

## CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

# CB-Test: Der Verfügbarkeitsfehler (Availability bias) als Organisationsrisiko

Die Annahme von Risiken in Unternehmen bestimmt die Ermittlung von Rechtspflichten, die der Risikoabwehr dienen. Rechtspflichten werden verkannt und übersehen, wenn Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Die Annahme eines Risikos als Schadensprognose beruht auf der menschlichen Vorstellung über die Häufigkeit und damit die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Die Verfügbarkeit von Informationen bestimmt darüber, ob Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich durch die Organisation der Beschaffung und Auswertung von Informationen vermeiden. Die Rechtsprechung gibt Informationsbeschaffungspflichten zur Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers vor.

## I. Unterschätzte Risiken in der Unternehmenspraxis

Im eigenen Unternehmen passiere so etwas nicht, weil es auch in der Vergangenheit zu keinen Schäden durch Rechtsverstöße gekommen sei. Mit dieser Behauptung werden Risiken und Schadensprognosen geleugnet. Deshalb gebe es auch keinen Anlass, Rechtspflichten zur Abwehr von Risiken zu ermitteln, die sich im Unternehmen niemand vorstellen kann. Andererseits werden Risiken überschätzt, weil sich die Betroffenen mehr drohende Schäden vorstellen, als in der Wirklichkeit vorkommen. Die Gefahr der unterschätzten Risiken erweist sich als aktuelles Problem. Die Rechtsrisiken bei Banken erreichen inzwischen die Höhe der gezahlten Dividenden. Im Bankensektor wurden seit 2009 mehr als 94 Mrd. Dollar Strafen verhängt.<sup>1</sup> Die Anzahl der Wirtschaftsstraftaten ist nach wie vor hoch. Zuletzt wurden in der polizeilichen Kriminalstatistik insgesamt 81 793 Fälle von Wirtschaftskriminalität im Jahr 2012 mit einem wirtschaftlichen Schaden von 3,75 Mrd. Euro registriert.<sup>2</sup>

Verschätzen sich die Entscheidungsträger in Unternehmen bei der Annahme von Risiken, stellt sich die Frage, welcher Entscheidungsfehler zu Grunde liegt und ob und wie er zu vermeiden ist. Menschliches Fehlverhalten wird statistisch auch in der Industrie als Schadensrisiko nachgewiesen. Mit 46% dominierten die „menschlichen Fehler“ insgesamt als Ursachenart. Technische Fehler folgen mit insgesamt 18% und nicht aufgeklärte Schadensursachen mit 9%. Die restlichen Schadensereignisse lassen sich nicht zuordnen.<sup>3</sup> Der prozentuale Anteil des menschlichen Fehlverhaltens an Schadensursachen in der Industrie liegt seit Jahren konstant hoch. Menschliches Versagen übertrifft technisches Versagen. Offenbar treffen die Verantwortlichen in der Industrie und in den Banken fehlerhafte Entscheidungen. Die Fehlerursache ist im Entscheidungsverhalten zu vermuten. Mit Entscheidungsfehlern beschäftigt sich die Entscheidungstheorie.

## II. Die Entscheidungstheorie als Hilfe zur Vermeidung von Entscheidungsfehlern

Zwei Fragen werden in der Entscheidungstheorie behandelt. Erstens wie Entscheidungsträger tatsächlich im Alltag und in der Praxis entscheiden. Diese Frage wird von der deskriptiven Entscheidungstheorie untersucht. Die zweite Frage, wie Entscheidungsprozesse verlaufen sollen und wie sie besser verlaufen können, behandelt die präskriptive oder normative Entscheidungstheorie.<sup>4</sup> Sich zu entscheiden bedeutet, eine Wahl zwischen mehreren Alternativen zu treffen. Die Wahl muss mindestens zwischen zwei Optionen getroffen werden, wobei eine Option gegenüber einer anderen bevorzugt wird.<sup>5</sup> Verantwortliche in Unternehmen entscheiden sich, indem sie zwischen mehreren Möglichkeiten wählen, z. B. sich legal oder illegal zu verhalten, eine Organisation aufzubauen, zu dokumentieren und zu unterhalten, Risiken zu erfassen und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr einzuhalten oder nichts zu unternehmen und alles dem Zufall zu überlassen. Für eine von mehreren Optionen entscheidet man sich nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen der Folgen, die bei der Auswahl der jeweiligen Alternative zu erwarten sind.<sup>6</sup> Im Zeitpunkt der Entscheidung sind deren Folgen jedoch noch nicht zu beobachten.

1 FAZ vom 7.6.2014, S. 22; Rack, CB 2014, 5.

2 Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2012, Bundeskriminalamt.

3 Letzter Jahresbericht von 2010 des Umweltbundesamtes der zentralen Melde- und Auswertestelle für Störfälle und Störungen in verfahrenstechnischen Anlagen (ZEMA), S. 16.

4 Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 16; Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 30.

5 Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 2f.

6 Rütters, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, Anm. 388, 528, 330; Lübbe/Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, Welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen, 1981; Teubner (Hrsg.), Ent-

ten. Sie liegen in der Zukunft. Es sind antizipierte, vorweggenommene und v. a. gedachte Folgen. Unterscheiden lassen sich sichere und unsichere Folgen. Sind die Entscheidungsfolgen unsicher, spielt die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Konsequenzen eine Rolle. Wer sich entscheidet, ein Risiko anzunehmen und mit Aufwand die Risikoabwehr durch die Einhaltung von Rechtspflichten zu betreiben, entscheidet sich für den Vorteil legalen Verhaltens und die Vermeidung eventueller Schadensersatzansprüche. Die Konsequenzen einer Entscheidung werden in aller Regel subjektiv bewertet. Man wählt die Alternative, die Vorteile und keine Nachteile bringt und von Nutzen ist. Gibt es mehrere Konsequenzen, muss der Entscheidungsträger sie vergleichen und den relativen Nutzen der alternativen Konsequenzen abwägen.<sup>7</sup> Die Folgen von Entscheidungen zu erfassen und zu bewerten bedeutet für den Entscheidungsträger, Prognosen abzugeben. Wie bei einem Risiko sind Prognosen wiederum Kausalbeziehungen und Aussagen über Ursache, Wirkung und den jeweiligen Erfahrungssatz, die Hypothese oder Theorie, warum eine Ursache immer die Wirkung nach sich zieht, die als Konsequenz angestrebt wird und das Motiv des Entscheidungsträgers darstellt. Die verwendeten Hypothesen müssen gelten, d. h. sie dürfen nicht falsifiziert sein. Konkurrieren die Hypothesen bei der Frage mehrerer Entscheidungsfolgen, müssen Entscheidungen getroffen werden, welche der alternativen konkurrierenden Hypothesen gelten soll.

### III. Heuristiken als Lösungstechniken für die Alltagsentscheidung

Dieses lehrbuchartige Entscheidungsverfahren ist so komplex, dass sich die Frage nach seiner Alltagstauglichkeit stellt. Beobachtet man das Entscheidungsverhalten, lässt sich erkennen, dass Theorie und Praxis weit voneinander abweichen. Statt nach dem Lehrbuch wird nach Faustregeln entschieden, intuitiv aus dem Bauch heraus. Niemand kann sich i. d. R. bei jeder Entscheidung den Aufwand leisten, der dann notwendig wird, wenn alle Entscheidungsregeln nach der normativen Entscheidungstheorie eingehalten werden sollen. Alle Entscheidungen haben Wirkungen und Nebenwirkungen, Folgen und Nebenfolgen. Soll mit einer Entscheidung ein Risiko abgewendet werden, ist die Risikoaussage ebenso eine Schadensprognose. Die Entscheidung wird getroffen mit der angestrebten Konsequenz, das Risiko abzuwenden.

Die deskriptive Entscheidungstheorie beobachtet die Entscheidungspraxis im Alltag, vergleicht diese nach den geschilderten lehrbuchmäßigen Entscheidungsregeln und kommt zum Ergebnis, dass Entscheidungsträger unter optimalen Bedingungen ihre Entscheidungen nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit treffen, wenn man ihnen Zeit lässt, sie mit Informationen versorgt und alle Hilfsmittel zur Verfügung stellt, dass sie sich aber im alltäglichen Normalfall intuitiv entscheiden, unter Zeitdruck und mit unausweichlichen Informationslücken. Gerichtsentscheidungen dagegen unterscheiden sich von den Alltagsentscheidungen. Sie werden mit großem Zeitaufwand und konsequenter Informationsbeschaffung im Beweisverfahren und der Abwägung aller Alternativen und nach Anhörung aller Beteiligten getroffen. Für die Alltagsentscheidung fehlt vielfach die Zeit, die Informationen und die Geduld. Entschieden wird nach Faustregeln, Pi mal Daumen, oft kopflos und intuitiv.<sup>8</sup> Entscheidungsträger folgen ihrer unbewussten Intuition, nicht einer bewussten Logik, einem Entscheidungsverfahren, das der Vermeidung von Entscheidungsfehlern dient. Anstelle der Algorithmen der Wahrscheinlichkeitstheorie verwenden Entschei-

dungsträger intuitiv mentale Heuristiken. Es sind Lösungstechniken, mit deren Hilfe komplexe Probleme auf einfache, ökonomische Art und Weise gelöst werden. Wenn es darum geht, Konsequenzen zu bedenken, Folgen, Wirkungen und Nebenwirkungen, Vorteile und Nachteile, sowie verschiedene Wahrscheinlichkeitsgrade abzuwägen, wird die Lehrbuchentscheidung in aller Regel durch qualifiziertes Raten ersetzt. Heuristiken führen meist, aber nicht immer zu einer richtigen Einschätzung. Es sind mentale Abkürzungen.<sup>9</sup> Das Paradebeispiel einer klassischen Heuristik ist die Lösung des Problems des Gordischen Knotens. Auch Alexander der Große sollte den schwierigen Knoten lösen, den zuvor keiner lösen konnte. Er hat mit dem Schwert den Knoten durchgehauen. Das Problem war der Knoten, die Lösung das Schwert.<sup>10</sup>

Heuristiken führen aber auch zu Entscheidungsfehlern. Es kommt zu Entscheidungen, die nachweislich nicht im eigenen Interesse des Entscheidungsträgers liegen, weil sie für ihn von Nachteil und nicht von Vorteil sind. Wenn in Banken Entscheidungen getroffen werden, die zu Schäden in Höhe der gezahlten Dividenden führen, sind Entscheidungsfehler zu vermuten, die zunächst typisiert, erkannt und schließlich vermieden werden müssen. Menschliches Fehlverhalten, insbesondere Entscheidungsfehler, werden in den Unternehmen zum Organisationsrisiko und müssen durch organisatorische Maßnahmen abgewendet werden. Präventiv lassen sich Entscheidungsfehler nur abwenden, wenn sie erkennbar sind, was auch nur dann gelingt, wenn sich Entscheidungsfehler typisieren lassen. Die deskriptive Entscheidungstheorie unterscheidet inzwischen weit über 30 Arten menschlichen Fehlverhaltens beim Entscheiden.<sup>11</sup> Die präskriptive Entscheidungstheorie will Entscheidern helfen, möglichst rationale Entscheidungen zu treffen, die für sie von Vorteil sind und irrationale Entscheidungen zum eigenen Nachteil vermeiden. Der spätere Erfolg oder Misserfolg ist der Maßstab für rationales Verhalten.<sup>12</sup> Widerlegt ist inzwischen das bisher geltende Modell des Homo oeconomicus, der als Muster und Vorbild des durch Vernunft gesteuerten Menschen erfunden wurde, um menschliches Verhalten zu erklären und vorhersagen zu können.<sup>13</sup> Nach diesem Modell entscheiden sich Menschen zielstrebig zu ihrem eigenen Vorteil, bedenken die Folgen ihres Handelns, versuchen ihren Nutzen und Vorteil anzustreben und Nachteile zu vermeiden. Diese Erwartungen an das grundsätzlich rationale Verhalten müssen aufgegeben werden. Menschen entscheiden sich so oft zu ihrem eigenen Nachteil und schädigen sich durch ihre eigenen Entscheidungen selbst, sodass man irrationale Entscheidungen als Regelentscheidungen empfindet. Sie verhalten sich irrational und nicht nach dem früher geltenden Maßstab des homo oeconomicus.

Inzwischen wurden drei verschiedene Arten von Entscheidungsfehlverhalten im Compliance Berater als Organisationsrisiko behandelt.

---

scheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 33, Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, FS Helmut Coing, 1982, S. 493–524.

7 Jungermann/Pfister/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 48, 170.

8 Gigerenzer, Bauchentscheidungen: Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 2007, S. 13.

9 Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 38.

10 Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 28.

11 Eisenführ/Weber, Rationales Entscheiden, 2003, S. 359.

12 Eisenführ/Weber, Rationales Entscheiden, 2003, S. 4.

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

Erstens der „Omission-Bias“<sup>14</sup>, das Unterlassen als häufigster Haftungsgrund in der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden. Durch organisatorische Anordnungen und Kontrollen ist er vermeidbar. Ist die menschliche Neigung als Fehlverhalten bekannt, statt aktiv Risiken abzuwenden, das Unterlassen vorzuziehen und dem Allerweltsirrtum zu folgen, wer nichts mache, mache auch keine Fehler, muss durch die Unternehmensorganisation dieses Fehlverhalten vermeiden. Zweitens wurde der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) behandelt.<sup>15</sup> Dieser Entscheidungsfehler führt zur systematischen Überschätzung der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Schadensereignissen zum Nachteil des Entscheidungsträgers, weil nach dem Schadensereignis in Kenntnis des Schadensverlaufs, alle schlauer sind, die das Verschulden des Verursachers beurteilen müssen. Sie bilden sich durch den Rückschaufehler ein, sie hätten den Schaden kommen sehen, weil sie ihr Wissen über den Schadensverlauf vor dem Schadenseintritt nicht von ihrem Wissen nach dem Schaden unterscheiden können. Der Rückschaufehler lässt sich durch die konsequente Dokumentation der Entscheidungsgründe des Managers im Zeitpunkt seiner Entscheidung über seinen Wissensstand zum möglichen Schadensverlauf vor dem Schadenseintritt abwenden. Insbesondere lässt sich durch die Dokumentation die Unterstellung von Gerichten und Geschädigten verhindern, der Schaden sei vorhersehbar und vermeidbar gewesen, deshalb schuldhaft verursacht und vom Entscheidungsträger zu ersetzen. Behandelt wurde drittens der Confirmation-Bias<sup>16</sup>. Er beschreibt die menschlichen Neigungen, nur Informationen zu berücksichtigen, die die eigenen Vorstellungen bestätigen und alle Informationen zu ignorieren, die die eigene Meinung widerlegen könnten. Fehlprognosen werden dadurch verkannt, nicht oder zu spät korrigiert. Nur durch Gegenbeweise lassen sich Fehlprognosen erkennen und korrigieren. In die Reihe der Entscheidungsfehler gehört viertens der Verfügbarkeitsfehler.

#### IV. Der Verfügbarkeitsfehler (Availability Bias)

Die Wissenschaft der Verfügbarkeit wurde von Daniel Kahneman und Amos Tversky begründet. Die Verfügbarkeitsheuristik ist eine Lösungstechnik, die Menschen bei Entscheidungen einsetzen, wenn sie die Häufigkeit einer bestimmten Klasse oder die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses abschätzen wollen. Wenn Mitarbeiter im Unternehmen Risiken mit der Begründung bestreiten, im eigenen Unternehmen passiere so etwas nicht, ein Schadensereignis sei nicht zu befürchten und deshalb auch kein Aufwand zur Abwehr zu betreiben, unterschätzen sie die Häufigkeit eines eventuell drohenden Schadens. Ob ein Risiko als drohender Schaden häufig oder selten ist, schätzen sie nach der sog. Verfügbarkeitsheuristik. Sie bilden Beispiele der jeweiligen Klasse eines drohenden Schadens aus dem Gedächtnis. Erweist sich der Abruf von Beispielen aus dem Gedächtnis als leicht und flüssig, kommen sie zum Ergebnis, dass dieses Schadensereignis auch häufig sein muss und deshalb ein Risiko anzunehmen ist. Charakteristisch für die Verfügbarkeitsheuristik ist, dass eine Frage, durch eine andere ersetzt wird. Abgeschätzt werden soll die Häufigkeit eines Schadensereignisses. Beantwortet wird diese Frage damit, wie leicht und flüssig Beispielfälle dem eingefallen sind, der die Häufigkeit abschätzen soll. Wird aber eine Frage durch eine andere ersetzt, kommt es zu systematischen Fehlern.<sup>17</sup> Für seine Forschung zum Verfügbarkeitsfehler wurde Kahneman mit dem Wirtschaftsnobelpreis 2002 ausgezeichnet. Ob einem Risikomanager auf die Frage nach der Häufigkeit von Schadensereignissen Beispielfälle

einfallen, hängt nicht von der Häufigkeit ab, sondern davon, ob ein Ereignis hervorstechend (salient) ist und deshalb leicht in Erinnerung bleibt und aus dem Gedächtnis jederzeit abgerufen werden kann und nur deshalb überschätzt wird, weil es ein dramatisches Ereignis ist, über das die Medien berichten und das deshalb präsent ist oder weil Beispielfälle auf persönlichen Erfahrungen beruhen. Ob Beispielfälle einfallen, wird geschätzt und nicht gezählt und davon beeinflusst, ob die Beispielfälle so markant sind, dass sie im Gedächtnis haften geblieben sind<sup>18</sup>. Erforscht wurde weiter die Frage, ob die Anzahl der abgerufenen Beispiele oder die Leichtigkeit des Abrufs die Schätzung der Häufigkeit eines Ereignisses mehr beeinflusst. Im Ergebnis wurde festgestellt, dass die Leichtigkeit und der flüssige Abruf von Beispielen wichtiger war als die Anzahl der abgerufenen Beispielfälle.<sup>19</sup>

#### V. Die Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers bei Risikoentscheidungen

Vor der Ermittlung einer Rechtspflicht ist die Vorfrage zu klären, ob ein Rechtsgut einem Risiko ausgesetzt ist. Die Annahme eines Risikos hängt von einem Erfahrungssatz ab, ob sich aus einem Sachverhalt im Unternehmen ein Schaden an einem Rechtsgut entwickeln kann. Existieren keine Erfahrungen über einen drohenden Schadensverlauf, müsste zunächst ein Erfahrungssatz aufgestellt werden. Dabei kann es erstmals zu einem Verfügbarkeitsfehler kommen, der an dem häufigen Ausspruch zu erkennen ist, im eigenen Unternehmen passiere nichts. Auch in der Vergangenheit sei nichts passiert. Der Risikomanager zeigt damit, dass er nur an das denkt, was er schon weiß.<sup>20</sup> Sein Erfahrungsschatz beschränkt sich nur auf sein eigenes Unternehmen. Diese Erfahrungsbasis ist zu schmal. Seine Vorstellungswelt entspricht nicht der wirklichen Welt.<sup>21</sup> Sein Verfügbarkeitsfehler besteht darin, die Häufigkeit eines Schadenseintritts und damit das Risiko zu leugnen, weil ihm keine Beispielfälle eines Schadens einfallen oder sie ihm nicht leicht genug einfallen und v. a. weil er erst gar nicht nach Beispielfällen gesucht hat. Er müsste recherchieren, sich Informationen beschaffen, Statistiken abrufen, Branchenerfahrungen ermitteln, die Vergangenheit nach Schäden erforschen und schließlich auch internationale Erfahrungen über Schadensereignisse sammeln. Stattdessen verlässt er sich auf sein präsent, aber zu geringes Wissen. Im Ergebnis unterschätzt er das Risiko, verursacht durch den Verfügbarkeitsfehler. Recherchiert der Entscheidungsträger nicht und verlässt sich nur auf die Erfahrung des eigenen Unternehmens, wählt er eine zu kleine Stichprobe. Er schließt von seinem eigenen Unternehmen auf die gesamte Risikolage. Die kleine Stichprobe ist nicht repräsentativ für die Gesamtheit aller denkbaren Risiken.<sup>22</sup> Die Zuverlässigkeit einer Stichprobe steigt mit der Menge der untersuchten Erfahrungen. Mit einem Einzelfall lässt sich kein Erfah-

14 Rack, CB 2014, 104.

15 Rack, CB 2014, 145.

16 Rack, CB 2014, 190.

17 Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 164 f, 531, 533.

18 Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 166.

19 Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 168.

20 Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 37.

21 Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 37; Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 174.

22 Jungermann/Pfister/Fischer, Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 171.

rungssatz begründen. Die Volksweisheit dazu lautet: eine Schwalbe macht noch keinen Sommer.

## VI. Unterschätzte Risiken durch Verfügbarkeitsfehler als aktuelle Beispiele

Durch einen Verfügbarkeitsfehler wurde die Finanzkrise in den USA verursacht. Der Preissturz am Immobilienmarkt löste in den USA die Finanzkrise aus und galt als unvorhersehbares Ereignis. Das Risiko eines Preissturzes, von dem alle Hausbesitzer gleichzeitig getroffen werden könnten, kam im Erfahrungsschatz der US-Amerikaner nicht vor. Das Platzen der Immobilienblase lag „out-of-sample“. Die Ratingagenturen haben das Ausfallrisiko der hypothekengesicherten Wertpapiere, verursacht durch einen Preissturz, nicht kalkuliert. Ein Preissturz und ein vorangehender Preissprung gehörten in den USA nicht zu den gesammelten Erfahrungen. Der Verfügbarkeitsfehler bestand darin, dass die internationalen und historischen Erfahrungen von den Rating-Agenturen nicht recherchiert wurden, obwohl man die Recherchen gerade von ihnen hätte erwarten können. Immobilienblasen mit Preisstürzen wurden in Spanien, Norwegen, Finnland, Schweden und in Japan beobachtet und wären auch in den USA als Beispielfälle verfügbar gewesen, hätte man sich nicht ausschließlich auf die US-amerikanischen Erfahrungen beschränkt, sondern international auch gezielt recherchiert. Die Ratingagenturen haben ihre AAA-Ratings nicht hinterfragt. Sie haben sich nur auf die Erfahrungen in den USA beschränkt. Sie haben die Stichproben zu klein gewählt. Auch die Big-Six-Krisen in Asien hätten Erfahrungen und Beispiele über erhebliche Preisstürze liefern können.<sup>23</sup>

Auch das Grubenunglück in Borken<sup>24</sup> liefert ein Beispiel für einen Verfügbarkeitsfehler, nämlich der Unterschätzung des Explosionsrisikos von nassem Kohlenstaub. Die Explosion wurde nicht verhindert, weil das darüber existierende Aktenwissen vor der Explosion nicht recherchiert wurde und erst nach Abschluss des Strafverfahrens in einer Akte des Oberbergamts bei dessen Auflösung durch Zufall entdeckt wurde. Dem Verfügbarkeitsfehler unterlagen sogar die Sachverständigen im Strafverfahren.

Am 21.9.2001 kam es zu einer Explosion von Ammoniumnitrat in einer Düngemittelfabrik in Toulouse mit 21 Toten und 10 000 Verletzten. Auf den Tag genau vor 80 Jahren war Ammoniumnitrat in Ludwigshafen/Oppau in der Stickstofffabrik mit 561 Toten explodiert. Seitdem wurden in Deutschland bei der Lagerung Mengengrenzen für Ammoniumnitrat eingeführt und in der Gefahrstoffverordnung geregelt. Das gleiche Explosionsrisiko war seit 80 Jahren in Deutschland bekannt und wurde offenbar in Frankreich unterschätzt. Die Erfahrungen von Oppau wurden in Frankreich ganz offensichtlich ignoriert. Sie waren nicht verfügbar.

Diese Beispielfälle zu den Verfügbarkeitsfehlern zeigen, dass bei der Risikoanalyse zu empfehlen ist, nach Risiken in Datenbanken zu recherchieren, sich nicht auf das menschliche Gedächtnis zu verlassen, insbesondere nicht auf die Anzahl der erinnerten Beispielfälle und die Leichtigkeit ihrer Verfügbarkeit, sondern möglichst große Erfahrungsmengen zu untersuchen, insbesondere auch historische und internationale Erfahrungen zu nutzen.<sup>25</sup>

Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich in allen Fällen beobachten, in denen sich Verantwortliche in Unternehmen mit dem Hinweis auf ihre Unkenntnis zu entlasten versuchen, und die Rechtsprechung seit dem Kutscher-Urteil des Reichsgerichts von 1911 bis heute regelmäßig mit der Informationspflicht der verantwortlichen Manager reagiert.<sup>26</sup> In

allen Fällen wurden Risiken geschätzt und nicht recherchiert. Erst nach dem Schadenseintritt wurde im Gerichtsverfahren nachgewiesen, dass die Risiken im Zeitpunkt der Entscheidung vorhersehbar und vermeidbar waren. Wenn im Schadensfall hinterher die Risiken im Entscheidungszeitpunkt ex post genau recherchiert und nicht geschätzt werden, empfiehlt es sich, schon im Zeitpunkt der Entscheidung, die Risiken zu recherchieren und zu dokumentieren, um in einem späteren eventuellen Schadensfall den Vorwurf durch Beweise widerlegen zu können, dass der tatsächliche Schadensverlauf damals nicht vorhersehbar und vermeidbar war. Es empfiehlt sich schon im Zeitpunkt der Entscheidung die Häufigkeit von Schadensfällen nicht aus dem beschränkten menschlichen Gedächtnis abzurufen, sondern stattdessen Datenbanken als digitale Gedächtnisse zu nutzen.

Das BVerfG verpflichtet auch den Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen, sämtliche Erkenntnisquellen erschöpfend zu nutzen.<sup>27</sup> Die Pflicht zur Risikoanalyse besteht darin, von der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge als auch von unternehmensinternen und unternehmensexternen Erfahrungen Schlüsse auf drohende Schäden zu ziehen.<sup>28</sup>

Die bisherige ständige Rechtsprechung verpflichtet die Organe von Unternehmen zur Informationsbeschaffung für die Risikoanalyse. Die Entscheidungstheorie liefert dazu den typisierten Entscheidungsfehler. Der Verfügbarkeitsfehler zeigt die Fehlerquelle. Seine Beschreibung hilft den Compliance-Verantwortlichen, den Fehler zu vermeiden, insbesondere durch die Anordnung, die Risikoanalyse und die Häufigkeit von drohenden Schadensereignissen nicht allein auf das menschliche Gedächtnis und die Leichtigkeit des Abrufs zu stützen und die Häufigkeit eines Schadensereignisses zu schätzen, sondern elektronische Medien als digitale Gedächtnisse und Speicher einzusetzen, darin zu recherchieren und nicht nur die Erfahrungen des eigenen Unternehmens, sondern die von möglichst vielen Unternehmen, einschließlich aller historischen und internationalen Erfahrungen zu nutzen.

Im Strafrecht gilt der zum Allgemeingut gehörende Grundsatz, „Unkenntnis schützt nicht vor Strafe“. Nach § 17 StGB sind Verbotsirrtümer zu vermeiden, indem der Normadressat Rechtsrat einholt und sein Gewissen anspannt.<sup>29</sup> Nach dem Ison-Urteil des BGH haben Organe eines Unternehmens bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsrat einzuholen und ihn einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.<sup>30</sup>

23 Rack, CB 2003, 6f.

24 FAZ vom 8.7.2010, Nr. 155, S. 57 zum Grubenunglück von Stoltzenbach/Borken.

25 Bannenberg, Compliance: Aufbau-Management-Risikobereiche, 2013, S. 474.

26 Rack, Informationsmanagement als Organisationspflicht, CB 2013, 58.

27 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 299, 333, BB 1979, 398 (Mitbestimmungsurteil).

28 RG, 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 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. (Schubstreben-Fall); BGH, 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 (Tiefbau-Unternehmer-Urteil); BGH, VI ZR 113/77, BB 1978, 1088, JZ 1978, 475 (Kfz-Werkstatt-Urteil); BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 (ISION-Urteil); OLG Düsseldorf, 9. 12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 (IKB-Entscheidung).

29 BGH, 18.3.1952 – GSSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 204.

30 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 (ISION-Urteil).

Die Entscheidungen von Gesetzgebern und Gerichten legen Rechtspflichten fest, die der Risikoabwehr dienen. Jede Rechtspflicht hat ihren Grund in der Annahme eines Risikos. Wo eine Rechtspflicht ist, ist auch ein Risiko. Jeder Normadressat muss den Verfügbarkeitsfehler bei rechtserheblichen Entscheidungen vermeiden. Er kann sich auf keinen Fall mit der Unkenntnis rechtserheblicher Informationen entlasten.

## VII. Die Überschätzung von Risiken durch den Verfügbarkeitsfehler

Überschätzt werden Risiken nach dem Muster der Affektheuristik. Die Leichtigkeit, mit der Vorstellungen von Risiken einfallen, sind untrennbar mit emotionalen Reaktionen auf diese Risiken verbunden. Vorstellungen, die das Gefühl der Furcht auslösen, fallen besonders leicht. Entscheidungen über Risiken werden von Emotionen beeinflusst. Die schwierige Frage nach vorteilhaften oder nachteiligen Folgen einer Entscheidung wird ersetzt durch die Frage, wie man sich bei der Entscheidung fühlt. Bei einer emotional positiven Einstellung wird einer neuen Technologie ein hoher Nutzen zugeschrieben. Wird sie emotional abgelehnt, fallen den Entscheidungsträgern nur Nachteile und wenig Vorteile ein.

Als Beispiel überschätzter Risiken bietet sich die Gentechnologie an. Es handelt sich um eine emotional negativ besetzte Technologie. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 24.11.2010<sup>31</sup> entschieden, dass jeder Verwender gentechnisch veränderter Produkte alle Beeinträchtigungen von Interessen Dritter unabhängig davon tragen muss, ob damit Gefährdungen verbunden sind. Das Gericht weicht damit von dem Grundsatz ab, dass ein Handeln eines Unternehmens solange erlaubt ist, wie seine Schädlichkeit nicht dargetan ist.<sup>32</sup> Das BVerfG begründet die Einschränkungen zu Lasten der Verwender gentechnisch veränderter Organismen mit einem „Basisrisiko“<sup>33</sup> und befreit den Gesetzgeber davon, einen wissenschaftlich-empirischen Nachweis über das reale Gefährdungspotential der gentechnisch veränderten Organismen und ihrer Nachkommen zu führen.<sup>34</sup> Das BVerfG weicht damit von seiner Rechtsprechung zum „Restrisiko“ seit dem Kalkar Beschluss ab<sup>35</sup>, wonach Restrisiken zu tragen sind. Das BVerfG begründet die Belastung der Verwender gentechnisch veränderter Organismen mit eventuellen Schäden damit, dass eine wissenschaftlich ungeklärte Situation herrsche und ignoriert dabei die praktischen weltweiten schadensfreien Erfahrungen mit dem Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen. Auf 11 % der globalen Ackerfläche wurden im Jahr 2010 gentechnisch veränderte Pflanzen angebaut.<sup>36</sup> Jahrzehntelange Forschung und der praktizierte Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen kommen zum Ergebnis, dass kein Nachweis realer Gefährdungspotentiale durch gentechnisch veränderter Organismen vorliegt.<sup>37</sup> Entscheidungstechnisch werden Risiken aus emotionalen Gründen nach dem Konzept der Affektheuristik überschätzt und auf den Nachweis von Erfahrungen verzichtet. Es handelt sich um ein Beispiel eines Verfügbarkeitsfehlers durch Überschätzung von Risiken ohne Recherchen über tatsächliche Schäden durch gentechnisch veränderte Organismen, insbesondere um einen Fall von Affekt-Heuristik.

## VIII. Fazit

Anstelle eines geordneten nachvollziehbaren Entscheidungsverfahrens wählen Entscheidungsträger mentale Abkürzungen. Im Alltagsgebrauch können sie nützlich sein, weil sie aufwendige Entscheidungsverfahren ersetzen können, allerdings mit dem Risiko, dass sich Entscheidungsfehler einschleichen und im Ergebnis Risiken unterschätzt oder überschätzt werden, Rechtspflichten verkannt und dadurch Schäden entstehen, die die Unternehmen belasten. Durch die Typisierung der Entscheidungsfehler lassen sie sich erkennen und durch organisatorische Maßnahmen vermeiden. Die Häufigkeit von Schadensereignissen muss nicht mehr geschätzt werden, sondern lässt sich quantitativ ermitteln. Der Einsatz moderner Datenbanktechnik hilft dabei, große Erfahrungsschätze mit vertretbarem Aufwand effektiv auszuwerten.

### 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.

Inhaltsverzeichnis: Die Annahme von Risiken in Unternehmen bestimmt die Ermittlung von Rechtspflichten, die der Risikoabwehr dienen. Rechtspflichten werden verkannt und übersehen, wenn Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Die Annahme eines Risikos als Schadensprognose beruht auf der menschlichen Vorstellung über die Häufigkeit und damit die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Die Verfügbarkeit von Informationen bestimmt darüber, ob Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich durch die Organisation der Beschaffung und Auswertung von Informationen vermeiden. Die Rechtsprechung gibt Informationsbeschaffungspflichten zur Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers vor.

31 BVerfG, 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1.

32 Kluth, Verfassungs(prozess)rechtliche Anforderungen an die Klärung naturwissenschaftlicher Streitstände am Beispiel der grünen Gentechnik, Gutachten 2012, Rechtsgutachten zur GentG-Entscheidung des BVerfG, S. 24.

33 BVerfG 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, Rn. 142.

34 Kluth (Fn. 32), S. 58.

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

36 Kluth (Fn. 32), S. 62.

37 Kluth (Fn. 32), S. 63f.

### Compliance-Test 4/2014

Mit dem monatlichen **Compliance-Test** von **Rack Rechtsanwälte** können Sie prüfen, ob alle Rechtsänderungen eines Monats aus Umweltschutz, Arbeitsschutz, Anlagensicherheit, Produktsicherheit und Unternehmensführung in Ihrem Unternehmen erfasst wurden.

Im Monat April 2014 gab es

- 136 Änderungen bei Rechtsnormen und
- 226 Änderungen bei Rechtspflichten.

Den kompletten Compliance-Test 4/2014 finden Sie unter [www.rack-rechtsanwaelte.de](http://www.rack-rechtsanwaelte.de).

### Zahlreiche neue Pflichten im Technischen Regelwerk

Der Compliance-Test 4/2014 enthält Pflichtenänderungen aus Änderungen von 17 Technischen Regeln. Neu erlassen wurden die „TRBA 250 – Biologische Arbeitsstoffe im Gesundheitswesen und in der Wohlfahrtspflege“ und die „TRGS 910 – Risikobezogenes Maßnahmenkonzept für Tätigkeiten mit krebserzeugenden Gefahrstoffen“. Daneben gab es Änderungen bei den Technischen Regeln für Arbeitsstätten (ASR).

| Neu:      |   | Pflichten | Gesehen?                 |
|-----------|---|-----------|--------------------------|
|           | <b>Technische Regeln für Biologische Arbeitsstoffe - TRBA 250 - Biologische Arbeitsstoffe im Gesundheitswesen und in der Wohlfahrtspflege</b>   | <b>37</b> | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 3.1   | Es ist eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 3.2   | Der Arbeitgeber hat zu ermitteln, welche Tätigkeiten ausgeübt werden und welche biologischen Arbeitsstoffe dabei erfahrungsgemäß vorkommen können.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 3.3   | Die tätigkeitsbezogene Gefährdung ist zu beurteilen.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 3.4.1 | Tätigkeiten in Einrichtungen des Gesundheitsdienstes im Sinne der BioStoffV sind hinsichtlich ihrer Infektionsgefährdung einer Schutzstufe zuzuordnen.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 3.4.2 | Tätigkeiten in Einrichtungen des Gesundheitsdienstes sind einer Schutzstufe zuzuordnen.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 4     | Es sind erforderliche Schutzmaßnahmen zu veranlassen.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 4.1   | Die Mindestschutzmaßnahmen sind zu ergreifen.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 4.2   | Schutzmaßnahmen sind bei Tätigkeiten der Schutzstufe 2 einzuhalten.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 4.3   | Schutzmaßnahmen sind bei Tätigkeiten der Schutzstufe 3 einzuhalten.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 4.4   | Schutzmaßnahmen sind bei Tätigkeiten der Schutzstufe 4 einzuhalten.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.1   | Es sind besondere zusätzliche Schutzmaßnahmen, die spezifische Arbeitsbereiche und Tätigkeiten betreffen, einzuhalten.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.2   | Die Geräte sind instand zu halten.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.3   | Reinigungs- und Desinfektionsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung des hygienischen Soll-Zustandes. In Einrichtungen des Gesundheitsdienstes sind die Tätigkeiten im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung einer Schutzstufe zuzuordnen.                            |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.4   | Die Medizinprodukte sind aufzubereiten.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.5   | Benutzte Wäsche ist unmittelbar im Arbeitsbereich in ausreichend widerstandsfähigen und dichten sowie eindeutig gekennzeichneten Behältnissen zu sammeln.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.6   | Tätigkeiten, die im Rahmen des Sammelns, Verpackens, Bereitstellens, Transportierens und Behandeln medizinischer Abfälle aus der Untersuchung, Behandlung und Pflege von Menschen oder Tieren erfolgen, sind im Allgemeinen der Schutzstufe 2 zuzuordnen. |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.7   | Bei vorhersehbarem Kontakt zu Körperflüssigkeiten bei Tätigkeiten an MRE-tragenden Patienten sind Schutzmaßnahmen erforderlich.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.8.2 | Aus dem Sektionsraum sollen Sichtverbindungen in andere Räume bestehen. Es müssen Kommunikationsmöglichkeiten nach außen, beispielsweise über Telefon oder Sprechanlage, vorhanden sein.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.8.3 | Es müssen geeignete Möglichkeiten vorhanden sein, Instrumente im Zuge der Sektion wiederholt abzulegen.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.8.4 | Die Schutzkleidung darf nicht außerhalb des Pathologiebereichs getragen werden.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.9.3 | Die in Nummer 4.1 festgelegten Mindestschutzmaßnahmen gelten grundsätzlich ebenso für den Bereich der Tierkliniken und Kleintierpraxen.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.9.4 | Zusätzlich zu den Mindestschutzmaßnahmen der Nummer 5.9.3 sind Schutzmaßnahmen einzuhalten.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.9.5 | Es sind Schutzmaßnahmen für Tätigkeiten einzuhalten, die der Schutzstufe 3 gleichen.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.9.6 | Alle Arbeitsunfälle, darunter auch Biss-, Schnitt-, Stich- oder Kratzverletzungen sind im Verbandbuch zu dokumentieren.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 5.9.7 | Die Geräte sollten regelmäßig aufbereitet werden.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 6.1   | Der Arbeitgeber hat gemäß § 13 BioStoffV vor Aufnahme einer Tätigkeit der Schutzstufen 2 bis 4 die erforderlichen Maßnahmen festzulegen.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 6.2   | Der Arbeitgeber hat ein innerbetriebliches Verfahren zur lückenlosen Erfassung von Unfällen zu etablieren.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 7.1   | Der Arbeitgeber hat nach § 14 Absatz 1 BioStoffV schriftliche Betriebsanweisungen zu erstellen und bei maßgeblichen Änderungen der Arbeitsbedingungen zu aktualisieren.   |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 7.2   | Beschäftigte, die Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen ausführen, müssen über die auftretenden Gefahren und über die erforderlichen Schutzmaßnahmen unterwiesen werden.  |           | <input type="checkbox"/> |
| Nr. 7.3   | Die Beschäftigten haben die Arbeiten so auszuführen, dass sie eine Gefährdung ihrer Person und Dritter durch biologische Arbeitsstoffe möglichst verhindern.  |           | <input type="checkbox"/> |