

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

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

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 Sanktionsmilderungen¹ 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 worden³ 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 Freiheitsspielraum 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 wirtschaftspsychologischer 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/Stroebel/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 entsteht 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-Effekt¹², 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 Wiederherstellung 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 Wiederherstellung von Handlungsfreiheit zu unterscheiden, 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 berücksichtigen 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 – ISON-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 – Scheckkassette.

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 Chefjurist 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 Vorgesetzten 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 Gegebenheiten 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 verkennen³³ 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 zugewiesen³⁵ 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-Maßnahmen³⁶ 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 – ISON-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 verundertfacht. 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 Folgenerwägungen³⁹ 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 Wiederherstellung 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 Folgerwägungen 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/Petrash, CCZ 2020, 109; Nolte/Michaelis, BB 2020, 1154, 1156.
38 Femers-Koch (Fn. 4), Seite 65.

39 Rütters, Rechtstheorie, 9. Aufl., Anm. 296, 330, 396 et respice finem; Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Seite 163, § 5 Anm. 12; Lübke-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.