

CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

CB-Test: Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko

Der Confirmation-Bias beschreibt die menschliche Neigung, nur Informationen zu berücksichtigen, die die eigenen Theorien, Prognosen, Meinungen und Vorurteile bestätigen und alle Informationen zu ignorieren, die die eigene Meinung widerlegen. Dadurch werden Fehlprognosen nicht erkannt und nicht korrigiert. Diesem Entscheidungsfehler können alle Entscheidungsträger unterliegen, insbesondere Gesetzgeber, Gerichte und Geschäftsleiter. Compliance-Verantwortliche müssen durch organisatorische Maßnahmen diesen Entscheidungsfehler präventiv vermeiden.

I. Die Struktur von Entscheidungen

Gesetzgeber, Richter und Geschäftsleiter treffen Entscheidungen. Gemeinsam ist allen Entscheidungen, dass sie mit ihren Folgen begründet und gerechtfertigt werden.¹ Der Gesetzgeber verfolgt einen Gesetzeszweck, der Geschäftsleiter einen Geschäftszweck und Gerichte verfolgen mit ihren Urteilen eine general-präventive Wirkung über den Einzelfall hinaus. Alle Folgen von Entscheidungen liegen in der Zukunft. Jede Behauptung einer Entscheidungsfolge enthält eine Prognose mit Erwartungen, dass das Wunschenken des Entscheidungsträgers von dem künftigen Geschehensverlauf erfüllt wird. Prognosen beruhen auf Erfahrungen, die entweder schon gemacht wurden oder erst noch gemacht werden müssen. Geschäftsleiter müssen Chancen wahrnehmen und Risiken vermeiden, die in der Zukunft liegen. Der Gesetzgeber hat das Recht auf experimentelle Gesetzgebung. Er ist berechtigt zur Gesetzgebung auf Probe.²

II. Die Pflicht des Gesetzgebers zur sorgfältigen Prognose

Der Gesetzgeber ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur sorgfältigen Prognose verpflichtet. Die Eignung der gesetzgeberisch vorgesehenen Maßnahmen ist aufgrund einer verlässlichen Prognose abzuschätzen.³ In seinem Mitbestimmungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht zur Prognosepflicht entschieden, dass der Gesetzgeber die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben muss, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können, um einen Verstoß gegen das Verfassungsrecht zu vermeiden. Das Mitbestimmungsurteil gilt als Leitentscheidung für die Pflichten des Gesetzgebers bei Entscheidungen unter Unsicherheit. Der Gesetzgeber ist zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet. Wenn er alle zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen muss, bedeutet dies, dass er alle vorhandenen Erfahrungen beim Aufstellen seiner Prognose über die Gesetzesfolgen erfassen muss. Ignoriert er dabei Erfahrungen, wird seine Entscheidung verfassungswidrig.

Zum Erfahrungswissen hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Kalkar-Beschluss entschieden, dass Erfahrungen sich immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befinden.⁴ Das Gleiche muss für rechtserhebliches Erfahrungswissen gelten.⁵

Für die Pflicht zur sorgfältigen Prognose gilt deshalb, nur unwiderlegtes Erfahrungswissen zu verwenden. Prognosen bestehen aus Aussagen über Ursachen und Wirkungen, mit dem jeweiligen Erfahrungssatz, dass die Wirkungen immer auf die jeweilige Ursache folgen. Eine Risikoaussage stellt eine Schadensprognose dar, wonach ein Schaden aufgrund eines Erfahrungssatzes immer eintritt, wenn eine Schadensursache vorliegt. Der Gesetzeszweck als Folge des Gesetzes ist immer zu erwarten, wenn ein entsprechender Erfahrungssatz vorliegt. Eine Schadensprognose als Risikoaussage, als auch eine Prognose über einen Gesetzeszweck, lässt sich nur mit einem entsprechenden Erfahrungssatz rechtfertigen. Wird über Risikoausagen gestritten, geht der Streit regelmäßig um unterschiedliche Prognosen, weil künftige Schadens- und sonstige Geschehensverläufe unterschiedlich prognostiziert werden können. Es sind konkurrierende Theorien und Erfahrungen über Schadensverläufe oder über die wirkungsvollsten Schutzmaßnahmen zur Abwehr eines Risikos. Der Streit um Prognosen lässt sich nur durch die Feststellung lösen, ob der Erfahrungssatz, der der Prognose zu Grunde liegt, gilt oder nicht gilt. Die Frage nach der Geltung von Erfahrungssätzen beantwortet die Erkenntnistheorie. Jeder Erfahrungssatz gilt nur, solange er nicht widerlegt ist.⁶ Erfahrungssätze lassen sich nicht verifizieren, sondern

1 Rütters, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Anm. 388, „et respice finem“; Grimm, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, 1995, S. 157; Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel und Begriffsbildung spielen, 1981, S. 132.

2 BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil).

3 BVerfG, 19.3.1975, BVerfGE 39, 210, 226, Beschluss vom 9.3.1975 (Mühlenstrukturgesetz); BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil).

4 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 143 (Kalkar-Beschluss).

5 Rütters, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Anm. 316.

6 Popper, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 16.

nur falsifizieren. Theorien gelten nur vorläufig. Ein Erfahrungssatz oder eine Theorie mit dem Anspruch immer und für alle Fälle zu gelten, lässt sich niemals beweisen. Man müsste die Zukunft beweisen können. Es gibt aber keine Zeugen aus der Zukunft. Sobald Theorien um ihre Geltung konkurrieren und ein Beweis ausgeschlossen ist, bleibt als einzige Möglichkeit zur Auslese unter gleich plausiblen, aber widersprüchlichen Theorien zum gleichen künftigen Ereignisverlauf, den Erfahrungssatz zu widerlegen. Es handelt sich um das seit *Popper* in der Erkenntnistheorie vertretene Falsifikationsverfahren. Für die Entscheidungspraxis gilt, statt nach Beweisen für einen Erfahrungssatz nach Gegenbeweisen zu suchen. Die Suche nach Beweisen ist nämlich aussichtslos, weil sie die Zukunft umfasst.⁷

Die Allgemeingültigkeit der Erfahrungssätze kann täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden. Erfahrungssätze liefern nur relative Wahrheiten für die beobachtete Zeit und den beobachteten Raum. Diese Einsicht ist im Zivilprozessrecht seit *Friedrich Stein* bekannt.⁸ Seitdem gilt im Zivilprozess, dass Verstöße gegen Erfahrungssätze in der Revisionsinstanz zu überprüfen sind und Abweichungen von geltenden Erfahrungssätzen zu begründen sind.⁹

III. Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers für Fehlprognosen in der aktuellen Rechtsprechung

Beruhet eine Prognose auf einem falsifizierten Erfahrungssatz, muss diese Prognose als Fehlprognose gelten, sobald sie widerlegt ist. Der Gesetzgeber ist zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet. Stellt sich dabei heraus, dass die ursprüngliche gesetzgeberische Einschätzung auf einer Fehlprognose beruhte, ist der Gesetzgeber zur Nachbesserung verpflichtet, insbesondere eine Fehlprognose nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung durch Aufhebung oder Änderung der gesetzlichen Maßnahmen zu korrigieren. Dem Gesetzgeber ist aber eine hinreichende Frist zuzubilligen, in der er die Möglichkeit hat, seine Prognose neu zu beurteilen.¹⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach über die Verletzung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers entschieden. In seinem Beschluss vom 8.6.1993 hat er es versäumt, seine Entscheidungsgrundlagen zur Steuerfreiheit von nicht-tariflichen Nachtarbeitszuschlägen zu beobachten und an die veränderten Verhältnisse anzupassen.¹¹

In seinem Urteil vom 18.7.2012 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Gesetzgeber es versäumt hat, die Regelungen des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) an die realen Verhältnisse anzupassen und seine verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht zu erfüllen.¹² Zuletzt hat das Berliner Verfassungsgericht in seinem Beschluss vom 15.1.2014¹³ entschieden, dass die Berechnung der Studienplatzanzahl für den Studiengang Tiermedizin an der FU Berlin verfassungswidrig ist, weil der Gesetzgeber seine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht verletzt hat. Trotz ausreichender Erfahrungen hat der Gesetzgeber keine Nachbesserung seiner Regelungen vorgenommen.

Die Rechtsprechung zeigt, dass der Gesetzgeber zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung verpflichtet ist, die Erfahrungssätze seiner erstmaligen gesetzgeberischen Entscheidung auf eventuelle Fehlprognosen zu beobachten und nachzubessern.

Bei der Rechtsanwendung in Unternehmen ist dies von Vorständen und Geschäftsleitern durch Compliance-Verantwortliche zu berücksichtigen, um Chancen zur Entlastung ihrer Unternehmen wahrzunehmen. Keine gesetzgeberische Entscheidung darf als endgültig

verstanden werden, weil sie auf nur vorläufigem Erfahrungswissen beruht, das jederzeit korrigiert werden kann. Auch der Gesetzgeber ist vor eigenen Entscheidungsfehlern nicht sicher und hat Fehlprognosen zu vermeiden und zu korrigieren. Die Erfüllung dieser Pflicht wird durch den Confirmation-Bias als menschliches Fehlverhalten und Entscheidungsfehler behindert. Nur wer sich bewusst wird, dass er diesem Entscheidungsfehler unterliegen kann, ist in der Lage, ihn auch zu vermeiden. Geschäftsleiter müssen entsprechende Anordnungen treffen. Compliance-Verantwortliche müssen darauf hinwirken.

IV. Die Vermeidung des Confirmation-Bias

Der Confirmation-Bias wird in der populären Lebensberatungsliteratur als der Vater aller Denkfehler bezeichnet. Es ist die menschliche Neigung, neue Informationen so zu interpretieren, dass sie mit unseren bestehenden Theorien, Anschauungen und Überzeugungen vereinbar sind. Neue Informationen, die im Widerspruch zu unseren bestehenden Ansichten stehen, filtern wir aus. Tatsachen hören jedoch nicht auf zu existieren, nur weil sie ignoriert werden.¹⁴ Der Confirmation-Bias ist ein Entscheidungsfehler und intuitiver Irrtum. Es ist irrational, nach Beweisen für Erfahrungssätze und Theorien zu suchen, wenn die herrschende 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, anstatt zu versuchen, das Vorurteil zu widerlegen. Sich selbst zu widerlegen und dazu Anstrengungen zu unternehmen, widerspricht jedem Gefühl und jeder Intuition. Die eigene Hypothese zu falsifizieren ist kontraintuitiv. Es besteht eine nachweisbare Tendenz, die eigenen Vorurteile bestätigt zu sehen. Jeder will seine eigene Wette gewinnen. Jeder will mit dem Recht behalten, was er vorhergesagt hat. Der Fluch besteht darin, dass der Confirmation-Bias unbewusst bleibt.¹⁵ Der Confirmation-Bias ist nur zu vermeiden, indem die Verantwortlichen für die Unternehmensorganisation permanent darauf aufmerksam machen und an diesen Entscheidungsfehler erinnern. Nur so können Fehlprognosen über Risiken und Chancen im Unternehmen vermieden werden. Widerlegbare Prognosen werden verkannt, weil nur ihre Bestätigung und nicht ihre Widerlegung versucht wird. Der Confirmation-Bias wird damit erklärt, dass Menschen zu optimistisch sind. Sie suchen nur nach

7 Umfassend zuletzt zur Falsifikation: *Fischer*, Lexikon der Erkenntnistheorie, 2013, S. 64–68.

8 *Stein*, Das private Wissen des Richters, Untersuchung zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 29, 30.

9 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 69. Aufl. 2011, § 246 ZPO, Anm. 12, Einführung zu § 284, Anm. 22.

10 BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil); *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 593; BVerfGE 43, 291, 317; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung, S. 34, *Rossnagel*, ZRP 1992, 55, 57.

11 Beschluss des BVerfG vom 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, S. 122.

12 BVerfGE, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 (BeckRs 2012, 71078).

13 Berl. VerfGE 109/13, BeckRs 2014, 45965.

14 *Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, 52 Denkfehler, die Sie besser anderen überlassen, 2011, S. 29–35; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 52–62; *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2. Aufl. 2005, S. 189.

15 *Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, 52 Denkfehler, die Sie besser anderen überlassen, 2012, S. 35.

Bestätigung für ihre Meinungen und denken nicht darüber nach, welche Argumente gegen ihre Ansicht sprechen. Mit Tunnelblick erklärt der Volksmund diese Neigung.¹⁶ Widersprüchliche Informationen zwingen permanent, über uns und unsere Meinungen 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, ob es möglicherweise zu korrigieren ist. Der Confirmation-Bias bedeutet, Informationen selektiv aufzunehmen und zu interpretieren. Nur was zum eigenen Vorurteil passt, wird aufgenommen. Es besteht die Neigung, Scheuklappen aufzusetzen und Fakten nur dann zu übernehmen, wenn sie bestehende Überzeugungen bestätigen.¹⁷ In jedem Entscheidungsverfahren muss nach Gegenargumenten gesucht werden. Die Gegenseite muss gehört werden. Die Erkenntnistheorie vermittelt die Einsicht, dass Theorien nie 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 bisher noch nicht widerlegt. Ist die Theorie falsifiziert und widerlegt, verliert sie ihren Anspruch auf Geltung für immer und alle Fälle. Prognosen lassen sich nicht mehr auf eine Theorie stützen, die durch einen Gegenbeweis widerlegt wurde. Mit der Entdeckung des schwarzen Schwans kann in Zukunft nicht mehr behauptet werden, alle Schwäne seien weiß. Auch die Entwicklung vom nicht widerlegten Vorurteil bis zu ihrem Gegenbeweis lässt sich in der Entscheidungspraxis beobachten. Sind einmal Theorien falsifiziert, reihen sie sich ein in den Katalog der häufigsten Irrtümer der Medizin, der Geschichte, der Justiz und liefern den Beleg, dass Theorien immer nur vorläufig bis zu ihrer Widerlegung gelten können.

Die Konsequenz für die Entscheidungspraxis besteht darin, nicht nach Beweisen, sondern nur nach Gegenbeweisen zu suchen, um die Geltung einer Theorie zu bestätigen. Die Suche nach Beweisen muss von Anfang an aussichtslos bleiben. Ein falsches Verfahren im Rahmen der Entscheidungsfindung ist 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, indem er z. B. gespäntes Metall 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.

V. Der Confirmation-Bias in der Entscheidungspraxis

Beispiele aus der Praxis zeigen, dass der Rückruf von gefährlichen Produkten zu spät veranlasst wird, weil zu lange nach Beweisen gesucht wird. Im Lederspray-Fall wurde der Rückruf zu lange hinausgeschoben, weil die Geschäftsführer und der Chef-Chemiker meinten,

noch nach den wahren toxischen Gründen für die Gesundheitsschäden suchen zu müssen, während aus rechtlicher Sicht schon der Tatbestand der Körperverletzung durch Unterlassen des Rückrufs erfüllt war. Ein Rückruf mit nur vorläufigem Wissen über die Schadensursache wäre besser gewesen und hätte dem Geschäftsführer den Vorwurf des Organisationsverschuldens erspart. In 28 Fällen waren Gesundheitsschäden bei Personen aufgetreten, die das Lederspray verwendet hatten. Der ursächliche Zusammenhang konnte zwar nicht bewiesen werden, widerlegt war jedoch längst die Erfahrung, dass das Lederspray gefahrlos verwendet werden kann, ohne dass gesundheitliche Schäden zu befürchten sind. Die Erfahrungen über die Gefahrenlosigkeit der Verwendung des Ledersprays waren schon mit den ersten Gesundheitsschäden widerlegt.¹⁸

Im Holzschutzmittel-Verfahren hat der BGH in seinem Urteil vom 2.8.1995 über die Anforderungen an die Feststellung eines Ursachenzusammenhangs zwischen chemischen Substanzen und Gesundheitsschäden entschieden.¹⁹ Das Landgericht hatte die Angeklagten zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Der BGH hat das Urteil aufgehoben und den Verfahrensfehler gerügt, die sachlichen Gegenargumente gegen die schädigende Wirkung des Holzschutzmittel nicht wiedergegeben und sich mit ihnen nicht auseinandergesetzt zu haben. Es handelt sich um eine Entscheidung unter Unsicherheit. Es lagen keine wissenschaftlich gesicherten Erfahrungssätze vor. Der Tatrichter hätte das Revisionsgericht durch eine Darstellung des Streitstandes in die Lage versetzen müssen, zu überprüfen, ob die Abwägung der für und gegen die Methode oder die Erkenntnisse sprechenden Gesichtspunkte rechtsfehlerhaft stattgefunden hat. Ist nämlich ein Erfahrungssatz umstritten, was bei nahezu allen Erfahrungssätzen der Fall ist, sind in nachvollziehbarer Weise alle Umstände zu berücksichtigen, die für und gegen die Geltung dieses Erfahrungssatzes sprechen. Die zu Grunde liegenden Erfahrungssätze dürfen nicht falsifiziert sein und sollten möglichst vielen Widerlegungsversuchen ausgesetzt worden sein. Sie gelten dann als bewehrt.

Ein weiterer Fall eines Confirmation-Bias ergibt sich aus dem Störfall in Borken. Am 1.6.1988 kam es zu einer Kohlenstaubexplosion im Braunkohlebergbau der Grube Stolzenbach mit 51 Toten. Nasser Kohlenstaub explodierte. Bekannt war das Risiko, dass trockener Kohlenstaub explodieren kann. Angeblich erstmals wurde im Störfall Borken bekannt, dass auch nasser Kohlenstaub explodieren könnte. Neun Sachverständige hatten im Gerichtsverfahren bestätigt, dass nur trockener Kohlenstaub explodieren kann und dass der Schaden deshalb weder vorhersehbar noch vermeidbar war. Erst nach 22 Jahren konnte der Erfahrungssatz von der Ungefährlichkeit nassen Kohlenstaubs durch einen Gegenbeweis widerlegt werden. Ein Gutachten aus dem Jahre 1967 war aufgetaucht. Darin war festgehalten, dass Braunkohlestaub gefährlich und besonders zündwillig ist. In einem neu aufgerollten Gerichtsverfahren wird nunmehr vorgetragen, dass der Betriebsleitung dieses Gutachten bekannt war und die Warnungen aus dem Gutachten offenbar ignoriert wurden. Hätte man nach Gegenbeweisen gegen diese Theorie gesucht, dass nasser Kohlenstaub nicht explodiert, hätte diese Theorie widerlegt werden können. Alle

16 Beck, Die Logik des Irrtums, Wie uns das Gehirn täglich ein Schnippen schlägt, 2008, S. 53.

17 Lehrer, Wie wir entscheiden: das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 265.

18 BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (Lederspray), BB 1990, 1856.

19 BGH, 2.8.1995 – 2 StR 221/94, LG Frankfurt a. M., NJW 1995, 2930 (Holzschutzmittel).

neun Sachverständigen haben sich auf den Beweis der Theorie vom nicht explosionsfähigen nassen Kohlenstaub konzentriert, ihn bestätigt und erst gar nicht zu widerlegen versucht. Möglicherweise hätten 51 Bergleute gerettet werden können, hätte man routinemäßig auch nach Gegenbeweisen gesucht. Vorgetragen wird im neuen Gerichtsverfahren, dass auch ein falscher Gesteinssprengstoff statt eines sicheren Wettersprengstoffs verwendet wurde. Aus dem Störfall in Borken lassen sich zwei Lehren ziehen. Erstens hätte man versuchen müssen, den Erfahrungssatz zu falsifizieren, dass nur trockener Kohlenstaub explodiert. Zweitens hätte man sämtliche Erfahrungen über das Risiko von Kohlenstaub verfügbar halten müssen. Zu erinnern ist an die Rechtsprechung des BGH nach der Wissensaufspaltungsentscheidung, dass alle rechtserheblichen Informationen in einem Unternehmen verfügbar bleiben müssen.²⁰ Mit dieser Organisationspflicht wird das Risiko des Verfügbarkeits-Bias (availability bias) abgewendet. Es handelt sich um eine gedächtnispsychologisch erklärbare Urteilsverzerrung, die dadurch zustande kommt, dass Menschen ein Risiko subjektiv umso höher einschätzen, je leichter oder schneller sie in der Lage sind, sich Beispiele für dieses Ereignis vorzustellen oder in Erinnerung zu rufen.²¹ Risiken, über die keine Informationen verfügbar sind, werden unterschätzt.²²

Der Entscheidungsfehler im Fall Borken bestand darin, dass es keine Versuche gab, die herrschende Meinung zur Explosionsgefahr zu falsifizieren. Der Confirmation-Bias wurde nicht durch organisatorische Maßnahmen vermieden. Das Entscheidungsverfahren war deshalb fehlerhaft.

Als einprägsames Beispiel für einen Confirmation-Bias ist der Entscheidungsfehler der Ratingagenturen in der Finanzkrise zu nennen. Die Prognosen über die Ausfallrisiken wurden auf Theorien gestützt, die nicht auf ihre Geltung mithilfe der Falsifikationsmethode überprüft wurden. Weder die Warnungen der Crash Propheten noch die Theorien über das fehlende Ausfallrisiko der Ratingagenturen wurden einem Falsifikationsverfahren unterzogen, um die AAA-Einschätzung der Ratingagenturen in Frage zu stellen.²³

Ein historisches Beispiel eines Confirmation-Bias beschreibt *Jonah Lehrer* in seinem Buch „Wie wir entscheiden“ von 2009.²⁴ In der letzten Septemberwoche von 1973 konzentrierten sich Truppen der Ägypter und Syrer an der israelischen Grenze. Der israelische Geheimdienst unterschätzte das Risiko eines Überraschungsangriffs und wertete den Aufmarsch als Militärübung. Der Geheimdienst vertrat die Theorie, die Araber würden keinen Krieg vor dem Jahr 1975 wagen. Am 6.10.1973 starteten sie gegen alle Erwartungen des israelischen Geheimdienstes den Überraschungsangriff. Erst als die Invasion bereits in vollem Gange war, ordnete die israelische Regierung die General-Mobilmachung an. Nur 130 israelische Panzer standen 1300 arabischen Panzern gegenüber. Das militärische Risikomanagement hatte versagt. Ein junger israelischer Offizier hatte nachdrücklich vor dem Überfall gewarnt. Die israelischen Geheimdienste weigerten sich hartnäckig, die Fakten der Kriegsvorbereitung als solche einzuschätzen. Der israelische Geheimdienst hat seine Theorie jedem Widerlegungsversuch entzogen. Das Risiko und die Warnungen wurden verdrängt.

VI. Die Organisationspflicht zur Vermeidung des Confirmation-Bias

In der Entscheidungsfindung großer Unternehmen wird der Widerspruch als Entscheidungsregel institutionalisiert. Empfohlen wird, eine Funktion und eine Rolle im Unternehmen zu schaffen, deren

Vorbild der „advocatus diaboli“ der katholischen Kirche ist. Im Verfahren zur Heiligsprechung hat der „advocatus diaboli“ die Aufgabe, sämtliche Annahmen kritisch zu beurteilen und Gegenbeweisen zu unterziehen.²⁵ In der prozessualen Praxis wird der Austausch von Argumenten und Gegenargumenten durch die Einschaltung von Anwälten und Gegenanwälten, von Gutachtern und Gegengutachtern, von Staatsanwälten und Strafverteidigern, gesichert. Der Compliance-Verantwortliche könnte in Unternehmen die Aufgabe übernehmen, die in allen Entscheidungen verwendeten Erfahrungssätze zu ermitteln, Gegenbeweisen auszusetzen und den jeweiligen Meinungsstand im Rahmen eines Entscheidungsverfahrens zu vertreten. Die Erfahrungssätze dürfen nicht widerlegt und nicht falsifiziert sein. Ihre Geltung müsste festgestellt werden. Je öfter sie erfolgreich Widerlegungsversuchen ausgesetzt wurden, umso mehr Geltung können sie beanspruchen. Falsifizierte Erfahrungssätze dürfen im Entscheidungsverfahren grundsätzlich nicht verwendet werden. Bewiesen ist eine Prognose erst dann, wenn das prognostizierte Ereignis eintritt. Bei Schadensprognosen wäre der Beweis dann erbracht, wenn der Schaden eingetreten ist. Dann ist es allerdings regelmäßig zur Schadensabwehr zu spät. Die Geltung einer Prognose muss schon dann untersucht werden, bevor sie sich erfüllt hat.

Die Vermeidung des Confirmation-Bias muss von Vorständen und Geschäftsführern angeordnet werden. Der Confirmation-Bias gehört zu dem typisierten menschlichen Fehlverhalten. Führungskräfte müssen davon ausgehen, dass beim Entscheiden vorhersehbare Entscheidungsfehler zu erwarten sind. Menschliches Fehlverhalten lässt sich vorhersagen.²⁶

Die deskriptive Entscheidungstheorie unterscheidet inzwischen insgesamt 28 typisierte Entscheidungsfehler, denen menschliches Fehlverhalten deshalb zu Grunde liegt, weil es von dem erwarteten rationalen Verhalten und dem bisherigen Verständnis abweicht, dass mit jeder Entscheidung der eigene persönliche Nutzen verfolgt wird.²⁷ Behandelt wurden bisher der Omission-Bias, der Hindsight-Bias und der Confirmation-Bias. Sobald menschliches Fehlverhalten als vorhersehbar gilt, muss es durch ein verantwortungsvolles Management als Organisationsrisiko erfasst, behandelt und wie jedes andere Organisationsrisiko durch entsprechende Organisationspflicht vermieden werden.²⁸

In Managementsystem „Recht im Betrieb“ unterstützen Funktionen die Vermeidung des Confirmation-Bias. Über die Meldemaske können Vorstände und Geschäftsführer Informationen über Erfahrungssätze, insbesondere ihre Widerlegung durch Gegenbeweise, abfragen und sich aus dem gesamten Unternehmen melden lassen.

20 BGHZ 132, 30 (Wissensaufspaltung).

21 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2002, S. 367.

22 *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, Die Wissenschaft der Verfügbarkeit, 2012, S. 164f.

23 Ausführlich dazu *Rack*, CB 2013, 6.

24 *Lehrer*, *Wie wir entscheiden*, 2009, Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 273-281.

25 *Carroll/Mui*, Teure Lektionen – Was Sie von den schlimmsten Managementfehlern lernen können und wie Sie sie vermeiden, 2009, S. 200.

26 *Elger*, Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von Mitarbeitern, 2. Aufl. 2013, S. 37.

27 *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 366-372.

28 *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*, Inognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 189.

VII. Neue Evaluierungsverfahren des Gesetzgebers zur Nachbesserung von Gesetzen

Bisher war der Gesetzgeber zur Gesetzesfolgenabschätzung vor der Verabschiedung und zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung während der Geltung des Gesetzes verpflichtet. Die „Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien“²⁹ sieht in § 44 vor, die voraussichtlichen Gesetzesfolgen im Benehmen mit den jeweils fachlich zuständigen Bundesministerien darzustellen, so dass die finanziellen Auswirkungen zu erkennen sind und darzustellen, worauf die Berechnungen und Annahmen beruhen. Darzustellen ist, ob die Wirkungen des Vorhabens einer nachhaltigen Entwicklung entsprechen, insbesondere, welche langfristige Wirkung das Vorhaben hat. Das Bundesministerium des Inneren kann zur Ermittlung von Gesetzesfolgen Empfehlungen geben.

Im aktuellen Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD ist auf Seite 105 die Vereinbarung enthalten, vermehrt Wirkungsanalysen in der Phase der Entwicklung von politischen Maßnahmen sowie die Evaluation bestehender Gesetze zu nutzen, um die Wirksamkeit systematisch zu prüfen. Die Zielgenauigkeit und die Wirksamkeit politischer Vorhaben soll dadurch erhöht werden. Evaluierungspflichten sind in die Gesetze aufzunehmen, um ein Evaluierungsverfahren durchführen zu können. Im Gesetz zur Einrichtung eines nationalen Normenkontrollrats ist diese Einrichtung nach § 2 verpflichtet, für bessere Gesetzgebung zu sorgen. Der Normenkontrollrat betreibt Evaluierungsverfahren derzeit in neun Gesetzen. Das Konzept zur Evaluierung neuer Regelungsvorhaben beruht auf einem Staatssekretärsbeschluss vom 23.1.2013 zum Arbeitsprogramm der besseren Rechtsetzung der Bundesregierung vom 28.3.2012. Die Bundesregierung unterhält also ein systematisches Verfahren zur begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung. Alle zwei Jahre überprüft das Statistische Bundesamt nach Inkrafttreten einer Regelung die Angaben aus der Gesetzesbegründung in der Praxis (Nachmessung)³⁰.

Den betroffenen Normadressaten ist damit die Möglichkeit gegeben, auch nach Verabschiedung eines Gesetzes Einfluss zu nehmen, die Widerlegung von Erfahrungssätzen zu betreiben, die der ursprünglichen Gesetzgebung zu Grunde lagen, Fehlprognosen nachzuweisen und die Nachbesserungen geltender Gesetze durchzusetzen. Mit der Evaluierung kann der Gesetzgeber eine Erfolgskontrolle seiner Gesetzesvorhaben betreiben, um festzustellen, ob seine politischen Erwartungen erfüllt wurden und die Gesetzeswirkungen eingetreten sind.

Vergleichbare Erfolgskontrollen haben Geschäftsleiter von Unternehmen nach § 289 HGB vorzunehmen. Sie haben zunächst Prognosen im Lagebericht abzugeben. Die Prognose hat die Aufgabe die Selbsteinschätzung des Unternehmens im Rhythmus der Bilanzierung zu überprüfen. Prognosen dienen nach dieser Rechtsprechung auch in Unternehmen der Selbstkontrolle.³¹ Trifft eine Prognose nicht zu, muss ein Unternehmen alle von der Selbsteinschätzung abhängigen sonstigen Maßnahmen im Unternehmen korrigieren und den aktuellen Umständen anpassen.

VIII. Fazit

Unternehmen sind in hohem Maße abhängig von fehlerfreien Entscheidungen des Gesetzgebers, der Gerichte, der Verwaltung und v. a. ihrer eigenen Entscheidungen. Fehlprognosen, mit denen Entscheidungen begründet werden, müssen so früh wie möglich erkannt und korrigiert werden. Vor allem Unternehmen dürfen nicht zulassen, dass Fehlentscheidungen erst durch eingetretene Schäden erkannt und bewiesen werden. Dann haben die beteiligten Entscheidungsträger zwar die Gewissheit, dass eine früher getroffene Entscheidung falsch war. Für präventive Abwehrmaßnahmen ist es nach dem Schadenseintritt jedoch zu spät. Es bleibt nur die Frage der Verantwortung für den Schaden und den Entscheidungsfehler und die sich daran anschließende Haftung. Die gleichen Erwägungen über die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Nachteilen und Schäden zur Begründung der Haftung können schon vorher angestellt werden, damit Schäden als Folgen von Fehlentscheidungen erst gar nicht eintreten. Die Darstellung des Confirmation-Bias als typischen Entscheidungsfehler soll Entscheidungsverfahren verbessern helfen. Von frühestmöglichen Erfolgskontrollen bei gesetzgeberischen Entscheidungen als auch bei Entscheidungen in Unternehmen profitieren alle Beteiligten.

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 www.verwaltung-innovativ.de.

30 BT-Drucks. 18/866 vom 19.3.2014.

31 OLG Frankfurt, 24.11.2009 – Wp ÜG 11,12/09, NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung).