

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

AI – Artificial Intelligence

- > Verantwortung
- > Künstlerische Intelligenz
- > Novelle der ProdukthaftungsRL

Klauselnichtigkeit und
dispositives Recht

GesDigG 2022

Whistleblowing und
Geschäftsführerhaftung

Einheitspatent

Quellensteuerrückerstattung

Einsatz von Google Analytics



Compliance: Whistleblowing und Geschäftsführerhaftung

BEITRAG. Die Schaffung wirksamer Compliance-Strukturen ist Pflicht jeder Geschäftsführung. Durch die WhistleblowingRL bzw das HinweisgeberInnenschutzgesetz werden diese Pflichten näher konkretisiert, womit sich auch das Risiko für die Geschäftsführerhaftung erhöht. **ecolex 2023/86**



Dr. Michael Lindtner, LL.M. (WU), ist Partner bei SL Rechtsanwälte und unter anderem auf Compliance und Wirtschaftsstrafrecht spezialisiert.

A. Ausgangspunkt

Die RL (EU) 2019/1937 (WhistleblowingRL) verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Umsetzung gemeinsamer Mindeststandards zum Schutz von sog „Whistleblowern“. Die Umsetzung in nationales Recht hätte bis 17. 12. 2021 erfolgen müssen. Tatsächlich wurde das Umsetzungsgesetz, das HinweisgeberInnenschutzgesetz (HSchG),¹⁾ aber erst am 1. 2. 2023 beschlossen.²⁾

Das HSchG sieht keine Strafdrohung für das Unterlassen der Einrichtung eines internen Hinweisgebersystems vor, wengleich es dazu bereits kritische Stellungnahmen im parlamentarischen Verfahren gab. So wies zB Transparency International Austria darauf hin, dass ein Großteil des HSchG damit zahnlos sein wird.³⁾ Die Materialien begründen die fehlende Sanktion damit, dass die „Einsicht in die Vorteile des Bemühens um rechtskonforme Vorgänge für den jeweiligen Rechtsträger, die Bevorzugung des internen Umgangs mit Hinweisen auf Rechtsverletzungen gegenüber einer potenziell öffentlichkeitswirksamen externen Hinweisgebung [und] die Wahrnehmung interner Hinweise als Beweis einer im Wesen loyalen auf konstruktive Gestaltung gerichteten Einstellung zum jeweiligen Rechtsträger“ ausreichen, um Unternehmen zu motivieren, dennoch ein internes Hinweisgebersystem einzurichten.⁴⁾ Im vorliegenden Beitrag soll daher untersucht werden, ob es neben diesen „weichen“ Motivatoren auch noch andere Gründe gibt, die die (faktische) Compliance unter dem HSchG erhöhen könnten.

B. Grundlagen

Die Einrichtung eines internen Meldekanals für Rechtsverstöße dient insb der Früherkennung von Risiken im Unternehmen. Auch die Gesetzesmaterialien heben hervor, dass es im Interesse der Organisation selbst liegt, ein attraktives internes Hinweisgebersystem einzurichten, damit ihr die Möglichkeit bleibt, sich um rechtskonforme Vorgänge selbst zu bemühen und negative Bekanntheit der Organisation in der Öffentlichkeit vermieden werden kann.⁵⁾ Das Unternehmen kann daher durch ein solches „Informationssammelsystem“ Risiken im Idealfall rechtzeitig erkennen und effektiv gegensteuern. Ausgangspunkt der Untersuchung ist somit die Überlegung, ob aus einer solchen Risikoperspektive eine allgemeine Pflicht zur Einrichtung eines internen Hinweisgebersystems abgeleitet werden könnte.

1. GmbHG und AktG

Gem § 22 Abs 1 GmbHG haben Geschäftsführer einer GmbH ein internes Kontrollsystem (IKS) einzurichten. Mit § 82 AktG wurde eine praktisch wortgleiche Bestimmung für Aktiengesellschaften eingeführt. Daneben gibt es zahlreiche Sonderregelungen, zB im BWG, im WAG 2018 oder im VAG 2016, die die Einrichtung eines IKS verlangen.⁶⁾

Ausweislich der Materialien und der Rsp besteht das Ziel eines IKS darin, *Vermögen zu sichern*, die *Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnung zu gewährleisten* und die *Sicherheit, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit* sowie Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik sicherzustellen. Ein wirksames IKS verlangt idR auch Überwachungsmaßnahmen organisatorischer und EDV-technischer Art, Arbeitsanweisungen, Richtlinien und Kontrollmaßnahmen und ist regelmäßig zu evaluieren.⁷⁾ Die Einrichtung eines IKS gehört damit zu den Kardinalspflichten der Geschäftsführer, ein Verstoß dagegen kann zur Geschäftsführerhaftung führen.⁸⁾

Die konkrete Ausgestaltung des IKS richtet sich nach den Anforderungen des Unternehmens und kann je nach Branche variieren⁹⁾, wobei mE insb (i) das potenzielle Risiko von Rechtsverstößen, (ii) die möglichen Folgen bei einer Materialisierung des Risikos sowie (iii) bereits erfolgte Fehlhandlungen im Unternehmen zu berücksichtigen sind. Je risikoträchtiger die Branche und je öfter es bereits Missstände im Unternehmen gab, desto engermaschiger wird das IKS zu ziehen sein. Gleichzeitig ist aber stets die Würde der MitarbeiterInnen und die Wahrung des Betriebsklimas zu beachten. Ein flächendeckendes Kontrollsystem ist daher abzulehnen.¹⁰⁾

¹⁾ 3087/A 27. GP.

²⁾ Zum Redaktionsschluss war das HSchG noch nicht kundgemacht.

³⁾ 23/SN-210/ME, 6.

⁴⁾ 3087/A 27. GP, 38.

⁵⁾ 3087/A 27. GP, 33.

⁶⁾ § 39 BWG; § 32 WAG 2018; § 117 VAG 2016.

⁷⁾ RIS-Justiz RSO133798; ErläutRV 734 BlgNr 20. GP 53; OGH 28. 8. 2020, 9 ObA 136/19 v.

⁸⁾ Mollnhuber/Suesserott in Torggler (Hrsg.), GmbHG (2014) § 22 Rz 11 mwN.

⁹⁾ Mollnhuber/Suesserott in Torggler (Hrsg.), GmbHG (2014) § 22 Rz 8 ff mwN.

¹⁰⁾ Siehe auch OLG Nürnberg 30. 3. 2022, 12 U 1520/19 Rz 116.

2. Unternehmensgesetzbuch

Für Personengesellschaften bestimmt § 114 Abs 1 UGB, dass alle Gesellschafter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Fast wortgleich besteht für die GesbR eine Parallelbestimmung in § 1189 Abs 1 ABGB. Der Inhalt dieser Geschäftsführungstätigkeit richtet sich mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag vor allem nach den Erfordernissen der Gesellschaft, wobei insb die Größe, Branche, Marktposition und wirtschaftliche Lage des betriebenen Unternehmens maßgeblich sind.¹¹⁾ Es ist daher jene Sorgfalt geschuldet, die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks unter Berücksichtigung der konkreten Rahmenbedingungen erforderlich ist, wobei ein objektiver Maßstab anzulegen ist, der sich aus § 1299 ABGB sowie den übereinstimmenden Wertungen des § 84 Abs 1 AktG und § 25 Abs 1 GmbHG ergibt.¹²⁾ Die Ausführungen unter Punkt B.1. gelten für Geschäftsführer von Personengesellschaften somit sinngemäß, auch sie haben wirksame Compliance-Strukturen sicherzustellen.

Aus den § 114 Abs 3 und § 118 UGB ergibt sich weiters, dass ein geordneter Informationsfluss ein wichtiger Baustein funktionierender Corporate Governance ist.¹³⁾ Zudem wird mit guten Argumenten vertreten, dass die Business-Judgment-Rule als rechtsformübergreifender Rechtsgrundsatz für alle juristischen Personen gilt.¹⁴⁾ Teil der Business-Judgment-Rule ist wiederum, dass unternehmerische Entscheidungen aufgrund angemessener Informationen zutreffend sind. Nach § 243 Abs 1 UGB ist im Lagebericht zudem auf die wesentlichen Risiken einzugehen, denen das Unternehmen ausgesetzt ist, und sind im Konzernlagebericht nichtfinanzielle Leistungsindikatoren einschließlich Informationen über Arbeitnehmerbelange darzustellen (§ 267 UGB).¹⁵⁾ Bestimmte große Kapitalgesellschaften haben im Rahmen ihres nichtfinanziellen Berichts auch die wesentlichen Risiken ihrer Geschäftstätigkeit zu behandeln und ein Konzept zur Steuerung von Risiken in bestimmten Bereichen zu etablieren oder eine klare Begründung für das Nichtvorliegen eines solchen Konzepts abzulegen.¹⁶⁾ Diese Vorgaben verlangen somit Maßnahmen zur Informationsgewinnung und -verarbeitung und zeigen, dass sorgfältiges unternehmerisches Handeln und wirksame Risikosteuerung nur auf Basis richtiger, angemessener und möglichst vollständiger Informationen erfolgen kann. Informationsbeschaffung und -verarbeitung ist somit eine wesentliche (Teil-) Aufgabe eines wirksamen Compliance-Systems.

3. Strafrecht

Dass die Einrichtung wirksamer Compliance-Strukturen Teil der Sorgfaltspflichten eines jeden Geschäftsführers ist, zeigt auch ein kurzer Blick auf das Strafrecht.

Gem § 3 Abs 3 Z 2 VbVG sind Verbände für Straftaten ihrer MitarbeiterInnen verantwortlich, wenn die Tat – vereinfacht ausgedrückt – durch das sorgfaltswidrige Verhalten von Entscheidungsträgern ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, insb indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben. Die Frage, ob ein solches Organisationsverschulden vorliegt, ist ua anhand der Art, Größe, Struktur und Branchenzugehörigkeit des Verbandes zu beurteilen.¹⁷⁾ Dem VbVG liegt daher der Gedanke zugrunde, Straftaten im Rahmen des Betriebs zu vermeiden, ausweischend der Materialien durch Compliance-Programme oder Risikomanagement.¹⁸⁾

Die unter Punkt B.1. und 2. genannten IKS-bezogenen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer haben überdies (auch) den Schutz des Vermögens der wirtschaftlich Berechtigten vor Augen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den flankierenden Kontroll- und Einsichtsrechten (zB § 118 UGB), aus denen dieser *telos* offensichtlich wird. Der Untreuetatbestand (§ 153 StGB) dient wiederum dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten. Auch das Unterlassen des gebotenen Tuns kann die Strafbarkeit nach sich ziehen.¹⁹⁾ § 159 StGB pönalisiert zudem die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, wobei § 159 Abs 5 Z 4 StGB explizit das Unterlassen der Führung von Geschäftsbüchern, geschäftlichen Aufzeichnungen oder sonstiger geeigneter und erforderlicher Kontrollmaßnahmen als kridatürlich nennt.

In diesen strafrechtlichen Vorgaben spiegeln sich somit letztlich die IKS-bezogenen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführung aus dem Gesellschafts- und Unternehmensrecht wider. Die Schaffung wirksamer Compliance-Strukturen liegt daher auch aus einer strafrechtlichen Perspektive im Interesse der Geschäftsführung.

4. Entscheidung des OLG Nürnberg

Dass die Schaffung wirksamer Compliance-Strukturen konkreter Auftrag an die Geschäftsführung ist, zeigt auch ein Blick auf die jüngste Rsp in Deutschland. In seiner E vom 30. 3. 2022 (12 U 1520/19) gelangte das OLG Nürnberg zum Ergebnis, dass selbst ein mittelständisches Unternehmen mit nur 13 MitarbeiterInnen ein Kontroll- und Überwachungssystem einzurichten hat, um die Risiken für den Unternehmensfortbestand zu erfassen und zu kontrollieren.

Im Ausgangssachverhalt vertrieb eine GmbH & Co KG (KL) Mineralölprodukte. Dem Bekl oblag die Geschäftsführung der Komplementär-GmbH und auch der KL. In der Folge kam es zu diversen Missständen im Unternehmen (ua Manipulation von Abrechnungen) und wurde gegen einen MitarbeiterInnen und den Geschäftsführer Anklage ua wegen Untreue erhoben, das Strafverfahren aber gegen Zahlung einer Geldbuße vorläufig eingestellt. Die kl GmbH & Co KG warf dem Geschäftsführer im späteren Zivilverfahren iW vor, er hätte es verabsäumt, entsprechende Compliance-Strukturen im Unternehmen zu schaffen, um Missstände zu verhindern bzw rechtzeitig zu erkennen, und klagte auf Schadenersatz. Das OLG Nürnberg bestätigte iW das erstinstanzliche stattgebende Urteil und verurteilte den Geschäftsführer zu einer Schadenersatzzahlung iHv rd € 800.000,-.

Das OLG Nürnberg befasste sich zwar auch mit speziellen Umständen des Falls. Es traf aber auch einige generelle Aussagen zur Compliance-Pflicht eines Geschäftsführers, die aufgrund der vergleichbaren Rechtslage auch für österreichische mittelständische Unternehmen Relevanz haben könnten, wie unter anderem:

- Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers gebietet es, im Rahmen einer internen Unternehmensorganisation

¹¹⁾ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 ABGB (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

¹²⁾ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² 2/463 mwN.

¹³⁾ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² 2/503 mwN.

¹⁴⁾ Konwitschka, GesRZ 2016, 113ff.

¹⁵⁾ Umfahrer, GmbH⁷ 241f.

¹⁶⁾ § 243b UGB.

¹⁷⁾ ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 23.

¹⁸⁾ ErläutRV 994 BlgNR 22. GP 2.

¹⁹⁾ Flora in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 153 16ff.

Compliance-Strukturen zu schaffen, die die Rechtmäßigkeit und Effizienz ihres Handelns gewährleisten und Rechtsverstöße verhindern.

- Schon das Unterlassen der Einrichtung einer entsprechenden Compliance-Struktur stellt eine Pflichtverletzung der Geschäftsführung dar und kann zur Haftung führen.
- Die Ausgestaltung der Compliance-Struktur hängt von der Gefährdetheit der Arbeit und dem Gewicht der zu beachtenden Vorschriften ab und darf sich nicht in gelegentlichen Überprüfungen erschöpfen.
- Aufsichtsmaßnahmen finden ihre Grenze an der objektiven Zumutbarkeit. Die Achtung der Würde der Unternehmensangehörigen, die Wahrung des Betriebsklimas und auch Eigenverantwortlichkeit der MitarbeiterInnen sowie der bei der Arbeitsteilung geltende Vertrauensgrundsatz sind hierbei zu berücksichtigen.

5. Zwischenergebnis

Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems gilt für jedes Unternehmen, die Ausgestaltung hängt von den individuellen (Risiko-)Faktoren des Unternehmens ab.

Aus den dargestellten gesetzlichen Wertungen ergibt sich, dass Geschäftsführer im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten ein angemessenes Compliance-System im Unternehmen etablieren müssen. Dieses System ist laufend zu

überprüfen und anzupassen, zB falls sich Missstände häufen oder sich neue Risiken aufgrund neuer Geschäftsfelder ergeben. Es handelt sich also um kein statisches System, sondern um ein dynamisches, individuell abgestimmtes Maßnahmenbündel.

Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems gilt grundsätzlich für jedes Unternehmen, wenngleich die konkrete Ausgestaltung von den individuellen (Risiko-)faktoren des Unternehmens abhängt. So kann in Kleinunternehmen zB bereits die Einführung eines Vier-Augen-Prinzips bei kritischen Abläufen und regelmäßige Stichproben ausreichen, um die Compliance-Verantwortung zu erfüllen. Die Entscheidung des OLG Nürnberg zeigt allerdings, dass alle objektiv zumutbaren Maßnahmen zu treffen sind, um Pflichtverletzungen im Unternehmen zu verhindern, was letztlich auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Maßnahmen hinausläuft. Je gewichtiger das zu verhindernde Risiko und je öfter es bereits zu Missständen kam, desto strengere Maßstäbe wird man an die objektive Zumutbarkeit legen müssen. Die gesetzten Maßnahmen sollten auch gut dokumentiert und begründet werden, vor allem wenn bestimmte naheliegende Maßnahmen nicht gesetzt werden.

Eine wesentliche Aufgabe des Compliance-Systems ist jedenfalls die Risikofrüherkennung, -beurteilung und -steuerung. Hierfür müssen die notwendigen Informationen allerdings rechtzeitig erhoben und an die richtigen Stellen weitergeleitet werden. Andernfalls bleiben Risiken unerkannt, zumindest bis sie sich materialisieren. Die Wirksamkeit eines Compliance-Systems hängt somit in hohem Maße von der Art und Weise der Informationsbeschaffung und -verarbeitung ab, die sowohl extern als auch intern erfolgen kann. Externe Informationsbeschaffung wäre zB die Einholung aktueller Marktinformationen oder die Teilnahme an fachspezifischen Schulungen. Die interne Informationsbeschaffung kann neben der Auswertung interner Kennzahlen auch durch ein internes Meldesystem verbessert werden, über das wichtige Informationen an die Geschäftsleitung herangetragen werden können. Eine Pflicht

zur Einrichtung eines internen Meldesystems für Missstände kann sich daher aus den IKS-bezogenen Sorgfaltspflichten eines Geschäftsführers ergeben, sofern dies für die Wirksamkeit der jeweiligen Compliance-Struktur notwendig und objektiv zumutbar ist.

C. Auswirkungen durch die WhistleblowingRL

Die WhistleblowingRL bzw das HSchG konkretisieren vor diesem Hintergrund die IKS-bezogenen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführung. Die Nichteinhaltung dieser Vorgaben stellt somit bereits für sich genommen eine Pflichtverletzung dar, die zur Haftung der Geschäftsführung führen kann. Neben den in den Materialien genannten „weichen“ Motivatoren zur Einrichtung eines internen Meldekanals wird dieses Haftungsrisiko der Geschäftsführung die „Compliance“ mit dem HSchG daher wohl zusätzlich erhöhen.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des HSchG besteht keine allgemeine Pflicht zur Einrichtung eines internen Meldekanals im Rahmen des Compliance-Systems. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass es sektorspezifische Vorgaben gibt, die die Einrichtung eines Meldesystems unabhängig eines Schwellenwerts von ArbeitnehmerInnen vorsehen²⁰⁾ und die Mitgliedstaaten nach Art 8 Abs 7 WhistleblowingRL nach einer geeigneten Risikobewertung auch juristische Personen des privaten Sektors mit weniger als 50 ArbeitnehmerInnen verpflichten können, interne Meldekanäle einzurichten. Art 8 Abs 7 WhistleblowingRL nennt hierbei beispielhaft Unternehmen, von denen ein Risiko für die Umwelt und öffentliche Gesundheit ausgeht. Österreich hat von dieser Kann-Bestimmung jedoch keinen Gebrauch gemacht, womit eine planwidrige Lücke kaum argumentiert werden kann. Vielmehr wurden Kleinst- und Kleinunternehmen bewusst vom HSchG ausgenommen.

Aus den sektorspezifischen Vorgaben und Art 8 Abs 7 WhistleblowingRL folgt jedoch der Grundgedanke, dass ein interner Meldekanal für Rechtsverletzungen und Missstände eine sinnvolle Maßnahme im Rahmen eines wirksamen Compliance-Systems sein kann. In besonderen Konstellationen könnte daher selbst ein Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs des HSchG verpflichtet sein, einen internen Meldekanal einzurichten. Man denke hier zB an den Fall eines Unternehmens mit 45 MitarbeiterInnen, in dem es in der Vergangenheit immer wieder zu Missständen kam, die durch schädliche informelle Strukturen nicht rechtzeitig aufgedeckt wurden (zB weil Abteilungsleiter Hinweise schlicht ignorieren und Informationen zurückhalten). In solchen Fällen könnte die Geschäftsführung daher letztlich sogar verpflichtet sein, einen internen Meldekanal einzurichten, wenn dies zur Verbesserung der Risikofrüherkennung notwendig und objektiv zumutbar ist. Diese Pflicht würde sich dann aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht der Geschäftsführung ableiten und insb aus dem Umstand, dass die Informationsgewinnung ein wesentlicher Teilaspekt eines wirksamen Compliance-Systems ist.

²⁰⁾ ZB die Vorgaben für das Beschwerdemanagement für Wertpapierfirmen oder die Vorgaben im FM-GwG.

Schlussstrich

Die Einrichtung wirksamer Compliance-Strukturen ist Pflicht jeder Geschäftsführung. Die konkrete Ausgestaltung hängt insb von der Branche, der Unternehmensstruktur und dem unternehmensspezifischen Risiko ab.

Die Informationsbeschaffung und -verarbeitung ist ein zentraler Aspekt eines wirksamen Compliance-Systems. Nur auf Basis richtiger und aktueller Informationen können Risiken rechtzeitig erkannt und wirksam gegengesteuert werden. Ein unternehmensinterner

Meldekanal für Missstände kann daher einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung der Risikosteuerung leisten.

Die WhistleblowingRL bzw das HSchG konkretisieren den Auftrag an die Geschäftsführung zur Unternehmensorganisation und Einrichtung wirksamer Compliance-Strukturen. Die Nichteinhaltung dieser Vorgaben kann somit bereits für sich genommen eine Pflichtverletzung der Geschäftsführung darstellen und zur Haftung führen.