

Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht

Chefredaktion:

Alois Birklbauer, Markus Grimm,
Wolfgang Kröll und Oliver Neuper

**Schwerpunkt:
Gewaltschutz-
gesetz 2019**

JMG 4|2019

AKTUELLES IN KÜRZE

DANIEL LARCHER | LUKAS BEIGLBÖCK

Aus aktuellem Anlass: „Fitnesscheck“
Medizinprodukterecht-Neu

KATHRIN STIEBELLEHNER

Die Neuregelung der Anzeigepflichten von
Angehörigen der Gesundheitsberufe durch
das Gewaltschutzgesetz 2019

MARIA KLETEČKA-PULKER | KLARA DOPPLER

Rechtliche Rahmenbedingungen für die
Arbeit von Kinderschutzgruppen unter
Berücksichtigung der Änderungen durch
das Gewaltschutzgesetz 2019

ALOIS BIRKLBAUER

Der erweiterte Schutz des Gesundheits-
personals durch neue Strafbestimmungen

JOSEF SCHERER | ANN-KATHRIN BIRKER

Blick nach ...: „Healthcare und Pflege 4.0“ –
Die digitale Transformation von Compliance,
Risikomanagement und Standards im
Gesundheitswesen – Teil 4

OLIVER NEUPER | UWE NIERNBERGER

Der interessante Fall: Anforderungen an die
Glaubhaftmachung der (finanziellen)
Hilfsbedürftigkeit gemäß § 31 Abs 2
Steiermärkisches Sozialhilfegesetz (StmkSHG)

MARKUS GRIMM

Rechtsprechung: Kettenarbeitsverträge bei Ärzten
in Ausbildung





Prof. Dr. Josef Scherer

Rechtsanwalt, Vorstand des Internationalen Instituts für Governance, Management, Risk- und Compliancemanagement der Technischen Hochschule Deggendorf. Mitglied diverser ISO/DIN-Normenausschüsse (Governance, Compliance, Personalmanagement) und von Austrian Standards International (Risiko-Managementsystem).



Ann-Kathrin Birker

Master Risiko- und Compliancemanagement, Lehrbeauftragte und wissenschaftliche Mitarbeiterin der Technischen Hochschule Deggendorf, Consultant der Governance Solutions GmbH.

„Healthcare und Pflege 4.0“ – Die digitale Transformation von Compliance, Risikomanagement und Standards im Gesundheitswesen – Teil 4

„Digital Governance“: „Wirksamkeit“ eines Integrierten GRC-Managementsystems durch Digitalisierung und „nudges“

(Fortsetzung aus JMG 3/2019, S. 171 – 181)

Es ist mittlerweile bereits umfassend und dezidiert geregelt, was ein „Ordentlicher Kaufmann“ zu tun und zu lassen hat: Intuitives Entscheiden nach „Bauchgefühl“ mit kognitiven Verzerrungen aus der Welt der Verhaltensökonomie findet sich hier – anders als in der Realität – nicht.

Aufgrund der bestehenden Rechtslage hat der „Ordentliche Kaufmann“ bereits jetzt die Pflicht, sich angemessen um Analyse, Bewertung und Ableitung von Steuerungsmaßnahmen bzgl der disruptiven Entwicklungen bei Digitalisierung und GRC zu kümmern, um das oberste Ziel der Organisation, seiner Leitung sowie der meisten seiner Stakeholder (interessierten Gruppen) zu erreichen: Nachhaltige Unternehmenssicherung und Unternehmenswertsteigerung!

Richard Thaler bewies, dass der Mensch sowohl im Privat-, wie auch im Berufsleben eher unvernünftig agiert. Regelungen (und sonstige – ausufernde – Bürokratie) gibt es meist schon ausreichend. Die (wahren) Probleme entstehen, weil Regeln häufig eben nicht befolgt werden.

Mit Human Workflow-Management wird der Mensch und Mitarbeiter durch den Prozess geführt und damit zur Zeit-, Rechts- und Systemtreue angehalten. Dadurch könnten auch viele Probleme vermieden werden, die durch die Fehleranfälligkeit menschlichen Denkens, Entscheidens und Handelns entstehen.

Darüber hinaus führt Ungewissheit und Verunsicherung der Manager entweder zu Lähmung und Defensive oder zu Hektik und Aktionismus und damit zu Fehlern bei Entscheidungen.

Ein gelebtes (!) Digitalisiertes Integriertes GRC-Managementsystem kann zudem enthaftend wirken.

Moderne Governance-Strukturen sind Werttreiber und Antifragilitätsfaktor zugleich.

Seit 2018 sind branchenspezifisch die sogenannten „Fit & Proper“-Leitlinien zu beachten. Diese Leitlinien sind die Reaktion auf die Anforderung, nur geeignete Leitungsorgane und Inhaber von Schlüsselpositionen, wie Geschäftsführer, Aufsichtsräte oder auch Leiter der Risikomanagementabteilung, Compliance-Verantwortliche oder Leiter Interne Revision, zu beschäftigen.

Bei Betrachtung der wichtigsten Personalrisiken wird deutlich, dass mehr als 50% dieser Risiken Verbindungen oder Zusammenhänge mit Verhaltensökonomie und Schwächen in Organisationsstrukturen aufweisen.

Automatisierung, Workflowmanagement und Change-Prozesse bei der Kompetenzentwicklung kann viele menschliche Schwächen kompensieren. Es ist eine Entwicklung vom „Ordentlichen Kaufmann“ hin zur „Ordentlichen Governance-Organisation“ anzustreben, um die Steuerung von Risiken und Chancen auf viele Schultern zu verteilen.

1. Der vernünftige (!) „Ordentliche Kaufmann“ (und seine Organisation) im Wandel der Zeit¹

1.1. Historie

Werke wie „*Der Kaufmann von Venedig*“ von *William Shakespeare*² oder „*Die Buddenbrooks*“ von *Thomas Mann*³ beschreiben den im Mittelalter zunächst in Italien und später auch in Nordeuropa (zB bei der *Hanse*) geprägten Unternehmer-Typen:

Er vereinte stets theoretische und praktische Fähigkeiten bzgl wirtschaftlicher und betrieblicher Prozesse, um Anforderungen und Ziele diverser Interessensgruppen zu erfüllen, mit (Charakter-) Eigenschaften wie Vertrauenswürdigkeit, Organisationstalent, Ehrlichkeit, Zuverlässigkeit, *Gewissenhaftigkeit*, Fleiß, Mut und Integrität. – Intuitives Entscheiden nach „Bauchgefühl“ mit kognitiven Verzerrungen aus der Welt der Verhaltensökonomie findet sich hier – anders als in der Realität – nicht.⁴

1.2. Der „Ordentliche Kaufmann“ im heutigen Deutschen Recht

Es ist mittlerweile bereits umfassend und dezidiert geregelt, was ein „Ordentlicher Kaufmann“ zu tun und zu lassen hat:

Viele *gesetzliche Vorschriften*, welche über *Einzelfall-Judikatur* mit zahllosen Beispielen zwingende Regeln *in allen Bereichen unternehmerischer Tätigkeit* aufstellen, verlangen vom Ordentlichen Kaufmann, Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat, dass er *gewissenhaft* zu agieren habe (§§ 347 HGB, 43 GmbHG, 93, 116 AktG).

Zahlreiche (inter-)nationale *Standards* diverser Institutionen (ISO/IDW/DIIR/COSO/OECD/etc) versuchen *für jeden Unternehmensbereich* darzustellen, wie die entsprechende Abläufe und Komponenten organisiert sein sollten, um zumindest dem „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ oder dem höheren „Stand der Technik“ zu genügen.⁶

1.3. Handlungspflichten für den „Ordentlichen Kaufmann“ am Beispiel der Megatrends Digitalisierung und Regulierung (GRC)

Fall: „Insolvenzen und Warnung eines Insolvenzverwalters“

Bei einer Insolvenz einer Druckerei, die nicht rechtzeitig strategisch reagiert hatte, warnte der Insolvenzverwalter: In den nächsten zehn Jahren werden die Unternehmen in die Insolvenz steuern, die die Digitalisierung verpasst haben:⁷

„*Ein Deggendorfer Traditionsbetrieb hat nach 120 Jahren seine Produktion eingestellt: Die Druckerei [...] war nach der zweiten Insolvenz innerhalb von nicht einmal drei Jahren nicht mehr zu retten.*“

Insolvenzverwalter: „*In den vergangenen zehn Jahren haben vor allem Betriebe Probleme bekommen, die den Trend zur Automatisierung verpasst haben. Die kommenden zehn Jahre wird es Firmen treffen, die den Trend zur Digitalisierung verpassen.*“⁸

Fall: „Lagebericht: Unzureichendes Risikomanagement als Hauptursache für Insolvenz“

In dem von einer renommierten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft unterzeichnetem Lagebericht für eine vom Verfasser verwaltete Insolvenz heißt es:

„*Darstellung der Lage: [...]*

Ein Hauptgrund ist im fehlenden Risikomanagement zu sehen, was in einer unkontrollierten Häufung zahlreicher und für die Unternehmensgröße in Summe zu viele Unternehmensrisiken führte.“⁹

Durch ein funktionierendes Risiko-Management-System wäre hier großer Schaden vermieden worden:

Ca 73 Millionen Euro seitens der Gläubiger der Gruppe angemeldete Forderungen, ca 50 Millionen davon wurden durch den Insolvenzverwalter festgestellt. Über Unternehmensfortführung, übertra-

1 Vgl *Scherer*, Das interessiert Kapitalgeber: Antifragilität und der „Achilleskörper“ des Ordentlichen Kaufmanns, 2019, zum kostenlosen Download unter www.scherer-grc.net/publikationen. Aus diesem Werk sind einige Passagen entnommen.

2 *Shakespeare*, *Der Kaufmann von Venedig* (1600) (auch verfilmt).

3 *Mann*, *Die Buddenbrooks* (1901) (auch verfilmt).

4 Vgl zu verzerrtem Denken und auch völlig falschen Einschätzungen: *Rosling*, *Factfulness*, 2018.

5 Von Unternehmensführung generell, über Risk, Compliance, Strategieentwicklung und Planung, Finanzen, Personal, Einkauf, Vertrieb, IT, QM, Business Continuity, etc.

6 Vgl *Scherer / Fruth*, Der Einfluss von Standards, Technik Klauseln und des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ auf Organhaftung und Corporate Governance – am Beispiel der ISO 19600 (2015) Compliance-Managementsystem, *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)*, 1/2015, S 12 ff.

7 Vgl https://plus.pnp.de/lokales/deggendorf/3273730_Druckerei-Weiss-war-nicht-mehr-zu-retten.html, 29.03.2019 (letzter Zugriff: 23.05.2019).

8 Vgl *Ampferl* in *PNP*, Deggendorf vom 29.03.2019.

9 Vgl den veröffentlichten Lagebericht der *N.N. Raumexklusiv GmbH* für das Geschäftsjahr vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2012.

gende Sanierung, Absonderungen, Verwertung etc konnten bisher an die Gläubiger ca 17 Millionen Euro zurückfließen. Der Rest bleibt wohl unwiederbringlich verloren.

In Zeiten von disruptiven Veränderungen sollte sich jedoch kein Unternehmen mehr leisten, „business as usual“ zu betreiben, ohne zuvor seine Organisation, das Umfeld und die Anforderungen der interested parties in Bezug auch auf die Megatrends mittels angemessener Risikomanagement-Methoden analysiert, bewertet und erforderlichenfalls Maßnahmen abgeleitet zu haben.

Fall: „Business as usual“

„Business as usual“ nur, weil bisher alles gutgegangen ist, wird auch von der Rechtsprechung *nicht* (!) toleriert:

„Es entspricht der Lebenserfahrung, dass mit der Entstehung eines Brandes praktisch jederzeit gerechnet werden muss. Der Umstand, dass in vielen Gebäuden jahrzehntelang kein Brand ausbricht, beweist nicht, dass keine Gefahr besteht, sondern stellt für die Betroffenen einen Glücksfall dar, mit dessen Ende jederzeit gerechnet werden muss.“¹⁰

Aufgrund der bestehenden Rechtslage hat der „Ordentliche Kaufmann“ bereits jetzt die Pflicht, sich angemessen um Analyse, Bewertung und Ableitung von Steuerungsmaßnahmen bzgl der *disruptiven* Entwicklungen bei *Digitalisierung und GRC* zu kümmern, um das oberste Ziel der Organisation, seiner Leitung sowie der meisten seiner Stakeholder (interessierten Gruppen) zu erreichen: *Nachhaltige Unternehmenssicherung und Unternehmenswertsteigerung!*

Nachhaltige und wert(e)-orientierte Investments sind auf dem Finanzmarkt gefragt, denn je. Einige Investoren finanzieren nur noch Unternehmen, die angemessene wirtschaftliche Kennzahlen nachweisen und umfassende Kriterien im sozialen und ökologischen Bereich erfüllen.¹¹

Nach der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 war die Wertentwicklung von Unternehmen, die stark auf Nachhaltigkeit ausgerichtet waren, im Schnitt 15% (!) besser als bei der jeweiligen Branche insgesamt.

Anleger vertrauten in diesem Fall (zu Recht) auf bessere Krisenbewältigungsfähigkeiten und nachhaltigen Erfolg.¹²

Eine entsprechende *Resilienz* (Widerstandsfähigkeit) könnte gerade in Zeiten von sich abschwächender Konjunktur und Technologiewechsel (zB Elektroautos statt Benzin/Diesel-Fahrzeuge, 3D-Druck statt klassischer Herstellung, etc) überlebenswichtig sein.

2. Antifragilität und nachhaltige Unternehmenswertsteigerung in Zeiten von sich abschwächender Konjunktur und Technologiewechsel durch wirksame Governance (GRC)-Strukturen und digitalisierte Geschäftsprozesse

2.1. Antifragilität ist mehr als Resilienz

Resilienz bedeutet in vorliegendem Kontext, dass Organisationen / Unternehmen bei Problemsituationen (Konjunkturabschwung, geänderte Anforderungen und Rahmenbedingungen (zB aufgrund der Megatrends)) *widerstandsfähig* sein sollten, also ohne große Einbußen weiter existieren können.

*Antifragilität*¹³ dagegen heißt, durch „Anstrengungen beim Meistern großer Herausforderungen“ sogar *noch stärker als bisher* zu werden.

Taleb bringt hierzu eine einprägsame Metapher:

Wenn ein Organismus seine Muskeln und vernetzten Synapsen im Gehirn vor Herausforderungen und Anstrengungen schützen will, indem er solche von ihnen fernhält und dafür längere Zeit bequem auf der Couch liegend in „geistigen Ruhemodus“ schaltet, wird er körperlich und geistig verkümmern. Sogar die Resilienz leidet darunter.

Dagegen werden regelmäßiges Training und das „Meistern von Herausforderungen“ zu kräftigeren Muskeln und einem leistungsfähigeren Gehirn führen.

Dies leuchtet eigentlich ein, sowohl im privaten, wie auch im beruflichen Bereich. Dennoch ist es oft sehr schwer, seine „Komfortzone“ und eingefahrene Muster

durchaus sinnvoll wäre, wenn Entscheider, die über große Macht und Verantwortung verfügen, auch ein persönliches Risiko (die „eigene Haut“) mit „im Spiel“ haben müssten: Das wiederum erinnert an den Kaufmann von Venedig mit „ein Pfund Fleisch, zunächst am Herzen des Kaufmanns auszuschneiden“ als Sicherheit für ein Darlehen.

10 VG Gelsenkirchen, Urteil v. 14.11.1985 - 5 K 1012/85.

11 Kirchhoff in: *Gazdar, Kaevan et al* (Hrsg), Erfolgsfaktor Verantwortung, 2006, S 20.

12 O.V., *Handelsblatt*: Nachhaltige Investments – Besser durch die Krise, in: *Handelsblatt Business Briefing* 9/2009, S 2.

13 *Taleb*, Antifragilität, 2012; vgl auch *Taleb*, Skin in the Game, 2018 mit weiteren Denkanstößen: Er ist der Meinung, dass es

(„das haben wir bisher immer so gemacht und es ist immer alles gut gegangen...“) zu verlassen.

Das mag wohl an der – von *Richard Thaler* nachgewiesenen – in uns allen angelegten Unvernunft liegen, der wohl nur mit ständigen Stupsen / Motivatoren („nudges“) beizukommen ist.¹⁴

2.2. Wirtschaftsnobelpreis für Richard Thaler (2017): Abschied vom homo oeconomicus und Nachweis der Unvernunft als Ursache von Zielverfehlungen

*Richard Thaler*¹⁵ bewies, dass der Mensch sowohl im Privat-, wie auch im Berufsleben eher unvernünftig agiert, was uns auch daran hindert, gesetzte Ziele (und Vorsätze) zu erreichen.

Dies zeigt sich auch daran, dass lediglich der Erlass immer neuer Regelungen nicht mehr (Rechts-) Sicherheit bringt. Regelungen (und sonstige – ausufernde – Bürokratie) gibt es meist schon ausreichend. **Die (wahren) Probleme entstehen, weil Regeln häufig eben nicht befolgt werden.**¹⁶

Begriffe wie „Datenschutz“ oder „(technische) Sicherheit“ sind aus diesem Grunde nur relativ.¹⁷

Die **Kunst** bestünde daher für die **Geschäftsleitung** in der Fähigkeit, die **Menschen** (sich selbst und das Personal) **ausreichend zu vernünftigem, zielorientiertem Handeln zu motivieren**. Dafür seien nach oben genannter Theorie aber „nudges“ – kleine Stupse¹⁸ – nötig, um den inneren Schweinehund¹⁹ zu überwinden, der uns das vernünftige Handeln stets ausreden will.

Human-Workflow-Management könnte entscheidende „nudges“ vorhalten

Mit Workflow-Management **kann der Mensch und Mitarbeiter durch den Prozess geführt** und damit

zur Zeit-, Rechts- und Systemtreue angehalten werden. Dadurch könnten auch viele Probleme vermieden werden, die durch die **Fehleranfälligkeit menschlichen Denkens, Entscheidens und Handelns** entstehen. Die als Workflows abgebildeten Prozessabläufe können mit allen sonstigen Systemen und Programmen der bereits vorhandenen IT-Landschaft verbunden werden, wie zum Beispiel SAP²⁰, Warenwirtschaftssystemen oder Dokumentenmanagement-Systemen.

Jeder Prozessbeteiligte weiß, was er wann und wie und wo zu tun hat, um das „Richtige richtig zu tun“.

2.3. Ungewissheit und Verunsicherung der Manager führt entweder zu Lähmung und Defensive oder zu Hektik und Aktionismus und damit zu Fehlern bei Entscheidungen

„Die große Verunsicherung der deutschen Manager“ titelte ein Bericht der *Süddeutschen Zeitung*.²¹

Darin werden zunächst aktuelle Beispiele großer deutscher Unternehmen mit großen Problemen dargestellt: Von *Bayer*, *Deutscher Bank* über die Automobilbranche (*VW*, *Daimler*, *BMW*), *RWE*, *EON*, hin zu *Thyssenkrupp* und *Linde*.

„Selbst erfolgreiche Mittelständler leiden zunehmend unter chronischer Verunsicherung.“²²

Die Verunsicherung aufgrund aktueller Rahmenbedingungen führe zu wachsender Lähmung oder Aktionismus bei den Entscheidern.

„Die Zeiten sind ungewohnt hart geworden für Unternehmenschefs: Superschnell entstehende neue Technologien stürzen bewährte Geschäftsmodelle. Aggressive Aktionäre, unberechenbare Politiker in Amerika oder Europa, die wachsende Übermacht Chinas oder von Digitalkonzernen wie Amazon setzen Entscheider unter nie gekanntem Druck.“

14 *Richard Thaler* bekam für den Beweis dieser These 2018 den Wirtschaftsnobelpreis, vgl. *Thaler*, *Nudges*, 2008. Vgl. auch *Kahnemann*, *Schnelles Denken, langsames Denken*, der 2002 für ähnliche Thesen aus der Verhaltensökonomie den Wirtschaftsnobelpreis bekam.

15 *Thaler*, *Nudge*, 2008.

16 *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management* Band I, 2015, S 142 ff.

17 Vgl. als Platzhalter für die täglichen menschengemachten Katastrophen den **Facebook-Datenschutzskandal** im März 2018 oder die verheerende, von *BP* durch die Explosion der Ölplattform „*Deepwater Horizon*“ ausgelöste Umweltkatastrophe. Den Verantwortlichen wurde hier vom US-Bezirksrichter *Carl Barbier* grobe Fahrlässigkeit und Rücksichtslosigkeit vorgeworfen, vgl. dpa v 06.09.2014, *PNP*, 06.09.2014, S 2.

18 **Beispiel: Sicherheitsgurt**: Als die Gurtpflicht eingeführt wurde, half auch die Androhung von Bußgeldern für „Gurtmuffel“ wenig. Trotz Kenntnis, dass der Sicherheitsgurt bei Unfällen

Lebensretter ist, fanden die – nicht rational programmierten – Menschen bizarre Rechtfertigungen für die Weigerung, gewohnte Muster zu verlassen: „Wenns brennt und der Gurt hält mich fest?“ (Wahrscheinlichkeitsrechnung!) oder: „Ich fühle mich so eingeeengt ...“. Erst als findige Techniker den penetranten Piepstön entwickelten, der erst endet, wenn der Gurt dran ist (ein sehr wirkungsvoller Stups!), gaben die Vernunft-Verweigerer auf. **Wie oft müsste es in den Unternehmen bei unvernünftigem Handeln piepsen? Oder sorgt „Industrie 4.0“ für wirksame Alternativen?**

19 Vgl. *von Münchhausen*, So zähmen Sie Ihren inneren Schweinehund, 2006.

20 Achtung! Weichen stellen: SAP R3 soll in ein paar Jahren auslaufen und SAP S4 HANA weichen ...

21 *Büschemann*, *SZ* vom 14.06.2019, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/dax-manager-zukunft-unternehmensfuehrung-1.4486564>.

22 *Büschemann*, aaO.

Sicherheit werde in Datenfriedhöfen und „mehr Kontrolle im Unternehmen“ gesucht, was zu Unbeweglichkeit führe.

„Die alten Gewissheiten der Unternehmensführung gelten nicht mehr. Die Lehrbücher helfen nicht mehr weiter. Stets wussten die Chefs wenigstens ungefähr, was passiert, wenn sie eine bestimmte Maßnahme ergreifen.“²³

Rosa, ein Soziologe der Universität Jena testierte aufgrund dieser Umstände einen „sinkenden Rationalisierungsstandard“ mit der Folge vermehrter Fehlentscheidungen in seiner Studie.

„Wo die Notwendigkeit zu schnellem Handeln wachse, der zunehmende Wust an Daten aber längere Handlungs- und Reaktionszeiten verlange, sinke „der Rationalitätsstandard“, so Rosa. Aus dem Soziologendeutsch in die Umgangssprache übersetzt heißt das: Die Zahl der Fehlentscheidungen steigt.“

„Rosa spricht vom „organisatorischen Kammerflimmern“. Mediziner verwenden diesen Begriff, wenn sie sagen wollen, dass ein menschliches Herz zwar wie wild pumpt, aber kein Blut mehr transportiert und der Patient in Lebensgefahr schwebt.“²⁴

Als Lösung dieser Problematik wird die Auflösung alter Hierarchien vorgeschlagen, zumal in den Führungsetagen häufig Entscheider saßen, die von neuen Märkten und Technologien wenig verstünden.²⁵

Der Bedarf an flexiblen und kreativen Lösungen steht in der Praxis häufig vermeintlich im Gegensatz zu immensen Anforderungen aus der wachsenden Regulierung mit der Konsequenz, dass aus Angst vor Fehlern und Sanktionen oft die beschriebene Lähmung und das Drücken vor Verantwortung oder paradoxerweise Schnellschüsse aus der Hüfte und Aktionismus zu beobachten sind.

Eine Lösung bietet nachfolgend dargestellter Ansatz, dass Digitalisierung, GRC und Business Judgment Rule transparent und strukturiert den Rahmen stecken, um dem Entscheider Sicherheit und Leitplanken zu geben und ihn innerhalb des gesteckten Rahmens unter dem Gefühl, vernünftig und sicher zu agieren, umso kreativer denken, entscheiden und handeln lassen.

2.4. Irrationales auf Kunden- und Stakeholder-Seite verunsichert: Amerika ist bereits in Deutschland²⁶

Fälle: „Amerikanische Klagementalität“

Fast-Food-Konsumenten verklagen wegen unterlassener Warnhinweise die bekannten kulinarischen Tempel²⁷, Raucher die Zigarettenhersteller²⁸, etc etc und nicht – wie man denken möchte – nur in den USA. Auch in Deutschland beispielsweise verklagte ein Richter die Hersteller von Mars und Snickers²⁹ wegen unterlassener Warnhinweise, ein Ernte-23-Raucher mit demselben Vorwurf Reemtsma³⁰ und eine Dame, die vier Monate lang täglich 400 g Lakritz verzehrt hatte, Haribo wegen angeblicher Gesundheitsschäden.³¹

Auch wurde gemeldet, dass elf, bei Dreharbeiten zum Film Walküre mit Tom Cruise in Berlin leicht verletzte Komparsen, vertreten durch eine Berliner Rechtsanwältin 11 Millionen Euro Schadensersatz plus Strafzahlungen verlangen, mit der Drohung, bei Nichtbezahlung die Verantwortlichen in den USA (Kalifornien) zu verklagen.³²

Hinter dieser Mentalität der verschwundenen Eigenverantwortung des Verbrauchers bis hin zur Unmündigkeit und dem Wunsch, durch einen Haftungsprozess reich und eventuell auch berühmt zu werden, mögen die in jüngster Vergangenheit zahlenmäßig explosionsartig gestiegenen Berichte in den Medien (Zeitungen, Fernsehen, Internet, etc) stehen.

Fall: „Sammelklage nicht nur in den USA“

Auch beim redaktionellen Bericht einer Tageszeitung über die Vorwürfe gegen einen Pfarrer wegen sexuellen Missbrauchs von Ministranten nahm die Darstellung eines vom Kaprun-Prozess her be-

23 Büschemann, aaO.

24 Büschemann, aaO.

25 Vgl hierzu auch Bily, Marketing im demografischen und digitalen Wandel, 2019.

26 Scherer/Fruth, Geschäftsführer-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien, 2009, Rn 17; auch geografisch, vgl Dieter Moor, der von der Schweiz nach Amerika in Brandenburg übersiedelte und in seinem Buch das Landleben preist: „Was wir nicht haben, brauchen Sie nicht: Geschichten aus der arschlochfreien Zone“.

27 Vgl www.stern.de/wirtschaft/geld/geldanlage/the-true-stella-awards-bizarre-gerichtsfaelle-532451.html.

28 Vgl www.stern.de/panorama/chronik-klagen-deutscher-raucher-515378.html.

29 Vgl www.welt.de/print-welt/article385962/Zuckerkranker_Richter_verliert_gegen_Mars_Hersteller.html.

30 Vgl www.stern.de/panorama/klage-40-jahre-ernte-23-und-keinschadenersatz-515644.html.

31 Vgl www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,295383,00.html.

32 Vgl www.focus.de/kultur/kino_tv/walkuere-komparsen-fordern-schadenersatz_aid_327345.html.

kannten Opfer-Anwalts ein Drittel des Artikels ein: „... Er vertritt mit einer Hamburger Kanzlei eine Sammelklage von 200 ehemaligen Heimkindern ... Hohe finanzielle Entschädigungen wie in den USA, Irland und Kanada gebe es nicht. RA N.N. will das ändern, denkt an sechsstellige Summen. Das Opfer von ... wäre ein idealer Repräsentant, um die Sammelklage anzuführen“³³ ...

Fall: „Marketing für Klagestimulation“

Von Juli bis Oktober 2019 stieg die Zahl der Klagen gegen Bayer-Tochter Monsanto mit dem Vorwurf, Krebs durch Unkrautvernichtungsmittel *Glyphosat* verursacht zu haben, von 18.000 auf 42.000. Bayer führte das darauf zurück, dass die klagenden Kanzleien die Werbeausgaben auf geschätzt 50 Millionen Dollar erhöht hätten...³⁴

2.5. Zur Beruhigung: Aktuelle Tendenzen: Ein geliebtes (!) Compliance-Risiko-Managementsystem kann enthaftend wirken!

Fall: „KMW“

Enthaftende Wirkung eines Compliance – (Risiko) Managementsystems: BGH, Urteil vom 09.05.2017 – 1 StR 265/16, Rn 118 (Beck RS 2017, 114548)

„Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die Nebenbeteiligte³⁵ ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt **und ein effizientes Compliance-Management installiert hat**³⁶, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss (vgl. Raum in Hastenrath, *Compliance – Kommunikation*, 2. Aufl., S. 31 f.).

Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Nebenbeteiligte in der Folge dieses Verfahrens entsprechende **Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet**³⁷ hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“

Dieses BGH-Urteil ist nur ein weiterer Schritt in die Entwicklung „*Enthaftung durch Prophylaxe*“.

In den 1980er Jahren enthielten die US Sentencing Guidelines in den USA diesen Gedanken und der neue § 153 Abgabenordnung regelt, dass ein wirksames *Tax-Compliance-Management* idR den Vorwurf des Vorsatzes oder der Leichtfertigkeit entfallen lässt.

Ähnlich sieht der Referentenentwurf für ein *Gesetz zur Bekämpfung von Unternehmenskriminalität* vom August 2019 mit Sanktionsmöglichkeiten in Höhe von 10% des Umsatzes „eine Sanktionsverschonungsmöglichkeit“ bei wirksamen Compliance-Strukturen vor.³⁸

Umgekehrt entschied unlängst das *OLG Hamm*³⁹ die außerordentliche Kündigung eines Geschäftsführers sei gerechtfertigt, wenn er sich nicht einmal an seine eigenen Compliance-Regeln halte.

Fall: „Blondie“

Auch die Einhaltung des „Standes der Technik“ wird belohnt:

Trotz Rechtsschutzversicherung und Ausschöpfung aller Instanzen gab es keinen Schadenersatz und Schmerzensgeld für klagefreudige Kundin nach Blondierung, weil der Friseur die Aufklärung / Belehrung über die Gefahren des Blondierens und das Arbeiten nach „Stand der Technik“ dokumentiert hätte.

Landgericht Deggendorf, Berufungsurteil vom 28.10.2014 – AZ 12 S 60 / 13 3 C 833/12 *AG Deggendorf*⁴⁰

Wirksame Governance-Strukturen als Werttreiber und Antifragilitätsfaktor zugleich

„Value – Bilanz“⁴¹

Im Rahmen vielfältiger Berechnungsmethoden zum Thema „Unternehmenswert“ werden „Wertsteigerungshebel“⁴² oder „Werttreiber“⁴³ als den Unternehmenswert beeinflussende Faktoren genannt.⁴⁴

33 Vgl. www.zeit.de/2009/38/Heimkinderentschaedigung.

34 PNP, afp-Meldung vom 31.10.2019, S 2.

35 Das betroffene Unternehmen, Anmerkung des Verfassers.

36 Hervorhebung durch Verfasser.

37 Hervorhebung durch Verfasser.

38 8/2019: Referentenentwurf zum „Unternehmenssanktionsrecht“ (Gesetz zur Verhinderung von Unternehmenskriminalität).

39 Vgl. *OLG Hamm*, Urteil vom 29. Mai 2019 – 8 U 146/18.

40 Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management* Band I Anlagenteil, S 237.

41 Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management* Band I, 2014, S 218 ff., Vgl. auch IDW S 1 und IDW S 10.

42 Vgl. *Rainer* in: *Coenenberg/Salfeld* (Hrsg.), *Wertorientierte Unternehmensführung: Vom Strategieentwurf zur Implementierung*, 2003, S 77.

43 Vgl. *Britzelmaier*, *Wertorientierte Unternehmensführung: Kompakt-Training Praktische Betriebswirtschaft*, 2. Auflage, Olfert (Hrsg.), 2009, S 172.

44 Vgl. *Rainer* in *Coenenberg/Salfeld* (Hrsg.), *Wertorientierte Unternehmensführung: Vom Strategieentwurf zur Implementierung*, 2003, S 77.

Als Beispiele werden Umsatzwachstum, Entwicklung der operativen Kosten und Investitionsrate, Senkung der Kapitalkosten durch Senkung des Marktrisikos, Veränderung der Finanzstruktur, Senkung der Ertragssteuern aufgeführt.⁴⁵

Insoweit wird hier verkannt, dass die genannten positiven Effekte nur die positiven Auswirkungen der *echten Werttreiber* sind. Diese wiederum gilt es zu identifizieren. Nach Ansicht des Verfassers sind es gerade die oft wenig beachteten immateriellen Vermögenswerte⁴⁶, die **Unternehmenswert (Bilanz / risikoadjustiertes Eigenkapital) und die Erzielung von Wertbeiträgen (GuV)** im Falle der Existenz positiv und bei Fehlen oder schwacher Ausprägung negativ beeinflussen.

Nach § 266 Abs 2 HGB finden sich auf der Aktivseite der Bilanz unter A. Anlagevermögen I. Immaterielle Vermögenswerte unter 1. und 2. selbst geschaffene oder erworbene gewerbliche Schutzrechte, wie Patente, Marken (vgl. „Brand-Rating“), geistiges Eigentum, etc, das bewertbar und bilanzierbar ist.

Die erwähnten übrigen „Werttreiber“ müssten unter „3. Geschäfts- und Firmenwert“ („Good will“) zu finden sein.

*Möller/Gamerschlag*⁴⁷ gliedern den Unternehmenswert in materielle, finanzielle und immaterielle Vermögenswerte, wobei sie **die immateriellen Vermögenswerte in Human Capital, Structural Capital und Relational Capital** gliedern.

Das überzeugt nicht, da diese Aufzählung von lediglich drei Bestandteilen der immateriellen Werte willkürlich und unvollständig scheint: **In jedem Unternehmensbereich (vgl oben, Punkt 1.2.2: „22 Felder“) stecken potenzielle Werttreiber, aber ebenso bei geringem Reifegrad auch Wertvernichter:**

So kann eine gute Strategie, ebenso wie gutes Finanz-, Risiko-, Compliance-, Einkaufs-, Vertriebs-, IT-, Qualitäts-Management, etc-, pushen und jeder Bereich bei Schwachstellen Werte vernichten, uU sogar eine Unternehmenskrise auslösen: Vgl *Müller-Brot*: Mangelnde Hygiene.⁴⁸

Die Messbarkeit der immateriellen Vermögenswerte ist die Voraussetzung für deren Steuerung

und Überwachung („if you can't measure it, you can't manage it“).

Abschlussprüfer können sich bei der Bewertung immaterieller Vermögenswerte auf Standards wie den IDW S 5, S FAS 157 oder IFRS 3 stützen.

Zur Bewertung immaterieller Vermögenswerte hat die Wissenschaft diverse Ansätze, Tools, Methoden entwickelt.⁴⁹

Nicht monetäre Ansätze:

Balanced Scorecard, Wissensbilanz, Intangible Asset Monitor, etc.

Monetäre Ansätze:

Direct Intellectual Capital-Methoden wie „HR-Statement“, „Accounting for the future“, Differenz zwischen Marktwert und Eigenkapital („market to book value“, „Tobin's q“, etc).

Auch „Value at Intellectual Capital (VAIC)“ oder „Economic Value Added (EVA)“ zählen zu den monetären Ansätzen.

Je stärker die Werttreiber auf der Aktivseite und je geringer die Wertvernichter (Risikokapital erfordernde Gefahren) auf der Passivseite, desto größer ist das – für Risiken verfügbare – Eigenkapital, damit die Risikotragfähigkeit.

Entsprechend lässt sich eine „Wertbeitrags-GuV“ für die Darstellung von Zahlungsströmen einrichten.

Der *Arbeitskreis „Immaterielle Werte im Rechnungswesen“* der *Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft eV* wendet „Intellectual Capital Statement“ an. Dabei werden für diverse Unternehmensbereiche Kennzahlen zur Messung herangezogen, beispielsweise im Bereich Personal für „**Human Capital**“ die Mitarbeiterqualifikation und Fluktuation.⁵⁰

Derzeit erstellt der Normenausschuss NA 159 diverse DIN/ISO-Personalmanagement-Standards. Darunter auch die ISO 30414:2018 Human Capital Metrics-Reporting (Personal-Kennzahlen).⁵¹ Zur Bewertung des „Human Capital“ gibt es auch die sog. „*Saarbrücker-Formel*“.

45 Vgl *Rainer* in Coenberg/Salfeld (Hrsg), Wertorientierte Unternehmensführung: Vom Strategieentwurf zur Implementierung, 2003, S 77.

46 Vgl *Möller/Gamerschlag*, Immaterielle Vermögenswerte in der Unternehmenssteuerung – betriebswirtschaftliche Perspektiven und Herausforderungen, in: *Möller/Piwinger/Zerfaß* (Hrsg), Immaterielle Vermögenswerte: Bewertung, Berichterstattung und Kommunikation, 2009, S 6.

47 Vgl *Möller/Gamerschlag*, aaO, S 6.

48 Vgl *Scherer/Fruth* (Hrsg), Governance-Management Band I, 2014 Kap. 1.3.2, mit erheblichen Problemfällen mit ebensolchem Haftungspotenzial.

49 Vgl *Möller / Gamerschlag*, aaO, S 224 ff.

50 Vgl *Haller*, Erfassung immaterieller Werte in der Unternehmensberichterstattung: Der Ansatz des Arbeitskreises „Immaterielle Werte im Rechnungswesen der *Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft eV*“, in: *Möller/Piwinger/Zerfaß* (Hrsg), Immaterielle Vermögenswerte: Bewertung, Berichterstattung und Kommunikation, 2009, S 97–109.

51 Der Verfasser ist als „Experte“ Mitglied im einschlägigen Normenausschuss NA 159.

Audit-Checkfragen zum Thema „Antifragilität und Kapitalmarktfähigkeit“⁵²

1.	Wird das Geschäftsmodell, Ziele und Strategie des Unternehmens vom Kapitalmarkt positiv bewertet?
2.	Werden Unternehmensvorgänge transparent dargestellt?
3.	Verfügt das Unternehmen über ein vollständiges Reporting?
4.	Kommunikation 4.1. Wird Kapitalgebern Informationsmaterial zur Verfügung gestellt? 4.2. Werden Gespräche mit Investoren geführt? 4.3. Werden Geschäftsberichte und Unternehmenspräsentationen auf der Website zur Verfügung gestellt?
5.	Bestehen angemessene strukturelle, finanzielle und personelle Ressourcen?
6.	Rating 6.1. Wurde für das Unternehmen ein Rating durchgeführt? 6.2. Verfügt das Unternehmen über eine ausreichende Bonität?
7.	Finanzkennzahlen 7.1. Werden Bilanzstrukturzahlen (z. B. Eigenkapitalquote) ermittelt? 7.2. Werden Cash-Flow-bezogene Zahlen (z. B. dynamischer Verschuldungsgrad) ermittelt?
8.	Weitere Kriterien 8.1. Ist die notwendige Liquidität gegeben? 8.2. Werden die Bestimmungen der Corporate Governance beachtet? 8.3. Wird die Branche des Unternehmens vom Kapitalmarkt positiv bewertet? 8.4. Wird die Zusammensetzung des Managements positiv bewertet?
Anforderungen an die interne Organisation⁵³	
1.	Gibt es eine klare Corporate-Governance-Struktur (Unternehmensführung und -überwachung)?
2.	Sind die Stellen der Leitungs- und Aufsichtsorgane des Unternehmens angemessen besetzt?
3.	Wird die erste Leitungs- und Aufsichtsebene durch die zweite Managementebene (Stabsstelle / Abteilungsleiter) angemessen unterstützt und bei Bedarf vertreten?
4.	Gibt es eine effektive Rechtsabteilung (Legal) und Compliance-Funktion?
5.	Gibt es angemessene Reporting-Strukturen (Berichtswesen)?
6.	Gibt es angemessene Kommunikation zu relevanten „Interessierten Gruppen“ (customer relations / investor relations)?
7.	Werden angemessene Ressourcen zur Erreichung der Ziele bereitgestellt?
8.	Besteht für wichtige Themen ein Netzwerk zu zuverlässigen und kompetenten Beratern?

⁵² Vgl. *Achleitner et al.* in: Stiftung Familienunternehmen, Die Kapitalmarktfähigkeit von Familienunternehmen, 2011, S 59 ff.

⁵³ In Anlehnung an *Achleitner et al. in:* Stiftung Familienunternehmen, Die Kapitalmarktfähigkeit von Familienunternehmen, 2011, S 91 ff.

3. Haftung von Geschäftsleitung und Aufsichtsgremien für Missmanagement durch Unangemessenheit von Governance (GRC)-Strukturen und Digitalisierungsstrategie

3.1. Die haftungsbewehrte Pflicht des Managements zur zukunftsorientierten, zuverlässigen Strategieentwicklung und Planung auf Basis einer angemessenen Unternehmens- und Umfeldanalyse

Auch Trendbrüche und Disruptionen lassen sich erkennen.

Seit dem *Ansoff'schen Konzept der „schwachen Signale“* ist es anerkannt, dass Trendbrüchen, Richtungsänderungen oder Diskontinuitäten bestimmte Entwicklungen, beispielsweise Kumulation ähnlicher Ereignisse in diversen Regionen, Meinungsbildungen in Medien, Organisationen oder Verbänden, globale 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.⁵⁴

Die Frage, ob Manager, wenn sie – auch bzgl Trends und Zukunftsrisiken – bei Strategieentwicklung und Planung nicht konzeptionell und entsprechend dem „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ unter Nutzung geläufiger Methoden und Tools vorgegangen sind, bei nicht geplanten negativen Auswirkungen auf Gewinn- und Verlustrechnung oder Bilanz durch Realisierung von Risiken oder Auslassen von Chancen uU persönlich auf Schadensersatz haften, ist höchst-richterlich noch nicht entschieden.⁵⁵

Bezüglich der Pflicht, Risikomanagement zu betreiben, existiert mittlerweile die herrschende Meinung⁵⁶, dass sie jeden Unternehmer treffe.⁵⁷

Auch die Pflicht der Geschäftsleitung zur strategischen und operativen Planung ist längst anerkannt.⁵⁸

Jedoch wurde hierzu noch nicht explizit festgestellt, ob die zu betreibende Planung neben herkömmlichen Risikomanagementelementen auch Bandbreitenplanung mit Simulationsverfahren und Zukunftsrisiken (Risks-of-Changes) behandeln muss: Dies ist mE abhängig vom „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ und dürfte daher allmählich zur pflichtgemäßen, gewissenhaften Vorgehensweise eines „*Ordentlichen Kaufmanns*“ zählen.

Auch die in den letzten Jahren exponentiell **wachsende Zahl der Urteile zur Unternehmensorganisationspflichtverletzung** umfasst mittlerweile auch die „**Organisationspflicht zur zuverlässigen Planung**“ und **konzeptionellen Suche nach Zukunftsrisiken**:

Hervorzuheben und abzugrenzen ist wiederholt, **dass Management Pflicht und Kür** bedeutet:

Compliance „*beherrscht*“ in diesem Zusammenhang auch das Themenfeld **Planung**.⁵⁹

Fall: „Fehlerhafte Planung“

Anfang 2016 wurde erst ein Ex-Vorstand eines Sozialversicherungsträgers **persönlich** zu einer erheblichen Schadensersatzzahlung (4,6 Mio Euro) wegen fehlerhafter Planung verurteilt. Er hatte ohne entsprechend sachkundige Planung (Personalbedarfsanalyse) erheblich mehr Büroräume eingerichtet, als nötig.⁶⁰

Die **risikoorientierte Unternehmensführung und Planung** ist bereits seit einigen Jahren Gegenstand der wissenschaftlichen Literatur.⁶¹

Die von *RiskNET* gestellte Frage „*Werden Risikoinformationen systematisch im Rahmen der Unternehmensplanung berücksichtigt?*“ wurde von über 200 Unternehmen 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 Me-

54 Vgl *Ansoff*, Strategisches Management, 1. Auflage 1979, S 21 ff., *Welge/Al-Labam*, Strategisches Management, 2. Aufl. 1999, S 298 ff., *Krystek/Walldorf*, Früherkennungssysteme, 1. Aufl. 1992, S 352.

55 Sich dafür aussprechend wohl *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 01/2012, S 17.

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

57 Zustimmung *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 01/ 2012, S 18.

58 Vgl *Scherer/Fruth* (Hrsg), Stark in die Zukunft, 201 und nachfolgende Fußnote.

59 Vgl die Ausführungen zur haftungsbewehrten Pflicht zur Planung in zahlreichen juristischen Kommentaren unter § 43 GmbHG oder § 93 AktG, die bei Wöhe etc keine Berücksichtigung findet; Vgl *Wöhe*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 25. Auflage, 2013, 3. Planung und Entscheidung, S 73 ff.

60 *OLG Hamm*, AZ 27 U 36/15, Urteil vom 17.03.2016.

61 Vgl jüngst *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 01/2012, S 17, die die bisherige Praxis unternehmerischer Entscheidungsvorbereitung „hart“ beurteilen („... schlicht unsinnig ...“) und praktikable Alternativen darstellen.

thode entweder nicht oder war trotz Kenntnis an der Einführung nicht interessiert.⁶²

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 abgeschlossene empirische Erhebung an der *Technischen Hochschule Deggendorf* brachte folgendes Ergebnis: Von den ca 150 antwortenden Entscheidern aus dem Mittelstand antwortete ein Großteil, dass sie konzeptionell Zukunftsrisiken beobachten, auswerten und in strategische Entscheidungen einfließen lassen.⁶³

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 derzeit bereits trefflich – auch vor Gericht oder mit Managerhaftpflicht-(D&O) Versicherern – darüber streiten, **ob im jeweiligen Einzelfall fehlerhafte / fehlende Unternehmens- und Umfeldanalyse** und unterlassenes „*Risks-of-Changes-Management*“ eine **schuldhafte Pflichtverletzung** des Managements im Sinne einer Nichteinhaltung des *Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis*“ darstellt.⁶⁴

Insbesondere seit Vorsitzender Richter des 1. Strafsenats des *BGH Raum* 2017 statuierte⁶⁵, „*Die permanent zu aktualisierende Risikoanalyse setzt voraus, dass Vorkehrungen getroffen sind, die es erlauben, den Markt ständig im Blick auf mögliche Gefahrensituationen zu beobachten*“,

verbessert eine Organisation bei einem Streitfall (vor Gericht) ihre Chancen deutlich, wenn sie diese Anforderungen angemessen erfüllt.

3.2. Beurteilung von Missmanagement am Beispiel: Planung / Strategieentwicklung bzgl GRC und Digitalisierung

3.2.1. Keine Ermessensspielräume bei Governance-Strukturen

Die Implementierung *wirksamer, angemessener* GRC-Governance-Strukturen ist überwiegend keine Frage

unternehmerischen Ermessens und somit dem Anwendungsbereich der *Business Judgment Rule*⁶⁶ entzogen.

Praxistipp:

Da die Implementierung angemessener Governance-Strukturen mit Risiko- und Compliance-Managementsystem zwingend ist (*Landgericht München (Neubürger)*, §§ 43 GmbHG, 93, 116 AktG, 347 HGB, etc), empfiehlt sich die Implementierung eines *Integrierten GRC-Managementsystems*.

3.2.2. Begrenzte Ermessensspielräume bei Einleitung und Umsetzung einer Digitalisierungsstrategie

Ein „Ordentlicher Kaufmann“ bzw „gewissenhafter Unternehmer / Geschäftsführer / Vorstand / Aufsichtsrat“ wird entsprechend dem mittlerweile wohl „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ (herrschende Meinung der Wissenschaft und Praxis) bei der Frage, „*ob*“ er sich dem Megatrend „Digitalisierung“ anschließen muss (uU abhängig vom konkreten Geschäftsmodell), nicht mehr von Ermessensspielräumen ausgehen dürfen.

Bei der Frage, „*wie*“ er die Digitalisierung in seinem Unternehmen umzusetzen hat, gibt ihm letztlich der unbestimmte Rechtsbegriff der „*Angemessenheit*“ („Geeignetheit zur Erreichung der (Digitalisierungs-) Ziele“) eine Linie vor.

Im Übrigen muss er diesbezüglich die Regeln der *Business Judgment Rule* (§ 93 Abs 1, S 2 AktG) beachten:

1. Informationsbasis schaffen: zB durch Benchmarking, Umfeldanalysen etc.
2. Risikobasierte Bewertung und
3. Entscheidung im Sinne des Unternehmens.
4. Voraussetzung für Antifragilität, Wertbeitrag und Enthftung eines Digitalisierten Integrierten GRC-Managementsystems: Wirksamkeit!

4.1. Wirksamkeit („Gelebt werden“) unter Berücksichtigung der Verhaltensökonomie

Unternehmen, Manager und Mitarbeiter sehen sich bei ihrer täglichen Arbeit mit ständig neuen Anforderun-

62 Vgl *Gleißner/Romeike*, Bandbreitenplanung und unternehmerische Entscheidungen bei Unsicherheit, Risk, Compliance & Audit, 01/2012.

63 Die Studie ist erhältlich über josef.scherer@th-deg.de oder als Download über www.scherer-grc.net.

64 Bezüglich der Nachweisbarkeit des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens mag dem „Angreifer“ die Rechtsprechung zur Seite stehen, die bei groben Organisationspflichtver-

letzungen schon mal die Beweislast sogar bzgl der Frage der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden zu Lasten von Unternehmen oder Management umkehrt.

65 *Raum* im Artikel „Compliance im Zusammenhang straf- und bußgeldrechtlicher Pflichten“, S 40, Rn 29, in *Hastenrath* (Hrsg), Compliance-Kommunikation, 2017.

66 § 93 Abs 1 Satz 2 AktG – anwendbar auf AG-Vorstände und (!) GmbH-Geschäftsführer.

gen und Herausforderungen konfrontiert – unter anderem aufgrund der vielen Standards wie beispielsweise ISO, DIN, ÖNORM, COSO, IDW oder DIIR in nahezu jedem Prozess-Themenfeld des Unternehmens.⁶⁷⁷

Diese beschäftigen sich explizit mit personellen Ressourcen und Kompetenzen von Management und Mitarbeitern.

Sie formulieren den *Soll-Zustand*. Problematisch ist, dass diese Anforderungen häufig nicht bekannt sind bzw nicht verstanden werden.

Trotz dieser Vielzahl von Anforderungen und Vorgaben lassen sich im Großteil von Organisationen/Unternehmen permanent zahlreiche virulente **Risiken im Personalbereich** identifizieren.

Verbindungen von Top-Risiken im Personalbereich mit Organisationspsychologie und Verhaltensökonomie⁶⁸

Bei Betrachtung wichtiger Personalrisiken, die häufig als Top-Risiken⁶⁹ bewertet werden, wird schnell deutlich, dass *mehr als 50 % dieser Risiken Verbindungen oder Zusammenhänge zur Psychologie bzw Verhaltensökonomie und Organisationsstrukturen vorweisen*. Wieder einmal wird deutlich, dass sich der für lange Zeit gelehrte **Homo Oeconomicus** zumeist als Fiktion erweist: Der Mensch kann *nicht* vollkommen rational und frei von Emotionen agieren, während er dabei seinen Eigennutzen maximiert und keine Fehler in der Informationsaufnahme begeht.⁷⁰ Außerdem wird das Begehen von Fehlern als eine Eigenschaft des Menschen angesehen.⁷¹

Wie kann also bei Management und Mitarbeitern die kognitive und emotionale Ebene positiv beeinflusst werden, um im Bereich Kompetenzen, Wissen und Wollen bestmögliche Ergebnisse zu erzielen und so den Risiken auch vorzubeugen?

Lösungsansätze lassen sich nur unter Berücksichtigung der Verhaltensökonomie und der Organisationspsychologie finden, wobei Umfeldentwicklungen wie die stetig

zunehmende *Digitalisierung* und *Regulierung* sowie *demografische Entwicklungen* eine große Rolle spielen.

Die Aufgaben- und Tätigkeitsfelder der Organisationspsychologie⁷² sind weit gesteckt, da sie sich *„mit dem Erleben und Verhalten von Menschen am Arbeitsplatz“*⁷³ beschäftigt.

4.2. Einschlägige Anforderungen an Kompetenzen von Management und Mitarbeitern in Gesetzen, Rechtsprechung, Richtlinien und Standards: „Fit und proper!“

4.2.1. Anforderungen in Gesetzen

§ 24 VAG

Anforderungen an Personen, die das Unternehmen tatsächlich leiten oder andere Schlüsselaufgaben wahrnehmen

- (1) *Personen, die ein [...] Unternehmen tatsächlich leiten oder andere Schlüsselaufgaben wahrnehmen, müssen zuverlässig und fachlich geeignet sein. Fachliche Eignung setzt berufliche Qualifikationen, Kenntnisse und Erfahrungen voraus, [...]. Dies erfordert angemessene theoretische und praktische Kenntnisse [...] sowie im Fall der Wahrnehmung von Leitungsaufgaben ausreichende Leitungserfahrung. [...]*⁷⁴⁴
- (2) *Personen, die das Unternehmen tatsächlich leiten, sind neben den Geschäftsleitern solche, die für das Unternehmen wesentliche Entscheidungen zu treffen befugt sind. [...]*

§ 25a KWG

- (1) *Ein Institut muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet. Die Geschäftsleiter sind für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation des Instituts verantwortlich; [...].*

67 Vgl *Scherer*, Managerenthaftung und digitale Transformation versus Unvernunft im Lichte aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FIRM Jahrbuch, 2017, S 74.

68 *Birker*, Digitalisiertes Integriertes Risiko-Managementsystem mit Governance, Risk und Compliance (GRC) (e-book), Kapitel 7.2.

69 Zu den Top-Risiken im Personalbereich zählen: Hohe Fluktuation, zu hohe Personalkosten, Haftungs- und Prozessrisiken, Austritt von Leistungsträgern, Fachkräftemangel, fehlerhafte Personalbedarfsprognosen, Fehleinschätzung von technologischem Wandel und Trends, Einsatz von Fremdressourcen, fehlende Mitarbeitermotivation, Führungsrisiko, kriminelles Verhalten von Mitarbeitern.

70 Vgl *Beck*, Behavioral Economics, 2014, S 1. Siehe hierzu auch *Thaler*, Nudge, 4. Auflage, 2009, der 2017 für die darin beschriebene Theorie den Wirtschaftsnobelpreis erhielt.

71 Vgl *Schweigard* (Hrsg), Der unberechenbare Faktor Mensch, 2014, S 2.

72 Häufig wird die Organisationspsychologie auch in Kombination mit der Arbeitspsychologie genannt.

73 *Bajwa/König* (Hrsg), Karriereperspektiven in der Arbeits- und Organisationspsychologie, 2018, S 2.

74 Anm d Verf: Vgl *Scherer/Fruth* (Hrsg), Governancemanagement Band I, 2014: Persönliche und fachliche Kompetenzen von Führungskräften.

*Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation muss insbesondere ein angemessenes Risikomanagement umfassen [...]; das Risikomanagement umfasst insbesondere [...]
4. eine angemessene personelle und technischerorganisatorische Ausstattung des Instituts. [...]*

4.2.2. Anforderungen aus der Rechtsprechung

Unzureichende Personalausstattung (Quantität / Qualität) als grobe Organisationspflichtverletzung

Fall: „Geburtsklinik“⁷⁵

Aus dem Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 25.03.2011, Az 5 U 178/10:

„[...] dass das eingesetzte Personal über entsprechende Kenntnisse verfügt und wiederum der Arbeitgeber sicherstellt, dass auch nur entsprechend ausgebildetes Personal eingesetzt wird. [...]

Die mangelnde Personalausstattung (sowohl zahlenmäßig als auch ausbildungsmäßig) stellt sich damit als grober Organisationsfehler dar. [...]“

4.2.3. Anforderungen in „Fit & Proper“ – Leitlinien

Seit dem 30. Juni 2018 sind die sogenannten „Fit & Proper“-Leitlinien (EBA/GL/2017/12) der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) und der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) zu beachten. Diese Leitlinien sind die Reaktion auf die Anforderung, nur geeignete Leitungsorgane und Inhaber von Schlüsselpositionen, wie Geschäftsführer, Aufsichtsräte oder auch Leiter der Risikomanagementabteilung, Compliance-Verantwortliche oder Leiter Interne Revision, zu beschäftigen.

Die Leitlinien stellen Anforderungen an fachliche Qualifikation und persönliche Zuverlässigkeit.⁷⁶ Ziel der Leitlinien ist es, mithilfe festgelegter Kriterien die Leitungs- und Schlüsselfunktionen zu beurteilen, um schlussendlich solide Governance-Strukturen aufzubauen und so einzelnen Personen bereits den Eintritt

in die Organisation zu verwehren oder sie nach einem Vorfall von weiteren Tätigkeiten abzuhalten.⁷⁷

Zu den Kriterien zählen unter anderem praktische, berufliche und theoretische Erfahrung, ausreichende zeitliche Verfügbarkeit, Ehrlichkeit, Integrität und Eigenständigkeit.⁷⁸

4.2.4. Anforderungen in aktuellen Standards

Hinweis: Auch nachfolgend zeigt sich, erneut sehr deutlich, dass in nahezu allen Standards das Gleiche (nicht das Selbe (!)) steht und alle Stakeholder das Gleiche (hier bezüglich der angemessenen Kompetenzen) wollen:

ISO 19600:2016 (Compliance-Managementsystem)

„7.2.1 Kompetenz

Die Organisation sollte:

[...] b) sicherstellen, dass diese Beschäftigten auf Grundlage angemessener Ausbildung, Schulung und/oder Berufserfahrung kompetent sind;

c) wenn erforderlich, Maßnahmen einleiten, um die benötigte Kompetenz zu erwerben, und die Wirksamkeit der getroffenen Maßnahmen bewerten; [...]“

„7.2.2 Schulung

Das oberste Organ, die Führungskräfte und alle Beschäftigten, welche Compliance-Pflichten haben, sollten diese wirksam wahrnehmen können. Kompetenzen können auf unterschiedliche Weise erlangt werden, einschließlich Fähigkeiten und Wissen erworben durch Ausbildung, Schulung und Berufserfahrung.

Das Ziel eines Schulungsprogramms ist es, sicherzustellen, dass alle Beschäftigten über die ausreichende Kompetenz verfügen, um ihre Arbeitsrolle in Übereinstimmung mit der Compliance-Kultur der Organisation und deren Verpflichtung zur Compliance zu erfüllen.

Geeignet gestaltete und durchgeführte Schulungen können ein wirksamer Weg für Beschäftigte sein, zuvor nicht identifizierte Compliance-Risiken mitzuteilen.

⁷⁵ Scherer, „Healthcare und Pflege 4.0“ – Die digitale Transformation von Compliance, Risikomanagement und Standards im Gesundheitswesen – Teil 2, 2/2019, S 117.

⁷⁶ Vgl EBA/GL/2017/12 Final report, Joint ESMA and EBA Guidelines, 26.09.2017 oder auch Uribe, Fit & Proper in deutschen Kreditinstituten, 03.12.2018, abrufbar unter: <https://www.fc-heidelberg.de/fit-proper-deutschen-kreditinstituten/> (letzter Zugriff: 18.12.2018).

⁷⁷ Vgl Uribe, Fit & Proper in deutschen Kreditinstituten, 03.12.2018, abrufbar unter: <https://www.fc-heidelberg.de/fit-proper-deutschen-kreditinstituten/> (letzter Zugriff: 18.12.2018).

⁷⁸ Vgl EBA/GL/2017/12 Final report, Joint ESMA and EBA Guidelines, 26.09.2017.

Ausbildung und Schulung von Beschäftigten sollten: [...]“

„7.3.1 Allgemeines

Personen, die unter Aufsicht der Organisation Tätigkeiten verrichten, sollten sich:

- a) [...]
- b) *ihrer Rolle und ihres Beitrags zur Wirksamkeit des Compliance-Managementsystems, einschließlich der Vorteile einer verbesserten Leistung des Compliance-Managementsystems*
- c) *der Folgen einer Nichterfüllung der Anforderungen des Compliance-Managementsystems bewusst sein.“*

„7.3.2.3 Compliance-Kultur

Die Entwicklung einer Compliance-Kultur erfordert ein aktives, sichtbares, konsistentes und nachhaltiges Bekenntnis des obersten Organs, der obersten Leitung und der Führungskräfte zu einem gemeinsamen, bekannt gegebenen Verhaltensstandard, der in jedem Bereich der Organisation gefordert wird.

[...] – fortlaufende Compliance-Schulungen, einschließlich deren Aktualisierung;

[...] – dass die Beschäftigten die Bedeutung der Compliance-Pflichten hinsichtlich ihrer eigenen Tätigkeiten und der Tätigkeiten ihres Geschäftsbereichs verstehen; [...]“

ISO 31000:2018 (Risiko-Managementsystem)

„5.4.4 Zuordnung von Ressourcen

Die oberste Leitung und, wo angezeigt, die Aufsichtsorgane sollten die Zuteilung geeigneter Ressourcen für das Risikomanagement sicherstellen, die unter anderem Folgendes umfassen können:

- *Personen, Fähigkeiten, Erfahrungen und Kompetenzen;*
- *Prozesse, Methoden und Werkzeuge der Organisation zum Umgehen mit Risiko;*
- *dokumentierte Prozesse und Verfahren;*
- *Informations- und Wissensmanagementsysteme;*
- *berufliche Weiterentwicklungs- und Schulungsbedürfnisse.*

Die Organisation sollte die Fähigkeiten und Beschränkungen bestehender Ressourcen berücksichtigen.“

ISO 9001:2015 (Qualitäts-Managementsystem)

„7.1.2 Personen

Die Organisation muss die Personen bestimmen und bereitstellen, die für die wirksame Umsetzung ihres Qualitätsmanagementsystems und für das Betreiben und Steuern seiner Prozesse notwendig sind.“

„7.2 Kompetenz

Die Organisation muss:

- a) *für Personen, die unter ihrer Aufsicht Tätigkeiten verrichten, welche die Leistung und Wirksamkeit des Qualitätsmanagementsystems beeinflussen, die erforderliche[n]⁷⁹ Kompetenzen bestimmen,*
- b) *sicherstellen, dass diese Personen auf Grundlage angemessener Ausbildung, Schulung oder Erfahrung kompetent sind;*
- c) *wo zutreffend, Maßnahmen einleiten, um die benötigte Kompetenz zu erwerben, und die Wirksamkeit der getroffenen Maßnahmen zu bewerten;*
- d) *angemessene dokumentierte Informationen als Nachweis der Kompetenz aufbewahren. [...]“*

4.3. „Wirksamkeit“ durch Automatisierung, Workflowmanagement und Change-Prozesse

Das Ziel von „Workflow-Management“ bzw. Digitalisierung ist, sämtliche Tools/Dokumente/Aktionen/ etc einer passenden Stelle im Gesamt-Workflow des Unternehmens bzw seinen Prozessen zuzuordnen bzw in diese zu integrieren. Damit wird eine „Schattenexistenz“ von Vorgaben, die keiner beachtet, Dokumente, die keiner liest oder Kontrollen, die nicht ausgeführt werden, vermieden.

Durch automatisierte Prozesse oder durch Human Workflows geführte menschliche Aktionen sollte sichergestellt werden, dass das Richtige richtig gemacht wird und menschliche Fehler weitestgehend reduziert werden.

Dieser Ansatz könnte wesentlich effektiver sein, als ungesteuerte Coachings und Schulungen, die zwar oft sehr aufwändig (Zeit, Geld, ...) sind, aber häufig nur wenig bewirken.

Da es im Unternehmen nicht nur einen Prozess, der optimal für alle Mitarbeiter gestaltet werden muss, sondern viele gibt, ist es anspruchsvoll, aber auch umso wichtiger, diese Komplexität „im Griff zu haben“.

79 Fehler auch im Original.

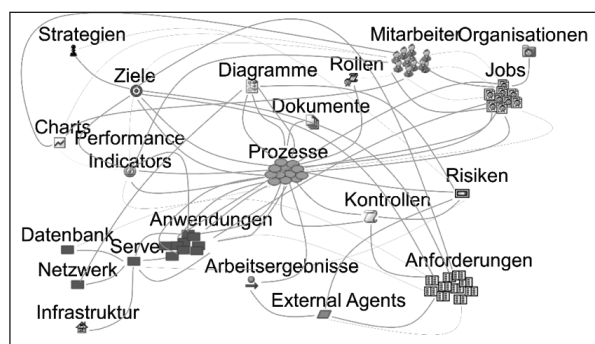


Abbildung 1: Prozessabläufe als Basis für Vernetzung mit diversen Komponenten eines Managementsystems.

In Zusammenhang mit der oben geschilderten Problematik ergibt sich damit nachfolgender *Lösungsansatz*, um den gewünschten Wertbeitrag, Effektivität, Effizienz und Wirksamkeit zu erreichen:

Der **Einsatz von automatisierten oder standardisierten und geführten (Human) Workflow-Prozessen** kann unterstützend oder sogar ersetzend wirken. Mensch und Mitarbeiter sollten in diesem Fall Fehler nur noch unterlaufen, wenn technische Prozessvorgaben bewusst überwunden und Kontrollen aktiv umgangen werden.⁸⁰

Dem Risiko von Fehlern aufgrund menschlicher Schwächen wird somit vorgebeugt und auch diese aktive Umgehung von Kontrollinstanzen wird dadurch erschwert. Schließlich kann durch Management und Mitarbeiter, aber auch durch die „lines of defense“ jederzeit nachvollzogen werden, wo vom Soll-Prozess abgewichen wird, um zeitnah gegenzusteuern.⁸¹

Change-Prozesse

Werden Human Workflow-Prozesse unter den Rahmenbedingungen der angesprochenen Umfeldentwicklungen im Unternehmen eingeführt, dürfen jedoch wie bei jeglicher Einführung von neuen Systemen etc – wie auch den zitierten Standard-Auszügen entnommen werden kann – **Schulung und Weiterbildung der Mitarbeiter** in Form von Change-Prozessen nicht vernachlässigt werden.⁸²

Die Fragen, wo künftig im Arbeitsprozess zwischen Robotern und (teil-) automatisierten Prozessabläufen der Manager oder Mitarbeiter steht, was seine Aufga-

ben sind und welche Kompetenzen er dafür braucht, ist als erstes zu beantworten.

Dann sollten Ausbildung, Coaching, etc vorhandene Gaps zwischen dem „neuen Soll“ und dem (alten) Ist füllen helfen.

Dabei ist zu konstatieren, dass die klassischen Schul-, Lehr- und Weiterbildungssysteme und -Curricula in Deutschland diesbezüglich bisher kaum Flexibilität zeigen oder auch nur entsprechende Anforderungskataloge erarbeitet hätten.⁸³

5. Fazit: „Der Ordentliche Kaufmann 4.0“, seine Mitarbeiter und Organisation

5.1. Soll-Ist-Abgleich und SWOT-Analyse beim Ordentlichen Kaufmann: „Digital, fit, proper, sustainable, succesful & safe!“

Schwächen und Gefahren

Der Ordentliche Kaufmann

... ist tatsächlich *digital* häufig noch nicht up to date, hat Sorge mit den *Anforderungen aus Regulierung* und „GRC“ und Respekt vor der *Verantwortung bei Missmanagement, Ressourcenprobleme bei motivierten Fachkräften* und häufig *zu wenig Zeit* für die wichtigen Dinge – beruflich und privat.

Stärken und Chancen

Der **Ordentliche Kaufmann** sollte seinen Risiko- und Chancenkoffer packen und angemessene, digitalisierte und *wirksame* Governance-Strukturen implementieren, die bei Gesellschaftern, Investoren, Kunden, Mitarbeitern und sonstigen „interested parties“ das Vertrauen erzeugen, auf ein nachhaltiges wert(e)volles Unternehmen zu setzen.

Der **Ordentliche Kaufmann** sollte sich und seine Mitarbeiter dabei durch ein Digitalisiertes Integriertes GRC-Managementsystem 4.0 unterstützen lassen

5.2. Vom „Ordentlichen Kaufmann“ zur „Ordentlichen Governance-Organisation“

Erste Stimmen⁸⁴ werden laut, die eine Evolution oder Metamorphose des „Ordentlichen Kaufmanns“ als

80 Vgl. Scherer, Managerenthaftung und digitale Transformation versus Unvernunft im Lichte aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: FIRM Jahrbuch 2018, S 75.

81 Vgl. ebenda.

82 Tiefere Informationen können dem Begleitwerk „Integrierte Risiko-Managementsysteme 4.0 unter besonderer Berücksichtigung von Personal-Risikomanagement 4.0, Knowledge-Management und verhaltensökonomischer Lösungsansätze im Bereich der Organisationspsychologie“ entnommen werden.

83 Beispiel: Die klassische staatliche Juristenausbildung in Deutschland umfasst bisher die Themen Compliance- und Risikomanagement, Governance, Prozessabläufe, Digitalisierung, Standardorientierung, Interdisziplinarität, Verhaltensökonomie, etc. kaum bis gar nicht. Nicht wesentlich besser sieht es bei betriebswirtschaftlichen Studiengängen oder Berufsausbildungen aus.

84 Vgl. Leibinger, Glaubwürdigkeit ist das kostbarste Gut von Managern, Handelsblatt vom 03.11.2009.

„einsamer Leuchtturm“ hin zu einer „Ordentlichen (Governance-) Organisation“ fordern:

Wenn jeder Mitarbeiter als „Unternehmer im Unternehmen“ in seinem Zuständigkeitsbereich und über den Tellerrand hinaus (Schnittstellen!) „Ordentlicher Kaufmann“ und GRC-Officer zugleich ist, verteilen sich Last, Verantwortung aber auch die Erfolge und der „Flow“⁸⁵ auf viele Schultern.⁸⁶

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.

Ein digitalisiertes *Integriertes Human Workflow-GRC-Managementsystem* vereint die Erfüllung der Anforderungen aus Governance, Regulierung und Digitalisierung im Bereich der Geschäftsprozesse.

Hier können auch **noch enorme Wertbeiträge** erzielt werden.

Achleitner, eine Koryphäe im Bereich Unternehmensbewertung, bezeichnet „Corporate Governance als wichtigsten Werttreiber“:

„Eine gute Corporate-Governance-Praxis wird ein entscheidender Wettbewerbsfaktor in der Zukunft (...). Aus der Beteiligungspraxis hören sie, dass es Fälle gibt, in denen die Corporate Governance zwei Drittel der Wertsteigerung der Firmen beisteuert. (...)“⁸⁷

Während Mitte der 1990iger Jahre die Zeit wohl zu Recht als „**noch nicht reif**“ für das Aufstellen von „(Governance-) Grundsätzen (Standards) ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -überwachung (GoU/GoÜ)“ mit der Wirkung eines antizipierten Sachverständigen-gutachtens / Anscheinsbeweises oder widerlegbarer Vermutung für ordnungsgemäßes und gewissenhaftes bzw pflichtgemäßes Management nach „Anerkanntem Stand von Wissenschaft und Praxis“ bezeichnet wurde,⁸⁸ ist diese **Aussage, nun ca 25 Jahre später, zu revidieren:**

Zu den unter „Governance“ diskutierten Themen der **Unternehmensführung und -überwachung** existieren mittlerweile umfassende generelle (Governance allgemein) und nahezu alle Teilbereiche⁸⁹ betreffende

Anforderungen von Gesetzgebung und Rechtsprechung (rechtliche Rahmenvorgaben) sowie Ausführungen von Forschung bzw Lehre und Praktikern, was als anerkannt und bewährt anzusehen ist und zudem Regelwerke institutionalisierter Sachverständigengremien (Standards)⁹⁰.

Handlungsbedarf bei Standardisierung

Gleichwohl lassen sich auch **gerade noch heute im Zusammenhang mit Digitaler Transformation (Forschungs-)Aufgaben im Bereich Governance, Risk und Compliance** („Digital Governance“ bzw „Unternehmensführung 4.0“) 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, Verhaltensökonomie, Psychologie, künstliche Intelligenz und Digitalisierung) müssten verstärkt **international und übergreifend interdisziplinär** 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 – uU 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 Technik⁹¹ 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 „anti-

85 Csikszentmihalyi, Flow im Beruf, 3. Auflage, 2012.

86 Vgl Scherer, Die Bionik der Systeme in: Scherer/Fruth (Hrsg), Governance-Management Band I, 2014.

87 Achleitner, TU München, (Entrepreneurial Finance), Handelsblatt, 30.06.2015, S 28.

88 Vgl Hommelhoff/Schwab, Zum Stellenwert betriebswirtschaftlicher Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung und -überwachung im Vorgang der Rechtserkenntnis, in: Schmalenbacher Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (ZbF) (Sonderheft: Werder, Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoU)), 1996, S 149, 171.

89 Ca „22 Themengebiete“, wie Organisation, Planung und Strategie, **Compliance**, Einkauf, Leistungserbringung, Vertrieb, IT, Business Continuity, etc.

90 ISO/IDW/COSO/OECD/DIIR/etc.

91 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 Ermessenspielraum darstellen.

zipierten 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 Digitalisierung und Unternehmensführung und -überwachung („Digital 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.
- Ein „*Digital Governance-Standard*“, der allgemein die **digitale Klammer um die diversen Teil-Disziplinen** der Führungs-, Kern- und Unterstützungsprozess-themen ziehen kann, um die Existenz zahlreicher isolierter „Teildisziplin-Inseln“ zu verhindern, könnte – über die (wichtige) Darstellung der Interaktion der Unternehmensorgane hinaus – die Grundstrukturen und Anforderungen an „ordnungsgemäße Unternehmensführung und -überwachung“ darstellen.

Die Schaffung eines entsprechenden „Digital Governance“-Standards sollte nicht an der Angst von Industrie und Wirtschaft vor Mehrbelastung bei **der Aufgabe, Management und Aufsichtsorgan Grundregeln ordnungsgemäßen Verhaltens als Orientierungshilfe** an die Hand zu geben scheitern: Da **gute Standards nur Bandbreiten** für Spielräume kreativen und innovativen Verhaltens aufzeigen sollen, wird nicht Regulierung und Bürokratie der Effekt sein, sondern **Planungssicherheit für Folgen unternehmerischen Handelns**.⁹²

- **Gute Standards im Bereich Digital Governance** oder dessen Teil-Disziplinen würden auch mit den **Ideen von Industrie 4.0** gut harmonieren: **Intelligente IT-Systeme** könnten die international, horizontal und vertikal vereinheitlichten vernetzten

Architekturen für ordnungsgemäße Unternehmensführung und -überwachung abbilden und die Benutzer (Organe, Mitarbeiter und „interested parties“) **bzgl der Basisanforderungen unterstützend führen oder durch digitale Tools/Systeme ersetzen**. Dadurch würde keinerlei unternehmerischer Spielraum eingeschränkt, jedoch umgekehrt für Management und Mitarbeiter ein großes Maß an Ressourcen für Innovation/Strategien/etc freigesetzt, die bisher mit der Lösung vermeidbarer Problemfälle vergeudet werden.

6. Rückblick und Ausblick:

Erste und zweite „Kognitive Revolution“?

Nach *Harari* konkurrierte der *Homo sapiens*, bevor vor circa 70.000 Jahren mit der kognitiven Revolution⁹³ seine enorme Entwicklung und Ausbreitung von Ostafrika bis nach Europa und Ostasien begann, zunächst ua mit den *Neandertalern*.⁹⁴

Trotz Hürden wie dem offenen Meer gelang dem *Homo sapiens* schließlich auch die Besiedelung Australiens.⁹⁵

Die gängigste Erklärungs-Theorie dieser Entwicklung geht von zufälligen Genmutationen aus, wodurch es dem *Sapiens* ermöglicht wurde, zu denken, zu lernen und in Form von Sprache zu kommunizieren. Dank der Anpassungsfähigkeit von Gehirn und Sprache können immense Mengen an Informationen zu verschiedenen Zwecken aufgenommen, gespeichert und weitergegeben werden.

Nach einer zweiten Erklärungs-Theorie dient die Sprache dem Zweck des Austauschs von Informationen über die Umwelt,⁹⁶ da damit das sich verändernde Beziehungsgeflecht in einer Personengruppe transparent gemacht werden kann. Dadurch können Gruppenerweiterungen und auch komplexe Formen der Zusammenarbeit entstehen bzw entwickelt werden.⁹⁷

92 So regelt zB die *MaRisk* lediglich, dass Kreditinstitute die individuelle Risikotragfähigkeit zu berechnen und zu beachten haben, gibt aber aus Gründen der zu erhaltenden Flexibilität nicht die Wahl der Methoden vor, um dieses – vernünftige und überlebenswichtige Ziel zu erreichen.

93 Vgl *Harari*, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 25. Auflage, 2015, S 34: „Die Entstehung neuer Denk- und Kommunikationsformen in dem Zeitraum, der vor rund 70 000 Jahren begann und vor etwa 30 000 Jahren endete, wird als kognitive Revolution bezeichnet.“

94 Nach neuesten Forschungsergebnissen „verbandelte“ er sich auch mit ihm, vgl „Wir sind alle Migranten“, *Der Spiegel*, Nr 8, 16.2.2019, S 96 ff.: „[...] Genforscher Johannes Krause fand heraus, dass unsere Vorfahren Sex mit Neandertalern hatten. [...] Unsere Forschungsergebnisse haben [...] einige Theorien auf den Kopf gestellt [...]. An manchen Stellen musste die Evolutions- und Menschheitsgeschichte neu geschrieben werden. [...] Waren es Einwanderer aus dem Nahen Osten, die die landwirtschaftliche Revolution im heutigen Europa einleiteten [...].“

95 Vgl *Harari*, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 25. Auflage, 2015, S 33: „Die meisten Forscher sehen in diesen beispiellosen Leistungen einen Hinweis darauf, dass die kognitiven Fähigkeiten des *Homo sapiens* einen Quantensprung gemacht haben.“

96 Vgl *Harari*, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 25. Auflage, 2015, S 35: „Es ist viel wichtiger zu wissen, wer in der Gruppe wen nicht leiden kann, wer mit wem schläft, wer ehrlich ist und wer andere beklaut.“

97 Vgl *Harari*, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 25. Auflage, 2015, S 36: „Sie glauben doch nicht etwa, dass sich Geschichtswissenschaftler beim Mittagessen nur über historische Ereignisse austauschen, oder dass Physiker ihre Kaffeepause mit der Erörterung von Quarks zubringen? Natürlich nicht. Sie unterhalten sich über die Professorin, die ihren Mann mit einer anderen erwischt hat, über den Streit zwischen dem Fachbereichsleiter und der Dekanin oder über das Gerücht, dass sich ein Kollege von den Forschungsgeldern der Studienstiftung einen Mercedes gekauft hat.“

Mithilfe unserer Sprache können wir auch nicht-existierende Dinge erörtern, spekulieren und Geschichten erfinden, weshalb sie auch als „fiktive Sprache“ bezeichnet wird.⁹⁸

Über vernetzte *Human Workflow-Managementsysteme*, künstliche Intelligenz, Quanten-Technik und viele weitere aktuelle Themen in Forschung und Praxis, hat der Mensch es möglicherweise nach tausenden von Jahren gerade geschafft, seine „Schrift-“ und Managementsysteme vom bürokratischen, analogen „Beamten-Organisations-Denken“ der realen vernetzten Welt in Unternehmen und Organisationen, aber auch der Funktionsweise des Gehirns anzupassen.

Automatisierte Prozessabläufe sind sogar in der Lage, sich – selbst lernend – kontinuierlich zu verbessern („KVP 4.0“).

Nach der ersten „*kognitiven Revolution*“, die den Siegeszug des *Homo sapiens* über den *Homo neandertalensis* ermöglichte⁹⁹, stellt dies möglicherweise die nächste „kognitive Revolution“ dar.

Unter Umständen konkurrieren aber bei der aktuellen „*zweiten kognitiven Revolution*“ dieses Mal *Homo sapiens* und Künstliche Intelligenz.¹⁰⁰

Den *Neandertaler* gab es 400.000 Jahre, den *Homo sapiens* gibt es erst seit ca 200.000 Jahren!¹⁰¹

Schaffen wir mit oder trotz künstlicher und gleichzeitig viel zu oft fehlender natürlicher Intelligenz in Bezug auf Nachhaltigkeit und Verantwortung noch weitere 200.000 Jahre?¹⁰²

98 Vgl *Harari*, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 25. Auflage, 2015, S 38: „*Sapiens sind dagegen ausgesprochen flexibel und können mit einer großen Zahl von wildfremden Menschen kooperieren. Und genau deshalb beherrschen die Sapiens die Welt, während Ameisen unsere Essensreste verzehren und Schimpansen in unseren Zoos und Forschungslabors herumbocken.*“

99 Vgl Summary von *Harari*, Eine kurze Geschichte der Menschheit, 25. Auflage, 2015, S 10, 32 ff.

100 Vgl dazu *Harari*, *Homo deus: Eine Geschichte von Morgen*, 14. Auflage, 2018.

101 Vgl dazu *Kurt-Martin Meyer*, Interview mit Pääbo, Direktor des *Max-Planck-Instituts* für evolutionäre Anthropologie in Leipzig, *Focus* 37/2018, S 83 ff.

102 Treffen sich Erde und Mars. Mars: „*Wie geht's?*“ Erde: „*Ich hab Homo sapiens.*“ Mars: „*Ob je!*“ Erde: „*Nicht so schlimm, das vergeht ...*“