

Rechtsanwalt Dr. Oliver Hegnon, Berlin*

Aufsicht als Leitungspflicht

Umfang persönlich wahrzunehmender Aufsichtspflichten von Geschäftsleitern bei vertikaler Arbeitsteilung aus gesellschafts- und strafrechtlicher Sicht

A) Einleitung

Viele Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer (im folgenden zusammenfassend Geschäftsleiter genannt) glauben, dass sie alleine dadurch für ausreichende Compliance im Unternehmen sorgen, dass sie Abteilungen wie Recht, Compliance, Risikomanagement, Organisation oder Revision einrichten. Eine Notwendigkeit, diesen genauen Vorgaben zu machen oder sie zu kontrollieren wird häufig nicht gesehen. In Zeiten, in denen Staatsanwälte rigorosere denn je gegen Geschäftsleiter vorgehen und Zivilkläger nach Treupflichtverstößen suchen, ist diese Unbekümmertheit schlichtweg unverständlich. Ein Umdenken ist dringend geboten. Jeder Geschäftsleiter muss seinen persönlichen Aufsichtsumfang begreifen.

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, bis zu welchem Grad sich Geschäftsleiter bei der Erfüllung ihrer Pflichten auf Mitarbeiter und externe Dienstleister verlassen dürfen und welche konkreten Aufsichtsmaßnahmen sie auf jeden Fall immer persönlich wahrzunehmen haben. Dabei wird insbesondere auf häufig anzutreffende praktische Probleme eingegangen.

B) Primärpflichten von Geschäftsleitern

Eine Reihe von Verhaltenspflichten werden Geschäftsleitern ausdrücklich durch Gesetz auferlegt. Dies können solche des Gesellschaftsrechtes (z.B. § 41 GmbHG, Buchführungspflicht), des öffentlichen Rechts (z.B. § 93 I 1 i.V.m. 34 I AO, steuerliche Auskunftspflicht) oder des Strafrechts (z.B. § 266a i.V.m. § 14 I 1 StGB, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) sein.

Aber auch darüber hinaus haben Geschäftsleiter nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur für unternehmensbezogene Ge- und Verbote einzustehen. Zivil- und öffentlich-rechtlich gilt der Grundsatz der Allzuständigkeit der Geschäftsleiter für alle Pflichten, die die von ihnen geführte Gesellschaft treffen.¹ Hierbei handelt es sich um einen Grundsatz, der rechtsergänzend aus der Natur der Sache,² nämlich der tatsächlichen Leitungsmacht von Geschäftsleitern über die Gesellschaft,³ abgeleitet wird. Im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht besteht für Geschäftsleiter eine Garantenpflicht, deren Umfang allerdings umstritten ist. Eine Meinung sieht Geschäftsleiter auf Grund ihrer Befehls- und Organisationsgewalt verpflichtet, alle unternehmensbezogenen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die von Mit-

arbeitern der Gesellschaft ausgehen können, zu verhindern.⁴ Dagegen erkennt die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung⁵ und die wohl herrschende Meinung in der Literatur⁶ lediglich eine Garantenstellung in Bezug auf besondere betriebliche Gefahrenquellen an, wie zum Beispiel den Betrieb gefährlicher Anlagen oder das Inverkehrbringen schädlicher Produkte.

C) Delegierbarkeit von Pflichten und daraus entstehende Aufsichtspflichten

I. Delegierbarkeit von primären Pflichten und daraus entstehende Aufsichtspflichten ersten Grades

In Unternehmen ab einer gewissen Größe ist es für Geschäftsleiter faktisch nicht möglich, alle Aufgaben ausschließlich persönlich wahrzunehmen.⁷ Dies widerspricht auch dem Grundgedanken unserer auf Arbeitsteilung angelegten Gesellschaftsordnung.⁸ Aus der Natur der Sache folgt deshalb, dass alle oben genannten Arten von Primärpflichten – gesetzliche, solche auf Grund der Allzuständigkeit als auch Garantenpflichten – nicht eigenhändig von Geschäftsleitern wahrgenommen werden müssen, sondern deren Erfüllung an Mitarbeiter oder selbständige Dienstleister delegiert werden kann.⁹

Eine Ausnahme gilt im Gesellschaftsrecht jedoch für so genannte Leitungsaufgaben von Vorstand und Geschäftsführern, die gegenüber den Aufgaben der sonstigen Geschäftsführung herausgehoben sind.¹⁰ Zu diesen Leitungsaufgaben gehören neben gesetzlich explizit zugewiesene Organpflichten, die grundlegende Planung der Förderung des Unternehmenserfolgs (in strategischer und finanzieller Hinsicht) sowie der Aufbau- und Ablaufor-

* Der Autor ist Geschäftsführer der Skeptikos Unternehmensberatung GmbH in Berlin.

1 Haas, in: Michalski, GmbHG, 2002, § 43 Rn. 165; Schmidt-Husson, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2007, § 7 Rn. 2 f.; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 2. Aufl. 1985 ff., Rn. 4.191; Schneider, in: FS 100 Jahre GmbHG (1992), S. 473 (478).

2 Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 236 ff.

3 Vgl. in Bezug auf das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht: Eidam, Unternehmen und Strafe, 3. Aufl. 2008, Rn. 1112; Karlsruhe-Komm/OWiG-Rengier., 3. Aufl. 2006, 1992, § 8 Rn. 48; Rogall, ZStW 1986, 573 (616 f.); Schönemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 101 ff.

4 Siehe die in Fn. 3 Genannten sowie Schmidt-Salzer (Fn. 1), Rn. 1.146; NJW 1990, 2966; Stree, in: Schönke-Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 13 Rn. 52; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, Rn. 183 ff.

5 BGHSt 37, 106 (115 ff.), auf vorangegangenes pflichtwidriges Gefährdungsverhalten (Ingerenz) abstellend.

6 Heine, Strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen, 1995, S. 118 ff.; Krekel/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2006, Rn. 16 f.; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 39 ff.; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl., Stand: 11/2008, § 13 Rn. 35a; Schmid, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 30 Rn. 99; LeipzigerKomm/StGB-Weigend, 12. Aufl. 2006 ff., § 13 Rn. 56.

7 Geßler, in: FS Hefermehl (197), S. 263 (273); Goll/Winkelbauer, in: Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 2. Aufl. 1997, § 47 Rn. 17; Haas (Fn. 1), § 43 Rn. 165; Raum, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 4 Rn. 41; Schmidt-Salzer (Fn. 1), Rn. 1.181.

8 Schmidt-Salzer (Fn. 1), Rn. 4.193.

9 Bezüglich gesellschaftsrechtlicher Pflichten: BGHZ 127, 336 (347); Fleischer, ZIP 2003, 1 (8 ff.); Geßler, in: FS Hefermehl, (1976), S. 263 (273); Haas (Fn. 1), § 43 Rn. 165; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 43 Rn. 18; Turiaux/Knigge, DB 2004, 2199 (2204 ff.). Bezüglich strafrechtlicher Pflichten: RGSt 57, 148 (151); BGH NStZ 1983, 263; BGHSt 19, 286 (288); Schmidt-Salzer, (Fn. 1), Rn. 1.180, 1.207.

10 Haas (Fn. 7), § 43 Rn. 166; Fleischer, ZIP 2003, 1 (2); Pelz, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2007, § 6 Rn. 33; Schmidt-Husson (Fn. 1), § 7 Rn. 14 f.; Turiaux/Knigge, DB 2004, 2199 (2205).

ganisation des Unternehmens und schließlich die ständige Information über wesentliche Umstände der Unternehmenslage.¹¹ Dagegen handelt es sich um Aufgaben der sonstigen Geschäftsführung, soweit es dort nicht um grundlegende bzw. wesentliche Fragen geht, sondern lediglich um unwesentliche Detailbereiche.

Ob dies gegeben ist, hängt davon ab, ob die mögliche Auswirkung gemessen an der Tragweite des gesamten Pflichtenbereichs spürbar ist. Mithin wird vielfach die Größe der Gesellschaft als ein Referenzkriterium dienen, wobei je nach betroffener Pflicht unterschiedliche Größenmerkmale heranzuziehen sind. Die jeweilige Kernfunktion der einzelnen Leitungspflichten müssen Geschäftsleiter stets persönlich wahrnehmen. Zumeist besteht die Kernfunktion in der wohlerwogenen Entscheidung über einzelne oder eine Gesamtheit von Maßnahmen, für einige Pflichten auch in der Aufnahme von Informationen oder der Abgabe von Erklärungen. Die den Kernfunktionen vor- und nachgelagerten Arbeitsschritte können dagegen delegiert werden: z.B. Informationssammlungen, Gutachten, Beschlußvorlagen oder Buchungen.¹²

Eine zulässige Delegation hat zur Folge, dass Geschäftsleiter grundsätzlich in die ordnungsgemäße Erfüllung der übertragenen Pflicht durch einen Delegierten vertrauen dürfen und sie deshalb für dessen Fehler weder gesellschafts- noch straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich verantwortlich sind. Das Vertrauen findet jedoch dort eine Grenze, wo es Geschäftsleitern trotz des Prinzips der Arbeitsteilung noch zumutbar ist, die Pflichtenerfüllung sicherzustellen. Deshalb geht jede Delegation von primären Geschäftsleiterpflichten einher mit dem Entstehen von Aufsichtspflichten der Geschäftsleiter über die jeweilig Beauftragten.¹³ Für die subsidiäre Ordnungswidrigkeit der Verletzung von Aufsichtspflichten in Betrieben und Unternehmen (§ 130 I 1 OWiG) ist dieser Grundsatz gesetzlich geregelt. Der Rechtsgedanke zeigt sich auch in den gesetzlichen Verhaltensvorgaben für die Einschaltung von Verrichtungsgehilfen durch den Geschäftsherrn in § 831 I 2 BGB, der jedoch keine direkte Anwendung findet, da die Gesellschaft und nicht der Geschäftsführer bzw. das Vorstandsmitglied Geschäftsherr im Sinne dieser Vorschrift ist.¹⁴

Nach allgemeiner Meinung wird bei jeder Delegation sowohl im Gesellschafts-¹⁵ als auch im Straf- und Ord-

nungswidrigkeitenrecht¹⁶ stets mindestens folgende Trias an Aufsichtspflichten gefordert:¹⁷ die gehörige

- Auswahl des Delegierten, d.h. Übertragung der Aufgabe an eine Person mit der notwendigen fachlichen Qualifikation und persönlicher Verlässlichkeit;
- Einweisung des Delegierten, also diesem seine Aufgaben bekannt zu machen, ihn gegebenenfalls einzuarbeiten und seine Fortbildung sicherzustellen,¹⁸
- Überwachung des Delegierten und zwar sowohl in Form einer laufenden Kontrolle als auch einer besonderen Aufklärung bei Unregelmäßigkeiten.

Richtigerweise bestehen darüber hinaus aber auch noch folgende weitere drei Aufsichtspflichten:

- die gehörige Organisation der Betriebsabläufe, nämlich die Festlegung, was im Betrieb zu geschehen hat, um die Primärpflicht zu erfüllen, und welche Person für welchen einzelnen Arbeitsschritt zuständig ist;¹⁹
- die Bereitstellung von ausreichenden personellen und sachlichen Ressourcen zur Erfüllung der Aufgabe;²⁰
- die Pflicht der Geschäftsleiter zum Eingreifen, wenn offenbar wird, dass bisherige Aufsichtsmaßnahmen eine ordnungsgemäße Geschäftsführung nicht gewährleisten und deshalb konkrete Anordnungen im Einzelfall notwendig sind.²¹

All diese Aufsichtspflichten treffen zunächst einmal wieder die Geschäftsleiter persönlich.

11 Vgl. auch *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (5 f.); *Haas* (Fn. 7), § 43 Rn. 166; *Schmidt-Husson* (Fn. 1), § 7 Rn. 14 ff.; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2201 f.).

12 *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (6, 8); *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2205).

13 Bezüglich gesellschaftsrechtlicher Pflichten: BGHZ 127, 336 (347); *Fleischer*, AG 2003, 291 (292 f.); *Schneider*, DB 1993, 1909 (1914); *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006 f., § 43 Rn. 41; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2205 f.). Bezüglich strafrechtlicher Pflichten: BGHSt 19, 286 (288 f.); 47, 224 (230.); BGH Entscheidungssammlung Produkthaftung IV.1.12. Aufsicht als primäre strafrechtliche Garantienpflicht nehmen an: *Eidam* (Fn. 3), Rn. 1115; *Heine* (Fn. 6), S. 121 f.; *Krekeler/Werner* (Fn. 6), Rn. 17; *Schünemann* (Fn. 3), S. 107; *Ransiek* (Fn. 6), S. 41; *Raum*, in: *Wabnitz/Janovsky*, (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 42.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 32 Rn. 142; Bezüglich steuerrechtlicher Pflichten: BFH/NV 1988, 220 (221); *BFH GmbHR* 1995, 239 (241) m.w.N.; 2000, 392 (393); *Mittelbach*, DStZ 1984, 211 (212).

14 *Fleischer*, AG 2003, 291 (292) m.w.N.

15 *Fleischer*, AG 2003, 291 (292 ff.); *Haas* (Fn. 7), § 43 Rn. 171; *Hommelhoff/Kleindiek* (Fn. 9), Rn. 18; *Mertens*, in: *Hachenburg, GmbHG*, 9. Aufl. 2006, § 43 Rn. 34; *Pelz* (Fn. 10), § 6 Rn. 36 f.; *Schmidt-Husson* (Fn. 1), § 7 Rn. 21 ff.; *Schneider* (Fn. 13), Rn. 41; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2205).

16 BGHSt 19, 286 (288 f.); 25, 158 (162 f.); *Achenbach*, in: *Achenbach/Ransiek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., 2006, Kap. I 3 Rn. 52; *Demuth/Schneider*, BB 1970, 642, 648 f.; *Goll/Winkelbauer* (Fn. 7), § 48 Rn. 15 f.; *König*, in: *Göhler, OWiG*, 14. Aufl. 2006, § 30 Rn. 11; *Eidam* (Fn. 3), Rn. 1115 ff.; *Krekeler/Werner* (Fn. 6), Rn. 25; *Pelz* (Fn. 10), § 6 Rn. 19 ff.; *Karlsruh-Komm/OWiG-Rogall*, 3. Aufl. 2006, § 130 Rn. 53; *Schmid* (Fn. 6), § 30 Rn. 122 ff.; *Schneider*, DB 1993, 1909, 1914; *Goll/Winkelbauer* (Fn. 7), § 48 Rn. 15 f.

17 Vgl. bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrspflichten: *BGH VersR* 1983, 152; *Belling/Eberl-Borges*, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, 2002, § 831 Rn. 94 ff.; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.238 ff.; *MünchKomm/BGB-Stein*, 4. Aufl. 2004, § 831 Rn. 9 ff.

18 *Fleischer*, AG 2003, 291, 293; *Schneider*, DB 1993, 1909, 1914.

19 Bezüglich gesellschaftsrechtlicher Pflichten: *Haas* (Fn. 1), § 43 Rn. 169; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG*, § 43 Rn. 17. Organisationspflicht als Teil der Überwachungspflicht sehen *Fleischer*, AG 2003, 291, 294 sowie *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199, 2205. Bezüglich straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Pflichten: *OLG Hamm VRS* 40, 129 (130); *OLG Düsseldorf wistra* 1999, 115 (116); *Eidam* (Fn. 3), Rn. 1115; *Förster*, in: *Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG*, 3. Aufl., Stand: 4/2007, § 130 Rn. 19; *Goll/Winkelbauer* (Fn. 7), § 48 Rn. 8; *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 14; *Pelz* (Fn. 10), § 6 Rn. 18; *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 53; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.228; *Schmid* (Fn. 6), § 30 Rn. 127 f. Bezüglich öffentlich-rechtlicher Pflichten: *Schneider*, DB 1993, 1909 (1915). Vgl. auch bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrspflichten: *Belling/Eberl-Borges* (Fn. 17), § 831 Rn. 9 ff.; *Foerste*, in: *Westphalen, Produkthaftungshandbuch*, 2. Aufl., 1997 § 24 Rn. 309; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.205, 4.232, 4.237; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.205, 4.232, 4.237; *Stein* (Fn. 17), § 831 Rn. 3, 23.

20 *Hauschka*, AG 2004, 461 (466). Bezüglich straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Pflichten: *OLG Düsseldorf GewArch* 1991, 425; *Foerste* (Fn. 19), § 24 Rn. 317, 309; *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 63; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.228. Vgl. auch bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrspflichten: BGHZ 51, 91 (107 f.); *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.205, 4.234.

21 *Hauschka*, AG 2004, 461 (467). Bezüglich gesellschaftsrechtlicher Pflichten: *BGH GmbHR* 1985, 143 (144). Bezüglich straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Pflichten: BGHSt 19, 286 289; 37, 107 (124); *Eidam* (Fn. 3), Rn. 1115 ff.; *Haas* (Fn. 1), § 43 Rn. 171; *Schmid* (Fn. 6), § 30 Rn. 126; *Goll/Winkelbauer* (Fn. 7), § 48 Rn. 18 ff.; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.160, 1.176 f. Vgl. auch bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrspflichten: *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.249.

II. Delegierbarkeit von Aufsichtspflichten ersten Grades und daraus entstehende nichtdelegierbare Oberaufsichtspflichten

Geschäftsleiter können die Erfüllung ihrer Aufsichtspflichten ersten Grades aber wiederum an interne oder externe Dritte delegieren.²² Ebenso wie aus der Delegation von Primärpflichten Aufsichtspflichten ersten Grades entstehen, so erwächst aus deren Delegation ein entsprechender Kanon von Aufsichtspflichten zweiten Grades (Oberaufsichtspflichten) für die Geschäftsleiter gegenüber den leitenden Mitarbeitern bzw. Externen. § 130 I 2 OWiG erwähnt als erforderliche Oberaufsichtsmaßnahmen von Betriebsleitern zwar nur die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen, aber auch insoweit gilt der obige umfassende Katalog von Aufsichtspflichten.²³ Anders als Aufsichtspflichten ersten Grades verbleiben Oberaufsichtspflichten stets bei den Geschäftsleitern; sie können wirksam nicht weiter übertragen werden.²⁴

Die Grenze für das, was ein Geschäftsleiter dabei unbedingt in Person zu leisten hat, ist so zu ziehen, wie bei den Leitungsaufgaben (siehe oben C. I.): Lediglich die Kernfunktionen von Maßnahmen der Oberaufsicht sind persönlich wahrzunehmen. Geschäftsleiter müssen also über die durchzuführenden Maßnahmen hinreichend informiert und wohlwogen beschließen. Vorbereitende Informationssammlungen, Gutachten oder Beschlussvorlagen können dagegen delegiert werden, genauso wie nachgelagerte Arbeitsschritte z.B. die Ausfertigung von Weisungen. Verfügt ein Geschäftsleiter auf dem Sachgebiet einer zu beachtenden Primärpflicht über die notwendige Fachkunde, so ist er zur Oberaufsicht in der Lage. Doch oftmals besitzen in einer Gesellschaft nur nachgeordnete Mitarbeiter ausreichende Kenntnisse. Wie soll in diesem Fall ein Vorstand oder eine Geschäftsführung den fachkundig Überlegenen beaufsichtigen?

Der Bundesfinanzhof²⁵ verlangt im Hinblick auf die Haftung von Geschäftsleitern aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 69 AO) auch bei Einschaltung eines Angehörigen eines rechts- oder steuerberatenden Berufes eine „gewissenhafte Ausübung seiner Überwachungspflichten“ ohne genau zu sagen, worin diese besteht. Das Oberlandesgericht München²⁶ meint mit Blick auf § 831 I 2 BGB, dass der Geschäftsherr in einem solchen Fall als Aufsichtsperson einen Angestellten auswählen müsse, der zu einer selbständigen Arbeit fähig sei und darüber hinaus einer Leitung und Beaufsichtigung nicht mehr bedürfe; damit sei das Problem erledigt. Mit der höchstrichterlichen Forderung nach einer umfassenden Oberaufsicht verträgt sich das nicht.

22 *Hauschka*, AG 2004, 461. Bezüglich gesellschaftsrechtlicher Pflichten: *Fleischer*, AG 2003, 291 (295); (467); *Schmidt-Husson* (Fn. 1), § 7 Rn. 27. Bezüglich strafrechtlicher Pflichten: BGHSt 25, 158 (163). Bezüglich der Überwachung bei öffentlich-rechtlichen Pflichten: *Schneider*, in: FS 100 Jahre GmbHG (1992), S. 473 (486).

23 *Schmid* (Fn. 6), § 30 Rn. 99.

24 Bezüglich gesellschaftsrechtlicher Pflichten: *Fleischer*, AG 2003, 291 (295). Bezüglich ordnungswidrigkeitenrechtlicher Pflichten: *Pelz* (Fn. 10), § 6 Rn. 12; *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 69. Vgl. auch bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrspflichten: RGZ 78, 107, 109; RGZ 87, 1 (4); BGHZ 32, 53, 59; *Belling/Eberl-Borges* (Fn. 17) § 831 Rn. 122; *Foerste* (Fn. 19), § 24 Rn. 323; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.232; *Stein* (Fn. 17), § 831 Rn. 5, 22, 24; *Steffen*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1989, § 831 Rn. 53 f.

25 GmbHR 1995, 239 (241); vgl. auch *Mittelbach*, DStZ 1984, 211 (212).

26 VersR 1977, 1111.

Dagegen fordert das Bayerische Oberste Landesgericht²⁷ dass sachunkundige Betriebsinhaber notfalls eine externe Überwachung durch externe Berater sicherstellen müssten, um der Oberaufsicht nach § 130 I 2 OWiG gerecht zu werden. Konstruktiv überzeugen kann dies letztlich nicht, weil es nur das Einziehen einer weiteren Aufsichtsebene bedeutet, über die ihrerseits wieder die im Gesetz geforderte Oberaufsicht ausgeübt werden müsste.²⁸ Hilfreicher ist eine ebenfalls im Rahmen von § 130 I 2 OWiG ergangene Entscheidung des Kammergerichts.²⁹ Dies sah es als ausreichend an, wenn sich der Betriebsleiter von dem zu Beaufsichtigenden Bericht erstatten ließ, sodann anordnete, dass sich dieser Rat durch einen externen Berater einholte und sich auch darüber wieder vom zu Beaufsichtigenden berichten ließ.

Nutzbar machen lässt sich auch die Rechtsprechung³⁰ zu der vergleichbaren Position eines nichtsachkundigen Richters bei der Würdigung eines Sachverständigengutachtens. Dort wird verlangt, dass ein Richter auch in schwierigen Fachfragen nicht blind der Meinung eines Sachverständigen folgen darf. Der Sachverständige solle dem Richter vielmehr nur mit gemeinverständlichen Worten das Rüstzeug liefern. Der Richter bleibe dann aber verpflichtet, an Hand dessen eine Entscheidung zu erarbeiten und ihre Begründung selber zu durchdenken. Eine Ausnahme gelte aber, für solche Fragestellungen, insbesondere aus dem naturwissenschaftlichen Bereich, die derart kompliziert seien, dass die Wissensvermittlung an einen Laien ausgeschlossen sei.³¹

Vom Geschäftsleiter ist demnach zu verlangen, dass er die im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Pflicht vorliegende Problemlage (Ausgangssituation, Ziele, Risiken) und die Problemlösung nebst deren Alternativen nachvollziehen kann, um die notwendigen Weisungen zu beschließen sowie anschließende Kontrollen beurteilen zu können.³² Dabei muss der Geschäftsleiter die ihm dargebotenen Informationen kritisch hinterfragen, auf auch für Laien erkennbare Widersprüche überprüfen und schließlich als schlüssig einstufen. Dies alles muss nur bis zu der Detailtiefe erfolgen, bis zu der ein gebildeter Laie überhaupt fähig ist, einen Sachverhalt zu durchdringen. Eine dürre Beschlussvorlage, die sich womöglich nur in Allgemeinplätzen ergeht, kann damit niemals alleinige Grundlage von Maßnahmen der Oberaufsicht sein.

Zu der Urteilsfindung kann der Geschäftsleiter in vielen Fällen schon durch kritische Erarbeitung zusammen mit einem sachkundigen zu beaufsichtigenden Mitarbeiter gelangen. Erkennt der Geschäftsleiter jedoch, dass er auf diesem Wege kein ausreichendes Verständnis gewinnen kann oder ist er vom Ergebnis nicht überzeugt, muss er zu anderen Erkenntnismöglichkeiten greifen:³³ sei es das Studium von Unterlagen, die Einschaltung eines Fachmanns³⁴ oder auch eines nichtsachkundigen Gehilfen, der Informationen für den Geschäftsleiter kritisch recherchiert und verständlich aufbereitet.

27 NJW 2002, 766, 767.

28 *Schneider* (Fn. 22) S. 487.

29 WuW/E OLG 3169 (3174).

30 BGHSt 7, 238 (239); BGH NJW 1955, 1642 (1643); vgl. auch BGH 1994, 984 (985); *BVerfG FamRZ* 1997, 151 (152).

31 BGH StV 1989, 331 (332).

32 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 704.

33 Zu dieser Situation des Richters im Strafprozess vgl. *Dippel*, Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozess, 1986, S. 31 f.

34 Vgl. *Krekeler/Werner* (Fn. 6), Rn. 30.

D) In der Praxis kritische (Ober-)Aufsichtspflichten

Die (Ober-)Aufsichtspflichten zur Auswahl, Ressourcenzuteilung und zum Eingreifen bieten in der Praxis relativ wenig Interpretationsspielraum. Anders sieht es mit der Organisations-, Einweisungs- und Überwachungspflicht aus. Nur zu häufig werden diese Aufgaben im Unternehmen im Wesentlichen formell aufgefasst und ihre materielle Funktion nicht hinreichend beachtet. Diese soll im Folgenden dargestellt werden.

I. Organisation

1. Rechtspflichtenerfassung

Die Einhaltung von Pflichten ist naturgemäß nur dann möglich, wenn diese Pflichten im Einzelnen im Unternehmen bekannt sind. Dazu ist es notwendig, sämtliche Rechtsvorschriften, die für das Unternehmen in Betracht kommen könnten, daraufhin zu überprüfen, ob deren Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Da ständig neue Rechtsvorschriften erlassen und alte geändert werden, muss dies laufend erfolgen. Treffen die Geschäftsleiter für diesen Prozess nicht klare und praktikable Zuständigkeitsregelungen, so besteht die Gefahr, dass gerade diese Aufgabe nicht umfassend wahrgenommen wird. Denn Fachabteilungen gehen oft davon aus, dass sich die Rechtsabteilung um die Thematik kümmern werde, da sie etwas mit Recht zu tun habe. In der Rechtsabteilung wiederum sind oft gar nicht genügend Informationen über die tatsächlich gegebene Situation vorhanden, um die Einschlägigkeit einer Norm beurteilen zu können.

Erkannte Rechtspflichten werden zudem in vielen Fällen nicht systematisch inventarisiert, so dass kein ausreichender Überblick darüber möglich ist, was zu ihrer Erfüllung unternommen wird und wie groß das Risiko bei einer Nichteinhaltung für die Gesellschaft ist.³⁵

2. Risikoerfassung

Eine effektive Organisation der Betriebsabläufe zur Pflichtenerfüllung setzt weiterhin voraus, dass vorhersehbare Umstände, die sich nachteilig auswirken können, in der Planung Berücksichtigung finden. Dazu müssen solche Risiken zunächst einmal systematisch erfasst werden. Entscheidend für die Erfassung eines Risikoumstandes, ist dabei alleine die Wesentlichkeit für die Erfüllung der jeweiligen Pflicht, wobei kumulative Effekte zu berücksichtigen sind. Damit liegt hier die Schwelle in der Regel deutlich niedriger als bei der Risikoerfassung im Rahmen von § 289 I 4 HGB (Risikobericht), wo es auf die Wesentlichkeit für die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft ankommt und erst recht als bei § 91 II AktG (Risikofrüherkennungssystem), der auf Risiken abhebt, die den Bestand der Gesellschaft gefährden.

3. Aufgabenverteilung

Soll eine einzige Person für die Wahrnehmung einer Pflicht verantwortlich sein, so ist die Delegation an sie recht einfach. Auf Grund der Arbeitsteilung werden in größeren Unternehmen aber zumeist mehrere Abteilungen an dem zur Pflichtenwahrnehmung notwendigen Prozess beteiligt. Dann gehört die genaue Abgrenzung der Verantwortung für einzelne Prozessschritte zwischen den verantwortlichen Mitarbeitern der zweiten Führungsebene zur Aufsichtspflicht der Geschäftsleiter. Bloße Stellenbeschrei-

bungen reichen also nicht aus, denn sie sind aufbauorganisatorisch orientiert und zeigen nicht genau die Schnittstellen von Prozessschritten zu anderen Abteilungen auf.³⁶

Zu beachten ist einerseits, dass keine Zuständigkeitslücken entstehen.³⁷ Andererseits müssen die Zuständigkeiten überschneidungsfrei sein, um zu vermeiden, dass sich gar keiner zuständig fühlt, weil sich der eine auf den anderen verlässt.³⁸ Es genügt deshalb nicht, Schnittstellen lediglich vage zu beschreiben. Wird z.B. lediglich festgelegt, dass die Rechtsabteilung bei dem Abschluss aller Verträge „mit hinzuzuziehen“ ist, so bleibt unklar, ob eine Bringschuld der Fachabteilung oder eine Holschuld der Rechtsabteilung für alle relevanten Informationen besteht.

II. Einweisung

Anweisungen durch die Geschäftsleiter müssen stets hinreichend konkret erteilt werden. Lediglich pauschale Anweisungen, etwa „alles Erforderliche zu tun“, sind niemals ausreichend.³⁹ Dies gilt selbst bei hochqualifizierten Mitarbeitern der zweiten Führungsebene, die über jahrzehntelange Berufserfahrung verfügen.⁴⁰ Dagegen genügt bei der Einschaltung selbständiger Unternehmen eine generelle Aufgabenbeschreibung, da diese eine eigene Organisationsverantwortung haben.⁴¹ Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Auftraggeber einen besseren Überblick über besondere Gefahrumstände hat⁴² oder wenn der Selbständige eng in die Unternehmensorganisation eingebunden ist.⁴³ Dann muss der Auftraggeber auch Details entsprechender Gegenmaßnahmen regeln. Zu berücksichtigen sind vorhersehbare Risiken natürlich auch bei Anweisungen an Mitarbeiter.⁴⁴ Je größer ein Gefährdungspotential ist, je detaillierter müssen die Warnungen sein.⁴⁵ Insbesondere geben bereits vorgekommene Unregelmäßigkeiten Anlass zu Intensivierungen von Weisungen.⁴⁶

Es ist natürlich nicht möglich, detaillierte Anweisungen für jede kritische Situation im Vorhinein zu geben. Geschäftsleiter müssen daher die Konstellationen benennen, in denen eine Sache an sie zu eskalieren ist, damit sie sich persönlich darum kümmern können. Hierzu zählt auch die Information, wenn weitere Ressourcen zur Bewerkstellung der Aufgabe geboten sind.

Andererseits birgt eine zu starke Detaillierung von Geschäftsleiteranweisungen, die über die Mindestanforderungen der Rechtsprechung hinausgehen, für Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder eine Gefahr: Sie sind dann persönlich haftbar dafür, dass Änderungen der Rechtslage oder der tatsächlichen Situation in allen De-

³⁶ Vgl. *Hauschka*, AG 2004, 461 (466 f.).

³⁷ *Demuth/Schneider*, BB 1970, 642, 648 f.; *Förster* (Fn. 20), § 130 Rn. 19; *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 53; *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 14; *Krekeler/Werner* (Fn. 6), Rn. 30.

³⁸ *OLG Düsseldorf* wistra 1999, 115 (116); *Hauschka*, AG 2004, 461 (466); *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 14 m.w.N.

³⁹ *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 55; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.219. Vgl. bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrspflichten *BGH* VersR 1983, 152 f.; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.242; *Spindler* (Fn. 32), S. 703.

⁴⁰ *KG* wistra 1999, 357 (359); *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 15. Vgl. bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrspflichten: *BGH* NJW 1980, 1901 (1902); *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.242.

⁴¹ *Hecker*, GewArch 1999, 320 (324); *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 19; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.220 f.

⁴² *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.220 f.

⁴³ *Hecker*, GewArch 1999, 320 (325); *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 19.

⁴⁴ *Fleischer*, AG 2003, 291 (293); *Schneider* (Fn. 22) S. 486.

⁴⁵ *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.243.

⁴⁶ *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 13, *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 64 m.w.N.

³⁵ Vgl. *Schneider* (Fn. 22) S. 486; *Hauschka*, AG 2004, 461 (464).

tails angepasst werden. Haftungsmaßig günstiger ist es für sie, sich auf das Mindestmaß von Anweisungen an Mitarbeiter der zweiten Führungsebene zu beschränken und diesen die detaillierte Organisation und daraus folgende Weisungen sowie deren regelmäßige Überarbeitung zu überlassen.

Gewöhnlich werden Geschäftsleiter von der Möglichkeit Gebrauch machen, die Aufsicht über nachgeordnete Mitarbeiter Leitern einer zweiten Führungsebene zu überlassen. Dann müssen sie persönlich allgemeine Aufsichtsmaßnahmen treffen,⁴⁷ also festlegen, nach welchen Grundsätzen die Detailorganisation vorstatten zu gehen hat und wie die Personalauswahl, Einweisung und Überwachung nachgeordneter Mitarbeiter und externer Dienstleister zu erfolgen hat. Ferner muss umrissen werden, wann Leiter der zweiten Führungsebene eine Pflicht zum Eingreifen haben und es muss klargestellt werden, dass eine Pflicht zur Ressourcenbereitstellung besteht. Während es jedenfalls in Großunternehmen heutzutage Standard ist, dass für sämtliche Mitarbeiter geltende Verhaltenskodizes verbreitet werden, sind die vorgenannten Aufsichtsrichtlinien für Führungskräfte eher selten anzutreffen.

III. Überwachung

1. Überwachungssubjekte und -objekte

Häufig besteht in Unternehmen kein hinreichend klares Verständnis darüber, welche Kontrollaufgaben auf welcher Ebene erforderlich sind, um den rechtlichen Anforderungen zu genügen. Ein Grund dafür ist die soeben erwähnte fehlende klare Anweisung der Geschäftsleitung, dass eine solide Überwachung der nachgeordneten Mitarbeiter Teil der Aufgabe einer jeden Führungskraft ist. So besteht bei Fachabteilungsleitern häufig die Vorstellung, dass sie sich um regelmäßige Kontrollen der Mitarbeiter nicht kümmern müssten, da es hierfür im Unternehmen ja eine Revisionsabteilung gebe. Diese ist dann aber personell gar nicht so ausgestattet, dass sie dieses Maß an Kontrollen auf unterer Ebene bewältigen kann.⁴⁸ Geschäftsleiter müssen deshalb für ein in sich stimmiges Überwachungssystem sorgen.

Wenn die Überwachung aller nachgeordneten Mitarbeiter und Dienstleister auf die fachlich zuständigen Leiter der zweiten Führungsebene delegiert ist, so verbleibt den Geschäftsleitern alleine die Überwachung, ob die Leiter der zweiten Führungsebene ihre Aufgaben richtig erfüllt haben.⁴⁹ Da es sich um eine Maßnahme der Oberaufsicht handelt, ist eine vollständige Delegation an eine Revisionsabteilung nicht möglich. Eine Revisionsstelle (bzw. eine funktionell vergleichbare interne Organisationseinheit oder ein externer Dienstleister)⁵⁰ kann deshalb immer nur Vorbereitungs- bzw. Ausführungsarbeiten dieser Überwachung leisten. Deshalb bedarf es einerseits einer detaillierten Anweisung seitens der Geschäftsleiter, wann und nach welchen Grundsätzen Prüfungen durchzuführen sind. Andererseits reicht es nicht aus, wenn sich Geschäftsleiter nur

kurz darüber ins Bild setzen lassen, dass eine Prüfung im Ergebnis zufrieden stellend verlaufen sei, vielmehr müssen sie anhand des Prüfungsberichtes die wesentlichen Prüfungshandlungen im einzelnen nachvollziehen. Zwar muss eine Revision der Aufgabenerfüllung von Leitern der zweiten Führungsebene sich auch mit der Aufgabenerfüllung auf den unteren Ebenen auseinandersetzen. Dies muss jedoch nur mittelbar erfolgen, um die Arbeit des jeweiligen Leiters der zweiten Führungsebene zu beurteilen. Zuweilen wird dies jedoch verkannt und der Schwerpunkt in Revisionsberichten auf die untere Ebene gelegt. Oft übersehen wird, dass Geschäftsleiter die Tätigkeit einer Revisionsstelle, so wie jede andere delegierte Tätigkeit, stichprobenartig kontrollieren müssen. Es versteht sich von selber, dass für diese Aufgabe nicht wiederum die eigene Revisionsstelle herangezogen werden darf, weil diese sich nicht selber kontrollieren kann.

2. Überwachungsintensität

Nach der Rechtsprechung reicht zur Überwachung ein gelegentliches nach dem Rechten Sehen nicht aus.⁵¹ Vielmehr ist die Einhaltung von Weisungen mindestens durch stichprobenartige überraschende Kontrollen zu überwachen.⁵²

Diese Kontrollen erfüllen einen doppelten Zweck: Einerseits soll der Überwacher zum Zeitpunkt der Kontrolle einen Eindruck von der Tätigkeit des Überwachten erlangen, der authentisch ist und nicht dadurch beschönigt, dass dieser sich auf die Kontrolle einstellen konnte. Andererseits sollen Überwachte zu jeder Zeit das Gefühl haben, dass eine Kontrolle durchgeführt werden könnte; damit soll eine möglichst permanente Abschreckung vor nachlässigen Verhalten erreicht werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass grundsätzlich nahezu lückenlose Kontrollen erforderlich sind. Dies würde dem Prinzip der Arbeitsteilung zuwiderlaufen, ein unhaltbares Betriebsklima erzeugen und unangemessene Kosten verursachen.⁵³ Die Intensität der Überwachungsmaßnahmen muss daher in einem angemessenen Verhältnis zum Risikopotential der zu überwachenden Prozesse stehen;⁵⁴ bereits vorgekommene Unregelmäßigkeiten sind dabei zu berücksichtigen.⁵⁵

Auf jeden Fall verbietet sich die weit verbreitete Praxis, Prüfungen einer Revisionsstelle immer vorab anzukündigen. Auch wenn dies aus organisatorischen Gründen bei grundlegenden Systemprüfungen oft geschehen muss, sollten jedenfalls Stichprobenprüfungen im gewissen Umfang völlig unangekündigt erfolgen. Für sie darf es keine mehr oder weniger starren Prüfungszyklen von etlichen Jahren geben, auf die sich Geprüfte einrichten können.⁵⁶ Ferner müssen Kontrollen auch einen so erheblichen Teil der Tätigkeit des Personals erfassen, dass jeder einzelne mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Entdeckung von Fehlverhalten rechnen muss.⁵⁷

Die Überwachungspflicht der Geschäftsleiter für Aufsichtspersonen kann hinter der für das normale Personal zurückbleiben.⁵⁸ Es gilt der Grundsatz: Je höher qualifiziert die Aufsichtsperson, je geringer die Kontrolldichte.⁵⁹ Allerdings erübrigt sich die Kontrolle von Führungskräften nicht deshalb völlig, weil diese höchstqualifiziert sind

47 Krekeler/Werner (Fn. 6) Rn. 30. Im Hinblick auf deliktsrechtliche Verkehrspflichten: BGH NJW 1968, 247 (248); BGH NJW 1952, 418.

48 Vgl. BGH wistra 82, 34 m. Anm. Möhrenschrager; Rogall (Fn. 16), § 130 Rn. 54; Krekeler/Werner (Fn. 6) Rn. 25.

49 Fleischer, AG 2003, 291 (295); Rogall (Fn. 16), § 130 Rn. 69; Schmidt-Husson (Fn. 1), § 7 Rn. 28f.

50 Hauschka, AG 2004, 461 (475).

51 BGHSt 9, 319 (323); 25, 158 (163); Fleischer, AG 2003, 291 (294); König (Fn. 16), § 130 Rn. 12.

52 BGH wistra 1982, 34; 1985, 228 f.; Achenbach (Fn. 16), Kap. I 3 Rn. 52; Krekeler/Werner (Fn. 6) Rn. 30; Pelz (Fn. 10), § 6 Rn. 24 ff.; Rogall (Fn. 16), § 130 Rn. 60; Schmid (Fn. 6), § 30 Rn. 125.

oder schon jahrzehntelange Berufserfahrung haben⁶⁰, da keinesfalls auszuschließen ist, dass sich durch Gewöhnung oder Bequemlichkeit Fehler einschleichen können.

Entsprechend verringert, aber niemals völlig aufgehoben, ist die Überwachungsintensität auch bei der Einschaltung selbständiger Dienstleister.⁶¹ Diese Milderung gilt jedoch dann nicht, wenn der Übertragende im Rahmen der Einweisungspflicht ausnahmsweise auch Details gegenüber Selbständigen regeln muss (siehe D. II.).⁶²

Wenn abzusehen ist, dass stichprobenartige Kontrollen nicht ausreichen, um die oben genannten Wirkungen zu erzielen, führt dies zu einer Verpflichtung zu angemessenen umfassenderen Kontrollen.⁶³ Im Einzelfall können dies auch lückenlose Überprüfungen sein.⁶⁴

E) Fazit

Die Anforderungen der Rechtsprechung an persönlich wahrzunehmende Aufsichtspflichten von Geschäftsleitern sind sehr hoch und liegen für jemanden, der sich nicht näher mit der Materie auseinandergesetzt hat, nicht unbedingt auf der Hand. Geschäftsleiter haben alle wesentlichen Anordnungen selbst zu treffen und ihnen obliegt stets persönlich die Überwachung aller Mitarbeiter der zweiten Führungsebene.

Wenn sie sich bei dieser Oberaufsicht von Abteilungen wie Recht, Compliance, Risikomanagement, Organisation, Revision etc. unterstützen lassen, so geschieht das auf ihr eigenes Risiko: Fehler die hierbei gemacht werden, gelten immer als Fehler der Geschäftsleiter. Vertrauen alleine genügt deshalb nicht. Geschäftsleiter sind gut beraten, die Ergebnisse dieser Abteilungen stets kritisch zu hinterfragen.

Kontakt:

Dr. Oliver Hegnon
Skeptikos Unternehmensberatung GmbH
Zimmerstraße 79/80
10117 Berlin-Mitte
Tel.: 030/21 021 87-11
Fax.: 030/21 021 87-21
hegnon@skeptikos.de

- 53 OLG Düsseldorf wistra 1999, 115 (116); *Fleischer*, AG 2003, 291 (294); *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 12; *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 49; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.182, 4.193; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2206).
- 54 BGHSt 37, 184 (189); 47, 224 (230 f.); *Achenbach* (Fn. 16), Kap. I 3 Rn. 52; *Fleischer*, AG 2003, 291 (294); *Krekeler/Werner* (Fn. 6) Rn. 14, 30; *Raum*, in: *Wabnitz/Janovsky*, (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 43; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.248; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2205).
- 55 OLG Koblenz VRS 50, 54 (57); KG VRS 70, 29 (30); *Fleischer*, AG 2003, 291 (295); *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 13; *Krekeler/Werner* (Fn. 6) Rn. 24; *Rogall* (Fn. 16), § 130 Rn. 64; *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 13; *Krekeler/Werner* (Fn. 6) Rn. 24; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2206).
- 56 Nach *BayObLG* NJW 2002, 766, 767 reicht auch in Fällen, in denen keine gesteigerte Aufsichtspflicht vorliegt, eine einmalige jährliche Kontrolle nicht annähernd aus.
- 57 *BayObLG* NJW 2002, 766, 767.
- 58 *Demuth/Schneider*, BB 1970, 642, 649; *Raum*, in: *Wabnitz/Janovsky*, (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 43; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.248 m.w.N.
- 59 OLG Hamm VRS 40, 129 (130); *König* (Fn. 16), § 130 Rn. 12.
- 60 BGH NJW 1980, 1901 (1902); OLG Köln VersR 1989, 708 (709); OLG Bamberg VersR 1994, 813 (815); *Pelz* (Fn. 10), § 6 Rn. 22; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 4.248 m.w.N. Im Hinblick auf deliktsrechtliche Verkehrspflichten: *Belling/Eberl-Borges* (Fn. 17), § 831 Rn. 106.
- 61 BGH LRE 2, 241 m. Anm.; 3, 364 (376); 3, 376; BGHSt 19, 286 (289); OLG Hamburg NSStZ 1983, 269 f.; *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.224.
- 62 *Schmidt-Salzer* (Fn. 1), Rn. 1.224.
- 63 BGH wistra 1985, 228 (229); *Fleischer*, AG 2003, 291 (294).
- 64 Vgl. BGH wistra 1985, 228 (229); *Achenbach* (Fn. 16), Kap. I 3 Rn. 52; *Schmid* (Fn. 6), § 30 Rn. 125.

Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Blasche, Köln*

Die Mindestanforderungen an ein Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG

§ 91 Abs. 2 AktG verpflichtet den Vorstand, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Die Beachtung dieser Vorschrift ist gemäß § 111 Abs. 1 AktG vom Aufsichtsrat zu überwachen und vom Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB zu prüfen. Bei Nichtbeachtung drohen Ersatzansprüche der Gesellschaft. Dem Vorstand stellt sich deshalb – gerade in Zeiten der aktuellen (Finanz-)Krise – die Frage, welche Elemente bei einem solchen Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystem mindestens erforderlich sind, um den gesetzlichen Vorgaben zu genügen und einer drohenden Haftung zu entgehen. Der Wortlaut des § 91 Abs. 2 AktG ist allerdings recht offen und bietet daher häufig Anlass für Unsicherheiten. Deshalb soll im Nach-

folgenden der Normgehalt des § 91 Abs. 2 konkretisiert werden.

I. Ausgangspunkt

Der Zweck des § 91 Abs. 2 AktG sowie im Übrigen auch des § 317 Abs. 4 HGB liegt darin, möglichst frühzeitig Risiken und Fehlentwicklungen zu erkennen, um Gefährdungen des Fortbestandes des Unternehmens zu vermeiden.¹ Dazu wird mit der Risikofrüherkennung eine Zielvorgabe normiert und mit organisatorischen Grundanforderungen, nämlich der Errichtung eines Überwachungssystems, verknüpft.² § 91 Abs. 2 AktG ist eine Reaktion des Gesetzgebers auf Unternehmenskrisen und -skandale in den neunziger Jahren³, bezieht sich al-

1 BT-Drs. 13/9712, 27.

2 *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2007, § 91, Rdn. 30.

3 *Spindler*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 19, Rdn. 1; *Fleischer* (Fn. 2), § 91, Rdn. 29.

* Der Autor ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der internationalen Kanzlei Linklaters LLP.