

2018



Jahrbuch

Yearbook

S. 76 ff.:

Prof. Dr. Josef Scherer

Internationales Institut für Governance, Management, Risk & Compliance der Technischen Hochschule
Deggendorf

**Managerenthaftung, Transparenz, Wertbeiträge, digitale
Transformation, Nachhaltigkeit – Integriertes Managementsystem
„on demand“**

Jahrbuch 2018

Stand: März 2018

Managerenthaftung und digitale Transformation versus Unvernunft im Lichte aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Josef Scherer

Meine ehemaligen Berufe als Staatsanwalt und Richter und meine jetzigen beruflichen Tätigkeiten als Rechtsanwalt in Wirtschafts- (Straf-)Sachen, Compliance-Ombudsmann, externer Compliance-Officer oder Berater im Bereich Governance, Risk und Compliance (GRC) haben mehrere gemeinsame Nenner: Alle Funktionen kümmern sich prophylaktisch um pflichtgemäßes Verhalten von Unternehmen, Manager und Mitarbeiter oder reaktiv um Compliance-Verstöße.

Aus gutem Grund: Die „gefühlte“ Verschärfung von Haftungs- und Sanktionsgefahren für Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und sogar Gesellschafter mit dem Vorwurf, pflichtwidrig gehandelt zu haben, ist objektiv messbar: Im 10-Jahreszeitraum 1986 bis 1995 gab es genauso viele Urteile zur Managerhaftung wie in den letzten 100 Jahren zuvor [vgl. Bayer 2014, S. 897 ff.]. Für die nachfolgenden 10-Jahreszeiträume 1996-2005 und 2006-2015 wurde eine nochmalige Verdoppelung gemessen bzw. geschätzt [vgl. Scherer/Fruth 2015]. Daraus erwächst auch das gemeinsame Bedürfnis der Betroffenen nach passenden Werkzeugen, die Management und Mitarbeiter zugleich unterstützen, ihre Aufgaben rechtssicher zu erfüllen: Prozesse, die auch die Wirksamkeit (das „Gelebt werden“) von Compliance sicherstellen.

Unternehmen, Manager und Mitarbeiter stoßen auf neue Herausforderungen bei ihrer täglichen Arbeit

Häufig wird der Unternehmensalltag noch durch E-Mails, Excel-Tabellen und mit MS-Office bestritten. Die Prozesse sind oft nicht dokumentiert oder nicht aktuell, beziehungsweise nicht nachvollziehbar. Bei Prozessanpassungen müssen teure IT-Spezialisten erst mal die Zeit finden, um die Unternehmen zu unterstützen. E-Mails werden nach Gießkannenprinzip an alle verteilt, so dass jeder in einer E-Mail-Flut versinkt. Sofern Prozesse existieren, sind diese nicht ausreichend mit Governance-, Risk-, oder Compliance-Komponenten angereichert.

Außerdem: Es gibt derzeit nahezu für jedes (Prozess-)Themenfeld eines Unternehmens (Strategie und Planung, Personal, Risk, Compliance, Einkauf, Leistungserstellung und Vertrieb, IT, Qualitätsmanagement, Internes Kontrollsystem, etc.) Standards von ISO, DIN, COSO, IDW, DIIR etc. Für Compliance sind derzeit ISO 19600, ISO 37001, IDW PS 980, COSO I und der Universal-Standard „Compliance-Managementsystem“ (www.gmrc.de) geläufig. Diese sehen überwiegend – mit Ausnahme des „Universal-Standards“ – Insel-Systeme vor. Von Insel-Systemen „profitieren“ jedoch nicht alle: Insbesondere für Geschäftsleitung und Mitarbeiter bedeuten viele parallele „Insel-Welten“ eine nicht lebbare (wirksame) und teure Bürokratie [vgl. Scherer/Fruth 2017].

Ideal wäre es dabei selbstverständlich, wenn die Abteilungen im Unternehmen ganz ohne teure IT- Spezialisten ihre Prozesse in einem einzigen integrierten Managementsystem jederzeit selbst

aktualisieren könnten. Die Prozesse würden nicht nur dokumentiert, sondern so ausgestaltet, so dass – ähnlich wie bei einer Bestellung bei Amazon, nur unter wesentlich stärkerer Einbindung von Schnittstellen zu den agierenden Mitarbeitern – geführt durch einen Human-Workflow – das Richtige richtig machen müssten.

E-Mails würden nur an die an die tatsächlich zuständigen Adressaten verteilt und alle Informationen, auch Compliance-Regelungen in Richtlinien, würden bei den jeweiligen Prozessschritten bereitgestellt.

Automatisch würde auch die Dokumentation und Auswertung der Erfüllung von Compliance-Anforderungen oder auch von Prozessdurchlaufzeiten erfolgen. Gleichzeitig wird das Erfolgswissen der Mitarbeiter in die Prozesse gespiegelt und eine „prozessorientierte Wissensbilanz“ erstellt. Mit Workflow-Management würde 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 entsteht

Abschied vom homo oeconomicus: Der Nachweis der Unvernunft

Richard Thaler bewies, dass der Mensch sowohl im Privat-, wie auch im Berufsleben eher unvernünftig agiert. Parallel zur Erkenntnis, dass der Mensch einer Hinführung oder Lenkung zu rationalem und kritischem Denken und Handeln bedarf, stellt die Theorie des „Paternalistischen Liberalismus“ [vgl. Thaler/Sunstein 2008] von Richard Thaler zu Recht fest, dass der reine Liberalismus nicht alle Menschen (privat oder beruflich) dazu bringt, sich richtig und rationaler zu verhalten.

Ebenso wenig aber funktioniert der Direktionismus, der alle Aktivitäten strikt vorgibt und für Abweichungen Sanktionen androht. Dies zeigt sich auch daran, dass lediglich der Erlass immer neuer Regelungen nicht mehr (Rechts-) Sicherheit bringt. Regelungen gibt es meist schon ausreichend. Die (wahren) Probleme entstehen, weil Regeln häufig eben nicht befolgt werden [vgl. Scherer/Fruth 2015].

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

Die Kunst bestünde daher für die Geschäftsleitung in der Fähigkeit, die Menschen (sich selbst und das Personal) ausreichend zu ver-

nünftigem Handeln zu motivieren. Dafür seien nach oben genannter Theorie aber „nudges“ – kleine Stupse – nötig, um den inneren Schweinehund [vgl. von Münchhausen 2006] zu überwinden, der uns das vernünftige Handeln stets ausreden will. Voraussetzung ist aber auch zunächst einmal das Verständnis, wie und warum wir oft so „irrational“ ticken und wie Manipulationen im Alltag zu erkennen sind und die Einsicht, dass wir zumindest beruflich verpflichtet (Compliance - Anforderung!) sind, nach Möglichkeit rational und unmanipuliert zu denken, zu entscheiden und zu handeln.

Gibt es den „homo rationalis“?

Seit den 1970er Jahren existierte bis ins Jahr 2000 in der Wissenschaft die überwiegende Annahme: Rationales Verhalten und klares Denken sei im Grundsatz in uns/unserem Gehirn angelegt. Ausnahmen (irrationales Denken, Verhalten etc.) seien durch (Ausnahme-) Emotionen wie Furcht, Zuneigung, Hass verursacht.

Kahneman und Tversky stellten dazu abweichend jedoch fest, wir unterlägen ständig systematischen Denkfehlern aufgrund der Konstruktion unseres Kognitions-Mechanismusses [vgl. Kahneman 2011].

Intuitives, sachkundiges, gutes „Bauchgefühl“-Denken

Es gibt Unternehmer, die scheinbar mit besonders „gutem unternehmerischen Bauchgefühl“ seit Jahrzehnten höchst erfolgreich agieren, ohne dass sie sich von schlauen betriebswirtschaftlich oder juristisch geprägten Ratgebern zu „richtigem Verhalten“ belehren lassen müssten. Was soll ein Berater diesem Typus Unternehmer auch noch beibringen, wenn dieser stets – häufig erfolgreicher als sein Berater – unter Beweis stellt, optimal zu agieren?

Ist dieses „gute Bauchgefühl“ nur Zufall? Wohl nicht: Vielmehr dürfte sich wohl ein „erfolgreicher alter Hase“ auf die in langen Jahren des Sammelns von Erfahrungen, was sinnvoll und was eher zu vermeiden ist, angelegten Muster oder Faustregeln („bias“), verlassen (dürfen).

Das klappt solange, wie die Ausgangssituation, Rahmenbedingungen und Konsequenzen des gleichmäßigen Handelns auch gleich bleiben. Was aber, wenn sich die Rahmenbedingungen / Regeln ändern? Ein paar unbedachte Entscheidungen, basierend auf den alten Mustern, können dann katastrophale Auswirkungen zeitigen.

Gerade bei erfolgreichen, schnell gewachsenen Unternehmen kann oft die Organisationsstruktur sich nicht schnell genug wandeln: Aufgrund der eingetretenen Globalisierung auch im Mittelstand muss sich heute der Manager beispielsweise mit international bestehenden (rechtlichen) Rahmenbedingungen auseinandersetzen, um zum einen entsprechende Voraussetzungen für den Markteintritt zu erfüllen und zum anderen nicht in die Haftungsfalle zu laufen.

Die beiden Büchlein von Dobelli [vgl. Dobelli 2011 und Dobelli 2012] zeigen alleine 104 (!) konkrete Beispiele solcher „Denkfehler“ aus dem Management-Alltag auf. Ein Großteil davon wird der Leser in seinem eigenen beruflichen Alltag wiedererkennen. Da die möglichen erheblichen negativen Folgen „unsachgemäßen Denkens und Entscheidens von Managern“ und die typischen Fehler mittlerweile wissenschaftlich nachgewiesen und – auch in der Praxis – anerkannt sein dürften, kann unter Umständen sogar von einem „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ bezüglich Denk- und Entscheidungsmethoden gesprochen werden.

Bei Verstoß gegen diese Erkenntnisse darf von Fahrlässigkeit (Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit) des durch falsches Denken / Ent-

scheiden verursachten negativen Erfolges) bzw. fehlender Gewissenhaftigkeit der Geschäftsführung (§§ 43 GmbHG, 93 AktG, 347 HGB etc.) gesprochen werden.

In einigen von Dobelli oder Kahneman zitierten „authentischen“ Beispielen wird auch von Vorsatz (dolus eventualis: den durch das pflichtwidrige Handeln verursachten negativen Erfolg „für möglich halten und sich abfinden“) auszugehen sein.

Vergleiche beispielsweise das von Kahneman dargestellte Beispiel des für seine Fondsanleger investierenden Bankers (Leiter der Vermögensverwaltung eines großen Finanzdienstleisters), der in Aktien eines bestimmten Automobilherstellers sehr große Summen („einige zehn Millionen Dollar“) ohne entsprechende Informationsbestandteile wie beispielsweise Chart-Analysen, „Stock-Picking“, etc., sondern aufgrund des Gefühls, „die wissen, wie man Autos baut“, (fehl-)investierte [vgl. Kahneman 2011, S. 24].

Äußerst instruktiv in diesem Zusammenhang sind die Ausführungen des BGH zur Business Judgment Rule in der die Freisprüche der HSH Nordbank-Vorstände aufhebenden Entscheidung von 2016 (Az 5 StR 134/15): Auch hier mag - unglückliche - „Intuition“ bei den Agierenden der Bank eine größere Rolle gespielt haben, als „rationales, langsames Denken“?

„Homo rationalis“ durch Human Workflow Management

Der Mensch und Mitarbeiter, der gerade eben wegen menschlicher Schwächen auch fehleranfällig ist, würde bei standardisierten und workflow-geführten Abläufen Fehler nur noch machen können, wenn er bewusst die Prozessvorgaben technisch überwindet und auch Kontrollen in arglistiger Weise ausschaltet.

Die als Workflows abgebildeten Prozessabläufe können mit allen sonstigen Systemen und Programmen der bereits vorhandenen IT-Landschaft verbunden werden, wie zum Beispiel SAP, Warenwirtschaftssystemen oder Dokumentenmanagement-Systemen. Jeder Prozessbeteiligte wüsste, was er wann und wie und wo zu tun hat.

Auch die sogenannten „Überwachungsfunktionen“ (lines of defense) wüssten neben den Prozessbeteiligten stets, wo der Prozess gerade läuft oder eben auch sich verzögert [vgl. Scherer 2017, S. 79-81]. So wäre eine Information in Echtzeit möglich und ersparte zahlreiche Nachforschungen, Telefonate oder Meetings. Gerade die „Compliance“ würde durch eine stets aktuelle Einbindung von Komponenten zur Erfüllung der Anforderungen aus Gesetzen, Rechtsprechung, internen verbindlichen Regeln oder Richtlinien (wie zum Beispiel Zuwendungs- oder Datenschutzrichtlinien), sowie dem anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis und unter Umständen auch Industriestandards (wie ISO oder COSO etc.) sichergestellt.

Wenn die Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllt werden, gäbe es keine Krisentelefonate oder Anfälle von Vorgesetzten mehr, sondern eine automatisierte, effektive und effiziente Eskalation zur Behebung der Schwachstelle.

Prozessoptimierungen und Anpassungen würden nicht mehr nach Bauchgefühl, sondern auf der Basis von echten und aktuellen Prozesskennzahlen höchst effizient und effektiv durchgeführt. Über eine der Realität entsprechende Prozesskostenrechnung könnte sowohl der Input des jeweiligen Prozessschrittes aber auch der Output in Zahlungsströmen dargestellt werden. Das wäre die Basis für eine Wertbeitragsberechnung nach gelebten Prozessen.

Integriertes GRC-Managementsystem on demand

Da nahezu alle Standards (ISO, COSO, IDW etc.) für Qualitäts-, Risiko-, Compliance-, IKS-Managementsysteme auf einen einheitlichen, zum großen Teil redundanten Aufbau und Inhalt komprimiert werden können, sollte die Praxis die Gelegenheit nutzen, das vorhandene (Compliance-) Managementsystem auf ein integriertes, ganzheitliches Führungssystem „umzurüsten“, das nicht nur einzelne Themenfelder, sondern die Anforderungen der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung (GoU) und -überwachung (GoÜ) (Corporate Governance) insgesamt einzuhalten ermöglicht. Der Aufwand ist aufgrund zahlreicher Redundanzen überschaubar und bietet ein enormes Einsparungspotenzial.

Das alles ist längst Realität und „anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis“ bei Good-practice-Unternehmen!

Unternehmen bzw. ihre Organe (Aufsichtsrat, Vorstand / Geschäftsführer, Gesellschafter) sind, falls sie selbst nicht pflichtwidrig und haftungsauslösend agieren möchten (§§ 93, 107 AktG, 43 GmbHG, 347 HGB), verpflichtet, sich an diesen „anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ zu halten [vgl. Scherer/Fruth 2009, Scherer/Fruth 2014 sowie Scherer/Fruth 2015].

Deshalb sollten sie ihre Prozesse dokumentieren, mit Komponenten aus Governance, Risk und Compliance angemessen anreichern und digitalisieren.

Managerenthaftung: Die erste Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur enthaftenden Wirkung eines (zertifizierten) Compliance-Managementsystems

BGH, Urteil vom 09.05.2017 – 1 StR 265/16, Rn. 110 (Beck RS 2017, 114548):

„Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss (vgl. Raum, Compliance im Zusammenhang straf- und bußgeldrechtlicher Pflichten“, 2017 in Hastenrath (Hrsg.), Compliance-Kommunikation, 2017).

Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Nebenbeteiligte in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“ [Hervorhebung (Fettdruck) durch Verfasser]

Zitate Raum [Raum 2017, S. 40, Rn. 29]: zu: **Organ- (Manager-) Pflichten:**

„Eine wesentliche Wirkung eines Compliance-Systems ist die straf-/ bußgeldrechtliche Entlastung der Geschäftsleitung. [...] Liegt ein ordnungsgemäßes [!] Compliance-System vor, ist das Organ straf- und bußgeldrechtlich exkulpiert, wenn ihm auch im Blick auf etwaige persönliche Sonderkenntnisse kein Schuldvorwurf gemacht werden kann.“

Bedeutung und Auswirkung von Standards (ISO / IDW / etc.) und Zertifizierungen auf die Manager- und Unternehmenshaftung:

„In diesem Zusammenhang ist zu erörtern, welche Bedeutung den in jüngerer Zeit erarbeiteten IDW (PS 980) und ISO (19600) Richtlinien/Normen bzw. den von wirtschaftsberatenden Unternehmen

angebotenen Zertifizierungen zukommen kann. [...] Der Sache nach gehören diese Fragen im obigen Prüfungsschema an die Stelle, an der geprüft wird, ob eine Verletzung der Aufsichtspflicht vorliegt. Die Richtlinien/Normen können nämlich Standards setzen, die wiederum die Entscheidung, ob das Zumutbare getan wurde, um solche Verstöße zu vermeiden, beeinflussen können.“

„Weder Richtlinien noch Zertifizierungen ersetzen im Verletzungsfall die gebotene Einzelfallbetrachtung. Die standardisierten Normen können die eigenverantwortliche Prüfung der Gerichte nicht ersetzen. Eine Zertifizierung (auf welcher Grundlage auch immer) hat für sich genommen weder für das Organ noch für das Unternehmen eine exkulpierende Wirkung. Insoweit kann die Zertifizierung allenfalls eine individuelle Bedeutung dafür haben, dass sich die Verantwortlichen um die Verhinderung von Rechtsverletzungen aus ihrem Unternehmen heraus bemüht haben.“

„Derartige Leitlinien können deshalb faktisch strafbarkeitskonstituierend sein.“ „Die mit der ISO 19600 geschaffenen Regeln [...] können einen Orientierungsrahmen schaffen.“

Fazit

Trotz erheblich gestiegener Anforderungen an die Qualität und Compliance von Managemententscheidungen sowie des Beweises, dass der Mensch an sich gerne unvernünftig handelt, lassen sich mit Human-Workflow-Management-Prozessen, angereichert mit Komponenten aus Governance, Risk und Compliance in einem integrierten Managementsystem noch erhebliche Wertbeiträge erzielen und gleichzeitig die Haftungsgefahren für Management und Mitarbeiter vermindern. Diese positiven Effekte lassen sich gut an alle sogenannten „interested parties“ (Kunden, Behörden, Mitarbeiter, Bank etc.) kommunizieren: „Tue Gutes und rede darüber!“

Literatur

- Bayer, W. [2014]: Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2014.
 Dobelli, R. [2011]: Die Kunst des klaren Denkens, 52 Denkfehler, die Sie besser anderen überlassen, München 2011.
 Dobelli, R. [2012]: Die Kunst des klugen Handelns, 52 Irrwege, die Sie besser anderen überlassen, München 2012.
 Kahneman, D. [2011]: Schnelles Denken, langsames Denken, München 2011.
 Raum, R. [2017]: Compliance im Zusammenhang straf- und bußgeldrechtlicher Pflichten, in Hastenrath, K. (Hrsg.): Compliance-Kommunikation, Berlin 2017, S. 40 ff.
 Scherer, J./Fruth, K. (Hrsg.) [2009]: Geschäftsführer-Compliance, Berlin 2009.
 Scherer, J./Fruth, K. (Hrsg.) [2015]: Governance-Management Band I, Deggendorf 2015.
 Scherer, J./Fruth, K. [2015]: Der Einfluss von Standards, Technik Klauseln und des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ auf Organhaftung und Corporate Governance, in: Corporate Compliance Zeitschrift, 2015, S. 9-17.
 Scherer, J. [2017]: Die Welt(en) der Überwacher, in: FIRM Jahrbuch, Frankfurt am Main 2017, S. 79-81.
 Scherer, J./Fruth, K. (Hrsg.) [2017]: Integriertes Personal-Managementsystem mit Governance, Risk und Compliance (GRC), Deggendorf 2017.
 Thaler, R. H./Sunstein, C. R. [2008]: Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, New York 2008.
 Von Münchhausen, Marco [2006]: So zähmen Sie Ihren inneren Schweinehund, Frankfurt am Main 2006.



Autor

Prof. Dr. jur. Josef Scherer

Rechtsanwalt, Richter am Landgericht a.D.
 Internationales Institut für Governance,
 Management, Risk- und Compliancemanagement
 der Technischen Hochschule Deggendorf
 sowie Mitglied des FIRM-Beirats

IMPRINT

Published by:

Gesellschaft für Risikomanagement und Regulierung e.V.
(Association for Risk Management and Regulation)
Colosseo
Walther-von-Cronberg-Platz 16
D-60594 Frankfurt am Main / Germany
E-Mail: info@firm.fm
Tel.: +49 (0)69 94 41 80 51
VR 14261 Amtsgericht Frankfurt am Main
www.firm.fm

Responsible for the content:

Frank Romeike, Frank Westhoff

Editorial Staff:

Frank Romeike, Andreas Eicher
RiskNET GmbH, Brannenburg

Layout:

Uta Rometsch, Stuttgart

Editorial deadline:

March 1, 2018

Picture Credits:

Rafael Herlich,
iStockphoto LP,
Fotolia.com

Printed by:

druckhaus köthen GmbH & Co. KG, Köthen
Circulation: 2000 copies

Archive :

The archive of all the yearbooks since the first edition 2012 can be found via a link under www.firm.fm/publikationen/firm-jahrbuecher.html

ISBN 978-3-00-058858-7

© The copyright of all texts and graphics in this yearbook is owned by the authors and the editor, the Gesellschaft für Risikomanagement und Regulierung e.V. (Association for Risk Management and Regulation), Frankfurt am Main 2018. The views expressed in the articles are those of the authors and do not necessarily represent the position of der Gesellschaft für Risikomanagement und Regulierung e.V. (Association for Risk Management and Regulation).

Reproduction and distribution, also of parts, are permitted provided that the source is mentioned.

Frankfurt Main, March 2018

Gesellschaft für Risikomanagement und Regulierung e. V.
Colosseo | Walther-von-Cronberg-Platz 16
60594 Frankfurt am Main | Germany
Tel.: +49 (0) 69 94 41 80 51 | Fax: +49 (0) 69 94 41 80 19
info@firm.fm | www.firm.fm

ISBN 978-3-00-058858-7



FIRM 
Frankfurter Institut für
Risikomanagement und Regulierung