

CCZ

Corporate Compliance Zeitschrift

Sonderdruck aus Heft 1/2015

PROF. DR. JOSEF SCHERER UND RIAG KLAUS FRUTH, DEGGENDORF

**Der Einfluss von Standards, Techniklauseln
und des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und
Praxis“ auf Organhaftung und Corporate
Governance – am Beispiel der ISO 19600 (2015)
Compliance-Managementsystem**

ISSN 1865-3952
www.ccz.beck.de

CCZ Corporate Compliance Zeitschrift – Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen

Schriftleitung:

RA Dr. Michael Pant
(V.i.S.d.P. / Verantwortlich für den Textteil)
Pant Legal Rechtsanwälte
Bilker Straße 11
40213 Düsseldorf
Tel.: 0211 / 87 63 81 10
Fax: 0211 / 87 63 81 20
michael.pant@pantlegal.com

RA Dr. Christoph E. Hauschka
PricewaterhouseCoopers AG
Bernhard-Wicki-Straße 8
80636 München
Tel.: 089 / 5790 6770
christoph.hauschka@de.pwc.com

RAIn Stefanie Held
ERGO Versicherungsgruppe AG
Viktoriaplatz 2
40198 Düsseldorf
Tel.: 0211/477-8751
stefanie.held@ergo.de

Koordination im Verlag:
RA Dr. Klaus G. Winkler
Verlag C.H.Beck
Wilhelmstraße 9
80636 München
Tel.: 089 / 381 89-353
Fax: 089 / 381 89-156
klaus.winkler@beck.de

Manuskripte:

Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingebracht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs.4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Urheber- und Verlagsrechte:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung

des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Anzeigenabteilung

Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Postanschrift: Postfach 40 03 40
80703 München
Media-Beratung:
Telefon (089) 3 81 89-687
Telefax (089) 3 81 89-589
Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten:
Telefon (0 89) 3 81 89-603
Telefax (0 89) 3 81 89-589,
E-Mail anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil:
Bertram Götz c/o Verlag C.H.Beck,
Postfach 40 03 40, 80703 München

Verlag:

Verlag C.H.BECK oHG
Wilhelmstraße 9
80801 München
Tel.: 089 / 381 89-0
Fax: 089 / 381 89-468
Postbank München: Nr. 6229-802,
BLZ 700 100 80
Der Verlag ist OHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: zweimonatlich

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen zum Jahresende mit Sechswochenfrist.

Bezugspreise 2015:

Jahresabo (inkl. CCZ-Direkt): 245,- Euro (darin 21,05 Euro MwSt); Einzelheft: 49,50 Euro (darin 3,24 Euro MwSt). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von sechs Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Abo-Service:

Tel: 089 / 381 89-750
Fax: 089 / 381 89-358
bestellung@beck.de

Adressenänderungen:

Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderungen des Bezieher kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck:

Druckerei C.H.Beck
(Adresse wie Verlag),
Lieferanschrift:
Versand und Warenannahme
Bergerstraße 3-5
86720 Nördlingen

PROF. DR. JOSEF SCHERER UND RIAG KLAUS FRUTH, DEGGENDORF*

Der Einfluss von Standards, Techniklauseln und des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ auf Organhaftung und Corporate Governance – am Beispiel der ISO 19600 (2015) Compliance-Managementsystem

A. Einleitung

Zur „Einstimmung“ mögen die Urteile des *LG Mainz* vom 9. 4. 2012 (2 O 266/11) „Studentin und fachliche Standards bei Schönheits-OP“, des *OLG Hamm* vom 25. 2. 2014 (26 U 157/12) „Goldener Standard bei Hautkrebs“, des *OLG Celle* vom 23. 10. 2003 (15 U 199/02) „Standardwidrige Unternehmensberatung“, sowie des *Landgerichts Deggenndorf* vom 28. 10. 2014 (3 C 833/12) „Kein Schmerzensgeld bei Blondierung nach „Stand der Technik“ dienen:¹

„Die Beklagte zu 1 [GmbH]² hat ihre [...] Pflichten [...] verletzt, indem sie mit der Beklagten zu 4 [Studentin]³ völlig ungeeignetes Personal als alleinige postoperative Nachtwache für die Klägerin beschäftigt hat. Sie hat damit gegen ihre Verpflichtung verstoßen, wonach die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung be-

stehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat.“

„[...] Wendet ein Arzt nicht die Therapie der 1. Wahl, den sogenannten „Goldenen Standard“, sondern die Therapie der 2. Wahl an, so liegt darin ein Behandlungsfehler. [...] Es muss nicht der Kläger den Nachweis eines kausalen Schadens führen. Ihm kommt insoweit die Umkehr der Beweislast zugute, so dass dem Beklagten der Beweis obliegt, dass sein Behandlungsfehler folgenlos geblieben ist. Diese Umkehr der Beweislast folgt daraus, dass der Senat einen groben Behandlungsfehler des Beklagten annimmt. [...] Verlässt der Arzt den sogenannten „Goldenen Standard“ ohne den Patienten hierauf hinzuweisen, so handelt er jedenfalls grob fehlerhaft, wenn der Patient bereits zur Durchführung der Therapie der 1. Wahl entschlossen war.“

„Die Kl. hat im Übrigen nicht behauptet – was auch nicht glaubhaft gewesen wäre –, die Richtlinien des Bundeswirtschaftsministeriums zur Unternehmensberatung nicht gekannt zu haben. Demnach sind sie vorsätzlich nicht beachtet worden, haben damit zur Ungeeignetheit der Arbeit beigetragen [...] Im Übrigen sind auch die Grundsätze des Bundesverbands der Unternehmensberater (Anl. 2 zum Gerichtsgutachten) nicht berücksichtigt worden. [...]“

„Der Sachverständige hat das im Streitgegenständlichen Fall verwandte Blondierungsmittel als allgemein gebräuchlich und dem Stand der Technik entsprechend eingestuft.“

* Josef Scherer ist Professor für Unternehmensrecht, Risiko- und Krisenmanagement, Sanierungs- und Insolvenzrecht. Zuvor war er Staatsanwalt und Richter am Landgericht in einer Zivilkammer. Neben seiner Tätigkeit als Seniorpartner der Kanzlei für Wirtschaftsrecht Prof. Dr. Scherer, Dr. Rieger & Partner arbeitet er als Insolvenzverwalter in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken; Klaus Fruth ist Richter am Amtsgericht (als Strafrichter Vorsitzender des Schöffengerichts). An der Technischen Hochschule Deggenndorf (THD) ist er Lehrbeauftragter u.a. für Governance und Compliance und Geschäftsführer-Compliance.

1 Vgl. die Anlagen 3, 4, 5, 6 in *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management*, Bd I, 2015, S. 224 ff.; dort findet sich auch in Kap. 1.3.1. eine ausführliche Herleitung und Begründung der hier vertretenen Thesen.

2 Anm. der Verfasser.

3 Anm. der Verfasser.

Anmerkung der Verfasser: Der im vorhergehenden Absatz zitierte Sachverständige meinte sicher „den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechend“ (entspricht dem „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“, vgl. dazu unten). Der „Stand der Technik“ wäre gem. BVerfG ein fortschrittlicheres Verfahren, das in der Praxis noch nicht allgemein anerkannt ist. Dies ist jedoch beim Blondieren nicht geschuldet und damit nicht Maßstab. Ein Zeichen, dass selbst Sachverständige die Bedeutung und den zutreffenden Einsatz dieser Ausdrücke („Technikklauseln“) nicht kennen!

B. „Technik-Governance“

Technik nachhaltig und rechtssicher zu managen bedeutet, die technischen Wissenschaftsdisziplinen nicht isoliert zu betrachten, sondern Technik „marktfähig“ zu machen, indem technische Innovationen, Produkte, Methoden, etc. in das rechtliche, wirtschaftliche, psychologische und soziologische Umfeld eingebettet und dem (erfolgreichen, nachhaltigen und ordnungsgemäßen) unternehmerischen Handeln („Governance“) zugänglich gemacht werden. Ebenso ist „Health Care-Governance“ im Hinblick auf Humanmedizin und Gesundheitswissenschaften zu interpretieren.⁴

Standards (ISO-, VDI-, VDE-Regelungen, ebenso wie DIN oder EN) waren klassisch im Bereich der Technik angesiedelt. Derzeit lässt sich jedoch bei Recht und BWL-Themen geradezu inflationär eine „Welle“ der Inkraftsetzung neuer Standards beobachten.⁵ Einher geht eine nicht nur subjektiv wahrgenommene, sondern objektiv messbar⁶ erhebliche Verschärfung von Haftungs- und Sanktionsgefahren für Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und sogar Gesellschafter mit dem Vorwurf, pflichtwidrig gehandelt zu haben.⁷ Dabei sind nicht nur Manager von Großkonzernen, sondern erst recht auch von Mittelstandsunternehmen erheblich verunsichert: Während sie sich bei Fragen zum Produkt nebst Innovation und technischer Anforderungen sowie in der Kommunikation zu Kunden und Lieferanten „wohl und sattelfest in heimischen Gefilden“ wägen, fehlt ihnen häufig bzgl. *rechtssicherer* Organisation und bei Fragen zu Anforderungen der Behörden, Gerichte und Gesetzgeber die Klarheit, wie sie „das Richtige richtig“ machen können.⁸ Dabei hat sich der Entscheider nicht einmal

zwingend auf dem „*neuesten Stand der Wissenschaft*“, sondern lediglich auf dem „*anerkannten Stand*“ als Mindestniveau zu bewegen.⁹ Diese Aussage bezieht sich aber nicht nur auf technisch physikalische Themen, sondern ebenso u.a. auf rechtliche und betriebswirtschaftliche Methoden und Werkzeuge. Die Managerhaftung stelle dabei „*ein wichtiges Steuerungselement guter Corporate Governance mit dem Ziel, eine sorgfältige, getreue und wertorientierte Unternehmensführung zu erreichen*“, dar.¹⁰

C. Zusammenhang zwischen „Anerkanntem Stand von Wissenschaft und Praxis“, „Standards“ und Pflichtverletzung

Nahezu alle straf- und zivilrechtlichen Haftungs- und Sanktionstatbestände setzen „pflichtwidriges Verhalten“ voraus, also einen irgendwie gestalteten Compliance-Verstoß. Zunächst kann der für die jeweilige Haftung / Sanktion vorausgesetzte Pflichtverstoß – aufgeführt in zahlreichen Gesetzen und Rechtsprechung, die aufgrund des Legalitätsprinzips zu beachten sind – explizit in der entsprechenden Norm genannt sein, z.B. § 266a StGB: Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge in der richtigen Höhe zur richtigen Zeit. Es haben sich aber auch sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe herausgebildet, wie z.B. im Rahmen von § 823 BGB (Verletzung der Pflicht zur rechtssicheren Organisation, Verkehrssicherungspflicht, Produzentenhaftungspflicht, etc.). Zahlreiche Verhaltensweisen von Managern wurden auch bereits durch Einzelfallrechtsprechung als pflichtwidrig erachtet. Diese Rechtsprechung (Kasuistik) sollte nicht unbekannt sein, sofern sie sich auf einschlägiges Handeln eines Managers bezieht. Pflichtwidriges Verhalten, das bei Verursachung negativer Folgen sanktioniert wird, kann auch bei Unterschreiten des „*Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis*“ statuiert werden. Einen Unterfall des Unterschreitens des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ stellt bei Unternehmern, Geschäftsführern, Vorständen, Aufsichtsräten, etc., ein Verstoß gegen die Pflicht, bei der Führung der Geschäfte ordentlich und gewissenhaft (Pflichtenmaßstab und Verhaltensgebot zugleich¹¹) zu handeln (§§ 43 GmbHG, 93, 107 AktG, 347 HGB, ...), dar.

Hier steht der „*Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis* bzgl. der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung (GoU/GoÜ: Governance)“ im Focus.

I. Was ist der „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis“?

Begrifflichkeiten, wie „*Allgemein anerkannte Regeln der Technik*“, „*Stand der Technik*“, „*best available techniques*“, gibt es sehr viele.¹² Sie finden sich im Recht

4 Vgl. Scherer/Fruth (Hrsg.), Governance-Management, Bd I, 2015, Kap. 1.1.1.5 und 1.1.1.6.

5 Vgl. Scherer/Fruth (Hrsg.), Governance-Management, Bd I, 2015, Kap. 1.3.1.1.2.

6 Im 10-Jahreszeitraum 1986-1995 gab es genauso viele Urteile zur Managerhaftung wie in den letzten 100 Jahren zuvor. Für die nachfolgenden 10-Jahreszeiträume 1996-2005 und 2006-2015 wird eine nochmalige Verdoppelung gemessen, vgl. Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag 2014, S. 13 unter Verweis auf Ihlas, D&O 2009, S. 120.

7 Da sich der „Wind gedreht“ hat und „Compliance-Verstöße unter Einbeziehung des D&O Versicherers heute verstärkt geahndet werden“ (vgl. Bayer, Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda, NJW 2014, 2546), war die Organhaftung 2014 Thema der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 70. Deutschen Juristentages.

8 Bayer, Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHHR 2014, 897 ff. – statuiert, der GmbH-Geschäftsführer sehe sich tatsächlich immens existenzbedrohender persönlicher Risiken ausgesetzt und hafte – faktisch – sogar viel schärfer als ein Vorstand, weil Geschäftsführer in Mittelstandsunternehmen nicht über „vergleichbare Qualität an sachverständiger Beratung und Hilfestellung verfügen, die heute zur Abwehr rechtlich relevanter Sorgfaltsverstöße nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung notwendig ist. Den Anforderungen, die heute an einen Geschäftsführer gestellt werden, lässt sich in der Praxis kaum gerecht werden“.

9 Vgl. dazu Scherer/Friedrich, Wie aktuell ist der aktuelle Stand der Technik? HE-Magazin, 2/2006, S. 21 ff.

10 Vgl. Bayer, Vorstandshaftung in der AG, NJW 2014, 2547 unter Verweis auf Lutter in: Handbuch Managerhaftung von Krieger/Schneider, 2. Aufl., § 1 Rn. 1.

11 Vgl. Bayer, Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHHR 2014, 897 [898].

12 Vgl. Seibel, Abgrenzung der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ vom „Stand der Technik“, NJW 2013, 3000; Nicklisch, BB 1983, 261 [263]: Mittlerweile wohl knapp 40 verschiedene. Seibel nennt diese Begrifflichkeiten „Technikstandards“ oder „Standards“, weist in Fn. 2 auf die synonym verwendeten Aus-

(Gesetzgebung und Rechtsprechung)¹³ auf nationaler sowie auf europäischer und internationaler Ebene.¹⁴ Im Rechtsgebiet des Managements bzw. Governance oder der Unternehmensführung, die sich – nicht ganz unwichtig – branchenübergreifend mit vielfältigen Themen und Anforderungen zu beschäftigen hat, ist die Nennung entsprechender Klauseln durch Gesetzgeber oder Rechtsprechung vermeintlich noch selten.

Juristisch stellen diese Klauseln sogenannte „*unbestimmte Rechtsbegriffe*“ dar, die auf einen bestimmten Entwicklungsstand in Wissenschaft und Praxis (nicht nur „*Technik*“, dazu unten) abstellen. Begrenzt auf bestimmte Rechtsbeziehungen (z.B. Geschäftsführer / Vorstand / Aufsichtsrat zur Gesellschaft oder beim Kaufmann zu seinen Handelspartnern) wird jedoch die Klausel der Anforderung einer „*ordentlichen*“ und / oder „*gewissenhaften*“ Tätigkeit verwendet (§§ 43 GmbHG, 93, 107 AktG, 347 HGB, ...).

Nachfolgend soll jedoch der Begriff „Standards“ für die von institutionellen Normungsgremien (ISO / DIN / VDI / VDE / ...) erlassenen Regelwerke (dazu unten) reserviert bleiben und die eben beschriebenen Ausdrücke als „Technik-Klauseln“ bezeichnet werden.

Es kursieren viele sog. „*Technik-Klauseln*“ sowohl in Gesetzgebung, Rechtsprechung, wissenschaftlicher und praxisnaher Literatur, als auch in der Praxis. Dabei wird oft vermischt und nicht klar abgegrenzt, so dass eine gewisse Unübersichtlichkeit und entsprechender Klärungsbedarf gegeben scheint („Stand von Wissenschaft und Technik“, „Stand der Technik“, „Allgemein anerkannte Regeln der Technik“, „Anerkannte Regeln der Technik“, „Good Practice“, „Best Practice“, „Lege artis“, „State of the art“, „Allgemein anerkannter fachlicher Standard“ (§ 630a BGB), „Goldener Standard“ (OLG Hamm, Urt. v. 25. 2. 2014, 26 U 157/12), „Allgemein anerkannter Stand der Technik“ (BGH, Urt. v. 24. 5. 2013, V ZR 182/12)¹⁵ etc.

Bereits 1978 hat sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der sog. „Kalkar-Entscheidung“¹⁶ festgelegt und die Klauseln „Allgemein anerkannte Regeln der Technik“, „Stand der Technik“ und „Stand von Wissenschaft und Technik“ klar definiert und voneinander abgegrenzt. Da hier die Judikative (Rechtsprechung) tätig wurde,

drücke „technische Standards“, „Standardnormen“, „Sicherheitsstandards“ oder „Technikklauseln“ hin.

13 Im Öffentlichen Recht (z.B. Öffentliches Umwelt- und Baurecht und Strafrecht) und im Zivilrecht (z.B. privates Bau- und Architektenrecht, Recht im Gesundheitswesen und der Medizin).

14 Z.B. „best available techniques“ – entspricht wohl der deutschen Klausel „Stand der Technik“.

15 Vgl. Seibel, Abgrenzung der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ vom „Stand der Technik“, NJW 2013, 3000 ff.; Seibel zeigt an den Beispielen der Urteile des BGH (v. 24. 5. 2013 – V ZR 182/12) und des OLG Düsseldorf (v. 11. 1. 2011 – 23 U 28/10), dass sogar in der Rechtsprechung diese unbestimmten Rechtsbegriffe nicht richtig bezeichnet, abgegrenzt oder verstanden werden. In Fußnote 48 zitiert er prominente Vertreter des Schrifttums (vor allem im Bereich Werkvertrags- und Baurecht), denen ähnliche „Fehler“ unterlaufen. Dass in der Praxis (z.B. bei Vertragsgestaltung, Audits, Gutachten, etc.) diese Fallstricke noch wesentlich häufiger keine Beachtung finden und damit Ursachen von Problemen, Streitigkeiten und Haftung darstellen, versteht sich von selbst. Aus Rechtsstaatsgründen ist es zwingend, dass bei der Verwendung sogenannter „unbestimmter Rechtsbegriffe“ durch Gesetzgeber und Rechtsprechung eine klare Abgrenzung und Kenntnis der Bedeutung vorhanden ist und deren Ausfüllung nicht Zufälligkeiten oder gar Willkür unterliegt.

16 BVerfG v. 8. 8. 1978, NJW 1979, 359 [362] unter Anschluss an die Meinung von Breuer (AöR 101, (1976), S. 46 [67 f.]. Anderer Ansicht: Battis / Gusy (Zwei-Stufen-Theorie) und Niklich (Einheitstheorie) (Mindermeinungen, vgl. dazu Seibel, a.a.O.).

bleibt für Techniker oder Wirtschaftswissenschaftler kein „Interpretationsspielraum“ – ein weiteres Beispiel, dass nahezu das gesamte (Wirtschafts-)Leben juristisch „infiltriert“ ist (neuerdings „Compliance“ genannt).

II. „Allgemein anerkannte Regeln“: Kein Privileg der Technik, sondern existent in allen Wissenschaftsdisziplinen

Nach der Definition des BVerfG von 1978 sind Regeln (der Technik) allgemein anerkannt, wenn sie

- durch die herrschende Meinung in der Wissenschaft als theoretisch richtig und
- durch die herrschende Meinung der einschlägigen anwendenden Praxis als bewährt

anerkannt („geadelt“) werden.

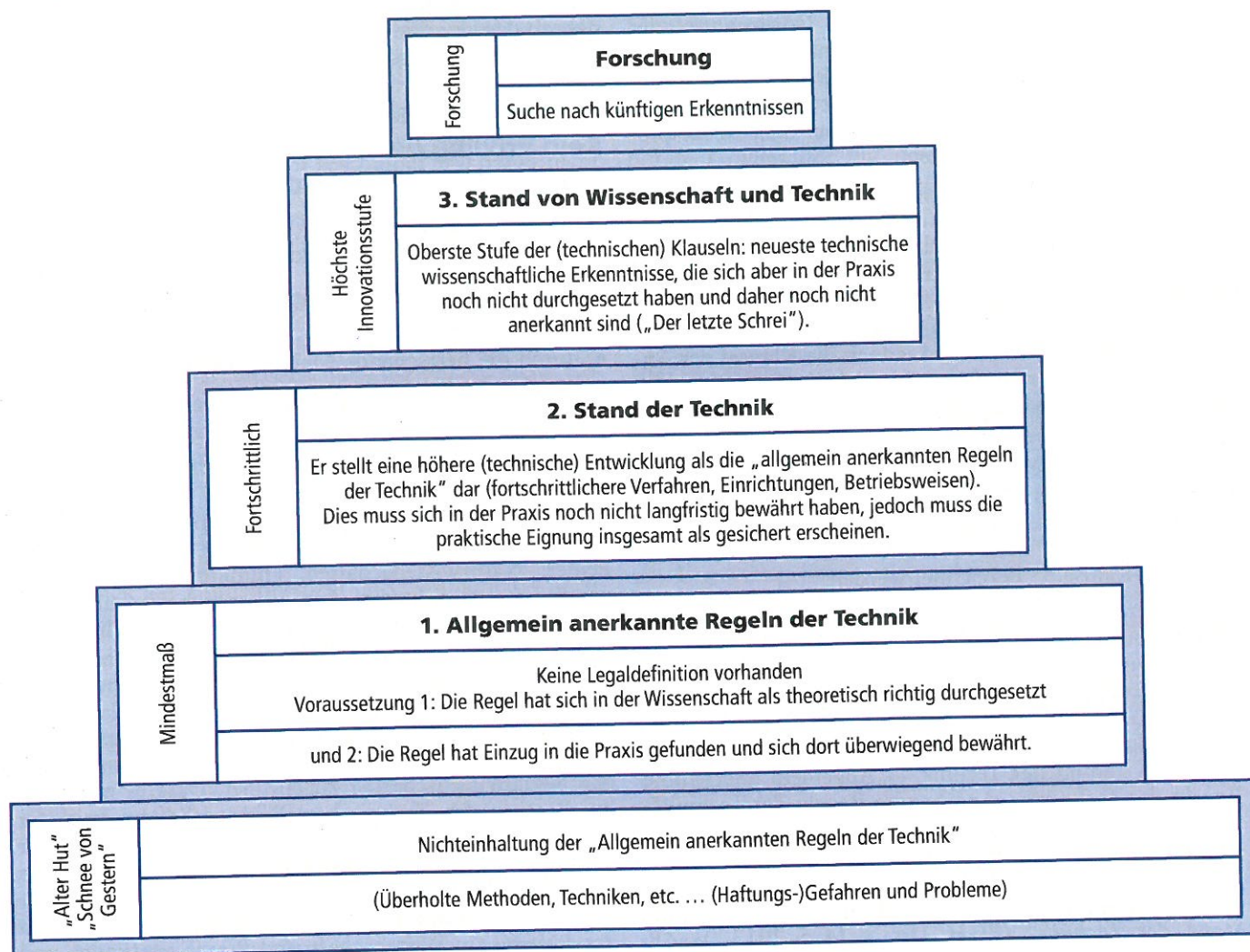
Bei Betrachtung der u.a. von der OECD eingeteilten Bereiche der Wissenschaftsdisziplinen (OECD Revised fields of Science and technology) gibt es neben den *Technischen* Wissenschaften noch fünf (!) weitere große Felder: Naturwissenschaften, Humanmedizin und Gesundheitswissenschaften, Agrarwissenschaften und Veterinärmedizin, Sozialwissenschaften und schließlich noch Geisteswissenschaften. Jedes Feld zeigt zahlreiche Unterdisziplinen auf. Die für das Thema: „Management/Unternehmensführung/Governance“ interessanten Bereiche Wirtschaftswissenschaften, Rechtswissenschaften, Psychologie, Soziologie und Politikwissenschaften werden den Sozialwissenschaften zugeordnet. Dass es nicht nur im Bereich der Technischen Wissenschaften (mit der „Wiege“ für die „Allgemein anerkannten Regeln der Baukunst“: Bauingenieurswesen), sondern auch in den weiteren aufgezeigten Wissenschaftsbereichen „Allgemein anerkannte Regeln“ gibt, die die Anforderungen des BVerfG (in Wissenschaft und Praxis anerkannt und bewährt) erfüllen, dürfte unstrittig sein.

Beispiele: Sogar in der noch äußerst jungen Disziplin „Compliance-Management“ dürfte es mittlerweile in Wissenschaft und anwendender Praxis allgemein (als theoretisch richtig und in der Praxis bewährt) anerkannt sein, dass die Methode des Compliance-Management-Prozesses u.a. die Komponenten „Compliance-Risiken: -eruierten, -bewerten und -steuern“ enthalten muss/soll. Auch in einschlägigen „Standards“ (ISO 19600, IDW PS 980, etc.) ist dies so vorgesehen.

Die Regel aus dem Themengebiet Organisation, wie (rechtssicher) Aufgabe und (Teil-)Verantwortung zu delegieren ist, hat als „allgemein anerkannte Regel“ die Schritte „Auswahl, Instruktion, Ressourcenbereitstellung, Überwachung“ zu enthalten. – Dies wird mittlerweile auch von der Rechtsprechung gefordert. Dass bei Strategieentwicklung eine angemessene (!) Umfeldanalyse unverzichtbar ist, stellt ebenfalls eine „allgemein anerkannte Regel“ dar und findet sich (deshalb wohl auch) im „Standard“: „Grundsätze ordnungsgemäßer Planung GoP (2009)“.

Besonders zu betonen und hier und an anderen Stellen noch zu wiederholen ist, dass viele dieser Regeln mittlerweile von Gesetzgeber oder Rechtsprechung (§§) juristisch aufgestellt oder bestätigt wurden, so dass schon aufgrund des „Legalitätsprinzips“, das weder Wissenschaft noch Praxis negieren können, eine „allgemeine Anerkennung“ angezeigt sein sollte.

Die „Drei-Stufen-Theorie“ des BVerfG (1978)



Mit anderen Worten: Wenn Gesetzgeber bzw. Rechtsprechung den *rechtlichen Rahmen* für ein Thema im Bereich der Unternehmensführung definiert haben, muss auch Forschung, Lehre und Praxis dies zur Kenntnis nehmen und die *verbliebenen* Spielräume füllen oder unter klarer Kommunikation versuchen, eine Rechtsfortbildung zu erreichen.

III. Der „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis“ (von Scherer) als neue Begrifflichkeit

Der „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis“ soll in der rechtlichen Bedeutung und allgemeinen Definition die herrschende Meinung in Wissenschaft und Lehre und bei den einschlägigen Praktikern, also die bisher so genannten „Allgemein anerkannten Regeln der Technik“ widerspiegeln.¹⁷ Statt dem Wort „Regeln“ in der neuen Version „Stand“ zu verwenden, entspräche dem Umstand, dass von einem „Entwicklungsstand“ in Wissenschaft und „Anwendungs- und Anerkennungs-

stand“ in der Praxis gesprochen wird, der nicht nur „Regeln“, sondern auch Eigenschaften, Verhaltensweisen, Methoden, Werkzeuge (tools), etc. umfasst (vgl. oben die Legaldefinition von „Stand der Technik“). Dass es schließlich statt „Wissenschaft und Technik“ nun „Wissenschaft und Praxis“ heißen soll, ist zum einen der Anforderung des BVerfG geschuldet, dass der jeweilige Entwicklungsstand sich auch *in der Praxis* bewährt haben und anerkannt sein muss. Zum anderen soll der neu benannte *unbestimmte Rechtsbegriff* aber auch deutlich machen, dass er sich nicht nur auf Themen / Bereiche der Technik, sondern auch auf alle anderen Wissenschaftsbereiche und Disziplinen wie Wirtschaftswissenschaften, Recht, Medizin, etc. erstreckt.

Die neue Begrifflichkeit könnte das bisher leider überwiegend fehlende Verständnis vermindern und die Abgrenzung dieser Klausel zu anderen fördern.

D. Rechtliche Einordnung und Rolle von „Standards“ (Regeln und Regelwerke institutionalisierter Sachverständigengremien [ISO / COSO / DIN / VDE / VDI / IDW / ...])

Es gibt in Deutschland nach geltender Verfassung nur drei (!) Gewalten: Legislative, Judikative, Exekutive.

¹⁷ Den „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ entsprechend würde, statt „allgemein“ anerkannt, wohl die fakultative (wie vom BGH bisweilen auch schon bzgl. des Zusatzes „allgemein“ bei den anerkannten Regeln bzgl. der Definition des BVerfG durch Weglassung des Wortes „allgemein“ praktiziert) Ergänzung „überwiegend“ gerecht werden: Also „(überwiegend) anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis“.

Sachverständige gehören nicht dazu. Da die nachfolgend als „Standards“ bezeichneten Anforderungen, Regeln und Regelwerke von nicht hoheitlich tätigen, sondern privat rechtlich organisierten „Sachverständigengremien“ (DIS / ISO / VDI / VDE / IDW / ...) erlassen werden, sind Standards nicht durch eine der drei Gewalten legitimiert. Deshalb stellen sie auch keine Rechtsnormen dar. Aus dem gleichen Grund sind sie auch nicht „abgeleitete Rechtsnormen“ oder „Handelsbrauch“ (§ 346 HGB – so lediglich die „GoB: Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung“). Auch als *Auslegungsregeln für den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung* dürfen sie keine Anwendung finden, da keine Beeinflussung des Gesetzgebers oder der Judikative durch private Institutionen stattfinden darf. Gerade deshalb fungieren sie auch nicht als „freiwillige Selbstbindung“ der Gerichte. Letztere werden gerade in keinsten Weise *gebunden*, sich durch Vorgaben von Standards auf der Beurteilungsebene beeinflussen zu lassen.¹⁸

Fazit: Sachverständige fungieren lediglich als Hilfe, um Sachverstand von Legislative, Judikative und Exekutive anzureichern. Dabei können „Standards“ unter bestimmten Voraussetzungen als sogenannte „antizipierte Sachverständigengutachten“ anzusehen sein.¹⁹

Zulässig ist die Vermittlung des fachspezifischen Wissens über Sachverständige und Standards und unzulässig die Mitwirkung bei der juristischen Bewertung. Alleine Gesetzgeber oder Rechtsprechung dürfen bestimmen, was eine *rechtssichere* Organisation ist, wie ein Manager *gewissenhaft* zu entscheiden hat,²⁰ was „*ordentliche und gewissenhafte* Geschäftsleitung“ ist, etc.

Im Rahmen der Rechtsprechung wird zwischen Erkenntnisebene und Beurteilungsebene unterschieden: Auf der Erkenntnisebene (1. Ebene) werden der später zu beurteilende Lebenssachverhalt sowie Fragen zu diversen Anforderungen oder Rechtsnormen eruiert: Z.B. *Wie ist der derzeitige „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis?“*. Auf der Beurteilungsebene (2. Ebene) (z.B. bei der Wertung, ob ein Verfahren / eine Methode / eine Anlage / ein Verhalten „sicher“, „gefährlich“, „gewissenhaft“, „pflichtgemäß“ ist) darf die Rechtsprechung keine *Meinung* des Sachverständigen zu dieser Bewertung berücksichtigen. Der Richter muss sich eine eigene (!) Meinung bilden.²¹ Der Richter ist auf der Beurteilungsebene nicht an die Vorgaben eines Standards / Sachverständigen gebunden: Er kann auch strengere oder weniger strenge Maßstäbe (z.B. bzgl. der Attribute oder Adjektive *gewissenhaft / pflichtgemäß / gefährlich / etc.*) anlegen!

Damit Standards überhaupt die Qualität eines sogenannten „antizipierten Sachverständigengutachtens“ erhalten können, müssen diverse Voraussetzungen bzgl. des Zustandekommens und Inhalts erfüllt sein:

- Berücksichtigung rechtlicher Vorgaben durch die heranzuziehenden Standards

Sofern und soweit „betriebswirtschaftliche Sollenssätze“ (z.B. Verhaltensregeln / Methoden / Verfahrensanweisungen / Instrumente) bereits durch rechtliche Vorgaben von Gesetzgebung oder Rechtsprechung geregelt werden, sind diese zwingend unmodifiziert zu berücksichtigen. (Negativ-) Beispiel: Die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ zur Frage der *Entscheidung unter Unsicherheit oder Risiko* werden in der klassischen betriebswirtschaftlichen Literatur und Lehre als herrschende Meinung in der Wissenschaft und als in der Praxis bewährt dargestellt.²² In diesen betriebswirtschaftlichen Darstellungen findet sich aber nicht die Vorgabe des Gesetzgebers für unternehmerische Entscheidungen von Vorständen in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG (auch auf Aufsichtsräte und GmbH-Geschäftsführer anwendbar): Die sogenannte Business Judgment Rule. Leider sind in der betriebswirtschaftlichen Literatur auch zu zahlreichen anderen unternehmensrelevanten Themen die längst existierenden rechtlichen Vorgaben meist kaum berücksichtigt. Auch in den *Standards* finden sich oft nur Hinweise auf Legalitätsprinzip und Einhaltung des rechtlichen Rahmens in wenigen allgemeinen Halbsätzen wie: „*Erfüllung gesetzlicher Anforderungen*“, im übrigen Text des Standards jedoch häufig nichts mehr.²³

- Begründung und spezifische Argumentation
- Sachkunde des Standard-Erstellung-Gremiums

Im Gremium müssen die relevanten Fachdisziplinen vertreten sein. Das wären bei Governance- oder Managementthemen sicher: Recht / BWL / VWL / Psychologie / Soziologie. Außerdem müssen anerkannte Praktiker und Theoretiker²⁴ mitwirken.²⁵

- Objektivität und Neutralität

Voraussetzungen:

1. Öffentliche Ankündigung von Normungsverfahren gegenüber den betroffenen Fachdisziplinen
2. Vorab Gelegenheit zu Stellungnahme für die von der Norm betroffenen Personengruppe
3. Begründung des vom Gremium beschlossenen Ergebnisses
4. Dokumentation des Zustandekommens
 - Aktualität
 - Gemeinwohlverträglichkeit

22 Vgl. Wöhe, Betriebswirtschaftslehre, 25. Auflage, 2013, S. 88 ff.

23 Auch suggeriert beispielsweise der Standard IDW PS 980 (2011) für die Prüfung von Compliance-Managementsystemen, der Unternehmer habe die Entscheidungsfreiheit, zu wählen, in welchen Unternehmensbereichen oder Rechtsgebieten er Compliance betreibt. Dies verstößt jedoch ganz eindeutig gegen den Legalitätsgrundsatz, der besagt, dass sich die Geschäftsführung / Vorstände, etc. umfassend, d.h. in allen Unternehmensbereichen, an staatliche und rechtliche Vorgaben zu halten haben.

24 Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist wohl nur möglich, wenn zum einen – überwiegend anerkannt – anhand eines überprüfbar Kriterienkatalogs definiert wird, wann eine Person anerkannter Wissenschaftler oder Praktiker ist („Personen-Rating/Scoring“) und die konkret Agierenden diese Anforderung erfüllen (Subsumtion der individuellen, nachgewiesenen Kompetenzen unter die allgemeinen Anforderungen). Entsprechendes gibt es z.T. für gewisse Sonderbeauftragte in Unternehmen, z.B. Personenzertifizierung zum QM-Auditor nach dem DAKKS-Regelwerk. Für „Koryphäen“, „Spezialisten“, „Experten“ existiert Ähnliches wohl noch nicht, gleichwohl jedoch der revidierte Standard zur Personenzertifizierung ISO/IEC 17024 (2012).

25 Vgl. Hommelhoff/Schwab, a.a.O., S. 171 [172].

18 Davon abzugrenzen ist der Fall, dass Standards vertraglich, z.B. auch über Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. auch VOB), vereinbart werden; dann sind sie als geltende Vertragsbestandteile natürlich auch für den Richter relevant.

19 Vgl. Hommelhoff/Schwab, Zum Stellenwert betriebswirtschaftlicher Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung und -überwachung im Vorgang der Rechtserkenntnis, in: Schmalenbacher Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (ZfbF) (Sonderheft: Werder, Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoU)), 1996, S. 149 [171]; Seibel, a.a.O.

20 Vgl. Business Judgment Rule, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.

21 Vgl. BVerfG zum Fall Mollath bzgl. der Anordnung der Unterbringung: Der Richter hätte sich nicht lediglich dem Ergebnis / Votum des Sachverständigen anschließen dürfen, sondern selbst beurteilen müssen, ob die Unterbringungsbedingungen vorliegen.

Um sicherzustellen, dass die in Standards enthaltene Anforderungen Interessen und Bedürfnissen der Bevölkerung und des Staates nicht entgegenwirken, werden für Standards entsprechende Sicherungselemente gefordert.²⁶

Unter der Voraussetzung, dass ein Standard mit der Intention, nicht den fortschrittlicheren „Stand der Technik“, sondern den in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannten und als bewährt angesehenen Stand darstellt, idealtypisch zustande gekommen und noch aktuell ist,²⁷ besteht nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung eine *widerlegbare Vermutung*, dass er diesen allgemein anerkannten Entwicklungsstand widerspiegelt.²⁸

Zutreffend die Aussage des *BVerwG*:²⁹

„Danach lassen sich als anerkannte Regeln der Technik diejenigen Prinzipien und Lösungen bezeichnen, die in der Praxis erprobt und bewährt sind und sich bei der Mehrheit der Praktiker durchgesetzt haben (...). DIN-Vorschriften und sonstige technische Regelwerke kommen hierfür als geeignete Quellen in Betracht. Sie haben aber nicht schon kraft ihrer Existenz die Qualität von anerkannten Regeln der Technik und begründen auch keinen Ausschließlichkeitsanspruch. Als Ausdruck der fachlichen Mehrheitsmeinung sind sie nur dann zu werten, wenn sie sich mit der Praxis überwiegend angewandter Vollzugsweise decken. Das wird häufig, muss aber nicht immer der Fall sein.“

Soweit das *LG Mainz*³⁰ im Bereich des Medizinrechts bei Verurteilung von Klinik, Arzt und einer in der Klinik arbeitenden Medizinstudentin feststellt,

„[...] Sie hat damit gegen ihre Verpflichtung verstoßen, wonach die Behandlung nach dem zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat“.

und

„[...] Vielmehr ist der allgemeine anerkannte fachliche Standard einzuhalten, was sich nunmehr unmissverständlich aus der Regelung des § 630a BGB ergibt, zum Zeitpunkt des Vorfalls aber auch bereits der ständigen Rechtsprechung entsprach ... [...]“.

ist klarzustellen, dass hier in der Verwendung des Wortes „Standard“ in Rechtsprechung, aber jetzt auch beim Gesetzgeber bzgl. des medizinischen Behandlungsvertrages als Sonderform des Dienstvertrages gerade nicht Regelungen privatrechtlicher institutionalisierter Sachverständigengremien, also „Standards“, wie sie in der Abhandlung definiert werden, gemeint sind, sondern „die allgemein anerkannten Regeln der Technik“ (oder eine Behandlung „*lege artis*“): Begrifflichkeitswirrwarr!

26 Vgl. *Michaelsen*, Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex und von § 161 AktG als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, 2011, 292 und Fn. 1228, 1229: Dies wird von der Literatur für DIN-Normen aufgrund des Normungsvertrages zwischen DIN und dem Staat und die ausdrückliche Regelung des Normungsverfahrens inklusive der Teilhabe der Bundesregierung an Normungsausschüssen als erfüllt angesehen. Bzgl. des DCGK wird dagegen vom Fehlen derartiger Sicherungselemente ausgegangen, vgl. hierzu *Michaelsen*, a.a.O., Fn. 1228.

27 Dies wäre im Zweifel wiederum durch ein Sachverständigengutachten zu klären.

28 Vgl. *Seibel*, a.a.O., 3001 m.w.N.

29 *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 214 f.

30 *LG Mainz*, Urt. v. 9. 4. 2014, Az 2 O 266/11.

Ebenso ist das Urteil des *OLG Hamm*³¹ zu interpretieren, wenn es statuiert:

„[...] Wendet ein Arzt nicht die Therapie der 1. Wahl, den sogenannten „Goldenen Standard“, sondern die Therapie der 2. Wahl an, so liegt darin ein Behandlungsfehler [...]“.

Fazit: Ein idealtypisch zustande gekommener, aktueller Standard kann den „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ widerspiegeln. Diesbezüglich besteht – von herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur anerkannt – sogar eine widerlegbare Vermutung, was sich u.a. auf die Beweislast auswirken mag. Der Standard kann aber auch hinter den Anforderungen des anerkannten Standes zurückbleiben³² oder strenger sein. Dies alles müsste im Zivilrecht die entsprechend beweissbelastete Partei darlegen und beweisen. Im Strafrecht dürfte aufgrund der Regel „in dubio pro reo“ die Auswirkung weniger auf der Beweisebene, als auf der Ebene von Vorwerfbarkeit und Schuld zu suchen sein: Wer ernsthaft versucht, aufgrund der Einhaltung anerkannter, aktueller Standards (oft sogar mit Auditierung und Zertifizierung), die Anforderungen des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ zu erfüllen, handelt sicher rechtstreuer, als ein Manager, der sich diesbezüglich keine Gedanken macht. Vor sogenannten „Alibi-Zertifikaten“ sei jedoch gewarnt: Ermittlungsbehörden legen Wert darauf – und überprüfen dies genau – dass die Vorgaben im Unternehmen auch umgesetzt, d.h. „gelebt“ werden.

E. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“, respektive eines diesen Stand widerspiegelnden Standards

Die (Nicht-)Einhaltung der „Allgemein anerkannten Regeln der Technik“ bzw. der diesen Entwicklungsstand widerspiegelnden Standards können zunächst Auswirkungen auf Mangelhaftigkeit / Mangelfreiheit der geschuldeten Leistung und auch die Beweislast haben: Ob bereits ein allgemeiner Grundsatz gilt, dass die Unterschreitung des Sicherheits- oder Qualitätsniveaus des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ eine Pflichtverletzung darstellt oder dies noch vom Richter in den Einzelfällen festzustellen ist, ist (noch) offen. Jedoch existieren bereits zahlreiche Kodifizierungen und Urteile, die es ratsam erscheinen lassen, dies als Pflicht zu respektieren und zu beachten, zumal die meisten Haftungsnormen in Zivil- und Strafrecht Pflichtverletzung voraussetzen. Die Einhaltung entsprechender Standards hat diesbezüglich immerhin Vermutungswirkung. Sehr instruktiv ist das Urteil des *Landgerichts Mainz* vom 9. 4. 2014, Az: 2 O 266/11 (vgl. oben): Eine GmbH, ein Geschäftsführer und eine für die GmbH tätige Studentin (!) wurden zu erheblichen Schadensersatzzahlungen verurteilt, u. a. weil zum Zeitpunkt der schadenverursachenden Handlung gegen den „Allgemein anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ verstoßen wurde.

31 *OLG Hamm*, Urt. v. 25. 4. 2014, Az 26 U 157/12.

32 Das ist für denjenigen, der sich am Standard orientiert, äußerst negativ! Ein solcher Standard ist also geradezu gefährlich. Bleibt ein aktueller Standard hinter den Anforderungen des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ zurück, sollte vor ihm gewarnt werden. Vorsicht ist auch bei „älteren“ Standards geboten.

Zahlreiche Haftungstatbestände im Zivilrecht regeln gesetzlich oder über entsprechende Rechtsprechung die Beweislast bzgl. der Tatbestandsvoraussetzungen Pflichtverletzung und Verschulden zu Lasten des Unternehmers (§§ 280 BGB; 43 GmbHG; 93, 107 AktG; Produzentenhaftung 823 BGB; etc.). Bei Anerkennung des Unterschreitens des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ als Pflichtverletzung müsste deshalb der *Unternehmer/Manager* beweisen, diesen Entwicklungsstand eingehalten zu haben,³³ um nicht zu haften. Bei *groben* Pflichtverstößen/Fehlern (diese Bewertung obliegt alleine dem Richter, nicht dem Sachverständigen) kommt sogar eine Beweislastumkehr zu Lasten des Pflichtverletzers bzgl. der Frage, ob der Schaden überhaupt aufgrund der Pflichtverletzung eintrat, in Betracht. Dies hat z.B. das *OLG Hamm* (vgl. oben) angenommen, wenn ein Arzt den sogenannten „Goldenen Standard“³⁴ verlässt, ohne den Patienten darauf hinzuweisen. Auch mangelhafte Dokumentation und (zahlen- und ausbildungsmäßig) mangelnde Personalausstattung wurden als solch grobe Pflichtverstöße (grober Organisationsfehler) angesehen.³⁵ In dem vom *OLG Nürnberg* entschiedenen Fall war nicht klar, ob die schwerste Behinderung des Kindes auf ärztliche oder organisatorische Fehler der Klinik bei der Geburt oder auf völlig andere Gründe zurückzuführen war. Aufgrund der *groben Pflichtverstöße* nahm das Gericht eine Beweislastumkehr auch bzgl. dieser Kausalitätsfrage zu Lasten der Klinik an.

F. Managerhaftung (Organhaftung) unter Berücksichtigung standardisierter „Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung“ (GoU/GoÜ (Governance))

Während in den 1990er Jahren, als die „Diskussion um die Herausarbeitung von Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung gerade erst in Gang gekommen“ war,³⁶ noch kein „Anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis“ bzgl. ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung zu erkennen war, ist heute ein anderes Stadium erreicht: Die Diskussion wird unter dem Thema „Governance“ geführt, es gibt die OECD-Grundsätze zur Corporate Governance, den Deutschen Corporate Governance Kodex und für nahezu jede Unternehmensfunktion (u.a. auch für Compliance!) einen ISO- oder IDW-Standard. Bereits Mitte der 1990er Jahre gab es eine rege Diskussion um die vorliegend dargestellten Themen. Um „alten Wein“ nicht lediglich in „neue Schläuche“ füllen zu müssen, gab es in den letzten 20 Jahren dankenswerterweise eine fundamentale Weiterentwicklung im Unternehmensumfeld (Globalisierung, Digitalisierung, „3. und 4. industrielle Revolution (?)“, Finanz-, Währungs- und Länderkrisen, Verschärfung der Organhaftung, u.v.m.) und eine weniger auffallend verlaufende Diskussion über „ordnungsgemäße Unternehmensführung und -überwachung“ un-

ter dem Begriff „Governance“, der häufig benutzt, jetzt erst aber allmählich vertieft wissenschaftlich untersucht wird. Über die rechtliche Einordnung entsprechender Standards und die Anforderungen an solche Standards wird jedoch offenbar nur wenig diskutiert. Und viel zu wenig über die Tatsache, dass die BWL sich ohne Einbau der juristisch von Legislative oder Judikative vorgegebenen Verhaltensgrundsätze schwer tut, in Forschung, Lehre oder Standardbereitstellung die „Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung“ vollständig und angemessen zu beschreiben.

„Nach alledem kann der Betriebswirt dem Juristen nicht sagen, was die rechtlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensleitung und -kontrolle sind, er kann lediglich zur [...] Unterstützung der Entscheidungsfindung vermitteln, was aus betriebswirtschaftlicher Sicht als erforderlich (bzw. ausreichend) angesehen wird und warum es als erforderlich (ausreichend) angesehen wird. Je unabweisbarer die ökonomischen Erwägungen bei der Statuierung von Führungsgrundsätzen sind, desto näher liegt es für den Juristen, die betriebswirtschaftliche Bewertung unverändert in eine rechtliche zu transformieren. In jedem Fall aber bleibt es dabei: Ein rechtlich verbindlicher GoU/Ü existiert erst dann, wenn der Richter in Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften einen solchen anerkannt hat. [...]“³⁷

Mit anderen Worten: Bevor untersucht wird, was bzgl. Unternehmensführung und -überwachung generell oder bzgl. einzelner Teildisziplinen der Unternehmensführung, wie Strategie / Planung, Organisation, Finanzen, Leistungserbringung, Compliance, etc. von Wissenschaft und Praxis als „ordnungsgemäß“, „angemessen“ bzw. „erforderlich, aber auch ausreichend“ bzw. „anerkannter Stand“ angesehen wird, ist zu klären, was Legislative und Judikative hier bereits als zwingenden rechtlichen Rahmen festgelegt haben, also als den „aktuellen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung“ ansehen. Das bedeutet Achtung der Legalitätspflicht, ist Teil³⁸ von Compliance und entspricht genau dem „Compliance-orientierten Governance- bzw. Managementansatz“ (Scherer).³⁹

G. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung des rechtlichen Rahmens und des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ bzgl. der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung

Nach K. Schmidt⁴⁰ kann „schlichtes Missmanagement“ die Haftung des Managers auslösen, wobei sich die Beweislast immer mehr zu Lasten der Geschäftsführung entwickle. Dabei genüge nach Schmidt die bloße Verletzung des § 43 GmbHG (der Pflicht zur ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung) nicht, um den Ge-

33 Oder ohne sein Verschulden ihn nicht eingehalten zu haben.

34 Den „anerkannten fachlichen Standard“ bzw. „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“.

35 Vgl. Scherer/Fruth (Hrsg.), Stark in die Zukunft, 2012, S. 106 mit Schilderungen eines bisher nicht veröffentlichten Urteils des *OLG Nürnberg* v. 25. 3. 2011 Az. 5 U 178/10.

36 Vgl. Hommelhoff/Schwab, a.a.O., S. 167. Bereits 1995 erschien auch das Werk von Scheffler (Hrsg.), Corporate Governance.

37 Hommelhoff/Schwab, a.a.O. S. 149 [171 f.].

38 Da Compliance zusätzlich auch noch selbst auferlegte Pflichten/Regeln mitbehandelt.

39 Vgl. Scherer, Good Governance und ganzheitliches strategisches und operatives Management: Die Anreicherung des „unternehmerischen Bauchgefühls“ mit Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement, in: CCZ, 6/2012, 201 [202].

40 Schmidt / Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., S. 1024 ff. unter Verweis auf Baumbach/Hueck/Zöllner, Kommentar zum GmbHG, § 43 GmbHG Rz. 23.

schäftsführer im Falle einer Insolvenz für den gesamten Insolvenzverursachungsschaden aufkommen zu lassen, da dies zu exorbitanten Haftungsrisiken führen könnte. § 43 GmbHG sei auf die Haftung für die durch einzelne Geschäftsführungsakte herbeigeführten Schäden zugeschnitten. Deshalb könne eine echte Insolvenzverursachungshaftung nur in Betracht kommen, wenn *unvertretbares* Geschäftsführerhandeln *unmittelbar* in die Insolvenz geführt habe.

Diese Einschränkungen überzeugen nicht, da sie keine Stütze im Gesetz finden und auch bei diversen Auslegungsmethoden (historisch, grammatikalisch, teleologisch, etc.) keine Rechtfertigung aufweisen: Es ist seit jeher bekannt, dass Krisen bis hin zur Insolvenz zumeist auf Managementfehler zurückzuführen sind. Dass das Haftungssystem für Vorstands- oder Geschäftsführerhaftung für die betroffenen Manager persönlich existenzbedrohend und damit „exorbitant“ ist, wurde von Gesetzgeber und Rechtsprechung seit jeher akzeptiert und bestätigt.⁴¹ Auch die Einschränkung, dass § 43 GmbHG nur die Ersatzpflicht für Schäden betreffe, die durch Einzelakte, also nicht durch eine Kumulation von diversen Managementfehlern verursacht wurden, findet sich in Gesetz nicht und wurde wohl auch von der Rechtsprechung bisher nicht so gesehen. Ebenso, dass das Handeln „*unvertretbar*“ gewesen sein müsse und „*unmittelbar*“ in die Insolvenz geführt habe: Es reichte bei § 43 GmbHG stets Fahrlässigkeit und auch mittelbare Mit-Verursachung des Schadens.

Das *tatsächliche* Problem besteht vielmehr in der Konkretisierung des Vorliegens sowie der Schwere und Auswirkung der diversen Managementfehler sowie der Frage, welcher Schaden durch welche Handlung verursacht wurde und ob bei richtigem Verhalten der Schaden ebenso eingetreten wäre: Dies wird aber auf der Ebene der Beweisführung und damit auch der Beweislast zur klären sein.⁴² Hier spielt dann auch die Frage der Schwere der Pflichtverstöße eine Rolle, da bei groben Verstößen Beweislastumkehr für die Frage der Kausalität von Pflichtverletzung und Schaden zu Lasten des Managers droht.⁴³

Nach oben dargelegten Grundsätzen kann ein Sachverständiger / Gutachter je nach Schwerpunkt oder Vorwürfen im konkreten Fall und bzgl. des Schadenseintritts vom Personen-, Sach- oder Vermögensschaden bis hin zum Insolvenzschaden einzelne oder sämtliche Themengebiete der Führungs-, Kern- und Unterstützungsprozessebenen hinsichtlich des Abweichens des tatsächlichen Managementverhaltens (Ist-Zustand) vom „*Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis*“ bzw. den „Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung (GoU/GoÜ/Governance)“ (Soll-Zustand)

beleuchten. Primär sollte der Sachverständige klären, welche Schäden (bis hin zum Insolvenzschaden) durch welche Fehler – einzeln oder kumulativ, mittelbar oder unmittelbar – (mit)verursacht wurden und ob richtiges Verhalten den Erfolgseintritt verhindert hätte. Sekundär – falls die erste schwierige Aufgabe nicht zufriedenstellend gelöst werden kann – ist zu klären, ob einzelne oder kumulierte Managementfehler/Pflichtverstöße besonders gravierend/eklatant/evident/nicht nachvollziehbar/etc. waren, damit das Gericht bei anschließender Bejahung einer „*groben*“ Pflichtverletzung die Beweislast auch für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden dem Manager auferlegen könnte.

H. Handlungsbedarf bei Standardisierung

Im Bereich Governance und Compliance lassen sich auch heute noch (Forschungs-)Aufgaben ausmachen, die nötig sind, um den Unternehmern und Aufsichtsorganen bei der Pflicht, das Richtige richtig zu tun (Unternehmen ordnungsgemäß zu führen und zu überwachen), Transparenz, Klarheit und Sicherheit zu verschaffen. Die diversen (Teil-)Disziplinen der Wissenschaften (Wirtschaftswissenschaften, Recht, Technik, Psychologie) müssten verstärkt international und übergreifend in Forschung, Lehre, Weiterbildung und Praxis – auch beim Erlass von Standards für ordnungsgemäße Unternehmensführung und -überwachung (GoU / GoÜ) – zusammenarbeiten. Primär müssten dabei auch von Seiten der BWL und Technik die – u.U. international – relevanten rechtlichen Vorgaben bzw. Rahmenbedingungen – *der aktuelle Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung* (Compliance) – heraus- und in Standards, Theorien Methoden, etc. eingearbeitet oder zumindest auf deren Beachtung deutlich hingewiesen werden: Compliance „beherrscht“ längst BWL und Technik⁴⁴ und am Ende entscheidet ein Gericht auf der Beurteilungsebene ohne Mitwirkung von Sachverständigen anderer Disziplinen.

Bzgl. der Struktur und Qualität von Standards sollte darüber hinaus, falls sie die Qualität von „antizipierten Sachverständigengutachten“ zur Darstellung des „*Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis*“ aufweisen wollen, auf die dafür zu erfüllenden Vorgaben geachtet werden. Standards sollten – international – bzgl. der diversen *Teil-Disziplinen* der Unternehmensführung und -überwachung (Governance) auf möglichst vollständige und einheitliche Komponenten und die Bedienung der Schnittstellen untereinander zwecks stärkerer Verständlichkeit, Transparenz und Akzeptanz bei den Anwendern in den Unternehmen achten.

Gute Standards im Bereich Governance oder dessen Teil-Disziplinen würden auch mit den Ideen von Industrie 4.0 gut harmonisieren: Intelligente IT-Systeme könnten die international, horizontal und vertikal vereinheitlichten Architekturen für ordnungsgemäße Unternehmensführung und -überwachung abbilden und die Benutzer (Organe, Mitarbeiter und „interested parties“) bzgl. der Basisanforderungen unterstützend führen.

41 Vgl. Bayer, Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2014, S. 897; Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. 9: „[...] Hintergrund sind spektakuläre Haftungsfälle, welche die Frage aufgeworfen haben, ob Manager in Deutschland einem überproportionalen Haftungsrisiko ausgesetzt sind. Soll ein Vorstandsmitglied, [...] wegen eines leichten Missgriffs plötzlich Haus und Hof verlieren? [...]“. Vorschläge zur Begrenzung dieser Extrem-Haftung (de lege lata und de lege ferenda) wurden auf dem 70. Deutschen Juristentag 2014 diskutiert, vgl. Bachmann, a.a.O., S. 56 ff.

42 Vgl. Scherer, Good Governance und ganzheitliches strategisches und operatives Management: Die Anreicherung des „unternehmerischen Bauchgefühls“ mit Risiko-, Chancen- und Compliance-management, in: CCZ, 6/2012, S. 201–211.

43 Vgl. Scherer, a.a.O.

44 Vgl. Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. 44, der statuiert, „dass angesichts der flächendeckenden Durchnormierung des Wirtschaftslebens“ weite Teile des Handelns des Managements gebundene Entscheidungen ohne Ermessensspielraum darstellen.

Dadurch würde keinerlei unternehmerischer Spielraum eingeschränkt, jedoch umgekehrt ein großes Maß an Ressourcen für Innovation/Strategien/etc. freigesetzt, die bisher mit der Lösung vermeidbarer Problemfälle vergebend werden.

Ein intelligentes IT-System, basierend auf einer die rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Anforderungen beachtenden, rechtssicheren Architektur, könnte menschliche Fehler und daraus resultierende Probleme vermeiden helfen und Ressourcen für Wertbeitrags-schaffende Tätigkeiten bilden.⁴⁵

Die Berechnung finanzieller Wertbeiträge von ordnungsgemäßer, standard-unterstützter Unternehmensführung und -überwachung generell oder in Teildisziplinen unter Berücksichtigung von Reife- und Pflichterfüllungsgrad würde die Aufgeschlossenheit für vernünftiges und rechtskonformes Verhalten erheblich steigern und zugleich Wertbeitragsvernichter transparent machen: Wenn sich dann auch noch der Staat mit seinen drei Gewalten an diesen Ergebnissen orientieren würde, bestünde sogar die Hoffnung, unnötiger Regulierung und Bürokratie die Intransparenz willkürlichen Handelns zu entziehen.

Ob sich aus dargelegten Überlegungen die Straf- und Zivilgerichte künftig verstärkter und vertiefter als bisher mit Managementgrundsätzen – auch bei unternehmerischen Entscheidungen mit und ohne Ermessensspielraum und entsprechenden Standards beschäftigen werden, wird sich zeigen. Sinnvoll wäre das allemal. Ebenso wäre es sinnvoll, wenn im Rahmen der Ausbildung verstärkt auf Interdisziplinarität von Recht, Wirtschaftswissenschaften, Technik, Psychologie, etc., geachtet werden würde.

Außerdem stellt sich die Frage, ob Manager sich nicht aufgrund der festzustellenden Tendenz, dass sie immer häufiger für Verluste aufgrund Missmanagements bis hin zur Haftung wegen Insolvenzverursachung persönlich zivil- und strafrechtlich geradzustehen haben, verstärkt in den Grundzügen einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung und -überwachung (Governance) ausbilden lassen sollten. Das Gleiche gilt für sonstige Führungskräfte und Aufsichtsräte.

I. Die Auswirkung des aktuellen ISO-Standards 19600 (2015) (Compliance-Management) sowie weiterer Standards (IDW PS 980 (2011) Compliance, COSO I (2014) Internal Control Framework, etc.) auf die Haftung des Managements

Dass Compliance-Management in der Verantwortung des Managements liegt, ergibt sich aus der Legalitäts-

pflicht der Geschäftsleitung, der Rechtsprechung (LG München, „Compliance-Urteil“) und dürfte mittlerweile dem „*Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis*“ bzgl. der *Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung* unter Berücksichtigung des Pflichtenmaßstabs eines *ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters* entsprechen.

Bzgl. der Frage, *wie?* Compliance-Management ausgestaltet sein muss, um „angemessen“ zu sein und einer Pflichtverletzung des Managements vorzubeugen, sind zunächst wieder die Vorgaben von Gesetzgebung und Rechtsprechung (der „aktuelle Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung“) zu berücksichtigen. Hier findet sich noch wenig, beispielsweise jedoch schon Grundsätzliches im Compliance-Urteil des LG München. Im übrigen bleibt es dabei,⁴⁶ dass ein Compliance-Managementsystem dem „*Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis*“ entsprechen muss.

Ob der neue ISO-Standard (19600) – oder auch sonstige, sich mit Compliance befassende Standards – diesen „*Anerkannten Stand*“ widerspiegeln oder zumindest eine Vermutungswirkung, respektive den Effekt eines antizipierten Sachverständigengutachtens, entfalten, hängt von der Erfüllung diverser Vorgaben bzgl. des Zustandekommens⁴⁷ ab.

Aktualität dürfte dem Standard zumindest nicht abzusprechen sein. Es ist jedoch allemal sinnvoll, die Vorgaben des Standards als *Mindestvoraussetzungen* für ein angemessenes Compliance-Managementsystem zu behandeln, um sowohl strafrechtlich auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit sowie Vorwerfbarkeit und des Verschuldens und zivilrechtlich bei der Frage der Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit auf „Nummer sicher“ zu gehen.

Auch bei der Anwendung der Business Judgment Rule im Rahme der Frage, *wie* der Entscheidungsspielraum bei der Ausgestaltung/Organisation des Compliance-Managementsystems zu füllen ist, sollten (international) anerkannte Standards im Sinne der „*Ausschöpfung aller verfügbarer Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art*“⁴⁸ Beachtung finden.⁴⁹

KONTAKT:

Prof Dr. Josef Scherer
Tel.: 0171/9960 322
scherer@scherer-rieger.de

RiAG Klaus Fruth
klaus.fruth@t-online.de

⁴⁵ Vgl. den Spiegel-Bericht zum Diskussionspapier des Bundesfinanzministeriums zur computergestützten Fallbearbeitung von Steuererklärungen. Dabei solle das IT-Programm so angelegt sein, dass es risikobehaftete Fälle nicht standardisiert bearbeitet, sondern zur personellen Prüfung aussteuert (dpa-Meldung, PNP v. 1. 10. 2014, S. 4).

⁴⁶ Vgl. die Herleitung oben.

⁴⁷ Vgl. oben.

⁴⁸ Wie vom BGH gefordert, vgl. oben und BGH, NJW 2013, 3636.

⁴⁹ So auch Bachmann, Reform der Organhaftung? – Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag 2014.