

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – Das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen

Als häufigster Haftungsgrund erweist sich bei einer Analyse der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden das Unterlassen von Anordnung, Anwendung, Eignungsprüfung, Nachweis und Verbesserung der Unternehmensorganisation. Vorstände, Geschäftsführer und Compliance-Beauftragte müssen dieses typische Fehlverhalten als Entscheidungsfehler erkennen und durch organisatorische Anordnungen korrigieren. Das Unterlassen gilt als Entscheidungsfehler und wird in der deskriptiven Entscheidungstheorie als „Omission-Bias“ beschrieben. Seine Analyse soll dem Compliance-Verantwortlichen helfen, ihn durch organisatorische Maßnahmen zu vermeiden.

I. Unterlassen als häufigste Ursache von Organisationsverschulden

In allen klassischen Fällen zum Organisationsverschulden wurde die Anordnung einer Unternehmensorganisation zur Aufsicht unterlassen.¹ Entweder fehlte sie ganz oder war lückenhaft oder hatte im konkreten Schadensfall versagt. Der gleiche Organisationsfehler wiederholt sich seit über 100 Jahren. Zuletzt hat das LG München I in seinem Urteil vom 10.12.2013² den früheren Finanzvorstand der Siemens AG wegen Verletzung von Organisationspflichten zur Zahlung von 15 Mio. Euro Schadensersatz mit der Begründung verurteilt, die Implementierung eines effizienten Compliance-Systems und der Überprüfung von dessen Wirksamkeit unterlassen zu haben, was als Pflichtverletzung des beklagten Finanzvorstands zu werten ist.³ Kommentiert wird dieses Urteil als erstmalige Forderung nach einem Kontrollsystem.⁴ Die Forderung nach einer effizienten Unternehmensorganisation zur Einhaltung von Rechtsvorschriften hat allerdings eine hundertjährige Vorgeschichte in der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden. Exemplarisch ist auf das Kleinbahnurteil vom 12.1.1938⁵ zu verweisen, in dem schon das Reichsgericht die Anweisung, ständige Überprüfung auf fortdauernde Eignung, Funktionsfähigkeit, Vollzug im Unternehmen, Nachweisbarkeit durch Dokumentation und Verbesserungsmöglichkeiten als Organisationspflicht entschieden hatte. Das LG München steht in der Tradition der zitierten Entscheidungen zum Organisationsverschulden seit 1911. Unterlassen wird insbesondere zunächst die Risikoanalyse,⁶ sodass kein Anlass besteht, Rechtspflichten überhaupt zu ermitteln, sie auf Verantwortliche im Unternehmen zu delegieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Werden Organisationsregeln in Unternehmen aufgestellt und wird aber die Anordnung unterlassen, diese Regeln auch anzuwenden, kann es zum Schaden durch Organisationsverschulden kommen. Unterlassen wird das Beschaffen rechtserheblicher Informationen und die Organisation des Wissens-

managements, insbesondere die Rechtspflichten an Verantwortliche weiterzuleiten und für Abfragen verfügbar zu halten.⁷ Statt sich rechtserhebliche Informationen zu beschaffen, berufen sich die Verantwortlichen regelmäßig auf ihre Unkenntnis.

Freiwillig, ohne Anordnung und ständige Überwachung betreibt niemand Unternehmensorganisation. Ein Unternehmen organisiert sich nicht von selbst, wie z. B. Bienen-, Ameisen- und Termitenvölker. De-

1 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, RG Warn 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 18.4.1914 – 55/14 VI, RGJW 1914, 759 (Warenhaus-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphaltvertiefungs-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); RG, 12.1.1938 – VI 172/37, RGJW 1938, 1651 (Kleinbahn-Urteil); RG, 12.10.1938 – VI 96/38, RGJW 1938, 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 25.10.1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1 (Benzinfahrt-Urteil); BGH, 4.11.1953 – VI ZR 64/52, BGHZ 11, 151 (Zinkdach-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriff-Urteil); BGH, 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957, 214 (Streupflicht-Urteil II); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 (Gießerei-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968, 247 (Kfz-Zulieferer-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil); OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung); ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, S. 21; *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 53, 71, 206.

2 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Beck RS 2014, 01998.

3 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, Beck RS 2014, 17.

4 *Hauschka*, FAZ vom 12.3.2014.

5 VI 172/37, RGJW 1938, 1651.

6 OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung).

7 BGHZ 132, 30 – Wissensaufspaltung.

ren Organisationsverhalten folgt genetischen Vorgaben. Aufgaben im Bienenstock werden ohne Organisationsentscheidungen erledigt.⁸

Wenn in einer über hundertjährigen Rechtsprechung sich das Unterlassen als Organisationsverschulden beobachten lässt und trotz der Haftungsfolgen sich ein typisches Fehlverhalten wiederholt und die Verantwortlichen aus dieser ständigen Rechtsprechung keine Lehren ziehen, verlangt das Ergebnis dieser Analyse eine Erklärung. Sie hilft möglicherweise beim Vermeiden dieses immer wiederkehrenden Fehlers. Das Unterlassen der Unternehmensorganisation erweist sich als Organisationsrisiko, das durch entsprechende Organisationspflichten abzuwenden ist. Beim Unterlassen handelt es sich um die menschliche Neigung zur Untätigkeit. Wer trotz der sich wiederholenden Rechtsprechung zum Organisationsverschulden als Vorstand oder Geschäftsführer die Anordnungen zur Organisation unterlässt und sich zu seinem eigenen Nachteil den Vorwurf des Organisationsverschuldens aussetzt, zeigt ein menschliches Fehlverhalten, das die Verhaltensforschung und die präskriptive Entscheidungstheorie als „Omission-Bias“ kennt. Der „Omission-Bias“ stellt ein Fehlverhalten bei Entscheidungen dar und muss als typisches Organisationsrisiko im Unternehmen⁹ abgewendet werden. Diese typisierte Entscheidungsschwäche ist als Allerweltsweisheit und Alltagsempfehlung im Volksmund bekannt: „Wer nichts tut, macht auch nichts falsch“. Der „Omission-Bias“ beschreibt die subjektive Wahrnehmung, dass Handlungen per se als riskanter aufgefasst werden, als nichts zu tun (Omission = Unterlassung).¹⁰ Seitdem in der Verhaltensforschung menschliches Verhalten getestet, untersucht und typisiert wird, verdanken wir dieser Forschung die Erkenntnis zum Fehlverhalten beim Entscheiden, das sich analysieren, typisieren, dadurch vorhersehen und schließlich vermeiden lässt. Der „Omission-Bias“ als Neigung zum Unterlassen und zur Untätigkeit lässt sich auch durch Selbstbeobachtung des eigenen Verhaltens beim Entscheiden bestätigen.

II. Die Verwechslung von Erkenntnis- und Entscheidungsverfahren

Die Alltagsempfehlung „Wer nichts tut, macht auch nichts falsch“ verrät einen weiteren Irrtum, der ebenfalls zu vermeiden ist. Wer Tatsachen beobachtet und sie erkennt, kann sie als wahr oder falsch bezeichnen. Eine Aussage über eine Tatsache ist immer entweder wahr oder falsch und bleibt das Ergebnis eines Erkenntnisverfahrens. Wer allerdings die Entscheidung treffen muss, ob ein Risiko anzunehmen ist und wie dieses Risiko durch eine Rechtspflicht abgewendet werden kann, trifft eine Entscheidung, ein Risiko anzunehmen, weil er zwischen mehreren denkbaren Geschehensverläufen in der Zukunft wählen muss. Im Zeitpunkt der Entscheidung, ein Risiko anzunehmen und mit Aufwand und Kosten abzuwenden, bedeutet, zwischen mehreren denkbaren Geschehensverläufen zu wählen. Ob ein Risiko sich zum Schaden entwickelt, kann im Moment der Entscheidung nie als wahr oder falsch bezeichnet werden. Die Sorge, etwas falsch zu machen und deshalb eine Entscheidung zu unterlassen, ist völlig unbegründet. Wer der Neigung zum Unterlassen nachgibt, verkennt und verwechselt Erkenntnisverfahren und Entscheidungsverfahren. Wer sich im Zweifel für das Unterlassen entscheidet, begeht einen folgenschweren Entscheidungsfehler. Er folgt zwar seiner intuitiven Neigung. Bedenkt er allerdings die Folgen des Unterlassens, erweist sich der vermeintliche Vorteil des Unterlassens als Nachteil. Jede auch noch so fehlerhafte Aktivität zur Risikoabwehr ist besser als

die bloße Untätigkeit aus Angst, etwas falsch zu machen, weil beim Unterlassen noch nicht einmal die Chance besteht, die Geschädigten und das Gericht davon zu überzeugen, dass die Risikoabwehr kein Fehler war und im Zeitpunkt der Entscheidung er die beste der möglichen Alternativen zur Risikoabwehr gewählt hat. Jede aktive Risikoabwehr, selbst wenn sie sich später als erfolglos erweisen sollte, ist immer besser, als nur passiv die Abwehr eines Risikos erst gar nicht zu versuchen.

Tritt ein Schaden trotz aktiver Risikoabwehr ein, kann der Verantwortliche im Nachhinein darüber streiten, ob sein Verhalten im Zeitpunkt seiner Entscheidung ein Fehler war und er auf Grund seiner Informationen über die Risikofaktoren und Erfahrungen, die er seiner Schadensprognose zu Grunde gelegt hat, alles getan hat, um ein Risiko abzuwenden und um den eingetretenen Schaden zu vermeiden. Ist er allerdings untätig geblieben, kann er noch nicht einmal eine Diskussion darüber führen, ob seine Risikoabwehr im Zeitpunkt seiner Entscheidung erfolgversprechend war oder nicht. Regelmäßig kommt es nach dem Eintritt eines Schadens über die Frage des Verschuldens zum Streit, insbesondere ob der eingetretene Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Über diese Fragen kann über drei Instanzen vor Gericht gestritten werden. Hat er die Risikoanalyse unterlassen und keine Risikoabwehrversuche unternommen, fehlen ihm jegliche Verteidigungsmöglichkeiten nach dem Schadenseintritt.

Wer eine Entscheidung trifft, noch bevor ein Schaden eingetreten ist, um Risiken als drohende Schäden abzuwenden, muss sich bewusst sein, dass er sich in einem Entscheidungsverfahren befindet und nicht in einem Erkenntnisverfahren. Beim Entscheiden müssen konsequenterweise Entscheidungsfehler vermieden werden. Entscheiden und Erkennen sind unterschiedliche Verfahren. Beim Erkennen geht es um die Wahrheit über Tatsachen, insbesondere, ob die Erkenntnis wahr oder falsch ist. Beim Entscheiden über ein Risiko muss der Verantwortliche dagegen eine bestimmte Schadensprognose annehmen und dabei einen von mehreren denkbaren künftigen Geschehensabläufen auswählen. Schadensprognosen lassen sich nur aufstellen, wenn Erfahrungssätze bekannt sind, nach denen aus einer bestimmten Situation immer ein Schaden folgen kann. Dabei darf er keine falsifizierten Erfahrungssätze verwenden, die längst widerlegt sind. Hierbei würde es sich um einen Entscheidungsfehler handeln. Entscheidet er sich für einen von mehreren konkurrierenden Erfahrungssätzen über einen drohenden Schadensverlauf und ist keiner der Erfahrungssätze widerlegt, kann ihm kein Entscheidungsfehler vorgeworfen werden, wenn trotz Risikoabwehr entgegen aller Erwartungen ein Schaden eintritt. Bei der Auswahl der alternativen Erfahrungssätze muss er sämtliche Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben. Kann er auch dies nachweisen, kann ihm kein schuldhaftes Verhalten im Zeitpunkt seiner Entscheidung vorgeworfen werden, er habe den Schaden vorhersehen und vermeiden müssen. Ist der verwendete Erfahrungssatz neu, könnte von dem Entscheidungsträger allenfalls ver-

8 Nölke, Von Bienen und Leitwölfen: Strategien der Natur im Business nutzen, 2008, S. 117; Die Erstausgabe erschien unter dem Titel: „So managt die Natur“, S. 256, 257 bis 266, zur Schwarmintelligenz.

9 Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 320, sowie Eisenführ/Weber, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 320.

10 Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 320, sowie Eisenführ/Weber, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 369.

langt werden, dass er diesen Erfahrungssatz Widerlegungsversuchen aussetzt, wenn ihm dazu Zeit und Mittel zur Verfügung stehen und er die Entscheidung nicht unter Unsicherheit, Zeitdruck und Informationsdefiziten treffen musste. Als Entscheidungsfehler kann ihm schließlich vorgeworfen werden, er habe mangels eigener Erfahrung externen Expertenrat und v. a. Rechtsrat von Anwälten bei eigener Rechtsunkenntnis einholen müssen. Rechtsrat muss zu den Fragen eingeholt werden, ob einschlägige Entscheidungen des Gesetzgebers oder einschlägige Gerichtsurteile der Rechtsprechung vorliegen und er die entsprechenden Entscheidungen als verbindlich übernehmen muss. Dokumentiert er seine Entscheidungsgrundlagen im Zeitpunkt seiner Entscheidung, verschafft er sich für strafbewehrte Rechtspflichten eine komfortable Verteidigungsposition für eventuelle strafrechtliche Vorwürfe. Für folgenschwere Entscheidungen wird dies von namhaften Strafverteidigern nachdrücklich empfohlen.¹¹

Unterlässt der Organisationsverantwortliche die Anordnung der Risikoanalyse und die Ermittlung von Rechtspflichten, liefert er sich ohne Verteidigungsmöglichkeiten Gerichten aus, die im Nachhinein Risikoabwehrpflichten formulieren, die geeignet gewesen wären, die Rechtsverletzung und den Schaden zu vermeiden.

Folgt ein Vorstand oder Geschäftsführer als Verantwortlicher für die Organisation der intuitiven Neigung, organisatorische Maßnahmen zu unterlassen, und folgt er der Allerweltsempfehlung, nichts zu tun, weil er dann auch nichts falsch macht, begründet sein Unterlassen allzu leicht den Vorwurf des Organisationsverschuldens. Ihm kann vorgeworfen werden, er habe entgegen der ständigen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden die Anordnung, die Anwendung, den Nachweis, die Eignungsprüfung und die ständige Verbesserung der Unternehmensorganisation unterlassen, insbesondere keine Risikoanalysen angeordnet, nicht die einschlägigen Rechtspflichten zur Abwehr der Risiken ermitteln lassen, keinen Rechtsrat eingeholt, nicht auf Plausibilität kontrolliert, die Rechtspflichten nicht auf Verantwortliche delegiert, aktualisiert, auf Erfüllung kontrolliert und dokumentiert zu haben. Für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten.¹² Vor allem setzt er sich dem Rückschaufehler von Richtern, Staatsanwälten, Gutachtern und Geschädigten aus. Sie können es ausnutzen, dass im Nachhinein alle schlauer sind und das Wissen nach dem tatsächlichen Schadensverlauf nicht mehr vom Wissen über den künftigen, denkbaren Schadensverlauf im Zeitpunkt der Entscheidung auseinanderhalten können. Gegen den Rückschaufehler bei Richtern und Staatsanwälten stehen beim Unterlassen dem Verantwortlichen kaum Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung.

III. Die Erklärung der Entscheidungstheorie zum Unterlassen als Fehlverhalten

Der „Omission-Bias“ als Tendenz zum Unterlassen, als Macht der Trägheit und als Entscheidungsschwäche wird von der Entscheidungstheorie begründet. Danach fühlen sich Menschen eher verantwortlich für das, was sie tun, als für das, was sie nicht tun. Für die negativen Folgen einer Handlung ist eine Ursache offensichtlich, nämlich die Handlung selbst. Für dieselben negativen Folgen einer Unterlassung dagegen sind meist mehrere Ursachen denkbar. Dann verliert die einzelne Ursache des Unterlassens an Bedeutung, weil noch andere Alternativursachen denkbar bleiben. Die Kausalität wird als weniger eindeutig wahrgenommen, so dass die Chance besteht,

das Unterlassen als Ursache eines Schadens anzuzweifeln. Wer eine Handlung unterlassen hat, fühlt sich selbst weniger für die Schadensfolgen verantwortlich.¹³

Fatale Folgen hat der „Omission-Bias“ in allen verschleppten Rückrufaktionen. Im Lederspray-Fall wurde das Lungenödem verursachende Lederspray zu spät zurückgerufen.¹⁴ Der Reputationsschaden wird in aller Regel durch das Unterlassen des Rückrufs umso größer, je länger die Entscheidung verschleppt wird. Der sofortige Rückruf richtet weniger Schaden an als der verschleppte. Zum Vorwurf des Produktfehlers kommt der weitere Vorwurf hinzu, den Fehler vertuscht zu haben.

Vor allem Compliance-Manager müssen den „Omission-Bias“ als typisches Fehlverhalten von Vorständen und Geschäftsführern erkennen, einkalkulieren und korrigieren. Im Berliner Stadtreinigungsfall hat der Finanzvorstand trotz der warnenden Hinweise auf den Betrug durch Gebührenüberhöhung seines Compliance-Beauftragten die fehlerhafte Gebührenberechnung nicht korrigiert und zurückgenommen. Bei diesem hartnäckigen Fall des Unterlassens hätte der Compliance-Officer verstärkt auf die Korrektur beim Vorstandsvorsitzenden oder den Aufsichtsratsvorsitzenden drängen müssen.¹⁵ Er hätte das Aufschieben einer Entscheidung als typische Erscheinung des „Omission-Bias“ erkennen und vermeiden müssen.

Schließlich ist die Sorge, etwas falsch zu machen und deshalb keine Entscheidung zu treffen und organisatorische Maßnahmen zu unterlassen schon deshalb unbegründet, weil Rechtsentscheidungen nach übereinstimmender Ansicht der Rechtstheorie nicht richtig oder falsch sein können. Rechtsentscheidungen sind allenfalls vertretbar und können in drei Instanzen vor Gericht jeweils korrigiert werden. Auch die Entscheidung in letzter Instanz ist weder richtig noch falsch. Vielmehr irrt die letzte Instanz nur rechtskräftig. Auch höchste richterliche Entscheidungen können durch eine spätere Rechtsprechung korrigiert werden.¹⁶

IV. Unterlassen wegen Entscheidungsmüdigkeit durch geschwächte Willenskraft als psychologische Erklärung

Psychologen liefern weitere Erklärungen auf die Frage, warum ansonsten vernünftige Menschen sich plötzlich irrational verhalten. Entscheidungen kosten Willenskraft. Entscheidungsschwäche wird mit Entscheidungsmüdigkeit erklärt. Psychologen unterscheiden bewusste und unbewusste Entscheidungsprozesse. Unbewusste Entscheidungen kosten keine Anstrengungen, während bewusste Entscheidungen erhebliche Willenskraft erfordern, die sich im Laufe eines Entscheidungsprozesses abschwächen kann. Unterteilt man das Entscheidungsverfahren in die sog. Vorentscheidungsphase und die Nachentscheidungsphase, erweist sich die Entscheidung selbst als die Aufgabe mit der größten Anstrengung. Es ist die Phase, in der „der Würfel geworfen ist“. Psychologen sprechen vom Rubikon-

11 Feigen, manager magazin 2010, 120.

12 Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 53, 71, 206.

13 Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 191.

14 BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89, NJW 1990, 2560 (Lederspray-Urteil).

15 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/05, NJW 2009, 3173 f. (Berliner Stadtreinigung).

16 Rühlers, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Anm. 316, 318.

Modell.¹⁷ Beschrieben wird die Erfahrung der Entscheidungsmü-
dung am sog. Richterdilemma. Die Entscheidung von Richtern über
die vorzeitige Haftentlassung von Strafgefangenen hängt nach einer
bekannten Untersuchung vom Blutzuckerspiegel der Richter ab.¹⁸
Die Entscheidung der Rechtsprechung wird als harte Arbeit geschil-
dert, die mentale Anstrengungen erfordert und die die Willenskraft
so erschöpfen kann, dass Richter im Zustand ihrer Entscheidungser-
müdung eine Entscheidung zu vermeiden oder aufzuschieben versu-
chen. Sie wählen dann im Zustand der Erschöpfung die einfachste
und sicherste Option, den Status Quo, was dem Unterlassen einer
Entscheidung gleich kommt. Sie entscheiden sich gegen eine vorzei-
tige Haftentlassung.

Die Angst vor Entscheidungen hat damit zu tun, dass der Entschei-
dungsträger sich keine von mehreren möglichen Entscheidungsal-
ternativen nehmen will. Je mehr Optionen beim Entscheiden aufgegeben
werden, umso größer ist nach Ansicht der Psychologen die Furcht
des Entscheiders, dass es sich dabei um etwas Wichtiges handeln
könnte. Weil Entscheidungen Willenskraft erfordern, suchen Ent-
scheidungsträger bei Erschöpfung nach Möglichkeiten, Entschei-
dungen aufzuschieben, ganz zu vermeiden und im Ergebnis zu unterlas-
sen.¹⁹

Auch diese Erkenntnis ist von den Verantwortlichen für die Unterneh-
mensorganisation und insbesondere für den Entscheidungsprozess
zu beachten. Entscheidet sich ein Vorstand oder Geschäftsführer für
die Annahme eines Risikos, trifft er eine Wahl zwischen verschiede-
nen denkbaren künftigen Geschehensverläufen. Dabei muss er von
mehreren denkbaren alternativen Schadensprognosen auf alle ver-
zichten, bis auf die Schadensprognose, die er als das abzuwendende
Risiko auswählt, immer verbunden mit Aufwand und Kosten für die
Risikoabwehr.

V. Mit Organisationsanordnungen Entscheidungsfehlverhalten vermeiden

Die Erklärungen des „Omission-Bias“ als typisiertes Entschei-
dungsfehlverhalten mit intuitiven verbreiteten Allerweltsempfehlungen wie
„Wer nichts tut, macht auch keine Fehler“ oder mit Entscheidungser-
müdung oder mit der Furcht vom Verlust von Optionen oder mit der
Flucht vor der Verantwortung für eindeutige Handlungsfolgen weckt
allenfalls Verständnis für die Neigung zum Unterlassen und für die
Macht der Trägheit beim Entscheiden. Trotz allem Verständnis für
den „Omission-Bias“ als Entscheidungsfehler hat das Unterlassen
für jeden Entscheidungsträger nur Nachteile. Das Unterlassen ist
deshalb irrational. Von Vorständen, Geschäftsführern und sonstigen
Führungskräften wird in aller Regel nur rationales Verhalten erwartet.
Allerdings ändern sich derzeit die Erwartungen an das menschliche
Normalverhalten. Ökonomen und Verhaltensforscher ändern ihr Men-
schenbild. Die Erkenntnisse verhaltensorientierter Wirtschaftsfors-
cher belegen diesen Meinungsumschwung. Zitiert wird der weltweit
führende Verhaltensökonom *Richard H. Thaler*. Traditionell wurde der
Mensch im Wirtschaftsleben als „Homo oeconomicus“ verstanden,
als ein Individuum, das nur an sich selbst denkt, zielstrebig vorgeht,
alle Konsequenzen seines Handelns bedenkt, vollständig rational
handelt, stets seinen eigenen Nutzen maximiert, seine Nachteile
meidet und seinen Vorteil anstrebt. *Thaler* überzeichnet mit seinem
Spott das überhöhte Menschenbild, wonach jeder denkt wie *Albert
Einstein*, Informationen wie IBMs Supercomputer Big Blue speichert
und eine Willenskraft hat wie *Mahatma Gandhi*.²⁰ Der Egoismus des

Menschen ist der Maßstab seines Verhaltens nach dieser bisherigen
Sichtweise. Ökonomen haben den „Homo oeconomicus“ als Muster
und Vorbild des gesteuerten Menschen erfunden, um menschliches
Verhalten vorherzusagen zu können.²¹ Die Neurowissenschaftler wei-
sen derzeit nach, dass es den „Homo oeconomicus“ in Wirklichkeit
nicht gibt, dass er nur ein erfundenes Model ist, eine Theorie über
menschliches Verhalten, die derzeit widerlegt wird. Es gibt keine ra-
tionalen, sondern nur beschränkt rationale Entscheidungen. Es sind
kopflose Bauchentscheidungen, nach Faustregeln, Stimmungen und
von Emotionen getrieben. Menschen irren häufig, wiederholen die
gleichen Fehler, unterlassen wiederholt, was von ihnen erwartet wird,
entscheiden auf der Basis schwammiger Faustregeln und verkennen
eigene und fremde Fehler. Der „Homo oeconomicus“ ist das Modell
der sog. Risiko-Nutzen-Theorie. Die präskriptive Entscheidungstheo-
rie will Entscheidern dagegen helfen, möglichst rationale Entschei-
dungen zu treffen, irrationale Entscheidungen zum eigenen Nachteil
zu vermeiden. Der spätere Erfolg oder Misserfolg ist der Maßstab für
das Verhalten, weil es an einem eindeutigen Begriff der Rationalität
fehlt.²²

Wenn wider aller Erwartungen, die man an ein rationales Verhalten
knüpft, Menschen zu ihrem eigenen Nachteil Entscheidungen unter-
lassen, müssen diese Erwartungen aufgegeben werden. Die Theo-
rie vom rationalen, sich nur zu seinem eigenen Vorteil verhaltenen
„Homo oeconomicus“ ist falsifiziert.²³ Der „Omission-Bias“ als Nei-
gung zum Unterlassen ist ein Entscheidungsfehler, mit dem als vor-
hersehbarem Irrtum gerechnet werden muss.²⁴ Sobald Unterlassen
als menschliches Entscheidungsfehlverhalten vorhersehbar wird,
muss es durch ein verantwortungsvolles Management als Organisa-
tionsrisiko erfasst und wie jedes andere Risiko auch durch entspre-
chende organisatorische Anordnungen vermieden werden.²⁵

Die analysierte Rechtsprechung zum Organisationsverschulden be-
stätigt die neuen Forschungsergebnisse über die Neigung zum Un-
terlassen. Von Unternehmensleitern müssen die Ergebnisse der Ver-
haltensforschung berücksichtigt werden. Sie müssen erwarten, dass
sich Menschen statt rational eher irrational verhalten und zur Selbst-
organisation wider aller Erwartungen nicht in der Lage sind. Je siche-
rer systematische Entscheidungsfehler, wie der „Omission-Bias“ zu

17 *Baumeister/Tierney*, Die Macht der Disziplin – Wie wir unseren Willen trainie-
ren können, 2012, S. 107, 110f.

18 *Dobelli*, Die Kunst des klugen Handelns: 52 Irrwege, die Sie besser anderen
überlassen, 2012, S. 11; *Baumeister/Tierney*, Die Macht der Disziplin – Wie
wir unseren Willen trainieren können, 2012, S. 113.

19 *Baumeister/Tierney*, Die Macht der Disziplin – Wie wir unseren Willen trainie-
ren können, 2012, S. 116.

20 *Thaler/Sunstein/Nudge*, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 3. Aufl.
2009, S. 16.

21 *Nienhaus*, Die Blindgänger. Warum die Ökonomen auch künftige Krisen nicht
erkennen werden, 2009, S. 131.

22 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 4.

23 *Lehrer*, Wie wir entscheiden. Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und
Bauch, 2009, S. 14; *Brafman & Brafman*, Kopflös. Wie unser Bauchgefühl uns
in die Irre führt – und was wir dagegen tun können, 2008, S. 25, 62.

24 *Elger*, Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von
Mitarbeitern, 2009, S. 37; *Wieduwilt*, FAZ vom 5.1.2009.

25 *Thaler/Sunstein/Nudge*, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 3. Aufl.
2009, S. 18; *Ariely*, Denken hilft zwar, nützt aber nichts, warum wir immer
wieder unvernünftige Entscheidungen treffen, 2008, S. 285; *Eagleman*, In-
kognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 189, *Eagleman*
geht auf die Konsequenzen für das Rechtssystem durch das Bestreiten der
Willensfreiheit ein.

befürchten sind, umso notwendiger wird es, Anordnungen durch Vorstände und Geschäftsführer zu treffen. Unternehmensleiter müssen ihre Erwartungen an die Selbstorganisation ihrer Angestellten korrigieren. Diese neue „Erwartungstheorie“ („Prospect-Theory“) wurde angestoßen und erforscht von *Daniel Kahneman*, dem Nobelpreisträger von 2002, der untersucht hat, wie menschliche Entscheidungen von den Regeln der Rationalität abweichen und was Organisationen tun können, um die Qualität von Entscheidungen zu verbessern, die Angestellte in ihrem Auftrag treffen.²⁶

Die neue Erwartung irrationalen Verhaltens wird außerdem durch die aktuelle Neurowissenschaft begründet. Bestritten wird, dass es einen freien Willen gibt. Mit neueren Messungen über Gehirnwellen wird von Neurologen der Nachweis angeboten, dass das Gehirn Entscheidungen trifft, noch bevor der Entscheidungsträger sich seiner Entscheidung bewusst wird. Diese neue Erkenntnis wird von Wissenschaftlern unter dem Stichwort „Bereitschaftspotential“ behandelt.²⁷ Auch diese Ergebnisse lassen die Notwendigkeit von Anordnungen zur Unternehmensorganisation unausweichlich erscheinen.

VI. Die Akzeptanz von Rechtspflichten als Grund zum Unterlassen

Einer der häufigsten Einwände gegen die Einhaltung von Rechtspflichten in der Unternehmenspraxis ist die Akzeptanz von gesetzlichen Regelungen. Beklagt wird, Unternehmen seien überreguliert, überinformiert und unterorganisiert. Mit dem Hinweis auf die fehlende Akzeptanz gesetzlicher Regelungen glaubt man ihre Einhaltung unterlassen zu können. Mit dem Hinweis auf die fehlende Akzeptanz gesetzlicher Rechtspflichten glaubt man, ihre Einhaltung unterlassen zu können und man habe außerdem die Wahl, Rechtspflichten einzuhalten oder auch nicht. Wird die fehlende Akzeptanz einer rechtlichen Regelung als Grund dafür angeführt, sie nicht einzuhalten, verwechselt der Normadressat ganz offensichtlich ein Gesetz mit seinem Gesetzesentwurf oder einem Vertrag. Ein Vertrag gilt nur dann, wenn alle Vertragsparteien sich einig sind und sich zur Einhaltung des Vertrages verpflichten, wenn sie die Regelungen akzeptieren. Wird eine vertragliche Pflicht nicht akzeptiert, kommt es zu keinem Vertrag. Bei Gesetzen dagegen handelt es sich nicht um Vertragspflichten, sondern um hoheitliche Pflichten, die der Staat einseitig festsetzt, weil das Parlament das Gesetz mit Mehrheit beschlossen hat und einer politischen Mehrheit folgt und schließlich die Pflichten nach dem Gesetz einzuhalten sind, auch ohne dass ein Betroffener die Pflicht zu akzeptieren bereit ist. Gesetze müssen eingehalten werden, weil sie Gesetze sind. Geschäftsleiter haben keinerlei Ermessen, ob sie Gesetze einhalten oder nicht.²⁸ Die Unternehmenspflichten sind öffentlich-rechtliche Pflichten, deren Einhaltung nicht in das Ermessen des Unternehmens und seiner Führungskräfte gestellt ist. Sobald ein

Gesetz vom Parlament verabschiedet ist, muss es akzeptiert werden. Vor seiner Verabschiedung kann über die Akzeptanz diskutiert werden, solange ein Gesetz als Entwurf in der politischen Auseinandersetzung noch diskutiert wird. Die Frage, ob eine Unternehmenspflicht akzeptabel ist und ihre Einhaltung möglicherweise unterlassen werden kann, stellt sich überhaupt nicht. Über die Geltung gesetzlich begründeter Rechtspflichten und deren Akzeptanz kann nicht im Unternehmen vor jeder Anwendung erneut abgestimmt werden. Der Einwand, es fehle an der Akzeptanz von Rechtspflichten, muss als intuitiver, laienhafter Irrtum unbeachtet bleiben und ist auf keinen Fall ein erwähnenswerter Grund, um organisatorische Entscheidungen und Anordnungen im Unternehmen zu unterlassen.

VII. Fazit

Je weniger mit rationalen Entscheidungen und der Selbstorganisation der Mitarbeiter in Unternehmen zu rechnen ist, umso mehr Anordnungen zur Unternehmensorganisation müssen getroffen werden, um Rechtsverstöße zum Nachteil des Unternehmens und seiner Angestellten zu vermeiden. Das Unterlassen erweist sich nach den neueren Erkenntnissen der Verhaltensforschung als typisches Entscheidungsfehlverhalten, das Geschäftsleiter erwarten, einkalkulieren müssen und durch angemessene Anordnungen zur Organisation zu vermeiden haben.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, RA und Notar, Rack Rechtsanwälte, Frankfurt a. M. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems „Recht im Betrieb“: Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.

26 *Kahnemann*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, S.26f., und S.508–513 – mit einem Abdruck der Originalveröffentlichung von 1979 zur „Prospect Theory“.

27 *Eagleman*, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 195 bis 197.

28 *Fleischer*, ZIP 2005, 147; *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368; *von Falkenhausen*, NZG 2012, 647.