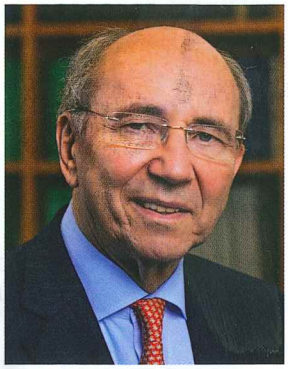
Compliance zur Senkung von Haftungs- und Versicherungsrisiken des Managements



Dr. Manfred Rack,
Rechtsanwalt,
Rack Rechtsanwälte

Die aktuelle Krise der D&O-Versicherung durch Compliance-Schäden veranlasst die Suche nach Gründen und Abhilfe. Ein Grund ist die strenge Organhaftung. Sie begründet hohe Haftungsrisiken, vor deren Schadensfolgen die D&O-Versicherungen durch Deckung schützen soll. Sie erweist sich als unzureichend und lückenhaft. Die D&O-Versicherung leistet keine präventive Vorsorge gegen den Pflichtenverstoß selbst, nämlich gegen die eigentliche Schadensursache. Dagegen besteht der Zweck eines Compliance-Management-Systems (CMS) in der präventiven Vermeidung von Schäden durch Rechtsverstöße in Unternehmen. Eine D&O-Versicherung setzt kein präventives Pflichtenmanagement voraus. Die Tarife werden verhaltensunabhängig nur nach wirtschaftlichen Erfolgszahlen bestimmt, ohne Anreiz für Aufwand und Anstrengung, ein CMS einzusetzen. Zu fordern ist deshalb, die D&O-Versicherung von dem Einsatz eines CMS abhängig zu machen. Jedes eingesparte CMS erscheint als individueller Vorteil für das einzelne Unternehmen, wirkt aber als kollektiver Nachteil für die Solidargemeinschaft aller Versicherten.

Die Notwendigkeit der präventiven Abwendung von Organisationsrisiken durch CMS lässt sich nicht nur mit rechtlichen, sondern auch mit verhaltensökonomischen Argumenten begründen, die sich zur Überzeugung von Führungskräften ohne eigene Rechtskenntnisse erfolgsversprechend einsetzen lassen. Organisationsrisiken können nämlich auf typisierbare menschliche Fehlleistungen zurückgeführt werden.

Die systematische Senkung des Aufwands durch Arbeitsteilung, Leerkostenmanagement und Digitalisierung werden thematisiert. Im Ergebnis wäre die D&O-Versicherung zusammen mit dem Einsatz eines CMS funktionsfähig zu halten.

1. Die aktuelle Krise der D&O-Versicherung durch Compliance-Schäden

Die Presse meldet seit 2020 stetig steigende D&O-Versicherungsprämien[1], nachdem sie jahrelang gefallen sind, außerdem drastisch verringerte Versicherungsangebote, den Rückzug von namhaften Versicherungsgesellschaften vom Markt für Manager-Haftpflichtversicherungen.

Vom Deckungsnotstand und Systemversagen ist die Rede. Die auszugleichenden Schäden steigen schneller als das Prämienaufkommen.

Es sind Zeichen einer Krise der D&O-Versicherung. Vermehrt sind Schäden durch die Pflichtverletzung von Führungskräften auszugleichen. 270 Millionen Euro mussten die beteiligten Versicherer für die Prozesskosten des ehemaligen VW-Chefs leisten. Millionen von Abwehrkosten sind für den früheren Wirecard-Chef zu zahlen. Eine Vielzahl der Compliance-Schadensfälle werden diskret behandelt und bleiben im Dunkeln. Die Schadensquote der D&O Versicherer lag 2020 im Schnitt bei 110%, im Jahr 2015 bei 145% und 2016 125%. Versicherer müssen 2020 je 100€ eingenommener Prämien 110€ für Schäden zahlen. Über Spannungen zwischen Versicherern, Versicherten und Maklern wird berichtet.[2] Das Prämienaufkommen deckt offenbar nicht mehr die steigenden Schäden durch Pflichtverletzungen von Managern. Die Verluste der Versicherer werden mit über 100 Millionen jährlich angeben.[3] Insgesamt analysiert O. Lange in seiner Neuauflage, dass der Wettbewerb der Versicherer intensiv, das Prämienniveau, wenn auch steigend, zu gering und die Schadensfrequenz weiterhin zu hoch ist.

Gründe für diese Entwicklung sowie Empfehlungen zur Abhilfe durch ein CMS sollen im Folgenden erörtert werden.

2. Die strenge Organhaftung bei Pflichtverletzungen durch Vorstände und Geschäftsführer

Ein Grund für die D&O-Krise ist die harte Organhaftung. Sie begründet hohe Haftungsrisiken durch die Verletzung von Vorstandspflichten, vor deren Schadensfolgen die D&O-Versicherung durch Deckung schützen soll.

Ein CMS soll präventiv die Verletzung von Pflichten durch Organe, deren Haftung und die damit ausgelösten Versicherungsfälle, vermeiden. Das Verhältnis von D&O-Versicherungen und CMS soll analysiert werden.

Im Folgenden wird als Ergebnis die Empfehlung begründet, vorrangig CMS einzusetzen, um schon von vornherein Verletzungen der Pflichten durch die Organe, deren Haftung und die daraus folgenden Versicherungsfälle präventiv abzuwenden. Die D&O-Versicherungen gleichen die Schadensfolge der Pflichtverletzung aus. Ein CMS vermeidet schon die Pflichtverletzung und damit die Ursache von Organhaftung und Versicherungsfällen.

Compliance-Systeme bieten sich als Alternative zur D&O-Versicherungen als effektiveren Schutz vor Haftungsfolgen an.

1 O. Lange, D&O-Versicherungen und Managerhaftung, 2022, § 1 Anmerk. 87
2 FAZ vom 18. September 2021
3 O. Lange, D&O-Versicherungen, 2022, S. 39, 56

Die strenge Organhaftung soll als Druck und Anreiz zu pflichtgemäßen Verhalten wirken. Die D&O-Versicherung dagegen steht seit ihrer Begründung im Verdacht, Nachlässigkeit und Leichtsinn im Management zu fördern, weil man sich für ausreichend versichert glaubt.[4]

Nach § 93 I S.1 AktG haben Vorstände die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einzuhalten. § 93 II S. 1 AktG ordnet bei Verletzung der Pflicht aus § 93 I S. 1 AktG die gesamtschuldnerische Haftung der verantwortlichen Vorstandsmitglieder an. Jedes Vorstandsmitglied haftet für alle anderen mit. Für die Erfüllung ihrer Organpflichten tragen Organe nach § 93 II S.2 AktG die Beweislast. Sie müssen beweisen, dass sie alle ihre Pflichten kennen und eingehalten haben. Nach § 249 I BGB haften die in Anspruch genommenen Organmitglieder für den gesamten Schaden ohne Rücksicht auf den Grad ihrer Pflichtwidrigkeit. Bei Abschluss einer D&O-Versicherung für die Mitglieder des Vorstandes haben sie nach § 93 IV S.3 AktG 10% vom Schaden als Selbstbehalt zu tragen. Der Selbstbehalt soll Manager von mutwilligen schadensgeneigten Entscheidungen abhalten und zum pflichtgemäßen Verhalten motivieren. Nach § 93 IV S. 3 AktG sind Haftungsvergleiche eingeschränkt. Die Hauptversammlung muss einem Vergleich nach § 93 IV S. 3 AktG zustimmen. Nach § 93 VI AktG beträgt die Verjährung 5, bei börsennotierten Gesellschaften 10 Jahre nach Anspruchsentstehung. Haftungserleichterungen sind nach dem Grundsatz des Satzungsstrenge nach § 23 V AktG ausgeschlossen.[5] Seit dem 70. Deutschen Juristentag wurde unter dem Thema „Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen" Haftungserleichterungen zwar befürwortet aber bisher nicht realisiert. Die Haftung wurde beständig verschärft und die Haftungsspirale hat den Versicherungsbedarf gesteigert. Der Haftungssituationen begegnet die Praxis mit D&O-Versicherungsschutz. Für über 90% aller Aktiengesellschaften besteht eine D&O-Police.[6]

3. Die eingeschränkte Leistung und Bereitschaft zur Deckung der D&O-Versicherungen

Vor dieser strengen Organhaftung schützt die D&O-Versicherung nur lückenhaft

Die aktuelle Krise bestätigt diesen Eindruck der unzureichenden Deckung von Complianceschäden durch D&O-Versicherungen.

Grundsätzlich wird durch den Abschluss einer D&O-Versicherung die Haftung eines Vorstandes abgedeckt. Versicherungsrechtlich handelt es sich um eine Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung (§§49, 74 VVG), die die AG als Versicherungsnehmerin vertreten durch ihren Vorstand mit einem Versicherungsunternehmen zu Gunsten ihrer Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie sonstigen leitenden Managern als den versicherten Personen abschließt und bezahlt.[7] Der Zweck der Versicherung besteht nach den üblichen Versicherungspolicen darin, den durch die Versicherung Begünstigten das Risiko der Innenhaftung gegenüber der geschädigten AG bis zur jeweiligen Versicherungshöchstgrenze abzunehmen, soweit nicht versicherungsvertraglich vereinbarte Ausschlüsse oder Selbstbehalte den Versicherungseintritt beschränken.[8] Der Versicherungsschutz der D&O-Versicherungen wird typischerweise als Gruppenversicherung gewährt. Die Gesellschaft ist Versicherungsnehmerin, während die Organmitglieder die versicherten Personen und damit Gläubiger des Leistungsanspruchs gegen den Versicherer sind. Die D&O-Versicherung leistet im Schadensfall nicht lückenlos, sondern nur mit Einschränkungen, nämlich durch den Selbstbehalt von 10% nach § 93 II S.3 AktG, durch einen Leistungsausschluss bei vorsätzlicher bzw. wissentlicher Pflichtverletzung sowie durch Leistungsverweigerungsrechte wegen der eventuellen Verletzung vorvertraglicher Obliegenheiten. Der Versicherungsschutz steht nicht in unbegrenzter Höhe zur Verfügung. Die Abwehrkosten fallen nach § 101 I S.1 VVG dem Versicherer zur Last und werden nach den D&O Bedingungswerken abweichend von § 101 II S. 1 VVG standardmäßig auf die Versicherungssumme angerechnet, wodurch „der für die Deckung zur Verfügung stehende Betrag in nicht unerheblichen Ausmaß aufgezehrt" wird und „verdampfen" kann.[9] Insgesamt gilt die Deckungsbereitschaft der Versicherer als eingeschränkt.[10]

Grundsätzlich wurde gegen die ersten D&O-Versicherungsregelungen eingewandt, sie senkten die Motivation, sich pflichtgemäß zu Verhalten und begründeten das sogenannte „Nachlässigkeitsrisiko".[11]

Unter dem Stichwort „moral hazard", wird das Risiko verstanden, dass Versicherte bei Bestehen der Versicherungsdeckung Anreiz haben, Sorgfaltspflichten zu missachten und die Schadensneigung zu erhöhen. Das moralische Risiko wird auch deshalb befürchtet, weil die D&O-Versicherung von der Gesellschaft und nicht vom versicherten Organ persönlich finanziert wird. Die D&O-Versicherungen wurden lange mit der Begründung abgelehnt, sie würden die verhaltenssteuernde Wirkung der strengen und unverzichtbaren Organhaftung mindern, unterlaufen und neutralisieren. Bestätigt wurde dies durch die Verdopplung der D&O-Versicherungsfälle im Zeitraum von 1986 bis 1995. „Deckung erzeugt Haftung" gilt seitdem als allgemeingültige Erfahrung.[12] Diese Bedenken wurden durch den Selbstbehalt in § 93 II S. 3 AktG ausgeräumt. Danach muss vom Versicherten 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitgliedes getragen werden. Diese Regelung soll die verhaltenssteuernde Wirkung der strengen Organhaftung sicherstellen.

Versicherungsschutz beseitigt das Risiko einer persönlichen Anspruchsnahme nicht, sondern verringert es nur. Die D&O-Versicherung erweist sich als lückenhaft. Eine D&O-Versicherung bietet Schutz vor

4 Splinter, Aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung, 2021, S. 24
5 Splinter, Aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung, 2021, S. 5.
6 Splinter, 2021, S. 6; Ihlas, D&O: Directors and Officers Liability, 2. Auflage 2009, S. 168
7 Fleischer in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 12 Rn. 1, 30; Ulmer, Festschrift Canaris, S. 452
8 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.106f
9 Splinter, 2021, S. 8; MüKo VVG-Ihlas, D&O Nr. 404
10 Hendricks, VW 2006, 229; v. Schenk, NZG 2015, 494, 498
11 Splinter, 2021, S. 24
12 Ihlas, Organhaftung und Haftpflichtversicherung 1997, S. 64, 327, 329; „Die hundert höchsten D&O-Versicherungsfälle in Tabelle 1"

den Folgen einer Pflichtverletzung, sie schützt allerdings nicht vor der Ursache des Schadens, nämlich der Pflichtverletzung. Die D&O-Versicherung bezweckt schon grundsätzlich nicht die Vermeidung der Verletzung von Vorstandspflichten. Dagegen besteht der Zweck eines CMSs von vornerein darin, schon den Verstoß gegen Organisationspflichten der Organe zu vermeiden, indem systematisch die Pflichten ermittelt, deren Unkenntnis vermieden, die lückenlose Delegation der Pflichten auf Mitarbeiter, deren Erfüllung, Kontrolle und Dokumentation organisiert wird, um Vorstände im Falle eines unvorhersehbar eintretenden Pflichtenverstoßes den Nachweis zu ermöglichen, alles organisatorische veranlasst zu haben, um gerade diesen Pflichtenverstoß zu vermeiden.

4. Das CMS mit effektivem Schutz vor Organisationsverschulden und Organhaftung

4.1 Der Zweck eines CMS

Mit einem CMS erfüllen Vorstände und Geschäftsführer und die Mitarbeiter des Unternehmens ihre Legalitätspflicht, sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass sich auch alle anderen Mitarbeiter legal verhalten, um alle Pflichten des Unternehmens einzuhalten.

4.2 Gesetzliche Regelungen eines CMS

4.2.1 Die gesetzliche Regelung nach § 91 III AktG

Gesetzlich neu geregelt ist die Pflicht des Vorstands nach § 91 III AktG im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) vom 01. Juli 2021 zur Einrichtung eines Kontroll- und Risikomanagementsystems, worunter ein CMS zu verstehen ist.

Die gesetzliche Neuregelung enthält keine Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung dieser Pflicht. Die Konkretisierung der Pflicht wird dem Leitungsermessen des Vorstands überlassen. Die Regelungslücke nach dem FISG[13] lässt sich schließen, erstens durch die neue DIN ISO 37301, ein System zur Auditierung der Geschäftsführung, zweitens durch die neue erste gesetzliche Regelung eines CMS im Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, drittens durch den deutschen Corporate Governance Kodex und schließlich viertens vor allem durch die höchstrichterliche Rechtsprechung von RG und BGH zum Organisationsverschulden.

13 BGB L. I 2021 S. 1534

4.2.2 Die erste gesetzliche Regelung eines Compliance-Management-Systems im LkSG

Eine erstmalige gesetzliche Regelung eines CMSs (CMS) bietet das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG). Gesetzlich geregelt sind konkrete Vorgaben für die Einrichtung eines CMS.[14] Die Regelungen gelten als kodifizierte Rechtsprechung.[15] Alle Pflichten ergeben sich aus Einzelfallentscheidungen von RG und BGH, was unter 4.3.3 belegt wird. Die Rechtssicherheit wird durch die gesetzliche Regelung erhöht. Sie liefert für die Unternehmenspraxis einen konkreten Maßstab, wie ein CMS zu gestalten ist.

- **Erstens** sind die einzelnen Pflichten zu ermitteln, die den Zweck haben die Risiken abzuwenden, die durch die Aktivitäten von Unternehmen verursacht werden. Die Pflicht ergibt sich aus den §§ 4 II, 5 I S.1, III LkSG.

  Sanktioniert wird die unterlassene oder falsche Risikoanalyse nach § 24 I Nr. 2 und §§ 7-8 LkSG.

- **Zweitens** sind nach § 4 III, IV LkSG die ermittelten Pflichten auf Mitarbeiter zu delegieren.

14 Gehling/Ott/ Lüneborg, CCZ 2021, 231
15 Rünz, ZVertriebsR, 2020 S. 297

Sanktioniert wird das Unterlassen der Delegation nach § 24 I Nr.1 LkSG.

- **Drittens** sind die Pflichten regelmäßig nach §§ 5 IV, 7 IV LkSG zu aktualisieren.
  Sanktioniert wird das Unterlassen der Aktualisierung nach § 24 I Nr.5 LkSG.

- **Viertens** sind die Pflichten nach §§ 4 II, 6 I, 7 I-III LkSG zu erfüllen.
  Die Sanktion ergibt sich aus § 24 I Nr. 3 LkSG.

- **Fünftens** sind die Pflichten nach §§ 4 III S. 2, 6 IV 3-4, 4-5 LkSG zu kontrollieren.
  Die Sanktion ergibt sich aus § 24 I Nr. 4 LkSG.

- **Sechstens** ist die Einhaltung aller Organisationspflichten nach § 10 LkSG zu dokumentieren.
  Sanktioniert wird die unterlassene Dokumentation nach § 24 I Nr. 9-10 LkSG

4.3 Untergesetzliche Regelungen des CMS nach dem Muster der Rechtsprechung

4.3.1 Die DIN ISO 37301

Die gleichen sechs Organisationspflichten ergeben sich aus den etwa 25 Einzelfallentscheidungen des BGH zum Organisationsverschulden. Damit erweist sich auch die DIN ISO 37301 als ein Regelwerk, das die Rechtsprechung schon in Einzelfall vorentschieden hat. Vorgaben aus einer DIN-Norm erzeugen als Selbstregulierungsvorschrift für Unternehmensleiter eine faktische Bindungswirkung, ebenso wie die höchstrichterliche Rechtsprechung. Wer der Rechtsprechung des BGH und der DIN ISO 37301 folgt, vermeidet präventiv den Vorwurf des Organisationsverschuldens und begründet ein Indiz für die Vermutung, die Legalitätspflicht erfüllt zu haben.

Die DIN ISO 37301 enthält sechs Organisationspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht der Organe eines Unternehmens.[16]

- erstens sind Pflichten danach zu ermitteln und Ressourcen zur Erfüllung bereitzustellen,
- zweitens an Verantwortliche zu delegieren,
- drittens zu aktualisieren,
- viertens zu erfüllen
- fünftens zu kontrollieren und
- sechstens zu dokumentieren.[17]

Verstöße gegen Compliance-Verpflichtungen und zur Organisation lassen sich dadurch vermeiden oder minimieren.[18] Nach A.4.4 der DIN ISO 37301 dient das Compliance-Management dazu Non-Compliance zu verhindern, zu erkennen und darauf zu reagieren.

4.3.2 Der deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)

Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) vom 27.06.2022 legt im Grundsatz 5 fest, dass der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung im Unternehmen hinzuwirken hat (Compliance). „Das interne Kontrollsystem und das Risikomanagementsystem umfassen auch ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System". Will eine börsennotierte AG von diesem Kodex-Grundsatz abweichen, ist sie verpflichtet, dies in ihrer jährlichen Entsprechenserklärung gem. § 161 II AktG offen zu legen und zu erklären, inwieweit sie den Empfehlungen des DCGK entsprochen hat und künftig entsprechen will. Dem gleichen Zweck dienen die vergleichbaren Regelungen in § 25a KWG für Banken und in § 64a VAG für Versicherungen. Die Nichtbeachtung dieser Empfehlung ist zu begründen. Es gilt der Grundsatz „Comply or explain".

4.3.3 Die höchstrichterliche Rechtsprechung von RG und BGH zu sechs Organisationspflichten

Nach der Rechtsprechung des BGH müssen sechs Organisationspflichten vom Unternehmen, durch den Vorstand oder 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.[19]

Die Pflicht zur Einrichtung eines CMSs ergibt sich zuletzt aus der Panzerhaubitzen-Entscheidung des BGH.[20]

Urteile des BGH zur Pflicht der Unternehmensorganisation sind faktisch bindend, was sich aus der Prozessordnung ergibt. Instanzgerichte sind regelmäßig an die Urteile höherer Gerichte und diese wiederum an die frühere Rechtsprechung gebunden. Untere Gerichte sind zur Vorlage bei oberen Gerichten verpflichtet. Weichen sie ab, werden die instanzlichen Urteile aufgehoben und zur erneuten Entscheidung nach § 563 II ZPO zurückverwiesen. Gerichte der zweiten Instanz müssen die Revision zulassen, wenn sie von einer Entscheidung der obersten Bundesgerichte des selben Gerichtszweigs abweichen.[21]

Inzwischen geht die Rechtsprechung auch ohne dogmatische Begründung von der Pflicht zum Einsatz eines CMS aus und begründet Schadensersatzansprüche mit dessen Unterlassen.[22]

16 Anhang A.1 Anwendungsbereich DIN ISO 37301

17 DIN ISO 37301, 6.2 b-f, 6.3

18 Einleitung 3, DIN ISO 37301 April 2020

19 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).

20 BGH v. 09.05.2017, I StR 265/16-Panzerhaubitzen-Fall

21 § 43 II S. 2 Nr. 2 ZPO, § 132 II Nr. 2 VwGO; § 72 II Nr. 2 ArbGG

22 LG München v. 10.12.2013 – V AKO 13 87/10- Neubürger Entscheidung; LAG Düsseldorf v. 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell); ArG Frankfurt v. 11.09.2013 – IX Ca 1551, 13- Libor-Manipulation; BGH v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013 19, 58, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivate Geschäfte; Fleischer in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Auflage, § 91 Anmerk. 48; Moosmayer, Compliance , 2. Auflage 2012, S. 16; BGH v. 09.05.2017 – StR 265/ 16 S. 46 - Panzerhaubitzen

5. Die sechs Organisationspflichten zur Abwendung von sechs typischen Organisationsrisiken

5.1 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, Unternehmensgröße und Mitarbeiterzahl. Von den Organisationspflichten sind die Pflichten von Unternehmen zu unterscheiden, deren Einhaltung zu organisieren ist und die vom Zweck, Branche und Produktion des jeweiligen Unternehmens abhängen. Sie unterscheiden sich je nachdem, welche typischen Risiken eines Unternehmens abzuwenden sind. Risiken werden bestimmt von der Produktion, den Produkten und dem Unternehmenszweck. Die Pflichtenprofile von Unternehmen unterscheiden sich. Gleich sind die Pflichtenprofile, wenn ein Unternehmen der gleichen Branche angehört. Deren Pflichten können mehrfach verwendet werden.[23]

Die Organisationspflichten 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. Die Unternehmen sind auf ihre Organe, die Vorstände und Geschäftsführer angewiesen, woraus sich die gleichen Organisationsrisiken und damit auch die gleichen Organisationspflichten zu deren Abwendung ergeben. Es handelt sich um zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten. Die Größe eines Unternehmens ist die Risikoquelle und der Gefahrenherd. Aber auch kleine Unternehmen können Risken begründen, weil sie möglicherweise durch zu wenig Personal unterorganisiert sind.[24]

23 Rack, CB 11/2021 Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durch die neue DIN ISO 37.301, S. 436

24 Matusche-Beckmann, Organisationspflichten, 2001, S. 66; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2002, S. 601

5.2 Die sechs Organisationspflichten

5.2.1 Ermittlung von Risiken und Rechtspflichten

Erstens sind sämtliche Rechtsrisiken oder einschlägige Rechtspflichten des Unternehmens zur Risikovermeidung zu ermitteln. Abzuwenden ist das Organisationsrisiko der Unkenntnis.[25]

5.2.2 Die Delegation der Rechtspflichten

Zweitens sind die Rechtspflichten an Verantwortliche zu delegieren, um das Risiko der Unzuständigkeit zu vermeiden.[26]

5.2.3 Die Aktualisierungspflicht

Drittens sind die Rechtspflichten monatlich zu aktualisieren um Rechtsverstöße durch eine überholte Rechtslage zu verhindern[27].

5.2.4 Das Erfüllen der Rechtspflicht

Viertens sind die Rechtspflichten des Unternehmens zu erfüllen, um das Risiko der Untätigkeit von Mitarbeitern zu vermeiden.[28]

25 OLG Düsseldorf NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung); BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 (Scheckinkasso); 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 (Labor-Manipulation-Entscheidung); NJW 2013, 1958, Rn. 22 (Unternehmenszweckwidrige Derivatgeschäfte)

26 RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG Warn. 1914, 35, 50 (Neuzement-Urteil); RGZ 87(1916), 1 (Heilsalzurteil); RGJW 1923, 1026 (Furwerk-Urteil); RGJW 1938, 165 (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, I (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 (Wissensaufspaltung); s. dazu ausführlich Rack, CB 06/2013, S. 213; BGHZ 135, 202, BB 1997, 1276 (Wissenszurechnung beim Scheckinkasso)

27 NJW 2003, 358 ff. (Kurzarbeiter-Fall); BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Fall); Rack, Die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen und ihre Aktualisierung als Organisationsproblem, CB 1/2013

28 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)

5.2.5 Die Pflicht zur Kontrolle

Fünftens ist die Einhaltung der Rechtpflichten zu kontrollieren um das Risiko der Kontrolllücke zu vermeiden.[29]

5.2.6 Die Dokumentationspflicht

Sechstens ist die Einhaltung aller Rechtspflichten zu dokumentieren um das Risiko der Beweisnot der Organe abzuwenden.[30]

Um sämtliche Risiken und Rechtspflichten von Unternehmen ermitteln zu können, hat der Vorstand eine Informationsbeschaffungspflicht. Vorstände müssen sich informieren lassen und sich sämtliche Informationen beschaffen. Erfüllen kann der Vorstand seine Informationsbeschaffungspflicht durch die Anordnung einer Meldepflicht sämtlicher Mitarbeiter im Unternehmen. Jeder hat in seinem Verantwortungsbereich Risikoanalysen zu betreiben und die Informationen an den Vorstand oder dafür bestimmte Personen zu melden. Internes als auch externes Erfahrungswissen ist heranzuziehen.[31] Rechtserhebliche Informationen müssen im Unternehmen gespeichert, im Unternehmen verfügbar gehalten werden[32] und von den Verantwortlichen abgefragt werden.33

5.3 Die zu organisierenden Pflichten

Je nach Branche, Produkt und Risikolage begründen die Sachverhalte im

29 RGZ 78,107 (Kutscher-Urteil); RGZ 87(1916), 1 (Heilsalzurteil); 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 (Fuhrwerkurteil); NJW 1968, 247 ff. (Schubstreben-Fall); WM 2004, 2157 („Stille Lasten" oder der ungeeignete Vorstand); Rack, CB 8/2014 S. 287

30 BGHZ 51, 91 (Hühnerpest-Urteil), BGHZ 92, 143, BB 1984, 1970 (Kupolofen-Urteil); BGHZ 132, 30, 38 (Wissensaufspaltungsurteil)

31 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)

32 Buck-Heeb CCZ 2009, 24

33 BGH v. 22.02.1996 BGHZ 132, 30, 37 Wissensaufspaltungsentscheidung; BB 1996, 924; BGHZ 135, 202 Wissenszurechnung beim Scheckinkasso: Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 614

Unternehmen unterschiedliche Risiken und damit lösen sie auch unterschiedliche Pflichten aus, um diese Risiken abzuwenden. Die Risiken und Pflichten eines Flughafens unterscheiden sich von dem eines Pharmaunternehmens, eines Stadtwerks, eines Chemiekonzerns und eines Maschinenbauunternehmens. Je nach Branche und Produktion weisen die Unternehmen ein anderes Risiko- und Pflichtenprofil auf. Diese organisierten Pflichten sind einmal zu ermitteln, zu delegieren, monatlich zu aktualisieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Unternehmen, die als juristische Person geführt werden, haben die gleichen sechs Organisationspflichten, aber jeweils andere organisierte Pflichten. Die zu organisierenden Pflichten werden einmal aus dem umfassenden Bestand aller potenziell einschlägigen Gesetze ermittelt, als einschlägig markiert und in der Datenbank abgespeichert. Alle gesetzlichen Neuerungen werden an alle Unternehmen mit dem gleichen Management-System geschickt. Der installierte Algorithmus unterscheidet die gesetzlichen Änderungen nach einschlägigen oder nicht einschlägigen, wodurch der Aktualisierungsaufwand zu 60% eingespart werden kann.

5.4 Die Erfüllung der Organisationspflichten im CMS „Recht im Betrieb"

Alle sechs Organisationspflichten lassen sich durch das CMS „Recht im Betrieb" erfüllen. Das System besteht aus einer Software mit einer umfangreichen Datenbank, die in den Unternehmen als Instrument der Rechtsberatung eingesetzt wird und ausschließlich dem Zweck dient, die Legalitätspflicht aller Unternehmensmitarbeiter zu erfüllen.

Die Datenbank umfasst eine Bibliothek von 20.580 Rechtsvorschriften im Volltext der EU, des Bundes, der 16 Bundesländer und der untergesetzlichen Regelwerke. Mit der Technik der Sammelrecherche werden in der Datenbank Fundstellen lückenlos erfasst, sodass dadurch keine einschlägige Rechtspflicht im Unternehmen übersehen werden kann. Aus den Rechtsvorschriften wurden von den beratenden Anwälten bisher in 25 Jahren Complaince-Beratung 50.000 riskante Unternehmenssachverhalte mit 70.000 Rechtspflichten vier Millionen Mal verlinkt. Grundsätzlich prüfen Anwälte, welche Sachverhalte einschlägige Pflichten auslösen, die einmal verlinkt und in der Datenbank gespeichert einen Lösungsvorrat von Prüfergebnissen auf schon einmal geprüfte Rechtsfragen bilden. Unternehmen sind in aller Regel serienmäßig eingerichtet, nutzen die gleichen Produktionsverfahren, Stoffe, Vorprodukte und Materialen und serienmäßig hergestellte Anlagen, die wiederum die gleichen Rechtspflichten auslösen.

Höchstmögliche Rechtssicherheit wird dadurch mit geringstmöglichem Aufwand durch den Einsatz von Legal-Tech-Instrumenten erreicht.

Die Unternehmenssachverhalte werden rechtlich daraufhin geprüft, welche Rechtspflichten sie auslösen. Die Sachverhalte werden mit geprüften Rechtspflichten zu einer persistenten Verbindung digital verlinkt und im System abgespeichert. Juristische Laien finden über den Sachverhalt die mit ihm verlinkten einschlägigen Rechtspflichten. Die Prüfergebnisse können dadurch mehrfach und immer wieder gesucht, verwendet und eingesetzt werden. Eingespart werden wiederholte rechtliche Prüfung zu gleichen Rechtsfragen. Die Technik des Verlinkens ermöglicht die unbegrenzte Wiederverwendung des gleichen Prüfergebnisses für wiederkehrende Rechtsfragen. Die rechtlich erforderlichen Prüfungen müssen nicht wiederholt, sondern die Prüfergebnisse nur wiedergefunden werden.

Für die Aktualisierung wird ein Algorithmus eingesetzt, der automatisch bei der monatlichen Aktualisierung aus der Gesamtmenge aller rechtlichen Änderungen die einschlägigen von den nicht einschlägigen Informationen ohne menschliches Zutun unterscheiden kann, sodass an einem Unternehmensstandort die Verantwortlichen nur die jeweils neuen Informationen über die Veränderungen von Rechtspflichten erfahren, die an sie delegiert und für die sie zuständig sind. Dieses Legal-Tech-Instrument erspart nachweislich 60% vom herkömmlichen Aktualisierungsaufwand. Alle Mitarbeiter erhalten die gleichen neuen rechtlichen Informationen, die der Algorithmus nach dem Pflichtenprofil des Unternehmens filtert und verteilt. Die Unternehmenssachverhalte, auf die eine Rechtsnorm anzuwenden ist, sind mit der Rechtsnorm selbst, der jeweiligen Rechtspflicht, als auch den abstrakten Rechtsbegriffen so verlinkt, dass sie wechselseitig aufgerufen werden können. Zum Beispiel sind hinter dem abstrakten Rechtsbegriff des Gefahrstoffes sämtliche im Unternehmen vorkommenden Gefahrstoffe so verlinkt, dass sie auf einen Klick angezeigt werden können. Mit Hilfe dieses Legal-Tech-Instruments lassen sich die sechs Organisationspflichten erfüllen.

Alle Einzelschritte zur Erfüllung der sechs Organisationspflichten werden automatisch dokumentiert, in der Datenbank abgespeichert und stehen als Beweise für die Einhaltung der Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführen zur Verfügung. Mit Hilfe des Systems können die Organe nachweisen, dass sie sich selbst legal verhalten und mit dem System dafür sorgen, dass sämtliche Mitarbeiter eines Unternehmens sich ebenfalls legal verhalten, weil sie nachweislich die Pflichten des Unternehmens kennen, durch die Delegation die zur Erfüllung zuständigen Verantwortlichen feststehen, die einschlägigen Pflichten monatlich aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Damit können Vorstände und Geschäftsführer nachweisen, dass sie organisatorisch alles veranlasst haben, um Rechtsverstöße gegen einschlägige Unternehmenspflichten präventiv zu vermeiden.

Die Langfassung dieses Beitrags kann unter folgendem Link auf der Homepage von Rack Rechtsanwälte heruntergeladen werden: https://rack-rechtsanwälte.de/upload/downloads/broschueren/DnO-Compliance.pdf

Eine gedruckte Version der Langfassung kann über das Kontaktformular angefordert werden: https://rack-rechtsanwälte.de/seiten/kontakt ■