Rechtliche Aspekte der Unternehmensführung

Thomas Schirmer/Markus Uitz

Literatur: *Büchele*, Risikomanagement des Vorstands als Zeichen „guter" Corporate Governance, GesRZ 2003, 221; *Bussmann/Matschke*, Die Zukunft der unternehmerischen Haftung bei Compliance-Verstößen, CCZ 2009, 132; *Hauschka* (Hrsg), Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen (2007); *Krause*, Managerhaftung und Strategien zur Haftungsvermeidung, BB 2009, 1370; *Leissler*, „Whistleblowing" in Österreich – die ersten Schritte ..., ecolex 2009, 361; *Spring*, „Whistleblowing" – „Verpfeif"-Maßnahmen aus datenschutzrechtlicher Sicht, ecolex 2007, 139; *Staub*, Überlegungen zur Erfassung und Steuerung rechtlicher Risiken im Unternehmen (aus Schweizer Sicht), CCZ 2009, 121; *Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168; *Umnuß* (Hrsg), Corporate Compliance Checklisten – Rechtliche Risiken im Unternehmen erkennen und vermeiden (2008); *Urlesberger/Haid*, Compliance Programme, ecolex 2007, 363; *Wecker/v Laak* (Hrsg), Compliance in der Unternehmerpraxis. Grundlagen, Organisation und Umsetzung (2008).

A. Einleitung

Die bestimmende Tätigkeit von Führungskräften ist es, Chancen und Risiken, welche sich aus dem Geschäftsverlauf ergeben, gegeneinander abzuwägen und entsprechende Entscheidungen zu treffen. Dabei hängt allerdings die mit falschen Entscheidungen möglicherweise verbundene Haftung als Damoklesschwert über ihrer Tätigkeit (vgl dazu bereits den vorherigen Beitrag). Dringliche Entscheidungen fördern die Gefahr von Fehlverhalten.

Verschärft wird die haftungsrechtliche Situation von Entscheidungsträgern durch zwei menschliche Eigenschaften: Zum einen werden geschäftliche Entscheidungen im Nachhinein stets als vorhersehbarer qualifiziert, während sich die Situation im Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidungsfindung oft weniger klar darstellte. Zum anderen neigen wir dazu, Handlungen zu verurteilen, welche einen schlechten Verlauf genommen haben. Selbst wenn daher rechtlich für die Beurteilung haftungsauslösenden oder -erhöhenden Verhaltens eine *ex ante* Perspektive eingenommen werden müsste (dh ein Richter aufgrund der zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung vorhandenen Sachlage und Fakten das Verhalten beurteilen müsste), wird ökonomischer Misserfolg vielfach bereits als ausreichendes Indiz für mangelhafte Entscheidungen gewertet. Ersteres Phänomen wird unter der englischsprachigen Bezeichnung *hindsight bias* diskutiert, zweiteres unter der Bezeichnung *outcome bias*.

Dieser Beitrag untersucht daher, welchen Haftungsrisiken Führungskräfte aus rechtlicher Sicht ausgesetzt sind, und auf welche Weise Compliance dazu beitragen kann, diese Risiken zu minimieren. Die Betrachtung erfolgt dabei in zwei Teilen: Zunächst sollen die Haftungsrisiken anhand von vier Fallgruppen (Organisationsverschulden, Auswahlverschulden, Instruktionsverschulden sowie Kontroll- und Überwachungsverschulden) dargestellt werden; im Anschluss wird die Vorgehensweise für die Einrichtung eines Legal-Compliance-Systems vorgestellt.

B. Haftungsfallgruppen

1. Organisationsverschulden

Da Führungskräfte nicht alle Aufgaben selbst ausführen können, gehört zu ihrem Verantwortungsbereich auch die Schaffung einer Unternehmensorganisation, welche die Erreichung des Unternehmensziels durch arbeitsteilige Organisation sicherstellt.

Trotz dieser Aufgabenteilung muss selbstverständlich gewährleistet bleiben, dass die Organisation von Wissen sichergestellt ist. Die Organisation von Wissen umfasst dabei drei Ausprägungen: die Informationsweiterleitungs-, die Informationsabfrage- und die Informationsspeicherungspflicht. Anders ausgedrückt: Wann muss Informationen an eine andere Stelle im Unternehmen weitergeleitet werden? Wann muss Information gespeichert werden? Wann und auf welche Weise muss gespeicherte Informationen abgefragt werden können?

Bei der Informationsweiterleitungspflicht selbst ist aus Legal-Compliance-Sicht an zwei Probleme zu denken: Zum einen muss genau definiert werden, wann die Weiterleitung der Information des Abschlusses bestimmter (Rechts-)Geschäfte an eine übergeordnete Stelle erforderlich ist. Dies schließt auch die Genehmigungspflicht von Geschäften des Vorstandes durch den Aufsichtsrat mit ein (vgl dazu den vorherigen Beitrag). Wichtig dabei ist es, klare Berichtsstrukturen festzusetzen: Jede Ebene hat der übergeordneten Ebene frühestmöglich Risiken aufzuzeigen. Darüber hinaus empfiehlt sich eine Sofort-Berichterstattungspflicht an die oberste Instanz (Geschäftsführung oder Vorstand) insb bei Fällen, welche eine zuvor definierte Schwelle überschreiten, bzw bei gewissen vordefinierten, prinzipiell als risikogeneigt eingestuften Geschäftstypen.

Zum anderen führt das Outsourcing bestimmter Aufgaben von einer Stelle auf verschiedene Abteilungen dazu, dass zusammengehörige Informationen nicht mehr auf eine kohärente Weise behandelt werden. So müssen idR sowohl eine HR-Abteilung als auch eine Einkaufsabteilung mit einem bestimmten Ausschnitt an Rechtsnormen operieren, ohne ständig die Rechtsabteilung einzuschalten. Ein Compliance-Officer kann dazu dienen, abteilungsübergreifend geeignete Mechanismen festzulegen, damit das rechtliche Wissen einer Abteilung (etwa Gesetzesänderungen) auch zu anderen zuständigen Personen gelangt. Innerhalb eines Konzerns muss dabei auch gesellschaftsübergreifend gedacht werden.

Die Abfragepflicht stellt insb dann ein Problem dar, wenn Informationen in anderen Abteilungen verarbeitet und gespeichert wurden und der für die weitere Verwendung verantwortliche Sachbearbeiter damit auf fremde Informationen zugreifen muss. Gerade im rechtlichen Bereich ist oftmals zu beobachten, dass keine einheitliche Organisation für die Verwaltung von Verträgen eines Unternehmens besteht. Jede Abteilung verwahrt zumeist vielmehr ausschließlich diejenigen Dokumente, für welche sie selbst zuständig ist. Würde eine andere Abteilung diese Information benötigen, müsste sie zunächst wissen, dass diese überhaupt im Unternehmen vorhanden ist. Darüber hinaus müsste sie selbst rasch darauf zugreifen können. Auch hier kann ein Compliance-Officer dazu beitragen, einheitliche Vorgaben für die Erfassung von Informationen sicherzustellen. Nur so ist gewährleistet, dass interne Vorgaben über den Zugriff auf vorhandene Informationen auch erfolgversprechend sind.

Ein angemessenes Speichersystem einzurichten bedeutet, dass alle Personen, welche eine bestimmte Information benötigen, später auch tatsächlich darauf zugreifen können. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Speicherdauer. Je umfangreicher die Speicherpflichten für einzelne Mitarbeiter ausgestaltet sind, desto mehr Zeit werden die Mitarbeiter in die Dokumentation ihrer eigentlichen Aufgaben investieren müssen. Die Fehleranfälligkeit des Systems steigt dadurch ebenfalls. Auch die Speicherpflicht ist gesetzlich nur insoweit festgelegt, als alle Geschäftsfälle stets vollständig, richtig und nachvollziehbar dokumentiert werden müssen. Wie dieser Maßstab im Einzelfall zu konkretisieren ist, steht den Unternehmen allerdings offen.

2. Auswahlverschulden

Zur Einrichtung der geeigneten Organisation eines Unternehmens gehört es auch, die richtigen Personen für die zu besetzenden Posten anzustellen und ihnen geeignete Aufgaben zuzuweisen. So kommt es einer Verletzung der Aufsichtspflichten gleich, wenn Geschäftsführer offensichtlich nicht für ihre Aufgaben geeignete Personen anstellen oder an Mitarbeiter unangemessene Aufgaben delegieren.

Notwendig ist es daher, dass sich Leitungsorgane ein genaues Bild von ihren Mitarbeitern machen (zB in Mitarbeitergesprächen) und auch diesen Prozess sorgfältig dokumentieren. Nicht verlassen können sie sich dabei alleine auf den Lebenslauf und bisherige Referenzen des Kandidaten.

Von besonderer Bedeutung iZm dem Auswahlverschulden ist es, den Know-how-Transfer ausscheidender Mitarbeiter auf neue Mitarbeiter sicherzustellen. Rechtzeitig haben Führungskräfte daher dafür zu sorgen, dass entsprechende Informationen schriftlich gesammelt und an neue Mitarbeiter übergeben werden.

3. Instruktionsverschulden

Mitarbeiter müssen durch ihre Führungskräfte über ihren genauen Tätigkeitsbereich informiert werden. Anweisungen müssen dabei möglichst eindeutig gegeben werden. Es empfiehlt sich, entsprechende Handbücher zu erstellen. Darin sollten nach Möglichkeit auch Praxisbeispiele für Zweifelsfälle vorgesehen werden. Für bestimmte Tätigkeiten empfiehlt es sich, regelmäßige Schulungen abzuhalten. Insb gilt dies für besonders Compliance-relevante Themen wie Kartellrecht, Strafrecht, Arbeitsrecht und Umweltrecht (für nähere Einzelheiten vgl die nachfolgenden Beiträge in diesem Buch).

Nicht gescheut werden sollte dabei der Einsatz neuer Medien (e-learning). Technische Neuerungen können dazu beitragen, Schulungen möglichst effizient zu gestalten. So sind nicht alle Vorgesetzten gleichzeitig auch gute Lehrer, die ihre Mitarbeiter bestmöglich in ihre Aufgaben einweisen können. Unternehmensweit die besten Leute heranzuziehen, damit diese bausteinartig Schulungsinhalte aufzeichnen und diese vorgefertigten Präsentationen in Mitarbeiterschulungsprogrammen einsetzen, könnte hier erfolgversprechend sein. Auch computerunterstützte Simulationen können dabei helfen, Mitarbeiter mit den besonderen Problemen ihres Arbeitsumfeldes vertraut zu machen. Entsprechende praktische Übungen können so leicht mit dem Erwerb relevanten Wissens verknüpft werden.

Neue Medien einzusetzen führt jedoch nicht immer nur zu Vorteilen. Gerade E-Mail-Nachrichten tragen dazu bei, dass der rasant anwachsende Kommunikationsprozess eine angemessene Kontrolle über die vom Unternehmen gesendeten und empfangenen Nachrichten stark erschwert. Hier sollte genau festgelegt werden, wie E-Mail-Nachrichten im Unternehmen zu verwenden sind, wer E-Mail-Nachrichten vor dem Versand zu kontrollieren hat, an wen empfangene E-Mail-Nachrichten weiterzuleiten und auf welche Weise E-Mail-Nachrichten aufzubewahren sind. Überdies sollten unternehmensinterne Richtlinien definieren, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Mitarbeiter das E-Mail-System des Unternehmens auch für den privaten Gebrauch verwenden dürfen.

4. Kontroll- und Überwachungsverschulden

Zur Verantwortung der Geschäftsleitung zählt selbstverständlich auch, die errichtete Organisation effizient zu überwachen und beim Entdecken von Schwachstellen rechtzeitig

die notwendigen Gegenmaßnahmen einzuleiten. Die ständige Überprüfung kann dabei vor allem durch die Simulation von Risikosituationen erfolgen (etwa durch sog „Mock Dawn Raids", um die kartellrechtliche Compliance zu testen, vgl dazu den Beitrag von *Hoffer/Innerhofer* in diesem Buch). Auch die Möglichkeit, elektronische Simulationen zur Mitarbeiterkontrolle in bestimmten krisenanfälligen Situationen zu testen, verspricht in einzelnen Gebieten besonderen Erfolg.

Selbst wenn idR eine stichprobenartige Überprüfung der Einhaltung vorgegebener Regeln in den meisten Fällen ausreichend ist, so ist gerade bei neuen Mitarbeitern, abhängig von der Dauer ihrer Beschäftigung und ihrer Qualifikation, eine weitergehende Überwachungspflicht anzunehmen. Die Schwierigkeit aus psychologischer Sicht ist dabei, eine „gefühlte Diskriminierung" nach Möglichkeit zu vermeiden.

Die Arbeit neuer Mitarbeiter ist idR fehleranfälliger als jene langgedienter Angestellter. In der Praxis kann allerdings beobachtet werden, dass bewusste Verstöße gegen das Recht überwiegend durch Personen begangen werden, die dem Unternehmen schon lange zugehörig sind. Die Kontrolle und Überwachung ist daher auf alle Mitarbeiter auszudehnen.

Auch das Management selbst sollte davon nicht ausgenommen werden. Eine interne Revision, welche prozessunabhängig eingerichtet ist, könnte mit der Aufgabe betraut werden, die Maßnahmen des Risikomanagements (RM) zu kontrollieren. Ihre Ergebnisse könnten neben der Verbesserung des RM durch das Management auch die Aktivitäten anderer Prüfer ergänzen, insb Aufsichtsrat und Abschlussprüfer. Eine entsprechende Dokumentationspflicht der Ergebnisse ist daher jedenfalls erforderlich. Des Weiteren unbedingt notwendig ist die Festlegung angemessener Berichtspflichten (zB für die interne Revision), etwa direkt an den Aufsichtsrat.

Neue Entwicklungen zur rechtzeitigen Entdeckung strafrechtlich relevanten Verhaltens stellt die Einrichtung von Whistle-Blower-Systemen dar, durch die Mitarbeiter unerwünschtes Verhalten möglichst rasch und ohne Angst vor persönlichen Nachteilen melden können. Auch Versicherungen gegen das Risiko, welches durch kriminelle Mitarbeiter ausgeht, können innerhalb gewisser Grenzen abgeschlossen werden (Vertrauensschadenversicherungen).

C. Legal-Compliance-System

Wie bereits im vorherigen Beitrag ausgeführt, obliegt es Geschäftsführern von GmbH und Vorstandsmitgliedern von AG, bei der Führung des Unternehmens die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters walten zu lassen. Dazu zählt auch, iSd oben konkretisierten Sorgfaltsmaßstabes, für die Einhaltung von Gesetzen, vertraglichen Verpflichtungen und einseitig auferlegten ethischen Vorstellungen zu sorgen. Dies kann durch ein Legal-Compliance-System gelingen, welches üblicherweise drei Schritte umfasst (vgl dazu den Beitrag von *Ahammer*):

1. Risiken definieren

Vor der Einrichtung eines neuen oder der Überprüfung eines bereits bestehenden Compliance-Systems ist es zunächst erforderlich, diejenigen Risiken abstrakt zu definieren, welche durch das System erkannt werden sollen.

Zu unterscheiden ist dabei zwischen verschiedenen Risikokategorien:

- Elementarrisiken (dazu zählen zB Naturkatastrophen): Diese sind nicht beeinflussbar und können daher fast ausschließlich über Versicherungsschutz abgedeckt werden.

- Politische und ökonomische Risiken (zB Faktoren wie die Zinshöhe oder die Wirtschaftskonjunktur, neue rechtliche Regelungen und Branchenbelastungen): Auch wenn diese Risiken nicht unmittelbar beeinflussbar sind, so sind sie doch zu einem Teil vorhersehbar und können durch geeignete Gegenmaßnahmen rechtzeitig unter Kontrolle gebracht werden. Die Erfassung und das richtige Reagieren auf geänderte rechtliche Rahmenbedingungen stellen damit einen wesentlichen Bestandteil des Legal-Compliance-Systems dar.
- Unternehmerische Risiken: Sie umfassen Entscheidungen betreffend die Organisation des Unternehmens, die Bewertung des zukünftigen Geschäftsverlaufs, die Auswahl von Geschäftsausstattung sowie die Finanzplanung. Auch hier muss ein Legal-Compliance-System eingreifen, um die Einhaltung aller mit dem Geschäftsverlauf einhergehenden rechtlichen Verpflichtungen sicherzustellen.

2. Schwachstellen identifizieren

Die Gefahren eines mangelnden Legal-Compliance-Systems für ein Unternehmen sind mannigfaltig: Insb führt die unstete Beschäftigung mit dem Thema Compliance dazu, dass entsprechende Maßnahmen so lange vernachlässigt werden, bis sich die zuvor dargestellten Risiken tatsächlich verwirklichen. Dann sind Schäden zumeist nicht mehr zu vermeiden und das unternehmerische Handeln ist auf Schadensminimierung beschränkt. Unabhängig vom tatsächlich im Einzelfall anwendbaren Organisationsverschulden der Geschäftsleitung wird derartiges Verhalten vor dem Hintergrund des einleitend bereits erwähnten *outcome bias* daher psychologisch als Verstoß der Unternehmensführung gegen ihre Sorgfaltspflichten gewertet.

Darüber hinaus führt die funktionale Aufteilung verschiedener risikobehafteter Themen auf unterschiedliche Abteilungen dazu, dass Informationen nicht optimal an Entscheidungsträger übermittelt werden und kohärente Maßnahmen nicht im notwendigen Umfang geplant und durchgeführt werden können. Gerade mit rechtlichen Themen sind in vielen Unternehmen unterschiedliche Abteilungen befasst.

Um diese Schwachstellen zu identifizieren ist in einem zweiten Schritt (nach der Definition der rechtlichen Risiken) ein umfassendes Audit durchzuführen. Dieses soll nicht dazu dienen, Schwachstellen oder fehlerhafte Abläufe korrigierend zu verbessern, sondern lediglich Problemzonen erfassen und so eine tiefergehende Analyse ermöglichen. Die Beiziehung externer Berater wie insb Rechtsanwälte kann dazu beitragen, vorhandene Strukturen unvoreingenommen darauf hin zu überprüfen, ob sie überhaupt zur Zielerreichung geeignet sind.

Aus rechtlicher Sicht ist das Augenmerk dabei zu einem großen Teil auf das Dokumenten-Management einer Organisation zu legen: Wie bereits oben dargestellt, müssen gerade die in Verträgen und anderen rechtlich relevanten Dokumenten enthaltenen Informationen systematisch erfasst und rasch zugänglich sein (va durch ein Dokumentenmanagementsystem). Ein weiterer Schwerpunkt ist auf das Berichts- und Genehmigungswesen zu legen. Zu hinterfragen ist dabei, ob wichtige Informationen tatsächlich rechtzeitig an die richtige Stelle berichtet werden und dabei auch die durch Gesellschaftsrecht und Satzung vorgegebene Genehmigungsstruktur eingehalten wird.

3. Schwachstellen beheben

Wurden auf diese Weise die Ziele des Legal-Compliance-Systems festgelegt und bestehende Schwachstellen identifiziert, so sind diese in einem nächsten Schritt zu beheben.

Zur Bewältigung verbleibender Risiken sind vier unterschiedliche Strategien auszumachen: Erstens können in bestimmten Bereichen Risiken durch entsprechende Maßnahmen vermieden werden. Dies wäre zB durch Einrichtung einer Stelle möglich, die verpflichtend alle rechtlichen Änderungen evident hält und diese an einzelne Abteilungen weiterleitet. Die zweite Strategie besteht in der Verminderung von Risiken. Zu denken ist dabei etwa an den Gewährleistungskatalog im Rahmen eines Unternehmenserwerbs. Durch ihn sollen die Risiken für Vergangenes zwischen Käufer und Verkäufer aufgeteilt werden. Drittens ist an eine Risikoüberwälzung zu denken, etwa indem externe Rechtsanwälte mit der Erstellung risikoträchtiger Dokumente beauftragt werden. Die letzte Möglichkeit mit Risiken umzugehen, stellt die Risikoübernahme dar. Dabei werden gewisse Risiken in Kauf genommen. Die Aufteilung des Risikos für vergangene Ereignisse im Rahmen eines Unternehmenskaufs mag hier wiederum als Beispiel dienen.

Die Wahl zwischen den Alternativen hat dabei nach Wesentlichkeitsschwellen zu erfolgen. Die mit einer gewissen Strategie einhergehenden Kosten sind gegen ihren Nutzen abzuwägen. Eine vollständige Vermeidung von Risiken ist selbstverständlich mit hohen Kosten sowie einem entsprechenden Organisationsrisiko verbunden. Die Entscheidung zwischen diesen Alternativen stellt damit wiederum eine unternehmerische Entscheidung dar, die am Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes gemessen wird und daher potenziell haftungsbegründend ist.

D. Schlussfolgerungen

Die haftungsrechtlichen Konsequenzen fehlerhafter Entscheidungen sind stark einzelfallbezogen. Größe und Art des Betriebs und die mit dem Unternehmensgegenstand verbundenen unterschiedlichen anzuwendenden Rechtsnormen (etwa Bankrecht, Versicherungsrecht, bestimmte umweltrechtliche Vorschriften), die tatsächliche innere Organisation des Betriebs und die damit einhergehenden unterschiedlichen faktischen Überwachungsmöglichkeiten sind dabei die maßgeblichen Einflussfaktoren.

Im Sinne des oben Dargestellten ist jedoch besonderes Augenmerk auf die Bereiche Mitarbeiterauswahl, Betriebsorganisation, Instruktion von Mitarbeitern sowie entsprechende Kontrolle und Überwachung der Aktivitäten nachgeordneter Einheiten zu legen. Ein Legal-Audit (vor allem durch externe Rechtsberater) kann dazu beitragen, eine Bestandsaufnahme des vorhandenen Compliance-Systems durchzuführen und Schwachstellen zu identifizieren. Nur durch vorbeugende Einrichtung eines adäquaten, laufend funktionierenden Compliance-Systems können dann auch bei Verwirklichung bestimmter Risiken entsprechende Gegenmaßnahmen frühzeitig eingeleitet (also zB Schwachstellen behoben) und so die Haftung der Entscheidungsträger verhindert werden.