

Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht

Chefredaktion:

Alois Birklbauer, Markus Grimm,
Wolfgang Kröll und Oliver Neuper

S. 33 ff.:

Prof. Dr. Josef Scherer

Internationales Institut für Governance, Management, Risk &
Compliance

**"Healthcare und Pflege 4.0" - Die digitale
Transformation von Compliance-
Risikomanagement und Standards im
Gesundheitswesen**

JMG 1|2019

GEORG STREIT

Aktuelles in Kürze

CHRISTOPH DUNGL | ANDREAS ACHRAINER

Aus aktuellem Anlass: Serialisierung von
Arzneispezialitäten –
Praxisfragen und Umsetzung in Österreich

ALOIS BIRKLBAUER

Die Bedeutung von (medizinischen) Leitlinien im
Strafrecht

MICHAEL KARRE | STEFAN SCHURY | ANGELIKA HÖRZER

Grenzüberschreitende Sachverhalte im Rahmen
ärztlicher Berufsausübung

MANUELA STADLER

Das Umkleidezeit-Urteil und seine praktische
Umsetzung in den Gesundheitsbetrieben

JOSEF SCHERER

Blick nach ...: „Healthcare und Pflege 4.0“ –
Die digitale Transformation von Compliance, Risiko-
management und Standards im Gesundheitswesen

KATHRIN STIEBELLEHNER

Der interessante Fall: Korruption und Betrug bei
uneinlösbaren Behandlungszusagen

WERNER HAUSER | MARKUS GRIMM

Judikatsglosse: Postmortaler Persönlichkeitsschutz
und Obduktionen nach dem Epidemiegesetz

GEORG STREIT

Judikatsglosse: (Wann) Sind Vertretungsärztinnen in
Facharztordinationen „echte“ Dienstnehmerinnen?





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 1

- : Ein hoher Reifegrad eines Integrierten (Compliance-)Risiko-Managementsystems wirkt sich auf die Erreichung der beruflichen Ziele positiv aus. Sobald die Adressaten (Management / Mitarbeiter / „interested parties“) das begreifen und verinnerlichen, dürfte ausreichend Motivation vorhanden sein, die Erreichung eines hohen Reifegrades und damit der Ziele anzustreben (sofern nicht Phlegmatismus und Egoismen im Einzelfall dies ausschließen).
- : Dabei entscheidet die rechtsprechende Gewalt (Judikative) (z.B. BVerfG / EuGH / EGMR) – zumindest irdisch – als „letzte Instanz“ über Sanktionen und u.U. über Existenz von Organisationen, Unternehmen, Manager, Mitarbeiter und der Zulässigkeit / Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Legislative, Exekutive oder sonstiger „interested parties“.

1. Einführung¹

1.1 Problemfälle aus der Healthcare und Pflege-Branche

Fall: „Verletzungen und Tote durch Medizinprodukte“²

„Berlin. Ein weltweites Recherche-Netzwerk hat sich Zulassung, Kontrolle und Fehlermanagement von Medizinprodukten angesehen. Das Ergebnis schlägt hohe Wellen. An den „Implant Files“ waren 60 Medien beteiligt [...]

Im Gegensatz zu Arzneimitteln, die vor der Zulassung genauestens geprüft werden, würden Medizinprodukte nicht von staatlichen Stellen kontrolliert und Probleme nicht systematisch erfasst. Das System sei „manipulierbar, fehlerhaft und verantwortlich für ungezählte Tote“ [...]

[...] vom Rollstuhl bis zum Pflaster. Im engeren Sinne geht es um Implantate wie Herzkatheter, Kniegelenke oder Insulinpumpen.

[...] Geprüft wird laut Recherchenetzwerk von rund 50 privaten Anbietern wie TÜV oder Dekra. Das vergebene „CE“-Kennzeichen sei aber „kein Gütesiegel für den Patientennutzen, sondern ein Vermarktungssiegel“ [...]

Laut „Implant Files“ wurden den Behörden in Deutschland im vergangenen Jahr 14.000 Fälle gemeldet, bei denen es zu Verletzungen, Tod oder anderen Problemen gekommen ist, die im Zusammenhang mit Medizinprodukten stehen könnten.

Ab Mai 2020 muss auch eine neue Europäische Medizinprodukte-Verordnung umgesetzt werden. Darin gelten unter anderem höhere Anforderungen an die Zertifizierungsstellen. Höchstisikoprodukte müssen dann bei der klinischen Bewertung von internationalen Experten beurteilt werden.³

1 Vgl. Scherer, Die digitale Transformation von Normen, Richtlinien und Standards, 2018
 2 Vgl. Streit, Arzneimittel oder Medizinprodukt?, zur Entscheidung des OGH vom 21.12.2017, JMG 3/2018, S. 184

3 PNP, 27.11.2018, S. 18, „Mehr Verletzungen und Tote durch Medizinprodukte“

Fall: „Pflege-TÜV“

Zum 01.11.2019 sollen in Deutschland neue Anforderungen an Pflegeheime und ambulante Pflegedienste verpflichtend werden. Die Referenz- / Soll-Größen des „neuen Pflege-TÜV“ werden derzeit von einer Kommission der deutschen Bundesregierung erarbeitet.⁴ Grundlage ist u. a. ein umfassendes Gutachten des *Instituts für Pflegewissenschaft der Universität Bielefeld*. Die Mitglieder des „Qualitätsausschusses Pflege“ (§ 113 b SGB XI) müssen sich einigen, beispielsweise, wie Ergebnis- oder Prozess-Defizite zu gewichten sind.

Fall: „Resolute Altenpflegerin“

„[...] Die *resolute Altenpflegerin prangerte die Zustände in einem Berliner Pflegeheim an*. [...] 2005 wurde die zweifache Mutter fristlos entlassen. [...] der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*:

Die Meinungsfreiheit der Pflegerin wurde verletzt [...]

Die resolute Altenpflegerin prangerte die Zustände in einem Berliner Pflegeheim an. Wund gelegene Hilfsbedürftige, die teils stundenlang nicht versorgt wurden, zu wenig Zeit für alte Menschen, die sich allein nicht mehr helfen können. Dem Heimbetreiber Vivantes war das zu viel – 2005 wurde die zweifache Mutter fristlos entlassen. Die 49-Jährige klagte sich seither durch die Instanzen. Erfolglos – deutsche Gerichte bestätigten die Kündigung. Gestern nun entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg: Die Meinungsfreiheit der Pflegerin wurde verletzt, Heinisch stehen 15 000 Euro Entschädigung zu. „Ich hätte Karriere machen können auf den Knochen der alten Menschen“, sagt Heinisch. Ihr Gewissen hätte das nie zugelassen. Stattdessen habe

sie den Mund aufgemacht, sich gegen den Konzern des Landes Berlin aufgelehnt. „Es ist kein schönes Gefühl, wenn man daran denkt, dass Menschen unterversorgt sind in einem Land, das reich ist.“

Die Entscheidung hat Auswirkungen auf künftige Fälle: Die Menschenrechtskonvention ist in Deutschland geltendes Recht, und die Gerichte müssen die Entscheidungen des EGMR in ihre Abwägung einbeziehen.“⁵

Zahlreiche aktuelle Problem-Fälle bei Organisationen, Konzernen, aber auch im Mittelstand zeigen, dass die Ursachen für persönlich und beruflich existenzielle Gefahren in nahezu jedem Bereich / Prozess einer Organisation stecken können.

1.2 Trends bei Gesetzgebung, Rechtsprechung, Stand der Technik, Standardisierung und Auswirkungen auf die Healthcare-Branche

Nahezu jedes (Prozess-) Themenfeld einer Organisation – auch im Healthcare-Bereich –, wie z.B. Risiko-, Compliance-, Personal-, Einkaufs-, Vertriebs-, IT-, etc.-Management, ist mittlerweile nicht nur juristisch infiltriert⁶, sondern auch in vielzähligen Standards diverser Standard-Familien (ISO, COSO, IDW, DIIR, etc.) „genormt“.⁷

Fast täglich entstehen neue Anforderungen: Im Bereich von Gesetzgebung, Rechtsprechung, Stand der Technik und Richtlinien seien exemplarisch die DSGVO (2018) auf europäischer Ebene u. a. mit der Forderung, den „Stand der Technik“ einzuhalten, genannt. Dies zeitigt Auswirkungen auf die interne IT-Asset-Benutzungs-, Informationssicherheits- und Datenschutzrichtlinie.

Der *Bundesgerichtshof* nahm 2017⁸ unter Verweis auf wissenschaftliche Literatur ausführlich Stellung zu den Anforderungen an ein enthaftendes Compliance-Managementsystem und das *Bundesverfassungsgericht* stell-

4 <https://www.sueddeutsche.de/news/leben/familie-gutachter-schlagen-neue-bewertungen-fuer-pflege-tuev-vor-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-181119-99-871801>

5 PNR, 22.07.2011, S. 4; vgl. auch www.nordbayern.de/nuernberger-nachrichten/politik/altenpflegerin-siegt-in-strassburg-1.1378131?searched=true

6 Scherer, Compliance beherrscht die klassische Betriebswirtschaft – Buchbeitrag in: Scherer/Fruth (Hrsg.), Anlagenteil zu Governance-Management, Band II (Standard & Audit), 2016.

7 Vgl. Scherer, Die „Welt(en) der Überwacher“: Enormes Potenzial für Effektivität, Effizienz und Wertbeiträge bei Governance, Risk und Compliance, FIRM Jahrbuchbeitrag, 2017, S. 79-81 (www.gmrc.de).

8 Urteil des BGH vom 9.5.2017, AZ. 1 StR 265/16

te 2018 mit einem Beschluss den Anonymitätsschutz bei Compliance-Ombudsleuten vor neue Herausforderungen⁹.

Im Bereich der Standards erschien im März 2018 die ISO 31000:2018 für Risikomanagement-Systeme.

Da sie nicht zertifizierbar, etwas „generisch formuliert“ und ohne „High Level Structure“ strukturiert ist, erarbeitet die *Austrian Standards International* eine wohl 2019 erscheinende zertifizierbare und sehr pragmatische ausgestaltete ÖNORM 4900 ff.

Das *Deutsche Institut für Normung (DIN)* als Mitglied der ISO überarbeitet derzeit die ISO 19600 für Compliance-Managementsysteme in Richtung Zertifizierbarkeit und entwirft Standards für „Governance of Organizations“ (Unternehmensführung) (ISO 37000) und Whistleblowing.¹⁰

Neu erschienen 2018 die ISO / DIN 45001 zur Arbeitssicherheit und internationale Nachhaltigkeitsstandards.

Das *Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland* komplettierte unlängst die IDW PS-980er-Reihe zu einem „Insel-Paket“ für Compliance (PS 980), Risikomanagement (PS 981), Internes Kontrollsystem (IKS) (PS 982) und Revision (PS 983).

Diese Aufzählung ließe sich noch erschreckend erweitern.

All diese Normen, Richtlinien und Standards enthalten Anforderungen an eine pflichtgemäße, gewissenhafte Leitung und Aufbau- und Ablauforganisation (Managementsystem), sind über Assessments diverser Arten (Testierungen, Zertifizierungen, Audits, internal investigations, Revisions-Prüfungen, etc.) bzgl. Umsetzungsreifegrad zu bewerten und stellen bei Missachtung Haftungsfallen für Management und Mitarbeiter und die Quellen vielfältiger Risiken dar.

Häufig werden enorme **Ressourcen (Zeit / Geld / Nerven) verschwendet, um lediglich Symptome (Problemfälle) zu kurieren. Es ist sinnvoller, rechtzeitig in Prophylaxe und angemessene, moderne Organisationsstrukturen zu investieren.**¹¹

2. Ziele und Anforderungen bzgl. einer rechtssicheren Aufbau- und Ablauf-Organisation („Compliance infiltriert die klassische Betriebswirtschaftslehre“ am Beispiel „Organisation“)

In jedem Funktionsbereich einer Organisation¹² gibt es Compliance-Anforderungen, deren Nichtbeachtung aufgrund einseitiger betriebswirtschaftlicher Sichtweise schnell (oft durch Unkenntnis) zu gravierenden Folgen (Haftung / Insolvenz) führen mag.

Das Thema „Organisation“ ist – ebenso, wie die anderen Prozessthemenfelder, wo Compliance eine *grundlegende, rahmengebende* Rolle spielt – „juristisch infiltriert“.

*Bachmann*¹³ nennt dies „*flächendeckende Durchnormierung des Wirtschaftslebens*“.

Organisationslehre ist ein typisches BWL-Fach. Die Anforderungen an eine „**Rechtssichere Organisation**“ nach **Gesetz und Rechtsprechung** finden sich aber weder in den Büchern¹⁴ (Organisation wird lediglich als das „*Bemühen (...), Leistungserstellung und -verwertung möglichst effizient zu strukturieren*“¹⁵, definiert), noch in den Vorlesungen.

Das daraus folgende Unwissen kann für Manager zur **Haftungsfalle** werden („Rechtssichere Unternehmensorganisation“ generell als Pflicht).¹⁶

Dabei hat „Organisation“ Bedeutung als unternehmensweite Querschnittsthematik: Es sollte in Bezug auf Pflichtkomponenten und Design vereinheitlichte Stellenbeschreibungen, Prozessablaufdarstellungen, etc. geben. Deshalb spielt (sichere) Organisation in sämtlichen Themenbereichen (Personal, Finanzen, Einkauf, Leistungserbringung, Vertrieb, IT, etc.) und den zugehörigen *Standards* (ISO / IDW / COSO / etc.) eine erhebliche Rolle.

9 *BVerfG*, Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, ...: Es ging hier um die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme von Akten einer im Zusammenhang mit dem Diesel-Abgasskandal mit internen Ermittlungen beauftragten ausländischen Kanzlei durch die Staatsanwaltschaft.

10 Der Verfasser ist Mitglied in den genannten Gremien.

11 Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), Einführung in ein Integriertes Managementsystem “on demand”, 2018.

12 Begrifflichkeitswarr! Das Wort „Organisation“ wird einmal als Sammelbegriff für Unternehmen [Corporate oder öffentlich rechtliche Organisation (public)], etc. und außerdem im Sinne von Aufbau – und Ablauforganisation gebraucht.

13 *Bachmann*, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. 44.

14 Vgl. *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 25. Auflage, 2013, S. 100 ff., „4. Organisation“.

15 Vgl. *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 25. Auflage, 2013, S. 101.

16 Vgl. *Scherer/Fruth* (Hrsg.), Geschäftsführer-Compliance, Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien 2009, zum Thema Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Pflicht zur rechtssicheren Unternehmensorganisation, S. 49 ff.

Immer mehr spezielle Gesetze¹⁷ und Urteile beinhalten zahlreiche verpflichtende Anforderungen an die Geschäftsleitung hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation.

Beispiele¹⁸ von Komponenten der Thematik „Aufbau- und Ablauf-Organisation“¹⁹, deren juristische Vorgaben von allen Branchen zu beherrschen sind:

(Rechtssichere) Gesellschafts-Struktur

Rechtlich problematisch sind hier u. a. Themen wie:

„Geschäftsführer-Identität in Mutter- und Tochtergesellschaft“ (Interessenskonflikte bei Aufsicht und Zielvorgaben in den jeweiligen Gesellschaften), „Cash-Pooling“: Kann in Krise der Tochtergesellschaft zum Vorwurf der Untreue und des „existenzvernichtenden Eingriffs“ gegenüber den beteiligten Geschäftsführern führen.

Auch „ordnungsgemäße Verrechnungspreise und „Organschaft““ sind „rechtliche Dauerbrenner“, die ebenso geklärt sein sollten wie „Aufsicht und sonstige Interaktion“ zwischen Holding und Töchter.²⁰

(Rechtssichere) Organigramme

„Sonder-Beauftragte und Externe mit wesentlichen Funktionen (Arbeitssicherheit / Datenschutz / etc.)“ sind in der Praxis in Organigrammen nicht (vollständig) zu finden oder fehlen gänzlich.

„Interaktionen“ zwischen Abteilungen / Bereichen und der Geschäftsleitung müssen klar (z. B. mittels einer Legende) geregelt sein.²¹

(Rechtssichere) Stellenbeschreibungen

Stellen-, Arbeitsplatz-, „Funktionsbeschreibungen“ haben die rechtlichen Mindestanforderungen zu erfüllen. Auch die Aufgaben der (Sonder-)Beauftragten sind klar und transparent zu regeln, soweit nicht bereits gesetzlich abschließend definiert. Die zivil- und strafrechtliche Haftung als Risiko-, Compliance-, QM-Beauftragter oder sonstiger (Sonder-)Beauftragter²² **hängt u. U. maßgeblich von der Ausgestaltung der Stellenbeschreibung ab.**²³

Auch „QM-Beauftragte“ im Fall „Brotfabrik Freising“²⁴ und „Geldwäsche-Beauftragte“ (in Deutscher Groß-Bank)²⁵ waren bereits im Visier der Staatsanwaltschaft.

Hinweis:

Dem Thema **„Rechtssichere Prozessbeschreibungen“** ist später ein eigenes Kapitel gewidmet.

Rechtsprechung: Pflicht zur rechtssicheren Aufbau- und Ablauf-(Organisation einschließlich eines (Risiko-) Compliance-Managementsystems

Fall: „Neubürger“

Compliance-Urteil des LG München vom 10.12.2013 (Neubürger) Das LG München statuierte (un-) mittelbar eine Pflicht zur

17 Vgl. z.B. § 25 a Kreditwesengesetz („Besondere organisatorische Pflichten“) oder das Versicherungsaufsichtsgesetz (2016), Abschnitt 3 (§§ 23-32 VAG): „Geschäftsorganisation“.

Vgl. auch zu § 25 a Kreditwesengesetz (KWG) die *Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)*: Die *MaRisk BA* definieren die Ausgestaltung des Risikomanagements deutscher Kreditinstitute und stellen Verwaltungsanweisungen dar, die mit Rundschreiben der *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin)* mit aktuellem Stand vom Herbst 2017 veröffentlicht wurden. Sie konkretisieren § 25 a KWG und „Basel II und III“ bzgl. Risiko-Controlling und stellen „norminterpretierende Verwaltungsvorschriften“ mit Selbstbindungswirkung für Aufsichtsbehörden bei Finanzinstituten und Versicherungen dar. Bzgl. Compliance gibt es entsprechend die *„MaComp“*. Im Herbst 2016 wurden die *Mindestanforderungen an die Geschäftsorganisation (MaGO)* über ein *BaFin*-Rundschreiben mittelbar verbindlich.

Auch bisher nicht betroffene Branchen mögen sich an den entsprechenden Regelungen als „benchmark“ orientieren.

18 Weitere Beispiele finden sich in *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Integriertes Qualitäts-Managementsystem mit GRC*, 2018

19 Vgl. den *Universalstandard Compliance-Managementsystem* des Internationalen Instituts für Governance, Management, Risk und Compliance der Technischen Hochschule Deggendorf (www.gmrc.de), dort Pkt. 2.2.3.

20 Vgl. auch § 25 a Abs. 3 Kreditwesengesetz (KWG): *„Ordnungsgemäße Geschäftsorganisation durch die Holding einer Gruppe“*.

21 Vgl. auch die gesetzliche Forderung in § 25 a Abs. 1 Nr. 3 a KWG: *„Aufbauorganisatorische Regelungen mit klarer Abgrenzung der Verantwortungsbereiche“* sowie § 23 Abs. 1 VAG (2016): *„[...] angemessene, transparente Organisationsstruktur mit einer klaren Zuweisung und einer angemessenen Trennung der Zuständigkeiten“*.

22 Vgl. *Scherer*, Haftung eines Risikomanagers basierend auf einer Garantienpflicht, 2018 (www.scherer-grc.net) und *RiBGH Raum, Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Anlagenband zu Governance-Management*, Band 2, 2015, Anlage 12.

23 Vgl. zur Haftung des Compliance-Beauftragten: Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.07.2009 (5 StR 394/08) und *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Anlagenband zu Governance-Management*, Band 2, 2015, Anlage 6.

24 Vgl. *Spiegel online*, Pressemitteilung vom 02.11.2015, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/mueller-brot-ex-manager-der-insolventen-baeckerei-angeklagt-a-1060677.html> [Abfrage am 10.06.2016].

25 Vgl. *FAZ – Frankfurter Allgemeine Finanzen*, Pressemitteilung vom 15.02.2016, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/devisen-rohstoffe/steuerbetrug-prozess-gegen-deutsche-bank-beginnt-14070033.html> [Abfrage am 10.06.2016].

rechtssicheren Unternehmensorganisation via Pflicht zur Implementierung und Überwachung eines effektiven (!) Compliance-Managementsystems.

Ein Ex-Siemens-Vorstand wurde zur Zahlung von 15 Mio. Euro Schadensersatz an Siemens verurteilt. Durch Vergleich auf 2,5 Mio. wurde Rechtsstreit beendet. Ein Jahr später: Suizid des 62-jährigen Ex-Siemens-Vorstandes. Eine Aufhebung des Urteils oder **Widerlegung der Begründung** durch Berufungs- oder Revisionsinstanz ist dadurch **nicht mehr möglich**.

Fall: „KMW“

Auch der *Bundesgerichtshof (BGH)* (Richter *Raum*) nahm am 9.5.2017 Stellung zu Inhalt und Auswirkung eines Compliance-Managementsystems. Az. 1 StR 265/16 („KMW“)

3. Der Unterschied zwischen Anforderungen an private und berufliche Zielerreichung

3.1 Manche Soll-Größen sind fix

Bzgl. der **Ziele beruflichen Handelns** sind die

- (gemeinsamen) **berufliche Ziele** der Organe (Geschäftsführer / Vorstand, Gesellschafter, Aufsichtsgremium), Mitarbeiter und sonstigen „interested parties“

zu differenzieren von den

- **persönlichen (beruflichen) Zielen** der jeweils Agierenden.

Bei persönlichen Zielen lässt sich die Soll-Größe auf ein geringeres Niveau reduzieren. Dadurch werden Gap und davon abhängiger Frust verringert, bzw. sogar Zufriedenheit erreicht.

Bei Management(-system)-Zielen dagegen ist die Soll-Größe überwiegend fix, weil sie durch zwingende Anforderungen festgelegt ist.

Eine beliebige Reduzierung der Soll-Größe / des Referenzrahmens ist nicht möglich.

Damit bleibt nur der u.U. etwas aufwändigere Weg, den Ist-Zustand zu verbessern und dem Soll-Zustand anzugleichen.

These: Ein hoher Reifegrad eines Integrierten (Compliance-)Risiko-Managementsystems wirkt sich auch auf die Erreichung der persönlichen Ziele (neben den beruflichen Zielen) positiv aus.

Sobald die Adressaten (Management / Mitarbeiter / „interested parties“) das **begreifen und verinnerlichen**, dürfte **ausreichend Motivation** vorhanden sein, **die Erreichung eines hohen Reifegrades und damit der Ziele** zu unterstützen (sofern nicht Phlegmatismus und Egoismen im Einzelfall dies ausschließen).

3.2 Was kümmern uns Anforderungen? Wer entscheidet am Ende über Wohl und Wehe des Entscheiders und der Organisation?

Die rechtsprechende Gewalt (Judikative) (z.B. *BVerfG / EuGH / EGMR*) entscheidet – zumindest irdisch – als „letzte Instanz“ über Sanktionen und u.U. über Existenz von Organisationen, Unternehmen, Manager, Mitarbeiter und der Zulässigkeit / Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Legislative, Exekutive oder sonstiger „interested parties“.

Das letzte Wort hat die rechtsprechende Gewalt: „*Der Ober sticht den Unter*“ (Bayerisches Sprichwort).

Fall: „Kein Bestandsschutz bei Sicherheit“

Das *OVG Lüneburg* stellte am 04.12.2015 fest, dass es **keinen Bestandsschutz für ältere Unternehmen bei Umsetzung des Sicherheitsstandards DIN EN 13814** gebe.

Damit stehe nach Einschätzung Betroffener die **Existenz vieler Unternehmen vor dem Aus**.

Im konkreten Fall geht es um einen Achterbahnbetreiber, welcher sich gegen die neue Rechtsvorschrift wendete, nämlich, dass sein Fahrgeschäft aus den 1980er Jahren nun an der neuen DIN EN 13814 durch den beklagten TÜV-Nord gemessen werde. Echten Bestandsschutz könne der Kläger nicht beanspruchen.

„Die neuen Sicherheitsanforderungen stünden im Allgemeinen nicht außer Verhältnis zu den Kos-

ten, die ihre Befolgung den Betreibern der Anlagen verursache.“²⁶

Hinweis: Diese Rechtsfolgen gelten natürlich nicht nur für die Achterbahnbetreiber, sondern für jede Organisation, also auch für Pflegeheime, Krankenhäuser, Kliniken, Reha-Einrichtungen, etc.

3.3 Rollen und Begrenzungen von Sachverständigen und Judikatur

Die **Vermittlung des fachspezifischen Wissens** über Sachverständige und Standards ist als Unterstützung der rechtsprechenden Gewalt zulässig.

Unzulässig jedoch ist die **Mitwirkung von Sachverständigen bei der juristischen Bewertung**, die den Richtern vorbehalten ist.

Einerseits dürfen weder Gesetzgeber noch Rechtsprechung gesicherte naturwissenschaftliche Erkenntnisse negieren: Kein Gesetz oder Richter darf beispielsweise annehmen, „dass die Schwerkraft nicht gelte“. Andererseits dürfen alleine Gesetzgeber oder Rechtsprechung bestimmen, was eine **rechtssichere** Organisation ist, wie ein Manager **gewissenhaft** zu entscheiden hat, was „**ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleitung**“ oder ein „**angemessenes**“ „**wirksames**“ Risiko- oder Compliance-Management etc. ist.

Fall: „Befangener Gutachter“

„Der Prozess gegen einen Dortmunder Frauenarzt, der heimlich zahlreiche Patientinnen gefilmt und dabei auch sexuell missbraucht haben soll, ist vorerst geplatzt. Das Dortmunder Landgericht gab am 07.03.2016 einem Befangenheitsantrag des Angeklagten gegen den medizinischen Gutachter statt. Die Richter unterstellten dem Sachverständigen,

bewusst „belastende Umstände gesucht“ zu haben, um „den Angeklagten zu überführen (...)“.

Gutachter wollte „Grundlage für Anklage“ finden

Der Sachverständige hatte vor der Erstattung seines Gutachtens erklärt, wie er an seine Arbeit herangegangen ist: „Ich habe versucht, eine Grundlage zu finden für eine Anklage der Staatsanwaltschaft (...)“.²⁷

Im Rahmen der Rechtsprechung wird zwischen Erkenntnisebene und Beurteilungsebene unterschieden:²⁸

Erkenntnisebene der Judikatur

Auf der Erkenntnisebene (1. Ebene) werden der später zu beurteilende Lebenssachverhalt sowie Fragen zu diversen Anforderungen oder Rechtsnormen eruiert: Z.B. *Wie ist der derzeitige „Anerkannte Stand von Wissenschaft und Praxis“ in dem entscheidungsrelevanten Themenbereich?*

Hier ist zu differenzieren: Im Bereich der Technik und/oder des Gesundheitswesens ist häufig Sachverständigenwissen erforderlich und die Judikatur (Rechtsprechung) oft nicht in der Lage, die Fragen selbst zu beantworten. Im Bereich von betriebswirtschaftlichen oder juristischen Themenstellungen dagegen *kann* auch die Judikatur ausreichendes Know-How besitzen.

„**Die Dominanz der Juristen über die Betriebswirte**“ thematisierten u.a. auch bereits 1995 (!) **Hommelhoff / Schwab**²⁹ zum **Thema:** Verwertung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse als Standards bzw. Techniklauseln in der richterlichen Urteilsfindung:

„[...] Ist die Frage, welches Verhalten von einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied gefordert werden kann und muß, in erster Linie eine betriebswirtschaftliche Frage oder eine juristische (d. h. eine Frage rechtlicher Bewertung, die allein dem staatlichen Rechtsanwendungsorgan vorbehalten bleiben muß)?

„[...] Sollte es der Betriebswirtschaftslehre gar gelingen, Standardsituationen unternehmerischer Entscheidung herauszuarbeiten, in denen ein bestimmtes Verhalten typischerweise erforderlich bzw. typischerweise ausreichend ist, so wäre weitergehend zu erwägen, ob die Verletzung bzw.

26 Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, „Alte Fahrgeschäfte müssen dem aktuellen Recht entsprechen“, Pressemitteilung vom 05.12.2015, <http://www.oberverwaltungsgericht.niedersachsen.de/portal>, [Abfrage am 10.06.2016].

27 Vgl. Beck online, beck-aktuell-Newsletter vom 08.03.2016.

28 Vgl. Scherer/Fruth (Hrsg.), Governance-Management Band I, 2015, Kapitel 1.3.

29 Vgl. Hommelhoff, Schwab, Zum Stellenwert betriebswirtschaftlicher Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung und -überwachung im Vorgang der Rechtskenntnis, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, ZfbF-Sonderheft 36, S. 161, 162, 1996.

Einhaltung dieser Regeln nicht den Beweis des ersten Anscheins ermöglicht, daß eine Pflichtverletzung vorliege bzw. fehle. Die „Standardsituation“ wäre der „typische Geschehensablauf“, aus dem mangels gegenteiliger Anhaltspunkte geschlossen werden könnte, daß das beklagte Organ auch im konkreten Fall zu einem ganz bestimmten Verhalten verpflichtet war. [...]“

*„[...] Dieser Ansatz könnte durchaus für die Betriebswirtschaftslehre fortentwickelt werden: Stellt ein hochkarätig besetztes Gremium GoU/Ü („Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung und -Überwachung“, **Anmerkung des Verfassers**) auf, so könnten diese im individuellen Prozeß als antezipierte Sachverständigengutachten herangezogen werden mit der Folge, daß die Gerichte zwar nicht an sie gebunden wären, sie aber bei der Beweiswürdigung berücksichtigen müßten.“*

Beurteilungsebene der Judikatur

Auf der Beurteilungsebene (2. Ebene) (z.B. bei der Wertung, ob ein Verfahren/eine Methode/eine Anlage/ein Verhalten „sicher“, „gefährlich“, „gewissenhaft“, „pflichtgemäß“, „angemessen“, „wirksam“ ist) darf die Rechtsprechung keine *Meinung* des Sachverständigen zu dieser Bewertung berücksichtigen. **Der Richter muss sich eine eigene (!) Meinung bilden.**

„(..) Ein so strukturierter betriebswirtschaftlicher Sollensatz enthält also ebenfalls eine Stellungnahme zu der Frage: „Wie sicher ist sicher genug?“. Diese Stellungnahme ist auch hier eine juristische. Sie darf nicht unbesehen von den Betriebswirten übernommen werden. Vielmehr muß es dem demokratisch legitimierten staatlichen Rechtsanwender vorbehalten bleiben zu judizieren, daß das aus betriebswirtschaftlicher Sicht für erforderlich und ausreichend angesehene unternehmerische Verhalten rechtlich nicht erforderlich bzw. ausreichend ist.“³⁰

Dies zeigte eindrucksvoll die Entscheidung des BVerfG im Fall (Justizskandal) „Mollath“³¹: Mollath wurde - rechtswidriger Weise – in der Forensik „untergebracht“, weil ein Richter offenbar nicht hinterfragte, sondern sich lediglich den Empfehlungen des Sachverständigen anschloss. Mollath verklagte 2018 den Freistaat Bayern auf 2,1 Millionen Euro Schadenersatz.

Der Richter ist auf der Beurteilungsebene nicht an die Vorgaben eines Standards / Sachverständigen gebunden: Er kann auch strengere oder weniger strenge Maßstäbe (z.B. bzgl. der Attribute oder Adjektive *gewissenhaft / pflichtgemäß / gefährlich / etc.*) anlegen!

Fortsetzung folgt!

30 Vgl. Hommelhoff, Schwab, Zum Stellenwert betriebswirtschaftlicher Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung und -überwachung im Vorgang der Rechtskenntnis, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, ZfbF-Sonderheft 36, S. 161, 162, 1996.

31 <http://www.nordbayern.de/region/mollath-will-auch-einen-ausgleich-fur-seelische-qualen-1.7308168>