhängige Informationen als Pflichtrecht des Aufsichtsrats

Aus der Berichtspflicht des Vorstands ergibt sich der Umfang der Informationspflicht des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat soll sich nicht mit dem Hinweis auf fehlende oder lückenhafte Informationen durch den Vorstand entlasten können.[28] Der Aufsichtsrat hat eine Pflicht zur Eigeninformation. Ohne die Informationspflicht des Aufsichtsrats wäre dessen Überwachung wirkungslos. Der Aufsichtsrat hat eine Informationsbeschaffungspflicht.[29] Nach Ziff. 3.4 Abs. 1 DCGK handelt es sich um eine gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. Bleibt der Vorstand nach seiner Berichterstattung untätig, muss der Aufsichtsrat selbst tätig werden. Bleiben die Vorstandsberichte unvollständig, hat der Aufsichtsrat weitere Informationen anzufordern.[30] Die Holschuld des Aufsichtsrats besteht nur soweit, wie der Vorstand seiner Bringschuld nicht gerecht wird. Die Holschuld des Aufsichtsrats wird durch die Nichterfüllung der Bringschuld des Vorstands ausgelöst. Die Rechte des Aufsichtsrats zur Selbstorganisation beinhalten gleichzeitig eine Pflicht.[31] Der Aufsichtsrat kann sich nicht von einer drohenden Haftung mit der Begründung entlasten, er sei nicht ausreichend informiert worden. Es handelt sich um ein sog. Pflichtrecht des Aufsichtsrats.[32] In 3.4 Abs. 3 DCGK wird eine Berichtsordnung als Geschäftsordnung empfohlen, die einseitig durch den Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand gem. § 77 Abs. 2 S. 1 AktG erlassen werden kann.[33]

3. Vorstandsunabhängige Informationen als Pflichtrecht des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat hat die Gesellschaft unabhängig zu überwachen und kann sich deshalb nicht allein auf die Vorstandsberichte als einzige Informationsquelle verlassen. Dies gilt insbesondere bei Compliance-Fragen, bei denen sich der Vorstand dem Risiko der Selbstbelastung aussetzt und deshalb als möglicherweise befangen gelten kann. § 111 Abs. 2 S. 1 AktG gewährt dem Aufsichtsrat deshalb umfassende Frage- und Einsichtsrechte, die ihm von den Vorstandsberichten unabhängig machen. Die Einsichts- und Prüfungsrechte des Aufsichtsrats stehen ausschließlich dem Gesamtorgan zu. Der Aufsichtsrat leitet die Ausübung der Frage- und Einsichtsrechte durch einen Beschluss des Organs ein. Die Mehrheit des Überwachungsorgans muss deshalb die Kontrollen befürworten. Die Entscheidung des Organs kann jedoch durch einen Generalbeschluss erleichtert werden. Einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats können mit der Aufgabe gem. § 111 Abs. 2 S. 2 AktG beauftragt werden. Auch externe Sachverständige können nach § 111 Abs. 2 S. 2 2. Var. AktG hinzugezogen werden. Der Aufsichtsrat hat eine persönliche Überwachungspflicht und kann diese nicht auf Externe übertragen. Nach § 107 Abs. 3 AktG kann das Gesamtorgan Ausschüsse stellen.[34] Das Einsichts- und Fragerecht gewährt unbeschränkten Zugriff auf die Informationen und Dokumente der Gesellschaft. Gegenüber dem Vorstand hat der Aufsichtsrat ein Fragerecht. Auch Angestellte und Mitarbeiter des Unternehmens können unmittelbar befragt werden, ohne dass es dazu einer Vermittlung durch den Vorstand bedarf.[35] Das Einsichts- und Fragerecht ist ein Pflichtrecht des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat muss selbst ausreichend informiert sein, um eine wirkungsvolle Überwachung gewährleisten zu können. Er hat nicht nur das Recht, sondern v. a. auch gerade die Pflicht, eine Informationsgrundlage zu schaffen und aus allen Quellen Informationen heranzuziehen.[36]

Die Pflicht zur vorstandsunabhängigen Information des Aufsichtsrats wird ausdrücklich bestätigt durch den BGH im Beschluss vom 6.11.2012 zur sog. Sardinien-Äußerung. Danach hat sich der Aufsichtsrat einer AG über erhebliche Risiken, die der Vorstand eingeht, selbst zu informieren. Genügt er dieser Anforderung nicht, handelt er pflichtwidrig. „Ein Aufsichtsrat handelt pflicht- und damit gesetzeswidrig nach § 116 S. 1 AktG i. V. m. § 93 AktG, wenn er seiner Überwachungspflicht nicht genügt. Zu der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats gehört es, dass er sich über erhebliche Risiken, die der Vorstand mit Geschäften eingeht, kundig macht und die Ausmaße unabhängig vom Vorstand selbstständig abschätzt. Unterschiedliche Rechtsmeinungen, die einem Gesetzesverstoß die Eindeutigkeit nehmen könnten, werden dazu nicht vertreten“. Schon im Leitsatz wird die Pflicht hervorgehoben, dass sich der Aufsichtsrat selbst zu informieren hat. Er kann sich damit nach dieser Rechtsprechung des BGH nicht auf die Vorstandsberichte oder auf Erklärungen des Vorstands beschränken. Dies gilt insbesondere für Risiken, die objektiv nicht abschätzbar scheinen. In der BGH-Entscheidung zur Sardinien-Äußerung waren die Risiken aus Derivategeschäften abzuschätzen.

25 *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1114.
26 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck-Urteil), BGHZ 135, 244, 255, BB 1997, 1169.
27 *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1115.
28 *Huthmacher*, Pflichten und Haftungen der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 38.
29 BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12 (Sardinien-Äußerung) (OLG Stuttgart), AG 2013, 90.
30 *Habersack*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 111, Rn. 47.
31 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 39.
32 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rn. 383; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 39.
33 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 41.
34 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 42.
35 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 43; *Habersack*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 111, Rn. 68.
36 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 44.

4. Das Verhältnis von vorstandsabhängigen und vorstandsunabhängigen Informationsbeschaffungen

Die Rechte des Aufsichtsrats zur Anforderung von Vorstandsberichten nach § 90 Abs. 3 AktG und das Einsichts- und Fragerecht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 AktG stehen nach dem Gesetzeswortlaut gleichberechtigt nebeneinander.[37] Die Ausübung liegt im ausschließlichen Ermessen des Aufsichtsrats. Das Gesetz legt kein Informationsvermittlungsmonopol des Vorstands fest. Dem Vorstand steht kein Vorrecht zur vorrangigen Berichterstattung nach § 90 AktG an den Aufsichtsrat zu. Ein Stufenverhältnis ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Norm, der darin besteht, dem Aufsichtsrat zu einer effizienten Überwachung zu verpflichten. Transparenz hat Vorrang vor dem Bedürfnis nach gesellschaftsinternen Vertraulichkeitsversicherungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Die unbefangene Aufklärung unternehmensinterner Missstände ist nur von Vorteil für die Gesellschaft. Der Aufsichtsrat ist der Gesellschaft und nicht den Vorständen gegenüber verpflichtet.[38] Ein Stufenverhältnis zwischen beiden Rechten würde dem umfassenden Informationsbedürfnis des Aufsichtsrats widersprechen. Abzulehnen ist damit die Ansicht[39], das Einsichts- und Prüfungsrecht sei nachrangig nach den Vorstandsberichten und nur als Ultima ratio zu verstehen.

Diese Ansicht ist insbesondere deshalb zu unterstützen, weil nur so die Befangenheit des Vorstands zur eigenen Kontrolle in Compliance-Fragen überwunden werden kann. Das Risiko der Selbstbelastung schränkt alle vorstandsabhängigen Informationen erheblich ein. Der Interessenkonflikt beim Vorstand zwischen seiner Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat einerseits und seinem Selbstbelastungsrisiko andererseits, lässt sich durch das gleichrangige Einsichts- und Fragerecht nach § 111 Abs. 2 AktG auflösen.

VI. Routinierte Kontrollen

Das Kontrollversagen bei Vorständen und Aufsichtsräten ist regelmäßig auf menschliches Fehlverhalten zurückzuführen. Die Befangenheit von Vorständen bei der Selbstkontrolle ihres eigenen legalen Verhaltens ist menschlich nachvollziehbar, widerspricht aber dem Interesse des Unternehmens am regelkonformen Verhalten und an der Vermeidung von Schäden durch illegales Verhalten im Unternehmen. Der menschliche Faktor als Risiko lässt sich durch datenbanktechnische Lösungen entschärfen. Ein Compliance-Management-System, mit dem sämtliche Organisationspflichten erfüllt und dokumentiert werden, lässt sich als Kontrollinstrument einsetzen und zwar personenunabhängig als Routineverfahren, das alle Kontrolleure in einem allgemeinverbindlich angeordneten Verfahren zu legalem Verhalten verpflichtet. Gegenseitige Kontrollen werden möglich.

Sämtliche Kontrollergebnisse im Unternehmen lassen sich auf einer Oberaufsichtsmaske bündeln. Mit einem Klick können alle Beteiligten mit gleichberechtigtem Zugang erkennen, welche Unternehmenspflichten erfüllt sind. Vorstände, Aufsichtsräte, Abschlussprüfer und Compliance-Beauftragte können vor einer allgemeinen zugänglichen Informationsplattform ihre Kontrollen ausüben. Aufsichtsräte sind von Berichten durch Vorstände, Compliance-Beauftragte und Abschlussprüfer unabhängig und können sich ihre Informationen über legales Verhalten im Unternehmen unabhängig von allen anderen Beteiligten beschaffen. Mit einer digitalen Meldemaske können Vorstände Risiken im Unternehmen abfragen, ihre Mitarbeiter zur Meldung von rechtlich relevanten Informationen verpflichten. Umgekehrt können Unternehmensmitarbeiter über Risiken im Unternehmen direkt von der Arbeitsebene in die Führungseben berichten.

Durch die Kontrollvereinbarung mit Hilfe des EDV gestützten Compliance-Management-Systems werden Kontrollen personenunabhängig, insbesondere von Befürchtungen, illegales Verhalten, v. a. eigenes Fehlverhalten, aufzudecken.

VII. Fazit

Festzuhalten bleibt, dass mehr Kontrollen durch den Aufsichtsrat notwendig sind, weil das Kontrollversagen von Vorständen durch das System der Selbstkontrolle verursacht wird und das Risiko der Befangenheit bei Vorständen begründet. Es droht bei jeder Kontrolle das Risiko der Selbstbelastung durch den Vorwurf des Organisationsverschuldens als Grund eines Gesetzesverstoßes durch Angestellte des Unternehmens. Diese Kontrolllücke lässt sich rechtlich durch vorstandsunabhängige Informationen nach § 111 Abs. 2 AktG schließen, ohne dass der Aufsichtsrat auf die Vorstandsberichte angewiesen ist.

Der Beitrag wird in der kommenden Ausgabe des CB fortgesetzt. Zu untersuchen bleibt, wie durch die Vereinbarung zur Erweiterung der Prüfpflichten des Abschlussprüfers die Kontrolllücke in § 317 Abs. 4 HGB zu schließen ist. Auch durch einen ausdrücklichen Auftrag an den Compliance Officer zur unbefangenen Compliance-Kontrolle lassen sich Kontrolllücken schließen und das Kontrollversagen vermeiden. Schließlich wird eine Legal Tech-Lösung vorgeschlagen, mit der Kontrollen durch technische Lösungen unabhängig von persönlichen Interessen der beteiligten Vorstände, Aufsichtsräte und Abschlussprüfer über das Pflichtenmanagement im Unternehmen organisiert werden können, indem alle kontrollverantwortlichen Vorstände, Abschlussprüfer, Aufsichtsräte und Compliance Officer gleichzeitig zugreifen können und sich Informationen über den Bearbeitungsstand des Compliance-Management-Systems beschaffen können. Schließlich wird die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach § 116 i. V. m. § 93 AktG sowie die strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten behandelt.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, *RA, 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, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.*

37 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 3; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 47.

38 *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 48.

39 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rn. 303 und 307; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 46; *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1116.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

4 / 2017

Betriebs-Berater Compliance

5.4.2017 | 5.Jg
Seiten 89–132

EDITORIAL

Jochen Kindermann, RA
Die WpHG-Bußgeldleitlinien II – abschreckende Sanktionsbeträge | 1

CORPORATE COMPLIANCE

Dipl.-Ing. Hanns-Jörg Bartsch
Die wundersame Verteuerung von Baukosten oder die schamlose Gier korrupter Netzwerke | 89

Ass. jur. Lars Scheider
Compliance für mittelständische Unternehmen | 93

Philipp Dietz, LL.M. (Edinburgh), RA, und **Katja Neumüller**, RAin
Länderreport Indien: Der Insolvency and Bankruptcy Code, 2016 – Compliance-Anforderungen im neuen Gläubigerverfahren und Haftungsrisiken für Direktoren | 95

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Dr. Björn Demuth, RA/StB/FAStR
Auswirkungen vom StUmgBG auf die Praxis von Unternehmen und Finanzinstituten | 101

Dr. Manfred Rack, RA
Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil II | 105

COMPLIANCE MANAGEMENT

Björn Rohde-Liebenau, RA/E.M.M. (Sion)
Was macht einen Compliance-Ombudsmann effektiv? Ergebnisse einer Umfrage | 112

Saskia Börger, B.Sc. (Chem. & Biochem.), RAin, und **Dr. Stefan Rein**, RA/FAArbR
Step-by-step: In zehn Schritten zu wirksamem Geheimnisschutz | 118

HAFTUNG UND AUFSICHT

Laura Weferling, LL.M.
The Final Rule: Wie die New Yorker Gesetzgebung deutsche Banken beschäftigt | 124

BGH: Keine Strafbarkeitslücke bei Insiderhandel und Marktmanipulation
mit CB-Kommentar von **Dr. Thorsten Kuthe**, RA, und **Anna Richter**, LL.M., RAin | 129

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil II

Das Kontrollversagen von Vorständen und Geschäftsführern soll mit effizienteren Kontrollen durch Aufsichtsräte ausgeglichen werden. Kontrolllücken sind aufzudecken und zu schließen. Zu untersuchen sind die Aufgaben von Abschlussprüfern und Compliance-Beauftragten als Kontrollgehilfen des Aufsichtsrats sowie die Eignung eines Compliance-Management-Systems als formalisiertes Überwachungsinstrument zur Rechtsaufsicht für alle Kontrollverantwortlichen. Insbesondere ist zu untersuchen, wie alle offenen Rechtsfragen vollständig erfasst werden können, zu denen Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet sind, Rechtsrat einzuholen.

I. Die Compliance-Kontrolle des Aufsichtsrats durch Abschlussprüfer

192

Informationen bezieht der Aufsichtsrat für seine Überwachungstätigkeit zunächst aus den vorstandsabhängigen Berichten nach § 90 AktG und aus den vorstandsabhängigen Informationen des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG.[1] Hinzu kommen die Informationen an den Aufsichtsrat durch den Abschlussprüfer. Der Abschlussprüfer ist die einzige unabhängige Informationsquelle zur Überwachung des Vorstands. Dass der Abschlussprüfer den Aufsichtsrat unterstützen soll, hat der Gesetzgeber im KonTraG 1998 zum Ausdruck gebracht.[2] Seit dieser Neuregelung wird der Prüfauftrag vom Aufsichtsrat und nicht mehr vom Vorstand an den Abschlussprüfer vergeben. Der Aufsichtsrat hat im Rahmen seines Auftrags die Gelegenheit, Prüfungsschwerpunkte zu vereinbaren. Der Abschlussprüfer wird zum „Gehilfen des Aufsichtsrats". Diese Funktion ergibt sich schon daraus, dass der Aufsichtsrat die Abschlussprüfer auswählt und die der Hauptversammlung zur Wahl gem. § 124 Abs. 3 S. 1 AktG vorschlägt. Der Aufsichtsrat schließt im Namen der Gesellschaft die Prüfverträge mit den Abschlussprüfern und legt deren Vergütung gem. §§ 111 Abs. 2 S. 3 AktG, 290 HGB fest. Die Abschlussprüfer haben nach § 321 Abs. 5 S. 2 HGB an den Aufsichtsrat und nicht mehr wie früher an den Vorstand zu berichten.

II. Auftrag und Umfang der Prüfung des Abschlussprüfers zum Compliance-System oder eine Lücke im Kontrollsystem[3]

Die Prüfung durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB ist gleichzeitig mit § 91 Abs. 2 AktG eingeführt worden, wonach der Vorstand

„geeignete Maßnahmen zu treffen hat, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden."

Der Abschlussprüfer hat diese Pflicht des Vorstands nach § 317 Abs. 4 HGB zu beurteilen und dem Aufsichtsrat darüber zu berichten.

Einigkeit besteht bei den Stellungnahmen zum Prüfumfang des Abschlussprüfers, dass dieser nicht die Einhaltung der Unternehmenspflichten umfasst. Compliance gehört nicht zum Prüfprogramm nach § 317 HGB.[4] Die Prüfung des Abschlussprüfers nach § 317 Abs. 4 HGB ist eine Systemprüfung, nicht aber eine Geschäftsführungsprüfung, die umfassender als die Prüfung des internen Kontrollsystems im Rahmen der Jahresabschlussprüfung ist. Der Abschlussprüfer muss sich ein Bild des Risikobewusstseins der Unternehmensleitung und der Mitarbeiter verschaffen. Die Prüfung ist eine Eignungsprüfung und eine Funktionsprüfung. Die Eignung des Compliance-Systems setzt voraus, dass klare Verantwortungszuweisungen für Informationsweitergabe und Risikobeurteilung bestehen, sodass noch rechtzeitig Gegenmaßnahmen getroffen werden können.[5]

Der Kontroll- und Prüfungsumfang zwischen Vorstand und Abschlussprüfer unterscheiden sich. Der Kontrollumfang des Vorstands ist umfassender als der des Abschlussprüfers. Der Vorstand kann sich

1 BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12 (Sardinien-Äußerung), AG 2013, 90; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 39.

2 Reg-Begr. KonTraG, BT-Drs. 13/9712, 16; *Hommelhoff*, BB 1998, 2625, 2627 ff.

3 *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 622; *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1103, 1117.

4 *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 622.

5 *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 317 HGB, Rn. 10.

bei seiner Kontrolle nicht auf eine System- und Eignungsprüfung beschränken, sondern muss die Anwendung des Compliance-Management-Systems und die Erfüllung der Unternehmenspflichten kontrollieren,[6] während der Abschlussprüfer das System nur auf seine Eignung und Funktionsfähigkeit prüfen muss. Im Ergebnis wäre der Aufsichtsrat nach dem gesetzlichen Umfang des Abschlussprüfers auf die Compliance-Berichte durch den Vorstand angewiesen und könnte die Informationen des Vorstands nicht durch den Abschlussprüfer überwachen. Dieses Ergebnis „der gesetzlichen Lage ist alarmierend".[7] Der Aufsichtsrat wäre nur auf seine eigene Informationsbeschaffungspflicht nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG angewiesen, ohne dass der Abschlussprüfer bei der Kontrolle des Vorstands helfen könnte. Der gesetzliche Prüfumfang enthält somit eine erhebliche Lücke im Kontrollsystem.

III. Die Kodexempfehlung zur erweiterten Offenlegungsvereinbarung mit dem Abschlussprüfer

Der DCGK enthält in Ziff. 7.2.3 die ausdrückliche Empfehlung einer Offenlegungsvereinbarung zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer zur verbesserten Informationsbeschaffung des Aufsichtsrats. Erweitert werden soll außerdem die gesetzliche Redepflicht des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat. Der Kodex versteht den Abschlussprüfer als unverzichtbaren Informationsgehilfen des Aufsichtsrats. Nach § 321 Abs. 1 S. 3 HGB, neu gefasst durch Art. 2 Nr. 14 a des TransPub, werden Hinweise im Prüfbericht zu Tatsachen verlangt, die den Bestand der geprüften Gesellschaft oder des Konzerns gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können. Verlangt werden außerdem im Prüfbericht solche Hinweise über schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder von Arbeitnehmern gegen Gesetze, Gesellschaftsvertrag oder die Satzung. Diese gesetzliche Redepflicht wird durch den Kodex in Ziff. 7.2.3 erweitert, um die Pflicht zur unverzüglichen Berichterstattung an den Aufsichtsrat bei Vorliegen relevanter Erkenntnisse. Erweitert wird auch der Umfang der berichtspflichtigen Tatsachen. Die Informationsversorgung des Aufsichtsrats wird dadurch verbessert. Gesetzlich geregelt ist nur die Pflicht zum Bericht über gravierende Umstände sowie bestandsgefährdende Tatsachen.

Der DCGK enthält in Ziff. 7.2.3 Abs. 2 die weitere Empfehlung, die gesetzliche Entsprechenserklärung nach § 161 AktG zu erweitern. Zu den gesetzlichen Prüfpflichten des Abschlussprüfers gehört es nämlich nicht, die Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 161 AktG auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Nach § 322 Abs. 4 HGB kann das Testat vom Abschlussprüfer nur insoweit eingeschränkt werden, als die Angaben nach § 285 Abs. 1 Nr. 16 HGB fehlt oder falsch ist. Dies ist dann der Fall, wenn überhaupt keine Entsprechenserklärung abgegeben wurde oder sie den Aktionären nicht zugängig gemacht wurde.

Mit dieser Regelung wird der Aufsichtsrat nicht zu der Frage informiert, ob und in welchem Umfang Compliance in dem Unternehmen praktiziert wird. Die Kodexempfehlung zur erweiterten Prüfung der Compliance-Praxis füllt damit ebenfalls eine Lücke. Die Informationspflichten des Abschlussprüfers werden durch die Empfehlung erweitert und zwar auf alle bei der Durchführung der gesetzlichen Abschlussprüfung festgestellten Umstände, die eine Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung ergeben. Insbesondere besteht die Lücke darin, dass nach der Kodexempfehlung nur Tatsachen vom Abschlussprüfer offen zu legen sind, die bei der Abschlussprüfung als Zufallsfund aufgetaucht sind. Der Abschlussprüfer ist nach dieser Empfehlung nicht zu einer speziellen Compliance-Prüfung darüber verpflichtet, ob sämtliche einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen eingehalten werden.[8]

Die Lücke der Empfehlung von Abs. 1 und 2 der Ziff. 7.2.3 DCGK lassen sich durch eine gesonderte Offenlegungsvereinbarung zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer schließen. Der Aufsichtsrat hat dazu einen Beschluss zu fassen. Die Offenlegungsvereinbarung kann in den Prüfauftrag aufgenommen werden. Nur mit diesem erweiterten Prüfauftrag und der erweiterten Berichtspflicht kann der Aufsichtsrat seine beschränkten Aufsichtsmöglichkeiten über Compliance als legales Verhalten sichern.

IV. Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Erweiterung der Prüfpflichten des Abschlussprüfers

Im Ergebnis ist die gesetzliche Berichtsverpflichtung des Abschlussprüfers nach § 317 Abs. 4 HGB und seine Redepflicht nach § 321 Abs. 1 S. 3 HGB zu erweitern. Diese Pflicht hat der Aufsichtsrat.[9]

Werden nicht alle Informationsquellen erschöpfend genutzt, bleibt ein deutliches Risiko in der Organisation zur Erfüllung der Legalitätspflicht im Unternehmen. Das Compliance-System muss Rechtsrisiken vermeiden, noch bevor sie sich zu einem Schaden entwickeln konnten. Die ruinösen Auswirkungen von Rechtsverstößen in großen Firmen zeigen die Bedeutung von Compliance- Systemen für die Existenz und den Bestand der Unternehmen.

V. Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung

Nach § 171 Abs. 2 AktG hat der Aufsichtsrat jährlich über seine Tätigkeit an die Hauptversammlung schriftlich zu berichten. Die Hauptversammlung wird als Kontrollorgan des Aufsichtsrats über dessen Entscheidungen informiert. Der Zweck des Rechenschaftsberichts ist die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 120 AktG.

Unerwähnt bleibt im gesetzlichen Berichtsprogramm das Risikomanagement nach § 91 Abs. 2 AktG und das Compliance-System. Der Aufsichtsrat hat zu berichten, „in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung geprüft hat." Zu Recht wird gefordert, die Erfüllung der Legalitätspflicht in das Berichtsprogramm aufzunehmen, da sie für die Unternehmensführung eine existenzielle Bedeutung gewonnen hat.[10]

---

6 *Rack*, CB 2014, 287.

7 *Lutter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.

8 *Kremer*, in: Ringleb/Kremer, Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar 3. Aufl., Ziff. 7.2.3 Rn. 13, 68.

9 *Kremer*, a. a. O., Rn. 13, 68; *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, Rn. 173; *Kremer*, in: Ringleb u. a., Deutscher Corporate Govenance Kodex, 3. Aufl. 2008, Rn. 1368; *Sturz/Harms*, in: Pfitzer/Ohser (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 2003, S. 216.

10 *Lutter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.

VI. Der Compliance-Beauftragte als unabhängige Kontrollinstanz

Mit der Funktion des Compliance-Beauftragten kann der Interessenkonflikt des Vorstands an der Eigenkontrolle und dem Interesse an der Vermeidung der Selbstbelastung gelöst werden. Der gleiche Interessenkonflikt musste im Umweltschutz vom Gesetzgeber geregelt werden. Schon früh wurde erkannt, dass die präventive Einhaltung aller umweltrechtlichen Vorschriften bei Vorständen und Geschäftsführern einen Interessenkonflikt auslöst.

Geschäftsleiter müssen einerseits das Interesse am legalen Verhalten in ihrem Unternehmen verfolgen. Die Erfüllung der Legalitätspflicht verursacht Kosten und schmälert den Gewinn, für den der Geschäftsleiter ebenfalls neben seiner Legalitätspflicht verantwortlich ist. In der Diskussion um die Legalitätskontrolle in Unternehmen wurde zunächst die Rechtsaufsicht durch staatliche Behörden erwogen und zu Gunsten der Eigenkontrolle durch Unternehmen abgewendet. Das System der Eigenkontrolle hat sich inzwischen bewährt.[11] Nach dem Modell der Eigenkontrolle wurden Angestellte des Unternehmens mit den Funktionen des Immissionsschutzbeauftragten, des Gewässerschutzbeauftragten, des Abfallbeauftragten, des Störfallbeauftragten und der Sicherheitskraft im Arbeitsschutz betraut. Beispielhaft hat der Immissionsschutzbeauftragte nach § 54 BImSchG, erstens den Betreiber zu beraten, zweitens die Unternehmensmitarbeiter über ihre Pflichten aufzuklären und drittens die Einhaltung der Unternehmenspflichten zu überwachen.

Die Beauftragten sind als reine Stabsfunktionen ausgestaltet und treffen keine Entscheidungen, die den Mitarbeitern mit Linienfunktion vorbehalten sind. Durch die Trennung zwischen Beratungsfunktion und Entscheidungsfunktion wird der Interessenkonflikt von vornherein vermieden. Die Beauftragten geraten nicht in den Konflikt, zwischen dem Interesse an der Gewinnerzielung und der Aufwand und Kosten verursachenden Funktionen der präventiven Erfüllung der Unternehmenspflichten wählen zu müssen.

Alle Umweltbeauftragten sind gesetzlich vor Benachteiligung geschützt. Sie sind mit der Unabhängigkeit ausgestattet, die es ihnen erlaubt, die Einhaltung einschlägiger Unternehmenspflichten durchzusetzen. Sie agieren im Ergebnis wie Angehörige von Behörden und vertreten gleichzeitig die Interessen des Unternehmens, legales Verhalten zu geringstmöglichen Aufwand zu sichern.

Gesetzlich geregelt ist im Übrigen die Position des Compliance-Beauftragten im WpHG § 33 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 5 WpHG. Danach ist „eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann." Nach § 33 Abs. 3 Nr. 5 WpHG ist sicherzustellen, dass die Geschäftsleitung das Aufsichtsorgan in angemessenen Zeitabständen, zumindest einmal jährlich, Berichte der mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter über die Angemessenheit und Wirksamkeit der Grundsätze, Mittel und Verfahren nach Nr. 1 erhalten, die insbesondere angeben, ob zur Behebung von Verstößen des Wertpapierdienstleistungsunternehmens oder seiner Mitarbeiter gegen Verpflichtung dieses Gesetzes oder zur Beseitigung des Risikos eines solchen Verstoßes geeignete Maßnahmen ergriffen wurden.

Aus der Regelung ist zu entnehmen, dass es sich um eine präventive Rechtsberatung handelt und die Stellung des Compliance Officers unabhängig sein muss.

Zur Stellung des Compliance Officers und seiner strafrechtlichen Bedeutung ist das Urteil des BGH im Berliner Stadtreinigungsfall den gesetzlichen geregelten Beauftragten gleichzustellen.[12] Im Ergebnis ist der Compliance Officer Gehilfe und macht sich wegen Beihilfe strafbar, wenn der Geschäftsleiter gegen eine Rechtsvorschrift verstößt und er diesen Verstoß nicht verhindert.

Auf Grund dieser Rechtslage ist der Geschäftsleitung zu empfehlen, einen Compliance-Beauftragten zu bestellen und ihn nach dem Vorbild der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Regelungen so auszustatten, dass er unabhängig ist und Rechtsverstöße auch die der Geschäftsleiter verhindern kann. Vermieden wird dadurch der Interessenkonflikt beim Geschäftsleiter, durch Kontrollen über legales Verhalten im Unternehmen sich mit dem Vorwurf des Organisationsverschuldens selbst zu belasten.

Vorschläge finden sich in der Literatur, nämlich auf Dauer Tagesordnungspunkte für Aufsichtsratssitzungen zu Compliance relevanten Sachverhalten einzurichten und den Vorstand grundsätzlich zu verpflichten, regelmäßig über die Einhaltung von Rechtsvorschriften zu berichten.[13]

VII. Compliance-Beauftragte mit Rechtskenntnissen

Der Compliance-Beauftragte sollte deshalb über Rechtskenntnisse verfügen und zur präventiven Rechtsanwendung ausgebildet und in der Lage sein. Dazu zählt es, Unternehmenssachverhalte auf ihre rechtliche Relevanz einzuschätzen. Alle Unternehmenssachverhalte müssen darauf geprüft werden, ob sie Rechtspflichten auslösen, an wen sie zur Erfüllung zu delegieren sind und wie die Erfüllung der Rechtspflichten kontrolliert, sichergestellt und dokumentiert werden kann. Die besondere rechtliche Anforderung besteht darin, dass Rechtspflichten im Unternehmen zu ermitteln sind, noch bevor ein Schaden entstanden ist und damit ein Indiz für einen Rechtsverstoß vorliegt. Rechtsrisiken sind zu erfassen, noch bevor es zu einem Rechtsverstoß gekommen ist. Rechtsrisiken lassen sich nicht erkennen, vielmehr muss man sie sich denken. Es handelt sich um Fiktionen und nicht um Fakten. Die Analyse von Rechtsrisiken stellen höhere Anforderungen als die rechtliche Prüfung bei der Abwicklung eines Schadens. Vorstände sind verpflichtet, sich selbst legal zu verhalten und für legales Verhalten ihrer Angestellten zu sorgen. Sie tragen die Legalitätspflicht. Sie üben damit in ihrem Unternehmen eine Rechtsaufsicht aus, die wiederrum von Aufsichtsräten überwacht werden muss.[14] Der Aufsichtsrat hat darüber zu wachen, dass der Vorstand keine rechtswidrigen Maßnahmen durchführt, wozu sogar die Einhaltung ausländischer Rechtsnormen und die Grenzen der satzungsmäßigen Unternehmensgegenstände gehören können. Einschreiten muss der Aufsichtsrat, wenn er Umstände kennt, aus denen sich Rechtsverstöße ergeben.[15] Bei der Rechtsaufsicht durch Vorstände als auch durch Aufsichtsräte stellen sich regelmäßig Rechtsfragen, welche Rechtspflichten durch Unternehmenssachverhalte ausgelöst werden, wie sie zu erfüllen sind und wie deren Erfüllung zu

11 *Feldhaus* zeichnet die gesetzgeberische Diskussion nach, an dessen Ergebnis die Eigenkontrolle durch unabhängige gesetzliche geregelte Umweltbeauftragte steht, BImSchG, Stand 2016, § 54, Rn. 23 ff.; *ders.*, NVwZ 1991, 927, 933.

12 BGH, 17.7.2009 – V StR 394/05 (Berliner Stadtreinigungsfall), NJW 2004, 3173.

13 *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für Corporate Compliance, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1116; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 52.

14 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 15, 16.

15 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 15.

überwachen ist. Die Besonderheit bei der Rechtsaufsicht im Unternehmen besteht darin, dass Vorstände und Aufsichtsräte i. d. R. keine eigenen Rechtskenntnisse haben und dadurch oftmals die Tragweite ihrer Pflicht zur Rechtsaufsicht unterschätzen. Nur so lassen sich die ruinösen Rechtsverstöße in Unternehmen erklären. Entscheidungen fallen nach dem Prinzip, dass das Geschäft immer vorgeht und die Legalität der Entscheidung nachrangig behandelt wird. Bezeichnend ist, dass z. B. nach § 100 AktG als persönliche Voraussetzung für Aufsichtsratsmitglieder Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung bei mindestens einem unabhängigen Mitglied des Aufsichtsrats für Gesellschaften nach § 264d HGB verlangt werden, nicht jedoch rechtliche Vorkenntnisse. Bezeichnend ist auch, dass zum gesetzlichen Berichtsprogramm nicht das Risikomanagement nach § 91 Abs. 2 AktG und das Compliance-System gehören. Zu Recht wird gefordert, in den Berichtsumfang die Erfüllung der Legalitätspflicht durch die Unternehmensführung aufzunehmen.[16] Auch der Abschlussprüfer ist nicht zur speziellen Compliance-Prüfung verpflichtet. Die Pflicht zur Rechtsaufsicht ohne eigene Rechtskenntnisse steigert das Risiko von Rechtsverstößen.

VIII. Die Organisationspflicht, Rechtsrat einzuholen

Klargestellt hat der BGH in seinem Ision-Urteil die Pflicht von Vorständen und Geschäftsführern damit auch Aufsichtsräten, bei eigener Rechtsunkenntnis und bei offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen, um Rechtsirrtümer zu vermeiden. Diese Haftung von Vorstandsmitgliedern für Rechtsirrtümer gilt auch für Aufsichtsratsmitglieder.[17]

Vorstände und Aufsichtsräte haften nicht, wenn der Rechtsirrtum unverschuldet ist. Die Organhaftung für Rechtsirrtümer entfällt nur dann, wenn die offene Rechtsfrage durch zugelassene unabhängige Rechtsanwälte geprüft wurde, die über die erforderliche Sachkunde verfügen, die umfassend über den Unternehmenssachverhalt durch den Vorstand aufgeklärt wurden, alle Unterlagen zur Verfügung gestellt sind und der erteilte Rechtsrat von Vorständen und Aufsichtsräten einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterzogen wurde. Eine mündliche Beratung genügt nicht, weil sie keine Grundlage für eine nachträgliche Plausibilitätskontrolle sein kann.[18]

IX. Das Problem des Erkennens offener Rechtsfragen

Die Erfüllung der Pflicht, zu offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen setzt voraus, zunächst offene Rechtsfragen zu erkennen. Rechtsrat einholen kann nur, wer die offene Rechtsfrage stellen kann. Ist ein Schaden durch einen Rechtsverstoß entstanden, stellt sich die offene Rechtsfrage von selbst, wenn zu entscheiden ist, wer für den Schaden haftet. Der Schaden ist der Anlass für die offene Rechtsfrage. Die Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern besteht jedoch gerade darin, eine Rechtspflicht zur Vermeidung des Schadens einzuhalten, noch bevor er eingetreten ist. Compliance-Systeme müssen so angelegt sein, dass auch ohne einen eingetretenen Schaden durch einen Rechtsverstoß die offene Rechtsfrage erkannt werden kann, und ohne dass sich Geschädigte um die Haftung streiten und sich anlässlich dieses Streits die offenen Rechtsfragen nach Rechtspflichten aufdrängen. Bevor Vorstände und Geschäftsführer Rechtsrat einholen können, müssen sie wissen, zu welchen Rechtsfragen sie sich präventiv beraten lassen müssen. Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Gerade weil Geschäftsleitern von Unternehmen nicht mit eigenen Mitteln wirtschaften, sondern fremden Vermögensinteressen verpflichtet sind, treffen Vorstände grundsätzlich erhöhte Sorgfaltspflichten.[19]

Zur Vermeidung des Vorwurfs der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB werden hohe Anforderungen an den Geschäftsleiter für die Kenntnis der einschlägigen Rechtsvorschriften gestellt. Die objektive Geltung der Rechtsordnung und deren Funktionsfähigkeit darf nicht von der individuellen Normkenntnis der Geschäftsleiter abhängig sein. Aus dem allgemeinen Geltungsanspruch der Rechtsordnung wird von Geschäftsleitern die Kenntnis der Rechtspflichten des Unternehmens verlangt.[20] Von Geschäftsleitern werden nicht die Rechtskenntnisse eines Rechtsanwalts gefordert, von dem eine einwandfreie methodologische Subsumtion erwartet wird. Für den Geschäftsleiter wird es als ausreichend angesehen, den wesentlichen Inhalt der rechtlichen Vorschriften und deren grundsätzliche juristische Deutung zu erfassen. Die Sorgfaltsanforderungen an einen Geschäftsleiter liegen unter den Anforderungen an die Rechtsberatung durch Anwälte.

Die Anforderungen an den Geschäftsleiter bei der Erfüllung seiner Legalitätspflicht wird in der Literatur so unklar beschrieben, dass sie kaum praktikabel sind.

Bei der präventiven Rechtsberatung müssen Geschäftsleiter rechtlich beraten werden, wie sie die offenen Rechtsfragen ermitteln können, um ihre Pflicht überhaupt erst erfüllen zu können, Rechtsrat einzuholen.

Als ausreichend wird angesehen, dass ein „Problembewusstsein" dafür vorhanden ist, dass eine Entscheidung gegen geltendes Recht verstößt.[21] Können Vorstände offene Rechtsfragen nicht stellen, können auch noch so qualifizierte Anwälte nicht dabei helfen, den Geschäftsleiter zu entlasten, weil den Anwalt die offene Rechtsfrage nicht erreicht.[22] Gefordert wird vom Vorstand, ein „Gespür für Rechtsrisiken"[23] oder auch „Sensibilität".[24] Vom Vorstand wird nicht verlangt, die Rechtslage selbst richtig zu beurteilen sondern nur „die Fähigkeit zum Zweifel und zum kritischen Blick in Bezug auf die Vereinbarkeit der geplanten Maßnahmen mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen."[25] Mehr an juristischen Fähigkeiten kann von Geschäftsleitern zu Recht nicht verlangt werden, weil ansonsten nur ausgebildete Volljuristen für die Tätigkeit des Unternehmensleiters geeignet wären.[26]

16 *Lutter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 623.
17 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AkG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 49; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1302.
18 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (Ision-Urteil), BB 2011, 2960 m. BB-Komm. *Fedke*, Rn. 16.
19 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 220.
20 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223.
21 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 221.
22 *Hauschka*, NJW 2004, 257, 260.
23 *Schneider*, DB 2011, 99, 102.
24 *Binder*, AG, 2008, 274, 283.
25 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 222.
26 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 222.

X. Die strengen Anforderungen der Rechtsprechung

Im Gegensatz zur Literatur mit ihren unklaren Anforderungen verlangt die Rechtsprechung für die Erfüllung der Legalitätspflicht von Vorständen, sämtliche erreichbare Informationen einzuholen und „alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen".[27]
Festzuhalten bleibt, dass vergleichbar zum Verbotsirrtum im Strafrecht die Rechtsordnung nicht auf die Einhaltung der einschlägigen Rechtspflichten eines Unternehmens verzichtet, vielmehr auf der Pflichtenbindung besteht, und zur Ermittlung der Rechtspflichten „sämtliche erreichbaren rechtlichen Informationen" verlangt. Berücksichtigt man diese Rechtsprechung, reicht es nicht, von Geschäftsleitern nur „Problembewusstsein", „Sensibilität", oder „ein Gespür für Rechtsrisiken" zu fordern, wenn offene Rechtsfragen erkannt werden müssen. Die Pflicht von Geschäftsleitern wird von der Literatur nicht ausreichend und praktikabel beschrieben, unter welchen Bedingungen sie Rechtsrat einzuholen haben.[28] Zu untersuchen bleibt deshalb, wie offene Rechtsfragen für Geschäftsleiter ohne eigene Rechtskenntnisse erschöpfend aus allen verfügbaren Informationsquellen zu erfassen sein sollen.[29]

XI. Die Legal-Tech-Lösung für die Praxis

In der aktuellen Beschreibung der Problemlage werden die Möglichkeiten übersehen, durch den Einsatz moderner Datenbanktechnik sämtliche erreichbaren rechtlichen Informationsquellen mit vertretbarem Zeitaufwand auszuschöpfen. Alle Unternehmenssachverhalte enthalten ausnahmslos offene Rechtsfragen und sind deshalb danach zu prüfen, ob sie in Gesetzen, Verordnungen, unter gesetzlichen Regelwerken abstrakt und generell, oder ob sie in Gerichtsurteilen schon einmal im konkreten Einzelfall entschieden wurden und ob sie im Ergebnis Rechtspflichten auslösen. Sind sie gesetzlich geregelt oder von Gerichten entschieden, ist anzunehmen, dass von ihnen ein Risiko ausgeht, das durch Rechtspflichten abzuwenden ist.
Geht man davon aus, dass in Betrieben aus etwa 40 Branchen bis zu 16 000 Rechtsnormen, Gesetze, Verordnungen und untergesetzliche Regelwerke und im Durchschnitt etwa 4 000 Rechtspflichten in jedem Unternehmen einschlägig sein können, ist es unverzichtbar, mit Hilfe der Datenbanktechnik nach Rechtspflichten zu jedem Unternehmenssachverhalt zu recherchieren. Bei der Erfüllung der Legalitätspflicht kann sich kein Geschäftsleiter auf sein „Problembewusstsein" oder sein „Gespür für Rechtsrisiken" oder seine „Sensibilität" verlassen, ohne sich dem Haftungsrisiko durch Rechtsverstöße auszusetzen.
Unverzichtbar ist v. a., die einschlägigen von den nicht einschlägigen Rechtspflichten zu unterscheiden und aus der Gesamtmenge aller Rechtsnormen und Rechtspflichten herauszufiltern. Je umfangreicher der Inhalt, der in eine Compliance-Management-System eingesetzte Datenbank ist, umso geringer ist das Risiko, eine Rechtspflicht zu übersehen. Große digitalisierte Sammlungen von Gesetzen, untergesetzlichen Regelwerken und Gerichtsurteilen lassen sich danach digital durchsuchen, ob und in welchen Rechtsnormen ein Unternehmenssachverhalt geregelt ist. Sichergestellt werden muss, dass alle Unternehmenssachverhalte ausnahmslos zu prüfen sind, weil jeder Sachverhalt ein potenzielles Risiko darstellt und bei der Vielzahl der gesetzlichen Regelungen und der Vielzahl der Gerichtsurteile nicht abzuschätzen ist, ob Rechtspflichten von den Unternehmenssachverhalten ausgelöst werden. Das in der Rechtsprechung geforderte Ausschöpfen aller erreichbaren rechtlichen Information lässt sich nur mit digitalen Recherchen in Datenbanken bewältigen, in denen die verfügbaren Rechtsquellen und Informationen vollständig und lückenlos gespeichert sind. Legal-Tech-Lösungen sind unverzichtbar, um die Vorgaben der Rechtsprechung zur Ermittlung aller Rechtspflichten und zur Vermeidung des Verbotsirrtums nach § 17 StGB zu erfüllen, sämtliche erreichbaren rechtlichen Informationen erschöpfend zu ermitteln, um den zeitlichen Prüfaufwand auf ein vertretbares Maß zu senken und die Rechtssicherheit gleichzeitig zu erhöhen. Moderne Recherchetechniken erlauben es, Listen von einer Vielzahl von Unternehmenssachverhalten gleichzeitig in einem einzigen Suchvorgang daraufhin zu überprüfen, in welchen Rechtsnormen sie geregelt sind. Einmal geprüfte Unternehmenssachverhalte lassen sich mit den ermittelten Rechtspflichten digital verlinken, speichern und jederzeit verfügbar abrufen. Die Prüfergebnisse müssen nicht wieder geprüft, sondern nur im gespeicherten Lösungsvorrat wieder gefunden werden. Systematisch lässt sich der Prüfaufwand senken. Sachverhalte in den Unternehmen wiederholen sich und gleiche Sachverhalte lösen gleiche Pflichten aus, lassen sich standardisieren, einmal speichern und immer wieder abrufen. Typische Anlagen wie Kräne, Gabelstapler, Versuchsautoklaven, Galvanikeinrichtungen und immer wiederkehrende Industrieverfahren wie Schweißen, Lackieren und Beschichten lösen die gleichen Pflichten aus. Systematisch gespeichert sammelt sich ein ständig wachsender Lösungsvorrat, auf den immer wieder zurückgegriffen werden kann. Mit wachsendem Lösungsvorrat sinkt der Prüfaufwand. Viele Nutzer können sich den gleichen Lösungsvorrat teilen, anstatt die gleichen Rechtsfragen immer wieder aufs Neue und getrennt voneinander zu prüfen. Standardisierung und Mehrfachnutzung von Rechtspflichten senkt den Compliance-Aufwand.[30]
Unternehmenssachverhalte, die weder gesetzlich geregelt sind, noch von der Rechtsprechung im Einzelfall entschieden wurden, müssen erstmals daraufhin geprüft werden, ob sie Risiken für geschützte Rechtsgüter verursachen und durch Verkehrssicherungspflichten abzuwenden sind.[31]
Vorstände und Aufsichtsräte können anhand dieses Ermittlungsverfahrens von Rechtspflichten im Unternehmen ihre Pflicht zur Rechtsaufsicht erfüllen, indem sie abfragen, ob alle Unternehmenssachverhalte auf Rechtspflichten geprüft wurden. Die Prüfung lässt sich im Compliance-Management-System automatisch mit den Prüfergebnissen protokollieren, sodass Vorstände und Aufsichtsräte zu ihrer Entlastung Beweise nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG sichern können.
Die ermittelten Pflichten lassen sich im Compliance-Management-System auf Verantwortliche im Unternehmen delegieren, indem Mitarbeiter mit Pflichten digital verlinkt werden, sodass im Ergebnis jederzeit jedermann abfragen kann, welche Mitarbeiter welche Pflichten in welchem Betriebsteil und zu welchen Unternehmenssachverhalten zu erfüllen haben.
Ist das Compliance-Management-System einmal auf seine Eignung im Rahmen einer Systemprüfung durch Auditoren zertifiziert, können

27 BGH, 14.7.2008 – II ZR 202/07, ZIP 2008, 1675, 1676; OLG Celle, 28.5.2008 – 9 U 184/07, AG 2008, 711, OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – I-6 W 45 (IKB-Entscheidung), AG 2010, 126, 128; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223.
28 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 227.
29 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 227.
30 *Rack*, CB 2016, 19.
31 BGH 18.9.1984 – VI ZR 223/82 (Kupolofen-Entscheidung), BGHZ 92, 143, BB 1984, 1970.

Vorstände und Aufsichtsräte auch ohne eigene Rechtskenntnisse jederzeit überprüfen, ob die einmal festgelegten Verfahrensregeln in der Unternehmenspraxis erfüllt werden. Sie können abfragen, ob alle Unternehmenssachverhalte auf Rechtspflichten geprüft wurden, ob die Pflichten ausnahmslos delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert wurden.
Durch den Einsatz dieses formalisierten einmal festgelegten Compliance-Systems können sich Vorstände und Aufsichtsräte darauf verlassen, keine offenen Rechtsfragen verkannt zu haben, insbesondere alle Organisationspflichten erfüllt zu haben, um sich selbst legal zu verhalten und ausreichend dafür gesorgt zu haben, dass die Unternehmensmitarbeiter sich ebenfalls legal verhalten.
Seit dem 15.12.2014 gelten speziell die Vorgaben für die Unternehmensführung als internationale Selbstregulierung nach ISO 19600, für das Umweltmanagement die DIN ISO 14001, EMAS.[32]
Die Legal-Tech-Lösung hilft beim Erkennen der Grenze zwischen rechtlich gebundenen und unternehmerischen Entscheidungen gem. § 93 Abs. 2 AktG zu finden. Die unternehmerische Entscheidung wird durch die Business Judgement Rule privilegiert und ist von der rechtlich gebundenen Entscheidung zu unterscheiden.[33] Bevor Vorstände eine unternehmerische Entscheidung annehmen dürfen, müssen sie prüfen, ob diese Entscheidung nicht rechtlich gebunden ist, ob gesetzliche Vorschriften oder Vorgaben aus der Rechtsprechung existieren und zur rechtliche gebundenen Entscheidung machen. Diese Prüfung lässt sich nur mit angemessenem Prüfaufwand lösen, indem digital in einer möglichst umfassenden Bibliothek recherchiert wird, ob der Unternehmenssachverhalt, über den zu entscheiden ist, rechtlich geregelt ist und rechtliche Vorgaben zu beachten sind.[34]
Die Legal-Tech-Lösung hilft schließlich bei der Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers (Availability bias). Die schnelle Verfügbarkeit von rechtlichen Informationen bestimmt darüber, ob Rechtsrisiken entweder unterschätzt, überschätzt oder verkannt werden. Die Anzahl der abgerufenen Beispiele zu Unternehmenssachverhalten und Rechtsrisiken sowie die Leichtigkeit des Abrufs entscheiden darüber, ob ein Risiko, wozu auch Rechtsrisiken zu zählen sind, erfasst oder übersehen wird.[35]

XII. Die Beweislastumkehr für Aufsichtsräte

Hervorzuheben ist, dass die nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG geltende Beweislastumkehr für Vorstände auch für Aufsichtsräte entsprechend gilt. Im Ergebnis müssen Aufsichtsratsmitglieder im Schadensfall den Nachweis erbringen, dass sie ihre Pflichten zur Überwachung, insbesondere zur Rechtsaufsicht und zur Beratung des Vorstands in Compliance-Fragen erfüllt haben.[36] Will sich ein in Anspruch genommenes Aufsichtsratsmitglied entlasten, so hat es darzulegen und zu beweisen, dass es bei der Ausführung seines Amtes die erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds angewandt hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.[37]

XIII. Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern bei Gremienentscheidungen

Kommt es durch Mehrheitsentscheidungen des Aufsichtsrats zu Rechtsverstößen, trägt das einzelne Aufsichtsratsmitglied die Beweislast für das eigene pflichtgemäße Verhalten. Insbesondere gilt die Nachweispflicht des überstimmten Aufsichtsratsmitglieds für Rechtsverstöße im Unternehmen. Bei drohenden Rechtsverstößen hat ein Aufsichtsratsmitglied die Pflicht, rechtswidrige Beschlüsse zu verhindern, Abstimmungen zu organisieren und gegen rechtswidrige Beschlüsse zu stimmen, auf eigene rechtliche Bedenken hinzuweisen und die anderen Aufsichtsratsglieder nachdrücklich zu warnen. Es reicht insbesondere nicht aus, sich der Mehrheit zu beugen, sondern meinungsbildend vor einer Abstimmung auf legales Verhalten im Unternehmen hinzuwirken. Es empfiehlt sich, Beweise zu sichern, dass das überstimmte Aufsichtsratsmitglied alles getan hat, um die Mehrheit von dem Entschluss zu illegalem Verhalten abzubringen. Die Ablehnung ist zu protokollieren. Der Nachweis lässt sich durch die Vorlage des Sitzungsprotokolls erbringen.[38] Bei der Überzeugungsarbeit durch Meinungsbildung innerhalb des Gremiums empfiehlt es sich, Folgeerwägungen als Argumente zu nutzen, insbesondere auf Realfolgen als auch auf Rechtsfolgen hinzuweisen. Nicht entlasten kann sich ein Aufsichtsratsmitglied durch den bloßen Hinweis, von der Mehrheit überstimmt worden zu sein, ohne den Versuch nachzuweisen, seine Gegenargumente durchzusetzen.

XIV. Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern nach §§ 116, 93 AktG

Verletzt ein Aufsichtsrat seine Überwachungspflichten nach § 111 AktG, haftet er gegenüber der AG im Rahmen der Innenhaftung für den daraus entstehenden Schaden nach § 116 AktG wie Vorstände nach § 93 AktG.
Ausgenommen ist die Regelung nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG zur D&O Versicherung. Die Aufsichtsräte haben bei der Überwachung des Vorstands nach § 111 Abs. 1 AktG sowie seiner Bestellung nach § 84 AktG wie die Vorstandsmitglieder die Interessen des Unternehmens zu wahren.[39] Die Sorgfaltsmaßstäbe gelten sowohl für Anteilseigner- als auch Arbeitnehmervertreter.
Die Haftungsnorm nach § 116 AktG hat einerseits eine Ausgleichsfunktion für die Pflichtverletzung des Aufsichtsrats, andererseits auch die Funktion eines Anreizes für Aufsichtsratsmitglieder, Schäden von dem Unternehmen abzuwenden. Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat müsste vom Vorstand geltend gemacht werden. In der Realität kommt es kaum zur Durchsetzung von Ansprüchen, weil der Vorstand und der Aufsichtsrat als Organe der Gesellschaft eng verbunden sind. Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist in § 147 AktG geregelt, wonach ein Beschluss der Hauptversammlung mit einfacher Stimmmehrheit erforderlich ist. Wird die einfache Stimmmehrheit nicht erreicht, hat das Gericht auf Antrag von Aktionären, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von einer

32 *Rack*, CB 2014, 279–290, CB 2014, 25.
33 Begr. RegE BT-Drs. 3/05, 18.
34 *Rack*, CB 2014, 54.
35 *Rack*, CB 2014, 238.
36 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 135–139; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 216.
37 BGH, 16.3.2009 – II ZR 280/07, NJW 2009, 2454, 2465, BB 2009, 1207 m. BB-Komm. *Lappe/Hartmann*; BGH, 1.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, Rn. 20, BB 2009, 118 m. BB-Komm. *Frhr. von Falkenhausen/Kocher*.
38 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 51; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 217.
39 Ständige Rechtsprechung, BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 330; BGH, 28.11.1988 – II ZR 57/88, BGHZ 106, 54, 65, BB 1989, 240.

Million Euro erreichen, als Vertreter der Gesellschaft zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs andere als die nach den §§ 78, 112 AktG zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Personen zu bestellen, wenn ihm dies für eine gehörige Geltendmachung zweckmäßig erscheint. Gibt das Gericht dem Antrag statt, so trägt die Gesellschaft die Gerichtskosten. Die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 147 Abs. 2 AktG ist dann sinnvoll, wenn die für die Geltendmachung der Ersatzansprüche zuständigen Organe nicht das Vertrauen einer unvoreingenommenen Rechtsverfolgung genießen.[40]
Die Zulassung der Klage ist an die Voraussetzung in § 148 Abs. 1 S. 2 AktG gebunden. Das Haftungsrisiko für Aufsichtsräte steigt durch die Regelung der Klageerzwingung nach den §§ 147, 148 AktG, wonach auch Minderheitsaktionäre mit einem Anteil von zusammen 10 % des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von einer Millionen Euro zur Klage berechtigt sind, wenn ein Beschluss der Hauptversammlung mit einfacher Stimmmehrheit für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Aufsichtsrat nicht zustande kommt. Die gleichen Haftungsregeln gelten auch für die mitbestimmungsfreie GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat durch den Verweis von § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 116 i. V. m. § 93 Abs. 1, 2 S. 1 und 2 AktG, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.[41]
Die Haftung des Aufsichtsrats nach § 116 AktG wird durch seine Stellung als Organmitglied begründet. Es kommt deshalb nicht auf schuldrechtliche Dienstverträge an. Nur die Organstellung löst die Haftung aus. Er haftet auch als faktisches Organ, wenn er die Aufsichtshandlungen vornimmt, ohne bestellt zu sein.
Aufsichtsräte müssen einen Mindeststandard erfüllen und die nötigen Kenntnisse bringen oder sich beschaffen, um eigenständig seine Aufgaben nach § 100 Abs. 5 AktG erfüllen können. Übernimmt ein Aufsichtsratsmitglied ein Mandat ohne die erforderlichen Voraussetzungen, trifft es der Vorwurf des Übernahmeverschuldens.
Die berufliche Sachkunde in aufsichtsrechtlichen Spezialgesetzen als Eignungsvoraussetzung für die Übernahme des Aufsichtsratsmandats muss gesetzlich vorgeschrieben sein, z. B. § 25d KWG, § 18 Abs. KAGB, § 119 Abs. 3 KAGB, § 147 Abs. 3 KAGB, § 7a Abs. 4 VAG. Diese Spezialsachkunde geht über die aktienrechtlichen Mindestanforderungen hinaus.
Die Pflicht des Aufsichtsrats ist persönlich geschuldet. Die Auswertung der Vorstandsberichte ist nicht delegierbar. Sachverständige können allerdings hinzugezogen werden. Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied muss darauf hinwirken, dass die Pflichten des Gesamtaufsichtsrates erfüllt werden.[42]
Hervorzuheben ist, dass die Vorstandberichte nach § 90 AktG von einzelnen Vorstandsmitgliedern angefordert werden können oder sogar müssen. Insbesondere wenn die Berichte der Geschäftslage unklar geblieben ist.

XV. Fazit

Zur Vermeidung ihrer eigenen Haftung können Aufsichtsräte durch ein formalisiertes Verfahren im Compliance-Management-System ihre Überwachungspflichten als Rechtsaufsicht erfüllen, indem sie auf die Einführung eines Compliance-Management-Systems hinwirken, im Rahmen einer einmaligen Systemprüfung die Eignung des Systems überprüfen, um die Einhaltung aller Unternehmenspflichten durch Vorstände und Unternehmensmitarbeiter zu sichern. In der erstmaligen Systemprüfung ist sicherzustellen, dass sämtliche rechtlichen Voraussetzungen aus gesetzlichen, untergesetzlichen Regeln und aus Gerichtsurteilen im Konzept des Compliance-Management-Systems eingehalten sind. Nach der erstmaligen Anordnung und Einrichtung des Systems hat der Aufsichtsrat regelmäßig zu prüfen, ob das System praktiziert wird, die Einhaltung aller Rechtspflichten des Unternehmens gewährleistet ist und Beweise durch Protokolle im System gesichert sind.[43] Bei der erstmaligen Konzeption des Compliance-Management-Systems haben Vorstände und Aufsichtsräte sich rechtlich von unabhängigen Rechtsanwälten beraten zu lassen und entsprechend der BGH-Rechtsprechung im ISION-Urteil die Beratungsergebnisse einer eigenen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Mit Hilfe dieser Lösung lässt sich höchstmögliche Rechtssicherheit bei geringstmöglichem Aufwand erreichen.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, *RA, 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, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.*

40 *Mock*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 147, Rn. 45.
41 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111, Rn. 4.
42 *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 116, Rn. 19.
43 *Winter*, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 1119; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363, 03 (I) (Stille Lasten), WM 2004, 2157.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

6 / 2017

Betriebs-Berater Compliance

7.6.2017 | 5.Jg
Seiten 177–220

EDITORIAL

Dr. Martin Schorn, RA, und **Dr. Maximilian Utz**, LL.M. (Edinburgh), RA
Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung | I

CORPORATE COMPLIANCE

Nikolai Unmuth, LL.M. (USC), Dipl.-Jur. Univ.
Die organisatorische Umsetzung der Corporate Compliance | 177

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Rüdiger Giebichenstein, Dipl.-Wirtsch.-Inform., und
Carsten Alexander Schirp, Dipl. Ing.
IT-Sicherheitsgesetz (IT-SiG) – Erster Referentenentwurf der Änderungsverordnung zur Kritisverordnung erschienen, der die Schwellenwerte für betroffene Unternehmen im Gesundheitssektor konkretisiert | 183

Dr. Jan Dörrwächter, RA
CB-Forum: Vergütungsberatung und Rechtsdienstleistungsgesetz | 188

COMPLIANCE MANAGEMENT

Jan-Patrick Vogel, LL.M. (Stellenbosch), RA/FAArbR, und
Johannes Simon, LL.M. (Durham) RA/FAArbR
Fremdpersonal-Compliance: Strafbarkeit vermeiden | 193

Mirco Vedder, Dipl.-Kfm., und **Christian Parsow**, Dipl.-Kfm., und **Agnes Hanko**
Prüfungsmöglichkeiten weiterer Corporate Governance-Elemente – Inhalte und Konsequenzen durch die Einführung der Prüfungsstandards IDW PS 981, 982 und 983 für Unternehmen | 199

Vincenz Behn und **Stefan Hilpert**
Geschäftspartner-Due-Diligence in der Praxis: Prüfprozesse mit globalen Unternehmensdaten vereinfachen | 205

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Sarah Reinhardt, RAin/FAinArbR und **Gerd Kaindl**, RA
Mitarbeiterinterviews im Rahmen von Internal Investigations – ein schmaler Grat zwischen Befragung und Verhör | 210

Dr. Manfred Rack, RA
Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung | 216

Schriftleitung:
CAD-Institut
für Compliance,
Arbeitsrecht und
Datenschutz

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung

Bei eigener Rechtsunkenntnis sind Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet, Rechtsrat einzuholen, um Rechtsverstöße präventiv zu vermeiden. Diese unbestrittene Rechtspflicht wird i. d. R. nicht eingehalten. Es kommt zu Rechtsverstößen in Unternehmen, weil sich die Verantwortlichen vorher nicht beraten lassen. Der Dunning-Kruger-Effekt bietet dafür eine psychologische Erklärung. Die eigene Rechtsunkenntnis zu erkennen, setzt Rechtskenntnisse voraus. Verkannt werden schon das Fehlen der eigenen erforderlichen Sachkunde zur Rechtsprüfung und damit der Anlass zur präventiven Rechtsberatung. Deshalb muss die präventive Rechtberatung auch ohne Anlass zur Routine und zur Pflicht werden. Mit zunehmender Digitalisierung der Rechtsanwendung wird diese Pflicht zumutbar. Bei sinkendem Aufwand steigen Komfort und Rechtssicherheit der präventiven Rechtsprüfung.

1. Die Pflicht zur „Einholung von Rechtsrat“

Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Der pflichtbewusste Unternehmensleiter wirtschaftet nicht mit eigenen Mitteln, sondern ist ähnlich wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet. Ihn treffen grundsätzlich höhere Sorgfaltspflichten als eine Privatperson.[1] Vorstandsmitglieder müssen die rechtlichen Vorschriften kennen, die für den eigenen Verantwortungsbereich von Bedeutung sind. Sie müssen die wesentlichen Inhalte der rechtlichen Vorschriften und deren juristische Bedeutung erfassen. Ausreichend soll sein, dass Organmitglieder einer AG die Rechtslage der Gesellschaft selbst sachgerecht einzuschätzen im Stande sind, wobei es ausreichen soll, verhindern zu können, dass die Gesellschaft sich konträr zu den Rechtsnormen verhält und ein „Problembewusstsein“ dafür vorhanden ist, dass eine geplante Maßnahme möglicherweise im Konflikt mit geltendem Recht steht. Ähnlich dem „Problembewusstsein“ wird ein „Gespür für Rechtsrisiken“[2] oder „Sensibilität“[3] verlangt. Offenbar wird von Vorständen gefordert, offene Rechtsfragen zu erkennen. Abgeschwächt wird diese Anforderung, indem nicht die Fähigkeiten eines ausgebildeten Volljuristen verlangt werden.[4] Die Pflicht zur Einholung von Rechtsrat setzt voraus, dass der Geschäftsleiter überhaupt erst einmal erkennt, dass das beabsichtigte Verhalten der Gesellschaft möglicherweise gegen Rechtsnormen verstößt. Die fehlende eigene Sachkunde wird als Voraussetzung für die Pflicht des Organmitglieds zur Einholung von Rechtsrat verstanden.[5]

Unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen ein Geschäftsleiter Rechtsrat einholen muss, bei eigener Rechtsunkenntnis. Er soll mehr wissen als nur ein Privatmann und weniger als ein ausgebildeter Volljurist, sowie „Problembewusstsein“, „Sensibilität“ und „Gespür für Rechtsrisiken“ haben. Zu Recht werden Zweifel geäußert, ob ein Geschäftsleiter ohne eigene Rechtskenntnisse überhaupt in der Lage ist, seine offenen Rechtsfragen zu stellen.[6] Zuletzt fordert der BGH im ISION-Urteil, dass das Vertretungsorgan, das „selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt“ sich von einem unabhängigen für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.[7]

2. Die Erkundigungspflicht im Strafrecht zur Vermeidung des Verbotsirrtums

Ohne Schuld handelt ein Täter nach § 17 StGB, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte, weil ihm bei Begehung der Tat die

1 MünchKomm/Spindler, AktG, § 93 Rn. 24
2 Uwe. H. Schneider, DB 2011, 99, 102
3 Binder, AG 2008, 274, 283
4 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012 S. 221
5 Kaulich S. 228 mit weiteren Nachweisen in Fn. 366 zur herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, BGH, DB 2007, 1455, 1457
6 Hauschka, NJW 2004, 257, 260
7 BGH Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 Anm. 78 [ISION-Urteil]

Einsicht Unrecht zu tun fehlt. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe. Dieser Grundsatz gehört zum Allgemeingut. Geschäftsleiter haben die Pflicht, sich über die Rechtslage zu erkundigen, um einen Verbotsirrtum zu vermeiden. Dazu müssen Sie Rechtsrat einholen und ihr Gewissen mit der Frage angespannt haben, ob sie selbst ihr Verhalten als legal oder illegal einschätzen.[8]

Ein Verbotsirrtum liegt vor, wenn die nach dem Gesetz erforderliche Unrechtseinsicht zum Zeitpunkt der Tat nicht gegeben ist, wenn der Täter nicht weiß, dass sein Tun oder Unterlassen gegen eine verbindliche Rechtsvorschrift verstößt. Für die Unrechtseinsicht genügt das Bewusstsein, dass das Verhalten „gegen irgendwelche gesetzlichen Bestimmungen" verstößt.[9] Das Unrecht muss der Täter nicht als sicher erkennen.[10] Die Unrechtseinsicht liegt schon dann vor, wenn der Täter während seiner Tatbegehung mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun und er dies billigend in Kauf nimmt. Dann liegt ein bedingtes Unrechtsbewusstsein vor, das einen Verbotsirrtum ebenfalls ausschließt.[11] Ist die Rechtslage unklar, ist die Strafbarkeit immer möglich. Ein Verbotsirrtum liegt unzweifelhaft dann vor, wenn der Täter keinen Rechtsverstoß erkennt.

Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn das Verhalten eines Täters ihm hätte Anlass geben müssen, die mögliche Rechtswidrigkeit aufzuklären und er hierdurch das Unrecht eingesehen hätte. Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn kein Anlass bestand, die Rechtswidrigkeit aufzuklären und er das Unrecht nicht eingesehen hätte. Wenn ein Bürger Anlass hatte, eine Rechtsfrage zu klären, muss er all seine Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen einsetzen.[12] Der juristische Laie muss Rechtsrat einholen, indem er einen Rechtsanwalt befragt.[13] Erfüllt der juristische Laie seine Erkundigungspflicht und vertraut auf die Auskunft, sein geplantes Verhalten sei rechtmäßig, ist der Irrtum unvermeidbar und sein Verhalten ohne Schuld.

Das anwaltliche Beratungsergebnis muss der Täter auf Verlässlichkeit daraufhin prüfen, ob der Anwalt kein Eigeninteresse verfolgt, sachkundig ist, die Auskunft objektiv, sorgfältig und verantwortungsbewusst ist, sie auf einer pflichtgemäßen Prüfung beruht, der Sachverhalt vollständig geprüft, widerspruchslos ist, nicht der Gesetzesumgehung dient, nicht im Widerspruch zu letztinstanzlich zuständigen Gerichten steht, kein Gefälligkeitsgutachten darstellt, detailliert und schriftlich als Gutachten vorliegt. Gaede listet zwölf Bedingungen zur Verlässlichkeitsprüfung für den juristischen Laien auf, die er aus der BGH-Rechtsprechung entnimmt. Er kritisiert zu Recht die strengen Maßstäbe und die Überforderungen des juristischen Laien, den anwaltlichen Rechtsrat ohne eigene Rechtskenntnisse auf Verlässlichkeit so eingehend zu prüfen, um überhaupt die Chance zu haben, den Verbotsirrtum und damit den Schuldvorwurf zu vermeiden.[14]

Verkannt wird bei dieser Kritik nicht, dass der Staat alle Strafgesetze gegenüber jedem Einzelnen durchsetzen muss und die Strafe nicht durch vorgeschützte Rechtsirrtümer umgangen werden darf. Unklar bleibt aber der Anlass für die Erkundigungspflicht. Je unklarer die Rechtslage, umso eher ist die Erkundigungspflicht anzunehmen. Fraglich ist jedoch, ob von einem juristischen Laien die Einschätzung verlangt werden kann, ob eine Rechtslage unklar ist und ob er ohne juristische Beratung überhaupt die Rechtslage und die sich daraus für ihn ergebenden Pflichten erkennen kann. Der Vorwurf besteht darin, eine erkennbare Rechtslage verkannt zu haben. Bei neuem strafbewehrtem Recht ohne konkretisierende Rechtsprechung kann die Unklarheit nicht zu Lasten der Normadressaten gehen, zumal nach Art. 103 Abs. 2 GG Strafgesetze bestimmt sein müssen. Zu Recht wird die Zumutbarkeit als Schuldausschlussgrund diskutiert.[15] Bei unklarer Rechtslage durch Regelungsdefizite im Normensystem (Normenchaos) darf nicht der Normadressat das Risiko tragen, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vorhersagen zu können.[16] Festzuhalten bleibt, dass der juristische Laie überfordert wird, seine Erkundigungspflicht von seiner Beurteilung der Rechtslage abhängig zu machen, obwohl er als juristischer Laie gerade keine Rechtskenntnisse hat. Zusätzlich überfordert wird ein Laie, wenn er ohne eigene Rechtskenntnisse das Ergebnis der anwaltlichen Beratung beurteilen soll, nachdem er seine Erkundigungspflicht eingehalten hat. Will er seine Strafbarkeit bei unklarer Rechtslage ausschließen, müsste er von vielen Entscheidungen Abstand nehmen. Ob eine freie unternehmerische Entscheidung nach der Business-Judgement-Rule gem. § 93 AktG oder eine rechtsgebundene Entscheidung vorliegt, wäre für ihn nicht erkennbar. Wenn dadurch die Chancen sinken, sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zur Entlastung berufen zu können, droht die Lähmung der Wirtschaft, indem das Gefühl verstärkt wird, bei allen geschäftlichen Entscheidungen „immer mit einem Bein im Gefängnis zu stehen". Der Schuldausschluss durch unvermeidbaren Verbotsirrtum auch bei anwaltlicher Präventivberatung wird zur Ausnahme.[17]

3. Das Unterlassen präventiver Rechtsprüfung in der Unternehmenspraxis

Die Analyse der Rechtsprechung zur strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Organhaftung zeigt, dass sich die Verantwortlichen nicht zur ihrer Entlastung auf ihre präventive Rechtsprüfung danach berufen konnten, ob Ihr Verhalten legal oder illegal war. In der Unternehmenspraxis wird in aller Regel das Verhalten von Geschäftsleitern nicht routinemäßig auf Rechtmäßigkeit überprüft.[18] Regelmäßig fehlt es an einer präventiven Risikoanalyse, die der Prüfung von Rechtspflichten voraus gehen muss. Rechtspflichten dienen der Abwendung von Risiken. Die unterlassene Risikoanalyse ist der häufigste Grund für den Vorwurf des Organisationsverschuldens. Ohne die Annahme eines

8 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. Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre? HRRS 2013 S. 455

9 BGHSt 56, 174, 182; BGHSt 10, 35, 38; 22, 314, 318; Gaede S. 454

10 BGH NJW 1996, 1604, 1605

11 BGHSt 45, 219, 225, 2002, 3415, 3417; 2011, 1236, 1239, Gaede, S. 454

12 Ständige Rechtsprechung BGHSt 4, 1, 5; 4, 236, 242; 58, 15, 29, Gaede, S. 455

13 BGHSt 20, 342, 372; Gaede, S. 455

14 Gaede S. 456

15 Gaede S. 459, Naucke, FS Roxin, S. 503, 516; NK/Neumann, § 17 Fn. 51, 52

16 Gaede S. 461

17 BGH HRRS, 2013 Nr. 445, NStZ 2013, 461; Gaede S. 462

18 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).

Risikos gibt es keinen Grund, Rechtspflichten zu prüfen.[19] Die Organisationspflichten wurden im Nachhinein formuliert, nachdem es zu einem Schaden durch Organisationsfehler gekommen war. Für jeden noch so abwegigen Schadensfall formuliert die Rechtsprechung im Nachhinein aus der Rückschau Schutzmaßnahmen als Rechtspflichten, die von Anfang an geeignet gewesen wären den Schaden abzuwenden.[20] Der Anlass für die Prüfung von Rechtspflichten ist der Eintritt des Schadens und die sich daran anschließende Frage, wer für den Schaden haftet. Es bleibt die Frage, warum die gleiche Prüfung der Rechtspflichten nicht präventiv vor dem Eintritt des Schadens geprüft wird. Der BGH konkretisiert in seiner ISION-Entscheidung die Pflicht von Geschäftsleitern, bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsberatung zu offenen Rechtsfragen einzuholen und das Beratungsergebnis einer eigenen persönlichen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.[21] Die Risikofrüherkennungspflicht ist im Aktienrecht gesetzlich in § 91 Abs. 2 AktG geregelt. Vorstände müssen für Rechtsirrtümer einstehen und tragen das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.[22]

In der Unternehmenspraxis fehlt es an der präventiven rechtlichen Prüfung von Rechtspflichten. Geprüft wird erst nach dem Eintritt des Schadens zur Haftung für den Schaden.

Die Erkundigungspflicht zur Vermeidung des Verbotsirrtums nach § 17 StGB ist bekannt und umfangreich diskutiert. Die Entlastungsmöglichkeit, den Schuldvorwurf durch Einhaltung der Erkundigungspflicht zu vermeiden, wird offensichtlich wenig genutzt. Zutreffend stellt Gaede fest, der schuldausschließende Verbotsirrtum friste ein „kümmerliches Dasein".[23]

Compliance-Management-Systeme dienen gerade dazu, durch präventive Rechtsprüfung Rechtspflichten des Unternehmens zu ermitteln und einzuhalten, noch bevor es zu einer Pflichtverletzung kommen konnte. Die Vermeidbarkeit von Verbotsirrtümern ist der Hauptzweck von Compliance-Management-Systemen. Seit der „Neubürger Entscheidung" ist die Pflicht zur Einrichtung und Unterhaltung eines Compliance-Management-Systems für die Rechtsprechung unstreitig. Die Verletzung der Pflicht löst Schadensersatzansprüche aus.[24] Die Pflicht zur Einholung von Rechtsrat bei eigener Rechtsunkenntnis, sowie die Erkundigungspflicht zur Vermeidung eines Verbotsirrtums sind unbestritten. Die Erfüllung der Pflichten schützen vor Strafbarkeit, Schadensersatzansprüchen und ruinösen Auswirkungen für Existenz und Reputation von Unternehmen. Offen bleibt die Frage, warum trotz eigener Rechtsunkenntnis keine präventive Rechtsberatung in Anspruch genommen wird, insbesondere warum Compliance-Management-Systeme noch nicht als Selbstverständlichkeit gelten. Eine Antwort bietet die Psychologie.

4. Der Dunning-Kruger-Effekt als psychologische Erklärung für verkannten Rechtsberatungsbedarf

Ohne eigene Rechtskenntnisse verkennt der juristische Laie selbst wenn er Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer ist, schon seinen Beratungsbedarf und damit den Anlass, seine Erkundigungspflicht zu erfüllen und Rechtsrat einzuholen. Erforderlich ist, dass der Geschäftsleiter überhaupt erkennt, dass sein beabsichtigtes Verhalten seiner Gesellschaft möglicherweise gegen Rechtsnormen verstößt. Offen ist, unter welchen Voraussetzungen ein Organmitglied auf Grund dieser Erkenntnis gehalten ist, bei auftretenden Rechtsfragen fachkundigen Rat einzuholen.[25] Zu bemerken ist hierzu, dass Rechtsfragen nicht von selbst auftreten, sondern gestellt werden müssen. Um Rechtsfragen stellen zu können, sind eigene Rechtskenntnisse unverzichtbar.

Die Psychologen Justin Kruger und David Dunning haben 1999 den Dunning-Kruger-Effekt unter dem Titel beschrieben, „Unskilled and Unaware of it: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments".[26] Behandelt wird das Verhältnis zwischen menschlicher Kompetenz und Inkompetenz im Allgemeinen[27]. Diese Erkenntnisse gelten auch für das Verhältnis von Juristen mit rechtlicher Kompetenz und juristisch inkompetenten Laien. Die Kernthese zum Dunning-Kruger-Effekt lautet, dass das Erkennen von Inkompetenz die fehlende Kompetenz voraussetzt. Auf Grund ihrer juristischen Inkompetenz sind Laien nicht in der Lage, offene Rechtsfragen zu stellen, zu erkennen und deshalb einen Anlass zu haben, sich rechtlich beraten zu lassen. Juristische Laien erkennen ihren Rechtsberatungsbedarf erst gar nicht. Sie überschätzen ihre rechtliche Kompetenz und behindern sich durch ihre verminderte Selbsteinschätzung dabei, den erforderlichen Rechtsrat einzuholen und sich zur Rechtslage zu erkundigen. Dunning und Kruger behaupten, ein und dieselbe Fähigkeit sei notwendig, um die eigene Kompetenz und die von anderen überhaupt erst zu erkennen und zu bewerten. Die juristische Inkompetenz führt zu Beratungsresitenz, zur juristischen Selbstüberschätzung und behindert bei der realistischen Einschätzung des Rechtsberatungsbedarfs. Juristische Laien haben von sich den falschen Eindruck, genau das richtige zu tun. Ihnen fehlen als Laien das Rechtsbewusstsein und damit auch das Unrechtsbewusstsein.[28] Inkompetenten fehlt die Kompetenz der

19 RG 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil]; RG 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil]; RG 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759 [Warenhaus-Urteil]; RG 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil]; RG 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil]; RG 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026[Fuhrwerk-Urteil]; RG 12.01.1938 (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 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil]; BGH 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151[Zinkdach-Urteil]; BGH 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil]; BGH 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil]; BGH 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II]; BGH 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil]; BGH 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil]; BGH 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil]; BGH 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil]; BGH 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968 (1968) S. 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil]; BGH 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil]; BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil]. BGH vom 26.11.2012-II ZR 111/2 NZG 2013, S. 339 (Sardinien-Äußerung)

20 Matusche-Beckmann, Organisationverschulden, 2001 S. 53, 71, 206

21 BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 (ISION-Urteil) Rn. 18; Wagner, BB 2012, 651

22 BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 m.B-komm.fedtke, Rn. 16 (ISION-Urteil)

23 Gaede S. 450

24 LG München 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 Neubürger-Urteil; LAG Düsseldorf, 27.11.2015-14 Sa 800/15 (Schienenkartell-Urteil); ArbG Frankfurt, 11.09.2013 – 9 Ca 1551,13 (Libor-Manipulation); BGH, 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 (Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte).

25 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler S. 227

26 Kruger und Dunning, Journal of Personality and Social Psychology 1999, Vol. 77, No. 6, S. 1121-1134

27 Bernau, Wir merken gar nicht, wie dumm wir sind, FAS vom 9.4.2017, S. 31

28 Kruger und Dunning, Journal of Personality and Social Psychology 1999, Vol. 77, No. 6, „Unskilled and Unaware of it" S. 1122

„Metacognition".[29] Juristisch inkompetente Pflichtenträger sind sich ihrer Defizite nicht bewusst. Aus eigener Initiative sind sie nicht in der Lage, Rechtsfragen zu stellen und Rechtsrat abzufragen. Unrechtsbewusstsein ist nicht angeboren. Rechtskunde ist kein Schulfach. „Unkenntnis schützt nicht vor Strafe", gehört zwar zum Allgemeingut. Trotz der Popularität dieser Volksweisheit wird vor einem Rechtsverstoß in aller Regel nicht rechtlich geprüft, welche Rechtspflichten einzuhalten sind. Vielmehr gehört der Hinweis auf die eigene Unkenntnis rechtswidrigen Verhaltens zu den häufigsten und erfolglosesten Entlastungsversuchen bei Geschäftsleitern. Sie haben eine Informationsbeschaffungspflicht.[30] Der Dunning-Kruger-Effekt erklärt den auffälligen Umstand, dass der präventive Rechtsberatungsbedarf nicht erkannt wird, keine Rechtsfragen von den Verantwortlichen gestellt werden, kein Rechtsrat eingeholt wird und es deshalb zu Rechtsverstößen kommt. Die Rechtsfrage, welcher Unternehmenssachverhalt eine Rechtspflicht auslöst, wird i. d. R. deshalb erst nach dem Rechtsverstoß und dem dadurch eingetretenen Schaden gestellt, hat die Haftungsfrage zu entscheiden ist, wer den Schaden zu tragen. Der Rechtsverstoß und der Schaden liefern den Anlass zur nachträglichen rechtlichen Beratung. Bei der Schuldfrage wird deutlich, dass die präventive Rechtsberatung versäumt wurde und der Schuldvorwurf nicht durch den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums widerlegt werden kann, weil schon die Erkundigungspflicht nicht eingehalten wurde.

5. Juristische Laien – überschätzt und überfordert

Der Dunning-Kruger-Effekt erklärt nicht nur, warum juristische Laien keine offenen Rechtsfragen zu formulieren in der Lage sind, deshalb ihren Rechtsberatungsbedarf unterschätzen, ihre eigene Einsichtsfähigkeit zum Erfassen rechtlicher Fragen überschätzen, im Ergebnis deshalb auf Rechtsberatung verzichten und Rechtsverstöße verursachen. Umgekehrt erklärt der Dunning-Kruger-Effekt auch, warum Juristen die Inkompetenz juristischer Laien verkennen, ihre juristische Kompetenz überschätzen und sie deshalb überfordern. Juristen überfordern regelmäßig juristische Laien mit unrealistischen Erwartungen in deren Einsichtsfähigkeit, legales und illegales Verhalten einzuschätzen. Juristen schließen von ihrer eigenen Kompetenz auf juristische Laien und unterstellen die eigenen juristischen Fähigkeiten, offene Rechtsfragen zu erkennen, zu formulieren und professionellen Rechtsrat einzuholen. Juristische Laien werden von ausgebildeten Juristen überschätzt und damit überfordert.[31] Juristen messen juristische Laien mit den Maßstäben, die sie an ihre eigenen juristischen Fähigkeiten stellen, überfordern juristische Laien mit überzogenen Leistungserwartungen. Juristischen Laien ist es nicht zuzumuten, weil sie mangels eigener Rechtskenntnisse überfordert sind, offene Rechtsfragen zu erkennen und dazu Rechtsrat einzuholen, „bei allem, was ein Einzelner zu tun im Begriffe steht, sich bewusst zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht".[32] Sie sind dabei überfordert, „alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen".[33] Überfordert wird ein juristischer Laie, wenn er beurteilen soll, ob er „sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können",[34] wenn er den Anlass für seine Erkundigungspflicht erkennen soll, insbesondere ob die Rechtslage klar oder unklar ist, wann er Zweifel an der Rechtsmäßigkeit seines Verhaltens haben muss, wenn er das Bewusstsein haben muss, dass seine Handlung möglicherweise verboten ist,[35] wenn er Zweifel haben muss, weil er von der Existenz entgegenstehender gerichtlicher Entscheidungen oder behördlicher Äußerungen weiß. Überfordert wird der juristische Laie auch, wenn er wissen können soll, dass ein Rechtsgut durch sein Verhalten verletzt werden kann. Mit der Kenntnis von Tatumständen ist nicht notwendig das Bewusstsein verbunden, ein Rechtsgut zu verletzen.[36] Insbesondere überfordert werden juristische Laien, wenn sie entscheiden müssen unter welchen Voraussetzungen sie Rechtsrat einholen müssen und v. a. dann, wenn sie den Rechtsrat auf Plausibilität und Verlässlichkeit überprüfen sollen, um die anwaltliche Beratungsleistung zu beurteilen. Der BGH lässt in seiner ISION-Entscheidung offen, wie die Plausibilitätskontrolle vom juristischen Laien zu erledigen ist. Alles was vom juristischen Laien verlangt wird, setzt Rechtskenntnisse und die Fähigkeit zur Rechtsanwendung voraus.

6. Die Umstellung der gesetzgeberischen Regelungskonzepte auf ein Selbsteinschätzungssystem

Durch den Dunning-Kruger-Effekt werden Fehler bei der rechtlichen Selbsteinschätzung vermieden. Von aktueller Bedeutung ist die Fehlervermeidung bei der Selbsteinschätzung insbesondere deshalb, weil der Gesetzgeber durch die Umstellung auf ein Selbsteinschätzungssystem die Rechtsunsicherheit für Unternehmen drastisch erhöht.[37]
Der Gesetzgeber ändert sein Regelungskonzept. Bestimmte Rechtsgebiete, die früher einem behördlichen Verfahren unterlagen, werden den Unternehmen zur eigenverantwortlichen Selbsteinschätzung der rechtlichen Lage zugewiesen. Verwiesen wird auf § 2 Abs. 1 GWB, der die Freistellungsvoraussetzung vom Kartellverbot des § 1 GWB enthält, und § 15 Abs. 3 WpHG, in dem die nunmehr eigenverantwortlich zu bewertenden gesetzlichen Erfordernisse geregelt sind für einen Aufschub von der Pflicht, Insider-Informationen nach § 15 Abs. 1 WpHG per Ad-hoc-Mitteilung unverzüglich zu veröffentlichen.[38] Die Organe des Unternehmens müssen selbst einschätzen, ob die Voraussetzungen für die Freistellung vom Kartellverbot vorliegen oder ob sie Insider-informationen Ad-hoc melden müssen. Was früher von Behörden entschieden wurde, überlässt der Gesetzgeber der Selbsteinschätzung. Umso mehr sind Fehler bei der rechtlichen Selbsteinschätzung zu vermeiden und umso notwendiger wird es, rechtzeitig Rechtsrat einzuholen. Festzustellen ist ein neuer Normtyp, durch den die Rechtsanwender nur noch schwache Vorgaben erhalten. Nur Ziele werden vorgegeben, während die Schutzmaßnahmen die Unternehmen selbst bestimmen müssen, um die Strafbarkeit zu vermeiden.[39]

29 David Dunning, Self-Insight S. 37, clues for competence, Imperfect Meta-Cognitive clues of good and bad performance
30 wie Fn. 20
31 Kruger und Dunning Journal of Personality and Social Psychology 1999, Vol. 77, No. 6„Unskilled and Unaware of it", S. 1131, "The Burden of expertise" Although they perform competently, they fail to realize that their proficiency is not necessarily shared by their peers".
32 BGHSt 2, 194, 209; Neumann NK, Strafgesetzbuch 3. Auflage § 17 Anm. 53
33 BGH, 14.07.2008, Fn. 1 Kaulich S. 223; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6W 45/09, NJW 2010, 1537 [IKB- Entscheidung]
34 BGHSt 2, 194, 200
35 Horn Verbotsirrtum, 1959, S. 105
36 NK/Neumann, , § 17 Anm. 61 StGB
37 Kaulich S. 24, 150
38 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, S. 24
39 Grimm, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe 1995, Sambuc, Folgenerwägung im Richterrecht: Berücksichtigung von Entscheidungsfol-

7. Inkompetenz ohne korrigierende Resonanz

Dunning und Kruger führen das Risiko von Fehlentscheidungen durch Inkompetenz auf die fehlende korrigierende Resonanz zurück. Das soziale Feedback versagt, durch persönliche Selbsterkenntnis lässt sich Inkompetenz nicht erkennen. Hinweise auf Inkompetenz verbieten erstens der Anstand, zweitens der unklare Bezug zwischen Inkompetenz und Fehlentscheidung, drittens die Uneindeutigkeit von Inkompetenz und viertens die Unfähigkeit im sozialen Vergleich inkompetentes Verhalten von kompetentem zu unterscheiden.[40]
In der Complianceorganisation eines Unternehmens ist es die Aufgabe des Compliancebeauftragten das Risiko der Fehleinschätzung durch Inkompetenz bei verantwortlichen Geschäftsleitern zu vermeiden und im Rahmen der Beratung auf die juristische Kompetenz zur Einhaltung der einschlägigen Rechtspflichten zu drängen.

8. Konsequenzen und Empfehlungen

Die Compliancebeauftragten haben die Aufgabe, Vorstände und Geschäftsführer bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht zu beraten, nämlich sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass die Mitarbeiter des Unternehmens sich ebenfalls legal verhalten. Vorstände und Geschäftsführer sind i. d. R. juristische Laien, Compliancebeauftragte sind Juristen. In diesem Verhältnis ist ein juristisches Kompetenzgefälle durch die Überzeugungsarbeit des Compliancebeauftragten zu überwinden. Maßstäbe hierfür liefert der Berliner Stadtreinigungsfall.[41]Compliancebeauftragte können ihrer juristischen Beratung durch den Hinweis Nachdruck verleihen, dass der Geschäftsleiter sich als Täter strafbar macht und dem Compliancebeauftragten eine Strafe wegen Beihilfe droht, wenn der Geschäftsleiter der Rechtsberatung durch den Compliancebeauftragten nicht folgt und einen Rechtsverstoß riskiert. In Kenntnis des Dunning-Kruger-Effekts ist dem Compliancebeauftragten zu empfehlen, die eigene juristische Kompetenz hervorzuheben. Ziel der Beratung des Compliancebeauftragten muss sein, den Geschäftsleiter vor Fehlern bei der eigenen Selbsteinschätzung durch rechtliche Inkompetenz zu bewahren. Der Compliancebeauftragte muss nicht nur ein Kompetenzgefälle, sondern auch ein Hierarchiegefälle zum Geschäftsleiter überwinden. Er hat die höhere juristische Kompetenz und muss von einer niedrigeren Hierarchiestufe den Geschäftsleiter auf der höheren Stufe beraten. Auch das Hierarchiegefälle zwischen Geschäftsleiter und Compliancebeauftragten kann Fehler bei der Selbsteinschätzung juristischer Laien auf höherer Hierarchiestufe verursachen. Auch dieses Risiko muss beachtet werden. Zu empfehlen ist, sämtliche Unternehmenssachverhalte ohne Anlass ausnahmslos und präventiv auf Rechtspflichten zu überprüfen und deren Einhaltung durch die Einrichtung und laufende Unterhaltung eines Compliance-Management-Systems zu sichern, indem die Pflichten delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Ein Compliance-Management-System ist nicht aus Anlass, sondern aus Routine zu praktizieren, um den Nachweis führen zu können, Rechtsrat eingeholt zu haben und die Erkundigungspflicht zur Vermeidung eines Verbotsirrtums erfüllt zu haben. Bei seiner Überzeugungsarbeit muss der Compliancebeauftragte des Unternehmens den Rechtsberatungsbedarf der Geschäftsleiter begründen. Es gilt Rechtsrisiken zu erkennen und abzuwenden, noch bevor sie sich zu einem Schaden entwickeln konnten. Bei der präventiven Rechtsberatung fehlt es am äußeren erkennbaren Anlass eines Schadens durch einen Rechtsverstoß und die sich selbst stellende Frage nach der Haftung. Die präventive Complianceberatung ist durch einen drohenden Rechtsverstoß zu rechtfertigen.
Das häufige Gegenargument des ungerechtfertigt hohen Aufwands für das Compliance-Management-System lässt sich durch den drastisch gesenkten Aufwand in Folge der Digitalisierung und Standardisierung entkräften. Die Legal-Tech-Lösungen, insbesondere die digitalisierte Recherchetechnik erlaubt es „alle verfügbaren Rechtquellen erschöpfend zu nutzen."[42]Unbegrenzt gelistete Unternehmenssachverhalte lassen sich in einem Suchvorgang nach Rechtspflichten überprüfen. Der Zeitaufwand sinkt auf Sekunden. Die Speicherkapazitäten für alle Rechtsquellen sind nahezu unbegrenzt, sodass das Risiko der lückenhaften Recherche sinkt. Sachverhalte müssen nach Rechtspflichten nur einmal geprüft, einmal gespeichert und dann nur digital wieder gefunden werden. Die Grenzkosten sinken gegen Null, je öfter das gleiche Prüfergebnis durch Mehrfachnutzung aufgerufen wird. Legal-Tech senkt den Aufwand, steigert die Rechtssicherheit und ermöglicht Rechtsrat aus Routine.

9. Fazit

Der Dunning-Kruger-Effekt erklärt die Ursache für Rechtsverstöße in Unternehmen mit einem Kompetenzgefälle zwischen juristischen Laien und Juristen. Geschäftsleiter haben die Legalitätspflicht, die sie ohne eigene Rechtskenntnisse einhalten müssen. Der Dunning-Kruger-Effekt legt das Rechtsrisiko offen, dass Geschäftsleitern bei der Selbsteinschätzung ihres Rechtsberatungsbedarf Fehler unterlaufen, weil sie die Pflichtenlage ihres Unternehmens mangels eigener Rechtskenntnisse verkennen, nicht den erforderlichen Rechtsrat einholen und damit Rechtsverstöße riskieren. Zu empfehlen ist routinemäßiges Pflichtenmanagement durch ein Compliance-Management-System und die Senkung des Complianceaufwands durch den systematischen Einsatz von Arbeitsteilung, Digitalisierung, Standardisierung und Leerkostenmanagement in jedem einzelnen Verfahrensschritt des Compliance-Management-Systems. Höchstmögliche Rechtssicherheit bei geringstmöglichem Aufwand ist als Ziel anzustreben.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, *RA, Rack Rechtsanwälte, Frankfurt. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems „Recht im Betrieb".*

gen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG 1977 S. 36; BGHSt 37, 184, 503 (Silobegasung), BGH 18.09.1984-VII ZR 223, 82; BGHZ, 92, 143, BB 1984, 1970 (Kupolofen-Entscheidung)

40 Kruger und Dunning, Journal of Personality and Social Psychology 1999, Vol. 77, No. 6, „Incompetence and the Failure of Feedback" S. 1131

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

42 BGH, 14.07.2008, Fn. 1 Kaulich S. 223; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6W 45/09, NJW 2010, 1537 [IKB- Entscheidung]

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

9 / 2017

Betriebs-Berater Compliance

6.9.2017 | 5.Jg
Seiten 309–352

EDITORIAL

Michael Wiedmann, RA

Deutsche Konzerne im Strudel der Gupta-Leaks in Südafrika | I

CORPORATE COMPLIANCE

Lisa Angelika Ulrich, RA, C.O.

Risiko- und zielgruppenorientiertes Compliance-Training | 309

RISIKOANALYSE UND -IDENTIFIKATION

Oliver Timmermann, Ass. jur.

Immanente Kontrollrechte, Vertragszweck oder die Schwierigkeiten der Weisungsbegrenzung im Franchise-Vertrag | 315

BGH: Datenschutz-Compliance – Dynamische IP-Adressen sind personenbezogene Daten
mit CB-Kommentar von **Dr. Markus Lang**, RA | 321

COMPLIANCE MANAGEMENT

Dr. Katharina Hastenrath, RAin

Das neue obiter dictum des BGH (Az: 1 StR 265/16): CMS im Unternehmen lohnt sich! | 325

BGH: Implementierung eines effizienten CMS muss Rechtsverletzungen
im Unternehmen unterbinden
mit CB-Kommentar von **Dr. Sophie Luise Bings**, RAin, und **Markus Link** | 330

Dr. Marc Ruttloff, RA, und **Dr. Christiane Freytag**, RA

Automatisiertes Fahren und die StVG-Novelle – Meilenstein oder Trippelschritt? | 333

Dr. Josef Toma, RA/FAArbR

Arbeitsrechtliche Grundlagen interner Ermittlungen | 339

HAFTUNG UND AUFSICHT

Dr. Benjamin Weiler, RA, und **Alexander Lingert**, RA/FABKR

Untreue durch wirtschaftlich riskante Managemententscheidungen | 344

Dr. Manfred Rack, RA

Mit Compliance-Management-Systemen zu verhaltensabhängigen Tarifen
für D&O-Versicherungen | 347

Schriftleitung:
CAD-Institut
für Compliance,
Arbeitsrecht und
Datenschutz

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Mit Compliance-Management-Systemen zu verhaltensabhängigen Tarifen für D&O-Versicherungen

Die neue Empfehlung in 4.1.3 zum Compliance-Management-System im Deutschen Corporate Governanc Kodex (DCGK) vom 07.02.2017 dient der präventiven Vermeidung von Rechtsrisiken durch pflichtgemäße Verhalten der Führungskräfte. Dem gleichen Zweck dient die Pflicht zum Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. AktG beim Abschluss einer D&O-Versicherung. Die Regelung soll verhaltenssteuernde Wirkung entfalten un Anreize für ein pflichtgemäßes Verhalten im Unternehmen schaffen.[1] Effektive Compliance-Management Systeme sichern das legale Verhalten im Unternehmen und senken damit das Risiko illegalen Verhaltens de Führungskräfte. Wenn Rechtsrisiken nachweislich gesenkt werden, sinkt damit auch das Versicherungsrisik für den D&O Versicherer. Ein Compliance-Management-System wird mit der neuen Empfehlung und durc den Begründungszwang nach § 161 Abs. 1 S. 1 AktG (comply or explain) faktisch zur Pflicht trotz nominelle Freiwilligkeit.

206

Die Pflicht zum Compliance-Management-System ist in Rechtsprechung[2] und Literatur anerkannt[3].

Es stellt sich die Frage, ob der unausweichliche Complianceaufwand eine Senkung des Versicherungsauf wands rechtfertigen kann und sich verhandeln lässt.

I. Die neue Kodex-Empfehlung in 4.1.3 DCGK

Bisher enthielt der DCGK die Pflicht des Vorstands, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken (Compliance). Neu in Ergänzung empfiehlt zur Complianceverantwortung der Kodex dem Vorstand nunmehr, „für angemessene, an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtete Maßnahmen (Compliance-Management-System) zu sorgen und deren Grundzüge offen zu legen. Ergänzt wird diese neue Soll-Bestimmung (Empfehlung) durch die weitere Empfehlung, „den Beschäftigten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben“. Nochmals ergänzt wird diese Empfehlung durch die Anregung, auch Dritten diese Möglichkeit einzuräumen.

In der Konsultationsfassung war diese Empfehlung noch als Ausdruck einer rechtlichen Pflicht des Vorstands formuliert worden.[4] Der geänderten Einschätzung als Empfehlung ging eine Umfrage voraus. Von insgesamt 68 Stellungnahmen gaben 39 kein Votum zu Ziff. 4.1.3 ab, 17 waren für die Einschätzung als Pflicht, 13 dagegen. Es bleibt die Frage, ob die Rechtslage durch eine Umfrage ohne Gewichtung der Stellungnahmen ermittelt und ob die Einschätzung gegen die Mehrheit vorgenommen werden kann. Will eine börsennotierte AG von dieser Kodex-Empfehlung zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems abweichen, ist sie verpflichtet, dies in ihrer jährlichen Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG offen zu legen Die Gesellschaft hat zu erklären, inwieweit den Empfehlungen de DCGK entsprochen wurde oder künftig entsprochen werden sol Jede Nichtbeachtung einer Empfehlung ist zu begründen. Es gilt de Grundsatz „comply or explain“. Nach § 161 Abs. 2 AktG ist die Erklä rung auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zu gänglich zu machen. Bezweckt wird eine Information über die Corpo rate Governance der jeweiligen Gesellschaft.[5] Die Erklärungspflich zwingt zur unternehmensinternen Reflexion und zur kritischen Selbs prüfung.[6] Durch die Entsprechenserklärung wird grundsätzlich ei

1 BT-Drs. 16/13 433, S. 11; Fleischer in Spindler/Stilz § 93 AktG, Anm. 239, 24

2 ArbG Frankfurt am Main Urt. v. 11.09.2013, 9 Ca 1551.13, 9 Ca 1552/13, Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13. [Libor-Manipulations-Entscheidung]; LAG Dü seldorf Urt. v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14; ZIP 2015, 829-833 [Schienenka tell-Entscheidung]; LG München I Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10; NZ 2014, 345, 346 [Neubürger-Entscheidung].

3 Fleischer in Spindler/Stilz, AktG Kommentar, 3. Aufl., § 91, Anm. 48; Moo mayer, Compliance, 2. Aufl., 2012.

4 v. Werder, Bartz, „Die aktuellen Änderungen des DCGK“, DB Nr. 14, 201 S. 773, http://www.dcgk.de/de/kommission/die-kommission-im-dialog deteilansicht/kodexaenderungen-2017-beschlossen-vorsitzwechsel-zur 1-maerz.html [Kodexanpassungsvorschläge]

5 Für Banken & Versicherungsunternehmen existieren schon in § 25 a KWG 64 a VAG Regelungen mit vergleichbarem Zweck

6 Bayer/Scholz in Spindler/Stilz, 3. Aufl. § 161 AktG Anm. 2 u. 3

Vermögensschäden der Gesellschaft, die sie durch pflichtwidriges Organhandeln verursacht haben. Verschärft wird diese Haftung

- Erstens durch die Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG und dem dadurch auferlegten Entlastungsbeweis bei feststehender Schadensverursachung,
- Zweitens durch das Verzichtsgebot seitens der AG in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG. Organe können sich danach nicht von der Haftung freizeichnen, indem sie in Zusammenwirkung mit dem Aufsichtsrat auf Ersatzansprüche verzichten oder sich vergleichen. Sie müssen die Zustimmung der Hauptversammlung einholen. Ein Verzicht oder Vergleich setzt nach § 147 Abs. 1 AktG außerdem voraus, dass eine Minderheit nicht schriftlich widerspricht, deren Anteile zusammen 10 % des Grundkapitals erreichen muss. Zweifel an der praktischen Wirkung der Organhaftung werden dadurch begründet, dass Aufsichtsräte, die Ansprüche geltend machen müssen, und ihnen eine „Beißhemmung" gegenüber Vorständen durch enge wechselseitige Beziehungen unterstellt wird. Seit dem ARAG/Garmenbeck-Urteil[15] von 1997 ist die Pflicht des Aufsichtsrats unbestritten, Schadenersatzansprüche der AG gegenüber Vorständen eigenverantwortlich zu prüfen und geltend zu machen. Der Zweck der strengen unverzichtbaren Haftung ist die Steuerung zu pflichtgemäßem Verhalten der Vorstände.
- Drittens werden auch durch die Abberufungsmöglichkeit nach § 84 Abs. 2 AktG die Sanktionen gegen Vorstände verschärft. Das pflichtgemäße Verhalten der Vorstände soll dadurch gesteuert werden.

Die strenge Organhaftung kann jedoch zu einer risikoscheuen Haltung der Vorstände beim Entscheiden führen, was sich zu einem ernsthaften Nachteil für die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens entwickeln kann. Ob es sich um eine unternehmerische oder eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt, muss als erstes geprüft werden.

Die Business-Judgement-Rule soll die Entscheidungsfreude und die unternehmerische Risikobereitschaft fördern und stellt den Vorstand nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei unternehmerischen Entscheidungen frei, bei denen er rechtlich nicht gebunden sein darf. Der Vorstand muss dabei zum Wohle der Gesellschaft auf der Grundlage angemessener Informationen handeln.

IV. Die verhaltenssteuernde Wirkung der D&O-Versicherung

Durch den Abschluss einer D&O-Versicherung wird die Haftung eines Vorstands durch eine Versicherung abgedeckt. Versicherungsrechtlich handelt es sich nach herrschender Meinung um eine Haftpflichtversicherung für fremde Rechnungen (§§ 149, 74 VVG.), die eine AG als Versicherungsnehmerin vertreten durch ihren Vorstand mit einem Versicherungsunternehmen zu Gunsten ihrer Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, sowie meist auch zu Gunsten des sonstigen leitenden Managements als den versicherten Personen abschließt.[16]

Der Zweck der Versicherung besteht üblicherweise nach den Versicherungspolicen darin, den durch die Versicherung Begünstigten das Risiko der Innenhaftung gegenüber der geschädigten AG bis zur jeweiligen Versicherungshöchstgrenze abzunehmen, soweit nicht versicherungsvertraglich vereinbart Haftungsausschlüsse oder Selbstbehalte den Versicherungseintritt beschränken.[17]

Grundsätzlich wurde gegen erste D&O-Versicherungs-Angebote eingewandt, sie senkten die Motivation, sich pflichtgemäß zu verhalten. Unter dem Stichwort „moral hazard" wird das Risiko verstanden, dass Versicherte bei Bestehen der Versicherungsdeckung Anreize haben, durch geringe Sorgfaltsvorkehrungen die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit und die Schadenshöhe negativ zu beeinflussen und den Schadensfall sogar vorsätzlich herbeizuführen, ohne dass dies der Versicherer erkennen kann.[18] Das moralische Risiko wird insbesondere auch dann befürchtet, wenn die D&O-Versicherung von der Gesellschaft und nicht vom versicherten Organ persönlich finanziert wird. Nach den ersten Angeboten einer Aufsichtsrat-Haftpflichtversicherung 1895 wurde diese damals neue angebotene Versicherung als „direkt unmoralisch" und als „eine wahre Prämierung der Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit" bezeichnet.[19]

D&O-Versicherungen wurden lange mit der Begründung abgelehnt, sie würden die verhaltenssteuernde Wirkung der strengen unverzichtbaren Organhaftung mindern, unterlaufen und neutralisieren. Befürchtet wurde, dass durch die Existenz der D&O-Versicherung mittelfristig es zu einem Anstieg der Haftungsfälle führen werde. Die Befürchtung hat Ihlas bestätigt, durch den Nachweis, dass die Zahl der D&O-Versicherungsfälle sich im Zeitraum 1976 bis 1985 von 113 Fällen auf 206 Fälle im Zeitraum von 1986 bis 1995 nahezu verdoppelt hat. „Deckung erzeugt Haftung" gilt als allgemeingültige Erfahrung seitdem.[20]

Die Auseinandersetzung um die grundsätzliche Zulässigkeit einer D&O-Versicherung gilt inzwischen als ausgetragen. Die Bedenken der Unvereinbarkeit einer D&O-Versicherung mit der strengen Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG gelten dadurch als ausgeräumt, dass eine D&O-Versicherung nicht ohne Selbstbehalt abgeschlossen werden kann.[21] In § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ist die Selbstbehaltsverpflichtung ausdrücklich geregelt[22], wonach die Gesellschaft, die eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft abschließt, einen Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandmitglieds vorzusehen hat. Eine D&O-Versicherung ist zwar keine Pflicht, die Selbstbehaltsvereinbarung wird jedoch dann zur Pflicht, wenn die D&O-Versicherung abgeschlossen wird.[23] Die Vereinbarung eines Selbstbehalts soll die verhaltenssteuernde Wirkung der strengen Organhaftung sicherstellen. Trotz einer D&O-Versicherung auf

15 BGHZ 135, 244, 253 ff., ARAG/Garmenbeck

16 Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 12 Rn. 1, 30; Ulmer, FS Canaris, S. 452

17 v. Schenck, „Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung", NZG 13/2015, S. 494, Gaede, Wachs, „Konzepte zur Versicherung des D&O-Selbstbehalts", AG, 23/2010, S. 851; Heldt, „Die D&O-Versicherung ist Chefsache, ZRFC 4/13, S. 106 ff.

18 Pammler, „Die gesellschaftsfinanzierte D§O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts", 2006, S. 64; Küpper-Dirks, „Managerhaftung & D & O-Versicherung", 2003, S. 120; Jansen, „Die Struktur des Haftungsrechts", S. 166; Nell, „Versicherungsinduzierte Verhaltensänderungen von Versicherungsnehmern", 1992, S. 102

19 Pammler, „Die gesellschaftsfinanzierte D§O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts", S. 23

20 Ihlas, „Organhaftung & Haftpflichtversicherung", 1997, S. 64, 327, 329 Tabelle 1, „Die 100 höchsten D&O-Versicherungsfälle"

21 Gädtke/Wax, AG, Konzepte zur Versicherung des D&O-Selbstbehalt 23/2010, S. 853 u. 855.

22 Eingeführt durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.07.2009 („VorstAG", BGBl, I 2009, 2509)

23 BT-Drs., 16/13, 433, S. 11, „Die Selbstbehaltsregelung beruht auf der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses"

Kosten der AG soll der Vorstand nicht davon ausgehen dürfen, dass er durch die D&O-Versicherung von jeglicher Haftung frei wird. Die gleiche Regelung findet sich in 3.8 des DCGK.[24]

Der Selbstbehalt kann durch einzelne Organmitglieder auf eigene Kosten versichert werden, was umstritten ist und deshalb kritisiert wird, weil es die gewünschte Präventionswirkung konterkariert.[25] Dazu bietet der Markt unterschiedliche Modelle. Die D&O-Versicherung erweist sich als unvereinbar mit den Vorschriften des §§ 93 Abs. 2, 116 AktG, sofern sie zur Folge hat, dass deren Zweck leerläuft, die Organmitglieder durch das Risiko der Organhaftung zu pflichtgemäßem Verhalten zu veranlassen. Ein verbotswidriger Leerlauf ist dann anzunehmen, wenn eine D&O-Versicherung entweder ganz ohne oder mit nur unzureichendem Selbstbehalt der versicherten Person abgeschlossen wird. Die Angemessenheit des Selbstbehalts hat der Gesetzgeber in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG ausdrücklich mit der Mindestgrenze geregelt.

V. Die Steuerung pflichtgemäßen Verhaltens durch verhaltensabhängige Tarife

Festhalten lässt sich, dass die strenge Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG durch ihre Unverzichtbarkeit nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG und durch die Regelung des Selbstbehalts beim Abschluss einer D&O-Versicherung die verhaltenssteuernde Wirkung zu pflichtgemäßem Verhalten gesichert bleiben soll. Ohne Selbstbehaltsregelung wäre eine D&O-Versicherung normenzweckwidrig und unwirksam. Pflichtgemäßes Organverhalten bedeutet nach der neuen Empfehlung im Corporate-Governance-Kodex, dass ein Compliance-Management-System unterhalten und in den Grundzügen offen zu legen ist. Das Compliance-Management-System ist an der Risikolage des Unternehmens auszurichten. Dadurch ist sichergestellt, dass die unternehmensspezifische Risikolage zu berücksichtigen ist. Alle einschlägigen Rechtspflichten sind einzuhalten, die speziell nur die Risiken abwenden, die im Unternehmen verursacht werden.

Zweifel an der verhaltenssteuernden Wirkung der D&O-Versicherungen inklusive Selbstbehaltsregelungen werden dadurch begründet, dass bei der Prämiengestaltung i. d. R. das pflichtgemäße Verhalten der Organe nicht berücksichtigt werden. Vielmehr orientieren sich Versicherer an Kennzahlen der Versicherungsnehmerin, dem Unternehmen, insbesondere an der Bilanzsumme, der Eigenkapitalquote, dem Umsatz und der Mitarbeiterzahl.[26] Dies führt zu einer Nivellierung von Beitragssätzen, die nicht risikosensitiv ermittelt und auch nicht risikogerecht in die Eigenkapitalunterlegung des Versicherers eingerechnet werden.

Es stellt sich die Frage, wie das berechtigte Interesse der Versicherer an einer Kontrolle der Versicherungsrisiken mit dem ebenso berechtigten Interesse der Versicherungsnehmer und versicherten Personen an ausreichendem Schutz zum wirtschaftlich vernünftigen und angemessenem Preis in Einklang gebracht werden kann.[27]

Nur durch eine gute Corporate Governance lässt sich das zu versichernde Risiko verringern. Die Corporate Governance und damit das Compliance-Management-System sollte zum Bestandteil der Versicherungsbedingungen gemacht werden, sodass Verbesserungen der Corporate Governance es erlauben, den Versicherungsschutz zu erweitern oder die Prämie zu senken, während die D&O-Versicherer auf die Vernachlässigung des Compliance-Managements im Unternehmen mit höheren Prämien oder eingeschränktem Versicherungsschutz reagieren müssten. [28] Warum Compliance-Systeme und Corporate Governance bei der Tarifierung von D&O-Risiken bisher keine Rolle gespielt haben, wird mit der Praxis der deutschen Versicherer bei der Prüfung der Versicherbarkeit eines D&O-Risikos erklärt, die ausschließlich mit der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens begründet wird. Leiten lassen sich die Versicherer offenbar von der Hypothese, dass eine Inanspruchnahme umso unwahrscheinlicher sein soll, je besser sich die finanzielle wirtschaftliche Situation des Unternehmens darstellt. Vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens wird auf die Qualifikation des Managements zu pflichtgemäßem Verhalten geschlossen. Aus der wirtschaftlichen Situation der Vergangenheit wird der Schluss auf die Versicherbarkeit in der Zukunft gezogen. [29]

Der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens in der Vergangenheit ist jedoch keine Garantie für pflichtgemäßes Verhalten der Vorstände in der Zukunft. Gerade wirtschaftlich erfolgreiche Unternehmen können Rechtsrisiken übersehen, die sich in der Zukunft zu Schäden entwickeln. Im Handbuch D&O-Versicherung und Managerhaftung von O. Lange findet sich eine Auflistung von Spitzenmanagern, gegen die Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet wurden. Die Liste enthält die Namen von Managern aus wirtschaftlich erfolgreichen Großunternehmen. Dieser Umstand widerlegt die Vermutung, dass wirtschaftlich erfolgreiche Unternehmen immer nur von Managern mit pflichtgemäßem legalem Verhalten geführt werden.[30] Solange illegales Verhalten der Führungskräfte im Unternehmen nicht entdeckt wird, können Unternehmen erfolgreich sein. Der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens schließt illegales Verhalten nicht aus. Umgekehrt schützt legales Verhalten nicht vor unternehmerischen Misserfolgen.

Nur die nachweisbare Erfüllung der Legalitätspflicht garantiert die Vermeidung von Rechtsrisiken und ist als geeignete Schadensprävention anzusehen. Versichert werden nicht der geschäftliche Misserfolg, sondern die Schäden aus Pflichtverletzungen der Vorstände, insbesondere die Schäden aus Verletzungen von Organisationspflichten, die unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens vorkommen. Wenn Vorstände die Erfüllung ihrer Legalitätspflicht nicht so organisieren, dass eigenes illegales Verhalten und illegales Verhalten der Mitarbeiter ausgeschlossen ist, bleibt die Versicherbarkeit des D&O-Risikos zweifelhaft. Zu Recht werden deshalb die Corporate-Governance und damit der Einsatz eines Compliance-Management-Systems als Beurteilungskriterium für die Gestaltung von Prämien und Tarifen bei D&O-Versicherungen gefordert.[31]

---

24 Ulmer, FS Canaris, S. 464-467

25 Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl. 2014, § 93 Rn. 59; Ringleb in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Gonvernance Kodex, 5. Aufl., 2014 Rn. 522,

26 O. Lange, „D&O-Versicherung & Managerhaftung Handbuch", 2014, S. 26; Beckmann, Matusche-Beckmann, „Versicherungsrechtshandbuch", 2. Aufl., 2009, § 28 Anm. 136

27 O. Lange, „D&O-Versicherung: Innenhaftung & Selbstbehalt", DB 2003, S. 1835

28 Dies fordert zu Recht O. Lange schon 2003 in „D&O-Versicherung: Innenhaftung und Selbstbehalt" DB 2003, S. 1835

29 Hacken, Deutschland: „Überlegung zur Zeichnung & Tarifierung von D&O-Risiken", PHi-5/2001, S. 195

30 O. Lange, „D&O Versicherung & Managerhaftung", Handbuch, 2014 § 1 Anm. 81

31 Hacken, Deutschland: „Überlegung zur Zeichnung & Tarifierung", Phi-5/2001, S. 195

VI. Die verhaltensabhängige Tarifierung von D&O-Risiken

Das Fehlverhalten der Organe bei der Organisation zur Erfüllung ihrer Legalitätspflicht ist das Risiko, das versichert und möglichst zu vermeiden ist, bevor es sich zu einem Schaden entwickeln konnte. Compliance-Management-Systeme bezwecken den präventiven Schutz vor Rechtsrisiken und Rechtsverstößen, die Schäden verursachen. Organe die ein Compliance-Management-System betreiben, um ihre Legalitätspflicht zu erfüllen, sich selbst legal verhalten und mit dem System dafür sorgen, dass sich ihre Mitarbeiter ebenfalls legal verhalten, vermeiden das Risiko von Rechtsverstößen und senken damit das versicherte Risiko. Das Complianceverhalten der Organe im Unternehmen muss zur Schadensprävention gesteuert werden. Eigenständige Bemühungen der Versicherungsnehmer um Schadenspräventionen sind zu fördern. Das wirtschaftliche Interesse der Versicherer muss sich darauf konzentrieren, nicht mehr Schadensfälle abdecken zu müssen, als sie ihrer Prämienkalkulation zu Grunde gelegt haben. Die Versicherer müssen deshalb an der aktiven Schadensprävention der Versicherten, insbesondere an dem Einsatz von effizienten Compliance-Management-Systemen interessiert sein, um Verstöße gegen Rechtspflichten zu vermeiden, die Schäden verursachen und im Ergebnis die Versicherungen belasten.

Effiziente Compliance-Management-Systeme zeichnen sich dadurch aus, dass sämtliche Unternehmensrisiken und die einschlägigen Rechtspflichten zu ihrer Abwehr ermittelt, ausnahmslos an alle Verantwortlichen delegiert, regelmäßig aktualisiert, erfüllt, auf Erfüllung kontrolliert und zur Beweissicherung und zur Vermeidung der Beweisnot der Organe dokumentiert werden.

VII. Interessengegensätze zwischen Versicherern, versicherten Einzelunternehmen und der Solidargemeinschaft der Versicherten

Im Gegensatz zu den Versicherern sind die versicherten Unternehmen daran interessiert, möglichst wenig Aufwand für Compliance-Management-Systeme zu betreiben, um Kosten und Personal einzusparen. Die Solidargemeinschaft der Versicherten muss daran interessiert sein, möglichst umfassenden Deckungsschutz mit möglichst geringem Prämienaufwand zu erreichen. Bei dieser Interessenlage ergibt sich ein Interessengegensatz zwischen Versicherungen und Versicherten. Die individuelle und die kollektive Rationalität fallen auseinander. Alle Versicherten zusammen als Solidargemeinschaft sind wie selbstverständlich an möglichst günstigen Prämien und wie die Versicherer an optimalen Schadensvermeidungsstrategien interessiert. Der einzelne Versicherungsnehmer jedoch steht in Konkurrenz zu Mitbewerbern und möchte zu den Kosten für einheitliche Versicherungsprämien nicht noch weitere Kosten zur Schadensprävention aufwenden. Der Vorteil des Einzelunternehmens durch das Einsparen von Kosten für Schadensprävention, insbesondere für den Einsatz und den dauernden Betrieb eines Compliance-Management-Systems kann sich zum kollektiven Nachteil für die Solidargemeinschaft aller Versicherten entwickeln, wenn sich Schadensfälle durch Complianceverstöße häufen, das Prämienaufkommen der Versicherer die Schäden nicht mehr decken und die Prämien für alle in der Solidargemeinschaft verbundenen Versicherten erhöht werden müssen. Die Kosten der versicherten Unternehmen steigen. Der individuelle Vorteil entwickelt sich zum kollektiven Nachteil.[32]

Steigende Prämien zu Lasten der Solidargemeinschaften lassen sich durch effektive Anreizsysteme zur Schadensprävention vermeiden. Präventives Rechtsrisikomanagement muss sich lohnen. Der Versicherte darf nicht den Eindruck gewinnen, die gleiche Prämie wie sein Mitbewerber für den gleichen Deckungsschutz leisten zu müssen, während er zusätzlich ein Compliance-Management-System mit Aufwand betreibt und der Konkurrent den Complianceaufwand einspart. Wer sich durch ein Compliance-Management-System legal verhält, subventioniert seinen Konkurrenten, der eine schadensgeneigte Arbeitsweise pflegt, die genau um den Aufwand rentabler ist, den er für sein Compliance-System spart. Die Quersubventionierung der schwarzen Schafe einer Branche demotiviert diejenigen Versicherten, die Schadensprävention durch den Einsatz eines Compliance-Management-Systems betreiben und neben dem individuellen Complianceaufwand zusätzlich auch noch den Versicherungsaufwand tragen.

In der Arzthaftung wird zutreffend die Analyse des zu versichernden Risikos durch die Versicherer gefordert, und zwar insbesondere inwieweit Schadenspräventionen zur Senkung des Versicherungsrisikos betrieben wird und durch Prämienvergünstigungen honoriert werden kann. Die Erfüllung gesteigerter Anforderungen an die Schadensprävention muss mit einer Privilegierung bei der Prämienhöhe korrelieren.[33] Solidargemeinschaften können durch Schadensfälle und deren Ausgleich so überlastet werden, dass es zum Systemkollaps führen kann. Steigende Prämien und steigende Vergütungen für hochriskante Leistungen sind die Folgen vernachlässigter individueller Schadenspräventionen.

Gefordert wird zu Recht die Haftungsprävention durch effektive Compliance-Management-Systeme zu verstärken und bei der Prämienberechnung zu berücksichtigen. Die große Mehrheit der Versicherten zahlt mehr ein, als sie an Versicherungsleistungen zurückerhält, sofern sie überhaupt einmal einen eigenen Schadensfall zu melden hat. Dies gilt insbesondere für Ärzte[34], lässt sich meiner Ansicht nach aber auch auf die Berufsgruppe der D&O-versicherten Manager übertragen. Eine individuelle an das jeweilige Risiko angepasste Prämienberechnung unter Berücksichtigung des jeweiligen Complianceaufwands begünstigt die Mehrheit der Versicherten, die sich legal verhalten, konzentriert den wirtschaftlichen Druck auf die Minderheit der Schadensverursacher, die sich illegal verhalten und alleine in der Lage sind, die Schadensprävention durch Complianceanstrengungen zu betreiben. Eine individuelle risikosensitive Prämienberechnung, verspricht einen größeren Anreiz für den Complianceaufwand zur Schadensprävention, als eine einheitliche für alle Versicherten gleiche Prämienhöhe ohne Rücksicht auf das individuelle Complianceverhalten im Unternehmen. Von den gleichmäßig betriebenen Complianceanstrengungen profitiert die Solidargemeinschaft der Versicherten, ohne dass Prämien erhöht und die versicherten Leistungen verteuert werden müssen und schlimmstenfalls wegen zu hoher Kosten nicht mehr angeboten werden können. Sollte sich der Eindruck verstärken, dass Vorstände und Geschäftsführer nicht

32 Neelmeier, „Organisationsverschulden patientenferner Entscheidungen einrichtungsbezogener Aufklärung“, 2014, S. 106 mit Beispielen aus der Krankenhaushaftung

33 Katzenmeier, „Arzthaftung“, 2002, S. 256; Neelmeier, “Organisationsverschulden patientenferner Entscheider & einrichtungsbezogener Aufklärung“, 2014, S. 109

34 Neelmeier, „Organisationsverschulden patientenferner Entscheidungen einrichtungsbezogener Aufklärung“, 2014, S. 120

versicherbare, existenzbedrohende, hochriskante, selbstruinierende Leistungen erbringen müssen, wird die Bereitschaft sinken, Managementpflichten zu übernehmen oder nur zu Vorstandsgehältern in astronomischer Höhe.

VIII. Die Optimierung der Versicherungsprämien

Versteht man die Versicherungsprämie gem. § 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 berechtigter Weise gefordert und verhandelt werden, wenn das versicherte Risiko durch effektives Pflichtenmanagement im Rahmen der Unternehmensorganisation gesenkt wird.[35] Ist davon auszugehen, dass die Versicherungsvertragsparteien die Prämie als Preis der Versicherungsdienstleistung frei vereinbaren können, ist für die Prämientransparenz zu fordern, 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 niedrigere Aufwendungen für Schadensfälle hat und damit auch eine entsprechend niedrigere Nettoprämie kalkulieren kann. Gelingt den Versicherungsparteien gemeinsam eine Risikoreduzierung, ergibt sich eine geringere Nettoprämie.[36] Wenn bei steigendem Risiko Versicherungsunternehmen erhöhte Prämien verhandeln können, muss der Versicherungsnehmer entsprechend berechtigt sein, bei optimiertem Risikomanagement geringere Prämien zu verhandeln und sie mit einem minimierten Risiko zu begründen. Dies muss auch für D&O-Versicherungen gelten.

IX. Steigende Akzeptanz verhaltensabhängiger Versicherungsprämien als Umfrageergebnis

Nach einer Umfrage der Gesellschaft für Konsumforschung halten es 68 % der Bundesbürger für richtig, wenn auf Grund des eigenen Verhaltens individuelle Versicherungsprämien für Kfz-Versicherungen angeboten werden und dadurch vorsichtige Autofahrer weniger zahlen müssen. 52 % sind der Ansicht, dass Versicherungsnehmer von Krankenkassen, die sich fit und gesund halten, ebenfalls weniger zahlen sollten.[37] Selbst wenn diese Umfrageergebnisse nicht auf die D&O-Versicherten ohne Weiteres übertragen werden können, lässt sich gleichwohl ein Trend zu Gunsten der verhaltensabhängigen Tarifierung von Versicherungsleistungen erkennen. Die Akzeptanz verhaltensabhängiger Versicherungsprämien aus Umfragen unter Versicherten sollte als Anreiz verstanden werden, auch bei D&O-Versicherungen entsprechende Bedingungen anzubieten. Die Versicherer müssen bei verhaltensabhängiger Tarifierung nicht auf Prämienaufkommen verzichten. Das gesamte Prämienaufkommen müsste zunächst nur so aufgebracht werden, dass die Versicherten mit höherem Complianceaufwand mit niedrigeren Prämien belastet werden als die Versicherten, die einen geringeren Compliancaufwand zur Schadensprävention betreiben.

X. Fazit

Der Einsatz eines Compliance-Managements und die Kalkulation der Versicherungsprämien abhängig vom legalen Verhalten der Führungskräfte senkt das Versicherungsrisiko und bringt allen Beteiligten Vorteile.

- Erstens müssen die Versicherer weniger Schadensfälle durch illegales Verhalten befürchten, tragen ein geringeres Versicherungsrisiko und der Deckungsschutz lässt sich erweitern. Ein drohender Systemkollaps wird vermieden.
- Zweitens können die Versicherten niedrigere Versicherungsprämien als Gegenleistung für mehr Schadenspräventionen durch Compliance-Management-Systeme verlangen, sodass sich Compliance im Unternehmen lohnt, demotivierende Quersubventionen zu Gunsten der schwarzen Schafe vermieden wird, die sich mit schadensgeneigten Leistungen und eingespartem Complianceaufwand unberechtigte Wettbewerbsvorteile verschaffen, die gleiche Deckung für die gleichen Versicherungsprämien erzielen.
- Drittens könnte schließlich die Solidargemeinschaft der Versicherten vom gleichmäßig verteilten Complianceaufwand zur Schadensprävention durch kollektive Anstrengung mit Compliance-Management-Systemen auf gleichem standardisiertem Niveau profitieren.

AUTOR



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

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

36 Schwintowski, NVersZ 1998, 102, „Transparenz&Verständlichkeit von Allgemeinen Versicherungsbedingungen& Prämien"

37 Umfrage : Mehrheit für verhaltensabhängige Versicherungstarife, Heise online 31.10.2016, Stefan Krempel

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

BEWÄHRTE QUALITÄT 5 JAHRE Compliance-Berater BEWÄHRTE QUALITÄT

8 / 2018

Betriebs-Berater Compliance

1.8.2018 | 6.Jg
Seiten 257–304

EDITORIAL

Die ideale Compliance-Welt | I
Dr. Malte Passarge

AUFSÄTZE

Privatisierung des Rechtsstaats durch Compliance? | 257
Prof. Dr. Stefan Behringer

Compliance bei Non-Profit-Organisationen – Teil 2 | 262
Dr. Rita Pikó, RAin

Aufsichtspflichten von Vorgesetzten in der öffentlichen Verwaltung | 266
ORRin Dr. Daniela Schafaghi

Whistleblowing in Recht und Praxis – und ein bisschen Datenschutz | 271
Anne Baranowski, LL.M., und Ramón Glaßl, LL.M.

Praktische Aspekte der Rechtsentwicklung bei Unterlassungs- und Musterfeststellungsklagen in Verbrauchersachen – Teil 2 | 277
Dr. Matthias M. Schweiger, RA, und Alexander Meißner, RA

Tax-Compliance-Management und neue Technologien | 281
Wolfram Bartuschka

Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Compliance-Management-Systemen | 287
Dr. Manfred Rack, RA

RECHTSPRECHUNG

BGH nimmt Stellung zur Verwertbarkeit von Dashcam-Aufnahmen als Beweis | 293
Marcel Griesinger, RA

BGH: Verjährungsbeginn und Bußgeldbemessung bei Bestechung im geschäftlichen Verkehr | 294

BGH: Missbrauch der Vertretungsmacht eines GmbH-Geschäftsführers | 298

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Compliance-Management-Systemen

Mit Compliance-Management-Systemen wird die Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern erfüllt. Danach müssen sie dafür sorgen, dass sie sich selbst und dass sich ihre Mitarbeiter im Unternehmen legal verhalten. Alle gesetzlichen Pflichten des Unternehmens müssen erfüllt und kontrolliert werden. Dabei gibt es keinen Entscheidungsspielraum. Beim Einhalten gesetzlicher und tariflicher Regelungen haben Organe kein Bestimmungs- und der Betriebsrat dementsprechend kein Mitbestimmungsrecht. Die Pflicht zum legalen Verhalten im Unternehmen verursacht keine Nachteile für Mitarbeiter, vor denen der Betriebsrat durch Mitbestimmung schützen müsste. Es ist davon auszugehen, dass im Gesetzgebungsverfahren die Interessen der Unternehmensmitarbeiter ausreichend berücksichtigt wurden. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zum Compliance-System würde bedeuten, dass im Ergebnis die Kontrollierten mitbestimmen könnten, ob und wie sie kontrolliert werden, dass sie sich pflichtgemäß verhalten.

I. Der ungeprüfte Anspruch des Betriebsrats auf Mitbestimmung beim Einhalten gesetzlicher Regelungen

Compliance-Management-Systeme enthalten Kontrollfunktionen, mit denen die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften durch die Mitarbeiter des Unternehmens von Vorständen und Geschäftsführern überwacht werden. Persönlich können Geschäftsleiter nicht alle Pflichten des Unternehmens erfüllen. Deshalb müssen Pflichten an Mitarbeiter delegiert und ihre Einhaltung kontrolliert werden. Wegen der Vielzahl von Mitarbeitern und Pflichten werden für die Kontrollfunktionen in der Unternehmenspraxis EDV-Systeme eingesetzt. Sie werden vorschnell und ungeprüft als „technische Einrichtungen" i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingeordnet, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistungen der Arbeitnehmer zu überwachen. Der Betriebsrat nimmt Mitbestimmungsrechte in Anspruch, ohne dass zuvor geprüft wurde, welches Verhalten der Arbeitnehmer überwacht wird. Kein Mitbestimmungsrecht besteht nämlich nach § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG wenn das Verhalten der Arbeitnehmer beim Einhalten gesetzlicher Vorschriften kontrolliert wird.

II. Die gesetzliche Regelung des Mitbestimmungsrechts in § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG

Schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich unmissverständlich, dass der Betriebsrat nur Mitbestimmungsrechte hat, „soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht". Als erstes ist deshalb zu klären, ob das vom Betriebsrat behauptete Recht auf Mitbestimmung sich auf gesetzliche oder tarifliche Regelungen bezieht, bevor in einem zweiten Schritt geprüft werden kann, ob das Kontrollsystem eine „technische Einrichtung" nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG darstellt.

Bei einem Compliance-Management-System geht es ausschließlich um die Einhaltung gesetzlich vorgegebener Pflichten des Unternehmens, die vollständig ermittelt, auf Mitarbeiter delegiert, regelmäßig aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden müssen.[1] Vorstände und Geschäftsführer haben die Einhaltung der Legalitätspflicht im Unternehmen zu organisieren. Im Durchschnitt von Betrieben aus 40 Branchen ergeben sich 4.300 Pflichten pro Betrieb, wovon durchschnittlich 10 % monatlich von der Gesetzgebung der EU, des Bundes und der 16 Bundesländer geändert werden. Zur Überwachung bieten sich digitale Kontrollsysteme an. Die Geschäftsleiter sind nicht nur zur Organisation der Legalitätspflichterfüllung und zur Kontrolle verpflichtet, sondern auch zur Sicherung von Beweisen darüber, dass sie die Kontrollen durchgeführt haben.[2] Organe tragen nämlich nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die Beweislast. Zum Compliance-Management-System gehört unverzichtbar das Kontrollieren des Mitarbeiterverhaltens beim Einhalten gesetzlicher Rechtspflichten.

III. Mitbestimmungsrechte nur bei Regelungen des Arbeitgebers zum „Ordnungsverhalten" der Mitarbeiter im Betrieb

Wenn schon kein Mitbestimmungsrecht bei der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben besteht, erübrigt sich auch die Prüfung, ob das eingesetzte EDV-System eine technische Einrichtung zur Überwachung

1 *Rack*, CB 2014, 279 mit weiteren Nachweisen aus der ständigen Rechtsprechung.

2 BGH, Urt. v. 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 284 – Beweislastumkehr Kurzarbeiter; BGH v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66 = BGHZ 51, S. 91 – Hühnerpest.

des Arbeitnehmerverhaltens i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG darstellt. Ausdrücklich entschieden wurde vom Bundesarbeitsgericht, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG ausgeschlossen ist, wenn der Gegenstand gesetzlich geregelt ist. Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet zu Recht zwischen „dem Ordnungsverhalten der Mitarbeiter, das vom Arbeitgeber den Mitarbeitern vorgegeben ist und den Regelungen zum Arbeitsverhalten, das durch gesetzliche Vorgaben bestimmt ist."

Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer, das der „Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen vorgeben und koordinieren kann. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Arbeitnehmer hieran zu beteiligen. Sie sollen an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gleichberechtigt teilnehmen.[3]" Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei Maßnahmen nur mitzubestimmen, die das sog. „Ordnungsverhalten" der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen.[4] Nicht mitbestimmungspflichtig sind dagegen Maßnahmen, die das sog. Arbeitsverhalten regeln sollen und mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und abgefordert wird.[5] Wenn der Arbeitgeber auf Grund einer zwingenden gesetzlichen oder tariflichen Regelung selbst keine Gestaltungsmöglichkeiten mehr besitzt, fehlt es schon an einem Ansatz für eine eigenständige Regelung durch die Betriebsparteien.[6]

Im Compliance-Management-System werden Rechtspflichten aus gesetzlichen Regelungen erfasst, an Mitarbeiter delegiert, auf ihre Erfüllung hin kontrolliert und zur Beweissicherung dokumentiert. Wenn schon Arbeitgeber selbst keinen Entscheidungsspielraum beim Einhalten gesetzlicher Pflichten des Unternehmens haben, muss diese Gesetzesbindung für die Arbeitnehmer des Unternehmens in gleicher Weise gelten. Der Gesetzgeber hat über Rechtspflichten in Form von Gesetzen entschieden, die von allen einzuhalten sind. Gesetzliche und tarifliche Vorgaben sind auch ohne die Akzeptanz durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhalten.

Definiert man Compliance-Management-Systeme nach ihrem Zweck, die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter zu erfüllen, nämlich die gesetzlichen Rechtspflichten des Unternehmens einzuhalten, kommen Regelungen des Arbeitgebers zum Ordnungsverhalten im Unternehmen in Compliance-Management-Systemen nicht vor. Das von Arbeitgebern geregelte Ordnungsverhalten der Mitarbeiter in den Betrieben ist gerade nicht durch gesetzliche Vorgaben bestimmt, sondern hängt allein von Entscheidungen des Arbeitgebers ab. Damit die Angestellten nicht schutzlos dem Arbeitgeber ausgeliefert sind, werden die Grenzen durch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gezogen. Die Entscheidungen des Arbeitgebers zum Ordnungsverhalten liegen außerhalb gesetzlicher Regelungen und begründen gerade deshalb die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer. Das Ordnungsverhalten im Betrieb soll durch die Mitbestimmungsrechte im Einvernehmen der Betriebsparteien geregelt werden. Gesetzliche Regelungen, deren Einhaltung durch das Compliance-Management-System organisiert werden, sind in einem geordneten Gesetzgebungsverfahren entstanden, von dem auszugehen ist, dass auch die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigt wurden, sodass sie nicht mehr den Schutz durch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats erfordern. Wenn Arbeitnehmerinteressen in gesetzlichen Regelungen zu kurz gekommen sein sollten, sind sie entweder durch Gerichte oder durch Gesetzesänderungen im Gesetzgebungsverfahren zu korrigieren. Der Betriebsrat ist dagegen zu Korrekturen und Novellierungen von Gesetzen und tariflichen Regelungen nicht berechtigt.

Erst wenn es um das betriebliche Ordnungsverhalten geht, setzt also das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer ein.[7] Bei allen gesetzlichen Regelungen fehlt es an einer Ausgestaltungsmöglichkeit durch die Betriebsparteien.[8] Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht somit, wenn sich entsprechende Regelungen in der Wiedergabe der gesetzlichen Vorschriften erschöpfen, die geschuldete Arbeitsleistung konkretisieren oder die Unternehmensphilosophie und die Unternehmensziele beschrieben werden.[9]

Enthält ein Compliance-Management-System gleichwohl Regelungen zum Ordnungsverhalten, müsste es dem Mitbestimmungsrecht durch den Betriebsrat unterliegen.[10] Sollte das Compliance-Management-System eine Mischung aus Regelungen zum Ordnungsverhalten und zum gesetzlich begründeten Verhalten zur Einhaltung gesetzlicher Rechtspflichten darstellen, muss selbstverständlich differenziert werden zwischen dem mitbestimmungsfreien legalen Verhalten bei der Einhaltung von Rechtspflichten des Unternehmens und den mitbestimmungspflichtigen Regelungen des Arbeitgebers zum Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb.

IV. Die Überwachungspflicht des Betriebsrats nach § 89 BetrVG zu legalem Verhalten im Arbeits- und Umweltschutz

Darüber hinaus unterliegt der Betriebsrat selbst gem. § 89 BetrVG der Pflicht, sich für die Durchführung von Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb sowie über den betrieblichen Umweltschutz einzusetzen. Den Betriebsrat trifft somit eine gesetzliche Überwachungspflicht bei der Bekämpfung von Gefahren für Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer im Betrieb und der vom Betrieb ausgehenden Gefahren für die Umwelt.[11] Auf Grund dieser Befugnis und Verpflichtung hat sich der Betriebsrat vom Stand des Arbeits- und Umweltschutzes im Betrieb zu überzeugen, sich mit dem Aufzeigen von Gefahrenquellen und Missständen zu befassen, insbesondere Beschwerden und Anregungen aus Kreisen der Arbeitnehmer nachzugehen, soweit sie nicht offensichtlich unbegründet sind. Der Betriebsrat hat den Arbeitgeber auf Gefahren im Betrieb und auf Vernachlässigungen von Schutzeinrichtungen aufmerksam zu machen und mit ihm über deren Beseitigung zu beraten. Ein Mitbestimmungsrecht begründet es allerdings nicht.[12]

Der Betriebsrat müsste zur Erfüllung seiner eigenen Pflichten nach § 89 BetrVG das Compliance-Management-System selbst nutzen. Der Betriebsrat muss im gleichen Umfang wie die Organe des Unternehmens daran interessiert sein, im Arbeits- und Umweltschutz die

3 BAG, Beschl. v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, Ziff. 4, 4. Leitsatz; LAG Hessen Beschl. v. 18.1.2007 – 5 TaBV 31/06.
4 *Moosmayer*, Compliance, 3. Aufl., 2015, Rn. 208-209.
5 BAG, Beschl. v. 27.1.2004 – 1 ARB 7/03 = BAGE 109, 235, NZA 2004, 556; BAG, Urt. v. 22.7.2008 – 1 ARB 40/07, Ziff. 57 a, aa.
6 BAG [Ziff. 72] (1), BAG v. 25.1.2000, BAGE 93, 276 = NZA 2000, 665 = NJW 2000, 2127 L; *Fitting*, BetrVG, 28. Aufl., § 87, Rn. 31-38; *Schwarze*, in: Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht, BetrVG, § 87 Rn. 46-48.
7 *Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmayer*, in: Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016 Anm. 71.
8 *Fitting*, BetrVG, § 87, 28. Aufl., Rn. 31-38.
9 BAG Beschl. v. 22.7.2008 – 1 ARB 40/07.
10 *Neufeld/Knitter*, BB 2013, 822.
11 BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/07, AB Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972.
12 *Fitting*, BetrVG, 28. Aufl., § 89 Rn. 11-15.

Pflichten des Unternehmens ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Nur dann kann auch der Betriebsrat sicher sein, seine eigene Pflicht aus § 89 BetrVG erfüllt zu haben.

Ein Compliance-Management-System ist somit als Erfüllungshilfe für die vom Gesetzgeber vorgeschriebenen verbindlichen Rechtspflichten eines Unternehmens zum rechtstreuen und legalen Verhalten zu verstehen. Dem Betriebsrat wird dazu kein Beurteilungsspielraum eröffnet. Zum einen ist der Arbeitnehmer bei gesetzlichen Regelungen nicht schutzbedürftig und zum anderen trifft den Betriebsrat ohnehin nach § 89 BetrVG die Pflicht zur Durchsetzung der gesetzlichen Vorschriften. Verletzt der Betriebsrat seine Pflichten aus § 89 BetrVG, so kann er nach § 23 Abs. 1 BetrVG aufgelöst und einzelne Betriebsratsmitglieder können bei einer diesbezüglichen groben Pflichtverletzung ihres Amtes enthoben werden.[13]

V. Die Pflicht der Organe zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems

Inzwischen bestehen keine Zweifel mehr an der Pflicht des Vorstands zur Einrichtung und Unterhaltung eines effizienten Compliance-Management-Systems. Die Gegenansicht ist durch die neuere Rechtsprechung überholt. [14] Hergeleitet wird diese Pflicht zum Compliance-Management methodisch als Gesamtanalogie aus den §§ 93 AktG, 91 Abs. 2 AktG, 4.4.1 DCGK, § 130 OWiG, § 14 GWG, § 76 Abs. 1 AktG. Insbesondere begründet die neuere Rechtsprechung aus dem bloßen Unterlassen eines Compliance- Management-Systems Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden des Vorstands.[15]

Zuletzt hat der BGH am 9.5.2017 entschieden, dass der Einsatz eines Compliance-Managements erstens eine Pflicht darstellt und zweitens sanktionsmindernd vor und nach dem Rechtsverstoß zu berücksichtigen ist.[16]

VI. Die Organisationspflichten im Compliance-Management-System nach den Vorgaben der Rechtsprechung

Wie die Erfüllung der Legalitätspflicht durch ein Compliance-Management-System zu organisieren ist, ergibt sich nicht aus den gesetzlichen Regelungen, sondern aus Grundsatzentscheidungen des BGH zum Schadensersatz durch Organisationsverschulden.[17] Höchstrichterlich entschieden und dadurch dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entzogen sind bspw. nach ständiger Rechtsprechung die Organisationspflichten, eine Aufsichtsorganisation anzuordnen, anzuwenden, nachzuweisen und ständig zu verbessern.[18] Zur Risikoanalysepflicht der Vorstände und Geschäftsführer wurde entschieden, die Informationen über Risikofaktoren über ein Meldesystem zu beschaffen und an die Geschäftsleitung weiterzuleiten, die Risikoanalyse persönlich durch die Geschäftsleiter vornehmen zu lassen und nicht durch die Analyse Dritter, insbesondere nicht durch Behörden und Ratingagenturen zu ersetzen,[19] auch latente Gefahren zu berücksichtigen, ohne dass ein Indiz für ein Risiko vorhanden ist.[20] Konkret wurde entscheiden, dass die Oberaufsicht nicht delegiert werden kann[21], dass die Organe des Unternehmens einzugreifen haben, wenn Ursachen für Missstände ungeklärt sind,[22] dass Entscheidungen von großer Tragweite und ruinöser Wirkung den Organen vorzubehalten sind und die Kosten zur Vermeidung von Rechtsverletzung bei der Risikoabwehr unberücksichtigt zu lassen sind,[23] die verantwortlichen Pflichtenträger namentlich zu benennen und jeweils einen Ersatzmann zuzuweisen[24]. Entschieden wurde auch die Pflicht, zur Dokumentation und wegen der Beweislastumkehr zur Abwendung

13 *Fitting*, BetrVG, 28. Aufl., § 89 Rn. 39.

14 ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 – Libor Manipulation; LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 – Schienenkartell, CB 2015, 127 mit CB-Komm. *Jungermann/Renz*; BB 2015, 907, mit BB-Komm. *Bachmann*; BB 2015, 1018 m. BB Komm. *Kollmann/Aufdermauer*; ZIP 2015, 829–833; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Neubürger, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*; BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*; NZG 2014, 345, 346.

15 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010 § 91 Anm. 31; *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*; BB 2015, 1018 m. BB Komm. *Kollmann/Aufdermauer*; ZIP 2015, 829-833; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Neubürger-Entscheidung, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*; BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*; NZG 2014, 345, 346.

16 BGH v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16, vgl. auch *Eufiger*, ZIP 2018, 615.

17 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, in: RGZ 78, 107 – Kutscher; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37 = RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; BGH v. 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei; BGH v. 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 – Propagandisten-Urteil; BGH v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil; BGH v. 26.11.2012 – II ZR 111/2 NZG 2013, 339 – Sardinien-Äußerung-Piech.

18 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11 = RGZ 78 S. 107 – Kutscher; RG v. 28.11.1913 – III 194/13 = RG Warn. (1914) 35, 50 – Neuzement; RG v. 18.4.1914 – 55/14 VI = RGJW 1914 (1914), 759 – Warenhaus; RG v. 25.2.1915 – VI 526/14 = RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz; RG v. 27.11.1916 – VI 275/16 = RGZ 89 (1917), 136 – Asphaltvertiefung; RG v. 19.2.1923 – IV 427/22 = RGJW (1923), 1026 – Fuhrwerk; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37 = RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; RG v. 12.10.1938 – VI 96/38 = RGJW 1938, 3162 – Streupflicht; BGH v. 25.10.1951 – III ZR 95/50 = BGHZ 4, 1 – Benzinfahrt; BGH v. 4.11.1953 – VI ZR 64/52 = BGHZ 11, 151 – Zinkdach; BGH v. 13.5.1955 – I ZR 137/53 = BGHZ 17 (1955), 214 – Bleiwaggon; BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55 = BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff; BGH v. 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957 (1957), 214 – Streupflicht II; BGH v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59 = BGHZ 32 (1960), 53 – Besitzdiener; BGH v. 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei; BGH v. 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 – Propagandisten; BGH v. 8.11.1963 – VI ZR 257/62), VersR 1964, 297 – LKW-Unfall; BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968 (1968), 247 – Kfz-Zulieferer; BGH v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69), NJW 1971 (1971), 1313 – Tiefbau-Unternehmer; BGH JZ 1978 (1978) S. 475 – Kfz-Werkstatt; *Rack*, CB 2014, 279-290 mit weiteren Nachweisen aus der ständigen Rechtsprechung und mit Herleitung einzelner Organisationspflichten aus der jeweiligen Grundsatzentscheidung.

19 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung; BGH v. 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 – LKW-Unfall; Die Rechtsprechung des LKW-Urteils, der IKB wird fortgesetzt in den neueren Entscheidungen des ISION-Urteils und zur Sardinien-Äußerung.

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

21 RG v. 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78, 107 – Kutscher; RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, in: RGZ 78, 107 – Kutscher; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37 = RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; RG v. 25.2.1915 – VI 526/14 = RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz; BGH v. 25.10.1951 – III ZR 95/50 = BGHZ 4, 1 – Benzinfahrt; BGH v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59 = BGHZ 32 (1960), 53 – Besitzdiener; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Neubürger-Entscheidung.

22 RG v. 19.2.1923 – IV 427/22 = RGJW (1923), 1026 – Fuhrwerk.

23 BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55 = BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff.

24 BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66 = NJW 1968, S. 247 ff. – Schubstreben.

der Beweisnot alle organisatorischen Maßnahmen zu dokumentieren.[25]

Die Rechtsprechung zeigt, wie die Erfüllung der Legalitätspflicht zu organisieren ist und wie der Vorwurf des Organisationsverschuldens und die damit verbundenen Schadensersatzansprüche zu vermeiden sind. Wer eine Organisationspflicht nicht verletzen will, sollte sie so erfüllen, wie sie im BGH-Urteil grundsätzlich entschieden wurde. Ansonsten wären Schadensersatzansprüche zu befürchten, die mit der Verletzung von Organisationspflichten nach dieser Rechtsprechung im Rahmen des Compliance-Managements begründet würden. Höchstrichterliche Urteile erzeugen Bindungswirkung für nachfolgende Fälle. Die Ergebnisse von Gerichtsverfahren aus drei Instanzen können nicht ersetzt werden durch die Entscheidungen von Betriebsräten, die i. d. R. gewählt werden, ohne dass sie wie Richter sich durch juristische Kompetenz ausweisen und vergleichbare strenge Zugangsvoraussetzungen mit zwei Staatsexamen erfüllen müssen. Gerichtsentscheidungen werden außerdem nach gesetzlich vorgegebenen Verfahrensordnungen der Zivilprozessordnung (ZPO) der Strafprozessordnung (StPO) und der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) getroffen. Eine Verfahrensordnung garantiert ein geordnetes Verfahren, in dem alle entscheidungserheblichen Tatsachen und alle erheblichen rechtlichen Argumente eingebracht und berücksichtigt werden. Berufungs- und Revisionsverfahren ermöglichen die Vermeidung von Fehlern in der Vorinstanz. Die Legitimation von Gerichtsurteilen ergibt sich aus ihrem formstrengen Verfahren.[26]

Aus Richterrecht ergeben sich die Organisationspflichten. Sie wenden typische Organisationsrisiken in Unternehmen ab. Organisationsrisiken entstehen im Unternehmen durch unterlassene Risikoanalysen, durch die Unkenntnis über Risiken und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr, durch Fehler und Lücken bei der Delegation. Der Art nach handelt es sich dogmatisch um Verkehrssicherungspflichten, die jeder zu erfüllen hat, der eine Risikoquelle verursacht, beherrscht und von ihr profitiert. Die Risikoquelle ist das Unternehmen mit vielen Risiken und vielen Angestellten. 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.[27]

VII. Die Bindung von Geschäftsleitern und Betriebsrat an höchstrichterliche Entscheidungen zu Organisationspflichten durch das Negationsverbot

Nach dem Wortlaut von § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG schließt zwar nur eine gesetzliche Regelung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus. Gesetzesvertretendes Richterrecht ist jedoch nach h. M. dem zwingenden Gesetz i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG gleichzustellen.[28] Auch tarifdispositive gesetzliche Vorschriften sind für die Betriebspartner zwingend und werden von der Mitbestimmung ausgeschlossen. Die Sperrwirkung des gesetzesvertretenden Richterrechts wird damit begründet, dass zwar Richterrecht keine Normen schafft, aber durch die faktische Verbindlichkeit des gesetzesvertretenden Richterrechts der Zweck des Gesetzesvorbehalts nach § 87 Abs. 1 BetrVG erfüllt wird. Eine von Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam festgelegte Regelung zum Schutz der Arbeitnehmer des Betriebes wird damit entbehrlich. Es ist nämlich mit der Rechtsordnung nicht vereinbar, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat Grundsatzentscheidungen höchster Gerichte durch eigene Entscheidungen im Rahmen der Mitbestimmung überspielen oder ignorieren könnten. Es muss sich um grundsätzliche Entscheidungen und nicht um Einzelfallentscheidungen handeln, sodass die Sperrwirkung für jede Entscheidung gesondert zu prüfen ist.[29]

Das Gericht müsste seine Rechtsprechung zu einer bestimmten Organisationspflicht selbst aufgeben und die Geltung der jeweiligen Organisationspflicht dadurch aufheben.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt Entscheidungsspielräume bei Vorständen und Geschäftsführern voraus. Fehlt dem Arbeitgeber schon das Recht über eine Unternehmensangelegenheit zu bestimmen, weil er an Gesetze und höchstrichterliche Entscheidungen gebunden ist, kann der Betriebsrat auch nicht mitbestimmen. Bei der präventiven Rechtsberatung interessiert allein die Frage, wie im Streitfall die letzte Instanz entscheiden wird. Eine rechtskräftige letztinstanzliche Entscheidung ist geltendes Richterrecht.[30] Für die Praxis gilt das Negationsverbot. Die Rechtsprechung bietet Lösungsmuster für bestimmte Rechtsfragen und Entscheidungsprobleme. Die Lösungsmöglichkeiten müssen nicht jeweils neu erwogen werden. Will ein Geschäftsleiter bei der Organisation seines Unternehmens von den einschlägigen Entscheidungen zum Organisationsverschulden von der Rechtsprechung abweichen, müssen für diese Abweichung nicht nur gleich gute Gründe sprechen, vielmehr müssen zusätzliche Argumente die Abweichung rechtfertigen.[31] Worüber Bundesgerichte letztinstanzlich entschieden haben, kann von Vorständen und Geschäftsführern nicht mehr selbst bestimmt werden und letztlich vom Betriebsrat auch nicht mehr mitbestimmt werden. Bessere Argumente als die in letzter Instanz bekannten müssten die Abweichung rechtfertigen. Die Argumentationslast liegt bei den Geschäftsleitern. Die Legitimation höchstrichterlicher Entscheidungen ergibt sich aus den langjährigen Verfahren vor Gericht über mehrere Instanzen unter Beteiligung von mindestens elf Richtern und sechs Rechtsanwälten, Sachverständigen und Parteivertretern. Die Entscheidung in letzter Instanz begründet deren Geltung, die Vermutung ihrer Richtigkeit und ihre Bindung an die Entscheidung. Höchstrichterliche Entscheidungen haben faktisch gesetzesähnliche Wirkung. Die Instanzgerichte und der Rechtsverkehr stellen sich auf Grundsatzentscheidungen ein. Die Rechtsordnung schreibt darüber hinaus den obersten Bundesgerichten Leitfunktionen bei der normsetzenden Fortbildung der Rechtsordnung und bei der Minimierung von Wertungswidersprüchen im geltenden Recht zu, was sich z. B. aus § 132 Abs. 4 GVG ergibt. Zwar gibt es keine formelle Bindung an Präjudizien der Obergerichte. Das Verfahrensrecht aller Gerichtszweige sorgt jedoch dafür, dass die Instanzgerichte von Entscheidungen der obersten

25 BGH v. 4.11.2002 – Kurzarbeiter = BGHZ 152, 280.

26 *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 12. Aufl. 1989; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre 9. Aufl. Anm. 317, 318

27 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 82/83-92, S. 71, 53, 206; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2002, S. 760 ff; BGH v. 28.9.1987 – II ZR 35/87, NJW 1988, 881 als Beispiel zur nachträglich formulierten Organisationspflicht einer Bank beim Ausstellen einer Bankquittung.

28 *Wiese*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betrug, 11. Aufl., § 87, Rn. 58 und 60.

29 *Worzalla*, in: Kommentar BetrVG, § 87, Rn. 61; HWK Arbeitsrechtskommentar Clemenz, § 87, Rn. 8; *Matthes*, MünchKomm/Arbeitsrecht, § 242, Rn. 13.

30 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Aufl., Anm. 317, 318.

31 *Rüthers/Fischer/Birk* (Rn. 30), Anm. 324.

Bundesgerichte oder anderer letztinstanzlicher Gerichte möglichst wenig abweichen.[32]

Im Ergebnis fehlt das Bestimmungsrecht der Geschäftsleitung und damit auch das entsprechende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Nur über das betriebliche Ordnungsverhalten der Mitarbeiter kann die Geschäftsleitung bestimmen und der Betriebsrat mitbestimmen, doch nicht darüber, ob und wie gesetzliche Pflichten des Unternehmens oder die Pflichten aus höchstrichterlicher Rechtsprechung einzuhalten sind.

VIII. Compliance als ausschließliche Verantwortung der Organe schließt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus

Die Organisation der Einhaltung gesetzlicher Regelungen ist exklusiv und zwingend dem Gesamtvorstand „unentrinnbar" zugewiesen.[33] Compliance ist vom Vorstand selbst als Chefsache wahrzunehmen.[34] Die Compliance-Verantwortung des Vorstands gehört zum gesicherten Bestand des aktienrechtlichen Pflichtenkanons.[35] Die Legalitätspflicht der Organe beschränkt sich nicht auf die eigene Rechtstreue. Danach müssen sich die Organe nicht nur selbst legal verhalten, sondern auch dafür sorgen, dass die Mitarbeiter die an sie delegierten Rechtspflichten einhalten. Die Compliance Verantwortung des Verstands besteht in einer Legalitätskontrollpflicht.[36] Diese Organisationspflicht ist von allen Vorstandsmitgliedern gesamtverantwortlich wahrzunehmen. Von ihrer Pflicht zur Oberaufsicht sind die Organe eines Unternehmens nicht befreit. Die Oberaufsicht lässt sich auch nicht auf Compliance-Beauftragte delegieren.[37]

Diese exklusive Zuweisung der Legalitätspflicht im Rahmen eines Compliance-Systems schließt das Recht zur Mitbestimmung durch den Betriebsrat aus. Der Betriebsrat kann nicht beanspruchen, darüber mitzubestimmen, ob die weisungsabhängigen Arbeitnehmer durch die Organe des Unternehmens kontrolliert werden. Die Organe sind zwingend verpflichtet, die Legalitätskontrolle zu erfüllen und bei drohenden Rechtsverstößen sogar präventiv einzugreifen.[38] Leitungsaufgaben nach § 76 AktG können Vorstände nicht delegieren, zu deren Erfüllung sie selbst verpflichtet sind. Durch ein Mitbestimmungsrecht könnte der Betriebsrat die Legalitätskontrolle durch die Organe unterlaufen. Im Ergebnis würden die Kontrollierten über ihre Kontrollen mitbestimmen.

Auch die Haftung des Vorstands schließt Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus. Nach § 93 Abs. 2 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. Für Verstöße gegen die Legalitätspflicht, insbesondere gegen die Legalitätskontrollpflicht, haftet der Vorstand. Der Betriebsrat haftet trotz seiner Überwachungsverpflichtung im Bereich des Arbeitsschutzes und des betrieblichen Umweltschutzes nach § 89 BetrVG nicht. Verantwortlich bleibt nach herrschender Meinung der Arbeitgeber für die Durchführung und Gewährleistung des betrieblichen Arbeits- und Umweltschutzes.[39]

Die Organhaftung wird noch verschärft durch die Pflicht zum Selbstbehalt beim Abschluss einer D&O-Versicherung für Vorstände. Auf Schadensersatzansprüche gegen Vorstände verzichten kann nach § 93 Abs. 4 AktG die Gesellschaft erst mit Ablauf von drei Jahren nach Entstehung des Anspruchs. Der Gesetzgeber will mit der scharfen Organhaftung das Organ als alleinigen Verantwortlichen für eventuelle Fehler bei Leitungsaufgaben haften lassen. Mit dieser scharfen Organhaftung sollen Vorstände zur eigenverantwortlichen und sorgfältigen Erfüllung der Leitungspflicht insbesondere der Legalitätskontrollpflicht gezwungen werden, deren Erfüllung im Rahmen eines Compliance-Management-Systems zu organisieren ist.

Diese umfangreiche Organhaftung schließt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus. Die Organhaftung könnte geschmälert werden, wenn Vorstände ihre Verantwortung auf den mitbestimmenden Betriebsrat abwälzen könnten.

Die Gesamtverantwortung des Vorstands für ein funktionierendes Compliance-System wird v. a. in der Neubürger-Entscheidung des Landgerichts München konkretisiert. Danach können Vorstände ihre Organisationspflicht zum Einsatz und zur Überprüfung eines Compliance-Systems nicht an sog. „Bereichsvorstände" delegieren. Eine Delegation der zentralen Compliance-Pflicht des aktienrechtlichen Organs „Vorstand" auf Mitarbeiter ohne Organstellung stellt eine Pflichtverletzung dar.[40] Schon das Reichsgericht hat in seinen frühen Urteilen entschieden, dass die Oberaufsicht nicht zu delegieren ist und der Unternehmer selbst seine allgemeine Aufsichtsanordnung treffen muss und damit vorzugehen hat, wie die praktische Aufsichtstätigkeit durch bestellte Aufsichtspersonen durchzuführen ist.[41]

Der BGH hat in seinem Presseangriffsurteil festgestellt, dass Entscheidungen von großer Tragweite mit großem Risiko für absolut geschützte Rechtsgüter und mit ruinöser Wirkung den Organen vorgelegt und vorbehalten werden müssen.[42] Organe müssen die Vorlagepflicht anordnen.

Mit Folgeerwägungen lässt sich diese Rechtsprechung zum Delegationsverbot von Leitungsaufgaben begründen. Wenn Organe Risikoentscheidungen auf nachgeordnete Mitarbeiter delegieren könnten, würde die Organhaftung eingeschränkt. Für die pflichtwidrigen Entscheidungen von Angestellten könnten sich die Organe das Unternehmen als Geschäftsherren nach § 831 BGB exkulpieren und der strengeren Organhaftung nach § 31 BGB ausweichen.

IX. Compliance-Systeme als technische Einrichtung

Selbst wenn die Sperrwirkung durch den Gesetzesvorbehalt verneint werden könnte, fehlt es zur Begründung eines Mitbestimmungsrechts an der technischen Einrichtung mit eigener Kontrollwirkung. „Technische Einrichtungen" i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sind alle Geräte und Anlagen, die unter Anwendung nicht menschlicher, sondern

32 *Rüthers/Fischer/Birk* (Rn. 30), Anm. 245, 246.
33 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl., § 91 Anm. 63, 64; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl:, § 76, Anm. 12.
34 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 1; *Koch* (Rn. 33), AktG, § 91 Anm. 1.
35 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 48; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2174); *Bachmann*, VGR 2007, 65 (73f.); *Fleischer*, CCZ 2008, 1 (3); *Koch* (Rn. 33), § 76, Anm. 16.
36 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 50.
37 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 66.
38 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 93 Anm. 112.
39 *Fitting* (Rn. 8), 28. Aufl., § 89 Anm. 15.
40 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (l,1,a.ee); *Krause*, BB 2009, 1370, 1373; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 93 Rn. 14.
41 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11 = RGZ 78, 107 – Kutscherurteil; ebenso: RG v. 25.2.1915 – VI 526/14 = RGZ 87 1916, 1 – Heilsalz.
42 BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55 = BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff.

anderweit erzeugter Energie mit den Mitteln der Technik, insbesondere der Elektronik, eine selbstständige Leistung erbringen“[43] und die deshalb eine eigenständige Kontrollwirkung entfalten. Dazu zählen alle Geräte und Anlagen, die auf technischem Wege Daten direkt übermitteln oder sichten und miteinander verknüpfen. Die technische Einrichtung müsste dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen.

Mit einem EDV-gestützten Compliance-System werden allerdings alle Kontrollen über die Einhaltung von Rechtspflichten durch Mitarbeiter und nicht durch technische Geräte eines Unternehmens vorgenommen. Es fehlt an einer eigenständigen Kontrollwirkung durch die technische Einrichtung wie bei einer Stechuhr oder einer Videokamera. Deshalb fällt die Überwachung durch ein Compliance-System nicht unter das Mitbestimmungsrecht. Die Nichterfüllung einer Unternehmenspflicht wird nicht automatisch durch ein System erkannt, sondern setzt einen persönlichen Kontrolleur voraus, der die Rechtspflicht und ihre Erfüllung erfasst, was nur in einem methodischen Vorgang der Rechtsanwendung durch Mitarbeiter entschieden werden kann, die das Erfassen und Erfüllen einer Pflicht nachvollziehen können. Die menschliche Entscheidung im Rahmen des Rechtsanwendung ist nicht durch Technik zu ersetzen, weder das Erfassen einer Pflicht durch die Anwendung eines Gesetzes auf einen konkreten Sachverhalt noch deren Erfüllung durch die Kontrolle.

X. Fazit

Die Diskussion in der Unternehmenspraxis über Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats schafft für die Umsetzung eines Compliance-Management-Systems erhebliche Rechtsunsicherheit. In der Zeit des schwebenden Streits kann es deshalb zu Rechtsverstößen kommen, weil unsicher ist, an wen Rechtspflichten delegiert werden können, insbesondere ob auch die vom Betriebsrat vertretenen Mitarbeiter Rechtspflichten des Unternehmens erfüllen müssen. Alle Unternehmenspflichten können schon wegen der Pflichtenmenge nicht allein von den Führungskräften erfüllt werden. Rechtsverstöße sind ausschließlich von den Organen und den Führungskräften zur verantworten. Die Organe haften für Schäden durch Organisationsverschulden, während die Betriebsräte dafür nicht haften. Die Compliance-Beauftragten tragen bei strafbewehrten Pflichten das Risiko der Strafbarkeit wegen Beihilfe. Die Organe und ihre Beauftragten müssen deshalb ein starkes Interesse daran haben, die Frage der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu klären. Nur Rechtssicherheit und die Delegation aller Rechtspflichten des Unternehmens auf möglichst viele Mitarbeiter in einem jeweils vertretbaren Pensum schützt vor Schäden durch Rechtsverstöße und vor der Organhaftung wegen Organisationsverschuldens. Zu empfehlen ist die Trennung zwischen mitbestimmungspflichtigen Regelungen zum Ordnungsverhalten im Betrieb und dem mitbestimmungsfreien Compliance-Management zur Organisation gesetzlicher Regelungen. Schließlich ist zu empfehlen, neben den Gesetzen auch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die sich daraus ergebenden Rechtspflichten des Unternehmens ständig zu erfassen und die sich daraus ergebenden Pflichten einzuhalten.

AUTOR



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

43 BVerwG v. 14.6.2011 – 6 P 10.10, PersR 11, 516.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

11 / 2018

Betriebs-Berater Compliance

31.10.2018 | 6.Jg
Seiten 393–436

EDITORIAL

Robotertechnologien ermöglichen Fokus auf Wesentliches | I
Corinna Reibchen

AUFSÄTZE

Rechtliche Rahmenbedingungen für Mobile Payment – Ein Blick auf die Anforderungen zur starken Kundenauthentifizierung | 393
Dr. Jens H. Kunz, LL.M. (UT Austin)

Länderreport Luxemburg: Aktuelle Compliance-relevante Entwicklungen im Luxemburger Aufsichtsrecht | 399
Adrian Aldinger, RA und Avocat à la Cour, und Danny Major, RA

Länderreport Schweiz: Entwicklungen im Finanzmarktrecht im Jahr 2018 | 403
Tina Balzli, Mirjam Meyer und Jessica Merola

Die Pflicht zur „erweiterten" Compliance-Prüfung beim Jahresabschluss in Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung | 409
Dr. Manfred Rack, RA

Compliance-Management für Start-ups und die Gründerszene | 413
Herwig Felber und Manuel Konold

RECHTSPRECHUNG

EuGH: Diskriminierungsverbot wegen Behinderung – Kündigung wegen Krankheit | 417

BGH: Keine Übertragbarkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Steuerhinterziehung auf Untreue | 422
mit CB-Kommentar von Dr. Daniel Kaiser

BGH: Liquidation einer GmbH – Haftung des Liquidators gegenüber einem bei der Vermögensverteilung nicht berücksichtigten Gläubiger | 427

OLG Braunschweig: Fehlgeschlagene Kapitalanlage – Divergierende ausschließliche Gerichtsstände | 432

Schwerpunktheft Banken-Compliance

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Die Pflicht zur „erweiterten“ Compliance-Prüfung beim Jahresabschluss in Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung

Die gesetzliche Jahresabschlussprüfung nach § 317 Abs. 4 HGB umfasst nur die Prüfung eines Compliance-Management-Systems auf Eignung und Funktionsfähigkeit, nicht aber die Prüfung seines Vollzugs. Dies wird zu Recht als Lücke im Kontrollsystem kritisiert. Ob alle Unternehmenspflichten auch erfüllt und kontrolliert wurden, müssen Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB nicht testieren. Im Gegensatz dazu wird bei Unternehmen in privater Rechtsform mit öffentlicher Beteiligung der Jahresabschluss nach § 53 HGrG (Haushaltsgrundsätzegesetz) um die Vollzugsprüfung erweitert.[1] Dazu zählen bspw. Flughäfen, Stadtwerke, Bahnunternehmen, Banken mit Bundes- und Landesbeteiligungen. Deren Compliance-Management-System ist nicht nur einer Systemprüfung sondern auch der erweiterten Vollzugsprüfung zu unterziehen.

I. Die Systemprüfung des Compliance-Management-Systems nach § 317 Abs. 4 HGB im Jahresabschluss

Die Prüfung durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB ist zur gleichen Zeit mit § 91 Abs. 2 AktG eingeführt worden. Der Vorstand hat danach die Pflicht

> „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“

Der Abschlussprüfer hat diese Vorstandspflicht nach § 317 Abs. 4 HGB zu beurteilen und dem Aufsichtsrat darüber zu berichten.
Der Abschlussprüfer ist für den Aufsichtsrat die einzige unabhängige Informationsquelle zur Überwachung des Vorstands. Ansonsten hat der Aufsichtsrat nur Informationsquellen aus vorstandsabhängigen Berichten nach § 90 AktG und aus den vorstandsunabhängigen Informationen des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG, die der Aufsichtsrat sich selbst beschaffen kann.[2] Der Gesetzgeber hat im KonTraG 1998 zum Ausdruck gebracht, dass der Abschlussprüfer den Aufsichtsrat unterstützen soll. Seitdem wird der Prüfauftrag vom Aufsichtsrat und nicht mehr vom Vorstand an den Abschlussprüfer vergeben. Der Aufsichtsrat vereinbart mit dem Abschlussprüfer Prüfungsschwerpunkte. Der Abschlussprüfer wird zum Gehilfen des Aufsichtsrats. Er schlägt den Abschlussprüfer der Hauptversammlung zur Wahl nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG vor. Der Abschlussprüfer berichtet v. a. nach § 321 Abs. 5 Satz 2 HGB an den Aufsichtsrat und nicht mehr wie früher an den Vorstand.

II. Die Lücke in der Jahresabschlussprüfung

Die Jahresabschlussprüfung zum Compliance-Management-System ist allerdings ihrem Umfang nach lückenhaft. Sie ist nach § 317 Abs. 4 HGB eine Systemprüfung, nicht aber eine Geschäftsführungsprüfung, die umfassender als die Prüfung des internen Kontrollsystems im Rahmen der Jahresabschlussprüfung ist. Sie ist Eignungsprüfung, Funktionsprüfung und Systemprüfung. Zu prüfen ist danach nur die Eignung des Compliance-Management-Systems, ob klare Verantwortungszuweisungen für Informationsweitergabe und Risikobeurteilung bestehen, sodass noch rechtzeitig Gegenmaßnahmen getroffen werden können.[3] Die Jahresabschlussprüfung nach § 317 Abs. 4 HGB ist allerdings keine Vollzugsprüfung. Der Abschlussprüfer kann dem Aufsichtsrat zur Kontrolle des Vorstands nur die Ergebnisse der Systemprüfung berichten, nichts aber zu der wichtigeren Frage, ob das Compliance-Management-System auch vollzogen wurde, insbesondere ob die Unternehmenspflichten vollständig ermittelt, delegiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert wurden. Die Systemprüfung behandelt nur die Frage, ob das System geeignet wäre, die Legalitätspflicht zu erfüllen, unter dem Vorbehalt, dass das Compliance-System vollzogen wurde. Im Ergebnis wäre der Aufsichtsrat nach dem gesetzlichen Umfang des Abschlussprüfers zur Compliance-Prüfung auf die Berichte durch den Vorstand angewiesen oder auf eigene Recherchen. Er könnte insbesondere die Informationen des

1 Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes, 1.7.2009 (GMBl. Nr. 21/2011, 410) Teil A. Public Corporate Governance Kodex des Bundes, Nr. 8.1 Prüfungsrecht und Prüfungsverfahren bei Unternehmen in Rechtsform privaten Rechts, 55.

2 *Huthmacher*, Pflichtenhaftung des Aufsichtsratsmitglieder, 2015, 39.

3 *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 317 HGB Rn. 10.

Vorstands zum Compliance-System nicht mit den Informationen des Abschlussprüfers vergleichen und überwachen. Dieses Ergebnis der gesetzlichen Lage zum Prüfumfang wird im Gesellschaftsrecht als alarmierend beurteilt.[4] Der Abschlussprüfer kann dem Aufsichtsrat bei der Kontrolle des Vorstands zum Compliance-System mit einem Vergleich der Kontrollergebnisse nicht helfen. Der Aufsichtsrat wäre im Ergebnis auf seine eigene Informationsbeschaffungspflicht nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG angewiesen.

Um diese Lücke zu schließen, enthält der DCGK (Deutscher Corporate Governance Kodex) in Ziffer 7.2.3 die ausdrückliche Empfehlung für den Aufsichtsrat, mit dem Abschlussprüfer eine verbesserte Informationsbeschaffung zu vereinbaren. Zur Offenlegung ist der Abschlussprüfer nach § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB nur für Zufallsfunde verpflichtet, nicht aber zu einer speziellen Compliance-Prüfung darüber, ob sämtliche einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen eingehalten werden.[5] Die festgestellte Lücke lässt sich somit nur durch eine ausdrückliche spezielle Offenlegungsvereinbarung über eine Vollzugsprüfung des Compliance-Systems zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer schließen. Dazu ist ein Beschluss des Aufsichtsrats erforderlich.[6]

III. Die Pflicht des Vorstands zur Vollzugskontrolle

Obwohl der Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB nicht zur Vollzugsprüfung verpflichtet ist, hat der Vorstand einer AG nach ständiger Rechtsprechung den Vollzug des Compliance-Management-Systems zu kontrollieren. Verletzt der Vorstand diese Kontrollpflicht, begründet die Rechtsprechung einen Schadensersatzanspruch wegen Organisationsverschuldens. Im Ergebnis muss also der Abschlussprüfer weniger kontrollieren als der Vorstand selbst. Nach ständiger und einhelliger Rechtsprechung müssen die Organisationspflichten des Vorstands und der Geschäftsführer erstens angeordnet, zweitens angewendet, drittens nachgewiesen und viertens ständig verbessert werden. Zu den Organisationspflichten gehört die vollständige Ermittlung aller Unternehmenspflichten, ihre Delegation auf verantwortliche Mitarbeiter, ihre Aktualisierung, ihre Erfüllung, die Kontrolle und die Dokumentation.[7] Der häufigste Organisationsfehler besteht im Unterlassen der Anordnung einer Organisation zur Erfüllung der Legalitätspflicht. Zur Anordnung einer Aufsichtsorganisation in Form eines Compliance-Systems gehört jedoch auch die Pflicht der Anwendung. Eine Aufsichtsorganisation muss nicht nur angeordnet, sondern auch angewandt werden. Es reicht nicht für den Entlastungsbeweis zur sorgfältigen Aufsicht des Geschäftsleiters nach § 831 BGB, allein organisatorische Regeln aufzustellen, sie im Unternehmen aber nicht anzuwenden und zu vollziehen. In sieben von 20 klassischen Fällen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden mit Schadensersatzfolgen haben die beklagten Unternehmen zwar Organisationsregeln vorgetragen, konnten deren Anwendung im Zeitpunkt des Schadensereignisses jedoch nicht nachweisen.[8]Ohne einen Vollzugsnachweis konnte der Vorwurf des Organisationsverschuldens nicht entkräftet werden. Es reicht nicht aus, dass ein Compliance-Management-System schriftlich zwar fixiert aber tatsächlich nicht praktiziert wird.[9] Anordnung und Anwendung des Compliance-Systems als Aufsichtsorganisation müssen nach dem Prinzip der Beweislastumkehr für den konkreten Schadensfall bewiesen werden.[10] Die permanente Vollzugskontrolle ist unverzichtbar, weil der Eintritt eines Schadensereignisses ungewiss ist und der Entlastungsbeweis für einen unbestimmten Tag X geführt werden muss. Aus diesem Umstand ergibt sich die Organisationspflicht der ständigen Vollzugs- und Funktionskontrolle zur Einhaltung aller einschlägigen Unternehmenspflichten. Stichproben reichen nicht aus. Eine Organisation, die zur Kontrolle nur Stichproben liefert, versagt.[11] Diese Rechtsprechung gilt seit 1911. Aus den dargelegten rechtlichen Gründen reicht auch die Zertifizierung z. B. nach DIN ISO 14001 nicht aus, um in einem konkreten Schadensfall den Vollzug einer Aufsichtsorganisation nachzuweisen. Zertifiziert ist nicht exkulpiert. Das Zertifikat liefert nur eine Momentaufnahme und nur den Beweis zur Existenz von Organisationsregeln, nicht aber deren Anwendung und keinen Beweis für die Vollzugspraxis, v. a. nicht am Tage eines eventuellen Schadensereignisses, das immer in der Zukunft liegt.

Zu organisieren hat jeder Geschäftsleiter die Erfüllung der Legalitätspflicht. Er hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin. Diese Pflicht ergibt sich aus Ziffer 4.1.3 des DCGK, in der die im Aktienrecht anerkannte Legalitätspflicht konkretisiert wird.[12]

Die Legalitätspflicht ergibt sich aus der Begründung zum Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KontraG).[13] Diese Pflicht zur Gesetzestreue von Vorständen gilt auch dann, wenn ein Gesetzesverstoß im Interesse der Gesellschaft liegt und nützlich ist, sodass die Gesellschaft von der Pflichtverletzung profitiert. In Rechtsprechung und Literatur bestehen inzwischen keine Zweifel mehr an der Legalitätspflicht des Vorstands zur Einrichtung und Unterhaltung eines effizienten Compliance-Management-Systems. Die Gegenansicht ist durch die neuere Rechtsprechung überholt.[14]

4 *Lutter*, Aufsichtsrat und Sicherung der Legalität im Unternehmen, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, 622; *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance", in: Kindler u. a. (Hrsg.) FS Hüffer 2010, 1114, *Hartmann/Zwirner*, jährliche Compliance-Prüfung im Rahmen der Abschlussprüfung bei öffentlichen Beteiligungen, Board 4/2018, 156.

5 *Kremer*, in: Ringleb/Kremer, Lutter/v. Werder, DCGK, Kommentar, 3. Aufl., Ziffer 723 Rn. 13, 68.

6 *Rack*, Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen – Teil 2, CB 2017, 106.

7 Dazu ausführlich mit Nachweisen aus Gesetzen, untergesetzlichen Regelwerken und Rechtsprechung, *Rack*, Die rechtlichen Voraussetzungen für ein Compliance-Management-System, CB 2014, 279.

8 BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. – Schubstreben-Fall; RG v. 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 – Fuhrwerk-Urteil; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG v. 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 – Streupflicht-Urteil; BGH v. 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei-Urteil; BGH v. 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 – Propagandisten-Urteil; RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, S. 107 – Kutscher-Urteil.

9 VGH Frankfurt am Main, Urt. v. 8.7.2004, WM 2004, 2157 (stille Lasten oder der ungeeignete Vorstand).

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

11 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil, in ständiger Rechtsprechung siehe Fn. 8.

12 *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche" Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, ZIP 4/2005, S. 141; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG 2002, 17-26; für die GmbHG *Rowedder/Koppensteiner*, GmbH, 4. Aufl. 2002 § 43 Rn. 10.

13 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG § 91 Anm. 31, 43, Begründung des Regierungsentwurfs-BegrReGE KonTraG, BT-Drucks. 13, 9712, 15.

14 *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance", in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer 2010, 1103, 1117; *Fleischer*, in: Spindler Stilz AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Aufl. 2012, 16; *Hartmann/Zwirner*, Jährliche Compliance-Prüfung im Rahmen der Abschlussprüfung bei öffentlichen Beteiligungen, Board 4/2018, 156; *Fleischer*, in: Spindler Stilz AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Aufl. 2012, 16.

Die Legalitätspflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems wird methodisch als Gesamtanalogie aus § 93 AktG, § 91 Abs. 2 AktG, § 76 Abs. 1 AktG, Ziffer 4.1.4 DCGK, § 130 OWiG, § 14 GWG hergeleitet.

Die neuere Rechtsprechung begründet aus dem bloßen Unterlassen eines Compliance-Management-Systems Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden des Vorstands.[15] Die Geschäftsleiter haben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.[16] Konkretisiert wird die Pflicht des Geschäftsleiters durch die international geltende Selbstregulierung in der DIN ISO 19600, die seit dem 15.12.2014 als Benchmark für eine ordnungsgemäße Betriebsorganisation gilt. Danach besteht die Organisationspflicht zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Geschäftsleiter aus sechs Aufgaben. Die einschlägigen Unternehmenspflichten müssen

- erstens ermittelt (Ziffer 4.1.1, 4.6 DIN ISO 19600),
- zweitens delegiert (Ziffer 5.3, 9.1.2 DIN ISO 19600),
- drittens aktualisiert (Ziffer 4.5.2, 4.6 DIN ISO 19600),
- viertens erfüllt,
- fünftens kontrolliert (Ziffer 8.2, DIN ISO 19600) und
- sechstens dokumentiert werden (Ziffer 4.5.1, 7.5 DIN ISO 19600).

Nach Ziffer 9.1.7 und Ziffer 9.3 der DIN ISO 19600 muss die Unternehmensleitung über den aktuellen Stand der Einhaltung der Rechtsvorschriften jederzeit informiert sein. Die sechs zitierten Organisationspflichten aus der neuen DIN ISO 19600 ergeben sich außerdem aus der Rechtsprechung des BGH und des Reichsgerichts zum Organisationsverschulden.[17]

IV. Die erweiterte Prüfung des Compliance-Vollzugs nach § 53 HGrG im Jahresabschluss

Die beschriebene Kontrolllücke, die § 317 Abs. 4 HGB offen lässt, schließt das Haushaltsgrundsätzegesetz des Bundes (HGrG). Es gibt verbindliche Regelungen auch für Länder, Landkreise, Gemeinden vor.[18] Nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG wird die Prüfungspflicht des Abschlussprüfers nach § 317 Abs. 4 HGB für Gebietskörperschaften erweitert, die die Mehrheit der Anteile eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts hat oder wenn ihr mindestens der vierte Teil der Anteile zusteht und sie zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile hält. Konkretisiert wird die Erweiterung der Prüfungspflicht nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG i. V. m. IDW PS 720 durch die Anlage zur Verwaltungsvorschrift (VV) Nr. 2 zu § 68 Bundeshaushaltsordnung (BHO). Danach müssen die Gebietskörperschaften von den Unternehmensorganen verlangen, dem Abschlussprüfer einen erweiterten Prüfungsauftrag zu erteilen. Die Organe der Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung sind zum erweiterten Prüfungsauftrag verpflichtet. Unter II zur Prüfung und Berichterstattung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG stellt die Verwaltungsvorschrift Nr. 2 zu § 68 BHO klar, dass eine Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG im Prinzip zu einer nicht unwesentlichen Erweiterung des Prüfumfangs im Vergleich zu § 317 Abs. 4 HGB führt.[19] Nach der erweiterten Compliance-Prüfung reicht es somit nicht mehr aus, dass der Abschlussprüfer nur über Zufallsfunde von Gesetzesverstößen dem Aufsichtsrat berichten muss.

Da die handelsrechtliche Abschlussprüfung grundsätzlich keine Prüfung der Geschäftsführung beinhaltet, wird klargestellt, dass nicht die gesamte Geschäftsführung der Gesellschaft zu prüfen ist, sondern nur die Frage ihrer „Ordnungsmäßigkeit.“ Hervorzuheben ist außerdem, dass die Verwaltungsvorschrift unter II Abs. 3 den Maßstab für die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung ausdrücklich benennt. Es sind die Vorschriften des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 43 Abs. 1 GmbH Gesetz, nach denen die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Der Abschlussprüfer hat dazu festzustellen, ob die Geschäfte der Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr mit der erforderlichen Sorgfalt, d. h. auch mit der gebotenen Wirtschaftlichkeit und – was für die Compliance-Prüfung wichtig ist – in Übereinstimmung mit den Gesetzen, der Satzung, den Beschlüssen der Haupt- und Gesellschafterversammlung, des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse sowie der Geschäftsordnung für den Vorstand geführt worden sind. Die Einhaltung der Gesetze gehört somit zum Prüfumfang der Compliance-Prüfung der Abschlussprüfer nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG.[20]

Es handelt sich im Ergebnis um eine Compliance-Prüfung, die nicht nur eine Systemprüfung, sondern auch eine Vollzugsprüfung nach dem Haushaltsgrundsätzegesetz sein muss.[21]

Der Bericht über die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung ist dem Aufsichtsrat und der Gebietskörperschaft zu übersenden. Vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dürfen nach § 395 Abs. 2 AktG nicht veröffentlicht werden. Das Ergebnis der erweiterten Prüfung ist nicht in den nach § 322 HGB erforderlichen Bestätigungsvermerk aufzunehmen, sondern gesondert zu bescheinigen und nur im Prüfungsbericht darzustellen.[22]

V. Das Risiko der Expertenhaftung des Abschlussprüfers

Abschlussprüfer müssen den erweiterten Prüfumfang bei Unternehmen in privater Rechtsform mit öffentlicher Beteiligung prüfen und testieren. Sie können sich nicht mehr allein auf eine Systemprüfung nach § 317 Abs. 4 HGB beschränken. Vielmehr müssen sie

15 ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 – Libor Manipulations-Entscheidungen; LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 – Schienenkartell-Entscheidung, CB 2015, 127 m. CB-Komm. *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*, BB 2015, 1018 m. BB Komm. *Kollmann/Aufdermauer*, ZIP 2015, 829-833; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Neubürger Entscheidung, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*, BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*, NZG 2014, 345, 346; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte.

16 *Hartmann/Zwirner*, Jährliche Compliance-Prüfung im Rahmen der Abschlussprüfung bei öffentlichen Beteiligungen Board 4/2018, 157; *Nöhrbaß*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 2015, § 68 BHO Rn. II.

17 *Rack*, CB 2014, 279-290.

18 *Schockenhoff*, Geheimnisschutz bei Aktiengesellschaften durch Beteiligung der öffentlichen Hand, NZG 2018, S. 525.

19 *Nöhrbaß*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 2015, § 68 BHO, Rn. II.

20 *Schockenhoff*, Geheimnisschutz bei Aktiengesellschaften durch Beteiligung der öffentlichen Hand, NZG 2018, 526; *Hartmann/Zwirner*, Jährliche Compliance-Prüfung im Rahmen der Abschlussprüfung bei öffentlichen Beteiligungen, 156.

21 *Schockenhoff*, Geheimnisschutz bei Aktiengesellschaften durch Beteiligung der öffentlichen Hand, NZG 2018, 526; *Hartmann/Zwirner*, Jährliche Compliance-Prüfung, im Rahmen der Abschlussprüfung bei öffentlichen Beteiligungen, 156.

22 *Schockenhoff*, Geheimnisschutz bei Aktiengesellschaften mit Beteiligung der öffentlichen Hand, NZG 2018, 521; Münchner Kommentar HGB/Ebke, § 322 Rn. 31.

feststellen, ob der Vorstand seine Legalitätspflicht erfüllt hat, ob er alle Unternehmenspflichten ermittelt, delegiert, auf Erfüllung kontrolliert und dokumentiert hat. Mit den Anforderungen an ein effizientes Compliance-Management-System und das verschärfte Schadensersatzrisiko steigen auch die Kontrollpflichten des Abschlussprüfers und sein Risiko der Expertenhaftung nach § 323 HGB. Unter bestimmten Umständen billigt die Rechtsprechung auch Personen, die nicht Vertragspartei sind, eigene vertragliche Ansprüche auf Grund der Verletzung und Schutzpflichten aus Verträgen mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zu. Danach kann eine Vertragspartei, ein Wirtschaftsprüfer, einem Dritten zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn der Wirtschaftsprüfer eine ihm obliegende vertragliche Pflicht verletzt und diese Pflicht nach dem Willen der Vertragsparteien auch den Dritten schützen soll und dem Dritten ein Schaden entsteht, der durch die Pflichtverletzung zurechenbar verursacht worden ist. Die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter setzt voraus, dass der Dritte mit der Leistung üblicherweise und nicht nur zufällig in Berührung kommt, dass die Prüfungsleistung nach dem Parteiwillen auch dem Dritten zu Gute kommen soll, dass das Einbeziehungsinteresse erkennbar ist und dass der Dritte schutzbedürftig ist.[23] Die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter gelten nach der Rechtsprechung auch für Abschlussprüfer. Es kommt darauf an, ob das Unternehmen und der Abschlussprüfer einen Dritten in den Schutzbereich einbeziehen wollten.[24] Grundsätzlich haftet der Abschlussprüfer nicht gegenüber Dritten, es sei denn besondere Umstände qualifizieren den Prüfungsauftrag als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.[25] Der Hinweis auf die Haftung des Abschlussprüfers sowohl gegenüber dem Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung, als auch gegenüber möglicherweise in den Schutzbereich einbezogener Dritter, ist angesichts der hohen Schadensrisiken durch Compliance-Verstöße angebracht. Insbesondere steigt das Risiko auch dadurch, dass Unternehmensmitarbeiter zu ihrer Entlastung Rechtsverstöße als Organisationspflichtverletzungen ihren Vorständen und Geschäftsführern anlasten.

VI. Die Legal-Tech-Lösung zur Senkung des Prüfaufwands für Geschäftsleiter und Abschlussprüfer

Durch den Einsatz moderner Datenbanktechnik lässt sich der Aufwand der Compliance-Prüfung erheblich senken. Moderne Recherchetechniken i. V. m. dem Einsatz von Datenbanken ermöglichen es, die Pflicht der Geschäftsleiter zu erfüllen und erschöpfend alle verfügbaren Informationsquellen zu erfassen.[26] Die Datenbanktechnik wird im Compliance-System eingesetzt, erleichtert es, sämtliche Unternehmenssachverhalte ausnahmslos daraufhin zu prüfen, welche Rechtspflichten sie auslösen. Jeder Unternehmenssachverhalt kann ein potenzielles Risiko darstellen, wenn übersehen wird, welche Rechtspflichten er auslöst. Das Ausschöpfen aller erreichbaren rechtlichen Informationen lässt sich nur mit digitalen Recherchen in Datenbanken bewältigen, in denen die verfügbaren Rechtsquellen und Informationen vollständig und lückenlos gespeichert sind. Legal-Tech-Lösungen sind unverzichtbar, um die Vorgaben der Rechtsprechung zur Ermittlung aller Rechtspflichten und zur Vermeidung von Rechtsverstößen zu erfüllen. Der zeitliche Compliance-Aufwand sinkt auf ein vertretbares Maß, erhöht die Rechtssicherheit und senkt das Rechtsrisiko, gegen eine Rechtspflicht zu verstoßen. Sachverhalte in den Unternehmen wiederholen sich. Gleiche Sachverhalte lösen gleiche Pflichten aus, lassen sich standardisieren, einmal speichern und immer wieder abrufen. Typische Vorgänge in Industrieunternehmen und Banken lösen immer wieder die gleichen Pflichten aus. Unternehmenssachverhalte und damit verbundene Rechtspflichten lassen sich systematisch speichern, sammeln und zu einem Lösungsvorrat zusammenfassen, auf den immer wieder zurückgegriffen werden kann. Die Standardisierung und Mehrfachnutzung von Rechtspflichten bei sich wiederholenden Unternehmenssachverhalten senkt den Compliance-Aufwand sowohl für Vorstände und Geschäftsleiter als auch für die Abschlussprüfer. Die Prüfergebnisse lassen sich ebenfalls im Compliance-System sammeln, bündeln und jederzeit aufrufen. Abfragen lässt sich in einem EDV gestützten Compliance-Management-System jederzeit, ob sämtliche Rechtspflichten zu allen Unternehmenssachverhalten ermittelt, delegiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert sind. Ist ein Compliance-System einmal auf seine Eignung im Rahmen einer Systemprüfung erfolgreich zertifiziert, können Vorstände, Aufsichtsräte und Abschlussprüfer jederzeit überprüfen, ob die einmal festgelegten Verfahrensregeln in der Unternehmenspraxis im Compliance-System erfüllt wurden.[27]

VII. Fazit

Der Compliance-Prüfungsumfang erweitert sich für Unternehmen in privater Rechtsform und öffentlicher Mehrheitsbeteiligung nach § 53 HGrG. Darauf müssen sich Vorstände und Abschlussprüfer einstellen. Sowohl das Haftungsrisiko für Geschäftsleiter als auch das Risiko der Expertenhaftung für Abschlussprüfer steigt. Der Compliance-Aufwand sowohl beim Vollzug des Compliance-Systems als auch bei dessen Prüfung durch den Abschlussprüfer sinkt, wenn die Datenbanktechnik konsequent zur Erfüllung der Organisationspflichten eingesetzt wird, sodass bei geringstmöglichem Compliance-Aufwand höchstmögliche Rechtssicherheit geleistet wird.

AUTOR



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

23 *Schmidt/Feldmüller*, in: Beck’sche Bilanz-Kommentar, 11. Aufl., § 323 Anm. 194.

24 *Schmidt/Feldmüller*, in: Beck’sche Bilanz-Kommentar, 11. Aufl., § 323 Anm. 194, 195.

25 *Schmidt/Feldmüller*, in: Beck’sche Bilanz-Kommentar, 11. Aufl., § 323 Anm. 201.

26 *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, 227.

27 *Rack*, Die Verantwortung des Aufsichtsrats für das Compliance-Management-System im Unternehmen, CB 2017, 109.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

Sonderbeilage 2 / 2019

Betriebs-Berater Compliance

30.10.2019 | 7.Jg
Seiten 1–16

Dr. Manfred Rack

Organisationslücken im Verhältnis zwischen Geschäftsleitung und Unternehmensjuristen als Ursache für unterschätzte Rechtsrisiken

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Inhaltsübersicht

I. Das Verhältnis zwischen weisungsbefugten Geschäftsleitern ohne Rechtskenntnisse und weisungsabhängigen Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko 3

II. Die Doppelstellung von Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko und die gesetzliche Regelung in §§ 1, 46 BRAO zur Unabhängigkeit in Rechtsfragen 4

III. Der vertragliche Ausschluss von „nützlichen Pflichtverletzungen“ 4

IV. Die fiktive Eigenschaft von Risiken als Organisationsproblem 5

V. Die Legal-Tech-Lösung zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht 6

VI. Die Pflicht von Geschäftsleitern zur „eigenen Risikoanalyse“ bei gesetzlich ungeregelten und gerichtlich noch nicht entschiedenen Unternehmenssachverhalten 7

VII. Die Rechtsberatung zur Plausibilitätskontrolle 7

VIII. Die Pflicht zum Widerspruch und zur Eskalation bei rechtswidriger Weisung der Geschäftsleitung 8

224 IX. Dienstvertragliche Melde- und Beratungspflichten zur Rechtsrisikoabwehr für Unternehmensjuristen aus eigener Initiative 8

X. „Rechtlich gebundene“ oder „freie unternehmerische Entscheidung“ als Vorfrage zur Geltung der Business-Judgement-Rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG 9

XI. Vereinbarung zum Compliance-Aufwand 9

XII. Die Vorlagepflicht von Unternehmensjuristen bei Entscheidungen mit ruinösen Folgen 10

XIII. Die Beratungspflicht zum „sichersten Weg“ 10

XIV. Die Vereinbarung zum direkten Vortrag und der unmittelbare Zugang zum Geschäftsleiter 10

XV. Die Vereinbarung eines Benachteiligungsverbots für Unternehmensjuristen und Compliance-Manager 10

XVI. Ein Rechtsvergleich zu den Pflichten des In-House Counsel zur Vermeidung von Rechtsverstößen im Unternehmen durch präventive Rechtsberatung im US-amerikanischen Unternehmensrecht als Vertragsvorlage 10

XVII. Der In-House Counsel als „legal watchdog“ 11

XVIII. Die Beratung zur Pflicht eines Compliance-Management-Systems 11

XIX. Fazit 12

XX. Vereinbarung zur präventiven Rechtsberatung zwischen Unternehmen, vertretungsberechtigten Organen und weisungsabhängigen Syndikusanwälten und Compliance-Managern 13

Organisationslücken im Verhältnis zwischen Geschäftsleitung und Unternehmensjuristen als Ursache für unterschätzte Rechtsrisiken

In Unternehmen werden Rechtsrisiken häufig verkannt. Die Folgen sind Rechtspflichtverletzungen mit ruinösen Schadensersatzforderungen, Reputationsverluste, fallenden Aktienkurse, Kapitalvernichtung in Milliardenhöhe, Vorstände ohne Entlastung, drohende Organhaftung, und gefährdete Arbeitsplätze. Zu den Ursachen zählen Organisationsschwächen im Verhältnis von weisungsbefugten Vorständen und Geschäftsführern und weisungsabhängigen Unternehmensjuristen. Rechtsrisiken werden nicht präventiv, lückenlos und routinemäßig auf Rechtspflichten zur Risikoabwehr geprüft. Gesetzliche Regelungen fehlen. Durch vertragliche Regelungen über ein verbindliches Verfahren ist ein effektives Risikomanagement so zu sichern, dass mit präventiver Rechtsberatung Rechtsrisiken systematisch erfasst und durch Rechtspflichten abgewendet werden. Lösungshinweise ergeben sich aus §§ 1, 46 BRAO zur Garantie der Unabhängigkeit von Syndikus Anwälten in Rechtsfragen, aus Einzelfallentscheidungen des BGH und aus einem Rechtsvergleich mit den US-amerikanischen „Model Rules of Professional Conduct“ für In-House Counsel. Typische Konflikte in Rechtsfragen zwischen Geschäftsleitern und Unternehmensjuristen sowie Compliance-Managern lassen sich durch achtzehn Vertragsklauseln vermeiden.

I. Das Verhältnis zwischen weisungsbefugten Geschäftsleitern ohne Rechtskenntnisse und weisungsabhängigen Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko

Bei eigener Rechtsunkenntnis sind Vorstände und Geschäftsführer nach der BGH-Rechtsprechung verpflichtet, erforderlichen Rechtsrat einzuholen, die Rechtslage sorgfältig prüfen zu lassen, und die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten.[1] Vorstände und Geschäftsführer tragen das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.[2] Die Großschäden durch Rechtsverstöße zeigen, dass diese unbestrittene Rechtspflicht trotz ständiger Rechtsprechung offenbar nicht eingehalten wird. Zu Rechtsverstößen im Unternehmen kommt es, weil sich die Verantwortlichen offenbar rechtlich nicht beraten lassen, obwohl Unternehmensjuristen in Compliance- und Rechtsabteilung professionell dazu in der Lage sein müssen. Offene Rechtsfragen werden von Geschäftsleitern mangels eigener Rechtskenntnisse nicht erkannt. Deswegen verkennen Geschäftsleiter schon den Anlass, Rechtsrat einzuholen und damit ihren Rechtsberatungsbedarf. Der Dunning-Kruger-Effekt liefert dazu die psychologische Erklärung. Die eigene Rechtsunkenntnis zu erkennen, setzt Rechtskenntnisse voraus.[3] Hierbei handelt es sich um ein Organisationsrisiko, das erkannt und abzuwenden ist. Nach einer aktuellen Studie schaffen es Chefjuristen kaum noch in den Vorstand. Nur in neun von achtzig DAX/MDAX-Unternehmen haben Vorstände eine juristische Ausbildung. 2017 waren es nur noch 3% aller neuen Vorstände. Vor mehr als 10 Jahren waren es noch 13% aller Vorstände, die Rechtswissenschaften studiert hatten[4].
Unternehmensjuristen wiederum können den Rechtsberatungsbedarf der Geschäftsleitung nicht erkennen, weil sie nicht früh genug in Entscheidungsverfahren eingebunden werden und sie nicht immer über alle Sachverhalte informiert sind, über die Vorstände und Geschäftsführer entscheiden, obwohl sie auf Grund ihrer juristischen Ausbildung rechtlich über Rechtsrisiken beraten könnten. Unternehmensjuristen sind weisungsabhängige Angestellte des Unternehmens und fühlen sich in der Regel nicht zur Rechtsberatung aus eigener Initiative weder verpflichtet und noch befugt. Im Ergebnis werden Rechtsrisiken vernachlässigt. Damit verbundene offene Rechtsfragen stellen sich erst als Haftungsfragen, wenn zu entscheiden ist, wer einen entstandenen Schaden auf Grund eines Rechtsverstoßes zu verantworten hat. Offene Rechtsfragen stellen sich nicht von selbst. Kein Unternehmenssachverhalt lässt ohne rechtliche Prüfung erkennen, ob er Rechtsrisiken verursacht und Rechtspflichten zu ihrer Abwendung auslöst. Erforderlich ist deshalb die Organisation eines Verfahrens, durch das sichergestellt wird, dass Rechtsrisiken so früh wie möglich erfasst und so behandelt werden, dass sie durch Rechtspflichten abgewendet werden können, noch bevor sie sich zu Schäden entwickeln konnten. Die Unternehmensjuristen als Syndikusrechtsanwälte oder als Compliance-Manager müssen organisatorisch durch Vorstände und Geschäftsführer in die Lage versetzt werden, alle Rechts-

1 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 – ISION; BGH, 11.1.1984 – VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 303; BGH, 14.6.1994 – XI ZR 210/93; BGH, 4.7.2001 – VII ZR 79/00, WM 2001, 2012, 2014; BGH, 12.7.2006 – X ZR 157/05, WM 2006, 2011, Rn. 19; BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – XI ZR 308/09, ZIP 2010, 1335, Rn. 3.

2 BGH, 21.12.1995 – V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 353.

3 *Rack*, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts, CB 2017, 216.

4 FAZ v. 1.7.2019, Seite 20, Korn-Ferry-Untersuchung v. 9.7.2019.

risiken als offene Rechtsfragen behandeln zu können. Geschäftsleiter müssen durch das vereinbarte Verfahren verpflichtet werden, Rechtsrat routinemäßig und präventiv für jeden Unternehmenssachverhalt einzuholen, noch bevor es zur Verletzung einer Rechtspflicht mit Schadensfolgen kommen kann.

II. Die Doppelstellung[5] von Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko und die gesetzliche Regelung in §§ 1, 46 BRAO zur Unabhängigkeit in Rechtsfragen

Syndikusrechtsanwälte und Compliance-Manager sind weisungsabhängige Angestellte des Unternehmens und disziplinarisch weisungsbefugten Nichtjuristen in allen Fällen unterstellt, in denen Vorstände und Geschäftsführer selbst keine Juristen sind. Der BGH ging lange davon aus, dass die Weisungsabhängigkeit eines Anwalts von einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber deshalb mit der Stellung des Anwalts als unabhängigem Organ der Rechtspflege nicht vereinbar sei. Lange blieben Syndikusrechtsanwälten aus diesem Grunde die Zulassung zur Anwaltschaft versagt[6], was vom Bundesverfassungsgericht mit der Begründung korrigiert wurde, dass Berufsausübungsregelungen die Unabhängigkeit und damit die Rechte der Syndikusrechtsanwälte aus Art. 12 Abs. 1 GG sichern können.[7] Die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts bei der unternehmensinternen Rechtsberatung hängt davon ab, dass er in Rechtsfragen weisungsfrei beraten kann und in sämtlichen erforderlichen Informationen ebenfalls weisungsfrei im Unternehmen recherchieren kann.[8] Abzuwenden ist insbesondere das Risiko, dass Geschäftsleiter auf Grund ihrer Weisungsbefugnis ohne eigene Rechtskenntnisse Einfluss auf ihre eigene Rechtsberatung und die Behandlung von Rechtsrisiken nehmen können. Das Risiko der Einflussnahme auf die Rechtsberatung im Unternehmen beruht darauf, dass Geschäftsleiter mangels eigener Rechtskenntnisse ihre rechtliche Inkompetenz verkennen. Mit dem Dunning-Kruger-Effekt lässt sich dieses Risiko zwar erklären, muss aber abgewendet werden, bevor Rechtsrisiken übersehen und offene Rechtsfragen erst gar nicht gestellt werden, weil der Rechtsberatungsbedarf sowohl bei Vorständen als auch bei den Syndikusrechtsanwälten verkannt wird. Fehlt einem Vorstand oder Geschäftsführer schon das Problembewusstsein, dann hilft auch der noch so qualifizierte anwaltliche Unternehmensjurist oder anwaltliche Berater dem Vorstand nicht aus der Haftung, weil ihm die entsprechende Rechtsfrage erst gar nicht gestellt wird.[9] Kritisch beklagt wird in der Praxis häufig, dass Unternehmensjuristen überhaupt nicht oder zu spät eingeschaltet werden, ja sogar umgangen werden, um juristische Bedenken zu vermeiden, durch die Geschäfte erschwert oder sogar verhindert werden.

Nach § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO – seit dem 18.05.2017 in Kraft – ist die fachliche Unabhängigkeit der Berufsausübung des Syndikusrechtsanwalts vertraglich und tatsächlich zu gewährleisten. Eine fachliche unabhängige Tätigkeit im Sinne des § 46 Abs. 3 BRAO übt nicht aus, wer sich an Weisungen zu halten hat, die eine eigenständige Analyse der Rechtslage und eine einzelfallorientierte Rechtsberatung ausschließen.[10] Geregelt ist in § 46 Abs. 3 BRAO, dass der Syndikusrechtsanwalt fachlich unabhängig und eigenverantwortlich Rechtsfragen prüft, Sachverhalte aufklärt und Lösungsmöglichkeiten erarbeitet, Rechtsrat erteilt, Rechtsverhältnisse gestaltet durch Verhandlungsführung und schließlich die Befugnis hat nach außen verantwortlich aufzutreten.

Hervorzuheben ist, dass der Syndikusrechtsanwalt nach § 46 Abs. 3 Satz 1 BRAO neben der Prüfung von Rechtsfragen auch den Sachverhalt aufklären muss. Dies bedeutet, dass er auch zuvor vollständig über alle Sachverhalte im Unternehmen zu informieren ist.[11]

Es empfiehlt sich zur Sicherung der Unabhängigkeit der Berufsausübung des Syndikusanwalts zur Klarstellung eine ausdrückliche vertragliche Regelung nach § 46 Abs. 4 BRAO. Man kann nicht sicher sein, dass jedem Vorstand und Geschäftsführer die spezielle berufsrechtliche Regelung im § 46 BRAO auch bewusst ist, dass er zwar Vorgesetzter des Syndikusanwalts und des Compliance-Managers ist, aber sein Weisungsrecht in Rechtsfragen nicht ausüben darf. In allen Fällen, in denen der Unternehmenszweck mit einem speziellen Gesetzeszweck kollidiert, besteht das Risiko, dass Geschäftsleiter auf die Behandlung der Rechtsfrage Einfluss nehmen, um das Unternehmensprinzip „Geschäft geht vor“ zu verfolgen und durchzusetzen. Dieser nahezu unausweichliche Konflikt ist für den unternehmerischen Alltag vorprogrammiert. Es muss deshalb vertraglich geregelt werden, dass die Rechtsfrage nicht zur Machtfrage im Unternehmen wird. Allzu leicht werden die Folgen eines eventuellen Rechtsverstoßes mit dem Nutzen und wirtschaftlichen Vorteil für Unternehmen verglichen.

Die Frage darf erst gar nicht gestellt werden, ob sich illegales Verhalten für Unternehmen lohnen kann und durch den geschäftlichen Nutzen zur rechtfertigen ist.

III. Der vertragliche Ausschluss von „nützlichen Pflichtverletzungen“

Bei allen Entscheidungen und Aktivitäten haben sich Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer rechtmäßig zu verhalten.[12] „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen ein.“ Diese Pflicht ergibt sich auch aus Ziffer 4.1.3 des DCGK.[13]

Die Legalitätspflicht wird von Rechtsprechung und Literatur aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG hergeleitet. Vorstandsmitglieder haben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Legalitätspflicht hat Vorrang vor allen anderen Pflichten des Vorstands insbesondere auch dann, wenn der Vorstand sich zwischen seiner Legalitätspflicht und der Pflicht der Gewinnerzielung seiner Gesellschaft entscheiden muss. Nach § 396 Abs. 1 AktG kann die Gesellschaft sogar aufgelöst werden, wenn es zu gesetzeswidrigem

5 Schautes, Anwaltliche Unabhängigkeit, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, 2005, Seite 263; Merkt, Der Syndikusanwalt und Coporate Governance, NJW 2014, 2312.

6 BGHZ 71, 138, 140 f.; *Schautes* (Fn. 5), Seite 264.

7 BVerfGE, NJW 1993, 317, 320 f.; *Schautes* (Fn. 5), Seite 264.

8 *Schautes* (Fn. 5), Seite 264.

9 *Hauschka*, NJW 2004, 257, 260; *Kaulich*, 2011, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, Seite 221, 227, 129.

10 § 46 BRAO (Bundesrechtsanwaltsordnung), 7. Auflage, *Kleine-Cosack*, 2015 Anhang zu § 46 Anm. 17–19 (Begründung Seite 32).

11 *Kaulich* (Fn. 9), Seite 136; BGH, 14.5.2007 – II ZR 48/08, Rn. 16, 17 – Insolvenzreifeprüfung.

12 *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche „Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern“, ZIP 2005, 141; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG 2002, Seite 17–26 für die GmbH; *Rohwetter/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Auflage 2002, Seite 43 Rn. 10; *Baumbach/Hueck*, 19. Auflage, § 43 GmbHG, Anm. 17 u. 23; *Hemeling*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZAR 175 (2011), 368.

13 BegrRegE, KontraG, BT-Drucks. 13, 9712 Seite 15.

Verhalten ihrer Verwaltungsträger kommt und das Gemeinwohl gefährdet wird.[14] Nach § 243 AktG kann ein Beschluss der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Gesetzesverstöße liegen von vornherein nicht im Gesellschaftsinteresse. Einem Vorstandsmitglied ist im Rahmen des § 53 Abs. 1 AktG der Einwand abgeschnitten, er habe bei seinem Rechtsbruch zum Besten seiner Gesellschaft gehandelt.[15] Nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ist der Aufsichtsrat verpflichtet, einen Zustimmungsvorbehalt einzuführen, wenn sich nur so ein rechtswidriges Verhalten des Vorstands verhindern lässt. Die präventive Überwachung der Unternehmensführung durch den Aufsichtsrat ist dadurch geregelt. Der Aufsichtsrat muss handeln, wenn eine gesetzwidrige Vorstandsentscheidung nur noch durch eine solche Anordnung verhindert werden kann.[16] Auch eine GmbH kann nach § 62 Abs. 1 GmbHG aufgelöst werden, wenn Gesellschafter gesetzeswidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen des Geschäftsführers wissentlich geschehen lassen.

Die Gesetzestreue gilt zwar als triviale Selbstverständlichkeit.[17] Gleichwohl ist in der Unternehmenspraxis die Legalitätspflicht ständig zu verteidigen, weil sie mit dem Argument angezweifelt wird, es fehle an der Akzeptanz der Rechtspflichten, als ob es im Belieben der Normadressaten liege, Gesetze zu akzeptieren wie etwa vertragliche Pflichten, die man freiwillig eingehen kann oder auch nicht. Gesetze gelten, weil sie nach den „geltenden Gesetzgebungsverfahren" erlassen und nicht aufgehoben worden sind. Die Normadressaten sollen ohne Ausnahme an sie gebunden sein.[18] Jedes Gesetz wurde einmal mit Mehrheit beschlossen und gilt solange es nicht durch eine andere Mehrheit aufgehoben wird.

Damit diese rechtlichen Zusammenhänge als Grundsatzfrage zur „nützlichen Pflichtverletzung" nicht immer wieder diskutiert und ausgefochten werden müssen und das Verhältnis von Unternehmensjuristen und Geschäftsleitern ohne eigene Rechtskenntnisse den Unternehmensalltag nicht unnötig belasten, empfiehlt es sich, entsprechend dem Hinweis nach § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO im Vertrag mit Syndikusrechtsanwälten und Compliance-Managern deren Unabhängigkeit sowohl vertraglich als auch tatsächlich zu gewährleisten und nützliche Pflichtverletzung auszuschließen, um dadurch Vorstände und Geschäftsführer erst gar nicht in die Versuchung kommen zu lassen, ihr Weisungsrecht als Druckmittel bei der Entscheidung einzusetzen, ob die Legalitätspflicht erfüllt ist und ob ein Verhalten im Unternehmen rechtmäßig oder rechtswidrig aber nützlich ist. Durch eine klarstellende Vereinbarung ist dieser Konflikt von vornherein vermeidbar. Auch im Berliner Stadtreinigungsfall verweist der BGH auf dienstvertragliche Vereinbarungen.[19] Das letzte Wort in Rechtsfragen muss den Unternehmensjuristen vorbehalten bleiben, wozu auch die Befugnis zählt, eine zweite Rechtsmeinung zur Bestätigung einzuholen.

Das OLG Karlsruhe hat entschieden, dass eine gesetzeswidrige Tätigkeit auch dann eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers begründet, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv ex ante zum Nutzen der Gesellschaft erfolgte, hieraus aber ein Schaden erwächst.[20] Die Verhaltensökonomie kennt die „ kriminogene Verbandsattitüde".[21] In Unternehmen entsteht Gruppendruck, zum Vorteil des Unternehmens Rechtsverstöße in Kauf zu nehmen, wenn im Unternehmen die Meinung vorherrscht, der Unternehmenszweck habe Vorrang vor dem Gesetzeszweck und legitimiere den Rechtsverstoß.

Der Vorrang der Legalitätspflicht nach deutschem Recht ist vor allem gegenüber ausländischen Rechtsordnungen hervorzuheben. Es besteht nämlich das Risiko, dass in international tätigen Unternehmen andere Rangverhältnisse vorherrschen und etwa amerikanische Justiziare die Ansicht eines rechtlich möglichen „efficient breach of public law" vertreten.[22] Die „kriminogene Verbandsattitüde" durch Gruppendruck zum Vorteil des Unternehmens bei Rechtsverstößen muss erkannt und durch vertragliche Vereinbarungen ausdrücklich ausgeschlossen werden.[23]

IV. Die fiktive Eigenschaft von Risiken als Organisationsproblem

Anlass und Ausgangspunkt für alle Rechtsfragen ist das Rechtsrisiko. Ohne die Annahme eines Risikos, besteht kein Anlass, nach Rechtspflichten zur Abwendung zu suchen. Der Konflikt über Rechtsfragen kann also schon bei der Zusammenstellung des Sachverhalts entstehen. Schon beim Unternehmenssachverhalt kann die offene Rechtsfrage umgangen und vermieden werden, indem ein Rechtsrisiko geleugnet oder unterschlagen wird. Solange sich ein Risiko noch nicht zum Schaden entwickelt hat, bleibt es nicht beweisbar. Ein Risiko kann man nicht wie den schon eingetretenen Schaden erkennen, beschreiben, berechnen und beweisen. Risiken lassen sich deshalb leicht bestreiten, verdrängen, verleugnen, weil man sie nicht wie Tatsachen erkennen und beweisen aber immer bestreiten kann. Die Neigung zum Verdrängen oder Bagatellisieren von Risiken und zur „Willfull blindness" wird auch dadurch gefördert, dass die Risikoabwehr regelmäßig Kosten verursacht, ohne dass ein sichtbarer Anlass wie ein Schaden den Aufwand rechtfertigen könnte und außerdem immer auch die Möglichkeit besteht, dass ein Risiko sich nicht realisiert und der Schaden ausbleibt. Risiken sind drohende Schäden, keine Fakten, sondern nur Fiktionen.[24] Risiken kann man nicht erkennen. Man muss sie sich denken. Wie alles Fiktive, kann man aber nur an das denken, was man normalerweise schon kennt.[25] Erkannt und vermieden werden muss der Verfügbarkeitsfehler, der immer an dem Argument zu erkennen ist, im eigenen Unternehmen werde nichts passieren, weil in der Vergangenheit auch nichts passiert sei und, weil deshalb kein Risiko angenommen werden muss. Zur Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers (Availability-Bias) müssen deshalb alle Risiken und zwar auch die, an die man im Augenblick der Ent-

14 *Hüffer*, AktG, 6. Auflage, § 696 Anm. 1 zur Gemeinwohlgefährdung; *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, Seite 148.

15 *Fleischer*, ZIP 2005, 148.

16 BGHZ, 124, 111, (127).

17 *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex 2003, Rn. 432.

18 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 2016, 9. Auflage Anm. 334.

19 BGHSt 46, 196 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

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

21 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979, Seite 18; *Rack*, CB 2015, 277.

22 *Fleischer*, ZIP 2005, 186, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche" Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern; *Spindler/Stilz*, § 93 AktG, Anm. 36, 4. Auflage, 2019.

23 *Rack*, Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde, CB 2015, 277, 330.

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

25 *Rack*, Der Verfügbarkeitsfehler (Availability-Bias) als Organisationsrisiko, CB 2014, 236.

scheidung nicht denkt, die aber überraschender Weise sich zu Schäden entwickeln und von denen im Schadensersatzverfahren die Geschädigten, ihre Anwälte, Richter und Gutachter hinterher behaupten könnten, sie seien vorhersehbar und vermeidbar gewesen, weil man an diese speziellen drohenden Schäden hätte denken müssen.[26] Auch das Risiko des Rückschaufehlers (Hindsight-Bias) ist abzuwenden, indem alle Unternehmenssachverhalte ausnahmslos danach geprüft werden, ob sie als potenzielle Schadensursachen zu behandeln sind.

Schon beim Erfassen der Sachverhalte, die einer Vorstandsentscheidung zu Grunde liegen, besteht die Möglichkeit, die Tatsachen so zu selektieren, dass die Annahme eines Risikos bestritten werden kann.

Vertraglich muss mit den Unternehmensjuristen deshalb das Recht und die Pflicht vereinbart werden, zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts nach § 46 Abs. 3 Ziffer 1 BRAO unabhängig von Weisungen alle Informationen über Unternehmenssachverhalte zu recherchieren, um die Rechtsfrage nach einem Rechtsrisiko entscheiden zu können. Dazu zählen auch latente Sachverhalte, von denen später behauptet werden könnte, dass man an sie hätte denken müssen. Diese Vereinbarung entspricht der Rechtsprechung des BGH zur Informationsbeschaffungspflicht, wonach „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen sind."[27]

Zwar wird dieser Rechtsprechung der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entgegengehalten, der nur die Recherche „angemessener Informationen" verlangt. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass es sich um die Voraussetzung einer Unternehmensentscheidung nach der Business-Judgement-Rule handelt, nicht aber um die vorgelagerte Prüfung, ob und wieweit es sich um eine „gebundene" Rechtsentscheidung oder eine „freie unternehmerische Entscheidung" handelt.[28] Wie alle Anwälte haben Unternehmensjuristen grundsätzlich den „sichersten Weg"[29] zu wählen, um im Interesse des beratenen Vorstands den Nachweis führen zu können, „alle verfügbaren tatsächlichen und rechtlichen Informationsquellen erschöpft" zu haben. Auf dem sichersten Weg sind Unternehmensjuristen immer dann, wenn sie die aktuellste Recherchetechnik in größtmöglichen Speichern als Quelle mit dem größten Umfang an tatsächlichen und rechtlichen Informationen durchsuchen. Die unbestimmten Rechtsbegriffe „verfügbar" und „angemessen" bestimmen sich im Zweifel nach dem aktuellen Standard der technischen Möglichkeiten bei der Rechtsanwendung. Die umfangreiche Diskussion zur Informationsbeschaffungspflicht[30] kann für die Praxis der präventiven Rechtsberatung dahingestellt bleiben. Je umfangreicher Informationen recherchiert werden, umso geringer ist das Risiko des Rückschaufehlers (Hindsight-Bias). Ist ein Schaden eingetreten und kennen alle den Schadensverlauf, sind hinterher alle schlauer und neigen dazu, dessen Vorhersehbarkeit, Vermeidbarkeit und die Schadensersatzansprüche zu bejahen.[31]

V. Die Legal-Tech-Lösung zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht[32]

Die Legal-Tech-Lösung ermöglichen durch Datenbanktechnik, in einem einheitlichen Suchvorgang in digital gespeicherten Bibliotheken mit geringem Aufwand in Sekunden und nachweisbar lückenlos große Normenbestände als auch gespeicherte Rechtsprechung und Literatur nach aufgelisteten Sachverhalten zu durchsuchen, die entweder in Gesetzen, Verordnungen oder in untergesetzlichen Vorschriften verbindlich geregelt sind oder von der Rechtsprechung in gespeicherten Urteilssammlungen schon einmal entschieden wurden. Gesetzliche Regelungen von Unternehmenssachverhalten lassen den Schluss zu, dass jeder geregelte Sachverhalt schon einmal als Risiko erfasst wurde, weil der Gesetzgeber Rechtspflichten zur Abwendung dieses Risikos geregelt hat. Das gleiche gilt für Sachverhalte, die in Gerichtsurteilen als Risiken festgestellt und zu denen Verkehrssicherungspflichten zur Risikoabwehr formuliert wurden.[33] Mit allen aktuellen Datenbanken lassen sich die Rechercheergebnisse automatisch protokollieren und abspeichern, sodass Vorstände die Erfüllung ihrer Pflicht zur Klärung der Rechtslage beweisen können. Wenn die technischen Möglichkeiten durch Recherchen in umfassend gefüllten Datenbankspeichern möglich sind, kann auch die Pflicht mit vertretbarem Aufwand zumutbar erfüllt werden, alle verfügbaren Informationsquellen zu erschöpfen, was bisher nach der herkömmlichen Arbeitsweise von Juristen als utopische und unerfüllbare Forderung erscheinen musste.

Zu empfehlen ist deshalb die vertragliche Vereinbarung, Unternehmensjuristen die Recherchemöglichkeiten nach der jeweils aktuellen Datenbanktechnik zur Verfügung zu stellen, um nach dem aktuellen Legal-Tech-Standard unternehmensintern rechtlich beraten zu können. Der Compliance-Aufwand sinkt dadurch auf ein vertretbares Maß, erhöht die Rechtssicherheit und senkt das Haftungsrisiko der Organe bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht, insbesondere bei „allen offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen"[34] und dafür „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft zu haben[35]" und entlastet schließlich den Unternehmensjuristen von dem eventuellen Vorwurf des Beratungsfehlers, auf Rechtsrisiken nicht hingewiesen zu haben.

Drei Organisationspflichten zum Informationsmanagement formuliert der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zur Wissensaufspaltung. Rechtserhebliche Informationen, insbesondere Rechtspflichten, sind im Unternehmen zu speichern, an Verantwortliche weiterzuleiten und abfragen zu lassen.[36] Vom Unternehmen wird ein „Pflichtwissen" über rechtserhebliche Informationen verlangt, dass der Rechtsverkehr als dokumentiertes Wissen erwarten kann.[37] Wird das rechts-

26 *Rack*, Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risiko-Management CB, 2013, 324.

27 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; *Fischer*, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

28 *Fischer* (Fn. 27), 2018, Seite 36.

29 *BGH*, NJW 1988, 1079, 1080; siehe Fn. 51; Die Datenbank „Recht im Betrieb" ermöglicht die Recherche in 18.000 Rechtsnormen und untergesetzlichen Regelwerken, 9.000 Gerichtsurteilen im Volltext, 55.000 Kurzfassungen zu Fachaufsätzen, 3.000.000 Millionen Links zwischen Sachverhalten und schon geprüften Rechtspflichten.

30 *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. §93 Anm. 70, Fleischer.

31 *Rack*, Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko, CB 2014, 145.

32 Rack, Informationsmanagement als Organisationspflicht, CB 2013, 58 mit umfangreichem Nachweis der Rechtsprechung in Fn. 1 und 4.

33 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, Seite 71, 53, 206.

34 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB.

35 Siehe Fn. 24.

36 BGHZ 132, 30, 38 – Wissensaufspaltung.

37 BGHZ 135, 202, 205 – Scheck Inkasso.

erhebliche Pflichtwissen nicht gespeichert, nicht weitergeleitet oder nicht abgefragt und beruft sich ein Unternehmensvertreter auf Unkenntnis, wird ihm die Kenntnis dieser Information unterstellt. Die Pflicht zum Speichern, Weiterleiten und Abfragen gilt als Verkehrssicherungspflicht. 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.[38]

Legal-Tech-Lösungen lassen nicht mehr den Einwand zu, der Compliance-Aufwand sei zu hoch, überfordere die Unternehmen und rechtfertige es, Rechtsrisiken in Kauf zu nehmen und darauf zu vertrauen, dass sie sich nicht zum Schaden entwickeln.

Geschäftsführer können sich vom eventuellen Vorwurf der fahrlässigen Unternehmensführung entlasten.[39] Auch die Unternehmensjuristen können als Syndikusrechtsanwälte und Compliance-Manager den Nachweis führen, ihre vertragliche Pflicht zur fachlich unabhängigen präventiven Rechtsberatung erfüllt zu haben, indem sie die offenen Rechtsfragen geprüft und alle dazugehörigen Sachverhalte nach § 46 Abs. 3 BRAO aufgeklärt haben.

VI. Die Pflicht von Geschäftsleitern zur „eigenen Risikoanalyse" bei gesetzlich ungeregelten und gerichtlich noch nicht entschiedenen Unternehmenssachverhalten

Finden sich zu Unternehmenssachverhalten weder gesetzliche noch untergesetzliche Regelungen, noch gerichtliche Entscheidungen, bleibt die Frage offen, ob von diesen Sachverhalten ein Rechtsrisiko ausgeht. In diesen Fällen ist die Geschäftsleitung nach der IKB-Entscheidung des BGH „zur eigenen Risikoanalyse" verpflichtet.[40] Geschäftsleiter können sich nicht auf Risikoanalysen Dritter wie z. B. Ratingagenturen und Behörden verlassen. Im Falle der offenen Rechtsfrage, ob überhaupt ein Rechtsrisiko vorliegt, wenn ein Sachverhalt vom Gesetzgeber noch nicht geregelt oder von Gerichten nicht entschieden ist, empfiehlt sich als Prüfverfahren das Vorgehen der Rechtsprechung im IKB-Fall nachzuvollziehen. Danach sind Geschäftsleiter erstens zunächst zu Schadensprognosen verpflichtet und zweitens zu der weiteren Prüfung, ob diese Schadensprognosen unbestritten sind. Für den Fall, dass konkurrierende Schadensprognosen alternativ zur Auswahl stehen und der künftige Geschehensverlauf und ein potenzieller künftiger Schadensverlauf umstritten ist, muss die Geltung dieser konkurrierenden Schadensprognosen festgestellt werden. Als Verfahren ist die Falsifikation zu empfehlen. Eine von alternativen Schadensprognosen muss widerlegt werden. Jede Schadensprognose gilt, solange sie nicht zu widerlegen ist.[41] Der Geschäftsführer in der IKB-Entscheidung hatte sich auf die Risikoanalyse von Ratingagenturen verlassen und ein eigenes Risikoanalyseverfahren unterlassen. Für den Ausfall der Wertpapiere in der Finanzkrise wurde er verantwortlich gemacht. Zu empfehlen ist deshalb die Vereinbarung, den Unternehmensjuristen als Syndikusrechtsanwalt oder als Compliance-Manager auf die Rechtsberatung zu verpflichten, den Geschäftsleiter zur eigenen Risikoanalyse nach dem Vorbild der IKB-Entscheidung zu veranlassen.[42]

Seit dem 16. September 2009 gilt im Übrigen die Verordnung EG Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates, wonach gemäß Art. 5 a die in Art. 4 genannten Finanzinstitute eigene Kreditrisikobewertungen vornehmen müssen und sich nicht bei der Bewertung der Bonität eines Unternehmens oder eines Finanzinstruments ausschließlich oder automatisch auf Ratings stützen dürfen. Auf nationaler Ebene gilt die gleiche Regelung einer Pflicht zur eigenen Risikoanalyse als Reaktion auf die Finanzkrise seit dem 21.12.2014 nach § 29 Abs. 2 a KAGB. Den Verstoß regelt § 340 Abs. 3 Nr. 1 KAGB als Ordnungswidrigkeit. Die gleiche Regelung findet sich in § 120 Abs. 4 Nr. 1 WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, in § 56 Abs. 1 a KWG für Kreditinstitute und in § 322 Abs. 4 VAG für Versicherungsunternehmen. Der Gesetzgeber hat damit mehrfach und systematisch die Pflicht zur eigenen Risikoanalyse hervorgehoben.

Zur eigenen Risikoanalyse sind Unternehmensvertreter auch dann gezwungen, wenn der Gesetzgeber Rechtspflichten nicht geregelt hat und ein Unternehmen Verkehrssicherungspflichten eines Unternehmensrisikos selbst formulieren und einhalten muss, um einen Schaden abzuwenden, der vorhersehbar und vermeidbar ist. Im Kupolofenfall hat der BGH zum Schadensersatz verurteilt, auch ohne dass zum Risiko eine gesetzliche Regelung bestand. Nicht alle Risiken sind nämlich gesetzlich geregelt. Unternehmen sind verpflichtet, Schadensrisiken aus eigener Sachkunde zu erkennen und abzuwenden.[43]

VII. Die Rechtsberatung zur Plausibilitätskontrolle

Zu empfehlen ist weiterhin die Vereinbarung, den Geschäftsleiter zu verpflichten, den Rechtsrat von Unternehmensjuristen, als auch von externen Rechtsanwälten nach dem Muster der ISION-Entscheidung des BGH sorgfältig auf Plausibilität zu kontrollieren und insbesondere den Geschäftsleiter daran zu hindern, blind auf den Rechtsrat zu vertrauen.[44] Die Überprüfung der Rechtslage muss eine Grundlage für die Überprüfung der Plausibilität der Rechtsauskunft bieten.[45] Die beratenen Organe sind darlegungs- und beweispflichtig und haben Inhalt und Umfang der Überprüfung der Rechtslage so zu dokumentieren, dass sie einer Plausibilitätskontrolle zugänglich sind.[46] Das bloße Vertrauen in die Kompetenz der Anwälte ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.[47] Unternehmensjuristen sind klarstellend darauf zu verpflichten, den Geschäftsleiter auf die Konsequenzen des Verzichts einer Plausibilitätskontrolle hinzuweisen. Der Angeklagte wurde wegen Betrugs verurteilt. Selbst wenn diese Empfehlung als Überforderung des Geschäftsleiters angesehen werden könnte, ist dem Unternehmensjuristen diese Rechtsberatung als „sicherster Weg"[48] zu empfehlen und der Rechtsprechung des BGH zu folgen.

38 ■***Bitte diese Fußnote überprüfen – Buck-Heeb Doppelname oder zwei Herausgeber/Autoren? – Wer ist Autor des CCZ-Beitrags? usw.***■ Buck/Heeb, Information zur Organisation im Kapitalmarktrecht, Buck, Wissen und juristische Person, 2001, S. 432 CCZ 2009, 20.

39 *Kaulich* (Fn. 27), Seite 120, 129.

40 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB Entscheidung.

41 *Rack*, Die neue Strafbarkeit von Geschäftsleitern der Banken nach § 54 a KWG, CB 2013, 9.

42 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB Entscheidung.

43 BGHZ 92, 143 – Kupolofen.

44 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), Rn. 18, 22, NJW-RR 2011, 1670 – ISION; BGH, 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, Rn. 16 – Insolvenzreife Prüfung; *Fleischer*, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121; OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2386, 2389.

45 BGH, NJW, RR 2011, Rn. 22 – ISION.

46 BGH, NJW, RR 2011, Rn. 23 – ISION.

47 BGH, NJW, RR 2011, Rn. 25 – ISION.

48 *Krieger/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; *Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltshaftung, 4. Auflage, Seite 178.

VIII. Die Pflicht zum Widerspruch und zur Eskalation bei rechtswidriger Weisung der Geschäftsleitung

Eine Weisung zu rechtswidrigem Verhalten ist nach § 134 BGB nichtig. Berufsrechtswidriges Verhalten kann von einem Unternehmensjuristen nicht verlangt werden. Das Verbot rechtswidrigen Verhaltens nach § 134 BGB hat Vorrang vor dem Weisungsrecht des Arbeitgebers.[49] Während ein freier Rechtsanwalt sein Mandat gemäß § 627 Abs. 1 BGB sofort und ohne Angaben von Gründen niederlegen kann, um sich seine Unabhängigkeit zu bewahren, kann der Syndikusanwalt bei Meinungsverschiedenheiten zu Rechtsfragen nicht das Mandat niederlegen, er kann jedoch sein Dienstverhältnis mit seinem Arbeitgeber kündigen. Umgekehrt kann der Arbeitgeber nur unter besonderen Voraussetzungen nach § 622 Abs. 2 BGB unter Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen kündigen. Syndikusrechtsanwälte können sich durch ein Kündigungsschutzverfahren vor Gericht wehren. Der Arbeitgeber ist somit gegenüber seinen Compliance-Managern in seinen Möglichkeiten arbeitsrechtlich eingeschränkt, Weisungen gegen deren rechtlichen Rat zu erteilen. Bei Meinungsverschiedenheiten ist die anwaltliche Unabhängigkeit nicht gefährdet. Der Arbeitgeber müsste vor Gericht in einem Kündigungsschutzverfahren die Berechtigung seines umstrittenen Weisungsrechts vertreten. Er würde riskieren, dass im Rahmen des Prozesses inzident überprüft wird, ob seine Weisung als rechtswidriges Unternehmensverhalten nach § 134 BGB beurteilt und damit öffentlich würde. Compliance-Beauftragte, die präventive Rechtsberatung betreiben, sind faktisch deshalb vor rechtswidrigen Weisungen gegen ihren Rechtsrat geschützt. Rechtsfragen können im Unternehmen nicht als Machtfragen durch Weisungen gelöst werden.

Für den Fall, dass sich Vorstände und Geschäftsführer nicht an die Vereinbarung zur Erfüllung der Legalitätspflicht halten, sich nicht präventiv rechtlich beraten lassen, nicht alle Rechtsrisiken erfassen, nicht alle Unternehmenssachverhalte rechtlich prüfen, um sie durch Rechtspflichten abzuwenden, vielleicht sogar rechtswidrige Weisungen erteilen, ist die Pflicht und das Recht des Unternehmensjuristen zum Widerspruch und zur Eskalation auf eigene Initiative zu vereinbaren. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass Geschäftsleiter der Versuchung unterliegen, ihr Weisungsrecht zu missbrauchen, um die Unabhängigkeit ihrer Unternehmensjuristen bei der Behandlung von Rechtsfragen einzuschränken.

Auch Verhaltensanomalien bei Führungskräften sind einzukalkulieren. Organe können auf Grund verstärkter Neigung zum Risiko, das ebenfalls als Fehlverhalten zu erkennen ist, sich über Risiken hinwegsetzen, weil sie Risiken nicht erfassen können. Dieses Fehlverhalten ist gekennzeichnet durch eine einerseits ausgeprägte Risikofreude mit einem positiven überoptimistischen Charaktermerkmal, unternehmerische Chancen wagemutiger als andere wahrzunehmen aber auch andererseits verbunden mit dem Nachteil, damit verbundene Risiken zu unterschätzen.[50]

Für alle Fälle der Verletzung ihrer Legalitätspflicht bietet die Rechtsprechung ein Muster, wie Konflikte zwischen den weisungsbefugten Organen und den Syndikusrechtsanwälten in einem vereinbarten geordneten Verfahren gelöst werden können. Dieses Muster kann als Vertragsinhalt übernommen werden, um von vornherein klarzustellen, welche Folgen eine berufsrechtswidrige Weisung des weisungsbefugten Vorstands ohne Rechtskenntnisse gegenüber dem weisungsabhängigen Unternehmensjuristen nach sich zieht.

Im Berliner Stadtreinigungsfall wurde der Chefsyndikus in seiner Doppelstellung als unabhängiger Rechtsanwalt und als abhängiger Angestellter eines nichtjuristischen Arbeitgebers wegen Beihilfe zum Betrug verurteilt, weil er sich „aus falsch verstandener Loyalität dem Finanzvorstand untergeordnet hat."[51] Ihn hat er über eine strafbare Gebührenüberhöhung zwar informiert, den Betrug aber nicht verhindert, obwohl er einen Rechtsverstoß erkannte, es aber unterlassen hat den Betrug des Finanzvorstands dem Vorstandsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsvorsitzenden zu melden und im Ergebnis zu unterbinden.[52] Aus diesem BGH-Urteil ergibt sich die Pflicht des Syndikusrechtsanwalts und Compliance-Managers auf Grund seiner Rechtskenntnisse erkannte Rechtsverstöße aus eigener Initiative dem unmittelbaren Vorgesetzten zu melden, auf die Vermeidung des Rechtsverstoßes hinzuwirken und bei erfolglosem Bemühen die nächsthöheren Vorgesetzten, den Vorstandsvorsitzenden und den Aufsichtsratsvorsitzenden einzubinden, jedenfalls nicht das illegale Verhalten seines Vorgesetzten widerspruchs- und tatenlos hinzunehmen.

§ 46 Abs. 3 BRAO lässt die Frage der eigenen Initiative des Syndikusrechtsanwalts offen insbesondere ob er auch ungefragt rechtlich beraten muss. Geregelt ist nur seine Unabhängigkeit, die vertraglich und tatsächlich zu sichern ist. Der BGH geht in dem Berliner Stadtreinigungsfall darüber hinaus und verpflichtet den Unternehmensjuristen, erkannte Rechtsrisiken auch ungefragt zu melden und durch Widerspruch und Eskalation auf weitere Vorgesetzte aus eigener Initiative zu verhindern. Die Entscheidung enthält außerdem den deutlichen Hinweis, dass die Pflicht der Unternehmensjuristen zum Widerspruch gegen rechtswidrige Weisungen durch Dienstverträge zu sichern[53] ist und weitere Vorgesetzte einzuschalten sind, um die eigene Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Tat des Vorgesetzten zu vermeiden. Die Pflicht zu Widerspruch und Eskalation dient letztlich auch dem Selbstschutz des Unternehmensjuristen vor dem Vorwurf der strafrechtlichen Beihilfe.

Ganz offensichtlich hält der BGH eine klarstellende dienstvertragliche Regelung zum Pflichtenkreis des weisungsabhängigen Unternehmensjuristen gegenüber seinem weisungsbefugten Vorgesetzten ohne eigene Rechtskenntnis für geboten. Sowohl der Gesetzgeber von § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO als auch der BGH erwarten vertragliche Regelungen im Dreiecksverhältnis zwischen Unternehmensjuristen, dem Unternehmen und dessen vertretungsberechtigten Organen zur Sicherung der Unabhängigkeit der präventiven Rechtsberatung.

IX. Dienstvertragliche Melde- und Beratungspflichten zur Rechtsrisikoabwehr für Unternehmensjuristen aus eigener Initiative

Unternehmensjuristen sind auf Grund ihrer Rechtskenntnisse eher in der Lage, Rechtsrisiken zu erfassen, als Vorstände und Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse. Der BGH begründet die Pflicht des Unternehmensjuristen unter anderem damit, dass der Fehler der Tarifberechnung „von ihm (dem Chefjuristen und Tarifexperten) erkannt wurde."[54] Diese Risikoabwehrpflichten knüpfen an die Rechtsprechung zur Risikofrüherkennung an, die auch für Unternehmensjuristen wie für alle sonstigen Angestellten eines Unternehmens gelten

49 *Schautes*, Anwaltliche Unabhängigkeit, 2005, Seite 268.

50 Studie der Technischen Universität (TU Kaiserslautern), Journal of Business Economics, *Lingnau*, „Psychopathen missachten Compliance-Regeln".

51 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

52 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

53 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 25 – Berliner Stadtreinigung.

54 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

müssen. Schon das Reichsgericht hat eine Meldepflicht eines Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag als organisatorisches Mittel des Vorstands einer AG zur Informationsbeschaffung entschieden, verbunden mit einer Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung der vertraglich zu vereinbarenden Meldepflicht.[55] Gesetzlich geregelt ist die uneingeschränkte Informationspflicht eines Arbeitnehmers innerhalb seines Verantwortungsbereichs in § 666, 667 BGB i. V. m. § 675 BGB, wonach ein Arbeitnehmer unaufgefordert über die Erledigung seiner Aufgaben zu informieren und umfassend Auskünfte zu erteilen hat. Diese Informationspflichten gelten nur innerhalb des Verantwortungsbereichs des Arbeitnehmers. Unternehmensjuristen haben auf Grund ihrer Rechtskenntnisse die Beobachtung von Rechtsrisiken im Unternehmen aus eigener Initiative zu verantworten. Dies ist durch Dienstverträge klarstellend zu vereinbaren. Neben den gesetzlichen Auskunftspflichten besteht eine zivilrechtliche Pflicht, die sich aus den §§, 241, 242, 261 BGB ergibt, wenn innerhalb eines Schuldverhältnisses eine Partei ohne eigene Schuld über den Umfang eines Rechts im Ungewissen ist, während die andere Partei Auskunft geben kann, um die Ungewissheit zu beseitigen.[56] Auf Grund dieser Rechtslage sind Unternehmensjuristen verpflichtet, aus eigener Initiative auf Rechtspflichten hinzuweisen und zu melden, weisungsbefugten Vorgesetzten, die andere Rechtsansichten vertreten, zu widersprechen und notfalls zu eskalieren und nächsthöhere Vorgesetzte einzuschalten. Ungeschriebene arbeitsvertragliche Treuepflichten zur Risikoabwehr begründen ebenfalls Obhutspflichten, Rücksichtnahmepflichten und Schadensabwehrpflichten bei drohenden Gefahren.[57] An einer klarstellenden vertraglichen Vereinbarung müssen sowohl Vorstände und Geschäftsführer als auch Unternehmensjuristen interessiert sein, weil bei Rechtsverstößen Unternehmensjuristen Vorwürfen ausgesetzt sein können, entweder trotz ihrer Rechtskenntnisse über Rechtsrisiken nicht oder zu spät oder unzureichend oder nicht nachdrücklich genug wie im Berliner Stadtreinigungsfall informiert zu haben. Zu erwarten und deshalb zu vermeiden sind auch Vorwürfe gegen Geschäftsleiter, sich Informationen über Rechtsrisiken nicht frühzeitig genug beschafft, kein Rechtsrat zu Rechtsrisiken eingeholt oder auf die Rechtsberatung durch Unternehmensjuristen nicht angemessen reagiert zu haben.

X. „Rechtlich gebundene" oder „freie unternehmerische Entscheidung" als Vorfrage zur Geltung der Business-Judgement-Rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt aber nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftiger Weise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Die Eigenverantwortung des Vorstands nach § 76 AktG verlangt einen notwendigen Spielraum für das eigene unternehmerische Ermessen.[58] Die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung wird geschützt durch die Business-Judgement-Rule.

Der Gesetzgeber unterscheidet im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) die „unternehmerische Entscheidung" von der „rechtlich gebundenen Entscheidung".[59] Bevor sich ein Vorstand rechtlich frei in seiner Entscheidung „im sicheren Hafen" fühlen kann, weil er eine „unternehmerische Entscheidung" zu treffen glaubt, muss er als Vorfrage klären lassen, ob es eine rechtlich gebundene Entscheidung ist, insbesondere ob der zu entscheidende Sachverhalt rechtlich geregelt oder gerichtlich in letzter Instanz entschieden ist. Syndikusrechtsanwälte und Compliance-Manager sind deshalb verpflichtet, Vorstände und Geschäftsführer auf die Klärung der Vorfrage zu veranlassen und jeden zu entscheidenden Sachverhalt daraufhin rechtlich prüfen zu lassen. Rechtliche Risiken sind im Rahmen des nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtenden Frühwarnsystems zu erfassen. Zu beurteilen ist vom Vorstand, ob ein bestimmtes rechtliches Risiko bei seinem geplanten unternehmerischen Verhalten sich verwirklichen kann. In dieser Beurteilung ist der Vorstand keineswegs frei. Er hat hierbei keinerlei Spielraum.[60] Weil ein Sachverhalt nicht erkennen lässt, ob er rechtlich geregelt ist und ob eine Entscheidung darüber legal oder illegal ist, müssen alle Sachverhalte auf rechtliche Regelungen geprüft werden.

Zu realisieren ist auch diese Pflicht ebenfalls durch die Legal-Tech-Lösung, mit geringstem Aufwand durch digitale Sammelrecherchen in umfangreichen digital gespeicherten Bibliotheken zu prüfen, ob sich in einem Gesetz oder einer untergesetzlichen Regelung eine Regelung des Sachverhalts findet, an die ein Vorstand bei seinen Entscheidungen gebunden ist. Mit einer klarstellenden vertraglichen Regelung zwischen Unternehmen, deren vertretungsberechtigten Organen und Unternehmensjuristen lassen sich drohende Konflikte zwischen Vorstand und Unternehmensjuristen vermeiden, indem alle Beteiligten zur rechtlichen Prüfung aller Unternehmenssachverhalte verpflichtet werden. Die Unternehmensjuristen sind deshalb über jede geplante Entscheidung des Vorstands zu informieren, um im allseitigen Interesse zum Vorteil des Unternehmens, routinemäßig festzustellen, ob eine rechtlich gebundene oder eine unternehmerische Entscheidung vorliegt. Vorstände gewinnen dadurch Gewissheit darüber, ob sie auf der Grundlage angemessener Informationen entscheiden und unternehmerische Chancen wahrnehmen können, ohne dass sie für einen eventuellen geschäftlichen Misserfolg haften müssen. Im eigenen Interesse ist deshalb Vorständen zu empfehlen, jeden Sachverhalt auf Rechtsrisiken vor einer Entscheidung prüfen zu lassen.

XI. Vereinbarung zum Compliance-Aufwand

Erfahrungsgemäß kommt es zu Konflikten, über Kosten und Aufwand präventiver Rechtsberatung zur Abwendung von Rechtsrisiken. Auch über die Frage des Compliance-Aufwands empfehlen sich deshalb Vereinbarungen zur Konfliktvermeidung. Der BGH hat in seinem Presseangriffsurteil vom 10.05.1957 entschieden, dass es auf die Kosten

55 RGZ 78, 107, 14.12.1911 – Kutscher-Urteil; *Rack*, Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr, CB 2013, 99.

56 *Fritz/Nolden*, CCZ 2010, 171; *Diller*, DB 2004, 314; BAG, DB 1968, 2041.

57 *Rack*, Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr, CB 2013, 100, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung zu latenten und zu offensichtlichen Risikofaktoren, von denen auf Grund von Erfahrungssätzen auf drohende Schadensverläufe geschlossen werden kann.

58 *Spindler*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, Festschrift für Canaris, 2007, 413; *Fleischer*, „Die Business-Judgement-Rule": Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685; BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ, 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck.

59 BegrRegE UMAG BT-Drs. 15/5092, Seite 11.

60 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG, Seite 24; *von Falkenhausen*, Die Haftung außerhalb der Business-Judgement-Rule, NZG 2012, 647.

der Vermeidung von Rechtsverletzung nicht ankommen darf. Die Compliance-Kosten dürfen eine Entscheidung zum Rechtschutz nicht beeinflussen.[61] Der immer als zu hoch empfundene Compliance-Aufwand wird regelmäßig als Argument gegen den Einsatz von Compliance-Management-Systemen genutzt. Regelmäßig sind der Compliance-Aufwand und die Kosten der Vermeidung von Rechtsverletzung weitaus geringer als die drohenden Schäden, die es abzuwenden gilt. „If you think compliance is expensive, try non compliance," wird üblicherweise als schlagendes Argument angeführt, wenn der Compliance-Aufwand als zu hoch behauptet wird. Im Fall des Presseangriffsurteils wurde ein Boykottaufruf wegen verlorenen Druckkosten nicht verhindert, wodurch es zu einem ruinösen Reputationsverlust eines Handelsunternehmens kam. Unternehmensjuristen haben nach dieser Entscheidung zwar zu beraten aber nicht zu entscheiden.

XII. Die Vorlagepflicht von Unternehmensjuristen bei Entscheidungen mit ruinösen Folgen

Der BGH hat vielmehr eine Vorlagepflicht des Leiters der Rechtsabteilung entschieden, wonach alle Entscheidungen mit ruinösen Auswirkungen dem Vorstand zur Entscheidung vorzulegen sind.[62] Es empfiehlt sich deshalb, eine Vorlagepflicht zwischen Unternehmensjuristen und Unternehmen zu vereinbaren. Würden Entscheidungen mit hohem Rechtsrisiko Unternehmensjuristen ohne die Stellung eines Vorstands überlassen, könnte die Organhaftung umgangen werden. Organe könnten sich für das Verhalten eines angestellten Unternehmensjuristen nach § 831 BGB exkulpieren und die Haftung des Geschädigten dadurch schmälern, weil die Organhaftung umgangen werden könnte, von der sich Organe wiederum selbst nicht exkulpieren können.

XIII. Die Beratungspflicht zum „sichersten Weg"

Zu empfehlen ist die ausdrückliche Vereinbarung, dass die Unternehmensjuristen bei der präventiven Rechtsberatung zur Vermeidung von Rechtsverstößen berechtigt und verpflichtet sind, den in ständiger Rechtsprechung formulierten Sorgfaltsmaßstab des „sichersten Wegs" zu praktizieren.[63] Damit wird der Maßstab der Rechtsberatung festgelegt. Zum Nachweis des „sichersten Wegs" ist zu empfehlen, die jeweiligen Alternativen aufzuzeigen und den „sichersten Weg" im Interesse des Unternehmens zu begründen. Den „sichersten Weg" zur Rechtsberatung können Unternehmensjuristen besser beurteilen, als das weisungsbefugte vertretungsberechtigte Organ des Unternehmens, wenn er keine eigenen Rechtskenntnisse hat. Dem Unternehmensjuristen ist deshalb die verbindliche Einschätzung vorzubehalten, während die vertretungsberechtigten Organe den erteilten Rechtsrat auf Plausibilität kontrollieren müssen.[64] Das Organisationsrisiko der fachfremden Einmischung in die unternehmensinterne Rechtsberatung kann mit der vereinbarten Pflicht zum „sichersten Weg" und zur Garantie der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts nach § 46 Abs. 4 BRAO abgewendet werden.

XIV. Die Vereinbarung zum direkten Vortrag und der unmittelbare Zugang zum Geschäftsleiter

Es empfiehlt sich die Vereinbarung eines Rechts zum direkten Vortrag und Zugang zum Vorstand und Geschäftsleiter für den Unternehmensjuristen ohne zwischengeschaltete Unternehmensmitarbeiter analog zum Recht der gesetzlich geregelten Beauftragten.[65] Compliance-Beauftragte können dadurch die Reaktion einschätzen, insbesondere ob die Initiative zur präventiven Rechtsberatung verstanden wurde und vom Geschäftsleiter umgesetzt wird oder ob weitere Überzeugungsarbeit erforderlich ist, um legales Verhalten im Unternehmen sicherzustellen. Vermieden wird mit dieser Vereinbarung die präventive Rechtsberatung über Mittelsmänner als Abstandhalter mit dem Risiko von Missverständnissen.

XV. Die Vereinbarung eines Benachteiligungsverbots für Unternehmensjuristen und Compliance-Manager

Zu empfehlen sind Vereinbarungen über Benachteiligungsverbote zum Schutz von Unternehmensjuristen und Compliance-Beauftragten bei der präventiven Rechtsberatung durch Vertreter des Unternehmens, die gegen die Ergebnisse der Rechtsberatung opponieren. Der Compliance-Aufwand kollidiert regelmäßig mit dem Interesse der Geschäftsleitung an der Gewinnerzielung und begründet die Gefahr, dass Beauftragte Benachteiligungen beim Durchsetzen ihrer Präventivberatung befürchten müssen, weil sie emotional als „Boten schlechter Nachrichten empfunden werden können." Zur Abwendung dieses Risikos hat der Gesetzgeber deshalb Benachteiligungsverbote mit Kündigungsschutz geregelt,[66] für Imissionsschutzbeauftragte[67], für Störfallbeauftragte[68], für Datenschutzbeauftragte[69], für Gefahrgutbeauftragte[70], für Strahlenschutzbeauftragte[71], für Abfallbeauftragte[72] und für Gewässerschutzbeauftragte[73].

XVI. Ein Rechtsvergleich zu den Pflichten des In-House Counsel zur Vermeidung von Rechtsverstößen im Unternehmen durch präventive Rechtsberatung im US-amerikanischen Unternehmensrecht als Vertragsvorlage

Im Gegensatz zum deutschen Syndikusrechtsanwalt hat der In-House Counsel nach seinem Berufsrecht die Pflicht zur proaktiven Rechts-

61 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.
62 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.
63 *Krieger/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; *Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltshaftung, 4. Auflage, Seite 178; BGH, Urt. v. 20.10.1994 – IX ZR 116/93, Seite 3.
64 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 – ISION.
65 § 57 S. 1 BImSchG für Imissionsschutzbeauftragte; § 58 c 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte; § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 BImSchG; § 66 WHG S. 2 BDSG für Datenschutzbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG, § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV Gefahrgutbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG; § 66 WHG i. V. m. § 57 BImSchG.
66 § 58 Abs. 1 BImSchV.
67 § 58 Abs. 2 BImSchG.
68 § 58 d i. V. m. § 58 Abs. 2 BImSchG.
69 Art. 38 Abs. 3 DSGVO; § 38 Abs. 2, 4, 6 BDSG n. F.
70 § 91 GbV.
71 § 70 Abs. 6 StrlSchG.
72 § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 58 BImSchG.
73 § 66 WHG § 58 Abs. 2 BImSchG.

beratung.[74] Schon in der Phase der Entscheidungsfindung ist er zur Ermittlung und zur Vermeidung von Rechtsrisiken für das Unternehmen verpflichtet. Auch der In-House Counsel hat eine Doppelstellung als unabhängiger Anwalt und als weisungsabhängiger Angestellter eines nichtanwaltlichen Arbeitgebers. Auch hier gibt es ein Hierarchie- und Kompetenzgefälle mit dem Organisationsrisiko, dass es zum Konflikt und zu Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen zwischen Geschäftsleitung ohne eigene Rechtskenntnisse und Unternehmensjuristen kommen kann.

Der Interessenkonflikt ergibt sich aus der Besonderheit des In-House Counsel. In Rule 1.13 (a) der Model Rules of Professional Conduct (MRPC) ist geregelt, dass der Mandant des In-House Counsel die Gesellschaft ist und nicht deren vertretungsberechtigtes Organ.[75] Die Interessen der Gesellschaft, deren vertretungsberechtigte Organe und die Interessen der Unternehmensjuristen können kollidieren. Die Organe vertreten zwar die Gesellschaft. Gleichwohl kann es zum Konflikt über deren Interessen kommen, die der Unternehmensjurist im Interesse der Gesellschaft auch gegenüber den vertretungsberechtigten Organen der Gesellschaft wahren muss. Der BGH unterscheidet, ob die beratenden Anwälte im Auftrag und im Interesse der Gesellschaft oder im Auftrag der vertretungsberechtigten Organe rechtlich beraten.[76] In Rule 1.13. (b) (c) (MRPC) sind berufsrechtliche Verhaltensregeln dem Unternehmensanwalt für den Fall vorgeschrieben, dass er von drohenden Rechtsverletzungen durch Angestellte des Unternehmens erfährt, die dem Unternehmen angelastet werden können. Zu den Angestellten des Unternehmens gehören auch seine vertretungsberechtigten Organe. Der In-House Counsel ist verpflichtet, im Interesse der Gesellschaft dafür zu sorgen, dass es nicht zu Rechtverletzungen kommt.[77] Er ist zur Vermittlung zwischen den Interessen von Unternehmen und ihren vertretungsberechtigten Organen verpflichtet. Bleiben die Bemühungen des In-House Counsel erfolglos, ist er zur Eskalation verpflichtet, nämlich die nächsthöhere Instanz bis zum board of directors nacheinander einzuschalten.

Erst wenn er trotz aller Bemühungen auch die letzte Instanz im Unternehmen nicht von seiner Rechtsmeinung überzeugen und die Rechtsverletzung nicht vermeiden konnte, und zusätzlich ein erheblicher Schaden (substantial injury) dem Unternehmen droht, erst dann kann er sein Mandat als Ultima Ratio nach Rule 1.13 (b) und (c) MRPC niederlegen.[78] Davor muss er nach einer internen Lösung gesucht haben, wozu es auch nützlich oder geboten sein kann, zu der Rechtsfrage eine unabhängige rechtliche Meinung einzuholen.[79] Kommt es zum Schaden für das Unternehmen durch rechtswidrige Managemententscheidungen gegen den ausdrücklichen Rechtsrat des In-House Counsel, verliert die Geschäftsleitung jede eigene Entlastungsmöglichkeit vom Vorwurf des vorsätzlichen rechtswidrigen Managementverhaltens. Eine Offenlegung der internen Entscheidungsfindung und der präventiven Rechtsberatung unterliegen den Vertraulichkeitsbestimmungen der Model-Rules, die eine Offenlegung durch den In-House Counsel nach Rule 1.6 (b) MRPC (Confidentiality of Information), erst dann zulassen, wenn nur so Todesfälle oder erhebliche körperliche Beeinträchtigungen verhindert werden können oder wenn es zur eigenen Rechtsverteidigung des In-House Counsel erforderlich ist.[80] Auch diese Regelung eignet sich als Vorbild zum Mustervertrag mit Unternehmensjuristen. Geregelt ist das Verfahren im Falle eines Konflikts zwischen Unternehmensjuristen und weisungsbefugten Vorgesetzen in Rechtsfragen. Mit der Erfüllung seiner Pflicht zur Initiative für rechtmäßiges Verhalten des Unternehmens und der Ultima Ratio einer Mandatsniederlegung kann der Unternehmensjurist seine Funktion als „rechtliches Gewissen" des Unternehmens ausfüllen, ohne sich als Angestellter bei unternehmerischem Fehlverhalten einer Mithaftung für rechtswidriges Verhalten auszusetzen, wie es dem Chefjuristen im Berliner Stadtreinigungsfall ergangen ist. Außerdem kann er seine anwaltliche Unabhängigkeit bewahren. Schließlich bietet das vereinbarte Verfahren zu Konflikten in Rechtsfragen den Vorständen und Geschäftsführern die Absicherung vor dem Vorwurf, keinen Rechtsrat eingeholt zu haben, nicht alle Informationsquellen rechtlicher und tatsächlicher Art ausgeschöpft und nicht oder unzureichend die eigene Legalitätspflicht erfüllt zu haben.

XVII. Der In-House Counsel als „legal watchdog"

Der Sarbanes Oxley Act vom 13. Juli 2002 verpflichtet US-amerikanische Anwälte in Verdachtsfällen zur Information der Organe der von Ihnen vertretenen Gesellschaften. Insbesondere berechtigt er Anwälte, jedoch ohne sie zu verpflichten, vertrauliche Informationen gegenüber der SEC (United States Securities and Exchange Commission) offen zu legen, soweit die Anwälte annehmen, dass es notwendig ist, das Unternehmen vor Rechtsverletzungen zu bewahren, um substantielle finanzielle Schäden zu verhindern. Durch den Sarbanes Oxley Act werden die Verpflichtungen der Anwälte über die berufsrechtlichen Pflichten hinaus erweitert, insbesondere sollen sie als „watchdogs" im Unternehmen fungieren.[81] Vergleichbare Bezeichnungen befinden sich auch in der deutschen Literatur. Syndikusrechtsanwälte werden als „Wächter des Rechts" charakterisiert.[82]

Die Model Rules als auch der Sarbanes Oxley Act eignen sich als Muster und Vorbild für dienstvertragliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, deren vertretungsberechtigten Organen und den Unternehmensjuristen. Sämtliche Regelungen empfehlen sich zur Übernahme in einen Dienstvertrag, weil sie die gleiche Interessenlage mit den gleichen Konfliktmöglichkeiten gesetzlich regeln. Der Rechtsvergleich ergibt, dass die Rechtsprechung aus dem Berliner Stadtreinigungsfall zum Widerspruch gegen rechtswidrige Weisungen und zur Eskalation der Rechtsfrage in die jeweils nächsthöhere Instanz des Unternehmens den gesetzlichen Regelungen nach US-amerikanischen Recht entspricht.

XVIII. Die Beratung zur Pflicht eines Compliance-Management-Systems

Vor allem empfiehlt sich aus dem US-amerikanischen Recht die Pflicht zu übernehmen, den Unternehmensjuristen so früh wie möglich in die Entscheidungsfindung einzubinden. Der Vorstand würde auf diese Weise seine Risikofrüherkennungspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG

74 *Schautes*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, 2005, Seite 272, 273.
75 *Schautes* (Fn. 74), Seite 274; ebenso deutlich BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW – RR 2011, 1670 – ISION-Urteil, Rn. 17.
76 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW – RR 2011, 1670 – ISION, Rn. 27.
77 *Schautes* (Fn. 74), Seite 274.
78 *Schautes* (Fn. 74), Seite 276.
79 *Schautes* (Fn. 74), Seite 275.
80 *Schautes* (Fn. 74), Seite 278.
81 G. Keyko and *Michael J. Larson*, Corporate Compliance Practice Guide § 57.0 page 14 nr. 14 and 16 nr (11).
82 *Merkt*, Der Syndikusanwalt und Coporate Governance, NJW 2014, S. 2312.

durch den begleitenden Rechtsrat seiner Unternehmensjuristen sicherstellen.

Schließlich ist zwischen Unternehmen, den vertretungsberechtigten Organen und den Unternehmensjuristen zu vereinbaren, ein Compliance-Management-System einzusetzen, zu praktizieren und die Organoberaufsicht durch die Vorstände zu führen. Insbesondere haben Unternehmensjuristen die Organe des Unternehmens zu beraten, dass ein Compliance-Management-System Pflicht ist. Dies ergibt sich zuletzt eindeutig aus der BGH-Entscheidung vom 9. Mai 2017[83]. Danach wirkt der Einsatz eines Compliance-Management-Systems sanktionsmindernd, gleichgültig ob es vor oder nach einem Rechtsverstoß eingesetzt wird. Kommt es trotz des Einsatzes eines Compliance-Management-Systems zu einem Rechtsverstoß, wird dieser Fall in der Behördenpraxis des BaFin als nicht ahndungsbedürftiges Einmalversagen behandelt, nicht aber als Systemverschulden mit dem Risiko der Organhaftung.[84]

Mit Hilfe der Legal-Tech-Lösung[85] ist es technisch möglich, dass Geschäftsführer und sonstige Führungskräfte für ihren Verantwortungsbereich mit einem Blick erkennen, ob sämtliche Pflichten erfasst, delegiert und im Ergebnis erfüllt oder überfällig sind. Mit einem Klick können Vorstände und Geschäftsführer die Erfüllung der überfälligen Pflichten anmahnen und durch Protokolle das Anmahnen dokumentieren so und Beweise über die Erfüllung ihrer Organoberaufsichtspflicht sichern. Wird das Compliance-Management-System systematisch praktiziert, kann es beim Normalbetrieb nicht zu Rechtsverstößen kommen. Das System ist dazu geeignet, Rechtsverstöße präventiv zu vermeiden.

234

Kommt es zu einem Rechtsverstoß mit Schadensfolgen und wurde der Einsatz eines Compliance-Management-Systems unterlassen, begründet die Rechtsprechung damit Schadensersatzansprüche nach der Organhaftung gegen Vorstände und Geschäftsführer. Erübrigt hat sich die bisherige Diskussion, ob und inwieweit die Pflicht besteht, ein Compliance-Management-System zu praktizieren.[86]

Umfang und Aufbau des Compliance-Management-Systems ergeben sich inzwischen aus der international geltenden Selbstregulierung zur sorgfältigen Unternehmensführung nach der DIN-ISO 19600 vom 15.12.2014. Danach sind sechs Pflichtaufgaben zu erfüllen. Erstens sind die einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen zu ermitteln, zweitens auf die Verantwortlichen im Unternehmen zu delegieren, drittens zu aktualisieren, viertens zu erfüllen, fünftens zu kontrollieren und sechstens zu dokumentieren.

XIX. Fazit

Wenn im Dreiecksverhältnis von Unternehmen, Geschäftsleitern und Compliance-Juristen vertraglich vereinbart wird[87], was schon von der Rechtsprechung als Pflicht vorgegeben ist, dass nämlich legales Verhalten im Unternehmen immer vorgeht und deshalb nützliche Pflichtverletzungen ausgeschlossen sind[88], jede Entscheidung deshalb ausnahmslos auf ihre Legalität von Unternehmensjuristen geprüft wird[89], frei von Weisungen ihrer Vorgesetzten[90], alle Risiken erfasst und durch Rechtspflichten präventiv abgewendet werden und zu allen offenen Rechtsfragen Rechtsrat eingeholt wird[91], dazu alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art erschöpft werden[92], rechtserhebliche Informationen über Rechtspflichten als „Pflichtwissen" gespeichert, weitergeleitet und abgefragt werden[93], niemand persönliche Nachteile durch präventive Rechtsberatung zu fürchten hat[94], neueste Datentechnik zur Senkung des Compliance-Aufwands eingesetzt wird, Geschäftsleiter eigene Risikoanalysen vornehmen[95], und zwar auch bei Sachverhalten, die noch nicht gesetzlich oder gerichtlich entschieden wurden[96], die Rechtsberatungsergebnisse auf Plausibilität kontrolliert werden[97], Unternehmensjuristen zu Widerspruch und Eskalation gegen rechtswidrige Weisungen durch Geschäftsleiter verpflichtet sind[98], Rechtsrisiken von Unternehmensjuristen aus eigener Initiative gemeldet werden[99], freie „unternehmerische Entscheidungen" von rechtlich gebundenen Entscheidungen unterschieden werden[100], der erforderliche Compliance-Aufwand vom Unternehmen getragen wird[101], bei der Rechtsberatung der „sicherste Weg"[102] gewählt wird, Unternehmensjuristen direkten Vortrag und Zugang zum Geschäftsleiter haben[103], ein Compliance-Management-System zur Ermittlung und Abwendung aller Rechtsrisiken als Pflicht praktiziert wird[104], werden also alle diese Vorgaben erfüllt, kann es nur durch unverschuldeten Zufall und durch Einmalversagen ohne Sanktionsbedarf zur Rechtspflichtverletzung kommen[105], sodass im Ergebnis die Legalitätspflicht des Geschäftsführers erfüllt wird und die Haftung wegen Organisationsverschuldens ausgeschlossen bleibt.

---

83 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16 – Panzerhaubitzen, Seite 46.
84 *Becker*, Börsenzeitung Nr. 103 vom 2.6.2018, Sonderbeilage.
85 Compliance-Management-System „Recht im Betrieb".
86 LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 –Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 4. Auflage, AktG, § 91 Anm. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Auflage, S. 16, 2012.
87 §46 Abs. 4 S. 2 BRAO, BGHSt 46, 196, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.
88 BGHZ 124, 111, 127, OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 7 U 184/12.
89 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, Seite 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB Entscheidung.
90 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 – Berliner Stadtreinigung.
91 BGH, 14.7.2008 (IKB) und BGH vom 18.06.2013 II ZR 86/11.
92 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW 2013, 3636; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; *Fischer*, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.
93 BGHZ 132, 30, 38 – Wissensaufspaltung; BGHZ 135, 202, 205 – Scheckinkasso.
94 In Analogie zu §57 S. 1 BImSchG für Imissionsschutzbeauftragte, § 58 c 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte; §60 Abs. 3 KrWG i. V. m. §57 BImSchG; § 66 WHG S. 2 BDSG für Datenschutzbeauftragte i. V. m. §57 BImSchG, § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV Gefahrgutbeauftragte i. V. m. §57 BImSchG, §66 WHG i. V. m. §57 BImSchG.
95 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, 128 – IKB.
96 BGHZ 92, 143 – Kupolofen.
97 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234–09 – ISION.
98 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.
99 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.
100 § 93 Abs. 2 S. 2, BGHZ 135, 253 – ARAG/Garmenbeck.
101 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.
102 BGH, 20.10.1994 – IX ZR 116/1993, *Krieger/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 4. Auflage, Seite 178.
103 In Analogie zu §57 S. 1 BImSchG für Imissionsschutzbeauftragte, § 58 c 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte; § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 BImSchG; § 66 WHG S. 2 BDSG für Datenschutzbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG, § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV Gefahrgutbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG, §66 WHG i. V. m. § 57 BImSchG.
104 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16, Seite 46 – Panzerhaubitzen.
105 *Becker*, Börsenzeitung Nr. 103 v. 2.6.2018, zur Behördenpraxis der BaFin.

XX. Vereinbarung zur präventiven Rechtsberatung zwischen Unternehmen, vertretungsberechtigten Organen und weisungsabhängigen Syndikusanwälten und Compliance-Managern

Im Dreiecksverhältnis von Unternehmen, deren weisungsbefugten vertretungsberechtigten Organen und den weisungsabhängigen Unternehmensjuristen kann es aus Erfahrung zu Konflikten in Rechtsfragen kommen, die sich wiederholen, die präventive Rechtsberatung beeinträchtigen und deshalb zu Rechtsverstößen mit Schadensfolgen für das Unternehmen führen können. Viele der Rechtsfragen sind gesetzlich geregelt oder durch höchstrichterliche Rechtsprechung schon einmal entschieden, sodass der Streit darüber sich erübrigt und das Arbeitsverhältnis zwischen Vorständen und Geschäftsführern einerseits und Unternehmensjuristen andererseits unnötig belastet. Zur Konfliktvermeidung sind nach § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO und der BGH-Entscheidung zum Berliner Stadtreinigungsfall Vertragsvereinbarungen zu empfehlen, die Rechtsfragen verbindlich für das Unternehmen, seine vertretungsberechtigten Organe und die Unternehmensjuristen klären. Unternehmensjuristen beraten ihre Unternehmen mit dem Zweck, Rechtsverstöße durch Angestellte des Unternehmens und dadurch verursachte Schäden zu verhindern. Zu den Angestellten zählen auch Vorstände und Geschäftsführer, sowie die Unternehmensjuristen selbst. Vor allem soll die Unabhängigkeit der Unternehmensjuristen bei ihrer Beratung in Rechtsfragen gesichert werden, insbesondere vor fachfremden Weisungen ihrer nichtanwaltlichen Arbeitgeber. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden im Folgenden achtzehn Vertragsklauseln zur Konfliktvermeidung vorgeschlagen.

1. Die Pflicht zum uneingeschränkten Vorrang legalen Verhaltens im Unternehmen

Unternehmensjuristen sind verpflichtet, ihre Geschäftsleiter dahingehend zu beraten, dass die Legalitätspflicht Vorrang vor allen anderen Pflichten des Vorstands hat, insbesondere auch dann, wenn der Vorstand sich zwischen seiner Legalitätspflicht und der Pflicht zur Gewinnerzielung für seine Gesellschaft entscheiden muss. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass es auf die Akzeptanz von hoheitlichen Rechtspflichten im Gegensatz zu vertraglichen Pflichten nicht ankommt. Gesetzliche Pflichten sind einzuhalten, weil sie nach dem geltenden Gesetzgebungsverfahren erlassen und nicht aufgehoben sind.[106]

2. Die anwaltliche Weisungsunabhängigkeit von Unternehmensjuristen

Die anwaltliche Unabhängigkeit der Unternehmensjuristen von Weisungen ihrer nichtanwaltlichen Arbeitgeber ist vertraglich und tatsächlich zu gewährleisten. Die Unabhängigkeit der Syndikusanwälte und der Compliance Manager bei der präventiven Rechtsberatung ist entsprechend der Regelung nach § 46 Abs. 4 BRAO zu sichern, indem die weisungsbefugten nichtanwaltlichen Vorgesetzten in Rechtsfragen keine Weisungen erteilen.[107]

3. Der Ausschluss nützlicher Pflichtverletzungen

Nützliche Rechtspflichtverletzungen sind grundsätzlich ausgeschlossen. Klarstellend wir hiermit verbindlich festgestellt, dass es in Deutschland kein „useful breach of public law“gibt und dieser Grundsatz für das Unternehmen gilt.[108]

4. Die Ermittlung und Prüfung aller Unternehmenssachverhalte

Zur vollständigen Aufklärung aller Unternehmenssachverhalte nach § 46 Abs. 3 Ziff. 1 BRAO und zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht von Vorständen und Geschäftsführern sind alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen, insbesondere sind ausnahmslos alle Unternehmenssachverhalte erstens zu ermitteln und zweitens rechtlich daraufhin zu überprüfen, ob sie Rechtsrisiken enthalten und durch Rechtspflichten abzuwenden sind.[109]

5. Digitale Recherchen nach dem aktuellen Legal-Tech-Standard

Zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht sind die Unternehmensjuristen berechtigt, alle Recherchemöglichkeiten nach der modernen Datenbanktechnik einzusetzen, um nach dem aktuellen Legal-Tech-Standard unternehmensintern mit dem geringstmöglichen Compliance-Aufwand alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art zu erschöpfen, rechtlich beraten, und insbesondere rechtserhebliche Informationen wie Rechtspflichten als Pflichtwissen speichern, weiterleiten und abfragen zu können.[110]

6. Die Pflicht von Vorständen und Geschäftsführern zur eigenen Risikoanalyse

Unternehmensjuristen sind verpflichtet, die Organe des Unternehmens auf deren Pflicht zur eigenen Risikoanalyse bei gesetzlich ungeregelten und gerichtlich noch nicht entschiedenen Unternehmens-

106 *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche „Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern“, ZIP 2005, 141; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG 2002, Seite 17–26 für die GmbH; Rohwetter/Koppensteiner GmbHG, 4. Auflage 2002, Seite 43, Rn. 10; Baumbach/Hueck, 19. Auflage, § 43 GmbHG, Anm. 17 u. 23; *Hemeling*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZAR 175 (2011), 368; BegrRegE, KontraG, BT-Drucks. 13, 9712, Seite 15; *Hüffer*, AktG, 6. Auflage, § 696 Anm. 1 zur Gemeinwohlgefährdung; *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, Seite 148; BGHZ, 124, 111, (127); Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex 2003, Rn. 432; § 46 Abs. 4 S. 2 BRAO; BGHSt 46, 196, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

107 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 – Berliner Stadtreinigung.

108 BGHZ 124, 111, 127; OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 7 U 184/12.

109 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB.

110 BGHZ 132, 30, 38 – Wissensaufspaltung; BGHZ 135, 202, 205 – Scheck Inkasso.

sachverhalten hinzuweisen und sie dabei beratend zu unterstützen.[111]

7. Die Rechtsberatungspflicht und die Plausibilitätskontrolle

Die Organe verpflichten sich zu allen offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen und das Rechtsberatungsergebnis auf Plausibilität zu kontrollieren.[112]

8. Die Pflicht zum Widerspruch und zur Eskalation bei rechtswidrigen Weisungen

Folgen die Vorgesetzten dem Rechtsrat nach deren Plausibilitätsprüfung nicht und erteilt der Vorstand oder Geschäftsführer Unternehmensjuristen rechtswidrige Weisungen, ist der Syndikusanwalt und Compliance-Manager verpflichtet, zu widersprechen und sein rechtliches Beratungsergebnis dem jeweils nächsten Vorgesetzten vorzutragen, um ihn von seinem Rechtsrat zu überzeugen und zwar einschließlich Vorstandsvorsitzenden und Aufsichtsratsvorsitzenden.[113]

9. Die Pflicht von Unternehmensjuristen zur Meldung von Rechtsrisiken aus eigener Initiative

Aus eigener Initiative sind Unternehmensjuristen dienstvertraglich zur Beobachtung und Ermittlung von Rechtrisiken im Unternehmen und zur ungefragten Meldung an ihre weisungsbefugten Vorgesetzten verpflichtet.[114]

10. Das Benachteiligungsverbot

Kollidiert die präventive Rechtsberatung mit den Interessen der Geschäftsleitung zur Gewinnerzielung und müssen deshalb die Unternehmensjuristen beim Durchsetzen ihrer Präventivberatung persönliche Benachteiligungen befürchten, wird vorsorglich ein Benachteiligungsverbot zu Gunsten von Unternehmensjuristen und Compliance-Managern vereinbart und zwar analog zu den gesetzlich geregelten Benachteiligungsverboten für Beauftragte im Immissionsschutz-, Störfall-, Datenschutz-, Gefahrgut-, Strahlenschutz-, Abfall-, und Gewässerschutzrecht.[115]

11. Die Pflicht zur Prüfung der „business judgement rule“

Unternehmensjuristen sind verpflichtet, verbindlich festzustellen, ob es sich bei den Entscheidungen eines vertretungsberechtigten Organs des Unternehmens um eine „rechtlich gebundene“ oder um eine freie „unternehmerische Entscheidung“ nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG handelt. Der Vorstand verpflichtet sich, jede geplante Entscheidung im Interesse des Unternehmens routinemäßig danach rechtlich überprüfen zu lassen.[116]

12. Die Sicherstellung des erforderlichen Compliance-Aufwands

Vorstände und Geschäftsführer verpflichten sich zur Vermeidung von Rechtspflichtverletzungen, den erforderlichen Compliance-Aufwand zu sichern und alle Entscheidungen unabhängig vom Aufwand zur Abwehr einer Rechtsrisikoverletzung zu treffen.[117]

13. Die Pflicht zur Vorlage von Entscheidungen mit ruinösen Folgen

Unternehmensjuristen und Compliance-Manager verpflichten sich, eventuelle Entscheidungen mit ruinösen Folgen dem Vorstand oder Geschäftsführer des Unternehmens zu überlassen und vorzulegen, um die Organhaftung nicht zu umgehen.[118]

14. Die Beratungspflicht zum „sichersten Weg“

Als Maßstab bei der Rechtsberatung vereinbaren die Parteien den „sichersten Weg“. Dessen verbindliche Einschätzung ist dem beratenden Unternehmensjuristen vorzubehalten.[119]

15. Das Recht zum direkten Vortrag und Zugang zu Vorstand und Geschäftsführer

Vereinbart wird das Recht des Syndikusanwalts und Compliance Managers auf den direkten Vortrag und Zugang des Unternehmens bei Vorstand und Geschäftsführer, ohne zwischengeschaltete Mitarbeiter, um die Reaktion persönlich einschätzen zu können, insbesondere ob weitere Überzeugungsarbeit erforderlich ist.[120]

16. Die Pflicht zur internen Lösung bei der präventiven Rechtsberatung

Unternehmensjuristen verpflichten sich, auf interne Lösungen bei der

111 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB.
112 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234-09 – ISION.
113 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.
114 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234-09 – ISION.
115 In Analogie zu § 57 S. 1 BImSchG für Imissionsschutzbeauftragte, zu § 58 (c) Abs. 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte, zu § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Abfallbeauftragte; zu § 66 WHG S. 2 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gewässerschutzbeauftragte, zu § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gefahrgutbeauftragte.
116 § 93 Abs. 2 S. 2 AktG; BGHZ 135, 253 – ARAG/Garmenbeck.
117 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.
118 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.
119 BGH, 20.10.1994 – IX ZR 116/1993, Krieger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 4. Auflage, Seite 178.
120 In Analogie zu § 57 S. 1 BImSchG für Imissionsschutzbeauftragte, zu § 58 (c) Abs. 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte, zu § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Abfallbeauftragte, zu § 66 WHG S. 2 BDSG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Datenschutzbeauftragte, zu § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gefahrgutbeauftragte, zu § 66 WHG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gewässerschutzbeauftragte.

präventiven Rechtsberatung hinzuwirken, rechtswidrige Weisungen zu widersprechen und im Konfliktfall in Rechtsfragen die jeweils nächsthöheren Vorgesetzten zu informieren und erst bei erfolglosem Bemühen um legales Verhalten im Unternehmen als ultima ratio das Mandat niederzulegen und das Dienstverhältnis zu kündigen.[121]

17. Die Pflicht zur Vertraulichkeit der Rechtsberatung

Unternehmensjuristen und die vertretungsberechtigten Organe verpflichten sich zur Vertraulichkeit im Rahmen der präventiven Rechtsberatung, insbesondere gegenüber Behörden, die interne Entscheidungsfindung als letztes Mittel erst dann offenzulegen, um Todesfälle und erhebliche körperliche Beeinträchtigung zu verhindern oder zur eigenen Rechtsverteidigung gegenüber dem Unternehmen.

18. Die Pflicht zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems

Vorstände und Geschäftsführer verpflichten sich ein Compliance-Management-System einzuführen, um erstens die Erfüllung ihrer Legalitätspflicht beweisen zu können und um zweitens den Syndikusanwälten und Compliance Managern die systematische Beratung, Delegation, Aktualisierung, Erfüllung, Kontrolle und Dokumentation aller Unternehmenspflichten zu ermöglichen.[122]

AUTOR



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

121 *Schautes*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, 2005, Seite 274, 276; BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

122 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16, Seite 46 – Panzerhaubitzen; *Becker*, Börsenzeitung Nr. 103 vom 2.6.2018, Sonderbeilage; LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 4. Auflage, AktG, § 91 Anm. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Auflage, 2012, Seite 16.

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

Sonderbeilage 1/2020

Betriebs-Berater Compliance

23.3.2020 | 8.Jg
Seiten 1–16

Dr. Manfred Rack

Anwaltszwang bei Compliance-beratung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“ nach RDG und BRAO

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Inhaltsübersicht

I.	Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistung“ nach § 1 RDG	3
II.	Drei Schutzziele des Rechtsdienstleistungsgesetzes: Rechtssuchende – Rechtsordnung – Rechtsverkehr	3
III.	Die Voraussetzung der rechtlichen Prüfung nach § 2 RDG	5
IV.	Typische Probleme der präventiven außergerichtlichen Rechtsdienstleistung rechtfertigen den gesetzlichen Anwaltszwang	5
V.	Die „Erforderlichkeit“ rechtlicher Prüfungen des Einzelfalls	7
VI.	Das verbotene Modell: Rechtsanwälte als „Erfüllungsgehilfen“ von Nichtanwälten	8
VII.	Der nichtige Beratungsvertrag über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten als Rechtsrisiko des Geschäftsführers	9
VIII.	Die Vermeidung des Rechtsrisikos eines nichtigen Beratungsvertrages über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten	10
IX.	Schadensersatzansprüche des beratenen Unternehmens wegen mangelnder Aufklärung bei Vertragsschluss	11
X.	Softwareprogramme zur Complianceberatung als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung	12
XI.	Die Unabhängigkeit der erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistungen vom Schutzwillen des Beratenen	13
XII.	Softwarelösungen zur Complianceberatung aus dem Ausland	13
XIII.	Das aktuelle Urteil des LG Köln vom 8.10.2019 zum Smartlawangebot eines Verlages als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistungen	13
XIV.	Beratungsresistenz ist nur durch Rechtsanwälte zu überwinden	14
XV.	Fazit: Anwaltszwang bei Complianceberatung	15

Anwaltszwang bei Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“ nach RDG und BRAO

Zweifel an der Qualität der Complianceberatung werden durch die alarmierend hohen Schäden durch Rechtsverstöße geweckt. Die präventive Rechtsberatung im Rahmen eines Compliance-Management-Systems müsste Krisen in diesem Ausmaß verhindern können. Erinnert werden soll deshalb an die gesetzlichen Vorgaben für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zur präventiven Vermeidung von Rechtsverstößen im Rahmen der Complianceberatung. Nach den §§ 1, 2, 3 RDG sind Nichtanwälten außergerichtliche Rechtsdienstleistungen verboten und nach § 3 BRAO nur Rechtsanwälten und Syndikusanwälten für das eigene Unternehmen erlaubt. Es gilt Anwaltszwang für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen, zu denen auch die Complianceberatung zählt, weil sie rechtliche Prüfungen des Einzelfalls erfordert. Verstöße gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz führen nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Beraterverträge mit Nichtanwälten und zum Verlust von Ansprüchen auf Leistung und Gegenleistung, zur Rückabwicklung von erbrachten Leistungen nach Bereicherungsrecht, zu Schadensersatz gegen nichtanwaltliche Berater im Fall von Schäden durch Falschberatung, zu Unterlassungsansprüchen von Mitbewerbern nach § 3 UWG und zu Geldbußen bis zu 50.000 EUR.

I. Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistung“ nach § 1 RDG

Das Rechtsdienstleistungsgesetz regelt nach § 1 RDG die Befugnis für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen. Vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung geschützt werden sollen erstens die Rechtssuchenden, zweitens der Rechtsverkehr und drittens die Rechtsordnung.

§ 3 RDG regelt die „Befugnis“, wonach die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig ist, in dem sie durch das RDG oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. Es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[1] Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen sind Nichtanwälten nach § 3 RDG grundsätzlich verboten und nach § 3 BRAO nur Rechtsanwälten vorbehalten und erlaubt. Verträge über verbotene Rechtsdienstleistungen sind gemäß § 134 BGB nichtig[2] und begründen keine gegenseitigen Ansprüche, sondern Rückzahlungsansprüche auf schon geleistete Zahlungen nach Bereicherungsrecht.[3] Nichtig sind nach 134 BGB auch Verträge, in denen das Verbot umgangen wird. Konsequent werden Empfänger von Rechtsdienstleistungen durch diese Rückabwicklungsregelung davor geschützt, Gegenleistungen für Rechtsdienstleistungen von unbefugten Nichtanwälten erbringen zu müssen.

II. Drei Schutzziele des Rechtsdienstleistungsgesetzes: Rechtssuchende – Rechtsordnung – Rechtsverkehr

Alle Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes sind nach den drei Schutzzielen auszulegen. Die Einschränkung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG wird mit dem notwendigen Schutz der Rechtssuchenden[4], der Rechtsordnung und dem Rechtsverkehr vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung begründet.

Notwendig wird der Schutz vor den Folgen unqualifizierten Rechtsrats dadurch, dass Rechtssuchende als juristische Laien die Qualität der Rechtsdienstleistungen kaum einschätzen können. Der Rechtsberatungsmarkt ist gekennzeichnet durch die Asymmetrie der Informationen zwischen Anbietern und Nachfragern.[5] Wegen dieses Informationsdefizits ist der Staat gefordert, unqualifizierten Rechtsrat von den Rechtssuchenden fernzuhalten. Auch Unternehmen und Rechtskundige sind zu schützen. Insbesondere auch Syndikusanwälte, wenn sie

1 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 5, 6; *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 3 RDG Rn. 1.

2 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 10; *Römermann*, in: Grunewald/Römermann, RDG-Kommentar, 2008, § 3 RDG, Rn. 5; BGH v. 11.12.2013 – IV ZR 46/13, NJW 2014, 847, Rn. 31; BGH v. 30.10.2012 – IX ZR 324/11, NJW 2013, 59, Rn. 34; BGH v. 31.1.2012 – VI ZR 143/11, NJW 2012, 1005; zuletzt auch: AG Köln, Urt. v. 2.9.2019 – 142C 448/18, BeckRS 2019, 23894; LG Mannheim, Urt. v. 23.1.2019 – 14 O 110/18, BeckRS 2019, 2460; LG Berlin, Urt. v. 31.7.2019 – 65 S 18/19, BeckRS 2019, 23235.

3 *Seichter*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 3 RDG, Rn. 49; *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 64 f.

4 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, Allgemeiner Teil, Rn. 13; *Römermann*, in: Grunewald/Römermann, RDG-Kommentar, 2008, § 1 RDG, Rn. 3 ff.; BVerfG, 29.10.1997 – 1 Bvr 780/87, NJW 1998, 3481.

5 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 9 und 11; *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, Allgemeiner Teil, Rn. 14.

Rechtsdienstleistungen Dritter in Anspruch nehmen.[6] Auf die Schutzbedürftigkeit allein der Rechtssuchenden darf es nicht ankommen.[7] Gerade bei der präventiven außergerichtlichen Rechtsdienstleistung ist der Rechtssuchende auf die besondere Qualität des Rechtsschutzes in vollem Umfange angewiesen. Rechtsschutz ist deshalb nicht verzichtbar und disponibel und kann daher nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden,[8] selbst wenn sich Rechtssuchende und nichtanwaltliche Dienstleiter über den Verzicht einig wären. Unqualifizierte außergerichtliche Rechtsdienstleistungen können eine Kettenreaktion auslösen und Gerichte, Rechtsverkehr und Rechtsordnung existenziell belasten. Fehlende Rechtskenntnisse bei Rechtssuchenden als auch bei nichtanwaltichen Dienstleistern können als verbindende Gemeinsamkeit die Neigung fördern, auf qualifizierte Rechtsprüfung zu verzichten, weil die Prüfung komplexer Rechtsfragen einem juristischen Laien als verzichtbar und als unnötiger Aufwand erscheinen kann. Gemeinsam ist juristischen Laien, die Rechtsfolgen einer Rechtsberatung weder abschätzen noch davor warnen zu können. Rechtssuchende und ihre juristisch unqualifizierten Berater können nicht im gegenseitigen Einvernehmen auf den Schutz und damit zu Lasten von Rechtsordnung und Rechtsverkehr vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung verzichten, so als wären nur die Rechtssuchenden allein geschützt. Gerade weil die Qualität der Rechtsdienstleistungen von juristischen Laien und oft auch von Syndikusanwälten auf speziellen Rechtsgebieten nicht beurteilt werden kann, sind alle Rechtssuchenden auf die umfassende Sicherung der Qualität von Rechtsdienstleistung existenziell angewiesen.

Rechtsanwälte haben wie Richter, Staatsanwälte, Verwaltungsjuristen und Gegenanwälte die gleiche Ausbildung und können deshalb sowohl die Entscheidungsfindung vor Gerichten als auch die Entscheidungsergebnisse vorher einschätzen, nachvollziehen, vorhersehen und insbesondere beurteilen, auf was es im Einzelfall ankommt. Von nichtanwaltlichen Dienstleitern kann diese Fähigkeit von vornherein nicht erwartet werden, weil dazu die jahrelange Ausbildung fehlt, deren Erfolg in zwei Staatsexamen geprüft und bestätigt wird.[9]

Nichtanwaltliche Berater sind auch durch die Rechtsprechung überfordert.

Der BGH fordert in seiner ISION-Entscheidung[10] von Geschäftsführern ohne eigene Rechtskenntnisse, soweit „erforderlich“, Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten. Dabei trifft grundsätzlich den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen und das Beratungsergebnis einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.[11] Erforderlich sei „dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht“.[12] Von juristischen Laien kann nicht erwartet werden, ohne eigene Rechtskenntnisse offene Rechtsfragen zu erkennen und zu beurteilen, inwieweit es erforderlich ist, Rechtsrat einzuholen. Juristische Laien müssen erst einmal über ihren eigenen Rechtsberatungsbedarf beraten werden. Gerade deshalb sind außergerichtliche Rechtsdienstleistungen grundsätzlich nach § 3 RDG zu Recht verboten und nach § 3 BRAO ausnahmslos Rechtsanwälten und Syndikusanwälten vorbehalten. Als Folge des Dunning-Kruger-Effekts sind Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse schon gar nicht in der Lage, wegen ihrer fehlenden juristischen Kompetenz ihre eigene juristische Inkompetenz zu erkennen.[13] Zum Schutze der Rechtssuchenden darf es auch nicht darauf ankommen, ob der juristische Laie im Einzelfall die fehlende juristische Qualifikation eines Dienstleisters erkennen kann, vielmehr soll er sich durch den Anwaltszwang auf die Formalqualifikation von Rechtsanwälten verlassen können.[14] Wer als Vertretungsorgan eines Unternehmens Rechtsrat bei einem Rechtsanwalt einholt und damit das Rechtsdienstleistungsgesetz nach § 3 RDG und § 3 BRAO einhält, schützt sich vor dem Vorwurf des Auswahlverschuldens. Wenn er außergerichtliche Rechtsdienstleistungen von einem nichtanwaltlichen Dienstleister einholt, kann er nicht sicher sein, qualifiziert rechtlich beraten zu werden.

Lassen sich Nichtjuristen von anderen nichtanwaltlichen Dienstleistern rechtlich beraten, ist es vergleichbar mit einem Gespräch zwischen zwei Blinden über die Farbe. Beratungsfehler und Folgeschäden sind vorprogrammiert.

Auf Rechtskenntnisse und die individuelle Schutzbedürftigkeit der Rechtssuchenden darf es deshalb im Einzelfall nicht ankommen, insbesondere nicht darauf, ob der Rechtssuchende die fehlende Qualität im Einzelfall erkennen konnte und deshalb nicht als schutzwürdig gelten kann.[15] Das Rechtsdienstleistungsgesetz wird zwar mit dem Verbraucherschutz begründet, schützt aber auch Unternehmen und sogar Rechtssuchende mit eigenen Rechtskenntnissen,[16] wie Rechtsanwälte und Syndikusrechtsanwälte, wenn sie Rechtsdienstleistungen in Anspruch nehmen.[17] Nicht darauf ankommen darf es deshalb, ob der Rechtssuchende die fehlende Kompetenz des Rechtsberaters erkennen kann oder nicht.[18] Über die juristische Qualität der Rechtsanwälte hinaus bietet der Gesetzgeber weitere Schutzfaktoren, mit denen die Stellung des Rechtsanwalts gesetzlich ausgestattet ist und Nichtanwälte trotz möglicher Rechtskenntnisse nicht bieten können. Abgesichert wird der Rechtssuchende

1. durch die staatlich geprüfte Befähigung des Rechtsanwalts zum Richteramt und die dazu erforderliche Ausbildung,
2. durch die Fortbildungspflicht nach § 43a VI BRAO,

6 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68; *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 8.

7 BGH v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25; *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, § 1 RDG, Rn. 9.

8 *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 36; BGH v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25, 26.

9 *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 3.

10 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09; BP 2011,2960, Rn. 18 – ISION-Urteil.

11 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) NJW – RR, 2011, 1670 – ISION-Urteil.

12 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg)=NZG 2011, 1271 – ISION-Urteil Ziffer 18 und 17, AG 2011 876.

13 *Rack*, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – Eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, CB, 2017, 216.

14 BGH, 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596 Rn. 25; *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68.

15 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68; *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/ Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 8.

16 BT-Drs. 16/3655, Seite 45.

17 LG Hamburg, 18.3.2015 – 315 O 82/15, RAK – Mitteilung 2015,260; BGH v. 5.10.2006 – 1 ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25; *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68.

18 BGH v. 5.10.2006 – 1 ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25; *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68.

3. durch die umfassend gesetzlich begründete obligatorische Berufshaftpflichtversicherung gegen jegliche Vermögensschäden zur Abwendung des Haftungsrisikos, verbunden mit einer strengen Rechtsprechung,
4. durch die einfache Regulierung von Anwaltsfehlern im Schlichtungsverfahren gemäß § 191 BRAO,
5. durch die Gewährleistung der anwaltlichen Unabhängigkeit, der Verschwiegenheitsverpflichtung, des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen, der sachlichen Beratung, und
6. durch die Einhaltung des anwaltlichen Berufsrechts und die Überwachung durch die Rechtsanwaltskammern als Aufsichtsbehörden.

Die vorgenannten Schutzgründe bietet nur die Rechtsberatung durch Rechtsanwälte. Sie rechtfertigen den Anwaltszwang bei außergerichtlicher Rechtsberatung zum Schutz vor unqualifizierten rechtlichen Entscheidungen mit existenziellen Folgen.[19]

Das Rechtsdienstleistungsgesetz soll auch dem Schutz des Rechtsverkehrs dienen, weil nicht nur der Rechtssuchende, sondern auch dessen Vertragspartner, die befassten Behörden, die Gerichte, Versicherungen und die Gegner betroffen sind, die alle vor unqualifizierten Rechtsdienstleistern geschützt werden müssen.[20] Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird auch die Sicherung einer leistungsfähigen Anwaltschaft gezählt, die neben dem Schutz der Rechtssuchenden auch dem Schutz der Rechtspflege, als auch schließlich dem Schutz der Rechtsordnung dienen.[21]

Die Mehrzahl der rechtlichen Auseinandersetzungen wird gerade außergerichtlich erledigt, sodass qualifizierte Rechtsdienstleistungen auch den Rechtsfrieden fördern.

III. Die Voraussetzung der rechtlichen Prüfung nach § 2 RDG

Nach § 2 Abs. 1 RDG ist unter Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten zu verstehen, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Rechtsanwälten sind nach dem Schutzzweck des Gesetzes alle Tätigkeiten vorzubehalten, die die Subsumtion eines Einzelfalls unter einer Rechtsvorschrift erfordert.

Die Complianceberatung betrifft Entscheidungen darüber, ob ein konkreter Einzelfall aus einem Unternehmen Rechtspflichten als Rechtsfolgen einer einschlägigen Rechtsnorm begründet. Die Complianceberatung ist deshalb eine außergerichtliche Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG.

Nach Grundsatz 5 des deutschen Corporate Governance Kodex 2019 wird Compliance als Pflicht des Vorstands definiert, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken. Öffentlich-rechtliche Rechtspflichten dienen ausschließlich dazu, Risiken von geschützten Rechtsgütern abzuwenden, und zwar noch bevor sie sich zu einem Schaden entwickeln konnten. Ohne die Prüfung von Einzelfällen in Unternehmen kann nicht entschieden werden, welche gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten sind.

IV. Typische Probleme der präventiven außergerichtlichen Rechtsdienstleistung rechtfertigen den gesetzlichen Anwaltszwang

Wenn schon vor Gericht Anwaltszwang nach den Verfahrensordnungen der ZPO oder StPO herrscht, dann muss das erst recht für die außergerichtliche Rechtsdienstleistung gelten. Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen erfordern höhere Beratungsleistungen als die Vertretung vor Gericht. Während die gerichtliche Rechtsberatung durch einen Rechtsverstoß mit Schadensfolgen oder durch eine drohende Strafverfolgung veranlasst wird, fehlt es bei der außergerichtlichen Beratung an einem vergleichbaren äußeren Zwang, Rechtsdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Bei der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung müssen Mandanten erst davon überzeugt werden, dass eine rechtliche Prüfung i. S. v. § 2 Abs. 1 RDG „erforderlich“ ist, weil sie in aller Regel ihren Beratungsbedarf nicht erkennen, den Aufwand scheuen, Grund und Anlass bestreiten und es nicht für selbstverständlich halten, Risiken präventiv durch die aufwendige Einhaltung von Rechtspflichten abzuwenden. Bei der gerichtlichen Rechtsdienstleistung dagegen werden von Prozessgegnern Schadensersatzansprüche wegen Rechtsverstößen geltend gemacht oder von Staatsanwälten wird wegen Straftaten ermittelt und angeklagt. Die gerichtliche Rechtsdienstleistung wird in aller Regel erzwungen. Der Frage, ob eine rechtliche Prüfung eines Sachverhaltes erforderlich ist, kann bei gerichtlichen Verfahren niemand ausweichen, der sich vor Gericht gegen Ansprüche wehren oder gegen Strafverfolgung verteidigen muss. Nach Rechtsverstößen stellen Anspruchsgegner und Staatsanwälte Rechtsfragen und zwingen zur rechtlichen Prüfung. Der Anlass der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung im Rahmen der Complianceberatung ist kein Rechtsverstoß mit einem eingetretenen Schaden, um dessen Ersatz vor Gericht gestritten wird, sondern das Rechtsrisiko, dass ein Schaden eintreten kann, wenn einschlägige Rechtspflichten zur Abwendung des Risikos nicht erfüllt werden. Risiken sind nicht wie Schäden erkennbar, sondern nur denkbar. Ein Schadensverlauf, der durch einen Rechtsverstoß verursacht wurde, fehlt und muss im Rahmen einer Risikoanalyse prognostiziert werden. Die drohende Auseinandersetzung um den Rechtsverstoß vor Gericht und den Schadensersatz muss simuliert werden. Anwälte müssen bei der außergerichtlichen Complianceberatung sowohl Schadensverlauf als auch die darauffolgende gerichtliche Auseinandersetzung so simulieren können, dass Mandanten von der Erforderlichkeit einer präventiven rechtlichen Prüfung überzeugt und Aufwand und Kosten der Complianceberatung zu tragen bereit sind. Risiken als Schadensprognosen lassen sich leicht bestreiten. Bewiesen sind Risiken erst, wenn sie als Schaden eingetreten sind. Dann kommt allerdings jede Risikovorsorge zu spät. Unter Verweis auf Kosten und Aufwand der präventiven außergerichtlichen Complianceberatung besteht die Neigung, Risiken und Schadensprognosen mit der jeweils alternativen Prognose zu bestreiten, der befürchtete Schaden werde schon nicht eintreten. Es kommt zu widersprüchlichen Aussagen über

19 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 72, 73; *Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, Einleitung, Rn. 33.

20 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 36; BT-Drs. 16/3655, Seite 45.

21 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 76; *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 10.

Risiken und Schadensprognosen. Wer etwa als verantwortlicher Manager eines Unternehmens einen prognostizierten Rechtsverstoß mit Schadensfolgen und den Schadensverlauf bestreitet, muss darüber rechtlich beraten werden, wie im Falle eines Schadenseintritts ein Gegenanwalt argumentieren wird, dass ein Schaden vorhersehbar war und durch eine Rechtspflicht hätte abgewendet werden müssen. Schadensprognosen können nicht bewiesen werden, sondern müssen widerlegt oder falsifiziert werden, wenn ihre Geltung umstritten ist. In dem Verfahren über die Frage nach der Geltung einer Schadensprognose, ist der Bestätigungsfehler oder Confirmation-Bias zu vermeiden.[22] Diesen Fehler in der Risikoanalyse können Rechtsanwälte vermeiden, da sie dazu ausgebildet und erfahren sind. Sie sind nach zwei Staatsexamen dazu in der Lage, in der außergerichtlichen präventiven Complianceberatung auch gerichtliche Auseinandersetzungen zu simulieren und einzuschätzen, wie Richter, Staatsanwälte und Gegenanwälte Risiken und daraus folgende Schadensverläufe durch Rechtsverstöße behandeln. Vor allem gilt es, die Argumente der Gegenanwälte vorherzusehen, die in aller Regel geltend machen, dass ein Schaden der tatsächlich eingetreten ist, auch vorhersehbar, denkbar und durch Rechtspflichten abzuwenden gewesen wäre. Schwieriger ist es, nachdem ein Schaden tatsächlich eingetreten ist, zu beweisen, dass er nicht vorherzusehen und abzuwenden war.

Bei der Risikoanalyse im Rahmen der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung zur Frage, ob eine rechtliche Prüfung i. S. d. § 2 RDG erforderlich ist, muss ein weiterer typischer Entscheidungsfehler vermieden werden. Es handelt sich um den Verfügbarkeitsfehler oder Availability bias.[23] Der Entscheidungsfehler beruht auf der Erkenntnis, dass Risiken denkbar sind, aber man nur an das denken kann, was man schon weiß, sodass mehr Erfahrungswissen über Schadensrisiken existieren, als der Entscheidungsträger bei seiner Risikoanalyse weiß. In der Praxis lässt sich dieser Fehler an dem Argument erkennen, ein behauptetes Risiko sei nicht denkbar, müsse deshalb nicht durch eine Rechtspflicht abgewendet werden, da ein Schaden der prognostizierten Art im Unternehmen noch nie aufgetreten sei. Die Risikoanalyse darf sich daher nicht auf das Erfahrungswissen im Unternehmen beschränken, sondern wie in der BGH Rechtsprechung gefordert wird, müssen alle verfügbaren Informationsquellen erschöpft werden. Im IKB-Urteil[24] wurde dem Geschäftsführer vorgeworfen, internationales und historisches Erfahrungswissen über Immobilienpreisentwicklungen und deren Auswirkungen auf abgesicherte Wertpapiere nicht berücksichtigt zu haben, obwohl es verfügbar war. Es ist damit zu rechnen, dass vernachlässigtes Erfahrungswissen im Zeitpunkt der Entscheidung im späteren Verlauf eines Gerichtsverfahrens von Gegenanwälten recherchiert und zum Vorwurf gemacht wird. Zum Beispiel kann vor Gericht darüber gestritten werden, ob für Atomkraftwerke Berstschutz erforderlich ist,[25] ob nur trockener oder auch nasser Kohlenstaub explodieren kann[26] oder ob ein Pflanzschutzmittel Krebs erzeugt oder nicht.

Zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung gehört es, die einschlägige Rechtsprechung zu berücksichtigen und alle Entscheidungen zu recherchieren, die einschlägig für den konkreten Unternehmenssachverhalt sind und für spätere gerichtliche Auseinandersetzungen über die gleiche Frage vom Gericht zur Entscheidung herangezogen werden.

Schon die Entscheidung, welche Risiken durch Rechtspflichten abzuwehren sind, welche von mehreren denkbaren konkurrierenden Schadensprognosen gelten soll, erfordert die unverzichtbare Beratung durch Rechtsanwälte und kann keinesfalls nichtanwaltlichen Dienstleistern überlassen werden. Vor allem kann auf Rechtsanwälte nicht verzichtet werden, wenn darüber zu beraten ist, welche Risiken welche Rechtspflichten auslösen. Die konkreten Risikosachverhalte eines Unternehmens sind unter Rechtsvorschriften zu subsumieren, wozu nur Rechtsanwälte, Richter, Staatsanwälte und Verwaltungsjuristen durch eine gemeinsame Ausbildung befähigt sind.

Nach der Entscheidung, welche Risiken in einem Unternehmen im konkreten Einzelfall abzuwenden sind, müssen die einschlägigen Rechtspflichten aus den Rechtsnormen ermittelt werden, die zu Risikoabwehr gelten. Konkrete Einzelfälle in Unternehmen müssen unter gesetzliche Vorschriften subsumiert werden. Auch diese Beratungstätigkeit kann nur von zugelassenen Rechtsanwälten erwartet werden. Nichtjuristische Dienstleister können nicht darüber beraten, wie Richter, Staatsanwälte und Amtsjuristen einen Einzelfall entscheiden würden, weil sie deren Entscheidungsfindung nicht vorhersehen und einschätzen können. Gerade darauf kommt es aber bei der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung an, wenn sie auch nur annähernd rechtssicher und verlässlich sein soll.

Der Gesetzgeber erlässt Gesetze grundsätzlich in abstrakter Form für eine Vielzahl von Einzelfällen und generell für eine Vielzahl von Normadressaten. Die Verfassung verbietet dem Gesetzgeber nach Art. 19 Abs. 1 GG die Regelung von Einzelfällen in Gesetzesform. Der Gesetzgeber ist daher von Verfassungs wegen gezwungen, Rechtsbegriffe in abstrakter Form zu verwenden. Aus diesem Verbot der Einzelfallgesetzgebung ergibt sich das Hauptproblem bei der Rechtsanwendung. Zu Recht muss diese hochkomplexe Beratung Rechtsanwälten vorbehalten werden. Welches Gesetz und welche Rechtspflicht zur Abwendung eines speziellen Risikos anzuwenden ist, muss nach dem jeweiligen Schutzzweck einer Norm entschieden werden. Aus der Risikoanalyse ergibt sich, für welche Rechtsgüter ein Unternehmenssachverhalt, wie etwa ein Stoff, ein Verfahren oder eine Anlage eine Gefahr darstellt. Der Schutzzweck eines Gesetzes ist entweder ausdrücklich geregelt, wie zum Beispiel in § 1 RDG für das Rechtsdienstleistungsgesetz oder durch Auslegung zu ermitteln. Die teleologische Auslegung gehört zum Ausbildungsstoff von Juristen und kann von nichtanwaltlichen Dienstleistern nicht erwartet werden. Aus dem Schutzzweck ergibt sich, welche Rechtsgüter geschützt werden. Zum Beispiel soll durch das Arbeitsschutzrecht die Belegschaft von Unternehmen vor Berufsunfällen und Berufskrankheiten, die Qualität der Luft durch das Bundesimmissionsschutzgesetz, die Qualität der Gewässer durch Abwasservorschriften, der freie Wettbewerb durch das Kartellrecht geschützt werden. Zu ermitteln ist die Rechtsnorm und die sich daraus ergebende Pflicht, die das jeweilige ermittelte Risiko abwenden soll. Bei der Subsumtion eines konkreten Einzelfalles unter eine abstrakte Rechtspflicht ist die einschlägige Rechtsprechung zu berücksichtigen.

Durch das verfassungsrechtliche Verbot der Einzelfallgesetzgebung ist der Gesetzgeber gezwungen, nicht Einzelfälle, sondern abstrakt beschriebene Fallgruppen zu regeln und mit Rechtspflichten zu ver-

22 *Rack*, Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko, CB 2014, 190.

23 *Rack*, Der Verfügbarkeitsfehler (Availability-Bias) als Organisationsrisiko, CB 2014, 236.

24 BGH, Urt. v. 13.12.2011 – XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 – IKB-Urteil.

25 BVerwGE 72, 300 – Wyhl-Urteil.

26 Mehr zu diesem Organisationsrisiko mit Beispielen aus der Rechtsprechung, insbesondere zum Holzschutzmittelverfahren des BGH zur Entscheidung im Störfall in Borken mit 51 Toten nach einer Kohlenstaubexplosion findet sich im Aufsatz: *Rack*, Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko, CB 2014, 190.

knüpfen. Geregelt werden Falltypen und nicht Einzelfälle. Zum Beispiel ist der Begriff einer Imission nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz selbst wieder kein Fall einer Imission. Unter dem Begriff einer Imission wird eine Vielzahl von Einzelfällen gesammelt. Der Begriff der Anlage im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes ist selbst keine Anlage. Die unterschiedlichsten Einzelfälle von Anlagen wie zum Beispiel das Glockengeläut, der Kühlturm, die Kläranlage oder ein Wertstoffcontainer werden unter den Anlagenbegriff subsumiert. Der Begriff der Arbeitsstätte ist wiederum selbst keine Arbeitsstätte und umfasst zum Beispiel Baustellen, Arztpraxen oder Toilettenräume. Aus einem abstrakten Begriff kann nicht abgeleitet werden, ob ein Einzelfall sich aus ihm etwa durch logisches Schließen ergibt. Die Zuordnung eines Einzelfalls im Rahmen der Subsumtion unter einem abstrakten Begriff stellt immer eine Entscheidung eines Rechtsanwenders dar, der mit dieser Entscheidung ein Risiko durch eine Rechtspflicht abwendet. Die Abschalteinrichtung ist für Kraftfahrzeuge in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) 715/2007 geregelt.[27] Sie wurde übersehen und hat mit der Dieselaffäre einen der größten Schäden in der Industrie ausgelöst.

Zu klären ist, ob das jeweilige Risiko schon einmal höchstrichterlich entschieden wurde. Durch Folgeerwägungen ist zu ermitteln, ob eine Rechtspflicht geeignet ist, das festgestellte Risiko abzuwenden. Ergeben die Recherchen, dass ein Unternehmenssachverhalt, der für ein geschütztes Rechtsgut ein Risiko darstellt und es zur Risikoabwendung weder eine Entscheidung des Gesetzgebers noch eine gerichtliche Entscheidung gibt, ist eine Verkehrssicherungspflicht von demjenigen zu formulieren und einzuhalten, der die Risikoquelle beherrscht und von ihr profitiert.[28] Wer beispielsweise Eisenoxid in einem Kupolofen produziert, muss dafür sorgen, dass kein Eisenoxid durch funktionsunfähige Ventile austreten kann, weil es den Autolack verätzt und dieses Risiko dem Produzenten des Stoffes bekannt sein muss. Das Risiko des ätzenden Eisenoxids muss durch entsprechende Ventile abgewendet werden, selbst wenn weder der Gesetzgeber diese Risikoabwehr gegen Eisenoxid geregelt noch ein Gericht darüber entschieden hat. Sowohl die Ermittlung von Risiken als auch ein Regelungsbedarf durch Verkehrssicherungspflichten zu ihrer Abwehr erfordert rechtsanwaltliche Beratungsqualitäten, die von nichtanwaltlichen Dienstleistern nicht zu erwarten sind.

Die Beratung über erforderliche Verkehrssicherungspflichten zur Abwehr nicht geregelter Risiken stellt die höchste Herausforderung an außergerichtliche Rechtsdienstleistungen dar. Anwälte müssen in der Lage sein, vorherzusagen, wie Gerichte im Nachhinein in Kenntnis eines Schadensverlaufes Verkehrssicherungspflichten formulieren und dem Verkehrssicherungspflichtigen vorwerfen, er habe den eingetretenen Schaden vorhersehen und abwenden müssen, auch ohne dass eine gesetzliche Regelung oder eine gerichtliche Entscheidung existiert.

Die Complianceberatung wird dadurch erschwert, dass Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet werden, ihr Unternehmen so zu organisieren, dass es nicht zu Schäden durch Organisationsfehler kommen kann. Sechs Organisationspflichten sollen Organisationsfehler mit Schadensfolgen durch Organisationsverschulden vermeiden, die Rechtspflichten eines Unternehmens sind deshalb zu ermitteln, zu delegieren, zu aktualisieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Organisationpflichten sind Verkehrssicherungspflichten die spezielle Organisationsrisiken abwenden, noch bevor es zu einem Schaden aus Organisationsverschulden kommen konnte. Schon die Größe eines Unternehmens stellt ein Risiko dar.[29] Aus einer Vielzahl von höchstrichterlichen Entscheidungen können sich Schadensersatzansprüche aufgrund von verletzten Organisationspflichten ergeben, die gesetzlich vorher nicht geregelt waren.[30] Matusche-Beckmann beschreibt die richterliche Rechtsprechung zum Organisationsverschulden zutreffend damit, „dass für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden lassen, die den jeweiligen Schaden verhindert hätte.“[31] Weil in der Rückschau (Hindsight Bias) im Nachhinein „alle schlauer sind“, können Gegenanwälte und Richter den Schadensersatz begründen, man hätte an den Schadensverlauf und an das Risiko denken müssen.

Die dargestellten Rechtsanwendungsprobleme bei außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen ohne konkreten Rechtsverstoß und Schadenseintritt zeigen, dass Legal Tech Lösungen die Beratung durch Rechtsanwälte nicht ersetzen können. Legal Tech Instrumente können allenfalls beim Recherchieren in großen Datenbankinhalten, beim Verlinken von Rechtspflichten mit Sachverhalten mit Pflichtenträgern und Unternehmensabteilungen helfen, die Rechtsanwendung zu erleichtern. Auch bei der Aktualisierung helfen Softwarelösungen. Alle gespeicherten Rechtsprüfungen lassen sich leicht und komfortabel abfragen, reproduzieren und mehrfach verwenden. Wer einen gespeicherten Lösungsvorrat in einer Datenbank pflegt, erspart die wiederholte Rechtsprüfung von sich wiederholenden Sachverhalten in Unternehmen. Nicht zu erwarten sind allerdings eigenständige Entscheidungen, die auf Knopfdruck wie aus einem Subsumtionsautomaten geliefert werden, insbesondere nicht, wenn die Entscheidung nach einer rechtlichen Prüfung getroffen und gespeichert wurde.

V. Die „Erforderlichkeit“ rechtlicher Prüfungen des Einzelfalls

Die rechtliche Prüfung eines Einzelfalls muss nach § 2 Abs. 1 RDG „erforderlich“ sein, damit eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleis-

27 Art. 5 Verordnung (EU) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Immission von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und 6).

28 BGHZ 92, 143 ff. – Kupolofen-Entscheidung.

29 BGH v. 13.5.1955, BGHZ 17, Seite 214 – Bleiwagon-Urteil.

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

31 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001 Seite 71, 53, 206.

tung angenommen werden kann. Der Gesetzgeber hat bei der Frage, ob eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erforderlich ist zwar die „Verkehrsanschauung“ oder die „erkennbare Erwartung des Rechtssuchenden“ in der endgültigen Fassung des Gesetzentwurfs zum Rechtsdienstleistungsgesetz gestrichen, jedoch nur deshalb, weil nach Auskunft des Rechtsausschusses beide Merkmale in dem „Erfordern“ einer Rechtsprüfung enthalten und dementsprechend bei dessen Auslegung zu berücksichtigen sind.[32]

Nach der objektiven Komponente der Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung des Einzelfalls gilt die Verkehrsanschauung als Prüfungsmaßstab und zusätzlich der in § 1 Abs. 1 Satz 2 RDG definierte Gesetzeszweck der den dreifachen Schutz der Rechtssuchenden, des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen umfasst.[33] Die Gemeinwohlbelange der Rechtsordnung und des Rechtsverkehrs rechtfertigen den Schutz vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen insbesondere in den Fällen, in denen derjenige der Rechtsrat sucht, selbst die Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung verkennt oder nicht erkennen will und entgegen der Verkehrsanschauung irrtümlicherweise glaubt, auf die rechtliche Prüfung verzichten zu können.[34]

Umgekehrt kann subjektiv die rechtliche Prüfung eines Einzelfalls auch dann als „erforderlich“ eingeschätzt werden, wenn nach der Verkehrsanschauung objektiv auf die rechtliche Prüfung verzichtet werden könnte, der Rechtsratsuchende aber etwa aus Sicherheitsgründen oder aus juristischer Unkenntnis vom Dienstleister eine rechtliche Prüfung erwartet und verlangt. Glaubt jemand auf eine qualifizierte Rechtsdienstleistung verzichten und einen rechtlich unqualifizierten Dienstleister einsetzen zu können, so greift das Verbot nach § 3 RDG ein, wonach die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfange zulässig ist, in dem sie auf Grund eines Gesetzes erlaubt wird, also im Ergebnis nach § 3 BRAO nur durch Rechtsanwälte. Auch wenn jemand eine rechtliche Prüfung nicht für erforderlich hält, soll und darf er nach § 3 RDG in Verbindung mit § 3 BRAO keinen Dienstleister finden, der ihm wunschgemäß seine laienhafte Ansicht bestätigt, ohne als Rechtsanwalt dazu qualifiziert zu sein.[35] Der trotz des Verbots bereite Dienstleister verstößt gegen das Verbot des RDG, nimmt die Nichtigkeit seines Beratungsvertrags in Kauf und trägt das Risiko, ohne durchsetzbaren Anspruch auf Gegenleistung außergerichtliche Rechtsdienstleistung anzubieten. Außerdem setzt er sich wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen von Rechtsanwälten als Mitbewerbern nach § 3 UWG aus, die auch von den klagebefugten Rechtsanwaltskammern verfolgt werden können.[36]

§ 2 RDG enthält keinen Verbotstatbestand, sondern nur eine Begriffsdefinition zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Gesetzes.[37] „Jede Tätigkeit“ ist als Einzelaktivität zu verstehen, die im Rahmen einer Gesamttätigkeit zu erbringen ist. Die Regelung des § 2 RDG hat damit die Aufgabe, für jede Einzeltätigkeit die Grenze zu finden, ab der diese als Rechtsdienstleistung anzusehen ist.[38] Wenn eine konkrete Tätigkeit auch Rechtsdienstleistungen umfasst, ist schon der Anwendungsbereich des Verbotsgesetzes eröffnet, mit der Folge, dass sich die Zulässigkeit der Tätigkeit nach den §§ 3 ff. RDG richtet, also grundsätzlich verboten ist und nur gesetzlich im RDG oder in der BRAO erlaubt sein muss.[39] Der Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes wird dadurch ausgedehnt, insbesondere auf Tätigkeiten, in deren Zusammenhang Rechtsdienstleistungen erbracht werden.[40] Als Beispiele sind die Treuhandtätigkeit im Bauherrenmodell[41] und die Testamentsvollstrecker[42] zu nennen. Auch Nebenleistungen werden durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs erfasst, die unter anderem auch die Prüfung rechtlicher Fragen umfassen. Zum Beispiel kann auch die angebotene Software unter den Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes fallen, wenn sie zur Lösung rechtlicher Fragen angeboten und eingesetzt wird.[43]

VI. Das verbotene Modell: Rechtsanwälte als „Erfüllungsgehilfen“ von Nichtanwälten

Rechtsdienstleistungen sind im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit nur erlaubt, wenn sie nach § 5 Abs. 2 RDG erstens zusammen mit der Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers, zweitens einer Haus- und Wohnungsverwaltung oder drittens einer Fördermittelberatung erbracht werden. Sie müssen als Nebenleistung zum typischen Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Der Gesetzentwurf sah in § 5 Abs. 3 RDGE die Erlaubnis für jedermann vor, Rechtsdienstleistungen zu erbringen, wenn ein nichtanwaltlicher Dienstleister sich eines qualifizierten Rechtsanwalts bedient. Der Rechtsanwalt sollte als Subunternehmer für den nichtanwaltlichen Dienstleister tätig werden dürfen. Im Verhältnis zum Kunden des Dienstleisters sollte der Rechtsanwalt an seine besonderen Berufspflichten wie Unabhängigkeit, Verschwiegenheit und unbedingte Interessenvertretung gebunden bleiben. Ein direkter Kontakt zwischen Rechtsanwalt und dem Kunden des Dienstleisters sollte nicht erforderlich sein. Dieses sogenannte „Erfüllungsgehilfenmodell“ war in allen Gesetzentwürfen als § 5 Abs. 3 RDG enthalten. Kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens wurde das Erfüllungsgehilfenmodell aufgrund der Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages zurückgezogen.[44] In den Entwürfen wurde unter dem Stichwort der Ermöglichung neuer Formen der Zusammenarbeit mit Anwälten das Erfüllungsgehilfenmodell damit begründet, dass nichtanwaltlichen Dienstleistern das Angebot von Rechtsdienstleistungen durch die Zusammenarbeit mit Anwälten

32 *Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, Einleitung, Rn. 44; *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 9, *Römermann*, in: Grunewald/Römermann, RDG-Kommentar, 2008, § 2 RDG, Rn. 84.

33 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 2 RDG, Rn. 46 f.

34 *Rack*, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – Eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, CB 2017, 216. *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 36.

35 *Seichter*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 3 RDG, Rn. 13; *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 27; a. A. *Kleine-Cosack*, § 2 RDG, Rn. 53, 57 der den ausdrücklichen Gesetzeszweck und seine Folgen verkennt.

36 *Seichter*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 3 RDG, Rn. 59 ff.

37 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 10., *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 2 RDG, Rn. 1 ff.

38 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 12.

39 Begr. Regierungsentwurf BT-Drs. 16/3655, Seite 37 und 47.

40 Begr. Regierungsentwurf BT-Drs. 16/3655, Seite 37.

41 BGH v. 29.10.2003 – IV ZR 122/02, NJW 2004, 41.

42 BGH v. 11.11.2004 – I ZR 213/01, NJW 2005, 969.

43 *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 45; *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 14 und 44.

44 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 82–84; *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 5 RDG, Rn. 12; *Deckenbrock/Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 5 RDG, Rn. 19 ff;

ermöglicht werden soll.[45] Der Anwalt als Subunternehmer eines nichtanwaltlichen Dienstleisters sollte zwar an seine berufsrechtlichen Pflichten gebunden, nicht aber der nichtanwaltliche Dienstleister, der als Vertragspartner desjenigen auftritt, der rechtlich beraten wird. Daraus ergibt sich das Risiko, dass der Rechtsanwalt als Erfüllungsgehilfe eines Nichtanwalts „zum Diener zweier Herren“ wird und dass es zum Streit kommen kann, wie die Rechtsdienstleistung zu erbringen ist. Der nichtanwaltliche Vertragspartner des Mandanten, kann Art, Umfang, Qualität und Tragweite einer Rechtsberatung nicht einschätzen und nicht nachvollziehen. Er kann gerade nicht beurteilen, wie Richter, Gegenanwälte, Staatsanwälte und Behördenvertreter eine Rechtsfrage behandeln werden, insbesondere ist er auch nicht in der Lage, die Haftungsfolgen der jeweiligen Rechtsberatung abzuschätzen. Es gibt keinen plausiblen Grund, zwischen einem rechtsratsuchenden Mandanten einen nichtanwaltlichen Dienstleister zwischenzuschalten, der weder die gestellte Rechtsfrage, noch deren Beantwortung durch den Rechtsanwalt beurteilen kann. Im Ergebnis müsste der als Subunternehmer eingeschaltete oder angestellte Rechtsanwalt nicht nur den Mandanten, sondern zusätzlich auch noch den nichtanwaltlichen Dienstleister von seiner rechtlichen Beratung überzeugen. Aufwand und Kosten würden ohne plausiblen Grund verdoppelt. Außerdem bestünde das Risiko, dass der nichtanwaltliche Dienstleister auf das Beratungsergebnis einen fachlich unbegründeten Einfluss nimmt und den von ihm eingeschalteten Anwalt und seinen anwaltlichen Erfüllungsgehilfen fachlich ohne rechtliche Gründe zu dominieren versucht. Die unverzichtbare fachliche Unabhängigkeit und eigenverantwortlich auszuübende Tätigkeit des Rechtsanwalts nach § 46 Abs. 3 BRAO wäre gefährdet. Der nichtanwaltliche Arbeitgeber könnte seinen angestellten Rechtsanwalt davon abbringen, bei seiner Rechtsberatung den „sichersten Weg“ zu wählen, dem zwar Anwälte, aber Nichtanwälte gerade nicht verpflichtet sind. Der Rechtsausschuss hat aus diesen Gründen zu Recht empfohlen, „das Erfüllungsgehilfenmodell“ nach dem Entwurf des § 5 Abs. 3 RDGE im Gesetz nicht zu realisieren. Die gemeinsame Auftragsannahme und Auftragserledigung mit nichtanwaltlichen Dienstleistern bleiben unzulässig.[46]

Damit ist die Anstellung von Rechtsanwälten abschließend geregelt:

1. Können sie nach § 46 Abs. 1 BRAO nur von Rechtsanwälten angestellt werden.[47]
2. Können sie nach § 46 Abs. 2 BRAO als Syndikusrechtsanwälte angestellt sein, und zwar mit der Einschränkung, ausschließlich für das eigene Unternehmen rechtlich beratend tätig zu werden.
3. Sind Rechtsdienstleistungen nach § 5 Abs. 2 RDG als Nebenleistungen von Testamentsvollstreckern, Haus- und Wohnungsverwaltern und Fördermittelberatern erlaubt.
4. Ist die Anstellung eines Rechtsanwalts durch Nichtanwälte nach dem „Erfüllungsgehilfenmodell“ nach § 5 Abs. 3 RDGE verboten und ersatzlos aufgegeben.

Complianceberatung kann nie als erlaubnisfreie Nebenleistung einer Hauptleistung nach § 5 Abs. 1 RDG erbracht werden. Es fehlt schon an einer denkbaren Haupttätigkeit. Complianceberatung ist reine Rechtsdienstleistung, weil es ausschließlich um die Erfüllung der Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern geht.[48] Rechtsanwälte müssen zur Organisationspflicht von Vorständen und Geschäftsführern beraten, ein Compliance-Management-System einzusetzen, um Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden zu vermeiden und auf die einschlägige Rechtsprechung hinweisen.[49]

Das Verbot für Nichtanwälte, außergerichtliche Rechtsdienstleistung zu erbringen, kann nach § 3 RDG auch nicht durch die Einschaltung eines Anwalts als Erfüllungsgehilfen geheilt werden.[50]

In der Complianceberatungspraxis sind Dienstleister zu beobachten, die Legal-Tech-Lösungen anbieten und dabei verkennen, dass es sich um außergerichtliche Rechtsdienstleistungen handelt, die ausschließlich Rechtsanwälten vorbehalten und erlaubt sind. Indem sie diese Verbotsregelung übersehen, disqualifizieren sie sich als Rechtsberater durch die Verletzung des Rechtsdienstleistungsgesetzes.

VII. Der nichtige Beratungsvertrag über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten als Rechtsrisiko des Geschäftsführers

Trotz der klaren Entscheidung des Gesetzgebers gegen das Erfüllungsgehilfenmodell und die ersatzlose Aufgabe des § 5Abs. 3 im Gesetzentwurf und trotz der unumstrittenen aktuellen Rechtslage und obwohl unbestritten nach ganz herrschender Meinung Beraterverträge über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten und unter Einschaltung von Rechtsanwälten als deren Erfüllungsgehilfe nichtig sind, wird gleichwohl in der Praxis der Complianceberatung nach dem Erfüllungsgehilfenmodell beraten. Verkannt werden offensichtlich die gravierenden Konsequenzen von den verantwortlichen Geschäftsführern und Vorständen und das eindeutige Verbot nach § 3 RDG und die Erlaubnis nach § 3 BRAO zur Rechtsberatung ausschließlich für Rechtsanwälte. Der Beratervertrag über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten verstößt gegen das gesetzliche Verbot nach § 3 RDG, ohne dass eine Erlaubnis nach § 3 BRAO dem nichtanwaltlichen Dienstleister erteilt werden kann. Der Beratervertrag ist gemäß § 134 BGB nichtig.[51] Das Rechtsdienstleistungsgesetz ist als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt gestaltet und soll die „Verbraucher schützende Rückabwicklung von Verträgen“ gemäß § 134 BGB sicherstellen.[52] Für die Annahme eines Gesetzesverstoßes genügt es, wenn das Verbotsgesetz objektiv erfüllt ist. Das Rechtsdienstleistungsgesetz schützt nicht nur den Beratenen, sondern auch die

45 BT-Drs. 16/3655, Seite 39.

46 BT-Drs. 16/6634, Seite 52.

47 Dazu ausführlich: *Winter*, Juristische Beratung und Tätigkeitsverhältnisse anwaltlicher Mitarbeiter und nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter zwischen Zivilrecht und anwaltlichem Berufsrecht, Dissertation 2010, Seite 115 ff.

48 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 5 RDG, Rn. 14, 15.

49 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16, Seite 46 – Panzerhaubitzen; Becker, Börsenzeitung Nr. 103 vom 2.6.2018, Sonderbeilage; LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage, § 91 Anm. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Auflage, 2012, Seite 16.

50 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 82; *Hirtz*, in: Grunewald/Römermann, RDG-Kommentar, 2008, § 5 RDG, Rn. 67.

51 BegRegE, BT-Drs. 16/3655, Seite 51; BGH v. 30.10.2012 – XI ZR 324/11, NJW 2013, 59 Rn. 34; BGH v. 11.12.2013 – IV ZR 46/13, NJW 2014, 847 Rn. 31; *Römermann*, in: Grunewald/Römermann, RDG-Kommentar, 2008, § 3 RDG, Rn. 5.

52 BegRegE, BT-Drs. 16/3655, Seite 31; *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 3 RDG, Rn. 16 f.

Rechtsordnung und den Rechtsverkehr und dient nicht nur dem Schutz des Rechtssuchenden, auf dessen Schutzbedürftigkeit es nicht ankommt.[53] Nichtige gegenseitige Verträge begründen weder Ansprüche auf Leistung, noch auf Gegenleistung. Dies gilt vor allem dann, wenn die Rechtslage klar ist und an dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 3 RDG kein Zweifel besteht.

Wenn der Gesetzgeber aus dem Gesetzentwurf das Erfüllungsgehilfenmodell nach dem gestrichenen § 5 Abs. 3 RDG aufgibt, ist der Wille des Gesetzgebers deutlich zum Ausdruck gekommen und kann schon deshalb nicht in der Praxis gegen den gesetzgeberischen Willen von nichtanwaltlichen Dienstleistern praktiziert werden. Werden Leistungen und Gegenleistungen auf einem nichtigen Beratungsvertrag erbracht, ist eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung allenfalls in engen Grenzen möglich.

Das Risiko für den beratenen Leistungsempfänger besteht darin, dass der nichtanwaltliche Berater Wertersatz nach § 812 und zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet, insbesondere dann, wenn der Beratene zur Herausgabe außer Stande ist. Dies dürfte bei der Complianceberatung der Fall sein. Der beratende Nichtanwalt soll sich allerdings auf einem Umweg entgegen § 134 BGB nicht noch eine Vergütung verschaffen, etwa in Form eines Wertersatzes. Verhindert werden soll nur, dass der Beratene daraus einen ungerechtfertigten Vorteil zieht. Nach § 817 Satz 2 BGB besteht allerdings kein Bereicherungsanspruch auf Wertersatz, wenn sich der Berater bewusst war, dass er gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat oder sich der Einsicht der Gesetzwidrigkeit leichtfertig verschlossen hat.[54]

VIII. Die Vermeidung des Rechtsrisikos eines nichtigen Beratungsvertrages über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten

Trotz der eindeutigen Regelung in § 46 BRAO für angestellte Rechtsanwälte, als Syndikusanwälte oder Angestellten von anderen Rechtsanwälten wird das Erfüllungsgehilfenmodell in der Complianceberatung praktiziert. Nichtanwaltliche Beratungsgesellschaften verweisen auf angestellte Anwälte oder auf freie Mitarbeiter oder verstetigte Zusammenarbeit mit Anwälten. Verkannt und verschwiegen wird bei diesen Angeboten, dass Beraterverträge von Nichtanwälten über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen wegen des gesetzlichen Verbots nach § 3 RDG i. V. m. mit § 134 BGB nichtig sind, weil nichtanwaltlichen Dienstleistern die Befugnis nach § 3 BRAO fehlt. Daraus ergeben sich für beide Parteien, sowohl für den beratenen Auftraggeber als auch den beratenden Dienstleister gravierende Rechtsrisiken, wenn erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistungen an Nichtanwälte in Auftrag gegeben und erbracht werden.

Lässt sich ein Geschäftsführer von einem Nichtanwalt rechtlich beraten und kommt es zu einem Schaden für seine Gesellschaft durch Falschberatung, fehlt bei der Durchsetzung des Ersatzanspruchs die Sicherheit einer Berufshaftpflichtversicherung, zu der Rechtsanwälte verpflichtet sind. Ohne Berufshaftpflichtversicherung werden Volljuristen als Anwälte schon nicht zugelassen. Mit der Berufshaftpflichtversicherung gewinnt der Leistungsempfänger einer außergerichtlichen Rechtsdienstleistung einen weiteren Schuldner neben seinem Berater hinzu. Lässt sich schließlich ein Geschäftsführer von einer nichtanwaltlichen Beratungsgesellschaft beraten, deren Haftung auf ihr Eigenkapital beschränkt ist, schmälert der Geschäftsführer durch sein Auswahlverschulden ohne Grund die Regressmöglichkeiten seiner Gesellschaft.

Der Vorwurf des Auswahlverschuldens lässt sich damit begründen, dass der Geschäftsführer ohne Grund auf den Schutz des § 3 RDG vor unqualifizierten außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen verzichtet und nicht die Befugnis seines Rechtsdienstleisters nach § 3 BRAO vor der Auftragserteilung geprüft hat. Nach der unmissverständlichen BGH-Rechtsprechung im ISION-Urteil sind Geschäftsführer verpflichtet, Rechtsrat von „unabhängigen“ und „fachlich qualifizierten“ Berufsträgern einzuholen und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.[55]

Kommt es zum Schaden durch Falschberatung von unqualifizierten Nichtanwälten, lässt sich leicht die Vermutung begründen und kaum widerlegen, dass der Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz die Ursache des Schadens ist. Der Geschäftsführer setzt sich dem Rückschaufehler (Hindsight-bias) derjenigen aus, die sein Auswahlverschulden beim Einschalten von Nichtanwälten für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zu beurteilen haben. Im Nachhinein und in Kenntnis des Schadensverlaufs durch nichtanwaltliche unqualifizierte und unbefugte Rechtsberater lässt sich für das Auswahlverschulden der Entlastungsbeweis, auch einem Rechtsanwalt wäre der gleiche Beratungsfehler unterlaufen, kaum führen, weil Anwälte in aller Regel rechtlich den „sichersten Weg“ bei der Beratung wählen müssen.

Von Geschäftsführern ohne eigene Rechtskenntnisse wird nach der Rechtsprechung des BGH im ISION-Urteil verlangt, zur Vermeidung eines unverschuldeten Rechtsirrtums, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit „erforderlich“ Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten. Dabei trifft grundsätzlich den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.[56]

Die strengen Maßstäbe der Rechtsprechung an Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse sind verständlich, weil ein Geschäftsführer auf Grund seiner fehlenden eigenen Rechtskenntnisse sich jeder rechtlichen Beurteilung einer Situation enthalten sollte, insbesondere ist er aufgrund seiner eigenen rechtlichen Inkompetenz auf unabhängige und qualifizierte Berater dringend angewiesen, die seinen Rechtsberatungsbedarf erkennen können. Gerade weil er sich als juristischer Laie kein eigenes rechtliches Urteil erlauben darf, muss er sich bei der Auswahl seiner Berater an der Formalqualifikation seines Beraters als Rechtsanwalt orientieren können.[57]

Das Rechtsrisiko für weisungsbefugte Geschäftsführer und Vorstände ohne eigene Rechtskenntnisse besteht darin, dass sie als juristische Laien nicht beurteilen können, ob eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung zu beauftragen ist und deshalb ein Rechtsanwalt eingeschaltet werden muss. Der Begriff der Rechtsdienstleistung wird in § 2 Abs. 1 RDG definiert, wonach sie dann anzunehmen ist, wenn die Dienstleistung „eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.“ Auch Juristen können meist erst nach einer rechtlichen Prüfung mit Gewissheit erklären, dass ein Sachverhalt rechtliche Folgen auslöst.

---

53 *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1, Rn. 2; *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 67.

54 Palandt, § 817 BGB, Rn. 17; *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 68.

55 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, Rn. 18 – Ision-Urteil; *Holle*, Binnenhaftung des Vorstandes bei unklarer Rechtslage, AG, 8/2016 Seite 278.

56 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 – Ision-Urteil, AG 2011 876 = NZG 2011, 1271, 16.

57 *Neumann*, in: NK-StGB § 17 StGB, Rn. 75, 76.

Erst recht vermag ein juristischer Laie nicht zu beurteilen, ob eine detaillierte juristische rechtliche Prüfung erforderlich ist oder nicht.[58]

Zum Schutze der juristischen Laien mit Rechtsberatungsbedarf hat sich der Gesetzgeber für das sogenannte „Verbotsmodel“ nach § 3 RDG i. V. m. § 3 BRAO zur Förderung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, das Vertrauen der Verbraucher in ein hohes Qualifikationsniveau der Rechtsanwaltschaft entschieden, wodurch qualifizierte Rechtsberatung garantiert und unqualifizierter Rechtsrat von der Bevölkerung und der Rechtsordnung fern gehalten wird.[59] Abgelehnt hat der Gesetzgeber das ebenfalls diskutierte „Informationsmodell“, wonach dem mündigen Verbraucher die eigene Meinungsbildung und die Wahlfreiheit überlassen wird und dem Verbraucher vom Berater die benötigten Informationen beschafft werden müssen, um entscheiden zu können, ob er Rechtsrat von einem Anwalt oder von einem Nichtanwalt einholt mit der Konsequenz, dass ein Anbieter von Rechtsrat, der kein Rechtsanwalt ist, auf die Nachteile hinzuweisen hat, die eine Beratung durch ihn im Vergleich zu einer Beratung durch einen Rechtsanwalt mit sich bringe. Volljuristen sollten verpflichtet sein, über das Fehlen einer Berufshaftpflichtversicherung zu informieren.[60]

Im Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens hat sich der Gesetzgeber für das präventive Verbotsmodell und gegen das Informationsmodell entschieden, wonach Rechtsberatung nach § 3 RDG grundsätzlich verboten und nach § 3 BRAO nur Rechtsanwälten erlaubt ist. Wer gegen dieses Verbot verstößt, verkennt, dass Rechtsberatung nicht grundsätzlich für Nichtanwälte erlaubt ist.

Es bleibt das Rechtsrisiko für den Geschäftsführer als juristischen Laien, die erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung zu verkennen, mit der Konsequenz, dass ein Rechtsanwalt einzuschalten ist und die Dienstleistung von einem Nichtanwalt verboten ist. Der juristische Laie müsste beurteilen können, ob eine Angelegenheit, „eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.“

Wenn der Gesetzgeber nach § 2 Abs. 1 RDG als auch der BGH in seiner Ision-Entscheidung von Geschäftsführern erwartet, auch ohne Rechtskenntnisse selbst beurteilen zu können, ob eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erforderlich ist, andererseits gerade im Strafrecht zum Verbotsirrtum eingeräumt wird, dass der juristische Laie in aller Regel nicht beurteilen kann, ob eine detaillierte Prüfung erforderlich ist, bleibt nur eine Empfehlung für den „sichersten Weg“, alle Sachverhalte danach zu prüfen, ob sie gesetzlich geregelt sind, gerichtlich schon einmal entschieden wurden und grundsätzlich Rechtsanwälte oder unternehmensinterne Syndikusanwälte einzuschalten sind. Kein Sachverhalt lässt erkennen, ob er rechtlich von Bedeutung ist, ob er Rechtsfolgen auslöst und ob er in einem Gesetz, einer Verordnung oder in einer der Tausenden untergesetzlichen Regelwerke geregelt ist. Wer vor Überraschungen sicher sein will, muss alle einzelnen Sachverhalte, Stoffe, Verfahren, Anlagen, Tätigkeiten auf ihre rechtlichen Konsequenzen prüfen.

Zumutbar ist diese Empfehlung erst seit dem Legal-Tech rechtliche Prüfungen ohne den herkömmlichen Aufwand möglich machen. In Datenbanken mit großem Inhalt können mit dem Verfahren der Sammelrecherche große Textmengen digital durchsucht werden. Erforderlich ist der Einsatz von moderner Suchtechnik und vor allem von der inhaltlichen Pflege großer Datenbanken. Kommt es trotz aller Bemühungen zu einem Rechtsverstoß, können durch automatisch hergestellte Protokolle die digitalen Recherchen nach konkreten Einzelsachverhalten bewiesen werden. Präventiv kann im Rahmen eines Compliance-Management-Systems der Beweis gesichert werden, alle Sachverhalte eines Unternehmens rechtlich geprüft, die ermittelten Rechtspflichten an Mitarbeiter delegiert und auf ihre Erfüllung hin kontrolliert zu haben. Der Vorwurf des Organisationsverschuldens kann auf diese Weise widerlegt und der Beweis des unvermeidbaren Verbotsirrtums nach § 17 StGB kann geführt werden. Insbesondere lässt sich beweisen, dass die Legalitätspflicht im Unternehmen von den verantwortlichen Geschäftsführern und Vorständen erfüllt wurden.

IX. Schadensersatzansprüche des beratenen Unternehmens wegen mangelnder Aufklärung bei Vertragsschluss

Gerade weil rechtliche Laien nicht beurteilen können, sind sie als Geschäftsführer darauf angewiesen, dass ihr Dienstleister sie über die Befugnis darüber aufklärt, ob die Beratung eine rechtliche Prüfung im Einzelfall erforderlich macht und ob er dazu befugt ist, und ob der angebotene Beratervertrag wirksam ist. Beruht die Unwirksamkeit auf einem Unwirksamkeitshindernis, das aus der Sphäre einer Partei kommt, kann diese wegen der Verursachung der Unwirksamkeit oder wegen mangelnder Aufklärung über das Wirksamkeitshindernis aus culpa in contrahendo schadensersatzpflichtig sein.[61] Dies hat der BGH für eine verkannte Rechtsberatung in seinem Urteil vom 28.7. 2005[62] entschieden. Obwohl ein Vertrag über eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung unwirksam ist, entsteht ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB schon durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Allein aufgrund des rechtsgeschäftlichen Kontakts der Parteien entstehen Aufklärungs- und Hinweispflichten, selbst wenn der Vertrag nicht wirksam zustande kommt.[63] Der Berater hat die vorvertragliche Pflicht, die verbotene Rechtsdienstleistung abzulehnen, selbst wenn der Beratene sie ausdrücklich nachfragt und sich anbieten lässt, weil er oder beide Verhandlungspartner irrtümlicherweise glauben, es handele sich nicht um eine Rechtsdienstleistung, wenn ihm dazu die Befugnis als Rechtsanwalt fehlt.[64]

Berechtigte Zweifel werden in der Literatur dagegen erhoben, ob es auf die Schutzbedürftigkeit des beratenen Unternehmens ankommt, wenn zum Beispiel ein Rechtsanwalt oder Syndikusanwalt Rechtsrat bei einem nicht zur Rechtsberatung berechtigten Dritten einholt, und sich später auf die Nichtigkeit der Vertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz beruft.[65] Nach Ansicht des OLG Brandenburg sollte sich ein Rechtsanwalt nicht auf den Schutz des Rechtsberatungsgesetzes berufen können, weil er sich aufgrund seiner eigenen Rechtskenntnisse selbst ausreichend vor unqualifizierter Rechtsberatung schützen kann. Zu Recht wird dem entgegengehalten, dass es nicht ausschließlich auf die Schutzbedürftigkeit des Beratenen vor

58 *Neumann*, in: NK-StGB § 17, Rn. 76.

59 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 9; *Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, Einleitung, Rn. 36 f.

60 *Offermann-Burckardt*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 4.

61 Palandt, 78. Aufl., § 311, Rn. 38.

62 BGH, Urt. v. 28.7.2005 – III ZR 290/04.

63 BGH, Urt. v. 9.11.2004 – XI ZR 315/03, NJW 2005, 668, 670; BGH v. 17.1. 1995 – XI ZR 225/93, NJW 1995 1151, 1153.

64 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 28.

65 OLG Brandenburg, Urt. v. 27.5.2009 – 4 U 92/08; *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 67/68.

unqualifizierter verbotener Rechtsdienstleistung ankommt und vor allem, dass es den Vertragsparteien nicht überlassen wird, ob sie sich von Nichtanwälten rechtlich beraten lassen und auf den Schutzzweck des RDG einvernehmlich verzichten können. Der ausdrücklich beabsichtigte Schutz der Rechtspflege und der Rechtsordnung nach § 1 Abs. 2 RDG bliebe unberücksichtigt. Vor allem dient § 134 BGB in erster Linie dem Schutz der Allgemeinheit, aus dem nur als Reflex ein Individualschutz resultieren kann.[66] Würde man auf die Schutzbedürftigkeit oder den Schutzwillen des falschberatenen Vertragspartners abstellen und es den Vertragsparteien überlassen, ob sie sich von Nichtanwälten rechtlich beraten lassen, würde das Rechtsdienstleistungsgesetz in unzulässiger Weise relativiert und in seinem Anwendungsbereich gegen den klaren gesetzgeberischen Willen eingeschränkt. Bei der unqualifizierten Complianceberatung durch Nicht-Anwälte könnte von Dienstleistern eingewandt werden, das Unternehmen habe selbst eine Rechtsabteilung und müsse deshalb wissen, ob die angebotene Dienstleistung verboten ist. Für einen Gesetzesverstoß muss es jedoch genügen, wenn der Tatbestand des Verbotsgesetzes objektiv erfüllt ist.[67]

Schließlich richtet sich das Verbot an den nichtanwaltlichen Dienstleister, von dem zu erwarten ist, dass er seine eigenen Befugnisse zur angebotenen Beratung kennt und geprüft hat.

X. Softwareprogramme zur Complianceberatung als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung

Complianceberatungen werden vermehrt durch Softwareprogramme unterstützt, ohne die Tausende konkreter Rechtspflichten zur Abwehr von ebenso vielen Risiken im Unternehmen weder lückenlos ermittelt noch aktualisiert, delegiert und vor allem nicht dokumentiert werden könnten. Complianceberatung ist ohne Softwareprogramme nicht mit Erfolg zu leisten. Konkrete Rechtsfragen sind zu lösen. Dazu werden Softwareprogramme zum Recherchieren in Datenbanken, zur Verlinkung von Rechtspflichten mit Risikosachverhalten und Pflichtenträgern als unverzichtbare Hilfsinstrumente eingesetzt. Rechtsberatung und Software bilden dazu ein untrennbares Paket. Die EDV-technisch und softwaregestützte Rechtsberatung ist außergerichtliche Rechtsdienstleistung i. S. v. § 1 Abs. 1 RDG und erlaubnispflichtig, nach § 3 BRAO ausschließlich zugelassenen Rechtsanwälten erlaubt.[68] Die technischen Mittel, mit deren Hilfe die Complianceberatung unterstützt wird, ändert an der Einordnung als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung nichts. Auch softwaregenerierte Rechtsdienstleistungen fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des RDG.[69]

Die Software bleibt aber das Hilfsmittel zur Unterstützung der Rechtsberatung und ändert an den erlaubnispflichtigen Charakter der Rechtsdienstleistung nichts. Ohne die Erfüllung der sechs Organisationspflichten lässt sich bei der Complianceberatung die Software nicht getrennt von der präventiven Rechtsberatung anderweitig verwenden. Sie lässt sich nicht aufspalten in ein technisches Mittel und eine rechtliche Beratung, wenn ein Dienstleister ein Softwareprogramm nur zur rechtlichen Lösung konkreter Einzelfälle anbietet und wenn der Rechtssuchende an dem Softwareprogramm nur interessiert ist, um Rechtsfragen lösen zu können.

Ist zweifelhaft, ob ein Softwareprogramm eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung ist und nur von Anwälten zur Beratung eingesetzt werden darf, entscheidet der Gesetzeszweck.[70]

Nach § 1 Abs. 2 S. 2 RDG dient das Rechtsdienstleistungsgesetz dazu, Rechtssuchende, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen.

Vor allem sind Rechtssuchende als auch ihre beratenden Dienstleister vor eigenen falschen Vorstellungen über die Erforderlichkeit der rechtlichen Prüfung zu schützen. Der Konflikt zwischen der objektiven Erforderlichkeit und der falschen subjektiven Vorstellung, die rechtliche Prüfung sei verzichtbar, löst das Rechtsdienstleistungsgesetz zu Gunsten des Schutzes vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen. Es handelt sich um ein Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt.[71] Die Qualität einer Rechtsdienstleistung ist bei rechtssuchenden juristischen Laien kaum überprüfbar. Wer Rechtsrat einholt, dem fehlt es an hinreichenden Informationen und Erfahrungswissen, um bei der Auswahl der anbietenden Dienstleister und bei der Beurteilung der Qualität von Rechtsdienstleistungen eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können.[72]

Die Schutzbedürftigkeit vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung steigt mit der Komplexität des Dienstleistungsangebots. Nicht nur das rechtliche Beratungsangebot, sondern auch die softwaregestützten EDV-technischen Hilfsmittel sind von Rechtssuchenden zu beurteilen, die sowohl rechtliche als auch softwaretechnische Laien sind. Zu beurteilen ist nämlich nicht nur, ob in der Complianceberatung die organisationsrechtlichen Fragen zur Erfüllung der Legalitätspflicht beantwortet werden, sondern außerdem ist zu beurteilen, ob die rechtlichen Lösungen mit der angebotenen Software richtig umgesetzt werden. Der Rechtssuchende ist schon nicht in der Lage, seinen Beratungsbedarf etwa in Form eines Leistungsverzeichnisses als auch die Leistungsanforderung an eine Software zu beurteilen. Seine eigene Inkompetenz bei der Beurteilung eines Dienstleistungsangebots kann ein Rechtssuchender nicht erkennen, weil ihm sowohl die rechtliche als auch die EDV-technische Kompetenz dazu fehlt.[73]

Zu Recht muss durch das Rechtsdienstleistungsgesetz jeder vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen geschützt werden, der die Rechtsberatung zwar will, etwa vorsorglich zur eigenen Sicherheit, auch wenn sie objektiv nicht erforderlich ist und erst recht, wenn er sie nicht will, weil er sie irrtümlich für überflüssig und die Rechtslage für klar hält, obwohl die rechtliche Prüfung objektiv nach fachkundiger Verkehrsauffassung erforderlich ist. In beiden Fällen ist der Schutz vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung unverzichtbar. Wer rechtlich beraten werden will oder beraten werden muss, darf nur qualifiziert auf Anwaltsniveau beraten werden.[74] Wer in einer Rechtsangelegenheit

66 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 67 m. w. N.

67 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 67; Palandt, 78. Aufl., § 134 Rn. 12a; BGHZ 37, 363, 366; Urt. v. 12.7. 1962 – VII ZR 28/61; BGHZ 116, 268, 276; Urt. v. 11.2.1991 – VIII ZR 4/91; BGH v. 6.10.2000 – IX ZR 289/99, Seite 7.

68 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2, Rn. 44, 45 und 14.

69 *Deckenbrock/Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2, Rn. 45; *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 14, 43.

70 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 63; *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1, Rn. 2.

71 Begr. RegE., BT-Drs. 16/3655 S. 30.

72 So die wörtliche Begründung des Rechtsdienstleistungsgesetzes: BT-Drs. 16/3655 Seite 31; *Remmertz*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1, Rn. 69.

73 *Rack*, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, CB 2017, 216.

eine rechtliche Beratung nicht für erforderlich hält, soll und darf nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz in Deutschland keinen Dienstleister finden, der die Erledigung der Rechtsangelegenheit ohne Anwaltszwang anbietet oder durchführt.[75]

XI. Die Unabhängigkeit der erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistungen vom Schutzwillen des Beratenen

Die Gegenmeinung will die Frage, ob eine rechtliche Prüfung im Einzelfall erforderlich ist, von der Schutzwilligkeit des Rechtssuchenden abhängig machen.[76] Dem Rechtssuchenden soll freigestellt bleiben, ob er überhaupt eine Rechtsdienstleistung i. S. d. § 2 RDG mit Rechtsprüfung wünsche, weil er sie dann auch bezahlen müsse. Niemand könne zu seinem „Glück“ gezwungen werden.[77] *Kleine-Cosack* räumt zwar ein, dass der Gesetzgeber aus dem Entwurfstext des § 2 Abs. 1 RDG die subjektive Einschränkung des Erlaubnisvorbehalt gestrichen habe, beruft sich aber auf die Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG, selbst bestimmen zu dürfen, qualifizierte Rechtsdienstleistungen in Anspruch zu nehmen oder auch nicht. Dabei wird übersehen, dass das Rechtsdienstleistungsgesetz nicht nur den Rechtssuchenden, sondern ganz ausdrücklich nach § 1 Abs. 1 S. 2 RDG auch den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen schützen soll. Der Verzicht auf eine qualifizierte Rechtsdienstleistung durch Anwälte steht nicht im Belieben der Parteien eines Beratungsvertrages. Der Gesetzgeber hat bewusst das Rechtsdienstleistungsgesetz als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet und die Rechtsdienstleistung durch Nichtanwälte nach § 3 RDG und § 3 BRAO verboten.[78] Er hat das „Informationsmodell“ zugunsten des „Verbotsmodells“ abgelehnt. Es gilt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und gerade nicht die Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt. Der Gesetzeszweck wird verfehlt, wenn auf den Schutzzweck durch die Parteien eines Beratungsvertrages verzichtet werden könnte. Ob gesetzliche Ge- oder Verbote eingehalten werden ist, der privatautonomen Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung entzogen. Auch die Complianceberatung muss sich in dem durch die Rechtsordnung gezogenen Rahmen bewegen.[79]

Gerade für die Complianceberatung ist auf die hohe Anforderung des BGH in der ISION-Entscheidung[80] zu verweisen, wonach der Vorstand, um sich von einem Rechtsirrtum exkulpieren zu können, „die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss. Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.“[81] Dem Vorstand ist das Verschulden eines zur Beratung eingeschalteten Dritten nicht über § 278 BGB zuzurechnen. Danach darf der Vorstand auf die Einschätzung eines unabhängigen und qualifizierten Rechtsberaters vertrauen, sofern er diesen hinreichend informiert und dessen Beurteilung einer Plausibilitätskontrolle unterzogen hat,[82] gerade weil Vorstände und Geschäftsführer nicht eigene, sondern Interessen ihrer Gesellschaft wahrnehmen, deren Geschäfte sie zu besorgen haben.

XII. Softwarelösungen zur Complianceberatung aus dem Ausland

In der Praxis der Complianceberatung sind vermehrt Angebote von Softwarelösungen aus dem Ausland zu beobachten, die eine einheitliche Lösung für weltweit agierende Konzerne versprechen. Dadurch wird die Erwartung geweckt, Compliance länderübergreifend einheitlich beraten und lösen zu können, was vor allem von den konzerninternen IT-Abteilungen gefördert wird. Übersehen wird allerdings, dass jedes Land unterschiedliche Gesetze mit unterschiedlicher Rechtsprechung den Konzerntöchtern in den jeweiligen Ländern unterwirft. Die Softwarelösung müsste der jeweiligen Rechtsordnung des Landes angepasst werden, die der Konzerngesellschaft untersteht. Für diese Dienstleistungsangebote hat der Gesetzgeber unmissverständlich in § 1 Abs. 2 RDG zum Anwendungsbereich geregelt, dass „eine Rechtsdienstleistung, die ausschließlich aus einem anderen Staat heraus erbracht wird, unter das Rechtsdienstleistungsgesetz fällt, wenn ihr Gegenstand deutsches Recht ist“. Damit werden auch ausländisch angebotene Softwareangebote zur erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistung, die ausschließlich Anwälten erlaubt ist. Auch Verträge mit nichtanwaltlichen ausländischen Dienstleistern sind wegen des Gesetzesverstoßes gegen § 3 RDG nichtig.

XIII. Das aktuelle Urteil des LG Köln vom 8.10.2019 zum Smartlawangebot eines Verlages als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistungen

Die hier vertretene These, dass eine außergerichtliche Rechtsdienstleistung durch den Einsatz eines digitalen Instruments, einem Rechtsdokumentengenerator, nicht ohne Erlaubnis angeboten oder beworben werden darf, wird durch ein Urteil[83] des Landgerichts Köln vom 8.10.2019 bestätigt. Ein Verlag hat für seine softwaregestützte Dienstleistung damit geworben, die Leistung sei günstiger und schneller als der Anwalt, habe Anwaltsqualität und werde von Top-Anwälten und Spitzenkanzleien als Partner des Verlages unterstützt. Eine nichtanwaltliche Leistung wurde als „digitale Rechtsabteilung“ mit Anwaltsqualität für Unternehmen angepriesen. Mit Erfolg hat die zuständige Rechtsanwaltskammer wegen eines Verstoßes gegen § 3 RDG unter Hinweis auf die einschlägige BGH Rechtsprechung[84] geklagt. Treffend stellte das Landgericht fest, dass bereits das Angebot einer solchen Rechtsdienstleistung den Wortlaut des § 3 RDG erfüllt. Schon das Anbieten einer Rechtsdienstleistung ohne entsprechende Erlaubnis begründe die Gefahr, dass der Empfänger des Angebots sich an einen nicht ausreichend qualifizierten Rechtsdienstleister wendet.

74 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 24–28.

75 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 28, ebenso *Decken- brock/Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 36; OLG Köln, BRAK-Mitt. 2011,252 für Rechtsdienstleistung einer Immobiliengesellschaft; a. A. *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 2 RDG, Rn. 53, 57.

76 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 23, § 2 RDG, Rn. 53.

77 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 24.

78 Begr. Reg.E BT-Drs. 16/3655 Seite 30; *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 28.

79 *Holle*, Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, Seite 275.

80 BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, AG 2011 876 = NZG 2011, 1271, Rn. 16 – Ision-Urteil.

81 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, Rn. 16.

82 *Holle*, Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, Seite 278.

83 LG Köln v. 8.10.2019 – 33 O 35/19.

84 BGH, GRUR 2016, 820/821; BGH, GRUR 2003, 886/889.

Das EDV-gestützte Instrument zur Erstellung von Rechtsdokumenten erbringe eine nach § 3 RDG erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung i. S. v. § 2 Abs. 1 RDG, ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis. Bei der Einstufung als Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG kommt es auf den Inhalt des Beratungsangebots an.[85]

In der Complianceberatung kommt es auf sachverhaltsbezogene Rechtsfragen zu konkreten Risikosachverhalten in Unternehmen an.[86] Sie sind daraufhin zu prüfen, welche Rechtspflichten sie auslösen und welche konkreten Rechtsrisiken im Unternehmen mit den Rechtspflichten abzuwenden sind. Nach zutreffender Ansicht des Landgerichts sind individualisierte Legal-Tech-Dienstleistungen nicht anders zu behandeln als Dienstleistungen menschlicher Berater. Der Kontrollzweck des RDG kann nicht durch eine einengende Auslegung des Begriffs der Rechtsdienstleistung erreicht werden.[87] Bei der Programmierung der Software wird eine rechtliche Prüfung lediglich zeitlich vorverlagert und auf Grund der Standardisierung in einem mehrfach reproduzierbaren Format festgelegt. Die programmierte Software zur Lösung von Rechtsfragen unterscheidet sich nicht grundlegend von dem Vorgehen eines Rechtsanwaltes.[88] Bei Legal-Tech-Angeboten ist die Grenze zur Rechtsdienstleistung i. S. d. § 2 Abs. 1 RDG dann überschritten, wenn der Anbieter nicht deutlich zu erkennen gibt, dass mit seinem Angebot gerade keine rechtliche Prüfung des konkreten Nutzers verbunden ist.[89] Der Verlag hatte durch seine Werbung für sein Legal-Tech-Angebot bewusst die Verkehrserwartungen bei fachfremden Publikum geweckt, es handele sich um eine Alternative zur Rechtsanwaltsleistung, das Rechtsdokument in Anwaltsqualität günstiger und schneller liefern zu können. Die Werbeaussagen wurden als irreführend i. S. v. § 5 UWG bewertet, weil die angebotene Leistung ein Verstoß nach dem RDG darstellt und der Verkehr über die Berechtigung getäuscht wird.

XIV. Beratungsresistenz ist nur durch Rechtsanwälte zu überwinden

Zu Recht hat der Gesetzgeber Rechtsanwälten außergerichtliche Rechtsdienstleistungen ausschließlich vorbehalten, da nur sie in der Lage sind im Zusammenhang zu erklären, unter welchen Bedingungen rechtliche Prüfungen von Einzelfällen „erforderlich“ sind und dass Risiken für geschützte Rechtsgüter durch Rechtspflichten abzuwenden sind. Die Einhaltung von Rechtspflichten schützt das Unternehmen, seine Führungskräfte und alle Mitarbeiter vor Risiken. Ein Compliance-Management-System kann nur dann von Vorteil für das gesamte Unternehmen sein, wenn alle Rechtspflichten ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert wurden.

Im Unternehmensalltag ist regelmäßig Widerstand gegen gesetzmäßiges Verhalten zu beobachten, der nicht offen, sondern eher latent zum Ausdruck kommt und zwar mit Argumenten wie, der Aufwand sei zu groß, in der Belegschaft fehle die Akzeptanz, die Zahl der Rechtspflichten sei zu hoch, überregulierte Unternehmen schaden dem Geschäft. Unverständlich bleibt, dass einerseits jedes Gesetz mit politischer Mehrheit im Parlament beschlossen wird und die Mehrheit im Parlament auf politische Forderungen mit den Gesetzen reagiert, um nach dem jeweiligen Schutzzweck Risiken abzuwenden und Missstände zu beseitigen. Widersprüchlich dazu ist jedoch die Reaktion, jedes neue Gesetz zwar politisch zu fordern, es aber als Überregulierung anzuprangern sobald es erlassen wurde.

Der aufkommende Widerstand im Unternehmen lässt sich nur durch Aufklärung und Complianceberatung durch fachkundige Rechtsanwälte überwinden. Aufklären lässt sich zum Beispiel der häufige Irrtum, dass es auf die Akzeptanz der Mitarbeiter ankäme, die Rechtspflichten einzuhalten, die das Unternehmen als juristische Person, als AG oder GmbH trifft. Der Irrtum besteht darin, dass mit Mehrheit beschlossene öffentlich-rechtliche Gesetze nicht mehr durch die Normadressaten und Pflichtenträger akzeptiert werden müssen, wie etwa vertraglich übernommene Pflichten oder tariflich ausgehandelte Pflichten. Aufklären lässt sich auch der Irrtum, das Einhalten von Rechtspflichten sei nur zum Nachteil des Unternehmens, verursache nur Kosten und Aufwand und schränke die unternehmerische Freiheit, sowie die freie Entfaltung der Persönlichkeit ein. Vielmehr ist zu erklären, dass alle Rechtspflichten dazu dienen, Risiken präventiv abzuwenden, bevor sie sich zu einem Schaden verwirklichen und diese Risikoabwehr das Erfahrungswissen für Schadensverläufe verarbeitet. Je mehr Pflichten eingehalten werden, umso geringer sind die drohenden Schäden. Wäre das Verbot der Abschalteinrichtung eingehalten worden, hätte die Kapitalvernichtung von 30 Milliarden Euro der VW AG erspart werden können und das Risiko aus 470.000 Einzelklagen von VW Kunden sowie der Reputationsverlust.[90]

Unternehmensinterner Widerstand gegen Compliance-Management-Systeme sind irrational, weil die Vorteile nicht erkannt werden, wozu auch die Vorteile der außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen in Compliance Fragen durch Rechtsanwälte zählen. Psychologisch lässt sich der Widerstand durch die Reaktanz-Theorie erklären und damit durch entsprechende Kommunikation abwenden.[91] Die Reaktanz-Theorie untersucht die Frage, unter welchen Umständen mit Abwehr oder Widerstand gegen Compliance-Kommunikation im Unternehmen gerechnet werden muss und wie die Regelakzeptanz zu fördern ist.[92] Die Reaktanz-Theorie geht davon aus, dass Widerstand dann entsteht, wenn Freiheiten eingeschränkt werden, unabhängig davon, ob man diese Freiheiten hat oder nur zu haben glaubt. Wer in seinen Verhaltensalternativen eingeschränkt wird, ist bestrebt seinen wirklichen oder nur vermeintlichen Freiheitsspielraum wiederherzustellen. Alle gesetzlichen Vorgaben schränken Verhaltensalternativen ein, verringern persönliche Spielräume und nehmen Freiheiten.

Durch Rechtsberatung lässt sich aufklären, dass es keinen Grund für Widerstände gegen die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen gibt, dass verlorengeglaubte Spielräume und Handlungsalternativen überhaupt nicht existieren, weil gesetzliche Pflichten gelten und dabei keinen Spielraum lassen. Nur Rechtsanwälte sind dafür ausgebildet, die Rechtsfolgen von Regeltreue und Regelbruch zu erläutern. Zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung gehört es, die Rechtsfol-

85 LG Köln v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 22 mit Hinweis auf BT-Drs. 16/3655 Seite 47, 48.

86 BT-Drs. 16/3655 S. 48; LG Berlin zum Mietpreisrechner v. 6.7.2018 – 67 S 247/18.

87 LG Berlin zum Mietrechner v. 6.7.2018, HZ 67, S. 247/18; BGH, GRUR 2016, 820/825 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.

88 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 27.

89 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 44. *Deckenbrock/Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 45 f.

90 Art. 5 Verordnung (EU) Nr. 715/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Immission von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und 6).

91 *S. Femers-Koch*, Compliance-Kommunikation aus wirtschafts-psychologischer Sicht, Keine Regel ohne Ausnahme, ISBN 978-3-658-19809 -1, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2018, Seite 61 Compliance und Reaktanz.

92 *S. Femers-Koch* (Fn. 91), Seite 61.

gen in Form von drohenden Schadensersatzansprüchen des Unternehmens, von strafrechtlichen Sanktionen für die verantwortlichen Manager und Mitarbeiter, über die Haftung von Vorständen und Geschäftsführern gegenüber ihren Gesellschaftern ausführlich zu beraten, um die Erfüllung der Legalitätspflicht im Unternehmen zu fördern. Über die Folgen von Pflichtverletzungen sind sich Unternehmensmitarbeiter selten klar, weil ihnen die rechtliche Ausbildung fehlt und es nicht zur Routine gehört, für jedes unternehmerische Verhalten die Rechtsfolgen zu bedenken.

XV. Fazit: Anwaltszwang bei Complianceberatung

Complianceberatung zur Einhaltung der Legalitätspflicht im Unternehmen ist als außergerichtliche Rechtsdienstleistung i. S. v. §§ 1, 2 RDG zu verstehen, nach § 3 RDG grundsätzlich verboten und nach § 5 RDG allenfalls als Nebenleistung von Testamentsvollstreckern, Hausverwaltern und schließlich nach § 3 BRAO nur Rechtsanwälten erlaubt. Verboten ist insbesondere das sog. „Erfüllungsgehilfen-Modell“, wonach außergerichtliche Rechtsdienstleistung nicht durch Rechtsanwälte erbracht werden kann, wenn sie von Nicht-Anwälten, insbesondere von Unternehmen angestellt oder als Erfüllungsgehilfen zur Rechtsberatung eingesetzt werden. Das Verbot ist eindeutig, weil der Gesetzgeber es zunächst im Entwurf unter § 5 Abs. 3 RDG-E vorgesehen, aber kurz vor der Entscheidung im Parlament ersatzlos gestrichen hat. Die Beratungspraxis verkennt diese Rechtslage, wenn sie glaubt, Beraterverträge mit Nichtanwälten durch den Einsatz von Rechtsanwälten heilen zu können. Das Verbot gilt insbesondere auch für Dienstleister von Legal-Tech-Lösungen, die als günstigerer Anwaltsersatz angeboten werden. Verträge über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zur rechtlichen Prüfung von konkreten Einzelfällen durch Nichtanwälte sind wettbewerbswidrig, begründen Unterlassungsansprüche, die von Rechtsanwälten selbst oder von deren zuständigen Rechtsanwaltskammern gerichtlich durchgesetzt werden können. Die Rechtslage wird zuletzt bestätigt durch das Urteil des Landgerichts Köln vom 8.10.2019 (Az. 33 O 35/19) und dem BGH vom 30.7.2019 (Az. VI ZR 486/18). Der Anwaltszwang nach § 3 RDG i. V. m. § 3 BRAO bei außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen rechtfertigt sich durch die besonderen Schwierigkeiten der außergerichtlichen im Gegensatz zur gerichtlichen Rechtsberatung, die darin bestehen, dass nur vor der Beratung der Mandant davon überzeugt werden muss, dass die rechtliche Prüfung auch ohne besonderen Anlass rein vorsorglich und präventiv zur Abwehr von nicht erkennbaren, sondern nur denkbaren Risiken „erforderlich“ im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG ist. Nur Rechtsanwälte sind durch Ausbildung und Erfahrung zur Einschätzung in der Lage, wie Entscheidungen im Unternehmen bei Rechtsverstößen mit Schadensfolgen von Richtern, Staatsanwälten, Gegenanwälten und Amtsjuristen rechtlich beurteilt werden, weil alle Beteiligten durch die gleiche Ausbildung und Examen befähigt sind, was nichtanwaltliche Dienstleister auch durch Legal-Tech-Instrumente nicht ausgleichen können. Vorstände und Geschäftsführer, die außergerichtliche Rechtsdienstleistungen durch nichtanwaltliche Dienstleister erbringen lassen, riskieren Regressansprüche ihrer Gesellschaft wegen Auswahlverschuldens gegen sich persönlich, wenn es zu Beratungsfehlern mit Schadensfolgen kommen sollte, zu deren Deckung keine anwaltlich Berufshaftpflichtversicherung zur Verfügung steht.

AUTOR



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

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

10 / 2020

Betriebs-Berater Compliance

23.9.2020 | 8.Jg
Seiten 357–404

EDITORIAL

Arbeitsrecht als Compliance-Bremse | I
Dr. Malte Passarge, RA

AUFSÄTZE

Kuka war gestern – Neue Rahmenbedingungen für ausländische Direktinvestitionen in Deutschland | 357
Andreas Haak, RA, Dr. Maria Brakalova, RAin und Dr. Barbara Thiemann, RAin

Das Verbandssanktionengesetz im Spannungsfeld zwischen Vorstand und Aufsichtsrat – Teil 1 | 362
Dr. Christoph Klahold, RA

Compliance bei der Emission von Green Bonds | 369
Dr. Thorsten Kuthe, RA, und Meike Dresler-Lenz, RAin

Sonderkooperationen in der Corona-Krise | 374
Dr. Daisy Walzel, RAin, und Johannes Simon, FAArbR

Die psychologische Erklärung des Widerstands gegen Compliance-Systeme durch die Reaktanztheorie | 379
Dr. Manfred Rack, RA

Länderreport Finnland 2020 | 385
Antti Aalto und Dr. Bernd Federmann, RA

RECHTSPRECHUNG

BGH: Abzug von Schwarzlöhnen bei der Steuerhinterziehung | 391

LAG Köln: Zustimmung des Betriebsrats bei internen Untersuchungen | 394

LAG Mecklenburg-Vorpommern: Entschädigung wegen Videoüberwachung von Beschäftigten | 400

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Die psychologische Erklärung des Widerstands gegen Compliance-Systeme durch die Reaktanztheorie

Mit Compliance-Maßnahmen werden Angestellten in Unternehmen Handlungsspielräume genommen. Rechtspflichten schränken Freiheiten der Pflichtenträger erheblich ein. Regelmäßig kommt dagegen Widerstand auf. Die Reaktanztheorie erklärt psychologisch, wie diese Widerstände entstehen und wie sie zu überwinden sind. Reflexartig versucht danach jeder Mensch Einschränkungen seiner Freiheiten durch Widerstände unterschiedlichster Art wiederherzustellen, offen oder verdeckt, aktiv oder passiv, direkt oder indirekt. Die Reaktanztheorie macht Widerstände gegen Compliance als Organisationsrisiko psychologisch erklärbar, vorhersehbar und durch organisatorische Vorkehrungen vermeidbar.

I. Widerstände gegen Compliance-Management in der Unternehmenspraxis

254

Compliance-Management-Systeme dienen dazu, die Einhaltung der einschlägigen Rechtspflichten in Unternehmen zu sichern. Mit Rechtspflichten werden Risiken präventiv abgewendet, die im Unternehmen verursacht werden, noch bevor sie sich zu einem Schaden entwickelt haben. Compliance-Management-Systeme haben nur rechtliche Vorteile für alle Beteiligten. Vorstände und Geschäftsführer vermeiden Rechtsverstöße mit Schadensfolgen, ersparen sich Vorwürfe wegen Organisationsverschuldens, vermeiden die persönliche Haftung gegenüber ihrem Unternehmen und sichern sich Sanktionsfreiheit oder mindestens Sanktionsmilderungen[1] nach der aktuellen BGH-Rechtsprechung und im Entwurf des Verbandssanktionengesetzes. Die Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften in Unternehmen gilt auch bisher schon als triviale Selbstverständlichkeit und wird offen und ernsthaft von niemand bestritten.[2]

Trotz aller Vorteile gibt es Widerstände in vielfältiger Form gegen Compliance-Management-Systeme. Der Widerstand äußert sich durch Rechtsverstöße mit hohen Schäden und in Argumenten, die durch die Rechtsprechung mehrfach widerlegt wurden und trotzdem immer wiederholt werden. Es fehle an der Akzeptanz, Unternehmen seien überreguliert, Geschäfte gehen vor, gesetzliche Vorschriften seien zu abstrakt und praxisuntauglich, Unternehmen seien zu groß, andere zu klein um die Vielzahl geltender Vorschriften einzuhalten. Compliance mache Aufwand ohne messbaren Nutzen. Widerstand kommt regelmäßig vom Betriebsrat. Compliance-Maßnahmen werden als nicht akzeptable Leistungskontrollen durch technische Einrichtungen zu Unrecht abgelehnt. Übersehen wird regelmäßig, dass Rechtspflichten Rechtsgüter schützen insbesondere Leben und Gesundheit der Belegschaft vor Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten. Widerstand gegen Compliance bedeutet, den Selbstschutz von Unternehmen und Mitarbeitern zu blockieren.

II. Die Erklärung des Widerstands durch die Reaktanztheorie

Die Theorie der Reaktanz ist 1966 von *Jack W. Brehm* begründet worden[3] und erklärt Widerstand als reflexartige urmenschliche Reaktion auf jede Art von Freiheitseinschränkung. Unter Freiheit versteht die Reaktanztheorie, Verhaltensalternativen und Meinungen frei wählen zu können. Dabei kommt es nicht darauf an, dass man diese Freiheiten wirklich hat. Schon die Illusion, Freiheiten zu haben, ist psychologisch relevant. Werden Freiheitsspielräume eingeschränkt, entsteht die Motivation, den eingeschränkten oder verlorenen Freiheitspielraum zu erweitern oder wieder ganz herzustellen.[4] Werden Personen Verhaltensmöglichkeiten verboten oder eingeschränkt, reagieren sie mit Reaktanz, mit Blindwiderstand, zeigen soziale Trotzreaktionen in unterschiedlichsten Formen und leisten offen oder verdeckt, aktiven oder passiven Widerstand.[5]

1 BGH StR 265/16 – Panzerhaubitzenfall; Compliance-Maßnahmen gelten als „Vorkehrungen" nach § 15 Abs. 3 Nr. 6, 7 VerSanG-Entwurf, der in der von der Bundesregierung beschlossenen Fassung vom 16.6.2020 vorliegt.

2 *Schneider/Pelzer*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 2. Auflage, 2004, Rn. 59; *Ringleb/Krämer/Lutter/v. Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex 2007, Rn. 32.

3 *Brehm/Brehm*, Psychological Reactance, A Theory of Freedom and Control, 1981, Seiten 12,13, Chapter 2.

4 *Femers-Koch*, Compliance-Kommunikation aus wirtschaftspsycholgischer Sicht, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2018, Seiten 61, 62; *Pelzmann*, Wirtschaftspsychologie, Behavioral Economics, Behavioral Finance, Arbeitswelt, Wien: Verlag Österreich, 2012. Seite 41; *Trimmel*, Angewandte Sozialpsychologie, 2003, Seite 68; *Jonas/Stroebe/Hewstone*, Sozialpsychologie, 5. Auflage, Seite 260; *Thomas*, Reaktanz, Blindwiderstand erkennen und umnutzen, 2020, Seite 6.

5 *Femers-Koch* (Fn. 4), Seite 62; *Brehm/Brehm* (Fn. 3), Seite 15; *Thomas* (Fn. 4), Seiten 6, 15.

III. Die Einschränkung von Freiheitsspielräumen durch Compliance-Management-Systeme

Durch die Vielzahl der Pflichten im Unternehmen wird allen Pflichtenträgern, sowohl den Vorständen und Geschäftsführern als auch allen anderen Mitarbeitern mit Linien- und Stabsfunktion ihre Entscheidungsfreiheit erheblich eingeschränkt. Dadurch ensteht eine innere Abwehrhaltung, ein diffuser Widerstand gegen Beeinflussungsversuche bis hin zu blockierenden Trotzreaktionen,[6] die auch dann zu beobachten sind, wenn für die Einhaltung von Compliance-Regeln Überzeugungsarbeit von Compliance-Managern geleistet wird. Sobald die Aufklärungs- und Schulungsversuche als zu einengend empfunden werden, quittieren Mitarbeiter die Überzeugungsversuche mit Widerstand und Abwehr.[7]

Im Compliance-Management-System werden die Pflichten der Unternehmen organisiert, ermittelt, auf Mitarbeiter delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert. Compliance schränkt dadurch ein. Im Compliance-Management-System werden unverzichtbare Prüfschritte in systematischer Reihenfolge vorgeschrieben, damit kein Risiko und keine Rechtspflicht zur Abwehr übersehen werden kann. Ein System gewährleistet, dass nicht immer wieder neu Anzahl und Reihenfolge der Prüfschritte diskutiert und begründet werden müssen. Auch ein solches System schränkt ein und weckt Widerstand gegen systematische Vorgaben. Je mehr Risiken in einem Unternehmen verursacht und abzuwenden sind, umso größer ist die Anzahl der Rechtspflichten und umso enger werden die Handlungsspielräume. Die Anzahl der Rechtspflichten reicht von 2.000 bis über 9.000 bei Flughäfen, Chemieunternehmen oder Stadtwerken. Ist die Entscheidung eines Gesetzgebers einmal gefallen und ein Gesetz erlassen, haben Vorstände und Geschäftsführer von Unternehmen keine Ermessensspielräume, ob sie Gesetze einhalten oder nicht. Kosten- und Nutzenerwägungen hat der Gesetzgeber angestellt, bevor er durch ein Gesetz entschieden hat, ob ein bestimmtes Verhalten gesetzlich verboten oder geboten ist. Die Diskussion über Kosten und Nutzen, Aufwand und Erfolg bei jeder Anwendung im Einzelfall zu wiederholen, ist überflüssig. Es gilt der Grundsatz der Legalitätspflicht. Die Einhaltung von gesetzlichen Pflichten liegt nicht im Belieben der Normadressaten. Rechtspflichten sind öffentlich-rechtliche hoheitliche Pflichten im Unterschied zu vertraglichen Pflichten, die unter Vertragspartnern ausgehandelt und akzeptiert werden müssen, damit sie gelten. Auf die Akzeptanz der Rechtspflichten im Betrieb kommt es dagegen nicht an.[8]

Vorstände und Geschäftsführer haben die Legalitätspflicht zu erfüllen. Sie müssen sich selbst legal verhalten und dafür sorgen, dass sich ihre Mitarbeiter ebenfalls legal verhalten.[9] Selbst Vorstände und Geschäftsführer sind dem urmenschlichen Reflex der Reaktanz gegen einengende Rechtspflichten ausgesetzt. Ein Compliance-Management-System kann auch auf Vorstände als Einschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit wirken und deren Widerstand hervorrufen. Durch Selbsterkenntnis lässt sich von Geschäftsleitern das Motiv des Widerstands an der eigenen Gefühlslage beobachten. Vorstände und Geschäftsführer müssen mit gutem Beispiel vorangehen und dürfen als Vorbilder für legales Verhalten dem Reflex der Reaktanz gegen Compliance nicht nachgeben, sondern müssen ihn erkennen und durch Selbstüberwindung ausschalten. Vorständen ist nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zwar die Freiheit zur unternehmerischen Entscheidung nach der Business-Judgement-Rule eingeräumt. Die Vorfrage ist jedoch immer zu prüfen, ob die Entscheidung rechtlich gebunden ist.

Die Freiheit ihres Handelns und Entscheidens ist den Adressaten öffentlich rechtlicher Pflichten genommen, wodurch psychologisch die typische Situation entsteht, in der nach der Reaktanztheorie Widerstand aufkommt, weil reflexartig die menschliche Natur die verlorene Freiheit widerherzustellen versucht und deshalb mit Widerstand bei allen Adressaten von Rechtspflichten gerechnet werden muss. Es kommt hinzu, dass bei hoheitlichen Rechtspflichten im Gegensatz zu vertraglichen Pflichten nicht der Einwand erhoben werden kann, diese Pflichten habe sich der Pflichtenträger selbst ausgesucht und ausdrücklich akzeptiert. Die öffentlich rechtlichen Pflichten sind zwar mit Mehrheit beschlossen worden, jedoch ohne direkte Teilnahme der Pflichtenträger. Risiken und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr und zum Schutz vor Schäden bei Mitarbeitern werden durch unternehmerische Aktivitäten, wie Produktionsprozesse, verwendete Anlagen oder Stoffe ausgelöst. Sie existieren schon mit dem jeweiligen Risikosachverhalt im Unternehmen. Noch bevor ein Compliance-Management-System eingerichtet wird, glauben offenbar Mitarbeiter, frei zu sein, obwohl sie die vermeintlichen Handlungsfreiheiten schon mit dem Erlass der Schutzgesetze verloren haben. Auch eine nur illusorische Freiheit begründet schon die Motivation, sich diese Freiheit nicht nehmen zu lassen.

IV. Der Bumerang-Effekt als Erklärung von widersprüchlichem Verhalten im Arbeitsschutz

Im betrieblichen Umweltschutz und Arbeitsschutz lässt sich beobachten, dass auch das umfangreiche Regelwerk aus dem Arbeitsschutzrecht Widerstand in Unternehmen erfährt, obwohl alle Vorschriften dem eigenen Schutz der Belegschaft dienen. Nach § 89 BetrVG ist der Betriebsrat sogar selbst verpflichtet, den betrieblichen Umweltschutz und Arbeitsschutz zu fördern und gegenüber Geschäftsführern und Vorständen durchzusetzen. § 89 BetrVG wurde von Arbeitnehmerorganisationen mit großem politischen Druck erfolgreich durchgesetzt.[10] Die Rechtspflichten mit arbeitsschutzrechtlicher Rechtsgrundlage machen 16,5%[11] aller Pflichten eines Compliance-Managements aus. Unerklärlich bleibt allerdings der oft zu beobachtende Widerstand des Betriebsrats gegen den Einsatz eines Compliance-Management-Systems zur Ermittlung und zur Durchsetzung aller arbeitsschutzrechtlichen Rechtspflichten. Irrational erscheint der Widerstand insbesondere deshalb, weil in § 87 Abs. 1 BetrVG unmissverständlich vom Gesetzgeber dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht ausdrücklich für alle gesetzlichen oder tariflichen Regelungen eingeräumt wird.

Die Reaktanztheorie erklärt dieses Phänomen als Bumerang-Effekt[12], was zunächst als widersprüchliches Verhalten erscheint. Die sub-

6 *Thomas* (Fn. 4), Seite 16, mit vielen Beispielen aus jedermanns Alltag.

7 *Femers-Koch* (Fn. 4), Seite 63.

8 *Fleischer*, ZIP 4/2005, 147; *Hemeling*, ZHR 175/2011, 368; *Falkenhausen*, NZG 17/2012, 647.

9 Deutscher Corporate Governance Kodex Ziffer 4.1.3; *Fleischer*, ZIP 4/2005, 161; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, Seiten 17 bis 26; BegrReGE KonTraG, BT-Drs. 13, 9712, Seite 15.

10 *Fitting*, BetrVGk, § 89, Anm. 2 als Konsequenz von Art. 20 a GG; *Ricardi*, BetrVG, § 89, Anm. 21.

11 Das Compliance-Management-System „Recht im Betrieb" enthält 19.000 Rechtsnormen mit 80.226 markierten Rechtspflichten und 13.232 Pflichten aus dem Arbeitsschutzrecht.

12 *Fajardo*, Die Reaktanztheorie und ihre praktische Bedeutung, Seite 6 und 7; *Femers-Koch* (Fn. 4), S. 63; *Jonas/Stroebe/Hewstone* (Fn. 4), Seiten 5, 138; *Pelzmann*, Wirtschaftspsychologie, 5. Aufl. 2010, Seite 48.

jektive Erhaltung einer bedrohten Freiheit kann die eigene Forderung nach Arbeitsschutz in das Gegenteil verkehren, wenn der Arbeitsschutz mit Rechtspflichten durchgesetzt wird, die zwar dem Schutz der Belegschaft dienen, aber gleichzeitig Freiheiten einschränken. Wer Arbeitsschutz will, muss Rechtspflichten einhalten, die den Arbeitsschutz sichern. Der politisch geforderte Schutzzweck gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten wird allzu leicht vergessen, während die Pflichten zum Arbeitsschutz als Einschränkung abgelehnt werden.

Als Beleg für die Theorie kann auch die Beobachtung gelten, dass politische Forderungen zum Umweltschutz, Arbeitsschutz, Datenschutz, Immissionsschutz, Gewässerschutz im Parlament durchgesetzt werden, nach ihrem Inkrafttreten Rechtspflichten begründen und dann als Überregulierung in Frage gestellt werden und keine Akzeptanz gewinnen, weil der Schutzzweck vergessen wird. Es gibt jedoch keinen sicheren Schutz eines Rechtsguts ohne die Pflicht zu dessen Schutz.[13] Der Widerstand muss von Compliance-Beauftragten mit dem Argument überwunden werden, ohne die Einhaltung von Rechtspflichten aus dem Arbeitsschutzrecht könne der Schutz der Belegschaft vor Berufskrankheiten und Arbeitsunfällen nicht gewährleistet werden. Widerstand gegen Arbeitsschutzregeln wirken wie die Blockade von Selbstschutz. Im Arbeitsschutzrecht ist der Zusammenhang von Rechtspflichten und deren Funktion zum Schutze naheliegender Rechtsgüter, wie Leben und Gesundheit der Mitarbeiter leicht darzustellen. Schwieriger wird es, von der Notwendigkeit von Rechtspflichten im Umweltschutz zu überzeugen, die ferne Rechtsgüter, wie Klima, Boden und Wasser zu schützen bestimmt sind.

V. Die Stärke der Reaktanz in Abhängigkeit zur Intensität der Freiheitseinschränkungen

Die Intensität der Einschränkung und der Reaktanz stehen in unmittelbar linearem Zusammenhang zueinander.[14] Beim Vorstellen von Compliance-Management-Systemen werden in der Praxis die Anzahl der Pflichten gezeigt, die von Unternehmenssachverhalten ausgelöst werden, weil sie Risiken darstellen und gesetzlich oder untergesetzlich geregelt sind. Mit der Vielzahl der Pflichten sollen die Pflichtenträger in Unternehmen nicht etwa überfordert oder beeindruckt werden. Vielmehr fordert die Legalitätspflicht die lückenlose Ermittlung aller Rechtspflichten. Wird nämlich eine Rechtspflicht oder ein Risiko im Unternehmen übersehen und kommt es zu Schäden an geschützten Rechtsgütern, wird von den Geschädigten der Schadensersatz geltend gemacht und mit dem Vorwurf gegenüber Vorständen und Geschäftsführern begründet, die Erfüllung der Legalitätspflicht sei nicht ausreichend organisiert worden. Der Vorwurf des Organisationsverschuldens begründet Ersatzansprüche. Der Grund für die lückenlose Ermittlung aller Rechtspflichten ist die Rechtssicherheit, die in Erfüllung der Legalitätspflicht angestrebt werden muss. Keinem Sachverhalt ist vor einer rechtlichen Prüfung anzusehen, ob er ein Risiko darstellt, schon gesetzlich oder untergesetzlich geregelt ist oder ob eine Verkehrssicherungspflicht vom Unternehmen hätte formuliert und erfüllt sein müssen, weil die Risikoquelle im Unternehmen verursacht wurde und beherrscht hätte werden können.

Compliance-Berater, die nicht lückenlos Risiken und Rechtspflichten aufzeigen, täuschen Rechtssicherheit vor und wiegen die Verantwortlichen in falscher Sicherheit. Allerdings machen sie sich im Unternehmen und in der Belegschaft beliebt. Je weniger Risiken und Rechtspflichten sie zeigen, umso geringer ist die Reaktanz und umso größer wird das Risiko von Rechtsverstößen durch Organisationsverschulden. Je mehr Rechtssicherheit verlangt wird, umso mehr Pflichten sind zu erfüllen, und umso mehr Widerstand ist zu erwarten. Der sorgfältige Compliance-Berater wird so zum Boten schlechter Nachrichten und muss die undankbare Aufgabe übernehmen, die Verantwortlichen im Unternehmen in ihrer Handlungsfreiheit einzuschränken. Der Compliance-Aufwand wird als Einschränkung von Freiheit im Unternehmen empfunden, während der Erfolg des Aufwands, nämlich alle durch Prävention verhinderten Rechtsverstöße unsichtbar und nicht messbar bleiben. Compliance erscheint als Aufwand für nichts. Allzu leicht wird deshalb der Compliance-Aufwand in Frage gestellt. Kommt es allerdings zu Rechtsverstößen ohne Compliance-System, wird das Unterlassen von Compliance-Maßnahmen als Ursache von Gerichten vermutet.[15]

Der Erfolg des Risikomanagers bemisst sich an den abgewendeten Risiken. Je weniger Rechtsverstöße mit Schadensfolgen sich ereignen, umso eher provoziert dieser Zustand die These, es gäbe gar keine Risiken, weil ja nichts passiere und deshalb sei das Risikomanagement überflüssig, rechtfertige seinen Aufwand und die Kosten nicht und sei im Ergebnis verzichtbar. Mit seinem Erfolg droht sich ein Risikomanager überflüssig zu machen. Fiktive Schadensprognosen ohne faktische Schadensereignisse erscheinen wie Produkte einer überängstlichen Phantasie. Es handelt sich um das sogenannte Präventionsparadox. Ursache und Wirkung werden verwechselt. Gerade wegen der präventiven Risikoabwehr bleiben die Beweise für ihre Wirksamkeit aus.

VI. Effekte der Reaktanz

Alle Verhaltensweisen als Folgen der Reaktanz haben immer das gleiche Ziel, die bedrohte oder eingeschränkte Freiheit zurückzugewinnen. Unterschieden werden zu beobachtende Verhaltensweisen, Verhaltenseffekte, und äußerlich nicht wahrnehmbare Verhaltensänderungen. Selbst wer kein reaktantes Verhalten zeigt, kann dennoch Reaktanz indirekt ausdrücken.[16] Durch äußerlich sichtbare Verhaltensweisen stellen Personen ihre Handlungsfreiheit wieder her, indem sie das verbotene Verhalten direkt ausführen oder etwas anderes machen als Ihnen aufgetragen wurde.[17] Verbotenes Verhalten ist die direkte Wiederherstellung von Freiheit und die intensivste Form im Vergleich zu anderen reaktanten Verhaltensweisen. Dazu zählen auch ausgesprochene Proteste, indem die Akzeptanz ausdrücklich verweigert wird.[18]

Unter dem Gesichtspunkt der kriminogenen Verbandsattitüde werden Verhaltensweisen in Unternehmen beschrieben, die durch Gruppendruck zustande kommen und im Ergebnis Rechtsverstöße durch geschäftliche Gründe offen rechtfertigen. Es sind Beispiele für direkte Widerherstellung von Handlungsfreiheit für aktiven Widerstand gegen Compliance. „Geschäft geht vor" gilt als Prinzip und Verhaltensmaxime und wird in der unternehmensinternen Kommunikation auch vertre-

13 *Fajardo* (Fn. 12), Seiten 6 und 7; *Femers-Koch* (Fn. 4), Seite 63.

14 *Fuchs/Unger*, Management der Marketing-Kommunikation, Seite 551; *Fajardo* (Fn. 12), Seite 7.

15 LG München I, NZG 214, 345, 348 – Neubürgerentscheidung; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 –Schienenkartell-Urteil; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte.

16 *Femers-Koch (Fn. 4)*, Seite 64; *Fajardo* (Fn. 12), Seite 8; *Brehm/Brehm* (Fn. 3), Seite 99, Direct Restoration of Freedom, Seite 98, Subjective Responses, Seite 107.

17 *Fajardo* (Fn. 12), Seite 9; *Jonas/Stroebe/Hewstone* (Fn. 4), Seite 260.

18 *Trimmel*, Angewandte Sozialpsychologie, 2003, Seite 70.

ten.[19] Mit der kriminogenen Verbandsattitüde werden die verschärften Sanktionen im Entwurf des Verbandssanktionsgesetzes begründet.[20]

Äußerlich wahrnehmbare Reaktanz-Effekte dieser Art kommen seltener vor, weil sich kaum jemand offen und ausdrücklich zum Widerstand gegen Compliance-Regeln und für den Rechtsbruch erklärt. Zu vermuten ist, dass sich Reaktanz innerlich und nach außen nicht erkennbar entwickelt.

Von der direkten ist die indirekte Widerherstellung von Handlungsfreiheit zu unterschieden, die Fälle des unerklärten oder passiven Widerstands, der durch Abwarten, Aussitzen, Verschieben von Compliance-Management-Systemen bei reinem Lippenbekenntnis und durch Proforma-Systeme und Scheinlösungen zum Ausdruck kommt, die dadurch möglich werden, dass der Gesetzgeber keine klaren Vorgaben macht, wie ein Compliance-Management-System aufgebaut und praktiziert werden muss. „Vorgebliche Compliance-Maßnahmen" will der Gesetzgeber des Verbandssanktionsgesetzes sanktionsverschärfend berücksichtigt wissen.[21]

Die Reaktanz in Form von passivem Widerstand erkennt man an widerkehrenden unhaltbaren, längst widerlegten Argumenten, die im Ergebnis Compliance-Systeme im Unternehmen mehr behindern als fördern. Der passive Widerstand gegen Compliance lässt sich an Beispielen veranschaulichen.

VII. Passiver Widerstand durch gewollte Unkenntnis als Ausdruck von Reaktanz

Gewollte Unkenntnis, oder auch „Willful Blindness" gehört zum Reaktanz-Verhalten.[22] Unter Führungspersonen in Unternehmen ist die Vorstellung verbreitet, man könne sich bewusst der Kenntnis von möglichen Straftaten verschließen und dadurch der eigenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit entkommen. Führungskräfte bewahren sich bewusst ihre Unwissenheit, um ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu entgehen. Beschrieben wird auch die Praxis, „dass der Informationsfluss im Unternehmen systematisch darauf ausgerichtet wird, die Leitungsebene von kompromittierendem Wissen abzuschotten."[23] Weil der Bote schlechter Nachrichten selbst schlecht behandelt, im Mittelalter sogar geköpft wurde, vermeiden Mitarbeiter, ihre Vorgesetzten über Unangenehmes zu informieren. Risiken sind Schadensprognosen und wirken immer wie schlechte Nachrichten. Wer über Risiken informiert, erzeugt bei den informierten Führungskräften Entscheidungs- und Handlungsdruck. Nur Vorstände und Geschäftsführer eines Unternehmens können auf Grund ihrer Weisungsbefugnis und müssen durch Anweisungen Risiken durch Schutzmaßnahmen noch vor dem Schadenseintritt abwenden. Zur Risikoabwendung sind Rechtspflichten anzuwenden, die die Rechtsordnung vorschreibt. Beim Adressaten der Rechtspflichten werden Handlungsfreiheiten eingeschränkt, selbst wenn sie nicht bestehen, sondern nur eingebildet sind. Durch gewollte Unkenntnis glaubt man sich vom Handlungsdruck befreien zu können, indem man die Risiken nicht zur Kenntnis nimmt und die Rechtspflichten zur Risikoabwehr verdrängt. Es entsteht eine Informationsblockade und eine Strafbarkeitslücke im Unternehmen. Die Führungskräfte sind keine Täter, weil sie nicht informiert sind. Die über Risiken informierten Mitarbeiter, die keine schlechten, sondern nur gute Nachrichten überbringen wollen, um sich nicht unbeliebt zu machen, sind keine Täter, weil sie keine Organe sind oder keine Leitungsfunktion im Sinne von § 14 Abs. 2 StGB erfüllen.[24] Führungskräfte wollen nicht durch Informationen über Risiken zu Entscheidungen über die Risikoabwehr gezwungen werden. Die Reaktanztheorie kann den Widerstand gegen Informationen über Risiken als menschlichen Reflex erklären, macht ihn vorhersehbar, berechenbar und damit auch vermeidbar.

VIII. Die Überwindung von Reaktanz in Form von gewollter Unkenntnis durch Gesetz und Gerichte

Zum Allgemeingut gehört, dass Unkenntnis nicht vor Strafe schützt und gewollte Unkenntnis erst recht nicht. Der Verbotsirrtum nach § 17 StGB ist zu vermeiden und zwar durch rechtliche Beratung und Gewissensanspannung.[25] Vorstände und Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse müssen Rechtsrat von unabhängigen fachkundigen Rechtsanwälten einholen und deren Rechtsrat einer Plausibilitätskontrolle unterziehen.[26]

Widerstand durch gewollte Unkenntnis ist zwecklos und vom Gesetzgeber und den Gerichten erkannt, geregelt und mehrfach entschieden. Gleichwohl versuchen sich Vorstände und Geschäftsführer regelmäßig bei Rechtsverstößen in Unternehmen mit ihrer persönlichen Unkenntnis zu entlasten. Nicht jeder könne Jurist sein. Diese Entlastungsversuche scheitern immer wieder an dem gleichen Argument der Rechtsprechung, der Vorstand hätte sich erforderliche Informationen aus allen verfügbaren Informationsquellen beschaffen müssen.[27] Vorstände können sich auch nicht auf ihre Unkenntnis berufen, weil sie eine andere Ressortzuständigkeit haben. Sie disqualifizieren sich als Vorstand mit dem Argument ihrer Unkenntnis über Informationen aus anderen Ressorts.[28] Der BGH formuliert in seiner Wissensaufspaltungsentscheidung die Pflicht der Organe zum Informationsmanagement, wonach rechtserhebliche Informationen im Unternehmen zu speichern, an Verantwortliche weiterzuleiten und abzufragen sind. Durch Arbeitsteilung aufgespaltenes Wissen ist im Unternehmen zu bündeln und für alle verfügbar zu halten. Es kommt im Ergebnis nicht darauf an, was Vorstände und Geschäftsführer wussten, sondern was sie hätten wissen müssen, und welche Informationen sie sich und ihren Mitarbeitern hätten verschaffen müssen.[29]

19 *Rack*, CB 2015, 277 und 330.
20 VerSanG RefE vom 16.6.2020, Seite 52 Abs. 3.
21 VerSanG ReFE, Begründung, Seite 95.
22 *Brehm/Brehm* (Fn. 3), Seite 116.
23 *Schimmel/Kirch-Heim*, CCZ 2008, 96.
24 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, Seiten 37, 38.
25 BGHSt 4, 104 , 86: 4, 243 und 2, 194, 201; *Löw*, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, 2002, Seite 17; BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 – Mannesmann/Vodafone.
26 BGHZ v. 20.9.2011 – II ZR 234/09; BB 2011, 2960 – ISION-Urteil.
27 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; 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.
28 VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157.
29 BGHZ 132, 30 – BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 – Wissensaufspaltungsentscheidung; BGH vom 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BGHZ 135, 202, 205, BB 1997, 1276 – Scheckinkasso.

Die zivilrechtliche Haftung droht, weil bei gewollter Unkenntnis der Rechtsgedanke des § 162 Abs. 1 BGB anzuwenden ist, wonach niemand Vorteile daraus ziehen darf, dass er treuwidrig den Eintritt eines bestimmten Ereignisses selbst herbeiführt oder vereitelt.[30] Der Rechtsgedanke lässt sich analog auf alle Fälle anwenden, in denen ein Verantwortlicher nicht den Schadensverlauf, sondern seine Kenntnis darüber vermeidet, in dem er bildlich ausgedrückt, wie der Vogel Strauß den Kopf in den Sand steckt. Es ist ein Kinderglaube, die Augen verschließen und dadurch einen drohenden Schaden verhindern zu können.

IX. Die Pflicht zum Widerstand des Syndikusanwalts gegen die Reaktanz des Vorstands durch gewollte Unkenntnis

Ein Beispiel für gewollte Unkenntnis durch den Vorstand gegenüber Informationen seines Chefjuristen liefert der Berliner Stadtreinigungsfall. Der Vorstand wurde vom Chefjuristen über den Tatbestand der Gebührenüberhöhung informiert, folgte dessen Rat nicht, und unterließ die Korrektur der überhöhten Gebührenrechnungen. Der Chefjurist ordnete sich „aus falsch verstandener Loyalität dem Finanzvorstand unter". Gewollte Unkenntnis gegenüber einem Straftatbestand im Unternehmen und das Verdrängen der Pflicht zur Korrektur einer falschen Gebührenrechnung führte zur Verurteilung des Finanzvorstands wegen Betrugs. Der Chefjurist wurde wegen Beihilfe zum Betrug verurteilt. Nach dem Urteil des BGH hätte der Chefjurist seinen Vorstand nicht nur über die Gebührenüberhöhung informieren, sondern den Betrug auch verhindern müssen, insbesondere hätte er außerdem den Vorstandsvorsitzenden und den Aufsichtsratsvorsitzenden informieren müssen.[31] Auf Grund seiner Rechtskenntnisse hatte der Chefsyndikus die Pflicht, und zwar auch in seiner Eigenschaft als Compliance-Manager, erkannte Rechtsverstöße aus eigener Initiative dem unmittelbaren Vorgesetzten zu melden, auf die Vermeidung des Rechtsverstoßes hinzuwirken und bei erfolglosem Bemühen die nächsthöheren Vorgesetzen den Vorstandsvorsitzenden, den Aufsichtsrat einzubinden. Auch Compliance-Manager in ihrer Stabsfunktion müssen Reaktanz bei ihren weisungsbefugten Vorgesetzten und Führungskräfte mit Linienfunktion einkalkulieren und durch Eskalation überwinden. Der Finanzvorstand hat sich die Freiheit genommen, die Gebührenüberhöhung nicht zu korrigieren. Seine Handlungsfreiheit war allerdings nach der Gebührenüberhöhung ausschließlich nur auf die Gebührenkorrektur beschränkt. Diese Einschränkung seiner Handlungsfreiheit glaubt er wiederherstellen zu können, indem er den ihm gemeldeten Tatbestand der Gebührenüberhöhung verdrängt und ignoriert hat.

Diese Entscheidung lässt sich verallgemeinern für alle Verhältnisse zwischen den Compliance-Managern mit Stabsfunktion, die über Pflichten informieren, die Einhaltung der Pflichten kontrollieren und die ihre Geschäftsleiter beraten müssen. Auch das überstimmte Vorstandsmitglied hat bei rechtswidrigen Vorstandsbeschlüssen Gegenvorstellungen bei Vorstandskollegen nachdrücklich zu vertreten und gegebenenfalls den Aufsichtsrat einzuschalten.[32]

X. Die Überwindung der Reaktanz gegen Compliance-Maßnahmen oder Compliance als Chefsache

An einem funktionsfähigen und effizienten Compliance-Management-System müssen vor allem Vorstände und Geschäftsführer interessiert sein. Mit Compliance-Maßnahmen werden Rechtsverstöße präventiv vermieden. Vorstände tragen das Risiko, die Rechtslage zu verkennen[33] und müssen deshalb mangels eigener Sachkunde Rechtsrat einholen, um ihr Haftungsrisiko für Complianceverstöße im Unternehmen mit Schadensfolgen abzuwenden. Die Organe eines Unternehmens tragen zwar das Haftungsrisiko für Organisationsverschulden, die Angestellten haben jedoch den Complianceaufwand zu bewältigen. Die Interessen widersprechen sich. Vorstände und Geschäftsführer haben mehr zu verlieren als ihre Mitarbeiter. Den Vertretungsorganen eines Unternehmens ist deshalb zu raten, Compliance als Leitungsaufgabe und Chefsache zu verstehen und als exklusive Pflicht alle grundlegenden Entscheidungen über die Einrichtung einer Compliance-Organisation selbst zu treffen und sich regelmäßig von deren Wirksamkeit zu überzeugen.[34]

Aufbau und Anwendung eines Compliance-Systems ist zwingend dem Gesamtvorstand zugewiesen[35] und kann nicht Mitarbeitern ohne Organstellung mit anderen Interessen überlassen werden. Es besteht die Gefahr, dass haftungsferne Gesichtspunkte die Entscheidung von Mitarbeitern beeinflussen, um den notwendigen Compliance-Aufwand zu umgehen, dass Scheinlösungen bevorzugt, Proforma-Systeme und vorgebliche Compliance-Maßnahmen[36] praktiziert werden. Der Maßstab für effiziente Compliance-Management-Systeme ergibt sich aus der DIN ISO 19600 als Empfehlung und aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu einzelnen Organisationspflichten. Das Risiko von lückenhaften Compliance-Maßnahmen zur Vermeidung des erforderlichen Aufwands ist auch deshalb groß, weil der Gesetzgeber klare Vorgaben vermieden hat und diese Rechtsunsicherheit die Organe von Unternehmen als Organisationsrisiko belastet. Sie müssen im eigenen Interesse den sichersten Weg wählen, um lückenlos und systematisch sämtliche Rechtspflichten des Unternehmens zu ermitteln, zu delegieren, zu aktualisieren, zu kontrollieren und schließlich zur Vermeidung ihrer Beweislast dokumentieren zu lassen. Nur durch ein systematisches Verfahren lässt sich Rechtssicherheit im Unternehmen gewährleisten.

Nach der Reaktanztheorie ist davon auszugehen, dass Vorstände und Geschäftsführer bei Compliance-Maßnahmen nicht mit der freiwilligen Unterstützung von Angestellten des Unternehmens rechnen können. Sie müssen im Gegenteil Reaktanz und reflexartigen Blindwiderstand gegen Rechtspflichten einkalkulieren, weil durch Pflichten die Handlungsfreiheit der Angestellten grundsätzlich eingeschränkt wird. Reaktanz ist zu überwinden, Widerstand ist zu brechen. Hinzu kommt, dass Angestellte im Unternehmen zwar den Compliance-Aufwand bewältigen müssen, aber davon keinen unmittelbaren persönlichen Vorteil haben. Sie können noch nicht einmal ihre erfolgreiche präventive Risikoabwendung messbar nachweisen. Vorstände und Geschäftsführern ist deshalb höchste Aufmerksamkeit zu empfehlen, Compliance-Management-Systeme selbst auszuwählen, ihre Umset-

30 *Heinrich*, in: Palandt, 69. Auflage, Seite 162, Anm. 6.
31 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 25, 31 – Berliner Stadtreinigungsfall.
32 Landgericht München I, v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, Seite 30 – Neubürger; *Fleischer*, NZG 2003, 449, 447; *Spindler*, in: MünchKomm zum AktG, Rn. 150 zu § 93 AktG.
33 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09; BB 2011, 2960 – ISION-Urteil.
34 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 91 AktG, Anm. 63; *Merkt*, Überprüfung des Compliance-Management-Systems zwischen Wirtschaftsprüfern und Juristen, DB 40/2014, 2276; DB 41/2014, 2333; *Nolte/Michaelis*, BB 2020, 1154, 1155.
35 Landgericht München I, NZG 214, 345, 348 – Neubürgerentscheidung.
36 VerSanG RefE, Seite 95.

zung im Unternehmen ständig zu überwachen und die Wirksamkeit durch ihre Oberaufsicht zu sichern.

Ihr Haftungsrisiko durch mangelhafte Compliance-Management-Systeme steigt durch das im Entwurf vorliegenden Verbandssanktionengesetz. Nach § 9 VerSanG sind die Sanktionen erheblich verschärft. Schlimmstenfalls drohen Geldsanktionen bis zu 10% vom Umsatz bei vorsätzlichen Verbandstaten. Durch Vorkehrungen nach § 15 Abs. 3 Nr. 6 u. 7 VerSanG können die Sanktionen vermieden oder gemildert werden.[37] Die Gesetzesbegründung nennt Compliance als einziges Beispiel für „Vorkehrungen" im Sinne des Verbandssanktionengesetzes. Compliance-Systeme haben damit einen Preis. Das Risiko lässt sich quantifizieren. Es wirkt ruinös und wird im Vergleich zur bisherigen Rechtslage der Höhe nach verhundertfacht. Hinzu kommt, dass das bisher geltende Verfolgungsermessen durch den Verfolgungszwang nach dem Legalitätsprinzip ersetzt wird. Zur Überwindung von Reaktanz gegen Compliance-Maßnahmen wird verstärkt von Psychologen Kommunikation vorgeschlagen.[38]

Als Kommunikationsform bietet sich die Methode der Folgenerwägungen[39] an, mit der auch die Legitimation von Gesetzen begründet wird. Gesetzliche Regeln erfüllen einen Schutzzweck. Bedrohte Rechtsgüter werden durch die Einhaltung von Gesetzen geschützt. Werden Rechtspflichten nicht eingehalten, bleibt das abzuwendende Risiko bestehen und kann sich zum Schaden entwickeln. Mit der Einsicht in den Schutzcharakter gesetzlicher Regelungen können Widerstände gegen Compliance argumentativ überwunden werden. Um nicht wie im Gesetzgebungsverfahren die einmal erörterten und mit Mehrheit beschlossenen Vor- und Nachteile bei jeder Anwendung eines Gesetzes zu wiederholen, müssen Vorstände und Geschäftsführer Compliance-Management-Systeme und ihre Anwendung anordnen und kontrollieren.

Compliance ist Chefsache und Leitungsaufgabe, weil nur die Organe einer Gesellschaft das Direktionsrecht haben, um arbeitsrechtlich Mitarbeiter durch Abmahnung und Kündigung zu disziplinieren, über Zeit- und Finanzbudgets verfügen und legales Verhalten im Unternehmen mit ihrem Organisationsrecht durchsetzen können.

XI. Indirekte Widerherstellung der Handlungsfreiheit durch Widerstand gegen die namentliche Delegation von Rechtspflichten

Widerstand kommt regelmäßig in Unternehmen auf, wenn Pflichten auf namentlich benannte Pflichtenträger delegiert werden sollen. Auch hier ist der Widerstand zwecklos, weil der BGH die Pflicht zur Delegation an namentlich benannte Pflichtenträger entschieden hat. Ohne namentliche Benennung der Pflichtenträger sind die unverzichtbaren Kontrollen im Unternehmen, insbesondere die Oberaufsicht durch die Organe nicht möglich. Zur Oberaufsicht gehört deshalb, Pflichten an Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren, sie namhaft zu machen und jedem Pflichtenträger einen ebenso namentlich benanntem Ersatzmann zuzuweisen.[40]

Zu Unrecht werden Datenschutzgründe angeführt. Compliance bedeutet, öffentlich rechtliche Pflichten des Unternehmens einzuhalten. Verarbeitet ein privates Unternehmen personenbezogene Daten nicht im eigenen Interesse, sondern zur Erfüllung einer rechtlichen Pflicht, die einem im öffentlichen Interesse liegenden Zweck dient, ist diese Verwendung persönlicher Daten nach Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO zulässig.[41]

XII. Widerstand gegen die Dokumentationspflicht

Die Dokumentation von Ermittlung, Erfüllung und Kontrolle der Rechtspflichten ist unverzichtbar. Vorstände einer AG tragen nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast, dass gleiche gilt für GmbH-Geschäftsführer.[42] Nicht der Geschädigte muss beweisen, dass der Vorstand oder Geschäftsführer seine Sorgfaltspflichten verletzt hat. Vielmehr müssen Vorstände und Geschäftsführer beweisen, dass sie diese Sorgfalt eingehalten haben. Der BGH rechtfertigt die Beweislastumkehr mit der Erwägung, dass nur der Geschäftsleiter eines Unternehmens sein Verhalten selbst überschauen kann, das für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens spricht, während die Geschädigten als Außenstehende immer in Beweisnot wären. Die Pflichtwidrigkeit eines Geschäftsleiters gilt als bewiesen, wenn er nicht den Gegenbeweis führen kann. Die Dokumentation in einer Datenbank macht die Geschäftsleiter unabhängig von Zeugen aus dem Unternehmen, von deren Erinnerungsvermögen und deren Loyalität.

Die Pflicht zur Dokumentation und zur Abwehr des Risikos der Beweislastumkehr hat der BGH zuletzt in seinem VW-Diesel Urteil ausdrücklich bestätigt.[43]

XIII. Fazit

Die Erkenntnisse der Reaktanztheorie machen deutlich, dass der Widerstand gegen Rechtspflichten als reflexartiges und menschliches Fehlverhalten zum eigenen Nachteil und damit als Organisationsrisiko einzukalkulieren und abzuwenden ist. Der Widerstand gegen Compliance-Maßnahmen legt sich nicht von selbst und ist nicht durch noch so gut gemeinte Kommunikation zu überwinden. Reaktanz als Organisationsrisiko ist nur durch Anordnung und Kontrolle der Organe abzuwenden. Die Kommunikation mit Folgeerwägungen kann unterstützen, ersetzt aber Anordnung und Kontrolle nicht, weil aller Erfahrung nach nicht mit Freiwilligen für Compliance-Maßnahmen gerechnet werden darf.

AUTOR



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

37 *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 109; *Nolte/Michaelis*, BB 2020, 1154, 1156.

38 *Femers-Koch* (Fn. 4), Seite 65.

39 *Rüthers*, Rechtstheorie, 9. Aufl., Anm. 296, 330, 396 et respice finem; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Seite 163, § 5 Anm. 12; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, Seite 132; *Grimm*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, Seite 157.

40 BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 – Schubstrebenfall.

41 *Assion/Nolte/Veil*, in: Gierschmann (Hrsg.), Kommentar DS-GVO, Art. 6 Anm. 93.

42 200 BGHZ 152, 280, 4.11.2002 – Kurzarbeiterurteil.

43 BGH, 25.5.2020 – VI ZR 252/19 zur sekundären Darlegungslast, Rn. 37 – VW-Diesel.

DAS NEUE IT-SICHERHEITSGESETZ 2.0

Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt

Inhaltsverzeichnis

Erweiterter Kreis der Betreiber kritischer Infrastrukturen 2
Neue Befugnisse des BSI gegenüber dem Bund 2
Neue Erweiterungen des IT-Sicherheitsgesetzes auf Systeme zur Angriffserkennung 2
Neue Erweiterungen der IT-Sicherheit auf kritische Komponenten 2
Neue IT-Sicherheitspflichten für „Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse“ 3
Neue Erweiterung des IT-Sicherheitsgesetzes auf den Verbraucherschutz 3
Die neue Befugnis des BSI zur Detektion von Sicherheitsrisiken für Netz- und IT-Sicherheit und von Angriffsmethoden durch Portscans 4
Die Befugnis des BSI zu Honeypots 5
Die Befugnis des BSI zur Anordnung an Diensteanbieter zur Beseitigung von Störungen 5
Die neue Regelungen des Beginns der Verpflichtung von Betreibern kritischer Infrastruktur 6
Die neue Pflicht zu Angriffserkennungssysteme 6
Die neue Anwendung der Pflicht zur IT-Sicherheit auf „Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse“ 7
Neue Pflichten für Anbieter digitaler Dienste 7
Die Pflichten zur IT-Sicherheit von Störfallbetrieben 7
Die Pflicht zur Berechnung der Wertschöpfung 8
Die Pflicht von Störfallbetrieben zur IT-Sicherheit 8
Die Bußgeldregelung nach § 14 BSIG 9

DAS NEUE IT-SICHERHEITSGESETZ 2.0

Zweites Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme
In Kraft getreten am 29.Mai 2021, BGBI. 2021 Teil 1 Nr. 25

Das neue IT-Sicherheitsgesetz wurde vom Bundestag am 23.04.2021 verabschiedet und vom Bundesrat am 7.5.2021 gebilligt. Es enthält durch Änderungen des BSIG zahlreiche neue Pflichten für Unternehmen sowie Anforderungen an das Bundesamt für die IT-Sicherheit (BSI) zur Stärkung der IT-Sicherheit in Deutschland. Der Gesetzgeber betont, dass die Gewährleistung von Cyber-Sicherheit nicht statisch sein kann, sondern eine ständige Anpassung und Weiterentwicklung der Abwehrstrategien erforderlich ist. Die Erfahrungen aus der Anwendung des 1. IT-Sicherheitsgesetzes sowie den Erkenntnissen aus Cyberangriffen bestimmen die Neuregelungen des IT-Sicherheitsgesetzes.

Erweiterter Kreis der Betreiber kritischer Infrastrukturen

Erweitert wurde der Kreis der Betreiber kritischer Infrastrukturen und der Verpflichteten nach dem BSIG. Nach den bisherigen Definitionen der BSI-KritisV sind rund 1.600 Kritis-Betreiber nach § 8a und 8b BSIG zur IT-Sicherheit verpflichtet. Mit der Definitionserweiterung kommen etwa 240 weitere Kritis-Betreiber dazu. Sie sind zum größten Teil der Stromerzeugung zuzurechnen. 160 sind dem Kritis-Sektor Energie zuzuordnen. Unternehmen haben sich selbst zu prüfen, ob sie unter die BSI-KritisV fallen, vor allem ob sie die Schwellenwerte erreichen. Über die wichtigsten Neuerungen soll im Folgenden ein Überblick vermittelt werden.

Neue Befugnisse des BSI gegenüber dem Bund

Neue Definitionen enthält **§ 2 BSIG.** Nach **§ 2 Abs. 3 Satz 1 BSIG** wird die Kommunikationstechnik des Bundes definiert. Nach **§ 4a BSIG** wird das BSI befugt, die Sicherheit der Kommunikationstechnik des Bundes und ihrer Komponenten, einschließlich technischer Infrastrukturen zu kontrollieren. Dem BSI ist Zugang zu gewähren. Es hat das Ergebnis seiner Kontrollen in Form von Vorschlägen zur Verbesserung der Informationssicherheit vorzuschlagen. Das BSI ist befugt gemäß § 8 BSIG Mindeststandards festzulegen.

Neue Erweiterungen des IT-Sicherheitsgesetzes auf Systeme zur Angriffserkennung

Definiert werden in § 2 BSIG IT-Produkte im Sinne dieses Gesetzes als Softwareprodukte sowie alle einzelnen oder miteinander verbundenen Hardwareprodukte. In **§ 2 Abs. 9b BSIG** werden Systeme zur Angriffserkennung im Sinne dieses Gesetzes definiert, als durch technische Werkzeuge und organisatorische Einbindungen unterstützte Prozesse zur Erkennung von Angriffen auf informationstechnische Systeme. Die Angriffserkennung erfolgt dabei durch den Abgleich, der in einem informationstechnischen System verarbeiteten Daten mit Informationen und technischen Mustern, die auf Angriffe hindeuten.

An dieser Definition wird das Hauptproblem der Angriffserkennung deutlich. Erforderlich sind Erfahrungssätze darüber, unter welchen tatsächlichen Umständen der Rückschluss auf einen Angriff erlaubt ist. Die Indizien und Erfahrungssätze zusammen lassen Rückschlüsse zu, ob ein Cyber-Angriff bevorsteht.

Neue Erweiterungen der IT-Sicherheit auf kritische Komponenten

Neu in § 2 BSIG ist die Erweiterung der Sachverhalte nach **§ 13 BSIG** auf kritische Komponente, unter denen das Gesetz IT-Produkte versteht, die in kriti-

schen Infrastrukturen eingesetzt werden, von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil Störungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit dieser IT-Produkte zu einem Ausfall oder zu einer erheblichen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit kritischer Infrastrukturen oder zur Gefährdung für die öffentliche Sicherheit führen können. Der Anwendungsbereich des Gesetzes wird danach **auf kritischen Komponenten ausgeweitet.**

Neue IT-Sicherheitspflichten für „Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse“

In **§ 2 Abs. 14 BSIG** werden die **Pflichten des BSIG auf „Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse“ ausgeweitet,** die nicht Betreiber kritischer Infrastrukturen nach Abs. 10 sind, sondern nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 u. 3 der Außenwirtschaftsverordnung geregelt sind, wozu zum Beispiel Rüstungsexporte gehören. Außerdem zählen die größten Unternehmen in Deutschland dazu, die von erheblicher volkswirtschaftlicher Bedeutung hinsichtlich der Wertschöpfung sind und als dritte Gruppe zählen Störfallbetriebe dazu, die der Störfallverordnung unterfallen. Die „Unternehmen im besonderen öffentlichen Interessen“ werden durch die Rechtsverordnung nach § 10 Abs. 5 BSIG bestimmt.

Neue Erweiterung des IT-Sicherheitsgesetzes auf den Verbraucherschutz

Neu in **§ 2 Abs. 14a BSIG** ist die **Regelung des Verbraucherschutzes** im Bereich Sicherheit in der Informationstechnik. Durch Beratung und Warnungen sollen Verbraucher in Fragen der Sicherheit in der Informationstechnik über unzureichende Sicherheitsvorkehrungen informiert werden. Nach § 4 BSIG wird die Regelung in § 4b BSIG und in § 8b BSIG ergänzt. Die **Aufgaben als zentrale Meldestelle werden erweitert.** Die gemeldeten Informationen zu Sicherheitslücken, Schadprogrammen und IT-Sicherheitsvorfällen sind zentral zu sammeln und auszuwerten. Sie sind zu einem Gesamtlagebild der Cyber-Sicherheit in Deutschland zusammenzufassen. Bisher fehlte eine Rechtsgrundlage für die **Übermittlung von Informationen durch Dritte aus der Wirtschaft oder durch Einzelpersonen an das BSI**. Sie wird nunmehr in § 4b BSIG begründet. Die Informanten sind nach § 4b BSIG nicht zur Meldung verpflichtet. Die Meldungen sind **freiwillig** und **anonym** möglich, um Hemmschwellen zu senken. Nach § 4b Abs. 3 BSIG soll das Bundesamt **andere Behörden, Dritte und die Öffentlichkeit** über Gefahren der Cyber- und Informationssicherheit **informieren**. Nach § 4b Abs. 2 BSIG werden die meldenden Personen geschützt. Das Bundesamt soll nach § 4b Abs. 3 BSIG die Meldungen ausnutzen, über Sicherheitslücken, Schadprogramme und erfolgte und versuchte Angriffe informieren, erforderlichenfalls die Öffentlichkeit nach § 7 BSIG warnen und die Betreiber kritischer Infrastrukturen und „Unternehmen im öffentlichen Interesse“ unterrichten.

§ 7 BSIG wird zur Stärkung der neuen **Aufgabe des Verbraucherschutzes** gemäß § 3 Nr. 14a BSIG geändert. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 1 BSIG konnte bisher das BSI Produktempfehlungen nur für IT-Sicherheitsprodukte aussprechen, zum Beispiel für Virenscanner. Nunmehr wird im Interesse einer erhöhten Verbrauchertransparenz diese Befugnis des BSI allgemeiner für informationstechnische Produkte und Dienste durch § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a BSIG ausgeweitet, zum Beispiel auf Router oder Smart-TV.[1]

Nach **§ 7a BSIG** kann das BSI zur Erfüllung seiner Aufgaben **Produkte und Systeme** untersuchen und Informationen über bestehende Sicherheitsrisiken auswerten, von Herstellern die notwendigen Auskünfte verlangen. Auch diese Befugnis dient dem Verbraucherschutz im Bereich der Informationssicherheit. Das BSI ist auf die **Informationen der IT-Hersteller durch Bereitstellung von Informationen angewiesen.** Diese Regelung zum Auskunftsverlangen an Hersteller entspricht den Befugnissen im Lebensmittel- und Chemikalienrecht. In der zunehmenden Digitalisierung ist der Verbraucher auf diese Informationen zur IT-Sicherheit angewiesen. Sichergestellt werden muss durch das BSI, dass die IT-Produkte nur die vom Hersteller

1 BT-Drs. 19/26106, S. 67.

zugesagten Funktionalitäten haben. Die Regelungen entsprechen nach der Gesetzesbegründung der Aufgabe des Staates und seiner Schutzpflicht gegenüber den Bürgern, indem er diese vor jeglichen Gefahren warnen und schützen muss.[2]

Zuwiderhandlungen gegen die Auskunftsverpflichtungen lösen ordnungswidrigkeitliche Sanktionen nach § 14b BSIG aus.

§ 7 Abs. 3 BSIG enthält eine Zweckbindung für die Erkenntnisse aus den Untersuchungen und den Auskünften. Die Digitalisierung soll durch hohe Sicherheitsstandards gefördert werden.

Nach **§ 7a Abs. 5 BSIG** hat das BSI die Befugnis, die Öffentlichkeit über verweigerte Auskünfte des IT-Herstellers zu informieren. Damit soll Druck auf die Hersteller ausgeübt werden, dem Auskunftsverlangen nachzukommen. Verweigert ein Hersteller die Auskunft, droht ihm ein Bußgeld nach § 14 Abs. 2 Nr. 1b BSIG für die Zuwiderhandlung einer vollziehbaren Anordnung nach § 7a Abs. 1 BSIG.

Die neue Befugnis des BSI zur Detektion von Sicherheitsrisiken für Netz- und IT-Sicherheit und von Angriffsmethoden durch Portscans

Nach **§ 7b BSIG** räumt das Gesetz dem Bundesamt die Befugnis ein im Rahmen seiner Aufgaben nach § 3 BSIG Sicherheitslücken und andere Sicherheitsrisiken zu ermitteln (Detektion), beschränkt auf Unternehmen kritischer Infrastrukturen, Anbieter digitale Dienste und der Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse (nach § 2 Abs. 10, 11 und 14 BSIG. **Befugt ist das Bundesamt zu sogenannten Portscans.** Vorausgesetzt wird, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die informationstechnischen Systeme „ungeschützt" im Sinne von § 7b Abs. 2 BSIG sein können und dadurch in ihrer Sicherheit oder Funktionsfähigkeit gefährdet sein können. Zu verstehen ist ein Port in der Programmierung als eine logische Verbindungsstelle und im spezifischen bei Benutzung des Internetprotokolls (IP) tcp/ip, die Technik, wie ein Clientprogramm ein bestimmtes Server-Programm auf dem Computer innerhalb eines Netzwerks adressiert. Ein Port stellt einen Anschluss an ein System dar. Mit einem Portscanner lässt sich testen, ob bei Ports eine IP-Adresse offen ist. Offene Ports sind eine Gefahr für Router, Server und Geräte. In der Portkommunikation können Sicherheitslücken durch Software- und Konfigurationsfehler vorkommen. Diese Sicherheitslücken müssen unverzüglich geschlossen werden. Sicherheitslücken werden regelmäßig auf allgemein zugänglichen Plattformen im Internet veröffentlicht und sind im Sinne des § 7b Abs. 2 BSIG öffentlich bekannt.[3] Befugt ist das Bundesamt nur bei den genannten Adressaten, den Betreibern kritischer Infrastruktur, digitaler Dienste und den „Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse". Das Bundesamt erstellt eine Liste von IP-Adressbereichen und passt diese an.

Bei Portscans handelt es sich um ein Verfahren, das grundsätzlich jedermann zugänglich ist und das regelmäßig auch zu Angriffszwecken von Kriminellen genutzt wird. Das Bundesamt ist an den Sicherheitslücken interessiert, um sie zu schließen, während Kriminelle daran interessiert sind, die Sicherheitslücken zu missbrauchen und sich unbefugten Zugang über einen lückenhaften Port zu verschaffen. Zum Zwecke der Detektion sendet das Bundesamt Anfragen an einen oder mehrere Ports der Betreiber eines informationstechnischen Systems und wertet die vom System gelieferte Antwort aus.[4] Beim Portscan geht es darum, dass die Sicherheitslücken vom Bundesamt erfasst werden, noch bevor sie von Kriminellen missbraucht werden können. Allen Adressaten des BSIG werden technische Merkmale zur Verfügung gestellt, damit diese geeignete Vorkehrungen treffen können, um einen nach dieser Vorschrift durchgeführten Portscan im Rahmen der Befugnisse des Bundesamtes von einem unbefugten Angriff zu unterscheiden.[5]

2 BT-Drs. 19/26106, S. 68.

3 BT-Drs. 19/26106, S. 69 zu „Portscan".

4 BT-Drs. 19/26106, S. 69.

5 BT-Drs. 19/26106, S. 70.

Im Ergebnis muss man die Maßnahme des Bundesamtes beim Portscannen als simulierten Angriff verstehen, um die Lücke zeitlich noch vor Cyberkriminellen im System zu erfassen. Portscans müssten deshalb von Betreibern kritischer Infrastruktur unterstützt werden.

Werden Sicherheitslücken durch den Portscan erkannt, sind die für das informationstechnische Systeme Verantwortlichen darüber zu informieren.

In **§ 7 Abs. 2 BSIG** wird der Begriff **„ungeschützt"** definiert. Die Definition der **„Sicherheitslücke"** findet sich in § 2 Abs. 6 BSIG. Erfasst werden Kommunikationsnetze, als auch informationstechnische Systeme, die ohne Schutzmechanismen arbeiten oder deren Systeme faktisch wirkungslos sind. Als Beispiel führt die Gesetzesbegründung den Fall an, dass vom Hersteller ein stets identisches Passwort vergeben wird.[6] Aus § 7 Abs. 3 BSIG ergibt sich die Pflicht des Bundesamtes über die Sicherheitsprobleme zu informieren und zwar zunächst die Betriebsverantwortlichen, hilfsweise die Provider.

Die Befugnis des BSI zu Honeypots

Nach § 7b Abs. 4 BSIG wird **das Bundesamt befugt** sogenannte **aktive Honeypots zu betreiben,** dass gestellte Sicherheitslücken aufweist und Angreifer mit Schadsoftware anlockt, wodurch das Bundesamt in die Lage versetzt wird, Schadsoftware zu analysiere, kennenzulernen, Funktionsweise und Infektionswege nachvollziehen zu können, um sich selbst in die Lage zu versetzen, vor neuen Angriffsmethoden zu warnen und Systeme kritischer Infrastrukturen oder die Bundeseinrichtung zu schützen.

Die Befugnis des BSI zur Anordnung an Diensteanbieter zur Beseitigung von Störungen

Nach **§ 7c BSIG** ist das Bundesamt gegenüber Diensteanbietern mit mehr als 100.000 Kunden befugt, anzuordnen, dass der Anbieter die in § 109a Abs. 5 und 6 des TKG zu bezeichnende Maßnahmen trifft oder technische Befehle zur Bereinigung von einem konkret benannten Schadprogramm an Betroffene informationstechnischer System verteilt. Danach werden die Störungen bei der Nutzung des Telekommunikationsdienstes geregelt. Der Diensteanbieter darf die Nutzung zur Beendigung der Störung einschränken, umleiten oder unterbinden, soweit dies erforderlich ist, um die Beeinträchtigung zu beseitigen oder zu verhindern. Nach § 109a Abs. 6 TKG darf der Diensteanbieter den Datenverkehr zu Störungsquellen einschränken oder unterbinden, soweit dies erforderlich ist. Die Maßnahmen des Dienstanbieters stehen in dessen Ermessen. Deshalb wird das Bundesamt berechtigt, zur Aufrechterhaltung betriebsfähiger sicherer IT-Strukturen eine **bundesweit einheitliche Gefahrenabwehr** zu ordnen und zwar zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Bereich des Rechts der Wirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Ob der Diensteanbieter die Maßnahmen zur Beseitigung der Störung ergreift oder nicht, darf nicht seinem Ermessen überlassen bleiben. Das Bundesamt muss bundesweit einheitlich zur Gefahrenabwehr vorgehen können. Eine erfolgreiche Gefahrenabwehr ist nur durch eine zentrale Stelle wie das Bundesamt gewährleistet. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung Gefahren durch Botnetze. Botnetze entstehen durch unbemerkte Installation einer Schadsoftware auf dem Datenverarbeitungssystem eines Nutzers. Ein Täter hat vollständigen Zugriff auf die kompromittierten Systeme. Sie werden ohne Wissen der Nutzer durch den Täter kontrolliert und gesteuert. Das Mittel der Tat sind sogenannte Command-and-Control-Server (C&C-Server). Die Netze aus C&C-Server und Bots werden Botnetze genannt. Der Täter kann Daten der Nutzer von Bots ausleiten und das Botnetz für DDoS-Angriffe (Distributed-Denial-of-Service) einsetzen. Diese Art von Angriffen haben sich nach dem Bundeslagebild Cybercrime im Vergleich zum Vorjahr verdoppelt.[7] In aller Regel werden Nutzerdaten ausgeleitet. Verletzt werden die Vertraulichkeit und die Verfügbarkeit der Systeme. Die Anordnungsbefugnis ist begrenzt auf Anbieter, die mehr als 100.000 Kunden haben. Nach

6 BT-Drs. 19/26106, S. 71.

7 BT-Drs. 19/26106.

§ 8 BSIG legt das BSI im Einvernehmen mit den **Ressorts Mindeststandards für die Sicherheit der Informationstechnik des Bundes von Stellen des Bundes, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts auf Bundesebene und öffentliche Unternehmen, die mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen und die IT-Dienstleistungen für Bundesverwaltung erbringen, fest.** Erreicht werden soll ein gleich hohes IT-Sicherheitsniveau bei jeder Einrichtung des Bundes unabhängig von der Organisationsform. Kontrollrechte des Bundesamtes werden eingeführt, um das gleich hohe IT-Sicherheitsniveau zu halten. Ein einheitliches Schutzniveau wird angestrebt. Nach § 8 BSIG erarbeitet das Bundesamt verbindliche Mindeststandards für die Sicherheit der Informationstechnik des Bundes. Ebenfalls ist neu geregelt, dass neben den Stellen des Bundes die Mindeststandards zukünftig ausdrücklich auch für IT-Dienstleister gelten, soweit sie Dienstleistungen für die Kommunikationstechnik des Bundes erbringen.

Die neue Regelungen des Beginns der Verpflichtung von Betreibern kritischer Infrastruktur

Neu sind ebenfalls weitere Kontrollrechte des Bundesamtes, ob die hohen IT-Sicherheitsstandards eingehalten werden. In der gesamten Bundesverwaltung soll die Einhaltung des Mindeststandards ein einheitliches Schutzniveau und eine wirksame Prävention gegen Angriffe und Cyber-Sicherheitsvorfälle erreicht werden. Das BSI soll möglichst frühzeitig bei wesentlichen Digitalisierungsvorhaben einbezogen werden.

§ 8a BISG verpflichtet die Betreiber kritischer Infrastrukturen zu angemessenen organisatorischen technischen Vorkehrungen zur Vermeidung von Störungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit über informationstechnische Systeme, Komponente oder Prozesse zu treffen. Bisher bestand die Pflicht, den Stand der Technik einzuhalten.

Neu geregelt ist, ab wann diese Verpflichtung gilt, nämlich erstmalig oder erneut, wenn feststeht, dass eine kritische Infrastruktur nach § 10 Abs. 1 BSIG betrieben wird. Die Einstufung als kritische Infrastruktur hängt von den Schwellenwerten ab, die in der Rechtsverordnung geregelt sind.

Die neue Pflicht zu Angriffserkennungssysteme

Neu wird in § 8a Abs. 1a BSIG die Pflicht geregelt, Systeme zur Angriffsanerkennung einzusetzen. Die Pflicht gilt ab dem 1. Mai 2023. Die Systeme müssen geeignete Parameter und Merkmale aus den laufenden Betrieb kontinuierlich und automatisch erfassen und auswerten. Sie sollten dazu in der Lage sein, fortwährend Bedrohungen zu identifizieren und zu vermeiden sowie für eingetretene Störungen geeignete Beseitigungsmaßnahmen vorzusehen. Diese Systeme unterscheiden sich in der Methode zur Erkennung von Cyber-Angriffen. Beispielsweise nennt die Gesetzesbegründung den Abgleich mit statischen Mustern zur Software und Kommunikation, von denen bekannt ist, dass sie im Zusammenhang mit Cyber-Angriffen stehen. Eine weitere Methode besteht nach der Gesetzesbegründung darin, zunächst den störungsfreien Normalbetrieb zu erfassen und Abweichungen davon zur Detektion zu verwenden. Es handelt sich um die sogenannte **Anomalie-Detektion.** Alle Abweichungen vom Normalbetrieb werden als Indizien für einen drohenden Angriff oder eine Störung gewertet. Informationen müssen als Erkennungsmuster für Cyberangriffe eingesetzt werden. Diese einmal festgestellten Erkennungsmuster müssen ständig aktuell gehalten werden, weil die Cyberkriminalität ihre Angriffsmethoden verändert. Ein Erfahrungsaustausch über Informationen zu Schadsoftware wird auf der **Sharing-Plattform MISP des Bundesamtes** bereitgestellt.

Die Rechtsgrundlage für die eventuelle Verarbeitung personenbezogener Daten des IT-Systems durch Betreiber kritischer Infrastruktur ergibt sich aus Artikel 6 Abs. 1 Buchstabe f DSGVO. Die Betreiber kritischer Infrastrukturen haben nach § 8a Abs. 3 Satz 1 BSIG die Pflicht, die Erfüllung der Anforderungen alle zwei Jahre ab dem 1. Mai 2023 nachzuweisen.

Die neue Anwendung der Pflicht zur IT-Sicherheit auf „Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse“

Nach der Neufassung des **§ 8b BSIG** zur zentralen Stelle für die Sicherheit der Informationstechnik kritischer Infrastrukturen ist der **Anwendungsbereich auf Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse erweitert worden.** Die Betreiber kritischer Infrastruktur haben zusätzlich die Pflicht, ihre Betriebe in kritischen Infrastrukturen beim Bundesamt zu registrieren und eine Kontaktstelle zu benennen. Die Registrierung kann vom Bundesamt selbst vorgenommen werden, wenn die Betreiber ihre Registrierungspflicht nicht erfüllen. Erfüllt der Betreiber diese Pflicht zur Registrierung nicht, kann das Bundesamt von ihm verlangen, die erforderlichen Unterlagen vorzulegen und Auskunft zu erteilen, soweit nicht Geheimschutzinteressen oder überwiegende Sicherheitsinteressen entgegenstehen. Nach § 8b Abs. 4a BSIG kann das BSI zur Bewältigung der Störung die Herausgabe der notwendigen Informationen einschließlich bezogener Daten verlangen.

Neue Pflichten für Anbieter digitaler Dienste

§ 8c BSIG verpflichtet die **Anbieter digitaler Dienste.** Sie haben **technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen,** um die Risiken für die Sicherheit der Netze und Informationssysteme zu bewältigen, die sie zur Bereitstellung der digitalen Dienste innerhalb der europäischen Union nutzen.

§ 8e BSIG regelt das Auskunftsverlangen Dritter gegenüber dem Bundesamt. **Das BSI kann nur Auskunft erteilen,** wenn die Interessen betroffener Betreiber kritischer Infrastruktur oder Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse oder dem Anbieter digitaler Dienste nicht entgegenstehen. Sicherheitsinteressen dürfen nicht durch die Auskunft beeinträchtigt werden. Bevor also das BSI Auskünfte über Erfahrungen von Angriffen und Störern gegen dritte Betreiber kritischer Infrastruktur weitergibt, muss es prüfen, ob nicht schutzwürdige Interessen verletzt werden können.

Die Pflichten zur IT-Sicherheit von „Unternehmen im öffentlichen Interesse“

Nach **§ 8f BSIG werden Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse den Unternehmen kritischer Infrastruktur gleichgestellt.** Definiert werden sie in § 2 Abs. 14 BSIG. Sie werden durch die Rechtsverordnung nach § 10 Abs. 5 BSIG bestimmt. Nach § 8f BSIG haben sie die Pflicht eine **Selbsterklärung** zur IT-Sicherheit beim Bundesamt vorzulegen, und zwar

- **erstens** über die Zertifizierung im Bereich der IT-Sicherheit in den letzten 2 Jahren,
- **zweitens** welche Sicherheitsaudits in den letzten 2 Jahren durchgeführt wurden und
- **drittens** wie sichergestellt wird, dass die schützenswerten informationstechnischen Systeme, Komponenten und Prozesse angemessen geschützt werden und ob dabei der Stand der Technik eingehalten wird.

Nach **§ 8f Abs. 5 BSIG** haben sie die Pflicht nach Vorlage der ersten Selbsterklärung sich beim Bundesamt zu registrieren und eine Kontaktstelle zu benennen. Nach § 8f Abs. 7 BSIG haben sie Meldepflichten. Von den Meldepflichten betroffen sind die Unternehmen im besonderen öffentlichem Interesse nach § 2 Abs. 14 Satz 1 Nummer 1 und 2 BSIG über Störungen, die zu einem Ausfall oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Erbringung der Wertschöpfung geführt haben, oder führen können. Die Meldungen müssen die tatsächlichen und vermuteten Ursachen, die betroffene Informationstechnik und die Art der betroffenen Einrichtungen und Anlangen enthalten.

Die Pflichten zur IT-Sicherheit von Störfallbetrieben

Nach **§ 8f Abs. 8 BSIG** sind die Störfallbetriebe nach § 2 Abs. 14 Satz 1 Nummer 3 BSIG zur Meldung verpflichtet. Dabei handelt es sich um die Störfallbetriebe, die verpflichtet sind Störungen unverzüglich zu melden.

Die Pflicht zur Berechnung der Wertschöpfung

Erfüllen Unternehmen im besonderen öffentlichen Interessen ihre Pflicht zur Selbsterklärung nach § 8f Abs. 5 BSIG nicht, kann das BSI eine **rechnerische Darlegung** verlangen, wie hoch die vom Unternehmen erbrachte inländische Wertschöpfung nach der in § 10 Abs. 5 BSIG festgelegten Berechnungsmethode ist oder eine entsprechende Bestätigung einer anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, dass das Unternehmen kein Unternehmen im besonderen öffentlichem Interesse nach § 2 Abs. 14 Satz Nr. 2 ist. Die IT-Sicherheit bei Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse nach § 8f BSIG wird wie die Unternehmen der kritischen Infrastruktur vom BSIG geregelt, weil es sich um volkswirtschaftlich besonders wichtige Unternehmen handelt, weil sie in sicherheitsrelevanten Branchen aktiv sind oder aufgrund ihrer Größe und entsprechender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bestmöglich sicherzustellen ist, dass Cyber-Angriffe oder sonstige IT-Störungen nicht zu länger andauernden Produktionsausfällen führen können. Diese Unternehmen werden wegen ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung verpflichtet, mittels einer Selbsterklärung gegenüber dem Bundesamt darzulegen, welche Maßnahmen zur Verbesserung ihrer IT-Sicherheit vorgesehen sind und durchgeführt werden. **Große Unternehmen werden somit im Interesse der Volkswirtschaft zur IT-Sicherheit gezwungen.** Sie werden zum Beispiel zum BSI-Grundschutz, zu Audits und Zertifizierungen verpflichtet. Durch die Selbsterklärung der Unternehmen und die Einbeziehung des BSI erhalten die Unternehmen die Möglichkeit, ihre IT-Sicherheit zu verbessern und sie auf ein fiktives Schutzniveau zu heben. Sie werden verpflichtet, bestimmte Angriffe und Vorfälle zu melden, wenn die Wertschöpfung beeinträchtigt werden kann. **Geschützt werden Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse nicht nur vor Cyber-Angriffen,** sondern **auch vor Störungen.** Eine Störung im Sinne des BSIG liegt dann vor, wenn die eingesetzte Technik die ihr zugedachten Funktion nicht mehr richtig oder nicht mehr vollständig erfüllen kann oder versucht wurde, entsprechend auf sie einzuwirken. Dazu zählen Fälle von Sicherheitslücken, Schadprogrammen, außergewöhnliche und unerwartete technische Defekte mit IT-Bezug, versuchte und abgewehrte Angriffe auf die IT-Sicherheit.[8] Durch die Meldepflicht an das BSI können Erkenntnisse gewonnen werden, wie solche Störungen erkannt, behoben und vermieden werden können. Ein Ausfall der Wertschöpfung wäre meldepflichtig, da hierbei ein entsprechend bedeutendes Unternehmen faktisch still gelegt wäre. Die gemeldeten Erkenntnisse können mit anderen Unternehmen geteilt werden und das IT-Sicherheitsniveau in Deutschland erhöht werden, ohne dass das meldende Unternehmen selbst an die Öffentlichkeit gehen muss, um andere Unternehmen zu warnen oder zu informieren. Das Gesetz strebt mit den Pflichten nach § 8f BSIG einen vertrauensvollen Austausch zwischen Bundesamt und Unternehmen an.[9]

Die Pflicht von Störfallbetrieben zur IT-Sicherheit

Nach **§ 2 Abs. 14 Satz 1 Nummer 3 BSIG sind Störfallbetriebe verpflichtet,** Störungen an das Bundesamt zu melden, die zu einem Störfall nach der Störfallverordnung geführt haben oder führen können. Es handelt sich um Störungen, die das Leben oder die Gesundheit von Menschen bedrohen oder durch die die Gesundheit einer großen Zahl von Menschen beeinträchtigt werden kann.

Nach **§ 9b BSIG** wird in die **Gefahr durch kritische Komponenten geregelt, auf die Unternehmen kritischer Infrastruktur angewiesen sind,** die deshalb kritisch sind, weil Störungen dieser IT-Produkte zu einem Ausfall oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und letztlich zur Gefährdung für die öffentliche Sicherheit führen können. Nach § 9b Abs. 1 BSIG sind die Betreiber kritischer Infrastruktur verpflichtet, den geplanten erstmaligen Einsatz einer kritischen Komponente dem Bundesinnenminister anzuzeigen. Das Bundesministerium kann den Einsatz untersagen oder Anordnungen erlassen, wenn der Einsatz die öffentliche Ordnung oder Sicherheit vor-

8 BT-Drs. 19/26106, S. 82.

9 BT-Drs. 19/26106, S. 82.

aussichtlich beeinträchtigt. Durch die Betreiber kritischer Infrastruktur ist eine Erklärung des Herstellers der kritischen Komponente einzuholen, dass dieser in der Lage ist, die gesetzlichen geforderten Bestimmungen sowie auch weitergehende flankierende Pflichten selbst einzuhalten. Dies gilt nach § 9b Abs. 3 BSIG für kritische Komponenten, für die eine gesetzliche Zertifizierungspflicht besteht. Der Hersteller hat eine Garantieerklärung abzugeben. Vermieden werden müssen Risiken für die drei Schutzziele und für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

Der Bundesinnenminister kann den Einsatz der kritischen Komponente untersagen oder Anordnungen erlassen, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung voraussichtlich beeinträchtigt wird und der Hersteller der kritischen Komponente nicht vertrauenswürdig ist. In den Anzeigen ist die Art des Einsatzes (Abs. 1 Satz 2) darzustellen. Dazu gehört die Funktion und Verortung in der kritischen Infrastruktur. Jeder Betreiber kann über die Funktion und den Einsatz Auskunft geben.

Die Inhalte der Garantieerklärung werden durch eine Allgemeinverfügung des Bundesinnenministeriums vorgegeben. Die Garantieerklärung wird sich auf verschiedene Kritis-Sektoren erstrecken, für die spezifische Inhalte vorgegeben werden müssen. Die Garantieerklärung muss auch mögliche Gefahren und Verstöße gegen bestimmte Handlungspflichten abdecken, die sich aus der Organisationsstruktur oder möglichen sonstigen rechtlichen Verpflichtungen des Herstellers ergeben.[10]

Nach **§ 9 BSIG** besteht ein Untersagungsvorbehalt. Die Betreiber müssen eine Entscheidung über den Einsatz einer kritischen Komponente abwarten, bevor der Einsatz gestattet ist.[11] Das Bundesinnenministerium beteiligt verschiedene Ressorts um die jeweiligen Risiken zu analysieren. In der Gesetzesbegründung werden „interministeriale jour fixes“ erwähnt, um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung als Voraussetzung für eine Entscheidung nach Abs. 3 in den knappen Entscheidungsfristen von einem Monat nach Anzeige zu ermöglichen. Auf Ministerebene müsste für den Einsatz kritischer Komponente ein Konsens erzielt werden. Im Falle eines Dissenses hat die Bundesregierung nach den Vorgaben der gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesregierung (GO BReg) über den Streit zu beraten mit dem Ziel, eine einvernehmliche Entscheidung voranzutreiben (§ 15 Abs. 1 GO BReg). In § 9b Abs. 4 BSIG wird der weitere Einsatz der Komponente nach der Zulassung geregelt. Überprüft wird die Einhaltung der Vorgaben der Garantieerklärung im laufenden Betrieb. Auch der laufende Betrieb einer Komponente kann untersagt werden und zum Rückbau führen. Die Pflichten aus der Garantieerklärung müssen auch nach dem Einbau im laufenden Betrieb eingehalten werden.

Die Bußgeldregelung nach § 14 BSIG

Mit der Gesetzesänderung wurde der Bußgeldrahmen erhöht, die Bußgeldvorschriften systematisiert und ergänzt. Der Katalog der Tatbestände zur Wahrnehmung der übertragenden Aufgaben im Bereich kritischer Infrastrukturen wurde präzisiert und erweitert. Die Bußgeldvorschriften sind in vier Stufen aufgebaut.

Nach **§ 14 Abs. 1 BSIG** werden alle Fälle sanktioniert, in denen Betreiber ihre zur erbringenden Nachweise, Nachforderungen, Auskünfte und Kennzahlen vorsätzlich falsch oder nicht vollständig erbringen. Begründet wird diese Regelung damit, dass das BSI darauf angewiesen ist, den Stand der umgesetzten Maßnahmen zur Sicherung der IT-Sicherheit von den Betreibern selbst tätig und zuverlässig nachgewiesen werden. Das BSI benötigt den tagesaktuellen Überblick über den Stand des IT-Sicherheitsniveaus und über die Entwicklung der laufenden IT-Vorfälle, um die Prävention, Detektion und Angriffsbewältigung unterstützen zu können. Das BSI ist auf die Nachweise durch die Betreiber und deren Zulieferer angewiesen. **Der Unrechtsgehalt wird auf das vorsätzliche Zurückhalten durch die Betreiber in Kenntnis ihrer Pflicht begründet.** Das öffentliche Interesse wird zugunsten der Individualinteressen der Betreiber missbilligt. Die fahrlässige Vernachlässigung

10 BT-Drs. 19/26106.

11 BT-Drs. 19/26106, S. 85.

der Informationspflichten wird nach § 14 Abs. 1 BSIG nicht sanktioniert.

Nach **§ 4 Abs. 2 Nr. 1a, b und c BSIG** werden Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Anordnungen nach § 5 Abs. 6 BSIG vorgesehen, wenn **Hersteller eines informationstechnischen Systems** gegen dem Verlangen des Bundesamtes **nicht oder in unzureichender Form an der Wiederherstellung der Sicherheit oder Funktionsfähigkeit des betroffenen Systems mitwirken.** Es betrifft die Bestandsdaten, Auskunft auf Verlangen des Bundesamtes. Verpflichtet ist der Anbieter geschäftsmäßiger Telekommunikationsdienste und zwar in Fällen der drohenden Gefahr nach § 2 Abs. 10 Nr. 1 BSIG und die Funktionsfähigkeit informationstechnischer Systeme der kritischen Infrastruktur oder eines Unternehmens von besonderem öffentlichem Interesse abzuwehren sind. Auf die Mitwirkung der Herstellern sind alle Betroffenen angewiesen, da in der Regel nur bei den Hersteller der vollständige Zugang zur Dokumentation von Hard- und Softwarekomponenten vorhanden ist. Der **drohende Ausfall und die Betroffenheit an einer Vielzahl von Bürgern rechtfertigt die Androhung des Bußgelds.** Die Wiederherstellung der Sicherheit durch Sicherheitspatches ist nur mit dem betriebsinternen Know-how des Herstellers zu bewältigen. Auch die Eilbedürftigkeit rechtfertigt die Sanktionen im öffentlichen Interesse. Die Bußgeldbewehrung hilft der Vollziehung von Anordnungen des BSI. Auch die Bußgeldbewehrung einer Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 8 Abs. 3 Satz 5 BSIG soll sicherstellen, dass die Beseitigung von Sicherheitsmängeln bei Betreibern kritischer Infrastruktur wirksam durchgesetzt werden kann, insbesondere wenn der Betreiber die Erfüllung einer Anordnung verweigert.

Die Bußgeldbewehrung nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 1 BSIG** haben gemeinsam, dass sie eine vollziehbare Anordnung voraussetzen und der Verpflichtete das Ausmaß der Pflicht kennt und die darüber hinaus vollziehbar ist. Gegen Herstellern informationstechnischer Systeme und die Betreibern kritischer Infrastruktur rechtswidrig stehen Rechtsmittel zur Verfügung, wenn das BSI rechtswidrige Anordnungen erlassen würde.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 2 BSIG** wird der Verstoß gegen Pflichten zur Vorkehrungen nach dem Stand der Technik sanktioniert. Die Vorkehrungen ergeben sich aus der Rechtsverordnung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 BSIG.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 3 BSIG** wird der Verstoß gegen die Pflicht zum Nachweis der Vorkehrungen nach dem Stand der Technik sanktioniert. Ohne die Angaben des Betreibers kann das BSI seine Aufsichts- und Unterstützungsaufgaben nicht erfüllen. Zu den Kernaufgaben gehört es, den tagesaktuellen Überblick über den Stand des IT-Sicherheitsniveaus und über die Entwicklung der laufenden IT-Vorfälle zu behalten, wovon die effektive Prävention, Detektion und Angriffsbewältigung abhängt.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 4 BSIG** wird die Pflicht des Betreibers kritischer Infrastruktur sanktioniert Unterlagen rechtzeitig vorzulegen, eine Auskunft zu erteilen oder keine oder nur unzulässige Unterstützung zu gewähren. Das Auskunftsverlangen bei Vorortkontrollen soll durch die Sanktionen besser durchgesetzt werden können. Auch hier hat die Sanktion eine Beugefunktion. Dem BSI wird die Kontrolle über den Zustand der IT-Sicherheit erschwert, wenn der Betreiber seine Unterstützung verweigert.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 5 BSIG** wird die Pflicht des Betreibers kritischer Infrastruktur sanktioniert, die kritische Infrastruktur zu registrieren und eine Kontaktstelle zu benennen.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 6 BSIG** wird die Pflicht des Betreibers kritischer Infrastruktur nach § 8b Abs. 3 Satz 4 BSIG sanktioniert die Erreichbarkeit durch die Kontaktstelle zu gewährleisten.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 7 BSIG** wird die Pflicht des Betreibers sanktioniert, Störungsmeldungen nicht, falsch, unvollständig oder nicht rechtzeitig abzugeben.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 8 BSIG** wird die Pflicht eines Anbieters digitaler Dienste sanktioniert, Sicherheitsmaßnahmen zu treffen um Risiken für die Sicher-

heit der Netz- und Informationssysteme abzuwenden, die sie zur Bereitstellung der digitalen Dienste innerhalb der EU nutzen.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 9 BSIG** wird die Pflicht von Unternehmen im besonderen öffentlichem Interesse sanktioniert, eine Selbsterklärung zur IT-Sicherheit dem Bundesamt vollständig und rechtzeitig vorzulegen.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 10 BSIG** wird die Pflicht der Konformitätsbewertungsstelle sanktioniert, ohne Befugnis durch das BSI nicht tätig zu werden.

Nach **§ 14 Abs. 2 Nummer 11 BSIG** wird die Pflicht des Verwenders eines IT-Sicherheitskennzeichens sanktioniert, auf einem Produkt ohne Freigabe durch das BSI zu verwenden.

Nach **§ 14 Abs. 3 BSIG** wird die Pflicht des Betreibers kritischer Infrastruktur sanktioniert, die Nachweise, die Nachforderungen von Auskünften fahrlässig zu erbringen. Nach § 14 Abs. 4 BSIG werden Verstöße gegen die Vorgaben zu Konformitätserklärungen sanktioniert.[12]

§ 14 Abs. 5 BSIG regelt die Höhe der Bußgelder. Die Androhung des Bußgeldrahmens in Höhe von bis zu 2 Millionen drückt den erhöhten Unwertgehalt einer Missachtung behördlich angeordneter Maßnahmen aus.[13] Die Sanktionen müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein, um auch die Umsetzung der NIS-RL sicherzustellen. Die Höhe des Bußgelds berücksichtigt, dass im Bereich der Kritis-Betreiber umsatzstarke Konzerne nur mit hohen Bußgeldandrohungen zu ordnungsgemäßem Verhalten angehalten werden können. Nur durch die Höhe der Sanktionen können sie generalpräventiv wirken.

12 BT-Drs. 19/26106, S. 89 f.

13 BT-Drs. 19/26106, S. 94.

DIE ORGANISATION DER IT-SICHERHEIT IN UNTERNEHMEN

Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt



DIE ORGANISATION DER IT-SICHERHEIT IN UNTERNEHMEN

Die Funktionsfähigkeit von IT-Systemen wird immer wichtiger für Unternehmen und die Versorgung der Bevölkerung durch staatliche und kommunale Einrichtungen. Hackerangriffe machen das Risiko für die IT-Sicherheit deutlich. Bedroht sind vor allem die Einrichtungen der kritischen Infrastruktur, durch die die Allgemeinheit mit Energie, Wasser, Lebensmittel, medizinischer Versorgung, Transport- und Verkehrsleistungen versorgt wird. Mit dem IT-Sicherheitsrecht soll die Verfügbarkeit, die Unversehrtheit und die Vertraulichkeit von Informationen gesichert werden. Risiken ergeben sich vor allem aus der steigenden Cyberkriminalität. Die IT-Sicherheit muss organisiert werden. Die sechs Organisationspflichten eines Compliance-Management-Systems sind auch zum Schutz der IT-Sicherheit einzuhalten. Dazu müssen die Risiken für IT-Sicherheit erkannt, die Rechtspflichten zur Risikoabwehr ermittelt, auf Pflichtenträger delegiert, regelmäßig aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Die IT-Sicherheit ist Teil eines Compliance-Management-Systems. Zu vermeiden ist der Vorwurf, durch Organisationsverschulden des Vorstands sei die IT-Sicherheit gefährdet worden.

(1) Das steigende Risiko der Cyberkriminalität

Die Presse berichtet regelmäßig über Angriffe auf die IT-Sicherheit von Supermärkten, Öl-Pipelinebetreibern, Kliniken und Stromversorgern. Das stetig steigende Risiko der Cyberkriminalität weist das Bundeskriminalamt in seinem Bundeslagebild *„Cybercrime 2020“* nach. Die wichtigsten Cyberangriffe in Deutschland im Jahr 2020 finden sich in einer zeitlichen Auflistung.[1] Angegriffen und mit Schadsoftware kompromittiert wurden Unternehmen von Automobilzulieferern, Pharmakonzernen, von kommunalen Versorgungsunternehmen, Forschungszentren, von Halbleiterherstellern, Universitätskliniken und börsennotierten Unternehmen der Lebensmittel- und Kosmetikbranche.

Nach dem Bundeslagebild 2020 steigt die Anzahl der Cyberstraftaten. Die Angriffe konzentrieren sich auf lukrative Opfer. Die Täter agieren global und professionell. Eine kriminelle Parallelwirtschaft wächst im Untergrund.[2] Im Kampf gegen die Cyberkriminalität meldet die Polizei inzwischen Erfolge. Betreiber des DarkMarket wurden festgenommen. Cybercrime im engeren Sinne richtet sich gegen das Internet und informationstechnische Systeme. Tatmittel ist das Internet, das mit forschreitender Digitalisierung an Bedeutung gewinnt. Die registrierten Straftaten im Cybercrimebereich betragen 82.649 im Jahr 2016, 108.474 Delikte im Jahr 2020 mit einer Steigerung von 7,9 % im Vergleich zum Vorjahr 2019. Davon aufgeklärt werden 31.000 bis circa 35.000. Die Aufklärungsquote stagniert. Die Ursachen der steigenden Cyberkriminalität werden in der zunehmenden Digitalisierung aller Lebensbereiche, der Professionalisierung der Täter, der wachsenden Fähigkeit der Schadsoftware sowie der zunehmenden Verschleierung von Sicherheitsmechanismen gesehen. Beschrieben werden im Bundeslagebild Cyberstraftaten als Dienstleistung einer arbeitsteilig

1 Bundeslagebild 2020, S. 5 u. 6.

2 Bundeslagebild Cybercrime 2020, S. 3.

organisierten Untergrundwirtschaft mit Preislisten.[3] Die Presse berichtet über Schwarz- und Graumärkte für digitale Angriffs- und Einbruchswerkzeuge und cybercrimetypische Schadprogramme (Malware). Das Geschäft mit den IT-Lücken ist enorm gewachsen. Unternehmen bieten Sicherheitsforschern Belohnung, wenn sie neu entdeckte Schwachstellen in ihren Produkten direkt an sie melden.[4] Berichtet wird über den Doppelkurs der Bundesregierung und des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik. Die Behörden beschaffen die digitalen Einbruchswerkzeuge, um selbst Schwachstellen erkennen und schließen zu können.[5] Die Fallbeispiele für Schadsoftware sind auch für alle aufschlussreich, die als potenzielle Opfer sich vor Angriffen schützen müssen. Die Angriffe lassen Muster von der Programmierung über die Erpressung bis zum Lösegeldeingang erkennen.

(2) Cyberkriminalität gegen Unternehmen

Verdeutlicht wird die Bedrohungslage durch Cyberkriminalität in der Untersuchung *„Cyberangriffe gegen Unternehmen in Deutschland, Ergebnisse einer repräsentativen Unternehmensbefragung 2018/2019"*.[6] In der Studie werden IT-Sicherheitsstrukturen in Unternehmen erfasst[7], Einschätzungen zu IT-Risiken werden beschrieben[8], Cyberangriffe gegen die IT-Systeme von Unternehmen werden nach Angriffsart, nach Androhung einschließlich der Risikoeinschätzung analysiert. Die schwerwiegendsten Angriffe werden aufgezählt. Mögliche Schutzfaktoren, organisatorische Maßnahmen und die technischen Schutzmaßnahmen werden behandelt.[9] Im Bundeslagebild werden neun aktive Schadsoftware-Familien mit Fallbeispielen benannt.[10] Die Studie kann als Fundgrube für Angriffsbeispiele genutzt werden, auf deren Abwehr sich jedes Unternehmen einrichten muss.

Cyberkriminelle greifen dort an, wo es sich finanziell lohnt, insbesondere bei wirtschaftlich starken Unternehmen und bei Unternehmen der kritischen Infrastruktur in öffentlicher Einrichtungen. Die Täter nutzen die Notwendigkeit von Unternehmen aus, den reibungslosen Betrieb der öffentlicher Einrichtung zur Daseinsvorsorge gewährleisten zu müssen. Unternehmen der kritischen Infrastruktur bieten für die Gesellschaft besonders lebenswichtige Dienstleistungen an, auf die deren Kunden angewiesen sind und jeder Ausfall eine gesellschaftliche Notlage verursachen kann[11]. Als Fazit wird im Bundeslagebild 2020 festgestellt, dass Kriminalität sich zunehmend in den digitalen Raum verlagert. Das Internet wird als Tatmittel genutzt (Cybercrime im weiteren Sinne) und ist im Vergleich zum Vorjahr 2019 um 8,7 % gestiegen. Die Professionalität der Täter steigt und verschärft die Bedrohungslage. Die zunehmende Digitalisierung in allen Lebensbereichen vermehrt die Tatgelegenheiten. Das Phänomen des *„Cybercrime-as-a-Service"* erleichtert die Straftaten. Die kriminellen Hilfsmittel werden durch die digitalisierte Untergrundwirtschaft leichter zugänglich. Neue Schadsoftware für komplexe Angriffe werden durch die erbeuteten Lösegelder finanziert. Mangelnde Sicherheitsvorkehrungen in Unternehmen vergrößern das Risiko. Die Abhängigkeit der kritischen Infrastrukturen, der öffentlichen Verwaltung und der deutschen Unternehmen hängen immer mehr von funktionierenden IT-Einrichtungen ab.[12] 46 % aller befragten Unternehmen gaben an, schon einmal Opfer eines Cyberangriffs geworden zu sein.

3 Bundeslagebild Cybercrime 2020, S. 13.

4 Der Spiegel Nr. 27, vom 3.7.2021, S.43.

5 Der Spiegel Nr. 27, vom 3.7.2021, S.43.

6 Arne Dreißigacker, Benett von Skarczinski, Gina Rosa Wollinger, gefördert durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

7 Cyberangriffe gegen Unternehmen in Deutschland, S. 69.

8 Cyberangriffe gegen Unternehmen in Deutschland, S. 89; Kipker/Wiegand, Cybersecurity

9 Cyberangriffe gegen Unternehmen in Deutschland, S. 155.

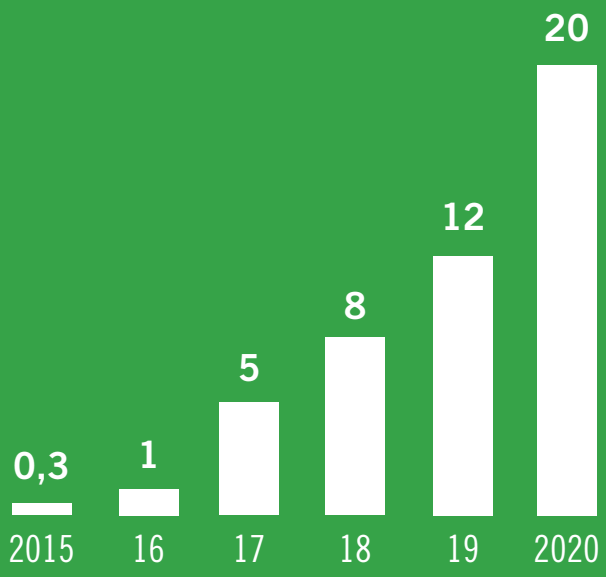
10 Bundeslagebild Cybercrime 2020, S. 25-26.

11 Bundeslagebild Cybercrime 2020, S. 29.

12 Bundeslagebild Cybercrime 2020, S. 38.

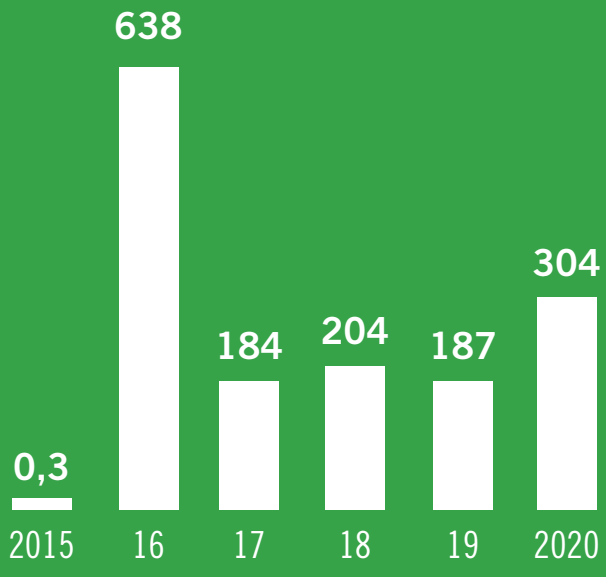
GLOBALER SCHADEN DURCH RANSOMWARE

in Milliarden Dollar



ZAHL DER ATTACKEN

Weltweit in Millionen



Quellen: Cyberreason; Statistik; Microsoft/Cybercrime Magazin/

alle 11 Sekunden
erfolgt global eine Ransomware-Attacke.

81 Prozent
aller Unternehmen sind besorgt über Ransomware-Attacken.

73 Prozent
der Unternehmen haben Abwehrpläne.

42 Prozent
sind überzeugt, Spezialisten zur rechten Zeit am rechten Ort zu haben.

178 000 Dollar
ist die Höhe der durchschnittlichen Lösegeldforderung.

80 Prozent
der Unternehmen, die Lösegeld zahlten, wurden von einer weiteren Attacke getroffen.

(3) Mit wachsendem Cybercrime-Risiko steigt der Bedarf an Schutzmaßnahmen

IT-Risiken sind präventiv durch Rechtspflichten abzuwenden. Rechtspflichten mit dem Zweck, IT-Systeme zu schützen, ergeben sich erstens aus gesetzlichen Regelungen und zweitens aus einer Vielzahl technisch geprägter Vorgaben, Standards, Sicherheitskonzepten und Leitlinien.[13]

(4) Die Entstehung gesetzlicher Regelungen des IT-Sicherheitsrechts in chronologischer Reihenfolge

Es existiert kein einheitlich kodifiziertes Rechtsgebiet. Das IT-Sicherheitsrecht hat sich in Etappen entwickelt. Ihm fehlt deswegen die systematische Grundstruktur, was die Vielzahl der Abgrenzungsfragen erklärt.

- **Erstens** wurde zunächst 1990 das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) durch Gesetz errichtet.[14]
- **Zweitens** wurden weitere Regelungen auf bestimmte Branchen bezogen, insbesondere seit 1996 auf die Telekommunikationsbranche nach § 87 TKG (Telekommunikationsgesetz).
- **Drittens** wurde 2007 ein Notfallkonzept für IT-Systeme (IT-Compliance) für Banken in § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 3 KWG geregelt.
- **Viertens** folgte 2009 zum Risikomanagement in der Versicherungsbranche die Regelung nach § 26 VAG, durch die die Richtlinie 2009/138/EG umgesetzt wurde.
- **Fünftens** wurde 2009 in der Energiebranche eine Regelung der IT-Sicherheit bei Energieversorgungsnetzen in § 11 EnWG geregelt.
- **Sechstens** wurde das Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik 2009 BSIG neu gefasst. Dem Amt (BSI) wurden mehr Informationspflichten, aber keine neuen Kompetenzen übertragen.[15] Nach der Legaldefinition zur IT-Sicherheit nach § 2 Abs. 2 BSIG besteht der Gesetzeszweck aus drei Schutzzielen, erstens der Verfügbarkeit, zweitens der Unversehrtheit und drittens der Vertraulichkeit von Informationen. Sicherheitsstandards sind einzuhalten.

Vertraulichkeit

Informationen müssen oft geheim bleiben und dürfen nur von autorisierten Personen gelesen werden. Unter diesem Schutzziel wird die Vertraulichkeit verstanden. Es wird erreicht durch Verschlüsselungen[16] (kryptographische Methoden[17]), durch Zugriffskontrollen von der Beteiligung von Zugriffsberechtigungen.

Integrität

Das zweite Schutzziel ist die Integrität. Danach müssen Daten vor unautorisierten Änderungen geschützt werden. Sie dürfen nicht manipuliert werden.

Verfügbarkeit

Das dritte Schutzziel ist die Verfügbarkeit. IT-Systeme müssen immer verfügbar sein. Es muss jederzeit auf die Daten zugegriffen werden können.[18]

Durch informationstechnische Systeme, Komponenten oder Prozesse sollen Bedrohungen der Schutzziele erstens erkannt und zweitens durch geeignete Schutzmaßnahmen abgewendet werden. Die Mitarbeiter der bedrohten Unternehmen sind zu geeigneten Schutzmaßnahmen anzuhalten. Nach der Gesetzesbegründung ist das ausdrückliche Ziel der Regelungen, die IT-Sicherheit von Unternehmen zu gewährleisten, um den Schutz von Internet-Nutzern zu erhöhen.[19]

Die branchenspezifischen Regelungen dienten noch nicht dem Schutz der IT-Systeme als solche und dem Schutz der IT-Infrastruktur.[20]

13 Wimmer/Meschler, Rechtshandbuch Cyber-Security, S. 123, 128.

14 Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) vom 17.12.1990 (BGBl. I 1990, S. 2234)

15 Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in der Informationstechnik des Bundes vom 10. August 2009 (BGBl. I 2009 S. 2821).

16 Kipker, Cybersecurity: Rechtshandbuch, 2020, S. 31.

17 Kipker, Cybersecurity: Rechtshandbuch, 2020, S. 29.

18 Kipker, Cybersecurity: Rechtshandbuch, 2020, S. 26.

19 BT-Drs. 18/496 S. 1.

20 Roos, MMR 2014, S. 723, 724; Wimmer/Meschler, Rechtshandbuch Cyber-Security, S. 124.

- **Siebtens** trat das IT-SiG[21] (IT-Sicherheitsgesetz) am 25.07.2015 in Kraft. Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik erhielt mit dem IT-SiG die Funktion einer Zentralstelle mit den neuen Aufgaben, Informationen über Sicherheitslücken und neue Angriffsmuster auf die Sicherheit der Informationstechnik zu sammeln und auszuwerten, ein Informationssystem aufzubauen, um die Sicherheitslage zu analysieren, die Bundesbehörden und Betreibern kritischer Infrastruktur zu unterrichten und um für IT-Sicherheitsvorfälle als zentrale Meldestelle zu fungieren. Es enthält Sicherheitsanforderungen für spezielle informationstechnische Systeme und Meldepflichten für IT-Sicherheitsvorfälle von Betreibern kritischer Infrastruktur und von Bundesbehörden.

Die Aufgaben des Bundesamtes nach § 3 BSIG sind,

- die Abwehr von Gefahren für die Sicherheit,
- die Sammlung und Auswertung von Informationen und das Bereithalten der gewonnen Erkenntnisse,
- die Untersuchung von Sicherheitsrisiken,
- die Prüfung, Bewertung und Zulassung von informationstechnischen Systemen,
- die Beratung bei organisatorischen und technischen Sicherheitsmaßnahmen,
- die Entwicklung sicherheitstechnischer Anforderungen an die einzusetzende Informationstechnik,
- die Bereitstellung von IT-Sicherheitsprodukten,
- die Amtshilfe für Behörden.

Das Bundesamt fungiert nach § 4 BSIG als zentrale Meldestelle für die Sicherheit in der Informationstechnik. Vor allem zählt nach § 8a BSIG die Sicherung der Informationstechnik kritischer Infrastrukturen in Form von Handlungspflichten und Nachweispflichten zu seinen Aufgaben. Nach § 8c BSIG sind die Anbieter digitaler Dienste zu präventiven Maßnahmen und zur Meldung verpflichtet.

Das IT-Sicherheitsgesetz (IT-SIG) ist kein Gesetz zur Gefahrenabwehr durch Sicherheitsbehörden, sondern dient dem Risikomanagement.[22] Es enthält keine einheitliche Regelung des Rechts der IT-Sicherheit, sondern ist ein Artikelgesetz, das dem Risikomanagement dient. Es enthält keine einheitliche Regelung des Rechts der IT-Sicherheit. Als Artikelgesetz enthält es punktuelle Änderungen in Spezialgesetzen. Es ändert Pflichten in sicherheitskritischen Sektoren, wie dem Atomrecht in § 4b AtG, im Energiewirtschaftsrecht in § 11 Abs. 1a, 1b, 1c, im Telekommunikationsrecht in § 109 und 109a und im Telemedienrecht in § 13 Abs. 7 TMG.

- **Achtens** wurde am **19.07.2016** ein Jahr nach Inkrafttreten des IT-Sicherheitsgesetzes die EU-Richtlinie 2016/1148/EU über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen (NIS-RL) EU-weit erlassen.[23]

- **Neuntens** hat der deutsche Gesetzgeber ein Jahr später am 24.06.2017 die Richtlinie mit dem NIS-Umsetzungsgesetz in nationales Recht übertragen.[24] Mit diesem Gesetz werden das BSIG, das AtG, das EnWG, das TKG, das SGB V geändert.

Im nächsten Umsetzungsgesetz ist der deutsche Gesetzgeber über die Anforderungen der NIS-RL hinausgegangen.[25] Der Adressatenkreis der in der NIS-RL geregelten kritischen Sektoren ist kleiner als der nach dem BSIG in Verbindung mit der BSI-KritisV. Die NIS-RL unterscheidet als Adressaten Betreiber wesentlicher Dienste nach Art. 14, 15 NIS-RL und richtet sich an die Betreiber kritischer Infrastruktur. Als geregelte Sektoren nach Anhang II benennt die Richtlinie als wesentliche Dienste die Trinkwasserlieferungsversorgung, während BSI-KritisV zusätzlich den Sektor der Ernährung einschließt. Der Sektor digitale Infrastruktur benennt als wesentliche Dienste nach der NIS-RL

21 Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme, BGBl. I 2015, S. 1324.

22 Wimmer/Meschler, Handbuch, S. 125; Schallbruch, CR 2016, 663, 667.

23 ABl. EU Nr. L 194, 6.07.2016 S. 1.

24 BT-Drs. 18/11242, S. 1.

25 Schallbruch, CR 2016, 663, 667; Wimmer/Meschler, Rechtshandbuch Cyber-Security , S. 125 Fn. 20. Siehe Anlage und Übersicht.

- Internetknoten,
- Domain-Namen-System-Dienste-Anbieter und
- Top-Level-Domain-Registres.

Darüber hinaus gehend erfasst die BSI-KritisV im Untersektor Informationstechnik die Telekommunikation, ortsgebundene Zugangsnetze, Übertragungsnetze, Rechenzentren, Serverfarmen, Content delivery Netzwerke und Anlagen zur Erbringung von Vertrauensdiensten.[26] Der nationale Gesetzgeber ist grundsätzlich berechtigt, die europäischen Regelungen in Richtlinien bei der Umsetzung zu überschreiten und damit die Sicherheitsregeln zu verschärfen. Dazu gehört auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs. Mit der NIS-RL verpflichtet die EU die Betreiber kritischer Infrastrukturen und erstmalig vor allem auch die Anbieter digitaler Dienste außerhalb der kritischen Infrastrukturen zum Schutz der IT-Sicherheit.[27] Der Grund für die Regelung der Anbieter digitaler Dienste besteht darin, dass die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes von funktionsfähigen digitalen Diensten abhängt, auch wenn sie nicht als kritische Infrastruktur angesehen werden. Zu den digitalen Diensten werden beispielweise E-Mail-Dienste und DNS-Dienste gezählt.[28]

Zu den wesentlichen Diensten[29] nach Art. 14, 15 NIS-RL zählen zur digitalen Infrastruktur, Internet-Knoten (Internet exchange points-IXP), an denen verschiedene unabhängige Netze miteinander verbunden sind und die für den Austausch zwischen unterschiedlichen Providern sorgen. Internet-Knoten sind auch vom deutschen Gesetzgeber als kritisch angesehen worden.[30] DNS-Dienste-Anbieter, Top-Level-Domain-Namen-Registries. DNS-Dienste-Anbieter, leisten Dienste, mit deren Hilfe die im Internet verwendeten Domainnamen wie zum Beispiel www.cr-online.de in die für die technische Abwicklung nötigen IP-Adressen umgewandelt werden.[31] Im IT-BSIG und BSI-KritisV überschreitet der deutsche Gesetzgeber die EU-Definition digitaler Infrastruktur. Als kritische Dienstleistungen wird die Bereitstellung von Rechenzentrumsdienstleistungen (Housing) angesehen. Die Anforderungen an die Sicherheit digitaler Dienste im Vergleich zu den wesentlichen Diensten, die die Infrastruktur betreffen, sind gemäß Art. 49 NIS-RL der Richtlinie eingeschränkt. Weil sie regelmäßig grenzüberschreitende Wirkung haben, dürfen die Nationalstaaten keine zusätzlichen Sicherheits- oder Meldepflichten auferlegen, um die Wettbewerbsfähigkeit europaweit angebotener Dienste nicht zu gefährden. Zu den digitalen Diensten nach Art. 16 und 17 NIS-RL zählen Online-Marktplätze, soziale Netzwerke, Cloud-Computing-Dienste. Die digitalen Dienste sind enumerativ in Art. 4 Nr. 5 in Anhang III aufgezählt.[32]

Andere Internetdienste fallen nicht unter den Begriff der digitalen Dienste. Ausgenommen sind Art. 16 Abs. 11 NIS-RL, Angebote von Kleinst- und Kleinunternehmen mit weniger als 50 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz unterhalb 10 Millionen Euro.[33]

Unter **Online-Marktplätze**[34] werden Internetdienste verstanden, die den Vertragsabschluss zwischen zwei Parteien ermöglichen, wobei der Betreiber nicht selbst Vertragspartei ist. Davon zu unterscheiden sind reine Vermittlerdienste, die nur den Vertragspartner zugänglich machen aber keine Vertragsschlüsse abwickeln.[35]

Zu **Online-Suchmaschinen**[36] werden nach der NIS-RL Dienste gezählt, die grundsätzlich Suchen in allen Websites ermöglichen.[37]

26 Wimmer/Meschler, Rechtshandbuch Cyber-Security, S, 125 Fn. 20.

27 Schallbruch, Die EU-RL über Netz- und Informationssicherheit: Anforderungen an digitale Dienste, CR 2016, S. 663.

28 Witt/Freudenberg, CR 2016.

29 ABl. EU Nr. L 194 Erwägungsgrund 19.

30 Anhang IV Teil III Nummer 1.3.1. BSI-KritisV.; Schallbruch, CR 2016, S. 665; ABl. EU Nr. L 194, Erwägungsgründe 48,49.

31 Artikel 4 Nr. 15 NIS-RL; ABl. EU Nr. L 194, Erwägungsgrund 18.

32 Schallbruch, CR 2016, S. 666.

33 Schallbruch, CR 2016, S. 666.

34 ABl. EU Nr. L 194, Erwägungsgrund 15.

35 Schallbruch, CR 2016, S. 666.

36 ABl. EU Nr. L 194, Erwägungsgrund 16.

37 EG 15, EG 16.

Unter **Cloud-Computing-Dienste**[38] als digitale Dienste im Sinne der NIS-RL werden diejenigen Dienste verstanden, die *„den Zugang zu einem skalierbaren und elastischen Pool gemeinsam nutzbarer Rechenressourcen"* möglich machen.[39] Darunter fallen nicht nur die klassischen Cloud-Anbieter, sondern auch Internetdienste wie etwa das Angebot virtueller Instanzen von Standardsoftware, Projektmanagementsystemen oder Fotosammlungen. Die stark erweiterte Cloud-Definition erfasst damit immer mehr Dienste, die im Ergebnis unter die NIS-RL fallen und damit Pflichten auslösen. Alle drei digitalen Dienste gelten grundsätzlich auch als Telemediendienste, die die Verpflichtung nach § 13 Abs. 7 TMG (Telemediengesetz) auslösen.

Cloud-Dienste wie Serverfarmen[40] sowie Content Delivery Networks gelten, sowohl nach der NIS-RL als auch nach der BSI-KritisV als kritische Infrastruktur.[41] Im deutschen Recht reicht umgekehrt der Anwendungsbereich des § 13 Abs. 7 TMG deutlich über die digitalen Dienste der NIS-RL hinaus, wodurch Webshops und soziale Netzwerke erfasst werden.[42] Nach deutschem Recht treffen diese Cloud-Dienste als Teil der kritischen Infrastruktur schärfere Vorgaben als nach der digitalen Dienste der NIS-RL. Cloud-Dienste müssen die Anforderungen des Art. 16 NIS-RL einhalten und zusätzlich die schärferen Anforderungen des IT-Sicherheitsgesetzes (IT-SIG) der kritischen Infrastruktur, sofern sie kritische Anlagen im Sinne des deutschen Rechts sind und unter den Anhang IV Teil III BSI-KritisV fallen. Für Cloud-Dienste gelten im Zweifel die strengeren Anforderungen nach deutschem Recht.

Zehntens wurde am 30.4.2021 das neue IT-Sicherheitsgesetz 2.0 verabschiedet und vom Bundesrat am 7.5.2021 gebilligt. In der Broschüre *„Das neue IT-Sicherheitsgesetz 2.0"* werden die Neuregelungen zusammengefasst.

38 ABl. EU Nr. L 194, Erwägungsgrund 17.

39 EG 17 NIS-RL.

40 EG 41, NIS-RL.

41 EG 58 der NIS-RL.

42 Schallbruch, CR 2016, S. 666.

(5) Die Pflicht zu IT-Sicherheitsmaßnahmen

Wer digitale Dienste anbietet, ist

- **erstens** zu technisch-organisatorischen IT-Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet und hat
- **zweitens** Sicherheitsvorfälle zu melden und
- **drittens** Überwachungsmaßnahmen zu dulden (§ 8a BSIG).

Nach Art. 16 NIS-RL haben Anbieter digitaler Dienste IT-Sicherheitsmaßnahmen zu veranlassen. Die Schutzziele werden zwar in der NIS-RL nicht genannt, zu denen die Verfügbarkeit, die Vertraulichkeit, die Integrität und die Authentizität zählen. Sicherungspflichten sind nach § 13 Abs. 7 TMG definiert. Alle Maßnahmen müssen geeignet und verhältnismäßig sein und als Sorgfaltsmaßstab den Stand der Technik einhalten. Vorgeschrieben wird dieser Maßstab in der TK-Rahmenrichtlinie in Art. 13a Abs. 1, in dem IT-SiG, in § 8a Abs. 1 Satz 2 BISG, § 13 Abs. 7Satz 2 TMG, § 109 Abs. 3 Satz 3 TKG. Eine Auflistung der Maßnahmen nach dem Stand der Technik findet sich in Art. 16 Abs. 1 Satz 2 NIS-RL. Unter dem Stand der Technik ist der bekannte technische Entwicklungsstand und die darauf basierenden technischen Möglichkeiten zu Erreichung eines bestimmten praktischen Ziels zu verstehen. Zum Stand der Technik liefert das BSI mit dem *„IT-Grundschutzkompendium"* Hinweise.

(6) Der „Stand der Technik"

Erstmals wurde der Begriff *„Stand der Technik"* in der Kalkar-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[43] von 1978 definiert. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet den Begriff Stand der Technik von ähnlich lautenden Technologiemaßstäben. Die allgemeinen anerkannten Regeln der Technik bilden die unterste Stufe. Die oberste und höchste Anforderung ist der Stand der Wissenschaft und Forschung. Dazwischen liegt der Stand der Technik. Die Abgrenzung wurde an den Anforderungen des § 7 AtomG vorgenommen und muss in das Cyber-Sicherheitsrecht übertragen werden, weil

43 BVerfG, Beschluss vom 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 = BVerfGE 49, 89-147.

der Gesetzgeber diesen Begriff für die Cyber-Sicherheitsanforderungen ebenfalls nutzt.

Die Generalklausel der ***„allgemein anerkannten Regeln der Technik"*** wird für alle Fälle mit vergleichsweise geringem Gefährdungspotenzial verwendet, die aufgrund gesicherter Erfahrung technisch beherrschbar sind. Nach herrschender Ansicht der beteiligten Kreise, der Fachleute, Anwender und Verbraucher müssen die anerkannten Regeln der Technik geeignet sein, das gesetzlich vorgegebene Ziel zu erreichen und sich in der Praxis bewährt haben. Verwendung findet dieser Technologiestandard zum Beispiel in § 49 Abs. 1 EnWG.

Mehr wird dagegen vom ***„Stand der Technik"*** verlangt. Darunter ist der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen und Betriebsweisen zu verstehen, der nach herrschender Ansicht führender Fachleute das Erreichen des gesetzlich vorgegebenen Ziels gesichert erscheinen lässt. Die Technik sollte sich im Betrieb mit Erfolg erprobt haben, was bei durchgeführten Gefährdungsbeurteilungen zu ermitteln ist. Der Standard muss zwar mit Erfolg erprobt, aber er muss nicht anerkannt sein wie die anerkannten Regeln der Technik. Er muss über dem Durchschnitt liegen.

Der darüber hinausgehenden Anforderungen nach dem *„Stand von Wissenschaft und Technik"* beschreibt das höchste Anforderungsniveau und ist in Fällen mit sehr hohem Gefährdungspotenzial zu verwenden, wie zum Beispiel bei der friedlichen Nutzung der Kernenergie nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG. Nach herrschender Ansicht führender Fachleute aus Wissenschaft und Technik und auf der Grundlage neuester wissenschaftlich vertretbarer Erkenntnisse im Hinblick auf das gesetzlich vorgegebene Ziel muss das Erreichen dieses Ziel als gesichert erscheinen lassen.[44]

Der *„Stand der Technik"* im Bereich des Cyber-Sicherheitsrechts wird durch die schnellen Entwicklungszyklen der IT-Technik charakterisiert. Die Verwendung wird genutzt, um das erforderliche Sicherheitsniveau flexibel zu nutzen. Die Technik der IT-Sicherheit entwickelt sich ständig weiter. Sie wird vorgeschrieben, um die hohen Risiken abzuwenden und zu erkennen. Die Vorteile der Digitalisierung können nur genutzt werden, wenn in den für das Funktionieren des Gemeinwesens wichtigen Bereichen, der kritischen Infrastruktur, die Gewährleistung einer hohen Cybersicherheit erreicht wird. Das Sicherheitsbedürfnis erlaubt es nicht, auf die Anerkennung einer Technik zu warten. Vielmehr müssen beim Erkennen von Risiken für die IT-Sicherheit die erprobten Verfahren angewandt werden.[45] Auf eine allgemeine Anerkennung muss im Interesse der Sicherheit vor Angriffen und zur Abwendung von Angriffen verzichtet werden. Die Nutzung öffentlich bekannt gewordener Schwachstellen bedarf einer schnellen technischen Reaktion durch Patching auf dem jeweils neusten erprobten Stand, ohne dass eine allgemeine Anerkennung für die verwendete Technik erforderlich wäre. Die Schutz und Abwehrinteressen der Betreiber Kritischer Infrastruktur rechtfertigen es, die zuletzt erprobten überdurchschnittlichen Techniken der auf den Markt verfügbaren Soft- und Hardware vorzuschreiben.

Der jeweils aktuelle Entwicklungsstand der Technik beim Erkennen und beim Abwehren von Risiken für die IT-Sicherheit muss jeweils ermittelt werden. Inwieweit das IT-Grundschutz-Kompendium des BSI einen verbindlichen Maßstab zum Stand der Technik liefert ist umstritten. Der Gesetzgeber will offenbar die technischen Richtlinien des BSI als Wiedergabe des Standes Technik ansehen, was wörtlich dem Regierungsentwurf zu entnehmen ist. *„Authentifizierungsverfahren"* sind nach dem entsprechenden aktuellen und veröffentlicht technischen Richtlinien des BSI jedenfalls dem Stand der Technik gemäß als hinreichend sicher anzusehen.[46] Dagegen wird vertreten, mehr als Hinweise solle das IT-Grundschutzkompendium zum Stand der Technik nicht geben. Es fehle an einem förmlichen Verfahren und an der Beteiligung Dritter.[47]

Dagegen wiederum wird die Vermutung für den Stand der Technik durch das IT-Grundschutzkompendium durch die besondere Stellung des Bundesamtes (BSI) begründet, die ihm durch das Gesetz als zentrale Melde- und Sammelstelle für alle Vorfälle eingeräumt wird.

44 Kipker, Cybersecurity: Rechtshandbuch, 2020, S. 86.

45 Kipker, Cybersecurity: Rechtshandbuch, 2020, S. 91.

46 Begr. RegE, BT-Drs. 18/4096, 34.; Spindler, IT-Sicherheitsgesetz und zivilrechtliche Haftung, CR 2016, S. 303.

47 Spindler, IT-Sicherheitsgesetz und zivilrechtliche Haftung, CR 2016, S.

Das BSI soll nach der Gesetzeslage als Kompetenzzentrum für die IT-Sicherheit gelten. Inwieweit die Erstellung des Kompendiums auch von Dritten beeinflusst wird und ob ein förmliches Verfahren die Formulierung der Schutzmaßnahmen beeinflusst, ist nicht geregelt. Bei der Organisation der unternehmensinternen IT-Sicherheit kann auf keinen Fall auf die Berücksichtigung des IT-Kompendiums verzichtet werden.

(7) Stand der Technik: nur berücksichtigen oder zwingend einhalten?

Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 NIS-RL ist der Stand der Technik als Maßstab für die zu ergreifende Maßnahmen auch bei wesentlichen Diensten im Sektor digitaler Infrastruktur zu **berücksichtigen**, was bedeutet, ihn nicht zwingend **einhalten** zu müssen. Die Berücksichtigung des Stands der Technik fordert der Gesetzgeber in § 13 Abs. 7 TMG von Telemediendiensten und in § 109 TKG von Telekommunikationsdiensten. Allerdings sollen dagegen die vom IT-SIG erfassten Betreiber kritischen Infrastrukturen nach § 8a Abs. 1 BSIG den Stand der Technik einhalten. Nur in begründeten und zu dokumentierenden Fällen darf abgewichen werden.[48] Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 8a Abs. 1 BISG im Vergleich zum europäischen Recht einen schärferen Maßstab für kritische Infrastrukturen durchgesetzt, wozu er berechtigt ist, weil die Regelung zur kritischen Infrastruktur nur innerhalb der Grenzen der deutschen Rechtsordnung gelten. Deshalb besteht kein grenzüberschreitender Bedarf an Harmonisierung auf EU-Ebene.

Die Konkretisierung der Sicherungsmaßnahmen bleibt eine schwierige Aufgabe. Wenn einerseits offenbleibt, was unter dem *„Stand der Technik"* bei der Erkennung als auch bei der Abwehr von Risiken für die IT-Sicherheit gelten muss und ob und wo dieser nur schwer festzustellende Maßstab zu berücksichtigen oder verbindlich einzuhalten ist, erschwert dem Normadressaten die Einhaltung seiner Pflichten durch die Risikoabwehr für die IT-Sicherheit im Unternehmen. Diese Unsicherheit beim Normgeber sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene zwingt zur Selbsthilfe und zur Selbstregulierung. Das deutsche IT-SIG hat mit § 8a Abs. 2 BISG für die kritische Infrastruktur die Möglichkeit eingeräumt, branchenspezifische Sicherheitskataloge zu erarbeiten und dem Bundesamt vorzuschlagen, das wiederum auf Antrag feststellt, ob diese Anforderungen geeignet sind, um die Anforderungen nach § 8a Abs. 1 BSIG zu gewährleisten.[49]

(8) Dokumentations-, Mitteilungs- und Meldepflichten

Nach § 8a Abs. 3 BSIG haben Betreiber kritischer Infrastruktur alle 2 Jahre die Erfüllung der Anforderungen nach Abs. 1 in geeigneter Form dem BSI nachzuweisen, etwa durch Sicherheitsaudits, Prüfungen oder Zertifizierungen.[50]

Nach Art. 16 Abs. 3 NIS-RL haben die Anbieter digitaler Dienste Sicherheitsvorfälle mit erheblichen Auswirkungen auf die Bereitstellung ihrer Dienste, insbesondere Beeinträchtigungen der Verfügbarkeit, der Vertraulichkeit, der Integrität und der Authentizität unverzüglich zu melden, zum Beispiel den Ausfall des *„digitalen Dienstes"* oder den Diebstahl von Nutzerdaten. Meldepflichten für IT-Sicherheitsvorfälle bei digitalen Diensten außerhalb der kritischen Infrastruktur existieren im deutschen Recht nicht.

Den Meldepflichten vergleichbar ist die Befugnis des BSI nach § 7 Abs. 1 Nummer 1a BSIG zur Warnung der Öffentlichkeit vor Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und Diensten. Bei *„wesentlichen Diensten"* besteht eine Meldepflicht nach Art. 14 Abs. 3 NIS-RL nur für Sicherheitsvorfälle mit erheblicher Beeinträchtigung der Verfügbarkeit. Das IT-SIG verpflichtet Betreiber kritischer Infrastrukturen in § 8b Abs. 4 Satz 1 BSIG zur Meldung bei Störung der Vertraulichkeit und der Authentizität oder Integrität

48 Spindler, CR 2016, S. 303.

49 Wimmer/Meschler, Rechtshandbuch Cyber-Security, S. 131.

50 Kipker, Cybersecurity: Rechtshandbuch, 2020, S. 378, 381; Wimmer/Meschler, Rechtshandbuch Cybersecurity S. 130.

(9) Die Legaldefinition Kritischer Infrastrukturen

Die Legaldefinition des § 2 Abs. 10 BSIG definiert kritische Infrastrukturen als Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die

1. den Sektoren Energie, Informationstechnik und Telekommunikation, Transport und Verkehr, Gesundheit, Wasser, Ernährung, Finanz- und Versicherungswesen sowie Siedlungsabfallentsorgung angehören und
2. von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden.[51]

Die kritischen Infrastrukturen im Sinne dieses Gesetzes werden durch Rechtsverordnung nach § 10 BSIG näher bestimmt. In der Fassung vom 18.5.2021 (BGBl. I . S. 1122) ist der Sektor *„Siedlungsabfallentsorgung"* dazu gekommen. In der BSI-KritisV nach § 10 Abs. 1 BSIG wird bestimmt, wann eine Anlage eine entsprechende Bedeutung für das Gemeinwesen hat und welche Dienstleistung und Anlagen in den jeweiligen Sektoren von der Regelung betroffen sein sollen. Der Adressatenkreis des BSIG wird in drei Schritten bestimmt:

- **Erstens** wird die Dienstleistung, die nach der BSI-KritisV für das Funktionieren des Gemeinwesens von besonderer Bedeutung ist bestimmt zum Beispiel die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität;
- **Zweitens** wird die Anlage oder Teile davon, die für die Erbringung der kritischen Dienstleistung erforderlich sind bestimmt zum Beispiel die Stromversorgung für die Erzeugungsanlage;
- **Drittens** wird der Schwellenwert für die Erzeugungsanlage nach der BIS-KritisV überprüft. Der Verordnungsgeber sieht eine Infrastruktur als kritisch regelmäßig dann, wenn mehr als 500.000 Menschen von der Anlage versorgt werden.[52]

(10) Die Pflichten in Unternehmen im IT-Sicherheitsrecht in drei Adressatenkreise

Alle Gesetze dienen der Abwehr von Gefahren für die IT-Sicherheit bei IT-Systemen. Nach dem BSIG lassen sich drei Adressatenkreise der Pflichten unterscheiden,

- **erstens** die Betreiber von kritischen Infrastrukturen nach § 8a, 8b BSIG sowie
- **zweitens** Betreiber kritischer Infrastrukturen, die nach § 8d Abs. 2 BISG nach speziellen Rechtsgebieten wie dem Atomrecht, dem Energiewirtschaftsrecht, dem Telekommunikationsrecht, dem Telemedienrecht geregelt sind.
- Die **dritte** Adressatengruppe sind die Anbieter digitaler Dienste außerhalb von kritischen Infrastrukturen, die aufgrund der europarechtlichen NIS-Richtlinie und nach dem NIS-Umsetzungsgesetz nach Art. 16 Abs. 1-2 NIS-RL eingeführt wurden.

Die NIS-RL verwendet für die *„Betreiber von kritischen Infrastrukturen"* nach Art. 4 Nr. 4 NIS-RL den Begriff Betreiber *„wesentlicher Dienste"*. Der Grund für die Verpflichtung der Betreiber von kritischen Infrastrukturen zum Schutz der IT-Sicherheit sind die drohenden gesamtgesellschaftlichen Folgen und Notlagen bei Störungen oder Ausfällen bei der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern wie Strom, Wasser, Ernährung und medizinischer Versorgung.

Die BSI-KritisV bestimmt den Anwendungsbereich des Gesetzes und die anwendbaren Schutzstandards. Nach § 8d Abs. 1 BSIG sind die Pflichten nach den § 8a, 8b BSIG nicht auf Kleinstunternehmen mit weniger als 250 Mitarbeiter und einem Jahresumsatz unter 50 Millionen Euro anzuwenden.

51 Kipker, Cybersecurity: Rechtshandbuch, 2020, S. 356.

52 Wimmer/Meschler, Rechtshandbuch Cyber-Security, S. 130.

(11) Der Inhalt der Pflichten & die Bestimmung der IT-Sicherheitsstandards

Die Kritis-Betreiber haben nach § 8a Abs. 1 BSIG

„angemessene organisatorische und technische Vorkehrungen zur Vermeidung von Störungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit ihrer informationstechnischer Systeme, Komponenten oder Prozesse zu treffen. Dazu zählen personelle Maßnahmen, infrastrukturelle Maßnahmen und die Abschottung besonders kritischer Prozesse."[53]

„Eingehalten werden soll" der *„Stand der Technik"*. Eingehalten bedeutet, dass eine Abweichung nur in begründeten Ausnahmefällen möglich ist.[54] Nach der Gesetzesbegründung ist der unbestimmte Rechtsbegriff *„Stand der Technik"* als *„der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen zu verstehen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zum Schutz der Funktionsfähigkeit von informationstechnischen Systemen, Komponenten oder Prozessen gegen Beeinträchtigungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit gesichert erscheinen lässt."*[55] Damit werden Schutzmaßnahmen vorgeschrieben, die über dem Durchschnitt liegen. Jedenfalls wird mehr verlangt als die bloße Einhaltung der Regeln der Technik. Die auf ein *„Sollen"* beschränkte Pflicht ermöglicht Abweichungen vom Stand der Technik in begründeten Ausnahmefällen.[56]

(12) Die Konkretisierung des Stands der Technik durch Branchenstandards

Das BSIG räumt in § 8a Abs. 2 BSIG den Betreibern von Kritischer Infrastruktur und Branchenverbänden ein Vorschlagrechts ein, branchenspezifische Standards zur Konkretisierung gemäß § 8a Abs. 2 BSIG des Stands der Technik zu formulieren mit dem Nachweis, dass sie in der Praxis erfolgreich erprobte Verfahren darstellen. In einem feststellenden Verwaltungsakt befindet das BSI über die Eignung des branchenspezifischen Sicherheitsstandards. Mit diesem Verfahren gewinnt die jeweilige Branche einerseits Einfluss auf den Standard und andererseits Rechtssicherheit, die Pflicht zur Einhaltung des Stands der Technik erfüllt zu haben. Durch die Einschaltung der BSI wird vermieden, dass Branchen einen Standard praktizieren, der zu Gewährleistung der IT-Sicherheit nicht oder nur eingeschränkt geeignet ist und das Risiko von Notlagen durch Ausfälle von IT-Systemen nicht abwenden kann. Durch die Möglichkeit, den Standard selbst zu wählen, kann eine Branche den Aufwand und Kosten zur IT-Sicherheit steuern, und die jeweils kostengünstigste Variante wählen. Die Feststellung der Eignung von Branchenstandards folgt in der Regel für die Dauer von 2 Jahren. Abschließend festgestellt wurden

- Branchenstandards IT-Sicherheit für Wasser/Abwasser (Version 2.0),
- Sicherheitsstandards für die Ernährungsindustrie (Version 2.0)
- für den Lebensmittelhandel,
- die IT-Sicherheit für Anlagen oder Systeme zur Steuerung/Bündelung elektrischer Leistungen (B35 Aggregatoren, Version 1.1),
- branchenspezifische Sicherheitsstandards für Pharma,
- für die Laboratoriumsdiagnostik,
- die Gesundheitsversorgung im Krankenhaus, für die Verkehrssteuerung- und Leitsysteme im kommunalen Straßenverkehr,
- für gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherer B35-GKV/PV (Ersatzkassen, Version 1.2).

Veröffentlicht finden sich die Sicherheitsstandards auf der Webseite des BSI.[57]

Kritisch hinterfragt wird die Lösung nach § 8a Abs. 2 BSIG zum Vorschlagsrecht von Branchenverbänden. Die technischen Regeln sind in der Praxis die durchschnittlichen Anforderungen. Mit dem Stand der Technik sind aber Anstrengungen über dem Durchschnitt zur Sicherung von IT-Syste-

53 BT-Drs. 18/4096, S. 26.

54 Spindler, CR 2016, 298, 299; Wimmer/Meschler, S. 131.

55 BT-Drs. 18/4096, S. 26; Siehe auf Seite 11 ff. zum Stand der Technik.

56 Spindler, CR 2016, S. 299.

57 https://www.bsi.bund.de

ABWEHR VON GEFAHREN FÜR IT-SYSTEME

nach NIS-RL vom 19.7.2016 und NIS, Umsetzungsgesetz von 2017
im Vergleich zum BSI-Gesetz und BSI-KritisV

ADRESSATENKREIS UND ANWENDUNGSBEREICH

NIS-RL

Wesentliche Dienste nach Art. 14, 15 NIS-RL

Nach Art. 4 Abs. 4, Anhang II Sektor Nr. 7 NIS-RL, digitale Infrastruktur

1. IXPs.
IXPs sind Internetknoten, deren Funktion in der Zusammenschaltung von technisch und organisatorisch getrennten Netzen besteht. Ein IXP ermöglicht keinen Netzzugang und fungiert weder als Transit-Anbieter noch als Carrier (Erwägungsgrund 18 der NIS-RL).

2. DNS-Diensteanbieter
Sind Domainnamen-Verwaltung

3. TLD-Register
Top-Level-Domain-Namen-Registries

In den folgenden Erwägungsgründen 19 f. gibt die NIS-RL vor, wie die Betreiber „wesentlicher Dienste“ zu ermitteln sind.

Entscheidend ist, welche Dienste für die Aufrechterhaltung kritischer gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Tätigkeiten wesentlich sind. Die wesentlichen Dienste sind dadurch gekennzeichnet, dass sie von Netz- und Informationssystemen abhängen (Erwägungsgrund 20).

Nach Erwägungsgrund 26 gelten als Indikatoren für die Bedeutung der zu ermittelnden Betreiber die Anzahl und Größe, die Marktanteile, produzierte und transportierte Datenmengen.

Digitale Dienste nach Art. 16, 17 NIS-RL

Anbieter digitaler Dienste nach Art. 16 NIS-RL sind definiert und aufgelistet in Anhang III nach Art. 4 Nr. 5 NIS-RL

1. Online-Marktplätze
ermöglichen es Verbrauchern und Unternehmen, online Kaufverträge oder Dienstleistungsverträgen mit Unternehmen abzuschließen
(Erwägungsgrund 15)

2. Online-Suchmaschinen
ermöglichen die Suche auf allen Websites mit Abfragen zu beliebigen Themen
(Erwägungsgrund 16)

3. Coud-Computing-Dienste
Ermöglichen den Zugang zu einem skalierbaren und elastischem Pool gemeinsam nutzbarer Rechenressourcen, wie Netze, Server, Speicher
(Erwägungsgrund 17)

BSI-GESETZ / BSI-KRITISV VOM 22. APRIL 2016

Kritische Infrastruktur

Betreiber kritischer Infrastruktur oder nach Begrifflichkeit NIS-RL Betreiber „wesentlicher Dienste“ wie Art. 4 Nr. 4 NIS-RL. Die kritische Infrastruktur wird in § 2 Abs. 10 BSIG definiert. Der Anwendungsbereich ergibt sich aus § 2 Abs. 10 Nr. 1 BSIG iVm § 5 Abs. 4 BSI-KritisV, Anhang 4 Teil 3

1. Sprach- und Datenübertragung
1.1. Zugang
1.1.1. Ortsgebundene Zugangsnetze
1.2. Übertragung
1.2.1. Übertragungsnetze für öffentlich zugängliche Telefondienste und Datenübermittlungsdienste oder Internetzugangsdienste

1.3. Vermittlung
1.3.1. IXP für öffentlich zugänglich Telefondienste, Datenübermittlungsdienste oder Internetzugangsdienste
1.4. Steuerung

1.4.1. DNS-Resolver zur Nutzung öffentlich zugänglicher Telefondienste, Datenübermittlungsdienste und Interzugangsdienste
1.4.2. Autoritative DNS-Server

2. Datenspeicherung und Datenverarbeitung
2.1. Housing
2.1.1. Rechenzentrum
2.2. IT-Hosting
2.2.1. Serverfarm
2.2.2. Content Delivery Netzwerk
2.3. Vertrauensdienste
2.3.1. Anlage zur Erbringung von Vertrauensdiensten

§ 8 Abs. 1 BSIG
Stand der Technik einhalten

§ 8d BSIG
nicht anwendbar auf Kleinstunternehmen

§ 2 BISG
Das BSI-Gesetz ist nicht anwendbar auf die spezielleren Regeln im AtomG, Energiewirtschaftsgesetz, Telekommunikationsgesetz und Telemediengesetz.

Digitale Dienste

Nach § 2 Abs. 11 BSIG sind Dienste, im Aktionsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft,

- Online-Marktplätze
- Online-Suchmaschinen
- Cloud-Computing-Dienste

Nach § 2 Abs. 12 BSIG sind „Anbieter digitaler Dienste“ eine juristische Person, die einen digitalen Dienst anbietet.
(definiert in Art. 16 NIS-RL und Erwägungsgrund 15, 16 und 17)

ABWEHR VON GEFAHREN FÜR IT-SYSTEME

nach NIS-RL vom 19.7.2016 und NIS, Umsetzungsgesetz von 2017
im Vergleich zum BSI-Gesetz und BSI-KritisV

PFLICHTEN

NIS-RL

Wesentliche Dienste nach Art. 14, 15 NIS-RL

Art. 14 Abs. 1 – 2 NIS-RL

verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Betreibern wesentlicher Dienste unter Berücksichtigung des Stands der Technik Sicherheitsanforderungen und die Meldung von Sicherheitsvorfällen zu verpflichten.

Digitale Dienste nach Art. 16, 17 NIS-RL

Nach Art. 16 Ziffer 3 sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die Anbieter digitaler Dienste zu Sicherheitsanforderungen und zu Meldung von Sicherheitsvorfällen zu verpflichten.

§ 8a Abs. 2 BSIG
Konkretisierung des Stands der Technik durch branchenspezifische Sicherheitsstandards bestätigt durch feststellende Verwaltungsakte des BSI.

§ 8a Abs. 3 BSIG
Erfüllungsnachweis der Pflichten nach § 8a Abs. 1 BSIG durch Audits, Prüfungen und Zertifizierungen alle 2 Jahre.

§ 8a Abs. 4 BSIG
Zugangsgewährungspflicht
Herausgabepflicht von Unterlagen

BSI-GESETZ / BSI-KRITISV VOM 22. APRIL 2016

Kritische Infrastruktur

§ 8a Abs. 1 BSIG
Die Pflicht zur angemessenen organisatorischen und technischen Vorkehrungen zur Vermeidung von Störungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme, Komponenten und Prozesse zu treffen, die für die Funktionsfähigkeit der von ihnen betriebenen kritischen Infrastrukturen maßgeblich sind. Der Stand der Technik soll eingehalten werden.

§ 8a Abs. 2 BSIG
Konkretisierung des Stands der Technik durch branchenspezifische Sicherheitsstandards bestätigt durch feststellende Verwaltungsakte des BSI.

§ 8a Abs. 3 BSIG
Die Pflicht zum Nachweis alle 2 Jahre der Erfüllung der Anforderungen nach § 8a Abs. 1 BSIG.

§ 8d BSIG
Nicht anwendbar auf Kleinstunternehmen

Pflichten aus Spezialgesetzen zur IT-Sicherheit:
§ 44b AtG
§ 11 Abs. 1a, 1b, 1c EnWG
§§ 109 und 109a TKG
§ 13 Abs. 7 TMG

Verkehrssicherungspflichten
Pflichten ergeben sich aus der Definition des „Stands der Technik“ durch das Bundesamt für die IT-Sicherheit. Pflichten aus dem Grundschutzkompendium des BSI.

Digitale Dienste

§ 8c Abs. 1 BSIG
Anbieter digitaler Dienste haben technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um Risiken für die Sicherheit der Netz- und Informationssysteme zu bewältigen, die sie zur Bereitstellung der digitalen Dienste innerhalb der EU nutzen, insbesondere um den Auswirkungen von Sicherheitsvorfällen auf digitale Dienste vorzubeugen oder die Auswirkungen so gering wie möglich zu halten.

§ 8c Abs. 2 BSIG
Bei allen Maßnahmen zur Bewältigung von Risiken für die Sicherheit der Netz- und Informationssysteme muss der Stand der Technik berücksichtigt werden, im Unterschied zu Einhaltung nach § 8a Abs. 1 BSIG:

§ 8c Abs. 3 BSIG
Jeder Sicherheitsvorfall ist vom Anbieter digitaler Dienste unverzüglich dem Bundesamt zu melden, insbesondere die Zahl der betroffenen Nutzer, die Dauer des Sicherheitsvorfalls, das vom Sicherheitsvorfall betroffene geographische Gebiet, das Ausmaß der Unterbrechung der Bereitstellung des Dienstes und die Auswirkungen auf wirtschaftliche und gesellschaftliche Tätigkeiten.

Art. 15 Abs. 1 NIS-RL
Nach § 15 BSIG gilt das BSI-Gesetz auch für Anbieter digitaler Dienste

men anzustreben. Fraglich ist auch, ob eine Branche sich freiwillig auf überdurchschnittliche Anstrengungen zur IT-Sicherheit verständigen kann.[58]

(13) Ungeregelte offene Fragen

Ungeregelt blieb im BSIG die Pflege und Aktualisierung der Branchenstandards, die Auswahl bei konkurrierenden Vorschlägen zu den Standards. Offen bleibt auch wie im Streitfall etwa durch Sachverständigengutachten der Stand der Technik zu ermitteln ist. Die Rechtswirkung von BSI-Feststellungen zu IT-Sicherheitsstandards besteht in der Selbstbindung der Verwaltung vergleichbar mit den Verwaltungsvorschriften mit Außenwirkung.[59] Die Selbstbindung des BSI muss Grund und Anreiz dafür sein, Branchenlösungen vorzuschlagen.

(14) Die Pflicht zum Nachweis der IT-Sicherheit nach § 8a Abs. 3 BSIG

Es ist mindestens alle 2 Jahre nachzuweisen, dass die Anforderungen nach § 8a Abs. 1 BSIG eingehalten werden. Diese Nachweispflicht dient der Überprüfung der Einhaltung eines angemessenen Sicherheitsniveaus durch den Betreiber.[60] Der Nachweis kann durch Audits und Zertifizierungen erbracht werden. Die Betreiber müssen nach § 8b Abs. 3 BSIG eine Kontaktstelle dauerhaft besetzen und dem BSI mitteilen oder nach § 8b Abs. 5 BSIG eine übergeordnete Ansprechstelle zur Verfügung stellen. Nicht geregelt sind Vorgaben für die Akkreditierung und Zugangsvoraussetzungen der Auditoren. Es fehlt im Übrigen eine Befugnis des BSI, ein Sicherheitsaudit anzuordnen.[61]

Als einzige Sanktion bleiben die Tatbestände des § 14 Abs. 1 Nr. 1, 2 BSIG. Um Sanktionen durch Bußgelder zu vermeiden, sind die Betreiber der kritischen Infrastruktur darauf angewiesen, konkrete Vorkehrungen zum Zwecke der IT-Sicherheit zu kennen.

(15) Mitwirkungspflichten

Betreiber von kritischer Infrastruktur sind verpflichtet, nach § 8a Abs. 4 Satz 2 BSIG Zugang zu Geschäfts- und Betriebsräumen zu gewähren und Unterlagen herauszugeben. Dem BSI steht das Recht zur Überprüfung gemäß § 8a Abs. 4 Satz 1 BSIG nach dem NIS-Umsetzungsgesetz gemäß Art. 15 Abs. 1 NIS-RL zu.

(16) Meldepflichten

„*Störungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit von informationstechnischen Systemen, Komponenten oder Prozessen*“ müssen nach § 8b Abs. 4 Satz 1 BSIG dem BSI gemeldet werden. Zu melden sind nur **erhebliche Störungen**, die zu einem Ausfall der kritischen Infrastruktur geführt haben oder dazu führen können. Eine Störung ist dann anzunehmen, wenn die eingesetzte Technik, die ihr zugedachte Funktion nicht mehr richtig oder nicht mehr vollständig erfüllen kann oder versucht wurde, entsprechend auf sie einzuwirken. Dazu zählen insbesondere Fälle von Sicherheitslücken, Schadprogrammen und Angriffen auf die Sicherheit in der Informationstechnik sowie außergewöhnliche und unerwartete technische Defekte mit IT-bezug.[62] Der Störungsbegriff ist weit auszulegen, um den Schutzzweck des BSIG zu gewährleisten.[63] **Erheblich** sind Störungen dann, wenn die Funktionsfähigkeit der erbrachten kritischen Dienstleistung bedroht ist und die IT-Störung nicht bereits automatisiert oder mit wenig Aufwand mithilfe der nach § 8a BSIG als Stand der Technik beschriebenen Maßnahmen abgewehrt werden kann.[64] Ob es auf den Aufwand der Abwehrmaßnahmen ankommen kann, wird bestritten. Es muss auf die Auswirkungen ankommen. Als erheblich angesehen werden nach der Gesetzesbegründung Fälle neuartiger Angriffe und unerwarteter Vorkommnisse.[65] An der Anonymisierung der Schadensfälle im Gesetzgebungsverfahren hatte die Wirtschaft aus Sorge um Reputationseinbußen ein starkes Interesse. Durch die

58 Spindler, CR 2016, S. 299.

59 Spindler, CR 2016, S. 299.

60 BT-Drs. 18/4096, S. 26.

61 Spindler, CR 2016, S. 300, Hornung, NJW 2016, S. 3336.

62 Begr. RegE, BT-Drs. 18/4096, S. 27.

63 Spindler, CR 2016, S. 300; Roos, MMR 2015, S. 636, 639.

64 Begr. RegE, BT-Drs. 18/4096, S. 28.

65 Begr. RegE. BT-Drs. 18/4096, S. 28.

Anonymisierung wird erreicht, dass die Meldung nicht direkt an das BSI, sondern über eine Kontaktstelle nach § 8b Abs. 3 BSIG erfolgen kann. Der Inhalt der Meldung muss *„zu der Störung sowie zu den technischen Rahmenbedingungen, insbesondere der vermuteten oder tatsächlichen Ursache der betroffenen Informationstechnik, der Art der betroffenen Einrichtung oder Anlage sowie zur Branche der Betreiber"* Angaben enthalten. Aus den Meldungen müssen sich genügende Informationen für Angriffsszenarien ergeben, um Erfahrungen für angemessene Schutzmaßnahmen treffen zu können. Die Meldepflicht enthält unbestimmte Rechtsbegriffe, sodass die Grenzen der Meldepflicht unklar bleiben. Jede Meldung kann Rückschlüsse über Versäumnisse der IT-Sicherheit im Unternehmen zulassen, sodass mit jeder Meldung die Gefahr der Selbstbelastung durch Hinweise auf Sicherheitslücken besteht. Untersuchungen durch das BSI vor Ort sieht das BSIG nicht vor.[66] Durch Meldungen können damit Anordnungen des BSI veranlasst werden, um von den Betreibern der Kritischen Infrastrukturen die Beseitigung von Sicherheitsmängeln nach § 8a Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 BSIG zu verlangen.

(17) Anforderungen an Anbieter digitaler Diensten

Die bisher dargestellten Pflichten richteten sich an die Betreiber Kritischer Infrastrukturen. Nach § 8a BSIG haben die Betreiber Kritischer Infrastrukturen den Stand der Technik einzuhalten. Mit der NIS-RL vom 6.7.2016 hat die EU auch die Anbieter digitaler Dienste zu technischen und organisatorischen Maßnahmen verpflichtet, um die IT-Sicherheit einzuhalten. Umgesetzt ist die Pflicht in § 8c BSIG. Nach § 8c Abs. 1 BSIG sind die Anbieter digitaler Dienste zu Schutzmaßnahmen verpflichtet, den *„Stand der Technik"* zu berücksichtigen. Im Unterschied zu § 8a BSIG ist diese Pflicht schwächer, da die Betreiber Kritischer Infrastrukturen verpflichtet sind, den Stand der Technik einzuhalten. Die Pflicht, den Stand der Technik zu berücksichtigen bedeutet, dass er bei der Bestimmung der Schutzmaßnahmen einbezogen werden muss, aber davon abgewichen werden kann.[67] Die Betreiber kritischer Infrastrukturen können dagegen vom Stand der Technik nur in begründeten Ausnahmefällen abweichen.[68]

Diese Unterscheidung zwischen den Pflichten der Betreiber Kritischer Infrastruktur und den Anbieter digitaler Dienste begründet NIS-RL vom 6.7.2016 ausführlich in den Erwägungsgründen 48, 49 und 57.[69]

Anbieter digitaler Dienste gemäß § 2 Abs. 11 und 12 BSIG sind juristische Personen, die digitale Dienste, nämliche **Online-Marktplätze, Online-Suchmaschinen** und **Cloud-Computing-Dienste** anbieten. In Artikel 4 Nr. 5 und Anhang 3 NIS-RL sind diese digitalen Dienste enumerativ aufgezählt. Die Definition dazu findet sich in den Erwägungsgründen zur NIS-RL.[70] Online-Marktplätze bieten Vertragsabschlussgelegenheiten wie zum Beispiel ebay, Amazon, AppStores. Dazu zählen nicht die bloßen Vermittler. Online-Suchmaschinen bieten Recherchedienste in allen Websites an. Unter Cloud-Computing-Dienste sind Dienste zu verstehen, die den Zugang zu einem skalierbaren und elastischen Pool gemeinsam nutzbarer Rechenressourcen ermöglichen.

Im Ergebnis werden an die Anbieter digitaler Dienste geringere Anforderungen gestellt als an die Betreiber Kritischer Infrastruktur.

Die NIS-RL unterscheidet in Kapitel IV zwischen den Betreiber *„wesentlicher Dienste"* und Kapitel V den Anbietern digitaler Dienste. Die Betreiber *„wesentlicher Dienste"* werden in Artikel 14 und 15 NIS-RL geregelt, während die Anbieter digitaler Dienste in Artikel 16 und 17 NIS-RL geregelt sind. Entsprechend sind die Anbieter digitaler Dienste in der Umsetzung in § 8c BSIG geregelt. Das BSIG hat den Begriff der wesentlichen Dienste der NIS-RL nicht übernommen. Die wesentlichen Dienste nach NIS-RL sind geregelt in § 8a

66 Spindler, CR 2016, S. 301.

67 Wimmer/Meschler, S. 134.

68 Spindler, CR 2016, S. 298/299; Wimmer/Meschler, S. 131; Siehe auf Seite 12.

69 ABl. EU NR. L 194 Erwägungsgründe 48, 49 und 57.

70 ABl. EU Nr. L 194, Nr. 15 für Online-Marktplatz, Nr. 16 für Online-Suchmaschinen, Nr. 17 für Cloud-Computing-Dienste.

BSIG, nämlich als Betreiber Kritischer Infrastruktur. Nach der NIS-RL sollen die Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet erbrachte Dienste auflisten, die zu den Betreibern wesentlicher Dienste zählen.[71] Die Größe der Betreiber sollen dabei berücksichtigt werden, insbesondere der Marktanteil und die transportierten Datenmengen.[72] Die NIS-RL bezeichnet die Unterschiede zwischen wesentlichen Diensten und digitalen Diensten als grundlegend. Ein Hauptunterschied besteht darin, dass digitale Dienste grenzüberschreitend angeboten werden. Die Mitgliedstaaten sollen in die Lage versetzt sein, die Betreiber wesentlicher Dienste zu bestimmen und an sie strengere Anforderungen zu stellen als in der NIS-RL festgelegt ist. Damit ermächtigt die NIS-RL die Mitgliedstaaten zu strengeren Anforderungen an die Anbieter wesentlicher Dienste. Die grenzüberschreitenden digitalen Dienste sollten ein hohes Maß an Harmonisierung im Hinblick auf die Sicherheitsanforderungen und Meldepflichten für Anbieter digitaler Dienste gewährleisten. Das sollte zu einer einheitlichen Behandlung der Anbieter digitaler Dienste in der Union führen, die ihrer Art und der Höhe des Risikos, dem sie unterliegen könnten, angemessen ist.[73] Nach Artikel 16 Ziffer 10 der NIS-RL sollen die Mitgliedsstaaten den Anbietern digitaler Dienste keine weiteren Sicherheits- oder Meldepflichten auferlegen. Die NIS-RL will damit Anforderungen an die Anbieter digitaler Dienste europaweit harmonisieren und versperrt den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit der nationalen schärferen Regelungen. Die Richtlinie überlässt es den Mitgliedsstaaten allerdings, den Betreibern Kritischer Infrastrukturen schärfere Regeln zu setzen, weil bei der örtlich gebundenen Kritischen Infrastruktur kein Harmonisierungsbedarf auf EU-Ebene besteht.

Problematisch sind die Dienste, die sowohl Teil der Kritischen Infrastruktur sind, als auch digitale Dienste angesehen werden können. Im Zweifel sind für solche digitalen Dienste die schärferen präventiven Pflichten anzuwenden, weil sie ein höheres Risiko auslösen können.[74]

Die Abgrenzung zwischen wesentlichen Diensten für Betreiber Kritischer Infrastrukturen und den Anbietern digitaler Dienste dürfte dann keine Probleme machen, weil das Ausfallrisiko beim Betreiben Kritischer Infrastruktur auch bei den Anbietern digitaler Dienste berücksichtigt werden muss. Das Risiko von Anbietern digitaler Dienste würde mit dem Risiko der Betreiber Kritischer Infrastruktur zusammenfallen und sich schon dadurch erhöhen.

Betreiber *„wesentlicher Dienste“* gemäß Art. 4 Nr. 4 NIS-RL finden sich im Anhang II der NIS-RL, aufgeteilt nach sieben Sektoren, Energie, Verkehr, Bankwesen, Finanzmarkt, Infrastrukturen, Gesundheitswesen, Trinkwasserlieferung und –versorgung und digitale Infrastruktur. Die NIS-RL nennt im Untersektor digitale Infrastruktur nur drei Dienste,

- **erstens** Internetknoten (IXPs),
- **zweitens** DNS-Dienstanbieter (Domain-Name-System-Dienstanbieter) und
- **drittens** TLD-Name-Registries (Top-Level-Domain-Registrees).

Die BSI-KritisV führt dagegen im Untersektor Informationstechnik und Telekommunikation darüber hinaus auch ortsgebundene Zugangsnetze, Übertragungsnetze, Rechenzentren, Serverfarmen, Content-Delivery-Netzwerke und Anlagen zur Erbringung von Vertrauensdiensten auf.[75]

(18) Die Befugnisse des BSI gegenüber Betreibern Kritischer Infrastruktur und Anbietern digitaler Dienste

Nach § 1 BSIG und nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 17 BSIG ist das BSI die zentrale Stelle für IT-Sicherheit bei digitalen Diensten und damit ist das BSI zuständig für die Informationssicherheit auf nationaler Ebene. Damit das BSI die Beratungsfunktionen ausüben kann, werden alle Informationen zur IT-Sicherheit beim BSI

71 Abl. EU Nr. L 194 Erwägungsgrund 23, 25.

72 Abl. EU Nr. L 194 Erwägungsgrund 26.

73 Abl. EU Nr. L 194 Erwägungsgrund 57.

74 Wimmer/Meschler, S. 131; Schallbruch, CR 2016, S. 663, 664.

75 Wimmer/Meschler, S. 125.

zentriert. Nach § 3 Abs. 3 BSIG berät das BSI die Kritis-Betreiber zur IT-Sicherheit. Es kann nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 BSIG und nach § 7 BSIG Warnungen vor Sicherheitslücken in Produkten und Diensten, vor Schadprogrammen und im Fall eines Verlustes von Daten, Warnungen aussprechen vor Sicherheitslücken in Produkten und den Einsatz von Sicherheitsprodukten empfehlen.

Das BSI hat die Kompetenz, konkretisierende Sicherheitsstandards für einzelne Branchen festzustellen. Nach § 8a Abs. 5 BSIG kann das BSI Anforderungen an die Sicherheitsaudits und die Zertifizierung festlegen und Dokumentationen von Kritis-Betreibern nach § 8a Abs. 3 Satz 3 BSIG anfordern (Artikel 15 Abs. 3 NIS-RL). Die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen kann das BSI gemäß § 8a Abs. 4 BSIG selbst durch Dritte überprüfen (Artikel 15 Abs. 2 NIS-RL).

Das BSI sammelt Informationen und wertet sie aus. Nach § 8b Abs. 2 BSIG hat es die Auswirkungen zu analysieren, ein Lagebild zu erstellen und unverzüglich die Kritis-Betreiber und Behörden zu unterrichten. Eine generelle Unterrichtung der Öffentlichkeit sieht das Gesetz nicht vor.

Durch diese Informationen der Kritis-Betreiber können zivilrechtliche **Verkehrssicherungspflichten** durch das BSI ausgelöst werden, weil Betreiber *„quasi bösgläubig“* werden und dadurch unverzüglich ihre technische und organisatorische Vorkehrungen überprüfen und Schutzmaßnahmen veranlassen müssen.[76] Die Anbieter von digitalen Diensten, die Anbieter von Software, haben dann Verkehrssicherungspflichten, wenn sich IT-Sicherheitslücken zeigen, die sie durch Update-Pflichten beseitigen müssen. Trotz dem Ende der Gewährleistungshaftung treffen den Anbieter Verkehrssicherungspflichten für die von ihm in den Verkehr gebrachte Software auch außerhalb der vertraglichen Pflichten. Dem Anbieter digitaler Dienste in Form einer Software sind Vorkehrungen zum Schutz der Rechtsgüter Dritter zumutbar. Der Anbieter muss die Software, die er in Verkehr gebracht hat, auch danach noch auf Sicherheitslücken und Risiken hin beobachten. Die deliktische Verkehrssicherungspflichten schützen das Integritätsinteresse. Der Anbieter muss den Nutzer vor Schäden bewahren, was auch durch eine Warnung möglich ist, durch die der Nutzer in die Lage versetzt wird, die Nutzung einzustellen.[77] Nach § 8c Abs. 4 BSIG kann das BSI von dem Anbieter digitaler Dienste verlangen, erforderliche Informationen zur Beurteilung der Sicherheit seiner Netz-Informationssysteme einschließlich der Nachweise über ergriffene Maßnahmen zu erbringen.

(19) Präventive Befugnisse des BSI gegenüber Herstellern von IT-Diensten und IT-Produkten

Nach § 7a BSIG hat das BSI das Recht auf dem Markt angebotene IT-Dienste und IT-Produkte zu untersuchen, und zwar auch gegen den Willen des jeweiligen Herstellers. Das gilt insbesondere, wenn Bedenken gegen Produkte bestehen, die in der kritischen Infrastruktur eingesetzt werden.[78]

Nach § 8b Abs. 6 BSIG kann das BSI Hersteller und IT-Dienste dazu verpflichten, bei der Vermeidung von Störungen der kritischen Infrastruktur mitzuwirken. Zu den Befugnissen des BSI gehört nach § 9 Abs. 2 BSIG auch Produkte und Dienste von BSI zertifizieren zu lassen.

(20) Die Organisation der IT-Sicherheit im Unternehmen

Die IT-Sicherheit muss nach den BSIG in Unternehmen organisiert werden. Die sechs Organisationspflichten eines Compliance-Management-Systems sind auch auf die Organisation der IT-Sicherheit anzuwenden. Das BSI hat sich zur Organisation konkret geäußert und sogenannte Bausteine *„ORP.1“* zur Organisation herausgegeben. Die sechs Organisationspflichten nämlich das Ermitteln der Risiken und der Pflichten zur Risikoabwehr, die Delegation der Pflichten auf Mitarbeiter des Unternehmens und die Festlegung der jeweiligen Funktionen als Geschäftsleiter,

76 Spindler, CR 2016, S. 308.

77 Kipker/Wiegand, S. 217.

78 Schallbruch, CR 2018, S. 215, 218; Wimmer/Meschler, S. 136.

Beauftragte und Erfüller, die Kontrollen und die Dokumentation finden sich in den vom BSI veröffentlichten Bausteinen wieder.

Zur allgemeinen Organisationspflicht äußert sich das BSI im Baustein *„ORP.1"* mit dem Titel *„Organisation"*. Allgemeine Anforderungen im Bereich der Organisation werden formuliert, um das Niveau der Informationssicherheit zu erhöhen und zu erhalten. Unter 2.1 wird in dem Baustein *„Organisation"* verlangt, mit organisatorischen Regelungen Sicherheitslücken zu vermeiden. Nach 2.2 sind die geltenden Regelungen allen Mitarbeitern bekannt zu machen und zur Verfügung zu stellen, sodass sie von allen Betroffenen im Arbeitsalltag gelebt werden können. Diese Vorgaben entsprechen der Organisationspflicht der Delegation von Pflichten auf Mitarbeiter im Unternehmen. Unter Ziffer 3 wird die Erfüllung der Anforderungen, das heißt der Pflichten zur IT-Sicherheit, als Organisationspflicht vorgeschrieben. Dem Informationssicherheitsbeauftragten wird die Rolle zugeschrieben, die Erfüllung aller Pflichten zur IT-Sicherheit zu überwachen. Unter ORP.1.1a wird die Festlegung von Verantwortlichkeiten und Regelungen verlangt. Dies entspricht der allgemeinen Organisationspflicht der Delegation nach ORP.1.1a.4. Vorgegeben wird die Trennung von unvereinbaren Aufgaben und Funktionen in der Organisation. Dies entspricht der Trennung zwischen Mitarbeitern mit Linienfunktion zur Entscheidung und Stabsfunktion zur Kontrolle. Diese Funktionstrennung ist zu dokumentieren. Auch dieser Hinweis entspricht der allgemeinen Organisationspflicht zur Delegation unterschiedlicher Pflichten auf unterschiedliche Mitarbeiter, damit im Ergebnis Mitarbeiter mit Linienfunktion die Erfüllung ihrer Pflichten nicht selbst kontrollieren.

(21) Die digitale Kreuzreferenztabelle

Gefordert wird von der Organisation die Anlage einer *„Kreuzreferenztabelle zu elementaren Gefährdungen"*. In ihr sollen elementare Gefährdungen den Anforderungen zugeordnet werden, damit ermittelt werden kann, welche der elementaren Gefährdungen durch welche Anforderungen, d.h. durch welche Sicherheitsmaßnahmen abgewendet werden können. Das BSI trennt erkennbar zwischen der Ermittlung von Risiken und den Pflichten zur Abwendung dieser Risiken und verlangt, ein Zusammenhang zwischen Risiko und Pflicht zur Risikoabwendung herzustellen. Die Forderung nach der *„Kreuzreferenztabelle zur elementaren Gefährdungen"* findet sich ebenfalls in Baustein ORP.5 Compliance-Management (oder Anforderungsmanagement) unter Ziffer 5 als auch in Baustein DER.1.: *„Detektion von sicherheitsrelevanten Ereignissen"* ebenfalls unter Ziffer 5. Zur Veranschaulichung ist als Anlage eine Matrix beigefügt, die in der horizontalen oberen Leiste die Gefährdungen auflistet und in der vertikalen Leiste die Anforderungen zur Abwendung der jeweiligen Gefährdung. Eine derartige Matrix ist in ihrer Funktionsweise begrenzt und kaum praktikabel, weil sie nur eine bestimmte Anzahl von Risiken und Pflichten zur Abwehr aufnehmen kann. Es empfiehlt sich eine digitale Kreuzreferenztabelle, in der konkrete Risiken mit konkreten Pflichten digital so verlinkt werden, dass für jedes IT-Sicherheitsrisiko die entsprechenden Schutzmaßnahmen zur Risikoabwehr jederzeit abgerufen werden kann. Eine digitalisierte Kreuzwerttabelle ist geeignet, Risiken in unbegrenzter Anzahl zu erfassen und mit den jeweils geeigneten Schutzpflichten so zu verlinken, dass alle in einem Unternehmen beteiligten Mitarbeiter jederzeit Zugriff auf diese Datenbank haben. Im Unternehmen lässt sich von jedem Mitarbeiter jederzeit ermitteln, erstens welcher IT-Sachverhalt ein Risiko darstellt und zweitens mit welcher Schutzpflicht dieses Risiko abzuwenden ist. Entsprechend der Rechtsprechung des BGH zur Wissensaufspaltung[79] sind alle Mitarbeiter eines Unternehmens dadurch in der Lage, sich das erforderliche Wissen zu Risiken über die IT-Sicherheit und die jeweilige Schutzmaßnahme abzurufen.[80]

79 GHZ 132, 30 - BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 (Wissensaufspaltungsentscheidung); BGHZ vom 15.04.1997, BGHZ 135, 202, XI ZR 105/96 (Scheckinkasso).

80 Eine digitale Kreuzreferenztabelle bietet das Compliance-Management-System „Recht im Betrieb".

(22) Die Vorgaben des BSI zum Compliance-Management (Anforderungsmanagement) nach ORP.5.

Die Einhaltung aller rechtlichen Vorgaben zur Informationssicherheit ist durch die Unternehmensleitung sicherzustellen (1.1). Aus gesetzlichen Vorgaben sind die Sicherheitsanforderungen abzuleiten. Unter 3 (*„Anforderungen"*) wird im Baustein festgestellt, dass Compliance-Manager für die Erfüllung der Anforderung zuständig ist und der Informationssicherheitsbeauftragte bei Entscheidungen stets einzubeziehen ist.

Nach ORP.5.A1 sind alle relevanten gesetzlichen, vertraglichen und sonstige Vorgaben zu identifizieren, die Auswirkungen auf die Informationssicherheit haben können. Nach ORP.5.A2 haben die Leiter der Organisationen für die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu sorgen. Alle Mitarbeiter müssen in die einschlägigen Gesetze eingewiesen und verpflichtet werden, diese einzuhalten. Den Mitarbeitern muss bekannt sein, welcher *„rechtliche Rahmen ihre Tätigkeit bestimmt"*. Nach ORP.5.A8 ist das Compliance-Management regelmäßig auf Angemessenheit zu überprüfen. In Ziffer 5 wird ebenfalls eine Kreuzreferenztabelle vorgeschrieben. Die digitale Kreuzreferenztabelle lässt sich insofern erweitern, als mit jeder Pflicht auch die Mitarbeiter namentlich verlinkt werden können, die die jeweilige Pflicht zur Gewährleistung der IT-Sicherheit erfüllen, welcher Mitarbeiter die Erfüllung unabhängig kontrollieren muss und welcher Geschäftsleiter die Oberaufsicht über die Erfüllung und deren Kontrolle zu verantworten hat.

(23) Die Detektion von sicherheitsrelevanten Ereignissen

Das BSI hat in seinem Bausteinen DER.1 als organisatorische Maßnahmen das rechtzeitige Erfassen sicherheitsrelevanter Ereignisse vorgeschrieben. Dabei handelt es sich um ein Ereignis, dass sich auf die Informationssicherheit auswirkt und die Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit beeinträchtigen kann. Typische Folgen solcher Ereignisse sind ausgespähte, manipulierte oder zerstörte Informationen. Die Ursachen sind vielfältig. Um die IT-Systeme schützen zu können, fordert das BSI sie rechtzeitig zu erkennen.

Im Rahmen des Compliance-Management-Systems handelt es sich hierbei um die Ermittlung aller riskanten Sachverhalte. Zu bedenken ist dabei, dass es sich um Risiken handeln, die erst dann zu erkennen sind, wenn sie sich zum Schaden entwickelt haben. Risiken sind keine Fakten, sondern Fiktionen, die nicht zu erkennen sind, die man sich denken muss. Das Erfassen von Risiken setzt Erfahrungen mit IT-Arbeitsverläufen voraus. Vor dem Schadenseintritt können Risiken allenfalls anhand von Indizien erfasst werden, von denen aufgrund eines Erfahrungssatzes auf ein Risiko geschlossen werden kann, weil schon einmal die Erfahrung über den Eintritt eines Schadens gemacht werden konnte. Im IT-Sicherheitsrecht ist der Schaden an den drei Schutzgütern der Vertraulichkeit, der Integrität und der Verfügbarkeit der Informationen abzuwenden. Die ständige BGH-Rechtsprechung legt strenge Maßstäbe bei der Risikoanalyse an. Sogar Risiken ohne erkennbare Indizien sind zu erfassen.[81]

Zielgerichtete Cyberangriffe nutzen die Überraschung mit dem Einsatz neuer unbekannter Angriffstechniken. Die erfolgreiche Detektion sicherheitsrelevanter Ereignisse setzt die Simulation von Angriffstechniken im Rahmen der Cyberkriminalität voraus. Für eine erfolgreiche Abwehrstrategie muss gefordert werden, sämtliche Erfahrungen über Angriffe und Störungen der IT-Sicherheit systematisch zu sammeln und für jedermann zugänglich und verfügbar bereitzustellen. Diese Zielsetzung wird unter Ziffer 1.2 des Bausteins DER.1. formuliert. Von großer Bedeutung ist deshalb das Protokollieren aller Angriffe und Störungen, womit sich der Baustein OPS.1.1.5 *„Protokollierungen"* befasst.

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

Zur Abwehr sicherheitsrelevanter Ereignisse sind Programme zum Beispiel Antivirenprogramme, Firewalls oder Intrusions-Detections-Systems (IDS/IPS) erforderlich, um Anomalien im Datenverkehr aufzudecken. Die Mitarbeiter sind ausreichend zu sensibilisieren und zu schulen, um sicherheitsrelevante Ereignisse als solche zu identifizieren, um denkbare Angriffe möglichst frühzeitig zu erkennen und von Indizien auf die drohenden Angriffe zu schließen. Die Informationssicherheitsbeauftragten haben die Aufgabe, wichtige Auffälligkeiten zu sammeln, darauf hinzuweisen und sie als Indizien für drohende Angriffe zu beschreiben. Alle Abweichungen vom Normalbetrieb der IT-Systeme müssen einen Verdacht auf Angriffe und Störungen begründen. Wird ein IT-System im Ablauf langsamer, kann dies ein Indiz für ein im Hintergrund aktives Schadprogramm sein. Eine Abweichung vom Normalbetrieb sind auch die Anzeigen von ungewöhnlichen Werten bei der Steuerungen von Produktionsanlagen. Sie sind Indizien, die einen Verdacht begründen. Die im BSI gesammelten Meldungen und Erfahrungen sind zugänglich zu machen und von einem Informationssicherheitsbeauftragten zu nutzen.

Neben dem Erfassen der IT-Risiken und den Pflichten zur Abwendung dieser Risiken wird in DER.1.A2 die Einhaltung aller relevanten gesetzlichen Bestimmungen gefordert. Die IT-Sicherheit als Gesetzeszweck enthalten 324 Gesetze, die insgesamt etwa 500 Pflichten vorgeben. Mit erfasst sind dabei die Regelungen in Spezialgesetzen wie dem Atomgesetz, dem Energiewirtschaftsgesetz, dem Telekommunikationsgesetz und dem Telemediengesetz.

(24) Das System zur Meldung von sicherheitsrelevanten Ereignissen

Gefordert wird unter DER.1.A3 (Detektion von sicherheitsrelevanten Ereignissen) die Festlegung von Meldewegen für sicherheitsrelevante Ereignisse.

Das Compliance-Management-System *„Recht im Betrieb“* enthält ein Meldesystem, mit dem Informationen von der Arbeitsebene zentral an eine dafür vorbestimmte Stelle gemeldet werden können. Dabei können vordefinierte Meldetypen bestimmt werden, mit denen die sicherheitsrelevanten Ereignisse unternehmensintern gesammelt und gemeldet werden können. Alle Mitarbeiter sind zu verpflichten, jeden individuell erkannten Sicherheitsvorfall und –verdacht unverzüglich dem Incident-Management zu melden. Hervorzuheben ist außerdem die im Baustein DER.1.1A11 enthaltene Anforderung, eine zentrale Protokollierungsinfrastruktur für die Auswertung sicherheitsrelevanter Ereignisse zu unterhalten. Die Ereignismeldungen sind zentral zu speichern und auszuwerten, um abgerufen werden zu können. Die gesamten Ereignisse von Auffälligkeiten müssen nachträglich erkannt werden können, immer aktuell und auf dem gleichen Stand sein. Unter DER.1.1A12 wird die Pflicht formuliert, Informationen aus externen Quellen zu sammeln und auszuwerten. Diese entspricht der BGH-Rechtsprechung im IKB-Urteil, alle verfügbaren Informationsquellen bei der Risikoanalyse zu erschöpfen.[82] Unter Ziffer 5 wird wiederum eine Kreuzreferenztabelle gefordert, in die Risikosachverhalte zu speichern und mit Pflichten zur Risikoabwehr zu verlinken sind. In digitaler Form kann so der gesamten Erfahrungsschatz zu sicherheitsrelevanten Ereignissen zentral sammelt und für alle einsehbar verfügbar gehalten werden. Diese organisatorische Pflicht entspricht den Vorgaben der Rechtsprechung des BGH in der Wissensaufspaltungsentscheidung.[83]

Die Sammlung aller Erfahrungen zu IT-Risiken und deren Abwehr durch Schutzmaßnahmen lässt sich auf einer Plattform organisieren. Je mehr Nutzer das gleiche Compliance-Management-System mit der von allen gespeisten Datenbank über typische Risiken in der IT-Sicherheit nutzen, umso erfolgreicher lässt sich die Cyberrisiko-Abwehr organisieren. Die Erfahrung über IT-Risiken müssen gesammelt, gespeichert und abrufbar verfügbar gehalten werden, und zwar nicht nur im eigenen Unternehmen sondern im Verbund aller potenziell betroffenen Cyberangriffsopfer. Um dieses Ziel zu erreichen, empfiehlt es sich, die Kreuzreferenztabelle ständig um aktuelle Erfahrungen über Angriffs- und Abwehrtechniken zu erweitern und allen betroffenen Nutzern zugänglich zu machen.

Wenn das IT-Grundschutzkompendium des BSI nur

82 BGH, Urteil v. 13.12.2011 - XI ZR 51/10 (IKB-Urteil).

83 GHZ 132, 30 - BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 (Wissensaufspaltungsentscheidung); BGHZ vom 15.04.1997, BGHZ 135, 202, XI ZR 105/96 (Scheckinkasso).

einmal pro Jahr aktualisiert wird, dürfte dieser zeitliche Abstand zu groß sein und die Gefahr erhöhen, dass Cyberkriminelle ihren technischen Vorsprung beim Angriff ausbauen und die Abwehrtechnik nachhängt.

(25) Die Vorteile einer ständig aktualisierten Kreuzreferenztabelle als digitales Gedächtnis

Für die Organisation der IT-Sicherheit im Unternehmen ist der Einsatz digitaler Instrumente unverzichtbar. Die Sammlung aller sicherheitsrelevanten Sachverhalte eines Unternehmens in einer Datenbank ermöglicht den schnellen Zugriff auf alle Indizien, von denen schon einmal ein Risiko für die IT-Sicherheit des Unternehmens ausgegangen ist. Die gespeicherten Erfahrungen erlauben als Indizien Schlüsse auf drohende Angriffe und Störfälle. Es sind die aus Erfahrung gesammelten Abweichungen vom Normalbetrieb der IT-Praxis. Eine Sammlung kann als digitales Gedächtnis für alle Mitarbeiter eines Unternehmens dienen, die schon arbeitsrechtlich verpflichtet sind, auf alle Auffälligkeiten und Risiken hinzuweisen, die einen Schaden im Unternehmen auslösen können. Die Unternehmensleitung ist darauf angewiesen, dass sämtliche Mitarbeiter zum Schutz der IT-Sicherheit Unregelmäßigkeiten nicht nur erfassen, sondern auch unverzüglich melden. Die digitale Kreuzreferenztabelle erlaubt außerdem den schnellen Zugriff auf die Schutzmaßnahmen, die in der Datenbank gespeichert sind und mit dem jeweiligen IT-Risiko verlinkt sind.

Die Datenbank ist für alle Mitarbeiter verfügbar und kann als zentrales Frühwarninstrument eingesetzt werden. Nicht allein der IT-Sicherheitsbeauftragte kann die IT-Sicherheit garantieren. Er ist auf die Aufmerksamkeit aller Mitarbeiter angewiesen und vor allem auf deren Meldebereitschaft bei potenziellen Gefahren für die IT-Sicherheit.

Die Kreuzreferenztabelle ist zu ergänzen um alle Pflichten zur Abwehr der erfassten Risiken. Die Pflichten ergeben sich aus dem Grundschutzkompendium des BSI als Mindestanforderung.

(26) IT-Compliance und IT-Sicherheit als Organisationspflicht der Unternehmensleitung

Zur Organisation verpflichtet sind Geschäftsführer und Vorstände. Sie haften für Fehler und verletzte Organisationspflichten. Der durch das KontraG eingeführte § 91 Abs. 2 AktG schreibt vor, dass der Vorstand, als Teil seiner Verpflichtung zur ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung geeignete Maßnahmen zur rechtzeitigen Erkennung von Sicherheitsrisiken zu treffen hat. Vorstände haben die Pflicht, ein angemessenes Risiko-Management zu implementieren. Alle Mitglieder des Vorstands sind dazu verpflichtet. Zur üblichen Sorgfalt gehört bei der Unternehmensleitung auch das Ermitteln und Abwehren von IT-Risiken. Die IT-Sicherheit ist ein bedeutender Bestandteil des Ressourcenschutzes und der betrieblichen Vermögensgegenstände und zählt als wichtiger Teil zur allgemeinen Organisationspflicht.[84]

Zu Recht wird empfohlen, einen IT-Sicherheitsbeauftragten als Stabsstelle zu etablieren und nicht als Teil der IT-Abteilung, da deren Interessen und Ziele sich nicht immer mit den Aufgaben des IT-Sicherheitsbeauftragten decken. Der IT-Sicherheitsbeauftragte hat vergleichbar mit den gesetzlichen Beauftragten im Umweltschutz und Arbeitsschutz die Aufgabe, den Betreiber zu beraten, die Mitarbeiter über Pflichten zur IT-Risikoabwehr zu informieren und deren Einhaltung zu kontrollieren. Wäre der IT-Sicherheitsbeauftragte innerhalb der IT-Abteilung angesiedelt, würde er sich selbst kontrollieren. Auch im IT-Sicherheitsrecht empfiehlt es sich deshalb, Stabs- und Linienfunktionen zu trennen und den IT-Sicherheitsbeauftragten von der Pflicht, Entscheidungen zur IT-Sicherheit zu treffen, zu entbinden und ihn auf die Berater-, Informations- und Kontrollfunktion zu beschränken.[85]

84 Schmidt/Tannen, in: Kipker, Cybersecurity, 2020, S. 181.

85 Schmidt/Tannen, in: Kipker, Cybersecurity, 2020, S. 192.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

Sonderbeilage 1 / 2021

Betriebs-Berater Compliance

25.2.2021 | 9.Jg
Seiten 1–16

Dr. Manfred Rack

LEGAL-TECH – nur mit Anwälten

Zwei Smartlaw-Urteile von LG und OLG Köln mit unterschiedlichem Ergebnis im Vergleich mit der juristischen Methodenlehre

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Inhaltsübersicht

I.	Das Urteil des LG Köln – Smartlaw als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung nur mit Anwälten	4
II.	Das Urteil des OLG Köln – Smartlaw als erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung auch ohne Anwälte	4
III.	Logik ersetzt keinen Rechtsanwalt	5
IV.	Logik nach der aktuellen juristischen Methodenlehre – kein Hilfsmittel der Rechtsanwendung	6
V.	Das Verhältnis von abstrakten Rechtsbegriffen zu konkreten Einzelfällen als Quelle des Irrtums über die Funktion von Logik bei der Rechtsanwendung	6
VI.	Die Subsumtion als Entscheidungsverfahren	7
VII.	Die Entscheidung des Gesetzgebers für das Konzept des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und gegen das Informationsmodell als Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt	7
VIII.	Das vom OLG Köln verkannte Konzept des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt	9
IX.	Die Software als „Tätigkeit“ nach § 2 Abs. 1 RDG	10
X.	Die weite Auslegung des Rechtsdienstleistungsbegriffs	11
XI.	Die objektive Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung	11
XII.	Die subjektive Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung durch die erkennbare Erwartung	12
XIII.	Die erkennbare Erwartung auf eine Rechtsdienstleistung durch Werbung	13
XIV.	Der Vorrang des Gesetzes	13
XV.	Die vorteilhaften Folgen von Legal-Tech für Anwälte, Justiz und Rechtssuchende	13
XVI.	Fazit	14

I. Das Urteil des LG Köln – Smartlaw als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung nur mit Anwälten

Die Rechtsanwaltskammer Hamburg hat im Rahmen ihrer Klagebefugnis den Verlag Wolters Kluwer verklagt, Werbung und Angebot des Computerprogramms Smartlaw zu unterlassen. Mit einem Vertragsgenerator sollen Nutzer eigene Vertragsentwürfe selbst entwerfen können. Das LG Köln[1] hat der Klage stattgegeben und das Angebot als Rechtsdienstleistung ohne Erlaubnis als verboten bewertet. Das OLG Köln[2] hat im Berufungsverfahren das Urteil aufgehoben, das Angebot des Vertragsgenerators als Rechtsdienstleistung verneint, dem Verlag erlaubt und die Revision zugelassen. Nach § 2 Abs. 1 RDG ist Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Nach § 3 RDG ist sie nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch dieses Gesetz oder auf Grund anderer Gesetze erlaubt wird. Nach § 3 BRAO sind Rechtsdienstleistungen nur Rechtsanwälten erlaubt.

Einigkeit besteht zwischen beiden Gerichten, dass das Anfertigen von individualisierten Vertragsentwürfen als Rechtsdienstleistung zu bewerten ist.[3]

Schon das Angebot wertet das LG Köln als Verstoß gegen § 3 RDG, weil es ohne entsprechende Erlaubnis die Gefahr begründet, der Empfänger des Angebots werde sich an einen nicht ausreichend qualifizierten Rechtsdienstleister wenden.[4] Damit folgt das LG Köln dem früheren Urteil des VI. Senats des OLG Köln vom 26.8.2016, wonach zwar nach dem Wortlaut nur die zu erbringende Rechtsdienstleistung untersagt ist und im Angebot zwar noch kein Verstoß gegen § 3 RDG vorliegt, gleichwohl bereits durch das Angebot ein Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG ausgelöst wird. Das OLG Köln folgt der Rechtsprechung des BGH zum Rechtsberatungsgesetz, das auf das neue Recht übertragbar ist.[5] Das Rechtsdienstleistungsgesetz weist in dem für das Wettbewerbsrecht maßgeblichen Schutzzweck keine Änderung gegenüber dem früheren Rechtsberatungsgesetz auf, der verbraucherschützende Charakter als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt ist erhalten geblieben.[6]

Ob eine Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG vorliegt, wenn vollständig automatisierte Systeme (Legal-Tech) „eingesetzt werden", ist umstritten. Angezweifelt wird, ob es sich um eine menschliche „Tätigkeit" im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG handelt. Eine Mindermeinung verneint die Frage, weil ein Computer ein „mathematisch zwingend durch logische Entscheidung determiniertes Ergebnis" liefere.[7] Das LG Köln bewertet den Einsatz eines EDV-Programms auch ohne menschliche Interaktion als „Tätigkeit" im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG und folgt der ganz herrschenden Literaturmeinung, sowie vor allem der Gesetzesbegründung[8], wonach es bei Beratungsangeboten auf den Inhalt und nicht auf die technischen Hilfsmittel ankommt, mit der die Rechtsdienstleistung erbracht wird.[9] Angeboten wird inhaltlich die Beratung bei Vertragsentwürfen und technisch ein Computerprogramm als Beratungsinstrument. Dass sich die Beratungsleistung auf eine konkrete Angelegenheit bezieht, bejaht das LG Köln. Der Frage-Antwort-Katalog ist für eine Vielzahl von Fällen entworfen. Durch den Einsatz von Smartlaw wird die Beratung mit 30 Fragen und Antworten beim Lizenzvertrag für die konkreten Verhältnisse der Vertragsparteien individualisiert.[10] Das LG Köln stellt fest, dass die individualisierte Legal-Tech-Dienstleistung nicht anders als eine menschliche Beratungsleistung zu behandeln ist. Nur so sei der Zweck des RDG nach § 1 Abs. 1 Satz 2 RDG zu erfüllen, die „Rechtssuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen." Der Rechtsdienstleistungsbegriff ist weit auszulegen, weil der verfolgte Kontrollzweck nicht durch eine enge Auslegung des Begriffs der Rechtsdienstleistung erreicht werde, was ausführlich vom BGH in seiner Entscheidung vom 14.1.2016 begründet wurde.[11] Je enger der Begriff der Rechtsdienstleistung gefasst wird, umso weiter erstreckt sich der Bereich der allgemeinen Dienstleistung, der von vornherein nicht den Beschränkungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes unterliege. Diese Folgeerwägung ergibt sich aus der Stellungnahme des Bundesrates.[12]

Die Beratungsleistung erfolgt im Interesse des Nutzers und damit in einer „fremden Angelegenheit". Dass die Dienstleistung „eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert", bejaht das LG Köln mit der Komplexität der Rechtsdokumente, was am Lizenzvertragsrechts deutlich wird. Die rechtliche Prüfung erfolgt bei der Programmierung der Software und beim Entwickeln des Fragenkatalogs, mit dem Kundenwünsche und die Vertragsklauseln festgestellt werden. Vom Zeitpunkt der Anwendung her ist die rechtliche Prüfung zeitlich vorgelagert, was dem typischen Vorgehen von Rechtsanwälten im Alltag entspricht, die sich auf einen Beratungstermin ebenfalls zeitlich vorher vorbereiten. Nur selten dürfte in der Praxis der Zeitpunkt der Beratung mit dem der rechtlichen Prüfung zusammenfallen. Ad-hoc und spontan aus dem Stehgreif kommt es selten zu einer rechtlichen Prüfung zeitgleich mit der Beratung. Die subjektive Erforderlichkeit der rechtlichen Prüfung ergibt sich aus der erkennbaren Erwartung der umworbenen Kunden des beklagten Verlages. Die durch die Werbung geweckte Erwartung wird erkennbar, indem die Werbung wirkt, die Kunden das Angebot annehmen, zahlen und nutzen.[13]

Die Werbung für den Smartlaweinsatz ist irreführend i. S. v. § 5 UWG, weil für eine unerlaubte Rechtsdienstleistung nach § 3 RDG geworben wird.

II. Das Urteil des OLG Köln – Smartlaw als erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung auch ohne Anwälte

Abweichend kommt das OLG Köln im Berufungsverfahren zum gegenteiligen Ergebnis, dass der beklagte Verlag mit dem Smartlaw-Ange-

1 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19.
2 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19.
3 LG Köln, 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 43; OLG Köln, NJW 2020, 2740, Rn. 46.
4 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19; so schon OLG Köln, Urt. v. 26.8.2016 – 6 U 7/16, Rn. 40.
5 BGH, Urt. v. 6.12.2001 – I ZR 214/99 (WISO); BGH, Urt. v. 24.2.2005 – I ZR 128/02, NJW 2005, 2458 – Fördermittelberatung; BGH, Urt. v. 29.7.2009 – I ZR 166/06, NJW 2009, 3242 – Finanzsanierung, GRUR 2009, 1077.
6 BT-Dr. 16/3655, S. 30.
7 *Weberstaedt*, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung?, AnwBL. 2016, S. 535 (536).
8 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 47.
9 BT-Drs. 16/3655, S. 47; *Krenzler*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 14/44.
10 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 51.
11 BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 107/14, Rn. 47 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.
12 BT-Drs. 16/3655, S. 103.
13 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 56.

bot keine unerlaubte Rechtsdienstleistung erbracht habe. Das Programm sei nicht als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung mit der Rechtsfolge zu bewerten, dass es nur von Rechtsanwälten, sondern auch von Nichtanwälten wie dem beklagten Verlag aus folgenden Gründen angeboten werden könne.[14]

Erstens legt das OLG Köln den Rechtsdienstleistungsbegriff eng aus, im Gegensatz zur weiten Auslegung des LG Köln und entgegen dem Urteil des BGH[15], und beruft sich für seine enge Auslegung auf das Urteil des BGH vom 27.11.2019 zur Inkassodienstleistung.[16]

Zweitens sei die „Software als solche" keine „Tätigkeit" eines Dienstleisters[17] und vom Entwickeln und Bereitstellen zu trennen.

Drittens erfordere die Tätigkeit „keine rechtliche Prüfung", weil sie logisch, und deshalb ohne Rechtsanwälte ablaufe.

Im Ergebnis hat das Revisionsgericht zu entscheiden, ob Smartlaw nur mit oder auch ohne Rechtsanwälte von Verlagen angeboten werden darf.

III. Logik ersetzt keinen Rechtsanwalt

Das OLG Köln verkennt die herrschende juristische Methodenlehre zur Rechtsanwendung, nämlich Entscheidungen zu treffen mit deren Folgen der erklärte Gesetzeszweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes erreicht wird und Verbraucher vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen. Im Entscheidungsverfahren sind Rechtsanwälte unverzichtbar, weil sie Entscheidungen vor Gericht einschätzen können, in denen teleologisch Folgeerwägungen am Gesetzeszweck gemessen werden. Dagegen ist Rechtsanwendung nicht als logisches Verfahren zu verstehen, dass typischerweise EDV-gestützt ohne Rechtsanwälte ablaufe, das aber in der aktuellen Methodenlehre als lange überholt gilt. An drei Stellen beschreibt das OLG Köln das Verfahren beim Einsatz des Dokumentengenerators als „Anwendung eines logisch zwingend vorgegebenen Entscheidungsprozesses"[18], das Ergebnis aus der Anwendung des Dokumentengenerators hänge von „der im Programm vorgegebenen logischen Verknüpfung" ab[19], „bei der Anwendung des Programms handele es sich um ein „streng logisches Verfahren"[20] und um „ein rein logisch-schematisch ablaufender Übertragungsvorgang"[21]. Logisch zwingende vorgegebene Verfahren würden „typischerweise besonders gut EDV-gestützt ablaufen" können. Diese Verfahren seien nicht „den Rechtsanwälten vorzubehalten."[22] Besonders in der Werbung wird deutlich, dass durch Smartlaw und den Rechtsdokumentengenerator Anwälte ersetzt werden sollen, weil die Dienstleistung „günstiger und schneller als der Anwalt" und „Rechtsdokumente in Anwaltsqualität" geleistet werde. Mit dem Frage-Antwort-Katalog könne der Nutzer z. B. seinen Lizenzvertrag in wenigen Minuten selbst erstellen. Im Ergebnis sollen Anwälte durch Logik ersetzt werden.

Diese Ansicht des OLG Köln zur Funktion der Logik wird in der herrschenden juristischen Methodenlehre nicht mehr vertreten[23]. Weder bei der Vertragsgestaltung noch bei der Einhaltung eines Vertrages ist eine logische Operation anwendbar, was sich am Beispiel von Lizenzvertragsentwürfen verdeutlichen lässt. Lizenzverträge gelten als hoch kompliziert. Mit der Einräumung einer Lizenz verzichtet der Inhaber eines Schutzrechts gegenüber dem Lizenznehmer auf sein Recht, die Ausnutzung des geschützten Gegenstands zu verbieten. Vereinbart wird die Einräumung eines positiven Nutzungsrechts bei ausschließlichen als auch bei einfachen Lizenzen. Über Inhalt und Ausgestaltung von Lizenzen existieren keine gesetzlichen Regelungen.[24] Es bleibt der Rechtsprechung und Literatur überlassen, den Begriff der Lizenz auszugestalten. Lediglich in § 15 Abs. 1 PatG wird der Begriff verwendet. Für Lizenzverträge ist das Risiko vertraglich zu regeln und die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Schutzrechts für die Zukunft abzuschätzen. Es handelt sich um einen Vertrag sui generis, dessen Gestaltung in vollem Umfang vom Entwurfsverfasser abhängt. Lizenzverträge stellen für Rechtsanwälte eine Herausforderung dar. Die Fehleranfälligkeit ergibt sich schon aus der umfangreichen Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Lizenzverträgen. Die Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit eines Lizenzvertrages wegen Verstoßes gegen gesetzliche Verbote gemäß § 134 BGB ergibt sich vor allem aus kartellrechtlichen Vorschriften, sowie aus der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung.

Zwingende rechtliche Vorgaben für Lizenzverträge ergeben sich aus Gesetzen und aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, nicht aber aus der Logik. Im Übrigen hängt der Lizenzvertrag ausschließlich vom Willen der Vertragsparteien ab.

Bei schuldrechtlichen Verträgen gilt Vertragsfreiheit für Form und Inhalte. Das Schuldrecht kennt keinen Typenzwang wie das Sachenrecht und keinen Formzwang wie beim notariellen Vertrag.

Die rechtlichen Vorgaben für Lizenzverträge für die Gestaltung von Lizenzverträgen aus Gesetzen und aus der Rechtsprechung können Rechtsanwälte ermitteln und einsetzen. Die rechtswirksame Gestaltung eines Lizenzvertrages ist kaum von einem Dokumentengenerator in einem automatischen Frage-Antwort-Verfahren zu leisten. Wenn aber das Entwerfen eines Lizenzvertrages kein logisch zwingend vorgegebenes Verfahren ist, kann es auch nicht entgegen der Ansicht des OLG Köln „typischerweise" besonders gut EDV-gestützt ablaufen. Für das Entwerfen von Lizenzverträgen erweisen sich Anwälte als unverzichtbar. Nur sie können auf Grund ihrer Ausbildung und Berufserfahrung die Folgen einer Vertragsgestaltung berücksichtigen und den typischerweise in die Zukunft gerichteten Lizenzvertrag in seinem Verlauf einschließlich der denkbaren Leistungsstörungen vorhersehen. Dazu gehört es, die Argumente von Vertragspartnern, von Gegenanwälten im Fall von Leistungsstörungen und von Richtern im Streitfall vorweg einzuschätzen.

Das Smartlaw-Programm „als solches" liefert keinen Lizenzvertrag. Anwälte als Verfasser des Frage- Antwort- Katalogs lassen sich nicht wegdenken oder ausblenden.[25] Die Logik als selbstständigen Antrieb des Programms anzunehmen, ist das Ergebnis eines Wunschdenkens, Anwälte ersetzen zu können. Ihren Ursprung hat diese Methodenillusion in der längst überholten Begriffsjurisprudenz.

14 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 30, NJW 2020, 2743.
15 BGH, Urt. v. 14.1.2016 – II ZR 107/14, Rn. 47 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.
16 BGH Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, „wenigermiete.de".
17 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 32 und 18, NJW 2020, 2742.
18 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
19 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
20 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/29, Rn. 46, NJW 2020, 2740.
21 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/29, Rn. 46, NJW 2020, 2740.
22 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
23 *Rüthers/Fischer/Birk*, 9. Aufl., Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, Rn. 463; *Möllers*, Juristische Methodenlehre 2019, 9. Aufl. 2016, S. 211; *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 313.
24 *Groß*, Der Lizenzvertrag, 2020, 12. Auflage, Rn. 13.; Nur im § 15 PatentG wird der Begriff Lizenz verwendet.
25 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 2 Anm. 44.

IV. Logik nach der aktuellen juristischen Methodenlehre – kein Hilfsmittel der Rechtsanwendung

Die Ausgangsfrage, ob eine Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 Absatz 1 RDG in Fällen von Dienstleistungen anzunehmen ist, die unter Einsatz vollständig automatisierter Systeme erfolgen („Legal Tech") und, ob deshalb überhaupt eine menschliche „Tätigkeit" vorliege, wurde von einer Mindermeinung mit der Begründung verneint, der eingesetzte Computer liefere „ein mathematisch zwingend durch logische Entscheidungsbäume determiniertes Ergebnis".[26] Das LG Köln hat mit der herrschenden Meinung der Literatur diese Ansicht zurückgewiesen und den Einsatz des Rechtsdokumentengenerators als Rechtsdienstleistung gewertet, die nach § 3 RDG i. V. m. § 3 BRAO nur von Rechtsanwälten erbracht werden darf.[27] Das OLG Köln ist im Berufungsverfahren offenbar unkritisch der Mindermeinung gefolgt.[28]Nach *Weberstaedt* „fülle die genaue Begründung, warum ein logisch zwingend determiniertes Ergebnis keinen spezifischen juristischen Subsumtionsvorgang darstellt, ganze Bibliotheken zur Rechtstheorie und Methodenlehre sei aber im Ergebnis nicht mehr umstritten", ohne allerdings einen einzigen Beleg zu zitieren. Der grundlegende methodische Irrtum über die Funktion der Logik verbunden mit der Illusion, Rechtsanwendung lasse sich so weit digitalisieren, dass Rechtsanwälte ersetzt werden könnten, soll im Folgenden korrigiert werden.[29] Das OLG Köln verkennt mit der Mindermeinung von *Weberstaedt* die Funktion von Logik und EDV in der Rechtsanwendung, wonach Rechtsanwälte durch eine Art digitaler Anwaltsroboter ersetzt werden könnten.

Von zentraler Bedeutung war die Logik als Methode in der von Puchta[30] begründeten Begriffsjurisprudenz. Sie gilt heute als überwunden. Als primäre Rechtsquelle galt eine Pyramide logisch konstruierter Begriffe, wonach vom obersten Rechtsbegriff bis zu jedem subjektiven Recht und seinen Normen eine Kette logischer Schlüsse bestehe.[31] Nach *Laband* bestand die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik „in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen."[32] Zur Lösung dieser Aufgabe der Entwicklung vom Recht aus Begriffen gebe es kein anderes Mittel als die Logik, die sich für diesen Zweck durch nichts ersetzen lasse.[33] Offene Rechtsfragen waren danach stets nur im Wege logischer Subsumtion zu entscheiden.[34]

„Die Attraktivität der Vorstellung vom logisch-mechanischen Gesetzesvollzug lag in der damit verbundenen Hoffnung, nicht subjektive Richterwillkür, sondern allein die objektive Gesetzeslage würde die Entscheidung des Einzelfalls steuern. Wenn der pflichtgemäße Richter den konkreten Fall unter die Entscheidungsnorm subsumierte, dann würde dabei das richtige und gerechte Urteil automatisch herauskommen." Das ist das Trugbild vom bloßen richterlichen Vollzugsorgan und einem mechanistischen Richterbild.[35]

Mit den Mitteln der Logik ist aus einem Begriff kein „Sollen" im Sinne einer Rechtsnorm herauszuholen, das nicht zuvor hineingelegt worden wäre. Darum beruht die Ableitung von Normen aus Begriffen immer auf Trugschlüssen und Illusionen.[36] Mit logischen Schlüssen sollte Gehalt- und Wahrheitswert übertragen werden. Durch logische Folgerungen kann jedoch niemals Gehalt gewonnen werden, d. h., man kann aus einer Aussagenmenge nur die Informationen herausziehen, die in ihr schon enthalten sind.[37] Deduktive Schlüsse bringen nicht mehr an Wissen, Gehalt oder Informationen als das, was vor der logischen Operation schon bekannt war.[38]

Motiv und Grund für die Jurisprudenz waren zuletzt die vollständige Bindung des Richters an den Gesetzestext, was damals verfassungsrechtlich geboten, politisch wünschenswert und methodisch umsetzbar galt.[39]

Der Rückfall des OLG Köln in die begriffsjuristische Methode gilt heute einschließlich der Funktion der Logik als Methodenillusionismus. Zuletzt nennt *Kotsoglu*[40] überzeugend die Gründe, warum sich Rechtsanwendung nicht algorithmisieren, automatisieren, formalisieren und auch nicht EDV-gestützt realisieren lässt. Der Justizsyllogismus ist sogar von Larenz ausdrücklich kritisiert und abgelehnt worden, wonach eine Rechtsanwendung nicht wie ein mathematischer Beweis oder eine logische Schlusskette in Wechselschritten zu verstehen ist, vergleichbar mit dem Bild vom „Hin- und Herwandern des Blickes" nach *Karl Engisch*.[41] Die Rechtsanwendung nutzt Normen als Sollsätze, die weder wahr noch falsch sein können und sich nicht durch Logik formalisieren lassen. Schließlich lässt sich die Rechtssprache als natürliche Sprache nicht formalisieren. *Kotsoglu* entlarvt Ziel und Absicht, Recht aus der EDV-gestützten Maschine gewinnen zu wollen, als Illusion, um Juristen und insbesondere Rechtsanwälte zu ersetzen.[42]

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Vertragsgestaltung und Rechtsanwendung nach heute ganz herrschender Meinung in der juristischen Methodenlehre nichts mit Logik zu tun haben.

V. Das Verhältnis von abstrakten Rechtsbegriffen zu konkreten Einzelfällen als Quelle des Irrtums über die Funktion von Logik bei der Rechtsanwendung

Dieser methodische Irrtum des OLG Köln, Subsumtion sei ein logisches Verfahren, hat seinen Ursprung in der überholten Begriffsjurisprudenz, die insbesondere von der Ansicht über das Verhältnis zwi-

26 *Weberstaedt*, AnwBl. 2016 Blatt 535.
27 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 46/47.
28 Ohne *Weberstaedt* zu zitieren.
29 *Römermann*, Der schwierige Umgang mit Legal Tech in der gerichtlichen Praxis, NJW 2020, S. 2082.
30 Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 70.
31 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Auflage 2016, Anmerkung 460–463.
32 *Laband*, Staatsrecht, I, 3. Aufl. 1895, S. IX. *Laband* war der juristische Meinungsführer um 1900.
33 *Laband*, Staatsrecht, I, 3. Aufl. 1895, S. VI.
34 *Laband*, Staatsrecht, I, 3. Auflage 1895, S. 661; *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 13, 1958.
35 *Ogorek*, Aufklärung über Justiz, 2008, S. 135, Gibt es eine Methode der Rechtsanwendung?
36 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Auflage 2016, Rn. 463.; *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914) S. 1.
37 *Albert*, Traktat, S. 12; *Stegmüller*, Induktion, S. 16; *Rack*, Die Verfassung als Maßstab in 1978, S. 173; *Hare, R. M.*, Die Sprache der Moral, Frankfurt 1972, S. 53/54.
38 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. 2016, Rn. 187; *Neumann*, Juristische Methodenlehre und Theorien der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 32 (2001), S. 239–255; *Rack*, Die Verfassung als Maßstab, S. 173.
39 *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 13–169; *Kotsoglou*, Subsumtionsautomat 2.0. Über die Unmöglichkeit der Algorithmisierung des Rechtserzeugnissprozesses zugleich eine Rezession des Buches „Recht ex machina" von Oliver Raabe u. a., Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, JZ 2014, 453.
40 Kotsoglu, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, S. 453.
41 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 112.
42 *Kotsluoglu*, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, S. 453.

schen konkretem Einzelfall und abstraktem Rechtsbegriff ausging. Nach der Begriffsjurisprudenz ergeben sich Begriffe aus anderen Begriffen durch deduktive logische Schlüsse. Nach dieser sprachtheoretischen Position des sog. Namensmodells haben abstrakte Begriffe die Funktion, einen Gegenstand zu benennen und abzubilden.
Diese Position wurde von *Popper* als die Lehre Platons beschrieben, wonach jeder Ausdruck, insbesondere jeder Gattungsausdruck und damit auch jeder abstrakte Rechtsbegriff, eine einheitliche Bedeutung habe, die genau eine konstante Wesenheit darstellt, die sich hinter dem abstrakten sprachlichen Ausdruck verbirgt.[43] Nach dem Namensmodell kann es nur eine richtige Verwendung eines sprachlichen Ausdrucks geben, der dann verfehlt ist, wenn das abstrakte Wesen nicht erkannt wurde. Aus diesem Modell ergibt sich die falsche Erwartung, Urteile könnten richtig oder falsch sein.
Wenn das OLG Köln das Smartlaw-Programm beschreibt als streng logische und immer zu „den gleichen eindeutigen Ergebnissen" führendes Verfahren, wird der Irrtum erkennbar, durch logisches Schließen ließen sich immer die gleichen eindeutigen Ergebnisse, zum Beispiel unterschriftsreife Lizenzverträge, erzielen.[44] Diese begriffsjuristische Methode ist nicht nachvollziehbar und nicht zu verstehen. Sie hilft nur noch dabei, den methodischen Irrtum als solchen zu erkennen und sich von dieser längst widerlegten Vorstellung über eine juristische Methode zu trennen.
Die von dem Mathematiker *Gottlob Frege*[45] entwickelte Typentheorie[46] hat das Verhältnis zwischen abstrakten Begriffen und konkreten Gegenständen geklärt. Sie sind danach von unterschiedlichem Typus. Die Typentheorie lässt sich auf die Kurzformel bringen, dass der abstrakte Begriff der Rechtsdienstleistung selbst keine Rechtsdienstleistung ist. Die Typentheorie unterscheidet streng zwischen Begriff und Einzelfall. Ein abstrakter Begriff wie „Rechtsdienstleistung" steht für eine Klasse von Einzelfällen wie z. B. für das Smartlaw-Programm. Begriffe sind nachträglich einer Vielzahl von Einzelfällen übergeordnet. Die Typentheorie ist in der Lage, das Verhältnis zwischen abstrakten Rechtsbegriffen und konkreten Einzelfällen und damit die Subsumtionspraxis in der Rechtsanwendung zu erklären.

VI. Die Subsumtion als Entscheidungsverfahren

Subsumieren bedeutet, einen konkreten Einzelfall, wie einen Rechtsdokumentengenerator, einem abstrakten Rechtsbegriff, wie der „Rechtsdienstleistung" im Sinne des § 2 Absatz 1 RDG unterzuordnen. Wer den konkreten Einsatz eines Generators nicht unter den Begriff der Rechtsdienstleistung subsumiert, darf diese Dienstleistung als Nichtanwalt und als Verlag anbieten, wie es im Ergebnis das OLG Köln entschieden hat. Wer dagegen den Generator unter den Rechtsdienstleistungsbegriff subsumiert, wie das LG Köln, kommt zum Ergebnis, dass Angebot und Einsatz ausschließlich zugelassenen Rechtsanwälten vorbehalten und einem Verlag verboten sind.
Die Subsumtion als Über- und Unterordnung konkreter Einzelfälle unter abstrakte Rechtsbegriffe ist das Ergebnis einer Entscheidung und nicht eines logischen deduktiven Schlussverfahrens.[47] Die Entscheidung hängt von den Rechtsfolgen ab. Mit den Folgenerwägungen werden diese Entscheidungen begründet. Nicht um Begriffe, sondern um die Rechtsfolgen ihrer Anwendung wird gestritten.[48] Die Entscheidungsfolgen müssen den Gesetzeszweck erfüllen, der vom Gesetzgeber und nicht von der Logik vorgegeben ist. Der Gesetzeszweck des RDG ist der Schutz des Verbrauchers vor unqualifizierter Rechtsberatung. Würde der Schutz vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung durch das Smartlaw-Angebot verkürzt statt gestärkt, würde diese Folge dem Willen des Gesetzgebers widersprechen. Zu prüfen ist deshalb, ob und wie dieser Zweck durch das Angebot des Rechtsdokumentengenerators zu erreichen ist, mit oder ohne Rechtsanwälte. Nach der Entscheidung des LG Köln ist Smartlaw eine Rechtsdienstleistung, die ohne Anwälte verboten ist, während sie nach der Entscheidung des OLG Köln keine Rechtsdienstleistung ist und auch von Nichtanwälten wie dem verklagten Verlag angeboten werden könnte.

VII. Die Entscheidung des Gesetzgebers für das Konzept des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und gegen das Informationsmodell als Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt

Nach der Methode der beschriebenen Folgeerwägungen wurden die nachteiligen Konsequenzen aus dem Informationsmodell als Legitimation zu Gunsten des Konzepts des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt gewertet.[49] Mehr als in anderen Lebensbereichen herrsche auf dem Rechtsberatungsmarkt die Asymmetrie der Informationen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.[50] Rechtsberatungsleistungen seien nicht vergleichbar anders als zum Beispiel Automobile. Es besteht für den Verbraucher die Gefahr, dass er sich durch die Informationsflut für die falsche Rechtsdienstleistung entscheidet und einen Schadensersatzanspruch durch Falschberatung und die Verletzung der Informationspflichten durchsetzen muss.[51] Verbraucher fragen die Rechtsdienstleistung seltener als ein Gut des täglichen Bedarfs nach und können keine Erfahrungen mit Rechtsdienstleistungsangeboten sammeln, was Vergleiche am Markt unmöglich macht. Sie gelten als „one-shot-player". Der Staat müsse zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege Vertrauen der Verbraucher in ein hohes Qualifikationsniveau der Dienstleister garantieren und unqualifizierten Rechtsrat von der Bevölkerung fernhalten.[52]
Abgelehnt wurde das diskutierte Informationsmodell, weil es weder den Schutz der Rechtspflege noch den Schutz der Rechtsentwicklung gewährleistet.[53] Nach dem Informationsmodell wäre die Rückabwick-

43 *Popper*, Objektive Erkenntnis 1973, S. 218.; *Auster*, Grundthesen analytischer Rechtstheorie, in Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie, Rechtstheorie, Band 2, 1992, S. 120.; *Rack*, Die Verfassung als Maßstab, 1978, S. 86.
44 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 45.
45 *Frege*, Funktion, Begriff, Bedeutung, 1969, S. 66 (veröffentlicht von Patzig – *Frege*, Über Begriff und Gegenstand, 1892).
46 *Patzig*, Sprache und Logik, 1970, S. 90.
47 *Rack*, Rechtspflichten: Abstrakt und konkret, Compliance-Berater 1–2/2015.
48 *Grimm*, Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: *Teubner*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 140, 141, *Sambuc*, „Folgeerwägungen im Richterrecht?, 1977, S. 36.; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen – welche Rolle können Folgeerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen, 1981, S. 132; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 159, 163, 164; *Wälde*, Juristische Folgeorientierung, 1979, S. 12, *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Auflage, 2016, „et respice finem" Rn. 296, 330, 396.
49 *Koch*, Die Novellierung des Rechtsberatungsgesetzes – ein Zwischenbericht, AnwBl 2004, S. 385, 387.
50 BT-Drs. 16/3655, S. 31.
51 *Henssler*, AnwBl 2001, S. 522–532; *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 11.
52 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 9.
53 *Prütting*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages, Bonn 2004, Band I, G 56 F.

lung des Beratungsvertrags nahezu unmöglich. Nach dem präventiven Verbot würde das Angebot von Rechtsdienstleistungen ohne Erlaubnis nach § 134 BGB rückabgewickelt werden können. Nach dem Informationsmodell soll der Dienstleister verpflichtet sein, sämtliche Informationen über seine Leistungsfähigkeit zur Rechtsberatung offenzulegen, damit der Rechtssuchende zwischen qualifizierten und unqualifizierten Angeboten von Rechtsdienstleistung unterscheiden kann. Dem mündigen Verbraucher wurde nach dem Informationsmodell die Auswahl zugetraut, während der Gesetzgeber durch das präventive Verbot die Schutzbedürftigkeit des Rechtsratsuchenden vorgezogen hat.

Die Einhaltung von Informationspflichten über die eigene Dienstleistungsqualität erscheint kaum „praktikabel", geschweige denn überprüfbar. Der Berater müsste über alles informieren, wozu er nicht beraten kann. Vertragliche Schadensersatzansprüche des Rechtssuchenden hält der Gesetzgeber in seiner Begründung wörtlich für „durchsetzungsgefährdet".[54]

Die Schutzbedürftigkeit des Rechtsratsuchenden ergibt sich auch aus dem Dunning-Kruger-Effekt, mit dem psychologisch erklärt wird, warum dem Rechtsratsuchenden Rechtsdienstleistung nur durch Rechtsanwälte angeboten werden dürfen. Die eigene Rechtsunkenntnis zu erkennen, setzt Rechtskenntnisse voraus. Verkannt werden von rechtlichen Laien schon das Fehlen der eigenen erforderlichen Sachkunde zur Rechtsprüfung und zur Beurteilung von Rechtsdienstleistungsangeboten. Juristische Laien erkennen ihren Rechtsberatungsbedarf aus eigener rechtlicher Unkenntnis nicht und sind schon deshalb potenzielle Opfer für Angebote von unqualifizierter Rechtsberatung.[55] Sie sind schon nicht in der Lage die rechtlichen Fragen zur Lösung ihres Rechtsproblems zu stellen. Der juristische Laie weiß nicht, was er rechtlich alles nicht weiß. Würden Rechtratsuchende als juristische Laien von Nichtanwälten beraten, wäre es so, wie wenn sich Blinde über Farben beraten.

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, durch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ein bestimmtes Verhalten als gefährlich zu qualifizieren und deshalb generell zu verbieten und für Ausnahmefälle Befreiungsmöglichkeiten gesetzlich vorzusehen.[56] Bestimmt ein Gesetz, dass Handlungen der Erlaubnis bedürfen, so verbietet das Gesetz, die Handlungen ohne diese Erlaubnis vorzunehmen.[57]Mit dem generellen Verbot von Rechtsdienstleistungen gemäß § 3 RDG hat der Gesetzgeber sich für das Verbotsmodell und gegen das ebenfalls im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Informationsmodell entschieden.[58] Mit dem präventiven gesetzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sollten erstens Rechtssuchende, zweitens die Rechtsordnung und drittens der Rechtsverkehr vor der generellen Gefahr unqualifizierter Rechtsdienstleistung geschützt werden. Der Gesetzgeber hat den Zweck des RDG ausdrücklich und ohne jeden Interpretationsbedarf in § 1 Abs. 1 S. 2 RDG geregelt.

Wenn schon vor Gericht Anwaltszwang herrscht, dann besteht die Schutzbedürftigkeit vor unqualifizierter Rechtsberatung erst recht, wenn sie außergerichtlich erbracht wird. Vor Gericht können eingetretene Schäden und die Ausgleichsforderung nach einem abgeschlossenen Geschehensverlauf verhandelt werden, wobei Anwälte durch Gegenanwälte und Staatsanwälte durch Gutachter und Gegengutachter und durch das beteiligte Gericht korrigiert werden können. Außergerichtlich sind Mandanten Rechtsdienstleistern ohne die Korrekturmöglichkeiten durch Gerichte und Gegenanwälte ausgesetzt und deshalb umso schutzbedürftiger. Erst recht schutzbedürftig sind Rechtssuchende, wenn Rechtsrat digital und maschinell angeboten wird.[59]

Zum Schutz des rechtsratssuchenden Vorstands ohne eigene Rechtskenntnisse verlangt der BGH in seiner ISION-Entscheidung, dass der Vorstand von einem für die offene Rechtsfrage qualifizierten Rechtsanwalt Rechtsrat einholt.[60] Diesen hohen Anforderungen an die Qualität der Rechtsberatung verkennt das OLG Köln, wenn es im Ergebnis das Angebot des Rechtsdokumentengenerators ohne Beteiligung von Rechtsanwälten zulässt, die speziell für Lizenzvertragsrecht qualifiziert sind, so wie es der BGH in der ISION-Entscheidung für die Qualifikation der Rechtsberatung im Aktienrecht gefordert hat.

Entscheidungen des Gesetzgebers für das Konzept des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt wird bestimmt durch die Folge des verstärkten Verbraucherschutzes vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung. Der gesamte Vertragsverlauf einschließlich Abwicklung muss bei der außergerichtlichen Vertragsberatung simuliert und vorhergesehen werden. Verträge dürfen nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen und nach § 134 BGB unwirksam sein. Rechtsrisiken sind durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen abzuwenden, während vor Gericht Schäden verhandelt werden, die als Fakten erkennbar und messbar sind, während außergerichtlich Rechtsrisiken nicht als Fakten zu erkennen sind, sondern als Fiktionen sich nur denken lassen. Die außergerichtliche Rechtsdienstleistung setzt deshalb beim Berater professionelle rechtliche Fantasie voraus, sämtliche Konsequenzen und Rechtsfolgen einer Vertragsgestaltung durchspielen zu können und präventiv durch entsprechende Vertragsklauseln vor Schäden zu schützen. Nicht nur die einschlägigen Rechtsvorschriften müssen beherrscht werden, sondern auch die dazu ergangene Rechtsprechung und Literatur. Anwälte müssen bei ihrer außergerichtlichen Beratung daran denken, wie Gegenanwälte, Richter und Staatsanwälte die Beratungsleistung im Schadensfall beurteilen würden. Da man aber nur an das denken kann, was man schon weiß, muss der Rechtsdienstleister entsprechend der Rechtsprechung des BGH alle verfügbaren Informationsquellen erschöpfen[61] und den Verfügbarkeitsfehler vermeiden.[62] Der Schutz des einzelnen Rechtsratsuchenden vor schweren Nachteilen durch unqualifizierte Rechtsberatung als auch der Schutz einer funktionierenden Rechtspflege wurden als schützenswerte Rechtsgüter anerkannt. Auch der Schutz des Rechtsanwalts als ein unabhängiges Rechtspflegeorgan und damit der Schutz einer leistungsfähigen Rechtsanwaltschaft ist insgesamt als Schutzgut angesehen.[63] Das Rechtsdienstleistungsgesetz hat die Grundstruktur des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt vom Rechtsberatungsgesetz übernommen, dessen Verfassungsmäßigkeit vom Bundesverfassungsgericht mehrfach ausgesprochen wurde.[64]

54 BT-Drs. 16/3655, S. 31.
55 *Rack*, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts, CB 2017, 216.
56 *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2013, Anm. 504.
57 Dazu grundsätzlich: *Preusche*, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als Regelungsinstrument, 1980, S. 41.
58 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 3 Anm. 2, 4 u. 7.; *Prütting*, Gutachten für den 65. Deutschen Juristentag, Bonn, 2004, Verhandlungen Band I, G 564.
59 *Krenzler*, in: Krenzler RDG, § 2 RDG, 2. Aufl. 2017, Rn. 44.
60 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234.09, 2. Leitsatz – ISION.
61 BGH, Urt. v. 13.12.2011 – XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 – IKB.
62 *Rack*, CB 2014, 236 f.
63 BVerfG 97, 12, 31 f.; BGHZ 57, 237, 240 BGHZ 15, 315, 317.
64 BVerfG 41, 378, 190; BVerfG 75, 246, 267, 275; BVerfG 75, 284; BVerfG 97, 12, 26 ff.

VIII. Das vom OLG Köln verkannte Konzept des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt

Das OLG Köln verwechselt das geltende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit dem abgelehnten Konzept der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt nach dem Informationsmodell, was an fünf Stellen im Urteil zu erkennen ist.

- Erstens fordert das OLG Köln Vortrag und Nachweis einer konkreten Gefahr durch die Dienstleistung[65], obwohl sie generell verboten ist. Diese Forderung wäre berechtigt, wenn die Dienstleistung grundsätzlich erlaubt und nur bei einer konkreten nachgewiesenen Gefahr einer unqualifizierten Rechtsdienstleistung verboten wäre, was nach dem abgelehnten Konzept der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt gelten würde.
- Zweitens fordert das OLG Köln einen konkreten Grund für die Untersagung, obwohl eine Rechtsdienstleistung ohne gesetzliche Erlaubnis auch ohne einen konkreten Grund verboten ist.[66]
- Drittens will das OLG Köln den Schutz vor unqualifizierter Rechtsberatung erst gewährleistet, wenn eine *„rechtliche Beratung tatsächlich oder vorgeblich stattfindet"*[67], obwohl der Schutz früher einsetzen muss und eine Dienstleistung schon nach dem Gesetzeswortlaut verboten ist, *„sobald sie eine rechtliche Prüfung erfordert."*[68] Erst eine tatsächliche Beratung zu prüfen, wenn sie schon erbracht ist, würde nur unter dem Konzept einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt möglich sein. Schon das Angebot begründet nach ständiger Rechtsprechung des BGH und des VI. Senats des OLG Köln die Gefahr durch unqualifizierte Rechtsberatung.[69]
- Viertens wird der Irrtum des OLG Köln über das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt erkennbar, wenn das Gericht die Ansicht äußert, der Rechtssuchende soll digitale Hilfsangebote auch von Verlagen als Anwaltsersatz nutzen können, wenn Rechtsrat zu *„teuer und aufwändig"* ist.[70] Ein gesetzliches Verbot ist nicht disponibel und kann nicht von Vertragsparteien durch Vereinbarungen außer Kraft gesetzt werden, weil seine Einhaltung zu teuer oder zu aufwändig ist. Nach dem Verbot gemäß § 3 RDG können Rechtssuchende nicht selbst bestimmen, ob sie qualifizierte Rechtsdienstleistung durch Rechtsanwälte in Anspruch nehmen, oder sich nichtanwaltlich beraten lassen. Auf die Rechtskenntnisse und Schutzbedürftigkeit oder den Schutzwillen der Rechtssuchenden darf es im Einzelfall nicht ankommen. Andernfalls müsste bei Verbrauchern im Einzelfall immer die Schutzbedürftigkeit geprüft werden, ob er die Ungeeignetheit der Rechtsdienstleistung erkennen konnte.[71] Der BGH hat noch unter dem Rechtsberatungsgesetz bestätigt, dass ein Rechtssuchender im Einzelfall die Ungeeignetheit des Rechtsberaters nicht erkennen kann. Aus diesem Grund darf der Rechtssuchende auf einen wirksamen Schutz nicht verzichten, weil er schon nicht beurteilen kann, worauf er verzichtet. Deshalb ist der Schutz des Rechtssuchenden nach dem RDG nicht verhandelbar und kann durch Vereinbarungen zwischen den Parteien eines Beratungsvertrags nicht ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber des RDG geht davon aus, dass dem Verbraucher und Mandanten es an Informationen und Erfahrungen fehlt, um bei der Auswahl des Dienstleisters die Qualität der Rechtsdienstleistung beurteilen und entscheiden zu können.[72] Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber typisierende Regelungen zum Schutz der Rechtssuchenden benutzt und gerade nicht auf den Einzelfall der individuellen Gefahr für einen Mandanten und dessen Schutzbedürftigkeit vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung abstellt.[73] Das OLG Köln verkennt die typisierende Regelung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und dass es deshalb nicht auf eine Prüfung im Einzelfall ankommen darf. Das OLG Köln prüft nämlich ausdrücklich im Einzelfall des Dokumentengenerators, ob eine *Gefahr durch unqualifizierte Rechtsdienstleistung von dem Generator ausgeht*, ob eine *„konkrete Begründung vorliegt, um seine Nutzung zu untersagen"*, ob eine *tatsächliche rechtliche Beratung stattgefunden hat*,[74] ob *generell die Anfertigung von Vertragsentwürfen eine rechtliche Prüfung erfordert, im Einzelfall des Generators aber in die Programmierungsebene verschoben sei*[75] und ob schließlich *„im vorliegenden Fall" im Gegensatz zur BGH-Entscheidung vom 14.1.2016*[76] *keine weite, sondern eine enge Auslegung geboten sei.*[77]

  Nach der Gegenansicht von *Kleine-Cosack*[78] soll es dem Rechtssuchenden freigestellt bleiben, ob er überhaupt eine Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 RDG mit Rechtsprüfung wünsche, weil er sie dann auch bezahlen müsse. Niemand könne zu seinem „Glück" gezwungen werden.[79] Nach dieser Ansicht wird übersehen, dass das RDG nicht nur den Rechtssuchenden, sondern ganz ausdrücklich nach § 1 Abs. 2 S. 2 RDG auch den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung schützen soll. Zwei Parteien eines Beratungsvertrages können also nicht auf den Schutz der Rechtsordnung und des Rechtsverkehrs verzichten. Der Gesetzgeber schützt nicht nur den einzelnen Rechtssuchenden, sondern auch Dritte, Vertragspartner, Behörden, Gerichte, Versicherungen und nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sogar die Gegner des Rechtssuchenden.[80]

  Geschützt wird außerdem die Rechtsordnung, auf deren Schutz die Parteien ebenfalls nicht verzichten können. Vor allem sollen bei außergerichtlichen Auseinandersetzungen durch qualifizierte Rechtsdienstleistung die gerichtliche Auseinandersetzung möglichst vermieden werden. Die Mehrzahl der Rechtsstreitigkeiten wird außergerichtlich erledigt. Dies gelingt nur, wenn Rechtsanwälte ihre Qualifikation auch außergerichtlich einsetzen können, weil sie so Chancen und Risiken einer gerichtlichen Auseinandersetzung vorab besser einschätzen können als prozessunerfahrene Berater oder etwa Computerprogramme.[81] Ergebnisse unqualifizierter Rechtsberatung überlasten potenziell die Justiz.

65 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
66 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
67 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
68 *Wettlaufer*, Bewertung von Angebot und automatisierter Vertragsgestaltung durch das RDG, MMR 2018, S. 57.; *Krenzler*, Der Rechtsdienstleistungsbegriff in Zeiten von LEGAL-TECH, BRAK-Mit. 3/2020, S. 120.
69 LG Köln, Urt. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19; so schon OLG Köln 26.8.2016 – 6 U 7/16. BGH, Urt. v. 6.12.2001 – I ZR 214/99 (WISO); BGH, Urt. v. 24.2.2005 – I ZR 128/02, NJW 2005, 2458 – Fördermittelberatung; BGH, Urt. v. 29.7.2009 – I ZR 166/06, NJW 2009, 3242 – Finanzsanierung, GRUR 2009, 1077.
70 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
71 *Remmertz*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 1, Anm. 68; *Deckenbrock/Henssler*, *Deckenbrock*, § 1 RDG, Rn. 8.
72 So ausdrücklich: BT-Drs. 163655, S. 31.
73 BGH, Urt. v. 5.10.2006 – 1 ZR 7/04, Rn. 25, NJW 2007, 596 – Schulden-Hulp.
74 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 163/19, Rn. 41, NJW 2020, 2740.
75 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 163/19, Rn. 46, NJW 2020, 2740.
76 BGH, Urt. v. 14.1.2016 – 1 ZR 107/14 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.
77 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 163/19, Rn. 28, NJW 2020, 2740.
78 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 23, § 2 RDG, Rn. 53.
79 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 24.
80 BT-Drs. 16/3655, S. 45; *Remmertz*, in: Krenzler RDG, § 1 Anm. 75.
81 *Remmertz*, in: Krenzler RDG, § 1 Anm. 79/80.

Diesen weiten Schutzzweck verkennt das OLG Köln, wenn es im Ergebnis den Verzicht auf qualifizierte Rechtsdienstleistung möglich machen will, wenn der Rechtsrat zu teuer oder zu aufwändig ist.[82] Auch in diesem Zusammenhang empfehlen sich Folgeerwägungen, die die Werbung des deutschen Anwaltsvereins auf die eingängige Kurzformel bringt: Ein Anwalt kostet Geld, kein Anwalt kostet mehr Geld und was in der präventiven Complianceberatung in dem Spruch zum Ausdruck kommt, „if you think compliance is expensive, try noncompliance".

– Fünftens ist der Irrtum des OLG Köln über das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auch zu erkennen, wenn es eine enge Auslegung des Begriffs der Rechtsdienstleistung verlangt[83], nach der sie generell auch durch Nichtanwälte erlaubt und nur ausnahmsweise verboten wäre. Der BGH[84] hat dagegen in seiner Entscheidung vom 12.9.2016 eine weite Auslegung des Rechtsdienstleistungsbegriffs für erforderlich erklärt, um möglichst viele Dienstleistungen der Kontrolle und dem Schutz des RDG vor unqualifizierter Rechtsberatung zu unterziehen. Ohne erkennbaren Grund und ohne die Begründung des BGH zu verkennen, die es sogar selbst zitiert, weicht das OLG Köln von dieser unmissverständlichen BGH-Entscheidung für eine weite Auslegung ab.

IX. Die Software als „Tätigkeit" nach § 2 Abs. 1 RDG

Das OLG Köln trennt die Software „als solche" von allen Vorleistungen des Dienstleisters nach dem Entwickeln und Bereitstellen und verneint das Merkmal der Tätigkeit nach § 2 Abs. 1 RDG. Es trennt die menschliche Tätigkeit des Dienstleisters von dessen Instrument, dem Smartlaw-Programm, wenn es das Verneinen des Tätigkeitsmerkmals damit begründet, dass ein Computerprogramm „als solches" keine „Tätigkeit" entfalten könne.[85] Unbeachtet lässt es alle Vorleistungen, das Programmieren, das rechtliche Konzipieren des Frage-Antwort-Katalogs, hinter dem nach der eigenen Verlagswerbung Top-Anwälte aus Spitzenkanzleien stünden. Die Trennung des Dienstleisters von seinem Beratungsinstrument ist ein Kunstgriff, den zu entscheidenden Sachverhalt auf das bloße Beratungsinstrument zu schrumpfen und die Vorleistungen bis zu dessen Einsatzreife auszublenden, damit eine Tätigkeit verneint werden kann, um letztlich eine erlaubnisfreie Dienstleistung darstellen zu können. Das OLG Köln folgt damit der absoluten Mindermeinung von *Weberstaedt*,[86] der nur auf das Bedienen oder Benutzen eines Online-Rechtsgenerators abstellt, der „ein mathematisch zwingend durch logische Entscheidungsbäume determiniertes Ergebnis" liefert, als ob die Logik wie auch immer das Beratungsergebnis liefert.

Die Entscheidung des OLG Köln zum Tätigkeitsmerkmal steht im Widerspruch zur Literatur, die sich ausdrücklich auf die einschlägigen BGH-Entscheidungen bezieht.[87] Indem das OLG Köln das Merkmal der „Tätigkeit" nach § 2 Abs. 1 RDG verneint, können auch Nichtanwälte wie ein Verlag die Dienstleistung erlaubnisfrei erbringen, ohne dass ein Rechtsanwalt dazu eingeschaltet werden muss.

Die Folgen dieser Entscheidung widersprechen dem Gesetzeszweck. Der Verbraucherschutz für den Rechtsuchenden wird verkürzt. Der Verbraucher verliert seinen Anspruchsgegner für die Produkthaftung. Im Falle eines Schadens durch Falschberatung fehlt die bei Anwälten obligatorische Berufshaftpflichtversicherung. Als weitere Folge verliert der Verbraucher die erleichterte Rückabwicklung unwirksamer Verträge nach § 134 BGB. Er ist darauf angewiesen, vertragliche Schadensersatzansprüche wegen unqualifizierter Beratung durchzusetzen, die erst einmal erkannt, formuliert und bewiesen werden müssen, wenn sie bestritten werden. Der Gesetzgeber hat die Realisierung dieser Forderungen auf diese Weise als „durchsetzungsgefährdet" bezeichnet.[88]

Im Gegensatz dazu haben schon vor dem Urteil des LG Köln *Remmertz* und *Krenzler*[89] überzeugend nach der BGH-Rechtsprechung dargelegt, dass Software das Ergebnis menschlicher Programmierleistung ist. Ob eine „Tätigkeit" im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG vorliegt, ist wie bei sonstigen Onlineanbietern zu beurteilen, die eine Eingabemaske bereitstellen und das Ergebnis einer Datenverarbeitung, die durch Eingabe von Nutzerdaten in eine Suchmaske erfolgt, als eigene Handlung sich zurechnen lassen müssen.[90] Die „Tätigkeit" im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG liegt im Programmieren der Software, die von einem Portalbetreiber zur Verarbeitung von Nutzerdaten in einem konkreten Einzelfall angeboten wird.[91] Für diese zuzurechnende Erarbeitung ist der Suchmaschinenbetreiber verantwortlich. Das Bereitstellen einer Software kann nicht in einen rein technischen Teil und in Hilfsmittel zur Lösung eines Rechtsproblems aufgespalten werden. Die Software ist dem anbietenden Dienstleister zuzuordnen und führt rechtlich kein Eigenleben.[92] Das Programm ist nicht der Dienstleister, sondern dessen Werkzeug und Beratungsinstrument. Dieser Zusammenhang kann nicht aufgelöst werden.[93] Jedes Programm hat einen Programmierer und einen Konzeptionär, jeder Vertragsentwurf einen Verfasser als Urheber. Das Computerprogramm ist ein Teil eines umfassenden Dienstleistungsangebots. Der Rechtsdokumentengenerator kann nicht wie ein Naturprodukt behandelt werden, das von Natur aus Vertragsentwürfe liefert, wie ein Baum, der Äpfel trägt.

Obwohl das OLG Köln über das Programm „als solches" entscheidet und vom Dienstleister Wolters Kluver trennt, räumt es überraschend ein, dass für etwaige Mängel der Textbausteine und/oder ihre logischen Verknüpfungen oder sonstiger Mängel des Programms eine vertragliche Haftung in Betracht kommt. Wegen etwaiger fehlender Haftung bedürfe es keiner Untersagung des Geschäftsmodells. Das OLG Köln widerspricht sich insofern, als es einerseits die Annahme einer menschlichen „Tätigkeit" verneint, andererseits aber eine Haftung des Verlags bejaht, die ohne eine menschliche Tätigkeit nicht

82 OLG Köln, NJW 2020, 2740, Rn. 41.
83 OLG Köln, NJW 2020, 2740, Rn. 19.
84 BGH, Beschl. v. 12.9.2016 – I ZR 107/14, Rn. 47 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.
85 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 32.
86 *Weberstaedt*, AnwBL., 2016, 535, 536.
87 *Remmertz*, Legal-Tech, Rechtliche Beurteilung nach dem RDG, in: BRAK-Mitteilung 2/2017, S. 58.; *Krenzler*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 2 RDG, Anm. 44; nach dem Urteil des LG Köln: *Wolf/Künnen*, BRAK-Mitt. 6/2019, S. 275, VERBRAUCHERSCHUTZ BLEIBT EINE AUFGABE DES RDG – TROTZ LEGAL TECH.
88 BT-Drs. 16/3655, S. 31.
89 *Remmertz*, Legal-Tech, Rechtliche Beurteilung nach dem RDG, in: BRAK-Mitteilung 2/2017, S. 58.; *Krenzler*, in: Krenzler , RDG, 2. Aufl. 2017, § 2 RDG, Anm. 44; nach dem Urteil des LG Köln: *Wolf/Künnen*, BRAK-Mitt. 6/2019, S. 275, VERBRAUCHERSCHUTZ BLEIBT EINE AUFGABE DES RDG – TROTZ LEGAL TECH.
90 BGH v. 14.5.2013 – VI ZR 269/12 – Autocomplete-Funktion (mit Anm. von *Pfeifer* und *Becker*); BGH v. 13.7.2015 – I ZR 104/14, NJW-RR 2016, 673 – Posterlounge; ähnlich: BGH GRUR 2018, 924, Rn. 36 f. – ORTLIEB; BGH GRUR 2016, 946, Rn. 23 ff. – Freunde finden; BGH GRUR 2013, 1259, Rn. 16 ff. – Empfehlungs-E-Mail.
91 *Remmertz*, Legal-Tech, Rechtliche Beurteilung nach dem RDG in BRAK-Mitteilung 2/2017, S. 58.; *Krenzler*, in: Krenzler RDG, § 2 RDG, Anm. 44.
92 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 2 Anm. 14/44.
93 *Krenzler*, Der Rechtsdienstleistungsbegriff in Zeiten von LEGAL-TECH, BRAK-Mitt. 3/2020, S. 120.

denkbar ist, durch die ein auszugleichender Schaden verursacht wird. Das Softwareprogramm als „solches" ohne jede menschliche Tätigkeit, könnte auch nicht haften. Der Verlag von smartlaw schränkt in 10.1 seiner AGB seine Haftung ein.[94]

Indem sich das OLG Köln entscheidet, den Rechtsdokumentengenerator nicht unter den Begriff der Tätigkeit im Sinne des § 2 Absatz 1 RDG zu subsumieren, mit dem Ergebnis, dass er auch ohne rechtsanwaltliche Leistung angeboten werden kann, hat zur Folge, dass das Rechtsdienstleistungsgesetz und der Schutz der Beratenen vor unqualifizierter Rechtsberatung umgangen wird. Wenn man alle Legal-Tech-Angebote in Zukunft von ihren Entwicklern und den juristisch vorgebildeten Konzeptionären trennt, und bewirbt sie als günstigen Anwaltsersatz, würde der Schutzzweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes verfehlt. Juristische Laien wären nicht in der Lage, erstens ihren eigenen Rechtsberatungsbedarf zu erkennen und zweitens wären sie der Werbung von Verlagen schutzlos ausgesetzt. Wenn schon die Tätigkeit von Rechtsanwälten als Risiko für Falschberatungen gilt[95] und zur Risikoabwendung eine obligatorische Haftpflichtversicherung abzuschließen ist, von der die Zulassung als Anwalt abhängig gemacht wird, dann ist der Schutz erst recht beim Einsatz von Computerprogrammen unverzichtbar deren Urheber keine vertragliche Verpflichtung eingehen. Den Rechtssuchenden bleibt lediglich der Verlag als Vertragspartner. Dieses Risiko durch Computerprogramme kann nur durch das generelle Verbot nach § 3 RDG zu Gunsten der Rechtssuchenden, der Rechtsordnung und des Rechtsverkehrs abgewendet werden.[96] Der Verlag könnte sich auf seine Haftungsausschlussklausel berufen. Falsche Informationen über Qualität und Umfang der Leistung des Legal-Tech Instruments müsste der Rechtsratsuchende beweisen und durchsetzen. Würde das Legal-Tech-Instrument nur durch zugelassene Rechtsanwälte angeboten werden, würde ein qualifizierter Berufsträger qualifizierten Rechtsrat garantieren, der in aller Regel auch auf seinen Ruf und Reputation achtet und obligatorisch über eine Berufshaftpflichtversicherung für den Fall der Falschberatung verfügt. Vom Verlag werden zwar Top-Anwälte sogar bildlich in der Werbung gezeigt, die dem Nutzer von smartlaw aber nicht haften, weil mit ihnen kein Vertrag zustande kommt, sondern nur mit dem Verlag. Auch durch diese Werbung entsteht das Risiko, dass sich juristische Laien über die Vertragsverhältnisse täuschen und irregeführt werden.

X. Die weite Auslegung des Rechtsdienstleistungsbegriffs[97]

Die enge Auslegung des Rechtsdienstleistungsbegriffs begründet das OLG Köln mit der „weniger-miete.de" – Entscheidung des BGH vom 27.11.2019.[98]

Zu entscheiden hatte der BGH über eine Inkassodienstleistung nach § 2 Abs. 2 S. 1 RDG, zu der ein nach § 10 RDG eingetragener Inkassodienstleister berechtigt war. Nach § 2 Abs. 2 RDG handelt es sich um eine Rechtsdienstleistung, unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzung nach § 2 Abs. 1 RDG. Die Besonderheit besteht darin, dass der Begriff der „Rechtsdienstleistung" nach § 2 Abs. 1 und Absatz 2 RDG im gleichen Wortlaut, aber mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet wird. Nach § 2 Abs. 2 RDG ist der Rechtsdienstleistungsbegriff eng auszulegen, damit die Rechtsdienstleistung als Nebenleistung von Inkasso- nicht zur rechtsberatenden Hauptleistung wird und die Bedingungen nach § 2 Abs. 1 RDG dadurch umgangen werden können.[99] Schon vom Wortlaut war der BGH von § 2 Abs. 2 RDG nicht gezwungen, darüber zu entscheiden, ob der Mietpreisrechner als Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG zu verstehen ist und zwar mit der weiteren Rechtsfolge, dass nur Rechtsanwälte im Zusammenhang mit dem Mietpreisrechner beraten dürften. Vielmehr hat der Gesetzgeber alle Beratungsleistungen im Zusammenhang mit einem Inkassodienst von vornherein durch Legaldefinition als Rechtsdienstleistung bestimmt, die eingetragenen Inkassodienstleistern ausdrücklich erlaubt ist. Der VIII. Senat des BGH hat den Sonderfall der Inkassodienstleistung entschieden und ausdrücklich die Qualifizierung des Mietpreisrechners als Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG dahinstehen lassen. Der Mietpreisrechner ist in dieser Entscheidung Nebenleistung als Teil einer Hauptleistung, nämlich dem Inkasso, während Smartlaw als Hilfe zur Vertragsgestaltung selbst die Hauptleistung darstellt. Weil es sich um zwei unterschiedliche Sachverhalte handelt, muss sich das OLG Köln auch nicht an das obiter dictum des BGH gebunden fühlen, wenn es glaubt, damit sei die Lösung für den Smartlaw-Fall vorgegeben.[100] Im Übrigen hat der gleiche Senat in seiner zeitlich nachfolgenden Entscheidung zu demselben Sachverhalt vom 8.4.2020 den Einsatz des „Mietrechners" ohne weitere Prüfung als Rechtsdienstleistung gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 RDG gewertet, ohne das obiter dictum „eher fernliegend" aus seiner Entscheidung vom 27.11.2019 zu wiederholen.[101] Die Mietpreisrechner-Entscheidung des VIII. Senats bindet das OLG Köln vom 19.6.2020 jedenfalls nicht. Schließlich unterscheiden sich Legal-Tech-Instrumente und sind deshalb unterschiedlich zu bewerten. Von der Einschätzung des Mietpreisrechners kann nicht auf die rechtliche Beurteilung des Vertragsgenerators geschlossen werden. Es gibt keine einheitliche rechtliche Qualifikation von Legal-Tech-Angeboten. Die Anbieter von flightright.de kaufen Ansprüche von Fluggästen gegen Fluggesellschaften auf und prüfen die Forderungen im eigenen Interesse, sodass es am Merkmal einer „fremden" Angelegenheit im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG fehlt. Mit dem „Mietpreisrechner" verfolgt der Anbieter eine treuhänderische Geschäftsbesorgung und wird in einer „fremden" Angelegenheit im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG tätig.[102]

XI. Die objektive Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung

Unter den Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes fällt nach § 2 Abs. 1 RDG jede Tätigkeit, die entweder objektiv nach

94 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, NJW 2020, 2740, Rn. 43nach dem Urteil des LG Köln: *Wolf/Künnen*, BRAK-Mitt. 6/2019, S. 275, VERBRAUCHERSCHUTZ BLEIBT EINE AUFGABE DES RDG – TROTZ LEGAL TECH.

95 *Wesel*, Risiko Rechtsanwalt, S. 38.

96 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 2 RDG, Anm. 44; *Remmertz*, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 1 Anm. 79/80; so auch *Römermann*, Der schwierige Umgang mit Legal Tech in der gerichtlichen Praxis, NJW 2020, 2082.

97 Krenzler, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. 2017, § 1 Anm. 9.; BRAK 3/2020 S. 119; BGH, Beschl. v. 12.9.2016 – I ZR 107/14, Rn. 47 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.

98 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – XIII ZR 185/18, weniger-miete.de.

99 *Henssler*, Die Zukunft des Legal-Tech-Inkassos, BRAK-Mit. 1/2020, S. 10.

100 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, NJW 2020, 2736, Rn. 26.

101 *Krenzler*, BRAK-Mitteilungen 3/2020, S. 120 Fn. 12.; BGH, Urt. v. 8.4.2020 – VIII Z 130/19, Rn. 52.

102 *Krenzler*, BRAK-Mitteilung 3/2020, S. 121; *Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, 4. Aufl. 2015, § 2 RDG, Rn. 75.; *Deckenbrock*, AnwBl, Online 2020, 184.

der Verkehrsanschauung eine rechtliche Prüfung erfordert oder wenn sie objektiv zwar nicht erforderlich ist, aber vom Rechtsratsuchenden subjektiv erkennbar erwartet wird. Nur wenn sie objektiv nicht erforderlich ist und subjektiv auch nicht vom Rechtssuchenden erwartet wird, fällt die Tätigkeit nach § 2 Abs. 1 RDG nicht in den Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes. Dann ist sie nicht verboten und nicht ausschließlich Rechtsanwälten vorbehalten, sondern jedem Dienstleister erlaubt.

Das Angebot des Rechtsdokumentengenerators erweist sich insbesondere am Beispiel des Lizenzvertrages nach der Verkehrsanschauung als objektiv erforderlich, was dem Ergebnis des LG Köln in erster Instanz entspricht, während das OLG Köln in der Berufungsentscheidung für das Angebot des Smart-Law-Programms eine rechtliche Prüfung objektiv und subjektiv nicht für erforderlich hält, mit der Folge, dass Angebot und Einsatz einem Verlag und sonstigen Nichtanwälten erlaubt ist.

Das OLG Köln räumt zwar ein, dass „die Anfertigung von Vertragsentwürfen generell eine rechtliche Prüfung erfordert, diese hier jedoch – erkennbar – in die Programmierungsebene verschoben ist."[103]

Erstens kommt das OLG Köln dann aber zu dem Ergebnis, eine rechtliche Prüfung sei objektiv nicht erforderlich, weil es den Verlag als Dienstleister von seinem Beratungsinstrument, dem Smart-Law-Programm, trennt und das Programm nur als „solches" bewertet.

Zweitens ergibt sich die objektive Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung nach der Verkehrsauffassung am Beispiel des Lizenzvertrages aus der Einschätzung von Lizenzvertragsspezialisten. Die Schutzbedürftigkeit der Rechtssuchenden, der Rechtsordnung und des Rechtsverkehrs ergibt sich allein schon aus der Statistik zur Rechtsprechung. Der BGH hat in 420 Fällen über die Nichtigkeit von Lizenzverträgen in letzter Instanz entschieden. Instanzgerichte hatten in über tausend Fällen über fehlerhafte Lizenzverträge zu entscheiden.[104] Die Materie erweist sich als hochkomplex. Das Handbuch „Der Lizenzvertrag" umfasst in 12. Auflage 1290 Seiten mit 58 Seiten Literaturverzeichnis und eine Checkliste von 160 Fragen. Als eindeutiges Indiz für die Verkehrsauffassung zum Fehlerrisiko und damit zur Schutzbedürftigkeit der Lizenzvertragspartner und schließlich der objektiven Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung dient der in allen Formularverträgen übliche Hinweis, dass hinsichtlich der Anwendbarkeit der vorgeschlagenen Klauseln bezüglich der konkreten Gestaltung eines Lizenzvertrags, keine Haftung übernommen wird. Es wird dringend empfohlen, sich an versierte Rechtsanwälte zu wenden, die viel Erfahrung mit kartellrechtlichen Regelungen in diesem speziellen Bereich haben.[105] Die Klausel findet sich in allen Musterlizenzverträgen auch der früheren Auflagen. Diese Forderung entspricht auch der Rechtsprechung des BGH in der ISION-Entscheidung,[106] wonach Vorstände ohne eigene Rechtskenntnisse die Pflicht haben, Rechtsrat bei spezialisierten Rechtsanwälten einzuholen.

Wenn der Verlag in seiner Werbung im Lizenzvertragsrecht ahnungslosen juristischen Laien vermitteln will, mit dreißig konkreten Fragen sei in Selbsthilfe ein Lizenzvertragsentwurf zu leisten, verdeutlicht er genau das Risiko, vor dem das Rechtsdienstleistungsgesetz Rechtsratssuchende, die Rechtsordnung und den Rechtsverkehr schützen will. Das OLG Köln verkennt die Schutzbedürftigkeit und die Komplexität zum Beispiel des Lizenzvertragsrechts, wenn es schon das Merkmal der „Tätigkeit" mit der Begründung verneint, der „Vertragsgenerator begründe keine Gefahr, vor der das RDG schützen will."[107] Schon aus eigener richterlicher Sachkunde hätte das Gericht von der Komplexität des Lizenzvertragsrechts und aufgrund der leicht zugänglichen Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Lizenzverträgen des BGH die Gefahren bei der Beratung von Lizenzverträgen auch ohne Sachvortrag und ohne Beweisangebote erkennen müssen.

Schließlich kommt es drittens nicht darauf an, ob der Frage-Antwort-Katalog eine rechtliche Prüfung leisten kann[108], sondern ob für das Angebot eines unterschriftsreifen Lizenzvertrages eine rechtliche Prüfung erforderlich ist. Würde es auf die tatsächliche Leistung eines Beratungsinstruments ankommen, würden Dienstleistungen, die nur juristischen Laien zum Schein eine rechtliche Hilfe anbieten, aus dem Schutz vor unqualifizierter Rechtsberatung durch das RDG herausfallen, obwohl gerade in den Fällen von juristischen Scheinlösungen die Schutzbedürftigkeit juristischer Laien hoch ist. Der Schutzweck des RDG würde umgangen.

XII. Die subjektive Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung durch die erkennbare Erwartung

Das OLG Köln verneint auch die subjektiv erkennbare Erwartung der Smart-Law-Interessenten an einer rechtlichen Prüfung. Die Verlagskunden geben nach Ansicht des OLG Köln nicht zu erkennen, dass sie eine rechtliche Prüfung erwarten. „Jedem, der das Programm tatsächlich benutzt, sei klar, dass er keinen Rechtsrat erhält".[109] Es handle sich um ein „streng logisches" und „rein logisch-schematisches"[110] Verfahren, das nicht Rechtsanwälten vorzubehalten ist oder ohne Rechtsanwälte auskommt.

Erstens fehlen Sachvortrag und Beweisangebote zu den angeblichen Erwartungen der Smart-Law-Interessenten, keinen Rechtsrat zu erhalten.

Zweitens lässt das OLG Köln unberücksichtigt, dass die Kunden des Verlags auf die Werbung für eine Leistung als Anwaltsersatz und in Anwaltsqualität reagieren, die Werbung also ganz offensichtlich Wirkung zeigt und schließlich Rechtssuchende das Smartlaw-Angebot annehmen, nutzen und bezahlen. Die durch die Verlagswerbung geweckten Erwartungen auf eine anwaltsgleiche Leistung werden von den umworbenen Rechtssuchenden durch den Kauf und die Nutzung des Programms übernommen. Wer für eine Dienstleistung in Anwaltsqualität wirbt, weckt die Erwartung auf eine rechtliche Prüfung, zumal Topanwälte aus Spitzenkanzleien als Mitwirkende erwähnt werden. Wer einerseits für eine Leistung in Anwaltsqualität mit Rechtsexperten und Profis auf ihren Gebieten wirbt und den Erstellungsprozess anpreist, er sei dem Gespräch mit dem Rechtsanwalt nachempfunden, kann diese Leistung nicht später als preiswerte Ausfüllhilfe für Formulare als bloße „Verlagsleistung in Rechtsthemen" bagatellisieren, und mit der durchsichtigen Absicht herunterspielen, die Einschaltung von Rechtsanwälten zu vermeiden und im Ergebnis das Verbot des Rechtsdienstleistungsgesetzes zu umgehen.

103 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 46, NJW 2020, 2740; *Wettlaufer*, MMR 2018, S. 57; *Deckenbrock/Henssler*, 4. Auflage 2015, § 2 RDG, Anm. 53; BGH Z 70, 12, 13; OLG Köln, Rn. 46, 41; LG Köln, Urt. v. 8.10. 2019 – 33 O 35/19, Rn. 43.

104 Die Zahlen ergeben sich aus der Recherche bei Beck-online.

105 *Groß*, Der Lizenzvertrag, 12. Auflage, 2020, S. 645, Probst, Der Lizenzvertrag: Grundlagen und Einzelfragen, www.jusletter.ch, Weblaw AG.

106 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) – ISION Urteil.

107 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/ 19, Rn. 40, NJW 2020, 2740.

108 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 45, NJW 2020, 2740.

109 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 46.

110 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 45.

Wenn Interessenten auf die Werbung hin reagieren, das Smart-Law-Angebot annehmen und gegen Entgelt das Programm nutzen, auf die Fragen und Antworten eingehen, dann bleibt nur eine Erklärung, dass sie erkennbar die Erwartungen haben, ihre Rechtsfrage nach einem wirksamen Lizenzvertrag werde damit rechtlich geprüft, von Top Anwälten, aus Spitzenkanzleien und sogar günstiger und schneller. Die subjektiv erkennbare Erwartung an eine rechtliche Prüfung wird schon dadurch deutlich, dass der Interessent sich für die Hilfe bei einem Lizenzvertrag interessiert und den Generator kauft, nutzt und bezahlt. Das Angebot des Verlages nimmt der Rechtssuchende ausschließlich aus Interesse an einer rechtlichen Lösung seiner Lizenzvertragsgestaltung an und nicht etwa aus akademischem Interesse.[111] Die Annahme des Vertragsangebots als Reaktion auf die Werbung macht die subjektive Erwartung der Rechtssuchenden an einer rechtlichen Prüfung und Lösung erkennbar. Für Smartlaw interessiert sich nur jemand, der Rechtsrat und Hilfe in einer Rechtsfrage sucht.

XIII. Die erkennbare Erwartung auf eine Rechtsdienstleistung durch Werbung

Das LG Köln begründet die subjektive erkennbare Erwartung auf eine Rechtsdienstleistung durch die Werbung mit anwaltsgleicher Leistung in Anwaltsqualität. Das Smart-Law Angebot wird als Alternative zum Rechtsanwalt beworben. Indem der Nutzer das Angebot annimmt, bezahlt und nutzt, wird diese Erwartung für alle Beteiligten erkennbar. Der Anschein der Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung wird geweckt. Wo Rechtsberatung draufsteht, ist auch Rechtsberatung erforderlich. Wer sich aktiv für die Rolle des Rechtsdienstleisters bewirbt, der darf sich nicht wundern, wenn er auch als solcher behandelt wird und als Konsequenz von ihm die Qualifikation als Rechtsanwalt im vollem Umfange verlangt wird.[112]

Zu Unrecht erklärt deshalb das OLG Köln die Werbung für die Beurteilung der subjektiven Erwartungshaltung der Nutzer als belanglos[113] und geht auf die ausführliche Begründung des LG Köln nicht ein. Die Werbung ist gerade nicht von dem Angebot zu trennen. Sie ist unlauter im Sinne von § 5 UWG, weil für eine unerlaubte Rechtsdienstleistung geworben wird. Die unerlaubte Rechtsdienstleistung wird nicht dadurch erlaubt, indem die Werbung vom Verlag nur unterlassen und Smartlaw unverändert angeboten wird.[114]

Hierbei wird Ursache und Wirkung verwechselt. Es fehlt ein Gesetz, durch das die außergerichtliche Beratung durch einen Verlag mit einem Rechtsdokumentengenerator erlaubt wird. Ohne Erlaubnis durch Gesetz kann es keine Erlaubnis durch Gerichtsurteil geben. Zu Recht meint Wessels, dass der Kunde durch die Werbung auf die Idee kommt, das Dokument aus dem Generator würde eine individuelle Fallprüfung gewährleisten.[115]

Selbst wenn der Verlag die Unzulässigkeit der Werbung anerkennt, lässt sich der Streit ohne die Werbung nicht entscheiden, ob der Rechtsdokumentengenerator von Wolters Kluwer als Rechtsdienstleistung zu qualifzieren ist und von einem Verlag nicht angeboten werden darf, sondern nach § 3 RDG verboten ist oder ob er nicht als Rechtsdienstleistung eingordnet wird und damit erlaubnisfrei auch von Nichtanwälten angeboten und eingesetzt werden kann. Offen lässt das OLG Köln, was an der Werbung und der Produktbeschreibung falsch war, insbesondere welche der durch die Werbung geweckten Erwartungen nicht begründet sind und nicht vom Smartlaw-Angebot geleistet werden.

XIV. Der Vorrang des Gesetzes

Schließlich verkennt das OLG Köln, dass beim Konzept des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt es auf „typisierende Regelungen" des Gesetzgebers und nicht auf die Eignung der Rechtsberatung im „Einzelfall" ankommt[116] und der Gesetzgeber in § 3 RDG schon nach dem Wortlaut außergerichtliche Rechtsdienstleistungen nur per Gesetz verbieten als auch erlauben will.

Zu Recht weist deshalb der BGH in seiner Entscheidung vom 27.11.2019 zum Mietpreisrechner darauf hin, dass es der Beurteilung des Gesetzgebers vorbehalten ist, mögliche Änderungen der bestehenden gesetzlichen Regelungen zu entscheiden.[117] Im „Einzelfall" ist im Gerichtsverfahren deshalb die Erlaubnis zur Rechtsberatung durch ein Computerprogramm nicht zu erreichen. Dieser Hinweis des BGH entspricht dem Prinzip vom Vorrang des Gesetzes, wonach Richter nach Art. 97 Abs. 1 GG an Gesetz und Recht gebunden sind. Schließlich besteht auch keine Gesetzeslücke, die das OLG Köln zur Rechtsfortbildung durch Richterrecht veranlassen könnte.[118] Der Gesetzgeber hat sich die Regelung unmissverständlich schon nach dem Gesetzeswortlaut vorbehalten. Die Entscheidung darüber, wer zu außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen befugt ist, hat derart gravierende Folgen, dass sie als wesentliche Entscheidung vom Gesetzgeber selbst zu treffen ist. Die Wesentlichkeitstheorie verpflichtet den Gesetzgeber zur eigenen Entscheidung, wenn gravierende Folgen zu befürchten sind. Das Rechtsdienstleistungsgesetz schützt Rechtssuchende, die Rechtsordnung und den Rechtsverkehr von unqualifizierter Rechtsdienstleistung. Drei gewichtige Rechtsgüter sind betroffen und müssen auf Grund der hohen Schutzbedürftigkeit zur Regelung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben und können nicht Gerichten in Einzelfallentscheidungen überlassen werden.[119]

Dementsprechend hat der Bundesverband der Legal-Tech-Unternehmen eine Regelung durch Gesetz zur Zulässigkeit außergerichtlicher Rechtsberatung durch Nichtanwälte gefordert, womit gleichzeitig zum Ausdruck kommt, dass eine außergerichtliche Rechtsberatung ohne Rechtsanwälte mit Legal-Tech-Instrumenten auch im organisierten Lager der Legal-Tech-Anwender aktuell für verboten angesehen wird, und im Gesetzgebungsverfahren erst durchgesetzt werden müsste.[120]

XV. Die vorteilhaften Folgen von Legal-Tech für Anwälte, Justiz und Rechtssuchende

Die Kritik richtet sich gegen den Einsatz von Legal-Tech-Instrumenten ohne Anwälte. Betont werden muss, dass Legal-Tech bei der Rechts-

111 *Krenzler*, in: Krenzler, RDG Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 2 RDG Rn. 26.
112 *Wessels*, Anm. zum Urteil des LG Köln v. 8.10.2019, MMR 2020, 59.
113 OLG Köln, Urt. v. 19.6.2020 – 6 U 263/19, Rn. 47, NJW 2020, 2740.
114 so aber *Huff*, Keine Rechtsdienstleistung ohne menschliche Beratung, LTO v. 19.10.2019.
115 *Wessels*, MMR 2020, 60.
116 BGH, Urt. v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, Rn. 25 – Schulden-Hulp.
117 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, Rn. 174, weniger-miete.de.
118 *Sachs*, Grundgesetz, Art. 20 GG, Anm. 119, 120.; *Huff*, Keine Rechtsdienstleistung ohne menschliche Beratung, LTO v. 20.11.2020.
119 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. 2016, Anm. 254; *Möllers*, Juristische Methodenlehre § 13 Anm. 90 f. (Grenzen der Rechtsfortbildung); BVerfGE 49, 86 (126) – Kalkar-Entscheidung.
120 Positionspapier, 1.3.2020, Legal Tech Verband Deutschland e. V.

anwendung von größtem Vorteil ist. Durch digitale Recherchen lassen sich Fundstellen in umfangreichen Texten schneller, sicherer und leichter ermitteln. Durch das Verlinken von Rechtsproblemen mit ihren Lösungen, durch Speichern und Mehrfachnutzung von rechtlichen Lösungen kann der Aufwand in der präventiven Rechtsberatung deutlich gesenkt werden, ohne dass jeder Fall immer wieder neu geprüft werden müsste, wenn er sich wiederholt. Rechtliche Prüfung und Lösungen werden durch Legal-Tech reproduzierbar. Legal-Tech muss allerdings Entscheidungshilfe für Rechtsanwälte, Syndikusanwälte, Richter und Verwaltungsjuristen bleiben, aber kann und darf sie nicht ersetzen.

XVI. Fazit

Nach einem Vergleich beider Urteile ist die Entscheidung des OLG Köln nicht zu halten. Angebot und Einsatz des Rechtsdokumentengenerators ist als Rechtsdienstleistung nach § 2 RDG zu werten, zu der der beklagte Verlag keine gesetzliche Erlaubnis hat.

- Erstens verkennt das OLG Köln, dass jede Programmierleistung das Ergebnis menschlicher Tätigkeit[121] ist, und dass ein Dienstleister nicht von seinem Werkzeug zu trennen ist, weil ansonsten seine Haftung und der Verbraucherschutz entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zum Nachteil des Verbrauchers verkürzt würden.
- Zweitens verwechselt das OLG Köln das Konzept des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, mit dem vom Gesetzgeber abgelehnten Informationsmodell, dem Konzept der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, wenn es erstens davon ausgeht, dass im „Einzelfall" des Dokumentengenerators keine Gefahr durch unqualifizierte Rechtsdienstleistung ausgeht und im konkreten „Einzelfall" kein Grund für eine Untersagung vorliege, zweitens erst die tatsächliche Beratung auf fehlende Qualität geprüft werden müsse, obwohl das Verbot schon dann gilt, wenn die Tätigkeit eine rechtliche Prüfung erfordert und drittens das Programm „als solches" unabhängig von rechtlichen Entwurfs- und technischen Programmierleistungen zu beurteilen sei. Das OLG Köln verkennt insbesondere, dass es auf die typisierende Regelung des RDG ankommt und nicht auf die Beurteilung der Eignung zur Rechtsberatung im „Einzelfall".[122]
- Drittens verkennt das OLG Köln die Funktion der Logik bei der Rechtsanwendung und dass Rechtsanwälte durch Logik nicht zu ersetzen sind, weil es im Verfahren der Rechtsanwendung keine zwingend durch Logik vorgegebene Lösung in Rechtsfragen gibt, sondern Entscheidungen zu treffen sind, die von den Folgen abhängen und die mit dem telelogisch ermittelten Gesetzeszweck als gewollte Folgen des Gesetzgebers übereinstimmen müssen.
- Viertens behandelt das OLG Köln nur das Verhältnis zwischen Verlag und Rechtsratsuchenden, während die ebenfalls geschützte Rechtsordnung und der Rechtsverkehr unbeachtet bleiben. Von den Ergebnissen unqualifizierter Rechtsdienstleistung soll nach § 1 Abs. 1 Satz 2 RDG der Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor außergerichtlicher unqualifizierter Rechtsdienstleistung geschützt werden. Dritte, Vertragspartner und Gegner des Rechtsratsuchenden, sowie die Gerichte und Behörden sind durch Überlastung vor den Ergebnissen unqualifizierter Rechtsberatung ebenfalls zu schützen. Insbesondere verkennt das OLG Köln, dass die Parteien eines Beratungsvertrags weder auf den eigenen, noch auf den Schutz des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung verzichten können, zumal sie nicht in der Lage sind, die Qualität der Rechtsdienstleistung zu beurteilen und deshalb nicht wissen, worauf sie verzichten.
- Fünftens verkennt das OLG Köln entgegen der Rechtsprechung des BGH in der Entscheidung zur Schadensregulierung durch Versicherungsmakler die gebotene weite Auslegung des Rechtsdienstleistungsbegriffs, um nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers den Kontrollbereich weit zu öffnen.[123]
- Sechstens widerspricht das Ergebnis des OLG Köln auch der Rechtsprechung des BGH in seiner ISION-Entscheidung, nach der Geschäftsleiter ohne eigene Rechtskenntnisse verpflichtet sind, Rechtsrat bei Rechtsanwälten mit der Qualifikation einzuholen, um die Rechtsfrage aus dem jeweiligen Rechtsgebiet zu klären.[124]
- Siebtens verkennt schließlich das OLG Köln den Vorrang des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat in § 3 RDG deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er außergerichtliche Rechtsdienstleistungen nur per Gesetz verbieten als auch erlauben will und deshalb keine Gesetzeslücke und damit auch kein Anlass zur Rechtsfortbildung durch Richterrecht besteht, was der BGH in seiner Entscheidung zum Mietpreisrechner bestätigt hat.[125]

AUTOR



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

121 BGH, Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 269/12 – Autocomplete-Funktion (mit Anm. von *Pfeifer* und *Becker*); BGH v. 13.7.2015 – I ZR 104/14, NJW-RR 2016, 673 – Posterlounge.
122 BGH, Urt. v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, Rn. 25 – Schulden-Hulp.
123 BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 107/14, Rn. 47 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.
124 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) – ISION Urteil.
125 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VII ZR 285/18, Rn. 174, weniger-miete.de.

www.compliance-berater.de

Compliance Berater

11 / 2021

Betriebs-Berater Compliance

28.10.2021 | 9.Jg
Seiten 401–452

EDITORIAL

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

AUFSÄTZE

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

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

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

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

Digitalisierung von KYC-Prozessen | 420
Salvatore Saporito

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

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

RECHTSPRECHUNG

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

OLG Stuttgart: Anfechtung einer Aufsichtsratswahl wegen Treuepflichtverstößen | 442

LAG Hamm: Keine Entschädigung wegen Mobbing | 446

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA*

Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durch die neue DIN ISO 37301

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

I. Übereinstimmung zwischen Rechtsprechung und DIN ISO 37301 zur Unternehmensführungspflicht

310

Die neue DIN ISO 37301 beinhaltet sechs Organisationspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Organe eines Unternehmens[1]: Unternehmenspflichten sind zu ermitteln, Ressourcen zur Erfüllung bereitzustellen, an Verantwortliche zu delegieren, zu aktualisieren, zu bewerten und zu dokumentieren.[2] Verstöße gegen Compliance-Verpflichtungen der Organisation lassen sich dadurch vermeiden oder minimieren.[3] Beweisen lassen sich „die Einhaltung relevanter Gesetze einschließlich legislativer Anforderungen, Industrievorschriften und Organisationsnormen sowie die Normen der guten Unternehmensführung". Nach A.4.4 der DIN ISO 37301 dient das Compliance-Management dazu, Non-Compliance zu verhindern, zu erkennen und darauf zu reagieren.

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

Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems (CMS) ergibt sich zuletzt aus der Panzerhaubitzen-Entscheidung des BGH[4] sowie aus vier weiteren Entscheidungen, die Schadensersatzansprüche mit dem Unterlassen eines CMS begründet haben.[5]

Nach der Regelung des Anwendungsbereichs der DIN ISO 37301 in Ziffer A.1 gilt die Vorschrift für alle Arten von Organisationen, ungeachtet der Art, der Größe und der Natur der Aktivität und unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche, private oder gemeinnützige Organisation handelt.

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

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

II. Die Ermittlung der Unternehmenspflichten

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

---

* Der Verfasser ist Mitglied im Normenausschuss ISO 37301.

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

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

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

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

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

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

Das Informationsmanagement nach der Rechtsprechung von RG und BGH gibt vor, „in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen."[7] Seit über 100 Jahren verpflichtet die höchstrichterliche Rechtsprechung, Organe zur Informationsbeschaffung im Unternehmen.[8] Vorstände können sich nicht auf Unkenntnis berufen.[9] In der Wissensaufspaltungsentscheidung des BGH werden Vorstände verpflichtet alle für das Unternehmen rechtserheblichen Informationen zu speichern, weiterzuleiten und von den Verantwortlichen abfragen zu lassen.[10]
Die Rechtsprechung zur Risikoanalyse von Sachverhalten ergibt sich aus der Entscheidung des BGH im ISION-Fall, wonach der Vorstand zur eigenen Risikoanalyse verpflichtet ist und sich nicht auf die Analysen Dritter verlassen darf.[11]
Dieser ständigen Rechtsprechung entspricht die Verpflichtung nach DIN ISO 37301 in A.4.1 zum Informationsmanagement, nämlich „alles zu prüfen, was sie über ihre Organisation wissen: was sie wo, wann und warum tut."
Nach A.4.1 sind Risiken, die durch andere Faktoren entstehen durch relevante zukünftige Entwicklungen mit möglichen Auswirkungen zu berücksichtigen.
Diese Vorgabe entspricht der Rechtsprechung des BGH zu Verkehrssicherungspflichten, wonach auch gesetzlich nicht geregelte Risiken von denjenigen zu erfassen sind, die die Risikoquelle eröffnen, sie beherrschen und davon profitieren[12]
Die entsprechende Organisationspflicht, alle Unternehmenspflichten zu ermitteln, ergibt sich aus 6.3, wonach die Organisation „aus ihren Aktivitäten, Produkten und Dienstleistungen resultierende Compliance-Verpflichtungen zu identifizieren und ihre Auswirkung auf ihren Betrieb zu beurteilen" hat. Diese Vorgabe ist so zu verstehen, dass die Unternehmenssachverhalte danach zu untersuchen sind, welche Pflichten sie für das Unternehmen auslösen.
Die entsprechende Vorgabe aus der DIN ISO 37301 ergibt sich aus A.6.3, wonach „alle Compliance-Risiken abzudecken sind. Alle identifizierten Compliance-Risiken-Situationen unterliegen der Überwachung und Behandlung. Geschätzte finanzielle Konsequenzen der non-Compliance sollten auf keinen Fall mit der Wahrscheinlichkeit des Auftretens multipliziert werden, da dies das Szenario des ungünstigen Falls herausrechnet und üblicherweise zur ungeeigneten Risikobehandlung führt." Aus dieser Vorgabe lässt sich die Pflicht herleiten, ausnahmslos alle Sachverhalte zu untersuchen, was auch der Vorgabe nach A.4.1. entspricht.

III. Die Pflicht zur Delegation

Nach der Ermittlung der Unternehmenspflichten sind diese an Mitarbeiter des Unternehmens zu delegieren, weil die wenigen Vorstände nicht in der Lage sind alle Unternehmenspflichten zu erfüllen, sondern sich auf die Oberaufsicht beschränken müssen, die sie allerdings nicht delegieren können.
Aus der DIN ISO 37301 ergibt sich die Pflicht zur Delegation insbesondere an Beauftragte mit Stabsfunktion aus 5.1.2, 5.1.3 und 5.3.2 an Organe, unter anderem die oberste Leitung aus Ziffer 5.1.1 und 5.1.3, an die Verantwortlichen für die Erfüllung der Unternehmenspflichten aus 5.3.2.

IV. Die Pflicht zur Aktualisierung

Die Pflicht zur Aktualisierung der Rechtspflichten im Unternehmen wird in zwei BGH-Entscheidungen konkretisiert.[13]
Die Pflicht zur Aktualisierung nach der DIN ISO 37301 ergibt sich aus den Ziffern 6.3, 6.4, 6.3a und b, 6.4 und aus dem Anhang A.6.2.

V. Die Pflicht zur Kontrolle

Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach der Rechtsprechung wird in neun Urteilen konkretisiert.[14]
Die Kontrollpflichten ergeben sich aus der DIN ISO 37301 aus den Ziffern 8.2, 9.1.1, 9.1.4, 9.3c zur Organoberaufsicht und 9.2 zu Audits.

VI. Die Pflicht zur Dokumentation

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

7 BGH, 14.7.2008 – II ZR 202/07, Leitsatz a) – IKB; BGH, 18.6.2013 – II ZR 86/11, BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253; *Goette*, Festschrift 50 Jahre BGH, S. 123, 140.
8 OLG Stuttgart, 29.2.2012 – 20 U 3/11, zur „Sardinien-Äußerung" eines Aufsichtsrats, ZIP 2012, 625–636, bestätigt durch BGH, 6.11.2012 – II ZR 111/12, NZG 2013, 339; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 („Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand); RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 – Kutscher; RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 – Neuzement; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 – Propagandisten; BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313 – Tiefbau-Unternehmer.
9 VG Frankfurt, 8.7.2004 – I E 7363/03 – Stille Lasten oder ungeeignete Vorstand.
10 BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 35 – Wissensaufspaltung.
11 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 – ISION.
12 BGH, 18.9.1984 – VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143 ff., BB 1984, 1970 –Kupolofen-Entscheidung.
13 BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BB 2003, 273, NJW 2003, 358 ff. – Kurzarbeiter-Fall; BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 – Hühnerpest-Entscheidung.
14 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 – Kutscher; RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz; RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 – Asphaltvertiefungs; RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff; BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 – Besitzdiener; BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei; BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 – Propagandisten; RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn. 1914 35, 50 –Neuzement; RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW 1923, 1026 – Fuhrwerk; BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff. – Schubstreben-Fall; VG Frankfurt a. M., 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), WM 2004, 2157 – „Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand.
15 BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51 S. 91 – Hühnerpest-Entscheidung.
16 BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51 S. 91 – Hühnerpest-Entscheidung.

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

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

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

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

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

VIII. Die Bindungswirkung von DIN-Normen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X. Die Abwendung des Risikos der Selbstbelastung durch eigenes Organisationsverschulden

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

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

Aus der Bindungswirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Indizwirkung der DIN ISO 37301 ergibt sich, dass die Entscheidung über die Ausgestaltung des Kontroll- und Risikomanagementsystems keine „unternehmerische Entscheidung" i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, sondern eine rechtliche gebundene Entscheidung ist. Wenn der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung die Ausgestaltung der Pflichten nach § 91 Abs. 3 AktG dem Leitungsermessen des Vorstands überlässt, darf die rechtliche Bindung an eine DIN Norm zur Unternehmensleitung und die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden nicht übersehen werden. Vorstände sind vor der Illusion zu bewahren, die Pflicht nach § 91 Abs. 3 AktG sei eine unternehmerische Entscheidung, ohne die Haftungsfolgen für Schadensersatz durch Organisationsverschulden nach § 93 AktG. Vorstände sind bei ihrem Leitungsermessen zwar nicht durch das Gesetz aber faktisch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die DIN ISO 37301 bei der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht zur Unternehmensführung gebunden. Das Defizit und der Nachteil der Neuregelung in § 91 Abs. 3 AktG besteht darin, dass der Gesetzgeber diese folgenreiche Pflicht des Vorstands durch unbestimmte Rechtsbegriffe und die Generalklausel regelt, die Systeme müssten „angemessen und wirksam" sein. Eine Generalklausel gilt als ein Stück offen gelassene Gesetzgebung. Der Gesetzgeber delegiert den Inhalt der Pflicht zur Ausgestaltung eines Kontroll- und Risikomanagementsystems an den Verpflichteten selbst. Kritisch wird diese Art der Regelung auch als Flucht in die Generalklauseln beschrieben.[31] Der Gesetzgeber erhöht damit die Rechtsunsicherheit für Unternehmen und deren Vorstände, wenn er eine Pflicht vorgibt, aber nicht regelt, was er von Vorständen zur Erfüllung der Pflicht erwartet, um die drastischen Schadensersatzansprüche nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zu vermeiden. Nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts müsste dem Parlament die Normsetzung vorbehalten bleiben. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (Wesentlichkeitstheorie)[32] und sie nicht den verpflichteten Normadressaten selbst zu überlassen. Im Ergebnis delegiert der Gesetzgeber die Normsetzung an Gerichte, wodurch eine erhebliche Rechtsunsicherheit verursacht wird, weil die von Generalklauseln unbestimmten Rechtsbegriffen betroffenen Normadressaten bis zu einer höchstrichterlichen Einzelfallentscheidung im Unklaren bleiben, was der Gesetzgeber als Vorkehrung von angemessenen und wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystemen erwartet. Vorstände setzen sich Schadensersatzansprüchen aus, die das Unternehmen durch den Aufsichtsrat gegen sie geltend machen und mit dem Unterlassen eines CMS begründen kann.[33] Vorstände können dadurch Opfer der gesetzgeberisch verursachten Rechtsunsicherheit werden. Als der sicherere Weg bietet sich die Einhaltung der Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden und die Einhaltung der Mussvorschriften nach der neuen DIN ISO 37301 zur Unternehmensführung an.[34]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Unternehmens. Juristische Personen sind nicht wissensfähig, nicht handlungsfähig, nicht straffähig und können sich deshalb nicht selbst organisieren, sondern sind auf ihre Angestellten, insbesondere ihre Organe, die Vorstände und Geschäftsführer angewiesen. Diese Struktur ist allen juristischen Personen gleich. Aus ihr ergeben sich die gleichen Organisationsrisiken und damit auch die gleichen Organisationspflichten zu deren Abwendung. Es handelt sich um Verkehrssicherungspflichten. Die Größe eines Unternehmens ist die Risikoquelle, die zu beherrschen ist, und zwar durch Verkehrssicherungspflichten in Form von Organisationspflichten. Die Größe des Unternehmens ist als Risiko durch Organisation abzuwenden.[35] Auch Kleinunternehmen können Risiken begründen, gerade weil sie unterorganisiert sind und deswegen die Risiken begründen, die sie durch Organisation abwenden müssen. Dementsprechend gleichen sich CMS bei ihren Organisationspflichten und unterscheiden sich in den Pflichten, die sie durch organisatorische Maßnahmen, jeweils abhängig vom Unternehmen ermitteln, aktualisieren, delegieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren müssen.

Verkannt wird dieser Unterschied, wenn die konkrete Ausformung der Organisationspflicht von der Größe, Branche, Struktur, Kapitalmarktzugang des jeweiligen Unternehmens für abhängig gehalten wird, wie der Gesetzgeber es im KonTraG erstmals wörtlich ausführt.[36] Daran hält der Gesetzgeber seitdem fest und versäumt es, die in allen juristischen Personen erforderlichen und immer gleichen Organisationspflichten gesetzlich zu regeln. Offenbar glaubt der Gesetzgeber deshalb, interne Kontrollsysteme und Risiko-Management-Systeme nicht allgemeinverbindlich durch gesetzliche Vorgaben regeln zu können.[37] Die regulatorische Zurückhaltung des Gesetzgebers[38] ist grundlos und nicht nachvollziehbar. Wenn der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Pflicht aus § 91 Abs. 3 AktG dem Leitungsermessen der Vorstände überlässt, dabei ihre Befangenheit bei der Organisation von Selbstkontrollen übersieht, verursacht er eine erhebliche Rechtsunsicherheit, indem er Vorstände zu Kontroll- und Risiko-Management-Systemen verpflichtet, die Ausgestaltung dieser Pflicht ihnen selbst überlässt. Im Streitfall entscheiden erst Gerichte, was nach einem Rechtsverstoß von den Vorständen des Unternehmens zu erwarten war, um den jeweiligen Rechtsverstoß organisatorisch abzuwenden. Diese offengelassene Lücke der Gesetzgebung hätte durch die bisherige Rechtsprechung zum Organisationsverschulden geschlossen werden können. Die bisherige DIN ISO 19600 als auch die neue DIN ISO 37301 hätten als Muster und Vorbild dienen können, die branchenunabhängigen Organisationspflicht zu regeln. Die Regelungslücke lädt zur Selbstregulierung durch DIN-Normen ein. Eine Lösung wäre es, entsprechend der gesetzgeberischen Praxis in vielen anderen Fällen, die DIN ISO 37301 zu zitieren und ihr dadurch Gesetzesrang zu verleihen.

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

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

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

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

Übereinstimmung zwischen Rechtsprechung und DIN ISO 37301 ergibt sich für die Organisationspflicht, alles zu prüfen, was die Organisation wo, wann und warum tut nach Anhang A.4.1 und entspricht der Rechtsprechung zum Informationsmanagement[40], alle Pflichten im Unternehmen zu erfassen, zu speichern, weiterzuleiten und abfragen zu lassen.

XIV. Fazit

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

AUTOR



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

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

36 KonTraG, BT-Drs. 13/9712.

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

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

39 RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914 (1914) S. 759 – Warenhaus; RG, 14.12. 1911 – VI 75/11; BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11 S. 151 – Zinkdach; BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon.

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

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

www.compliance-berater.de

CB

Compliance Berater

Sonderbeilage 1 / 2022

Betriebs-Berater Compliance

25.5.2022 | 10.Jg
Seiten 1–36

Dr. Manfred Rack

Lieferketten-Compliance im Digitalen Zwilling

Zum zivilrechtlichen Haftungsrisiko von Vorständen und Geschäftsführern

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 4
1. Die Haftung für Verstöße gegen das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz und die Vermeidung durch ein Compliance-Management-System entlang der Lieferkette 4
2. Die Durchsetzung der neuen Sorgfaltspflichten aus dem Lieferkettengesetz nach öffentlichem Recht 5
a) Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Kontrollen 5
b) Zwangs- und Bußgelder nach Ordnungswidrigkeitengesetz 5
c) Zivilrechtliche Haftung der Unternehmensleiter 5
3. Die zivilrechtliche Haftung bei Verletzung von Sorgfaltspflichten nach dem Lieferkettengesetz 5
4. Die Erklärung des Gesetzgebers zum Haftungsausschluss aus dem Regierungsentwurf (§ 3 Abs. 3 S. 1 LkSG) 6
5. Die unabhängig vom LkSG begründete und „unberührt" fortbestehende zivilrechtliche Haftung durch Organisationspflichtverletzung (§ 3 Abs. 3 S. 2 LkSG) 6
6. Die sechs Organisationspflichten im Überblick 7
7. Die Einrichtung des Systems der Lieferketten-Compliance zur Erfüllung der organisationsrechtlichen Sorgfaltspflicht 7
a) Die Pflicht zum System der Lieferketten-Compliance nach dem LkSG 7
b) Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems nach der unabhängig und unberührt fortgeltenden höchstrichterlicher Rechtsprechung 8
c) Die Pflicht zur Regelanwendung als Pflicht zum System 8
d) Die faktische Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung 8
8. Die Ermittlung der Risiken und Rechtspflichten zum Schutz von Menschenrechten und Umweltschutz 9
a) Die gesetzliche Neuregelung zum Risikomanagement und zur Risikoanalyse im LkSG 9
aa) Risiken erkennen und ermitteln als Informationsbeschaffungspflicht nach dem LkSG 9
bb) Die Pflicht zur eigenen Informationsbeschaffung nach der Rechtsprechung 9
cc) Die Risikofrüherkennungspflicht vor Schadenseintritt nach der Rechtsprechung 10
dd) Latente Risikofaktoren ohne Indizien nach der Rechtsprechung 10
ee) Offene Risikofaktoren als Indizien 10
ff) Die Organisationspflicht nach der Rechtsprechung und nach§ 3 Abs. 3 Satz 2 LkSG 10
b) Der Begriff des Risikos nach dem LkSG und der höchstrichterlichen Rechtsprechung 11
aa) Der Risikobegriff nach dem LkSG 11
bb) Drohende Verletzungen und Schutzmaßnahmen als Prognosen 11
cc) Die untaugliche Definition des Risikobegriffs 11
dd) Risikoaussagen über Menschenrechtsverletzungen entlang der Lieferkette 11
ee) Die Risikoanalyse nach der Rechtsprechung 12
c) Presseinformationen über Menschenrechtsverletzungen und Abhilfemaßnahmen als Informationsquellen 13
d) Interessengegensätze und Marktmachtverhältnisse in Lieferketten 13
e) Die Verursachung von Risiken entlang der Lieferkette nach § 4 Abs. 2 S. 2 LkSG 14
9. Die Organisationspflicht der Delegation 14
a) Die Delegation nach dem LkSG 14
b) Die Delegation nach der Rechtsprechung 15
10. Die Organisationspflicht zur Erfüllung der Pflichten nach dem LkSG und der unabhängigen Pflichten aus der Rechtsprechung 15
a) Die Organisationspflicht zur Erfüllung nach dem LkSG 15
b) Die Organisationspflicht zur Erfüllung nach ständiger Rechtsprechung 16
11. Die Organisationspflicht zur Aktualisierung nach dem LkSG 16
a) Die Aktualisierungspflicht nach dem LkSG 16
b) Die Aktualisierungspflicht nach ständiger Rechtsprechung 16
12. Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach dem LkSG 16

a) Die Kontrollpflicht nach dem LkSG 16
b) Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung 17
13. Die Organisationspflicht zur Dokumentation 17
a) Die gesetzlich geregelte Dokumentationspflicht nach dem LkSG 17
b) Die Organisationspflichten zur Dokumentation nach ständiger Rechtsprechung 17
14. Die Vorteile der erstmaligen gesetzlichen Regelung eines Compliance-Management-Systems als kodifizierte Rechtsprechung 18
15. Der grundsätzliche Unterschied zwischen Organisationspflichten und zu organisierenden Pflichten 19
16. Die im LkSG gesetzlich geregelte Unterscheidung zwischen Organisationspflichten und organisierten Pflichten 19
17. Organisierte Pflichten zum Schutz der Rechtspositionen nach dem Lieferkettengesetz 20
a) Der Schutz von Menschenrechten nach § 2 Abs. 2 Nr. 1–12 LkSG 20
aa) Das Verbot der Beschäftigung von Kindern unter dem zulässigen Mindestalter (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 LkSG) 20
bb) Das Verbot der schlimmsten Form der Kinderarbeit für Kinder unter 18 Jahren (§ 2 Abs. 2 Nr. a-d LkSG) 20
cc) Das Verbot der Beschäftigung von Personen in Zwangsarbeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 LkSG) 20
dd) Das Verbot der Sklaverei oder sklavereiähnlicher Praktiken durch extreme wirtschaftliche oder sexuelle Ausbeutung oder Erniedrigung (§2 Abs. 1 Nr. 4 LkSG) 20
ee) Das Verbot der Missachtung der nach dem anwendbaren nationalen Recht geltenden Pflichten des Arbeitsschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG) 20
ff) Das Verbot der Missachtung der Koalitionsfreiheit (§ 2 Abs. 2 Ziff. 6 LkSG) 21
gg) Das Verbot der Diskriminierung von Beschäftigten (§ 2 Abs. 2 Ziff. 7 LkSG) 21
hh) Das Verbot des Vorenthaltens eines angemessenen Lohns (§ 2 Abs. 2 Ziff. 8 LkSG) 22
ii) Das Verbot der Herbeiführung von schädlichen Bodenveränderungen, Gewässerverunreinigung, Luftverunreinigung, Lärmimmissionen und übermäßigem Wasserverbrauch zum Schutz menschenrechtlicher Schutzgüter (§ 2 Abs. 2 Ziff. 9 LkSG) 22
jj) Das Verbot der widerrechtlichen Zwangsräumung und das Verbot des widerrechtlichen Entzugs von Land, von Wäldern und Gewässern zur Abwendung des Risikos des land grabbing (§ 2 Abs. 2 Ziff. 10 LkSG) 22
kk) Das Folterverbot durch missbräuchlich eingesetzte Sicherheitskräfte (§ 2 Abs. 2 Ziff. 11 LkSG) 22
ll) Das Verbot von Menschenrechtsverletzungen durch nicht in den Ziffern 1–11 aufgelisteten Verhaltensweisen (§ 2 Abs. 2 Ziff. 12) 22
b) Umweltbezogene Pflichten nach§ 2 Abs. 3 LkSG – Nr. 12 und 13 der Anlage 22
c) Umweltbezogene Risiken 23
18. Der Anwendungsbereich des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes 23
19. Die Auflösung des scheinbaren Widerspruchs der Regelung in § 3 Abs. 3 S. 1 und 2 LkSG 23
20. Der Angemessenheitsvorbehalt als Mittel zum Entlastungsbeweis 24
21. Der Entlastungsbeweis für Unternehmensleiter durch das Lieferketten-Compliance-Management-System 24
22. Beispiele von Risiken für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette 25
23. Interne und externe Unternehmensorganisationspflichten 26
a) Unternehmensinterne Organisation des Endabnehmers 26
b) Unternehmensexterne Organisation des unmittelbaren und mittelbaren Zulieferers 26
24. Die Organisation der Lieferketten-Compliance als unternehmensexterne Organisation gegenüber Zulieferunternehmen nach ständiger Rechtsprechung 26
25. Die unternehmensexternen Organisationspflichten nach dem LkSG 27
26. Die internationale Geltung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes 27
27. Die Innenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern gegenüber der Gesellschaft 28
28. Das Haftungsrisiko einer deliktischen Außenhaftung für Vorstände und Geschäftsführer nach der BGH-Rechtsprechung 29
29. Die Zertifizierung der Organisation nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz entlang der Lieferkette nach der DIN ISO 37301 30
30. Lieferketten-Compliance im digitalen Zwilling als praktische Lösung 30
II. Fazit 30

I. Einleitung

Die internationale Arbeitsteilung verbindet deutsche Unternehmen in global eng verflochtenen Lieferketten mit Zulieferunternehmen aus der ganzen Welt. Endprodukte entstehen in einem gedachten einheitlichen Herstellungsprozess aus einer Vielzahl von notwendigen Teilen unterschiedlicher Zulieferer. Über menschenrechtswidrige Arbeitsbedingungen am Anfang der Lieferkette berichtet die internationale Presse. Image und Reputation von Unternehmen entlang der Lieferkette sinken. Der freiwilligen Initiative zum Menschenrechtsschutz folgt nur ein Teil der Unternehmen. Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) verpflichtet deshalb alle Unternehmen sowohl durch die unternehmensinterne Organisationsanweisung als auch durch die unternehmensexterne Organisation durch Zulieferverträge, Einfluss und Druck auf ihre unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer auszuüben, Menschenrechte und Umwelt nach dem LkSG zu schützen. In Zulieferverträgen müssen sich Unternehmen entlang der Lieferkette wechselseitig verpflichten, nach dem LkSG sowohl die Organisationspflichten nach §§ 3–10 LkSG als auch die Schutzpflichten nach § 2 LkSG einzuhalten. Mit Organisationspflichten sind Organisationsrisiken abzuwenden, insbesondere die Unkenntnis über menschenrechtliche Risiken, über Schutzpflichten zur Abhilfe und Prävention, über Unzuständigkeiten im Unternehmen, über Untätigkeit, über das Fehlen von Aktualität, Kontrolle und Dokumentation. Praktisch durchsetzen lassen sich die Organisationspflichten aus den Zulieferverträgen entlang der Lieferkette durch Compliance-Management-Systeme der Unternehmen, die zu einem digitalen Zwilling miteinander verlinkt sind. Die Kontrollergebnisse über die Einhaltung der Zulieferverträge können digital ausgetauscht werden. Verpflichtet zur Organisation der Lieferketten-Compliance nach dem LkSG sind Vorstände und Geschäftsführer. Ihnen drohen Geldbußen je nach Verstoß bis zu 800.000 EUR. Bei juristischen Personen verzehnfacht sich der Bußgeldrahmen bis zu 8 Mio. EUR und steigt bei einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 400 Mio. EUR auf Geldbußen bis zu 2% des weltweiten Jahresumsatzes.

Eine zivilrechtliche Haftung wird nach § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG durch das LkSG nicht begründet. Nach § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG soll aber eine unabhängig vom LkSG begründete zivilrechtliche Haftung unberührt bleiben. Diese Regelung bedarf der Auslegung, der sich dieser Beitrag umfassend widmet. Im Ergebnis haften Organe für die Verletzung von Organisationspflichten, die sich aus einer Vielzahl höchstrichterlicher Urteile zum Organisationsverschulden ergeben, die schon vor und unabhängig vom LkSG verbindlich waren und die zivilrechtliche Haftung von Unternehmensleitern begründen konnten. Die öffentlichrechtlich geregelten Sorgfaltspflichten nach §§ 3–10 LkSG entsprechen den Organisationspflichten aus BGH-Urteilen zum Organisationsverschulden und erweisen sich als kodifizierte Rechtsprechung. Das LkSG gilt als erstmaliges gesetzlich geregeltes Compliance-Management-System aus dem sich sechs Organisationspflichten nach §§ 3–10 LkSG ergeben, die den Organisationspflichten der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung gleichen.

Vermeiden lassen sich die gravierenden Rechtsfolgen aus Bußgeldern und zivilrechtlicher Haftung durch den nachgewiesenen Einsatz eines Compliance-Management-Systems. Mit ihm können die Organisationspflichten erfüllt werden. Organisiert werden müssen die Einhaltung der Vorschriften zum Schutz von Menschenrechen und Umwelt nach § 2 Abs. 1–8 LkSG. Sie sind zu ermitteln, zu delegieren, zu aktualisieren, einzuhalten, zu kontrollieren und zu dokumentieren.

1. Die Haftung für Verstöße gegen das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz und die Vermeidung durch ein Compliance-Management-System entlang der Lieferkette

Mit dem LkSG verpflichtet der Gesetzgeber die Unternehmen, Menschenrechtsverletzungen und Umweltverstöße entlang der Lieferkette zu vermeiden. Nach § 2 Abs. 5 LkSG bezieht sich die Lieferkette auf alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens. Sie umfasst alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden und erfasst erstens das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich, zweitens eines unmittelbaren Zulieferers und drittens eines mittelbaren Zulieferers. Vorstände und Geschäftsführer sind zur Legalität entlang der Lieferkette verpflichtet. Sie sind zum eigenen legalen Verhalten verpflichtet und sie haben dafür zu sorgen, dass die eigenen Angestellten im Unternehmen als auch die Organe und Angestellte ihrer Zuliefervertragspartner Verletzungen von menschenrechtlichen und umweltrechtlichen Vorschriften vermeiden. Sie sind zur unternehmensinternen und zur unternehmensexternen Organisation ihrer Legalitätspflicht zum menschenrechtlichen Opferschutz und Umweltschutz verpflichtet.

Neu ist für Unternehmen die Pflicht, auf legales Verhalten hinzuwirken, nicht nur wie bisher schon auf die eigenen Angestellten, sondern auch auf die Geschäftspartner entlang der Lieferkette, was einer Geschäftspartner-Due-Diligence gleichkommt.[1]

Bisher hat die Rechtsprechung durch richterliche Rechtsfortbildung die Einrichtung und Unterhaltung eines Compliance-Management-Systems (CMS) als Pflicht gewertet und Ersatz von Schäden als Rechtsfolge bestimmt, die durch das Unterlassen eines Compliance-Management-Systems verursacht wurden.[2] Die Vorschriften des LkSG gelten sowohl für inländische (§ 1 Abs. 1 S. 1. Nr. 1 LkSG) als auch für ausländische Unternehmen, sofern diese eine Zweigniederlassung im Sinne des § 13d HGB in Deutschland haben nach § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG. (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LkSG). Das Unternehmen muss im Inland in der Regel mindestens 3.000, ab dem 1.1.2024 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen.[3]

1 Zur Entwicklung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes: Rechtsgutachten zur Ausgestaltung eines Lieferkettengesetzes, Grabosch, Hrsg. Initiative Lieferkettengesetz, Februar 2020; Frank/Egel/*Heine*, BB 2021, 2165; *Gehling/Ott/Lüneborg*, CCZ 2021, 230; *Ehmann/Berg*, GwR 2021, 287; *Mittwoch*, RiW 2020, 397; *Ehmann*, ZVertriebsR 2021, 141; *Dohrmann*, CCZ 2021, 215; *von Westphalen*, ZIP 2020, 2421; *Wagner/Ruttloff*, NJW 2021, 2145; *Rünz*, ZVertriebsR 2020, 291; *Harings/Jürgens/Thalhammer*, CB 2022, 93.

2 ArbG Frankfurt a.M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1554/13 – Libor-Manipulations-Entscheidungen; LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger-Urteil; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell-Urteil; NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; BGH, 9.5.2017 – StR 265/16 – Panzerhaubitzen-Urteil; ArbG Braunschweig, 25.7.2019 – 8 Ca 321/18 – VW Umschaltlogikprogrammierung; siehe den Nachweis der ständigen Rechtsprechung in Fn. 21.

3 *Frank/Edel/Heine/Heine*, BB 2021, 2165; *Passarge*, CB 2021, 332.

2. Die Durchsetzung der neuen Sorgfaltspflichten aus dem Lieferkettengesetz nach öffentlichem Recht

Bei den gemäß § 3 LkSG normierten Sorgfaltspflichten handelt es sich um öffentlich-rechtliche Pflichten. Drei Arten von Sanktionen sind bei Pflichtverletzungen zu erwarten.[4] Erstens reguliert der Gesetzgeber die Durchsetzung der Sorgfaltspflichten aus dem Lieferkettengesetz durch das Wirtschaftsverwaltungsrecht, zweitens durch das Ordnungswidrigkeitengesetz mit Zwangsgeld und Bußgeldfolgen und drittens durch die zivilrechtliche Haftung von Vorständen und Geschäftsführern von deutschen und ausländischen Unternehmen, die ihren Hauptverwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland haben.[5]

a) Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Kontrollen

Nach § 19 LkSG wird die behördliche Kontrolle und Durchsetzung dem Bundesamt für Wirtschaft- und Ausfuhrkontrolle (BMAS) als zuständige Behörde unterstellt. Die Rechts- und Fachaufsicht über dieses Bundesamt führt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales aus.
Nach § 20 LkSG hat die zuständige Behörde die Aufgabe, branchenübergreifende oder branchenspezifische Informationen, Hilfestellungen und Empfehlungen zur Einhaltung des Lieferkettengesetzes zu veröffentlichen, und zwar mit Zustimmung des Auswärtigen Amtes unter Berücksichtigung außenpolitischer Belange. Nach § 21 LkSG erstellt die zuständige Behörde jährlich Rechenschaftsberichte über die Kontrollergebnisse und Durchsetzungstätigkeiten. Eine scharfe wirtschaftsverwaltungsrechtliche Rechtsfolge ist der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 22 LkSG für längstens drei Jahre, wenn sie wegen eines rechtskräftig festgestellten Verstoßes nach den Bußgeldvorschriften mit einer Geldbuße nach § 24 Abs. 2 LkSG belegt wurden.

b) Zwangs- und Bußgelder nach Ordnungswidrigkeitengesetz

Angedroht werden nach § 23 LkSG Zwangsgelder bis zu 50.000 EUR und nach § 24 LkSG Bußgelder von 100.000 – 800.000 EUR je nach Verstoß. Bei juristischen Personen reicht der Bußgeldrahmen verzehnfacht bis zu 8 Mio. EUR und steigt bis zu 2% des weltweiten Jahresumsatzes bei einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 400 Mio. EUR.

c) Zivilrechtliche Haftung der Unternehmensleiter

Unternehmensintern können Vorstände und Geschäftsführer als Leitungsorgane im Rahmen ihres Direktionsrechts nach § 106 GewO die Pflichten zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt auf eigene Angestellte delegieren und ihre Legalitätspflicht im Rahmen des Compliance-Management-Systems durch die unternehmensinterne Organisation erfüllen.
Unternehmensextern bestehen zwischen den Unternehmen in der Lieferkette und deren Angestellten jedoch keine arbeitsvertraglichen Weisungs- und Direktionsrechte, sondern nur Zulieferverträge. Die Einflussmöglichkeiten eines Endabnehmers gegenüber seinen Lieferanten sind nur im Zuliefervertrag durchzusetzen und hängen von der jeweiligen Nachfragemacht und dem Einfluss des Endabnehmers auf den Zulieferer ab. Der Endabnehmer ist verpflichtet, das Lieferunternehmen vertraglich dazu zu verpflichten, Verletzungen von Menschenrechten und umweltschutzrechtlichen Bestimmungen zu vermeiden. Für die Erfüllung dieser Pflichten haften Vorstände und Geschäftsführer in der Innenhaftung gegenüber ihrer Gesellschaft und in der Außenhaftung[6] „unter besonderen Bedingungen" sogar gegenüber Dritten, deren Menschenrechte dadurch verletzt sind, dass die Organe des Endabnehmers sich nicht bemüht haben, alle organisatorischen Einflussmöglichkeiten zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt vertraglich durchzusetzen. Voraussetzung für eine Außenhaftung ist außerdem, dass für Organe eine Garantiepflicht des Inhalts gegenüber Personen besteht, die absolute Rechte nach § 823 Abs. 1 BGB „der Einflusssphäre der Gesellschaft anvertraut haben".[7] Die Organe des Endabnehmers sind verpflichtet, sich zu bemühen und dabei angemessene Mittel gemäß § 3 Abs. 2 LkSG einzusetzen. Das Gesetz begründet eine Bemühenspflicht, aber weder eine Erfolgspflicht noch eine Garantiehaftung.[8]
Die Pflichten nach dem Lieferkettengesetz stehen unter dem Vorbehalt der Angemessenheit. Der Angemessenheitsvorbehalt gemäß § 3 Abs. 2 Ziff. 1 bis 4 LkSG bestimmt sich erstens nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, zweitens nach den Einflussmöglichkeiten des Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher der Verletzung der geschützten Rechtsposition oder der umweltbezogenen Pflicht nach § 2 Abs. 2 Ziff. 2 LkSG, drittens nach der typischerweise zu erwartenden Schwere, der Umkehrbarkeit und der Eintrittswahrscheinlichkeit der Verletzung einer geschützten Menschenrechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht und viertens nach der Art des Verursachungsbeitrags zu den menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken. Der Gesetzgeber lässt in § 3 Abs. 2 Ziff. 2 LKSG und in seiner Begründung[9] erkennen, dass er die Leitungsorgane der Endabnehmerfirmen zu Opferschutz und Umweltschutz nur im Rahmen ihrer „Einflussmöglichkeiten", so wörtlich, verpflichten will. Einfluss hat ein Unternehmen gegenüber seinen Zulieferern nur über die Zulieferverträge. Bei Single-Source-Zulieferverträgen dürfte der Einfluss gering sein, wenn er nicht schon beim Abschluss des Zuliefervertrages geltend gemacht wurde. Dabei konzentrieren Abnehmer ihre Beschaffung von zugelieferten Vorprodukten aus Kostengründen auf einen einzigen Zulieferer.[10]

3. Die zivilrechtliche Haftung bei Verletzung von Sorgfaltspflichten nach dem Lieferkettengesetz

Unter der Überschrift „Zivilprozess" in Abschnitt 3 bietet das LkSG in § 11 LkSG eine besondere Prozessstandschaft zur gerichtlichen Geltendmachung von Rechten durch inländische Gewerkschaften oder Nichtregierungsorganisationen (NGO) für diejenigen an, die in ihren Rechtspositionen nach § 2 Abs. 1 LkSG verletzt sind. Die Prozessstandschafter müssen nach § 11 Abs. 2 LkSG eine dauerhafte eigene Präsenz unterhalten und nach ihrer Satzung nicht gewerbsmäßig und sich nicht nur vorübergehend für den Schutz von Menschenrechten einsetzen. Die Regelung einer Prozessstandschaft gilt als Hinweis auf Klagemöglichkeiten durch Verletzung der Sorgfaltspflichten. Es fehlt allerdings eine Anspruchsgrundlage im Gesetz, was schon früh von der Bundesrechtsanwaltskammer im Gesetzgebungsverfahren zu Recht kritisiert wurde.[11]

---

4 *Paefgen*, ZIP 2021, 2007 und 2011.
5 *Gehling/Ott/Lüneborg*, CCZ 2021, 230; BT-Drucks. 19/28649, S. 33 zu § 1 Abs. 1 S.1.
6 *Paefgen*, ZIP 2021, 2010.
7 BGHZ 109, 299 – Baustoff-Urteil; *Paefgen*, ZIP 2021, 2014.
8 RegE LkSG, BT-Drucks. 19/28469, S. 2 und BT-Drucks. 1930505, S. 2; *Paefgen*, ZIP 2021, 2014.
9 BT-Drucks. 19/28649, S. 42 zu Nr. 2.
10 *Weigel/Rücker*, Praxisguide Strategischer Einkauf, 2011, S. 105; *Gabath*, Innovatives Risikomanagement im Einkauf, 2011, S. 24.
11 Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 34, April 2021, https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahme-pdf/stellungnahme-deutschland/2021/april/stellungnahme-der-brak-2021 –34.pdf; *Paefgen*, ZIP 2021, 2009 Ziff. 2.

„Ein Anspruch gegen ein deutsches Unternehmen ist nur herleitbar, wenn das Unternehmen seine eigenen menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten, welche der Gesetzentwurf konkretisieren will, verletzt. Dies sollte eindeutig geregelt werden."

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 19.4.2021 wurde in der endgültigen Fassung vom 11.6.2021 durch den Absatz 3 in § 3 ergänzt.

„[…] (3) Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt."

Der wörtliche Ausschluss einer zivilrechtlichen Haftung der Verletzung der Pflichten aus dem LkSG nach § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG schafft ein zentrales Problem. Ganz offensichtlich hat der Gesetzgeber eine Regelungslücke bewusst offengelassen, obwohl dies von der Bundesrechtsanwaltskammer als auch vom Deutschen Anwaltverein im Gesetzgebungsverfahren ganz ausdrücklich kritisiert und angemahnt wurde. „Wenn das geplante Gesetz hierzu keine Regelung trifft, ist die Frage nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen."[12] Mit jeder bewusst offen gelassenen Regelungslücke setzt der Gesetzgeber die verpflichteten Unternehmen der Rechtsprechung der Gerichte aus, die im Nachhinein einen Rechtsverstoß gegen die konkrete Rechtspflicht für den Einzelfall formulieren können. Rechtssicherheit liefern Gerichte nur für künftige vergleichbare Fälle. Die Kenntnis der Rechtsprechung ist deshalb unverzichtbar, um die Haftung der Organe zu vermeiden. Die endgültige Fassung des § 3 Absatz 3 LkSG gilt als sprachlich verunglückt.[13] Im ersten Satz von § 3 Abs. 3 LkSG schließt das Gesetz eine zivilrechtliche Haftung aus dem LkSG aus. Im zweiten Satz lässt es eine unabhängig vom Lieferkettengesetz begründete zivilrechtliche Haftung unberührt.

Der Gesetzgeber gibt mit dieser zunächst widersprüchlich scheinenden Regelung Rätsel auf und macht eine Auslegung des Gesetzes erforderlich, durch die zu klären ist, für welche unabhängig vom Lieferkettengesetz bestehenden Pflichten eine zivilrechtliche Haftung begründet werden kann und unberührt bleiben soll. Unternehmensleitern droht ein Haftungsrisiko. Zu klären sind die Haftungsgrundlagen und vor allem, wie dieses Risiko abzuwenden ist.

4. Die Erklärung des Gesetzgebers zum Haftungsausschluss aus dem Regierungsentwurf (§ 3 Abs. 3 S. 1 LkSG)

Die wörtliche Erklärung des in § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG geregelten Ausschlusses einer zivilrechtlichen Haftung durch Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz bietet der Gesetzgeber in seinem Regierungsentwurf:

„Der Regierungsentwurf eines Sorgfaltspflichtengesetzes wurde mit dem Ziel und der Vorstellung beschlossen, gegenüber der geltenden Rechtslage keine zusätzlichen zivilrechtlichen Haftungsrisiken für Unternehmen zu schaffen. Die zum Zwecke einer Verbesserung der Menschenrechtslage in internationalen Lieferketten begründeten neuen Sorgfaltspflichten sollen vielmehr in Verwaltungsverfahren und mit Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts durchgesetzt und sanktioniert werden. Dies ist insbesondere im Hinblick auf § 823 Abs. 2 BGB klarzustellen. Soweit unabhängig von den neu geschaffenen Sorgfaltspflichten bereits nach der geltenden Rechtslage eine zivilrechtliche Haftung begründet ist, soll diese jedoch unverändert fortbestehen und in besonders schwerwiegenden Fällen in ihrer Durchsetzung erleichtert werden."[14]

Zunächst hat der Gesetzgeber damit die gesetzliche Haftung wegen der Verletzung des LkSG als Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB ausdrücklich ausgeschlossen. In den §§ 3 ff. LkSG werden Sorgfaltspflichten aus untergesetzlichen Regelwerken ausdrücklich zitiert. Durch die Verweisung in § 2 Abs. 1 und 3 LkSG könnten die zitierten Regelwerke insbesondere die in der Anlage in § 2 Abs. 1 und 3 und § 6 Abs. 2 Nr. 2 zitierten internationalen Übereinkommen, als Rechtsnormen im Sinne von Artikel 2 EGBGB angesehen werden, als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB in Frage kommen und Schadensersatzansprüche der Opfer wegen Verletzung ihrer Menschenrechte direkt gegen die Unternehmensleitung begründen.

Der Gesetzgeber wollte offensichtlich Unternehmen nicht einer zivilrechtlichen Haftung aussetzen, die durch die Verletzung von Menschenrechten und Umweltschutzvorschriften im Unternehmen aus der Lieferkette begangen werden, auf deren Verhalten sie keinen Einfluss haben.

Der gesetzgeberische Wille ist sowohl im Wortlaut als in der Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck gekommen. Der Gesetzgeber will den menschenrechtlichen Opferschutz und Umweltschutz nur mit den Mitteln des Verwaltungsverfahrens und des Ordnungswidrigkeitenrechts durchsetzen, aber eine bestehende zivilrechtliche Haftung unberührt fortbestehen lassen.[15]

5. Die unabhängig vom LkSG begründete und „unberührt" fortbestehende zivilrechtliche Haftung durch Organisationspflichtverletzung (§ 3 Abs. 3 S. 2 LkSG)

Eine zivilrechtliche Haftung kann sich sowohl aus Gesetzen als auch aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergeben. Wenn der Gesetzgeber trotz Hinweis im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich auf eine gesetzlich geregelte Haftungsgrundlage verzichtet, andererseits aber eine nach § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG schon bestehende Haftung unberührt fortbestehen lassen will, kommt nur die höchstrichterliche Rechtsprechung als Haftungsgrundlage in Frage.[16]

Die Sorgfaltspflichten nach § 3 Abs. 1 LkSG regeln Verfahrenspflichten zur Due-Diligence. Unternehmen werden nicht zur Garantie eines Erfolges verpflichtet, sondern zur Durchführung konkreter aufgelisteter Maßnahmen und zwar im Rahmen des konkret Machbaren und Angemessenen. Von den Unternehmen soll nichts rechtlich oder tatsächlich Unmögliches verlangt werden.[17]

Menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten der Unternehmen sind nach § 3 LkSG in „angemessener Weise" zu beachten. Diese Sorgfaltspflichten sind dogmatisch als Verkehrspflichten zur Abwendung von Gefahren und Risiken einzuordnen. Der Gefahrenherd besteht in der Organisation des Unternehmens. Mit den Organisationspflichten sind präventiv die Organisationsrisiken abzuwenden.[18] Die Pflichten beziehen sich auf den menschenrechtlichen Opferschutz und Umweltschutz. Zu organisieren ist die Einhaltung der Schutzvorschriften für Menschenrechte und die Umwelt, die in § 2 LkSG und in Anhängen Nr. 1–11 sowie § 6 Abs. 2 Nr. 2 LkSG für

12 DAV-Stellungnahme zum Regierungsentwurf LkSG, NZG 2021, 546, 552.
13 *Paefgen*, Haftung für die Verletzung von Pflichten nach dem neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, ZIP 2021, 2010.
14 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss), BT-Drucks. 19/30505 v. 9.6.2021 S. 38.
15 BT-Drucks. 19/30505 v. 9.6.2021 S. 38, 39.
16 *Paefgen*, ZIP 2021, 2013 mit Hinweisen auf das ISION-Urteil: BGH, 20.9. 2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670.
17 BT-Drucks 19/30505 v. 9.6.2021 S 38, 39.
18 *Paefgen*, ZIP 2021, 2011; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 760 mit Hinweis auf RGZ 54, 53, 59.

Menschenrechte und für den Umweltschutz nach § 2 Abs. 3 Anhang Nr. 12–13 LkSG definiert sind.

6. Die sechs Organisationspflichten im Überblick

Die Organisationspflichten gelten für die interne Organisation des Unternehmens gemäß § 2 Abs. 5 Ziff. 1 LkSG im inneren Geschäftsbereich und für die unternehmensexterne Organisation nach § 2 Abs. 5 Ziff. 2 LkSG für unmittelbare Zulieferer und nach § 2 Abs. 5 Ziff. 3 LkSG für mittelbare Zulieferer. Zu organisieren ist die Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern, die Vorschriften zum Schutze von Menschenrechten und Umwelt nach § 2 LkSG einzuhalten.

Im Überblick werden zunächst die sechs Organisationspflichten und ihre gesetzliche Regelung im LkSG vorgestellt. Im Einzelnen werden die Sorgfaltspflichten als Organisationspflichten erläutert und dazu auf die Gesetzesbegründung zum LkSG Bezug genommen.

Zu jeder der sechs Organisationspflichten wird die jeweilige höchstrichterliche Rechtsprechung zitiert und damit die These belegt, dass es sich bei den gesetzlichen Regelungen um eine kodifizierte Rechtsprechung handelt, deren Einzelfallentscheidungen als Vorläufer und Auslegungshilfe der gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Regelungen gelten können sowie als zivilrechtliche Haftung unabhängig und unberührt von der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 3 Abs. 3 Satz 2 LkSG als zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen fortgelten können (Ziff. 7).

Die faktische Bindungswirkung der höchstrichterlichen Entscheidung wird erläutert und soll belegen, dass die Urteile zum Organisationsrecht Anspruchsgrundlagen in vergleichbaren Fällen auch ohne gesetzliche Regelungen begründen können (Ziff. 7.4).

Die Sorgfaltspflichten des LkSG bilden zusammengenommen ein System, was sich aus der Gesetzesbegründung und der Organisationsrechtsprechung ergibt (Ziff. 7.1).

- Erstens sind die einschlägigen Pflichten zu ermitteln, die den Zweck haben die Risiken abzuwenden, die durch die Aktivitäten von Unternehmen aus der Lieferkette für Menschenrechte und Umwelt verursacht werden. Mit der Pflicht zur Ermittlung aller Risiken und Pflichten des Unternehmens wird das Organisationsrisiko der Unkenntnis vermieden. Aus den §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 LkSG ergibt sich die nunmehr gesetzlich geregelte Organisationspflicht zum Ermitteln von Risiken und Abwehrpflichten. Informationen beschaffen sich Unternehmensleiter auch über das Beschwerdeverfahren nach § 8 LkSG. Ein Verstoß gegen diese Pflicht zum Meldeverfahren wird sanktioniert nach § 24 Abs. 1 Nr. 8 LkSG. Sanktioniert wird die unterlassene oder falsche Risikoanalyse nach § 24 Abs. 1 Nr. 2 LkSG, das Unterlassen eines Konzepts, die nicht rechtzeitige Erstellung oder Umsetzung nach § 24 Abs. 1 Nr. 7 LkSG.
- Zweitens sind die ermittelten Pflichten im Unternehmen auf Mitarbeiter zu delegieren. Mit der Pflicht zur Delegation wird das Organisationsrisiko der Unzuständigkeit präventiv abgewendet. Gesetzlich geregelt ist die Delegation in §§ 4 Abs. 3 und 4 LkSG und sanktioniert in § 24 Abs. 1 Nr. 1 LkSG.
- Drittens sind die Pflichten regelmäßig zu aktualisieren. Mit der Aktualisierung wird das Organisationsrisiko der Anwendung überholter Rechtspflichten präventiv abgewendet. Gesetzlich geregelt ist die Aktualisierung in § 5 Abs. 4 LkSG und § 7 Abs. 4 LkSG. Sanktioniert wird die unterlassene oder nicht rechtzeitige Aktualisierung nach § 24 Abs. 1 Nr. 5 LkSG.
- Viertens sind die Pflichten zu erfüllen, nämlich den Risiken vorzubeugen, Pflichtverletzungen zu beenden oder zu minimieren. Geregelt ist die Erfüllung der Pflichten in §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 1 und § 7 Abs. 1–3 LkSG. Sanktioniert ist das Unterlassen von Präventionsmaßnahmen in § 24 Abs. 1 Nr. 3 LkSG. Unterlassene Hilfemaßnahmen oder verspätete Abhilfemaßnahmen werden sanktioniert nach § 24 Abs. 1 Nr. 6 LkSG.
- Fünftens sind die Pflichten zu kontrollieren, ob sie eingehalten und erfüllt sind. Abgewendet wird das Risiko der Untätigkeit und der fehlerhaften Pflichterfüllung. Gesetzlich geregelt sind die Kontrollen in § 4 Abs. 3 S. 2 und § 6 Abs. 3, 4 und 5 LkSG. Sanktioniert werden unterlassene Kontrollen nach § 24 Abs. 1 Nr. 4 LkSG.
- Sechstens ist die Einhaltung aller Organisationspflichten zu dokumentieren, um alle organisatorischen Maßnahmen zur Entlastung von Vorständen und Geschäftsführern beweisen zu können. Vermieden wird das Risiko der Beweisnot der Unternehmensleiter, die aufgrund der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 3 AktG die Beweislast tragen und die Pflichterfüllung in Fällen von Pflichtverstößen nachweisen müssen. Gesetzlich geregelt ist die Dokumentations- und Berichtspflicht in § 10 LkSG. Die unterlassene Dokumentation oder fehlerhafte Berichterstattung werden sanktioniert nach § 24 Abs. 1 Nr. 9 und 10 LkSG.

Die Übereinstimmung der Rechtsprechung zu den Organisationspflichten mit der gesetzlichen Regelung im LkSG lässt sich im Einzelnen nachweisen. Unabhängig von der gesetzlichen Regelung können Verletzungen der Organisationspflichten eine Haftung aufgrund der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden nach § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG begründen.

7. Die Einrichtung des Systems der Lieferketten-Compliance zur Erfüllung der organisationsrechtlichen Sorgfaltspflicht

321

a) Die Pflicht zum System der Lieferketten-Compliance nach dem LkSG

Nach der Gesetzesbegründung schreibt das Lieferkettengesetz für alle Unternehmen ein System vor, in dem die gleichen Verfahrensschritte zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt als verbindliche systematische Vorgehensweise vorgegeben wird. Der Systemcharakter ergibt sich daraus, dass § 3 LkSG keinen einmaligen Prozess, sondern eine Serie von Verfahrensschritten darstellt, die in einer Reihenfolge einzuhalten sind, aufeinander aufbauen, voneinander abhängen und auszuführen sind, ohne einen Verfahrensschritt auszulassen. Diese systematischen Vorschriften sind in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–9 LkSG aufgelistet und im Einzelnen in §§ 4–10 LkSG konkret geregelt.[19]

Unternehmen müssen nach § 4 Abs. 1 LkSG ein wirksames Risikomanagementsystem einrichten und in die Geschäftsabläufe durch Maßnahmen verankern.

Nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 LkSG hat die „Unternehmensleitung“ im Rahmen einer Grundsatzerklärung das „Verfahren“ zu beschreiben, mit dem das Unternehmen seine Organisationspflichten erfüllt, nämlich das Risikomanagementsystem nach § 4 Abs. 1 LkSG, die Risikoanalyse nach § 5 Abs. 1 LkSG, Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und gegenüber den Zulieferfirmen gemäß § 6 Abs. 3–5 LkSG sowie die Organisationspflichten zu Abhilfemaßnahmen nach § 7 LkSG als Reaktion auf festgestellte Verletzungen, zu Beschwerdeverfahren nach § 8 LkSG und zur Dokumentation und Kontrolle nach § 10 LkSG.

19 BT-Drucks. 19/28649, S. 41, zu § 1 Satz 1 LkSG.

Die Einhaltung des systematisch geordneten „Verfahrens“ nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 LkSG soll das Organisationsergebnis, nämlich die Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen und umweltschutzrechtlichen Verstößen sichern, wie sie in den Konventionen vorgeschrieben werden, die in der Anlage Nr. 1–13 gelistet sind.
Allein die Kenntnis der Rechtspflichten reicht nicht für einen effektiven Opferschutz und Umweltschutz aus, sie müssen delegiert, erfüllt, kontrolliert und schließlich dokumentiert werden, um beweisen zu können, dass die Organe des Unternehmens ihre Rechtsvergewisserungspflicht erfüllt haben.[20] Das Ergebnis der Legalitätspflichterfüllung durch die Organe wird in Frage gestellt und gefährdet, wenn auch nur eine der sechs organisatorischen Sorgfaltspflichten unerfüllt bleibt.
Bei diesen Pflichten handelt es sich um organisatorische Maßnahmen zum Einrichten eines Lieferketten-Compliance-Management-Systems für das eigene Unternehmen und für Zulieferfirmen entlang der Lieferkette.

b) Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems nach der unabhängig und unberührt fortgeltenden höchstrichterlicher Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zur Organisationspflicht hat sich fortentwickelt, indem die jüngere auf die ältere ständige Rechtsprechung Bezug nimmt. Als Geltungsgrund für Organisationspflichten und Verkehrspflichten ist auf die richterliche Rechtsfortbildung im Bereich des Deliktsrechts zu verweisen. Danach müssen die vorgestellten sechs Organisationspflichten vom Unternehmen, durch den Vorstand oder den Geschäftsführer, erstens angeordnet, zweitens angewendet, drittens nachgewiesen und viertens ständig verbessert werden. Die sechs Organisationspflichten ergeben sich aus etwa 25 Einzelurteilen zum Vorwurf des Organisationsverschuldens durch Unterlassen eines Aufsichtssystems.[21]

c) Die Pflicht zur Regelanwendung als Pflicht zum System

Eine Aufsichtsorganisation muss nicht nur angeordnet, sondern auch angewandt werden. Für den Entlastungsbeweis der sorgfältigen Aufsicht reicht es nicht, allein organisatorische Regeln aufzustellen, sie im Unternehmen aber nicht anzuwenden. In sieben von zwanzig Fällen aus der BGH-Rechtsprechung zum Organisationsverschulden haben beklagte Unternehmen Organisationsregeln vorgetragen, ohne deren Anwendung im Zeitpunkt des Rechtsverstoßes mit Schadensfolgen nachweisen zu können.[22] Wenn auch nur eine der sechs organisationsrechtlichen Sorgfaltspflichten nicht eingehalten wird, ist nicht gewährleistet, dass die Organe ihre Organisationspflicht in vollem Umfang erfüllt haben, um sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass auch sämtliche Mitarbeiter sich legal verhalten.
Nach dem Muster dieser Rechtsprechung sind die rechtlichen Organisationspflichten, die als zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten nach § 823 BGB dogmatisch zu qualifizieren sind, erstmals gesetzlich nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 LkSG als öffentlich-rechtliche Pflicht geregelt, wonach die Unternehmensleitung ein Compliance-Management-System anzuordnen hat.[23] Diese Pflicht wird öffentlich-rechtlich sanktioniert (Ziff. 1.1., 1.2). Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anordnung und Anwendung eines CMS und die neue gesetzliche Regelung stimmen überein. Die bisherige zivilrechtliche Rechtsprechung zum Organisationsrecht wird durch die öffentliche-rechtliche gesetzliche Regelung zur Lieferkette bestätigt. Werden nach dieser Rechtsprechung die sechs Organisationspflichten zur Anordnung und Anwendung eines CMS verletzt, bleibt die daraus begründete zivilrechtliche Haftung unabhängig vom LkSG unberührt.

d) Die faktische Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung

Urteile des BGH zu Organisationspflichten sind faktisch bindend und gelten deshalb unabhängig und unberührt von der neuen gesetzlichen Regelung. Dies ergibt sich aus der Prozessordnung. Gerichte sind regelmäßig an die Urteile höherer Gerichte, diese wiederum an die frühere Rechtsprechung gebunden. Die unteren Gerichte sind zur Vorlage bei oberen Gerichten verpflichtet. Weichen sie ab, werden die instanzlichen Urteile aufgehoben und mit entsprechenden inhaltlichen Vorgaben zur erneuten Entscheidung nach § 563 Abs. 2 ZPO zurückverwiesen. Gerichte der zweiten Instanz müssen die Revision zulassen, wenn sie von einer Entscheidung der obersten Bundesgerichte desselben Gerichtszweigs abweichen.[24] Höchstrichterliche Entscheidungen haben gesetzesähnliche Wirkung auf alle gleichgelagerten Fallgruppen und damit auf Gesellschaft und Staat.[25] Auf diese Weise werden alle höchstrichterlichen Urteile zum Organisationsverschulden und zur einzelnen Organisationspflicht für die Praxis der Unternehmensführung verbindlich. Weichen Vorstände und Geschäftsführer von dieser Rechtsprechung ab und kommt es zum Schaden, werden sich die Geschädigten, mit Sicherheit deren Anwälte, auf die Rechtsprechung im Einzelfall und die Verletzung der jeweiligen Organisationspflicht berufen. Dies gilt vor und nach der gesetzlichen Regelung des LkSG. Die gesetzliche Regelung des LkSG heben die Bindung an die zivilrechtlich begründeten Organisationspflichten nicht auf, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden. Vielmehr werden richterlich entschiedene Organisationspflichten durch die nachträglichen gesetzlichen Regeln als kodifizierte Rechtsprechung bestätigt.[26]

---

20 *Paefgen*, ZIP 2021, 2013; BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670.

21 RG v. 14.12.1991, RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil; RG v. 28.11.1913, RG Warn. 1914 35 S. 50 – Neuzement-Urteil; RG v. 18.4.1914, RGJW 1914 (1914), S. 759 – Warenhaus-Urteil; RG v. 25.2.1915, RGZ 87 (1916) S. 1 – Heilsalz-Urteil; RG v. 27.11.1916, RGZ 89 (1917) S. 136 – Asphaltvertiefungs-Urteil; RG v. 19.2.1923, RGJW (1923) S. 1026 – Fuhrwerk-Urteil; RG v. 12.1. 1938, RGJW 1938 S. 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG v. 12.10.1938, RGJW 1938 S. 3162 – Streupflicht-Urteil; BGH v. 25.10.1951, BGHZ 4 S. 1 – Benzinfahrt-Urteil; BGH v. 4.11.1953, BGHZ 11 S. 151 – Zinkdach-Urteil; BGH vom 13.5. 1955 – I ZR 137/53), BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon-Urteil; BGH v. 10.5.1957, MDR 1957 (1957) S. 214 – Streupflicht-Urteil II; BGH v. 28.10. 1958, VersR 1959, S. 104 – Gießerei-Urteil; BGH v. 13.12.1960, NJW 1961 (1961) S. 455 – Propagandisten-Urteil; BGH v. 8.11.1963, VersR 1964, S. 297 – LKW-Unfall-Urteil; BGH v. 17.10.1967, NJW 1968 (1968) S. 247 – Kfz-Zulieferer-Urteil; BGH v. 20.4.1971, NJW 1971 (1971) S. 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil; BGH JZ 1978 (1978) S. 475 – Kfz-Werkstatt-Urteil; ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 – Libor-Manipulations-Entscheidungen; LG München I v. 10.12. 2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger-Urteil; LAG Düsseldorf v. 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell-Urteil; BGH v. 15.1.2013, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; BGH v. 9.5.2017 – StR 265/16 – Panzerhaubitzen; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.12.2009, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung; BGH v. 20.9.2011, NJW – RR 2011, 1670 – ISION-Urteil).

22 BGH v. 17.10.1967, NJW (1968) S. 247 ff. – Schubstreben-Fall; RG JW (1923) S. 1026 – Fuhrwerk-Urteil; RG JW 1938 S. 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG JW 1938 S. 3162 – Streupflicht-Urteil; BGH v. 28.10.1958, VersR 1959, S. 104 – Gießerei-Urteil; BGH v. 13.12.1960, NJW 1961 (1961) S. 455 – Propagandisten-Urteil; RG v. 14.12.1911, RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil.

23 BT-Drucks. 19/28649, S. 46 zu § 6 Abs. 2 Nr. 1.

24 § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ZPO; § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO; § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG.

25 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Auflage, Anm. 244, 248.

26 Im Ergebnis auch *Paefgen*, ZIP 2019, 2011.

8. Die Ermittlung der Risiken und Rechtspflichten zum Schutz von Menschenrechten und Umweltschutz

Zu ermitteln sind zunächst im ersten Schritt die Risiken für Menschenrechte und Umwelt und in einem zweiten Schritt die zur Abwehr dieser Risiken geeigneten Rechtspflichten in der Lieferkette. Das Organisationsrisiko der Unkenntnis der Verantwortlichen im Unternehmen über die Unternehmenspflichten wird damit abgewendet. Bei menschenrechtlichen und umweltschutzrechtlichen Verstößen kann sich kein Verantwortlicher zu seiner Entlastung auf Unkenntnis berufen, wenn im Lieferketten-Compliance-System des Unternehmens sämtlich Risiken und Pflichten zu deren Abwehr ermittelt und an Verantwortliche in der jeweils aktuellen Fassung delegiert sind.

a) Die gesetzliche Neuregelung zum Risikomanagement und zur Risikoanalyse im LkSG

Neu gesetzlich geregelt ist die Pflicht zum Erkennen von Risiken nach § 4 Abs. 2 LkSG (Risikomanagement) und nach § 5 Abs. 1 S. 1 LkSG (Risikoanalyse) die Pflicht, Risiken zu ermitteln, und zwar im eigenen Geschäftsbereich als auch bei unmittelbaren Zulieferern. Nach der Gesetzesbegründung dient das Risikomanagement dazu, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken zu erkennen und präventiv den Verletzungen der geschützten Rechtspositionen nach § 2 LkSG vorzubeugen, sie zu beenden oder zu minimieren, wenn das Unternehmen die Risiken oder die Verletzung innerhalb der Lieferkette verursacht oder dazu beigetragen hat.

aa) Risiken erkennen und ermitteln als Informationsbeschaffungspflicht nach dem LkSG

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 LkSG hat das Unternehmen die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken im eigenen Geschäftsbereich sowie bei seinen unmittelbaren Zulieferern zu „ermitteln". Politische Rahmenbedingungen und verletzliche Personengruppen sind bei der Risikoanalyse zu berücksichtigen.[27] Beispielhaft und im Gesetzestext ist das Umgehungsgeschäft als Risiko für die Verletzung von Menschenrechten und umweltrechtlichen Vorschriften genannt. Indizien für das Risiko aus dem Umgehungsgeschäft sind eingeschaltete Dritte als Zwischenunternehmen mit Strohmannfunktion ohne nennenswerte eigene Wirtschaftstätigkeit.[28]

Eingegrenzt wird die Pflicht zur Abwendung menschenrechtlicher Risiken durch die Voraussetzung, dass das Unternehmen sie verursacht haben muss. Das Unternehmen muss das Risiko entweder allein hervorgerufen haben oder durch seine Handlung dem Entstehen des Risikos beigetragen haben. Das Risiko muss im eigenen Geschäftsbereich des Endabnehmers oder beim unmittelbaren Zulieferer oder beim mittelbaren Zulieferer liegen.[29]

Die Ermittlung der Risiken für Menschenrechte und Umwelt sind die Voraussetzungen für die Formulierung der Pflichten, zur Abwendung dieser Risiken.

Unter Risikomanagement versteht der Gesetzgeber, die Auswirkungen der eigenen unternehmerischen Tätigkeit auf die Menschen zu kennen, die in Folge einer Geschäftsbeziehung mit den Geschäftsfeldern, den Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens verbunden sind. Bei der Risikoanalyse ist auch externes Wissen heranzuziehen.[30] Konkret verlangt der Gesetzgeber in einem ersten Verfahrensschritt von Unternehmen sich einen Überblick zu verschaffen, über die eigenen Beschaffungsprozesse, die Struktur der unmittelbaren Zulieferer, über die wichtigen Personengruppen, die von der Geschäftstätigkeit des Unternehmens betroffen sein können. Der Gesetzgeber schlägt ein Risikomapping nach Geschäftsfeldern, Standorten, Produkten oder Herkunftsländern vor.[31] Politische Rahmenbedingungen und verletzliche Personen sind bei der Risikoanalyse zu berücksichtigen.

In einem zweiten Schritt sind die Risiken nach der Angemessenheit zu gewichten, wobei die Einflussmöglichkeiten, die Nachfragemacht, die Beschaffungsmenge und die Unternehmensgröße, die Schwere und Wahrscheinlichkeit der Verletzung und deren Umkehrbarkeit in die Bewertung einzubeziehen sind.

Die dazu erforderlichen Informationen sind zu beschaffen, je nach Risiko, Branche und Produktionsregion, durch Inspektionen vor Ort, Gespräche mit Arbeitnehmern, gewerkschaftlicher Vertretung und sonstigen Informationsquellen darüber, ob Arbeitnehmerrechte geschützt werden.[32] Damit regelt der Gesetzgeber die Informationsbeschaffungspflicht der Geschäftsleiter nach §§ 4 Abs. 3 S. 2, 5 Abs. 1 S. 1 LkSG.

Zur Informationsbeschaffungspflicht zählt auch die, Pflicht ein Beschwerdeverfahren nach § 8 LkSG einzurichten, das es Personen ermöglicht, über die Verletzung geschützter Rechtspositionen oder die Verletzung umweltbezogener Pflichten auf Informationen hinzuweisen. Das Unternehmen hat den gemeldeten Sachverhalt mit den Hinweisgebern zu erörtern. Das Beschwerdeverfahren muss öffentlich zugänglich gestaltet werden, für potenzielle Nutzer zugänglich sein, die Vertraulichkeit der Identität wahren und wirksamen Schutz vor Benachteiligung oder Bestrafung aufgrund einer Beschwerde gemäß § 8 Abs. 4 LkSG gewährleisten.[33]

bb) Die Pflicht zur eigenen Informationsbeschaffung nach der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung in der IKB-Entscheidung umfasst die Pflicht zur Risikoanalyse vor allem, alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen und sich eine eigene Meinung über die Risiken zu bilden. Diese Rechtsprechung wird bestätigt durch den Gesetzgeber, wenn er für die Risikoanalyse in der Gesetzesbegründung im Rahmen der Möglichkeiten empfiehlt, auch externes Wissen zu konsultieren[34]. Damit bestätigt er die Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH bei fehlender eigener Sachkunde externen Expertenrat einzuholen und alle verfügbaren Erkenntnisquellen zur eigenen Meinungsbildung auszuschöpfen.[35] Geschäftsleiter dürfen sich nicht auf die Risikobewertungen Dritter aus zweiter Hand, wie Ratingagenturen beschränken.[36]

Zur Ermittlung der Rechtspflichten zählt die Informationsbeschaffungspflicht der Vorstände nach der Wissensaufspaltungsentscheidung des BGH.[37] Die Informationspflichten der Vorstände lassen sich nur durch entsprechende Meldepflichten der Mitarbeiter erfüllen, zu denen die Mitarbeiter im Rahmen eines Meldesystems zu verpflichten

27 BT-Drucks. 19/28649, S. 44.
28 BT-Drucks. 19/28649, S. 44.
29 BT-Drucks. 19/28649, S. 43; Kritisch zur Kausalität: *Ehmann*, ZVertriebsR, 2021, 141.
30 BT-Drucks. 19/28649, S. 44.
31 BT-Drucks. 19/28649, S. 44.
32 BT-Drucks. 19/28649, S: 45.
33 BT-Drucks. 19/28649, S. 49.
34 BT-Drs. 19/28649, S. 44 zu § 5 Abs. 1 LkSG.
35 RGZ 89 (1917) S. 136 – Asphaltvertiefungs-Urteil; BGH, BB 2011, 2960 – ISION-Urteil.
36 OLG Düsseldorf, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung.
37 BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 – Scheckinkasso; BGHZ 132, 30, 36 – Wissensaufspaltung.

sind. Vorstände und Geschäftsführer sind nur informiert, wenn sie Informationen abfragen und ihre Mitarbeiter die abgefragten Informationen melden. Zur Ermittlung der Pflichten zählen auch die Entscheidungen zur Risikoanalyse als Vorfrage dafür, welche Risiken durch welche Rechtspflichten abzuwenden sind.[38]

cc) Die Risikofrüherkennungspflicht vor Schadenseintritt nach der Rechtsprechung

Insbesondere umfasst die Risikoanalyse die Prüfung, ob ein Rechtsverstoß mit Schadensfolgen vorhersehbar und vermeidbar war und zwar zu einem Zeitpunkt, noch bevor die Schadensfolgen eingetreten sind.[39]

Der BGH verpflichtet in ständiger Rechtsprechung zur aktiven Informationsbeschaffung über Risiken und ihre Abwehr. Niemand darf sich darauf verlassen, dass das Risiko offenkundig wird. Diese Informationsbeschaffungspflicht ergibt sich aus fünf BGH-Urteilen. Die Risikofrüherkennungspflicht setzt nach ständiger Rechtsprechung seit 1911 schon ein, noch bevor ein Missstand zu beobachten ist und bestätigt damit die Einschätzung, dass Risiken keine Tatsachen, sondern Fiktionen sind, das Ergebnis von Schlussfolgerungen aus Erfahrungen über typische Schadensverläufe.[40] Wenn der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung ein Risikomapping vorschlägt und in § 4 Abs. 2 LkSG wirksame Schutzmaßnahmen als solche definiert, die Rechtsverletzungen „vorbeugen" können, dann entspricht diese Regelung der Risikofrüherkennungspflicht vor Schadenseintritt wie sie die zitierte Rechtsprechung entwickelt hat.

dd) Latente Risikofaktoren[41] ohne Indizien nach der Rechtsprechung

Unterscheiden lassen sich Risiken mit latenten und mit offenen Risikofaktoren. Die Risikoermittlungspflicht besteht auch ohne Anlass, ohne Hinweise und offenkundige Indizien. Zum Beispiel ergibt sich das Diebstahlrisiko auf Baustellen nur durch Schlussfolgerungen aus der Erfahrung, dass Gelegenheit Diebe macht.[42]

Allen latenten Risikofaktoren ist zusammenfassend gemeinsam, dass sie nicht offen liegen, keine Indizien zeigen, sondern sich nur aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergeben, insbesondere auch aus dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge, den unternehmensinternen und -externen Erfahrungen sowie aus Schlussfolgerungen auf drohende Schäden. Latente Risiken sind in § 2 Nr. 12 LkSG als Auffangtatbestand geregelt. Alles Tun oder Unterlassen, was über die in Nr. 1–11 aufgezählten Verletzungssachverhalte hinausgeht und geeignet ist, Menschenrechte zu verletzten, ist nach § 2 Nr. 12 LkSG verboten.

Auch bei drohenden Menschenrechtsverletzungen kann man nicht darauf vertrauen, dass die Risikofaktoren offenkundig sind, sondern latent und nur durch Schlussfolgerungen aus Erfahrungen über Menschenrechtsverletzungen in Zulieferketten erfasst werden können. Erfahrungen ergeben sich zum Beispiel aus Presseberichten und aus Informationen von Menschenrechtsorganisationen über Menschenrechtverletzungen. Diese strenge Rechtsprechung zur Risikofrüherkennung kann zur Konkretisierung der gesetzlichen geregelten Risikoanalyse des LkSG als Auslegungshilfe herangezogen werden, insbesondere wenn Unternehmensvertreter verpflichtet werden, Risiken für Menschenrechte und Umwelt nach § 5 Abs. 1 LkSG zu ermitteln.

ee) Offene Risikofaktoren als Indizien

Von den latenten Risikofaktoren sind die offenen Risikofaktoren zu unterscheiden. Sie sind als Indizien zu behandeln, von denen aus einschlägigen Erfahrungen auf einen drohenden Schadensverlauf Schlüsse zu ziehen sind, wobei der unternehmensinterne als auch der unternehmensexterne Sachverstand einzusetzen ist.[43]

ff) Die Organisationspflicht nach der Rechtsprechung und nach§ 3 Abs. 3 Satz 2 LkSG

Die vorgestellte Rechtsprechung zur Organisationspflicht der Risikoanalyse ist auch unabhängig und unberührt von den Regelungen des LkSG auf den Schutz von Menschenrechten und Umweltschutz in der Lieferkette anzuwenden. Ein Compliance-System für die Lieferkette ist nicht nur anzuordnen, sondern auch anzuwenden. Die Geschäftsführer sind zur eigenen Informationsbeschaffung zu menschenrechtlichen Risiken verpflichtet, insbesondere zur Risikofrüherkennung. Erfahrungen über Menschenrechtsverletzungen sind zu sammeln. Schlussfolgerungen aus den gesammelten Erfahrungen sind bei latenten Risikofaktoren als auch bei offenen Risikofaktoren zu ziehen, noch bevor menschenrechtliche Missstände und umweltrechtliche Missstände als Tatsachen zu beobachten sind.

---

38 *Rack*, CB 2014, 236; Die Annahme eines Risikos als Schadensprognose beruht auf der menschlichen Vorstellung über die Häufigkeit und die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Die Verfügbarkeit von Informationen bestimmt darüber, ob Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Die Informationsbeschaffungspflicht dient der Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers.

39 OLG Düsseldorf, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung.

40 OLG Stuttgart, 19.2.2012 – 20 U 3/11, zur „Sardinien-Äußerung-Piëch" eines Aufsichtsrats; BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon-Urteil; RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil; RG JW 1938 S. 1651 – Kleinbahn-Urteil; VersR 1959, S. 104 – Gießerei-Urteil; NJW 1961 (1961) S. 455 – Propagandisten-Urteil.

41 Aus Erfahrung ergeben sich aus der Rechtsprechung: Über die stadtbekannte Unzuverlässigkeit eines Kutschers im Verkehr hätte sich der Vorstand über interne Meldesysteme informieren müssen (RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil). Verdeckte Glassplitter im Heilsalz waren versteckte Risikofaktoren (RGZ 87 (1916) S. 1 – Heilsalz-Urteil). Das Risiko des durchgehenden Pferdes ist aus allgemeiner Lebenserfahrung bekannt (BGHZ 4 S. 1 – Benzinfahrt-Urteil). Das Diebstahlrisiko auf Baustellen ist nicht offensichtlich, sondern ergibt sich nur durch Schlussfolgerungen aus der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Gelegenheit Diebe macht (BGHZ 11, S. 150 – Zinkdach-Urteil). Die giftigen Bleirückstände im Eisenbahnwaggon bleiben im Verbogenen (BGHZ 17 (1955) S. 214 – Bleiwaggon-Urteil) und fallen ins Auge, wenn man nicht darüber nachdenkt und die Risikofantasie bemüht. Die eigenmächtigen Angestellten, die Hehlerware an- und verkaufen lassen sich nicht als Gefahrenquelle erkennen. Sie sind das Ergebnis aus Schlussfolgerungen aus der Erfahrung über kriminelles Fehlverhalten von unkontrollierten Angestellten (RG JW 1938 S. 1651 – Kleinbahn-Urteil). Produktionsfehler in Zulieferteilen sind verstecke Gefahrenquellen (NJW (1968) S. 247 ff. – Schubstreben-Fall). Eine Gasleitung mit unbekanntem unterirdischem Verlauf ist eine verborgene Gefahrenquelle (NJW 1971 (1971) S. 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil). Das Verwechslungsrisiko bei Ersatzteilen stellt ein latentes Risiko dar (BGH JZ 1978 (1978) S. 475 – Kfz-Werkstatt-Urteil).

42 BGHZ 11, S. 150 – Zinkdach-Urteil.

43 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung. Offene Risikofaktoren aus der Rechtsprechung sind Stolperstellen auf dem neuzementierten Bürgersteig im Neuzement-Fall (RG vom 28.11.1913 – III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50). Asphaltvertiefungen lassen auf defekte Kanalrohre im Untergrund schließen (RG vom 27.11.1916 – VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 – Asphaltvertiefungs-Urteil), Pflastereinstürze im Straßenbelag (RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RG JW 1923, 1026 – Fuhrwerkurteil), die offene Schranke im Kleinbahnfall (RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RG JW 1938, 1651 – Kleinbahn-Urteil), Eisschnee auf der Straße im Streupflichtfall (RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RG JW 1938, 3162 – Streupflicht-Urteil), das Rufmordrisiko in einem Boykottaufruf einer Illustrierten (BGH vom 10.5.1957 – I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 – Presseangriffs-Urteil), die offene brennende Spiritusflamme bei einer Präsentation im Kaufhauseingang (BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 – Propagandisten-Urteil).

b) Der Begriff des Risikos nach dem LkSG und der höchstrichterlichen Rechtsprechung

aa) Der Risikobegriff nach dem LkSG

Nach § 4 Abs. 1 LkSG sind Unternehmen zur Einrichtung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagementsystems verpflichtet. Nach § 4 Abs. 2 LkSG sind solche Maßnahmen wirksam, die es ermöglichen, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken zu erkennen, Verletzungen geschützter Rechtspositionen und umweltbezogene Pflichten vorzubeugen, sie zu beenden und zu minimieren, wenn das Unternehmen diese Risiken verursacht oder dazu beigetragen hat. Nach § 5 LkSG zur Risikoanalyse hat das Unternehmen die menschenrechtlichen umweltbezogenen Risiken im eigenen Geschäftsbereich sowie bei seinen unmittelbaren Zulieferern zu ermitteln.

Beschrieben wird das menschenrechtliche Risiko in § 2 Abs. 2 LkSG als ein Zustand, bei dem aufgrund tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Verstoß gegen eines der in § 2 Abs. 2 LkSG aufgelisteten 13 Verboten zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt droht.

Der Gesetzgeber verpflichtet nach § 4 Abs. 2 LkSG, Risiken zu „erkennen" und nach § 5 Abs. 1 LkSG zu „ermitteln" und die Verletzung von menschenrechtlichen Positionen abzuwehren. Er verlangt sogar bei latenten Risikofaktoren damit die Risikofrüherkennung, wozu schon die bisherige Risikorechtsprechung verpflichtet. (Ziff. 8.2.2)

In § 5 Abs. 1 Satz 2 LkSG warnt er vorbeugend vor dem Risiko missbräuchlicher Ausgestaltung der Lieferkette und deutet hiermit vermeidbare Fehlerquellen beim Risikomanagement an sowie die Erfahrung, dass regelwidriges Verhalten sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergibt.[44]

Zur Klarstellung in diesem Zusammenhang sind drohende von schon eingetretenen Menschenrechtsverletzungen zu unterscheiden. Gemäß § 7 Abs. 1 LkSG sind Unternehmen zur Abhilfe bei bereits eingetretenen oder unmittelbar bevorstehenden Menschenrechtsverletzungen verpflichtet. Sie kann man feststellen, weil es sich um Tatsachen handelt, wie zum Beispiel um Kinderarbeit, Zwangsarbeit auf Kaffee- und Kakaoplantagen sowie im Bergbau und in der Textilindustrie.

bb) Drohende Verletzungen und Schutzmaßnahmen als Prognosen

Dagegen beziehen sich Analyse und Management von Risiken auf künftige Geschehensverläufe in der Lieferkette, auf fiktive Zustände die drohen und noch nicht eingetreten sind. Drohende Verstöße gegen Menschenrechte und Umwelt als auch deren Vermeidung durch präventive Schutzmaßnahmen sind Geschehensverläufe in der Zukunft, die sich nicht wie Tatsachen feststellen lassen, sondern die man sich denken muss.

cc) Die untaugliche Definition des Risikobegriffs

Kritisch anzumerken ist, dass das LkSG für die Praxis im Unternehmen die Fragen offenlässt, wie Risiken als zukünftige Geschehensverläufe, insbesondere drohende Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden in der Lieferkette zu erkennen, zu ermitteln, zu identifizieren und zu vermeiden sein sollen. Zu dieser Pflicht enthalten die §§ 4 und 5 LkSG keinen Hinweis. Die Definition des Risikos in § 2 Abs. 2 LkSG ist unzureichend. Der Gesetzgeber setzt den Begriff des Risikos ohne weitere Erklärung voraus. Sowohl die Aussage über die Verursachung einer Menschenrechtsverletzung als auch die Aussage über die wirksame Vermeidung einer Menschenrechtsverletzung sind ihrer methodischen Qualität nach Prognosen. Sie sind als Aussagen über die Zukunft anders als Aussagen über Gegenwart und Vergangenheit zu behandeln. Mit der Risikodefinition muss das Ziel des Gesetzgebers erreicht werden, erstens alle Risiken für Menschenrechte und Umweltschutz zu erfassen und keine Risiken dabei zu übersehen und vor allem wirksame Präventions- und Abhilfemaßnahmen festzulegen.[45] Schließlich sind Fehlprognosen zu vermeiden, durch die Risiken für Opferschutz und Umweltschutz nicht erfasst und unwirksame Präventionsmaßnahmen festgelegt werden könnten. Über die Kausalität und die Geltung von Erfahrungssätzen, dass ein Schaden immer auf eine bestimmte Schadensursache folge, lässt sich streiten, ohne dass dieser Streit über ein Risiko durch die üblichen Beweismittel, wie über streitige Tatsachen entschieden werden könnte. Risiken sind keine Tatsachen, keine Fakten, sondern Fiktionen. Risiken sind immer zukünftige Ereignisse, die uns möglicherweise bevorstehen und uns bedrohen.[46] Wer Risiken behauptet, antizipiert einen noch nicht eingetretenen Schaden und vergegenwärtigt diesen, der nur droht und noch nicht eingetreten ist. Der Schaden wird in Aussagen über Risiken vorweggenommen.[47] Gerichte entscheiden nach einem Schadensereignis, ob vor dem Schadenseintritt ein für den Schaden Verantwortlicher den Schaden hätte vorhersehen und vermeiden können und ob ihm deshalb eine Schuld trifft, ob ein Risiko als Schadensrisiko gelten musste und ein Verantwortlicher für diesen Schaden haftet. Die Risikoanalyse ist die vorweggenommene Schuldfrage, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar sein wird. Die Prüfungen im Rahmen der Risikoanalyse vor und nach dem Schadenseintritt gleichen sich.[48] Aussagen über Risiken weisen als Prognose immer die gleiche Struktur auf.

Drei Elemente lassen sich bei Risikoaussagen unterscheiden. Erstens die Ursache, zweitens die Wirkung und drittens ein Erfahrungssatz, dass die Wirkung immer auf die Ursache folgt und damit kausal für den Schaden ist.

dd) Risikoaussagen über Menschenrechtsverletzungen entlang der Lieferkette

Bei Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette besteht die Ursache im Beschaffungsverhalten von Abnehmerunternehmen, günstige Einkaufsbedingungen durchzusetzen, keinen Einfluss auf die Arbeitsbedingungen ihrer Zulieferer zu nehmen, Arbeitsbedingungen bei Zulieferern in der Lieferkette nicht zu kennen, nicht zu kontrollieren und menschenrechtswidrige Bedingungen nicht wahrzunehmen, insbesondere keine vertraglichen Pflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in den Zulieferkettenverträgen durchsetzen.[49]

Die menschenrechtswidrige Wirkung besteht in Kinderarbeit, Zwangsarbeit zu Hungerlöhnen und zu arbeitsschutzwidrigen lebensgefährlichen Arbeitsbedingungen. Zwischen dem Einkaufsverhalten der Abnehmerunternehmen und den menschenrechtswidrigen Bedingungen der Zulieferfirmen verlangt das Gesetz nach § 4 Abs. 2 LkSG einen ursäch-

---

44 BGHZ 11 S. 151 – Zinkdach-Urteil; BGHZ 32 (1960) S. 53 – Besitzdiener-Urteil.

45 BT-Drucks. 19/28649, S. 44 zu § 5 Abs. 1.

46 *Beck*, Weltrisikogesellschaft – Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 29; *Di Fabio*, Entscheidungscharakter des Risikobegriffs, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 8; *Beck*, Die begriffsprägende Wirkung, S. 53.

47 *Di Fabio*, Entscheidungscharakter des Risikobegriffs – Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 8, 53; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2000, S. 159; *Kuhlen*, in: Jung, Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 358, 360.

48 *Kuhlen*, in: Jung, Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 358, 360.

49 *Rack*, CB 2014, 190, zur Struktur von Entscheidungen.

lichen Zusammenhang. Dazu ist der Erfahrungssatz nachzuweisen, dass es immer dann zu menschenrechtswidrigen Zuständen in der Lieferkette kommt, wenn beim Beschaffen durch die Abnehmerunternehmen keine Vertragsbedingungen zur wirksamen Vermeidung der Menschenrechtsverletzungen vereinbart werden, die vertraglichen Einflussmöglichkeiten und die Nachfragemacht der Abnehmer gegenüber den Unternehmen der Lieferkette nicht durchgesetzt werden.

Die gleiche Struktur von Kausalitätsaussagen zwischen Ursache, Wirkung und Erfahrungssatz weisen auch die Maßnahmen zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in der Zulieferkette auf. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 LkSG sind Pläne zur Behebung von Missständen mit dem Unternehmen zu erarbeiten, durch das die Verletzung droht. Auch der Plan zu Abhilfemaßnahmen betrifft Geschehensabläufe in der Zukunft.

Die Qualifizierung als Prognose hilft dabei, methodische Fehler bei der Risikoanalyse und beim Risikomanagement zu vermeiden.[50]

Behauptungen über künftige Menschenrechtsverletzungen oder über die künftige Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen lassen sich aufstellen, ohne dass sie von dem bewiesen werden können, der sie vertritt. Es besteht für Unternehmen auch die Gefahr, durch unbegründete voreilige Äußerungen über angeblich drohenden Menschenrechtsverletzungen in Verdacht zu geraten. Unternehmen werden dadurch gezwungen, den Verdacht zu widerlegen. Risiken über künftige Geschehensverläufe sind erst dann bewiesen, wenn der Schaden durch die Verletzung von Menschenrechten und durch die Unwirksamkeit von Abhilfemaßnahmen eingetreten ist. Nach der Rechtsverletzung und nach dem Schadenseintritt ist es zur Schadensvermeidung durch die Abwendung des Risikos allerdings zu spät. Wenn über die Geltung von Prognosen vor dem Eintritt eines Schadens keine Beweise möglich sind, ist Streit darüber vorprogrammiert, welche der konkurrierenden Prognosen gilt. Je nach Standpunkt und Interessenlage lassen sich deshalb Behauptungen über den Eintritt von Menschenrechtsverletzungen über die Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen aufstellen und von Vertretern gegenteiliger Interessen bestreiten. Der Streit über drohende Menschenrechtsverletzungen und wirksame Abhilfemaßnahmen werden erfahrungsgemäß emotional und von international sowie gesellschaftlich unterschiedlichen Standpunkten aus geführt. Die methodischen Möglichkeiten der Streitentscheidung verdient deshalb besondere Aufmerksamkeit. Die Frage, wie dieser Streit um konkurrierende Prognosen zu entscheiden ist, entspricht der Frage nach der Geltung von Erfahrungssätzen, die die Erkenntnistheorie beantwortet. Jeder Erfahrungssatz gilt nur, solange er nicht widerlegt ist.[51] Die Gültigkeit von Erfahrungssätzen können „täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden."[52] Erfahrungssätze lassen sich nicht beweisen (verifizieren), sondern nur widerlegen (falsifizieren). Erfahrungssätze und Theorien gelten nur vorläufig. Ein Erfahrungssatz oder eine Theorie mit dem Anspruch immer und für alle Fälle zu gelten, lässt sich niemals beweisen. Als einzige Möglichkeit zur Auslese unter gleich plausiblen aber widersprüchlichen Erfahrungssätzen vom gleichen künftigen Ereignisverlauf bleibt es, den Erfahrungssatz zu widerlegen anstatt von vornherein nach aussichtslosen Beweisen zu suchen. Für die Geltung einer Behauptung über einen zukünftigen Verlauf ist nach Gegenbeweisen zu suchen.[53] Erfahrungssätze liefern nur vorläufiges Wissen.[54]

Aus der Rechtsprechung ist bekannt, dass Erfahrungswissen sich immer nur auf den neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet.[55]

Aus dieser Erkenntnis zur Qualität von Prognosen ist für die Entscheidung über wirksame Präventions- und Abhilfemaßnahmen darauf zu achten, dass alle verfügbaren Erfahrungen über mögliche Menschenrechtsverletzungen und die möglichen wirksamen Abhilfemaßnahmen zu ermitteln sind, weil kein menschenrechtliches Risiko und keine wirksame Abhilfemaßnahme im Zeitpunkt der Entscheidung übersehen werden darf. Es besteht nämlich das Risiko, dass im Nachhinein gegnerische Anwälte nach dem Schadenseintritt oder nach verfehlten Abhilfemaßnahmen feststellen, dass im Zeitpunkt der Entscheidung Risiken und Abwendungsmaßnahmen übersehen wurden, um daraus den Vorwurf des Organisationsverschuldens zu begründen. Wenn alle Informationsquellen nach Erfahrungen auszuschöpfen sind,[56] bedeutet dies, dass auch alle konkurrierenden Gegenmeinungen über die Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen und menschenrechtlichen Risiken zu erfassen und auf ihre Geltung zu überprüfen, das heißt zu falsifizieren sind. Im Zivilprozess werden Gegenbeweise von Anspruchsstellern erbracht, wenn es um die Geltung von Prognosen im Zeitpunkt der Entscheidung geht, was immer dann der Fall ist, wenn bewiesen werden muss, dass die Rechtsverletzung und der Schadenseintritt hätte vorhergesehen und abgewendet werden können. Es besteht die Gefahr, dass Richter aus der Vergangenheit die Zukunft voraussagen. Es gilt den hindsight bias, den Rückschaufehler, zu vermeiden.[57]

Vier Fälle sind denkbar, jeweils zutreffende oder unzutreffende Schadensprognosen oder wirksame oder unwirksame Schutzmaßnahmen.

Sind alle zum Zeitpunkt der Entscheidung verfügbaren Erfahrungssätze zu Menschenrechtsverletzungen und Abhilfemaßnahmen erfasst, sind sie im Rahmen eines Falsifikationsverfahrens Widerlegungsversuchen auszusetzen. Nicht Beweise, sondern Gegenbeweise sind zu sammeln, vergleichbar mit einem späteren Zivilverfahren nach einem Schadenseintritt. Wer nach Beweisen sucht, obwohl Beweise über künftige Geschehensverläufe unmöglich sind, unterliegt dem Confirmation Bias,[58] einem vermeidbaren Entscheidungsfehler. Zu empfehlen ist, nach dem Vorbild des „Advocatus diaboli" eine Funktion mit der Aufgabe zu institutionalisieren, mögliche und denkbare Gegenbeweise vorwegzunehmen und sie zu entkräften.[59]

ee) Die Risikoanalyse nach der Rechtsprechung

Alle Fehlerquellen bei Risikoanalysen und dem Risikomanagement lassen sich an der IKB-Entscheidung beispielhaft und anschaulich nachvollziehen.[60]

Das OLG Düsseldorf zieht Lehren in seiner IKB-Entscheidung aus dem Verlauf der Finanzkrise des damaligen Verhaltens des Geschäftsführers der IKB Cam für das Risikomanagement, wenn es als erstes fordert, alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen und keinen Erfahrungssatz zu übersehen, um alle Risiken zu erfassen und über wirksame Abhilfen gegen Risiken zu entscheiden. Übersehen

50 BT-Drucks. 19/28649, S. 44 zu § 5 Abs. 1.
51 *Popper*, Logik der Forschung, 4. Auflage, 1971, S. 61.
52 *Stein*, Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 19, 29, 30; *Anders*, in: Anders/Gehle, ZPO, 80. Auflage 2022, Vorbemerkung zu § 284, Rn. 22; *Nobler*, in: Anders/Gehle, ZPO, 80. Auflage, 2022, § 546, Rn. 12.
53 *Fischer*, Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 64–68.
54 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Auflage, Anm. 316.
55 BVerfGE 48, 89, 143 – Kalkar-Beschluss.
56 OLG Düsseldorf, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung.
57 *Kuhlen*, in: Jung, Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 358, 360; *Rack*, CB 2014, 145.
58 *Rack*, CB 2014, 190.
59 *Hank*, Die Loyalitätsfalle, S. 173; *Rack*, CB 2014, 193.
60 OLG Düsseldorf, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung.

hatte der Geschäftsführer der IKB Tochter die Erfahrung, dass es international zu Blasenbildungen am Immobilienmarkt und zur Überbewertung und dem darauffolgenden Crash der besicherten Wertpapiere schon mehrfach gekommen war. Im Nachhinein hat das OLG zu Recht den Vorwurf erhoben, der Geschäftsführer habe nicht alle Informationsquellen ausgeschöpft.

Der konkurrierende Erfahrungssatz über das später eingetretene Crash-Risiko wurde übersehen und der Wertpapierbestand dem Risiko des Wertverfalls in Höhe von 24 Mrd. EUR vom IKB-Geschäftsführer ausgesetzt.

Übersehen wurde außerdem die Struktur von Erfahrungssätzen, dass sie standpunktabhängig und interessengeleitet zustande kommen. Die Ratingagenturen, auf die sich der IKB-Geschäftsführer berief, hatten ein eigenes Interesse, den Erfahrungssatz zu vertreten, es bestehe kein Anlagerisiko, weil sie hohe Gewinne aus der Bewertung der riskanten Wertpapiere erzielten und die Gegenansicht zum Risiko vom drohenden Crash nicht in die Frage nach der Geltung einbezogen.

Weil schließlich die Erfahrung über international bekannte Immobilienblasen und über den Wertverfall von Wertpapieren bei dem Erfassen aller verfügbaren Erfahrungen nicht einbezogen wurden, kam es schon gar nicht zu der Frage, welche der konkurrierenden Theorien über den künftigen Geschehensverlauf gelten soll. Die Prognose der Ratingagenturen über das Nullrisiko hätte schon im Zeitpunkt der Anlageentscheidung widerlegt werden können und durch die Erfahrung aus vergangenen Finanzkrisen aufgrund des Preisverfalls von Immobilien und Wertpapieren.

Als Zwischenergebnis ist zur Fehlervermeidung bei Analyse und Management von Risiken festzuhalten. Alle konkurrierenden Prognosen sind zu erfassen. Wenn Prognosen erstens Theorien über künftige Entwicklungen darstellen und deshalb nur als vorläufiges Wissen gelten müssen, bedeutet dies für die Frage der Geltung konkurrierender Prognosen, sie laufend mit dem aktuellen Erfahrungswissen zu vergleichen, an der Wirklichkeit zu messen und dabei alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen und zwar insbesondere im Rahmen von widerkehrenden Kontrollen, die Erfahrungssätze und Prognosen Widerlegungsversuchen auszusetzen und gegebenenfalls korrigierend laufend anzupassen.

Die verwendeten Prognosen über drohende Menschenrechtsverletzungen und über die Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen sind in ständigen Evaluierungsverfahren auf ihre jeweils aktuelle Wirksamkeit zu kontrollieren, insbesondere ob Abhilfemaßnahmen so wirksam sind, wie es ursprünglich angenommen wurde und ob das eigene Einkaufsverhalten menschenrechtswidrige Wirkungen hat.

Wenn zweitens Prognosen von Eigeninteressen und interessengeleiteten Standpunkten ihrer Vertreter abhängen, bedeutet dies für die Frage der Geltung konkurrierender Prognosen, die beteiligten Interessen der Vertreter einer Prognose auf verborgene Interessenkonflikte kritisch zu hinterfragen und den Einfluss des persönlichen Interesses der Vertreter einer Prognose bei Fragen ihrer Geltung zu berücksichtigen.

c) Presseinformationen über Menschenrechtsverletzungen und Abhilfemaßnahmen als Informationsquellen

Wenn Unternehmen in einem ersten Verfahrensschritt zum Risikomapping alle verfügbaren Informationsquellen ausschöpfen, bieten sich zunächst die Presse als auch die abgefragten Informationen von den Partnern der Lieferkette an. Aus Presseberichten lassen sich Erfahrungssätze gewinnen. Die aktuelle Presse berichtet vermehrt unter dem Titel „Kaffee aus Kinderhand" über Kinderarbeit der Kakao- und Kaffeeernte,[61] dass 1,6 Mio. Kinder im Anbau und der Ernte von Kakao in Ghana und der Elfenbeinküste beschäftigt sind, woher zwei Drittel aller Kakaobohnen beschafft werden. Berichtet wird außerdem, dass Bauern an der Elfenbeinküste auf ein Jahreseinkommen von 2.000 CHF kommen und der angemessene Lebensstandard 6.400 CHF im Jahr beträgt.[62] Zwei Mio. Kleinbauern leben unterhalb der Armutsgrenze und sind auf Kinderarbeit angewiesen, weil sie sich keine erwachsenen Hilfsarbeiter leisten können. Aus der zitierten Presse ergibt sich außerdem, dass die Ernte von 160.000 Bauernfamilien eingebracht wird und 18.000 Fälle von Kinderarbeit in der eigenen Lieferkette eines großen Schokoladenherstellers entdeckt wurden. Berichtet wird außerdem in der Presse über die Kobaltminen im Kongo, in denen 40.000 Kinder und Kleinbergbauern beschäftigt werden.[63]

Auch über Abhilfemaßnahmen der Abnehmerunternehmen berichtet die Presse. Die Barry Callebaut AG hat sich auf den Druck von Menschenrechtlern freiwillig bereit erklärt, bis 2025 Kinderarbeit in den eigenen Lieferketten zu vermeiden. Freiwillig haben sich Schokoladenhersteller wie Nestlé zu zusätzlichen Sonderzahlungen von 500 CHF an 10.000 Kakaobauern bereiterklärt und zwar unter der Voraussetzung, dass alle Kinder im Haushalt bis zum Alter von 16 Jahren die Schule besuchen, dass neue landwirtschaftliche Praktiken eingeführt werden, die Klimaresistenz der Kakaobäume über die Anpflanzung von Schattenbäumen erhöht wird, das Einkommen durch den Anbau anderer Nutzpflanzen oder durch Tierhaltung diversifiziert werden. Berichtet wird außerdem, dass erst 51% der Kakaolieferungen zurückverfolgt werden und die Zuweisung erschwert. Nestlé verdreifacht nach Presseberichten seine jährlichen Ausgaben für nachhaltigen Kakaoanbau und investiert bis 2023 insgesamt 1,3 Mrd. CHF, ohne dass sich diese höheren Kosten auf die Gewinnmarge auswirken sollen.

d) Interessengegensätze und Marktmachtverhältnisse in Lieferketten

327

Jedes Unternehmen ist auf Gewinne angewiesen. Vorstände und Geschäftsführer haben eine Gewinnerzielungspflicht und sind schon deshalb an der kostengünstigsten Beschaffung durch Zulieferer interessiert und verpflichtet.[64] Je stärker die Nachfragemacht von Abnehmerunternehmen und je größer der Wettbewerb der Zulieferer untereinander ist, umso höher ist das Risiko, dass Zuliefererunternehmen zu ruinösen Bedingungen anbieten müssen. Wenn Zuliefererfirmen oder Einzelpersonen wie etwa Kakao- und Kaffeebauern aus der internationalen Lieferkette gezwungen sind, um jeden Preis ihre Leistung wegen zum Beispiel eines Überangebots auch unter einer das Existenzminimum nicht zu deckenden Gegenleistung anzubieten, kann es zu Menschenrechtsverletzungen kommen, die wiederum für viele Unternehmen nicht nur von Vorteil sind, sondern den Nachteil eines unkalkulierten Reputationsrisikos darstellen können.[65] Auch Zulieferer können ihre Anbietermacht im Single-Source-Verhältnis ausnutzen, um in Zulieferverträgen den Schutz von Menschenrechten und Umwelt zu vernachlässigen.

61 FAZ v. 4.3.2020, S. 19.
62 FAZ v. 28.1.2022, S. 23 „Geld gegen Kinderarbeit".
63 FAZ v. 31.3.2020, S. 12 „Wie ethisch kann Kobalt sein?"; FAZ v. 29.5.2021, S. 40 „Das Problem der Batterien".
64 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 39–41, Eine ausdrückliche Regelung zur Gewinnmaximierung fehlt im AktG, wird aber aus §§ 58 Abs. 4, 174, 254 und § 3 AktG hergeleitet.
65 BT-Drucks. 19/28649, S. 23.

e) Die Verursachung von Risiken entlang der Lieferkette nach § 4 Abs. 2 S. 2 LkSG

Von Unternehmen in der Lieferkette muss geprüft werden, ob menschenrechtswidrige Zustände der Kinderarbeit beim Kakao- und Kaffeeanbau sowie die Kinderarbeit in den Kobaldminen vom Beschaffungsverfahren der Abnehmerunternehmen verursacht werden, was gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 LkSG Voraussetzung für die Pflichten zum Vorbeugen, Beenden oder Minimieren ist. Über die Kausalität innerhalb der Lieferkette lässt sich deshalb streiten, insbesondere darüber, ob die Endabnehmer gegenüber den Konsumenten von Kaffee und Kakao höhere Preise durchsetzen müssen. Offen muss die Frage bleiben, ob die Kausalität der Menschenrechtsverletzungen durch die Nachfragemacht der Unternehmen und deren Preisgestaltung gegenüber den Konsumenten begründet werden kann.

Durch Kontrollen und laufende Beobachtungen ist festzustellen, ob die geplanten Abhilfemaßnahmen so wie erwartet wirken und die Kinderarbeit im Kakao- und Kaffeeanbau verringern können.

Kritisch wird der Wortlaut der Regierungsbegründung zur Kausalität als zu eng verstanden, weil der Eindruck vermittelt wird, als ob Unternehmen nur zu einem „wirksamen Risikomanagement" verpflichtet wären, wenn sie die Risiken verursacht oder dazu beigetragen haben.[66] Dass die Pflicht zur Beseitigung und zur präventiven Vermeidung von Verletzungen von Menschenrechten und Umwelt in der Lieferkette auch außerhalb des Eigengeschäftsbereichs gelten und nicht nur auf den unmittelbaren Zulieferer bezieht, sondern auch die mittelbaren Zulieferer in die Pflicht des Endabnehmers zum Opferschutz und Umweltschutz einzubeziehen sind, ergibt sich zunächst schon aus § 2 Abs. 5 LkSG, in dem die Lieferkette definiert ist und sich auf den Eigengeschäftsbereich, den des unmittelbaren des mittelbaren Zulieferers bezieht. Die Zulieferung muss für die Herstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung „notwendig" sein. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass der Bezug zu der Lieferkette so zu verstehen ist, dass das Risiko bei einem Unternehmen selber oder bei einem unmittelbaren oder aber auch bei einem mittelbaren Zulieferer liegen kann.[67] Im Gesetzeswortlaut von § 6 Abs. 4 LkSG wird zwar ausdrücklich nur der unmittelbare Zulieferer erwähnt, in § 6 Abs. 4 Ziff. 2 LkSG wird das Unternehmen jedoch zu angemessenen Präventionsmaßnahmen verpflichtet, die vertraglichen Zusicherungen eines unmittelbaren Zulieferers durch die Geschäftsleitung des Unternehmens einzuhalten und „entlang der Lieferkette angemessen zu adressieren", womit nur gemeint sein kann, dass auch der mittelbare Zulieferer in die Organisationspflicht des Unternehmens zum wirksamen Opferschutz und Umweltschutz einbezogen werden muss. Dass sich diese Organisationspflicht auch auf den mittelbaren Zulieferer bezieht, ergibt sich schließlich aus der Missbrauchsregelung in § 5 Abs. 1 S. 2 LkSG. Danach können die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten nicht durch Umgehungsgeschäfte so unterlaufen werden, dass die Menschenrechtsverletzungen vom unmittelbaren auf den mittelbaren Zulieferer in der Lieferkette verlagert werden. Dann gilt nach § 5 Abs. 1 S. 2 LkSG ein mittelbarer als unmittelbarer Zulieferer.

Im Ergebnis sind die unmittelbaren als auch die mittelbaren Zulieferer in die Organisationspflicht zum Opferschutz und Umweltschutz einzubeziehen. Jedes Unternehmen muss als Endabnehmer einer Lieferkette dafür sorgen, dass der unmittelbare Zulieferer durch ein Zuliefererervertrag mit dem mittelbaren Zulieferer, das heißt seinem unmittelbaren Zulieferer, die Pflicht vereinbart und vertraglich durchsetzt, die menschenrechtlichen und umweltschutzrechtlichen Vorschriften einzuhalten.

Die Regelung wird gerade durch die internationale Arbeitsteilung veranlasst, durch die die Endprodukte nur so günstig angeboten werden können, weil in der Lieferkette Teile der Wertschöpfungskette zur Gegenleistung unterhalb des Existenzminimums erbracht werden. Der Gesetzgeber bezieht den unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer in den Einflussbereich des Endabnehmers ein und stellt im Wortlaut klar, dass zur Verursachung im Sinne des § 10 Abs. 2 LkSG es ausreicht, dass er „dazu beigetragen hat". Indem der Endabnehmer vom unmittelbaren und vom mittelbaren Zulieferer Produkte und Dienstleistungen abnimmt und aktiv beschafft, die zur Herstellung des Produktes des Unternehmens „notwendig" im Sinne von § 2 Abs. 5 LkSG sind, trägt er zum Risiko der Menschenrechtsverletzungen innerhalb der Lieferkette bei. Ohne die vom Endabnehmer beeinflussten Beschaffungsbedingungen kann es nicht zu Risiken für Menschenrechte und Umwelt kommen. Der Zweck des Gesetzes, wirksame Präventiv- und Abhilfemaßnahmen gegen Menschenrechtsverletzungen zu schaffen, würde verfehlt, wenn isoliert auf den Endabnehmer entlang der Lieferkette abgestellt würde. Die Lieferkette verbindet Unternehmen und begründet die Ursache von Risiken für Menschenrechte und Umwelt.

9. Die Organisationspflicht der Delegation

a) Die Delegation nach dem LkSG

Die Unternehmen sind zur Festlegung betriebsinterner Zuständigkeiten nach § 4 Abs. 3 LkSG und nach § 6 Abs. 1 und 3 LkSG im eigenen Geschäftsbereich und § 6 Abs. 4 LkSG gegenüber unmittelbaren Zulieferern verpflichtet. Die Erfüllung der organisatorischen Sorgfaltspflichten ist durch die Zuteilung von Zuständigkeiten durch den Vorstand, die Compliance-Abteilung oder durch den Einkauf zu organisieren und zu überwachen. Die Berufung eines Menschenrechtsbeauftragten ist zu empfehlen, der unmittelbar der Geschäftsleitung zu unterstellen ist. Vor allem die Geschäftsleitung hat sich regelmäßig jährlich und über anlassbezogene Änderungen im Produktbereich und über die Arbeit der zuständigen Personen zu informieren.[68]

§ 4 Abs. 3 S. 1 LkSG verpflichtet die Unternehmen, „dafür zu sorgen, dass festgelegt ist, wer innerhalb des Unternehmens dafür zuständig ist, das Risikomanagement zu überwachen, etwa durch die Benennung eines Menschenrechtsbeauftragten." Es besteht nach diesem Wortlaut zwar eine Pflicht zur Festlegung der Zuständigkeiten, eine Verpflichtung einen Menschenrechtsbeauftragten zu benennen, umfasst diese Pflicht jedoch nicht, was sich aus dem Hinweis „etwa" entnehmen lässt. Die Gesetzesbegründung empfiehlt, den Menschenrechtsbeauftragten unmittelbar der Geschäftsleitung zu unterstellen und „die notwendigen Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen, um die angemessene Überwachung zu gewährleisten."[69] Die Geschäftsleiter des Zulieferers haben sich regelmäßig, jährlich und anlassbezogen zur Änderung im Produktbereich über die Arbeit der zuständigen Personen zu informieren.[70] Aus der Funktion der Überwachung ist zu entnehmen, dass dem Menschenrechtsbeauftragten eine Stabsfunktion übertragen wird und damit die Trennung zwischen Linie und Stab gewährleistet ist. Zu verhindern ist durch diese Delegation, dass es zu einer Selbstüberwachung und zu Interessenkonflikten kommt. Die Trennung zwischen Stab und Linie hat den Zweck, dass die gesetzlich

66 *Ehmann*, ZVertriebsR, 2021, 141.
67 BT-Drucks. 19/28649, S. 43 zu § 4 Abs. 2.
68 BT-Drucks. 19/28649, S. 43.
69 BT-Drucks. 19/28649, S. 43.
70 BT-Drucks. 19/28649, S. 43.

geregelten Beauftragten in ihrer Stabsfunktion nicht in einen Interessenkonflikt geraten und sich nicht zwischen dem gegenläufigen Interesse am Gewinn des Unternehmens und einem möglichst geringen Aufwand bei der präventiven Erfüllung der Legalitätspflicht entscheiden müssen.[71].

Im Unternehmen sind Durchsetzung und die Anordnung des Compliance-Management-Systems für menschenrechtsbezogene Pflichten an die Vorstände und Geschäftsführer zu delegieren. Dies ergibt sich aus § 6 Abs. 2 S. 2 LkSG, wonach die Unternehmensleitung Grundsatzerklärungen über Menschenrechtsstrategien und der Beschreibung des Verfahrens zu den Sorgfaltspflichten verabschieden muss. Nur die Geschäftsleitung verfügt über die nötige Budgethoheit, die Organisationsgewalt und die Weisungsbefugnis. Vorstände und Geschäftsführer haben die Legalitätspflicht. Sie haben sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass sämtliche Mitarbeiter die Unternehmenspflichten einhalten, zu denen auch die menschenrechtsbezogenen Schutzpflichten gehören.[72] Die Geschäftsleitung hat den Menschenrechtsbeauftragten die nötigen Ressourcen, insbesondere finanzielle Mittel und personelle Unterstützung zur Verfügung zu stellen und Weiterbildung zu ermöglichen.[73]

Bei der Delegation der Pflichten ist zwischen Mitarbeitern mit Linien- und mit Stabsfunktion zu unterscheiden. Ein Mitarbeiter mit Stabsfunktion, etwa der Menschenrechtsbeauftragte, berät, informiert und überwacht die Einhaltung der Vorschriften, während ein anderer Mitarbeiter mit Linienfunktion für die Einhaltung der Schutzpflichten verantwortlich ist. Der operative Schutz könnte etwa durch einen Chief Human Rights Officer in der Geschäftsleitung organisiert werden. Die Schutzpflichten können jedoch auch auf Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsleiterebene delegiert werden. Sie haben die Verbote nach § 2 Abs. 1–8 LkSG einzuhalten. Dabei ist dafür zu sorgen, dass keine Pflicht, die im Unternehmen einschlägig ist, ohne Pflichtenträger bleibt.

b) Die Delegation nach der Rechtsprechung

Zu Rechtsverstößen kann es durch das Organisationsrisiko der Unzuständigkeit von Mitarbeitern im Unternehmen kommen. Dieses Risiko kann nur durch die Delegation der Pflichten auf Mitarbeiter abgewendet werden.[74]

Zur Delegation hat sich die Rechtsprechung in Einzelfallentscheidungen konkret geäußert. 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. Die Pflicht zur allgemeinen Aufsichtsanordnung gehört zur Oberaufsicht, die nicht delegationsfähig ist und exklusiv dem Organ vorbehalten bleiben muss.[75] Die Aufsicht muss lückenlos sein. Stichproben reichen nicht aus.[76] Das Organ muss 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.[77] Die allgemeine Anordnung muss zur Aufsicht geeignet sein, fortlaufend erprobt und kontrolliert werden. Die bloße Bestellung einer zuverlässigen Aufsichtsperson reicht nicht aus. Organe haben eine Eingriffsverpflichtung, wenn Ursachen von Missständen ungeklärt sind, müssen sie selbst eingreifen und nicht beherrschbare Risiken sich melden lassen. Zur nicht delegierbaren Organoberaufsichtspflicht gehört es auch, externen Expertenrat einzuholen, wenn interne Erfahrungen zur Aufklärung eines Risikos nicht ausreichen.[78]

Die Organe müssen zur Oberaufsicht befähigt sein, um geeignete Anordnungen zu treffen und drohende Schäden abzuwenden und die jeweilige Risikosituation einzuschätzen.[79] Entscheidungen von großer Tragweite für absolut geschützte Rechtsgüter mit ruinöser Wirkung müssen von Führungskräften im Unternehmen den Organen vorgelegt und vorbehalten werden. Organe müssen die Vorlagepflicht anordnen.[80] Die Kosten müssen zur Vermeidung von Rechtsverletzungen bei der Risikoabwehr unbeachtet bleiben. Sie dürfen nicht in die Interessenabwägung einfließen.[81]

10. Die Organisationspflicht zur Erfüllung der Pflichten nach dem LkSG und der unabhängigen Pflichten aus der Rechtsprechung

a) Die Organisationspflicht zur Erfüllung nach dem LkSG

Gesetzlich geregelt ist die Erfüllung der Organisationspflichten in § 3 Abs. 1 Ziff. 5, 6 und 8 LkSG i. V. m. § 7 Abs. 1–3 LkSG, wonach Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich gemäß § 6 Abs. 1 und 3 LkSG und gegenüber unmittelbaren Zulieferern gemäß § 6 Abs. 4 LkSG und gegenüber mittelbaren Zulieferern gemäß § 9 LkSG vorgeschrieben sind. Ein Unternehmen soll aufgrund der Erkenntnisse aus der Risikoanalyse bereits eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Verletzungen einer geschützten Rechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht beenden oder zumindest minimieren.[82] Nach dem Erkennen der Risiken, sind sie gemäß § 4 Abs. 2 LkSG abzuwenden, indem einer Verletzung der geschützten Rechtspositionen vorzubeugen ist. Je näher das Unternehmen zur drohenden oder eingetretenen Verletzung steht, und je mehr es dazu beiträgt, desto größer müssen die Anstrengungen sein, die Verletzung zu beenden. Für den eigenen Geschäftsbereich wird von dem Unternehmen erwartet, eine eingetretene Verletzung oder bevorstehende unverzüglich zu beenden.

Nach § 7 Abs. 2 LkSG muss ein Unternehmen bei einem unmittelbaren Zulieferer ein Konzept zur Minimierung erstellen und umsetzen, wenn die Verletzung geschützter Rechtspositionen nicht in absehbarer Zeit

71 Grundsätzlich dazu: *Rack*, CB 2013, 2013; zuletzt mit weiteren Nachweisen, *Harings/Jürgens/Thalhammer*, CB 2022, 94. Die Trennung zwischen Linie und Stab soll ein zweigliedriges System aus Umsetzung der Sorgfaltspflichten und Kontrolle darstellen.

72 *Harings/Jürgens/Thalhammer*, CB 2022, 95.

73 BT-Drucks. 19/28649, S. 43.

74 RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil; RG Warn. 1914 35, 50 – Neuzement-Urteil; RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz-Urteil; RG JW 1923, 1026 – Fuhrwerk-Urteil; RG JW 1938, 1651 – Kleinbahn-Urteil; BGHZ 11, 151 – Zinkdach-Urteil; BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff-Urteil; BGHZ 17 (1955), 214 – Bleiwaggon-Urteil; MDR 1957, 214 – Streupflicht-Urteil II; RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil; RG JW 1938, 1651 – Kleinbahn-Urteil; RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz-Urteil; BGHZ 4, 1 – Benzinfahrt-Urteil; BGHZ 32 (1960), 53 – Besitzdiener-Urteil; VersR 1959, 104 – Gießerei-Urteil; NJW 1961, 455 – Propagandisten-Urteil; RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil; RG JW 1938, 1651 – Kleinbahn-Urteil; VersR 1959, 104 – Gießerei-Urteil; NJW 1961, 455 – Propagandisten-Urteil; VersR 1964, 297 – LKW-Unfall-Urteil; NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung; BGHZ 132,30, BB 1996, 924 – Wissensaufspaltung; s. dazu ausführlich *Rack*, CB 2013, 231; BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 – Wissenszurechnung beim Scheckinkasso; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 614.

75 RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil.

76 RGZ 78 S. 107 – Kutscher-Urteil.

77 RG Warn. 1914 35 S. 50 – Neuzement-Urteil.

78 RG JW (1923) S. 1026 – Fuhrwerk-Urteil.

79 RG JW 1938 S. 1651 – Kleinbahn-Urteil.

80 BGHZ 24 (1957) S. 200 – Presseangriffs-Urteil.

81 BGHZ 24 (1957) S. 200 – Presseangriffs-Urteil.

82 BT-Drucks. 19/28649, S. 48.

beendet werden kann. Das Konzept muss einen konkreten Zeitplan und Erwägungen beinhalten, wann ein Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu entscheiden ist.[83] In § 7 Abs. 2 Nr. 1–3 LkSG schreibt das Gesetz stufenweise eskalierende Maßnahmen vor. Auf der ersten Stufe nach Nummer 1 soll der Unternehmer vom unmittelbaren Zulieferer individuelle Korrekturmaßnahmen verlangen, wenn der unmittelbare Zulieferer gegen den vereinbarten vertraglichen Kodex verstoßen hat, und die Erfüllung der Vorgaben aus dem Lieferantenkodex unter Setzung einer Frist verlangen. Zum Beispiel soll das Unternehmen unter Fristsetzung die Einhaltung von Arbeitsschutzstandards verlangen.
Hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber von der vertraglichen Vereinbarung eines Lieferantenkodexes ausgeht und das Unternehmen durch den Zuliefererervertrag mit dem unmittelbaren Zulieferer seine Einflussmöglichkeiten zum präventiven Schutz von Menschenrechten und Umwelt geltend macht.
Auf der zweiten Stufe gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 LkSG empfiehlt der Gesetzgeber einen Zusammenschluss mit weiteren Unternehmen zur Durchsetzung von Branchenstandards, um durch diese Branchenlösungen die Einflussmöglichkeiten auf den Verursacher zu erhöhen und um die Missstände zu beseitigen.
Auf einer dritten Eskalationsstufe nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 LkSG soll das Unternehmen eine Vertragsstrafe durchsetzen, wenn der unmittelbare Zulieferer dem Abhilfekonzept nicht folgt. Das Unternehmen soll außerdem die Geschäftsbeziehungen nach Maßgabe der vertraglichen Vereinbarung zeitweise aussetzen und den Zulieferer von möglichen Vergabelisten streichen, bis der Vertragspartner die Verletzungen beendet.
Diese dreistufigen Abhilfemaßnahmen sind als Vertragsvereinbarungen in einem Lieferantenkodex schon bei Beginn der Vereinbarungen im Zuliefererervertrag zu empfehlen.
Die Organisationspflicht zur Erfüllung der Lieferketten-Compliance sieht das LkSG im Rahmen des Zuliefervertrages vor.
Ansprüche von Geschädigten werden nach § 7 Abs. 1 LkSG gegenüber dem Unternehmen nicht begründet.[84]
In § 7 Abs. 3 LkSG wird der mögliche Abbruch einer Geschäftsbeziehung als letztes Mittel geregelt. Lassen sich keine Lösungen mit den Vertretern des unmittelbaren Zulieferers erzielen, hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung als weitere Alternative die Einbeziehung von legitimen Interessenvertretern wie Gewerkschaftsvertretern und zivilgesellschaftlichen Organisationen vorgesehen, um den Einfluss auf den Zulieferer zu erhöhen.
Gemäß § 7 Abs. 4 LkSG ist die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen einmal im Jahr oder aus bestimmten Anlässen zu überprüfen. Wenn sich die Risikolage verändert hat, etwa durch Einführung neuer Produkte oder durch die Eröffnung eines neuen Geschäftsfeldes.
Die gesetzlich geregelte Organisationspflicht zur Erfüllung ergibt sich schließlich aus § 10 Abs. 1 und 2 LkSG. Im Rahmen der Dokumentations- und Berichtspflichten setzt der Gesetzgeber die Pflicht zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten voraus.
Alle Maßnahmen sind regelmäßig und unverzüglich zu aktualisieren.

330

b) Die Organisationspflicht zur Erfüllung nach ständiger Rechtsprechung

Die bloße Anordnung und die Vereinbarung eines Lieferketten-Compliance-Systems ohne Anwendung reichen nicht aus. Vielmehr muss das System angewandt werden. In den klassischen Fällen zum Organisationsverschulden haben regelmäßig Unternehmen in Haftungsprozessen Organisationsregeln vorgetragen, deren Anwendung für den Zeitpunkt eines Rechtsverstoßes jedoch nicht nachzuweisen war.[85] Ohne Anwendungsnachweis konnten sich die Unternehmensleiter nicht entlasten. Sie tragen nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Beweislast.
Die gesetzlichen Regelungen nach dem LkSG stellen einen Fortschritt im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung insoweit dar, als durch konkret geregelte Abhilfemaßnahmen die Erfüllung der Organisationspflicht in einzelnen Eskalationsstufen konkretisiert wird.
Das Organisationsrisiko der Untätigkeit der Pflichtenträger im Unternehmen wird durch die Anordnung der Erfüllung der Pflichten abgewendet werden.

11. Die Organisationspflicht zur Aktualisierung nach dem LkSG

a) Die Aktualisierungspflicht nach dem LkSG

Die organisatorische Pflicht zur Aktualisierung ergibt sich aus §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 4 LkSG. Danach muss das Unternehmen auf veränderte oder wesentlich erweiterte Risikolagen in der Lieferkette reagieren, insbesondere anlässlich der Einführung neuer Produkte, Projekte oder durch neue Geschäftsfelder. Die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen sind außerdem nach § 7 Abs. 4 LkSG einmal im Jahr sowie anlassbezogen zu überprüfen, wenn das Unternehmen mit einer wesentlich veränderten oder wesentlich erweiterten Risikolage im eigenen Geschäftsbereich oder beim unmittelbaren Zulieferer rechnen muss.
Der Gesetzgeber weist in der Begründung[86] darauf hin, dass die Menschenrechtslage dynamisch ist und deshalb die Risikoanalyse in regelmäßigen Abständen mindestens jährlich zu aktualisieren ist. Dabei sind Rechtsänderungen zu beachten. Zusätzlich kann sich die Risikolage ändern, weil sich in den Lieferkettenbeziehungen die Geschäftstätigkeit ändert oder neue Produkte eingeführt werden. Aus unterschiedlichen Anlässen können die Aktualisierungen erforderlich werden. Vor allem können sich Anlässe zur Aktualisierung aus dem Beschwerdeverfahren nach § 8 LkSG ergeben, die unternehmensintern oder über den Vertrag durch ein Meldesystem zu erfassen sind.

b) Die Aktualisierungspflicht nach ständiger Rechtsprechung

Auch die gesetzliche Regelung zur Aktualisierung hat die Rechtsprechung vorweggenommen. Rechtspflichten können sich ändern, neu in Kraft treten, inhaltlich geändert oder mit geändertem Anwendungsbereich versehen werden. Dieses Organisationsrisiko der Änderung der Rechtslage als auch der Sachlage kann nur durch systematische Aktualisierungen abgewendet werden.[87]

12. Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach dem LkSG

a) Die Kontrollpflicht nach dem LkSG

Aus § 4 Abs. 3 LkSG ergibt sich die Organisationspflicht zur Kontrolle, wonach das Unternehmen organisatorisch festlegen muss, wer innerhalb des Unternehmens zur Überwachung des Risikomanagements zuständig ist. Nach § 4 Abs. 3 S. 2 LkSG ist ein Menschenrechtsbeauftragter zu benennen. Nach § § 4 Abs. 3 S. 2 LkSG schreibt das

83 BT-Drucks. 19/28649, S. 48.
84 BT-Drucks. 19/28649, S. 48.
85 RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil; RG JW 1923, 1026 – Fuhrwerkurteil; RG JW 1938, 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG JW 1938, 3162 – Streupflicht-Urteil; VersR 1959, 104 – Gießerei-Urteil; NJW 1968, 247 ff. – Schubstreben-Fall; NJW 1961, 455 – Propagandisten-Urteil; WM 2004, 2157 – „Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand.
86 BT-Drucks. 19/28649 S. 45 zu § 5 Abs. 4 LkSG.
87 NJW 2003, 358 ff. – Kurzarbeiter-Fall; BGHZ 51, 91 – Hühnerpest-Entscheidung; *Rack*, CB 2013, 14.

Gesetz ausdrücklich die Pflicht zur Oberaufsicht durch die Geschäftsleitung vor, die sich mindestens einmal jährlich über die Arbeit der zuständigen Person oder Personen zu informieren hat. Gesetzlich geregelt ist außerdem die Vollzugskontrolle in § 10 Abs. 2 LkSG. Danach hat das Unternehmen jährlich einen Bericht über die Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten im vergangenen Geschäftsjahr zu erstellen. Der Mindestinhalt des Berichts wird in § 10 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 LkSG festgelegt. Zu berichten ist, ob und welche menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken das Unternehmen identifiziert hat und nach Ziffer 2, was das Unternehmen unter Bezugnahme auf den in §§ 4–9 LkSG beschriebenen Maßnahmen zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht unternommen hat. Dazu zählen auch die Elemente der Grundsatzerklärung gemäß § 6 Abs. 2 LkSG, sowie die Maßnahmen aufgrund der Beschwerden, die nach § 8 LkSG veranlasst wurden.
In der Gesetzesbegründung nennt das LkSG zur Kontrolle der Erfüllung der Organisationspflichten die Benennung von Zuständigkeiten im Vorstand, in der Compliance-Abteilung oder im Einkauf. Ein Menschenrechtsbeauftragter ist der Geschäftsleitung unmittelbar zu unterstellen. Die Geschäftsleitung ist zur Überwachung verpflichtet, regelmäßig und anlassbezogen kontrollierend zu informieren.[88]
Die Organisationspflicht zur Kontrolle ergibt sich außerdem aus § 10 Abs. 2 LkSG. Geregelt sind umfangreiche Berichtspflichten, die eine Plausibilitätskontrolle durch Dritte und durch die Behörde möglich machen.[89]

b) Die Organisationspflicht zur Kontrolle nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat seit dem Kutscher-Urteil von 1911 die Kontrollpflicht, insbesondere zur Oberaufsicht durch die Geschäftsleitung ständig konkretisiert. Vom Reichsgericht wurde erstmals der dezentralisierte 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 der Geschäftsleiter sorgfältig auswählen und überwachen. Durch die Delegation der Aufsichtspflicht wird er nicht von seiner Kontrollpflicht frei, sondern bleibt zur Oberaufsicht verpflichtet. Die Aufsicht wird von Aufsichtspersonen nach Weisungen des Geschäftsleiters geführt. Für Fehler bei der Aufsichtsanordnung haftet das Organ.
Konkretisiert wurde die Aufsicht dahingehend, dass für Verantwortliche der Wirkungskreis zu beschreiben ist,[90] 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.[91] Die Oberaufsicht muss die Fähigkeit umfassen, geeignete Anordnungen zu treffen, und drohende Schäden abzuwenden und die Risikosituation einzuschränken. Verletzt ist die Pflicht zur Oberaufsicht dann, wenn das Organ seinen Angestellten Direktoren die Oberaufsicht zur selbstständigen Erledigung überlässt, sodass die Betriebsleitung selbstständig schalten und walten kann.[92] Entscheidungen von großer Tragweite ist den Organen vorzulegen und zu überlassen. Die Vorlagepflicht gilt für alle Entscheidungen mit großer Tragweite und ruinöser Wirkung.[93]
Die Kontrollen müssen noch im Zeitpunkt des Schadenseintritts zurückverfolgt werden können, insbesondere welcher Kontrolleur 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.[94]
Beim Einsatz gefährlicher Geräte ist die Gebrauchsanweisung zu beachten und die Risikofrüherkennungspflicht zu erfüllen, noch bevor ein Missstand beobachtet werden kann.[95] Die verantwortlichen Pflichtenträger sind mit Namen zu benennen und im Vertreterplan mit einem namentlichen genannten Ersatzmann zu dokumentieren. Ohne Namen und Vertreterplan müssen im Fall eines Rechtsverstoßes der Entlastungsbeweis für alle Belegschaftsmitglieder geführt werden.[96]
Schließlich sind Kontrollpflichten dahingehend zu konkretisieren, dass sich Vorstände gegenseitig ressortübergreifend kontrollieren müssen.[97]

13. Die Organisationspflicht zur Dokumentation

a) Die gesetzlich geregelte Dokumentationspflicht nach dem LkSG

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 9 LkSG und dem Verweis auf § 10 Abs. 1 LkSG wird die Organisationspflicht zur Dokumentation geregelt. Danach ist die Erfüllung der Sorgfaltspflicht nach § 3 LkSG unternehmensintern fortlaufend zu dokumentieren und mindestens sieben Jahre lang aufzubewahren.
In der Gesetzesbegründung wird die interne Dokumentationspflicht damit begründet, dass sie eine informatorische Grundlage für die öffentlich-rechtlich Durchsetzung der Sorgfaltspflichten schaffen soll. Darüber hinaus soll sie dem Unternehmen als Nachweis zur Erfüllung der Pflichten dienen.[98]
Zu den gesetzlich geregelten Dokumentationspflichten zählen alle Beweislastregelungen, die indirekt eine Dokumentationspflicht begründen. Dazu gehört § 93 Abs. 2 S. 2 AktG, wonach Geschäftsleiter die Beweislast dafür trifft, dass sie ihre Organisationspflichten erfüllt haben.

b) Die Organisationspflichten zur Dokumentation nach ständiger Rechtsprechung

Unabhängig von § 10 Abs. 1 LkSG gilt im Organisationsrecht die Pflicht zur Dokumentation nach der Rechtsprechung. Die im Folgenden beschriebenen BGH-Entscheidungen helfen bei der Auslegung der gesetzlich im LkSG geregelten Dokumentationspflicht. Insbesondere gilt auch in der Lieferketten-Compliance die Beweislastumkehr. Der BGH hat in seiner Hühnerpest-Entscheidung die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr und damit die indirekte Pflicht zur Dokumentation begründet. Unterlassen hatte das Unternehmen nicht nur die Risikoanalyse, son-

88 BT-Drucks. 19/28649, S. 43.
89 BT-Drucks. 19/28649, S. 52.
90 RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil; RGZ 87 1916, 1 – Heilsalz.
91 RGZ 89 (1917) S. 136 – Asphaltvertiefungs-Urteil.
92 RG JW 1938 S. 1651 – Kleinbahn-Urteil.
93 BGH v. 10.5.1957, BGHZ 24 (1957) S. 200 – Presseangriff-Urteil; BGHZ 32 (1960) S. 53 – Besitzdiener-Urteil.
94 BGH v. 28.10.1960, VersR 1959, S. 104 – Gießerei-Urteil.
95 NJW 1961 (1961) S. 455 – Propagandisten-Urteil.
96 RG Warn. 1914 35, 50 – Neuzement-Urteil; RG JW 1923, 1026 – Fuhrwerk-Urteil; BGH v. 17.10.1967, NJW 1968, 247 ff. – Schubstreben-Fall.
97 VG Frankfurt a. M. v. 17.10.1967, WM 2004, 2157, „Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand, *Rack*, CB 2014, 287.
98 BT-Drucks. 19/28649, S. 51.

dern auch die Selbstregulierung durch Verkehrspflichten.[99] Selbst, wenn alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind und trotzdem ein Schaden eingetreten ist, kann ein Unternehmen für den Schaden haften, weil es zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten verletzt hat. Ein Unternehmen ist zur 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 zu dieser Rechtslage.[100] 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 der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB entwickelt.[101] In dem Kupolofen-Urteil wird die Beweislastumkehr bestätigt. Im Zusammenhang mit der Dokumentationspflicht ist zu betonen, dass in allen Entscheidungen zum Organisationsverschulden die Erfüllung der Pflicht zur Unternehmensorganisation nachgewiesen und deshalb dokumentiert werden muss. In seiner Wissensaufspaltungsentscheidung hat der BGH die Dokumentationspflicht zuletzt konkretisiert. Dabei ist nicht das persönliche präsente Wissen von Mitarbeitern, sondern das „typischerweise aktenmäßig 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 Wissensstand und umso länger je erkennbar wichtiger ein Umstand ist. Die Nutzung des 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.[102] Kein Organ eines Unternehmens kann sich seit dieser Rechtsprechung mit seiner Unkenntnis von rechtserheblichen Informationen entlasten.

Die gesetzlich geregelte Dokumentations- und Berichtspflicht in § 10 Abs. 1 und 2 LkSG entspricht dieser Rechtsprechung. Der Nachweis der Pflichten aus der Lieferketten-Compliance ist sowohl zur eigenen Entlastung als auch zum Nachweis gegenüber Behörden erforderlich. Das Bemühen der Vorstände und Geschäftsführer eines Unternehmens gegenüber den Unternehmen aus ihrer Lieferkette muss nachgewiesen werden, insbesondere deshalb, weil in der unternehmensexternen Organisation das Unternehmen den Erfolg beim Vermeiden von Vorschriften zum Schutze von Menschenrechten und Umwelt im Verhältnis zu den Zulieferern nur beschränkt beeinflussen kann.

Die Erfüllung der Dokumentationspflicht dient dem eigenen Interesse des Unternehmens, um Anordnungen von Behörden, Buß- und Zwangsgeldern als auch zivilrechtlicher Haftung zu vermeiden. Hinzu kommt das vitale Interesse jedes Unternehmens, Reputationsschäden in Folge nachgewiesener Menschenrechtsverletzungen präventiv zu vermeiden und eventuellen Vorwürfen aus den verzweigten Lieferkettenbeziehungen von Zuliefererunternehmen präventiv abzuwenden. Je ausführlicher die Dokumentation der Lieferketten-Compliance verfügbar ist, umso geringer ist das Risiko von Imageschäden durch unbegründete Vorwürfe von Menschenrechtsverletzungen.

14. Die Vorteile der erstmaligen gesetzlichen Regelung eines Compliance-Management-Systems als kodifizierte Rechtsprechung

Neu bietet das LkSG erstmals öffentlich-rechtlich gesetzlich geregelte konkrete Vorgaben für die Einrichtung eines aus gesetzgeberischer Sicht effizienten Compliance-Management-Systems.[103] Die im dritten Abschnitt gesetzlich geregelten Organisationspflichten lassen sich aus der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH zum Organisationsverschulden nachweisen. Die darlegten Beziehungen zwischen der Rechtsprechung und den sechs Organisationspflichten und der gesetzlichen Regelung im LkSG dient dem Nachweis, dass auch schon vor der gesetzlichen Regelung im dritten Abschnitt des LkSG die Organisationspflichten durch bindende höchstrichterliche Rechtsprechung begründet waren. Die gesetzliche Regelung der Organisationspflichten im LkSG kann deshalb als kodifizierte Rechtsprechung verstanden werden und sie begründet eine zivilrechtliche Haftung auch „unabhängig" von dem LkSG, die nach § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG „unberührt" bleibt. Die Pflicht zur Unterhaltung eines Compliance-Management-Systems ist außerdem in § 91 Abs. 3 AktG durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) vom 10.6. 2021 ebenfalls gesetzlich geregelt, wobei der Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung eines Compliance-Management-Systems dem Leitungsermessen der Unternehmensorgane überlassen hat.

Nach der gesetzlichen Regelung einer Ausgestaltung des Compliance-Management-System im LkSG können Vorstände einer Aktiengesellschaft im Rahmen ihres Leitungsermessens auf die sechs Organisationspflichten nach dem LkSG zurückgreifen. Sie können Ermessensfehler vermeiden, indem sie alle sechs Organisationspflichten einhalten, wozu sie auch schon nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden verpflichtet sind. Das LkSG liefert somit einen neuen gesetzlichen Maßstab für das Aktienrecht zu den Organisationspflichten nach § 91 Abs. 3 AktG.

Unternehmensintern ist der Schutz von Menschenrechten innerhalb der Lieferkette gemäß § 2 Abs. 5 Nr. 1 LkSG durch die sechs Organisationspflichten zu organisieren, wobei die Pflichten aus den Konventionen der Anlage durch Delegation an die Mitarbeiter in Form von Anweisungen im eigenen Unternehmen unternehmensintern durchgesetzt werden. Unternehmensextern dagegen ist bei Zulieferern nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 und 3 LkSG allein mit dem organisatorischen Mittel der Zulieferverträge und dem Einsatz der jeweiligen Nachfragemacht des Abnehmerunternehmens zu organisieren, insbesondere wenn die Zulieferverträge die einzigen Einflussmöglichkeiten im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 LkSG zur Durchsetzung von Menschenrechten und umweltschutzrechtlichen Vorschriften bleiben.

Der Fortschritt der kodifizierten Rechtsprechung[104] besteht darin, dass die Rechtssicherheit erhöht wird und für die Unternehmenspraxis einen konkreten Maßstab dafür liefert, wie ein Compliance-Management-System zu gestalten ist. Die bisher nur durch die Rechtsprechung in schwer zugänglichen Einzelurteilen entschiedenen zivilrechtlichen Organisationspflichten sind nunmehr im LkSG öffentlich-rechtlich sogar mit Vollzugsvorschriften (Ziff. 1.1.–1.2.) geregelt. Als weiterer Fortschritt kommt hinzu, dass sämtliche Unternehmen die gleiche Regelung einer Lieferketten-Compliance unterworfen werden und dadurch Wettbewerbsvorteile durch die Missachtung menschenrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen werden, was insbesondere bei freiwilligen Übereinkommen der Fall ist. Insgesamt bestehen die Vorteile einer gesetzlichen Regelung in der Verbesserung von Arbeits-

99 BGHZ 51, 91 – Hühnerpest-Urteil.
100 BGHZ 92, 143, BB 1984, 1970 – Kupolofen-Urteil.
101 RGZ 78, 107 – Kutscher-Urteil.
102 BGHZ 132,30, 38 – Wissensaufspaltungs-Urteil.
103 *Gehling/Ott/Lüneborg*, CCZ 2021, 231.
104 *Rünz*, ZVertriebsR, 2020, 297.

bedingungen in den Herkunftsländern, in mehr Wettbewerbsgleichheit zwischen Unternehmen, mehr Rechtssicherheit für Unternehmen, höhere Breitenwirkung als bei freiwilligen Selbstverpflichtungen, Verhinderung von Reputationsschäden, verbessertes Image gegenüber Investoren nach den Investitionsmaßstäben von ESG (Enviromental, Sustainability, Governance).[105]

15. Der grundsätzliche Unterschied zwischen Organisationspflichten und zu organisierenden Pflichten

Die Organisationspflichten sind in allen Unternehmen gleich, die als juristische Person geführt werden. Sie sind unabhängig von Unternehmenszweck, Produktion, Produkten, Größe und Mitarbeiterzahl.

Von den Organisationspflichten sind die Pflichten von Unternehmen zu unterscheiden, deren Einhaltung zu organisieren ist und die von Zweck, Branche, Produktion des jeweiligen Unternehmens abhängen. Die Organisationspflichten des Endabnehmers in der Lieferkette ergeben sich aus dem Umstand, dass Unternehmen als juristische Personen zwar Pflichtenträger sind, ihre Pflichten aber nicht selbst erfüllen können, sondern nur durch die Angestellten des Unternehmens. Weil sich juristische Personen nicht selbst organisieren können[106], sind die Unternehmen auf ihre Organe, die Vorstände und Geschäftsführer angewiesen. Daraus ergeben sich die gleichen Organisationsrisiken und damit auch die gleichen Organisationspflichten zu deren Abwendung.

Es handelt sich um zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten. Die Größe eines Großunternehmens ist die Risikoquelle und der Gefahrenherd, aber auch kleine Unternehmen können Risiken begründen, weil sie unterorganisiert sein können.

Die Compliance-Management-Systeme gleichen sich bei ihren Organisationspflichten und unterscheiden sich in den Pflichten, die sie durch organisatorische Maßnahmen, jeweils abhängig vom Unternehmen ermitteln, aktualisieren, delegieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren müssen.

Aus dieser Struktur der juristischen Personen ergeben sich Organisationsrisiken, die zu Rechtsverstößen mit Schadensfolgen für Dritte führen können und die durch entsprechende Organisationspflichten abzuwenden sind.[107]

Ohne die Haftung für Organisationspflichtverletzungen könnten sowohl Großunternehmen als auch Kleinunternehmen sich ein Haftungsprivileg dadurch verschaffen, dass sie sich auf die für Unternehmen typische Arbeitsteilung berufen und jede Haftung manipulierend umgehen könnten. Insbesondere könnten sie sich auf die Unkenntnis eines pflichtwidrigen Unternehmensangestellten berufen, auf dessen Unzuständigkeit, dessen Untätigkeit, auf Kontrolllücken und fehlende Beweise für sein pflichtwidriges schadensbegründendes Verhalten. Wichtige und schadensträchtige Entscheidungen könnten die Organe auf Angestellte ohne Organstellung delegieren, um so ihrer Organhaftung auszuweichen. Das Umgehen der Haftung in Unternehmen durch bewusste Unkenntnis (willful blindness) durch die Übertragung von Aufgaben auf unfähige, untätige oder unkontrollierte Mitarbeiter wird durch den Organisationszwang und die sechs Organisationspflichten vermieden.[108]

Im Vergleich zur unternehmensinternen Compliance nach der inländischen Rechtsordnung wird die Lieferketten-Compliance der ausländischen Zulieferer wegen der verminderten Einflussmöglichkeiten eingeschränkt. Dementsprechend bestimmen sich die Sorgfaltspflichten nach § 3 Abs. 2 Ziff. 2 LkSG nach dem Einflussvermögen des Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher der Verletzung einer geschützten menschenrechtlichen Position oder einer umweltbezogenen Pflicht.

Privilegiert werden arbeitsteilige Unternehmen haftungsrechtlich durch den dezentralisierten Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. Für jeden Angestellten kann der jeweils verantwortliche Vorgesetzte, insbesondere die Organe, den Beweis führen, ihn sorgsam ausgewählt und regelmäßig überwacht zu haben, um das Unternehmen von der Haftung zu entlasten. Im gleichen Urteil, in dem das Reichsgericht den dezentralisierten Entlastungsbeweis anerkannt hat, wurde zum Ausgleich dieses Privilegs von der Rechtsprechung die betriebliche Organisationspflicht begründet, insbesondere die Verschärfung der Anforderungen an die Aufsicht über einzelne Verrichtungsgehilfen, die erforderliche allgemeine Oberaufsicht sowie einer ordnungsgemäßen Organisation der Aufsichtspflicht im Rahmen von § 831 BGB, der nicht durch Delegation auf Angestellte unterhalb der Organebene weitergereicht werden darf. Die Organisationspflicht zur Oberaufsicht ist nicht delegationsfähig und trifft deshalb ausschließlich Vorstände und Geschäftsführer. Damit erhöht die Rechtsprechung die Haftungschancen von Geschädigten durch den Nachweis der Verletzung der Oberaufsichtspflicht durch die Organe.[109] Der Inhalt der allgemeinen Organisationspflicht ist eine fortlaufende Überwachung, der Erlass allgemeiner Anordnungen und die Kontrolle der Einhaltung der Anweisungen sowie die Zuweisung von bestimmten Verkehrspflichten an Mitarbeiter, um eine bessere Absicherung von gefährdeten Bereichen zu erlangen.[110]

Die Gründe für Organisationspflichten aufgrund der Arbeitsteilung in Unternehmen gelten erst recht und umso mehr in der arbeitsteiligen Lieferkette. Je geringer der Einfluss des Abnehmerunternehmens auf Unternehmen in der Lieferkette wird, umso mehr wächst das Risiko, dass Rechtspflichten verletzt werden, insbesondere gegenüber sozialschwachen Gruppen wie Kindern und armen Bevölkerungsteilen mit geringen Einflussmöglichkeiten auf ihr Arbeitsverhältnis und auf die rechtliche Absicherung in fremden Rechtsordnungen.

16. Die im LkSG gesetzlich geregelte Unterscheidung zwischen Organisationspflichten und organisierten Pflichten

Die Unterscheidung zwischen Organisationspflichten und organisierten Pflichten wird auch an der Struktur des LkSG deutlich. Die Sorgfaltspflichten nach § 3 Abs. 1 LkSG erweisen sich als Organisationspflichten. Sie verpflichten zur Einrichtung eines Risikomanagements, nach § 4 Abs. 1 LkSG und zur Durchführung regelmäßiger Risikoanalysen nach § 5 LkSG, was dem Ermitteln der Pflichten zur Risikoabwehr gleichkommt, der Festlegung betriebsinterner Zuständigkeiten nach § 4 Abs. 3 LkSG, was der Delegation der Pflichten im Unternehmen entspricht und § 6 Abs. 1 bis 4 LkSG, was der präventiven Erfüllung der Pflichten entspricht und nach § 7 LkSG, was der reaktiven

105 *Rünz*, ZVertriebsR, 2020, 297.

106 Etwa genetisch bedingt wie Bienen- und Ameisenschwärme; *Nölke*, Von Bienen und Leitwölfen: Strategien der Natur im Business nutzen, 2008, S. 117.

107 *Matusche-Beckmann*, Organisationspflichten, 2001, S. 66; BGHZ 11, S. 151 – Zinkdach-Urteil; BGHZ 17, 2014 – Bleiwaggon-Urteil; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 760.

108 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 601 unter Hinweis auf BGHZ 59, 76 (82) – Presseangriffsurteil. Existenzielle wichtige schadensträchtige Entscheidungen über eine rufschädigende Presseveröffentlichung wurde dem Leiter der Rechtsabteilung überlassen und nicht dem Organ, das der Organhaftung ohne Entlastungsbeweismöglichkeiten unterliegt und die Exkulpationsmöglichkeiten nach § 831 BGB für Verrichtungsgehilfen verschließt.

109 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 691 mit Hinweisen aus dem Kutscherurteil, RGZ 78, 107, 109 f., und dem Heilsalzurteil, RGZ 87, 1, 4.

110 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 691.

Erfüllung bei schon eingetretenen Rechtsverletzungen entspricht. Die Organisationspflicht der Kontrolle ergibt sich aus § 6 Abs. 5 LkSG. Die Organisationspflicht zur Erfüllung und deren Dokumentation ergeben sich aus § 10 Abs. 1 und 2 LkSG.
Davon zu unterscheiden sind die zu organisierenden Pflichten nach § 2 Abs. 2 Nr. 1–12 LkSG zum Schutz der Menschenrechte und nach § 2 Abs. 3 und 4 LkSG den Pflichten zum Schutze der Umwelt. Die Pflichten nach § 2 LkSG unterscheiden sich jeweils nach Branche, Produktion und Unternehmensgrößen in der Lieferkette, während die Organisationspflichten gleichbleiben.

17. Organisierte Pflichten zum Schutz der Rechtspositionen nach dem Lieferkettengesetz

Vom Schutzzweck des Lieferkettengesetzes umfasst sind Menschenrechte und einige speziell definierte Positionen im Umweltschutz. Die Menschenrechte im Sinne des Lieferkettengesetzes sind in § 2 Abs. 1 LkSG definiert. Sie ergeben sich aus den dreizehn in der Anlage zum Lieferkettengesetz aufgelisteten Übereinkommen, insbesondere aus § 2 Abs. 1 LkSG bezogen auf Menschenrechte und aus § 2 Abs. 3 LkSG auf umweltbezogene Risiken durch Quecksilber (Minimata-Übereinkommen) und Risiken durch persistente organische Schadstoffe (Stockholmer-Übereinkommen). Die in der Anlage zitierten dreizehn Übereinkommen zum menschenrechtlichem Opferschutz (Anlage Nr. 1–11) und zum Umweltschutz (Anlage Nr. 12–13) sind von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert. Sie stellen eine Auswahl aus den wichtigsten des internationalen Menschenrechtskanons dar und gelten als Kernübereinkommen. Der Katalog der geschützten Rechtspositionen ist abschließend. An die zitierten völkerrechtlichen Verträge sind nur Staaten als Vertragsparteien der internationalen Abkommen gebunden. Nicht unmittelbar sind dagegen Unternehmen an die Abkommen gebunden.[111] Konkretisiert sind die Normen aus den Übereinkommen durch langjährige Auslegung der zuständigen Gremien, der VN-Vertragsausschüsse und des ILO-Sachverständigenausschusses. Die geschützten Rechtspositionen werden in § 2 Abs. 2 LkSG in Verboten konkretisiert. Zur Auslegung sind die völkerrechtlichen Übereinkommen einzubeziehen.
Zu unterscheiden sind präventive Schutzmaßnahmen vor dem Verstoß gegen Menschenrechte nach § 2 Abs. 2 LkSG und reaktive Abhilfemaßnahmen gemäß § 7 LkSG nach einem Verstoß
Die präventiven Pflichten zur Abwehr von Risiken ergeben sich aus den in § 2 Abs. 2 LkSG aufgelisteten zwölf Verboten, die sich auf elf Konventionen aus der Anlage stützen. Der Kreis der Pflichten zur Abhilfe nach Verstößen gegen Menschenrechte ist größer als der enumerativ aufgelistete Kreis von Risiken, die präventiv vor dem Verstoß zu schützen sind.

a) Der Schutz von Menschenrechten nach § 2 Abs. 2 Nr. 1–12 LkSG[112]

aa) Das Verbot der Beschäftigung von Kindern unter dem zulässigen Mindestalter (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 LkSG)

Nach § 2 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 LkSG beträgt das zulässige Mindestalter für Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen 15 Jahre, soweit das Recht des Beschäftigungsortes nicht in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation Nr. 138 („ILO-Übereinkommen Nr. 138“) und eine abweichende Regelung enthält oder bestimmte Ausnahmen zulässt. Das Verbot der Kinderarbeit soll präventiv ein Risiko abwenden, das in der Presse eindringlich geschildert wird.[113]
Die Ursachen der grassierenden Kinderarbeit sind die geringen Einkommen der Kakaobauern. Dieses Menschenrecht ergibt sich aus den Übereinkommen, die in der Anlage Nr. 1 und Anlage Nr. 10 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung und in Anlage Nr. 10 zum Übereinkommen Nr. 138 zitiert sind.

bb) Das Verbot der schlimmsten Form der Kinderarbeit für Kinder unter 18 Jahren (§ 2 Abs. 2 Nr. a-d LkSG)

Dazu gehören alle sklavereiähnliche Praktiken, der Verkauf von Kindern, der Kinderhandel (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2a LkSG), Schuldnerschaft, Leibeigenschaft, Zwangs- oder Pflichtarbeit, Einsatz in bewaffneten Konflikten, das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zur Prostitution zur Herstellung von Pornographie oder zur pornographischen Darbietung (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2b LkSG), zur unerlaubten Tätigkeit insbesondere zur Gewinnung von und zum Handel mit Drogen (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2c LkSG) und die Arbeit, die ihrer Natur aufgrund der Umstände, unter den sie verrichtet wird, voraussichtlich für die Gesundheit, die Sicherheit und die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2b LkSG).[114] Das Menschenrecht zugunsten von Kindern unter 18 Jahren gegen Kinderarbeit ergibt sich aus dem Übereinkommen Nr. 182, zitiert in der Anlage Nr. 11.

cc) Das Verbot der Beschäftigung von Personen in Zwangsarbeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 LkSG)

Im ILO-Übereinkommen Nr. 29 wird Zwangsarbeit definiert als „jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat“. Die internationale Arbeitsorganisation gibt weltweit circa 25 Mio. Zwangsarbeiter an. Indizien für Zwangsarbeit sind das Einbehalten von Löhnen, das Einschränken der Bewegungsfreiheit eines Beschäftigten, das Einbehalten von Ausweisdokumenten, die Schaffung unzumutbarer Arbeit- und Lebensverhältnisse durch eine Arbeit unter gefährlichen Bedingungen oder in vom Arbeitgeber gestellten unzumutbaren Unterkünften, ein exzessives Maß an Überstunden sowie durch Einschüchtern und Drohungen.[115]

dd) Das Verbot der Sklaverei oder sklavereiähnlicher Praktiken durch extreme wirtschaftliche oder sexuelle Ausbeutung oder Erniedrigung (§2 Abs. 1 Nr. 4 LkSG)

Alle Formen der Sklaverei, sklavereiähnliche Praktien, Leibeigenschaft oder andere Formen von Herrschaftsausübung oder Unterdrückung im Umfeld der Arbeitsstätte sind verboten. Als Beispiel wird die sexuelle und wirtschaftliche Ausbeutung und Erniedrigung angeführt. Unter anderem normiert ist das Verbot der Sklaverei in Art. 1 i. V. m. Art. 3a des ILO-Übereinkommens Nr. 182.[116]

ee) Das Verbot der Missachtung der nach dem anwendbaren nationalen Recht geltenden Pflichten des Arbeitsschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG)

Mit dem Verbot abgewehrt wird das Risiko arbeitsbedingter Unfälle und Gesundheitsgefahren, mit Gesundheitsschäden oder dem Tod als Folgen.

---

111 BT-Drucks. 19/28649 S. 39 zu § 2 Abs. 1 LkSG S. 35.
112 Ehmann, ZVertriebsR, 2021, 143.
113 FAZ, 3.12.2021, S. 21, siehe Ziff. 7.3.2. Presseinformationen.
114 BT-Drucks. 19/28649, S. 35.
115 BT-Drucks. 19/28649, S. 36.
116 BT-Drucks. 19/28649, S. 36.

Die Gesetzesbegründung verweist einmal auf die Anwendbarkeit nationaler Pflichten des Arbeitsschutzes als auch auf Pflichten aus dem internationalen Pakt vom 19.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und der Verwirklichung sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen, insbesondere auf dessen Art. 6 Abs. 1 und Art. 7b. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen bieten die Übereinkommen Nr. 155 der internationalen Arbeitsorganisation vom 20.6.1981 über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt und Übereinkommen Nr. 187 der internationalen Arbeitsorganisation vom 15.6.2006 über den Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz und den darin niedergelegten Grundstandards des Arbeitsschutzes Orientierung und Auslegungshilfe[117]. Sollten die Schutzstandards nach den anwendbaren nationalen Recht sich als unzureichend erweisen, ist bei schwerwiegenden Verletzungen die Auffangvorschrift des § 2 Abs. 2 Ziff. 12 LkSG anwendbar. Dieser Hinweis ist deshalb von Bedeutung, weil in Drittländern unterdurchschnittliche Arbeitsbedingungen vorherrschen und gerade deshalb den gesteigerten Arbeitsschutz zugunsten der Arbeitnehmer in der Lieferkette erforderlich machen.[118] Den gesteigerten Arbeitsschutz in der Lieferkette wird dann erforderlich, wenn entweder die nationalen anwendbaren Arbeitsschutzregeln unzureichend ausgestaltet sind oder ausreichend sind aber nicht eingehalten werden. In diesen Fällen reicht das Verbot nach § 2 Abs. 2 Ziff. 1–11 LkSG aus, um die nach § 2 Abs. 1 LkSG genannten Menschenrechtspositionen (Ziff. 1–11 schützt nur Menschenrechte) zu schützen.

Im Gesetzestext wird das Verbot der Missachtung einschlägiger Pflichten des nationalen Arbeitsschutzes in vier Fälle aufgeteilt. Nach § 2 Abs. 2 Ziff. 5a LkSG sind die Fälle offensichtlich ungenügender Sicherheitsstandards, der Bereitstellung und der Instandhaltung der Arbeitsstätte, des Arbeitsplatzes und der Arbeitsmittel. Die Definition des Arbeitsplatzes umfasst alle Orte, an denen Beschäftigte für die Arbeit tätig sind, und darüber hinaus den Arbeitsplatz, das weitere Betriebsgelände sowie Verkehrs- und Fluchtwege. Als Beispiele für eine Gefährdung von Leib und Leben nennt die Gesetzesbegründung ungenügenden Brandschutz, fehlende Fluchtwege und Notausgänge. Risiken bei der Verwendung von Arbeitsmitteln, einschließlich Arbeitsstoffen, Maschinen, Ausrüstungen, Anlagen und Geräten müssen Unternehmen erkennen und minimieren (§ 2 Abs. 2 Ziff. 5b LkSG). Auch Risiken aus dem Zusammenhang zwischen Arbeitsplatz, Arbeitsmitteln und Arbeitsverfahren sind zu erfassen. Festzustellen ist, ob die Arbeiter bei der Tätigkeit Gefahrstoffen ausgesetzt sind, die die Gesundheit schädigen können. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung Risiken aus Pestizidvergiftungen. Risiken durch die Einwirkung physikalischer, chemischer oder biologischer Stoffe müssen abgewendet werden. Gesundheitsrisiken können durch unmittelbaren Kontakt der Betroffenen in den Stoffen mit kontaminiertem Boden, Luft und Wasser entstehen. Risiken können durch unsichere Maschinen, durch extreme Temperaturen, brennende oder die Detonation explosiver Materialien, durch elektrische Gefährdung und durch Strahlung begründet werden. Chemische Risiken können durch Gase in der Raumluft verursacht werden, durch Kontakte mit Bakterien, Viren oder Pilzen. Die Risiken sind durch ausreichende Schutzkleidung und Schutzausrüstung abzuwenden und zu mindern.

Risiken können auch durch ungeeignete Arbeitsorganisation begründet werden, insbesondere durch schlecht organisierte Arbeitszeiten und Ruhepausen, durch exzessive Überstunden, fehlende Mindestpausenregelungen und Arbeitszeitbegrenzungen (Art. 7d des internationalen Paktes vom 19.12.1966, Nr. 9 der Anlage). Nach § 3 Abs. 2 Ziff. 5d LkSG können Risiken durch arbeitsbedingte Unfälle und Gesundheitsverfahren, insbesondere durch mangelnde Ausbildung der Mitarbeiter begründet werden. Ungenügende Ausbildung und Unterweisung begründen Risiken zum Beispiel beim Umgang mit Chemikalien.[119] Die Rechte zum Arbeitsschutz ergeben sich aus dem Übereinkommen Nr. 87 der internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948, Nr. 3 der Anlage, aus dem Übereinkommen Nr. 98 der internationalen Arbeitsorganisation vom 1. Juli 1959, Nr. 4 der Anlage und aus dem internationalen Pakt vom 19.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Nr. 9 der Anlage.

ff) Das Verbot der Missachtung der Koalitionsfreiheit (§ 2 Abs. 2 Ziff. 6 LkSG)

Verboten ist Unternehmen und ihren Zulieferern, die Bildung eines Betriebsrats oder einer Gewerkschaft zu behindern, zu verhindern oder andere Mitarbeitervertretungen zu bilden. Vereinigungen von Mitarbeitern oder andere Gruppen dürfen durch das unternehmerische Handeln aus der Zuliefererkette nicht in ihrer Koalitionsfreiheit eingeschränkt werden.

Geregelt ist dieses Verbot in Art. 22 des internationalen Pakts vom 19.12.1986 über bürgerliche und politische Rechte und in Art. 8 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie im ILO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98, die in der Anlage Nr. 3 und 4 zitiert werden.[120]

Hervorzuheben ist, dass Unternehmen und ihre Zulieferer nicht verpflichtet sind, gesetzliche Verbote von Gewerkschaften oder staatliches Handeln zur Einschränkung der Koalitionsfreiheit zu beeinflussen. Staatliches Handeln liegt außerhalb des Einflussbereichs von Unternehmen und ihren Zulieferern.[121]

gg) Das Verbot der Diskriminierung von Beschäftigten (§ 2 Abs. 2 Ziff. 7 LkSG)

335

Beschäftigte in der Lieferkette dürfen nicht im Arbeitsleben aufgrund nationaler, ethnischer Abstammung, sozialer Herkunft, Gesundheitsstatus, Behinderungen, sexueller Orientierung, Alter, Geschlecht, Religion und Weltanschauung oder anderer persönlicher Merkmale diskriminiert werden. Zum Beispiel könnten Mitarbeiter in der Lieferkette durch ungleiche Bezahlung bei gleicher Arbeit diskriminiert werden. In Art. 1a des ILO-Übereinkommens Nr. 111 wird Diskriminierung definiert als „jede Unterscheidung, Ausschließung oder Bevorzugung, die aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft vorgenommen wird und die dazu führt, die Gleichheit der Gelegenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung und Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen. Die Gesetzesbegründung erhebt Art. 7a Ziff. i des internationalen Paktes vom 19.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hervor, in der ein spezielles Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Geschlecht geregelt ist. Frauen dürfen danach nicht unter ungünstigeren Arbeitsbedingungen als Männer beschäftigt werden. Sie müssen für gleiche Arbeit gleiches Entgelt erhalten. Dieses Verbot findet sich ebenfalls in dem ILO-Übereinkommen Nr. 100.[122] Die kulturellen Differenzen zwischen den Vorstellungen westlicher Industrieländer und den Zuliefe-

117 BT-Drucks. 1928649, S. 36.
118 *Ehmann*, ZVertriebsR 2021, 141 f., 144.
119 BT-Drucks. 19/28649, S. 36, 37.
120 BT-Drucks. 1928649, S. 37; *Ehmann*, ZVertriebsR 2021, 144.
121 *Ehmann*, ZVertriebsR 2021, 144.
122 BT-Drucks. 19/28649, S. 38.

rerländern der Dritten Welt sind im Rahmen der „Angemessenheit" gemäß § 3 Abs. 2 LkSG zu berücksichtigen.[123]

hh) Das Verbot des Vorenthaltens eines angemessenen Lohns (§ 2 Abs. 2 Ziff. 8 LkSG)

Im Gesetzestext ist der Mindestlohn am Beschäftigungsort als angemessener Lohn geregelt. Geregelt ist das Verbot in Art. 7a Ziff. ii des internationalen Paktes vom 19.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Danach hat jeder Beschäftigte Anspruch auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie, einschließlich ausreichender Ernährung, Begleitung, Unterbringungen sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen.

ii) Das Verbot der Herbeiführung von schädlichen Bodenveränderungen, Gewässerverunreinigung, Luftverunreinigung, Lärmimmissionen und übermäßigem Wasserverbrauch zum Schutz menschenrechtlicher Schutzgüter (§ 2 Abs. 2 Ziff. 9 LkSG)

Die geschützten Rechtspositionen ergeben sich aus Art. 6 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 und 2, Art. 12. Erstens dient das Verbot dem Schutz des Lebens nach Art. 6 Abs. 1, zweitens der Gesundheit nach Art. 12 und drittens der Gewährleistung ausreichender Nahrung, Wasser- und Sanitätsversorgung nach Art. 11 Abs. 1 S 1 jeweils des internationalen Paktes vom 19.12.1966 (Nr. 9 der Anlage) über wirtschaftliche soziale und kulturelle Rechte. Die abzuwendenden Risiken ergeben sich aus der Erfahrung über schädliche Kontaminationen des Bodens, der Luft oder des Wassers in dem Land, in dem die unternehmerische Tätigkeit des Zulieferers ausgeführt wird und wodurch natürlich Ressourcen beeinträchtigt und zerstört werden können. Auch erhebliche Lärmimmissionen können die Gesundheit einer Person schädigen. Der Wasserverbrauch im Rahmen des unternehmerischen Vorhabens kann ein Risiko für die Wasserversorgung der Bevölkerung darstellen. Der eingeschränkte Zugang zu Sanitäranlagen kann ein Risiko für das Grundwasser verursachen.

jj) Das Verbot der widerrechtlichen Zwangsräumung und das Verbot des widerrechtlichen Entzugs von Land, von Wäldern und Gewässern zur Abwendung des Risikos des land grabbing (§ 2 Abs. 2 Ziff. 10 LkSG)

Das Verbot der Zwangsräumung ergibt sich aus dem Recht auf einen angemessenen Lebensstandard einschließlich ausreichender Nahrung, Unterbringung sowie Wasser- und Sanitätsversorgung gemäß Art. 11 Abs. 1 S. 1 des internationalen Paktes vom 19.12.1966 (Nr. 9 der Anlage zu § 2 Abs. 1 und 3, § 6 Abs. 2 Nr. 2). Ein Endabnehmer muss im Rahmen seines Einflusses vermeiden, dass es am Ort der unternehmerischen Tätigkeit zu widerrechtlichen Zwangsräumungen kommt. Das Risiko besteht dort, wo im nationalen Recht keine prozessrechtlichen Garantien gegen eine Zwangsräumung, keine rechtzeitigen Informationen und Konsultationen der Betroffenen eingehalten werden oder wo der Zugang zu Rechtsmitteln und zu angemessener Kompensation durch das unternehmerische Handeln vor Ort erschwert wird.[124] Unternehmen müssen auf ihre unmittelbaren Zulieferer Einfluss nehmen, dass keine Zwangsräumungen ohne entsprechenden Rechtsschutz durch unternehmerisches Verhalten vor Ort veranlasst werden. Rechtsschutz wird zur Pflicht, die vom Zulieferer erfüllt und vom Endabnehmer im Rahmen seiner Einflussmöglichkeiten gegenüber dem Zulieferer veranlasst werden muss.

Wiederum erstreckt sich § 2 Abs. 5 LkSG auf die Lieferkette und deren Einflussmöglichkeiten, nicht aber auf staatliches Handeln vor Ort. Staatliche Rechtsfehler bei staatlicher Zwangsvollstreckung hat kein Unternehmen aus der Lieferkette zu verantworten, weil es durch unternehmerisches Verhalten nicht beeinflussbar ist.[125]

kk) Das Folterverbot durch missbräuchlich eingesetzte Sicherheitskräfte (§ 2 Abs. 2 Ziff. 11 LkSG)

Gemäß § 2 Abs. 2 Ziff. 11 LkSG ist die Beauftragung oder Nutzung privater oder öffentlicher Sicherheitskräfte zum Schutz eines unternehmerischen Projekts verboten, wenn durch mangelnde Unterweisung oder Kontrolle durch den Einsatz der Sicherheitskräfte

- nach Buchstabe a) das Risiko von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung droht, wenn
- nach Buchstabe b) durch Einsätze der Sicherheitskräfte ein Risiko für Leib und Leben droht und
- nach Buchstabe c) durch den Einsatz der Sicherheitskräfte die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit bedroht wird.

Das Verbot nach Buchstabe a) stützt sich auf das Folterverbot gemäß Artikel 7 des internationalen Paktes vom 19.12.1966. Das Verbot nach Buchstabe b) stützt sich auf Artikel 6 und das Verbot nach Buchstabe c) auf Artikel 12 und Artikel 8 des zitierten internationalen Paktes. In Gebieten mit bewaffneten Konflikten besteht das Risiko von Menschenrechtsverletzungen und von Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht. Unternehmen müssen beim Einsatz von Sicherheitskräften auf den Schutz der Menschenrechte achten. Menschenrechtsverletzungen durch staatliche Sicherheitskräfte sind zu dokumentieren. Beim Einsatz privater Sicherheitskräfte sind in den Vertragsbeziehungen zu vereinbaren, dass Menschenrechte nämlich durch den Einsatz von Sicherheitskräften geschützt werden.[126]

ll) Das Verbot von Menschenrechtsverletzungen durch nicht in den Ziffern 1–11 aufgelisteten Verhaltensweisen (§ 2 Abs. 2 Ziff. 12)

Der Zweck der Auffangklausel besteht nach der Gesetzesbegründung darin, jedes über die Ziffern 1–11 hinausgehende Tun oder pflichtwidrige Unterlassen zu erfassen, wenn das Risiko besteht, dass die in § 2 Abs. 1 LkSG geschützten Rechtspositionen verletzt werden.

Eine große Fallgruppe wird voraussichtlich aus den Fällen bestehen, in denen nationales Recht keinen ausreichenden Schutz vor Menschenrechtsverletzungen bietet und deshalb Unternehmen ihren Einfluss über die Verträge mit Zulieferern zum Ausgleich von Schutzlücken für Menschenrechte geltend machen müssen.

b) Umweltbezogene Pflichten nach§ 2 Abs. 3 LkSG – Nr. 12 und 13 der Anlage

Zur Konkretisierung des Begriffs der umweltbezogenen Pflichten verweist § 2 Abs. 3 LkSG auf die völkerrechtlichen Verträge zum Schutze der Umwelt und der menschlichen Gesundheit, die in den Nummern 12 und 13 der Anlage abschließend aufgelistet sind. Beide Übereinkommen sind von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert. Es handelt sich bei der Anlage Nr. 12 um das *Übereinkommen von Minamata* vom 10. Oktober 2013 über Quecksilber (BGBl. 2017 II S. 610, 611).

Unter Nummer 13 der Anlage wird das *Stockholmer-Übereinkommen* vom 6. Mai 2005 über persistente organische Schadstoffe vom

123 BT-Drucks. 19/28649, S. 38.
124 BT-Drucks. 19/28649, S. 38.
125 BT-Drucks. 19/28649, S. 38.
126 BT-Drucks. 19/28649, S. 39.

23. Mai 2001 (BGBl. 2002 II S. 803, 804) geändert durch den Beschluss (BGBl. 2009 II S. 1060, 1061) (POPs-Übereinkommen).

c) Umweltbezogene Risiken

In § 2 Abs. 4 LkSG wird der Begriff des umweltbezogenen Risikos anhand von abschließend aufgelisteten Verboten konkretisiert. Es werden Fälle von umweltbezogenen Pflichten genannt, in denen die Verletzung einer umweltbezogenen Pflicht nach § 2 Abs. 3 LkSG droht.

1. Nach dem Übereinkommen von Minamata über Quecksilber ist die Herstellung von mit Quecksilber versetzten Produkten verboten. Das Verbot ist in Art. 4 Abs. 1 und Anlage A Teil I des Übereinkommens von Minamata geregelt.
2. Verboten ist die Verwendung von Quecksilber und Quecksilberverbindungen bei Herstellungsprozessen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 und Anlage B Teil I des Minimata Abkommens ab einem festgelegten Ausstiegsdatum, die für Produkte und Prozesse im Übereinkommen geregelt sind.
3. Verboten ist die Behandlung von Quecksilberabfällen entgegen den Bestimmungen des Art. 11 Abs. 3 des Minimate-Abkommens.
4. Verboten ist außerdem die Produktion und die Verwendung von Chemikalien nach Art. 3 Abs. 1a und Anlage A des Stockholmer Übereinkommens vom 23.5.2001 über persistente organische Schadstoffe (BGBl. 2002 II S. 803, 804)(POPs-Übereinkommen) soweit dieses Abkommen nach dem anwendbaren nationalen Recht gemäß dem POPs-Übereinkommen gilt.
5. Verboten ist die nicht umweltgerechte Handhabung, Sammlung, Lagerung, Entsorgung von Abfällen nach den Regelungen, die in der anwendbaren Rechtsordnung nach den Maßgaben des Art. 6 Abs. 1d Ziff. i und Ziff. ii des POPs-Übereinkommens gelten.

18. Der Anwendungsbereich[127] des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes

Der Geltungsbereich des Gesetzes wird definiert durch den Begriff der Lieferkette in § 2 Abs. 5, 6, 7 und 8 LkSG. Die Lieferkette bezieht sich im Sinne des LkSG auf alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens und umfasst alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden und umfasst insbesondere

- erstens das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich,
- zweitens das Handeln eines unmittelbaren Zulieferers und
- drittens das Handeln eines mittelbaren Zulieferers.

Jede Tätigkeit einer Gesellschaft als Rechtsträger des Unternehmens wird erfasst, die zur Erreichung des Unternehmensziels dient, insbesondere jede Erstellung und Verwertung von Produkten und zur Erbringung von Dienstleistungen, unabhängig davon, ob sie an einem Standort im In- oder Ausland vorgenommen wird. Die unmittelbaren Zulieferer sind Vertragspartner deren Zulieferung für die Herstellung des Produkts, des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistungen notwendig sind. Für verbundene Unternehmen (§ 15 AktG) ist die Anwendbarkeit in § 1 Abs. 3 LkSG geregelt. Bei der Obergesellschaft sind die Arbeitnehmer sämtlicher konzernangehöriger Gesellschaften zur Berechnung der Arbeitnehmerzahlen nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (mindestens 3.000 Arbeitnehmer) zu berücksichtigen. Diese Regelung will Passarge nur für die Obergesellschaft aber nicht für deren Tochtergesellschaften gelten lassen. Geht man davon aus, dass die Obergesellschaft eines Konzerns hauptsächlich die Beteiligungen verwalten, und Einkauf und Beschaffung von verbundenen Unternehmen betrieben werden, die Tochtergesellschaften für sich weniger als 3.000 und später weniger als 1.000 Beschäftigte zählen, könnten Konzerne Vorgaben des LkSG unterlaufen. Geht man von der Gesetzesbegründung aus, wollte der Gesetzgeber auf jeden Fall die Obergesellschaft mit in den Anwendungsbereich einbezogen wissen, indem er sämtliche Beschäftigte des Konzerns berücksichtigt sehen will.[128] Wenn das Bußgeld nach § 24 Abs. 3 LkSG und dessen Bemessung nach § 24 Abs. 3 LkSG davon abhängig gemacht wird, ob die verbundenen Teilunternehmen als wirtschaftliche Einheit operieren, spricht diese Regelung eher dafür, auch den Anwendungsbereich auf sämtliche Konzerngesellschaften zu beziehen, auch wenn in § 1 Abs. 3 LkSG der Bezug zur wirtschaftlichen Konzerneinheit fehlt. Angesichts der drohenden hohen Sanktionen sollten Unternehmen es nicht auf einen Rechtsstreit ankommen lassen und für Klarheit sorgen. Für diese offene Frage sollte die in § 20 LkSG eingeräumte Gelegenheit genutzt werden, Hilfestellungen und Empfehlungen zur Einhaltung dieses Gesetzes vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, der zuständigen Behörde nach § 19 LkSG, in Anspruch zu nehmen.

Die mittelbaren Zulieferer im Sinne dieses Gesetzes sind alle Unternehmen, die keine unmittelbarer Zulieferer sind und deren Zulieferung für die Herstellung des Produkts des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung notwendig sind.

19. Die Auflösung des scheinbaren Widerspruchs der Regelung in § 3 Abs. 3 S. 1 und 2 LkSG

Unterscheidet man die zivilrechtliche Organisationspflichten nach der Rechtsprechung und deren öffentlich-rechtliche Kodifizierung in §§ 3–10 LkSG von den zu organisierenden Pflichten, löst sich der scheinbare Widerspruch der Regelung in § 3 Abs. 3 S. 1 und S. 2 LkSG auf. Aus dem LkSG ergeben sich Rechtspflichten zum Opferschutz und Umweltschutz nach § 2 LkSG. Eine Verletzung dieser Pflichten begründet keine zivilrechtliche Haftung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 LkSG. Damit berücksichtigt der Gesetzgeber, dass das Abnehmerunternehmen keinen unmittelbaren Einfluss auf Unternehmen aus der Lieferkette hat, um die Erfüllung der Pflichten nach § 2 LkSG durchzusetzen. Der Gesetzgeber des LkSG war sich bewusst, dass er Abnehmerunternehmen nur zum Bemühen, aber nicht zum Erfolg und zur Garantie im Opferschutz und Umweltschutz durch Zulieferunternehmen verpflichten kann.[129]

Von den Pflichten nach § 2 LkSG zu unterscheiden sind die Organisationspflichten in §§ 3–10 LkSG. Sie ergeben sich als verbindliche Rechtspflichten aus der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden, die schon lange vor und unabhängig von dem LkSG gelten und erstmalig in §§ 3–10 LkSG öffentlich-rechtlich kodifiziert wurden. Die gesetzliche Verpflichtung zur Organisation in Zulieferverträgen gegenüber den unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern ist zumutbar. In den Zuliefervertragsbeziehungen können Abnehmerunternehmen ihren Einfluss und ihre Nachfragemacht einsetzen, um ihre Zulieferer zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt umweltvertraglich zu verpflichten. Unabhängig von dem LkSG kann die zivilrechtliche Haftung wegen Organisations-

337

127 Ehmann, ZVertriebsR, 2021, 142; Rünz, ZVertriebsR, 2020, 292,293; Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145; Dohrmann, CCZ 2021, 265.

128 So auch *Passarge*, CB 2021, 334.

129 BT-Drucks. 19/28649, S. 2 B. Lösung.

pflichtverletzungen begründet werden. Diese zivilrechtliche Haftung erklärt das Gesetz in § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG für unberührt.

Zu organisieren sind die Verbote der Verletzung von menschenrechtlichen und umweltrechtlichen Vorschriften im Rahmen der Zuliefererverträge. Zu organisieren ist insbesondere, die Kenntnis menschenrechtlicher und umweltschutzrechtlicher Pflichten, deren Delegation auf Angestellte im eigenen Unternehmen und durch Lieferverträge mit den Unternehmen aus der Lieferkette und deren Einhaltung.

Die Organisationspflicht von Vorständen und Geschäftsführern im Rahmen der Lieferketten-Compliance besteht darin, Rechtspflichten zum Schutze von Menschenrechten und Umwelt einzuhalten und zwar durch eigenes Verhalten. Sie haben außerdem dafür zu sorgen, dass die in der Lieferkette beteiligten Unternehmen ebenfalls den Opferschutz und Umweltschutz organisieren.

Beide unterschiedlichen Pflichtenarten dienen der Abwehr unterschiedlicher Risiken. Mit den Organisationspflichten werden immer die gleichen Risiken abgewendet, nämlich die Unkenntnis der einzuhaltenden und zu organisierenden Pflichten, die Unzuständigkeit der Mitarbeiter für die Erfüllung der Pflichten, deren fehlende Aktualität, die Untätigkeit der Verpflichteten und die Unbeweisbarkeit der Pflichterfüllung durch fehlende Dokumentation der organisatorischen Schutzmaßnahmen. Es handelt sich um typische Organisationsrisiken, die in arbeitsteiligen Unternehmen aber auch in der Lieferkette vorkommen, die sich durch die internationale Arbeitsteilung auszeichnet.

Ein wirksamer Menschenrechtsschutz und Umweltschutz in Unternehmen der Lieferkette setzt voraus, die Kenntnis der in § 2 LkSG aufgelisteten Konventionen zum Schutz vor Zwangs- und Pflichtarbeit, zum Schutz der Vereinigungsfreiheit, zum Schutz vor Ungleichbehandlungen der Entlohnung männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit und zum Schutz vor Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, zum Schutz bürgerlicher und politischer Rechte und zum Schutz vor der Verletzung der Mindestalterbestimmungen. Diese Schutzpflichten müssen auch an Verantwortliche in den Unternehmen der Zulieferkette delegiert werden, insbesondere müssen Beauftragte für Menschenrechte und Umweltschutz nach § 4 Abs. 3 S. 1 LkSG bestellt werden. Abhilfemaßnahmen sind nach § 7 LkSG zu bestimmen und durchzuführen und nach § 10 LkSG zu kontrollieren und zu Beweiszwecken zu dokumentieren.

Durchzusetzen sind durch vertragliche Zusicherung der unmittelbaren Zulieferer, dass die vertraglich vom Unternehmen verlangten menschenrechtsbezogenen und umweltbezogenen Vorgaben entlang der Lieferkette angemessen nach § 6 Abs. 4 LkSG eingehalten und gemäß § 6 Abs. 4 Ziff. 3 LkSG kontrolliert werden. Die Wirksamkeit der Präventionsmaßnahmen ist einmal im Jahr als Vollzugskontrolle nach § 6 Abs. 5 LkSG zu überprüfen.

20. Der Angemessenheitsvorbehalt als Mittel zum Entlastungsbeweis

Für die Lieferketten-Compliance ist der Entlastungsbeweis durch den gesetzlich geregelten Angemessenheitsvorbehalt in § 3 Abs. 2 Nr. 1–4 LkSG insofern konkretisiert, als sich Unternehmen zur Entlastung ihrer organisationsverantwortlichen Organe auf Art und Umfang der Geschäftstätigkeit (Nr. 1), auf das Einflussvermögen des Unternehmens (Nr. 2), auf den unmittelbaren Verursacher der Verletzung einer geschützten Rechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht (Nr. 3), auf die zu erwartende Schwere der Verletzung, der Umkehrbarkeit der Verletzung und der Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts einer geschützten Rechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht und schließlich auf die Art des Verursachungsbeitrags zu den menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiko seiner Entlastung berufen kann (Nr. 4). Mit dieser Vorschrift zum Angemessenheitsvorbehalt liefert der Gesetzgeber Kriterien für eine angemessene Ausgestaltung des Risikomanagements. Den Unternehmen wird in der Gesetzesbegründung damit der notwendige flexible Ermessens- und Handlungsspielraum bei der Auswahl der geeigneten Maßnahmen gewährt. Welche Risiken das Unternehmen wie adressieren muss, hängt maßgeblich von der individuellen Unternehmens- und Risikosituation ab. Je stärker die Einflussmöglichkeiten eines Unternehmens sind, je wahrscheinlicher und schwerer die zu erwartende Verletzung der geschützten Rechtsposition und je größer der Verursachungsbeitrag eines Unternehmens sind, desto größere Anstrengungen können einem Unternehmen zur Vermeidung oder Beendigung einer Verletzung zugemutet werden. Je anfälliger eine Geschäftstätigkeit nach Produkt und Produktionsstätte für menschenrechtliche Risiken ist, desto wichtiger ist die Überwachung der Lieferkette. Das Prinzip der Angemessenheit gilt für alle geregelten Pflichten und wird durch das Wort „angemessen" in Bezug genommen.[130]

21. Der Entlastungsbeweis für Unternehmensleiter durch das Lieferketten-Compliance-Management-System

Organisationspflichten werden rechtsdogmatisch als privatrechtliche Verkehrssicherungspflichten eingeordnet. Der Inhalt der Verkehrspflichten besteht darin, die eigene Sphäre und den Betrieb so zu organisieren, dass Dritte nicht geschädigt werden. Die Organisation eines Unternehmens kann zum Gefahrendherd werden.[131] Jeden Teilnehmer im Rechtsverkehr trifft „ganz allgemein die Verpflichtung, das eigene Verhalten so einzurichten, das andere keinen Gefahren ausgesetzt werden."[132] Wer in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenlage gleich welcher Art für Dritte schafft oder andauern lässt, durch die Eröffnung eines Verkehrs, der mit Gefahren für Rechtsgüter Dritter verbunden ist, hat Rücksicht auf diese Gefährdung zu nehmen und deshalb die allgemeine Rechtspflicht, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die erforderlich und ihm zumutbar sind, um die Schädigungen Dritter möglichst abzuwenden.[133] Haftungsbegründend wird eine Gefahrenquelle, sobald sich aus der zu verantwortenden Situation vorausschauend für einen sachkundig Urteilenden die naheliegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter Dritter verletzt werden können. Dazu ist nicht erforderlich, dass er selbst zum Entstehen der Gefahr beigetragen hat.[134] Geschützt sind zusätzlich die Personen, mit deren Gefährdung der Pflichtige üblicherweise rechnen muss. Verpflichtet ist, wer für den Bereich der Gefahrenlage verantwortlich und in der Lage ist, die zur Gefahrenabwehr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Die praktische Konsequenz für die dogmatische Einordnung als Verkehrssicherungspflichten besteht darin, dass die Haftung für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten Verschulden voraussetzt und damit die Exkulpation ermöglicht. Diese Konsequenz ist für die Praxis von größtem Interesse. Vorstände und Geschäftsführer können sich mit dem Nachweis entlasten, dass sie kein Verschulden trifft, wenn trotz aller Compliance-Bemühungen Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette festgestellt werden. Durch die Möglichkeit der

130 BT-Drucks. 19/28649, S. 42 so wörtlich die Gesetzesbegründung.

131 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 760; *Paefgen*, ZIP 2021, 2011.

132 *Paefgen*, ZIP 2021, 2010; *Spindler*, Organisationspflichten, 2001, S. 760; *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Auflage, 2020, § 823, Rn. 461.

133 BGH NJW 2007, 762, 1684, 13, 48.

134 BGH NJW 1988, 1380; BGHZ 103, 298, 303 – Sturz von Balkon.

Entlastungsbeweise verlagert sich das Risiko von Menschenrechtsverletzungen und Verletzungen der Umwelt von den Unternehmen auf die Geschädigten.[135] Gelingt den Vorständen und Geschäftsführer eines Unternehmens aus der Lieferkette der Nachweis, alle Organisationspflichten durch den Einsatz eines Compliance-Management-Systems eingehalten zu haben, kann die Haftung gemäß § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG für Schäden durch Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden abgewendet werden.

Die Pflichten in den §§ 3–10 LkSG enthalten die Organisationspflichten, die bisher auch schon ohne das LkSG für die Unternehmensorganisation durch die ständige Rechtsprechung zum Organisationsverschulden verbindlich waren.[136] Die sechs Organisationspflichten zum Ermitteln, Delegieren, Aktualisieren, Erfüllen, Kontrollieren und Dokumentieren sind nunmehr gesetzlich und zwar öffentlich-rechtlich im LkSG normiert als unternehmerische Sorgfaltspflichten für Unternehmen in der Lieferkette.

Zu Recht weist Paefgen[137] deshalb darauf hin, dass diese Pflichten unabhängig von den neugeschaffenen öffentlich-rechtlichen Sorgfaltspflichten bereits nach der geltenden Rechtslage eine zivilrechtliche Haftung für Organisationspflichtverletzungen begründen können. Darin hindert die neue gesetzliche Normierung nichts. Der Gesetzgeber lässt diese zivilrechtliche Haftung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausdrücklich „unberührt".

Durch diese dogmatische Einordnung der Organisationspflichten nach §§ 3–10 LkSG drohen sowohl zivilrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Sanktionen den Unternehmen, die die Organisationspflichten nach §§ 3–10 LkSG nicht einhalten, und zwar erstens insbesondere wirtschaftsverwaltungsrechtliche Kontrollen, zweitens Zwangs- und Bußgelder nach Ordnungswidrigkeitengesetz und schließlich drittens die zivilrechtliche Haftung für Organisationsverschulden, die von denen geltend gemacht werden kann, die sich auf die Verletzung von Menschenrechten oder umweltrechtlichen Vorschriften berufen können.

Durch die besondere Prozessstandschaft nach § 11 LkSG wird dieses Haftungsrisiko verdeutlicht. Die zitierte Rechtsprechung zur Haftung wegen verletzter Organisationspflichten wird von Anwälten, inländischer Gewerkschaften oder Nichtregierungsorganisationen instrumentalisiert werden können, auch wenn die zivilrechtlichen Organisationspflichten nicht gesetzlich geregelt sind, sondern sich nur aus einer Vielzahl unterschiedlicher Einzelfallurteilen ergeben. Um dieses Haftungsrisiko offenzulegen, empfiehlt es sich, die über viele höchstrichterliche Einzelfallentscheidungen verstreuter Rechtsprechung wahrzunehmen. Das Risiko der zivilrechtlichen Haftung wegen Organisationspflichtverletzung lässt sich präventiv abwenden, indem im Rahmen eines Compliance-Management-Systems alle aus der Rechtsprechung bekannten Organisationspflichten präventiv erfüllt werden. Wer Compliance-Management-Systeme mit den sechs Organisationspflichten konsequent anwendet und nachweisen kann, vermeidet nicht nur die zivilrechtliche Haftung aus Organisationsverschulden, sondern auch die neu geregelten öffentlich-rechtlichen Sanktionen in Form von ordnungswidrigkeitsrechtlichen Bußgeldern und verwaltungsrechtlichen Sanktionen.

Die Standardsituation für Compliance-Management-Systeme besteht gerade darin, öffentlich-rechtliche Pflichten eines Unternehmens durch zivilrechtliche Organisationspflichten so zu organisieren, dass Pflichtverletzungen präventiv vermieden werden, indem Vorstände und Geschäftsführer ihre Legalitätspflicht erfüllen, nämlich sich selbst legal verhalten und dafür sorgen, dass auch alle Angestellten die Unternehmenspflichten einhalten.[138]

22. Beispiele von Risiken für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette

Die Gefahrenlage für Menschenrechtsverletzungen ergeben sich aus Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter in Zulieferbetrieben innerhalb und vor allem auch außerhalb der deutschen Rechtsordnung, in denen der betriebliche Umweltschutz und Arbeitsschutz vernachlässigt wird, nur geringe Löhne gezahlt werden, zu geringstmöglichen Kosten und zu Lasten der Mitarbeiter und deren Arbeitssicherheit produziert wird, wodurch die Risiken für Menschenrechtsverletzungen und die Verletzung von Umweltstandards begründet werden. Diese Gefahrenlagen kommen durch spektakuläre Prozesse an die Öffentlichkeit, die schließlich den Gesetzgeber zur Regulierung des Lieferkettengesetzes veranlasst haben.

Der Einsturz des Rana-Plaza-Fabrikgebäudes in Bangladesch im April 2013 mit 1.000 Toten und 2.000 Verletzten machen die Gefahrenlage deutlich. Produziert wurde Kleidung für europäische Modeunternehmen als Endabnehmer, die sie über ihre Zulieferer bezogen.[139]

Aufsehen erregte in der deutschen Rechtsprechung auch der Fall „KiK". Bei einem Fabrikbrand wurden Mitarbeiter des pakistanischen Zuliefererunternehmens geschädigt, die die deutsche Abnehmergesellschaft Kik Textilien und Non-Food-GmbH auf Schadensersatz in Anspruch nahmen. Vor dem Landgericht Dortmund hatte die Schadensersatzklage der Opfer Erfolg, während sie durch das Berufungsurteil des OLG Hamm wegen der nach pakistanischem Recht eingreifenden Verjährungsfrist abgewiesen wurde.[140]

Ebenso spektakulär ist der Klimaschutzfall „Lliuya" des peruanischen Kleinbauern, der auf Feststellung klagt, die Beklagte RWE AG zu verpflichten, anteilig zu ihrem Beeinträchtigungsbeitrag die Kosten für geeignete Schutzmaßnahmen vor einer drohenden Gefahr durch schmelzende Gletscher und den globalen Treibhausgasemissionen des RWE Konzerns zu tragen. Behauptet wird eine rechtliche Kausalität zwischen der drohenden Flutgefahr und den globalen Treibhausgasemissionen des RWE Konzerns. Die Klage wurde vom Landgericht in erster Instanz abgelehnt und die Kausalität der Klimabeeinträchtigung durch den Beitrag der Beklagten RWE AG verneint. Das Berufungsverfahren vor dem OLG Hamm[141] ist anhängig. Dessen Beweisbeschluss zur behaupteten Kausalität zwischen Klimabeeinträchtigung durch Treibhausgasemissionen und Flutgefahr macht das Risiko deutlich, dass international tätige deutsche Unternehmen durch Klimawandelklagen in Anspruch genommen werden könnten.[142]

Die Gefahrenlage wird durch die Unterhaltung der Lieferkettenbeziehung zwischen Endabnehmer und Zulieferunternehmen geschaffen. Zu schützen sind die Mitarbeiter im Ausland davor, ohne den deutschen Arbeitsschutz und betrieblichen Umweltschutz in ihren Menschenrechten verletzt werden zu können, während die Endabnehmer im Inland die Vorteile aus dem Produktionskostengefälle durch ver-

135 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 761.
136 Siehe Ziffer VII im DIN ISO 37301-Aufsatz: *Rack*, CB 2021, 433.
137 *Paefgen*, ZIP 2021, 2011; RG 53, 54, 59: erstmals unterschieden zwischen privatrechtlichen Organisationspflichten und öffentlich-rechtlich zu organisierenden Pflichten; Beschlussempfehlung des 11. Ausschusses, BT-Drucks. 19/30505 vom 9.6.2021, S. 38.
138 *Paefgen*, ZIP 2021, 2011, mit Hinweisen auf die privatrechtliche Verantwortlichkeit für die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Pflichten bei der Unterhaltung eines Weges nach RGZ 54, 53, 59.
139 *Gehling/Ott/Lüneborg*, CCZ 2021, 230.
140 NJW 2019, 3527; IPRax 2019, 317; *Paefgen*, ZIP 2021, 2018.
141 OLG Hamm, 30.11.2017 – 5 U 15/17.
142 *Paefgen*, ZIP 2021, 2009.

nachlässigte Arbeitsbedingungen ziehen. Vorkehrungen zum Schutz der Mitarbeiter der Zulieferfirmen am Ende der Lieferkette müssen vom Endabnehmer organisiert werden.

23. Interne und externe Unternehmensorganisationspflichten

Das Unternehmensorganisationsrecht unterscheidet zwischen interner und externer Organisation legalen Verhaltens.[143] Die Erfüllung dieser Legalitätspflicht ist zunächst unternehmensintern zu organisieren, indem Vorstände und Geschäftsführer sich selbst legal verhalten und vor allem dafür sorgen, dass ihre Angestellten sich ebenfalls legal verhalten und die an sie delegierten Unternehmenspflichten einhalten. Diese typische Compliance-Situation, die mit Compliance-Management-Systemen in der Unternehmenspraxis organisatorisch bewältigt wird, gleicht der Pflichtenlage des Lieferkettengesetzes, nur mit dem Unterschied, dass Vorstände und Geschäftsführer ihre Einflussmöglichkeiten nicht nur gegenüber den eigenen Angestellten, sondern auch extern gegenüber den unmittelbaren und mittelbaren Lieferanten durchsetzen müssen, mit denen sie Lieferverträge abschließen und vollziehen. Durch das LkSG werden den Unternehmen zur Legalitätspflicht entlang der Kette ihrer Lieferanten verpflichtet.

Im LkSG kommt die Unterscheidung zwischen interner und externer Unternehmensorganisation in § 2 Abs. 5, 6, 7 und 8 LkSG zum Ausdruck. Die Pflichten des LkSG beziehen sich

- erstens auf das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich (§ 2 Abs. 5 Ziff. 1 LkSG),
- zweitens auf das Handeln eines unmittelbaren Zulieferers (§ 2 Abs. 5 Ziff. 2 LkSG) und
- drittens auf das Handeln eines mittelbaren Zulieferers (§ 2 Abs. 5 Ziff. 3 LkSG).

340

a) Unternehmensinterne Organisation des Endabnehmers

Betroffen ist der eigene Geschäftsbetrieb des Unternehmens nach § 2 Abs. 6 Ziff. 2 LkSG, unabhängig davon ob die Tätigkeit an einem Standort im In- oder Ausland vorgenommen wird. Hierbei handelt es sich um die unternehmensinterne Organisation, durch die die Legalitätspflicht gegenüber den eigenen Angestellten im In- und Ausland zu erfüllen ist. Dazu gehört es auch, die menschenrechtlichen und umweltrechtlichen Standards nach dem LkSG zu erfüllen.

b) Unternehmensexterne Organisation des unmittelbaren und mittelbaren Zulieferers

§ 2 Abs. 7 LkSG überträgt die Organisationspflichten unternehmensextern auf unmittelbare Zulieferer, worunter das LkSG Vertragspartner versteht, deren Zulieferung für die Herstellung des Produkts des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistungen notwendig sind. Hierbei handelt es sich um die externe Unternehmensorganisation.

Das Gleiche gilt nach § 2 Abs. 8 LkSG für mittelbare Zulieferer, deren Zulieferung für die Herstellung des Produkts des Unternehmens notwendig sind, ohne dass eine unmittelbare Zulieferbeziehung besteht. Bei der unternehmensinternen Arbeitsteilung hat das nach dem LkSG verpflichtete Unternehmen den größten Einfluss, weil die unternehmensinternen Organisationspflichten, die in einer Vielzahl von Reichsgerichts- und BGH-Urteilen in Einzelfällen entwickelt wurde. Zu beantworten ist die Frage, welche Vorkehrungen die zur Organisation verpflichteten Vorstände und Geschäftsführer organisatorisch veranlassen müssen, um den Vorwurf des Organisationsverschuldens im Lieferketten-Compliance präventiv zu vermeiden.

Organisationspflichten gelten als Haftungszurechnungsregeln. Für jeden noch so „abwegigen Schadensverlauf" lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die die jeweiligen Schäden verhindert hätten.[144] Organisationspflichten werden regelmäßig nach dem Schadensfall ex-post formuliert. Diese Verhaltensanomalie ist als Rückschaufehler oder hinsight bias bekannt. „Gerichte befinden über Management-Entscheidungen in Kenntnis der mittlerweile eingetretenen Tatsachen", obwohl sie das Verhalten der handelnden Person ex-ante zu beurteilen haben.[145] Im Ergebnis wird jeder Verstoß gegen eine Pflicht durch ein Mehr an Organisation für vermeidbar erklärt.[146] Weil jede Haftung sich auf einen Organisationsfehler zurückführen lasse,[147] wächst das Risiko für Organmitglieder aufgrund ihrer Allzuständigkeit und ihrer Überwachungspflicht über alle Mitarbeiter, dass jegliches deliktische Verhalten der Mitarbeiter über eine Organisationspflichtverletzung den Organen zugerechnet werden kann.[148] Dieses Risiko wächst weiter durch die Ausdehnung der unternehmensexternen Organisationspflicht auf Zulieferer. Der einzige Schutz vor diesem Haftungsrisiko für Unternehmensleiter ist die Unterhaltung eines Compliance-Management-Systems im Unternehmen als auch entlang der Lieferkette, um gegen Rechtsverstöße den Nachweis führen zu können, alles Organisatorische veranlasst zu haben, um Menschenrechtsverstöße zu verhindern.

In den meisten Fällen dienen die aus der Rückschau formulierten Organisationspflichten der Rechtsprechung allerdings für künftige Fälle als verbindliche Vorgaben, soweit sie verallgemeinerungsfähig sind und damit eine Bindungswirkung für Organisationsverpflichtete begründen.

24. Die Organisation der Lieferketten-Compliance als unternehmensexterne Organisation gegenüber Zulieferunternehmen nach ständiger Rechtsprechung

Die Organisation der Legalitätspflicht entlang der Lieferkette ist zu der unternehmensexternen Organisation zu zählen. Gegenüber dem unternehmensinternen Bereich schwächt die Rechtsprechung dagegen für die unternehmensexterne Organisation die Organisationspflichten ab.[149] Den Hersteller treffen im Verhältnis zum Zulieferer nicht die gleichen Pflichten wie für die vergleichbare Produktion im eigenen Werk, die in die Organisationspflicht einbezogen ist. Der Hersteller kann sich bereits durch die sorgfältige Auswahl und Überwachung des Zulieferers entlasten. Die Pflicht zu organisatorischen Maßnahmen gegenüber Vertragspartnern wurde in aller Regel bisher den Zulieferunternehmen überlassen.[150] Die organisatorischen Auswahl- und Überwachungspflichten des Herstellers werden in Abhängigkeit von den konkreten rechtlichen Einflussmöglichkeiten bestimmt. Der BGH hat im Spannkupplungsfall den Endabnehmer der zugelieferten gehärteten

143 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, 744 u. 748.

144 *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 82, 83–92, 71, 53, 206; bestätigt wird dies durch die BGH-Rechtsprechung, die nachträglich Organisationspflichten z. B. einer Bank bei der Ausstellung einer Bankquittung formuliert, BGH NJW 1988, 881.

145 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 AktG, 3. Aufl., Anm. 56; *Goette*, in: Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 141.

146 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 748.

147 *Simitis*, Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags (DJT) 1968, C5 (35, 52).

148 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 845.

149 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 748; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Personen, 1997, S. 302.

150 BGH, 30.10.1981, NJW 1982, 440 (441), Vermeidung von Lärmbelästigung durch Speditionsverkehr.

Spannkupplung als Hersteller verpflichtet, da er die Herrschaft über den konkreten Herstellungsprozess und damit auch über seine organisatorische Ausgestaltung hatte.[151] Im Schwimmerschalterfall hat der BGH den Montageunternehmer und nicht den Zulieferer des Schalters verpflichtet, weil er allein die Ausführung und den Einbau des Schalters kontrollieren konnte.[152] Dass Organisationspflichten gegenüber Fremdunternehmen im Rahmen der unternehmensexternen Organisation nicht überspannt werden dürfen und die wirtschaftlichen Abhängigkeiten zu berücksichtigen sind, hat der BGH im Verhältnis zu Gasversorgungsunternehmen und den Montageunternehmen zum Ausdruck gebracht.[153] Die Kontrollpflichten des Gasversorgungsunternehmens sind bei langjähriger zuverlässiger und fehlerfreien Vertragsbeziehungen entsprechend anzupassen. Die Organisationspflichten werden bei der unternehmensexternen Organisation flexibel von den unterschiedlichen Abhängigkeitsgraden bestimmt.

Die Haftung des Herstellers nach § 823 Abs. 1 BGB für seine Zulieferer als Vertragspartner beschränkt sich auf seine Einwirkungsmöglichkeiten, im Gegensatz zur Haftung des Herstellers für seine Verrichtungsgehilfen, die im weisungsgebundenen Anstellungsverhältnis zum Hersteller stehen.

Die umfangreiche Rechtsprechung und Literatur zur unternehmensexternen Organisation, insbesondere das Verhältnis zwischen Hersteller und Zulieferer zeigen, dass unabhängig vom Lieferkettengesetz zivilrechtliche Haftung des Herstellers schon bisher begründet wurden. Es besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen internen Organisationspflichten eines Endabnehmers und den Organisationspflichten für externe Beziehungen zu dessen Lieferanten.[154] Der Grund für die Gleichstellung zwischen interner und externer Organisationspflicht besteht in dem „gedachten einheitlichen Herstellungsprozess", der zwischen den Unternehmen der Lieferkette arbeitsteilig organisiert wird und von dem alle Beteiligten der Lieferkette von den Vorprodukten bis zum Endprodukt profitieren.[155]

Dieses zivilrechtliche Haftungsrisiko lässt der Gesetzgeber des Lieferkettengesetzes nach § 3 Abs. 3 S. 3 LkSG „unberührt", sodass es für die Praxis von großer Bedeutung ist. Insbesondere sind die Organisationspflichten des Endabnehmers in der Lieferkette interessant, um den Entlastungsbeweis zu organisieren. Die Abnehmerunternehmen in der Lieferkette müssen daran interessiert sein, wie sie das gestiegene Haftungsrisiko nach dem Lieferkettengesetz abwenden können.

25. Die unternehmensexternen Organisationspflichten nach dem LkSG

Die Besonderheit der Delegationspflicht besteht darin, dass die Pflichten zum Schutz von Menschenrechten und Umweltstandards erstens an die eigenen Unternehmensmitarbeiter und zweitens zusätzlich auf die vertraglich verbundenen Zulieferunternehmen zu delegieren sind. Die Form der Delegation kann nicht die Zuweisung im Rahmen des Direktionsrechts nach § 106 GewO sein, sondern ist nur in einem Zuliefererervertrag verbindlich zu vereinbaren. Die Gestaltung des Zuliefererervertrages muss die Einhaltung der Menschenrechte absichern, indem Vertragsstrafen, Kündigungsrechte, Kontrollmöglichkeiten durch Audits, Referenzangaben in vorvertraglichen Verhandlungen vereinbart werden, die möglichst dem unternehmensinternen Management-System zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt gleichen.[156] Ein Maßstab bietet die neue DIN ISO 37301 zur Unternehmensführung. Sie beinhaltet sechs Organisationspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Organe eines Unternehmens. Sie gilt für alle Arten von Organisationen ungeachtet der Art, der Größen, der Natur, der Aktivität und unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche, private oder gemeinnützliche Organisation handelt.

26. Die internationale Geltung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes

Organisiert wird die Einhaltung des Lieferkettengesetzes entlang der Lieferkette durch den Endabnehmer in Deutschland und nicht im Land der ausländischen Zulieferer. Der Schaden durch die Verletzung von Schutzvorschriften für Menschenrechte und Umwelt entsteht am Erfolgsort im Ausland. Nach Artikel 4 Abs. 1 Rom-II-VO findet bei Menschenrechts- und Umweltverletzungen im Ausland das jeweils geltende Recht am Ort des Schadenseintritts Anwendung.[157] Im KiK-Fall wurde vor dem Landgericht Dortmund pakistanisches Recht angewendet.[158] Das Recht eines anderen Staates als das Recht am Ort des Schadenseintritts findet nur dann Anwendung, wenn eine wesentlich engere Verbindung zu diesem Staat nach Art. 4 Abs. 3 Rom-II-VO besteht. Bei Umweltschäden nach Art. 7 Rom-II-VO kann das Recht des Staates gelten, von dem aus der Schaden verursacht worden ist.

Nach dieser Rechtslage würde in der Regel das deutsche LkSG bei Verstößen gegen menschenrechtliche und umweltrechtliche Vorschriften im Ausland nicht zur Anwendung kommen. Nur wenn das LkSG als Eingriffsnorm nach Art. 16 Rom-II-VO ausgestaltet wäre, könnte das LkSG auch am Ort des Schadenseintritts zur Anwendung kommen.

Nachdem die Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 LkSG keine zivilrechtliche Haftung begründen, kann diese Regelung als sinnvolle Klarstellung dafür verstanden werden, dass die Sorgfaltspflichten des LkSG nicht die rechtliche Qualität einer Eingriffsnormen im Sinne von Art. 16 Rom-II-VO haben soll, wonach deutsche Gerichte das LkSG als zwingendes auch im Ausland geltendes Rechts anzuwenden hätten.[159] Danach könnten sich Geschädigte nicht auf Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden berufen. Eingriffsnormen sind nach Art. 9 Rom-I-VO zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen sozialwirtschaftlichen Organisation angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

Der Gesetzgeber hat mit seinem Nichtanwendungsbefehl gemäß § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG auf die Einstufung des LkSG als zwingendes auch im Ausland geltenden Rechts verzichtet.

Weiter legt *Leuering*[160] die Anordnung zur Nichtanwendung aus. Er will auch Organisationsrechtsverletzungen ausgeschlossen wissen. Bedenkt man den eingeschränkten Einfluss des Endabnehmers im

341

151 BGH, 3.6.1975, NJW 1975, 1827 (1828) – Spannkupplungsfall; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 749.
152 BGHZ 67, 359 (362) – Schwimmerschalterfall.
153 BGH, 30.9.1985, NJW-RR 1987, 147 – Gasversorgungsfall.
154 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 721.
155 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 721.
156 *Wagner/Ruttloff*; CB 2021, 93.
157 *Mittwoch*, RiW 2020, 399, Fn. 31 mit Hinweisen auf das KiK-Verfahren.
158 *Rünz*, ZVertriebR 2020, 297.
159 *Ehmann/Berg*, GWR 2021, 291.
160 *Leuering*, NZG 2021, 753, 754; *Paefgen*, ZIP 2021, 2006; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss) BT-Drucks. 19/30505 vom 9.6.2021, S. 38.

Inland gegenüber den Zulieferern und berücksichtigt, dass der Endabnehmer am Ort des Schadenseintritts keinerlei Möglichkeiten hat, Menschenrechtsverletzungen oder Umweltschutzmaßnahmen durchzusetzen, wird der Wille des Gesetzgebers verständlich und nachvollziehbar, dass er den Endabnehmer nur auf Organisationspflichten im Inland, insbesondere auf die Vertragsgestaltung gegenüber dem Zulieferer aus dem Ausland verpflichten kann. Der Endabnehmer soll nur soweit zur Organisation verpflichtet werden, wie sein Einfluss reicht, nämlich auf die Gestaltung und den Vollzug des Vertrages einschließlich des Abbruchs der Vertragsbeziehungen zum Zulieferer als letztem Mittel. Die zivilrechtlichen Organisationspflichten zum Bemühen von Gestaltung und Vollzug des Zuliefererervertrages können vom Endabnehmer auch unabhängig vom Verhalten der Zulieferer zum LkSG verlangt werden. Er kann nicht für den Erfolg von Opferschutz und Umweltschutz am Schadenseintrittsort im Ausland haften, weil die Erfüllung und der Vollzug des Zuliefererervertrags außerhalb seiner Einflussmöglichkeiten und außerhalb der Reichweite der deutschen Rechtsordnung liegt. Er kann dafür haften, dass der Zulieferer die vor Ort geltenden Menschenrechtsschutzvorschriften kennt, sich zur Einhaltung und zu Vertragsstrafen verpflichtet sowie über die Vertragserfüllung berichtet. Er kann nicht für Verstöße gegen Menschenrechts- und Umweltschutzvorschriften haften, die durch den Vertragsbruch seines Zulieferers verursacht wurden.

Wenn *Leuering* ganz allgemein den Ausschluss der zivilrechtlichen Haftung einschließlich der persönlichen Organhaftung von Geschäftsleitern für Schäden des Unternehmens ausgeschlossen sehen will, dann widerspricht dies erstens dem Gesetzestext, der in § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG die unabhängig von diesem Gesetz begründete „zivilrechtliche Haftung" unberührt lassen will. Dieses Haftungsrisiko der Organe durch Organisationspflichtverletzungen nach der Rechtsprechung des BGH darf nicht verkannt werden. Vielmehr empfiehlt es sich, durch ein Compliance-Management-System sämtliche in der Rechtsprechung entwickelten Organisationspflichten präventiv abzuwenden. Erfüllt das Endabnehmerunternehmen nicht die von der ständigen Rechtsprechung vorentwickelten Organisationspflichten im Rahmen der Lieferketten-Compliance, und kommt es zu Schäden durch Menschenrechtsverletzungen oder zu Verstößen gegen umweltrechtliche Vorschriften, können Ansprüche wegen Organisationsverschuldens auch von Geschädigten im Ausland begründet werden. Es handelt sich um die zivilrechtliche Haftung, die vom Lieferkettengesetz unberührt bleibt und sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergibt. An diesem Haftungsrisiko ändert sich nichts dadurch, dass die Organisationspflichten aus der Rechtsprechung inzwischen nach §§ 3–10 LkSG als öffentlich-rechtliche Sorgfaltspflichten kodifiziert sind, deren Einhaltung nach der Rechtsprechung zur Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern gehört.[161]

Zweitens spricht für diese Argumentation auch die Prozessstandschaftregelung gemäß § 11 LkSG, die weitgehend gegenstandslos wäre, wenn der Haftungsausschluss gemäß § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG jede zivilrechtliche Haftung für Organisationsverschulden ausschließen sollte.

Die Begründung einer Haftung aufgrund der Verletzung von Organisationspflichten entspricht dem Beratungsergebnis im Gesetzgebungsverfahren, wonach die zivilrechtliche Haftung für die Verletzung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten nicht gänzlich ausgeschlossen sein soll, sondern ebenfalls nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen ist.[162]

Nach Art. 17 Rom-II-VO sind „die Sicherheit- und Verhaltensregeln zu berücksichtigen, die an dem Ort und zu dem Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft sind." Wenn das haftungsbegründende Ereignis in der Verletzung von Organisationspflichten der Organe des Endabnehmers in Deutschland gesehen wird, sind die gesetzlich geregelten Organisationspflichten des LkSG als Verhaltenspflichten in das anwendbare ausländische Recht einzubeziehen, sodass die Verletzung einer Organisationspflicht nach dem LkSG auch eine Haftung nach ausländischem Deliktsrecht begründen kann.[163]

27. Die Innenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern gegenüber der Gesellschaft

Für die Innenhaftung von Organmitgliedern gegenüber ihrer Gesellschaft ist die Anspruchsgrundlage § 93 Abs. 2 S. 1 AktG für Vorstände einer AG, § 43 GmbHG für Geschäftsführer einer GmbH und § 278 Abs. 3 AktG in Verbindung mit § 93 Abs. 2 S. 2 AktG für geschäftsführenden Gesellschafter einer KGaA.

Die Organe haften für die Einhaltung ihrer Legalitätspflicht, sich selbst legal zu verhalten und Angestellten zu überwachen, dass sie die Pflichten des Unternehmens einhalten. Zu erfüllen sind sämtliche Pflichten nach dem Lieferkettengesetz, insbesondere die Organisationspflichten nach §§ 3–10 LkSG und die Pflichten nach § 2 Abs. 1–5 LkSG i. V. m. den Übereinkommen 1–13 der Anlage, deren Einhaltung zu organisieren ist. Die Organisationspflichten ergeben sich aus der Rechtsprechung.[164] Die Pflichten sind zu ermitteln, intern an Angestellte zu delegieren und extern im Rahmen von Lieferkettenverträgen mit unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern zu delegieren. Die Rechtspflichten zum Schutze von Menschenrechten und der Umwelt sind regelmäßig zu aktualisieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren.

Zu ermitteln sind die Risiken aus Sachverhalten, die zu Verletzungen der Rechtspflichten nach § 2 LkSG führen können. Besondere Aufmerksamkeit verdient § 2 Abs. 2 Nr. 12 LkSG. Dieser Auffangtatbestand zwingt über die Nr. 1–11 hinausgehenden Risiken für Menschenrechtsverletzungen zu erfassen, weil der Gesetzgeber zum Erfassen der Risiken verpflichtet, die außerhalb der gesetzgeberischen Fantasie liegen, aber gleichwohl zur Verletzung von Menschenrechten führen können. Feststeht lediglich die Wirkung, nämlich die Verletzung von Menschenrechten. Zu analysieren sind die Sachverhalte, die aufgrund von Prognosen zu Verletzungen führen können. Im Rahmen des Risiko-Mapping sind Erfahrungen systematisch zu sammeln, um Menschenrechtsverletzungen vorherzusehen und sie präventiv abwenden zu können.

Geregelt sind damit die latenten Risiken die durch Schlussfolgerungen als Erfahrungen über Verletzungen von Menschenrechten und Umwelt zu erfassen sind. Latente Risiken sind nicht zu erkennen, sondern zu erdenken.

Als wichtigstes Instrument bietet sich die Gestaltung des Lieferkettenvertrages mit Zulieferern an. Die unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer sind im Vertrag zur Einhaltung der sechs Organisationspflichten in ihrem Unternehmen zu verpflichten.

---

161 *Ehmann/Berg*, GWR 2021, 291 V.

162 *Paefgen*, ZIP 2021, 2010 mit weiteren Nachweisen zum Verlauf im Gesetzgebungsverfahren; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss), BT-Drucks. 19/30505 v. 9.6.2021 S. 38.

163 *Ehmann/Berg*, GWR 2021, 191 mit Verweis auf *Mittwoch*, RiW 2020, 397, 393, Fn. 37.

164 Siehe Fn. 20.

Vertraglich sind bei der Organisation des Einkaufs und der Beschaffung schon bei der Auswahl der Zuliefererunternehmen Menschenrechtskriterien anzulegen, die einzuhaltenden Pflichten nach § 2 LkSG aufzulisten, die unmittelbaren und mittelbaren Zulieferer zur Einhaltung zu verpflichten, systematische Kontrollen darüber zu vereinbaren, ob die vereinbarten Pflichten zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt eingehalten werden. Die Umsetzung und Effektivität der Maßnahmen sind mindestens einmal pro Jahr zu überprüfen. Präventionsmaßnahmen nach § 6 LkSG sind im Lieferkettenvertrag zu vereinbaren. Einmal im Jahr ist gemäß § 6 Abs. 5 LkSG die Vollzugskontrolle im Rahmen des Lieferkettenvertrages durchzuführen. Wurden Menschenrechtsverletzungen begangen, sind Abhilfemaßnahmen nach § 7 LkSG nachzuweisen.

Im Vertrag sind Sanktionen für den Fall von Vertragsverletzungen zu vereinbaren. Als letztes Mittel ist der Abbruch der Geschäftsbeziehungen unter vertraglichen Bedingungen zu vereinbaren. Der Abbruch von Geschäftsbeziehungen muss als ultima ratio gelten, wenn andere Maßnahmen erfolglos bleiben.[165]

Zur Vermeidung der Haftung wegen Organisationsverschuldens ist zu empfehlen, die schon existierende vorgestellte höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Organisationspflichten zu beachten. Diese Rechtsprechung ist zwar verbindlich aber nicht so zugänglich, wie eine gesetzliche Regelung. In ihren Einzelfällen bietet sie konkrete Hinweise. Für Geschäftsleiter ergibt sich ein erheblicher Beratungsbedarf. Bei fehlenden eigenen juristischen Vorkenntnissen sind Geschäftsleiter nach der Rechtsprechung des BGH im ISION-Urteil verpflichtet, Rechtsrat von Rechtsanwälten einzuholen und das Beratungsergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.[166] Alle vorhandenen Informationsquellen sind nach der IKB-Rechtsprechung zu erschöpfen.[167] Dabei handelt es sich um Organisationspflichten zur Ermittlung von Rechtspflichten des Unternehmens in der Lieferketten-Compliance. Zu Recht wird darauf hingewiesen, die Bedeutung der Rechtsvergewisserungspflicht zu beachten, um den Beratungsbedarf bei den kasuistischen Vorgaben der Rechtsprechung zu erfüllen. Mit der Einhaltung dieser Verfahrensvorschriften lässt sich präventiv der Vorwurf des Organisationsverschuldens abwenden.[168]

Schließlich darf der Haftungsumfang nicht verkannt werden. Den Organen und dem Unternehmen drohen im Rahmen der Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft die Inanspruchnahme wegen Schäden der Reputation, durch Verluste von Aufträgen, durch hohe Bußgelder bis zu 2% vom Jahresumsatz. Durch Imageverluste und Umsatzeinbußen können durch das hochsensible Thema von Menschenrechtsverletzungen erhebliche Schäden verursacht werden.

28. Das Haftungsrisiko einer deliktischen Außenhaftung für Vorstände und Geschäftsführer nach der BGH-Rechtsprechung

Grundsätzlich besteht die Legalitätspflicht des Organs einer Gesellschaft, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt, nur im Verhältnis gegenüber der Gesellschaft, nicht im Verhältnis zu außenstehenden Dritten.[169] Vorstände und Geschäftsführer haben sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass die Angestellten des Unternehmens ebenfalls die Rechtspflichten des Unternehmens einhalten. Davon zu unterscheiden ist die Organisationspflicht der juristischen Personen, die als Verkehrspflicht gegenüber jedermann zu verstehen ist und deren Verletzung durch schuldhaftes Handeln oder Unterlassen des Organs nach § 31 BGB der juristischen Person zugerechnet wird.[170] Die Rechtsprechung weitet die Haftung aus Organisationspflichtverletzungen des Unternehmens auf die Haftung der Organmitglieder gegenüber Dritten aus. In der zweiten Baustoff-Entscheidung hat der BGH den Geschäftsführer einer in die Insolvenz gefallenen GmbH dafür persönlich haften lassen, dass das Vorbehaltseigentum eines Baustofflieferanten durch Einbau verloren ging.[171] Im Ergebnis kam es zu einer Doppelhaftung der Gesellschaft als auch der persönlichen Haftung des Geschäftsführers. Den Geschäftsführer traf durch seine Stellung eine Garantenpflicht zum organisatorischen Schutz des Eigentums Dritter, unabhängig davon, dass die Organisationspflicht des Geschäftsführers grundsätzlich nur im Innenverhältnis gegenüber der GmbH besteht. Den Geschäftsführer treffen aufgrund seiner Organstellung nicht nur Pflichten gegenüber der Gesellschaft als deren Organ, sondern „aus besonderen Gründen" Pflichten aufgrund einer Garantenstellung zum Schutz fremder Rechtsgüter, die nach § 823 Abs. 1 BGB als Rechtsgüter absolut geschützt werden. Die Voraussetzung, dass „besondere Gründe" vorliegen müssen, macht deutlich, dass die Außenhaftung gegenüber Dritten die Ausnahme und nicht die Regel ist. „Dies kann im außervertraglichen, deliktischen Bereich insbesondere wegen einer dem Geschäftsführer als Aufgabe zugewiesenen oder von ihm jedenfalls in Anspruch genommenen Garantenstellung zum Schutz fremder Rechtsgüter im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB der Fall sein."[172] Der BGH gibt keine Kriterien zur Beurteilung, für welche besonderen Gefahren das Organmitglied persönlich zum Schutz gegenüber Dritten verpflichtet ist und haften kann.[173] Die Garantenpflicht besteht nach dem BGH grundsätzlich gegenüber Personen, die dem deliktsrechtlichen Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB unterfallende Rechtsgüter „der Einflusssphäre der Gesellschaft anvertraut haben". Ähnlich hat der BGH im Fall Kirch/Breuer aus einem Kreditverhältnis zwischen dem Kläger Kirch und der Deutschen Bank Interessenwahrungs- und Loyalitätspflichten abgeleitet, für deren Verletzung der Deutsche Bank Vorstand Breuer nach § 823 Abs. 1 BGB persönlich gegenüber den Bankkunden einzustehen habe.[174] In einem jüngeren Urteil hat der BGH die persönliche Haftung des Geschäftsführers gegenüber einem Vertragspartner einer GmbH grundsätzlich bejaht, im Ergebnis die Haftung aber abgelehnt, weil kein absolut geschütztes Rechtsgut nach § 823 Abs. 1 BGB verletzt wurde.[175] In dieser jüngeren Entscheidung lässt der VI. Zivilsenat des BGH erkennen, dass die Rechtsprechung des „Baustoff"-Urteils offenbar grundsätzlich weiter verfolgt wird. Vor der Ausweitung der Geschäftsleiterhaftung auf eine Organaußenhaftung auch aus besonderen Gründen in Abweichung vom Grundsatz der Innenhaftung wird nachdrücklich gewarnt.[176]

Die Möglichkeit einer Organaußenhaftung wird im Zusammenhang mit den im zweiten Abschnitt des LkSG geregelten Sorgfaltspflichten deshalb in Betracht gezogen, weil ganz ausdrücklich durch die Sorg-

165 *Wagner/Ruttloff/Wagner/Hahn*, CB 2021, 89; *Gehling/Ott/Lüneborg*, CCZ 2021, 235.
166 BGH, NJW-RR 2011, 1670 – ISION-Urteil.
167 OLG Düsseldorf, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung.
168 *Paefgen*, ZIP 2021, 2013.
169 BGH, NJW 2019, 2164 – Griff-in-die-Kasse.
170 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 844.
171 BGHZ 109/297, 299; ZIP 1990, 35 – Baustoff, bestätigt durch BGH, ZIP 1996, 786 – Lamborghini-Nachbau.
172 BGHZ 109, 297, 303 – Baustoff.
173 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 845.
174 BGHZ 166, 84, 113; *Paefgen*, ZIP 2021, 2015.
175 BGH, NJW 2019, 2166 – Griff-in-die-Kasse.
176 *Paefgen*, ZIP 2021, 2015, mit weiteren Nachweisen aus der Literatur.

faltspflichten als Organisationspflichten der Schutz auf menschenrechtlich geschützte Personen erweitert wird, die entlang der Zulieferkette in Zulieferunternehmen einen Beitrag zum Endprodukt leisten und in diesem einheitlich gedachten Produktionsvorgang entlang der Lieferkette in ihren Menschenrechte durch Kinderarbeit, Zwangsarbeit oder bei Entlohnung unter dem Existenzminimum verletzt werden können.

Dieses Haftungsrisiko gilt es zunächst zu erkennen und durch klarstellende vertragliche Vereinbarungen in den Zulieferverträgen möglichst zu vermeiden und von den Einflussmöglichkeiten abhängig zu machen. In diesem Zusammenhang ist darauf abzustellen, dass das Gesetz lediglich eine Bemühenspflicht aber weder eine Erfolgspflicht noch eine Garantiehaftung begründet.[177] Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Einfluss im Rahmen der unternehmensexternen Organisation in der Lieferkette im Vergleich zu unternehmensinternen Organisationen abnimmt. Wenn der Gesetzgeber weder eine Erfolgshaftung noch eine Garantiehaftung mit dem Gesetz bezweckt, kann dem Endabnehmer einer Lieferkette nicht unterstellt werden, eine Garantenpflicht gegenüber den Angestellten von Zulieferfirmen für Rechtsgüter übernehmen zu wollen, deren Schutz „der Einflusssphäre der Gesellschaft anvertraut" werden sollte. Die Übernahme der Schutzgarantie hätte die Folge, für Menschenrechtsverletzungen in Zulieferunternehmen persönlich im Rahmen der Organaußenhaftung einstehen zu müssen.

In den Zulieferverträgen empfiehlt es sich, klarstellende Vereinbarungen zu treffen, um die persönliche Organaußenhaftung gegenüber Dritten unter dem Hinweis eingeschränkter Einflussmöglichkeiten ausdrücklich auszuschließen.

344

29. Die Zertifizierung der Organisation nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz entlang der Lieferkette nach der DIN ISO 37301

Die Einhaltung der Organisationspflichten in Form der Sorgfaltspflichten nach § 3 LkSG können Vorstände und Geschäftsführer sich nach der neuen DIN ISO 37301 vom April 2020 zertifizieren lassen. Nach A.4.4 der DIN ISO 37301 dienen Compliance-Management-Systeme dazu, Non-Compliance zu verhindern, zu erkennen und darauf zu reagieren. Die DIN ISO 37301 ist eine international geltende Norm zur Einhaltung von Organisationspflichten. Sie eignet sich deshalb für die Zertifizierung der Pflichten im Lieferketten-Compliance entlang der international verbundenen Unternehmen. Die Organisationspflichten gelten international und bieten sich deshalb als Kontroll- und Nachweisinstrument an, dass deutsche Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes sich bemüht haben, ihre Organisationspflichten international länderübergreifend, entlang der Lieferkette durchzusetzen.[178] Die DIN ISO 37301 beinhaltet sechs Organisationspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Organe eines Unternehmens und stimmt damit mit der Rechtsprechung des BGH zur Unternehmensführungspflicht überein.[179] Die Unternehmenspflichten sind zu ermitteln, Ressourcen zur Erfüllung bereitzustellen, an Verantwortliche zu delegieren, zu aktualisieren, zu bewerten und zu dokumentieren.[180] Verstöße gegen Compliance-Verpflichtungen der Organisationen lassen sich dadurch vermeiden oder minimieren.[181] Nach der Regelung des Anwendungsbereichs in Ziffer A.1. DIN ISO 37301 gilt die Vorschrift für alle Arten von Organisationen, ungeachtet der Art der Größe und der Natur der Aktivitäten und unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche, private oder gemeinnützige Organisation handelt. Die Norm geht damit von einer branchenunabhängigen Pflicht zur Organisation aus.

Mit der Zertifizierung nach DIN ISO 37301 können Organe nachweisen, dass sie ihre Bemühenspflicht entlang der Lieferkette erfüllt haben, den Schutz von Menschenrechten und Umwelt entsprechend dem LkSG soweit wie möglich gesichert zu haben.

30. Lieferketten-Compliance im digitalen Zwilling als praktische Lösung

Die Lieferkette nach dem LkSG besteht zunächst aus drei Unternehmen, dem Endabnehmer, dem unmittelbaren Zulieferer und dem mittelbaren Zulieferer. Jedes Unternehmen hat wiederum eine Vielzahl von jeweils unmittelbaren und mittelbaren Unternehmen, die sternförmig ihren jeweils „notwendigen" Beitrag durch Vorprodukte zur Herstellung eines Produkts leisten. Räumlich sind die Standorte der Unternehmen entlang der Lieferkette oft weit voneinander getrennt. Trotz der räumlichen Entfernung ist in den einheitlich gedachten Herstellungsverfahren die Einhaltung der Menschenrechte zu kontrollieren. Als Lösung bietet sich der digitale Zwilling an.

Von jedem Zulieferunternehmen müssen die Endabnehmer einer Lieferkette Informationen über die Einhaltung der Pflichten aus dem LkSG einholen. Die in der Lieferkette durch Zulieferverträge verbundenen Unternehmen können sich mit dem gleichen Compliance-Management-System untereinander verlinken und die Kontrollergebnisse zur Einhaltung der Pflichten aus dem Lieferkettengesetz digital austauschen. Die Lieferkette lässt sich als digitaler Zwilling darstellen und erlaubt damit den Überblick über die Compliance-Ergebnisse aus den Unternehmen entlang der Lieferkette über die räumliche Entfernung zwischen den Unternehmen hinweg. Nicht erfüllte Pflichten werden grafisch rot dargestellt, sodass das Ergebnis der Compliance-Bemühungen zum Schutze von Menschenrechten und Umwelt an der digitalen Darstellung abgelesen werden kann. Das beigefügte Schaubild sollte einen ersten Eindruck über die Idee der Lieferkette im digitalen Zwilling vermitteln. Länderübergreifend lässt sich die Vollzugskontrolle der Lieferkettenverträge und damit die Erfüllung der Bemühenspflicht zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt nach dem Lieferkettengesetz digital dokumentieren und nachweisen.

II. Fazit

Menschenrechtswidrige Arbeitsbedingungen sollen durch das LkSG entlang der Lieferkette vermieden werden. Dazu schreibt das LkSG erstmals ein gesetzlich geregeltes Compliance-Management-System vor, mit dem die Leiter von Unternehmen die Einhaltung von Pflichten zum Schutze von Menschenrechten und Umwelt gewährleisten müssen. Einzuhalten sind zwei zu unterscheidende Arten von Pflichten. Die sechs Sorgfaltspflichten nach §§ 3–10 LkSG sind Organisationspflichten, von denen die Pflichten zu unterscheiden sind, deren Einhalten zu organisieren ist. Die zu organisierenden Pflichten zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt sind in § 2 LkSG geregelt. Die Pflicht zur Organisation umfasst das Ermitteln der Schutzpflichten, das Delegieren auf Mitarbeiter des Unternehmens, die Aktuali-

177 BT-Drucks. 19/28649, S. 2 B. Lösung.
178 *Rack*, Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durch die neue DIN ISO 37301, CB 2021, 433 f.; *Gehling/Ott/Lüneborg*, CCZ 2021, 236.
179 Anhang A.1. Anwendungsbereich 37301.
180 DIN ISO 37301, 6.2. b-f u. 6.3.
181 Einleitung 3, DIN ISO 37301 vom April 2020.

sierung, das Einhaltung, die Kontrolle und die Dokumentation. Diese sechs Organisationspflichten sind öffentlich-rechtlich geregelt, werden verwaltungsrechtlich durchgesetzt und mit Zwangs- und Bußgeldern sanktioniert. Die Organisationspflichten sind branchen- und produktunabhängig, die Schutzpflichten dagegen unterscheiden sich je nach Branche, Produkt und speziellen Arbeitsbedingungen.

Die gesetzlich öffentlich-rechtlich geregelten Organisationspflichten, benannt als Sorgfaltspflichten in §§ 3–10 LkSG, erweisen sich als kodifizierte Rechtsprechung. Das LkSG bestätigt mit den Sorgfaltspflichten die Organisationspflichten aus der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden. In einer Vielzahl von höchstrichterlichen Einzelurteilen wurden die sechs Organisationspflichten zu einem System entwickelt. Ihre Verletzung begründet die zivilrechtliche Haftung von Vorständen und Geschäftsführern wegen Organisationsverschuldens. Die zivilrechtliche Haftung bleibt nach der ausdrücklichen Regelung in § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG unabhängig von öffentlich-rechtlichen Regelungen in §§ 3–10 LkSG „unberührt" bestehen. Die zivilrechtliche Haftung aus der in diesen Beitrag ausführlich zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden beruht auf der Verletzung von zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten, die von Risikoquellen ausgelöst werden und diejenigen treffen, die die jeweilige Risikolage beherrschen und von ihr profitieren. Die Lieferketten erweisen sich als Risikoquellen für Menschenrechte und Umwelt. Auch wenn nach § 3 Abs. 3 Satz 1 LkSG die Verletzung der Pflichten aus dem LkSG keine zivilrechtliche Haftung begründen, bleibt das zivilrechtliche Haftungsrisiko nach § 3 Abs. 3 Satz 2 LkSG auf Grund der auch weiterhin verbindlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehen. Dieses zivilrechtliche Haftungsrisiko droht Unternehmensleitern zusätzlich neben den empfindlichen Sanktionen nach den Bußgeldvorschriften gemäß § 24 LkSG. Durch das Lieferketten-Compliance-Management-System lassen sich sowohl die Buß- und Zwangsgelder als auch das zivilrechtliche Haftungsrisiko vermeiden.

Analyse und Management von Risiken nach §§ 4 und 5 LkSG betreffen künftige Geschehensverläufe in der Lieferkette. Drohende Verstöße gegen Menschenrechte und präventive Schutzmaßnahmen liegen immer in der Zukunft. Der Streit über drohende Menschenrechtsverletzungen und wirksame Abhilfemaßnahmen ist vorprogrammiert und wird erfahrungsgemäße emotional von unterschiedlichen gesellschaftlichen und interessegeleiteten Standpunkten geführt. Ein Streit um konkurrierende Prognosen zu drohenden Menschenrechtsverletzungen und wirksamen Abhilfemaßnahmen ist ein Streit um Erfahrungssätze, die nur gelten, solange sie nicht widerlegt sind. Erfahrungssätze lassen sich nicht wie Fakten beweisen, sondern sind zu widerlegen. Die Definition des Risikobegriffs in § 2 Abs. 2 LkSG ist unzureichend, um den zu erwartenden Streit über drohende Menschenrechtsverletzungen und die Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen zu entscheiden.

Zur Fehlervermeidung bei Analyse und Management von Risiken sind entsprechend der zitierten Rechtsprechung alle konkurrierenden Prognosen zu erfassen, laufend mit dem aktuellen Erfahrungswissen zu vergleichen, dabei alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen, Widerlegungsversuchen auszusetzen und korrigierend anzupassen. Insbesondere sind Abhilfemaßnahmen daraufhin zu kontrollieren, ob sie so wirksam sind, wie es ursprünglich angenommen wurde und ob das eigene Einkaufs- und Beschaffungsverhalten menschenrechtswidrige Wirkungen hat. Bei Aussagen über drohende Menschenrechtsverletzungen und wirksame Abhilfemaßnahmen sind die beteiligten Interessen der Vertreter einer Prognose auf verborgene Interessenkonflikte kritisch zu hinterfragen.

Neu ist die gesetzlich geregelte Verpflichtung des Endabnehmers, im Compliance-Management-System die sechs gesetzlich und öffentlich-rechtlich geregelten Organisationspflichten auf die unternehmensexterne Organisation bei unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern entlang der Lieferkette durchzusetzen. Im Rahmen der damit geregelten Geschäftspartner-Due-Dilligence. werden Unternehmen damit verpflichtet, ihren Einfluss auf Zulieferer in Zulieferverträgen durchzusetzen, um Menschenrechte und Umwelt zu schützen. Verpflichtet sind sie zum Bemühen und nicht zur Erfolgsverantwortung. Im Zuliefervertrag sind die Zulieferer zu verpflichten, die Vorschriften des Lieferkettengesetzes einzuhalten und vertraglich stufenweise eskalierend bis zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu sanktionieren.

Zulieferverträge bieten die einzigen Einflussmöglichkeiten zur Durchsetzung von Opferschutz- und Umweltschutz entlang der Lieferkette.

Unternehmensleiter haften im Rahmen der Innenhaftung gegenüber ihren Gesellschaftern und ausnahmsweise gegenüber den Angestellten von Zulieferfirmen im Rahmen der Außenhaftung, wenn „deren Schutz dem Einfluss der Gesellschaft anvertraut werden sollte." Zu empfehlen ist im Zuliefervertrag klarstellend vertraglich zu regeln, ob der Schutz Dritter eingeschlossen oder ausgeschlossen sein soll.

Die Einhaltung der Organisationspflichten in Form der Sorgfaltspflichten nach §§ 3–10 LkSG können Vorstände und Geschäftsführer nach der DIN ISO 37301 zertifizieren lassen. Sie gilt international und beinhaltet sechs Organisationspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Organe eines Unternehmens und stimmt mit der Rechtsprechung des BGH zur Unternehmensführungspflicht überein.

345

Den Vertragspartnern eines Lieferkettenvertrages ist zu empfehlen, das gleiche Compliance-Management-System zu verwenden, um die Systeme untereinander zu verlinken und die Kontrollergebnisse zur Einhaltung der Pflichten aus dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz digital auszutauschen. Die Unternehmen entlang der Lieferkette lassen sich als digitaler Zwilling verlinken und erlauben den Überblick über die Compliance Ergebnisse. Über die räumliche Entfernung hinweg lässt sich die Vollzugskontrolle der Lieferkettenverträge und die Erfüllung der Bemühenspflicht zum Schutze von Menschenrechten und Umwelt digital dokumentieren und nachweisen.

Das Muster eines Zuliefervertrags können Interessenten anfragen unter: **rack@rack-rechtsanwälte.de**

AUTOR



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

ORGANISATIONS-PFLICHTEN	ANORDNUNG EINES CMS DURCH DIE UNTERNEHMENSLEITUNG	ERMITTELN VON		DELEGATION		AKTUALISIEREN
		RISIKEN	RECHTSPFLICHTEN	RISIKEN	RECHTSPFLICHTEN	RISIKEN
Nach LkSG	§ 6 Abs. 2 LkSG	Organisationsrisiko der Unkenntnis	Ermitteln der Risiken und Abwehrpflichten	Organisationsrisiko der Unzuständigkeit	Abwendung durch: Delegation der Pflichten	Organisationsrisiko der überholten Sachlage
		§ 5 Abs. 1 S. 1 LkSG (Risikoanalyse) § 8 LkSG (Beschwerde-verfahren)	§ 4 Abs. 2 LkSG (Risikomanagement)		§ 4 Abs. 3 LkSG (Benennung eines Menschenrechtsbeauftragten und Oberaufsicht durch die Geschäftsleitung) § 6 Abs. 3, 4 LkSG	§ 5 Abs. 4 LkSG § 8 Abs. 5 S. 2 LkSG § 5 Abs. 4 LkSG
SANKTIONEN		§ 24 Abs. 1 Nr. 2, 7 und 8 LkSG		§ 24 Abs. 1 Nr. 1 LkSG		§ 24 Abs. 1 Nr. 5 LkSG
ORGANISATIONS-PFLICHTEN	**ANORDNUNG EINES CMS DURCH DIE UNTERNEHMENSLEITUNG**	**ERMITTELN VON**		**DELEGATION**		**AKTUALISIEREN**
		RISIKEN	**RECHTSPFLICHTEN**	**RISIKEN**	**RECHTSPFLICHTEN**	**RISIKEN**
Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung	RGZ 78 S. 107 (Kutscher-Urteil); RG Warn. 1914 35 S. 50 (Neuzement-Urteil); RGJW 1914 (1914) S. 759 (Warenhaus-Urteil); RGZ 87 (1916) S. 1 (Heilsalz-Urteil); RGZ 89 (1917) S. 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil); RGJW (1923) S. 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RGJW 1938 S. 1651 (Kleinbahn-Urteil); RGJW 1938 S. 3162 (Streupflicht-Urteil); BGHZ 4 S. 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGHZ 11 S. 151 (Zinkdach-Urteil); BGHZ 17 (1955) S. 214 (Bleiwaggon-Urteil); BGHZ 24 (1957) S. 200 (Presseangriff-Urteil); MDR 1957 (1957) S. 214 (Streupflicht-Urteil II); BGHZ 32 (1960) S. 53 (Besitzdiener-Urteil); VersR 1959, S. 104 (Gießerei-Urteil); NJW 1961 (1961) S. 455 (Propagandisten-Urteil); VersR 1964, S. 297 (LKW-Unfall-Urteil); NJW 1968 (1968) S. 247 (Kfz-Zulieferer-Urteil); NJW 1971 (1971) S. 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH JZ 1978 (1978) S. 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).	Pflicht zur eigenen Informations-beschaffung nach der Rechtsprechung: (NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung); (BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 (Scheck-inkasso); BGHZ 132, 30, 36 (Wissensaufspaltung); NJW 2017, 3798 (Panzerhaubitzen-Urteil); 5 HKO 1387/10 (Neubürger-Entscheidung); 14 Sa 800/15 (Schienenkartell-Entscheidung); 9 Ca 1551,13 (Libor-Manipulation-Entscheidung); NJW 2013, 1958, Rn. 22 (Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte).		RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil); BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); MDR 1957, 214 (88) (Streupflicht-Urteil II); BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil); VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung); BGHZ 132,30, BB 1996, 924 (Wissensaufspaltung); s. dazu ausführlich Rack, CB 6/2013, S. 231; BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 (Wissenszurechnung beim Scheckinkasso).		NJW 2003, 358 ff. (Kurzarbeiter-Fall); BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Entscheidung); Rack, Die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen und ihre Aktualisierung als Organisationsproblem, CB 1/2013.
ZERTIFIZIERUNG NACH DIN EN ISO 37301		A.4.1. Informationsmanagement + Prüfen, was Sie über ihre Organisation wissen: was sie wo, wann und warum tut		Delegation an Organe nach 5.1.1 und 5.1.3 Delegation an Beauftragte mit Stabsfunktion nach 5.1.2. Delegation an die Erfüller nach 5.3.2.		6.3. DIN ISO 37301 6.4. DIN ISO 37301 6.3a u. 6.3b DIN ISO 37301 A.6.2. DIN ISO 37301

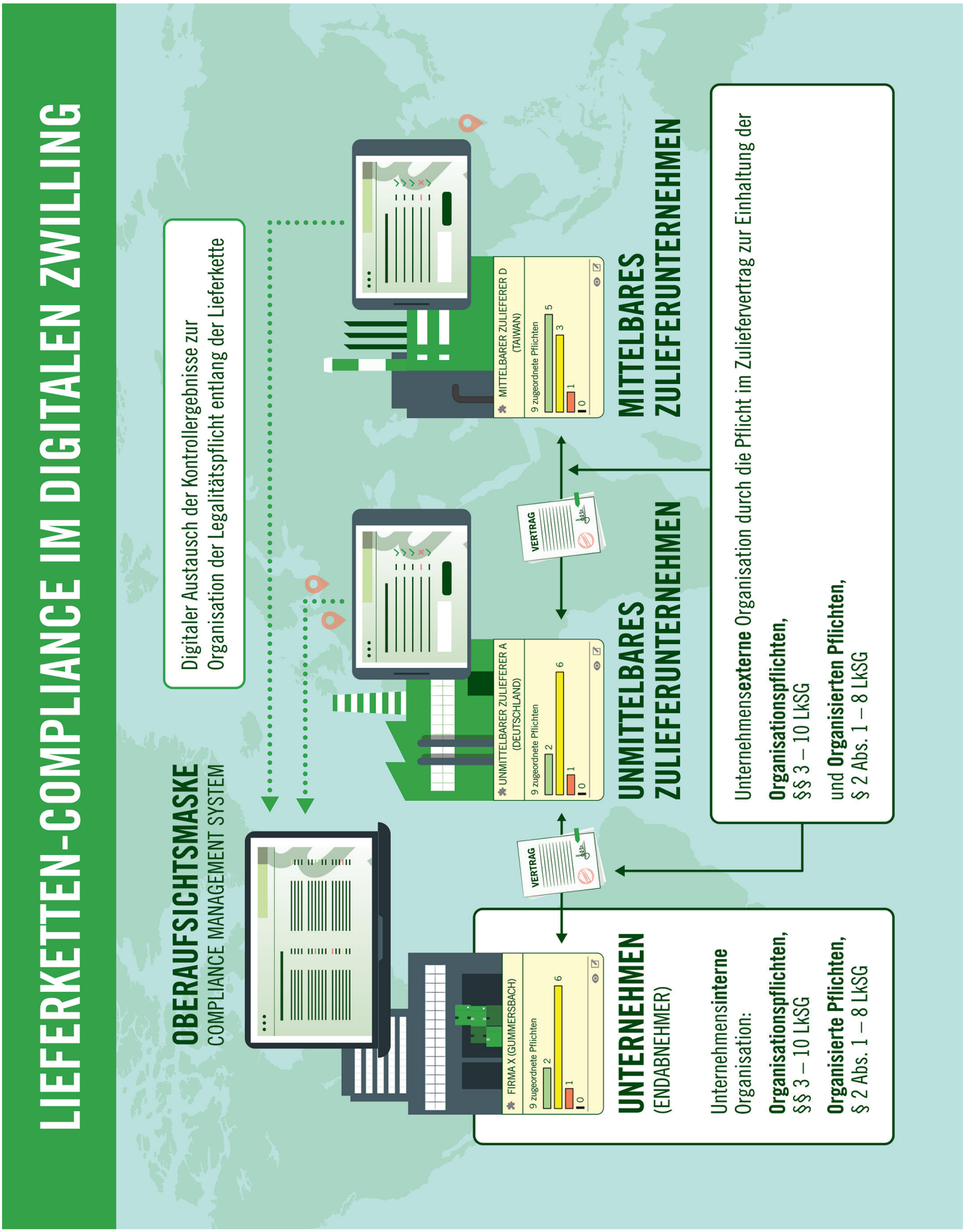
ORGANISIERTE RECHTSPFLICHTEN NACH § 2 ABS. 2 NR. 1-12 LKSG

1. Der Schutz von Menschenrechten nach § 2 Abs. 2 Nr. 1-12 LkSG
2. Das Verbot der Beschäftigung von Kindern unter dem zulässigen Mindestalter (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 LkSG)
3. Das Verbot der schlimmsten Form der Kinderarbeit für Kinder unter 18 Jahren (§ 2 Abs. 2 Nr. a-d LkSG)
4. Das Verbot der Beschäftigung von Personen in Zwangsarbeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 LkSG)
5. Das Verbot der Sklaverei oder sklavereiähnlicher Praktiken durch extreme wirtschaftliche oder sexuelle Ausbeutung oder Erniedrigung (§2 Abs. 1 Nr. 4 LkSG)
6. Das Verbot der Missachtung der nach dem anwendbaren nationalen Recht geltenden Pflichten des Arbeitsschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG)
7. Das Verbot der Missachtung der Koalitionsfreiheit (§ 2 Abs. 2 Ziff. 6 LkSG)
8. Das Verbot der Diskriminierung von Beschäftigten (§ 2 Abs. 2 Ziff. 7 LkSG)
9. Das Verbot des Vorenthaltens eines angemessenen Lohns (§ 2 Abs. 2 Ziff. 8 LkSG)
10. Das Verbot der Herbeiführung von schädlichen Bodenveränderungen, Gewässerverunreinigung, Luftverunreinigung, Lärmimmissionen und übermäßigem Wasserverbrauch zum Schutz menschenrechtlicher Schutzgüter (§ 2 Abs. 2 Ziff. 9 LkSG)
11. Das Verbot der widerrechtlichen Zwangsräumung und das Verbot des widerrechtlichen Entzugs von Land, von Wäldern und Gewässern zur Abwendung des Risikos des land grabbing (§ 2 Abs. 2 Ziff. 10 LkSG)
12. Das Folterverbot durch missbräuchlich eingesetzte Sicherheitskräfte (§ 2 Abs. 2 Ziff. 11 LkSG)
13. Das Verbot von Menschenrechtsverletzungen durch nicht in den Ziffern 1-11 aufgelisteten Verhaltensweisen (§ 2 Abs. 2 Ziff. 12)
14. Umweltbezogene Pflichten nach§ 2 Abs. 3 LkSG – Nr. 12 und 13 der Anlage

	ERFÜLLEN		KONTROLLIEREN		DOKUMENTIEREN	
RECHTSPFLICHTEN	RISIKEN	RECHTSPFLICHTEN	RISIKEN	RECHTSPFLICHTEN	RISIKEN	RECHTSPFLICHTEN
Aktualisierung der überholten Rechtslage	Organisationsrisiko der Untätigkeit	Abwendung durch Erfüllung der Pflichten	Organisationsrisiko der Untätigkeit und der fehlerhaften Pflichterfüllung	Abwendung durch Kontrollen	Organisationsrisiko der Beweisnot	Abwendung durch Dokumentation
§ 7 Abs. 4 LkSG Die Aktualisierung der Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen	§ 4 Abs.1,2 LkSG § 6 Abs. 1 LkSG § 7 Abs. 1-3LkS Einrichtung eines wirksamen CMS			§ 4 Abs. 3 S. 2 LkSG: Kontrolle durch Geschäftsleitung Unternehmensinterne Organisation: § 6 Abs. 3 LkSG: im eigenen Geschäftsbereich Unternehmensexterne Kontrolle: § 6 Abs. 4 LkSG: bei unmittelbaren Zulieferern § 6 Abs. 5 LkSG: Vollzugskontrolle		§ 10 LkSG fortlaufende Dokumentation und 7 Jahre Aufbewahrungspflicht
	§ 24 Abs. 1 Nr. 3 und 6 LkSG		§ 24 Abs. 1 Nr. 4 LkSG		§ 24 Abs. 1 Nr. 9 u. 10 LkSG	

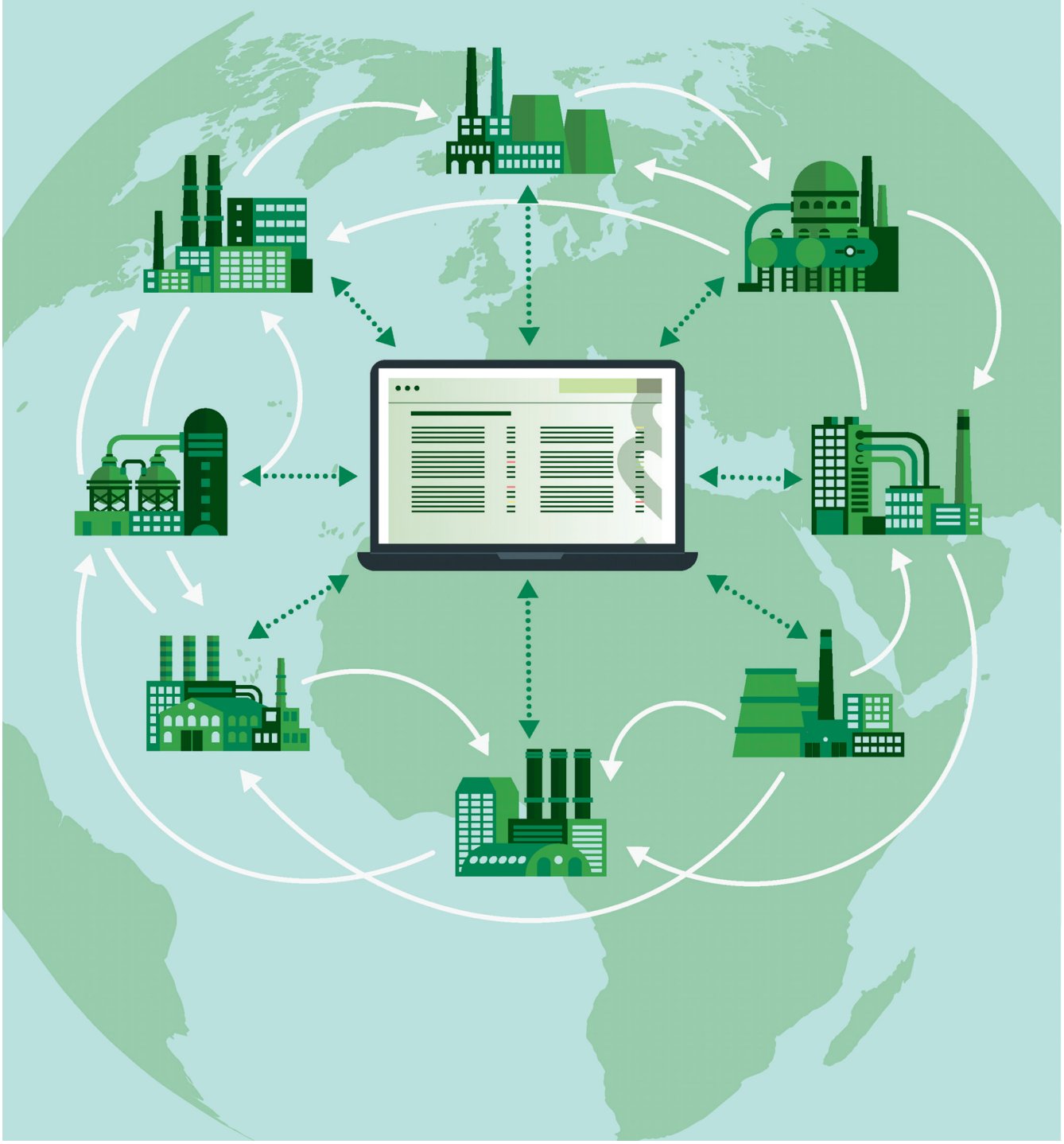
	ERFÜLLEN		KONTROLLIEREN		DOKUMENTIEREN	
RECHTSPFLICHTEN	RISIKEN	RECHTSPFLICHTEN	RISIKENW	RECHTSPFLICHTEN	RISIKEN	RECHTSPFLICHTEN
	RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerkurteil); RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RGJW 1938, 3162 (Streupflicht-Urteil); VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall); NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil); WM 2004, 2157 („Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand).		RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RGZ 87 1916, 1 (Heilsalz-Urteil); RGZ 89 (1917) S. 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil); BGHZ 24 (1957) S. 200 (Presseangriff-Urteil); BGHZ 32 (1960) S. 53 (Besitzdiener-Urteil); VersR 1959, S. 104 (Gießerei-Urteil); NJW 1961 (1961) S. 455 (Propagandisten-Urteil); RG Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RGJW 1923, 1026 (Fuhrwerk-Urteil); NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall); WM 2004, 2157, „Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand, Rack, CB 8/2014 S. 287.		BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Urteil); BGHZ 92, 143,wBB 1984, 1970 (Kupolofen-Urteil); BGHZ 132,30, 38 (Wissensaufspaltungs-Urteil).	
	5.3.2 DIN ISO 37301		8.2 9.1.1 9.1.4. 9.3c zur Organoberaufsicht und 9.2 zu Audits		Einleitung 6.4. 6.5. 9.1.5.	

SANKTIONEN, RECHTSFOLGEN UND ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG BEI VERSTÖSSEN GEGEN DAS LKSG	
1. Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Kontrollen	§ 19 LkSG: zuständige Behörde (BMAS) § 20 LkSG: Handreichungen branchenübergreifende oder branchenspezifische Informationen, Hilfestellungen, Empfehlungen usw. § 21 LkSG: Rechenschaftsbericht über Kontroll- und Durchsetzungen, Berichte über Verstöße und Abhilfemaßnahmen § 22 LkSG: Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge
2. Zwangs- und Bußgelder nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz	§ 23 LkSG: bis zu 50.000 Euro § 24 LkSG: bis zu 2 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes
3. Die unabhängig vom LkSG begründete und „unberührt" fortbestehende zivilrechtliche Haftung durch Organisationspflichtverletzungen nach § 3 Abs. 3 S. 2 LkSG nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung	
3.1 Organ-Innenhaftung gegenüber dem eigenen Unternehmen, § 93 AktG, § 43 GmbHG	
3.2. Organ-Außenhaftung gegenüber Dritten nach „Baustoff-Urteil" des BGH	


LIEFERKETTEN-COMPLIANCE IM DIGITALEN ZWILLING
OBERAUFSICHTSMASKE
COMPLIANCE MANAGEMENT SYSTEM
Digitaler Austausch der Kontrollergebnisse zur Organisation der Legalitätspflicht entlang der Lieferkette
UNTERNEHMEN
(ENDABNEHMER)
FIRMA X (GUMMERSBACH)
9 zugeordnete Pflichten
2
1
6
0
Unternehmensinterne Organisation:
Organisationspflichten, §§ 3 – 10 LkSG
Organisierte Pflichten, § 2 Abs. 1 – 8 LkSG
VERTRAG
UNMITTELBARES ZULIEFERUNTERNEHMEN
UNMITTELBARER ZULIEFERER A (DEUTSCHLAND)
9 zugeordnete Pflichten
2
1
6
0
VERTRAG
MITTELBARES ZULIEFERUNTERNEHMEN
MITTELBARER ZULIEFERER D (TAIWAN)
9 zugeordnete Pflichten
5
3
1
0
Unternehmensexterne Organisation durch die Pflicht im Zuliefervertrag zur Einhaltung der Organisationspflichten, §§ 3 – 10 LkSG und Organisierten Pflichten, § 2 Abs. 1 – 8 LkSG

348

LIEFERKETTEN-COMPLIANCE IM DIGITALEN ZWILLING



www.compliance-berater.de

Compliance Berater



CB

5 / 2023

Betriebs-Berater Compliance

27.4.2023 | 11.Jg
Seiten 137–200

EDITORIALS

Der Gesetzgeber vergisst die öffentliche Hand | I
Dr. Malte Passarge

Ich oute mich! | II
Jörg Bielefeld

Klare Absage an ein „supranationales Sanktionsregime“ | III
Tim Wybitul

350

AUFSÄTZE

Compliance-Verständnis im Wandel – ein Praxiseinblick | 155
Eric S. Soong und Tobias Ochs

Regelbefolgung als Herausforderung – Leitlinien für ein wirksames Compliance Management | 160
Prof. Dr. Martin R. Schulz

Compliance und das Präventionsparadox als Organisationsrisiko mit Regelungsbedarf | 166
Dr. Manfred Rack

Praxiseignung und offene rechtliche Fragen beim LkSG | 171
Dr. Malte Passarge

Der digitale Produktpass | 176
Dr. Carsten Schucht

Status-Compliance – Teil I | 182
Maximilian Lachmann

RECHTSPRECHUNG

BGH: Maskenaffäre – Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern | 189

OLG Zweibrücken: Geschäftsführerhaftung im Zusammenhang mit Phishing-E-Mails | 197

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack

Compliance und das Präventionsparadox als Organisationsrisiko mit Regelungsbedarf

Vor allem Compliance-Beauftragte und -Berater haben einen unverhältnismäßig hohen Argumentationsaufwand zu überwinden, um die verantwortlichen Organe von der Notwendigkeit und den Vorteilen eines Compliance-Management-Systems zu überzeugen. Vor jeder Entscheidung für ein Compliance-Management-System (CMS) muss lange argumentiert werden. Dabei wird auf die BGH-Rechtsprechung zurückgegriffen, werden die typischen Organisationsrisiken durch Fehlverhalten von Entscheidungsträger erläutert und zuletzt von der Krise der D&O-Versicherungen berichtet, die Managern keine Sicherheiten mehr bieten. Gerade unter betriebswirtschaftlich orientierten Geschäftsleitern wird darauf die Frage nach dem Nutzen für den Aufwand gestellt. Dieser ist nicht ohne Weiteres nachzuweisen, was durch das Präventionsparadox erklärt werden kann: Denn das Ergebnis eines CMS ist das Ausbleiben von Rechtsverstößen mit Schadensfolgen. Das kann dann leicht als Aufwand für nichts diffamiert werden kann. Der vorliegende Beitrag erläutert, dass deshalb ein dringender Regelungsbedarf zu den sechs Organisationspflichten besteht.

I. Compliance als Prävention

Compliance ist präventive Rechtsberatung zur Vermeidung von Rechtsverstößen gegen Rechtspflichten des Unternehmens, einer AG oder GmbH, also einer juristischen Person, die von ihren Organen, von Vorständen und Geschäftsführern vertreten werden. Der präventive Rechtsberatungsaufwand entsteht noch bevor es zum Rechtsverstoß kommt. Zu prüfen ist, ob ein Rechtsverstoß mit Schadensfolgen denkbar und vermeidbar ist. Im Gegensatz zu dieser präventiven Complianceberatung ist nach einem Rechtsverstoß die gleiche Frage zu prüfen und zu beraten, ob der festgestellte Verstoß gegen eine Rechtspflicht denkbar und vermeidbar war und deshalb die Rechtsfolgen von den Verantwortlichen zu tragen sind. Der Schaden am verletzten Rechtsgut ist erkennbar und messbar. Vor dem Rechtsverstoß und dem Schadenseintritt ist dieser nur denkbar. Rechtsrisiken sind Fiktionen und keine Fakten wie der schon eingetretene Schaden. Die Notwendigkeit von Rechtsberatung nach einem Rechtsverstoß wird nie in Frage gestellt.

II. Das Präventionsparadox

Dagegen bleiben Rechtsverstöße mit Schadensfolgen verborgen, wenn sie erfolgreich durch präventive Compliance-Maßnahmen zur Einhaltung von Rechtspflichten vermieden wurden. Der Erfolg eines Compliance-Managements wird nie sichtbar, weil die präventiv abgewendeten Rechtsverstöße ausbleiben. Compliance-Beauftragte bleiben deshalb oft ohne Lob und Anerkennung. Statt Akzeptanz ernten sie Reaktanz. „There is no glory in prevention." Je wirksamer ein CMS ist, um so weniger Pflichtverstöße kommen vor. Compliance lässt sich deshalb leicht als Aufwand für nichts diffamieren. Die Vorteile eines CMS sind weder sichtbar noch messbar. Der Compliance-Aufwand lässt sich deshalb nicht mit messbaren Ergebnissen rechtfertigen. Betriebswirtschaftlich auf Gewinn verpflichteten Managern fehlt der offensichtliche messbare Nutzen, der sich nicht vorrechnen lässt.

Das Präventionsparadox beschreibt diese Situation, in der der Compliance-Aufwand zur präventiven Vermeidung von Verstößen gegen Rechtspflichten mit der Begründung angezweifelt wird, der aufwendig abgewendete Rechtsverstoß sei gar nicht eingetreten, obwohl er mit großer Wahrscheinlichkeit durch die Compliance-Maßnahme erfolgreich verhindert wurde. Weil es keine Vergleichssituation ohne die Compliance-Maßnahme gibt, ist kein direkter Nachweis der Kausalität zwischen Prävention und Ausbleiben des verhinderten Rechtsverstoßes möglich. Auch der Zufall oder andere Gründe könnten für das Ausbleiben eines Verstoßes ursächlich gewesen sein. Zur Erklärung dieser paradoxen Situation fällt oft der Spruch, „if you think compliance is expensiv, try noncompliance". Das Präventionsparadox wird in der vergleichbaren Situation der Gesundheitsprävention verwendet. Impfgegner verweigern die präventive Impfung mit der Begründung, die Krankheit, gegen die geimpft werden soll, sei längst ausgerottet oder komme nur noch selten vor und verkennen, dass gerade das Impfen die Ursache für das Verschwinden der Krankheit war.

III. Das Organisationsrisiko als Ursache des Präventionsparadoxons

Unternehmen werden in der Regel als juristische Personen, als AG oder GmbH geführt, die zwar Pflichtenträger sind, aber selbst nicht wissens-, nicht handlungs- und nicht schuldfähig sind.

Sie handeln durch ihre Organe: die Vorstände und Geschäftsführer. Sie haben die Organisationspflicht. Ein Unternehmen organisiert sich nicht von selbst oder durch Freiwillige. Deshalb müssen die Organe ein CMS anordnen, anwenden, nachweisen und ständig verbessern. Organe habe die Legalisationspflicht. Sie müssen sich selbst legal verhalten und dafür sorgen, dass alle Unternehmensmitarbeiter die Rechtspflichten des Unternehmens einhalten. Die Anzahl der Pflichten reicht bis etwa 9.000 und beträgt im Durchschnitt 4.300. Daraus ergeben sich Organisationsrisiken. Viele Pflichten müssen ermittelt, auf viele Mitarbeiter delegiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Zur Organisation dieser sechs Aufgaben sind die Organe verpflichtet. Die Organisationspflichten wenden sechs Organisationsrisiken präventiv ab. Werden sie erfüllt, bleiben die Organisationsrisiken unsichtbar und nur denkbar. Erst wenn eine Organisationspflicht nicht erfüllt wird und es zum Organisationsschaden kommt, wird erkennbar, welches Risiko nicht präventiv abgewendet wurde, weil Rechtsrisiken und Rechtspflichten zur Abwehr nicht ermittelt, oder nicht delegiert, nicht aktualisiert, nicht erfüllt, nicht kontrolliert oder nicht dokumentiert wurden. Dann haften die Organe wegen Organisationsverschuldens für den verursachten Schaden.

RG und BGH haben in zwanzig Urteilen die Anordnung einer Unternehmensorganisation entschieden[1], in vierzehn Entscheidung die Organisationspflicht zur Risikoanalyse und zur Ermittlung aller einschlägigen Rechtspflichten zur Abwehr der analysierten Risiken, in achtzehn Urteilen ist die Organisationspflicht der Delegation entschieden, in zwei Entscheidungen die Organisationspflicht zur Aktualisierung, in zehn Urteilen die Organisationspflicht zur Erfüllung und Kontrolle, schließlich in sieben Entscheidungen die Organisationspflicht zur Dokumentation.

Die Urteile des BGH sind faktisch bindend. Nach der Prozessordnung sind Gerichte an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden. Instanzgerichte müssen die Revision zulassen, wenn sie von einer Entscheidung der obersten Bundesgerichte abweichen. Dadurch werden die BGH-Urteile zu den zitierten Organisationspflichten für die Praxis der Unternehmen verbindlich.

Die gleichen sechs Organisationpflichten schreibt die DIN ISO 37301 vom April 2020 zur guten Unternehmensführung vor.[2] Wollen Richter von diesem international geltenden Sorgfaltsmaßstab abweichen, müssten sie dies begründen.[3]

Mit diesen Argumenten lassen sich Juristen, Richter, Anwälte, Behördenvertreter überzeugen. Manager in Unternehmen ist es nur mit erheblichem Argumentationsaufwand zu vermitteln, dass sie für die Verletzung von Organisationspflichten haften, die sich aus etwa 60 Einzelentscheidungen des BGH und einer DIN ISO Norm ergeben.

IV. Begründungen der Verhaltungsökonomie zu den Organisationsrisiken

Alle Urteile von RG und BGH lassen sich auch mit nichtjuristischen Argumenten aus der Verhaltensforschung zum Fehlverhalten bei Managemententscheidungen begründen. Es sind Folgeerwägungen: Was wäre, wenn ein CMS nicht angeordnet und überwacht würde, wenn Risiken und Pflichten nicht ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert würden.

1. Die Erwartungstheorie erfordert die Anordnung von Compliance-Systemen

Warum die Notwendigkeit von Anordnungen zum CMS verkannt wird, lässt sich mit der neuen Erwartungstheorie oder Prospect Theorie erklären.[4] Die Grundannahme dieser Theorie der Verhaltensökonomie zum irrationalen Verhalten ist, dass der Mensch gerade kein immer rational handelndes Wesen ist, dass er sich beeinflussen lässt, zur Untätigkeit neigt, seine eigenen Vorteile nicht immer erkennt und deshalb auf Anordnungen angewiesen ist.[5]

2. Der Omission Bias oder Untätigkeitsfehler als Organisationsrisiko

Alle zitierten Urteile von RG und BGH begründen das Organisationsverschulden mit dem Unterlassen von Organisationspflichten und der Anordnung einer Aufsichtsorganisation. Dieses typische Fehlverhalten kennzeichnet die Verhaltensökonomie als „omisson bias“ oder Untätigkeitsfehler. Er beschreibt die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen an sich als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu tun. Für die negativen Folgen einer Handlung ist eine Ursache offensichtlich, nämlich die Handlung selbst. Für die nachteiligen Folgen einer Unterlassung dagegen sind meist mehrere Alternativursachen denkbar. Bekannt ist dieses Fehlverhalten durch die Allerweltsweisheit „Wer nichts macht, macht auch keine Fehler“. Der Omission Bias muss von Compliance-Managern als typisches weltweit meist erforschtes Fehlverhalten und Organisationsrisiko erkannt und durch die Organisationspflicht zur Anordnung eines CMS korrigiert werden.[6]

3. Der Dunning-Kruger-Effekt

Geschäftsleiter haben nach der ISION-Entscheidung des BGH die Pflicht, bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsrat bei Rechtsanwälten einzuholen und das Ergebnis einer eigenen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Diese Pflicht erklärt die Verhaltensökonomie mit dem Dunning-Kruger-Effekt. Der juristische Laie erkennt seine juristische Inkompetenz erst gar nicht, weil im dazu die Kompetenz fehlt. Manager erkennen ihren Rechtsberatungsbedarf nicht, verkennen offene Rechtsfragen und im Ergebnis rechtlich gebundene Entscheidung, für deren Misserfolg sie haften.

Dieses Organisationsrisiko ist nur mit der Anordnung zu vermeiden, routinemäßig Rechtsrat einzuholen und digital im CMS recherchieren zu lassen und Anwälte oder Syndikusanwälte zu befragen.[7]

4. Der Verfügbarkeitsfehler oder Availability Bias als Organisationsrisiko

Warum Risiken in Unternehmen unterschätzt werden, warum nicht nach unbekannten Risiken recherchiert wird, sondern nur schon bekannte Risiken erfasst werden, erklärt der Verfügbarkeitsfehler. Er ist an dem Einwand gegen ein CMS zu erkennen, im eigenen Unternehmen komme es nicht zu Rechtsverstößen, auch nicht in der Vergangenheit, und es bestehe deshalb kein Anlass, Rechtspflichten zur Abwehr von Risiken zu ermitteln, die sich im Unternehmen niemand vorstellen könne. Damit zeigt ein Risikomanager, dass er nur an das denkt, was er schon weiß. Er verkennt, dass er auch die

1 *Rack*, CB 2014, 280.
2 *Rack*, CB 2021, 433.
3 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 540.
4 *Kahnemann*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, S. 508–513.
5 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 18; *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden. 4. Aufl. S. 366–372.
6 *Rack*, CB 2014, 104.
7 *Rack*, CB 2017, 216.

denkbaren unternehmensexternen Risiken erfassen muss und dass er sich nicht nur auf seinen eigenen auf das Unternehmen eingeschränkten Erfahrungshorizont verlassen darf. Deshalb verpflichtet die BGH-Rechtsprechung dazu, „alle verfügbaren Informationsquellen erschöpfend zu nutzen" und alle rechtserheblichen Informationen in einem Unternehmen verfügbar zu halten.[8] Die Pflicht zur Risikoanalyse nach ständiger Rechtsprechung besteht darin, von der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge als auch von unternehmensinternen und unternehmensexternen Erfahrungen Schlüsse auf drohende Schäden zu ziehen.[9]

5. Der Bestätigungsfehler oder Confirmation-Bias als vermeidbares Organisationsrisiko

Risiken dürfen nicht verkannt werden. Dies geschieht aber, wenn für umstrittene Prognosen über künftige Geschehensverläufe nur nach bestätigenden und nicht nach widerlegenden Argumenten gesucht wird. Der Fehler besteht darin, dass jeder seine Vorhersage bestätigt und nicht widerlegt sehen will. Jeder will seine eigene Wette gewinnen Die Entscheidungspraxis muss deshalb so organisiert sein, dass nicht nur nach Beweisen, sondern auch nach Gegenbeweisen gesucht werden muss. Zu denken ist immer an den Gegenanwalt in einem späteren Gerichtsverfahren, der immer den Beweis zu bringen versuchen wird, dass ein Rechtsverstoß mit Schadensfolgen vorhersehbar und vermeidbar war. Diese Möglichkeit ist schon beim Ermitteln von Risiken und der Prävention durch Abwehrpflichten zu bedenken. Jede Prognose zu Risiken und deren Abwehr ist einem Widerlegungsversuch auszusetzen.[10]

6. Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko

Durch den Rückschaufehler werden die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Schadensereignissen nach deren Eintritt systematisch überschätzt. Bekannt ist der Rückschaufehler durch die Erfahrung, dass „hinterher immer alle schlauer sind". Nachdem Personen den Ausgang von Schadensverläufen erfahren, erinnern sie sich systematisch falsch an ihre früheren Prognosen. Die Vorschau stimmt mit der Rückschau nicht überein. Wird über die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit eines Rechtsverstoßes mit Schadensfolgen gestritten, und im späteren Gerichtsverfahren Vorhersehbarkeit behauptet, wirkt der eingetretene Schaden als gewichtiges Indiz für seine Vorhersehbarkeit. Der Fehler besteht in der psychologischen Unfähigkeit, sich im Nachhinein in die Lage zu versetzen, in der ein Schaden noch drohte und noch nicht eingetreten war. Der Rückschaufehler kann Unternehmen in Beweisnot bringen, wenn sie keine Beweise durch Dokumentation darüber gesichert haben, was im Zeitpunkt der Entscheidung vorhersehbar und damit vermeidbar war. Deshalb gilt nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG der Grundsatz der Beweislastumkehr und begründet damit die Pflicht zur ständigen Dokumentation.[11]

Der eigene Rückschaufehler behindert außerdem effektives Fehlermanagement. Psychologisch erklärt wird die Beobachtung, dass sich die gleichen Fehler beim Organisationsverschulden wiederholen und dass niemand aus der Rechtsprechung lernt. In Gerichtsverfahren wird regelmäßig die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit bestritten. Wer die eigenen Fehler bestreitet, verzichtet auf das präventive Fehlermanagement zur Vermeidung des gleichen Fehlers in der Zukunft. Die Analyse von 20 klassischen Fällen zum Organisationsverschulden ergab, dass in 17 Fällen die Risikoanalyse unterlassen wurde – davon unterblieb in zehn Fällen die Risikoermittlung bei latenten Risikofaktoren[12], in sieben bei offenen Risikofaktoren.[13] In sieben von 20 untersuchten Fällen wurde die Risikofrühermittlungspflicht nicht erfüllt[14], in 13 von 20 Fällen wurden die Organisationspflichten nicht daraufhin kontrolliert, ob sie geeignet sind, vollzogen wurden und ob sie überhaupt funktionieren.[15] In sieben der 20 untersuchten Fälle wurden nicht delegationsfähige Organisationspflichten auf Mitarbeiter ohne Organstellung delegiert.[16]

Wer also aus den Organisationspflichtverletzungen, die sich aus den Einzelurteilen zu den Organisationspflichtverletzungen ergeben, lernen will, muss die Rechtsprechung verfügbar halten und sie als Fehlersimulatoren einsetzen.

Fehlersimulatoren eignen sich zur Vermeidung von Rückschaufehlern in Wiederholungsfällen. Sie lassen sich routinisieren, indem sie zu Situationsprototypen in einer Datenbank gespeichert und jederzeit für alle abrufbar gehalten werden.[17]

---

8 BGHZ 132,30 – Wissensaufspaltung.

9 *Rack*, CB 2014, 236 mit Nachweis zur Rspr. in Fn. 28.

10 *Rack*, CB 2014, 19; BGH v. 2.8.1995, NJW 1995, 2930 – Holzschutzmittel; BGH v. 6.7.1990, BGHSt 37, 106 – Lederspray.

11 BGHZ, 51, 91 – Hühnerpest-Fall.

12 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.

13 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.

14 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, 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.

15 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.

16 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.

17 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden 2001, 71, 53, 206; *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 832., *Kuhlen*, in: Jung, Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung 1991.

7. Die kriminogene Verbandsattitüde als Organisationsrisiko

Mit der „kriminogenen Verbandsattitüde" wird das Fehlverhalten erklärt, dass Mitarbeiter eines Unternehmens gegen Rechtspflichten verstoßen, weil sie im Interesse des Unternehmens zu handeln glauben nach dem Prinzip „Geschäft geht immer vor". Dieses typische vorhersehbare Fehlverhalten durch „nützliche Rechtsverstöße" rechtfertigt die Anordnung zum ausnahmslos legalen Verhalten ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Interessen des Unternehmens. Die kriminogene Verbandsattitüde gilt als empirisch nachgewiesenes Fehlverhalten in Unternehmen.[18] Erkennbar wird es, wenn Juristen vorgeworfen wird, sie würden als Bedenkenträger Geschäfte kaputt prüfen. Die Zugehörigkeit zum Unternehmen senkt die Hemmschwelle zum Rechtsverstoß. Das Individualstrafrecht verliert seine abschreckende und generalpräventive Wirkung beim selbstlosen Straftäter, der sich nur zum Vorteil seines Unternehmens illegal verhält und nicht zum eigenen persönlichen Vorteil handelt. Mit Gruppendruck und Chorgeist wird das Phänomen der Theorie der kriminogenen Verbandsattitüde umschrieben. Mitarbeiter gehen dabei in eine Loyalitätsfalle. Sie fühlen sich ihrem Unternehmen mehr verpflichtet als der Rechtsgemeinschaft.[19]

8. Der psychologisch durch die Reaktanztheorie erklärte Widerstand gegen Compliance-Management-Systeme als Organisationsrisiko

Die Ergebnisse der Reaktanztheorie machen deutlich, dass der Widerstand gegen Rechtspflichten als reflexartiges und menschliches Fehlverhalten, als urmenschliche Reaktion auf jede Art von Freiheitseinschränkung sogar zum eigenen Nachteil und damit als Organisationsrisiko einzukalkulieren und abzuwenden ist. Unter Freiheit versteht die Reaktanztheorie, Verhaltensweisen und Meinungen frei wählen zu können. Dabei kommt es nicht darauf an, dass man diese Freiheiten auch wirklich hat. Schon die Illusion von Freiheit ist psychologisch relevant. Jede Rechtspflicht und vor allem viele Rechtspflichten nehmen Freiheiten. Der Widerstand gegen Compliance-Maßnahmen legt sich nicht von selbst und ist nicht durch noch so gut gemeinte Kommunikation zu überwinden. Der Wille, Mitarbeiter „mitzunehmen" und Akzeptanz für die Einhaltung von Rechtspflichten zu erzeugen, muss erfolglos bleiben. Reaktanz als Organisationsrisiko ist nur durch Anordnung und Kontrolle der Organe abzuwenden. Die Kommunikation mit Folgeerwägung über Vorteile von pflichtgemäßem Verhalten kann unterstützen, ersetzt aber Anordnung und Kontrolle nicht, weil vom Management aller Erfahrung nach nicht mit Freiwilligen für Compliance-Maßnahmen gerechnet werden darf.[20]

9. Die Verantwortungsdiffusion als Organisationsrisiko

Der BGH hat in seinem Schubstreben-Urteil entschieden, dass Pflichten an namentlich benannte Mitarbeiter und an ebenfalls mit Namen benannte Vertreter zu delegieren sind.[21] Entgegen dieser Anforderung wird in der Unternehmenspraxis regelmäßig der Wunsch geäußert, die Pflichten mit Funktionen und nicht mit Namen zu verlinken. Der BGH verpflichtet zur Delegation an namentlich benannte Pflichtenträger, weil nur so wirksame Kontrollen möglich sind. Die Verhaltensforschung erklärt diesen Vorbehalt gegen die Namensnennung mit dem Begriff der Verantwortungsdiffusion. Erwiesen ist in der Verhaltensforschung, dass die Bereitschaft, gegen Missstände oder Notfälle einzugreifen, höher ist, wenn ein Mitwisser oder Zuschauer allein ist, als wenn er in Gesellschaft anderer die Notsituation erlebt. Wenn mehrere Zeugen eines Missstands sind, ist sich jeder einzelne der Tatsache bewusst, dass andere eingreifen könnten. Der Prozess der Verantwortungsdiffusion wird verstärkt, wenn die Anzahl der Mitwisser zunimmt. So erklärt sich, dass Rechtsverstöße in Unternehmen bekannt sind, aber keiner einschreitet und sich einer auf den andern verlässt. Hinweisgebersysteme und namentliche Delegationen von Pflichten an Einzelpersonen können abhelfen.[22]

V. Die aktuelle Krise durch Compliance-Schäden

Die Verluste der D&O-Versicherer werden mit über 100 Mio. EUR jährlich angeben.[23] Das Prämienaufkommen deckt nicht mehr die steigenden Schäden durch Pflichtverletzungen von Managern. Die Schadensquote der D&O-Versicherer liegt seit 2020 zwischen 110% und 145%. Allein der VW-Fall kostet die Versicherer 270 Mio. EUR. Das Handbuch zur D&O-Versicherung von *Oliver Lange* in der neuen 2. Auflage listet insgesamt 50 pressebekannte Compliance-Fälle von Spitzenmanagern auf.[24] Namhafte D&O-Versicherer geben die Managerhaftpflichtversicherung auf. Offenbar glauben Unternehmen auf Compliance-Systeme verzichten zu können, weil sie gegen Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden D&O-versichert sind. Dabei wird übersehen, dass eine Versicherung den Schadensersatzanspruch nur teilweise übernimmt, er aber vom Prämienaufkommen der Solidargemeinschaft aller Versicherungsnehmer getragen werden muss. Ein CMS dagegen vermeidet schon Rechtsverstöße und die Schadensfolgen, was eine D&O-Versicherung nicht leistet. Der im Unternehmen eingesparte Compliance-Aufwand erweist sich zwar als individueller wirtschaftlicher Vorteil für ein Unternehmen, wird aber zum kollektiven Nachteil der Versicherungsnehmergemeinschaft, so dass das Prämienaufkommen die Schäden nicht mehr deckt.

VI. Der zu hohe Argumentationsaufwand zur Überzeugung für ein CMS

Der Argumentationsaufwand, um die Organe eines Unternehmens von der Notwendigkeit und den Vorteilen eines Compliance-Managements zu überzeugen, ist unverhältnismäßig hoch. Die sechs Organisationspflichten sind aus etwa 30 Einzelurteilen des BGH herzuleiten. Die Organisationspflichten dienen der Abwehr von Organisationsrisiken, die von der Verhaltensökonomie erforscht, belegt, und in den Bias, dem typisierten Fehlverhalten bei Entscheidungen, nachvollziehbar formuliert sind. Sowohl mit juristischen Argumenten, als auch psychologischen Argumenten aus der neueren Verhaltensforschung lassen sich die Vorteile eines CMS argumentativ rechtfertigen. Erklärt werden muss, dass BGH-Entscheidungen verbindlich sind, vergleich-

18 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 18, 19; BGHZ 11, 151 – Zinkdach-Urteil, BGHZ 32, 53 – Besitzdiener-Urteil.

19 *Hank*, Die Loyalitätsfalle 2021; *Milgram*, Das Milgram-Experiment, Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität, 2015, S. 22, 155; *Fleischer*, ZIP 2005, 142, 143; *Rack*, CB 2015, 277und CB 2015, 330.

20 *Rack*, CB 2020, 379.

21 BGH v. 17.10.1967, NJW 1968, 247.

22 *Jonas/Stroebe/Hewstone*, Sozialpsychologie, 5. Aufl., S. 302 unter Hinweis auf den Kitty Genovese Fall S. 298.

23 *Lange*, D&O-Versicherung, 2022, S. 39, 56, § 1 Anmerkung 87; FAZ v. 18.9 2021; *Rack*, Die VersicherungsPraxis, Oktober 2022, 13.

24 Lange (Fn. 19), S. 95 ff., 97, § 2 Anmerkung 81, 82; *Rack*, Die Versicherungs-Praxis, Oktober 2022, 13.

bar mit der Bindung an Gesetze, dass die Verletzung der Organisationspflichten den Vorwurf des Organisationsverschuldens mit erheblichen Schadensersatzansprüchen gegen die verantwortlichen Manager begründen. Die Liste der pressebekannten Compliance-Fälle ist publiziert. Die international geltende DIN ISO 37301 als Sorgfaltsmaßstab für gute Unternehmensführung schreibt die sechs Organisationspflichten als Mussvorschriften vor, nachdem die DIN ISO 19600 als Vorgängernorm nur Empfehlungen dazu formuliert hat. Die sechs Organisationspflichten im Rahmen eines Compliance-Managements-Systems gelten für alle juristischen Personen. Sie alle müssen Risiken und Rechtspflichten zu deren Abwehr ermitteln, delegieren, aktualisieren, erfüllen, kontrollieren und dokumentieren. Die dadurch organisierten Schutzpflichten dagegen hängen vom einzelnen Unternehmen deren Produktion und den verursachten Risiken ab. Der hohe Argumentationsaufwand fällt jedes Mal aufs Neue an, wenn die Vertreter eines Unternehmens von der Notwendigkeit und den Vorteilen des Einsatzes eines CMS überzeugt werden müssen. Erschwert wird diese Überzeugungsarbeit durch das Präventionsparadox, wonach der Aufwand mit keinem messbaren Ertrag rechtfertigt werden kann. Dass es auf Kosten und Aufwand bei der Einhaltung von Rechtspflichten nicht ankommen darf, hat der BGH im Presseangriffs-Urteil schon früh entschieden.[25] Dass es keine nützlichen Rechtsverletzungen geben darf, erklärt ausführlich die kriminogene Verbandsattitüde. Das CMS vermeidet den Reputationsschaden für das Unternehmen, dessen Investoren zunehmend Compliance nach den ESG-Maßstäben beurteilen. Es schützt Investitionen vor Kursverfall und dient im Ergebnis dem Anlegerschutz und macht Unternehmen im Wettbewerb um Investoren attraktiv. Von den ESG-Kriterien (Environmental, Social, Governance) ist für die Entscheidungen von Investoren über eine Geldanlage die gute Unternehmensführung mit 82 % vor Umwelt und Soziales das wichtigste Entscheidungskriterium.[26] Die gesetzlich geregelten Compliance-Beauftragten müssen im Unternehmen den hohen Argumentationsaufwand immer wieder leisten und unternehmensintern gegenüber Geschäftsleitern und Mitarbeitern erhebliche Widerstände gegen Compliance-Systeme wegen des Aufwands ohne berechenbaren Nutzen und wegen der eingeschränkten Freiheiten überwinden.

VII. Der Regelungsbedarf

Der umfangreiche und zeitraubende Argumentationsaufwand in allen Unternehmen ließe sich durch eine gesetzliche Regelung vermeiden, in der verbindlich für alle Unternehmen die sechs Organisationspflichten, wie sie sich aus der ständigen Rechtsprechung und der DIN ISO 37301 ergeben, festgeschrieben würden. Argumente für ein geregeltes CMS mit sechs Organisationspflichten könnten in der Gesetzesbegründung aufgenommen und für Unternehmen verbindlich dokumentiert werden. Den Vorständen und Geschäftsführern, sowie den Beauftragten, die sie beraten müssen, würden die komplexen Überlegungen erspart, wie sie Compliance im Rahmen ihres Leitungsermessens ausgestalten sollen und vor allem wie sie ihr drohendes Organisationsverschulden vermeiden können. Die Organisationsrisiken gleichen sich in allen Unternehmen und könnten durch die für alle Unternehmen gleichen Organisationspflichten abgewendet werden. Neu gesetzlich geregelt ist durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) die Pflicht zur Einrichtung eines Kontroll-Risikomanagement-Systems in § 91 Abs. 3 AktG. Eine gesetzliche Pflicht fehlte bisher. Von Vorteil ist der Fortschritt einer gesetzlichen Regelung insofern, als die Begründung der Pflicht zu einem CMS nicht mehr aufwendig methodisch aus einer Gesamtanalogie mehrerer gesetzlicher Vorschriften und aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einzelurteilen hergeleitet werden muss. Von großem Nachteil ist allerdings das Defizit der Regelung, dass nämlich die Ausgestaltung der Pflicht dem Leitungsermessen des Vorstands überlassen wird.[27] Der Vorteil der gesetzlichen Regelung wird unmittelbar geschmälert, wenn der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Pflicht erstens offenlässt, zweitens dem selbstverpflichteten Vorstand überlässt und drittens nur börsennotierte Unternehmen verpflichtet. Vom Umfang der Geschäftstätigkeit oder der Risikolage des Unternehmens soll die Pflicht abhängig gemacht werden, was als weitere Rechtsunsicherheit hinzukommt.[28] Vorstände werden zur Erfüllung der Legalitätspflicht auf ihre eigene Selbstkontrolle verwiesen. Unbefangenes Überwachungsverhalten gegenüber sich selbst wird aber Vorständen nicht als selbstverständlich zugetraut.[29] Der Interessenkonflikt von Vorständen bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflichten durch Selbstkontrolle ist vorprogrammiert.

VIII. Fazit: Die Vorteile einer gesetzlichen Regelung der sechs Organisationspflichten

Bei einer gesetzlichen Regelung dagegen wären alle Unternehmen vom gleichen Compliance-Aufwand belastet, jeder Wettbewerbsvorsprung durch eingesparten Organisationsaufwand wäre ausgeschlossen und die Illusion, den Compliance-Aufwand einsparen zu können, weil eine D&O-Versicherung besteht, hätte keinerlei Grundlage. Die Rechtssicherheit zum Vorteil für alle Beteiligten, Geschäftsleiter, Investoren, Beauftragte würden erhöht und der Argumentationsaufwand würde auf den bloßen Hinweis auf die gesetzliche Pflicht zu einem Compliance-System mit sechs Organisationspflichten für alle beschränkt werden. Gesetzlich geregelt wäre als kodifizierte Rechtsprechung, was sowieso schon durch die verbindlichen höchstrichterlichen Urteile gilt, und von der DIN ISO 37301 als international geltender Sorgfaltsmaßstab für gute Unternehmensführung von Unternehmensvertretern freiwillig formuliert wurde und im Ergebnis das Leitungsermessen von Vorständen auf null reduziert.

AUTOR



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

25 BGHZ 24, 1957, 200 – Presseangriff-Urteil.
26 FAS v. 27.12.2020, S. 23 mit weiteren Hinweisen auf die Umfragen.
27 BT-Drs. 16/10067, S. 116.
28 BT-Drs. 9/21, S. 131.
29 *Habersack*, in: FS-Stilz, 2014, S. 192, 202, 203; *Rack*, CB 2017, 59.

Compliance Berater

CB

1-2 / 202

Betriebs-Berater Compliance

18.1.2024 | 12
Seiten 1–

EDITORIAL

ES2G statt ESG? Geopolitik als Compliance-Frage | I
Dr. Philipp Irmscher

AUFSÄTZE

ESG-Rechtsvorschriften im internationalen Konzern – Anwendung, Reichweite und Umsetzung | 1
Prof. Dr. Oliver Haag und Katrin Drodofsky

Wann greift Hinweisgeberschutz? | 7
Dr. Fabian Ibel und Dr. Wolfgang Lell

Die Meldestelle als Überwachergarant? | 12
Dr. Jonathan Schaub-Englert

Monetäre Incentivierung von Compliance – Teil 1 | 15
Dr. Sven Raak-Stilb

Die Geschäftsleitung im Fokus des IT-Sicherheitsrechts – Teil 2 | 18
Prof. Dr. Dennis-Kenji Kipker und Tilmann Dittrich

Auditverfahren: Compliance als Dauerpflicht | 23
Dr. Manfred Rack

RECHTSPRECHUNG

EuGH: Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf | 28

BGH: Zwei-Personen-GmbH und Ausschließungsklage – Aufgabe der Bedingungslösung | 33

OLG Celle: Nichtigkeit einer kompetenzwidrigen Abberufung des (Fremd)-Geschäftsführers einer GmbH | 37

LAG Baden-Württemberg: Einstufung der Geheimhaltungsbedürftigkeit – Geschäftsgeheimnis | 41

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

Auditverfahren: Compliance als Dauerpflicht

Alle Auditverfahrensvorschriften schreiben mit fast gleichem Wortlaut vor, das Management als oberste Leitung habe die dauerhafte oder fortdauernde Wirksamkeit des Compliance-Management-Systems (CMS) sicherzustellen. Verkannt wird diese Dauerpflicht, wenn Zertifikate nach Audits schon gegen die bloße Vorlage eines sog. „Rechtskatasters" erteilt werden. Ein CMS wirkt nur dauerhaft, wenn einschlägige Rechtspflichten nicht nur einmalig ermittelt und im Audit vorgezeigt werden, sondern aktualisiert, delegiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden, und zwar dauerhaft. Ansonsten wird der Zweck des CMS nicht erreicht, Vorstand und Geschäftsführung vor dem Vorwurf des Organisationsverschuldens zu schützen sowie Beweise für den unvorhersehbaren Zeitpunkt von Rechtsverstoß und Schadenseintritt zu sichern. Für Organisationsverschulden haften Organe ihrer Gesellschaft. Ein Zertifikat ohne Prüfung der dauerhaften Wirksamkeit des CMS ist falsch und begründet die sog. „Expertenhaftung" von Auditoren und Umweltgutachtern gegenüber der zertifizierten Gesellschaft und gegenüber Dritten, die auf die Richtigkeit des Zertifikats vertraut haben.

I. Die Dauerpflicht zur Sicherstellung der dauerhaften Wirksamkeit des CMS nach DIN und EMAS

Der Satz, dass die oberste Leitung das jeweilige Managementsystem bewerten muss, um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen, kommt in jedem der folgenden aufgelisteten Managementsysteme vor:

1. **DIN ISO 45001 – Managementsysteme für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit – Anforderungen mit Anleitung zur Anwendung**

„9.3 Managementbewertung
Die oberste Leitung muss das Managementsystem für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit (SGA-Managementsystem) der Organisation in geplanten Abständen bewerten, *um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen*."

2. **DIN ISO 37301 – Compliance-Managementsysteme – Anforderungen mit Leitlinien zur Anwendung**

„8.2 Festlegung der Steuerungen und Verfahren
Die Organisation muss Steuerungen für das Management ihrer Compliance-Verpflichtungen und die damit verbundenen Compliance-Risiken einführen. Diese Steuerungen müssen aufrechterhalten, regelmäßig bewertet und geprüft werden, *um ihre dauerhafte Wirksamkeit sicherzustellen*."

3. **DIN EN ISO 9001:2015 Qualitätsmanagementsysteme – Anforderungen**

„9.3 Managementbewertung
9.3.1 Allgemeines
Die oberste Leitung muss das Qualitätsmanagementsystem der Organisation in geplanten Abständen bewerten, *um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit* sowie dessen Angleichung an die strategische Ausrichtung der Organisation *sicherzustellen*."

4. **DIN EN ISO 14001 – Umweltmanagementsysteme – Anforderungen mit Anleitung zur Anwendung**

„9.3 Managementbewertung
Die oberste Leitung muss das Umweltmanagementsystem der Organisation in geplanten Abständen bewerten, *um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen*."

5. **DIN EN ISO 50001- Energiemanagementsysteme**

„9.3 Managementbewertung
9.3.1 Die oberste Leitung muss das EnMS der Organisation in geplanten Abständen bewerten, *um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit, Wirksamkeit und Übereinstimmung* mit der strategischen Ausrichtung der Organisation *sicherzustellen*."

6. **DIN EN ISO/IEC 27001 Informationssicherheitsmanagementsysteme**

„9.3 Managementbewertung
Die oberste Leitung muss das Informationssicherheitsmanagementsystem der Organisation in geplanten Abständen bewerten, *um dessen fortdauernde Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit sicherzustellen*."

7. **Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (EMAS III)**

„Anhang I Teil B
B.4 Einhaltung von Rechtsvorschriften

Nach EMAS registrierte Organisationen oder Organisationen, die sich nach EMAS registrieren möchten, müssen nachweisen, dass sie alle nachstehend genannten Bedingungen erfüllt haben:
1) Sie haben alle geltenden rechtlichen Verpflichtungen im Umweltbereich ermittelt und kennen deren Auswirkungen auf ihre Organisation;
2) sie sorgen für die Einhaltung der Umweltvorschriften, einschließlich Genehmigungen und zulässiger Grenzwerte in Genehmigungen, und legen die entsprechenden Nachweise vor;
3) *sie verfügen über Verfahren, die es ihnen ermöglichen, die Einhaltung der Umweltvorschriften dauerhaft sicherzustellen*."

II. Die Beweislast für Vorstände und Geschäftsführer

Vorstände und Geschäftsführer tragen nach § 93 AktG die Beweislast dafür, dass sie ihre Organisationspflichten erfüllt haben. Diese Beweislastumkehr gilt auch für GmbH-Geschäftsführer, und zwingt sie dazu, sich dauerhaft legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass ihre Angestellten ebenfalls dauerhaft alle an sie delegierten Rechtspflichten einhalten. Mit einem CMS betreiben Geschäftsleiter ständige Beweissicherung. Diese Beweissicherungsfunktion wird nicht erfüllt, wenn nur am Tag des Audits ein Rechtskataster vorgelegt wird, das gerade nicht nachweist, dass die darin aufgelisteten Rechtspflichten auch dauerhaft eingehalten werden. Es fehlt der Nachweis der Delegation, der Aktualisierung, der Erfüllung, ihrer Kontrolle und Dokumentation.

III. Die Unvorhersehbarkeit von Rechtsverstößen als Grund für Compliance als Dauerpflicht

Die fortdauernde Kontrolle ist für einen erfolgreichen Entlastungsbeweis unverzichtbar, weil der Beweis am Tag des Rechtsverstoßes mit Schadensereignis zu führen ist. Der Eintritt von Rechtsverstoß und Schadensereignis sind ungewiss. Der Entlastungsbeweis ist deshalb an einem noch unbekannten Tag X zu führen. Wäre der Rechtsverstoß im Unternehmen vorhersehbar, könnte er abgewendet werden. Um am ungewissen Zeitpunkt des Rechtsverstoßes mit Schadenseintritt nicht ohne entlastenden Kontrollnachweis zu sein, sind Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet, vor allem auch im eigenen Interesse, ihre Pflicht zur Legalitätskontrolle zu erfüllen. Stichproben reichen zur Entlastung nicht aus. Eine Kontrolllücke nimmt dem Entlastungsbeweis die angestrebte Wirkung, den Vorwurf des Organisationsverschuldens zu widerlegen.

IV. Zertifikate sind bloße Momentaufnahmen ohne Nachweis dauerhafter Wirksamkeit eines CMS

Zu den erfolglosen Entlastungsversuchen gehört der Hinweis, das Unternehmen sei zertifiziert. Das Zertifikat liefere dem Unternehmen den Entlastungsbeweis vom Vorwurf des Organisationsverschuldens. Ein Zertifikat enthält aber nur abstrakt die Übereinstimmung mit einer Organisationsnorm wie der DIN ISO 14001 über Umweltmanagementsysteme oder nach EMAS oder nach der DIN ISO 9001 zum Qualitätsmanagementsystem.
Ein Zertifikat enthält jedoch keinerlei Aussage über die konkrete Organisation des jeweiligen Unternehmens. Ob gerade die für einen Produktfehler in Betracht kommenden Ursachen erfasst worden sind, lässt sich dem Zertifikat nicht entnehmen[1]. Ein Zertifikat ersetzt kein Managementsystem, dessen Zweck darin besteht, den Beweis für die Entlastung vom Vorwurf des Organisationsverschuldens zu führen. Ein Zertifikat ersetzt vor allem nicht den Entlastungsbeweis, wie er nach der ständigen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden und zur herrschenden Meinung im Gesellschaftsrecht gefordert wird. Zertifiziert ist nicht exkulpiert. Die Gründe dafür, dass ein Zertifikat keine haftungsrechtliche Entlastungswirkung gegen den Vorwurf des Organisationsverschuldens haben kann, ist ausführlich zu behandeln, insbesondere auch deshalb, weil sich dieser Irrtum hartnäckig hält, obwohl die Rechtsprechung und die herrschende Meinung im Organisationsrecht eindeutig Zertifikate als Entlastungsbeweise ablehnen.
Auch eine validierte Umwelterklärung nach der EG-Öko-Audit-Verordnung begründet keine widerlegliche Vermutung, dass das Unternehmen dauerhaft alle Umweltvorschriften einhält[2]. Die deutschen Haftpflichtversicherer haben davon abgesehen, den Betrieben Rabatte einzuräumen, die am Auditsystem teilnehmen, da das Umweltaudit weder eine absolute und objektive Aussage über die Umweltsituation treffe, noch die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Unfalls messbar gesenkt wird[3].

V. Das Stichprobenargument in Rechtsprechung und Literatur

Das erste Argument gegen die Entlastungswirkung von Zertifikaten ist das Stichprobenargument. Audits mit dem Ergebnis eines Zertifikats stellen Stichproben und bloße Momentaufnahmen dar. Stichproben reichen jedoch zur Entlastung vom Vorwurf der Verletzung von Aufsichtspflichten nicht aus.
Seit dem Kutscher-Urteil von 1911[4] gilt dies als Maßstab für den Umfang der Kontrollpflicht und als Anforderung für einen erfolgreichen Entlastungsbeweis. Von einem Pferdeomnibus-Kutscher wurde ein Passant überfahren und tödlich verletzt. Der Kutscher war mehrfach mit Verkehrswidrigkeiten aufgefallen und galt deshalb als unzuverlässig. Der Vorstand hat sich auf seine Unkenntnis über die Unzuverlässigkeit dieses Einzelnen von fünftausend Kutschern berufen, für die der Vorstand verantwortlich war. Die Berliner Verkehrsbetriebe haben sich mit ihrer Betriebsorganisation ohne Erfolg zu entlasten versucht. Eine größere Zahl von Kontrolleuren würde unausgesetzt den gesamten Wagenverkehr in Berlin überwachen. Diesen Entlastungsversuch hat das Reichsgericht abgelehnt. Die Aufsichtsorganisation habe im konkreten Schadensfall versagt. Vor allem habe sie – so wörtlich das Reichsgericht – nur Stichproben geliefert. Die Kontrolle hätte im Zeitpunkt des Schadensereignisses nachgewiesen werden müssen.
Diese Entscheidung von 1911 ist die Leitentscheidung für eine Serie von Urteilen, in denen die Beklagten sich vom Vorwurf des Organisationsverschuldens mit dem Argument zu entlasten versucht haben, es bestehe nachweislich eine umfassende Aufsichtsorganisation mit ausführlichem Regelwerk. Der Entlastungsversuch scheiterte regel-

1 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten: Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2001, S. 814.
2 *Falke*, ZUR 1995, 4, 5; *Spindler* (Fn. 1), S. 813.
3 *Pohl*, BB 1998, 381, 385; *Spindler* (Fn. 1), S. 813.
4 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

mäßig daran, dass die Anwendungen der Aufsichtsorganisation im Zeitpunkt des Schadensereignisses und vor allem im speziellen Einzelfall des schädigenden Kutschers nicht nachgewiesen werden konnten und deshalb die Haftung mit der verletzten Pflicht zur Aufsichtsorganisation begründet wurde. Der Entlastungsbeweis nach § 831 BGB blieb erfolglos. Das Unternehmen konnte konkret weder vortragen noch beweisen, ob gerade der Kutscher, der den Passanten überfahren hat, auf seine konkrete Zuverlässigkeit im Verkehr zeitnah zum Unfall kontrolliert wurde.

Ausschlaggebend für die fehlende Entlastungswirkung bei Zertifizierungen ist, dass diese nach DIN ISO 9001 oder 14001 oder 27001 oder 37301 sowie anderen Zertifizierungssystemen stets nur punktuelle Momentaufnahmen einer Organisation darstellen, die keinerlei Gewähr dafür bieten, dass sich Missstände nicht auch nach dem Zeitpunkt der Zertifizierung einschleichen. Die Rechtsprechung fordert von der Organisation eine dauerhafte und kontinuierliche Überwachung der Mitarbeiter.

Zertifizierungen stellen nur zeitlich begrenzte Kontrollen einer Organisation dar und bieten keine Gewähr für die spätere Befolgung des Standards[5].

Im Kutscher-Fall hat das Reichsgericht entschieden, dass über den vollen Zeitraum eines Dienstvertrages die Zuverlässigkeit eines Angestellten überwacht werden muss[6]. Zwischen dem Zeitpunkt seiner Einstellung und einem späteren Schadensereignis kann sich die Zuverlässigkeit eines Angestellten so ändern, dass er zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr eingestellt würde. Die Praxis von Personalabteilungen berücksichtigt heute dieses Risiko und es wird im Jahresrhythmus beurteilt.

Den Zertifikaten kann in der Regel keine Entlastungsfunktion für die Frage des Organisationsverschuldens zukommen, da kein Auditoren-Team in der für die Zertifizierung üblichen kurzen Zeitspanne in der Lage sein dürfte, alle möglichen Fehlerquellen einer Organisation zu überprüfen[7]. Der Nachweis einer lückenlosen Qualitätsregelung reicht im Bereich der Produkthaftung nicht für den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB oder nach § 823 Abs. 1 BGB aus, da dieser hinsichtlich sämtlicher Hilfspersonen erforderlich ist, durch deren individuelle Fehlleistung der Produktfehler entstanden sein kann[8].

Gerade im Schubstreben-Fall hat der BGH entschieden, dass auch in der Urlaubszeit die Fertigungskontrolle mit einem Ersatzmann für den Kontrollexperten besetzt sein muss und dass durch die organisatorische Maßnahme eines Vertreterplans jede Kontrolllücke zu vermeiden ist[9]. Kein Tag darf ohne Kontrolle bleiben.

Schon im Kleinbahn-Urteil von 1938 forderte das Reichsgericht die dauerhafte Überprüfung von Dienstanordnungen auf ihre fortdauernde Eignung zur Schadensrisikoabwehr und die praktische Vollzugstauglichkeit im Unternehmen[10].

Der erfolgreiche Entlastungsbeweis setzt nach Rechtsprechung und herrschender Literaturmeinung eine permanente, lückenlose und fortlaufende Überwachung und deren Nachweis voraus. Die Kontrollen an den wenigen Tagen eines Audits im Unternehmen haben keine Entlastungswirkung, wenn nicht darüber hinaus während der gesamten Zeitspanne zwischen den Audits fortlaufende Kontrollen stattfinden und nachgewiesen werden können. Sind die Kontrollen auf Stichproben beschränkt, steigt das Risiko, dass am ungewissen Tage X eines Schadensereignisses Organisationslücken bestehen und ein Organisationsverschulden begründen können.

In einem Managementsystem muss deshalb jederzeit vom Management abgefragt werden können, welcher Mitarbeiter welche konkreten Pflichten in welchem Betriebsteil und in welchem Zeitraum wie erfüllt hat und ob und mit welchem Ergebnis die Erfüllung der Pflichten kontrolliert wurde.

VI. Der erfolglose Entlastungsversuch durch den Hinweis auf Regeln ohne Anwendung

Der Hinweis auf ein Zertifikat macht diesen Entlastungsbeweis auch aus einem anderen Grund erfolglos. Zertifikate enthalten keine Aussagen darüber, wie im jeweiligen Unternehmen konkret organisiert wird und ob im Einzelfall die speziellen Schadensrisiken des Unternehmens mit Aussicht auf Erfolg abgewendet werden.

Festgestellt wird in den Zertifikaten die abstrakte Übereinstimmung mit den Organisationsnormen wie z. B. DIN ISO 14001, EMAS, den Produktsicherheitsrichtlinien oder DIN ISO 9001. Keine Aussagen enthalten die Zertifikate darüber, wie im jeweiligen Unternehmen konkret organisiert wird und ob im Einzelfall die jeweils speziellen Risiken des Unternehmens durch geeignete organisatorische Maßnahmen mit Erfolgsaussichten abgewendet werden.

Zu Recht betont *Spindler*, das bloße Implementieren und Vorhalten von Regeln zur Risikoabwehr reiche nicht zur Abwehr vom Organisationsverschulden aus. Vielmehr müssten die Regeln auch angewendet werden[11]. Ihre Anwendung muss im konkreten Schadensfall bewiesen werden. Ein Verantwortlicher im Unternehmen kann beim hohen Abstraktionsgrad der Normen gerade nicht aus dem Regelwerk ablesen, was er konkret zu tun oder zu unterlassen hat. *Spindler* verweist auf die DIN ISO 9001, die sogar schon in ihrer Einleitung davon ausgeht, dass die Organisation jeweils dem konkreten Unternehmen anzupassen ist und nur generelle Leitlinien vorgegeben werden. Das gleiche gilt für die DIN ISO 14001 zum Umweltmanagementsystem, wie für die EG-Öko-Audit-Verordnung, die sich ebenfalls auf abstrakte Forderungen beschränkt. Auch in der Einleitung der DIN ISO 14001 wird darauf hingewiesen, „dass Audits allein nicht ausreichen, um einer Organisation die Gewissheit zu geben, dass über Umweltleistung nicht nur im Augenblick, sondern ständig ihren rechtlichen Verpflichtungen und politischen Anforderungen gerecht wird. Um wirksam zu sein, müssen diese Prüfungen im Rahmen eines in der Organisation integrierten, strukturierten Managementsystems durchgeführt werden. Die abstrakten Regeln lassen sich auf vielfältige Weise in den Unternehmen konkretisieren[12].

Abstrakte Regeln ohne konkrete Anwendung entlasten allerdings nicht. Dies gilt nicht nur für die zitierten Organisationsnormen, sondern für sämtliche abstrakt-generellen Regelungen, wie Gesetze, Verordnungen und alle Regelwerke. Sie gelten für eine Vielzahl von Normadressaten. Sie regeln jedoch nicht den konkreten Einzelfall. Sie sind nicht an einen konkreten Einzeladressaten gerichtet.

Wenn ein Unternehmen im Audit ein sogenanntes „Rechtskataster", nämlich eine Liste von Gesetzen, Verordnungen, sonstigen Regelwerken vorzeigt und der Auditor die Existenz dieses Regelwerks im Unternehmen bestätigt, ist keine Aussage darüber getroffen, ob im

359

5 *Spindler* (Fn. 1), S. 813, 814 m. w. N.
6 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 – Kutscher- Urteil.
7 *Spindler* (Fn. 1), S. 812.
8 *Spindler* (Fn. 1), S. 812 mit Hinweis auf die Schubstreben-Entscheidung.
9 Schubstreben-Fall: BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 ff.
10 RG vom 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, S. 1651130 – Kleinbahn-Urteil.
11 *Spindler* (Fn. 1), S. 814.
12 *Spindler* (Fn. 1), S. 806.

Unternehmen diese abstrakt-generellen Rechtsnormen in den konkreten Risikofällen auch angewendet werden. Die bloße Kenntnis von Gesetzen im Unternehmen sagt nichts darüber aus, ob die speziellen Risiken im Unternehmen mit Hilfe dieser Rechtsnormen abgewendet werden. Das Zertifikat nach einem Audit beweist damit nicht, ob im konkreten Einzelfall das spezielle Risiko erfasst, durch eine geeignete organisatorische Maßnahme abgewendet wurde und schließlich den verantwortlichen Geschäftsleitern kein Organisationsfehler und kein konkretes Organisationsverschulden vorgeworfen werden kann. Die bloße Existenz einer aktuell gehaltenen Gesetzessammlung oder eines Rechtskatasters entlastet deshalb nicht vom Vorwurf des Organisationsverschuldens, weil nicht sichergestellt ist, ob sie im konkreten Einzelfall auch angewandt werden.

Die ausführlich von *Spindler* in seinem Standardwerk zu Unternehmensorganisationspflichten dargestellte herrschende Meinung zur Frage der Entlastungswirkung von Zertifikaten wird durch die einschlägige Rechtsprechung bestätigt. In allen Fällen der Haftung wegen Organisationsverschuldens konnten die beklagten Unternehmen gerade nicht nachweisen, dass sie im konkreten Schadensfall die Anwendung der abstrakten Rechtsnormen zur Abwehr des konkreten Risikos geprüft und angewandt haben.

Die Verantwortlichen prüfen Rechtspflichten zur Abwehr konkreter Risiken in aller Regel nicht vor dem Schaden, sondern erst nachdem er eingetreten ist und zwar um zu klären, wer für den Schaden haftet. In keinem Haftungsfall wegen Organisationsverschuldens konnten die Beklagten vortragen und nachweisen, dass sie das Risiko noch vor Eintritt des Schadens erfasst, die konkrete Rechtspflicht zur Abwehr des Risikos geprüft haben und zu dem Ergebnis gekommen sind, ihr Verhalten sei legal.

Ein Entlastungsbeweis muss immer für den Einzelfall und nicht für den Regelfall geführt werden. Versäumt wird in aller Regel die Erfüllung der Legalitätspflicht und die Erfüllung der Legalitätskontrollpflicht. Sie müssen im Unternehmen organisiert werden. Bezeichnend ist für alle bekannten Fälle des illegalen Verhaltens im Unternehmen, dass die Beklagten nicht vortragen konnten, sie hätten ihr Verhalten rechtlich vor dem Eintritt des Schadens und vor Bekanntwerden des Rechtsverstoßes auf die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens geprüft.[13]

Der Entlastungsbeweis nach dem Eintritt eines konkreten Schadens muss immer für den konkreten Einzelfall, einen ganz speziellen Sachverhalt und einen individuell verantwortlichen Unternehmensmitarbeiter geführt werden. In allen Haftungsfällen wegen Organisationsverschuldens lässt sich jedoch beobachten, dass der Entlastungsbeweis durch den Hinweis zu führen versucht wird, wie in vergleichbaren ähnlichen Fällen die Organisation und die Beachtung von Regeln praktiziert wird. Nicht dagegen wird dargelegt und bewiesen, wie im konkreten Fall das Schadensrisiko abzuwenden versucht, und vor allem an welche verantwortlichen Unternehmensmitarbeiter die Rechtspflicht delegiert und ob der Verantwortliche kontrolliert wurde. Ohne diese konkreten Beweise können sich Vorstände und Geschäftsführer nicht erfolgreich entlasten. Der Hinweis auf die generelle Praxis der Unternehmensorganisation und die vorhandenen Regeln ersetzt nicht den konkreten Beweis im einzelnen konkreten Schadensfall. Der Hinweis, wie ein Unternehmen sich generell oder in der Regel oder grundsätzlich in vergleichbaren ähnlichen Fällen verhält, bleibt immer ein erfolgloser Entlastungsversuch. Dieser geschilderte Missstand beim Entlastungsbeweis lässt sich durch die Entscheidungspraxis in den Fällen belegen, in denen zwar allgemein gehaltene Regeln nachgewiesen wurden, nicht aber deren Anwendung im konkreten Schadensfall. Die Vermutung des Organisationsverschuldens konnte durch den Entlastungsbeweis nicht widerlegt werden. Im Ergebnis war jedes Mal der Entlastungsversuch aus den gleichen Gründen erfolglos.

Im Kutscher-Fall von 1911 hat der beklagte Verkehrsbetrieb vorgetragen, der gesamte Wagenverkehr werde laufend überwacht. Diesen Entlastungsversuch hat das Reichsgericht nicht anerkannt. Die Aufsichtsorganisation habe versagt. Nicht vorgetragen und bewiesen wurde, ob gerade derselbe Kutscher, der den Passanten überfahren hatte, auf seine konkrete Zuverlässigkeit im Verkehr zeitnah zum Unfall kontrolliert wurde. Dabei hilft es nicht, wenn der Mitarbeiter nur im Zeitpunkt seiner Einstellung auf seine Zuverlässigkeit beurteilt wurde. Vielmehr verlangte schon das Reichsgericht, eine fortdauernde Überwachung während der gesamten Dienstzeit zwischen dem Zeitpunkt der Einstellung und dem Schadensereignis.

VII. Die Haftung von Vorständen und Geschäftsführern für fehlende und fehlerhafte CMS nach der Rechtsprechung

Seit der Verurteilung des Finanzvorstands der S. AG zu 15 Mio. EUR Schadensersatz durch das LG München wegen eines fehlenden CMS[14] häufen sich die Haftungsfälle. Wegen des gestiegenen Haftungsrisikos müssen Vorstände und Geschäftsführer ein gesteigertes Interesse an einem dauerhaft wirksamen CMS haben[15]. Falsche Zertifikate ohne Prüfung der dauerhaften Wirkung des CMS müssen die verantwortlichen Geschäftsleiter im eigenen Interesse vermeiden. Gefälligkeitszertifikate schaden den für die Organisationspflicht Verantwortlichen und begründen ihr eigenes Haftungsrisiko gegenüber ihrer Gesellschaft.

VIII. Die Haftung von Auditoren und Umweltgutachtern gegenüber dem zertifizierten Unternehmen nach der Expertenhaftung

Werden Schäden durch Fehler am Zertifikat verursacht, haftet der Auditor und Umweltgutachter für den Schaden nach § 634 Nr. 4 BGB, der dem Unternehmen durch den Fehler entsteht. Umfasst werden Schäden, die dem Werk, hier dem Bericht, Zertifikat und der Gültigkeitserklärung unmittelbar anhaften, weil es in Folge eines Fehlers unbrauchbar oder wertlos ist. Fehlerhaft sind Zertifikate insoweit, als sie missverständliche Prüfungsergebnisse wiedergeben, nicht vollständig sind und weitere Erläuterungen und Gutachten veranlassen. Nach der BGH-Rechtsprechung zur Expertenhaftung haften Berufsgruppen für Mangelschäden durch falsche Prüfergebnisse, die ähnlich wie die Auditoren und Umweltgutachter der Expertenhaftung unterliegen.

---

13 BGHSt 53, 6 (NBW); BGHZ 180, 9; BGHZ 152, 280; offen bleibt die Frage, warum illegales Verhalten vor allem in Großunternehmen immer nach und nicht vor dem Vorwurf des Fehlverhaltens geprüft und nicht abgewendet wird.

14 LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger-Urteil, CB 2014, 167 m. Kommentar *Kränzlin/Weller* und BB 2014, 850 Ls m. Kommentar *Grützner*.

15 LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell-Urteil, WuW 2016, 251, Rn. 113.; ArbG Frankfurt a. M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, zuletzt: OLG Nürnberg, Urt. v. 30.3.2022 – 12 U 1520/19 – Haftung des Geschäftsführers für Pflichtverletzungen im Rahmen der internen Unternehmensorganisation – Vier-Augen-Prinzip.

Schadensersatz wegen Schlechtleistung bei Prüfungsverträgen kann einmal durch falsche uneingeschränkte Zertifikate oder durch eingeschränkte Zertifikate verursacht werden. Wird ein positives Zertifikat erteilt, obwohl es nicht hätte erteilt werden dürfen, weil auf erkennbare Missstände nicht hingewiesen wurde, kann ein Schadensersatzanspruch begründet werden. Wirtschaftsprüfern obliegt nach § 321 HGB eine Redepflicht. Sie haben auf erkannte Missstände hinzuweisen. Analog wird eine Redepflicht auch dem Umweltgutachter und Auditor auferlegt, wenn es darum geht, auf erkannte Missstände hinzuweisen[16]. Schäden können auch dadurch entstehen, dass Umweltgutachter unberechtigte Abweichungen erklären und unnötige Aufwendungen dadurch verursachen – eine Fallkonstellation, die eher selten sein dürfte.

Zu den vertraglichen Pflichten gehört auch die Einhaltung des Pflichtenstandards bei Auditoren. Bei Umweltgutachtern, die nach EMAS zertifizieren, ergeben sich die Pflichtenstandards aus den Leitlinien des Umweltgutachterausschusses. Zu überprüfen hat der Umweltgutachter danach die Einhaltung der einschlägigen Umweltvorschriften am Standort, die technische Eignung der Umweltprüfung, die Umweltbetriebsprüfung, die theoretische Wirksamkeit, die praktische Umsetzung des Umweltmanagements und die Vollständigkeit der Umwelterklärung[17].

Vor allem hat der Auditor die dauerhafte Wirksamkeit des CMS nach den in den Nr. 1.1 bis 1.6 dargestellten Vorgaben der diversen Managementsysteme zu prüfen und zu bestätigen.

Darüber hinaus hat der Auditor Berufspflichten zu erfüllen zur Unabhängigkeit, zur Unbefangenheit, Gewissenhaftigkeit, Eigenverantwortlichkeit, Verschwiegenheit und Unparteilichkeit. Der Pflichtenstandard des Umweltauditors nach der DIN ISO 14001 ergibt sich aus dem konkret aufgelisteten Maßnahmenkatalog von Anforderungen an das Umwelt-Management-System.

Neben den vertraglichen Hauptpflichten haben die Auditoren und Gutachter Schutz- und Nebenleistungspflichten einzuhalten. Aufgrund ihrer besonderen Qualifikation verfügen Experten über eine überdurchschnittliche Menge an Informationen. Durch ihre Prüfungspraxis verfügen Auditoren über ein höheres Expertenwissen als der Umweltbeauftragte eines Unternehmens, der nur sein Unternehmen kennt und für den die Zertifizierung eine einmalige Erfahrung darstellt, während der Umweltgutachter und Auditor eine Vielzahl von Unternehmen zertifiziert[18]. Aufgrund dieses Wissens- und Erfahrungsvorsprungs wird eine erhöhte Aufklärungspflicht vom Umweltgutachter auf Grund seiner Rolle als Experte verlangt. Dazu zählen auch Hinweise, wie die Betriebsorganisation aufgebaut werden kann und welche Missstände zu beseitigen sind, um die Anforderungen an ein Umwelt-Management-System zu erfüllen.[19]

IX. Die Expertenhaftung von Auditoren und Umweltgutachtern gegenüber Dritten

Unter dem Begriff des Experten versteht man Personen, die aufgrund ihrer beruflichen Ausbildung über eine gesteigerte Sachkunde in speziellen Bereichen des täglichen Lebens verfügen. Dazu zählen Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte, Sachverständige, insbesondere die öffentlich bestellten und vereidigten, die entgeltliche Leistungen erbringen, indem sie ihren Vertragspartnern Auskünfte, Gutachten und Beratungen zukommen lassen. Dem Auftraggeber kann gegenüber dem Experten ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz zustehen.

Fehlt ein Vertragsverhältnis zwischen Geschädigtem und Experten, kämen zunächst nur deliktsrechtliche Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Sie ersetzen jedoch keine Vermögensschäden. Außerdem verlangt eine deliktsrechtliche Haftung im Regelfall den Nachweis eines vorsätzlichen Verhaltens des Experten, der schwer zu erbringen ist.

Der Vermögensschutz vor Expertenfehlern ist im Deliktsrecht nicht wirksam. Deshalb hat die Rechtsprechung den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt. Es handelt sich um eine Anspruchsgrundlage aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung, für die offenbar ein Bedürfnis nach einer leichter zu begründenden Haftung durch Vertragsrecht bestand. Dritte wurden als schutzbedürftig angesehen, weil sie z. B. auf ein Gutachten eines Experten vertraut haben, das ihnen bestimmungsgemäß zugeleitet worden ist. Dieses Vertrauen galt insbesondere als schutzbedürftig, weil den Auskünften von Experten und deren Erklärungen grundsätzlich Vertrauen entgegengebracht wird. Experten gelten als objektiv, neutral, kompetent und gewissenhaft und sind deshalb geeignet, Vertrauen zu erwecken. Ebenso wie zwischen zwei Vertragspartnern vertraut ein Dritter auch ohne Vertrag auf die Erklärungen eines Experten. Mit diesen Erwägungen wird die Haftung von Experten gegenüber Dritten auch ohne Vertragsbeziehung begründet[20].

X. Fazit

Alle Beteiligten sind vor Selbsttäuschung über die dauerhafte Wirksamkeit eines CMS zu warnen. Wenn schon Aufwand für Auditverfahren betrieben wird, sollten Haftungsrisiken vermieden statt durch falsche Zertifikate begründet werden. Die beteiligten Experten riskieren Ruf, Reputation und schlechte Presse zum eigenen Schaden.

AUTOR



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

16 *Grühn*, Der Umweltgutachter, Berufsrecht und Haftungsrecht im Vergleich zum Wirtschaftsprüfer, 2000, 5. 49.
17 *Grühn* (Fn. 16), 5. 175.
18 *Rack*, CB 2016, 284, 328.
19 *Grühn* (Fn. 16), 5. 176.
20 Näher mit weiteren Nachweisen: Rack, CB 2016, 284, 328.

RACK
RECHTSANWÄLTE

Lurgieallee 12 (Mertonviertel) - 60439 Frankfurt am Main - Fon 0 69/95 78 31 0 - Fax 0 69/95 78 31 40
Email anwaltsbuero@rack-rechtsanwaelte.de - www.rack-rechtsanwaelte.de

RACK
RECHTSANWÄLTE



ALLES AUS EINER HAND

Rechtsinhalte, Software & präventive Rechtsberatung

Nutzen Sie unsere gespeicherten Erfahrungen aus 29 Jahren Complianceberatung. Wir vermeiden die Haftung für Organisationsverschulden von Führungskräften. Sie müssen organisatorisch dafür sorgen, dass sie sich selbst und dass sich alle Mitarbeiter des Unternehmens legal verhalten. Dazu lassen sich alle Risiken und Pflichten eines Unternehmens mit unserem System ermitteln, delegieren, monatlich aktualisieren, erfüllen, kontrollieren, digital speichern und für alle jederzeit verfügbar halten. Die Verantwortlichen können digital abfragen, wer, welche Pflicht, an welchem Betriebsteil, wie zu erfüllen hat. Führungskräfte können auf einer Oberaufsichtsmaske mit einem Blick kontrollieren, ob alle Pflichten im Unternehmen erfüllt sind. Systematisch senken wirden Complianceaufwand durch Standardisierung um 60 %. Sachverhalte im Unternehmen wiederholen sich, verursachen gleiche Risiken und lösen gleiche Rechtspflichten zur Risikoabwehr aus. Rechtspflichten werden nur einmal geprüft, verlinkt, gespeichert und immer wieder mehrfach genutzt.

Wir sind Rechtsanwälte mit eigenen Informatikern und bieten eine Softwarelösung mit Inhalten und präventiver Rechtsberatung aus einer Hand. Auf Anregungen aus den Unternehmen passen unsere EDV-Spezialisten die Software unseres Compliance-Management-Systems an. Der aktuelle Inhalt unserer Datenbank: 21.670 Rechtsvorschriften von EU, Bund, Ländern und Berufsgenossenschaften, 8.800 Gerichtsurteile, standardisierte Pflichtenkataloge für 45 Branchen und 73.000 vorformulierte Betriebspflichten. 57.500 Unternehmensrisiken sind mit 73.000 Rechtspflichten 4,3 Millionen Mal verlinkt und gespeichert. Auf die Inhalte kommt es an. Je umfangreicher die Datenbank umso geringer ist das Risiko, eine Unternehmenspflicht zu übersehen.

Weitere Informationen unter:
www.rack-rechtsanwälte.de