

Haftungsvermeidung durch Compliance-Organisation

**A³ Wirtschaftdialog
Augsburg, 17. Juni 2010**

I. Einführung

Neuer Markt

▶ **Aufstieg & Fall**

10.03.2000: Nemax50 steht bei 9666 Punkten (229 Unternehmen 234 Mrd. €)

24.09.2002: Nemax50 steht bei 325 Punkten (264 Unternehmen 29,36 Mrd. €)

▶ **Fall Infomatec AG**

Erster Prozess gegen Vorstand wegen
Kursbetrug & Insiderhandel
(2 Jahre 9 Monate Haft für A. Häfele)



▶ **Reaktion des Gesetzgebers**

- TransPuG (2001) DCGK (2001)
- UMAG (2005) MoMiG (2008)

Bilanzskandale

▶ **Fall Comroad (2002)**

99% Luftbuchungen - KPMG bemerkt es nicht

▶ **Fall Bankgesellschaft Berlin (2002)**

BDO erteilt uneingeschränktes Testat trotz bekannter Milliardenrisiken

▶ **Reaktion des Gesetzgebers**

- US-SOX (2002)

- US-PCAOB (2002)

- BilReG (2004)

- BilKoG (2004)

- APAG (2005)

- BaReFG (2007)

Korruptionsskandale

- ▶ **Fall Siemens (2006)**

Wegschauen fördert systematische Bestechung und verursacht Milliarden-Schaden

- ▶ **Fall MAN (2009)**

Mangelnde Umsetzung der seit 2002 geltenden Gesetze ermöglicht Bestechung und verursacht mehrere Hundert Millionen € Schaden

- ▶ **Reaktion der Justiz**

Ermittlungen wegen Verletzungen der Organisation- u. Aufsichtspflicht

- ▶ **Reaktion der Unternehmen**

Schadensersatzforderungen gegen ihre Organe

Bankskandale

▶ Fall HRE (2008)

zu riskante Geldpolitik und Verschleierung von Risiken führen zur Verstaatlichung mit einem Schaden von über 100 Milliarden €

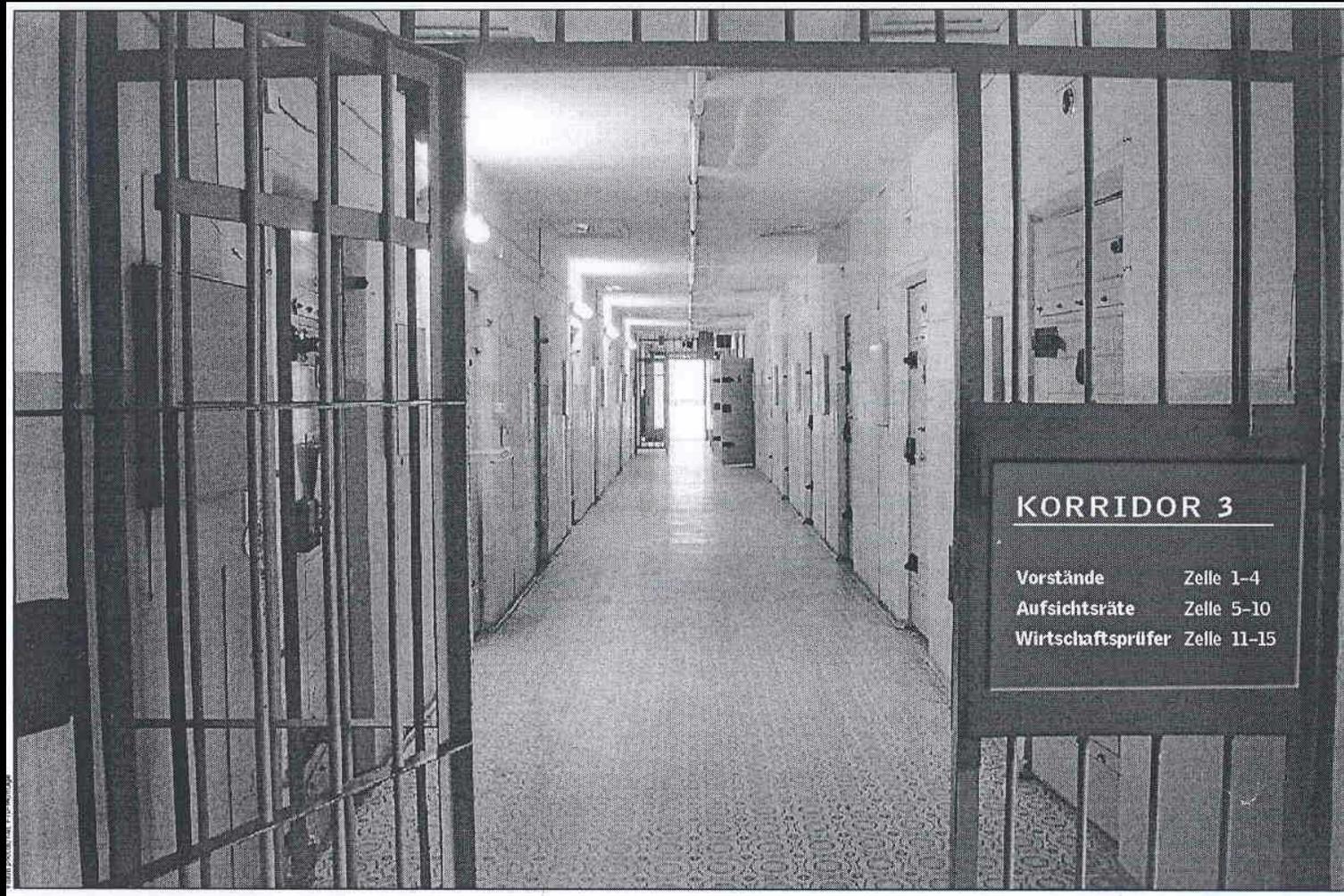
▶ Fall BayernLB (2010)

überteuerter Kauf einer quasi-Pleite-Bank (HGAA)

▶ Reaktion des Volkes



Hereinspaziert ...



II. **Verschärftes Haftungsrisiko der Organe**

Was wird von mir als Organ verlangt?

▶ **Das sagt das Gesetz ...**

Geschäftsführer - § 43 I GmbHG

„Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.“

Vorstand - § 93 I 1 AktG

„Die Vorstandsmitglieder haben bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“

Aufsichtsrat - § 116 I 1 AktG

„Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß.“

Organschaftliche Sorgfaltspflicht

▶ **Das sagt der Kommentar ...**

Baumbach/Hueck - § 43 Rn. 7

„Der Sache nach ist das der gleiche Maßstab wie in § 93 AktG.“

Hüffer - § 93 Rn. 4

„Maßgeblich ist danach, wie ein pflichtbewusster, selbständig tätiger Leiter eines Unternehmen der konkreten Art, der nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern ähnlich wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist, zu handeln hat.“

Pflicht zur Überwachung und Risikokontrolle ...

§ 91 II AktG

„Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“



Lutter/Hommelhoff – Kommentar zu § 43 GmbH (RN 23)

„Die Geschäftsführer sind deshalb von sich aus gehalten, ein geeignetes Risikokontrollsystem einzurichten, dass den Gegebenheiten der jeweiligen Gesellschaft Rechnung trägt. Jene Organisationspflicht ist Bestandteil der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung.“

... auch gegenüber den Mitarbeitern

- ▶ Eine „Lieblings“-Kommentarstelle der Kläger ...

Hüffer - § 93 Rn. 4 (Fortsetzung)

„Bei ihrer Geschäftsführung werden Vorstandsmitglieder immer tätig, wenn sie in dieser Eigenschaft handeln oder handeln müssten. Letzteres schließt die Verantwortlichkeit für Fehlverhalten von Mitarbeitern ein (Fleischer AG 2003, 291 ff.).“

⇒ Die Sorgfaltspflicht beinhaltet also auch die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Mitarbeiter gesetzestreu handeln!

Auslegungshoheit der Gerichte

- ▶ Ein typisches Beispiel aus dem Organisationsbereich IT

Urteil d. OLG Karlsruhe vom 23.04.2008 (6 U 180/06)

„Der alleinige GmbH-Geschäftsführer muss im Rahmen der ihm obliegenden Sorgfalts- und Organisationspflichten sicherstellen und Vorsorge dafür treffen, dass die Mitarbeiter an den Computerarbeitsplätzen keine unlizenzierte Standard-Software nutzen. Hierzu gehört, neu eingestellte Mitarbeiter zu instruieren und darauf hinzuweisen, auf den Computern nur lizenzierte Software zu verwenden. Zudem ist durch ihn oder ausgewählte und beaufsichtigte Mitarbeiter eine regelmäßige Kontrolle durchzuführen. Diese Sorgfaltspflichten entstehen nicht erst zu dem Zeitpunkt, in dem der Geschäftsführer erstmals von konkret erfolgten Verletzungshandlungen erfährt, da die Überprüfung von Standard-Software keine Schwierigkeiten bereitet.“

Pflicht zur Einhaltung der Gesetze

- ▶ **Der *Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)***
als Standard guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung deutscher börsennotierter Gesellschaften ...

Ziffer 4.1.3 DCGK (seit 14.06.2007):

„Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“

- ⇒ ... wird zunehmend von der Justiz als Sorgfaltsmaßstab auch bei nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften angewendet!

Von der OWi zur Schadensersatzklage

- ▶ **Stellt die Staatsanwaltschaft fest,**
dass eine sorgfältsmäßige Organisation und/oder Aufsicht das Fehlverhalten des Mitarbeiters verhindert hätte, dann wird aus der Ordnungswidrigkeit ...

§ 130 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)

„Wer als [Organ] [schuldhaft] Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um [strafbewehrte] Gesetzesverstöße zu verhindern, handelt ordnungswidrig, ...“

- ⇒ ... schnell auch eine Klage gegen die Organe auf Ersatz des durch diese Pflichtverletzung entstandenen Schadens.

§ 43 II GmbHG (§ 93 I AktG sinngemäß)

„Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.“

„Klagezwang“ des Aufsichtsrats

- ▶ **Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass ...**

Urteil d. BGH v. 21.04.1997 (II ZR 175/95)

„ ... sich der Vorstand schadenersatzpflichtig gemacht hat, muss er aufgrund einer sorgfältigen und sachgerecht durchzuführenden Risikoanalyse abschätzen, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führt. Gewissheit, dass die Schadenersatzklage zum Erfolg führen wird, kann nicht verlangt werden.“

„Stehen der AG nach dem Ergebnis dieser Prüfung durchsetzbare Schadenersatzansprüche zu, hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Davon darf er nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind.“

Der Fall Siemens - „Nine-Eleven“ der Deutschland-AG

- ▶ Die **Bedeutung** des Falles Siemens
liegt darin, dass hier zukünftige Standards sowohl für die juristische Aufarbeitung von Compliance-Verstößen als auch für eine funktionsfähige Compliance-Organisation gesetzt worden sind.
- ▶ Die **Brisanz** des Falles Siemens
liegt in der exorbitanten Schadenshöhe und der daraus resultierenden Schadensersatzforderungen gegen ehemalige Organe sowie im Kampf

Cromme

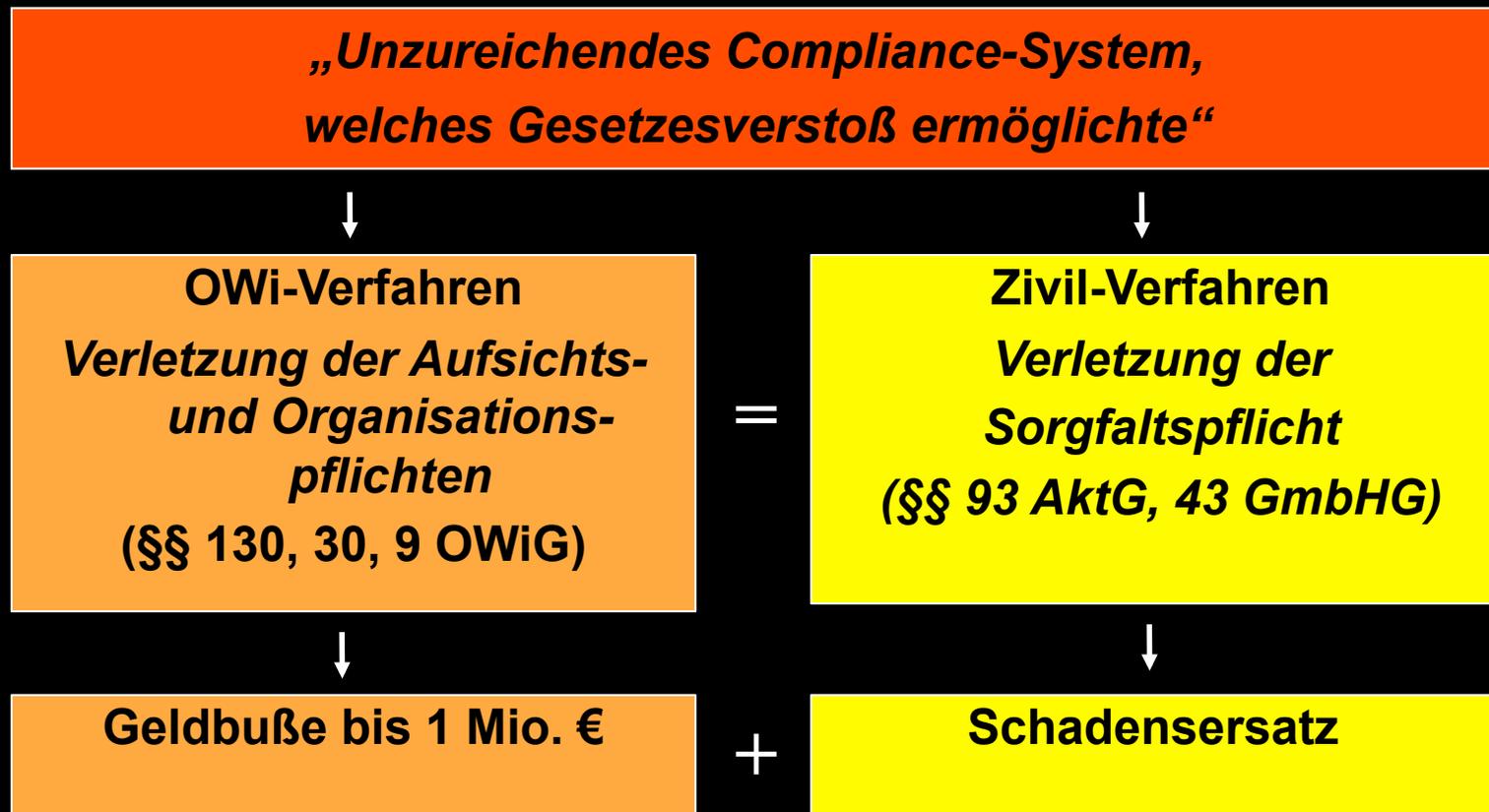


vs.

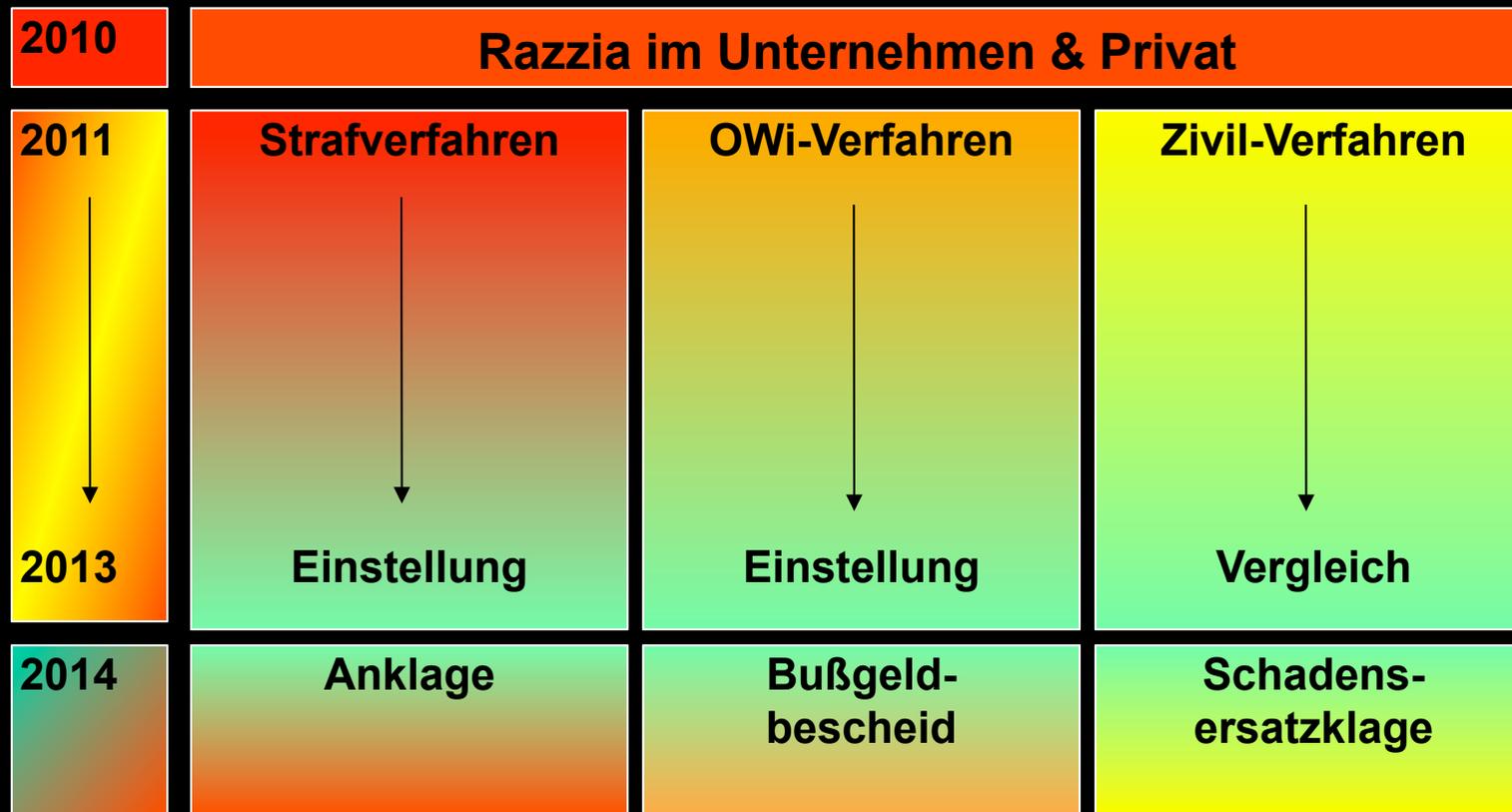
v. Pierer



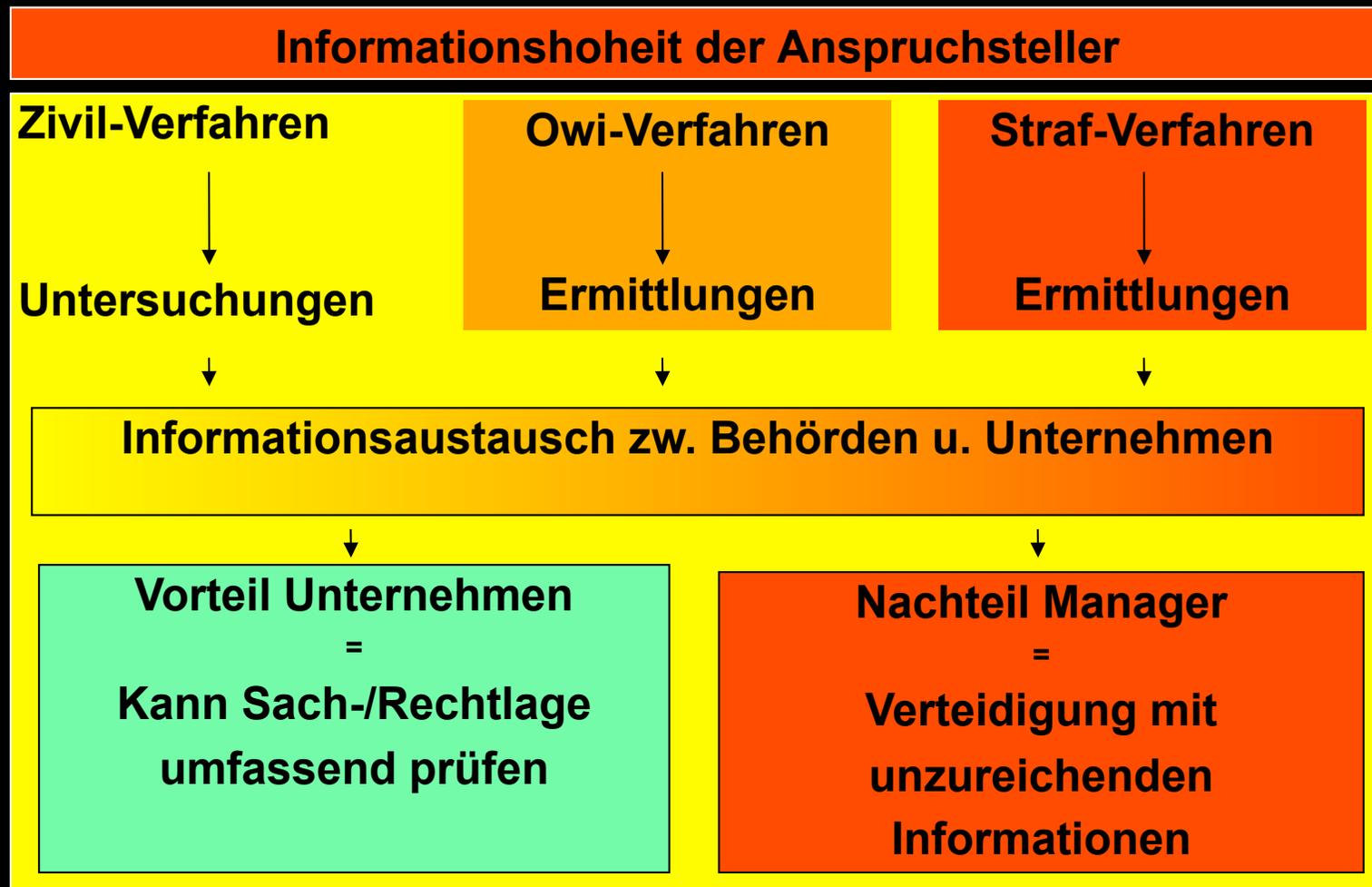
so kann es anfangen ...



... und so kann es enden



Wer die Infos hat ...



... kann beweisen

BGH, Urteil v. 04.11.2002 (Az.: II ZR 224/00)

Eine GmbH trifft im Rechtsstreit um Schadensersatzansprüche gegen Ihren Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG - entsprechend den Grundsätzen zu §§ 93 Abs. 2 AktG, 34 Abs. 2 GenG - die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, wobei ihr die Erleichterungen des § 287 ZPO zugute kommen können. Hingegen hat der Geschäftsführer darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder ihn kein Verschulden trifft, oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre

5 Jahre Ungewissheit ...

§ 43 IV GmbHG

**„Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen
verjähren
in fünf Jahren.“**

§ 93 VI AktG

**„Die Ansprüche aus diesen Vorschriften Grund verjähren in fünf
Jahren.“**

D&O-Versicherung

Gedeckter Bereich

Innenhaftung

- alle Pflichtverletzungen und alle Schäden

außer

- Ansprüche, die auf Weisung, Veranlassung oder Empfehlung eines Organs geltend gemacht worden sind
- Wissentliche Pflichtverletzungen (inkl. dolus eventualis)
- Schäden innerhalb des Selbstbehaltes oder im Rahmen der Eigenbeteiligung des Organs am Unternehmen

Außenhaftung

- Sachwalterhaftung (inkl. Prospekthaftung)
- Konkursverschleppungshaftung
- Verfolgungsrecht der Gläubiger
- Haftung gegenüber
 - Anteilseignern
 - abhängigen Gesellschaften
 - Lieferanten
 - Kunden
 - Wettbewerbern

außer

- bei wissentlicher Pflichtverletzung
- bei Ansprüchen, die vor ausländischen Gerichten geltend gemacht werden
- bei Körper- und Sachschäden
- Haftung gegenüber Konsumenten (Produkthaftung)
- Umwelthaftung
- Haftung gegenüber Arbeitnehmern
- Haftung für Steuern und Sozialversicherung
- Handelndens-Haftung
- Durchgriffshaftung
- Konzernrechtliche Ausfallhaftung

Auswirkungen der Finanzmarktkrise

Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)

„Fehlerhafte Verhaltensanreize haben zum Eingehen unverantwortlicher Risiken verleitet. Es ist es an der Zeit, dass die Politik den



§ 93 II 3 AktG (seit 05.08.2009 in Kraft)

„Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.“

III.

Pflicht zur Einführung eines Compliance-Systems

Compliance-Organisation

- ▶ **Neben dem Gesetz kann sich ein Pflicht zur Einführung eines Compliance-Systems ergeben**
 1. bei risikobehaftenden Tätigkeiten
 2. nach Compliance relevanten Vorfällen
 3. zur Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen

Compliance – Einführungspflicht (1)

▶ I. Bei risikobehafteten Tätigkeiten und Branchen

- Einkauf und Vertrieb (im Ausland)/ Beraterverträge

 - * Corruption Perceptions Index (www.transparency.de)

- Bausektor

- Pharma-Industrie

- Finanzdienstleistung/ Versicherung

Compliance – Einführungspflicht (2)

▶ II. Nach Compliance relevanten Vorfällen

Ist es in der Vergangenheit bereits zu Unregelmäßigkeiten oder Schadensfällen im Unternehmen aufgrund von Compliance-Verstößen gekommen, muss der Unternehmensleiter im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht alle Maßnahmen ergreifen, die in Zukunft sicherstellen, dass es zu solchen oder ähnlichen Verstößen nicht mehr kommen kann.

OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.04.2006 (Az.: VI-2 Kart 5/05 OWi)

„So bestehen gesteigerte Aufsichtsmaßnahmen jedenfalls dann, wenn es im Betrieb bereits zu Unregelmäßigkeiten gekommen oder damit wegen besonderer Umstände zu rechnen ist und ebenso wenn wichtige Vorschriften oder schwierige Rechtsfragen in Rede stehen.“

Compliance – Einführungspflicht (3)

▶ III. Zur Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen

- Immer mehr Auftraggeber stellen die Auftragsvergabe unter die Bedingung, dass ihr

Auftragnehmer, dessen Mitarbeiter und ggf. weitere Subunternehmer sich verpflichten, die für den Auftraggeber geltenden Compliance-Vorschriften einzuhalten.

- Da die Auftraggeber zunehmend auch entsprechende Nachweise verlangen, kann ein Glied in dieser Compliance-Kette ein Auftragnehmer nur sein, wer seinerseits über ein funktionsfähiges Compliance-System verfügt.

⇒ **Eingehung solcher Verpflichtungen, ohne selbst für die Einhaltung im eigenen**

Unternehmen zu sorgen, ist eklatanter Verstoß gegen Sorgfaltspflicht!

IV. Compliance-Organisation

Organisation mit System

▶ **Kein Standard-System**

Das "Standard-Compliance-System" gibt es nicht, da die rechtlichen Rahmenbedingungen für jedes Unternehmen anders sind.

▶ **Abhängig von Art und Größe des Unternehmens**

Auch hängen die Möglichkeiten, wie das Compliance-System organisiert werden kann, von der Art und Größe des Unternehmens ab.

OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.04.2006 (Az.: VI-2 Kart 5/05 OWi)

„Das Ausmaß der Aufsichtspflicht gemäß § 130 OWiG hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Die Aufsichtspflicht soll die Beachtung der bestehenden Gebote und Verbote gewährleisten und muss folglich so ausgeübt werden, dass die betriebsbezogenen Pflichten aller Voraussicht nach eingehalten werden.“

In 5 Schritten zur Compliance-Organisation

▶ **Fünf Eckpfeiler**

Die Frage nach dem „Ob“ und „Wie“ für jedes Unternehmen muss individuell an Hand der folgenden fünf Eckpfeiler beantwortet werden:

1. Risikoanalyse
2. Kommunikation
3. Organisation
4. Kontrolle
5. Sanktion

1. Schritt

▶ Risikoanalyse – **Due Diligence**

Da das Compliance-System die Rechtsrisiken absichern soll, müssen in einem ersten Schritt zunächst an Hand der rechtlichen Rahmenbedingungen die im Unternehmen vorhandenen Rechtsrisiken identifiziert werden.

⇒ Due-Diligence mittels Compliance-Checkliste

⇒ Bewertung der identifizierten Rechtsrisiken

* nach Eintrittswahrscheinlichkeit und

* nach Auswirkungen für das Unternehmen

⇒ Aus Bewertung Ableitung konkreter Maßnahmen zur Risikovorbeugung

1. Schritt

- ▶ **Risikoanalyse - Typische Rechtsrisiken im Bereich**
 - **Vertrieb, Einkauf, Marketing** (Bestechung) ⇒ z.B. Siemens
 - **IT** (Datenmißbrauch) ⇒ z.B. Telekom
 - **Kartell** (Preisabsprachen) ⇒ z.B. EON

1. Schritt

▶ Risikoanalyse – Die aktuellen Brennpunkte

- **Arbeits- & Sozialversicherungsrecht** (Scheinselbständigkeit, illegale AÜG)
- **Finance** (Gesellschafts-/Gesellschafterdarlehen, cash pool, existenzvernichtender Eingriff, Sicherheiten, Geldwäsche)
- **M&A** (Due Diligence, Kaufpreis, Vertragsgestaltung)
- **Insolvenz** (Buchführung, Verlustanzeige, Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung, Zahlungen nach Insolvenzzreife, Bankrott, Begünstigung)
- **Steuer & Abgaben** (Steuererklärungen, pünktliche Zahlung, Mitwirkungspflichten)

2. Schritt

▶ Kommunikation

- Entwicklung von Unternehmensrichtlinien, die sowohl den eigenen Mitarbeitern als auch den Geschäftspartnern in geeigneter Weise zur Kenntnis gebracht werden müssen.
- Klares Bekenntnis der Unternehmensleitung zur *Compliance* im Unternehmen verbunden mit dem Hinweis, dass Rechtsverstöße von der Unternehmensleitung nicht geduldet und bei Verstößen konsequent sanktioniert werden.

KG Berlin, Beschluss v. 31.10.2001 (Az.: 2 Ss 223/00)

„Der GmbH-Geschäftsführer genügt seinen Pflichten nicht dadurch, dass er seinen Mitarbeitern im Umlaufwege umfangreiches Informationsmaterial bekannt gibt (...), ohne zu kontrollieren, ob seine Mitarbeiter das Material tatsächlich gelesen und verstanden haben.“

3. Schritt (1)

▶ Organisation - Delegation

- Wahrnehmung von Compliance-Aufgaben kann delegieren werden
- Verteilung der Kompetenzen und Zuständigkeiten muss eindeutig und überscheidungsfrei sein
- Trotz Delegation bleibt Gesamtzuständigkeit und -verantwortung bei Unternehmensleitung

KG Berlin, Beschluss v. 26.08.1997 (Az.: 2 Ss 182/97)

„Der Betriebsinhaber erfüllt seine gesetzlichen Aufsichtspflichten aus OWiG § 130 Abs 1 nur dann, wenn er die von ihm nicht wahrnehmbaren Aufsichtsmaßnahmen lückenlos verteilt und den Aufsichtspersonen den Inhalt ihrer Pflichten genau mitteilt. Ein Organisationsmangel liegt insbesondere trotz Bestellung eines Aufsichtspflichtigen vor, wenn dieser erkennbar überfordert ist, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, auf die sich die ihm übertragenen Aufsichtspflichten erstrecken, ausreichend zu beachten.“

3. Schritt (2)

▶ **Organisation – Anforderungen an Compliance-Betraute**

- Ggf. Bestellung eines (internen oder externen) Compliance-Beauftragten oder
- Einrichtung eines Compliance-Comitee, welches aus leitenden Mitarbeitern aller relevanten Geschäftsbereiche besteht.
- Mit Compliance-Aufgaben Betraute müssen sorgfältig ausgewählt, gründlich eingewiesen und regelmäßig überwacht werden.

OLG Hamm, Beschluss v. 16.07.2003 (Az.: 4Ss 373/03 OWi)

„Der Betriebsinhaber bleibt neben den nach § 9 Abs. 2 OWiG Beauftragten weiterhin verantwortlich. Er haftet jedoch nur dann nach § 130 OWiG, wenn er die organisatorischen Grundvoraussetzungen nicht dafür schafft, dass die Pflichten durch die Beauftragten auch tatsächlich erfüllt werden können.“

3. Schritt (3)

▶ Organisation – Compliance-Aufgaben

- Zu den Compliance-Aufgaben der Beauftragten zählen beispielsweise
 - * die Dokumentation
 - * die Einrichtung eines Meldesystems für Compliance-Verstöße
 - * die Entwicklung von Verfahrensabläufen bei Beschwerden
 - * die Organisation von Schulungen
 - * die Anpassungen der Vertragswerke (z.B. AGB, Einkauf- und Lieferbedingungen, Arbeitsverträge) im Hinblick auf die Compliance relevanten Vorgaben.

4. Schritt

▶ Kontrolle

- Es ist unerlässlich, die Einhaltung der Compliance-Vorgaben fortlaufend zu kontrollieren z.B. durch
 - * regelmäßige Audits
 - * unregelmäßige Stichproben

OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.04.2006 (Az.: VI-2 Kart 5/05 OWi)

„Zwar gilt der Grundsatz, dass die Kontrollpflicht umso geringer ist, je höher der Mitarbeiter qualifiziert ist, doch kann aus gegebenem Anlass auch die Kontrolle besonders qualifizierter und in der Unternehmenshierarchie hochrangiger Mitarbeiter angezeigt sein. So bestehen gesteigerte Aufsichtsmaßnahmen jedenfalls dann, wenn es im Betrieb bereits zu Unregelmäßigkeiten gekommen oder damit wegen besonderer Umstände zu rechnen ist und ebenso wenn wichtige Vorschriften oder schwierige Rechtsfragen in Rede stehen.“

5. Schritt

▶ Sanktionen

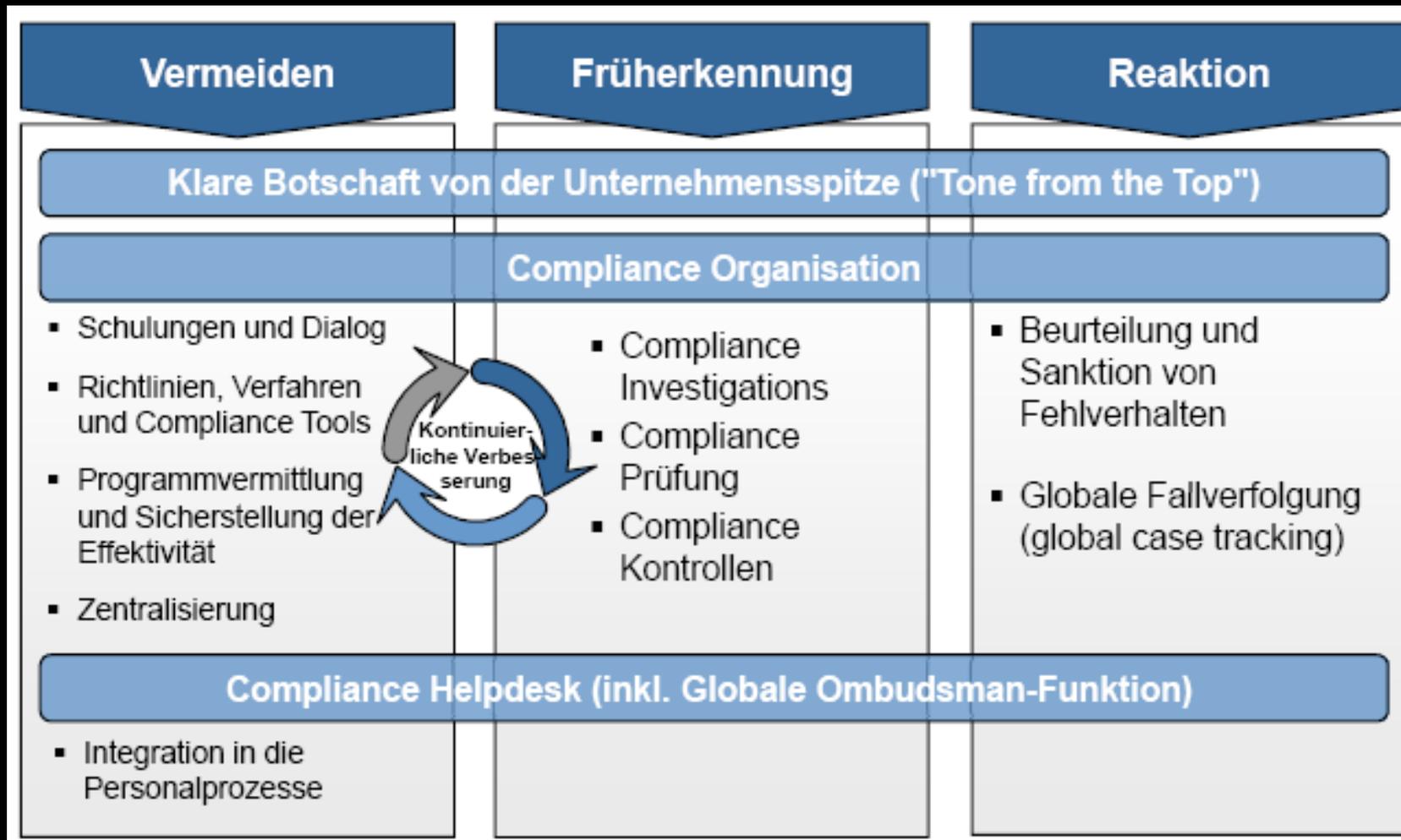
- Die Unternehmensleitung muss Beschwerden nachgehen und Compliance-Verstöße angemessen ahnden.
- Verstöße, die nicht geahndet werden, vermitteln den Mitarbeitern den Eindruck, dass die Unternehmensleitung die Compliance-Vorgaben selbst nicht ernst nimmt.

⇒ Ohne Ahndung läuft Compliance-System ins Leere

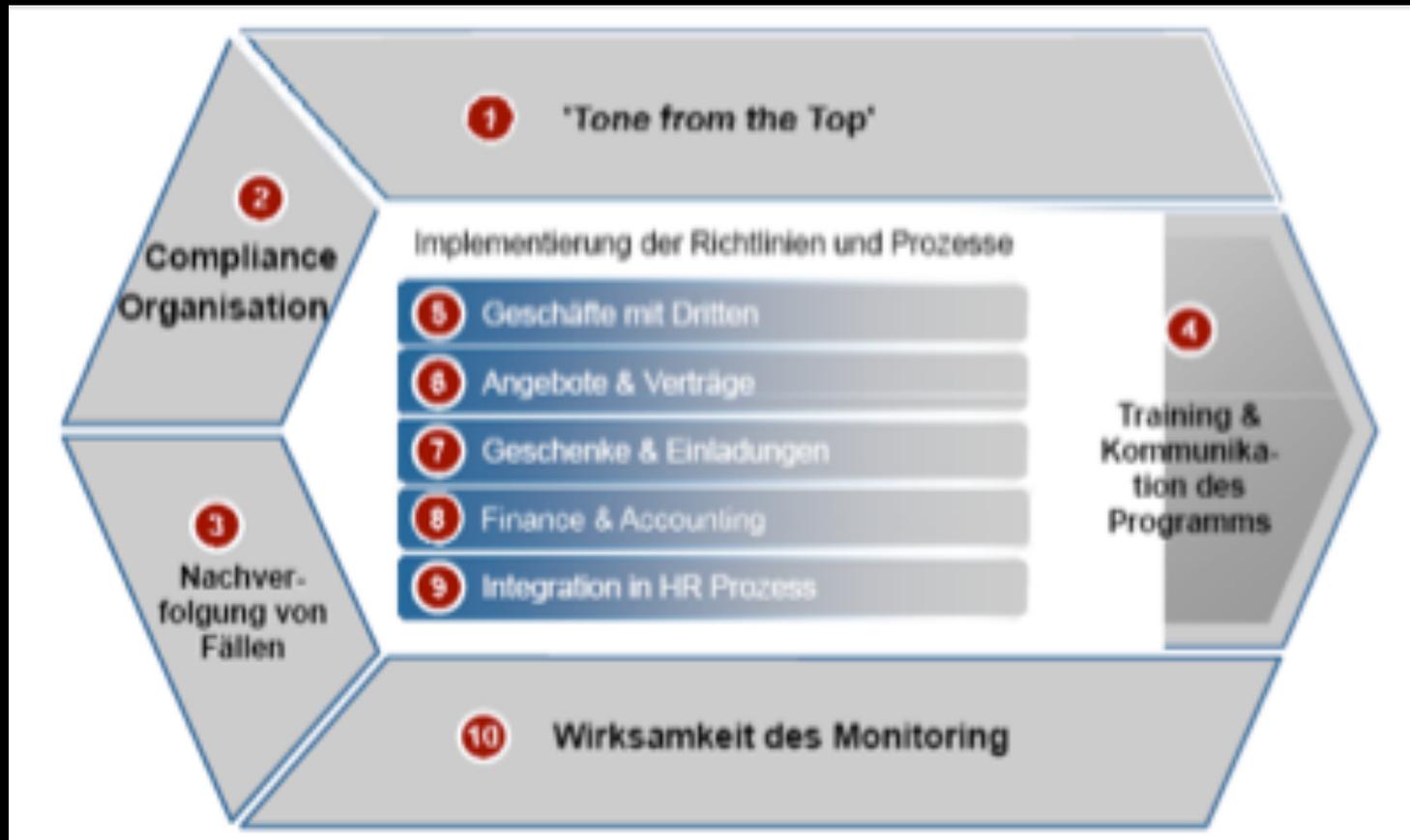
⇒ Fehlende Ahndung ist für Staatsanwaltschaft ein Indiz für bedingten Vorsatz („billigend in Kauf nehmen“)

⇒ D&O-Versicherung verweigert u. Umständen ihre Deckung!

Compliance nach Siemens AG-Muster (1)



Compliance nach **Siemens AG**-Muster (2)



Fragen?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Magnus Dühning

- ▶ Rechtsanwalt & Unternehmensberater
- ▶ Wirtschaftsrecht, M&A, Compliance
- ▶ Sozius der maxkanzlei. Rechtsanwälte Dühning.Eberle.Junker
Maximilianstr. 36
D-86150 Augsburg
- ▶ Tel.: + 49 821 455 28 50
- ▶ eMail: duehring@maxkanzlei.de