

### 1.8.5 Rechtspflichten dienen der Risikoabwehr

Die Gründe für Entscheidungen von Gesetzgebern und Gerichten, die Einhaltung von Rechtspflichten anzuordnen, ist die Risikoabwehr, noch bevor ein Schaden entstanden ist, damit nämlich ein Schaden erst gar nicht entsteht. Keine Rechtspflicht einzuhalten würde für ein Unternehmen bedeuten, Risiken zu verursachen, davon zu profitieren, sie aber nicht abzuwehren, obwohl das Unternehmen die Risiken kennt und sie beherrschen kann, sondern den Eintritt von Schäden in Kauf zu nehmen. Niemand wollte mit einem solchen Unternehmen geschäftliche Beziehungen pflegen. Es drohen dann nur Nachteile. Illegales Verhalten schädigt Ruf und Reputation jedes Unternehmens, letzten Endes dessen wirtschaftliche Existenz und damit auch die seiner Mitarbeiter. Illegales Verhalten bringt jedem, insbesondere Unternehmen, nur Nachteile. Vernachlässigt man den Arbeitsschutz im Unternehmen, verzichtet man auf den Schutz der Gesundheit seiner eigenen Arbeitnehmer. Verzichtet man auf die Einhaltung von umweltrechtlichen Vorschriften, verzichtet man auf den Schutz von Boden, Wasser, Luft und der menschlichen Umgebung. Verzichtet man auf Rechtspflichten zum Datenschutz, ist dies ein Verzicht auf das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Ohne die Einhaltung von Rechtspflichten setzt man die jeweils geschützten Rechtsgüter drohenden Schäden aus.

Ein weit verbreiteter Irrtum bei Normadressaten besteht darin, dass sie glauben, die Wahl zu haben, Unternehmenspflichten einzuhalten. Es besteht aber keinerlei Spielraum bei der Frage, ob Rechtspflichten einzuhalten sind. Die Unternehmenspflichten sind öffentlich-rechtliche Pflichten deren Einhaltung nicht in das Ermessen des Unternehmens und seiner Führungskräfte gestellt ist<sup>44</sup>. Die Frage, ob eine Unternehmenspflicht akzeptabel ist, stellt sich überhaupt nicht. Die hoheitlichen Pflichten dürfen insbesondere auch nicht mit vertraglichen Pflichten verwechselt werden. Vertragliche Pflichten setzen voraus, dass sie ausdrücklich akzeptiert und als verbindlich vereinbart werden.

Schließlich darf auch nicht verkannt werden, dass ein Gesetz, sobald es vom Parlament verabschiedet wurde, akzeptiert werden muss. Vor seiner Verabschiedung kann über die Akzeptanz diskutiert werden, solange es als Entwurf in der politischen Auseinandersetzung noch diskutiert wird.

Um Unternehmensmitarbeiter zu gewinnen, aus Überzeugung Rechtspflichten einzuhalten, ist es deshalb erforderlich, den Schutzzweck von Rechtspflichten hervorzuheben.

Aus Überzeugung halten Unternehmensmitarbeiter Rechtspflichten nur ein, wenn sie vorher überzeugt werden konnten, dass sie mit dem

---

44 Peter Hemeling, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, in: ZHR 175 (2011), S 368.

Einhalten von Rechtspflichten sich selbst schützen und dazu noch ihre Kollegen und ihr Unternehmen. Ein Vergleich mit der Feuerwehr bietet sich an. Freiwillig und aus Überzeugung zur Feuerwehr gehen ihre Mitglieder nur, weil sie sich und ihre Häuser vor Bränden schützen wollen. An Feuerwehrrübungen nehmen sie teil, um sich selbst und Nachbarn vor Bränden zu sichern und durch Routinen den Brandschutz zu verbessern. Niemand käme auf die Idee, die Feuerwehr mit dem Argument abschaffen zu wollen, es habe lange nicht gebrannt und deshalb lohne sich der Aufwand nicht mehr.

Die gleichen Argumente gelten für den betrieblichen Brandschutz, Arbeitsschutz, die Anlagensicherheit, den Umweltschutz und die Produktsicherheit. Es gibt naheliegende und fernliegende Schutzziele. Je näher die Schutzziele liegen, umso größer ist die Überzeugung von ihrer Schutzbedürftigkeit. Je ferner sie liegen, wie zum Beispiel beim Umweltschutz, umso mehr Überzeugungsarbeit ist zu leisten. Unternehmensmitarbeiter müssen davon überzeugt werden, dass sie selbst auf den Schutz der Regeln angewiesen sind, den die Regeln und Rechtspflichten bieten. Vom Einhalten der Arbeitsschutzregeln im eigenen Betrieb lässt sich die Belegschaft am leichtesten überzeugen. Nach dem gleichen Muster muss die Überzeugungsarbeit auch für andere gesetzliche Regeln geleistet werden.

### **1.8.6 Der Schutzzweck als Maßstab für Rechtspflichten**

Rechtspflichten einhalten ist aktives Risikomanagement. Rechtspflichten haben keinen Selbstzweck, sondern immer einen Schutzzweck. Sie dienen dem Umweltschutz, dem Arbeitsschutz, dem Immissionsschutz, dem gewerblichen Rechtsschutz, dem Anlegerschutz, dem Datenschutz, dem Naturschutz, dem Klimaschutz, um einige Beispiele zu nennen. Rechtspflichten sind dazu bestimmt, ein Rechtsgut zu schützen. Zum Beispiel schützen alle Arbeitsschutzvorschriften, Leben, Körper und Gesundheit der Arbeitnehmer des Betriebes. Rechtspflichten sind nur einschlägig, wenn in dem Betrieb ein Risiko besteht, das ganz konkret durch die Rechtspflicht abgewendet werden soll. Ohne ein Risiko im Unternehmen ist auch die davor schützende Rechtspflicht nicht einzuhalten. Deshalb hängt der Katalog der einschlägigen Rechtspflichten eines Betriebes von den Risiken ab, die im Unternehmen verursacht werden. Welche Rechtsgüter vor welchem Schaden geschützt werden sollen, ergibt sich aus dem Schutzzweck einer Rechtspflicht, aus dem Gesetzestext und den Kommentierungen. In jeder Pflichtenmaske haben wir deshalb den Schutzzweck in einem eigenen Textfeld formuliert und abgespeichert (siehe Grafik auf der folgenden Seite).

Der Schutzzweck ist in allen Zweifelsfragen der entscheidende Maßstab für die Formulierung von Rechtspflichten. Wenn aus dem Wortlaut eines Gesetzes mehrere Alternativen als Pflichten in Frage kommen, ist diejenige Alternative der zur Auswahl stehenden Rechtspflichten zu wählen, die den bestmöglichen Schutz bei ge-

ringstem Aufwand vor Schäden am geschützten Rechtsgut sichert.

The screenshot shows a software interface for legal research. The main window is titled 'Recht im Betrieb - [Vollansicht Pflichten Seite 1]'. It displays search results for 'Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen - Chemikaliengesetz'. The 'Schutzzweck' (purpose of protection) is highlighted in a red box and pointed to by a red arrow. The text reads: 'Zweck des Chemikaliengesetzes ist es, den Menschen und die Umwelt vor schädlichen Einwirkungen gefährlicher Stoffe und Zubereitungen zu...'. The interface also shows other fields like 'Norm', 'Titel', 'Paragraf', 'Rechtsgebiet', and 'Betriebszweck'.

### 1.8.7 Der Unterschied zwischen Schadensrisiko und Schaden

Wenn Rechtspflichten dazu dienen, Schäden an geschützten Rechtsgütern zu vermeiden, müssen sie ermittelt werden, noch bevor ein Schaden entstanden ist. Wer Rechtspflichten erst feststellen will, wenn ein Schaden eingetreten ist, kommt zur Abwehr des Schadens zu spät. Das Schadensrisiko, das durch Rechtspflichten abzuwenden ist, muss deshalb vom Schaden unterschieden werden. Der Schaden ist der eingetretene Schaden. Das Schadensrisiko ist der drohende und gefühlte Schaden. Ob ein Schaden eingetreten ist, lässt sich leichter beantworten als die Frage, ob ein Schaden eintreten wird. Nach dem Eintritt des Schadens ist der Schadensverlauf bekannt. Wird der Eintritt eines Schadens bestritten, lässt er sich als Tatsache feststellen und beweisen. Anders ist es dagegen, wenn über ein Schadensrisiko noch vor dem Eintritt des Schadens gestritten wird.

### 1.8.8 Das Organisationsrisiko der rückwirkenden Rechtsprechung

Rechtspflichten werden normalerweise erst ermittelt, nachdem ein Schaden entstanden ist. Der eingetretene Schaden ist der Anlass für die Prüfung, wer für den Schaden haftet, weil er eine Rechtspflicht zur Abwendung des Schadensrisikos verletzt hat. Im Nachhinein ist es einfach, zu bestimmen, wie ein Schaden hätte abgewendet werden

können, weil der Schadensverlauf bekannt ist.

Bezeichnend für die Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ist, dass sämtliche Organisationspflichten von der Rechtsprechung im Nachhinein und in Kenntnis des Schadensverlaufs formuliert wurden. Es handelt sich um rückwirkende Rechtsprechung. Organisationspflichten werden aus § 823 BGB vom BGH und in der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts aus § 831 BGB hergeleitet. Diese richterliche Rechtsfortbildung ist ein Beispiel dafür, dass im Nachhinein eine Organisationspflicht formuliert wird, mit der vor dem Schaden niemand rechnen konnte. Diese Rechtsfortbildung zum Organisationsverschulden ist für Unternehmen hochgefährlich, weil sie nicht kalkulierbar ist. In der umfassenden Darstellung zum Organisationsverschulden kritisiert zu Recht Matusche-Beckmann diese Praxis der richterlichen Rechtsprechung. „Für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten“.<sup>45</sup> Die Unkalkulierbarkeit der Organisationspflichten und des Organisationsverschuldens wird so zum Risiko für jede Geschäftsleitung. Umso wichtiger ist es, die Rechtsprechung in vollem Umfange darzustellen, damit diese Organisationspflichten durch Vorstände und Geschäftsführer nicht verletzt werden, die schon einmal in letzter Instanz entschieden wurden. So verpflichtete zum Beispiel der BGH im Nachhinein eine Bank durch organisatorische Maßnahmen die Beweiskraft einer Bankquittung durch einen zusätzlichen Maschinenaufdruck zu sichern, um so das Risiko einer Unterschlagung am Bankschalter auszuschließen<sup>46</sup>. Es ist damit zu rechnen, dass sämtliche Organisationspflichtverletzungen im Wiederholungsfall mit dem gleichen Schadensersatzanspruch als Rechtsfolge sanktioniert werden. Der Gesetzgeber hat sich bei den Organisationspflicht im Aktienrecht nur sehr allgemein ausgedrückt. Dabei darf jedoch die über 100 Jahre alte Rechtsprechung seit 1911 zum Organisationsverschulden nicht verkannt werden. Erstmals seit dem Propagandistenurteil von 1961 bezeichnet der BGH den Grund für den Schadensersatzanspruch als „Organisationsverschulden“<sup>47</sup>. Seit 1911 handelt es sich um ähnliche Fälle, bei denen auf unterster Hierarchiestufe im Unternehmen der Schaden verursacht wurde und die Führungskräfte auf oberster Hierarchiestufe wegen Organisationsfehlern verantwortlich gemacht wurden. Durch organisatorische Maßnahmen der obersten Führungsebene, urteilen die Gerichte, hätte der Schaden auf unterster Hierarchieebene verhindert werden können.

---

45 Annemarie Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.

46 BGH Urteil vom 28.9.1987 in: NJW 1988, S. 881 (abweichend vom BGH haben die Vorinstanzen die unzureichenden Angaben auf der Bankquittung als eine Frage der Beweiskraft behandelt und nicht als Organisationspflicht).

47 Annemarie Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 62.

### 1.8.9 Das Organisationsrisiko des Rückschaufehlers

Die Unkalkulierbarkeit der Rechtsprechung stellt deshalb ein erhebliches Organisationsrisiko für Vorstände und Geschäftsführer dar. Es kommt jedoch hinzu, dass ein noch größeres Risiko für Vorstände und Geschäftsführer darin besteht, dass im Nachhinein ein Schadensverlauf anders beurteilt wird als vor dem Schadensereignis. Die Verhaltensforschung und die Entscheidungstheorie behandeln den sogenannten Rückschaufehler als menschliches Fehlverhalten, das vom Management jeweils einkalkuliert werden muss. In den empirischen Studien der Verhaltensforschung ist dieses Fehlverhalten des Rückschaufehlers nachgewiesen worden. Es gilt deshalb auch als vorhersehbar und ist deshalb vom Risikomanagement eines Unternehmens als eigenes Organisationsrisiko zu vermeiden<sup>48</sup>. Der Rückschaufehler beruht darauf, dass nach dem Eintritt eines Schadensereignisses im Nachhinein der Eindruck der Vorhersehbarkeit entsteht. Nachträglich glaubt man irrtümlicherweise das Schadensereignis sei vorhersehbar gewesen. Der Rückschaufehler ist als Allerweltsweisheit bekannt. Hinterher sind alle schlauer. Psychologen erklären die Beobachtung zum Rückschaufehler damit, dass die neuen Informationen nach dem Schadensereignis unmittelbar mit dem früheren Wissen vor dem Schadensereignis sich so verschmelzen und das vorhergehende Wissen dabei überschreiben, dass das Wissen und die Informationen über den Schadensverlauf vor dem Schadenseintritt im Gedächtnis nicht mehr auffindbar sind. Hinzukommt dass sich Menschen dieses Fehlverhaltens des Rückschaufehlers nicht bewusst sind, dass sich ihre Wahrnehmung in der Rückschau verändert. Die Rückschau weicht von der Vorschau ab<sup>49</sup>.

Bei der Zuschreibung von strafrechtlichen Verantwortlichkeiten weist zu Recht Lothar Kuhlen auf das Risiko dieser Fehlerquelle hin. Ist ein Geschehensablauf erst einmal realisiert, wird er als vorhersehbar und vermeidbar beurteilt und die Verantwortung vorschnell zugeschrieben. Andere Möglichkeiten des Geschehensablaufs werden im Nachhinein nicht mehr für möglich gehalten. Der tatsächliche Geschehensablauf wirkt wie ein Anker. Die Voraussehbarkeit des tatsächlichen Geschehensablaufs wird überschätzt und verfälscht das Urteil der Sorgfaltswidrigkeit<sup>50</sup>.

---

48 Franz Eisenführ, Martin Weber, Rationales Entscheiden, 4. Auflage S. 368;

Helmut Jungermann, Hans-Rüdiger Pfister, Katrin Fischer (2005), Die Psychologie der Entscheidung - Eine Einführung, 2. Auflage, S. 191.

49 Josef T. Hallinan, „Lechts oder Rinks - warum wir Fehler machen“, S. 74 mit Hinweisen auf die Pionierarbeiten zum Rückschaufehler von Baruch Fischhoff;

Hanno Beck „Die Logik des Irrtums“, S. 73.

50 Lothar Kuhlen, Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Bewertung im Strafrecht und in der Moral, in: Heike Jung (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991,

Jeder Manager muss bei der Unternehmensführung den Rückschau-fehler oder auch „Hindsight-Bias“, in seiner Entscheidungsfindung einkalkulieren. Bei der Entscheidung, ob ein Risiko anzunehmen ist und ob es durch Schutzmaßnahmen abzuwenden ist, sollte im Zweifel ein Risiko angenommen werden. Es ist nämlich damit zu rechnen, dass alle, die das Schadensereignis im Nachhinein beurteilen, aufgrund des Hindsight-Bias dazu neigen, den Schadenseintritt als vorhersehbar und vermeidbar und damit als fahrlässig und schuldhaft einzustufen. Im Zweifel muss jeder Manager damit rechnen, dass ihm ein Organisationsverschulden vorgeworfen wird. Im Zweifel ist Managern zu empfehlen, ein Risiko anzunehmen und es abzuwenden.

### 1.8.10 Die Entscheidung über ein Schadensrisiko

Ist der Schaden noch nicht eingetreten, lässt sich darüber streiten,

- **erstens** ob ein drohender Schaden überhaupt eintreten wird, weil das Schadensrisiko sich nicht als Tatsache feststellen lässt,
- **zweitens** wie das Schadensrisiko abzuwenden ist, welche Schutzmaßnahmen in Form von Rechtspflichten vom Gesetzgeber vorgegeben oder von Gerichten schon entschieden sind oder vom Unternehmen selbst als Verkehrssicherungspflichten formuliert werden müssen.

Jedenfalls setzt die Ermittlung einer Rechtspflicht vor dem Eintritt eines Schadens die Annahme eines Schadensrisikos voraus. Ohne die Annahme eines Schadensrisikos, gibt es keinen Anlass zur Suche nach einer Rechtspflicht. Wer ein Risiko für ein geschütztes Rechtsgut verkennt, weil er etwa erstens nicht weiß, dass das Rechtsgut geschützt ist, oder weil er zweitens sich nicht vorstellen kann, dass sich aus einem Zustand oder einem Verhalten im Unternehmen ein Schaden entwickeln kann, hat keinen Anlass, Rechtspflichten zu prüfen und über die Risikoabwehr nachzudenken. Wenn kein Risiko anzunehmen ist, muss es auch nicht abgewendet werden. Der Ermittlung von Rechtspflichten muss also immer in einem Schritt zuvor die Prüfung vorausgehen, ob ein Risiko für ein geschütztes Rechtsgut im Unternehmen anzunehmen ist.

Das Verkennen von Risiken ist die häufigste Ursache für den Vorwurf des Organisationsverschuldens<sup>51</sup>. In allen zwanzig untersuchten klassischen Fällen<sup>52</sup>, in denen die Haftung auf Schadensersatz mit Organisationsverschulden begründet wurde, fehlte es an der Risiko-

---

S. 358, 360.

51 BGHZ 92 S. 143 ff. [Kupolofen-Entscheidung].

52 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];  
 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil];  
 RG vom 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759

analyse und vor allem fehlt es an der Anordnung im Unternehmen, durch die Unternehmensleitung eine Risikoanalyse vorzunehmen. Ohne Anordnung von Vorständen und Geschäftsführern oder Bürgermeisterern unternimmt niemand eine Risikoanalyse mit großem Aufwand und vielen Unwägbarkeiten. Gefährdungsbeurteilungen in Unternehmen gelten als die schwierigste Aufgabe. Unterbleibt die Risikoanalyse oder ist sie fehlerhaft, setzt sie eine Ursachenkette in Gang, die im Schaden am geschützten Rechtsgut und letztlich in der Schadensersatzhaftung wegen Organisationsverschuldens endet, weil das Risikomanagement versagt hat.

Will man die Hauptursache des Organisationsverschuldens vermeiden, muss man zunächst klären, was grundsätzlich unter einem Risiko zu verstehen ist, wie eine Risikoanalyse abzulaufen hat und wie sie anzuordnen ist.

---

[Warenhaus-Urteil];  
RG vom 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil];  
RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil];  
RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil];  
RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];  
RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil];  
BGH vom 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil];  
BGH vom 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil];  
BGH vom 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil];  
BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil];  
BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II];  
BGH vom 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil];  
BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gießerei-Urteil];  
BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil];  
BGH vom 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil];  
BGH vom 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968 (1968) S. 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil];  
BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil];  
BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil].

## 1.8.11 Der Begriff des Risikos

Die Aussage über ein Schadensrisiko ist eine Schadensprognose. Prognosen über Schäden haben wie alle Risikoaussagen immer die gleiche Struktur.

- **Erstens** besteht sie aus einer Schadensursache,
- **zweitens** dem Schaden als Wirkung dieser Ursache und
- **drittens** der Kausalbehauptung, dass der prognostizierte Schaden immer eintritt, wenn die Schadensursache vorliegt und sie nicht durch Schutzmaßnahmen abgewendet wird.

Die Kausalitätsbehauptung enthält wiederum einen Erfahrungssatz, dass der Schaden immer auf die Schadensursache folgt, weil darüber in der Vergangenheit Erfahrungen gemacht wurden, dass dieser mehrfach beobachtete Schadensverlauf aus der Vergangenheit deshalb auch in Zukunft gelten müsse und weil er bisher nicht widerlegt (falsifiziert) wurde.

Die Entstehung und die Geltung von Erfahrungssätzen ist im Zivilprozessrecht seit Friedrich Steins Untersuchung zu Erfahrungssätzen von 1893 bekannt. Seit dem werden Erfahrungssätze von konkreten Einzeltatsachen unterschieden. Der Erfahrungssatz wird aus der Beobachtung häufig mehrerer gleicher Ereignisse gebildet. Er wird durch den Schluss gekennzeichnet, dass sich unter bestimmten Bedingungen die selbe Folgeerscheinung wiederholen werden<sup>53</sup>. Die Gültigkeit von Erfahrungssätzen können „täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden“<sup>54</sup>.

Über die Kausalität und die Geltung von Erfahrungssätzen, dass ein Schaden immer auf eine bestimmte Schadensursache folge, lässt sich streiten, ohne dass dieser Streit über ein Schadensrisiko durch die üblichen Beweismittel vor Gericht über streitige Tatsachen entschieden werden könnte. Risiken sind nämlich keine Tatsachen, keine Fakten, sondern Fiktionen. Risiken sind immer zukünftige Ereignisse, die uns möglicherweise bevorstehen und uns bedrohen<sup>55</sup>. Wer Risiken behauptet, inszeniert einen noch nicht eingetretenen Scha-

53 Friedrich Stein, „Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse“, 1893, S. 19, 23, 24; Horst Konzen, „Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess in Festschrift für Gaul, 1997, S. 335; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: „Zivilprozessordnung“, 69. Aufl. 2011, Einführung zu § 284 Anm. 22 und § 546 Anm. 12.

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

55 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 29; Entscheidungscharakter des Risikobegriffs, Udo di Fabio, „Risikoentscheidungen im Rechtsstaat“, S. 8; sowie Ulrich Beck, „Die Begriffsprägende Wirkung“, S. 53.



den und vergegenwärtigt dadurch einen Schaden, der nur droht und nicht eingetreten ist. Der Schaden wird antizipiert und in Aussagen über Risiken vorweggenommen<sup>56</sup>. Risiken sind das Ergebnis von Risikophantasien. Ein Risiko existiert nicht deshalb, weil man es nicht sieht<sup>57</sup>. Vor allem Gerichte entscheiden nach dem Schadensereignis, ob vor dem Schadenseintritt ein für den Schaden Verantwortlicher den Schaden hätte vorhersehen und vermeiden können und ob ihn deshalb eine Schuld trifft, ob ein Risiko als Schadensrisiko gelten musste, deshalb abzuwenden war und ein Verantwortlicher für diesen Schaden haftet. Richter sagen aus der Vergangenheit die Zukunft voraus<sup>58</sup>.

Wenn eine Rechtspflicht im Unternehmen erfüllt werden soll, muss der regelmäßig hohe Aufwand mit der Annahme eines Schadensrisikos begründet werden. Regelmäßig wird aus Kostengründen die präventive Risikoabwehr eher vernachlässigt als gefördert.

Der häufigste Organisationsfehler besteht darin, die Organisationspflicht der Risikoanalyse nicht einzuhalten. Das Unterlassen der Risikoanalyse ist der Anfang einer Ursachenkette, die einen Schadensverlauf in Gang setzt. Wer keine Risikoanalyse betreibt, muss auch nicht über die Annahme eines Risikos entscheiden. Wer kein Risiko annimmt, hat auch keinen Anlass, nach Rechtspflichten zu recherchieren, die dazu dienen, ein Risiko abzuwenden. Wo kein Risiko angenommen wird, muss es auch nicht abgewendet werden. Sind Risiken und Rechtspflichten den Mitarbeitern im Unternehmen erst gar nicht bewusst, kommt es zu Gesetzesverstößen wegen Unkenntnis der Rechtspflichten. Sie können nicht delegiert und nicht kontrolliert werden und bleiben im Unternehmen unbeachtet.

Die Risikoanalyse muss von den Verantwortlichen im Betrieb für ihren jeweiligen Verantwortungsbereich betrieben werden. Nur die unternehmenseigenen Mitarbeiter sind in der Lage zu erkennen, welche Schäden sich aus ihrem nahen betrieblichen Umfeld entwickeln können. Nur sie verfügen über die Risikophantasie und die Erfahrung in ihrem jeweiligen Betriebsteil. Die Risikoanalyse kann

---

56 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 30.

57 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 28;  
Cornelius Prittwitz: Strafrecht und Risiko 1993, S. 297;  
Udo Di Fabio, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994, S. 53;  
Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2000, S. 159;  
der Risikobegriff des Soziologen Ulrich Beck wird von Juristen rezipiert, insbesondere beschreiben Di Fabio und Calliess, in welchem Umfang der Risikobegriff, vor allem in das Verwaltungsrecht, eingeführt wurde, insbesondere auch in Abgrenzung zum Begriff der Gefahr.

58 Lothar Kuhlen, Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Bewertung im Strafrecht und in der Moral, in: Heike Jung (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 358, 360.

auch nicht durch Juristen, sondern muss durch Naturwissenschaftler, Techniker und Betriebswirte geleistet werden. Im Rahmen der Rechtsanwendung ist in der Vielzahl von über 10.000 Gesetzen und sonstigen Regelwerken die Rechtspflicht zu ermitteln, die das spezielle Risiko im Betriebsteil abwenden soll. Naturwissenschaftler, Techniker und Juristen müssen hierbei kooperieren. Es stellt sich die Frage, wer berechtigt und verpflichtet ist, über die Annahme eines Risikos zu entscheiden und damit gleichzeitig den Aufwand zur Risikoabwehr zu rechtfertigen sowie Rechtspflichten zu ermitteln oder als Verkehrssicherungspflichten zu formulieren, die der Risikoabwehr dienen.

### **1.8.12 Kalkulierbare Risiken und unkalkulierbare Unsicherheiten**

Wenn Risiken als Schadensprognosen zu verstehen sind, als vorweggenommene, eingebildete und gefühlte Schäden, stellt sich die Frage, ob Schäden kalkulierbare und vorhersehbare oder unkalkulierbare und unvorhersehbare Ereignisse sind.

Um die beiden Fälle des vorhersehbaren von dem unvorhersehbaren Schadensereignis unterscheiden zu können, werden zwei Begriffe verwendet, nämlich Risiko und Unsicherheit. Die Finanzwirtschaft verwendet den Begriff Risiko für kalkulierbare Gefahren. Ulrich Beck verwendet in der Soziologie den Begriff Risiko für unvorhersehbare und unkalkulierbare Ereignisse. In der Wirtschaftswissenschaft wird für unvorhersehbare Ereignisse nicht der Begriff Risiko, sondern Unsicherheit verwendet<sup>59</sup>. Ulrich Beck beschäftigt sich 1986 in seinem Buch Risikogesellschaft kritisch mit der Frage der Kalkulierbarkeit von Risiken. Er kommt zu dem Ergebnis, dass viele Dinge, die als kalkulierbare Risiken dargestellt werden, sich später als unkalkulierbare Unsicherheiten herausstellen und dass es gerade mehr und bessere Wissenschaft ist, die diese Unsicherheiten der Risikoanalyse sowie das in ihr versteckte oder verleugnete Nichtwissen aufdeckt<sup>60</sup>.

Bei der Diskussion ist deshalb darauf zu achten, dass es verschiedene Auslegungen des Begriffs Risiko gibt, nämlich das angeblich kalkulierbare und das unkalkulierbare Risiko. Erst mit dem Anbruch der Moderne wurde die Zukunft als kalkulierbar und prognostizierbar verstanden. In der vormodernen Zeit lag das Schicksal und die Zukunft in Gottes Hand. Im 17. Jahrhundert wurde die Wahrscheinlichkeitsrechnung erfunden. Die Wissenschaftsgeschichte datiert die Wahrscheinlichkeitsrechnung auf das Jahr 1651, den Briefwech-

---

59 Der aktuelle Meinungsstand wird dargestellt bei Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Weltrisikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 43 ff.; der Begriff der Unsicherheit wurde eingeführt von Frank H. Knight, 1921.

60 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Weltrisikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 43.

sel zwischen Pierre de Fermat und Blaise Pascal. Die Wahrscheinlichkeitsrechnung ist der erste Versuch der Kontrolle des Unberechenbaren. Die Welt wurde nach Kausalgesetzen geordnet. Die Zukunft erschien vorhersehbar. Gegen potenzielle Gefahren gab es seitdem Versicherungen. Ökonomisch und finanziell ließ sich über die Zukunft nachdenken. Investitionen gehörten zum strategischen Handeln und zielten auf potenziellen Profit<sup>61</sup>. Die Zukunft erschien als die bloß verlängerte Gegenwart. Von den Ereignissen der Vergangenheit glaubte man auf die Ereignisse der Zukunft schließen zu können. Man glaubte an die Möglichkeit der statistischen Berechnung der Zukunft an die Mittel der Wahrscheinlichkeitsrechnung und an das Risikomanagement. Menschen streben mit Hilfe von Wissen, Technik und Wissenschaft danach, jede mögliche Kausalkette, jedes mögliche zukünftige Verhalten oder jeden zukünftigen Zustand eines bestimmten Gegenstands vorwegzunehmen und zu kontrollieren.

Inzwischen setzt sich die Gegenansicht durch. Es ist das genaue Gegenteil des Glaubens an Wahrscheinlichkeitsrechnungen und Risikomanagement. Bei Ulrich Beck wird diese Position Reflexivität oder Selbstbesinnung der Moderne genannt. Es handelt sich um die Vorstellung, dass die Welt viel zu komplex sei, als dass sie in größerem Maßstab zu kalkulieren ist. Zwar glaubt man, auch die Komplexität in die Berechnung einbeziehen und beherrschen zu können. Vor allem im Finanzwesen glaubt man das zukünftige Marktverhalten berechnen und vorhersagen zu können<sup>62</sup>. Hoffnungen und Zweifel wechseln sich in der Debatte um das kalkulierbare Risiko und die nicht kalkulierbare Unsicherheit ab<sup>63</sup>.

Für die Frage nach den Grenzen des Risikomanagements ist entscheidend, ob es in den Einzelfällen um kalkulierbare Risiken oder um nicht kalkulierbare Unsicherheiten geht. Die Verantwortung des Risikomanagers hängt davon ab, ob man ihm vorwerfen kann, er habe einen Schaden vorhersehen, berechnen und vermeiden können. Vertritt man die Theorie der Kalkulierbarkeit des Risikos, wird man vom Risikomanager verlangen, dass er Schadensereignisse vorher sieht, berechnet und ihre Abwehr betreibt und den Schadensfall auch zu verantworten hat. Wer dagegen die Ansicht vertritt, Schadensereignisse seien unkalkulierbare Unsicherheiten, unvorhersehbar, unvermeidbar, kann davon ausgehen, dass der Risikomanager Schadensereignisse nicht zu verantworten hat. Daran schließt sich allerdings die Frage an, wie er seine Pflicht zum Risikomanagement zu erfüllen hat, wie er sich bei unkalkulierbaren Unsicherheiten zu verhalten hat, um Schaden abzuwenden und wie er den Fahrlässigkeitsvorwurf des Versagens beim Risikomanagement vermeiden will.

---

61 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Welt-risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 45.

62 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Welt-risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 47.

63 Jakob Arnoldi, *Alles Geld verdampft, Finanzkrisen in der Welt-risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, S. 49.

### 1.8.13 „Die strukturelle Ungewissheit“ nach Ulrich Beck als Grenze des Risikomanagements

Werden drohende Schäden noch vor dem Schadensereignis als Risiken inszeniert, vorweggenommen, beschrieben, erzeugen sie Reaktionen bei denen, die die Inszenierung des Schadens wahrnehmen. Werden Risiken inszeniert, werden sie als Drohkulisse wahrgenommen. Als Reaktion werden vorbeugende Schutzmaßnahmen zur Abwehr des drohenden Schadens erwartet<sup>64</sup>. In der Wirklichkeit existiert nicht der Schaden, sondern die Angst vor dem Schaden, die Furcht vor der Katastrophe.

Ist das Risiko erstmals als neues Risiko wahrgenommen, reagieren in aller Regel Verbraucherverbände und alle, die von einem Schaden bedroht sind. In der Finanzkrise die geschädigten Anleger, in der BSE-Krise die Fleischkonsumenten. Sobald die Medien über Feinstaub und seine Risiken berichten, werden gesetzliche Schutzregeln gefordert. Risiken, die von Gefahrenquellen ausgehen, die von Unternehmen geschaffen, unterhalten und beherrscht werden, lösen Verkehrssicherungspflichten aus. Die erstmalige Wahrnehmung der öffentlichen Diskussion von Risiken schafft einen Druck zur Regulierung dieses Risikos. Risiken entstehen als Nebenfolgen von Entscheidungen in der Wirtschaft und in der Industrie. Das gleiche Risiko kann je nach Betroffenheit variierend wahrgenommen werden.

Allein die Tatsache, dass über Risiken gestritten wird, zeigt, dass das Risiko real ist in Form der Diskussion über das Risiko, ob es sich tatsächlich um ein Risiko handelt oder um zu bagatellisierende Panikmache. Einzelnen, in Gruppen und Bevölkerungen werden Risiken widersprüchlich wahrgenommen. Jede inszenierte Drohkulisse löst Schadensvermeidungsaktivitäten aus. Die Inszenierung des Risikos als Drohkulisse kann Einfluss auf gegenwärtige Entscheidungen nehmen, vorbeugende Maßnahmen auslösen, durch den Gesetzgeber oder die Unternehmen selbst und auf diese Weise den Schaden vermeiden. Löst die Vorhersage eines Schadens durch eine Risikodiagnose Schutzmaßnahmen aus, wird die Risikodiagnose zur „sich selbst widerlegenden Prophezeiung“<sup>65</sup>.

Hierbei zeigt sich eine wichtige Aufgabe des Risikomanagements. Gelingt es dem Risikomanagement durch eine möglichst furchterregende Drohkulisse die Furcht vor dem drohenden Schaden so zu steigern, dass Schutzmaßnahmen mobilisiert werden, hätte das Risikomanagement seine Aufgabe voll erfüllt.

---

64 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft, Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 32.

65 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft, Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 30.

### 1.8.14 Von der Tragik des erfolgreichen Risikomanagers

Der Erfolg des Risikomanagers bemisst sich an den abgewendeten Risiken. Je weniger Schäden sich ereignen, umso eher provoziert er die These, es gäbe gar keine Risiken, es passiere ja nichts und deshalb sei das Risikomanagement überflüssig, rechtfertige seine Kosten nicht und sei im Ergebnis verzichtbar. Nach dem added value wird gefragt. Mit seinem Erfolg droht sich ein Risikomanager überflüssig zu machen. Schadensprognosen ohne Schadensereignis erscheinen wie Produkte einer überängstlichen Fantasie. Fiktion und keine Fakten.

Dieser Argumentation kann nur durch die Hinweise begegnet werden, dass jedes Risiko ein vorweggenommenes, hypothetisches und drohendes Schadensereignis ist und die Risikofantasie unverzichtbar ist, um Schutzmaßnahmen zu veranlassen. Wird ein Risiko erst gar nicht inszeniert, fehlt jeder Anlass, sich mit Maßnahmen der Schadensvorsorge zu beschäftigen.

Risiken lassen sich in vielen Fällen auch nicht durch Experimente beweisen. Erst der Schadenseintritt ist der Beweis, dass die Schadensprognose berechtigt ist. Nach dem Schadenseintritt kommt jedoch jede Schadensabwehrmaßnahme zu spät.

Durch Schaden wird man klug. Diese Volksweisheit bleibt dann noch als schwacher Trost für den, der den Schaden hat. Und wer den Schaden hat, braucht für den Spott nicht zu sorgen, erklärt die Alltagserfahrung den Reputationsverlust nach dem Schadenseintritt.

Die Risikoabwehr wird als überflüssig empfunden, weil das Risiko ein inszeniertes, vorweggenommenes Schadensereignis ist und sich über das Risiko endlos streiten lässt, bis der Schaden entstanden ist und das Risiko sich dadurch selbst bewiesen hat und der Vorwurf des Versagens beim Risikomanagement erhoben wird. Die Wirklichkeit des Risikos zeigt sich gerade darin, dass es umstritten ist. Risiken lauern überall. Einige werden hingenommen, andere nicht. Je größer und objektiver ein Risiko erscheint, desto mehr hängt seine Wirklichkeit von der kulturellen Bewertung ab. Die Objektivität eines Risikos ist Produkt seiner Wahrnehmung und seiner Inszenierung<sup>66</sup>. Die Risikoabwehr reduzieren oder ganz abschaffen, hieße soviel wie, die Feuerwehr mit der Begründung abschaffen, es habe ja länger nicht gebrannt, oder das Anschnallen beim Autofahren für überflüssig halten, weil man noch keinen Unfall hatte. Nach dem Unfall nutzt Anschnallen nichts mehr.

Risikoabwehr in der Industrie wird in Form von aufwändiger Wartung der Anlagen betrieben. Auf die Abwehr des Risikos von Maschinenstörungen zu verzichten bedeutet, Produktionsstörungen in Kauf zu nehmen mit der Begründung, weil ja immer alles läuft und

---

66 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft, Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 36.

nichts passiert. Ursache und Wirkung werden hierbei verwechselt. Es passiert nichts wegen der Risikoabwehr. Es passiert möglicherweise aber etwas, wenn die Risikoabwehr unterlassen wird.

An Risiken und Warnungen glaubt man nicht, weil Risiken nicht sichtbar sind. Auch an die Finanzkrise hat niemand trotz massiver Warnungen geglaubt, weil sie nicht sichtbar ist. Renommierter Wissenschaftlicher wie Nouriel Roubini und Robert Shiller haben in Amerika gewarnt. Roubini wurde sogar im Fernsehen verlacht und als Dr. Doom (Dr. Untergang) verspottet<sup>67</sup>.

Risikoaussagen sind zunächst unbestätigte Prognosen. Bestätigt werden sie spätestens beim Schadenseintritt. Die Risikoabwehr ist dann zu spät und verschleppt. Es reicht nur noch zur Schadensbegrenzung, zum Schadensersatz und zum Schutz vor gleichen Schäden in der Zukunft. Risikomanager müssen dafür sorgen, dass das Risiko nicht in Vergessenheit gerät.

In Java siedelt die Bevölkerung an den fruchtbaren Vulkanhängen und hat vergessen, dass ein Vulkan, wenn auch in großen Zeitabständen ausbrechen kann. Es ist der sprichwörtliche Tanz auf dem Vulkan.

Weil man erst durch Schaden klug wird, hoffen Risikomanager oft klammheimlich auf das große Schadensereignis, um die Notwendigkeit ihres Risikomanagements beweisen zu können.

In aller Regel bewegen erst große Schadensereignisse in Firmen zum Risikomanagement. Exxon Valdez bei Esso, Texas City bei BP, Siemens nach der Korruptionsaffäre und die Deutsche Bahn nach der Datenaffäre.

Erst nach der Katastrophe werden Regeln zum Risikomanagement und zur Risikoabwehr aufgestellt. Es werden Rechtspflichten vom Gesetzgeber erlassen. Die Rechtspflichten bleiben als lästige Gesetze und Verordnungen. Vergessen werden die Katastrophen, die Krisen und die Schäden sowie die Zusammenhänge. Sie sind die Ursachen der aktuellen Rechtspflichten, die aktuell als lästige Überregulierung empfunden werden und zwar nur, weil die Schäden vergessen werden, die den Gesetzgeber veranlasst haben, Rechtspflichten vorzugeben. Die Explosion im Ammoniumnitratlager bei BASF hat zur Lagermengenbegrenzung in Ammoniumnitratlagern geführt, und strengere Regelungen in der Gefahrstoffverordnung begründet<sup>68</sup>.

Die Einsicht in diese Zusammenhänge führt zu der Empfehlung an die Unternehmensführung alle einschlägigen Gesetze, Verordnungen und Rechtspflichten einzuhalten. Die Einhaltung von Rechtspflichten ist das beste Risikomanagement. Mit jeder Rechtsvorschrift werden Risiken abgewehrt, jede Rechtspflicht bietet Rechtsschutz vor einem bestimmten Risiko, das einmal zu einem Schaden geführt

---

67 Patrick Bernau, FAZ vom 02.11.2008.

68 Gefahrstoffverordnung, Anhang III, Nr. 6.

hat und deshalb als Risiko entdeckt wurde<sup>69</sup>.

Bevor auf diese Entscheidungsbefugnis eingegangen wird, soll noch geklärt werden, wie die Informationen über Risiken aus dem Betrieb und zwar aus den unteren Hierarchieebenen, in die Führungsebene zu holen oder zu bringen sind.

### 1.8.15 Die Meldemaske<sup>70</sup> zur Informationsbeschaffungspflicht

## Funktion 1.8

Seit 1911 verlangt die Rechtsprechung, dass sich Vorstände und Geschäftsführer über die Risikolage im Unternehmen, insbesondere über Risikofaktoren, über Indizien, die auf ein Schadensrisiko schließen lassen, über besondere Vorkommnisse, Abweichungen vom Normalbetrieb, Änderungen von Sachverhalten im Unternehmen, die ein Schadensrisiko bergen können, informieren lassen müssen.

Aus allen analysierten Fällen zum Organisationsverschulden ergibt sich die Besonderheit, dass der Schaden durch nachgeordnete Mitarbeiter des Unternehmens meist auf unteren Hierarchieebenen verursacht wird und das Organisationsverschulden bei Vorstand und Geschäftsführer ausgelöst wird. Als Organisationsverschulden wird vorgeworfen, durch organisatorische Maßnahmen hätte der Schaden auf unterster Hierarchiestufe verhindert werden können. Das Hauptproblem besteht darin, dass Vorstände in der Regel über Risiken aus allen Unternehmensteilen nicht informiert sind. Zur Organisation verpflichtete Vorstände und Geschäftsführer versuchen sich regelmäßig mit dem Hinweis auf ihre Unkenntnis über die Risikolage zu entlasten. Diese Entlastungsversuche scheitern immer wieder an dem gleichen Argument der Rechtsprechung, der Vorstand habe sich informieren lassen müssen und sich die Informationen beschaffen können. Seit dem Kutscher-Urteil von 1911 wird diese „Informationsbeschaffungspflicht“ in ständiger Rechtsprechung wiederholt. Gleichwohl berufen sich seit über 100 Jahre Organe auf ihre Unkenntnis<sup>71</sup>. Sich auf Unkenntnis zu berufen ist keine Entlastung,

---

69 Mark Schweizer, Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste, in decisions ch, Schweizer Kennzeichenrechtliche Entscheide.

70 Wahlthema 5/2012: „Die neue Meldemaske als Mittel des Risikomanagements zur Beschaffung von Informationen“.

71 OLG Stuttgart vom 19.02.2012 (20 U 3/11) zur „Sardinien-Äußerung“ eines Aufsichtsrats;  
 VG Frankfurt am Main, Urteil vom 08. Juli 2004, WM 2004, S. 2157 [„Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand];  
 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil];  
 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil];  
 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil];  
 BGH vom 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104

sondern eine Belastung, weil sie offen legt, dass das jeweilige Organ seine Informationsbeschaffungspflicht verletzt hat. Im Strafrecht schützt Unkenntnis nicht vor Strafe und im Zivilrecht nicht vor der Haftung.

Auch der Vorstand einer Versicherungsgesellschaft mit der Ressortzuständigkeit für das Controlling hat sich auf die Unkenntnis berufen. Insbesondere sei er nicht über den drastischen Wertverfall der Kapitalanlagen seiner Versicherungsgesellschaft durch das dafür zuständige Kapitalanlagenressort informiert worden. Von dem erheblichen Anstieg der stillen Lasten habe er keine Kenntnis gehabt. Auf seine Nachfragen sei er vom Kapitalanlagenressort falsch informiert worden. Als Controlling-Vorstand sei er für dieses Ressort nicht zuständig gewesen.

Auf Grund dieser Begründung wurde er als Vorstand wegen fehlender Eignung abberufen. Er hätte sich selbst über eine ausreichende Kursabsicherung informieren müssen, da ihm das hohe Verlustrisiko und die problematische Lage am Aktienmarkt bekannt gewesen sei. Auf Grund des Prinzips der Gesamtverantwortung des Vorstands habe er im Rahmen eines Plan-Ist-Vergleichs sich selbst informieren lassen müssen. Der erfolglose Entlastungsversuch bestand auch in dieser Entscheidung darin, sich auf Unkenntnis zu berufen und was im Ergebnis seine Abberufung als ungeeigneter Vorstand ausgelöst hat<sup>72</sup>.

Mit der Funktion der Meldemaske (siehe Funktion Nr. 1.8) kann ein Vorstand oder Geschäftsführer seine Organisationspflicht zur Beschaffung von Informationen über Risikofaktoren und Risikoerfahrungen erfüllen. Dazu gehört selbstverständlich auch die Anordnung einer Pflicht für alle Mitarbeiter des Unternehmens, über Risiken und Risikoerfahrungen die Geschäftsleitung zu informieren. Die angeordnete Meldepflicht muss allen Mitarbeitern im Unternehmen auferlegt werden. Jeder muss in seinem Verantwortungsbereich Risikoanalysen betreiben und die Informationen entweder an den Vorstand oder Geschäftsführer oder an die vom Vorstand bestimmten Personen melden. Die Risikosachverhalte sind nach ihrem Schadenspotential zu untersuchen. Dabei ist zunächst internes Erfahrungswissen einzusetzen. Reicht dies nicht aus, sind externe Experten hinzuzuziehen. Lässt sich die Ursache eines Missstandes nicht ermitteln und scheitert daran die Formulierung einer Verkehrssicherungspflicht, muss der Vorstand koordinierend eingreifen<sup>73</sup> und Krisenmanagement betreiben. Nur mit der Meldemaske

---

[Gießerei-Urteil];

BGH vom 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961)

S. 455 [Propagandisten-Urteil];

BGH vom 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971)

S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil].

72 VG Frankfurt am Main, Urteil vom 08. Juli 2004, WM 2004, S. 2157 [„Stille Lasten“ oder der ungeeignete Vorstand].

73 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026



und der Anordnung zur Meldung von Risiken von den unteren in die oberen Hierarchiestufen der Organe lässt sich das chronische Informationsdefizit über Unternehmensrisiken ausgleichen. Mit der Funktion der Meldemaske können Geschäftsleiter ihre Informationsbeschaffungspflicht erfüllen. „Die Geschäftsleitung muss einerseits („bottom up“) dafür sorgen, dass sie selbst alle risikorelevanten Informationen erhält, andererseits dafür, dass („top down“) alle Mitarbeiter das für sie erforderliche Wissen haben.“<sup>74</sup>

Zusätzlich geregelt ist die Informationsbeschaffungspflicht in § 91 Abs. 2 AktG, wonach der Vorstand verpflichtet ist, „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit dem Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Handlungen früh erkannt werden“. Darüber hinaus regelt § 90 AktG Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat. Die ordnungsgemäße Berichterstattung setzt organisatorische Maßnahmen voraus. Im Vorfeld muss sich der Vorstand selbst wiederum Informationen über die Themen seiner Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat beschaffen. Auch dazu kann die Meldemaske eingesetzt werden. Das gleiche gilt für die Vorbereitung zur Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Danach haben Vorstand und Aufsichtsrat zu erklären, ob den Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex entsprochen wurde oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Dies gilt auch bei nützlichen Pflichtverletzungen<sup>75</sup>.

Zur Leitungsaufgabe der Vorstandsmitglieder gehört die Legalitätspflicht, nämlich sich bei der Amtsführung gesetzestreu zu verhalten<sup>76</sup>. Die Geschäftsführerin einer GmbH ist verpflichtet, ihren Prokuristen zu einer gesetzmäßigen Ausführung der Geschäfte anzuhalten und ihm notfalls die Prokura zu entziehen. Eine gegenteilige Weisung des Mehrheitsgesellschafters wäre rechtswidrig. Die Geschäftsführerin wäre an sie nicht gebunden. „Jedenfalls lässt sich die vom Geschäftsführer wahrzunehmende öffentlich rechtliche Pflicht des Unternehmensträgers, im Unternehmen für gesetzmäßige Zustände zu sorgen, nicht durch die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft außer Kraft setzen. Andernfalls könnte ein Fremdgeschäftsführer seine durch § 130 OWiG sanktionierten Pflichten in vielen Fällen von vornherein nicht wahrnehmen.“ Zur Legalitäts-

---

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

74 Dennis Bock, Criminal compliance, Nomos, 2011, S. 618, 619.

75 Bürkle, BB, 2005, 565 (567), dazu ausführlich: Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 4/2005.

76 BGHZ, 125, 366 (372) Urteil vom 13.04.1994 [Durchgriffshaftung bei GmbH-Gesellschaftern];  
BGH vom 15.10.1996 (VI ZR 319/95), in: DB 1996, 2483 [Legalitätspflicht des GmbH-Geschäftsführers zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten].

kontrolle gehört die Pflicht für jedes Vorstandsmitglied, in seinem Verantwortungsbereich durch geeignete organisatorische Maßnahmen für ein gesetzestreu Verhalten seiner Angestellten zu sorgen. Zu den Aufgaben eines Geschäftsführers einer GmbH gehört es, dafür zu sorgen, dass die der Gesellschaft auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten erfüllt werden, insbesondere die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Diese Pflichten können die Geschäftsführer nicht auf andere Personen im Rahmen einer Zuständigkeitsregelung mit befreiender Wirkung delegieren. Allerdings können durch die Delegation von Aufgaben die deliktischen Verantwortlichkeiten des Geschäftsführers beschränkt werden. In jedem Fall verbleiben Überwachungspflichten, die den Geschäftsführer zum Eingreifen verpflichten können. Durch die Delegation ist ihre eigene Verantwortung als Geschäftsführer nicht erloschen. Der Geschäftsführer braucht die in sein Ressort fallenden Aufgaben nicht in eigener Person zu erledigen. Vielmehr kann er sie auf andere Personen delegieren. Kraft seiner Organisationsgewalt muss er dann aber sicherstellen, dass die der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch die damit beauftragten Arbeitnehmer auch tatsächlich erfüllt werden. Bei einer ordnungsgemäßen Organisation kann er sich im Allgemeinen auf die Erledigung durch die dazu berufenen Person verlassen, solange zu Zweifeln kein Anlass besteht. Jedoch trifft ihn auch in soweit eine Überwachungspflicht, die ihn zum Eingreifen verpflichten kann<sup>77</sup>. So lange keine Anhaltspunkte für eine sorgfaltswidrige Geschäftsführung vorliegen, ist ein Vorstandsmitglied trotz des Grundsatzes der Gesamtverantwortung nicht verpflichtet, Aufsichtsmaßnahmen in Bezug auf ein Nachbarressort zu ergreifen. Grundsätzlich hat jedes Vorstandsmitglied Aufsichtspflichten in Bezug auf die Nachbarressorts. Ein Vorstandsmitglied ist für pflichtwidriges Verhalten jeweils für ein Ressort zuständig und hat persönlich dafür Sorge zu tragen, dass in seinem Bereich eine Überwachungsstruktur entsteht und die ihm unterstellten Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt sind<sup>78</sup>. Mitglieder des Unternehmens können für den Vertrieb eines schadensstiftenden Produkts auch dann strafrechtlich als Täter einzustehen haben, wenn Sie in Kenntnis des Mangels das Produkt weitervertrieben lassen. Zurechnung zur Täterschaft erfordert nicht die eigenhändige Verwirklichung des Straftatbestands<sup>79</sup>. Jeder Geschäftsleiter muss deshalb darauf achten, dass die von seinem Unternehmen vertriebenen Produkte gesetzliche Anforderungen erfüllen, will er selbst sich nicht persönlich dem Risiko einer Straftat aussetzen.

In der seit dem 24. April 2012 geltenden neuen DIN-EN ISO 50001:

---

77 BGH vom 15.10.1996 (VI ZR 319/95), in: DB 1996, 2483 [Legalitätspflicht des GmbH-Geschäftsführers zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten].

78 OLG Köln vom 31.08.2000 – 18 U 42/00, NZD 2001, 135 (136).

79 Glykol-Wein-Skandal BGH Urteil vom 19.07.1995 – 2 StR 758/94 (LG Bad Kreuznach), NJW 1995, 2933.

2011, ist unter 4.5.3 geregelt, dass die Organisation bezüglich ihrer energiebezogenen Leistung und ihres Energiemanagementsystems, entsprechend ihrer Größe, intern kommunizieren muss. Die Organisation muss einen Prozess umsetzen, der es allen in der Organisation oder in deren Namen arbeitenden Personen ermöglicht, Kommentare oder Verbesserungsvorschläge zum Energiemanagementsystem abzugeben. Die Organisation muss entscheiden, ob sie ihre Energiepolitik, ihr Energiemanagementsystem und ihre energiebezogene Leistung extern kommunizieren will und muss ihre Entscheidung dokumentieren. Wenn die Entscheidung zu Gunsten einer externen Kommunikation ausfällt, muss die Organisation eine Methode für die externe Kommunikation einführen und verwirklichen.

Die Meldemaske des Managementsystems **„Recht im Betrieb“** kann die in der neuen DIN-Norm 50001:2011 verlangte Funktion erfüllen. Sie kann sämtliche Kommentare und Erfahrungen und Verbesserungsmöglichkeiten zum Energiemanagement aus allen Unternehmensteilen sammeln und an einer dafür eingesetzten Stelle bündeln. Die Meldemaske trägt damit dazu bei, einen Kanal zu öffnen, um vorhandene Informationen aus der Belegschaft in die Führungsebene zu übermitteln. Mit diesem Melde- und Informationssystem lässt sich die kontinuierliche Verbesserung der energiebezogenen Leistung einer Organisation sicherstellen.

### **1.8.16 Die Entscheidung über Risiken**

Ob ein Risiko anzunehmen ist, lässt sich nicht wie eine Tatsache feststellen und im Falle des Bestreitens wie eine Tatsache beweisen. Vielmehr muss die Annahme eines Risikos Gegenstand einer Entscheidung sein<sup>80</sup>.

Schadensrisiken werden zu Tatsachen und lassen sich erst beweisen, wenn der Schaden eingetreten ist. Für die präventive Schadensabwehr ist es dann jedoch zu spät. Die Risikoabwehr erübrigt sich ab dem Eintritt des Schadens. Risiken müssen deshalb so früh erfasst und entschieden werden, dass sie durch die Einhaltung von Rechtspflichten noch abgewendet werden können, noch bevor der Schaden eintritt. Die Schadensfrüherkennungspflicht ergibt sich für Vorstände von Aktiengesellschaften aus § 91 Abs. 2 AktG, wonach „gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden müssen und dazu geeignete Maßnahmen, insbesondere Überwachungssysteme einzurichten sind“. Entscheiden bedeutet dagegen, zwischen

---

80 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 50 f.;  
Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2000, S. 165;  
Thomas Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, S. 94;  
Udo Di Fabio, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, 1994, S. 62;  
im Strafrecht unterscheidet Prittwitz zu Recht Entscheidungen des Strafgesetzgebers, der Normadressaten und der Strafgerichtete, Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko 1993, S. 83 ff., 88 sowie der Hinweis auf die Entscheidungstheorie auf S. 90.

unterschiedlichen Alternativen zu wählen. Das Entscheidungsverfahren über Risiken hat eine besondere Struktur. Entscheiden und Erkennen sind unterschiedliche Verfahren. Erkennen kann man nur Tatsachen. Sie kann man feststellen, ermitteln und beweisen. Sie sind entweder wahr oder falsch. Entscheiden bedeutet dagegen zwischen unterschiedlichen Alternativen eine Wahl zu treffen und sich für die Alternative zu entscheiden<sup>81</sup>, die die vorteilhaftesten Folgen verspricht, nämlich den höchsten Rechtsschutz bei geringstem Aufwand. Ein Entscheidungsergebnis ist nicht wahr oder falsch wie das Ermittlungsergebnis von Tatsachen, sondern hat lediglich Vor- oder Nachteile. Ein Entscheidungsfehler wäre es, sich für eine Alternative zum eigenen Nachteil und zum Nachteil des Unternehmens zu entscheiden.

Die Annahme eines Risikos setzt zunächst erstens einen Risikofaktor voraus, der sich als Tatsache ermitteln lässt und zweitens die Erfahrung, die den Schluss auf einen drohenden Schaden zulässt, weil Erfahrungen bestehen, dass auf den Risikofaktor in der Vergangenheit immer ein Schaden gefolgt ist und deshalb auch in Zukunft folgen wird und weil schließlich die Erfahrung nicht widerlegt ist. Der Risikofaktor ist regelmäßig eine Tatsache, die sich beobachten lässt, wie zum Beispiel ein unzuverlässiger Kutscher<sup>82</sup>, eine Stolperstelle auf dem Bürgersteig<sup>83</sup>, Löcher im Asphalt<sup>84</sup>, offene Schranken am Bahnübergang<sup>85</sup>, Schnee und Eis auf der Straße<sup>86</sup>, ein Zeitungsartikel mit rufschädigendem Inhalt<sup>87</sup>. Von diesen Risikofaktoren kann aufgrund von Erfahrungen auf einen drohenden Schaden geschlossen werden. Ein unzuverlässiger Kutscher wird aus Erfahrung irgendwann einen Verkehrsschaden verursachen. Eine offene Bahn-schranke wird erfahrungsgemäß irgendwann zu einer Kollision von Zug und PKW führen. Eine Stolperstelle oder Eisglätte können den Sturz von Passanten verursachen. Zur Schadensprognose ist Risikophantasie erforderlich. Fehlt sie, muss sie ausdrücklich abgefragt werden. Fehlt es an internen Erfahrungen im Unternehmen, muss fremdes Expertenwissen hinzugezogen werden<sup>88</sup>. Die Meldemaske

81 Jungermann, Pfister, Fischer „Die Psychologie der Entscheidung“, S. 2 ff. zum Begriff der Entscheidung.

82 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

83 RG vom 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 Nr. 35 S. 50 [Neuzement-Urteil].

84 RG vom 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphalt-Vertiefungs-Urteil].

85 RG vom 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil].

86 RG vom 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil];  
BGH vom 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II].

87 BGH vom 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil].

88 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026

ist hierbei eine wirksame Hilfe. Auch die fehlende Erfahrung ist eine Meldung wert. Lässt sich die Ursache für einen Missstand nicht klären, muss der Vorstand eingreifen und Krisenmanagement betreiben<sup>89</sup>.

Von der Aussage über Risiken ist nur der Risikofaktor eine Tatsache, der sich wie eine Tatsache feststellen lässt. Die Schlussfolgerungen bei der Schadensprognose dagegen ist eine Fiktion, die das Ergebnis eines gedanklichen Vorgangs ist, wobei das Ergebnis je nach der Erfahrung unterschiedlich ausfallen kann und erst beim Schadenseintritt oder beim Ausbleiben des Schadens entgültig feststeht.

### **1.8.17 Über Risiken streiten heißt über Erfahrung streiten**

Über Risikoaussagen lässt sich endlos streiten. Keine Aussage ist abschließend. Alles Wissen ist nämlich nur vorläufig. Wird über die schädlichen Auswirkungen von Risikofaktoren gestritten, wird um unterschiedlichen Prognosen gestritten. Es sind im Ergebnis konkurrierende Theorien und Erfahrungen über Schadensverläufe und über die besten und wirkungsvollsten Schutzmaßnahmen zur Abwehr eines Risikos. Es ist die Frage, welche Erfahrungssätze und Theorien bei Schadensprognosen und Schutzmaßnahmen bei Entscheidungen zu verwenden sind und welche nicht zur Entscheidung herangezogen werden können. Über die Frage, welche Aussagen über konkurrierende Theorien gemacht werden können, beschäftigt sich die Erkenntnistheorie. Sie bietet Ausleseverfahren für Theorien und Erfahrungssätze, die um Anerkennung und Geltung konkurrieren. Über Erfahrungssätze und Theorien lässt sich nur sagen, dass sie nicht zu beweisen sind. Sie sind nicht wahr oder falsch und nicht verifizierbar. Sie können allenfalls widerlegt und falsifiziert werden. Jeder Erfahrungssatz gilt nur solange, solange er nicht widerlegt ist<sup>90</sup>. Für das Risikomanagement bedeutet dieses Ergebnis, dass erstens alle bei einer Entscheidung über ein Risiko verwendeten Theorien und Erfahrungssätze offengelegt werden müssen und ständig darauf geprüft werden müssen, ob sie noch gelten oder ob sie widerlegt sind. Es wäre ein Entscheidungsfehler, wenn sich eine Entscheidung über ein Risiko auf eine widerlegte Erfahrung stützen würde.

---

[Fuhrwerk-Urteil] ];  
BGH vom 06.07.1990 (2 STR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560  
[Lederspray-Urteil];  
RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

89 RG vom 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026  
[Fuhrwerk-Urteil];  
BGH vom 06.07.1990 (2 STR 549/89), in: NJW 1990 S. 2560  
[Lederspray-Urteil].

90 Popper, „Logik der Forschung“ (1971), 4. Auflage, S. 16; Nassim Taleb, „Der Schwarze Schwan: Die Macht höchst unwahrscheinlicher Ereignisse“ (2008), zuletzt zum Induktionsproblem als Grenze des Risikomanagements.

Als Konsequenz ist der Unternehmensführung zu empfehlen, nicht nach verifizierbarem, endgültigem und angeblich wahren Wissen zu suchen und deswegen die Risikoabwehr zu verschleppen und den Zeitpunkt der frühestmöglichen Schadensabwehr zu verpassen. Aus Angst vor Fehlern beim Risikomanagement darf niemand untätig bleiben. Manager haben die Aufgabe, menschliches Fehlverhalten im Entscheidungsverfahren zu vermeiden. Da Annahmen von Risiken das Ergebnis von Entscheidungen sind, gilt es vor allem, allgemein bekannte Entscheidungsfehler zu verhindern<sup>91</sup>.

### **1.8.18 Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler**

Der Confirmation-Bias ist ein Entscheidungsfehler und intuitiver Irrtum. Es ist irrational, nach Beweisen für Theorien zu suchen, wenn die Erkenntnistheorie nachvollziehbar erklärt, dass Theorien nicht zu verifizieren, sondern nur zu falsifizieren sind. Der Confirmation-Bias führt dazu, dass Vorurteile schnell gefasst werden, dass an ihnen festgehalten wird und nach allen Argumenten zu ihrer Bestätigung gesucht wird, statt zu versuchen, das Vorurteil zu widerlegen. Sich selbst zu widerlegen und dazu Anstrengungen zu unternehmen, widerspricht jeder Intuition. Die eigene Hypothese zu falsifizieren ist kontra-intuitiv. Es besteht eine nachweisbare Vorliebe, die eigenen Vorurteile bestätigt zu sehen. Jeder will die eigene Wette gewinnen. Jeder will mit dem Recht behalten was er vorhergesagt hat. Wahrsager, Hellseher und Scharlatane bilden aus dieser menschlichen Schwäche ein Geschäftsmodell. Der Confirmation-Bias wird damit erklärt, dass Menschen zu optimistisch sind, sie suchen nur nach Bestätigungen für ihre Meinungen und denken nicht darüber nach, welche Argumente gegen ihre Ansicht sprechen. Mit Tunnelblick erklärt der Volksmund diese Neigung<sup>92</sup>. Unsere Intuition und die Gefühle verlangen nach Beweisen, aber nicht nach Gegenbeweisen. Die Neigung zum Confirmation-Bias wird als Selbstbetrug zu erklären versucht. Je komplexer ein Thema ist, desto verlockender ist es, widersprüchliche Fakten aufzulösen, in dem man sie zugunsten der eigenen Meinung glättet und unbequeme Details oder Argumente unter den Tisch fallen lässt.<sup>93</sup> Widersprüchliche Informationen zwingen uns permanent über uns und unsere Meinung nachzudenken, was zur Überforderung führen kann. Es besteht die Neigung, eine einmalig gefasste Meinung oder ein gefasstes Weltbild sich selbst zu erhalten und nicht zu überprüfen, um es möglicherweise zu revidieren. Der Confirmation-Bias bedeutet, Informationen selektiv aufzunehmen und zu interpretieren. Nur was zum Vorurteil und zur vorgefassten Meinung passt, wird aufgenommen. Es besteht die Neigung, Scheuklappen aufzusetzen, Fakten nur dann zu übernehmen, wenn sie bestehende Überzeugun-

---

91 Cornelius Prittwitz: Strafrecht und Risiko 1993, S. 123.

92 Hanno Beck, Die Logik des Irrtums (2008), S. 53.

93 Hanno Beck, Die Logik des Irrtums (2008), S. 54.

gen bestätigen<sup>94</sup>. Gegen diese intuitive Neigung, diesen Entscheidungsfehler, hilft nur die Methode des *Advocatus Diaboli*. In jedem Entscheidungsverfahren muss auch nach Gegenargumenten gesucht werden. Die Erkenntnistheorie vermittelt die Einsicht, dass Theorien nicht verifiziert, sondern nur falsifiziert werden können. Theorien gelten nur vorläufig. Eine Theorie mit dem Anspruch immer und für alle Fälle zu gelten, lässt sich niemals beweisen. Nur Zeugen aus der Zukunft könnten diesen Beweis liefern. Sobald aber Theorien um Geltung konkurrieren, und ein Beweis ausgeschlossen ist, bleibt als einzige Möglichkeit zur Auslese unter gleich plausiblen aber widersprüchlichen Theorien zum gleichen Ereignisverlauf, die Theorie zu widerlegen. Eine Theorie ist nie für immer richtig, mit Sicherheit kann von ihr nur gesagt werden, sie sei noch nicht widerlegt. Ist die Theorie falsifiziert und widerlegt, verliert sie ihren Anspruch auf Geltung für immer und alle Fälle. Prognosen lassen sich nach einem Gegenbeweis nicht auf sie stützen. Mit der Entdeckung des schwarzen Schwans kann in Zukunft nicht mehr behauptet werden, alle Schwäne seien für immer weiß. Auch die Entwicklung einer Theorie vom nicht widerlegten Vorurteil bis zur ihrem Gegenbeweis lässt sich in der Entscheidungspraxis beobachten. Sind einmal Theorien falsifiziert, reihen sie sich ein in den Katalog die „häufigsten Irrtümer“ der Medizin, der Geschichte der Justiz und füllen ganze Bibliotheken. Sie liefern den Beleg, dass Theorien als Aussagen über Ereignisfolgen nur bis zu ihrer Widerlegung gelten können, also immer nur vorläufig. Die Konsequenz für die Praxis besteht darin, nicht nach Beweisen zu suchen, um die Geltung einer Theorie zu bestätigen, sondern nur nach Gegenbeweisen. Die Suche nach Beweisen muss von Anfang an aussichtslos bleiben. Sie ist ein falsches Verfahren im Rahmen des Entscheidungsvorgangs und deshalb zu vermeiden. Der Confirmation-Bias beruht auf der fehlerhaften Annahme, eine Theorie lasse sich wie eine Tatsache beweisen. Risiken sind jedoch Fiktionen und keine Fakten. Zur Vermeidung von Schäden in der Industrie kann der Gegenbeweis auch durch Experimente geführt werden. Wer annimmt, Eisenspäne würden nicht brennen, kann den Gegenbeweis durch Experimente führen, in dem er Eisenspäne anzündet. Das rationale Ausleseverfahren zur Entscheidung darüber, welche von zwei konkurrierenden Theorien gelten soll, ist die Falsifikation, nämlich den Gegenbeweis zu führen. Der irrationale Entscheidungsfehler wäre der aussichtslose Versuch, eine Theorie für immer und alle Fälle beweisen zu wollen. Es ist der Bestätigungsfehler, der Confirmation-Bias.

Im Lederspray-Fall<sup>95</sup> wurde der Rückruf zu lange hinausgeschoben, weil die Geschäftsführer und der Chefchemiker meinten, noch nach den wahren toxischen Gründen für die Gesundheitsschäden suchen zu müssen, während aus rechtlicher Sicht schon der Tatbestand der

---

94 Jonah Lehrer, „Wie wir entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch“ (2009), S. 265.

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

Körperverletzung durch Unterlassung des Rückrufs erfüllt war. Ein Rückruf mit nur vorläufigem Wissen über die Schadensursache wäre besser gewesen und hätte den Geschäftsführern den Vorwurf des Organisationsverschuldens erspart. Auch hier gilt die Empfehlung, im Zweifel ein Schadensrisiko anzunehmen, es sei denn, die Schadensprognose würde auf einen Erfahrungssatz gestützt, der schon widerlegt ist und aus diesem Grunde nicht verwendet werden kann.

Der BGH hat in seinem Holzschutzmittel-Urteil vom 02.08.1995 zu den Anforderungen an die Feststellung eines Ursachenzusammenhangs zwischen chemischen Substanzen und Gesundheitsschäden entschieden<sup>96</sup>. Das Landgericht hat die Angeklagten zur Freiheitsstrafe von je einem Jahr verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Der BGH hat das Urteil aufgehoben.

Um sich dem Risiko einer Verurteilung nicht auszusetzen, empfiehlt es sich in Fällen der Entscheidung über den Rückruf eines Produkts, die Grundsätze des Urteils zu berücksichtigen. Die Angeklagten hat das LG wegen fahrlässiger Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Freisetzung von Giften verurteilt. Die Revision der Angeklagten hatte mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Der BGH hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben, weil der wissenschaftliche Streitstand unzureichend behandelt wurde. Das Landgericht hat sich zwar auf die Erkenntnisse neuerer medizinischer Forschung gestützt, ohne jedoch die gegen diese Erkenntnisse in der Wissenschaft geäußerte Kritik ausreichend darzustellen und sich mit ihr sachlich auseinander zu setzen.

Die Ansicht des BGH vom Ursachenzusammenhang ist deshalb von großer Bedeutung für jeden und für das Risikomanagement im Unternehmen, der vor der Entscheidung eines Rückrufs eines möglicherweise gesundheitsgefährdenden Produkts steht. Der BGH führt in seinem Holzschutzmittelverfahren aus, nach welchen Kriterien Strafrichter den Ursachenzusammenhang zwischen einem Produkt und der gesundheitsgefährdenden Wirkung verfahrensfehlerfrei zu würdigen haben. Wegen seiner Bedeutung für die Einschätzung einer Strafverfolgung wegen unterlassenem Rückrufs eines gesundheitsgefährdenden Produkts soll das Urteil im Wortlaut wiedergegeben werden.

„Der Senat vermag allerdings der Ansicht der Verteidigung nicht zu folgen, dass der Tatrichter unter Beachtung des Zweifelsatzes (in dubio pro reo) Kausalzusammenhänge dann nicht feststellen dürfe, wenn deren Existenz und Ablauf naturwissenschaftlich noch nicht geklärt, sondern umstritten ist. Es ist nicht Aufgabe des Tatrichters, mit den Untersuchungsmethoden der Naturwissenschaften neue Erkenntnisse, insbesondere naturwissenschaftliche Erfahrungssätze zu gewinnen oder zu widerlegen. Der Tatrichter hat vielmehr nach den Regeln des Prozessrechts und mit den dafür vorgesehenen Be-

---

96 BGH-Urteil vom 02.08.1995 – 2 StR 221/94 (LG Frankfurt am Main), NJW 1995, 2930.



weismitteln, zu denen zum Beispiel auch der Zeugenbeweis gehört, bestimmte Sachverhalte zu ermitteln und zu beurteilen. [...] Auch der Nachweis von Kausalzusammenhängen, verlangt keine absolute, von niemandem anzweifelbare Gewissheit; es genügt vielmehr ein mit den Mitteln des Strafverfahrens gewonnenes, nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, dass keinen vernünftigen Zweifel bestehen lässt.“

Dieser Grundsatz gilt auch für die Erfassung und Deutung von Vorgängen, die Gegenstand naturwissenschaftlicher Forschung sein können. Absolut sicheres Wissen - auch von Ursachenzusammenhängen - dem gegenüber das Vorliegen eines gegenteiligen Geschehens mit Sicherheit auszuschließen wäre, gibt es nicht. Kann eine Feststellung allerdings allein mit Hilfe naturwissenschaftlicher Methoden getroffen werden, dann darf sich der Tatrichter nicht von wissenschaftlichen Standards lösen. An die richterliche Überzeugungsbildung sind dann keine geringeren Anforderungen zu stellen, als an das Ergebnis wissenschaftlicher Untersuchungen selbst.

Der Tatrichter ist aber aus Rechtsgründen nicht gehindert, sich nach Annäherung von Sachverständigen auf Untersuchungsergebnisse zu stützen, die Gegenstand eines wissenschaftlichen Meinungsstreits sind. Die Pflicht zu einer umfassenden Aufklärung kann ihm sogar gebieten, sich auch über Methoden und Verfahren zu unterrichten, die noch nicht allgemein anerkannt sind. Bei der Beweiswürdigung hat er dann aber die für- und gegen die noch nicht allgemein anerkannten Methoden und Ergebnisse sprechenden Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen. Im Übrigen hat der Tatrichter die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und andere Indiztatsachen in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen. Er kann dabei zu Ergebnissen gelangen, die Vertreter der maßgeblichen naturwissenschaftlichen Fachrichtungen mit ihren Methoden allein nicht belegen könnten. Bei der Gesamtbetrachtung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse und anderer Indiztatsachen ist zu berücksichtigen, dass ein Sachverständiger auch dann zur Wahrheitsfindung beitragen kann, wenn er zwar keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag, seine Schlussfolgerungen die zu beweisenden Tatsachen aber mehr oder weniger wahrscheinlich machen. Die tatrichterliche Würdigung darf allerdings den Gesetzen der Logik und den gesicherten wissenschaftlichen Erfahrungswissen nicht widersprechen. Selbst wenn unter den Naturwissenschaftlern keine Einigkeit darüber besteht, ob und auf welche Weise die Gifte, denen die Geschädigten ausgesetzt waren, eine Gesundheitsschädigung verursachen, kann der Tatrichter auf Grund einer Bewertung aller relevanten Indizien und der wissenschaftlichen Meinung rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangen, dass die Holzschutzmittel Expositionen im bestimmten Fällen zu Gesundheitsschäden geführt hat. Ein Ursachenzusammenhang zwischen einer Holzschutzmittelexposition und einer Erkrankung ist nicht etwa nur dadurch nachweisbar, dass entweder die Wirkungsweise der Holzschutzmittel Inhaltsstoffe auf den menschlichen Organismus naturwissenschaftlich nachgewiesen

oder alle anderen möglichen Ursachen einer Erkrankung aufgezählt und ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss anderer Ursachen kann vielmehr ohne deren vollständige Erörterung auch dadurch erfolgen, dass nach einer Gesamtbewertung der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und anderer Indiztatsachen, die - zumindest - mit Verursachung des Holzschutzmittels zweifelsfrei festgestellt wird. Mit dieser Entscheidung würde der Tatrichter weder gegen „anerkannte wissenschaftliche Erfahrungssätze“ verstoßen, noch würde er an Stelle der dazu berufenen Fachkreise über „Existenz eines zeitlosen Naturgesetzes“ befinden; was ihm in der Tat nicht zustünde. [...] Trifft der Tatrichter eine Feststellung über die Wirkung eines Stoffes, dann entscheidet er aber nicht die wissenschaftlich umstrittene Frage „über die Existenz eines Naturgesetzes“, sondern er erfüllt lediglich seine Aufgabe, auch dann unter Würdigung aller relevanten Indizien den konkreten Rechtsfall auf der Grundlage des gegenwärtigen Wissenstands zu entscheiden, wenn er sich dabei - wie in der ganz überwiegenden Zahl der von ihm zu entscheidenden Fälle - bei der Beweiswürdigung (noch) nicht auf wissenschaftlich gesicherte Erfahrungssätze berufen kann. Stützt sich der Tatrichter allerdings auch auf wissenschaftlich noch nicht allgemein anerkannte Methoden oder Erkenntnisse, so muss er das Revisionsgericht durch eine Darstellung des Streitstandes in die Lage versetzen zu überprüfen, ob die Abwägung der für- und gegen die Methoden oder Erkenntnisse sprechenden Gesichtspunkten rechtsfehlerfrei stattgefunden hat.

Das Landgericht musste sich vom BGH den Verfahrensfehler vorwerfen lassen, die sachlichen Argumente der Kritiker nicht wiedergegeben und sich mit ihnen nicht auseinander gesetzt zu haben.

Jeder Entscheidungsträger im Risikomanagement muss sich bei seiner Entscheidung genauso verhalten, wie ein Strafrichter. Er darf gesichertes wissenschaftliches Wissen nicht ignorieren. Ist ein Erfahrungssatz allerdings umstritten, was bei nahezu allen Erfahrungssätzen der Fall ist, muss er in nachvollziehbarer Weise alle Tatsachen und Erfahrungen berücksichtigen, die für oder gegen die Geltung des Erfahrungssatzes sprechen. Seine Entscheidung muss nachvollziehbar sein. Die zu Grunde liegenden Erfahrungssätze dürfen nicht falsifiziert sein und sollten möglichst vielen Widerlegungsversuchen ausgesetzt worden sein. Absolut sicheres Erfahrungswissen ist nicht erforderlich. Nicht jeder Zweifel verpflichtet deshalb zum Rückruf eines Produkts. Einzukalkulieren ist auch der Rückschaufehler des Richters und die dadurch erhöhte Gefahr, verurteilt zu werden, weil nach dem Schadenseintritt mehr Wissen als vorher zur Verfügung steht. Hervorzuheben ist auch das Risiko, dass nicht jeder Zweifel an einem Wirkungszusammenhang, einem Angeklagten zu dessen Vorteil angerechnet wird. Auch gegen bestehende Zweifel kann der Tatrichter zur Annahme eines Kausalzusammenhangs kommen. Das Holzschutzmittelverfahren liefert wertvolle Anhaltspunkte für Risikomanager und ihre Entscheidung für die Gefährlichkeit ihres Produkts.

Was für Schadensprognosen gilt, muss auch für sonstige Prognosen gelten. Über die Funktion von Prognosen im Wirtschaftsleben ist die bemerkenswerte Merck-Entscheidung<sup>97</sup> des OLG Frankfurt vom 24.11.2009 zu erwähnen. Entschieden wurde über die Pflicht, einen Prognosebericht zum Geschäftsjahr über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens vorzulegen. Nach § 289 Abs. 1 Satz 4 HGB ist im Lagebericht die voraussichtliche Entwicklung der Kapitalgesellschaft mit wesentlichen Chancen und Risiken zu beurteilen. Danach soll sich der Adressat des Lageberichts ein eigenes Bild über die Lage des Unternehmens einschließlich der Fortbestandsaussichten und künftigen Entwicklungen machen können. Die Prognose- und Risikoberichterstattung gehört zu den zwingend vorgeschriebenen Mindestbestandteilen des Lageberichts, auf die nicht verzichtet werden darf. Das Unternehmen hatte sich darauf berufen, einen Lagebericht und eine Prognose unterlassen zu können und zur Begründung sich darauf berufen, in Krisenzeiten könne keine richtige Prognose abgegeben werden. Diese Verweigerung zur Prognoseberichterstattung wurde vom Gericht als Fehler der Rechnungslegung zurückgewiesen. Die Rechtsordnung könne nicht auf Risikoaussagen und Prognosen verzichten, auch wenn es kein „richtig“ oder „falsch“ gibt und vor allem in Krisenzeiten erhebliche Einschätzungsspielräume eröffnet seien. Das OLG Frankfurt hat zu Recht auf die Funktion einer Prognose über die wirtschaftliche Entwicklung im Lagebericht hingewiesen. Danach hat die Prognose nicht die Aufgabe, die Wahrheit vorherzusagen, sondern die Selbsteinschätzung des Unternehmens im Rhythmus der Bilanzierung zu überprüfen. Im Rahmen einer gesetzlich vorgeschriebenen Selbstkontrolle ist dem Unternehmen vorgeschrieben, Prognosen abzugeben und sie darauf zu überprüfen, ob sie zutreffen oder nicht und ob die Unternehmenstätigkeit einer korrigierten Neueinschätzung anzupassen ist.

Der Gesetzgeber regelt an einer Vielzahl von Stellen die ständige Anpassungspflicht an geänderte Risikolagen.

In § 19 I Abs. 1 und 2 12. BImSchV (StörfallV) ist vorgeschrieben, bei Vorliegen neuer Erkenntnisse diese unverzüglich zu ergänzen oder zu berichtigen.

Nach Anhang III (f) 12. BImSchV ist die Leistungsfähigkeit des Sicherheitsmanagementsystems zu überwachen, Störfälle und Beinahestörfälle sind zu melden, insbesondere das Versagen von Schutzmaßnahmen, die entsprechenden Untersuchungen und die Folgemaßnahmen, wobei einschlägige Erfahrungen zu Grunde zu legen sind.

Nach Artikel 37 Abs. 7 12. BImSchV (EG) Nr. 1907/2006 [REACH-VO] ist der Stoffsicherheitsbericht auf dem neusten Stand zu halten. Nach Artikel 22 Abs. 1 der gleichen Verordnung hat der

---

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

Registrant nach der Registrierung aus eigener Initiative die einschlägigen neuen Informationen zu aktualisieren und diese der Agentur zu übermitteln, wenn neue Erkenntnisse über die Risiken des Stoffes für die menschliche Gesundheit und / oder die Umwelt, von denen nach vernünftigen Ermessen erwartet werden kann, dass sie dem Registranten bekannt geworden sind und die Änderungen des Sicherheitsdatenplatzes oder des Stoffsicherheitsberichts zu führen.

Nach § 8 Abs. 3 12. BImSchV hat der Betreiber sein Konzept zur Verhinderung von Störfällen zu überprüfen und erforderlichenfalls zu aktualisieren.

Nach § 6 Abs. 8 GefStoffV ist die Gefährdungsbeurteilung regelmäßig zu überprüfen und bei Bedarf zu aktualisieren, wenn sich eine Aktualisierung auf Grund der Ergebnisse arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen nach der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge als notwendig erweist.

Nach § 3 Abs. 4 LärmVibrationsArbSchV ist die Gefährdungsbeurteilung zu aktualisieren, wenn maßgebliche Veränderungen der Arbeitsbedingungen dies erforderlich machen.

Nach § 25 a KWG müssen Banken über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken und der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen verfügen, anhand deren sich die finanzielle Lage des Instituts jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt. Dazu gehört die Unterhaltung eines Managementinformationssystems, durch das ausreichend über Risiken informiert und die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften berichtet werden kann. Diese Meldepflichten dienen neben der Information der Aufsichtsbehörden insbesondere auch der Selbstinformation der beaufsichtigten Institute sowie ihrer Geschäftsleitung<sup>98</sup>.

In allen zitierten Vorschriften wird deutlich, dass die einmal abgegebenen Prognosen über den Eintritt von möglichen Schäden und die Gefährdungsbeurteilungen ständig zu überwachen und an den jeweiligen Erkenntnisstand und die Entwicklung der Erfahrung anzupassen sind. In den zitierten rechtlichen Regelungen kommt zum Ausdruck, dass die einer Entscheidung zu Grunde gelegten Erfahrungssätze ständig daraufhin überprüft werden müssen, ob sie widerlegt sind oder nicht mehr gelten, oder ob sie nicht widerlegt sind und deshalb fortgelten.

Das gleiche muss für alle Risikoaussagen gelten. Prognosen sind als Mittel zur Selbstkontrolle eines Unternehmens zu verstehen und auch so zu behandeln. Falsch wäre es, von einer Risikoaussage die Wahrheit zu erwarten. Die Prognose wird lediglich bestätigt oder widerlegt, ohne dass sie einen Richtigkeits- oder Wahrheitsanspruch haben kann<sup>99</sup>.

---

98 Braun in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 25 a, Rn 47, 93 f.

99 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24.11.2009 - Az: WpÜG

Es stellt sich die Frage, wer verbindlich in unserer Rechtsordnung berechtigt und verpflichtet ist, eine Entscheidung zu treffen, ob ein Risiko anzunehmen ist, ob mit hohem Aufwand ein Schaden abzuwenden ist, von dem nicht sicher ist, ob er überhaupt eintreten wird<sup>100</sup>.

### 1.8.19 Erlaubte und verbotene Risiken

Über Schadensrisiken entscheiden verbindlich vor dem Eintritt des Schadens der Gesetzgeber durch Gesetze und Verordnungen und nach dem Schadenseintritt Gerichte auf Grund von Gesetzen und Präzedenzfällen anderer Gerichte. Daraus ergibt sich, welcher Sachverhalt erstens als Risikofaktor eingeordnet wird und zweitens durch welche Rechtspflicht dieses Risiko abzuwenden ist. Wenn der Gesetzgeber Stoffe, Verfahren, Anlagen regelt, gibt er zu erkennen, dass er sie verbindlich als Risiko beachtet und durch Schutzmaßnahmen abgewendet wissen will. Die Gerichte entscheiden im Nachhinein, ob ein Schaden vorhersehbar und vermeidbar war und deshalb schuldhaft nicht vermieden wurde. Die Entscheidung der Gerichte als auch die des Gesetzgebers sind verbindlich. Es handelt sich um verbotene Risiken.

Nicht jedes Risiko ist verboten. Vielmehr gibt es Risiken, die sozial adäquat sind und als Restrisiko von der Gesellschaft zu tragen sind<sup>101</sup>.

Wer Schadensersatzansprüche vermeiden will, muss die Rechtsprechung beachten und Rechtspflichten aus gesetzlichen Grundlagen einhalten. Erkennt jemand aus eigener Erfahrung ein Schadensrisiko, muss er dieses Risiko abwenden, selbst wenn es keine gesetzliche Regelung und noch keine Gerichtsentscheidung dazu gibt. Voraussetzung für seine Risikoabwendungspflicht ist, dass er das Risiko verursacht, beherrscht, davon profitiert und aus eigener Erfahrung auf einen drohenden Schaden schließen kann. Dann muss er selbst als Manager eines Unternehmens eine Verkehrssicherungspflicht annehmen und den drohenden Schaden abwenden<sup>102</sup>.

Risiken in sportlichen Wettkämpfen, im Straßenverkehr und im geschäftlichen Bereich werden in Kauf genommen. Beruht der Schaden darauf, dass ein Unternehmen um bloße Chancen betrogen wurde, ist entschieden, dass Chancen als Rechtsgut nicht geschützt sind<sup>103</sup>.

---

11, 12/09, in : NZG 2010, 63 [Merck-Entscheidung].

100 Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft; Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, S. 50 f.

101 BVerfGE 49, 89 (Kalkar-Beschluss vom 8.8.1978); erstmals zum Restrisiko und der Ablehnung des „Nullrisikos“; Cornelius Prittwitz: Strafrecht und Risiko, 1993, S. 297 ff.

102 BGHZ 92 S. 143 ff. [Kupolofen-Entscheidung].

103 BGH, Beschluss vom 9.6.2004 - Az. 5 StR 136/04 in: NJW 2004, S. 2603, [Daimler-Entscheidung; erschlichener Sonderrabatt im Kfz-Handel].

Ob ein Sachverhalt als Risiko schon einmal von einem Gesetzgeber oder einem Gericht eingestuft wurde, lässt sich über die Datenbank recherchieren. Dazu dienen die Funktionen

- der Listensuche,
- der Schnittmengensuche und
- des Glossars.

**Funktionen  
1.9, 1.12  
und 1.16**

Gibt man einen Sachverhalt ein und zeigt das Glossar im rechten Textfeld unter „Risiko“ Stichworte, kann man davon ausgehen, dass dieser Sachverhalt entweder in einem Gesetz oder einem Gerichtsurteil als verbotenes Risiko eingestuft und entschieden wurde und Rechtspflichten zur Abwehr dieses Risikos ausgelöst hat. Abgefragt werden können verbotene Risiken und Rechtspflichten von Vorständen und Geschäftsführern auch über iPad und iPhone.

**Funktionen  
1.1 bis 1.54**

### **1.8.20 Die Ermittlung von Entscheidungen über verbotene Risiken**

Nachdem klargestellt wurde, dass Risiken Fiktionen und keine Fakten sind, dass nur der Risikofaktor als Tatsache feststellbar ist und das Risiko selbst Ergebnis einer Schlussfolgerung ist, sind Risiken und Entscheidungen über Risiken zu unterscheiden. Nicht jedem Unternehmenssachverhalt ist auf den ersten Blick anzusehen, dass er ein Risiko birgt und sich zum Schaden entwickeln kann. Es muss die Risikophantasie hinzukommen, um einen möglichen Schadensverlauf vorhersehen zu können. Diese Vorstellungskraft zu Risiken können nur diejenigen entwickeln, die schon genügend Erfahrungen mit Schadensverläufen haben oder die sie entwickeln und trainieren können. Die Risikophantasie lässt sich an vergleichbaren Beispielfällen aus der Rechtsprechung trainieren. Leichter fällt die Entscheidung über die Annahme eines Risikos, wenn in einem ähnlichen Fall ein Gericht entschieden hat, dass ein Risiko anzunehmen ist. Wird zum Beispiel das Glockengeläut mit harmonischem Geräusch als genehmigungsbedürftige Anlage im Sinne von § 6 BImSchG angesehen, ist davon auszugehen, dass zum Beispiel eine Werks sirene mit disharmonischem Geräusch ebenfalls als genehmigungsbedürftige Anlage behandelt wird<sup>104</sup>. In Gerichtsurteilen und in gesetzlichen Bestimmungen haben Gerichte oder Gesetzgeber verbindlich entschieden, was als abzuwendendes Risiko angesehen werden muss. Wer diese Entscheidungen nicht beachtet, haftet mit der gleichen Rechtsfolge, die schon einmal entschieden wurde. Mit den gleichen Schadensersatzfolgen oder sonstigen Sanktionen ist zu rechnen, wenn ein schon entschiedener Sachverhalt als verbotenes Risiko entschieden wurde.

Bei der Analyse der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ist auffällig, dass immer wieder die gleichen Organisationsfehler

---

104 BVerwG vom 02.09.1996 (4 B 152/96), in: NuR (1997) S. 142 [Glockengeläut-Entscheidung].

gemacht werden und die gleichen Organisationsrisiken nicht abgewendet werden. In zwanzig Fällen fehlt immer wieder die Aufsichtsordnung und damit die Anordnung zur Risikoanalyse. Die Wiederholung der immer gleichen Fehler zeigt, dass Entscheidungen der Rechtsprechung oder der Gesetzgeber nicht als verbindliche Entscheidungen verstanden, behandelt und befolgt werden. Wer Schadensersatzansprüche vermeiden will, muss die Rechtsprechung beachten und Rechtspflichten einhalten, die sich aus der Rechtsprechung herleiten.

### **1.8.21 Regelungen zu Organisationspflichten aus Gesetzen**

Die Gesetze zu den Organisationspflichten liefern nur allgemein gehaltene Regelungen<sup>105</sup>. Die Pflichtenstellung des Vorstands wird geregelt im Aktiengesetz. Geregelt ist lediglich, dass der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung die Gesellschaft leitet und er gem. § 93 Abs. 2 AktG für eigenes Verschulden haftet und nach § 91 Abs. 2 AktG zur Bestandssicherung verpflichtet ist. Dazu gehört es, geeignete Maßnahmen zu treffen und ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Daraus ergibt sich die Pflicht des Vorstands zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen, wofür er schließlich ein Überwachungssystem einzurichten hat.

Die Gesellschaft kann erst 3 Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten, oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft gem. § 93 Abs. 5 S. 1 AktG geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung verlangen können, insbesondere dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben.

Der Vorstand hat im übrigen Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat nach § 90 AktG. Sie müssen durch organisatorische Maßnahmen vorbereitet werden, damit eine ordnungsgemäße Berichterstattung sichergestellt ist. Um den Aufsichtsrat informieren zu können, muss der Vorstand sich aus dem Unternehmen informieren lassen und ein Informations- und Meldesystem unterhalten<sup>106</sup>. Das gleiche gilt für die Vorbereitung der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Danach muss Vorstand oder Aufsichtsrat erklären, ob

---

105 Peter Hemeling, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, in: ZHR 175 (2011), S 368.

106 Bürkle, Corporate Compliance - Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG, BB 2005, S. 567, zum Meinungsstand.