

Sonderdruck aus Heft 6/2012

Aufsätze

Rechtsanwalt Prof. Dr. Josef Scherer, Deggendorf*

Good Governance und ganzheitliches strategisches und operatives Management: Die Anreicherung des „unternehmerischen Bauchgefühls“ mit Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement¹

A. Einleitung

Nach der betriebswirtschaftlichen Lehre² bestehen die Aufgaben der Geschäftsleitung in der Befolgung des Managementprozesses, der als Planung, Entscheidung, Durchsetzung und Kontrolle ihrer Tätigkeit dargestellt wird. Diesbezüglich ist zuzustimmen.³ Es ist aber noch zu klären, auf welche Themen dieser Zyklus anzuwenden ist. Ganzheitliches Management bedeutet, systematisch zu differenzieren, was die Geschäftsleitung in Erfüllung der „Good Governance“-Vorgaben – ohne Ermessensspielraum – machen muss und in welchen Bereichen Entscheidungsmöglichkeiten unter Anwendung der Business Judgment Rule existieren. Um ermessenfehlerfrei entscheiden zu können, muss als Teil der Informationsbasis die Kenntnis von anerkannten einschlägigen Werkzeugen und Methoden von Recht, Technik und Wirtschaft vorhanden sein: Bei der Geschäftsleitung selbst oder gegebenenfalls bei in- oder externen Delegationsempfängern.

Bei Verletzung dieser Pflicht steht eine persönliche Haftung der Geschäftsleitung für Managementfehler mit Beweislastumkehr sogar auch bzgl. der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden im Raum. Eine große Rolle in diesem Zusammenhang spielen die sich schnell vermehrenden Management- und Governance-Standards. Die klassisch praktizierten Methoden der Unternehmensbewertung und Planung stellen häufig nur ei-

nen „Blick in Rückspiegel und Glaskugel, angereichert mit Bauchgefühl“ dar. Am Beispiel der haftungsbewehrten Pflicht der Geschäftsleitung zur langfristigen, zukunftsorientierten Strategieentwicklung und Unternehmensplanung mit neuen, aber bereits anerkannten Methoden zeigt sich, dass Risiko- und Compliancemanagement nicht nur den Unternehmenswert langfristig sichert und steigert, sondern zugleich auch die persönlichen Haftungsrisiken der Entscheider reduziert. In Managementlehre und -Praxis fehlt häufig noch die nötige Sensibilität bzgl. der nachfolgend aufgezeigten Governance-Ansätze.

B. Die Entdeckung der Klarheit: Was muss, soll, kann die Geschäftsleitung leisten? Wie muss, soll, kann sie agieren?

Für Governance und Management werden viele Definitionen angeboten. Zielführend für Governance könnte der nachfolgend verwendete Gebrauch mit „Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung und -überwachung sowie Regeln für das Zusammenspiel der Organe“ sein. Management kann auch mit Unternehmensführung oder Unternehmens- oder Geschäftsleitung übersetzt werden.⁴ Innerhalb des Begriffes „Management“⁵ wird auch zwischen strategischem und operativem Management differenziert.

Idealerweise werden die den rechtlichen Rahmen für „Governance“ und „Management“ bildenden einschlägigen Regelungen in einem Rechtskataster gesammelt, in

* Der Autor 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.

¹ „Complianceorientierter Managementansatz“.

² Vgl. *Jung/Bruck/Quarg*, Allgemeine Managementlehre, 4. Aufl. 2011, S. 119.

³ Vgl. *Deming/Benjamin/Valentin*, Out of the Crisis, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge 1982, S. 88.

⁴ Vgl. auch die Erklärung von *Zöllner/Noack* in: *Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar*, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 17, 22, 22b und 23, § 35 GmbHG, Rn. 20: Treffen der für die Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen, Zielvorgaben und Ressourcen-Koordination, Unternehmensleitung.

⁵ Nachfolgend wird von der Geschäftsleitung (Personen, z. B. Geschäftsführer, Vorstandschaft) und Management (Tätigkeit dieser Personen) gesprochen.

eine verständliche Sprache übersetzt und in Aufbau- und Ablauforganisation implementiert.⁶ Standards sind keine verpflichtenden Vorgaben, sondern spiegeln in der Regel den anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt des Erlasses wider. Sie geben Hilfestellung bei der Frage, wie der betreffende Bereich konzeptioniert und umgesetzt werden soll. Die Geschäftsleitung kann den jeweiligen von ihr betreuten Bereich an gängigen aktuellen Standards ausrichten, um die Einhaltung des anerkannten Standes der Technik zu dokumentieren; auch, um auf Audits, Abschlussprüfung oder Zertifizierung gut vorbereitet zu sein.⁷

Nachfolgend wird ein modularer Aufbau dargestellt, der in das ganzheitliche Management die unverzichtbaren Themen wie Strategiemangement, Organisationsmanagement, Finanzmanagement, Personalmanagement, etc., einbettet. Die Anforderungen des ganzheitlichen Managements werden vorzugsweise in *ein* Managementsystem eingefügt. In der Praxis herrscht z. T. der Irrglaube vor, es gäbe im Unternehmen Raum für eine beliebige Vielzahl von Managementsystemen: Qualitätsmanagement (ISO 9001 (2008)), Umweltmanagement (ISO 14000 (1996)), Arbeitssicherheitsmanagement (OHSAS 18001 (2007)), IT-Sicherheitsmanagement (ISO 27001 (2008)), Beschwerdemanagement (ISO 10002 (2004)), Risikomanagement (ISO 31000 (2008), ONR 49000 (2010)), Business Continuity Management (ISO 22301 (2012)), Compliancemanagement (IDW PS 980 (2011)),⁸ u.v.m. Internes Kontrollsystem (IKS) und Interne Revision ergänzen – mit jeweils unterschiedlichem Ansatz und Zielrichtung, aber etlichen Überschneidungen – diese „Systeme“.

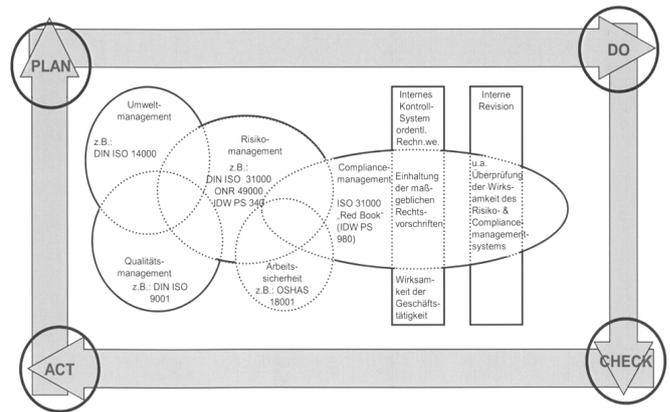
Ein Unternehmen, das nach und nach das eine oder andere „System“ einführt, produziert damit fast unweigerlich Insellösungen, die nicht gelebt werden und deren Daten (sofern überhaupt eingepflegt) aufgrund fehlender Homogenität u.a. den „Segnungen“ der digitalen Datenanalyse nicht zur Verfügung stehen. Dabei hat jedes lebende Unternehmen bereits per se ein Managementsystem: In jedem Unternehmen „bewegt sich was“: Es gibt eine Aufbau- und Ablauforganisation, einen Regelkreislauf: Oft chaotisch, oft nicht dokumentiert, oft unbewusst, oft schon ganz passabel oder gar „best practice“. Die Anforderungen der oben genannten Standards müssen lediglich als Komponenten in die Bestandteile der rechtssicheren Organisation (Aufbau- und Ablauforganisation) eingefügt werden.⁹

6 Beispielsweise: Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK), einschlägige Normen des GmbHG und der GmbH-Satzung für GmbH-Geschäftsführer, AktG für AG-Vorstände, einschlägige Strafgesetze, Beschlüsse von Aufsichtsrat und Gesellschaftern, Regelungen im Anstellungsvertrag und in Geschäftsordnung, etc. Im Übrigen hat die Geschäftsleitung für die Befolgung *aller* für das Unternehmen maßgeblichen Gesetze zu sorgen.

7 Beispielsweise: IDW PS 720 (2010) Ordnungsgemäßheit der Geschäftsleitung, IDW PS 261 (2012) Rechnungslegungsbezogenes, Internes Kontrollsystem, DCGK als Standard, falls nicht schon direkt verpflichtend. Viele weitere Standards enthalten in Teilbereichen Aussagen zum Management, z. B. IDW S 6 (2009), vgl. *Scherer/Fruth*, Stark in die Zukunft, Neue Trends für effizientes und nachhaltiges Management, 1. Aufl., 2012, S. 38 ff. und unten nach C. I.

8 Derzeit noch kein ISO-Standard vorhanden, deshalb empfehlenswert: Rückgriff auf DIN ISO 31000 (2008) oder andere, z.B. US Sentencing Guidelines (2010), COSO, etc.

9 Positiv ist die großzügige Überschneidung dieser Standards, so dass beispielsweise die Implementierung der Anforderungen an QM, Umwelt- und Arbeitssicherheitsmanagement bereits ca. zwei Drittel des Risikomanagements abdecken mag, vgl. *Scherer/Fruth*, Stark in die Zukunft, Neue Trends für effizientes und nachhaltiges Management, 1. Aufl., 2012, S. 69 ff.



I. Anforderungen, Ziele und Mehrwert des ganzheitlichen Governance-Managements

Zu den Anforderungen und Zielen von ganzheitlichem Management und „Good Governance“ gehören primär die Erfüllung der Pflichten ohne jeglichen Spielraum (Compliance) und das Agieren im vorgegebenen, zwingenden Rahmen und erst anschließend Ziele, deren Erreichung nicht zwingend vorgegeben, aber von entscheidungsbefugten Interessensgruppen gewünscht ist.

Es ist als erstes zu klären, was die Geschäftsleitung tun *muss*, ohne Alternativen bezüglich des Ob und des Wie zu haben, was also Compliance-Anforderung ohne Entscheidungsspielraum ist: z. B. die Erstellung des Jahresabschlusses oder das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen. Hier sind sowohl zeitliche als auch inhaltliche Anforderungen gesetzlich vorgeschrieben. Würde zwingend vorgegebenes Verhalten unterlassen oder nicht in der richtigen Frist und Form erfolgen, stellte dies eine – evl. auch strafrechtlich – haftungsbewehrte Pflichtverletzung (Complianceverstoß) dar.¹⁰

Darüber hinaus gibt es nicht dispositive Pflichtaufgaben bezüglich des Ob, jedoch mit Spielraum bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung, des Wie: Zum Beispiel die Einführung eines Risikomanagementsystems: Für AG und große GmbH nach § 91 Abs. 2 AktG (analog) vorgeschrieben. Für mittelständische Unternehmen besteht die Pflicht über die Vorgabe, sich wie ein gewissenhafter Geschäftsführer, Vorstand, Aufsichtsrat, Kaufmann etc. zu verhalten. Es ist mittlerweile anerkannter Stand der Technik, also Standard, Risikomanagement zu betreiben. Bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung wird jedoch nur Angemessenheit, also Geeignetheit zur Zielerreichung, als Vorgabe gefordert.

Bei der Unterscheidung, ob die Aufgaben der Geschäftsleitung verpflichtend oder freiwillig sind, ist zu eruieren, ob die jeweilige Aufgabe entweder dezidiert in Gesetzen oder sonstigen Regelungen vorgegeben ist. Möglich ist aber auch, dass aus Normen bestimmte abstrakte Begriffe abgeleitet werden,¹¹ diese aber erst noch erläutert/präzisiert werden müssen.

Anschließend ist noch stets an die Generalklausel zu denken, ein Vorstand oder Geschäftsführer habe sich wie ein gewissenhafter Geschäftsmann zu verhalten.¹² Würde

10 Sog. „Legalitätspflicht“ der Geschäftsleitung, die sowohl im Öffentlichen Recht als auch im Zivilrecht (str.) gilt, vgl. *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 17, 22, 22 b und 23.

11 Z.B. § 823 BGB: allgemeine Organisationspflicht / Verkehrssicherungspflicht / Produzententpflicht.

12 Vgl. § 43 GmbHG, § 93 AktG.

ein gewissenhafter Manager nur in eine bestimmte Richtung agieren, so kann hier nicht mehr von freiem Ermessen gesprochen werden. Durch Weisungen, vertragliche Verpflichtungen, etc., kann auch eine eigentlich freie Aufgabe zur Pflichtaufgabe werden.

Was nun tatsächlich Pflicht bzw. Kür für die Geschäftsleitung darstellt, ist also keine Frage des Bauchgefühls. Bei der Leistungserbringung durch die Geschäftsleitung ist zu differenzieren: Die Geschäftsleitung hat natürlich die Verantwortung für Planung und Umsetzung der Kernleistungen (Produktion/Handel/Dienst- oder Werkleistung/Vermietung etc.), aber auch sämtlicher sonstiger wesentlicher Funktionen des Unternehmens. Folgende Themen (nicht abschließend) stehen zur Auswahl: Vision/Strategie, Organisation, Finanzen, Personal, Risiko- und Chancenmanagement, Compliancemanagement, F & E (Innovation), Beschaffung, Vertrieb und Marketing, IT, Controlling/Rechnungswesen, Logistik, Wissensmanagement, QM, Umweltmanagement, Arbeitssicherheit, internes Kontrollsystem, internes Revisionsystem, Datenschutz, Business Continuity, etc.¹³

Die Geschäftsleitung sollte – nach oben aufgeführten Grundsätzen – z.B. einmal jährlich im Rahmen des Management-Reviews ermitteln (und dokumentieren), welche Themen (aufgrund verpflichtender Vorgaben oder bei „gewissenhafter Geschäftsleitung“) zwingend bearbeitet werden müssen bzw. sollen und welche freiwillige Themen bewusst (derzeit) nicht aktiviert werden. Auch die Frage des Umfangs (des „Wie?“) der Bearbeitung ist zu klären.¹⁴ Die Risiken und Chancen der ausgewählten Gebiete sind zu bewerten und die priorisierten Maßnahmen zu steuern.

Sofern aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe oder umstrittener Rechtsanwendung unklar ist, ob eine bindende Pflicht der Geschäftsleitung besteht, ist „in der Regel die Einholung eines (externen) sachkundigen Rechtsrats“ erforderlich, um der Pflicht zur „sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung“ Genüge zu tun.¹⁵

Bei den freiwillig zu erfüllenden Aufgaben der Geschäftsleitung ist stets an die sog. Business Judgment Rule¹⁶ zu denken: Der Manager muss sich bei Entscheidungen mit Ermessensspielraum die nötigen Informationen besorgen, das erforderliche Know-how besitzen, um die Informationen bewerten zu können¹⁷ und dann im Rahmen eines pflichtgemäßen Ermessens entscheiden, ob und gegebenenfalls wie er die Aufgabe ausführt.

Im Rahmen der Informationsbeschaffung und -auswertung und der Entscheidung, ob und wie eine Maßnahme ausgeführt wird, ist stets der anerkannte Stand von Wissenschaft und Technik zu berücksichtigen. Weicht der Manager negativ von diesem anerkannten Stand der

Technik ab, so könnte das eine Pflichtverletzung darstellen, zumindest zur Beweislastumkehr zu Lasten des Managers führen.¹⁸

Der Manager kann somit selbst die von ihm fakultativ zu verfolgenden Ziele nicht einfach willkürlich bestimmen, sondern muss zunächst eine Umfeld- und Unternehmensanalyse inkl. vorhandener und möglicher Potenziale und Ressourcen durchführen und unter Beachtung der Unternehmensstrategie die Ziele der maßgeblichen Entscheider berücksichtigen, um ermessensfehlerfrei zu agieren.

II. Die „Player“ und Governance: Wer bestimmt eigentlich über Strategie und Schicksal des Unternehmens?

Nicht nur Geschäftsführer, Vorstände oder sonstige Geschäftsleitungsorgane geben Visionsziele und Marschrichtung (Strategie) vor. Auch die Gesellschafterversammlung („Shareholder“) und Aufsichtsorgane nehmen bisweilen maßgeblich Einfluss.

So beschreibt für die Aktiengesellschaft der Deutsche Corporate Governance-Kodex in der Fassung vom 26. 5. 2010¹⁹ das Zusammenspiel von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung.

Auch für GmbH, Genossenschaften, Stiftungen, etc. sind die Rollenverhältnisse der Beteiligten abzuklären, zu dokumentieren, kommunizieren und umzusetzen. Dabei sind auch die Regelungen in der jeweiligen Satzung, in den Gesellschaftsverträgen oder Geschäftsordnungen der Organe (Geschäftsführer bzw. Vorstand, Gesellschafterversammlung, Aufsichts-, Bei- oder Stiftungsrat) heranzuziehen.

Die Darstellung von „Governance in der GmbH“ enthält die Beschreibung der Aufgaben, Rechte und Pflichten im Rahmen der Unternehmensleitung und -überwachung sowie das Zusammenspiel der einzelnen Gesellschafter und der Organe der GmbH. Organe der GmbH sind die Gesellschafterversammlung, der Geschäftsführer und ggf. der Aufsichts- oder Beirat. Der einzelne Gesellschafter ist kein Organ der GmbH. Er übt seinem Einfluss i. d. R. durch Mitwirkung in der Gesellschafterversammlung aus. Die Gesellschafterversammlung hat gem. § 37 Abs. 1 GmbHG gegenüber dem Geschäftsführer ein sog. Weisungsrecht.²⁰ Bei Fehlen einer satzungsmäßigen Bestimmung oder einer gesetzlichen Regelung kann die Gesellschafterversammlung mit Ausnahme zwingender Kompetenzen der Geschäftsführer und des Aufsichtsrats²¹ im Innenverhältnis nahezu jede Angelegenheit an sich ziehen.²² Die grundlegenden Angelegenheiten (die „Bestimmung der Unternehmenspolitik“) fallen in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung.²³

Grundaufgabe des Geschäftsführers ist die laufende Geschäftsführung, die grundsätzlich alles, was der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dient, umfasst.²⁴ Einschränkung

13 Vgl. *Jung/Bruck/Quarg*, Allgemeine Managementlehre, 4. Aufl. 2011, S. 119 ff., 273 ff., 479 ff.

14 Z. B.: mehrere Themen in einem Modul (Risiko- und Compliancemanagement, oder Themen nicht isoliert, sondern als integrierter Teil eines anderen Themas (z. B. Umwelt: Kein Umwelt-Managementsystem, sondern Umwelt-Anforderungen (rechtlich oder von Stakeholdern vorgegeben/gewünscht) als Teil von Qualitätsmanagement oder Risikomanagement, etc.).

15 *Zöllner/Noack* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 23.

16 Vgl. *Sieg/Zeidler*, Business Judgment Rule, in: *Hauschka*, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, S. 52 ff.

17 Der Beurteilungsspielraum ist durch *objektive Nachvollziehbarkeit* begrenzt, vgl. *Zöllner/Noack* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 22, d. h., der Geschäftsführer muss auch hinsichtlich seiner Informationen vernünftigerweise annehmen dürfen, dass seine darauf beruhende Entscheidung dem Wohl der Gesellschaft dient. Dies ist nur bei entsprechendem Know-how gewährleistet.

18 Vgl. dazu unten III.

19 Abgedruckt in *Keller/Schünemann/Stober*, Compliance Textsammlung, 2011, S. 201.

20 Der Geschäftsführer hat sich an die Weisungen der Gesellschafterversammlung zu halten, selbst wenn die Entscheidung wirtschaftlich für die Gesellschaft nachteilig ist (*OLG Frankfurt*, NJW-RR 1997, 736). Anders, wenn Weisungen gesetzes- oder sittenwidrig sind.

21 § 46 GmbHG.

22 *Zöllner* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 46 GmbHG Rn. 89.

23 Vgl. hierzu *Zöllner* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 46 GmbHG Rn. 90.

24 *Roth/Altmeyden*, GmbHG 7. Aufl. 2012, § 35 GmbHG Rn. 17 ff.

kungen können sich aus Gesetz, der Satzung oder aus Weisungen der Gesellschafterversammlung ergeben. Die Erfüllung zwingender gesetzlicher Vorgaben²⁵ ist nicht einschränkbar. Zur Änderung der durch die Gesellschafterversammlung festgelegten Geschäftspolitik ist der Geschäftsführer ohne Zustimmung der Gesellschafter nicht befugt.²⁶

Die GmbH kann einen (fakultativen) Aufsichtsrat einrichten.²⁷ In der Praxis sind neben „Aufsichtsrat“ Bezeichnungen wie Beirat, Verwaltungsrat, etc., üblich. Kompetenzen des Aufsichtsrats bestimmen die Gesellschafter (in der Satzung) frei nach ihrem Ermessen.²⁸ In der Regel übernimmt der Aufsichtsrat Kontroll-, Beratungs- und Überwachungsfunktionen bezüglich der Geschäftsführertätigkeit hinsichtlich Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Unternehmenspolitik und deren Maßnahmen. Dem Aufsichtsrat obliegt insbesondere „die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionsystems sowie der Abschlussprüfung [...]“.²⁹ Dies gilt jedenfalls für GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat, richtigerweise wohl aber auch für GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat.³⁰

Sonstige Interessensgruppen, die mit dem Unternehmen verbunden sind,³¹ bestimmen zum Teil ebenfalls mit ihren Wünschen oder Forderungen die Richtung oder sogar den Rahmen der unternehmerischen Betätigung.

Es ist sinnvoll, den rechtlich vorgegebenen Rahmen, die Mitentscheider, ihre Vorgaben, Wünsche, Anregungen zu eruieren, transparent zu machen, zu dokumentieren und bei unternehmerischen Entscheidungen in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen. In vielen Unternehmen fehlt diesbezüglich noch die entsprechende Organisation beziehungsweise Transparenz.

Die Suche nach einem gemeinsamen Nenner oder übereinstimmenden Motiven und Zielen der maßgeblichen Entscheider ist Bestandteil der Unternehmensstrategieentwicklung: Allen oben genannten Beteiligten sollte an Nachhaltigkeit, also am dauerhaften Bestand des Unternehmens gelegen sein. Unternehmenswertoptimierung und return on investment, bezogen auf eingesetztes Kapital, aber auch auf investierte Energie, Engagement und „Herzblut“ steht, ebenso wie die Überschaubarkeit und Steuerbarkeit der Risiken auf aller Wunschliste. Schließlich ist gerade auch für die nicht operativ Tätigen wichtig, ausreichend mit Informationsfluss, Transparenz und Planungssicherheit bedient zu werden. Immer höherer Stellenwert wird derzeit von den Entscheidern dem Thema „Compliance“ (die Einhaltung maßgeblicher Pflich-

ten) eingeräumt, seit sich allmählich herumgesprochen hat, dass bei Non-Compliance persönliche zivil- und strafrechtliche Haftung nicht nur für Vorstand und Geschäftsführung, sondern auch für Aufsichtsorgane, u.U. sogar reinen Gesellschaftern, den Mitarbeitern, aber auch den Verantwortlichen in staatlichen Behörden oder Gremien droht.³²

1. Gefährdung der gemeinsamen Ziele der Entscheider durch realisierte (Compliance-)Risiken

Bezüglich eingetretener Krisensituationen für Unternehmen und/oder Manager ist bei der Risikoursachenforschung zwischen schleichenden (und damit eigentlich steuerbaren) Entwicklungen und plötzlichen, nicht vorhersehbaren Ereignissen zu differenzieren. In der Praxis werden die meisten Probleme von den Entscheidern im Nachhinein als „schwarze Schwäne“, also als überraschend und im Vorfeld nicht steuerbar etikettiert, um sich gegen Vorwürfe prophylaktisch zu verteidigen. Bei näherer, objektiver Betrachtung erweisen sich jedoch viele Insolvenzen oder sonstige bestandsgefährdende Ereignisse³³ in der Auswirkung als scheinbar plötzlich auftretend, aber in den Ursachen meist auf schleichenden Entwicklungen beruhend oder zumindest vorhersehbar. Raum für echte schwarze Schwäne bleibt da nur wenig. Ebenso haben zahlreiche dieser persönlichen oder unternehmerischen worst-case-Szenarien ihre Ursachen in einer ebenfalls nicht unvorhersehbaren oder unvermeidbaren Complianceproblematik.³⁴

Die meisten auf diese Situationen anwendbaren zivil- und strafrechtlichen Haftungsnormen setzen Pflichtverletzung und Verschulden voraus. Meist reicht leichteste Fahrlässigkeit.³⁵ Schuldhaftige Pflichtverletzungen können selbst ohne Schadenseintritt empfindliche Sanktionen nach sich ziehen, z.B. im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Das zentrale Element jeglicher Haftung stellt also die Pflichtverletzung (durch Tun oder Unterlassen), das primäre Vermeidungsziel von Compliancemanagement, dar.

2. Governance: Nachhaltigkeit, Unternehmenswertsteigerung und (persönliche) Risikoreduktion für die Entscheider im Unternehmen

Die klassischen Unternehmensbewertungsmethoden³⁶ stellen nahezu ausschließlich auf Vergangenheitszahlen ab. Sofern ein Unternehmen mit letztjähriger „guter Performance“ dieses Jahr in die Krise strudelt, stimmen die Ergebnisse der klassischen Methoden mit der Realität

25 Zwingende Aufgaben sind z.B. Buchführungspflicht (§ 41 GmbHG), Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO), Pflicht zur Erstellung des Jahresabschlusses und des Lageberichtes (§ 264 HGB), Erfüllung der steuerlichen Pflichten (§ 34 AO), vgl. *Ockelmann/Pieperjohanns/Hölck* in: Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht, 2. Aufl. 2011, Kapitel 7 Rn. 130 ff.

26 *BGH NJW* 1991, 1681.

27 Unterliegt die GmbH der Mitbestimmung (was insbesondere der Fall ist, wenn eine GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt) erfordert das Gesetz einen (obligatorischen) Aufsichtsrat, §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 4.

28 *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 52 GmbHG Rn. 24.

29 § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG.

30 Vgl. *Germoth*, Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss: Praktische Auswirkungen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes auf die Corporate Governance der GmbH, NZG 2010, S. 292.

31 „Stakeholder“, wie z.B. Behörden, Arbeitnehmervertreter, Großkunden oder Lieferanten.

32 *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 35 GmbHG, Rn. 68 a: „Neumodisch „Compliance“ genannt [...] Man sieht: Im Grunde alles Selbstverständlichkeiten. Neu ist nur der Begriff und ggf. die Absicherung durch Organisationsmaßnahmen [...]“.

33 Z. B. Ausfall einer Großforderung, Wegfall eines Großkunden, Lieferantenausfall mit Produktionsstillstand bei Single Sourcing, Leistungsträgerwegfall, Produkthaftungsfall, sonstige Schäden, vgl. Brand Flughafen Düsseldorf, Finanzkrise 2008 ff. oder Naturereignisse wie Fukushima 2011 mit Erdbeben, Tsunami und Atomkatastrophe, etc.

34 Z.B. jüngst die Insolvenz einer großen Brotfabrik in Freising, ebenso wie der Rücktritt eines Bundespräsidenten, bei dem sich ein lediglich potenzieller Complianceverstoß zum Reputationsrisiko verdichtet hat.

35 Z.B. § 823 BGB, § 280 BGB, sowie bereits fahrlässig begehbare Straftatbestände wie Körperverletzung, Tötung, etc.

36 Ertragswert-, Discounted Cash Flow-, Substanzwert- oder Kombinationsverfahren, vgl. *Scherer/Fruth*, Gesellschafter-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien für GmbH-Gesellschafter, 2011, S. 35, Fn. 57. Vgl. auch IDW S1 (2008): Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen.

nicht mehr überein, vermitteln vielmehr ein gefährliches Trugbild.³⁷ Die genannten Methoden sind nach Ansicht des Verfassers seriöserweise daher nur dann anwendbar, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit die Annahme rechtfertigt, dass das Unternehmen stabil bleiben oder sich positiv entwickeln wird. Diese Prognose sollte nicht zu leichtfertig ohne ausreichende Informationsbasis abgegeben werden, da dies durchaus zur Haftung des Gutachters führen kann.

In der Praxis fehlen aber häufig die hinreichenden Informationen, sind nicht aktualisiert verfügbar oder die Antwort auf die Frage, welche Parameter überhaupt Aussagen über die positive oder negative Zukunft zulassen, ist nicht bekannt.

Das Rad muss nicht neu erfunden werden:³⁸ Business Pläne, die diesen Namen auch verdienen, Sanierungsgutachten gemäß den Anforderungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer,³⁹ due diligence-Checks bei Mergers and Aquisitions,⁴⁰ fundierte Lageberichte, Risiko- oder Prognoseberichte (§ 289 HGB), Prospekte zur Vorbereitung eines Börsengangs, Rating-Berichte, die nicht nur Finanzkennzahlen, sondern auch die ebenso wichtigen sog. „Softfacts“ genau beleuchten, u.v.m. haben eines gemeinsam: Sie sollen dem Adressaten hinreichend Transparenz über das Unternehmen bieten. Lediglich Finanzkennzahlen zu studieren, reicht keinesfalls, um die Zukunftsaussichten abzuschätzen bzw. ein fundiertes Rating zu erstellen.

In den oben unter I. aufgelisteten Bereichen liefert eine objektive SWOT-Analyse unter Berücksichtigung von Trends und zukünftigen Entwicklungen die Basis zur Beurteilung der Stärken (Strengths), Schwächen (Weaknesses), Chancen (Opportunities) und Risiken (Threats), somit zur positiven oder negativen Prognose des Unternehmens. Das Ergebnis der SWOT-Analyse zeigt der Geschäftsleitung, wo sie die anerkannten Methoden und Werkzeuge aus Recht, Technik und Wirtschaft zum Einsatz bringen kann, um Stärken auszubauen, Chancen zu nutzen, Risiken zu steuern und Schwachstellen u. U. zu substituieren.

Sofern die Geschäftsleitung hier untätig bleibt oder sich lediglich auf ihr Bauchgefühl verlässt und das Unternehmen dadurch an Wert und Stabilität verliert, stellt sich folgende Frage:

III. Besteht im Sinne eines sorgfältigen und gewissenhaften Managements eine haftungsbewehrte Pflicht der Geschäftsleitung zur Kenntnis und (vernünftigen) Anwendung von anerkannten Werkzeugen und Methoden aus Recht, Technik und Wirtschaft?

Möglicherweise lässt sich die Antwort aus der allgemeinen Pflicht eines ordentlichen Kaufmanns oder gewissenhaften Geschäftsleiters, Nachteile vom Unternehmen fernzuhalten und einer Melange aus Business Judgment Rule, Risikomanagement- und Organisationspflicht, herleiten:

So verlangt § 34 GenG von den Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft, bei ihrer Geschäftsführung die Sorg-

falt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden und statuiert bei Pflichtverletzungen eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Genossenschaft. Fast wortgleich definiert § 93 AktG die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft und § 43 GmbHG für GmbH-Geschäftsführer, wobei in § 93 Abs. 1, S. 2 AktG die Business Judgment Rule kodifiziert wurde:

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Für kaufmännische Unternehmer (Kaufleute als Einzelunternehmer oder OHG- und KG-Komplementäre, etc.) spricht das Handelsgesetzbuch in § 347 HGB von den Sorgfaltspflichten eines „ordentlichen Kaufmanns“.

Die zentrale These lautet, dass ein gewissenhafter, ordentlicher Geschäftsleiter auch die „Basics“ einschlägiger betriebswirtschaftlicher, technischer und rechtlicher Werkzeuge, Methoden und des aktuellen Wissens kennen muss, um über deren sachgerechten Einsatz überhaupt urteilen zu können. Dieses Know-how stellt einen wesentlichen Bestandteil der „angemessenen Informationen“ i. S. der Business Judgment Rule dar.

Die Pflicht, geschäftliche oder unternehmerische Entscheidungen sorgfältig vorzubereiten, ist anerkannt.⁴¹ Zwar darf ein Geschäftsführer auch riskante Geschäfte eingehen oder verlustbringende Maßnahmen ergreifen, jedoch niemals das erlaubte Risiko überschreiten und auch nie sein unternehmerisches Ermessen fehlerhaft ausüben, was anzunehmen ist, wenn „aus ex-ante Perspektive das Handeln des Geschäftsführers hinsichtlich ausreichender Information als Entscheidungsgrundlage zum Wohl der Gesellschaft unvertretbar erscheint.“⁴²

Fehlerfreie Ermessensausübung setzt freilich neben hinreichenden Informationen voraus, dass das Know-how vorhanden ist, um Handlungsalternativen überhaupt zu erkennen, da nur dann im Anschluss ein sachlicher Abwägungsvorgang stattfinden kann: Kennt der Geschäftsleiter dagegen die anerkannten Werkzeuge und Methoden erst gar nicht, so kann er die Abwägung, welche sinnvollerweise anzuwenden sind, nicht treffen und die weitere Frage, ob nach sachgemäßer Auswahl des Instrumentariums dieses fachgerecht eingesetzt wurde, stellt sich gar nicht mehr.⁴³

Hier ist auch die Einbruchstelle für Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement: Bei der Informationsgewinnung und -Bewertung im Wirkungskreis der Business Judgment Rule helfen anerkannte Methoden des Risiko- und Compliancemanagements, den Pflichtenrahmen des möglichen Handelns abzustecken und bzgl. der einzugehenden Risiken nicht „aus dem Bauch heraus“ zu handeln. Diesbezüglich gibt es bereits anerkannte Standards.⁴⁴

37 Vgl. Scherer/Fruth, *Gesellschafter-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien für GmbH-Gesellschafter*, 2011, S. 34 ff. (Nachhaltige Unternehmenswertoptimierung versus klassische Unternehmensbewertungsmethoden).

38 „Keinen alten Wein in neue Schläuche füllen!“.

39 Zur Prüfung von Sanierungskonzepten, IDW S6 (2009) und IDW E S6 (2011).

40 M&A-Transaktionen: Käufe, Übernahmen, Fusionen.

41 Vgl. Lutter, *GmbHR*, 2000, S. 301 ff.

42 Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, *GmbHG-Kommentar*, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 22 und zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung ab Rn. 24.

43 Zustimmung Gleißner/Romeike, *Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit*, 1/2012, S. 17.

44 „Methoden der Risikobeurteilung in ONR 49002-2: Die Methoden der Risikobeurteilung können in fünf verschiedene Gruppen eingeteilt werden: Kreativitätstechniken, Szenario-Analysen, Indikatoren-Analysen, funktionale Analysen und statistische Metho-

Bezüglich der Entscheidungsfällung nach den Vorgaben der Business Judgment Rule schafft Risikomanagement Transparenz und gibt Grundsätze vor: Risiken- und Nutzenabwägung und Berücksichtigung der Risikotragfähigkeit des Unternehmens.

Der Entscheider hat sich freilich nicht zwingend auf dem neuesten Stand von Wissenschaft und Technik, aber immerhin auf dem anerkannten Stand als Mindeststandard zu bewegen.⁴⁵ Diese Aussage bezieht sich nicht nur auf technisch physikalische Themen, sondern ebenso u.a. auf rechtliche und betriebswirtschaftliche Methoden und Werkzeuge. Das heißt, dass anerkannte und praktizierte Management-Standards die Messlatte für pflichtgemäßes Verhalten⁴⁶ oder Pflichtverletzung⁴⁷ darstellen.⁴⁸ Von Juristen anerkannt werden Vorschläge, das pflichtgemäße Verhalten eines Geschäftsleiters in Standards, wie die Grundsätze der Corporate Governance, standardisierte Mindestanforderungen einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation, etc., zu fassen.⁴⁹ Selbstverständlich wird hier nicht gefordert, dass jeder Unternehmer höchstpersönlich die berühmte „eierlegende Wollmilchsau“ mit allumfassenden Fähigkeiten und Kenntnissen darstellen muss. Vielmehr sollte er seine Stärken und Schwächen kennen und Defizite unter Beachtung der Grundsätze rechtssicherer Delegation durch geeignete Maßnahmen, Mitarbeiter, Berater ausgleichen.⁵⁰ Alter, Arbeitsüberlastung, Überforderung, Unerfahrenheit, Unkenntnis, etc. sind keinesfalls Entschuldigungsgründe.⁵¹ Bei der rechtssicheren Delegation stellt sich zunächst die Frage, ob die Aufgabe überhaupt delegierbar ist.⁵² Anschließend, ob die Aufgabe mit Ressourcen des Unternehmens erfüllt werden kann⁵³ und soll.⁵⁴ Unabhängig von der Entscheidung sind die internen oder externen⁵⁵ Delegationsempfänger sorgfältig auszuwählen (fachliche und persönliche Eignung), zu instruieren und zu überwachen.⁵⁶

Obiger These folgend handelt ein Unternehmer nicht pflichtgemäß, wenn er – wie in der Praxis häufig anzutreffen – in Bezug auf Wissen und Fähigkeiten zur Füh-

rung eines Unternehmens erhebliche Defizite aufweist und das Unternehmen deshalb durch fehlerhafte unternehmerische Entscheidungen Verluste erleidet.⁵⁷

Dies hieße in der Konsequenz, dass Geschäftsleiter in Bezug auf ihren Qualifizierungsstatus in der Lage sein müssten, eine Art „Manager-TÜV“ oder „Manager-Rating“ erfolgreich zu bestehen, um nachzuweisen, die einschlägigen Basics in Recht, Technik und Wirtschaft als Voraussetzung für unternehmerisches Handeln zum Wohle des Unternehmens, also pflichtgemäßes Handeln, zu beherrschen.⁵⁸ Oder zumindest müssten sie nachweislich eine SWOT-Analyse durchgeführt und Schwächen und Risiken in ihrer Person behandelt haben, indem sie durch Delegation substituierten.

Im Umfeld des Kernbereiches der Business Judgment Rule, die unternehmerische Entscheidungen, bei denen Handlungsspielräume und Alternativen existieren, anspricht, gibt es bereits zahlreiche Fälle aus dem Feld des operativen und strategischen Managements, in denen die Rechtsprechung Managementfehler, also Verhalten, das nicht dem anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik bzw. oder „good practice“ entspricht, als Pflichtverletzung sanktioniert:

So haftet ein Geschäftsführer, der bei deutlicher Unterbeschäftigung seiner Arbeitnehmer infolge von Auftragsmangel nicht einmal den Versuch unternimmt, Kosten durch Kurzarbeit zu reduzieren.⁵⁹ Ebenso, wenn er aufgrund unterlassener Bonitätsprüfung bei der Gesellschaft einen Forderungsverlust verursacht.⁶⁰ Auch muss ein Geschäftsleiter im Rahmen seiner Organisationspflichten den verlängerten Eigentumsvorbehalt der Lieferanten schützen⁶¹ und dafür sorgen, dass jederzeit eine ausreichende Dokumentation über die finanzielle und wirtschaftliche Situation des Unternehmens existiert.⁶² Die Organisationspflicht umfasst auch, das Unternehmen organisatorisch und personell so aufzustellen, dass die Erreichung des Gesellschaftszwecks am besten gesichert wird.⁶³ Fehlkalkulation eines Preises für einen Auftrag,⁶⁴ unsorgfältige Überwachung des Zahlungsverkehrs⁶⁵ und Unterlassung einer zügigen Rechnungsstellung,⁶⁶ aber auch der Ausgleich von noch nicht fälligen Verbindlichkeiten,⁶⁷ das Unterlassen einer vorherigen Nutzen-Kosten-Untersuchung bei Er-

den.“, *Brühwiler/Romeike*, Praxisleitfaden Risikomanagement, 1. Aufl. 2010, S. 97; vgl. auch ISO 31010 Risk Assessment und ONR 49000, S. 20: „Risikomanagement ist Teil der Entscheidungsfindung. Risikomanagement unterstützt Risikoeigner dabei, fundierte Entscheidungen zu treffen. Risikomanagement kann dazu beitragen, Aktivitäten zu priorisieren und zwischen verschiedenen Handlungsalternativen zu unterscheiden“.

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

46 Verhalten ist besser oder gleich Standard.

47 Verhalten ist schlechter als Standard.

48 Zustimmend *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 1/2012, S. 18.

49 *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 19.

50 Zustimmend *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 1/2012, S. 18.

51 *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 11.

52 Wichtig ist hier eine klare Differenzierung zwischen den Themen „Zulässigkeit einer Delegation“, „Zulässigkeit einer Stellvertretung“, „fachliche und/oder disziplinarische Weisungsbefugnis“, „Zeichnungsbefugnis“, „Aufsichtsberechtigung und -pflicht“, „Informations- oder Reportingpflichten“, etc. („Interaktionsmanagement“).

53 Sind Know-how und Ressourcen vorhanden oder kann/soll zugekauft werden?

54 Effizienzgesichtspunkte, strategische Überlegungen.

55 „outsourcing / off- und onshoring“.

56 Vgl. *Scherer/Eruth*, Geschäftsführer-Compliance, 1. Aufl. 2009, Haftung des Geschäftsführers wegen Organisationspflichtverletzung sowie *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 26 bzgl. der Delegation durch den/die Geschäftsführer.

57 Da Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit hier unschwer zu bejahen sein dürfte, ist auch Verschulden anzunehmen.

58 Die Praxis zeigt häufig, dass die gesetzlichen Anforderungen, wie der GewO und des GmbHG (vgl. § 6 GmbHG), sowie branchenabhängige Compliance-Vorgaben, bzgl. der Zulässigkeit der Ausübung einer Geschäftsleitungstätigkeit nicht sicherstellen, dass „Good-Governance“ oder „Good Practice“ im Management die Regel darstellen. Zum Führen eines KFZ ist ein Führerschein erforderlich, zum Führen eines Unternehmens kein entsprechender Befähigungsnachweis. Interessant scheint daher nicht nur, sachbezogene Eignungsvoraussetzungen im Hinblick auf Gesellschaft, Zweck, Art und Größe des Unternehmens, Branche, etc., sondern auch bzgl. allgemeiner „Management-Skills“ in der Satzung und einbezogenen Stellenbeschreibung zu regeln, vgl. *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 35 GmbHG, Rn. 24.

59 *BGH NJW* 2003, S. 358 ff.; vgl. *Sieg/Zeidler*, Business Judgment Rule, in Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, Rn. 42.

60 Vgl. *BGH NJW* 1981, S. 440; *Sieg/Zeidler*, Business Judgment Rule, in Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, Rn. 43.

61 *BGH GmbHR* 1990, S. 207; *Sieg/Zeidler*, Business Judgment Rule, in Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl., 2010, Rn. 44.

62 *BGH WM* 1995, S. 709.

63 Vgl. *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 17.

64 *BGH NZG* 2008, S. 314.

65 *OLG München GmbHR* 2000, S. 732.

66 *OLG Koblenz v. 26.2.2007*, BeckRS 2007, 03820.

67 *OLGR Koblenz* 1999, S. 381.

werb eines EDV-Systems,⁶⁸ Abschluss und/oder Vergütung unbrauchbarer oder nicht erfüllter Beraterverträge,⁶⁹ unterlassene Organisation von Compliance (recht- und pflichtgemäßes Verhalten),⁷⁰ Verletzung der Pflicht zur Erkennung der Sanierungsbedürftigkeit und zur Sanierung der GmbH⁷¹ führten ebenso zu Verurteilungen von Geschäftsführern, wie andere Klassiker.⁷²

Bei der konkreten Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Geschäftsleiter wegen Schäden aufgrund „fehlender Managementfähigkeiten“ hilft den Anspruchstellern⁷³ bei der Voraussetzung der (schuldhaften) Pflichtverletzung die jeweilige gesetzliche Regelung in § 34 GenG, § 93 AktG, § 43 GmbHG oder auch § 280 BGB (im Rahmen des Anstellungsvertrages), die die Beweislast für pflichtgemäßes bzw. schuldloses Verhalten dem Geschäftsleiter aufbürdet.

So trifft die GmbH bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen ihren Geschäftsführer nur die Darlegungs- und Beweislast für die Frage, ob und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis Schaden entstand.⁷⁴ Der Geschäftsführer muss dagegen vorbringen und beweisen, dass er seiner Sorgfaltspflicht Genüge getan hat oder er schuldlos handelte oder der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten ebenso eingetreten wäre.⁷⁵ Im Detail finden sich zu dieser Problematik vielfältige Ansichten.⁷⁶ Zuzustimmen ist dem in § 93 Abs. 2 AktG (Business Judgment Rule) anklingendem Grundsatz der Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen und Beweisnähe.⁷⁷ Ebenso ist richtig, dem Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen mit Ermessensspielraum keine Erfolgshaftung aufzuerlegen.

Sofern ein Unternehmen nicht nur im Einzelfall als Folge konkreter Aktivitäten, sondern generell Verluste erleidet oder gar in Krise oder Insolvenz gerät, lässt sich zwar die Höhe des Schadens (u.U. unter Einschaltung von Gutachtern) benennen. Problematisch könnte jedoch für die Kläger der Nachweis der Kausalität der Managementfehler für die Schädigung sein: Anerkannt ist insoweit bisher, dass zwar die Regeln des Anscheinsbeweises Anwendung finden, die bloße Möglichkeit einer Kausalität jedoch nicht ausreicht.⁷⁸ Jedoch soll sich in Fällen, in denen die Art des Schadens eine tatsächliche Vermutung für eine typischerweise vorliegende Ursache in pflichtwidrigem Verhalten des Geschäftsführers aufweist, die Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Ursächlichkeit zwischen Pflichtver-

letzung und Schaden erübrigen.⁷⁹ Darüber hinaus mag zu Lasten des Geschäftsleiters die Tendenz der Rechtsprechung⁸⁰ und Gesetzgebung⁸¹ herangezogen werden, bei grober Organisationspflichtverletzung,⁸² die wiederum häufig schon bei fehlender positiver Dokumentation angenommen wird, die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden zu vermuten: Eine grobe Organisationspflichtverletzung könnte mit dem Fehlen der Anwendung oder Dokumentation der Business Judgment Rule oder der „Basic-Tools“ im Bereich der Managementaufgaben argumentiert werden, d.h., der Geschäftsleiter müsste erfolgreich den Gegenbeweis führen.⁸³

Sollte diese These verstärkt auch in der Rechtsprechung Anklang finden (zahlreiche Tendenzen der neueren Urteile sprechen dafür), so mag künftig bei fast allen Verlusten, Krisen oder bei Insolvenz eines Unternehmens der unsorgfältig, nicht gewissenhaft handelnde oder unterqualifizierte Geschäftsleiter sich persönlich verstärkt den Schadensersatzklagen von Aufsichtsrat, Gläubigervertretern, Gesellschaftern oder Insolvenzverwaltern ausgesetzt sehen,⁸⁴ mit der Argumentation, der Manager habe pflichtwidrig sein Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen fehlerhaft ausgeübt, u. a., weil er vorhandene Werkzeuge (tools) oder Methoden nicht oder nicht richtig zur Anwendung gebracht habe, weshalb das Unternehmen einen Schaden erlitt.⁸⁵

68 BGH DB 1985, S. 1173.

69 BGH GmbHR 1997, S. 163.

70 KG GmbHR 1999, S. 663.

71 Nachweise bei Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 24.

72 Vgl. Scherer/Fruth, Geschäftsführer-Compliance: Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien, 1. Aufl., 2009, S. 27 ff.

73 Achtung: Es ist zwischen Innen- und Außenhaftung zu unterscheiden, vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 30 u. 31.

74 Dabei kommen Schadensschätzungsmöglichkeit und Anscheinsbeweis nach § 287 ZPO zur Anwendung, vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 37.

75 BGHZ 152, S. 280, vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 38, die dies als heute überwiegend vertretene „vermittelnde“ Lösung bezeichnen.

76 Zu den Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen und zur Beweislastverteilung vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 36 ff.

77 Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 36.

78 Vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 37.

79 Vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 39 m.w.N. So soll beispielsweise genügen, dass die Gesellschaft die Unerfahrenheit des Geschäftsführers und des aus einem Engagement beruhenden Schadens nachweist, wenn die Betätigung auf einem Geschäftsgebiet, auf dem die Gesellschaft bisher keine Erfahrung verfügt, zur Verminderung des Gesellschaftsvermögens führt (vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 40). Ebenso muss bei unzureichender Organisation eines Nachweis- und Kontrollsystems bzgl. eingenommener Gesellschaftsmittel bei Fehlbestand den Beweisnachteil der Geschäftsführer tragen (vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, § 43 GmbHG, Rn. 37).

80 Vgl. OLG Nürnberg v. 25. 3. 2011, Az. 5 U 178/10, teilweise abgedruckt bei Scherer/Fruth, Stark in die Zukunft, Neue Trends für effizientes und nachhaltiges Management, 1. Aufl. 2012, S. 106 f.: Annahme eines groben Organisationsfehlers wegen fehlender vorgeschriebener Dokumentation und mangelnder Personalausstattung (zahlen- und ausbildungsmäßig).

81 Vgl. den Referenten-Entwurf des Patientenrechtegesetzes, das 2013 in Kraft treten soll und die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung weiterentwickelt. Bei groben Fehlern (lt. BGH, wenn sie nach „allgemein anwendbarem Ausbildungs- und Wissensstand unverständlich und unverantwortlich erscheinen“), wie Aufklärungs-, Organisations-, Diagnose-, Beratungs- und Behandlungsfehlern, trifft die Beweislast für fehlende Kausalität zwischen Fehler und Schaden den Behandler. Ebenso soll die Beweislast bzgl. der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für einen eingetretenen Schaden bei Delegation auf ungeeignete Personen, die nicht für den sicheren Einsatz der Gerätetechnik sorgen oder körperlich oder geistig überfordert sind, umgedreht werden, vgl. S. 38 der Begründung des Gesetzes im Referentenentwurf. Es gibt keinen sachlichen Grund, entsprechende Regeln nicht auch in anderen Branchen anzuwenden.

82 Organisationspflichtverletzung kann in unterschiedlichsten Varianten auftauchen, z.B. durch Verletzung der Vorgaben rechtssicherer Delegation, beispielsweise bei Fehlen ressourcenmäßig ausreichender oder ausreichend qualifizierter Mitarbeiter, fehlendes Einrichten eines Überwachungssystems, fehlende Dokumentation, etc.

83 Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 30 ff. u. 36 ff. zur Beweislast.

84 Zustimmend Gleißner/Romeike, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 1/2012, S. 17.

85 Bei der Verfassung rechtssicherer Stellenbeschreibungen für Führungspositionen empfiehlt sich durchaus der Zusatz, der Stelleninhaber habe die in seinem Bereich anerkannten Werkzeuge (tools) und Methoden zu kennen, pflichtgemäß über deren Einsatz zu entscheiden, sowie für eine sachgemäße Anwendung zu sorgen. – Dies mag zur Entlastung der Geschäftsleitung durch Delegation beitragen. Ebenso ein Formular, das für wesentliche unternehmerische Entscheidungen die Schritte der Business Judgment Rule enthält und in dem der Entscheider explizit „nicht abschließend“ dokumentiert, deren Grundregeln beachtet zu haben.

C. Beispiel: Die haftungsbewehrte Pflicht der Geschäftsleitung zur langfristigen, zukunftsorientierten Strategieentwicklung und Unternehmensplanung

Die Grundsätze ordnungsgemäßer Planung⁸⁶ beschreiben die Phasen einer Unternehmensplanung chronologisch mit Umwelt- und Unternehmensanalyse, Stärken-/Schwächen-/Chancen-/Risikenprofillerstellung, Durchführung der Rahmenplanung (Vision/Mission/Leitbild), Ziel- und Strategiefestlegung, strategische Planung, operative Planung, Umsetzung und Überprüfung von Planungsansätzen und Maßnahmen.

I. Anforderungen von Normen und Standards an Strategie- und Unternehmensplanung

Eine Rechtspflicht zur Erstellung einer Unternehmensplanung kann rechtsformunabhängig aus den allgemeinen Geschäftsleiterpflichten abgeleitet werden.⁸⁷ Eine Verletzung dieser Verpflichtung gilt als Verstoß gegen die im Gesellschaftsrecht verankerten Sorgfaltspflichten und als möglicher Auslöser der Innenhaftung für die Geschäftsleiter.⁸⁸

Die explizit geregelte Berichtspflicht des Vorstandes an den Aufsichtsrat⁸⁹ umfasst auch „grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung)“.⁹⁰ Für andere Unternehmensformen, die einen Aufsichtsrat haben, kann § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog angewandt werden.⁹¹ Der Gesetzgeber nennt „kurzfristige, mittelfristige (Mehrjahresplan) und langfristige Planung (Unternehmensplan)“. Die in § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG genannten Teilplanungen sind nicht abschließend, sondern beispielhaft zu verstehen,⁹² sodass je nach Größe des Unternehmens ggf. nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens auch eine Produktions-, Absatz-, Beschaffungs- und Ergebnisplanung erforderlich ist.

Weitere Rechtspflichten setzen eine längerfristige Unternehmensplanung voraus.⁹³

Der anerkannte Stand von Wissenschaft und Technik im Bereich Strategieentwicklung und Planung lässt sich diversen Standards entnehmen:

Vom Bundesverband Deutscher Unternehmensberater BDU e.V. wurden die „Grundsätze ordnungsgemäßer Planung (GoP)“ erlassen, um die grundlegenden Eigen-

schaften und Mindestanforderungen ordentlicher Unternehmensplanungen darzustellen und Aussagekraft und Qualität derselben zu verbessern.⁹⁴ Der Standard IDW S 6 (2009)⁹⁵ sowie der Deutsche Corporate Governance Kodex enthalten ebenfalls Aussagen zu Strategie und Planung.⁹⁶

1. Kritik bezüglich klassischer Strategieentwicklung und Unternehmensplanung

Zuverlässige Wettervorhersagen sind auch nach heutigem Stand der Technik nur bis zu zehn Tagen möglich. Auch Vision, Strategie, Planungen, etc., beschäftigen sich mit der Zukunft und leiden unter der vermeintlich fehlenden Prognostizierbarkeit. Erfolgreiche Unternehmer sollen jedoch mittel- und langfristige Strategien entwickeln und zuverlässig planen.

Unternehmenskrisen und daraus resultierende persönliche Haftung des Managements haben ihre Ursachen in plötzlichen, unerwarteten Ereignissen oder aber (viel häufiger)⁹⁷ in schleichenden in- oder externen Veränderungen (Changes). Da die Rahmenbedingungen sich immer rasanter verändern und ständig eine höhere Komplexität aufweisen, ist der klassisch agierende Unternehmer meist nicht in der Lage, frühzeitig zu erkennen, was die Zukunft bringt, die darin liegenden Chancen zu nutzen und Risiken zu steuern. Die „klassische“, in vielen Mittelstandsunternehmen praktizierte Unternehmensplanung und Strategieentwicklung stellt eher einen „Blick in den Rückspiegel kombiniert mit Glaskugel und Bauchgefühl“, als eine konzeptionelle, fundierte und im Ergebnis verwertbare Vorgehensweise dar. Oft fehlen in den Unternehmen auch einfach die wesentlichen Informationen und Daten als Basis jeglicher Planung.

Das proaktive Agieren des Unternehmers bzgl. der Chancen und Risiken, die sich aus in- und externen Veränderungen ergeben („Risks of Changes-Management“), stellt die Grundlage für Nachhaltigkeit, Unternehmenssicherung und Risikoreduktion dar. In Wissenschaft und Praxis findet dieses Thema bisher wenig Beachtung. Mittlerweile existieren aber schon neuartige Werkzeuge bzw. Methoden, um etwas fundierter in die Zukunft blicken zu können.

2. Neu: Risiko- und chancenorientierte Strategieentwicklung und Unternehmensplanung (Funktionen des Risiko- und Chancenmanagements im Bereich Strategie)

Die Methode der risiko- und chancenorientierten Unternehmensplanung und Unternehmensführung fußt auf der These, dass sämtliche unternehmerischen Aktivitäten und auch Unterlassungen von Risiken und Chancen begleitet sind. Der bisherige wahrscheinliche Verlauf der Unter-

86 Institut der Unternehmensberater, GoP, 2009, S. 7.

87 Siehe *Altmeyen*, ZGR 1999, S. 303.

88 *Elfrich* in: Scherer/Fruth, Stark in die Zukunft, Neue Trends für effizientes und nachhaltiges Management, 1. Aufl. 2012, S. 23 m.w.N.

89 § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG.

90 *Elfrich* in: Scherer/Fruth, Stark in die Zukunft, Neue Trends für effizientes und nachhaltiges Management, 1. Aufl. 2012, S. 21: „Dem Aufsichtsratsgremium soll dadurch eine zukunftsorientierte Kontrolle der Entscheidungsprozesse eines Unternehmens im Rahmen der „Corporate Governance“ ermöglicht werden.“ Vgl. auch Institut der Unternehmensberater, Grundsätze ordnungsgemäßer Planung (GoP), 2009, 2.1.2.

91 Siehe *Altmeyen*, ZGR 1999, S. 304.

92 Siehe Regierungsbegründung zum KonTraG, BT-Drucksache 13/9712 vom 28. 1. 1998, S. 15.

93 Beurteilung der Fortführungsprämisse bei Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB), Darstellung der voraussichtlichen Entwicklung im Lagebericht (sog. Prognosebericht; § 289 Abs. 2 Nr. 2 HGB), Berichterstattung über wesentliche Risiken der künftigen Entwicklung im Lagebericht (sog. Risikobericht; § 289 Abs. 1 HGB) und Implementierung eines Risikofrüherkennungssystems (§ 91 Abs. 2 AktG), vgl. *Elfrich* in: Scherer/Fruth, Stark in die Zukunft, Neue Trends für effizientes und nachhaltiges Management, 1. Aufl. 2012, S. 23.

94 Institut der Unternehmensberater, Grundsätze ordnungsgemäßer Planung (GoP), 2009; vgl. auch *Gleißner/Romeike*, Gute Frage: Was sind die „Grundsätze ordnungsgemäßer Planung (GoP)?“, Risk, Compliance & Audit, 1/2012, S. 14 ff.

95 „Der Schwerpunkt der strategischen Neuausrichtung liegt im Bereich der Geschäftsfeldplanung und der Ressourcenneuordnung sowie in der Formulierung der Unternehmensstrategie. Es ist daher festzulegen, wie die im – gegebenenfalls neu formulierten – Leitbild niedergelegten Ziele mittel- und langfristig erreicht werden sollen.“ „Zudem lässt sich die Zuverlässigkeit der prognostischen Angabe und Wertungen in der Lagebeurteilung durch ein geeignetes Planungssystem unterstützen; gegebenenfalls ist darauf hinzuwirken, dass ein solches System in dem Unternehmen implementiert wird.“ (IDW S 6 (2009) Rn. 39).

96 Vgl. oben B. II.

97 Vgl. oben B.II.1.

nehmensentwicklung wird bei Realisierung eines Risikos negativ und bei Nutzung einer Chance positiv abweichen. Jede Auswirkung lässt sich einer Position in der Bilanz oder der Gewinn- und Verlustrechnung zuordnen, so dass die Auswirkungen letztendlich in Finanzzahlen ausgedrückt werden können. Die real case-, best case- und worst case-Betrachtung bei der Planung sieht ähnlich aus, nur führt die risikoorientierte Planung zu realistischeren Ergebnissen.

Da es im Unternehmensalltag eine (endliche!) Vielzahl von Risiken und Chancen gibt, ist wieder an das Pareto-Prinzip, das gesunde Mittelmaß zwischen „ist ja bisher auch ohne gegangen“ und Perfektionismusfalle sowie die Kontrollfunktion des gesunden Menschenverstandes und unternehmerischen „Bauchgefühls“, zu denken: Bereits die praktische Beschäftigung mit diesem Thema sensibilisiert vorzüglich. Bei unternehmerischen Entscheidungen von gewisser Tragweite ist stets an die „Business Judgment Rule“ zu denken, d.h. dokumentierte Überlegungen bzgl. der Risiko- und Chancen- Auswirkungen und sachgerechte Abwägung vor Maßnahmen von Tragweite schützen vor Haftung, falls das Ergebnis der Entscheidung Schäden und Verluste bringen sollte.⁹⁸ Generell wäre es günstig, wenn jeder Mitarbeiter des Unternehmens bei seinen Entscheidungen die daran geknüpften Risiken und Chancen abwägen und den Grundsatz, dass höheren einzugehenden Risiken auch entsprechend hohe Renditen gegenüberzustehen haben, beachten würde. Die Risikotragfähigkeit des Unternehmens muss dabei stets berücksichtigt werden. D.h., eine Maßnahme hat zu unterbleiben, wenn das davon abhängende Verlustrisiko vom Unternehmen nicht zu verkraften wäre. Ebenso sollten die kumulierten und aggregierten Einzelrisiken die Risikotragfähigkeit nicht überschreiten.⁹⁹ Für die „Profis“ oder „Fans“ der risikoorientierten Unternehmensplanung gibt es bereits Simulationsprogramme, die die Auswirkungen einer Vielzahl bekannter, klassischer Risiken und Chancen von Maßnahmen auf das Bilanz- oder Gewinn- und Verlust- Resultat berechnet und somit genauere Planungen unterstützt.¹⁰⁰

Auch hier bei der Strategieentwicklung und Unternehmensplanung zeigt sich die wertvolle Funktion des Risiko- und Chancenmanagements: Es unterstützt bei Informationsgewinnung und –Bewertung ebenso, wie bei der Entscheidungsfindung unter Sicherstellung der Beachtung der Business Judgment Rule.

II. Die Anreicherung der Strategieentwicklung und Unternehmensplanung mit Risiken und Chancen aus Trends und Veränderungen („Risks of Changes-Management“)

Die herkömmliche risikoorientierte Planung beschäftigt sich in der Praxis – wenn überhaupt – primär mit der Einbeziehung von bekannten Risiken und Chancen aus ex- und internen Erfahrungsschätzen in die Unternehmensplanung. Das „Risks of Changes-Management“ behandelt (neuartige) Risiken und Chancen, die aus eher schleichenden Entwicklungen (Changes, Trends und Trendbrüchen) entstehen. Auch diese beeinflussen die künftigen Ergebnisse und damit die Planung oder umgekehrt.

98 Vgl. Romeike, Risikoadjustierte Unternehmensplanung, Risk, Compliance & Audit, 6/2010, S. 13 ff.

99 Eine Ausnahme stellt ein fachgerecht (ohne Gefahr der Durchgriffshaftung) in eine GmbH isoliert ausgelagertes Wagnis dar.

100 Vgl. dazu Romeike, Planung@RISK-Simulationsprogramm unter www.risknet.de.

Risks of Changes-Management „ist Teil der Unternehmensführung, der Strategiefindung und Unternehmensplanung.“¹⁰¹

1. Konzeption und Durchführung des „Risks of Changes-Management“

Von der Vision, aufgrund zukunftsorientierter Strategie und Planung den Unternehmenswert zu steigern und Unternehmenssicherung zu gewährleisten, sind strategische Ziele abzuleiten.¹⁰² Aus den strategischen Zielen werden die operativen Ziele entwickelt und daraus Maßnahmen und Projekte abgeleitet.¹⁰³ Der eigentliche „Risks of Changes-Management“-Prozess kann im allgemeinen Risiko- und Chancenmanagementprozess aufgehen: Identifizierung, Analyse und Bewertung, Steuerung der Chancen und Risiken aus Changes.

2. Erkennen und Bewerten der Risiken und Chancen von Changes als erster Schritt zu Strategie und Compliance im Unternehmen

Die im Rahmen der zukunftsorientierten Strategieentwicklung zunächst durchzuführende Umfeldanalyse nimmt idealerweise Stellung zu Markt (Bedürfnisse, Verhalten, etc.), Branche, Wettbewerb, gesamtwirtschaftlichen, rechtlich-politischen, gesellschaftlichen und wissenschaftlich-technischen Gegebenheiten und Entwicklungen. Aktuelle Rahmenbedingungen und (Mega-)Trends wie Globalisierung, demografische Entwicklungen, Ressourcenverknappung, Energieeffizienzsteigerung, Compliance und Haftungsverschärfung, volatile Märkte, wachsender Innovationsdruck, Technologisierung und Virtualisierung mit einhergehender Transparenz, erhöhte Anforderungen im Rating (Basel III), Nachhaltigkeitstrend (Sustainability), Finanz- und Schuldenkrisen in Europa und USA, wachsende Komplexität u.v.m., alles zu unternehmen den aktuellen Medien, lassen sich in diese Rubriken einordnen und bezüglich möglicher Chancen und Risiken für das eigene Unternehmen auswerten. Sie sollten als Ergebnisse des „Risks of Changes-Management“ in Visions- und Strategieentwicklung sowie Planung einfließen, um Wettbewerbsvorteile zu erlangen und in den Schutzmantel der Business Judgment Rule zu gelangen.

Auch die wesentlichen Unternehmenscharakteristika mit Stärken, Schwächen, Risiken und Chancen inkl. vorhandener und möglicher Ressourcen sind auszuwerten.

101 Magg, Der Beitrag strategischen Changemanagements zum Risiko- und Compliancemanagement, Masterarbeit Studiengang Master Risiko- und Compliancemanagement, 2010, Hochschule Deggendorf.

102 Auch hier gibt es „Alten Wein“, der in einen „neuen Schlauch“, einen Prozessablauf, gegossen wird: So ist seit dem *Ansoff'schen Konzept* der „schwachen Signale“ anerkannt, dass Trendbrüchen, Richtungsänderungen oder Diskontinuitäten bestimmte Entwicklungen, beispielsweise Kumulation ähnlicher Ereignisse in diversen Regionen, Meinungsbildungen in Medien, Organisationen oder Verbänden, globalen Strömungen in Politik, Gesetzgebung oder Rechtsprechung, etc., vorhergehen. Diese zu erkennen, bereitet den strategischen Früherkennungssystemen nach wie vor Probleme. Während das sog. „Environmental Monitoring“ bereits bekannte Themen erfasst, versucht das „Environmental Scanning“ neue, bisher noch nicht bekannte Phänomene zu analysieren, vgl. *Ansoff*, Strategisches Management, 1. Aufl. 1979, S. 21 ff., *Welge/Al-Laham*, Strategisches Management, 2. Aufl. 1999, S. 298 ff., *Krystek/Wallendorf*, Früherkennungssysteme, 1. Aufl. 1992, S. 352.

103 Vgl. Magg, Der Beitrag strategischen Changemanagements zum Risiko- und Compliancemanagement, Masterarbeit Studiengang Master Risiko- und Compliancemanagement, 2010, Hochschule Deggendorf: z.B. Sensibilisierung und Qualifizierung der Führungskräfte bis ... (Datum) durch ... (Maßnahmen), Implementierung eines Prozesses, Entwicklung eines Bewertungskatalogs zur Priorisierung und Überprüfung der Maßnahmen, interne und externe Kommunikation, Schulungsbedarfsplanung, etc.

Das Erkennen und die Information ihrer Mitgliedsunternehmen über Changes mit Risiken und Chancen könnte eine originäre Aufgabe von Verbänden und Kammern darstellen. Viele Unternehmen fühlen sich diesbezüglich nicht ausreichend versorgt¹⁰⁴ und nutzen daher eigene Möglichkeiten.¹⁰⁵

III. Besteht eine haftungsbewehrte Pflicht des Managements zur zukunftsorientierten, zuverlässigen Strategieentwicklung und Planung?

Die Frage, ob Manager, wenn sie – auch bzgl. Trends und Zukunftsrisiken – bei Strategieentwicklung und Planung nicht konzeptionell und entsprechend dem anerkannten Stand der Wissenschaft unter Nutzung geläufiger Methoden und tools vorgegangen sind, bei nicht geplanten negativen Auswirkungen auf Gewinn und Verlust oder Bilanz durch Realisierung von Risiken oder ungenutzten Chancen u.U. persönlich auf Schadensersatz haften, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden.¹⁰⁶

Es ist also entsprechend der oben dargestellten Vorgehensweise zu klären, ob der Entscheider verpflichtet ist, aktuelle Methoden der Planung und des Risikomanagements, wie Bandbreitenplanung oder Risks of Changes-Management anzuwenden, um seine Informationsbasis im Rahmen der Business Judgment Rule auch mit den potenziellen Gefahren und Chancen absehbarer künftiger Entwicklungen anzureichern, weil dies möglicherweise bereits zum anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik gehört.

Bezüglich der Pflicht, Risikomanagement zu betreiben, existiert mittlerweile die herrschende Meinung,¹⁰⁷ dass sie jeden Unternehmer treffe.¹⁰⁸ Rechtsprechung zu Sanktionen und Haftung wegen diesbezüglicher Unterlassungen gibt es bereits seit Jahren.¹⁰⁹ Auch die Pflicht der Geschäftsleitung zur strategischen und operativen Planung ist längst anerkannt.¹¹⁰ Jedoch wurde hier noch nicht explizit festgestellt, ob die zu betreibende Planung neben herkömmlichen Risikomanagementelementen auch Bandbreitenplanung und Zukunftsrisiken (Risks of Changes) behandeln muss.

Auch die in den letzten Jahren exponentiell wachsende Zahl der Urteile zur Unternehmensorganisationspflichtverletzung umfasste die Frage der „Organisationspflicht

zur zuverlässigen Planung“ und konzeptionellen Suche nach Zukunftsrisiken – soweit ersichtlich – noch nicht. Dagegen ist h.M., dass „das Unternehmen in betrieblicher und personeller Hinsicht so zu organisieren ist, dass der Unternehmenswert am besten realisiert werden kann.“ Daraus ergäben sich zahlreiche ungeschriebene Unternormen, teils Handlungsgebote, teils Optimierungsgebote.¹¹¹

Daran anschließend ist also lediglich zu prüfen, ob die zuverlässige, zukunftsorientierte Planung unter Einbeziehung einer Risikoanalyse bereits zu den anerkannten Methoden gezählt werden kann und damit unter Beachtung der Business Judgment Rule zumindest bei Überlegungen und Entscheidungen der gewissenhaften Geschäftsleitung berücksichtigt werden muss.

Die risikoorientierte Unternehmensführung und Planung ist bereits seit einigen Jahren Gegenstand der wissenschaftlichen Literatur.¹¹² Die von RiskNET gestellte Frage „Werden Risikoinformationen systematisch im Rahmen der Unternehmensplanung berücksichtigt?“ wurde von über 200 Unternehmen im Jahr 2010 beantwortet: Über 30 % antworteten mit „Ja“, wobei hier laut Aussagen der Unternehmer die Szenario-Planung am häufigsten Anwendung fand. Ca. ein weiteres Drittel gab an, demnächst risikoorientierte Planung zu betreiben. Lediglich das letzte Drittel kannte diese Methode entweder nicht oder war trotz Kenntnis an der Einführung nicht interessiert.¹¹³

Die Einbeziehung von Risiken und Chancen aus Veränderungen, Trends und Trendbrüchen als integrierter Prozess der Unternehmensplanung ist in Wissenschaft und Praxis noch nicht sehr lange Thema. Eine vom Verfasser betreute, im September 2011 abgeschlossene empirische Erhebung an der Hochschule Deggendorf brachte folgendes Ergebnis: Von den ca. 150 antwortenden Entscheidern aus dem Mittelstand antwortete ein Großteil, dass sie bereits heute konzeptionell Zukunftsrisiken beobachten, auswerten und in strategische Entscheidungen einfließen lassen.¹¹⁴

Die Ausgangsfrage bezüglich einer haftungsbewehrten Pflicht zur zuverlässigen (risikoorientierten) Unternehmensplanung lässt sich also wohl aufgrund des derzeitigen Erkenntnisstandes und Verbreitungsgrades in Wissenschaft und Praxis noch nicht eindeutig beantworten. Man kann aber trefflich – auch vor Gericht oder mit Managerhaftpflicht-(D&O) Versicherern – darüber streiten, ob unterlassenes Risks of Changes-Management oder Bandbreitenplanung als anerkanntes Management-Tool (bei der Unternehmensplanung) eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Managements im Sinne einer Nichteinhaltung des anerkannten Standes von Wissenschaft und Technik darstellt.¹¹⁵

104 Vgl. die unter Fn. 114 genannte Studie.

105 Trendscouts im Unternehmen, Trend-Intra-Wiki mit Online-Formular, Checklisten, Betriebsklima-Index, Abteilungs- und Bereichsmeetings, Berichte interner und externer Auditoren, Lageberichte einzelner Gesellschaften von Branchenführern – insbesondere in Konzernen mit zahlreichen ausländischen Niederlassungen, sämtliche Indikatoren bzgl. der weichen Erfolgsfaktoren, Auswertung von Reklamationen und internen Abweichungen, CIRS – Auswertungen oder branchenspezifische Informationsquellen: Messen, Kongresse, Fachtagungen, Arbeitskreissitzungen, Publikationen der Fachpresse, Studien, wissenschaftl. Ausarbeitungen, Veröffentlichungen von Versicherungskonzernen (z.B. Munich Re) oder Informationsquellen aus Trend- und Zukunftsforschung: Global Risk Report (WEF), www.trendletter.de, www.wfs.org (world future society), www.worldwatch.org, etc.

106 Sich dafür aussprechend wohl *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 1/2012, S. 17.

107 Vgl. *Scherer/Fruth*, Geschäftsführer-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien, 1. Aufl., 2009, S. 54 ff. (Haftung des Geschäftsführers wegen unterlassener Einrichtung eines Risikomanagementsystems).

108 Zustimmend *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 1/2012, S. 18.

109 Vgl. *Scherer/Fruth*, Geschäftsführer-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien, 2009, S. 54 ff. (Haftung des Geschäftsführers wegen unterlassener Einrichtung eines Risikomanagementsystems).

110 Vgl. oben C. I.

111 *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 43 GmbHG, Rn. 17.

112 Vgl. jüngst *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 1/2012, S. 17, die die bisherige Praxis unternehmerischer Entscheidungsvorbereitung „hart“ beurteilen („[...] schlicht unsinnig [...]“) und praktikable Alternativen darstellen.

113 Vgl. *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 1/2012.

114 Die Studie ist erhältlich über josef.scherer@hdu-deggendorf.de oder als Download über www.scherer-rieger.de.

115 Bezüglich der Nachweisbarkeit des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens mag dem „Angreifer“ die Rechtsprechung zur Seite stehen, die bei Organisationspflichtverletzungen schon mal die Beweislast sogar bzgl. der Frage der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden zu Lasten von Unternehmen oder Management umkehrt, vgl. B.III.

D. Fazit

Es gibt viele Argumente für die Geschäftsleitung, bzgl. der anerkannten, einschlägigen Methoden und Werkzeuge aus Recht, Technik und Wirtschaft auf dem aktuellen Stand zu sein und Risiko-, Chancen- und Compliance-management als strategisches Instrument für eine erfolgreiche Unternehmensführung (Good Governance) und treffsichere Planungen einzusetzen. Für das Unternehmen selbst bedeutet es Liquiditäts- und Existenzsicherung, die Möglichkeit der Nutzung von Chancen bei gleichzeitiger Haftungsreduzierung, Erzielung eines erheblichen Wertbeitrags, ebenso Reputationsgewinn und Wettbewerbsvorteile. Für die Geschäftsleitung ist es ein Werkzeug für erfolgreiche Unternehmens- und Risikosteuerung bei gleichzeitiger Reduzierung der persönlichen zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken sowie für optimierte Planung. Für den Kunden bedeutet es eine Reduzierung des Lieferantenausfallrisikos (Verkaufsargument).

Für den Lieferanten lässt es den Schluss zu, einen sicheren, weil weniger insolvenzgefährdeten Schuldner zu haben. Gegenüber (Kredit-) Versicherern lässt sich mit dem Argument der transparenten, reduzierten und gesteuerten Risiken erfolgreich über Prämienreduzierung verhandeln. Bei Ratingagenturen lassen sich mit angewandtem Risikomanagement bessere Ergebnisse erzielen. Diese wirken sich positiv gegenüber Investoren und Kreditgebern aus, so dass einerseits leichter und andererseits zu günstigeren Konditionen an Kapital zu kommen ist. Die erzeugte Transparenz schafft Vertrauen. Eben diese Transparenz erleichtert auch dem Abschlussprüfer die Vergabe seines Testats. Ein vorhandener Aufsichts- oder fakultativer, kontrollierender Beirat kann aufgrund erhöhter Transpa-

renz seinen Mitwirkungspflichten im Bereich Strategieentwicklung und Planung sowie seiner allgemeinen Aufsichtspflicht leichter nachkommen und dadurch, aber auch durch die im Unternehmen reduzierten und gesteuerten Risiken, sein persönliches Haftungsrisiko verringern. Gesellschafter können sich über nachhaltige Sicherung und Steigerung des Unternehmenswertes freuen. Die Mitarbeiter sollten die Planzielerreichung und operative Strategieumsetzung mit Risiko-, Chancen und Compliancemanagement tatkräftig unterstützen, weil es die Existenz des Unternehmens und damit Arbeitsplätze sichert und ihre persönlichen zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken reduziert. Viele Vorteile, die zu einem schnellen return on investment bei Investitionen in Governance, Planung und Strategieentwicklung mit Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement führen. Also nicht erst, wenn ein Risiko vermieden werden konnte, das bei Eintritt den Bestand des Unternehmens gefährdet hätte.¹¹⁶ Den konkreten Wertbeitrag von ganzheitlichem Governance-Management zu ermitteln, stellt noch eine interessante Herausforderung dar.¹¹⁷

Kontakt:

Prof. Dr. Scherer
Tel: 0171/9960322
scherer@scherer-rieger.de
www.scherer-rieger.de ■

¹¹⁶ Scherer/Fruth, *Gesellschafter-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien für GmbH-Gesellschafter*, 1. Aufl., 2011, Rn. 38 ff.

¹¹⁷ Der Verfasser betreut derzeit einige wissenschaftliche Arbeiten und Praxisprojekte zu diesem sehr wenig erforschten Thema.

