

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko

Durch den Rückschaufehler werden die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Schadensereignissen nach deren Eintritt systematisch überschätzt. Jeder kann dem Rückschaufehler unterliegen und im Nachhinein zum Schaden eines Unternehmens eigene Fehler unterschätzen und fremde überschätzen. Der Rückschaufehler hat psychologische Ursachen und muss von Compliance-Verantwortlichen einkalkuliert und organisatorisch präventiv abgewendet werden.

I. Die rückwirkende Rechtsprechung zum Organisationsverschulden

Der Gesetzgeber regelt Organisationspflichten vor dem Schadenseintritt nur unzulänglich systematisch im Gesetz. Vielmehr entscheiden Gerichte nach einzelnen Schadensfällen über Organisationspflichten, die deshalb nicht vorhersehbar sind. Auch eigene Fehler werden im Nachhinein verdrängt, bestritten und deshalb wiederholt. Mit Rückschaufehlern muss eine Unternehmensorganisation rechnen und präventiv das Wiederholen von Organisationsfehlern vermeiden.

Aus Gesetzen ergeben sich nur allgemeine Regeln zur Organisationspflicht. Geregelt ist lediglich, dass der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung die Gesellschaft leitet, nach § 92 Abs. 2 AktG für eigenes Verschulden haftet, nach § 91 Abs. 2 AktG zur Bestandssicherung verpflichtet ist und die Pflicht zur Legalitätskontrolle hat.¹ Vorstände haben geeignete Maßnahmen zu treffen, damit die den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen früh erkannt werden, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten. Diese gesetzlichen Regelungen sind so allgemein, dass sie nur wenig in der Organisation des Unternehmensalltags helfen.²

Praktisch verwertbare Hinweise zu Organisationspflichten enthalten nur die Urteile von Reichsgericht und Bundesgerichtshof seit 1911. Die Organisationspflichten ergeben sich aus dem Fallrecht zum Organisationsverschulden. Die Rechtsprechung wird wegen der eingeschränkten Vorhersehbarkeit als rückwirkende Rechtsprechung kritisiert. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, wie ohne gesetzliche Grundlagen von Fall zu Fall und nach Eintritt eines Schadens Pflichten formuliert werden, die den Schaden verhindert hätten. Rückwirkende Gesetzgebung ist zwar verfassungswidrig. Die Rückwirkung der Rechtsprechung wird aber offenbar nicht als Problem empfunden. Das Organisationsverschulden als Haftungsgrund wird damit begründet, dass der Unternehmensträger schuldhaften Pflichtverletzungen seiner Mitarbeiter in den betrieblichen Abläufen organisatorisch entgegenzuwirken hat. Es ist die Aufgabe des Geschäftsherrn, allgemeine Aufsichtsmaßnahmen zu treffen, die die Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten.³ „Für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf lassen sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden, die den jeweiligen Schaden verhindert hätten.“⁴

Matusche-Beckmann kritisiert zu Recht anhand ihrer Analyse der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden, dass Organisationspflichten regelmäßig nach dem Schadensfall und ex post formuliert werden.⁵ Diese Kritik der rückwirkenden Entscheidungen über Organisationspflichten aus Einzelfällen wurde erstmals von *Fleischer* mit der Verhaltensanomalie des Rückschaufehlers oder Hindsight-Bias in Verbindung gebracht. „Gerichte befinden über Management-Entscheidungen in Kenntnis der mittlerweile eingetretenen Tatsachen.“ Zwar sind sie in Deutschland verpflichtet, das Verhalten der handelnden Personen „ex ante zu beurteilen“⁶, was auch geschulten Richtern nicht immer „leicht falle“. Richter dürfen jedoch keine nachträglichen Prognosen stellen.⁷ Nach der psychologischen Entscheidungsforschung neigen Menschen, die Ergebnisse von Handlungen kennen, im Nachhinein dazu, die Wahrscheinlichkeit zu überschätzen, mit der sie diese Ereignisse vorhergesagt hätten.

Im Strafrecht wurde schon vorher der Rückschaufehler erkannt. *Kuhlen* weist 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. Dessen Voraussehbarkeit wird überschätzt und verfälscht das Urteil der Sorgfaltswidrigkeit.⁸ Die Erfahrungen des Rückschaufehlers sind schließlich als Volksweisheit bekannt, wonach hinterher immer alle schlauer sind.

1 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 91 Anm. 31, 43, Begründung des Regierungsentwurfs – BegrReGE KonTraG, BT-Drucks 13/9712, 15.

2 *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368.

3 BGHZ 4, S. 1 (Benzinfahrt-Urteil).

4 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206.

5 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 2, 13, 52, 71 mit Belegen aus Rechtsprechung und Literatur.

6 BGH, 9.7.1979 – II ZR 118/77 (Herstatturteil) BGH, 6.6.1994 – II ZR 292/91, 126, 181, 193 Z 75, 96, 113; *Goette*, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 141.

7 *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 832.

8 *Kuhlen*, in: Heike Jung (Hrsg.) Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991.

II. Die psychologische Erklärung des Rückschaufehlers

Das Phänomen des Hindsight-Bias oder Rückschaufehlers wurde von *Baruch Fischhoff* durch Experimente nachgewiesen. Nachdem Personen den Ausgang von Ereignissen erfahren, erinnern sie sich systematisch falsch an ihre früheren Prognosen. Sie verzerren dabei in der Rückschau ihre ursprünglichen Schätzungen und nähern diese den tatsächlichen Ausgängen an. Personen sind nach einem Ereignis nicht mehr in der Lage, die Umstände so zu beurteilen, wie sie es vor ihrer Kenntnis des Ereignisses getan haben. Sie überschätzen in der Rückschau systematisch ihre Fähigkeiten, das Ereignis vorhersehen zu können. Die Vorschau stimmt mit der Rückschau nicht überein. Die Versuchspersonen haben ihre Erinnerungen zu ihren eigenen Gunsten im Nachhinein nachweislich verfälscht, entweder geschönt oder verschlechtert. Glaubte die Versuchsperson, dass ein bestimmtes Ereignis tatsächlich stattgefunden hatte, übertrieb sie die Wahrscheinlichkeit, die sie in seiner ursprünglichen Vorhersage dafür angegeben hatte. Hatte die Versuchsperson 30% Wahrscheinlichkeit angegeben, erinnerte sie sich in der Rückschau an angeblich prognostizierte 50% Wahrscheinlichkeit. Glaubten die Versuchspersonen dagegen, ein Ereignis habe nicht stattgefunden, täuschten sie sich ebenfalls. Sie untertrieben ihre ursprünglich angegebene hohe Wahrscheinlichkeit von 50% und gaben in der Rückschau nur 30% an. Die Versuchspersonen verbesserten in der Rückschau systematisch ihre Prognosefähigkeiten, die sie regelmäßig überschätzten.⁹ Tritt ein Schadensereignis ein, erhöht sich im Nachhinein der Eindruck der Vorhersehbarkeit. Nachträglich glaubt man irrtümlicherweise, das Schadensereignis sei vorhersehbar gewesen. Psychologen erklären die Beobachtungen zum Rückschaufehler damit, dass die neuen Informationen nach dem Schadensereignis unmittelbar mit dem früheren Wissen vor dem Schadensereignis verschmelzen. Die alte Wissensstruktur wird dabei überschrieben. Wissen und Erwartungen vor der Information über den Schadensausgang sind im Gedächtnis nicht mehr auffindbar. In der Regel sind sie auch nicht dokumentiert. Der Fehler kann auch dem Motiv entspringen, als kompetenter Experte bei der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines prognostizierten Ereignisses dastehen zu wollen. Das Phänomen gilt als robust. Zum Rückschaufehler kommt es nämlich auch dann, wenn vorher die Versuchspersonen darüber aufgeklärt und aufgefordert wurden, den Rückschaufehler zu vermeiden. Die Veränderung der Wahrnehmung nach einem Schadensereignis vollzieht sich für die Versuchspersonen unbewusst und sie glauben, schon immer gewusst zu haben, was später tatsächlich passiert ist. Die Kenntnis vom Ereignis eines Schadensverlaufs verändert also immer die Wahrnehmung im Nachhinein.¹⁰ Entdeckt wurde der Rückschaufehler v. a. bei amerikanischen Geschworenengerichten. Wer einen Schadensverlauf im Detail kennengelernt hat, neigt dazu, den Schaden als vorhersehbar und vermeidbar einzustufen. Er vergisst sich in die Lage zu versetzen, in der der Schaden noch drohte und noch nicht eingetreten war.

III. Der Rückschaufehler als Risiko für Unternehmen

Ist ein Schaden eingetreten, streiten die Parteien über seinen Ersatz. Der Geschädigte wird immer behaupten, man hätte ihn vorhersehen und vermeiden können. Der tatsächliche Eintritt des Schadens bestätigt zunächst seine Behauptung. Die Vertreter des Unternehmens werden das Gegenteil behaupten, dass der Schaden nicht vorherseh-

bar und deshalb unvermeidbar war. Beide Theorien konkurrieren um Plausibilität und Überzeugung vor Gericht. Der Kläger hat es regelmäßig leichter als der Beklagte, weil der Schadenseintritt die behauptete Vorhersehbarkeit des Schadens bestätigt. Der Rückschaufehler bei Richtern, Rechtsanwälten und Gutachtern bevorteilt regelmäßig den Kläger. Für das beklagte Unternehmen stellt der Rückschaufehler dagegen ein erhebliches Risiko dar. Das größere Interesse an der Abwendung des Rückschaufehlers muss also ein Unternehmen haben. Unterliegen nämlich Richter dem Rückschaufehler, weil sie den Schadensverlauf im Nachhinein kennen und das Wissen vor dem Schadenseintritt sich aus den beschriebenen psychologischen Gründen nicht mehr rekonstruieren lässt, wird der Beklagte durch den Rückschaufehler erheblich benachteiligt. Das beklagte Unternehmen muss deshalb den Rückschaufehler mit allen Mitteln vermeiden. Dies gelingt jedoch nur dann, wenn das Wissen vor dem Schadenseintritt über dessen Wahrscheinlichkeit dokumentiert wurde. Alle Umstände, die die Unvorhersehbarkeit eines Schadens begründen könnten, und nicht dokumentiert wurden, lassen sich nicht nachweisen. Andererseits können alle Umstände, die Schlüsse auf die Vorhersehbarkeit eines Schadens zulassen, unterstellt werden, ohne dass sich das beklagte Unternehmen dagegen wehren kann. Der eingetretene Schaden ist ein gewichtiges Indiz für seine Vorhersehbarkeit.

Es kommt schließlich hinzu, dass nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG der Grundsatz der Beweislastumkehr gilt und die Geschäftsleiter die Beweislast trifft, wenn streitig ist, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. In der Rechtsprechung gilt für Unternehmen der Grundsatz der Beweislastumkehr und begründet damit die Pflicht zur ständigen Dokumentation¹¹, weil vorher nicht klar ist, wann der Schaden eintreten wird. Auch nach § 831 BGB hat der Geschäftsherr die Beweislast für seine Exkulpation. Das wegen eines Schadens in Anspruch genommene Unternehmen muss daran interessiert sein, von dem umfangreichem nachträglichem Wissen nach dem Schadensereignis das Wissen vor dem Schadensereignis abzuziehen, um das Gericht davon zu überzeugen, dass das nachträgliche Wissen dem Unternehmen nicht angelastet werden darf.

IV. Die Dokumentation der Risikoanalyse zur Vermeidung des Rückschaufehlers

Zu empfehlen ist, die Gefährdungsbeurteilung und die Risikoanalyse vor dem Schadenseintritt zu dokumentieren, um nach dem Schadensereignis den Nachweis zu führen, dass vor dessen Eintritt der Schaden weder vorhersehbar noch vermeidbar war. Die dokumentierte Analyse der Risiken, die von einem Unternehmen ausgehen, kann einen Streit über die Vorhersehbarkeit zu Gunsten des beklagten Unternehmens entscheiden. Das Unternehmen muss damit rechnen, dass ihm im Nachhinein hellseherische Fähigkeiten unterstellt werden, seine Prognosefähigkeit zu seinen Lasten übertrieben wird, nur

9 Dazu *Hallinan*, Lechts oder Rinks, Warum wir Fehler machen, 2009, S. 76.
 10 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2002, S. 368, 176, 177. Beschrieben wird der „knew-it-all-along-effect“ oder auch „Der Fluch des Wissens“ von *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidungen: Eine Einführung, 2. Aufl. 2005, S. 192. *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005.
 11 BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BB 2003, 273, NJW 2003, 358 (kürzer BGH, 26.11.1968 – VI ZR 212/66), BGHZ 51 S. 91 (Hühnerpestfall).

weil Dritte nach dem Schadenseintritt plausibel vortragen können, es vorher schon gewusst zu haben, dass es zu einem Schaden kommt, und dass der tatsächlich eingetretene Schaden seine Vorhersage sogar bestätigt. Das beklagte Unternehmen wiederum wird alles daran setzen, um das Schadensereignis als Schicksal, Zufall oder Unglück darzustellen, das gerade nicht vorhersehbar und vermeidbar war. Es wird alles tun, um ein Fehlverhalten zu bestreiten. Es wird Fehler leugnen, alternative Ursachen und konkurrierende Theorien nennen, um seine Verantwortung zu bestreiten. Der Rückschaufehler bevorteilt regelmäßig denjenigen, der den Schadensersatz durchzusetzen versucht und benachteiligt den, der für den Schaden in Anspruch genommen wird und nicht durch Dokumentation nachweisen kann, dass der Schaden weder vorhersehbar noch vermeidbar war.

Jede Unternehmensorganisation muss deshalb aus den gesicherten Kenntnissen der Verhaltensforschung zum Rückschaufehler Konsequenzen ziehen, ihn als menschliches, psychologisch erklärbares und experimentell nachgewiesenes Fehlverhalten erfassen sowie Organisationspflichten formulieren, um dieses Organisationsrisiko zu vermeiden. Präventiv lässt sich der Rückschaufehler nur abwenden, wenn alle Risiken im Unternehmen erfasst und analysiert werden sowie aktiv Risikoabwehr durch die Erfüllung der Rechtspflichten betrieben wird, die der Risikoabwehr dienen. In dem Maße, in dem Risikoanalysen und die Risikoabwehr existieren und dokumentiert sind, erhöhen sich die Chancen, Schadensersatzansprüche abzuwehren und dem Risiko des Rückschaufehlers zu entgehen, dem Richter, Staatsanwälte oder Gutachter unterliegen. Der bekannte Strafverteidiger *Hanns Feigen* rät zur Dokumentation der Entscheidungsgründe, um eine eventuelle spätere Strafverteidigung schon präventiv zu verbessern. „Je kritischer eine Entscheidung ist, umso besser sollte der Manager sie dokumentieren. Das gilt für Manager aller Branchen. Er sollte die Risiken benennen und die Gründe, warum er so entschieden hat. Es helfe ungemein, wenn er später belegen kann, dass er die Risiken sorgfältig abgewogen hat.“¹²

V. Der eigene Rückschaufehler behindert präventives Fehlermanagement

Der Rückschaufehler erklärt auch die Beobachtung, dass sich die gleichen Fehler beim Organisationsverschulden wiederholen, dass niemand aus der Rechtsprechung lernt und die Erinnerungen an eigene als auch an fremde Fehler im Nachhinein verfälscht werden. Kommt es zum Schaden, besteht die Neigung, einen Fehler zu bestreiten, insbesondere dessen Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit.

Wer seinen eigenen Fehler als solchen nicht anerkennt, hat keinen Grund, ihn in Zukunft zu vermeiden. Fehler werden verkannt, vergessen und verdrängt. Wer Fehler bestreitet, organisiert v. a. nicht für die Zukunft deren Prävention. Vorstände und Geschäftsführer, die für Organisationspflichten verantwortlich sind, müssen einkalkulieren, dass Fehler für die Zukunft nicht präventiv vermieden werden. Zu unterscheiden ist die Behandlung von Fehlern für die Vergangenheit und für die Zukunft. Jeder Verantwortliche, dem ein Fehlverhalten als Schadensursache vorgeworfen wird, hat das Recht, sich gegen diesen Vorwurf zu wehren und seine Haftung abzuwenden. Gleichwohl empfiehlt es sich für die Zukunft, den Fehler präventiv zu vermeiden, nachdem das Unternehmen den Schadenseintritt als Erfahrung machen musste. Ohne dieses präventive Fehlermanagement ist zu befürchten, dass sich alle Fehler wiederholen und die Schadensquote nicht sinkt. In der Darstellung zum Omission-Bias¹³ musste da-

rauf verwiesen werden, dass entgegen a. A.¹⁴ das Unterlassen eines Compliance Managements nicht erstmals vom Landgericht München I am 10.12.2013¹⁵ als Organisationsfehler zur Begründung eines spektakulär hohen Schadensersatzanspruchs von 15 Mio. verwendet wurde, sondern dass diese verletzte Organisationspflicht in ständiger Rechtsprechung seit über 100 Jahren zur Haftungsbegründung angeführt wird. Von *Matusche-Beckmann* wurden die klassischen Fälle zum Organisationsverschulden analysiert. Von 20 Fällen wurde in 17 die Risikoanalyse unterlassen und zwar in 10 unterblieb die Risikoermittlung bei latenten Risikofaktoren¹⁶, in sieben bei offenen Risikofaktoren¹⁷. In sieben von 20 untersuchten Fällen wurde die Risikofrühermittlungspflicht nicht erfüllt.¹⁸ In 13 von 20 Fällen wurden die Organisationspflichten nicht daraufhin kontrolliert, ob sie geeignet sind, vollzogen wurden und ob sie überhaupt funktionieren¹⁹. In sieben der 20 untersuchten Fällen wurden nicht delegationsfähige Organisationspflichten auf Mitarbeiter ohne Organstellung delegiert.²⁰

12 *Feigen*, manager magazin 5/2010, 122.

13 *Rack*, Compliance-Berater 4/2014, 104 ff.

14 *Hauschka*, FAZ v. 12.3.2014.

15 LG München I, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10.

16 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78 S. 107 (Kutscher-Urteil); RG, 25.2.1915 – VI 526/14, RGZ 87 (1916), 1 (Heilsalz-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, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-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 ff. (Schubstrebren-Fall); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, BGH JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil).

17 RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-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 (1938), 3162 (Streupflicht-Urteil); BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriffs-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).

18 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, in: RGZ 78 S. 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-Urteil); BGH, 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17 (1955), 214 (Bleiwaggon-Urteil); RG, 19.2.1923 – IV 427/22, RGJW (1923), 1026 (Fuhrwerk-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-Urteil); BGH, 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961, 455 (Propagandisten-Urteil).

19 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107 (Kutscher-Urteil); RG, 28.11.1913 – III 194/13, Warn. 1914 35, 50 (Neuzement-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 (Asphalt-Vertiefungs-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, 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 ff. (Schubstrebren-Fall).

20 RG, 27.11.1916 – VI 275/16, RGZ 89 (1917), 136 (Asphalt-Vertiefungs-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, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24 (1957), 200 (Presseangriffs-Urteil); BGH, 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, BGHZ 32 (1960), 53 (Besitzdiener-Urteil); BGH, 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 (LKW-Unfall-Urteil); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil).

Deshalb stellt sich die Frage nach Organisationspflichten, die geeignet sind, die Wiederholung von Fehlern zu vermeiden, anstatt sie zu wiederholen.

VI. Die Organisationspflicht zur Verfügbarkeit

Der BGH hat in seiner Wissensaufspaltungsentscheidung²¹ die Organe einer juristischen Person dazu verpflichtet, rechtserhebliche Informationen zu sammeln, zu speichern und verfügbar zu halten. Der BGH hat ausdrücklich als Organisationsmittel das Speichern des Unternehmenswissens in Akten oder auf elektronischen Medien zur Pflicht erklärt. Die Verfügbarkeit über rechtserhebliche Informationen ist organisatorisch zu sichern. Die unvollständige und ungeeignete Datenbasis wird von *Tverski* und *Kahnemann* als Heuristik beschrieben, die Menschen anwenden, wenn sie die Häufigkeiten schätzen oder Wahrscheinlichkeiten bilden sollen.²² Risiken können nicht erkannt, sondern nur geschätzt werden. Fehler können dadurch entstehen, dass sie entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Je leichter Beispiele eines bestimmten Ereignisses ins Gedächtnis kommen, desto größer schätzen wir dessen Häufigkeit. Die Verfügbarkeit von Informationen ist deshalb nützlich für Risikoschätzungen, weil häufige Ereignisse leichter verfügbar sind als seltene oder man sich an auffällige Ereignisse besser erinnert als an unauffällige, was durch die leichtere Verfügbarkeit zur Überschätzung ihrer Häufigkeit führt.

Jüngere Ereignisse werden überschätzt, ältere Ereignisse werden unterschätzt.

Unternehmen müssen die Verfügbarkeit über rechtserhebliche Informationen erhöhen, um Fehler beim Schätzen von Risiken zu vermeiden. Menschen mit begrenzter Gedächtniskapazität sichern nicht die Verfügbarkeit aller rechtserheblichen Informationen im Unternehmen. Sie verfügen über eine nur begrenzte Gedächtniskapazität.²³ Dies gilt nicht jedoch für Computer mit unbegrenzten Speicher- und Abfragemöglichkeiten.²⁴ Wer die Verfügbarkeit von rechtserheblichen Informationen im Unternehmen erhöht, erfüllt die Organisationspflicht nach der Wissensaufspaltungsentscheidung des BGH und vermeidet den Rückschaufehler durch Vergessen und Verdrängen schadensverursachenden Fehlverhaltens.

VII. Der Einsatz von Fehlersimulatoren zu Abwendung von Rückschaufehlern

Erfolgreiches Fehlermanagement wird bei Piloten und Chirurgen praktiziert und eignet sich als organisatorisches Vorbild für das Compliance Management in Unternehmen. Fehler werden nicht bestritten oder verdrängt, sondern als Fehler akzeptiert. Menschliches Versagen bei Piloten, Chirurgen und Tankerkapitänen verursacht aufsehenerregende Schäden. Flugzeugabstürze durch Pilotenfehler wurden seit 1990 nachweislich um 71 % vermindert.²⁵ Fliegen gilt inzwischen als sicherste Fortbewegungsart. Die Ursache des Erfolgs ist der Einsatz von Flugsimulatoren, an denen Piloten Entscheidungen in Risikosituationen simulieren und trainieren. Unerwartete Szenarien können durchgespielt werden. Am Flugsimulator trainieren Piloten ihr Entscheidungsverhalten bis zur Routine, die den Piloten befähigt, ohne nachzudenken, nur mit Intuition, entscheiden zu können. Durch Fehlersimulatoren lässt sich der Rückschaufehler systematisch korrigieren. Jeder macht zwar Fehler, aber jeder kann aus Fehlern

lernen.²⁶ Eine andere Einstellung zu Fehlern ist unumgänglich, sie dürfen nicht als Zeichen von Dummheit und Ungeschick, sondern als unverzichtbare Erfahrung verstanden werden, die in verwertbares Erfahrungswissen umgemünzt werden können. Aus Fehlern Erfahrungen machen, muss das Ziel des Entscheidungsfehlermanagements sein. Durch Fehlersimulation konnten in Kliniken Behandlungsfälle mit optimalem Verlauf von 20 % auf 62 % verdreifacht werden.²⁷

VIII. Das Managementsystem „Recht im Betrieb“ als Fehlersimulator für Unternehmen

Fehlersimulatoren sind erfolgreiche Werkzeuge, um Fehler zu vermeiden. Dazu sind zunächst die eigenen und die fremden Fehler zu vermeiden und als Fehler zu kennzeichnen. Piloten werden per Gesetz verpflichtet, regelmäßig am Fehlersimulator zu trainieren und ihre Trainingserfolge zu messen und zwar so lange, bis ihre Entscheidungen zur Routine geworden sind. Routineentscheidungen sind dann erforderlich, wenn nicht alle Informationen in der Entscheidungssituation präsent sind und unter Zeitdruck gleichwohl Entscheidungen getroffen werden müssen, ohne ein lehrbuchmäßiges Bilanzieren von Vor- und Nachteilen, von Pro- und Contra durchführen zu können. Piloten und Chirurgen sind zur schnellen Entscheidung gezwungen. Gleiches gilt für Manager in Unternehmen, die ähnlichen Entscheidungsbedingungen ausgesetzt sind. Sie müssen unter Zeitdruck ohne ausreichende Informationen in Unsicherheit über die Konsequenzen und ohne zeitraubende Abwägungen entscheiden. Gemeinsam ist allen Berufsgruppen, dass sie mit hohen Risiken umgehen und hohe Schäden als Konsequenzen ihrer Entscheidungen drohen.

Der Einsatz einer Datenbank als Fehlersimulator empfiehlt sich allein deshalb, weil schon einmal getroffene Entscheidungen gesammelt und in kürzester Zeit per Mausclick zur Verfügung stehen. Alle Informationen zu einer Entscheidung können mit einem Klick abgerufen werden. Was schon einmal durch ein Gericht oder durch den Gesetzgeber als Risiko entschieden wurde, lässt sich speichern. Gerichtsurteile liefern Entscheidungen, wie sie der Rechtsordnung entsprechen. Sie zeigen außerdem Fehlentscheidungen, die zu Schäden und zur Haftung geführt haben. Gerichtsentscheidungen zeigen, was rechtsverbindlich als Risiko gilt und abgewendet werden muss. Das Managementsystem „Recht im Betrieb“ funktioniert wie ein Fehlersimulator, sammelt und speichert abrufbereit Fehler, die schon einmal einen Schadensersatz begründet haben. Aus gespeicherten eigenen und fremden Fehlern lässt sich lernen, immer vorausgesetzt, dass die Informationen für einen schnellen Zugriff zur Verfügung stehen. Mit geringstem Zeitaufwand lassen sich Informationen über Entscheidungen abrufen und die Organisationspflicht nach dem BGH-Urteil zur Wissensaufspaltung²⁸ erfüllen.

21 BGHZ 132, 30.

22 *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 164 f., 167 f., Zur Psychologie der Verfügbarkeit.

23 *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen 2007, S. 32, 47.

24 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 176.

25 *Lehrer*: Wie wir entscheiden, 2009, S. 322.

26 *Lehrer*: Wie wir entscheiden, 2009, S. 269, 326.

27 *Lehrer*: Wie wir entscheiden, 2009, S. 327. Verwiesen wird auf die Erfahrung im Nebraska Medical Center, das seine Chirurgenteams seit 2005 im Cockpit-Ressource-Management (CRM-Programm) schult.

28 BGHZ 132, 30.

IX. Routinisierte Entscheidungen zur Abwehr des Rückschaufehlers

Ist eine Entscheidung in einem Unternehmen einmal von den verantwortlichen Organen getroffen worden, lässt sie sich für Wiederholungsfälle routinisieren.²⁹ Dazu eignet sich eine Datenbank. Ist ein Risikosachverhalt einmal mit einer Pflicht digital verknüpft worden, stellt diese Verknüpfung eine Entscheidung des Unternehmens dar, das wiederkehrende Risiko mit der gleichen Pflicht abzuwenden. Riskante Unternehmenssachverhalte können auf diesem Weg immer mit den gleichen Pflichten aus Gesetzen, Gerichtsurteilen und Verkehrssicherungspflichten im Unternehmen abgewendet werden. Die Routine erreicht man durch digitale Verknüpfungen. Es entstehen gespeicherte Situationsprototypen. Bei hinreichend hoher Ähnlichkeit wird das gespeicherte Entscheidungsschema aktiviert und die gewohnte Wahl getroffen. Der Entscheidungsaufwand wird minimiert. Er besteht im Wesentlichen im Abgleichen der gegebenen Situation mit der vorgeschichteten und der fixierten Entscheidung. Es handelt sich um einen sog. „matching-Prozess“.³⁰ Nutzt z. B. ein Unternehmen einen Kran, bietet das System eine Liste von 71 Rechtspflichten aus unterschiedlichen Gesetzen, die durch den Einsatz des Krans ausgelöst werden. Ist der Sachverhalt „Kran“ mit 71 ausgelösten Pflichten digital verknüpft, lässt sich in jedem anderen Unternehmen die gespeicherte typisierte Pflichtenlage aufrufen. Ersparen kann man sich das jeweils erneute Prüfen dieses Sachverhalts. Die Vielzahl der Prüfschritte zu 71 Rechtspflichten wird zu einer routinisierten Entscheidung verkürzt. Die Ausgangsfrage, welche Rechtspflichten mit dem Sachverhalt „Kran“ verbunden sind, wird auf einen Klick mit der Liste der 71 Pflichten beantwortet. Das Managementsystem „Recht im Betrieb“ sammelt und speichert Routinen und stellt sie jederzeit zum Abruf zur Verfügung. Fortschritte bei der Rechtsanwendung können dadurch erzielt werden, dass die Zahl der Prüfvorgänge vermehrt wird, die ohne weiteres Nachdenken ausgeführt werden können.³¹ Routinen müssen regelmäßig an veränderte Sachverhalte angepasst werden. Der Vorteil der routinisierten Entscheidungen besteht darin, dass man Entscheidungen nicht stets immer aufs Neue treffen muss und Ressourcen im Unternehmen bindet. *Niklas Luhmann* weist darauf hin, dass es parallel zu jeder riskanten Technologie unumgänglich ist, eine eigene Sicherheitstechnologie einzurichten. Wiederholen

sich Operationen planmäßig, schafft die Technik Risiken als dauerhafte und nicht eliminierbare Begleiterscheinungen der Produktion. Die Sicherheitstechnologie muss durch Regelsysteme organisiert werden, wodurch „die menschliche Aufmerksamkeit und menschliches Reaktionsvermögen“ standardisiert wird.³²

X. Fazit

Der Rückschaufehler lässt sich als psychologisch bedingtes menschliches anomales Fehlverhalten vorhersehen und durch die Organisationspflicht zur Dokumentation von Entscheidungsgründen und durch den Einsatz von Fehlersimulatoren sowie Entscheidungsrouninen vermeiden.

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.

29 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidungen, 2. Aufl. 2005, S. 31.

30 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidungen, 2. Aufl. 2005, S. 31.

31 *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen. Die Intelligenzen des Unbewussten und die Macht der Intuition, 2. Aufl. 2007, S. 49.

32 *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 102, 103.