

Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht

Chefredaktion:

Alois Birklbauer, Markus Grimm,
Wolfgang Kröll und Oliver Neuper

JMG 2|2019

GEORG STREIT

Aktuelles in Kürze

ALOIS BIRKLBAUER

Aus aktuellem Anlass: Kein Schadenersatz bei PEG-Sonden-Ernährung trotz fehlender Indikation

REINHOLD KERBL

Medizinische Innovation aus der Sicht des (Kinder- und Jugend-) Arztes

INES WÜNSCH-BRANDNER | KRISTIN GRANDL-EDER

Gesetzlich verpflichtende Impfungen für das Personal in Krankenanstalten

LUKAS SCHÄCHTER

Zur Reform der Beitragsverwaltung der österreichischen Sozialversicherung – Bemerkungen zum PLABG

DANIEL HIERMAYER

Arzneimittellisten im SanG

KATHARINA RAABE-STUPPNIG | KATHARINA BISSET

To delete or not to delete: Lösch- und Aufbewahrungspflichten in der Medizin

JOSEF SCHERER

Blick nach ...: „Healthcare und Pflege 4.0“ – Die digitale Transformation von Compliance, Risikomanagement und Standards im Gesundheitswesen – Teil 2

ELMAR BIERMANN | SONIA M. GABRIELCZYK

Der interessante Fall: Off-Label-Use – Schmerztherapie bei Kindern

WERNER HAUSER

Judikatsglosse: Klinikleitungs-Abberufung und Rechtsschutz





Prof. Dr. Josef Scherer

Rechtsanwalt, Vorstand des Internationalen Instituts für Governance, Management, Risk- und Compliance-Management der Technischen Hochschule Deggendorf. Mitglied diverser ISO/DIN-Normenausschüsse (Governance, Compliance, Personalmanagement) und von Austrian Standards International (Risiko-Managementsystem). Zuvor arbeitete er als Staatsanwalt und Richter an diversen Landgerichten sowie 15 Jahre als Insolvenzverwalter in diversen Gerichtsbezirken.

„Healthcare und Pflege 4.0“ – Die digitale Transformation von Compliance, Risikomanagement und Standards im Gesundheitswesen – Teil 2*

Organhaftung und Beweislast bei Verstoß gegen Regeln der Technik

Nabezu alle Haftungs- und Sanktionstatbestände setzen „pflichtwidriges Verhalten“ voraus, also einen irgendwie gestalteten Compliance-Verstoß. Auch Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ist i.d.R. Voraussetzung für Haftung sowie Sanktion. Es reicht meist leichteste Fahrlässigkeit! Standards sind nicht (!) die primäre Orientierungsgröße für Unternehmen/Organisationen, können aber u.U. „strafbarkeitskonstituierende Wirkung“ haben. Zunächst sind die zwingenden Vorgaben vom Gesetzgeber und Rechtsprechung und ergänzend der „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis“ maßgeblich, sofern der Gesetzgeber nicht eine höhere Entwicklungsstufe vorschreibt: Ein Verstoß gegen den „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ bzgl. der „Grundsätze ordnungsgemäßer (Unternehmens-)Führung und –Überwachung (GoU / GoÜ: Governance)“ stellt eine Variante des pflichtwidrigen Verhaltens im Rahmen gewissenhafter Geschäftsführung und Aufsicht (§§ 43 GmbHG, 93, 107, 116 AktG, 347 HGB, etc.) dar.

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

4.1. Ähnlicher Aufbau der diversen Haftungs- und Sanktionstatbestände im Straf- und Zivilrecht mit „Pflichtverletzung“ als „gemeinsamer Nenner“

Fall: „Fahrlässiger Risiko-Beauftragter“

Ein Mitarbeiter weist den Risiko-Beauftragten auf einen gefährlichen Produktfehler hin. Der Risiko-Beauftragte hätte die Aufgabe, entsprechende Maßnahmen zu initiieren, unterlässt dies aber und informiert auch die Geschäftsleitung nicht. Es kommt zu Körperverletzungen und Vermögensschäden bei Dritten. Nachweislich hätte dieses Risiko präventiv vermieden werden können.

Haftet die Geschäftsleitung und/oder der Risiko-Beauftragte?

Zunächst ist zu unterscheiden, ob es sich hier um eine mögliche Pflichtverletzung durch aktives Tun oder durch Unterlassen handelt:

Z. b. könnte – wie bei modernen Risiko-Managementsystemen mit Automatisierung und Workflows bei entsprechenden Fehlermeldungen üblich – in Prozessen eine aktive Freigabefunktion für den Risiko-Beauftragten eingebaut sein. Hier würde sich bei einer (pflichtwidrigen) Freigabe durch den *aktiven* Verursachungsbeitrag des Risiko-Beauftragten die Frage nach einer besonderen Garantenstellung nicht stellen. Sein Handeln wäre eine „conditio sine qua non“: Da er dann zumindest eine Mitursache gesetzt hätte, würde das auch reichen, ihn als Mitverantwortlichen in die Haftung zu nehmen.

Ähnlich war es im *Transrapid-Fall*¹: Hier gab es Verurteilungen gegen Fahrdienstleister wegen fahrlässiger Tötung, weil sie die Fahrt des vollbesetzten Transrapids „freigegeben“ hatten, obwohl noch ein Wartungsfahrzeug auf den Schienen stand (mehr als 20 Tote).

* Fortsetzung von Teil 1 (JMG 1-2019, S. 33 ff.)

1 <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/transrapid-prozess-fahrdienstleister-zu-bewachungsstrafen-verurteilt-1606832.html>, (letzter Aufruf: 30.05.2019), vgl. hierzu auch BGH: Entscheidung vom 22.09.2009 – 4 StR 657-08, 4 StR 657/08.

Dagegen wurden deren Vorgesetzte verurteilt, weil sie es *unterlassen* hatten, für eine rechtssichere Organisation (entsprechende Prozessbeschreibungen) zu sorgen.

Hat der Risiko-Beauftragte dagegen lediglich entsprechende Sicherungsmaßnahmen *unterlassen*, so setzt die Haftung eine *Garantenstellung* voraus.²

Der Ausgangsfall kann also sowohl für den Risiko-Beauftragten als auch Geschäftsleitung (§§ 823 BGB ff.) zivil- und strafrechtliche Folgen haben.

Ähnlicher Aufbau von Sanktionsnormen im Zivil- und Strafrecht

Objektiver Tatbestand

- Handlung / Unterlassen trotz Pflicht (Garantenstellung)
- Pflichtwidrigkeit des Handelns / Unterlassens
- Eintritt eines vom Gesetzgeber nicht gewünschten (negativen) Erfolges (Schaden oder abstrakte Gefährdung)
- Haftungsbegründende Kausalität zwischen pflichtwidrigem Handeln / Unterlassen und negativem Erfolg
- Rechtswidrigkeit

Subjektiver Tatbestand

- Schuld (Vorsatz oder Fahrlässigkeit)

Beweislast

- Im Strafrecht: „Im Zweifel für den Angeklagten“ („in dubio pro reo“)
- Im Zivilrecht: Beweislastregeln oft zu Lasten von Unternehmer/Unternehmen (vgl. §§ 280 BGB, 476 BGB, 1 ProdHaftG, 93 Abs. 1 S. 2 AktG)

Rechtsfolge

- Haftung/Sanktion (beispielsweise Strafe)

4.2. Pflichtwidriges Verhalten durch Verstoß gegen Referenzgrößen (Compliance-Verstoß)

Nahezu alle Haftungs- und Sanktionstatbestände setzen „pflichtwidriges Verhalten“ voraus, also einen irgendwie gestalteten Compliance-Verstoß.

Auch Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ist i.d.R. Voraussetzung für Haftung sowie Sanktion.³ Es reicht meist leichteste Fahrlässigkeit!

Zur Beweislast bzgl. Pflichtverletzung und Verschulden vgl. unten Punkt 4.5.1.

4.3. Referenzgrößen für pflichtgemäßes Denken, Entscheiden und Handeln von Management und Mitarbeitern

4.3.1. Prioritätenkaskade

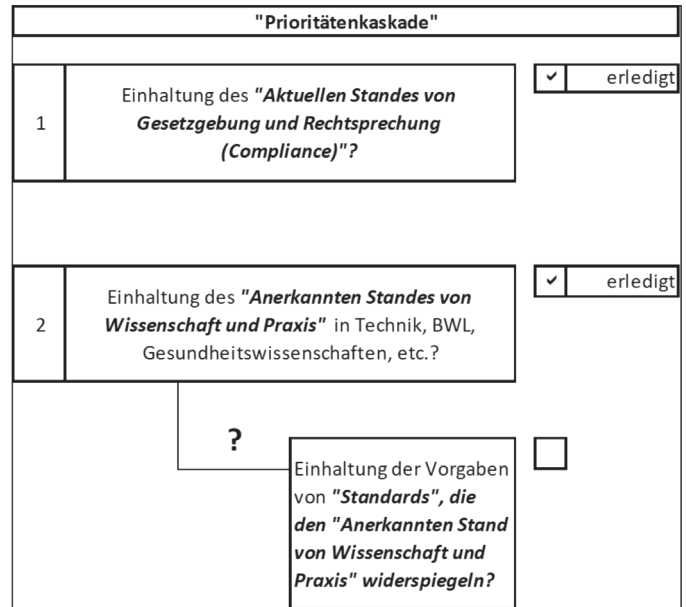


Abbildung 1: Prioritätenkaskade

Standards sind *nicht* (!) die *primäre* Orientierungsgröße für Unternehmen/Organisationen, wenngleich sie u.U. „strafbarkeitskonstituierende Wirkung“ haben können.

Zunächst sind die zwingenden Vorgaben vom Gesetzgeber und Rechtsprechung und ergänzend der „*Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis*“ maßgeblich, sofern der Gesetzgeber nicht eine höhere Entwicklungsstufe vorschreibt:

So wird z.B. im IT-Sicherheitsgesetz, im Arbeitsschutz und in der Datenschutzgrundverordnung der „*Stand der Technik*“ als höhere Entwicklungsstufe unter den „Technikklauseln“ gefordert.⁴

² Vgl. Scherer, Haftung des Risiko-Beauftragten aufgrund Garantenpflicht, 2018 (www.scherer-grc.net).

³ Da es beispielsweise im Zivilrecht abstrakte Gefährdungsdelikte gibt (zum Beispiel in der Arzneimittelhaftung), ist ein Verschulden nicht stets erforderlich.

⁴ Vgl. Scherer, 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, CCZ 2015, S. 9-17 (www.scherer-grc.net).

Die Abgrenzung von „Stand der Technik“ zu „Anerkannten Regeln“, etc. hat das BVerfG in der Kalkar-Entscheidung⁵ geklärt, vgl. unten Punkt 4.3.3.

4.3.2. Unterfall der gewissenhaften Geschäftsführung: Handeln nach „Anerkanntem Stand von Wissenschaft und Praxis“

Ein Verstoß gegen den „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ bzgl. der Grundsätze ordnungsgemäßer (Unternehmens-)Führung und -Überwachung (GoU / GoÜ: Governance) stellt eine Variante des pflichtwidrigen Verhaltens im Rahmen gewissenhafter Geschäftsführung und Überwachung (§§ 43 GmbHG, 93, 107, 116 AktG, 347 HGB, etc.) dar.

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

Technikklauseln

Begrifflichkeiten, wie „Allgemein anerkannte Regeln der Technik“, „Stand der Technik“, „best available techniques“, gibt es sehr viele. Sie finden sich bei Gesetzgebung und Rechtsprechung im Öffentlichen Recht und im Zivilrecht und auf nationaler sowie auf europäischer und internationaler Ebene („best available techniques“ entspricht z.B. wohl der deutschen Klausel „Stand der Technik“).

Juristisch stellen diese Klauseln sogenannte „**unbestimmte Rechtsbegriffe**“ dar, die auf einen bestimmten Entwicklungsstand in Wissenschaft und Praxis (**nicht nur**, **Technik**) abstellen.

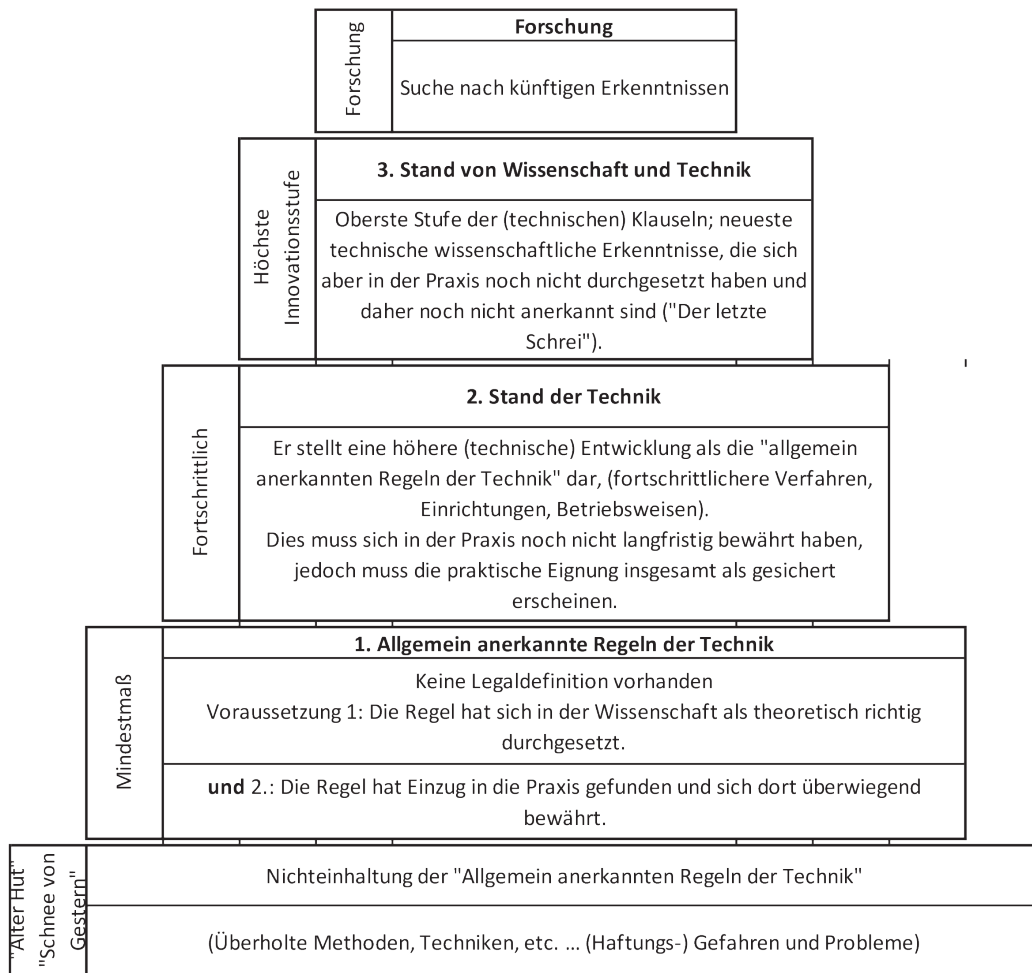


Abbildung 2: Einordnung und Definition von „Technikklauseln“ nach BVerfG (Kalkar-Entscheidung)⁶

5 Vgl BVerfG, NJW 1979, S. 359, 362 unter Anschluss an die Meinung von Breuer 1976, S. 46 und 67 f.; anderer Ansicht: Battis und Gusy 1988, Rn. 288 ff. (Zwei-Stufen-Theorie) und

Nicklisch 1983, S. 261 und 267 f. (Einheitstheorie): Mindermeinungen.
6 Vgl BVerfG, NJW 1979, S. 359, 362.

„Anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis“ bei Governance (Unternehmens-)Führung und -Überwachung)

Definition „Anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis bei (Corporate) Governance“ (von Scherer)

Der „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis“ von (Corporate) Governance

bedeutet die

„überwiegende Anerkennung eines bestimmten Entwicklungsstandes von Regeln, Eigenschaften, Verhaltensweisen, Methoden, Werkzeugen (tools), „Managementsystemen“, etc. **im Zusammenhang mit (Unternehmens-)Führung und -Überwachung**

durch die herrschende Meinung in der Wissenschaft als theoretisch richtig und durch die herrschende Meinung der einschlägigen anwendenden Praxis als bewährt“.⁷

„Anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis“ bei Tools und Methoden:

These:

Die einschlägigen wesentlichen Tools und Methoden nach „Anerkanntem Stand von Wissenschaft und Praxis“ **zu kennen und sachgemäß einzusetzen, ist Pflicht**. Ein Verstoß gegen den „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“ stellt eine (oft sanktionsbewehrte) Pflichtverletzung dar.

Bereits hier gibt es etliche **Gefahrenquellen**:

Einsatz des falschen Werkzeugs oder einer falschen Methode oder Einsatz von gutem Werkzeug bzw. guter Methode am falschen Ort!

Weiteres Problem: Keine grundlegende Ausbildung in den gängigen GRC-Disziplinen und kein Coaching von Governance-, Risiko- oder Compliance-Beauftragten durch echte (!) Profis, sondern Auto-didaktik.

Hinweis:

Nach der Finanzkrise scheint sich u.a. in den Wissenschaften ein „zartes Pflänzchen“ in Forschung, Lehre und Praxis eingeschlichen zu haben: Es werden **kritische Stimmen** laut, dass viele der **bisher blind befolgten Theorien und Methoden schlicht falsch** waren und großes Unheil stifteten. Es ist wohl **stets** sinnvoll, Theorien und Methoden etc. **kritisch zu hinterfragen** und **zu differenzieren**, was nur Thesen sind und **was** als **Fakten** verifiziert wurde:

Exkurs: Beispiele für die Anwendung fehlerhafter Methoden in Wissenschaft und Praxis

Fall: „Haaranalyse“⁸

Die Anwendung fehlerhafter Methoden kann zu katastrophalen Ergebnissen führen: So hat die Anwendung fehlerhafter Methoden zur *Haaranalyse durch das FBI* in den USA über Jahrzehnte dazu geführt, dass Unschuldige jahrelang in der Todeszelle saßen und auch hingerichtet wurden.

Fall: „Fehlerhafte Risikobewertung im Qualitätsmanagement“

Dass auch im Bereich QM und Risikomanagement die Anwendung falscher Methoden „tödlich“ sein kann, zeigt nachfolgendes Beispiel:

(Compliance-) Risikomanagement stellt eine **eigene, anspruchsvolle Fachdisziplin** dar, die es **nun auch im Rahmen von Qualitätsmanagement zu beherrschen** gilt, aber – wohl mangels genügend qualifizierter Ausbildungsangebote – *nicht(!)* ausreichend beherrscht wird. Dies zeigt sich unter anderem an Beispielen der Risikobewertungsmethodik, wie sie – wohl unzutreffend – in ansonsten recht brauchbaren oder zumindest im rechtlichen Bereich z.T. falsch oder äußerst lückenhaft dargestellten aktuellen Büchern zur ISO 9001:2015 zu finden sind:

Ein bei Qualitätsmanagern anerkanntes Werk, herausgegeben von der *DIN* und verlegt im *Beuth-Verlag*, stellt in der 3. Auflage eine Methodik zur Risikobewertung nach *Kinney* mit den Kriterien *Exposition (E)*, *Eintrittswahrscheinlichkeit (W)* und *Schwere der Auswirkung (S)* dar. Aus dem **Produkt** der gewichteten Kriterien ergäbe sich das *bewertete Risiko (R)* mit den zugeordneten Handlungsempfehlungen. Fatal für Verantwortliche und Opfer, falls diese Methode so, wie dargestellt, auf folgendes **(fehlerhaftes) Beispiel** angewendet werden würde: Ein Produktfehler, der sich wohl nur jährlich

⁷ Ausführlich hierzu *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management*, Band 1, 2014, S. 94 ff.

⁸ Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Anlagenband zu Governance-Management* Band II, 2016, Anlage 23, Pkt. 4.5.1.2.5.

(Rubrik **Exposition (E)** selten: **(E) Wert 1** (von 0,5 bis 10))

mit einer auf der Skala (von 0,1 bis 10) unter der Mitte liegenden **Wahrscheinlichkeit (W)**

(nicht nur in Grenzfällen möglich (1), wenn- gleich „wenig geläufig“: **(W) Wert 3**)

auswirkt. Und zwar mit der (laut Buch) zweit- höchsten **Schwere (S)**: „äußerst ernsthaft“ „z.B. ein Toter“ (sic!) **(S) Wert 15** (von 1 – 40).

Mehrere Tote wären laut Buch „katastrophal“ mit Wert 40: Im Kontext fragwürdig, da **bei Gefahr für Leib und Leben** richtigerweise *generell* „Alarmstufe rot“ (höchster Scoring-Wert) gilt.

Nach der Bewertung im Buch ergäbe das als mathematisches Produkt **bewertete Risiko (R)** **einen Wert 45** (1 x 3 x 15) mit der auf der Skala von 1-5 auf der niedrigen Stufe 2 (von (R): 20 bis 70) gelegenen

Handlungsempfehlung: „Vorsicht geboten“, **nicht jedoch** die nächsten Stufen: „**Maßnahmen erforderlich**“ (70 bis 200) oder gar: „*sofortige Verbesserung unerlässlich*“ (200 bis 400) oder höchste Stufe (ab 400).

Juristisch würde ein entsprechender Fall strafrechtlich wohl nicht mehr als fahrlässige Tötung **bei den Verantwortlichen (Management/ Compliance- oder QM-Beauftragter, falls Garantenstellung vorliegt)** geahndet werden. Bei „für möglich halten und sich damit abfinden“ liegt bereits Eventualvorsatz (dolus eventualis) und damit **vorsätzliche Tötung** vor.

Hinweis:

Die „**Fehleranfälligkeit**“ der **FMEA-Methode** bei der Risikobewertung wurde nun letztendlich auch erkannt. Der **VDA** möchte daher die Methodik novellieren und die (nivellierende) Ermittlung der Risikoprioritätszahl über Multiplikation von drei Faktoren durch eine Risiko-Matrix („heat map“) ersetzen.⁹

Beispiel: „SWOT-Analyse“

Auch stellt sich die Frage, wieso manchmal **bei SWOT-Analyse** in Literatur, bei Dozenten und Bera-

tern unternehmensintern nur Stärken und Schwächen, nicht aber Chancen und Gefahren bewertet werden.

Beispiel: „Balanced Scorecard“

Ob *Kaplan / Norton* bei der „**Balanced Scorecard**“¹⁰ tatsächlich – unabhängig von den zuvor *durch Risiko-Bewertung festgestellten*, zu priorisierenden Prozess-Themenfeldern – genau vier (nicht mehr und nicht weniger) Dimensionen und diesbezüglich unbedingt Kunden-, Finanz-, Personal- und Organisationsperspektive „vorgeschrieben“ haben?

Was ist, wenn in Prozess-Bereichen wie IT und Einkauf die größten Gefahren / Chancen ungesteuert schlummern und bei Kunden und Personal alles im grünen Bereich liegt?

Vgl. *Müller-Brot*.¹¹

Die Insolvenz wurde durch einen Hygiene-Mangel verursacht, nicht durch Probleme bei Kunden, Personal, ...

Weitere Beispiele:

„Lebensversicherer und Garantie-Zins“¹².

„Speziell für Lebensversicherer ergibt sich das Problem, dass mit der Rendite der langlaufenden deutschen Staatsanleihen selbst das reduzierte Garantie-Zins-Niveau nicht mehr erreicht werden kann [...]“¹³ – Offenbar wurde von den zahllosen Versicherungsmathematikern und Produktentwicklern der Theorie gefolgt, dass die Mindestverzinsung immer über 1,5% liegen muss?

„Verklickt“

Der Doktorand *Herndon* wies den Starökonom *Rogoff* und *Reinhardt* aus Harvard („Wachstum in Zeiten von Schulden“) einen folgenreichen Rechenfehler und falsche Ergebnisse nach. Offenbar wurden von diesen durch falsches Klicken mit der Computermaus Zahlenkolonnen von fünf Ländern (A-D) nicht berücksichtigt. Die fehlerbehaftete Abhandlung dient den Politikern, die Krisenstaaten mit schwacher Wirtschaft zum sofortigen, drastischen Sparen aufforderten, als Argument.¹⁴

„Homo oeconomicus“

Auch der „homo oeconomicus“¹⁵ gehört hierher: *Richard Thaler*¹⁶ wurde 2017 mit dem Wirtschaftsnobel-

9 Vgl hierzu: <https://www.dgq.de/aktuelles/news/finea-harmonisierung-vda-aiag/> (letzter Aufruf: 30.05.2019).

10 *Kaplan/Norton*, Balanced Scorecard – Strategien erfolgreich umsetzen, Stuttgart 1997.

11 Näheres hierzu unter: <https://www.br.de/nachricht/mueller-brot-skandal-chronologie-100.html> (letzter Abruf: 30.05.2019).

12 Vgl *Scherer/Fruth*, Governance-Management, Band 1, 2014, Fn. 2.

13 *Fäser/Gleißner*, Rating und wertorientierte Steuerung, Risikomanager 14/2013, S. 1, 6 ff.

14 Vgl *Seith*, Verklickt, Spiegel Chronik 2013, S. 87

15 Vgl *Scherer/Fruth* (Hrsg.), Governance-Management, Band 1, 2014, Pkt. 1.4.

preis ausgezeichnet, weil er bewies, dass der Mensch an sich eher unvernünftig ist („homo irrationalis“) und keinesfalls als „homo oeconomicus“ agiert.

Fehlerhafte Unternehmensbewertung

Ebenso erkannte *Kahnemann*¹⁷, dass die herkömmlichen Methoden der Unternehmensbewertung fehlerhaft sind: Sie sind Beispiele der „kognitiven Verzerrung“ im Sinne von „Ersetzung“:

Unter der Bezeichnung „Konzept der Ersetzung“ statuiert er, dass der Mensch (und somit auch Manager) selten überfragt ist, also zu jeder Frage eine (vermeintlich) passende Antwort habe.

Unser Gehirn stelle „intuitive Gefühle und Meinungen, über fast alles, was uns begegnet“ zur Verfügung:

Sympathie oder Antipathie, Vertrauen oder Misstrauen gegenüber anderen „auf den ersten Eindruck“, ohne aufgrund ausreichender Informationen oder Erfahrungen mit diesen konkreten Menschen dies begründen zu können.¹⁸

„Man spürt, dass ein Unternehmen erfolgreich sein wird, ohne es zu analysieren.“¹⁹

Unser Gehirn gebe uns also Antworten auf Fragen, die nicht oder nur teilweise verstanden werden und/oder diese Antworten basieren auf Emotionen / Schlussfolgerungen, etc., die nicht mit Sachargumenten als schlüssig dargestellt werden können.

Als Erklärung nennt *Kahneman* das Phänomen „Ersetzung“:

Wenn eine zutreffende, eindeutige Antwort auf eine komplexe Frage nicht sogleich und ohne größere Mühen zu finden sei, ersetze „System 1“, das sogenannte „schnelle Denken“ (intuitives, Faustregel- oder Bauchgefühl-Denken) die schwierige Frage durch eine ähnliche, leichtere und habe dafür dann auch eine passende Antwort (die aber nicht die ursprüngliche Problemstellung löst).

Beispiel:

Die ursprüngliche Zielfrage lautet:

Wird ein (evtl. zu erwerbendes) Unternehmen in Zukunft erfolgreich sein und sich die vorzunehmende Investition in einem bestimmten Zeitraum amortisieren?

Diese nicht einfach zu beantwortende Zielfrage wird ersetzt durch eine heuristische Frage, die mit

Erfahrungswerten (Bauchgefühl / Faustregelgedenken: Heuristiken) beantwortet werden kann:

War das Unternehmen in der Vergangenheit erfolgreich?

Dies klingt so ähnlich und lässt sich mit Blick auf Jahresabschlüsse (Bilanzen / GuV-Rechnungen) gut in Zahlen ausdrücken.

Sodann werden laut *Kahneman* die Antworten auf die ursprünglichen Fragen zugeschnitten.²⁰

Mit dem (Trug-)Schluss (kognitive Verzerrung), dass sich die Vergangenheitswerte ohne nähere Informationen in die Zukunft projizieren ließen, wird mit komplexeren Verfahren (Discounted Cash-Flow / Ertragswertverfahren, etc.) oder mit der Praxis-Faust-Formel „Preis = 3-5x EBIT“ von Wirtschaftsprüfern der Preis / Wert berechnet.

Kahneman fragte sich, wieso die Menschen Wahrscheinlichkeitsurteile abgaben, ohne die Bedeutung von Wahrscheinlichkeit zu kennen.

So dürfte es, meines Erachtens, wohl eine kognitive Verzerrung darstellen, wenn Umsatz- oder Ergebniszahlen, die das Resultat von positiven oder negativen Faktoren / Werttreibern / Wertvernichtern darstellen zur Beurteilung der Bonität des Unternehmens herangezogen werden, **statt auf die das Ergebnis verursachenden wertbildenden Faktoren genauer einzugehen**. Nur mit letzterem ließen sich Aussagen über die Wahrscheinlichkeit künftiger Entwicklungen treffen.

„Wenn die Beschreibungen von Unternehmen zum Beispiel keine Informationen enthalten, die für den Gewinn von Bedeutung sind, dann sollte für alle Unternehmen derselbe Wert (wie etwa der durchschnittliche Gewinn) vorhergesagt werden.“²¹

Es sei eine Tatsache, dass unser Gehirn häufig nicht in der Lage sei, „Antworten zielgerichtet und präzise auf Fragen abzustimmen.“²²

Kahneman empfiehlt für das angesprochene Beispiel der Herleitung des künftigen Unternehmenswertes als Gegenfrage (gegenüber Wirtschaftsprüfern / Beratern):

„Wir benutzen die Ertragszahlen des letzten Jahres als eine Heuristik („Erfahrungsschatzdenken“) zur Vorhersage des Unternehmenswertes in ein paar Jahren. Ist diese Heuristik gut genug? Welche weiteren Informationen benötigen wir?“²³

Achtung „Denkfalle“! Ende Exkurs

16 *Thaler*, Nudge, 4. Auflage, 2009.

17 *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011; S. 127. Vgl. *Scherer/Fruth*, Governance-Management, Band 1, 2014, S. 269 ff.

18 Oft erweist sich der erste Eindruck als richtig, oft aber auch als völlig falsch! Sowohl im positiven als auch im negativen Sinn. Haben Sie sich auch schon mal in einem anderen so richtig getäuscht (gefühlt)?

19 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 127

20 Vgl. *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 129.

21 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 528.

22 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 128.

23 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 135.

4.3.4. „Anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis“ als zwingende Anforderung auch ohne explizite Vereinbarung

Fall: „Holztreppen“

*BGH*²⁴: Die Beschaffenheit und Qualität der aktuell zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden „Allgemeinen anerkannten Regeln der Technik“ („Anerkannter Stand von Wissenschaft und Praxis“) werde regelmäßig **stillschweigend / konkludent vertraglich vereinbart**.

4.4. Was passiert bei Nichteinhaltung des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“?

4.4.1. Verlust des Vergütungsanspruchs

Fall: „Fehlerhafte Zahnimplantation“

BGH, 13.09.2018²⁵

Es sind keine Leistungen zu bezahlen, die so schlecht erbracht wurden, dass auch der Nachbehandler nichts mehr retten kann.

Ein Zahnarzt hatte der Patientin acht Implantate gesetzt, ehe sie die Behandlung abbrach. Für die Behandlung sollte sie ein Honorar von mehr als 34.000 Euro bezahlen.

Ein Zahnarzt könne zwar kein Gelingen versprechen. Im konkreten Fall seien aber gravierende Behandlungsfehler passiert. Sachverständiger: Sämtliche der gefertigten Implantate: Unbrauchbar!

„Für die Weiterbehandlung gäbe es nur die **Wahl zwischen „Pest und Cholera“**.“

4.4.2. Nichtbeachtung des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ als Pflichtverletzung

Fall: „Hautkrebs“

Eine Pflichtverletzung des Arztes hat z.B. das *OLG Hamm* angenommen, wenn ein Arzt den sogenannten „Goldenen Standard“ (den „anerkannten fachlichen Standard“ bzw. „Anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis“) verlässt,

ohne den Patienten darauf hinzuweisen.²⁶ Der Arzt hatte in diesem Fall nicht die Therapie der 1. Wahl, für die sich der Patient entschlossen hatte, sondern die der 2. Wahl angewandt. Zudem hatte der Arzt den Patienten über diese Entscheidung nicht informiert.²⁷

Fall: „Schönheits-OP“

Sehr instruktiv ist das Urteil des *Landgerichtes Mainz*²⁸:

Eine GmbH, ein Geschäftsführer und eine Studentin (!) wurden zu erheblichen Schadensersatzzahlungen verurteilt, u. a. weil zum Zeitpunkt der schadensverursachenden **Handlung gegen bestehende, allgemein anerkannte fachliche Standards (nach § 630a BGB ist damit der „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis“ gemeint)** verstoßen wurde. Das „Verstoßen gegen eine Grundregel“ war hier nicht nur für GmbH und Geschäftsführer, sondern auch für eine Studentin, die für die GmbH arbeitete, ursächlich für die Verurteilung.

In diesem Fall hatte sich die Klägerin einer Schönheitsoperation unterzogen, nach der sie nach der Anästhesie zur Beobachtung stationär blieb. Die nächtliche Betreuung übernahm eine Medizinstudentin, zum damaligen Zeitpunkt im 10. Semester. Aufgrund von verschiedenen Komplikationen erlitt die Klägerin einen Atem- und Kreislaufstillstand, aufgrund dessen sie schließlich ins Wachkoma fiel. Die bisherige praktische medizinische Ausbildung der Studentin reichte, gemäß der Beurteilung von Sachverständigen, nicht dafür aus, die Situation korrekt einzuschätzen und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.

Das Gericht nahm in diesem Fall das Vorliegen einer Straftat (§ 229 StGB) an und verurteilte auch nach § 823 Abs. 2 BGB.

Fall: „Krebszentrum“

Die *Staatsanwaltschaft Krefeld* ermittelte in 70 Todesfällen wegen fahrlässiger Tötung/Körperverletzung gegen eventuell Verantwortliche in einem Krebszentrum. Statt mit anerkannten klassischen Behandlungsmethoden oder Medikamenten war wohl von einem Heilpraktiker lediglich mit einer nicht als Medikament zuge-

24 *BGH*, NJW 2013, S. 1226, wo der *BGH* m. E. u. U. Standards (im zu beurteilenden Fall „Anerkannte Regeln für die Einsetzung von handverlegten Holztreppen“) und Technik Klauseln („Allgemein anerkannte Regeln der Technik“) nicht klar abgrenzt.

25 Az.: III ZR 294/16, *Passauer Neue Presse*, 14.09.2018, Verpfuschter Zahnarztbesuch.

26 Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management*, Band 1, 2014, Anlage 4: *OLG Hamm* vom 25.02.2014, Az. 26 U 157/12.

27 Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management*, Band 1, 2014, Anlage 4.

28 Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Governance-Management*, Band 1, 2014, Anlage 3; *Landgericht Mainz*, Urteil vom 09.04.2014, Az. 2 O 266/11.

lassenen Substanz behandelt worden. Eventuell wären einige Patienten bei „richtiger“ Behandlung nicht verstorben.²⁹

4.4.3. Pflichtverletzung bei Nicht-Einhaltung des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ sogar bei Verlangen des Vertragspartners (trotz Aufklärung)

Fall: „Frontzahnsanierung“
„Verlangt ein Patient eine Behandlung, die gegen medizinischen Standard (Anmerkung des Verfassers: hier ist der anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis gemeint) verstößt, muss ein Arzt diese ablehnen.“³⁰

Auch eine eingehende ärztliche Aufklärung über die möglichen Behandlungsfolgen legitimiert kein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen. Unter Hinweis auf diese Grundsätze hat das Oberlandesgericht Hamm (...) erstinstanzliche Verurteilung eines Zahnarztes bestätigt (...).

Die heute 50-jährige Klägerin ließ sich (...) vom beklagten Zahnarzt behandeln. Sie (...) äußerte den Wunsch nach einer Sanierung ihrer Frontzähne. Der Beklagte stellte in ihrer Funktion gestörte Kiefergelenke, eine CMD (craniomandibuläre Dysfunktion), fest. Diese wollte er zunächst mit einer Aufbisschiene therapieren, sodann die Seitenzähne stabilisieren, um erst dann mit der Sanierung der Frontzähne zu beginnen. Auf Wunsch der Klägerin – so die Darstellung der Beklagten – begann er dann jedoch vorzeitig mit der Frontzahnsanierung.

Infolge der Behandlung stellten sich bei der Klägerin eine zu niedrige Bisshöhe und eine Kompression der Kiefergelenke ein. Wegen der nach ihrer Auffassung fehlerhaften zahnärztlichen Behandlung hat die Klägerin vom Beklagten Schadensersatz verlangt, unter anderem 25.000 Euro Schmerzensgeld, circa 17.300 Euro Haushaltsführungsschaden (...).

(...) Das von einem zahnmedizinischen Sachverständigen beratene OLG Hamm hat die Schadensersatzpflicht des Beklagten bestätigt. (...) habe der Beklagte zunächst auch fachgerecht therapieren wollen. Hier von habe er sich aber abbringen lassen

(...). Die endgültige Frontzahnsanierung habe er behandlungsfehlerhaft zu früh begonnen (...).

In diesem Zusammenhang könne sich der Beklagte nicht darauf berufen, dass die Klägerin ein Vorziehen der Frontzahnsanierung ausdrücklich verlangt habe. Selbst wenn man ein solches Verlangen unterstelle, verstoße die gewünschte Behandlung gegen den medizinischen Standard und habe vom Beklagten abgelehnt werden müssen. Auch eine einbergehende ärztliche Belehrung über die möglichen Behandlungsfolgen legitimiere kein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen.“³¹

4.5. Rechtsfolgen und Beweislast bei Nicht-Einhaltung des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“

4.5.1. Haftung der Organe und sogar sonstiger Mitarbeiter (!) wegen Pflichtverletzung mit Beweislastumkehr bzgl. Pflichtverletzung und Verschulden

Zahlreiche Haftungstatbestände im **Zivilrecht** regeln gesetzlich oder über entsprechende Rechtsprechung die Beweislast bzgl. der Tatbestandsvoraussetzungen **Pflichtverletzung und Verschulden zu Lasten des Unternehmers** (§§ 280 BGB, 43 GmbHG, 93, 116 AktG, 823 BGB (Produzentenhaftung); etc.).

Bei Vorwurf des Unterschreitens des „Anerkannten Standes von Wissenschaft und Praxis“ als Pflichtverletzung **müsste deshalb der Unternehmer / Manager beweisen**, diesen Entwicklungsstand eingehalten zu haben, um nicht zu haften.

Fall: „Baugrubenaushub“ **Amtlicher Leitsatz des BGH³²:**

„1. Werden (...) DIN-Normen nicht beachtet, so spricht eine widerlegliche Vermutung dafür, dass im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang (...) entstandene Schäden auf die Verletzung der DIN-Normen zurückzuführen sind.

2. Werden (...) DIN-Normen nicht beachtet, hat der wegen der Schäden in Anspruch genommene Beklagte darzulegen und zu beweisen, dass die Schäden nicht auf die Verletzung der DIN-Normen zurückzuführen sind.

29 Vgl *Spiegel online* unter <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/brueggen-ermittlungen-wegen-fahrtaessiger-toetung-gegen-heilpraktiker-a-1107521.html> vom 13.08.2016, (letzter Aufruf: 30.05.2019), Vgl auch zu diesem Thema das Kabarett/(Hör-)Buch „Wunderheiler“ von *Eckhardt von Hirschhausen*.

30 *OLG Hamm*, Urteil vom 26.04.2016 – 26 U 116/14.

31 *Beck-aktuell* vom 27.06.2016.

32 *BGH*, Urteil vom 19.04.1991 – V ZR 349/89, *NJW* 1991, S. 2021.

[...] Die DIN-Normen des Deutschen Instituts für Normung e.V. stellen anerkannte Regeln der Technik dar (BGHZ 103, 338, 341 f) [BGH 01.03.1988 – VI ZR 190/87]. Werden sie bei der Ausbeutung und Sicherung von Baugruben nicht eingehalten, (...) so spricht wegen der damit verbundenen Gefährdungssteigerung eine – widerlegliche – Vermutung dafür, dass im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Ausbeutung einer Baugrube auf dem Nachbargrundstück entstandene Schäden bei Beachtung der DIN-Normen vermieden worden wären und auf die Verletzung der DIN-Norm zurückzuführen sind (vgl. Marburger, Die Regeln der Technik, 1979, S. 448 ff, insbes. 453 f mit eingehenden Nachweisen) [...]“³³

4.5.2. Beweislastumkehr bzgl. Kausalität

Bei **groben Pflichtverstößen / Fehlern** (diese Bewertung obliegt alleine dem Richter, nicht dem Sachverständigen) kommt **sogar eine Beweislastumkehr** zu Lasten des Pflichtverletzers **bzgl. der Frage, ob der Schaden überhaupt aufgrund der Pflichtverletzung eintrat**, in Betracht.

Fall: „Hautkrebs“

Einen groben Behandlungsfehler hat z.B. das OLG Hamm (vgl. oben Pkt. 4.4.2) angenommen, wenn ein Arzt den sogenannten „Goldenen Standard“ verlässt, ohne den Patienten darauf hinzuweisen.

In Fällen, in denen die **Art des Schadens** eine **tatsächliche Vermutung für eine typischerweise vorliegende Ursache in pflichtwidrigem Verhalten des Geschäftsführers** aufweist, soll sich die **Darlegungs- und Beweislast des Anspruchstellers** bezüglich der Ursächlichkeit zwischen Pflichtverletzung und Schaden **erübrigen**.

Darüber hinaus mag **zu Lasten des Geschäftsführers** die Tendenz der Rechtsprechung und Gesetzgebung herangezogen werden, **bei grober Organisationspflichtverletzung**, die wiederum häufig schon bei fehlender positiver Dokumentation angenommen wird, die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden zu vermuten:

Auch **mangelhafte Dokumentation und (zahlen- und ausbildungsmäßig) mangelnde Personalausstat-**

tung (!) wurden als solch grobe Pflichtverstöße (grober Organisationsfehler) angesehen:

Fall: „Geburtsklinik“

In dem vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall war nicht klar, ob die schwerste Behinderung des Kindes auf ärztliche oder organisatorische Fehler der Klinik bei der Geburt oder auf völlig andere Gründe zurückzuführen war. Aufgrund der groben Pflichtverstöße nahm das Gericht eine Beweislastumkehr zu Lasten der Klinik an.³⁴

„...Es leuchtet auch ohne medizinische Vorbildung ein, dass der Vorhalt von lebenserhaltenden sowie von der Überwachung dienenden Geräten untrennbar mit dem Erfordernis verbunden ist, diese Geräte auch ordnungsgemäß einzusetzen **und die vorgeschriebene Dokumentation zu leisten**, was insbesondere auch zwingend bedingt, dass das eingesetzte Personal über entsprechende Kenntnisse verfügt und wiederum der Arbeitgeber sicherstellt, dass auch nur entsprechend ausgebildetes Personal eingesetzt wird.

...Dass dies die Beklagte nicht getan hat, ist nicht nur vorwerfbar, sondern – wie auch der Sachverständige mehrmals betont hat – schlechthin unverständlich.

Die mangelnde Personalausstattung (sowohl zahlenmäßig als auch ausbildungsmäßig) stellt sich damit als grober Organisationsfehler dar, der auch dann schlechterdings nicht unterlaufen darf, wenn grundsätzlich nur die Betreuung von (vermeintlich) gesunden Kindern vorgesehen ist. Damit liegt ein grober, die Beweislast umkehrender Fehler auf Behandlerseite vor.

Es kann daher dahinstehen, ob seitens der Beklagten auch die Anästhesiebereitschaft mangelhaft organisiert war und eine – möglicherweise nur geringe – Verspätung der Anästhesistin überhaupt ursächlich für das Absehen von einer Sectio und damit für eine weitere Verzögerung des Geburtsvorgangs geworden ist.

Zwar **konnte keiner der Sachverständigen eine gesicherte Aussage dazu treffen**, wann die Schädigung des Klägers eingetreten ist, ob während des Geburtsvorgangs oder erst als Folge von nach der Geburt erlittenen Krampfanfällen oder **möglicherweise auch aufgrund beider Ursachen**. Daher lässt sich **auch eine sichere Aussage darüber nicht treffen**, ob durch ausreichende Überwachung der Scha-

33 BGH, Urteil vom 19.04.1991 – V ZR 349/89, NJW 1991, S. 2021.

34 Vgl. Scherer/Fruth (Hrsg.), Stark in die Zukunft, 2012, S. 106 mit Schilderungen eines bisher nicht veröffentlichten Urteils des OLG Nürnberg vom 25.03.2011, Az. 5 U 178/10.

denseintritt ganz oder teilweise hätte verhindert werden können. Umgekehrt lässt sich aber nicht ausschließen, dass bei entsprechender Überwachung der kritische Zustand des Klägers früher erkannt und entsprechend reagiert worden wäre, so dass es nur zu abgemilderten Folgen gekommen wäre...

Diese Nichtaufklärbarkeit der Kausalität geht zu Lasten der Behandlerseite, die nicht nachweisen kann, dass der Kläger schon vor oder während der Geburt im nun vorliegenden Umfang geschädigt war und auch bei ausreichender Organisation der Schadenseintritt nicht zu verhindern gewesen wäre ...

Die Beklagte ist daher dem Kläger zum Ersatz des entstandenen und noch entstehenden Schadens verpflichtet.

Fall: „Tierarzt“

Jüngst wurde ein Tierarzt unter Anwendung der Beweislastumkehr für Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden (also auch, wenn nicht feststeht, dass der Behandlungsfehler ursächlich war) wegen eines groben Behandlungsfehlers (grobe Abweichung von anerkannten Methoden/ „Verstoß gegen die anerkannten Regeln der tierärztlichen Heilkunst“) verurteilt.

Ein Pferd, das eine Knochenfissur erlitten hatte, war von einem Tierarzt nicht ausreichend untersucht worden (Befunderhebungsfehler), so dass es beim Aufstehen eine Beinfraktur erlitt und eingeschläfert werden musste.³⁵

These: Nichtanwendung von „Basic-Tools“ und Business Judgment Rule als Pflichtverletzung mit Beweislastumkehr

Eine (grobe) Organisationspflichtverletzung könnte auch stets mit dem Fehlen der Anwendung oder Dokumentation der „Basic-Tools“ im Bereich der Managementaufgaben argumentiert werden, d.h., der Geschäftsleiter müsste erfolgreich den Gegenbeweis führen.

Dies kann er bei Nichtanwendung der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) jedoch nicht!

Wegweisend zur Anwendbarkeit der Business Judgment Rule auch im (Manager-) Strafrecht ist nachfolgende BGH-Entscheidung:³⁶

Fall: „HSH Nordbank – Omega 55“
BUNDESGERICHTSHOF, Az. 5 StR 134/15;
URTEIL vom 12. Oktober 2016

„Die Staatsanwaltschaft hat den Angeklagten, die im Dezember 2007 den Gesamtvorstand der H. [...] bildeten, vorgeworfen, sich einer Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB schuldig gemacht zu haben, indem sie im Dezember 2007 auf Grundlage unzureichender Informationen dem Abschluss [...], der „Omega 55“-Transaktion, zustimmten und dadurch der H. einen Vermögensnachteil zufügten.“ [...]

„1. Der Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

[...] a) Im Ausgangspunkt hat das Landgericht zutreffend bedacht, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken ist [...]. Allerdings liegt bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung im Sinne der oben genannten Rechtsprechung vor.

[...] hat der Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten, wobei die Vorstandmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). [...]

„Über diese Regelungen hinaus wird den Geschäftsleitern bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum eingeräumt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.

Sind jedoch [...] diese in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet [...].

[...] der Prüfung, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG gegeben ist, zu würdigen. Ein solcher liegt nur bei einer Überschreitung des dem Vorstand eingeräumten weiten unternehmerischen Ermessens vor.

³⁵ BGH, Urteil vom 10.05.2016, Az. VI ZR 247/15.

³⁶ Vgl hierzu das Interview von Prof. Dr. Josef Scherer zum Freispruch der HSH-Nordbank-Vorstände im Vorfeld dieser BGH-Entscheidung,

abrufbar unter: www.scherer-grc.net unter Menü / Publikationen / Compliance-Risikoanalyse: Im Ergebnis völlige Übereinstimmung mit BGH.

Zu diesem gehört neben dem bewussten Eingeben geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Febleinschätzungen zu unterliegen; denn derartige Entscheidungen müssen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden, die die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält [...].

Eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG liegt vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss [...].

Diese mittlerweile als sogenannte Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Grundsätze [...] sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB (BGH, [...], Beschluss vom 26. November 2015 – 3 StR 17/15, NJW 2016, 2585 Rn. 57).

c) Allein aus der vom Landgericht bejahten Verletzung einer Informationspflicht folgt nicht ohne weiteres auch ein Pflichtenverstoß im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.

Paragraph 93 Abs. 1 Satz 2 AktG definiert einen „sicheren Hafen“; d.h., die Einhaltung seiner Voraussetzungen schließt eine Pflichtverletzung aus.

[...], allerdings indiziert der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Pflichtverletzung (hM; [...]). Letztlich ist eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG immer nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt [...]; der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen [...].

(1) Hinsichtlich des Maßes der Informationspflichten gilt: Um Informationspflichten zu genügen, müssen grundsätzlich in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft werden, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen [...].

Dementsprechend ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand eine unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung „angemessene“ Tatsachenbasis verschafft [...]; je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern [...]. Dem Vorstand steht danach letztlich ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen [...].

Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen erfolgte und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen durfte [...]. Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen („vernünftigerweise“).

[...] Dem steht nicht entgegen, dass das Geschäft [...] zumindest objektiv auf eine moralisch bemakelte Irreführung des Kapitalmarkts hinausgelaufen wäre. § 266 StGB hat als Vermögensschädigungsdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren, sondern das Individualvermögen vor Beeinträchtigungen zu schützen. [...] Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn die Angeklagten mit der Genehmigung des Geschäfts gegen ihre Legalitätspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG) verstoßen hätten, [...] (vgl. zur Legalitätspflicht BGH, Urteil vom 27. August 2010 – 2 StR 111/09 mwN.)

Fazit:

In der Praxis werden – oft unter dem Druck des operativen Tagesgeschäfts, oft aber auch aufgrund mangelnder Qualifikation / Sensibilität im Bereich Governance, Risk und Compliance (GRC) – vom Management (Geschäftsführung, Vorstand, Aufsichtsrat, ...) häufig in „schlechthin unvertretbarer Weise“ unter „unverantwortlicher Überspannung der Bereitschaft, Risiken einzugehen“, fehlerhafte Tools / Methoden verwendet oder „Bauchgefühl-Entscheidungen“ getroffen.³⁷

Ausblick:

Die Digitalisierung von (Entscheidungs-) Prozessen via „Human workflows“ (risiko- und compliancebasierte digitale Unterstützung / Führung) könnte hier helfen, „das Richtige richtig zu tun“.

Fortsetzung folgt!

37 Scherer, Good Governance und ganzheitliches strategisches und operatives Management – Die Anreicherung des „unternehmer-

rischen Bauchgeföhls“ mit Risiko-, Chancen- und Compliance-management, in: CCZ, Heft 6/2012, S. 201 ff.