

3.30 Die Methode der Folgerwägungen zur „rationalen“ Begründung von Rechtsentscheidungen

In der Rechtstheorie hat sich zwischenzeitlich eine herrschende Meinung darüber gebildet, wie Rechtsentscheidungen zu begründen sind. Wer Gerichte, Gesetzgeber, Behörden oder Amtsträger von seiner Rechtsansicht überzeugen will, muss diese Methode anwenden, weil sie in der Praxis der Rechtsanwendung in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung angewandt wird. In unserer Rechtsordnung fehlt zwar ein Methodengesetz, das den Rechtsanwendern eine bestimmte Methode der Gesetzesauslegung oder Rechtsanwendung verbindlich vorschreibt. Auch das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung im Bereich von Gesetzes- und Rechtslücken ist in Deutschland im Gegensatz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Artikel 1, Abs. 2 und 3 ZGB) nicht gesetzlich geregelt⁴⁵¹. Die herrschende, rechtstheoretische Ansicht zur Methode der Folgerwägungen ergibt sich aus der Beobachtung der Rechtspraxis und wird auf verschiedenen Beobachtungsebenen begründet⁴⁵². Auf einer ersten Ebene ist zu beobachten, dass Rechtsanwender den Gesetzestext lesen und den unmittelbaren Wortsinn verstehen. In diesen Fällen entsteht nicht das Problem der Auslegung. Ist der Gesetzestext eindeutig, hat der Rechtsanwender keine Wahl und keine Alternative.

Ist der Gesetzestext jedoch nicht unmittelbar zu verstehen und mehrdeutig, stellt sich dem Beobachter auf einer zweiten Ebene die Frage, welche Argumente bei der Überzeugung helfen, wie der mehrdeutige Text zu verstehen ist, für welche der zur Auswahl stehenden Handlungsalternativen Rechtsanwender sich entscheiden.

Auf der dritten Ebene wird die Frage geklärt, welche Funktionen das juristische Argument hat und welche Gründe für die Anwendung des jeweiligen Arguments und der Methode sprechen.

Nach der herrschenden Methode werden Rechtsentscheidungen mit ihren Folgen begründet. Es handelt sich um die Methode der Folgerwägung. Mit den Folgen ihrer Entscheidung begründen Gesetzgeber, Gerichte und Amtsträger in der Verwaltung ihre Rechtsentscheidung⁴⁵³.

451 Bernd Rütters, *Rechtstheorie*, Anm. 704.

452 Dieter Grimm, „Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe“; S. 157; Niklas Luhmann, „Legitimation durch Verfahren“, S. 57, in: *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*; Niklas Luhmann, „Juristische Argumentation“ in: *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, S. 27, 1995; Neil MacCormick, „Argumentation und Interpretation im Recht“ in: *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*; S. 41; Gunther Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*.

453 Niklas Luhmann, *„Das Recht der Gesellschaft“*, 1995, S. 378, *Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form*, in: Gun-

Die Methode der Folgenerwägungen lässt sich in allen Rechtsgebieten in der jeweiligen Praxis der Rechtsanwendung beobachten. Dies gilt für das Strafrecht⁴⁵⁴, im Verfassungsrecht⁴⁵⁵, im Zivilrecht⁴⁵⁶.

In der Praxis werden die unterschiedlichen Folgen beurteilt, die bei der Annahme unterschiedlicher Regeln eintreten würden. Niklas Luhmann beschreibt die Folgenberücksichtigung als ein überzeugendes Prinzip, das sich durchgesetzt hat und in der Rechtstheorie einhellig inzwischen akzeptiert wird⁴⁵⁷. Niklas Luhmann ist besonders deshalb zu zitieren, weil er bis 1995 als Repräsentant der Gegner von Folgerwägungen als Entscheidungsmethode galt und diese Ansicht seit seiner Darstellung in „Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe“ aufgegeben hat. In aller Regel beschäftigt sich die Praxis der Rechtsanwendung nicht mit rechtstheoretischen Fragen. Die Kalkulierbarkeit von Rechtsentscheidungen ist jedoch für jeden Vorstand oder Geschäftsführer von existenzieller Bedeutung, wenn Rechtsrisiken abzuschätzen sind. Es ist grade deshalb für die Recht-

ther Teubner (Hrsg.), „Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe“, S. 33;

Gunther Teubner, „Folgekontrolle und Responsive Dogmatik, Rechtstheorie“, (1975), S. 179-209;

Thomas Sambuc, „Folgenerwägungen im Richterrecht“, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Berlin 1977;

Manfred Rack, „Die Verfassung als Maßstab“, 1978, S. 187;

Thomas W. Wälde, „Juristische Folgeorientierung: Methodische und organisatorische Überlegung zur Bewältigung der Folgeorientierung im Rechtssystem 1979“;

Hubert Rottleuthner, „Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in Wissenschaft und Philosophie als Basis der Korrespondenz“, Beiheft 13. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1981, S. 97-118;

Hans-Joachim Koch/Helmut Rüssmann, „Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft“, München 1982, S. 227;

Winfried Hassemer, „Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze“, Festschrift Helmut Coing, 1982, S. 493-524;

Bernd Rütters, Rechtstheorie, Anm. 388, 528, 330 sowie Gertrude Lübke/Wolff, „Rechtsfolgen und Realfolgen, Welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen“, 1981.

454 Winfried Hassemer, „Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze“, Festschrift Helmut Coing, 1982, S. 493-524;

Cornelius Prittwitz: Strafrecht und Risiko 1993, S. 122: zum Mißverständnis Luhmanns über die Rechtfertigung von Entscheidungen durch ihre folgen anstatt durch ihre Folgeorientierung.

455 Dieter Grimm, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Zur Argumentationspraxis des Deutschen Bundesverfassungsgerichts, S. 140, 141 in: Gunther Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe.

456 Thomas Sambuc, „Folgerwägungen im Richterrecht“ 1977.

457 Niklas Luhmann „Das Recht der Gesellschaft“, S. 378, 1995.

spraxis unverzichtbar sich die Denkweise und die Methoden von Gesetzgebern und Richtern sowie ihre Argumentationsweise anzueignen. Wer die Rechtsunsicherheit vermindern will, muss Gerichte kalkulieren können. Dazu gibt nur die Rechtstheorie Hinweise.

Die Folgen von Rechtsentscheidungen zu beurteilen, bedeutet, die unterschiedlichen Folgen zu berücksichtigen, die bei der Annahme unterschiedlicher Entscheidungen eintreten würden. Die methodische Frage zur Berücksichtigung der Folgen besteht darin, was der Fall wäre, wenn nicht diese, sondern eine andere zur Auswahl stehende Rechtsentscheidung getroffen würde. Die Methode der Folgerwägungen lässt sich in der Begründungspraxis schon an der Wortwahl erkennen.

Die „was-wäre-wenn-Frage“ taucht auch in anderen Standardformulierungen auf, die Folgerwägungen zum Ausdruck bringen, wie zum Beispiel

- „wo kämen wir hin, wenn...“
- „ansonsten...“
- „im Ergebnis...“
- „ohne...“.

3.31 Die Ursprünge der Folgerwägung

Entscheidungen mit ihren Folgen zu rechtfertigen, entspricht einem uralten traditionellen Verhaltensprinzip. Sie wird ausgedrückt in der lateinischen Spruchweisheit „quidquid agis, prudenter agas et respice finem“. Dies bedeutet: „Was immer du tust, tue es klug und bedenke die Folgen“⁴⁵⁸. Verwiesen wird auf das Naturrecht, dass auf den gesellschaftlichen Nutzen einer Rechtsnorm abgestellt hat, verbunden mit der Vermutung, dass dieser Nutzen im Zweifel zu unterstellen sei. Herkömmlich werden bei der „teleologischen Auslegung“ die Folgen in Form von Normzwecken festgestellt. Auch sie gelten als Folgerwägungen.

3.32 Rechtsfolgen und Realfolgen

Bei der Berücksichtigung von Folgen werden Rechtsfolgen und Realfolgen unterschieden. Diese Unterscheidung geht auf Lübbe-Wolff zurück⁴⁵⁹. Unter Rechtsfolgen sind solche zu verstehen, die durch Rechtssätze an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft sind. Es sind die Sanktionen des Strafrechts, des Haftungsrechts, mit denen der Gesetzgeber die Befolgung seiner Ge- und Verbote durchzusetzen versucht. Wer Rechtsfolgen vermeiden will, verhält

458 Bernd Rüthers, Rechtstheorie, Anm. 388.

459 Lübbe-Wolff, „Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen“, Freiburg 1981.

sich legal. Die immer wieder steigende Kriminalitätsstatistik, insbesondere im Wirtschaftsrecht und die zunehmenden Haftungsfälle bei Managern zeigt, dass die Rechtsfolgen wenig abschreckende Wirkung haben. Die häufigen Rechtsverstöße zeigen, dass die Befolgungsbereitschaft gering ist, obwohl die Sanktionen auf parlamentarischen Entscheidungen des Gesetzgebers beruhen, genießen sie wenig Akzeptanz und werden in der Praxis häufig in Frage gestellt. Von der Legalitätspflicht sind viele nicht überzeugt, vor allem auch nicht davon, dass sie dem Unternehmenszweck der Gewinnerzielung vorzuziehen ist.

Beim Argumentieren in der Begründung einer Rechtsentscheidung haben die Hinweise auf die Realfolgen von Rechtsverstößen mehr Überzeugungskraft, weil auf den drohenden Schaden an einem geschützten Rechtsgut verwiesen wird. Deutlich wird, dass ohne die Einhaltung einer Rechtspflicht Rechtsschutz wegfällt und jeder sich vorstellen kann, dass er selbst Opfer einer Rechtspflichtverletzung wird und Schaden an seinem Rechtsgut verursacht, das er geschützt sehen will. Wer selbst in seinen eigenen Rechtsgütern bedroht ist, wird mit Sicherheit nicht auf Rechtsschutz verzichten wollen. Rechtsschutz bedeutet immer Selbstschutz.

Bei den Realfolgen unterscheidet Lübke-Wolff zwischen Entscheidungsfolgen und Adaptionsfolgen. Die Entscheidungsfolgen sind die Folgen, die durch die jeweilige Rechtsentscheidung im Einzelfall angeordnet und realisiert werden. Sie betreffen nur diejenigen, die an dem jeweiligen Entscheidungsverfahren unmittelbar beteiligt sind. Die Adaptionsfolgen dagegen umfassen die Fernwirkung auf Personen, die an den Entscheidungen nicht unmittelbar beteiligt waren, über diese Entscheidung jedoch durch die Medien informiert, von ihr beeindruckt werden, darauf reagieren und ihr bisheriges Verhalten mit Rücksicht auf diese Entscheidung einstellen oder umstellen. Die Adaptionsfolgen betreffen die generalpräventive Wirkung auf die Öffentlichkeit. Es sind die Wirkungen von Musterprozessen.

Die Rechtsfolgen sind jeweils an die Verwendung eines juristischen Begriffes geknüpft. Einen juristischen Begriff in einem Gesetz zu verwenden bedeutet, sich für die bestimmte Rechtsfolge zu entscheiden, die der Gesetzgeber an den juristischen Begriff geknüpft hat. Eine Rechtsentscheidung wird beeinflusst von der Rechtsfolge, die mit der Verwendung dieses juristischen Begriffes verknüpft ist⁴⁶⁰. Die Realfolgen entwickeln eine Vorbildwirkung auf das zukünftige Verhalten der übrigen Normadressaten.

Leicht feststellen lassen sich die Rechtsfolgen. Dazu benötigt man lediglich Rechtskenntnisse über die Rechtsfolgen beim Verstoß gegen die Ge- und Verbote. Gesetze geben Auskunft über Geldstrafen, Haftstrafen, Geldbußen und über Schadensersatz bei Rechts- oder

460 Lübke-Wolff, „Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen“, Freiburg 1981, S. 31

Vertragsverletzungen

Weitaus schwieriger sind die Realfolgen der jeweiligen Handlungsalternativen festzustellen. Die Rechtsfolgen von Verletzungen der Rechtspflichten wirken nicht abschreckend. Ihre Abschreckungswirkung reicht allerdings nicht aus, dass Rechtspflichten trotz der Sanktionen immer wieder verletzt und vernachlässigt werden. Die Rechtsfolgen überzeugen oft nicht von der Notwendigkeit, Rechtspflichten einhalten zu müssen. Rechtspflichten lassen in aller Regel allein mit ihrem Wortlaut nicht erkennen, welches Risiko sie abwenden sollen. Die in aller Regel abstrakten Rechtsvorschriften lassen vor allem nicht die Vorgeschichte erkennen, die den Gesetzgeber veranlasst hat, die Vorschrift mit Rechtspflichten einzuführen. Jede Rechtsvorschrift hatte im Zeitpunkt ihres Erlasses einen Grund. Ist erstmals ein Schaden aufgetreten, den der Gesetzgeber für die Zukunft ausschließen will, regelt er das erstmals aufgetretene Risiko, das sich zu einem Schaden entwickelt hatte.

Zum Beispiel regelt die Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) unter Nr. 5 Ammoniumnitrat, insbesondere seine Lagerung und schreibt Mengengrenzen und zusätzliche Maßnahmen, je nach Lagermenge, vor. Auch diese Vorschrift lässt ihre Vorgeschichte nicht erkennen. Am 21. September 1921 explodierte das Oppauer Stickstoffwerk der BASF. Mit 561 Toten war es eine der größten Chemiekatastrophen. 2.000 Menschen wurden verletzt, 7.500 wurden obdachlos. Die Mengenbegrenzung beim Lagern von Ammoniumnitrat soll Explosionen dieser Art verhindern. Mit der Regelung zur Mengenbegrenzung von Ammoniumnitrat hat der Gesetzgeber aus den damaligen Fehlern und aus der Katastrophe Konsequenzen gezogen.

Nur in Deutschland gilt die Mengenbegrenzungsregelung für Ammoniumnitrat, nicht aber in Frankreich. Am 21. September 2001, dem 80. Jahrestag der Explosion von Oppau, kam es in der Düngemittelfabrik von TotalFinaElf in Toulouse ebenfalls zu einer Explosion mit 21 Toten und 10.000 Verletzten. Das Explosionsrisiko ergibt sich aus der Selbstzündung von Ammoniumnitrat, wenn beim Lagern von Ammoniumnitrat die kritische Menge überschritten wird.

Die Rechtsentscheidungen zur Mengenbegrenzung bei Ammoniumnitrat wird mit der „Realfolge“ einer Explosion begründet. Solange der Erfahrungssatz gilt, dass bei Übermengen von Ammoniumnitrat der Stoff explodiert, gilt die Mengenbegrenzungsregelung als begründet. Niemand will die gleiche Katastrophe noch einmal erleben. Nicht selbstverständlich ist es aber auch, dass in einer anderen Rechtsordnung trotz der Explosionserfahrung die Mengenregelung nicht als Rechtspflicht eingeführt wurde und sich die Explosion wiederholte. Die Erfahrung nach Oppau wurde in Frankreich nicht verwertet.

Ein weiteres Beispiel veranschaulicht den Zusammenhang zwischen Rechtspflicht und Risikoabwehr. Kurz nach der BSE-Krise wurde die

Rechtspflicht eingeführt, tierische Essensabfälle in Kantinen entweder zu desinfizieren oder an Entsorgungsfachbetriebe abzugeben⁴⁶¹. Die Regelung wurde eingeführt, weil der Verdacht in der BSE-Krise aufkam, dass in England die Seuche unter Rindern ausbrach, weil an Tiere verkeimte tierische Essensreste verfüttert wurden. Es handelte sich um eine von mehreren Theorien über die Ursache der BSE-Krise. Auf Verdacht hat man gegen die Rinderwahnseuche vorsorglich die „Kantinenregelung“ eingeführt. Die Verbraucher sollten vorsorglich geschützt werden, ohne dass man genau wusste, ob es sich um die Ursache der Rinderwahnseuche handelt.

Es handelt sich um einen Fall von experimenteller Gesetzgebung. Auf Verdacht erlässt der Gesetzgeber Regelungen, ohne im Zeitpunkt seiner Rechtsentscheidung genau zu wissen, ob damit das Risiko wirksam abgewendet werden kann. Dabei legt der Gesetzgeber von vornherein offen, dass eine sichere Prognose zunächst nicht möglich ist.⁴⁶² Trotz der Ungewissheit über die Wirkung des geplanten Gesetzes hat der Gesetzgeber die Pflicht zur sorgfältigen Prognose im Rahme der Gesetzesfolgenabschätzung vor und nach dem Inkrafttreten.⁴⁶³

3.33 Die Begründung von Rechtsentscheidungen mit ihren Realfolgen durch Risikoanalysen

Die beiden Beispiele zeigen, dass bei Katastrophen und drohenden Seuchen alle von einer Rechtspflicht wie der Mengenbegrenzungsregelung und der Kantinenregelung überzeugt sind. Vom Gesetzgeber wird in aller Regel sogar gefordert, dass er eine erlebte Katastrophe oder eine drohende Seuche durch Rechtspflichten zur Risikoabwehr regeln muss. Niemand wird unter dem Druck der öffentlichen Meinung eine Schutzregelung mit dem Argument ablehnen, wegen Überregulierung fehle es an der Akzeptanz.

Jede Regelung wird im Interesse und zum Schutz von Rechtsgütern erlassen. In einer aktuellen Krise fordern Verbraucher Regelungen und der Gesetzgeber erlässt sie, weil er sich die Stimmen der Betroffenen für die Wahl sichern will. Rechtspflichten sind Selbstschutzmaßnahmen.

Gezeigt werden soll an den Beispielen, dass die drohenden Schadensfolgen von der Notwendigkeit der Rechtspflichten und ihrer Einhaltung überzeugen. Wer eine Rechtspflicht wie die Mengenbegrenzungspflicht für Ammoniumnitrat nicht vorschreibt, muss mit der Wiederholung der Katastrophe rechnen.

461 § 17 (1) Nr. 20 Tierseuchengesetz (TierSG).

462 Christian Calliess, „Rechtsstaat und Umweltstaat“, 2000, S. 292 f.

463 Siehe auch BVerfGE 50, 290, 333 f. [Mitbestimmungs-Urteil].

3.34 Die Berücksichtigung von Realfolgen in der Praxis der Risikoanalyse und der Gefährdungsbeurteilung

Jede Rechtspflicht lässt sich mit Realfolgen begründen. Die Argumentation entwickelt mehr Überzeugungskraft als der bloße Hinweis auf Rechtsfolgen. Niemand will selbst Schadensopfer werden, insbesondere dann nicht, wenn der Schaden vorhersehbar oder vermeidbar war.

In der Rechtstheorie wird diese Argumentationsweise als Berücksichtigung der „Realfolgen“ behandelt⁴⁶⁴. In der Praxis findet sich die Entscheidungsmethode der Folgerewägung in der Gefährdungsbeurteilung und der Risikoanalyse.

Funktion 1.42

Im Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ ist dafür ein eigenes Textfeld in jeder Pflichtenmaske vorgesehen. Für die Gefährdungsbeurteilung ist zu empfehlen, die Schadensrisiken zu dokumentieren, die mit der Rechtspflicht abgewendet werden sollen. Dabei ist die Schadensursache für drohende Schäden und der Erfahrungssatz für die Theorie zu formulieren, warum auf die Schadensursache im Unternehmen aus Erfahrung das Schadensereignis droht und das in der Rechtspflicht geschützte Rechtsgut verletzen kann. Welchem Schutzzweck die Rechtspflicht dient, findet sich ebenfalls in einem dafür eigens vorgesehenen Textfeld. Die potentielle Schadensursache oder die Gefahrenquelle im Unternehmen ist als Tatsache festzustellen. Die Schadensprognose ist dagegen eine Fiktion. Fakten und Fiktionen sind in diesem Verfahren der Risikoanalyse klar zu trennen, weil sie unterschiedlich zu behandeln sind. Tatsachen sind im Wege eines Erkenntnisverfahrens zu ermitteln und gelten entweder als wahr oder falsch. Schadensprognosen sind Ergebnisse von Entscheidungen. Im Entscheidungsverfahren sind typische Entscheidungsfehler zu vermeiden. Die Geltung einer Schadensprognose kann nur mit dem Argument in Frage gestellt werden, dass sie auf einem widerlegten Erfahrungssatz beruht und dieser Erfahrungssatz deshalb nicht mehr gelten kann.

3.35 Die Geltung von Risikoaussagen

Wird eine Schadensprognose bestritten, das Risiko geleugnet und eine konkurrierende Prognose aufgestellt, wonach nicht mit einem Schaden zu rechnen ist, stellt sich die Frage, wie ein Streit über konkurrierende Risikoaussagen und Schadensprognosen zu entscheiden ist. Zu erinnern ist, dass ein Risiko nicht bewiesen werden kann. Erst wenn der Schaden eintritt, wäre ein Risiko bewiesen. Dann wäre es allerdings zur Risikoabwehr zu spät. In der Praxis finden sich Situa-

464 Lübbe-Wolff, „Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgerewägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen“, Freiburg 1981.

tionen, in denen eine Theorie einen Schaden prognostiziert und eine andere Theorie bei gleichem Sachverhalt das Schadensrisiko leugnet. Es handelt sich um die typische Situation der Entscheidung unter Unsicherheit. Es ist die Rechtsentscheidung, entweder über die Annahme zur Risikoabwehr verpflichtet oder nicht verpflichtet zu sein. Was legal oder illegal ist, hängt im Ergebnis von der Bewertung des Risikos und der Schadensprognose ab.

„Empirisch gesicherte Prognosen“ gibt es nach den Erkenntnissen der modernen Entscheidungstheorie nicht. Entscheidungen, auch die Rechtsentscheidungen, hängen jedoch von Prognosen ab. Entscheidungen sind deshalb immer nur unter Unsicherheiten zu treffen. Folgerwägungen gelten als herrschende Methode, um Rechtsentscheidungen zu begründen. Mit dieser Methodengewissheit lässt sich für die Praxis der Rechtsentscheidungen auch in Unternehmen die Rechtsunsicherheit mindern. Wer nämlich mit Folgerwägungen Rechtsentscheidungen begründet, kann den Vorwurf des Organisationsverschuldens durch unbegründete Rechtsentscheidungen vermeiden. Nach dieser Methode lassen sich Rechtsentscheidungen unter Unsicherheit so treffen, dass sie methodisch nachvollziehbar sind.

Konkurrieren widersprüchliche Prognosen über Folgen einer Entscheidung, muss ein Ausleseverfahren bei der Entscheidung helfen, für welche Theorie und damit für welche Schadensprognose sich der Entscheidungsträger entscheiden kann. Theorien als Kernaussage einer Prognose gelten solange sie nicht widerlegt (falsifiziert) sind. Nur nicht falsifizierte Theorien dürfen für Prognosen verwendet werden. Das Falsifizieren gilt als Ausleseverfahren und als Methode, um Erkenntnisfortschritte über die Zukunft zu gewinnen. Mit jeder unwiderlegten Theorie lassen sich Prognosen aufstellen, faktische Folgen einer Entscheidung behaupten und damit Rechtsentscheidungen begründen. Nicht mehr begründen kann man Rechtsentscheidungen dann, wenn eine einmal für eine Folgenerwägung verwendete Theorie widerlegt wurde⁴⁶⁵. Lübbe-Wolff ist Richterin am Bundesverfassungsgericht und mahnt die Entscheidungspraxis zu Recht, das Aufstellen von Hypothesen und Theorien nicht als Zeitverschwendung zu verstehen. Bevor eine Theorie widerlegt werden kann, muss sie formuliert und so aufgestellt werden, dass sie einem kritischen Widerlegungsverfahren ausgesetzt werden kann⁴⁶⁶. Jede widerlegte Theorie liefert einen Erkenntnisfortschritt, der darin besteht, nach ihrer Wiederlegung sie in Zukunft als Theorie zur Grundlage einer Prognose nicht mehr zu verwenden, um eine Rechtsentscheidung zu behaupten und letztlich eine Rechtsentscheidungen damit zu be-

465 Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, „Elemente einer juristischen Begründungslehre“, Baden-Baden, 2003, S. 330, sowie Manfred Rack, „Die Verfassung als Massstab“, Berlin, 1978, S. 216 f.

466 Lübbe-Wolff, „Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen“, Freiburg 1981, S. 14.

gründen.

Hypothesen und Theorien aufzustellen und Prognosen zu begründen und damit künftige Folgen eines Verhaltens zu behaupten und Rechtsentscheidungen zu begründen, ist vergleichbar mit dem Werten auf die Zukunft. Wer wettet und verliert, bietet die einmal verlorene Wette nicht noch einmal an. Verlorene Wetten wiederholt man nicht. Mit jeder verlorenen Wette ist man eine Erfahrung reicher. Falsifizierte Theorien kann man mit verlorenen Wetten vergleichen. Wer allerdings keine Theorien aufstellt, keine Prognosen wagt und auch keine Folgen seiner Entscheidungen behauptet und selbst kontrolliert, macht auch keine Erfahrung und keinen Fortschritt in der Erkenntnis, welche Theorien und Erfahrungen in Zukunft zur Grundlage einer Prognose nicht mehr zu verwenden sind⁴⁶⁷.

In der Zivilprozessordnung wird die Geltung von Erfahrungssätzen im Revisionsverfahren behandelt. Erfahrungssätze, die mit Hypothesen und Theorien gleichzusetzen sind, fehlt die Gewissheit. „Sie sind stets nur Annäherungswerte an die Wahrheit und können nur so lange als solche gelten, als nicht neue Beobachtungsfälle zeigen, dass die bisherige Formulierung der Regel falsch war.“⁴⁶⁸ Diese Einsicht geht auf die noch heute zitierte Monographie von Friedrich Stein, über „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“ zurück⁴⁶⁹. Die Allgemeingültigkeit der Erfahrungssätze können täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden⁴⁷⁰. Erfahrungssätze liefern nur relative Wahrheit, für die beobachtete Zeit, den beobachteten Raum⁴⁷¹. Erfahrungssätze werden im Beweisrecht des Zivilprozesses von Tatsachen unterschieden. Der Verstoß gegen einen Erfahrungssatz ist in der Revisionsinstanz zu überprüfen. Angewandte Erfahrungssätze müssen aus den Urteilsgründen nach §§ 313 Abs. 3, § 540 ZPO klar zu entnehmen sein. Abweichungen von Erfahrungssätzen brauchen eine besondere Begründung⁴⁷². Auch die Entstehung von Erfahrungssätzen ist

467 Stegmüller, W., „Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie“, Band 4, „Personelle und statistische Wahrscheinlichkeit, Aufgaben und Ziele der Wissenschaftstheorie, Induktion“, S. 531 und OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 24.11.2009 - Az: WpÜG 11, 12/09, in : NZG 2010, 63 [Merck-Entscheidung].

468 Friedrich Stein, „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“, 1893, S. 29, 30.

469 Normentatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess nach Horst Konzen, „Festschrift für Gaul, 1997, S. 335.

470 Friedrich Stein, „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“, 1893, S. 29.

471 Friedrich Stein, „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“, 1893, S. 30; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann „Zivilprozessordnung, 69. Auflage 2011, Einführung zu § 284 Anm. 22 und § 284 ZPO, § 246 ZPO, Anm. 12.

472 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann „Zivilprozessord-

seit Friedrich Steins Untersuchung zu Erfahrungssätzen von 1893 bekannt. Erfahrungssätze beruhen danach auf Einzelereignissen („Beobachtungsfällen“), dazu häufig auf mehreren gleichen Ereignissen. Der Erfahrungssatz wird durch den weitergehenden Schluss gekennzeichnet, dass sich unter bestimmten Bedingungen die selbe Folgeerscheinung wiederholen werde⁴⁷³.

3.36 Die Bewährung von Erfahrungssätzen als Auslesemerkmal

Für den Fall, dass Erfahrungssätze konkurrieren und unterschiedliche Schadensprognosen liefern und keine der zu Grunde liegenden Erfahrungssätze widerlegt sind, stellt sich im Ausleseverfahren weiterhin die Frage, welcher Erfahrungssatz vorzuziehen ist. Entscheidungskriterium ist der Grad der Bewährung, nämlich wie lange eine Theorie in der Vergangenheit Widerlegungsversuchen ausgesetzt wurde, ohne dass sie widerlegt werden konnte. Gilt eine Theorie über lange Zeit und wird sie unter Experten anerkannt, ist sie konkurrierenden Theorien vorzuziehen, die noch nicht die gleiche Anzahl von Widerlegungsversuchen unwiderlegt überstanden haben. Gleichwohl ist der Grad der Bewährung nie mit der Gewissheit gleichzusetzen. So wie überraschend ein schwarzer Schwan auftauchen kann und den Satz widerlegt, dass alle Schwäne weiß sind, kann eine Theorie, auch noch nach langer Zeit von erfolglosen Widerlegungsversuchen, widerlegt werden.⁴⁷⁴

Zum Beispiel galt unter Sachverständigen, die das Explosionsunglück von Borken begutachtet haben, dass eine Explosion von nassem Kohlenstaub nicht vorhersehbar sei und damit nicht gerechnet werden musste. Neun Sachverständige haben diese Theorie vertreten und ein Verschulden des Managements in mehreren Instanzen verneint, bevor im Hessischen Bergamt eine Akte auftauchte, in der das Gegenteil dokumentiert war. Der Fall wurde wieder aufgenommen und ist vor dem Landgericht Kassel anhängig⁴⁷⁵. Die Schuldfrage ist wieder offen.

Im Geschäftsbericht eines Unternehmens sind Prognosen aufzustellen. Die Geschäftsentwicklung ist jährlich daraufhin zu überprüfen, ob die Prognose durch den tatsächlichen Geschäftsverlauf widerlegt oder bestätigt wurde und ob die Entscheidungen zu korrigieren sind,

nung, 69. Auflage 2011, Einführung zu § 546 ZPO Anm. 12.

473 Friedrich Stein, „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“, 1893, S. 19, 23, 24.

474 Manfred Rack, „Die Verfassung als Massstab“, Berlin, 1978, S. 219.

475 Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 15.07.2007; <http://www.hna.de> vom 18.06.2012 zum Grubenunglück von Stolzenbach (Borken).

die auf Grund der früheren Prognosen getroffen wurden. Prognosen dienen der Selbstkontrolle.

Ist die Frage einer künftigen Entwicklung offen, gleichgültig ob es Schadensprognosen, Prognosen über die Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen oder über geschäftliche Entwicklungen sind, ist der Entscheidungsträger frei in seiner Entscheidung. Gebunden ist er auf jeden Fall an das Unternehmensinteresse und das Wohl der Gesellschaft im Sinne von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.

Auf jeden Fall ist der Entscheidungsträger frei und kann eigene Kriterien einsetzen. Vor allem ist dann das Unternehmensinteresse und das Wohl der Gesellschaft im Sinne von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zu berücksichtigen.

3.37 Die Bindung von Vorständen bei Rechtsentscheidungen

Die Ausgangsfrage zur Bindung von Vorständen bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht nach § 93 AktG lässt sich mit der Methode der Folgerewägung beantworten. Es bleibt festzuhalten, dass die „Business-Judgement-Rule“ nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zwar die Freiheit der Organe bei unternehmerischen Entscheidungen schützt, nicht jedoch bei rechtlich gebundenen Entscheidungen. Bei Rechtsentscheidungen muss der Vorstand uneingeschränkt seine Legalitätspflicht erfüllen. Bei Rechtsentscheidungen ist somit

- **erstens** zu prüfen, ob ein Gesetzestext eine eindeutige Regelung enthält. Dann ist der Vorstand uneingeschränkt gebunden.
- Ist **zweitens** der Normtext mehrdeutig und lässt zur mehrere Handlungsalternativen zu, ist zunächst zu prüfen, ob die Rechtsprechung zum mehrdeutigen Normtext schon entschieden hat und Gerichtsurteile zur Verfügung stehen. Die Rechtslage ist sorgfältig zu prüfen, Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten.⁴⁷⁶ Zu prüfen ist insbesondere, ob die Rechtslage offen oder gesichert ist. An die höchstrichterliche Rechtsprechung ist der Vorstand gebunden, wenn sie einheitlich und gefestigt ist.

Existieren zu den einschlägigen Rechtspflichten Urteile, ist eine Rechtsentscheidung des Vorstands an die Rechtsprechung gebunden. Bindend ist die Rechtsprechung, wenn sie einheitlich und gesichert ist. Bei uneinheitlicher Rechtsprechung zählen die jüngeren Gerichtsurteile und die des jeweiligen Gerichts höherer Instanz. Die jeweiligen Urteile letzter Instanz sind entscheidend. Der Geltungsanspruch ihrer Entscheidung beruht

476 BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960, Rn.-Nr. 16, dazu: Dr. Jens Wagner, „Die Rolle der Rechtsabteilung bei fehlenden Rechtskenntnissen der Mitglieder von Vorstand und Geschäftsführung“, Betriebsberater, 2012, S. 651 [ISION-Urteil].

auf ihrer verfahrensrechtlich begründeten Vormachtsstellung⁴⁷⁷. Die Entscheidungen der oberen Bundesgerichte sind durch ihr Verfahren legitimiert⁴⁷⁸.

Die Legitimation und damit ihre Geltung ergeben sich aus dem aufwendigen Gesetzgebungsverfahren im Parlament und in aufwendigen und langwierigen Verfahren vor Gericht über mehrere Instanzen unter Beteiligung einer Vielzahl von Richtern, Anwälten, Sachverständigen und Parteivertretern. Die Entscheidung in „letzter Instanz“ begründet die Geltung und die Bindung an diese Entscheidung.

- Ist **drittens** der Normtext mehrdeutig und existieren keine Gerichtsurteile zur der Rechtspflicht, ist die Methode der Folgerewägung anzuwenden. Dazu ist zunächst der Schutzzweck der Norm und der Pflicht zu ermitteln. Die gesetzliche Regelung lässt meist erkennen, welches Rechtsgut durch den Normtext der Rechtspflicht geschützt wird. Wenn der Gesetzestext den Schutzzweck nicht erkennen lässt, ist in den Gesetzesmaterialien zu recherchieren, ob der Gesetzgeber sich zum Schutzzweck geäußert hat. In den Gesetzesmaterialien erklärt der Gesetzgeber den Anlass und den Zweck des Gesetzes, insbesondere welche Rechtsgüter vor welchen Risiken mit dem Gesetz geschützt werden sollen. Hinweise ergeben sich in den Gesetzesmaterialien aus den Gesetzesfolgeabschätzungen, in denen der Gesetzgeber Prognosen über die Schutzwirkung des Gesetzes aufstellt.
- **Viertens** sind im Rahmen der Risikoanalyse Schadensprognosen darüber aufzustellen, ob im Unternehmen Gefahrenquellen vorhanden sind, durch die ein Schaden an einem geschützten Rechtsgut verursacht werden kann und
- **Fünftens** ist zu entscheiden durch welche Schutzmaßnahmen dieser Schaden abzuwenden ist. Beide Prognosen, sowohl bei der Schadensprognose, als auch bei der Prognose über die Schutzwirkung einer Maßnahme, muss der Erfahrungssatz ermittelt werden, der die Schadensprognose und die Schutzprognose rechtfertigt. Der jeweilige Erfahrungssatz darf nicht widerlegt sein. Er muss gelten. Vorzuziehen ist der Erfahrungssatz, der sich bewährt hat, der am längsten und am häufigsten Widerlegungsversuchen ausgesetzt war, ohne widerlegt worden zu sein. Falsifizierte Erfahrungssätze dürfen zur Begründung bei Folgerewägungen nicht verwendet werden⁴⁷⁹.

477 Bernd Rüthers, Rechtstheorie, Anm. 317 und 245.

478 Niklas Luhmann „Legitimation durch Verfahren“, 2. Auflage, Frankfurt, Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2005, 2. Auflage, S. 178 zum Begriff der „Validität“.

479 Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2. Auflage, S. 178.

Ist die Rechtslage völlig offen, wie es in aller Regel bei neuen Gesetzen ist, empfiehlt es sich, die Methode der Folgerewägung anzuwenden. Offene Rechtslagen sind dadurch gekennzeichnet, dass der Normtext mehrdeutig ist und mehrere Handlungsalternativen zulässt. In dieser Situation ist es empfehlenswert, die Methode der herrschenden Methode der Folgerewägung anzuwenden.

Halten Vorstände bei ihrer Rechtsentscheidung dieses Verfahren ein, kann ihnen kein Organisationsverschulden vorgeworfen werden. Insbesondere können Sie nach diesem Prüfungsschema den eingeholten externen Rechtsrat oder den Rechtsrat der Rechtsabteilung einer Plausibilitätskontrolle unterziehen, zu denen sie nach dem ISSION-Urteil⁴⁸⁰ des BGH persönlich verpflichtet bleiben, selbst wenn sie keine Rechtskenntnis haben.

3.38 Rechtsentscheidungen des Vorstands in Abweichung von der „Rechtsprechung“

Offen ist die Frage, unter welchen Bedingungen zum Wohle des Unternehmens Rechtsentscheidungen unter Abweichung von einer ständigen Rechtsprechung getroffen werden können⁴⁸¹. Der Vorstand kann sogar verpflichtet sein, entsprechende Rechtsbehelfe zu ergreifen, Musterprozesse zu führen, um unternehmerische Chancen wahrzunehmen. § 396 Abs. 1 AktG bindet nur an Gesetze, nicht jedoch an eine ständige Rechtsprechung⁴⁸². Nur bei Gefahr für das Gemeinwohl durch gesetzeswidriges Verhalten können die Verwaltungsträger einer Gesellschaft durch Aufsichtsrat und Hauptversammlung abberufen oder die Gesellschaft sogar nach § 396 Abs. 1 AktG aufgelöst werden.

Zur Begründung für die Abweichung von einer ständigen Rechtsprechung reicht es nicht aus, auf das Unternehmensinteresse und auf den Nutzen der Abweichung für das Unternehmen hinzuweisen. In der Unternehmenspraxis wird häufig der Einwand erhoben, für die Einhaltung einer Rechtspflicht fehle es an der Akzeptanz im Unternehmen. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nach der „Business-Judgement-Rule“ soll gerade nicht bei Rechtsentscheidungen gelten. Die bloße Ablehnung einer Rechtslage würde gegen das sogenannte „Negationsverbot“ verstoßen, das jedoch für alle dogmatischen Sätze gilt, die das Ergebnis einer kritischen Prüfung im juristischen Diskurs darstellen. Sie können nicht einfach negiert

480 BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 Rn.-Nr. 16 [ISION-Urteil].

481 Gerald Spindler, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, Festschrift für Canaris, 2007, S. 422.

482 Holger Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, S. 141.

werden. Wer anders entscheiden will, muss bessere Argumente haben und sich mit der herrschenden, bewährten Lehre und der bestehenden Rechtsprechung auseinandersetzen. Die Rechtssicherheit darf nicht gefährdet werden. Rechtsprechung muss vorhersehbar bleiben. Wer abweichen will, muss nicht nur gleich gute Gründe wie die bisherige Rechtsprechung haben, sondern er muss zusätzliche Gründe anführen, um die Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung zum Nutzen des jeweiligen Unternehmensinteresses zu rechtfertigen. Das Interesse an einer neuen abweichenden Lösung zum Nutzen eines Unternehmens muss das Interesse an der Rechtssicherheit der bisherigen Rechtsprechung und dem Vertrauen in deren Fortbestand überwiegen. Die Argumentationslast dafür trägt derjenige, der die geltende Dogmatik ablösen und ersetzen will.⁴⁸³

Es wäre ein Entscheidungsfehler von Vorständen, ohne Gründe und nur mit der Rechtfertigung, dem Wohl des Unternehmens dienen zu wollen, von einer ständigen Rechtsprechung abzuweichen.

Es gibt zwar keine einzig „wahren“ oder „richtigen“ Lösungen juristischer Probleme⁴⁸⁴. Lösungen sind angemessen, vertretbar und zweckmäßig. Falsch ist allerdings eine Rechtsentscheidung, wenn sie ohne Gründe von einer ständigen Rechtsprechung abweicht.

Die Chance, eine Abweichung zu begründen, ergibt sich aus der Erkenntnis, dass es keine absolute „Richtigkeit“ einer Rechtsentscheidung geben kann. Verschiedene Gerichte entscheiden immer wieder gleichgelagerte Streitfälle unterschiedlich und sogar entgegengesetzt, bei unveränderter Gesetzeslage. Gerichte novellieren ihre Rechtsprechung selbst. Im Verwaltungsgerichtsverfahren um die Notwendigkeit bei Berstschutz bei dem Atomkraftwerk Wyhl haben die Gerichte die gleiche Rechtsfrage bei gleicher Gesetzeslage in sechs Instanzen sechs mal unterschiedlich entschieden⁴⁸⁵.

Allein schon die Beobachtung der Rechtsprechungspraxis muss Vorständen ihre Sorge nehmen, bei ihrer rechtlich gebundenen Rechtsentscheidung die einzig „richtige“ Entscheidung⁴⁸⁶ zu verfehlen und sich deshalb Vorwürfen auszusetzen. Abweichungen von einer Rechtsprechung sind möglich. Es kommt nur auf die besseren Gründe an.

Juristischen Laien ist die Vorstellung fremd, dass Rechtsentscheidungen nicht entweder richtig⁴⁸⁷ oder falsch sind, wie man es etwa bei technischen oder naturwissenschaftlichen Lösungen gewohnt ist. Gerade die Einsicht, dass Rechtspflichten das Ergebnis von Ent-

483 Bernd Rütters, Rechtstheorie, Anm. 324.

484 Bernd Rütters, Rechtstheorie, Anm. 351 und 318.

485 BVerwG, Urteil vom 19.12.1985, in: NVwZ 1986, 208 [Kernkraftwerk Wyhl] und Holger Fleischer, Aktienrechtliche Legitimitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 150.

486 Bernd Rütters, Rechtstheorie, Anm. 318, 351.

487 Bernd Rütters, Rechtstheorie, Anm.315.

scheidungsverfahren sind und nicht das Ergebnis von Erkenntnisverfahren, macht deutlich, dass eine Entscheidung immer mehrere Alternativen voraussetzt, zwischen denen der Entscheidungsträger wählen muss und so seine Entscheidung zu treffen hat. Im Erkenntnisverfahren dagegen ist die Lösung alternativlos und im Ergebnis entweder richtig oder falsch, wahr oder unwahr.

Die Beobachtung, dass Gerichte von ihren eigenen Entscheidungen abweichen, rechtfertigt die Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen auch Vorstände und Geschäftsführer im Unternehmensinteresse von einer gesicherten Rechtsprechung abweichen können. Auch der parlamentarische Gesetzgeber ist dabei zu beobachten, dass er seine gesetzgeberischen Entscheidungen ständig novelliert und ändert. Gesetzesänderungen sind an der Tagesordnung. Ein selbstkritischer Bundesrichter aus der letzten Instanz wird mit dem Spruch zitiert: „Auch oberste Bundesgerichte irren, aber sie irren rechtskräftig“⁴⁸⁸. Weichen Bundesgerichte von ihrer eigenen Rechtsprechung ab, begründen sie ihre Abweichung. Dasselbe kann von Vorständen verlangt werden. Im Unternehmensinteresse muss die Abweichung etwa in Form eines Musterprozesses, jedenfalls mit ausführlicher Begründung, ohne den Vorwurf des illegalen Verhaltens erlaubt sein.

Das Bundesverfassungsgericht zeigt die methodische Lösung zur Begründung für das Abweichen von einer ständigen Rechtsprechung.

In seinem Kalkarbeschluss betont es, dass menschliche Erkenntnis auch in Wissenschaft und Technik niemals abgeschlossen ist. Selbst das Erfahrungswissen der Naturwissenschaften befindet sich „immer nur auf dem neusten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums“⁴⁸⁹. Erst recht muss diese erkenntnistheoretische Position in erfahrungswissenschaftlichen Fragen auch für Rechtsentscheidungen gelten⁴⁹⁰.

3.39 Widerlegte Erfahrungssätze als Änderungsgrund von Rechtsentscheidungen

Unwiderlegte Erfahrungssätze begründen die Prognosen bei Folgerwägungen, sowohl die Schadensprognosen, als auch die Schutzprognosen. Prognosen bestehen aus Aussagen über Schadensursachen und Schadenswirkungen, mit dem jeweiligen Erfahrungssatz, dass die Wirkung auf die jeweilige Ursache folgt. Wird eine gesetzgeberische Entscheidung oder eine Gerichtsentscheidung nach der

488 Bernd Rütters, Rechtstheorie, Anm. 318.

489 Bundesverfassungsgericht, Kalkar-Beschluss vom 08.08.1978, BVerfG 49, 89 (143).

490 Bernd Rütters, Rechtstheorie, Anm. 316.

herrschenden Entscheidungsmethode der Folgerewägung begründet und wird der zugrunde liegende jeweilige Erfahrungssatz nicht widerlegt, gibt es keinen Grund, von der bisher geltenden Rechtsentscheidung abzuweichen. Weder der Gesetzgeber, noch die Gerichte haben dann einen Anlass, ihre bisherige Entscheidung zu ändern. Das Interesse an der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit einer Rechtslage überwiegt das Interesse an ihrer Änderung.

Wird jedoch der Erfahrungssatz widerlegt, der bei einer gesetzgeberischen oder einer gerichtlichen Entscheidung im Rahmen der Folgerewägung und der Risikoanalyse zu Grunde lag, ist mit dieser Falsifikation des Erfahrungssatzes der Grund weggefallen, an der Entscheidung festzuhalten, vielmehr besteht ein Grund, sie dem neu gewonnenen Erfahrungswissen anzupassen. Liegt die Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung im Unternehmensinteresse, lässt sich bei einer Rechtsentscheidung des Vorstands die Abweichung von einer bisherigen Rechtsprechung mit dem widerlegten Erfahrungswissen begründen. Zum Wohle des Unternehmens gilt der Vorstand sogar als verpflichtet, die Chancen wahrzunehmen und Rechtsentscheidungen zum Nutzen des Unternehmens zu revidieren und eventuelle Musterprozesse anzustrengen. Es empfiehlt sich deshalb im Unternehmen, das Erfahrungswissen laufend zu überwachen, mit dem frühere Rechtsentscheidungen vom Gesetzgeber oder Gerichten begründet wurden, um die Chancen zur Änderung der Rechtslage im Unternehmensinteresse auch nutzen zu können.

3.40 Rechtsentscheidungen des Gesetzgebers und seine Pflicht zur sorgfältigen Prognose

Der Gesetzgeber trifft Rechtsentscheidungen, wenn er erstens ein Gesetz erstmals erlässt und zweitens wenn er seine Gesetze ändert. Diese Entscheidungen zu kalkulieren und beeinflussen zu können, ist für Vorstände und Geschäftsführer von größter Bedeutung. Die Entscheidungsmethode des Gesetzgebers hat Vorbildfunktion für jeden, der eine Rechtsentscheidung unter Unsicherheit treffen muss. Wer dieser Entscheidungsmethode folgt, kann sich vom Vorwurf illegalen Verhaltens entlasten. Von einem Geschäftsführer oder Vorstand kann bei Rechtsentscheidungen nicht mehr verlangt werden, als vom Gesetzgeber, der Gesetze erlässt und ändert. Den Maßstab für das Entscheidungsverhalten des Gesetzgebers setzt das Bundesverfassungsgericht. Auch der Gesetzgeber muss seine Rechtsentscheidungen begründen. Der Gesetzgeber hat Pflichten zur Vermeidung von Begründungsfehlern. Im Gesetzgebungsverfahren gilt die Methode der Gesetzesfolgenabschätzung. Sie ist mit der Methode der Folgenerewägung identisch. Sie wird beschrieben in den Geschäftsordnungen der Bundesministerien. Neue Gesetze und ihre Änderung werden mit Prognosen begründet. Wer die glaubwürdigsten Prognosen aufstellt, gewinnt den Meinungsstreit, wie ein Gesetz wirken wird, welche Folgen es haben wird, mit welchen

Mitteln das Ziel des Gesetzes erreicht werden kann. Um verlässliche Prognosen aufstellen zu können, müssen die Tatsachen aufbereitet und ausgewertet werden, insbesondere ob sie die gesetzgeberischen Abschätzungen stützen⁴⁹¹.

Der Gesetzgeber ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur sorgfältigen Prognose verpflichtet. Die Eignung der gesetzgeberisch vorgesehen Maßnahmen ist auf Grund einer verlässlichen Prognose abzuschätzen⁴⁹². Im Mitbestimmungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht zur Prognosepflicht entschieden

„Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewissheit nicht schon als solche ausreichen, einer verfassungsrechtlichen Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen. Diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab [...]“

Der Gesetzgeber muss die ihm „zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und ein Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden.“

Das Mitbestimmungsurteil gilt als Leitentscheidung für die Pflichten des Gesetzgebers bei Entscheidungen unter Unsicherheit. Dem Gesetzgeber wird ein erheblicher Spielraum eingeräumt. Ihm wird dadurch erlaubt, Gesetze zu erlassen, auch wenn deren Auswirkungen ungewiss sind. Lediglich alle zugänglichen Erkenntnisquellen sind auszuschöpfen und als Tatsachenmaterial vertretbar zu beurteilen. Bei der erstmaligen Entscheidung des Gesetzgebers ist er somit zur Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet.

Nach der erstmaligen Entscheidung über ein neues Gesetz ist der Gesetzgeber darüber hinaus verpflichtet, die Entwicklung der Wirkung der gesetzlichen Maßnahme zu beobachten. Es ist die Pflicht zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung⁴⁹³. Stellt sich durch die begleitende Gesetzesfolgenabschätzung heraus, dass die ursprüngliche gesetzgeberische Einschätzung auf einer Fehlprognose beruhte, ist der Gesetzgeber zur Nachbesserung verpflichtet⁴⁹⁴. Ein Gesetz ist nicht schon allein deshalb verfassungswidrig, weil der Gesetz-

491 BVerfGE 39, 210, 226, Urteil vom 15.12.1983; BVerfGE 65, 1, 55, Beschluss vom 12.05.1992, BVerfGE 86, 90, 109.

492 BVerfG, Beschluss vom 19.03.1975, BVerfGE 39, 210, 226, Beschluss vom 09.03.1975, Mühlenstrukturgesetz-; BVerfGE 50, 299, 333, Urteil vom 01.03.1979 [Mitbestimmungsurteil].

493 BVerfGE 65, 1, 55, Urteil vom 15.12.1983.

494 BVerfGE 7, 3, 77, 413.

geber von einer Fehlprognose ausgegangen ist⁴⁹⁵. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Fehlprognose nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung durch Aufhebung oder Änderung der gesetzlichen Maßnahmen zu korrigieren. Dem Gesetzgeber ist dabei eine hinreichende Frist zuzubilligen, in der er die Möglichkeit hat, seine Prognose neu zu beurteilen⁴⁹⁶.

3.41 Experimentelle Rechtsentscheidungen des europäischen Gesetzgebers mit Revisionsklauseln

Der europäische Gesetzgeber trifft Rechtsentscheidungen unter Unsicherheit über ihre künftigen Auswirkungen und schreibt die Überprüfung vor. Nach einem datumsmäßig festgelegten Zeitraum schreibt er die Überprüfung der jeweiligen Rechtsnorm daraufhin vor, ob die angestrebten Wirkungen erreicht werden oder ob gegebenenfalls Änderungen vorzunehmen sind. Es sind Beispiele der „experimentellen Gesetzgebung“. Im Rahmen der begleitenden Gesetzesfolgeabschätzung werden die Wirkungen erprobt und die Vorschriften angepasst, wenn die erhofften Wirkungen nicht erreicht werden.

In vielen weiteren Fällen sollen neue wissenschaftliche Erkenntnisse bei der begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung nach Art. 60 Abs. 3 und 57 F REACH-Verordnung berücksichtigt werden. Als Beispiel ist zu verweisen auf die Verordnung (EG) Nummer 1907/2006 des europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH). Vor allem in Artikel 138 und Artikel 133 Abs. 4 enthält die REACH-Verordnung mehrere Revisionsklauseln.

Die Vorschriften mit Revisionsklauseln im Europarecht liefern Beispiele für die Methode der Folgerwägung des Gesetzgebers. Die Gesetzgeber kalkulieren schon bei ihrer erstmaligen Entscheidung ein, dass sich Erfahrungen und wissenschaftliche Erkenntnisse ändern und die ursprünglichen Rechtsentscheidungen anzupassen sind.

Der Hinweis auf diese Methode der experimentellen Gesetzgebung im Rahmen der begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung soll einen Einblick in die Methode der Rechtsentscheidung bieten und als Vorbild für Vorstände und Geschäftsführer dienen, eigene Rechtsentscheidungen oder die des Gesetzgebers oder der Gerichte im jeweiligen Unternehmensinteresse anzupassen und die Änderungen zu betreiben.

495 BVerfGE 30, 250, 263, NJW 71, 1603.

496 BVerwGE 57, 139, 159, 162, NJW 1981, 2107; BVerfGE 50, 290, 335.

Die Revision gesetzgeberischer Entscheidungen ist im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung während der Geltung von Gesetzen institutionalisiert und in den Geschäftsordnungen des Parlaments geregelt⁴⁹⁷.

Nutzt es dem Unternehmen, ist es die Aufgabe der Lobbyisten, im Interesse eines Unternehmens oder eines Verbandes den Gesetzgeber auf die Notwendigkeit der Gesetzesfolgenabschätzung hinzuweisen und aus Anlass der Änderung von Erfahrungswissen auch gesetzliche Regelung im Unternehmensinteresse zu ändern.

In der Zivilprozessordnung (ZPO) gilt nach § 546 der Widerspruch gegen einen Erfahrungssatz als Revisionsgrund.

Sämtliche Prognosen dienen der Selbstkontrolle für einmal getroffene Rechtsentscheidungen. Zu verweisen ist auf den Prognosebericht zum Geschäftsjahr über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens nach § 289 Abs. 1 Satz 4 HGB⁴⁹⁸.

3.42 Der Einsatz der Folgenerwägungsmethode als Entscheidungshilfe

Bei der Erfüllung seiner Legalitätspflicht leistet die Methode der Folgerewägung dem Vorstand entscheidende Hilfen. Die Methode vermindert Rechtsunsicherheit bei gebundenen Rechtsentscheidungen. Zunächst hat ein Vorstand oder Geschäftsführer zu klären, ob es sich bei seiner Entscheidung um eine reine unternehmerische Entscheidung handelt, für die der Gesetzgeber mit der „Business-Judgement-Rule“ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG Entscheidungsfreiheit ohne Haftungsfolgen durch Fehleinschätzungen garantiert.

In einem zweiten Schritt ist zu klären, ob es sich um eine gebundene Rechtsentscheidung handelt, bei der seine Entscheidungsfreiheit durch die Rechtslage eingeschränkt ist. Erweist sich bei der Prüfung der Rechtsentscheidung die zu Grunde liegende Rechtslage als offen, ist die herrschende Methode der Folgerewägung heranzuziehen, die vom Gesetzgeber und auch vom Gericht verwendet wird. Wenn Manager Rechtsentscheidungen treffen, müssen sie eventuelle Gerichtsentscheidungen simulieren und die Frage beantworten, wie ein Gericht entscheiden würde, wenn geprüft würde, ob ihr Entscheidungsverhalten legal oder illegal ist, ob es die Rechtspflichten erfüllt oder nicht.⁴⁹⁹

497 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), §§ 43, 44.

498 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24.11.2009 - Az: WpÜG 11, 12/09, in: NZG 2010, 63 [Merck-Entscheidung].

499 Dr. Jens Wagner, „Die Rolle der Rechtsabteilung bei fehlenden Rechtskenntnissen der Mitglieder von Vorstand und Geschäftsführung“, Betriebsberater, 2012, Seite 653.

3.43 Die Feststellung der offenen Rechtslage vor der Rechtsentscheidung des Vorstands im Managementsystem „Recht im Betrieb“

Zunächst muss die Rechtslage überhaupt festgestellt werden, um sie danach beurteilen zu können, ob sie gesichert oder unsicher und offen ist. Alle methodischen Folgerwägungen erübrigen sich, wenn die notwendige Rechtsentscheidung des Vorstands entweder sich in einer gesetzlichen Regelung oder in einer einschlägigen Entscheidung der Rechtsprechung findet. Wurde die Entscheidung schon einmal getroffen, muss sie nicht in allen einzelnen Prüfschritten wiederholt werden. Es bleibt nämlich zu bedenken, dass Vorstände und Geschäftsführer im unternehmerischen Alltag regelmäßig unter Zeitdruck stehen und Risikoentscheidungen von großer Tragweite und mit hohem Schadenspotential treffen müssen. Die Legalitätspflicht muss anders als bei Amtsträgern in der Verwaltung oder bei Richtern oder Parlamentariern bei Managern unter Zeitdruck erfüllt werden.

Hierbei hilft das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ durch die Datenbank. Sie verschafft schnellen Zugriff auf die gespeicherte Rechtslage in Form von Gesetzen, Verordnungen, untergesetzlichen Regelwerken und auf die gespeicherten Gerichtsurteile und die Fachliteratur. In der Datenbank sind 18.248 Sachverhalte mit 4.812 Pflichten 133.000 im Pflichtenmanagement für Vorstände und Geschäftsführer sowie Aufsichtsrat verknüpft. Gibt man im Glossar einen Sachverhalt ein, zeigt die Datenbank auf Knopfdruck in der rechten Hälfte der Maske die Pflichten, die von einem Sachverhalt ausgelöst werden.

In der Datenbank „**Recht im Betrieb**“ sind für die Pflichtenlage von Produktionsbetrieben und Dienstleistungen 25.246 Unternehmenssachverhalte mit 23.190 Pflichten über 550.000 mal digital verknüpft. Auch hier lässt sich auf Knopfdruck die jeweilige Pflicht aufrufen, die mit einem Unternehmenssachverhalt digital verknüpft ist. Gibt man einen Unternehmenssachverhalt aus dem Unternehmen ein, zeigt die Datenbank alle Sachverhalte im thematischen Zusammenhang, die schon einmal rechtlich geprüft und deshalb in der Datenbank abgespeichert sind. Taucht ein Sachverhalt in der linken Glossarhälfte für „Risiken“ auf, kann jeder Nutzer davon ausgehen, dass der Sachverhalt rechtlich von Bedeutung ist und geprüft werden muss. Manager unter Zeitdruck können mit der Datenbank sich auf schnellstem Wege Zugang zur Rechtslage verschaffen. Zu den Rechtspflichten findet sich die gesamte Rechtsprechung und Literatur. Je nachdem wie ausführlich die Risikoanalyse dokumentiert ist, kann für eine schnelle Entscheidung ein Überblick gewonnen werden, ob die Rechtslage sicher oder unsicher ist.

Die veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wird in der Datenbank jeweils den Rechtspflichten, als auch den erläuterten Rechtsbegriffen zugeordnet. Ein Unternehmen, das unter Zeitdruck eine schnelle Rechtsentscheidung treffen muss, erspart sich mit der Datenbank die unverzichtbare Literaturrecherche, vor allem ist die Sammlung aller Aufsätze und Gerichtsurteile zu einer bestimmten Rechtspflicht und dem jeweiligen Fachbegriff monatlich aktualisiert, so dass jede Informationslücke zwischen dem Zeitpunkt der Entscheidung und dem zuletzt erschienenen Kommentar überbrückt wird. Die Datenbank liefert nicht nur die digitale Verknüpfung zwischen Sachverhalt und Rechtspflicht, sondern auch die gesamte Literaturrecherche, die notwendig wäre, um erst einmal zu klären, ob die Rechtslage sicher oder unsicher ist.

Über die gespeicherten Auskünfte der Datenbank hinaus bieten wir einen Stichwortservice an, wenn Sachverhalte in der Datenbank nicht vorkommen. Wir recherchieren in diesen Fällen, wenn die Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung ist und speichern das Ergebnis in der Datenbank.

3.44 Die Rechtslage ohne Rechtsprechung und Literatur

Rechtsunsicherheit ergibt sich erst dann, wenn die Datenbank zeigt, dass zur aktuellen Rechtsfrage weder Rechtsprechung noch Literatur existiert. Dies ist bei allen Regelwerken der Fall, wenn sie neu sind. Nur die Materialien des Gesetzgebers bleiben dann für eine Auskunft, die sich in der Regel nur auf den Schutzzweck, die Vorgeschichte und den Anlass für die gesetzliche Regelung beschränkt.

Die Rechtsunsicherheit nimmt jedoch dadurch zu, dass der Gesetzestext oft keine Hinweise auf eine Rechtspflicht gibt, der abstrakte Gesetzestext somit noch konkretisiert werden muss, etwa durch untergesetzliche Regelwerke. Rechtsunsicherheit entsteht auch durch die zunehmende Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, Generalklauseln und dadurch, dass nur noch Schutzziele vorgegeben werden und über verschiedene Handlungsalternativen entschieden werden muss.

Ergeben sich bei mehrdeutigen Gesetzestexten unterschiedliche Handlungsalternativen, sind in einem zweiten Schritt die unterschiedlichen Folgen, Auswirkungen, Nebenwirkungen und Fernwirkungen der Handlungsalternativen festzustellen. Bei dem zweiten Schritt handelt es sich um die Feststellung der sogenannten Folgeprognosen. Meist sind es Prognosen darüber, welcher gefährliche Sachverhalt ein Schaden an einem geschützten Rechtsgut erzeugt und durch welche Schutzmaßnahmen dieses Risiko abgewendet werden kann. Folgeprognosen müssen von Mitarbeitern mit naturwissenschaftlicher und technischer Vorbildung vorgenommen werden, weil Juristen nicht über die erforderliche Risikofantasie verfügen. Juristen erkennen erstens nicht, aus welchem Stoff, Verfah-

ren oder betrieblichen Situationen ein Schaden sich an einem geschützten Rechtsgut entwickeln kann und sie wissen zweitens nicht, mit welchem Schutzmaßnahmen das Risiko zu vermeiden ist. Die Schutzmaßnahmen sind die Rechtspflichten, die einen Schutzzweck haben und deshalb ausgewählt werden, damit sie das geschützte Rechtsgut vor drohenden Schäden bewahren. Kein Gesetz hat einen Selbstzweck, sondern jedes Gesetz hat einen Schutzzweck. Das Immissionsschutzrecht schützt die Luft, das Bodenschutzgesetz den Boden, der Gewässerschutz schützt die Gewässer, der Datenschutz die freie Entfaltung der Persönlichkeit, der Verbraucherschutz die Verbraucher vor gefährlichen Produkten, der Arbeitsschutz schützt die Gesundheit der Arbeitnehmer im Unternehmen.

In einem dritten Schritt sind die Folgen und Wirkungen einer Rechtsentscheidung zu bewerten und zwar im Hinblick auf den Schutzzweck der Rechtsnorm. Nur solche Pflichten sind zu ermitteln und festzulegen, die geeignet sind, den wirksamsten Schutz eines Rechtsguts mit dem verhältnismäßig geringsten Aufwand zu bewirken.

In einem vierten Schritt zur Ermittlung einer Rechtspflicht sind die bewerteten Folgen zu berücksichtigen. Die Vor- und Nachteile für ein geschütztes Rechtsgut sind zu prognostizieren, zu bewerten und bei der Festlegung einer Pflicht zu berücksichtigen. Es sind nicht nur die Folgen im Einzelfall, sondern auch im Regelfall festzustellen. Bedacht werden muss auch, dass die Entscheidung, die im Einzelfall Vorteile für die Beteiligten bringt, keine Nachteile bringen darf, wenn sie zum Regelfall wird⁵⁰⁰.

3.45 Die Begründung der Organisationspflicht zum Einsatz eines Managementsystems mit der Methode der Folgerewägung

Wer in der Organisationspflicht zum Einsatz eines Managementsystems im Unternehmen überzeugen will, könnte dazu die Methode der Folgerewägung nutzen.

Folgende Argumenten lassen sich für die Notwendigkeit einsetzen, die sechs folgenden organisatorischen Aufgaben zu erfüllen.

3.45.1 Die Ermittlung der Unternehmensrisiken und der Risikoabwehr durch Rechtspflichten

Ohne die Ermittlung der Unternehmensrisiken hat kein Unterneh-

500 Lübbe-Wolff, „Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgerewägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen“, Freiburg 1981; S. 143, 147.

men einen Anlass, nach Rechtspflichten zur Abwehr der Risiken zu suchen. Rechtspflichten dienen der Abwehr von Risiken. Die Schadensrisiken entwickeln sich zu Schäden, wenn sie im Unternehmen nicht erfasst und abgewendet wurden. Ein Unternehmen ohne Schadensrisikoanalyse wird von Schäden überrascht, weil es auf vorstellbare Schäden nicht vorbereitet ist. Ohne die Analyse von Schadensrisiken gibt es weder Grund noch Anlass, Schutzmaßnahmen anzuordnen und vorzubereiten. Insbesondere gibt es keinen Anlass, nach Rechtspflichten in Gesetzen und sonstigen Regelwerken zu recherchieren. Die unterlassene Risikoanalyse setzt eine Ursachenkette in Gang, die möglicherweise im Schadensersatzanspruch wegen Organisationsverschulden endet. Weil die Risiken nicht erfasst sind, wurden keine Rechtspflichten gesucht. Sie wurden nicht delegiert, nicht erfüllt, nicht kontrolliert und nicht dokumentiert.

Die Rechtsfolge der Organisationspflichtverletzung ist der Schadensersatzanspruch nach § 93 AktG wegen Organisationsverschuldens, insbesondere wegen der Verletzung der Risikofrüherkennungspflicht und der Legalitätspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG. Strafrechtlich trifft den Vorstand die Organhaftung nach § 14 Abs. 1 StGB, nach § 9 Abs. 1 OWiG und § 130 OWiG, weil Aufsichtsmaßnahmen versäumt wurden, die Zuwiderhandlungen nicht verhindert und nicht wesentlich erschwert haben. Bei den Realfolgen unterlassener Risikoanalysen zählen neben den materiellen Schäden auch die immateriellen, die Ruf- und Reputationsschäden und der Verlust an Kundenvertrauen.

3.45.2 Die Delegation von Rechtspflichten

Ohne die Delegation von Rechtspflichten droht eine Verantwortungslücke mit der weiteren Folge, dass im Unternehmen sich niemand für die Abwehr von bestimmten Risiken und die Einhaltung von Rechtspflichten zuständig fühlt und es deshalb zu Schäden kommt, mit der weiteren Rechtsfolge des Vorwurfs eines Organisationsverschuldens, keine Verantwortlichen namentlich und mit Vertretern benannt zu haben. Mit Freiwilligen zur Risikoanalyse und Risikoabwehr ist nicht zu rechnen. Es entsteht das Risiko, dass sich der Eine auf den Anderen verlässt und im Ergebnis eine Gefahrenquelle nicht erfasst und eine Rechtspflicht zur Risikoabwehr versäumt wird.

Die personengenaue Delegation von Pflichten ist unverzichtbar. Die Forschung über das Verhalten in Gruppen hat ergeben, dass innerhalb einer Gruppe das Verantwortungsgefühl diffus ist. Je mehr Zuschauer Zeuge einer Risikosituation sind, umso mehr sinkt die Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen, Hilfe zu leisten, einzugreifen und das Risiko abzuwehren. Möglicherweise ist mit diesem menschlichen Verhalten in Gruppen auch zu erklären, dass in Unternehmen zwar riskante Situationen erkannt werden, trotz der vielen Zeugen aber niemand eingreift, um das Risiko abzuwenden.

Untersuchungen haben ergeben, dass niemand eingreift, gerade weil

zu viele Zeugen vorhanden sind. Dieses sogenannte „Zuschauerproblem“ wurde nach einem spektakulären Mord erforscht, bei dem 1964 in New York auf offener Straße eine junge Frau von ihrem Mörder gejagt, mehrfach angegriffen und schließlich getötet wurde, während 38 Augenzeugen nicht zur Hilfe kamen. Dieses Forschungsergebnis wurde an einer Vielzahl künstlich geschaffener Notsituationen verschiedener Art bestätigt.⁵⁰¹

Möglicherweise ist mit diesem menschlichen Verhalten in Gruppen auch zu erklären, dass im Unternehmen zwar riskante Situationen erkannt werden, „als offenes Geheimnis behandelt werden“, trotz der vielen Zeugen aber niemand eingreift, um das Risiko abzuwenden.

Gerade weil in Industriebetrieben viele Menschen in Gruppen arbeiten, kann nicht mit der Risikoabwehr durch einzelne Mitarbeiter gerechnet werden. Für die personengenaue Delegation von Pflichten gibt es deshalb keine Alternative.

Mit Hilfe der Datenbanktechnik können die ermittelten Pflichten mit Personen und Betriebsteilen in der Datenbank digital so verknüpft werden, dass jederzeit aus der Datenbank abgefragt werden kann, welcher Mitarbeiter welche Pflicht in welcher Abteilung an welcher Anlage wie zu erfüllen hat. Niemand kann sich im Falle eines Gesetzesverstößes darauf berufen, er habe seine Pflichten nicht gekannt. Im unternehmenseigenen Intranet können die Rechtspflichten gespeichert und abgerufen werden. Menschliches Fehlverhalten, wie das Verkennen der Risiken, das Vergessen sowie ihr Verdrängen und das Verschweigen wird ausgeschlossen. Das Risiko der Unkenntnis von Pflichten kommt im Unternehmen nicht mehr vor, in denen die Datenbank auf Abruf Auskunft geben kann, wer welche Pflicht wo im Betrieb zu erfüllen hat.

3.45.3 Die Erfüllung der Rechtspflicht

Ohne Kenntnis und ohne Delegation der Pflichten werden sie nicht erfüllt. Unkenntnis schützt jedoch weder vor Strafe noch vor der zivilrechtlichen Haftung.

3.45.4 Die Kontrolle der Rechtspflichten

Ohne Kontrollen im Unternehmen werden Gelegenheiten zu Gesetzesverstößen geschaffen. Gelegenheit macht Diebe, lehrt die Erfahrung. Spektakuläre Kontrollschäden beweisen das Kontrollrisiko. Kontrolllücken waren die Ursachen für das versunkene Stadtarchiv in Köln.

3.45.5 Die Aktualisierung

Ohne Aktualisierung der Rechtspflichten veralten pro Monat nach den Erfahrungen aus dem Managementsystem im Durchschnitt an-

501 Malcom Gladwell, Tipping Point, S. 39.

nähernd 500 Rechtspflichten, weil sie geändert werden, außer Kraft treten oder neu erlassen wurden. Ohne den Einsatz der EDV und ohne die erstmalige Erstellung eines standortabhängigen Pflichtenprofils müssten etwa 120 monatlich erscheinende Publikationen auf Rechtsänderungen von EU, Bund und 16 Bundesländern überprüft werden. Diese Aufgabe wäre für ein einzelnes Unternehmen zu vertretbaren Kosten und mit vertretbarem Aufwand nicht vollständig und lückenlos und ohne Abstriche machbar.

3.45.6 Die Pflicht zur Dokumentation

Ohne die Dokumentation der Ermittlung, der Delegation, der Erfüllung, der Aktualisierung und der Kontrolle gerät das Unternehmen in Beweisnot, weil nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG der Vorstand die Beweislast trägt, wenn streitig ist, ob er seine Organisationspflichten erfüllt hat. Das Prinzip der Beweislastumkehr gilt nach ständiger Rechtsprechung in der Industrie.

3.46 Die Hilfen der Entscheidungstheorie bei der Rechtsentscheidung des Vorstands unter Rechtsunsicherheit

Die Hilfsmittel der Entscheidungstheorie sollen im Folgenden zusammengefasst werden, vor allem soll gezeigt werden, dass sie geeignet sind, die Rechtsunsicherheit zu vermindern.

Bei der Ermittlung von Rechtspflichten zur Erfüllung der Legalitätspflicht handelt es sich um ein Entscheidungsverfahren. Die mehrdeutige Rechtslage lässt in aller Regel mehrere Handlungsalternativen zu. Dies gilt sowohl für den Vorstand, als auch für die mit der Regelwerksverfolgung im Unternehmen Beauftragten. Das gleiche gilt für Richter, den Gesetzgeber und die Amtsträger der Verwaltung. Der Entscheidungscharakter und die Abgrenzung zum Erkenntnisverfahren ist deshalb hervorzuheben, weil in der Praxis Juristen nicht Rechtspflichten präventiv ermitteln, sondern ex post nach dem Schadensereignis urteilen und das Recht als „feststehenden Faktor begreifen, den es nur zu erkennen gilt“⁵⁰². Zu Recht wird hervorgehoben, dass Rechtsentscheidungen, wie die unternehmerischen Entscheidungen, durch ihren Prognosecharakter geprägt sind und der Entscheidungsträger die Qual der Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen hat und sich entscheiden muss.

Bei Entscheidungsverfahren müssen Entscheidungsfehler vermieden werden. Bei Erkenntnisverfahren dagegen müssen Erkenntnisfehler vermieden werden. Über Entscheidungsfehler gibt die deskriptive

502 Gerald Spindler, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, Festschrift für Canaris, 2007, S. 415.

Entscheidungstheorie⁵⁰³ Auskunft, die Einsichten dieser Nachbarwissenschaft müssen genutzt werden, um die Rechtsunsicherheit zu mindern und die Entscheidungsfähigkeit von Vorständen im Unternehmensinteresse zu unterstützen. Wer als Entscheidungsmethode Folgerwägungen konsequent anwendet, verhält sich erstens entsprechend der herrschenden, juristischen Methode und er folgt den Erkenntnissen und den Einsichten der Entscheidungstheorie. Sie beschreibt ein geordnetes Verfahren, wie Entscheidungen fehlerfrei so getroffen werden, dass sie nachvollziehbar und transparent sind, Korrekturen ermöglicht werden und die Selbstkontrolle der getroffenen Entscheidungen ermöglichen. Sie müssen in einer Plausibilitätskontrolle durch den Vorstand nachvollzogen werden können.

Wer die Methode der Folgerwägung praktiziert und dokumentiert, verhält sich wie Richter an Bundesgerichten, wie Amtsträger in der Verwaltung und wie Abgeordnete bei der Entscheidung über Gesetze.

Wenn mehrfach die Rechtstheorie bemüht wurde, muss dies Vorstände für ihre eigene Entscheidungspraxis interessieren. Sie müssen ein Prozessrisiko und die Risiken von Rechtsentscheidungen kalkulieren und das Entscheidungsverhalten bei der eventuellen Beurteilung ihrer Entscheidungen durch Richter simulieren. Wenn ihre Rechtsentscheidung vor Gericht oder vor Amtsträgern in der Verwaltung Bestand haben soll, muss die Entscheidung so getroffen und dokumentiert sein, als wäre sie von einem Richter oder einem Amtsträger getroffen worden. Selbstverständlich kann vom Unternehmensvorstand und seinen Mitarbeitern oft nur eine summarische Prüfung ohne die Formalien eines Gerichtsurteils verlangt werden. Wer eine Rechtsentscheidung treffen will, die vor Gericht Bestand haben soll, muss die gleiche Entscheidungsmethode verwenden, wie Richter oder Amtsträger. Die Rechtstheorie erfüllt die Aufgabe, die Rechtspraxis zu beobachten und sie nach Entscheidungsregeln zu analysieren, die als Verfahrensregeln nachvollzogen und diskutiert werden können. Die Rechtstheorie formuliert die Rechtspraxis lediglich in allgemein gehaltenen diskussionsfähigen Regeln. Zur Folgenerwägung haben sich Rechtstheoretiker geäußert, die auch als Bundesrichter selbst praktiziert haben. Dies gilt für die ehemaligen Richter Dieter Grimm, Winfried Hassemer und die noch amtierende Bundesrichterin Gertrude Lübbe-Wolff⁵⁰⁴.

Die Entscheidungstheorie bietet nicht nur Hilfe bei gebundenen Rechtsentscheidungen, sondern auch bei freien unternehmerischen Entscheidungen. Sie hilft, in dem sie Entscheidungsfehler nachvollziehbar analysiert und dadurch vermeidbar macht.

503 Franz Eisenführ, Martin Weber, Rationales Entscheiden, 4. Auflage.

504 Lübbe-Wolff, „Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen“, Freiburg 1981; S. 132.

3.47 Die Unterscheidung von Entscheidungs- und Erkenntnisverfahren

Als erster Entscheidungsfehler ist zu vermeiden, das Entscheidungsverfahren und das Erkenntnisverfahren nicht zu unterscheiden oder zu verwechseln. Im Erkenntnisverfahren wird die Wahrheit ermittelt, die nur eine Alternative zulässt. Im Entscheidungsverfahren hat der Entscheidungsträger jeweils die Wahl, zwischen mehreren Handlungsalternativen zu entscheiden. Die Folgerewägungen bieten das angemessene Ausleseverfahren, eine von mehreren Handlungsalternativen auszuwählen. Rechtsentscheidungen sind mit den Entscheidungsfolgen zu begründen. Die Entscheidungsfolgen stellen Prognosen dar, sind auf Erfahrungssätze und Theorien angewiesen, die nur solange gelten, solange sie nicht widerlegt (falsifiziert) sind. Sie müssen als Theorien und belastbare Hypothesen so formuliert werden, dass sie Widerlegungsverfahren ausgesetzt werden können. Werden sie widerlegt, rechtfertigen sie nicht mehr die einmal getroffene Entscheidung, vielmehr begründen sie die Änderung dieser früheren Entscheidung.

Klarstellend muss erwähnt werden, dass bei der Risikoanalyse die Risikofaktoren als Tatsachen zu behandeln sind. Ob ein Risikofaktor vorliegt, ist wiederum keine Entscheidungssache, sondern im Erkenntnisverfahren zu klären. Welche Schäden sich aus dem Risikofaktor entwickeln können, ist wiederum eine Prognose, die das Ergebnis eines Entscheidungsvorgangs ist und zu den Fiktionen und nicht zu den Fakten zählt.

Werden bei der Klärung der Rechtslage Gerichtsurteile als Entscheidungen gesucht, stellen diese Entscheidungen Tatsachen dar und müssen wie Tatsachen auch ermittelt werden. Würde eine Entscheidung bei der Recherche zur Rechtslage übersehen, müsste man von einer falschen Lösung der offenen Rechtsfrage sprechen.

3.48 Der Confirmation-Bias

Der Confirmation-Bias stellt einen Entscheidungsfehler dar. Er wird erst erkennbar, wenn man sich bewusst wird, eine von mehreren möglichen Entscheidungen zu treffen und nicht die einzig wahre Tatsache im Erkenntnisverfahren zu suchen. Es ist die menschliche Schwäche, Erfahrungssätze und Theorien zu bestätigen, statt zu widerlegen⁵⁰⁵. Theorien gelten nur solange, solange sie nicht widerlegt sind. Theorien und Erfahrungssätze lassen sich dagegen nicht bestätigen oder verifizieren. Wer immer wieder versucht, seine Prognosen zu bestätigen, statt zu widerlegen, verfolgt ein Verfahren,

505 Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2005, 2. Auflage, S. 189.

das erfolglos bleiben muss. Unter Ziffer 1.7.15 ist der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler behandelt worden. Der Gegensatz von verifizieren und falsifizieren gehört zu den bekannten Ergebnissen und Resultaten der Erkenntnistheorie seit Karl Poppers „Logik der Forschung“⁵⁰⁶. Gleichwohl gehört es offenbar noch nicht zum Allgemeingut. Die Verhaltens- und Gehirnforschung erklärt die menschliche Neigung, intuitiv nach Mustern, Wiederholungen und Theorien zu suchen und sie zu bestätigen. Diese menschliche Neigung gilt als genetisch vorgegebene Überlebensstrategie. Im Entscheidungsvorgang gilt sie jedoch als Fehler. Vor allen in den Fällen des schnell zu entscheidenden Rückrufs defekter Produkte, kann die Neigung zur Bestätigung einer Theorie dazu führen, dass die Entscheidung verschleppt wird und kein Entscheidungsergebnis erzielt wird, weil von vornherein erfolglos nach den wahren Ursachen eines Misstandes gesucht wird. Die Entscheidungsträger sind sich dann nicht bewusst, dass möglicherweise die wahre Ursache und eine Theorie nicht verifiziert werden kann. Die schnelle Entscheidung über den Rückruf eines Produkts wurde zum Beispiel gerade wegen der von vornherein erfolglosen Suche nach der wahren Ursache im Lederspray-Fall⁵⁰⁷ verschleppt.

3.49 Der Omission-Bias oder Unterlassungsfehler

Die Vielzahl der Unterlassungsdelikte und die Untätigkeit von Managern in allen Fällen des Organisationsverschuldens erklärt sich durch den Entscheidungsfehler des Omission-Bias⁵⁰⁸. Diesen Fehler begehen alle, die dem Grundsatz folgen „wer nichts macht, macht auch keine Fehler“. Wer aus der Sorge untätig bleibt, sich fehlerhaft zu verhalten, nämlich illegal statt legal, entscheidet sich falsch und begeht schon deshalb den Fehler, dass er wegen Unterlassung zur Verantwortung gezogen wird⁵⁰⁹. Wer zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, verletzt diese Pflicht, wenn er sie unterlässt, untätig bleibt, der Entscheidung ausweicht und Defensivstrategien entwickelt. Bestehen mehrere Handlungsalternativen, was den Normalfall ausmacht, muss eine Wahl getroffen werden. Eine Entscheidung ist notwendig. Wer glaubt, es gebe nur eine alternativlose, einzige und absolut richtige Lösung, übersieht, dass bei jeder Entscheidung zwischen mehreren Alternativen zu wählen ist. Nur wenn

506 Karl Poppers, Logik der Forschung, 1935, S. 7, neuerdings: Nassim Nicholas Taleb, „Der Schwarze Schwan“, 2008.

507 BGH vom 06.07.1990 (2 StR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560 [Lederspray-Urteil].

508 Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2005, 2. Auflage, S. 320.

509 Wulf Goette, „Leitung, Aufsicht, Haftung - zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung“ - FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123-142, S. 124.

es eine einzige richtige Entscheidung gäbe und der Verantwortliche sie verfehlte, könnte ihm ein Vorwurf gemacht werden. Bleibt er jedoch untätig, ermittelt weder seine Handlungsalternativen noch die Folgen der jeweiligen Wahl dieser Alternativen, kann er, sollte es zu einem Schaden durch seine Untätigkeit kommen, nicht einmal die Diskussion führen, ob sein Verhalten richtig oder falsch war. Selbst wenn er davon ausgeht, es gebe eine einzige richtige Entscheidung, was falsch ist, müsste er eine der Alternativen wählen und sie als richtige Entscheidung später verteidigen. In allen untersuchten Fällen zum Organisationsverschulden blieben die Verantwortlichen untätig, insbesondere haben sie keine Risikoanalyse angeordnet oder selbst vorgenommen und damit eine Ursachenkette in Gang gesetzt, die zum Schaden und letztlich zum Schadensersatzanspruch führte.

3.50 Der Hindsight-Bias⁵¹⁰ oder Rückschaufehler

Im Zeitpunkt der Entscheidung empfiehlt es sich, die Entscheidungsgrundlagen, insbesondere die Schadensprognosen und die Schutzprognosen, zu dokumentieren und somit die Entscheidungsgrundlagen nachvollziehbar festzuhalten. Sämtliche Rechtsentscheidungen der Justiz und der Verwaltung werden dokumentiert, um sie nachvollziehbar und revisibel zu halten. Mit einer nachvollziehbaren Dokumentation eines Entscheidungsverfahrens beugt man dem Risiko vor, dass bei einer späteren Beurteilung bei Eintritt eines Schadens ein Dritter, der für die Beurteilung befugt und verantwortlich ist - ein Richter, ein Staatsanwalt oder ein Sachverständiger -, den Vorwurf erhebt, der Schaden sei vorhersehbar und vermeidbar gewesen. Dabei unterliegt ein Dritter leicht dem Rückschaufehler, weil er den Schadensverlauf kennt und den Kenntnisstand im Zeitpunkt der zurückliegenden Entscheidung und im Zeitpunkt der Beurteilung wegen seines Rückschaufehlers falsch einschätzt. Das Risiko des Rückschaufehlers besteht darin, dass dem Entscheidungsträger der Kenntnisstand unterstellt wird, den der Dritte nach dem Schadensverlauf hat, der die Entscheidung beurteilen muss. Das menschliche Gehirn scheint nicht dazu in der Lage zu sein, das Wissen nach dem Schadensereignis über den Schadensverlauf von dem Wissen vor dem Schadensverlauf zu unterscheiden. Wer diese menschliche Schwäche kennt, muss im Unternehmen organisatorisch vorsorgen. Die einzige Möglichkeit, die Nachteile aus dem Rückschaufehler auszuschließen, ist die ausführliche Dokumentation im Zeitpunkt der Entscheidung. Mit der Dokumentation lässt sich der Beweis auch im Nachhinein führen, welche Kenntnisse zu einem potentiellen Schadensverlauf im Zeitpunkt der Risikoanalyse und der Ent-

510 Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2005, 2. Auflage, S. 321. Einführung des Arguments in die deutsche Diskussion bei Fleischer, in: Festschrift für Wiedemann, 2002, S. 827 (831 f.).

scheidung zur Verfügung standen. Die Dokumentation verhindert, dass dem verantwortlichen Entscheider mehr Kenntnisse über einen möglichen Schadensverlauf unterstellt werden, als er damals haben konnte. Verhindert wird auch, dass von einem eingetretenen Misserfolg auf eine Sorgfaltspflichtverletzung geschlossen wird. Wer diesen Schluss zieht, unterliegt einem verhängnisvollen Rückschaufehler und überspannt die Sorgfaltsanforderungen an das Organmitglied⁵¹¹. Der bekannte Strafverteidiger empfiehlt deshalb Managern zur Vorsorge für den Ernstfall, die Entscheidungsgrundlage zu dokumentieren⁵¹². Hinzu kommt, dass Fehler vergessen, verkannt und verdrängt werden. Sie werden als vorhersehbar und vermeidbar behandelt, um die Haftung abzuwehren. Sie werden jedoch nicht als Fehler behandelt, um sie in Zukunft zu vermeiden.

3.51 Das Verkennen des Risikos als Entscheidungsergebnis

Der häufigste Fehler in den Haftungsfällen wegen Organisationsverschuldens ist die unterlassene Risikoanalyse. Der Grund dafür könnte sein, dass das Verfahren der Risikoanalyse verkannt wird. Für die Annahme eines Risikos muss jemand eine Entscheidung treffen. Eine Risikoaussage besteht aus einer Schadensprognose. Wie jede Prognose gibt es mehrere Alternativen für einen vorstellbaren Schadensverlauf. Erst wenn der Schaden eingetreten ist, steht der Schadensverlauf fest. Vor dem Schadenseintritt muss sich der Verantwortliche für den seiner Ansicht nach wahrscheinlichen Schadensverlauf entscheiden. Wer diesen Entscheidungscharakter von Risikoaussagen verkennet und das Schadensrisiko mit dem Schaden eventuell verwechselt, sucht nach dem Schadensrisiko wie nach einer Tatsache und muss dabei ohne Erfolg bleiben, weil das Schadensrisiko nicht wie eine Tatsache zu ermitteln, zu beobachten oder im Streitfall zu beweisen ist. Risiken sind Fiktionen und keine Fakten und deshalb auch wie Fiktionen zu behandeln. Schadensrisiken werden nicht ermittelt, sondern fingiert und inszeniert. Die Erfahrungssätze und Theorien zu den Schadensprognosen müssen verfahrensfehlerfrei ausgewählt werden. Dazu liefert die deskriptive Entscheidungstheorie Vorgaben. Die Entscheidungstheorie behandelt vor allem, nach welchen Kriterien Theorien belastbar aufgestellt werden.

3.52 Der Verfügbarkeitsfehler bei Entscheidungen über Risiken

Nachdem im Verlauf dieser Untersuchung festgestellt wurde,

511 Fleischer, Verantwortlichkeit von Bankgeschäftsleitern und Finanzmarktkrise, in NJW 2010, 1504.

512 Hanns Feigen, „Das ist Berufsrisiko“, manager magazin 5/2010, S. 120.

- dass **erstens** Rechtspflichten einzuhalten sind, weil sie dazu dienen, Schadensrisiken abzuwenden, noch bevor sie sich zu Schäden entwickeln konnten,
- dass **zweitens** Risiken als Schadensprognosen zu verstehen sind,
- dass **drittens** Aussagen über Risiken die Ergebnisse von Entscheidungen sind, weil immer zwischen mehreren Handlungsalternativen eine Wahl getroffen werden muss und weil vor einem Schadenseintritt mehrere Schadensabläufe denkbar, jedenfalls nicht sicher sind,
- dass **viertens** typische aus der Entscheidungstheorie bekannte Entscheidungsfehler bei der Risikoanalyse vorhersehbar sind und deshalb zu vermeiden sind und
- dass **fünftens** Schadensprognosen nicht mit Sicherheit bestimmbar und kalkulierbar sind, sondern auf Schätzungen beruhen,

bleibt noch die Frage offen, welche Entscheidungsfehler beim Schätzen eines Risikos nach dem aktuellen Stand der Entscheidungstheorie bekannt sind und deshalb vermieden werden müssen.

Bei allen bedeutenden Schäden, gleichgültig in welcher Branche, wird als Ursache erklärt, das Risikomanagement habe versagt. Wenn Risiken nicht eindeutig bestimmbar sind und nicht quantifizierbar kalkuliert werden können, sondern geschätzt werden müssen, kann der Fehler darin liegen, dass sich die Verantwortlichen verschätzen. Möglich ist, dass sie

- **erstens** Risiken überhaupt nicht geschätzt haben, weil die Verantwortlichen verkannt haben, dass Risiken nur geschätzt werden können,
- dass sie **zweitens** jedes Risiko, das zum Schaden geführt hat, unterschätzt und deshalb keine oder nur unzulängliche Schutzmaßnahmen veranlasst haben oder
- dass sie **drittens** das Risiko zwar angemessen geschätzt, aber keine Schutzmaßnahmen ergriffen haben oder dass sie Risiken überschätzt und mit unverhältnismäßig hohem Aufwand zur Risikoabwehr betrieben haben.

Wie Entscheidungsträger beim Schätzen von Risiken vorgehen, haben zuerst Kahneman und Tversky als Verfügbarkeitsheuristik untersucht und erstmals in ihrem Aufsatz „Urteile unter Unsicherheit: Heuristiken und kognitive Verzerrungen“ veröffentlicht⁵¹³. Für diese Veröffentlichung wurden Kahneman und Tversky 2002 mit dem Wirtschaftsnobelpreis ausgezeichnet. In ihrer Untersuchung sind sie davon ausgegangen, dass viele Entscheidungen auf Überzeugungen basieren, die die Wahrscheinlichkeit unsicherer Ereignisse betref-

513 in: Science, Band 185, 1974, abgedruckt in: Daniel Kahneman, „Schnelles Denken, langsames Denken“, Siedler, 2011, S. 521, 531 - und „Die Wissenschaft der Verfügbarkeit, S. 164.

fen. Schadensprognosen sind ebenfalls unsichere Ereignisse, von denen man glaubt, dass sie eintreten können, dass ein Schadensverlauf möglich und wahrscheinlich ist oder als unwahrscheinlich angesehen wird. Prognosen, insbesondere Aussagen über Schadensrisiken werden durch subjektive Wahrscheinlichkeiten ausgedrückt. Kahneman und Tversky haben untersucht, was solche Überzeugungen über den Eintritt unsicherer künftiger Ereignisse bestimmt. Die komplexe Aufgabe der Schätzung von Wahrscheinlichkeiten und der Vorhersage von unsicheren Ereignissen stützen sich auf heuristische Prinzipien. Es handelt sich um Faustregeln, kognitive Daumenregeln, die aus Erfahrung meistens, aber nicht immer zu richtigen Einschätzungen führen. Manchmal führen sie zu schwerwiegenden, systematischen Fehlern⁵¹⁴. Die systematischen Fehler bestehen im Unterschätzen oder Überschätzen.

3.53 Schätzfehler bei der Risikoanalyse vermeiden

Zu untersuchen ist deshalb die Frage, ob das häufige Versagen des Risikomanagements auf typischen Fehlern beim Schätzen von künftigen Schadensverläufen beruht und wie diese Schätzfehler in der Organisation eines Unternehmens vermieden werden können, um das Versagen des Risikomanagements mit all seinen Folgen zu verhindern. Unterschätzt man ein Risiko, fehlt der Anlass zur Recherche von Rechtspflichten, die Schutzmaßnahmen vor dem Risiko vorschreiben. Es besteht die Gefahr im Schätzverfahren schon den Anlass zu verpassen, Rechtspflichten zu recherchieren und dadurch den Schadensverlauf nicht aufzuhalten.

Kahneman und Tversky haben zur „Verfügbarkeit“ untersucht, was Menschen tun, wenn sie die Häufigkeit eines Ereignisses abschätzen wollen. In der gleichen Situation befinden sich Verantwortliche, die entscheiden müssen, ob ein Schadensereignis eintreten wird, ob ein Schaden häufig eintritt oder ob ein vergleichbarer Schaden in der Vergangenheit nur ein einmaliges Ereignis war. Zum Abschätzen der Häufigkeit rufen sie Beispiele aus dem Gedächtnis ab und beurteilen die subjektive Wahrscheinlichkeit eines Schadensereignisses danach, an wie viele Beispiele sie sich erinnern und mit welcher Leichtigkeit sie sich daran erinnern⁵¹⁵. Je mehr und je leichter Beispiele für Schadensfälle sich aus dem Gedächtnis abrufen lassen, umso eher ist man überzeugt, dass ein Risiko besteht, ein Schaden

514 Kahneman und Tversky: Urteile unter Unsicherheit: Heuristiken und kognitive Verzerrungen, in: „Schnelles Denken, langsames Denken“, Siedler, 2011, S. 521;

Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2005, 2. Auflage, S. 170.

515 Kahneman und Tversky: Urteile unter Unsicherheit: Heuristiken und kognitive Verzerrungen, in: „Schnelles Denken, langsames Denken“, Siedler, 2011, S. 164.

droht und der Schaden vermieden werden muss. Umgekehrt ist man von einem drohenden Schadensverlauf nicht überzeugt, je weniger und je schwerer Beispiele für einen drohenden Schaden das Gedächtnis liefert. Das Unterschätzen von Risiken führt zum Schaden, weil Rechtspflichten nicht gesucht werden, Schutzmaßnahmen als überflüssig und verzichtbar gehalten werden und kein Anlass zur Schadensprävention gesehen wird. Je weniger Beispiele und je schwerer sie zu finden sind, umso leichter lässt sich das Risiko bestreiten, bagatellisieren, herunterspielen und je einfacher ist es, die Ansicht zu vertreten, der Aufwand zur Schadensabwehr rechtfertigt sich nicht. Je höher die Verfügbarkeit von Beispielen für Risiken und Schäden ist, umso geringer ist die Gefahr, dass Risiken verschätzt, verkannt, verdrängt und vergessen werden. Je eindringlicher Risiken mit spektakulären Schadensfolgen inszeniert, fingiert und dramatisiert werden, je hervorstechender das Ereignis sich aufdrängt, umso geringer ist die Gefahr, dass das Risiko unterschätzt wird. Gleichzeitig steigt die Gefahr, dass es überschätzt wird. Der Verfügbarkeitsfehler besteht darin, dass Verzerrungen beim Schätzen vom Schadensereignis die Überzeugung verzerren.

Als Beispiel werden hervorstechende sogenannte saliente Ereignisse genannt, die die Aufmerksamkeit auf sich ziehen und deshalb leicht aus dem Gedächtnis abgerufen werden können. Die Häufigkeit dieser Ereignisse wird auf Grund dieser Verzerrung überschätzt. Dramatische Ereignisse erhöhen vorübergehend die Verfügbarkeit, Flugzeugabstürze oder zum Beispiel aus der Nähe erlebte Autounfälle sind eine gewisse Zeit mental so präsent, dass sie nicht unterschätzt, sondern eher überschätzt werden. Persönliche Erfahrungen und vor allem anschauliche Beispielbilder und steigern die Verfügbarkeit und die Erinnerung⁵¹⁶.

Die Überzeugung von einem Risiko wächst

- **erstens** mit der Anzahl der aus dem Gedächtnis abgerufenen Beispiele von Schadensereignissen und
- **zweitens** mit der Leichtigkeit des Abrufs.

Den stärksten Einfluss auf die Einschätzungen von künftigen Ereignissen hat die Leichtigkeit, mit der man sich an Beispielsfälle erinnert. Ist die Risikofantasie zu schwach, um leicht und flüssig genügend Beispielsfälle zu liefern, besteht die Gefahr, ein Risiko zu unterschätzen. Schon jetzt lässt sich deshalb festhalten, dass die Gefahr des Unterschätzens von Risiken vermieden werden kann, wenn man die Verfügbarkeit erhöht und möglichst leicht und möglichst viele Beispielsfälle aus dem Gedächtnis abrufen kann. Es stellt sich die Frage, ob das menschliche Gedächtnis dazu in der Lage ist. Es ist nämlich begrenzt und lückenhaft⁵¹⁷.

516 Daniel Kahneman, „Schnelles Denken, langsames Denken“, Siedler, 2011, S. 165 f.

517 Gerd Gigerenzer Bauchentscheidungen : die Intelligenz des Un-

Nahe liegt die Frage, ob der Einsatz einer Datenbank als digitales Gedächtnis die Verfügbarkeit erhöht und die Gefahr mindert, Risiken zu unterschätzen⁵¹⁸.

Nahezu alle Großschäden beruhen auf unterschätzten Risiken. Verschiedene Formen des Unterschätzens lassen sich unterscheiden.

Zu den vergessenen Risiken zählt die Explosion eines Ammoniumnitratlagers bei TotalFina in Toulouse⁵¹⁹. Am 80. Jahrestag der Explosion eines Ammoniumnitratlagers von Ludwigshafen/Oppau wiederholte sich das gleiche Schadensereignis. Offenbar war nach 80 Jahren in Frankreich das Risiko vergessen. Nicht einmal eine gesetzliche Vorschrift erinnerte an die spektakuläre Explosion in Oppau. Vor allem die französische Rechtsordnung hat die Erfahrung aus Deutschland verschätzt und keine Lagermengenbegrenzung für Ammoniumnitrat eingeführt.

Bei dem Explosionsunglück in Borken, bei dem nasser Kohlenstaub explodierte, haben allein neun Sachverständige das Risiko unterschätzt und dem Betreiber der Grube Stolzenbach bestätigt, dass die Explosion weder vorhersehbar noch vermeidbar war. Durch Zufall tauchte eine Akte im Hessischen Bergamt auf, in der das Risiko beschrieben wurde. Die Beschreibung der Explosion, auch bei nassem Kohlenstaub, war jedenfalls nicht verfügbar. Die Risikobeschreibung war offenbar unzugänglich archiviert⁵²⁰.

Das Risiko der Finanzkrise ist ein Beispiel für ein nicht verfügbares und verdrängtes Risiko. Beschrieben wird ein wiederkehrender Zyklus aus acht Jahrhunderten, ohne dass aus ihm Lehren gezogen wurden und zur Verdrängung des Risikos das Argument eingesetzt wurde, dass es dieses mal anders sei (This time is different)⁵²¹.

Wenn persönliche Erfahrungen die subjektive Wahrscheinlichkeit erhöhen, gilt dies auch umgekehrt. Fehlen persönliche Erfahrungen besteht die Gefahr, dass ein Risiko unterschätzt wird. Auf persönliche Erfahrungen allein und auf die Erfahrung im eigenen Unternehmen kann sich niemand beim Schätzen von Risiken verlassen. Auch diese Verzerrung ist zu vermeiden. Die Stichprobenbeurteilung eines Risikos ist nicht ausreichend. Vielmehr ist zu empfehlen,

bewussten und die Macht der Intuition, 2007, S. 32, 47;
Malcom Gladwell, Tipping Point, S. 206, 212.

518 Daniel Kahneman, „Schnelles Denken, langsames Denken“, Siedler, 2011, S. 167.

519 Das Explosionsereignis am 21.09.2001 in Toulouse – LUA bei der Fortschreitung des Störfallrechts beteiligt, Wolfgang Schlössinger und Henryk Debik: Jahresbericht 2002. Landesumweltamt Nordrhein-Westfalen, S. 161.

520 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 08.07.2010, Nr. 155, S. 57 zum Grubenunglück von Stoltzenbach/Borken.

521 Carmen M. Reinhart & Kenneth S. Rogoff, This Time ist different - Diesesmal ist alles anders, Acht Jahrhunderte Finanzkrise, 2010, S. 306 f.

Statistiken heranzuziehen, um die Häufigkeit eines Ereignisses und damit das Risiko eines Schadens zu beurteilen. Beim Schätzen von Risiken muss ein Unterschätzen dadurch einkalkuliert werden, dass nicht genügend Beispielfälle aus dem Gedächtnis abgerufen werden können und zur Verfügung stehen. Zur Vermeidung dieses Verfügbarkeitsfehlers muss die Basis der Beispielfälle erweitert werden. Das Risiko eines Informationsdefizits muss vermieden werden. Eine Informationslücke darf nicht dazu führen, ein Risiko zu unterschätzen. Wenn in einem Unternehmen keine Risikoerfahrung vorliegt, heißt dies nicht, dass das Risiko vernachlässigt werden kann. Vielmehr empfiehlt es sich, die Branchenerfahrungen, die Statistik oder die Sammlung von Gerichtsurteilen heranzuziehen, bevor voreilig und verzerrt sich die Unterschätzung eines Risikos einschleicht.

Risiken werden in Unternehmen voreilig mit der Begründung geleugnet, im eigenen Unternehmen sei es noch nicht zu einem Schaden gekommen. Bei dieser Argumentation wird Schaden und Schadensrisiko verwechselt. Wenn es keine Schäden im Unternehmen in der Vergangenheit gab, lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, ein Schadensrisiko sei deshalb ausgeschlossen und es bestehe kein Grund, Schadensvorsorge durch die Einhaltung von Rechtspflichten zu betreiben. Es hieße, die Feuerwehr abschaffen zu wollen, wenn es eine Zeit lang nicht gebrannt hat, und weil sich niemand persönlich an einen Brand erinnern kann.

Auf die Abhängigkeit des Ergebnisses einer Informationsverarbeitung vom Grad ihrer Zugänglichkeit (Availability) für die Urteilenden weist schon 1991 Lothar Kuhlen hin. Er bezieht sich auf die Hypothese von Kahnemann und Tversky. Vor allem weist er auf die Gefahr der Überschätzung der Vorausssehbarkeit eines tatsächlichen Geschehensablaufs hin, wenn im Nachhinein andere Geschehensalternativen von dem tatsächlichen Geschehensablauf verdrängt werden. Wird die Vorhersehbarkeit eines tatsächlichen Geschehensablaufs überschätzt, droht das nachträgliche Urteil über einen Schuldvorwurf verfälscht zu werden, obwohl die Entscheidungsträger sich bewusst sind, dass von Ihnen eine ex ante-Beurteilung gefordert wird. Im Nachhinein sind alle schlauer, weiß der Volksmund. Treffend erörtert Lothar Kuhlen in diesem Zusammenhang die Gefahr des schleichenden Determinismus nachträglicher Prognosen⁵²².

3.54 Ohne Sorge keine Vorsorge

Verfügbarkeitseffekte erklären das Verhalten bei der Risikovorsorge. Unmittelbar nach Katastrophen steigen Versicherungsabschlüsse und Schutzmaßnahmen. Die Erinnerungen an Katastrophen ver-

522 Lothar Kuhlen, zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, in: Heike Jung (Hrsg.), *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, S. 358, 359; Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko* 1993, S. 109: zum Phänomen des „creeping Determinismus“.

blassen mit der Zeit und Aufwand und Anstrengungen zur Risikoprävention nehmen ab. In der Katastrophenforschung werden wiederkehrende Zyklen von Katastrophen, ansteigendem Risikoschutz und allmählich zunehmender Sorglosigkeit ermittelt. Die Erinnerung an die Katastrophe verblasst. Die öffentliche Wahrnehmung von Risiken ist geprägt durch Verfügbarkeitsfehler. Risiken werden durch die Medienberichterstattung verzerrt. Medien prägen nicht nur das Interesse der Öffentlichkeit, sie werden ihrerseits von diesem Interesse beeinflusst. „Die Welt in unseren Köpfen ist keine exakte Kopie der Wirklichkeit; unsere Erwartungen bezüglich der Häufigkeit von Ereignissen werden durch die Verbreitung und emotionale Intensität der Nachrichten verzerrt, denen wir ausgesetzt sind“⁵²³.

Ein Ergebnis aus der Wissenschaft der Verfügbarkeit ist die Einsicht, dass die Leichtigkeit, mit der uns Vorstellungen verschiedener Risiken einfallen, mit den emotionalen Reaktionen auf diese Risiken untrennbar miteinander verbunden sind⁵²⁴. Die Affektheuristik besagt, dass wir bei Entscheidungen Emotionen zurate ziehen. Menschen treffen danach Entscheidungen, die unmittelbar ihre Gefühle zum Ausdruck bringen. Die Affektheuristik ist eine Methode, bei der die Antwort auf eine leichte Frage, was man fühlt, durch die Antwort auf die viel schwierigere Frage ersetzt, was man denkt.

3.55 Mit erhöhter Verfügbarkeit von Beispielfällen lassen sich Risikoschätzungen verbessern und die Rechtsunsicherheit vermindern

Nach diesen Einsichten der aktuellen Entscheidungstheorie empfiehlt es sich, die Verfügbarkeit zu erhöhen, indem Beispielfälle beim Schätzen von Risiken in großer Zahl möglichst leicht abrufbar zur Verfügung gestellt werden. Die Entscheidungstheorie bezieht sich bei der Analyse der Verfügbarkeit auf das begrenzte menschliche Gedächtnis⁵²⁵.

Das menschliche Gedächtnis lässt sich durch ein digitales Gedächtnis verstärken und erweitern. Eine Datenbank speichert unbegrenzt Beispiele zu Risiken und Risikoklassen. Die Beispielfälle sind auf Knopfdruck abrufbar. Die Gründe für die Verzerrungen durch den Verfügbarkeitsfehler werden dadurch vermieden. Weder die Anzahl der Beispiele noch die Leichtigkeit des Abrufens wird eingeschränkt. Der unbeschränkte Zugang zu Beispielen für Schadensrisiken lässt

523 Daniel Kahneman, „Schnelles Denken, langsames Denken“, Siedler, 2011, S. 174, 175.

524 Daniel Kahneman, „Schnelles Denken, langsames Denken“, Siedler, 2011, S. 175.

525 Malcom Gladwell, „Tipping Point“, 2000, S. 206 und Gerd Gigerenzer, „Bauchentscheidungen: Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition“, 2007, S. 47.

sich im Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ insbesondere mit der Funktion des Glossars realisieren. Gibt man einen Sachverhalt aus dem unternehmerischen Alltag ein, etwa „Überwachung“ oder „Einladung“ zeigt die Datenbank auf einen ersten Mausklick eine Liste von Sachverhalten im thematischen Zusammenhang des eingegebenen Begriffs. Mit diesem ersten Mausklick liefert die Datenbank die Information, dass die aufgelisteten Sachverhalte rechtliche relevant sind, Risiken darstellen und schon einmal Gegenstand einer Entscheidung des Gesetzgebers, der Justiz oder der Verwaltung waren. In der Datenbank sind nur solche Sachverhalte gespeichert, die Risiken darstellen und Pflichten auslösen, die der Abwendung des jeweiligen Risikos dienen.

Mit einem zweiten Mausklick lassen sich die mit den aufgelisteten Sachverhalten digital verknüpften Pflichten aufrufen.

Wählt man eine Pflicht an, zeigt die Datenbank in der linken Spalte wiederum alle Sachverhalte an, auf die die jeweils ausgewählte Pflicht schon einmal angewandt wurde.

Für die Einschätzung eines Risikos liefert das Managementsystem „**Recht im Betrieb**“ auf Mausklick alle Beispielfälle, die der Nutzer benötigt, um sich ein abschließendes Bild vor der Einschätzung eines Risikos machen zu können.

Mit dieser erhöhten Verfügbarkeit wird die Schätzung von Risiken verbessert. Unterschätzungen als auch Überschätzungen lassen sich vermeiden und die Rechtsunsicherheit wird vermindert.

Zusätzlich wird das Informationsdefizit überprüfbar. Zeigt die Datenbank bei einem Sachverhalt keine Angaben und ergeben weitere Recherchen über den Stichwortservice keine Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass noch keine Entscheidung des Gesetzgebers, der Justiz oder der Verwaltung zur Verfügung steht. Es liegt keine Informationslücke, sondern eine Regelungslücke vor. Vorstand und Geschäftsführer müssen selbstregulierend entscheiden, ob ein Risiko anzunehmen ist und ob dieses Risiko durch Verkehrssicherungspflichten abgewendet werden muss. Zu dieser Entscheidung ist die Methode der Folgerwägung einzusetzen.

3.56 Die Organisationspflicht zur persönlichen Plausibilitätskontrolle des Vorstands zum Verfahren und Ergebnis der Rechtsberatung

In seinem ISION-Urteil kommt der BGH zum Ergebnis, dass der Vorstand bei seinen Rechtsentscheidungen sich rechtlich beraten lassen muss, wenn er selbst keine Rechtskenntnisse hat und gleichwohl Rechtsentscheidungen zu treffen hat. Er kann sich nicht zu seiner Entlastung auf seine Rechtsunkenntnis berufen. Weder darf er dem eingeholten Rechtsrat blind vertrauen, noch Rechtsentscheidungen

delegieren⁵²⁶. Vielmehr muss er sich durch Rechtsanwälte oder die Rechtsabteilung des Unternehmens beraten lassen. Das Ergebnis der Beratung muss er trotz eigener Rechtsunkenntnis einer persönlichen Plausibilitätskontrolle unterziehen⁵²⁷. Bisher gehört es zur ständigen Rechtsprechung, dass Geschäftsleiter Experten hinzuziehen müssen, weil ihnen die jeweiligen Fachkenntnisse fehlen⁵²⁸. Erstmals hat der BGH diese Pflicht des Vorstands für den Fall konkretisiert, dass dem Vorstand oder Geschäftsführer Rechtskenntnisse fehlen⁵²⁹. Offen geblieben ist jedoch nach diesem Urteil, wie die Plausibilitätskontrolle über den eingeholten Rechtsrat durch Rechtsanwälte oder die Rechtsabteilung trotz eigener Rechtsunkenntnisse vom Vorstand geleistet werden kann. Ungeklärt blieb nach dem ISION-Urteil des BGH auch, wie die Plausibilitätskontrolle bei offener Rechtslage vom Geschäftsleiter zu betreiben ist. Im ISION-Urteil war die Rechtslage gesichert und nicht umstritten.

Im Folgenden soll ein Vorschlag gemacht werden, in dem die einzelnen Prüfschritte für eine Rechtsentscheidung zusammengefasst werden. Vorstellen lässt sich, dass der Vorstand oder Geschäftsführer die einzelnen Prüfschritte von seinen Rechtsberatern abfragt und dadurch sicher stellt, dass die Rechtsberatung keine methodischen Lücken und Fehler enthält.

3.57 Die Organisationspflicht der Anordnung zur Risikoanalyse nach der Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH

Als erstes ist eine Risikoanalyse durch Vorstand oder Geschäftsführer im Unternehmen anzuordnen. Wird die Risikoanalyse im Unternehmen nicht angeordnet, erfasst niemand die Risiken des Unternehmens. Es gibt keinen Anlass zur Ermittlung von Rechtspflichten, die die Risiken abwenden. Die Rechtspflichten bleiben unerkannt. Da nicht mit Freiwilligen für die Risikoanalyse zu rechnen ist, wird die erste Ursache begründet, die im Ergebnis zum Schaden und zur Haftung führt. Das Unterlassen der Anordnung einer Risikoanalyse und der Anordnung der Ermittlung der Rechtspflichten, die durch dieses erfasste Risiko ausgelöst werden, ist die häufigste Ursache für die Haftung wegen Organisationsverschuldens. Die Pflichten zur

526 BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriffs-Urteil];
BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 Rn.-Nr. 16 [ISION-Urteil].

527 BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 Rn.-Nr. 16 [ISION-Urteil].

528 Seit RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil].

529 BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 Rn.-Nr. 16 [ISION-Urteil].