

## CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA und Notar

# CB-Test: Mit Verhaltensforschung Entscheidungsprozesse verbessern

Die „Projektgruppe Wirksam Regieren“ im Bundeskanzleramt greift auf Ergebnisse der Verhaltensforschung zurück, um Entscheidungsverfahren zu optimieren. Diese erklärte Absicht wurde in der aktuellen Tagespresse kritisiert. Die Kritik ist unbegründet. Vielmehr muss das Bemühen um verbesserte Entscheidungsverfahren, v. a. in der Wirtschaft, im eigenen Interesse als Muster und Vorbild für Entscheidungen von Managern begrüßt und unterstützt werden, weil Meinungen im Gesetzgebungsverfahren als auch bei Managemententscheidungen in Unternehmen in einem geordneten Verfahren gebildet werden können, um den Einfluss rationaler Argumentation zu steigern. Der größte Gewinn ist von der systematischen Vermeidung menschlichen Fehlverhaltens bei Organisationsentscheidungen zu erwarten, das Gegenstand der Verhaltensforschung ist.

## I. Die aktuelle Diskussion

Die Bundesregierung folgt mit ihrem Projekt, Erkenntnisse der Verhaltensforschung für Entscheidungsverfahren zu nutzen, einem aktuellen Trend. Die englische und amerikanische Regierung haben sog. „Nudge Units“ gegründet. Sie rekrutieren Verhaltensforscher als sog. „Nudging-Experten“ zur besseren Regulierung. Die englische, amerikanische und deutsche Regierung stellen ihre Entscheidungsverfahren auf den Prüfstand. Die Grundlage des Trends ist das Buch des Verhaltensökonom *Richard H. Thaler* und von *Cass R. Sunstein* von 2008 mit dem Titel „Nudge, wie man kluge Entscheidungen anstößt“. *Sunstein* leitet die Regulierungsbehörde als Chef im Weißen Haus und *Thaler* steht der „Nudge Unit“ in London vor. Die FAZ vom 27.8.2014 titelt „Kanzlerin sucht Verhaltensforscher, psychologische Lenkung für wirksames Regieren“. Die Bild-Zeitung liefert die Schlagzeile „Merkel will Psycho-Trainer anheuern“. Der Spiegel vom 1.9.2014 wirbt um Aufmerksamkeit mit dem kritischen Titel „Alchemie im Kanzleramt“. Für Compliance-Beauftragte in Unternehmen ist diese Diskussion um verbesserte Entscheidungsverfahren durch Verhaltensforschung von größtem Interesse. Die Entscheidungen des Gesetzgebers und die Entscheidungen eines Vorstands oder Geschäftsführers in einem Unternehmen sind in ihrer Struktur gleich. Es geht immer um die Entscheidung, ob ein Risiko anzunehmen und wie es abzuwenden ist. Zu legalem Verhalten ist jeder Vorstand und Geschäftsführer verpflichtet. Zu seiner Legalitätspflicht gehört es, sämtliche Rechtspflichten des Unternehmens zu kennen, sie einzuhalten und für deren Einhaltung durch seine Mitarbeiter zu sorgen. Bei dieser Entscheidung geht es um künftige ungewisse Geschehensverläufe, zwischen denen zur Annahme eines Risikos der verantwortliche Entscheidungsträger eine Wahl und damit eine Entscheidung treffen muss, ohne mit Sicherheit zu wissen, ob der Geschehensverlauf seiner Wahl sich tatsächlich als Risiko herausstellen wird. Jede Annahme eines Risikos enthält eine Entscheidung, weil in der Zukunft

immer mehrere alternative Szenarien denkbar sind und deshalb eine Wahl getroffen werden muss.

Die Vorfrage bei der Ermittlung einer Rechtspflicht besteht darin, eine Schadensprognose abzugeben, ob ein Unternehmenssachverhalt an einem geschützten Rechtsgut einen Schaden in Zukunft verursachen kann. Bei dieser Entscheidung geht es um künftige Geschehensverläufe. Will ein Unternehmen im Gesetzgebungsverfahren meinungsbildend an der richtigen Stelle Einfluss nehmen, müssen sich Compliance-Beauftragte, Vorstände und Geschäftsführer ebenfalls mit dem Verlauf von Entscheidungsverfahren beschäftigen, um Einfluss an der richtigen Stelle nehmen zu können. Unter einem „Nudge“ werden Anstöße und Anregungen verstanden. Menschliches Verhalten soll jedenfalls angeordnet, angeregt und beeinflusst werden. Der Vorwurf des Paternalismus und der Bedrohung der Entscheidungsfreiheit ist unbegründet.

## II. Ein Modellwechsel als Ausgangspunkt

Die aktuelle Diskussion zum Einfluss der Verhaltensforschung auf Entscheidungsverfahren lässt sich *nicht* ohne den Paradigmenwechsel zum bisher vorherrschenden Menschenbild vom *Homo oeconomicus* verstehen. Nach diesem Modell eines Entscheidungsträgers denkt und handelt jeder Mensch rational, immer zu seinem eigenen Vorteil, nie zum eigenen Nachteil. Weil der *Homo oeconomicus* nach dem Modell als vernunftbegabtes Wesen schon von Natur aus immer alles richtig macht, ist er weder auf Anweisungen, noch auf Anregungen, noch auf Bevormundungen angewiesen. Wer dieses Modell eines Entscheidungsträgers annimmt, könnte konsequent jede Einmischung und jede Anregung als paternalistische Bevormundung und Einschränkung der Entscheidungsfreiheit kritisieren. Dagegen vertreten *Thaler* und *Sunstein* mit anderen die Ansicht, dass ein Modellwechsel notwendig ist. Ihre Grundannahme besteht darin,

dass der Mensch von Natur aus kein rational handelndes Wesen ist. Vielmehr lässt er sich leicht beeinflussen, verliert rasch die Übersicht, neigt zur Trägheit, weiß oft nicht, was für ihn von Vorteil ist und muss deshalb von außen dazu veranlasst werden, das Richtige zu tun, zu seinem eigenen Nutzen und Vorteil und zum Wohl der Allgemeinheit.<sup>1</sup> Die deskriptive Entscheidungstheorie hat durch die Beobachtung der Entscheidungspraxis erforscht, dass die Rationalität menschlicher Entscheidungen in Frage zu stellen ist, dass beim Entscheiden vorhersehbare Irrtümer und Entscheidungsfehler unterlaufen und sich menschliches Fehlverhalten inzwischen vorhersagen lässt. Die deskriptive Entscheidungstheorie unterscheidet inzwischen etwa 28 typisierte Entscheidungsfehler, denen menschliches Fehlverhalten deshalb zugrunde liegt, weil es von dem erwarteten rationalen Verhalten und dem bisherigen Verständnis abweicht, dass mit jeder Entscheidung immer der eigene persönliche Nutzen und Vorteil verfolgt wird.<sup>2</sup> Angestoßen wurde der Modellwechsel durch *Daniel Kahnemans* Veröffentlichung zur neuen Erwartungstheorie (Prospect Theory). Er hat untersucht, wie menschliche Entscheidungen von den Regeln der Rationalität abweichen und was Organisationen tun können, um Entscheidungen zu verbessern, die Angestellte in ihrem Auftrag treffen.<sup>3</sup> Die Ansicht vom systematisch vorhersehbaren irrationalen Verhalten wird durch die Neurowissenschaft belegt, die derzeit bestreitet, dass es überhaupt einen freien Willen gibt. Neurologen bieten den Nachweis an, dass das menschliche Gehirn Entscheidungen trifft, noch bevor der Entscheidungsträger sich seiner Entscheidung bewusst wird. Die Diskussion wird unter dem Begriff des „Bereitschaftspotenzials“ geführt.<sup>4</sup>

Je mehr die Willens- und Entscheidungsfreiheit bestritten wird und je mehr die Überzeugung wächst, dass Menschen unbewusst sich irrational zum eigenen Nachteil und nicht zum eigenen Vorteil verhalten, umso mehr kommt es auf „Nudges“ an, auf Anordnungen, die zu rationalen Entscheidungen, nämlich zum eigenen Vorteil führen. Die Bedeutung eines „libertären Paternalismus“<sup>5</sup> wächst.

Aus Anlass der aktuellen Diskussion sollen im jeweiligen Stadium des Entscheidungsverfahrens die vier häufigsten typischen Fehlverhalten behandelt werden. Sie wurden in einer Serie vorgestellt.<sup>6</sup>

### III. Unterlassene Entscheidungen als Verhaltensfehler

Nach der Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern sind alle Rechtspflichten des Unternehmens zu ermitteln und alle Risiken zu erfassen, die vom Unternehmen ausgehen und durch Rechtspflichten abzuwenden sind. Die Legalitätspflicht und das Risikomanagement müssen durch entsprechende Entscheidungen organisiert werden. In allen Fällen zum Organisationsverschulden wiederholt sich der gleiche Organisationsfehler, das Unterlassen von Anordnungen organisatorischer Maßnahmen.<sup>7</sup> Gehen Vorstände und Geschäftsführer vom Modell des vernünftigen Homo oeconomicus als Mitarbeiter aus, müsste dieser sich immer vernünftig zum eigenen Vorteil und zum Vorteil des Unternehmens verhalten. Anordnungen zum Entscheidungsverhalten der Mitarbeiter und deren Überwachungen wären überflüssig. Ein Unternehmen mit ausschließlich vernünftigen Mitarbeitern müsste sich nach dem Modell des Homo oeconomicus so selbst organisieren, dass es erst gar nicht zu Schäden kommen kann.

Das systematische Unterlassen von Anordnungen zu organisatorischen Maßnahmen widerlegt die These vom ausnahmslos rationalen Verhalten des Menschen. Die menschliche Neigung zum Unterlassen

und zur Untätigkeit begründet die Verhaltensforschung mit dem „Omission Bias“<sup>8</sup>. Handlungen werden an sich als riskanter aufgefasst als nichts zu tun. „Wer nichts tut, macht auch nichts falsch“, ist die landläufige Verhaltensregel dazu.

Als Konsequenz der Einsicht zum Omission Bias ist im Entscheidungsverfahren zu beachten, dass Entscheidungen als notwendig angesehen werden, getroffen, angeordnet und nicht verschleppt werden. Vor allem darf in Unternehmen niemand erwarten und darauf vertrauen, dass Mitarbeiter aus eigener Initiative rationale Entscheidungen zum eigenen und zum Vorteil des Unternehmens treffen. Erwartungen an eigene Initiativen und freiwillige Leistungen sind unbegründet. Die Erkenntnisse zum Omission Bias aus der Verhaltensforschung lassen nur den Schluss zu, dass jede organisatorische Maßnahme eigens entschieden und angeordnet werden muss.

Das Gleiche gilt für das Gesetzgebungsverfahren. Ohne gesetzliche Anordnungen kann nicht damit gerechnet werden, dass sich alle zum eigenen und zum Vorteil der Gemeinschaft koordiniert verhalten.

### IV. Die Struktur von Entscheidungen

Um Entscheidungsfehler aufdecken zu können, muss man wissen, wie Verantwortliche beim Entscheiden denken. *Thaler/Sunstein* unterscheiden zwei Arten des Denkens, eine intuitiv-automatische und eine reflektierend-rationale.<sup>9</sup> Diese Analyse findet sich auch in anderen Darstellungen zur Entscheidungstheorie.<sup>10</sup> Nach dem

- 1 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 16, 20 (Klappentext); *Nienhaus*, Die Blindgänger, warum Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 132.
- 2 *Elger*, Neuroleadership: Erkenntnisse der Hirnforschung für die Führung von Mitarbeitern, 2009, S. 37; *Wieduwilt*, „Juristen auf den Spuren der Unvernunft“, FAZ vom 5.1.2009. *Eisenführ/Weber*, Rationales Entscheiden, 4. Aufl. 2003, S. 366–372. *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 18; *Ariely*, Denken hilft zwar, nützt aber nichts, warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen, 2008, S. 285; *Eagleman*, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 189, *Eagleman* geht auf die Konsequenzen für das Rechtssystem durch das Bestreiten der Willensfreiheit ein; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 7; *Lehrer*, Wie wir entscheiden, das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 14.
- 3 *Kahnemann*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, S. 26 f. und S. 508–513 – Die Originalveröffentlichung von 1979 zur „Prospect Theory“ ist abgedruckt.
- 4 *Eagleman*, Inkognito: Die geheimen Eigenleben unseres Gehirns, 2011, S. 195–197.
- 5 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 16, 27.
- 6 *Rack*, Der Omission Bias, „Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen“, CB 2014, 104–108; *Rack*, der Hindsight-Bias, CB 2014, 145–149; *Rack*, Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko, CB 2014, 190–194, und *Rack*, Der Availability-Bias, CB 2014, 236–240.
- 7 *Rack*, Der Omission Bias, „Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen“, CB 2014, 104.
- 8 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, Zur Macht der Trägheit und zum Phänomen des Status Quo Bias, S. 18; *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 52–62; *Lehrer*, Wie wir entscheiden, das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 266.
- 9 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 34.
- 10 *Lehrer*, Wie wir entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 40; *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2011, S. 32.

automatischen System denkt man unkontrolliert, mühelos, intuitiv, schnell unbewusst und routiniert. Nach dem reflektierenden System denkt man kontrolliert, langsam, bewusst, regelgeleitet und angestrengt.<sup>11</sup> Intuitive Entscheidungen werden nach dem Bauchgefühl getroffen, reflektierende nach dem Verstand. Intuitive Entscheidungen werden nach Faustregeln getroffen und können zu systematischen Irrtümern führen. Das Zusammenspiel von automatischem und reflektierendem System führt zum Fehlverhalten, den Bias.<sup>12</sup> Heuristiken bieten sich als Lösungstechniken für die schnelle und intuitive Alltagsentscheidung an.<sup>13</sup>

Entscheidungen des Gesetzgebers, der Gerichte und der Vorstände und Geschäftsführer in Unternehmen zählen zu den Entscheidungen des reflektierenden Systems. Die Entscheidungstheorie beschreibt den reflektierend-rationalen Entscheidungsvorgang als Wahl zwischen mehreren Alternativen, zwischen mindestens zwei Optionen, wobei eine gegenüber einer anderen Option bevorzugt werden muss.<sup>14</sup> Für eine von mehreren Optionen wird die Entscheidung wegen der Folgen getroffen, die man bei der jeweiligen Alternative erwarten kann. Dabei handelt es sich um Folgeerwägungen, die nach der juristischen Methodenlehre Entscheidungen rechtfertigen. Im Gesetzgebungsverfahren handelt es sich um die Gesetzesfolgenabschätzung. Ob eine Entscheidung einen Vorteil als Folge nach sich zieht, ist eine Prognose, die gerade weil sie die Zukunft betrifft, unsicher bleiben muss. Prognosen setzen immer Erfahrungssätze voraus, die gelten müssen, d. h. nicht widerlegt sein dürfen.<sup>15</sup>

## V. Der Verfügbarkeitsfehler

Ob eine organisatorische Maßnahme oder die Entscheidung des Gesetzgebers von Vorteil oder von Nachteil ist, ob sie eine Chance oder ein Risiko begründet, muss im Moment der Entscheidungsfindung durch einen Erfahrungssatz, eine Hypothese, belegt werden, weil in Zukunft mehrere Geschehensverläufe denkbar sind und keiner mit Sicherheit prognostiziert werden kann. Die Annahme eines Risikos hängt immer von einem Erfahrungssatz ab, ob sich aus einem Sachverhalt ein Schaden an einem zu schützenden Rechtsgut entwickeln kann. Existieren keine Erfahrungen, müssen Erfahrungssätze aufgestellt werden, die aus Erwartungen bestehen und solange gelten, bis sie durch die tatsächliche Entwicklung widerlegt (falsifiziert) sind. Dabei kann es zu einem Verfügbarkeitsfehler kommen, der an dieser Stelle des Entscheidungsverfahrens zu vermeiden ist.<sup>16</sup> Beim Aufstellen eines Erfahrungssatzes über eine zukünftige Entwicklung, ob als Vorteil oder Nachteil, als Chance oder Risiko, darf der Risikomanager sich nicht nur auf das beschränken, an was er denkt und was er schon weiß. Vielmehr muss er alle verfügbaren Erfahrungen in seine Prognose einbeziehen. Insbesondere darf er nicht nur die internen Erfahrungen seines Unternehmens berücksichtigen, sondern er muss historische Erfahrungen, internationale Erfahrungen, Erfahrungen der Rechtsprechung recherchieren und beim Aufstellen seiner Hypothese einbeziehen.<sup>17</sup> Risiken können durch den Verfügbarkeitsfehler sowohl unterschätzt als auch überschätzt werden, wenn der Entscheidende nur an das denkt, was er weiß, anstatt alle Erfahrungsquellen erschöpfend zu nutzen, wie es das Bundesverfassungsgericht in seinem Mitbestimmungsurteil vom Gesetzgeber verlangt.<sup>18</sup>

Der Verfügbarkeitsfehler lässt sich als einer der Ursachen der Finanzkrise nachweisen. Die Rating-Agenturen hatten es versäumt, den Fall eines Preissturzes in den USA in ihre Prognosen einzubeziehen,

obwohl Erfahrungen zum Ausfallrisiko durch Preisverfall außerhalb der USA verfügbar waren. Die Erfahrungen eines Preissturzes nach Preissprüngen gehörte dagegen nicht zum Erfahrungsschatz der US-Amerikaner und lag außerhalb deren Modell-Rechnungen.<sup>19</sup> Der spätere Nobelpreisträger *Robert Shiller* hatte noch vor Ausbruch der Finanzkrise auf die Erfahrungen mit geplatzten Immobilienblasen in Europa und Asien warnend hingewiesen und die Krise in den USA vorausgesagt.

## VI. Konkurrierende Prognosen und das Risiko des Confirmation Bias

Wird über eine Risikoaussage gestritten, konkurrieren unterschiedliche Schadensprognosen. Es stellt sich die Frage, welche von mehreren denkbaren Prognosen gilt. Die Geltung einer Hypothese hängt davon ab, ob sie widerlegt (falsifiziert) wurde. Sobald sie falsifiziert ist, kann sie keine Geltung für alle Fälle in der Zukunft beanspruchen. Jeder Erfahrungssatz gilt nur bis zu seiner erstmaligen Widerlegung. Erfahrungssätze lassen sich nicht beweisen. Der Streit um die Geltung einer Prognose lässt sich nur im Falsifikationsverfahren entscheiden.

Beim Entscheiden über die Geltung konkurrierender Hypothesen und Prognosen kann es zum Confirmation Bias als Entscheidungsfehler kommen, der darin besteht, nur solche Informationen selektiv aufzunehmen, die zur eigenen Prognose passen und die bestehende Überzeugung bestätigen.<sup>20</sup> Die eigene Hypothese zu widerlegen widerspricht jedem Gefühl. Eigene Vorurteile möchte jeder bestätigt sehen. Jeder will mit seiner Vorhersage Recht behalten. Dadurch werden widerlegbare Prognosen verkannt. Für die Entscheidungspraxis sowohl bei Gesetzgebern und in Unternehmen muss der Confirmation Bias vermieden werden, insbesondere durch die Anordnung, nicht nach Beweisen sondern nach Gegenbeweisen zu suchen, um die Geltung einer Theorie und einer Prognose zu bestätigen.

Der Confirmation Bias gehört zu den Ursachen der Finanzkrise, die man hätte verhindern können. Die konkurrierenden Prognosen hätten auf ihre Geltung untersucht werden müssen. Einerseits wurde die Prognose aufgestellt, dass es zum Crash kommen wird und andererseits, dass es keine Ausfallrisiken gibt. Beide Theorien hätten

11 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 34.

12 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 39.

13 *Rack*, „Der Verfügbarkeitsfehler, Availability Bias (als Organisationsrisiko)“, CB 2014, 237.

14 *Jungermann/Pfister/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, 2012, S. 2.

15 *Rüthers*, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, Anm. 388, 528, 530; *Lübbe/Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Welche Rolle können Folgeerwägungen der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen, 1981; *Teubner*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995.

16 *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, die Wissenschaft der Verfügbarkeit, 2012, S. 164–182.

17 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 299, 333, BB 1979, 398, (Mitbestimmungsurteil).

18 *Rack*, CB 2014, 239, 240, Fn. 17.

19 *Silver*, Die Berechnung der Zukunft, warum die meisten Prognosen falsch sind und manche trotzdem zutreffen, 2013, S. 61, 62; *Rack*, CB 2013, 368, 373, „Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement“.

20 *Lehrer*, Wie wir entscheiden: Das erfolgreiche Zusammenspiel von Kopf und Bauch, 2009, S. 265.

in einem Falsifikationsverfahren untersucht werden müssen. Sowohl die Crash-Prognose als auch die AAA-Prognose hätte Widerlegungsversuchen ausgesetzt werden müssen.

Die Prognose vom fehlenden Ausfallrisiko und der AAA-Bewertung der Rating-Agenturen hätten widerlegt werden können, und zwar durch Erfahrungen aus internationalen Immobilienkrisen mit Preissprüngen und entsprechenden Preisstürzen.<sup>21</sup> Zur Vermeidung des Confirmation Bias gehört es, erstens die konkurrierenden Theorien zu formulieren und als solche gegenüberzustellen und im zweiten Schritt ihre Geltung durch Widerlegungsversuche zu rechtfertigen.

Im Nachhinein lässt sich behaupten, dass mit einem verbesserten Entscheidungsverfahren insbesondere durch die Vermeidung des Availability Bias (Verfügbarkeitsfehlers) und des Confirmation Bias die Finanzkrise mit ihren Milliarden-Verlusten hätte verhindert werden können, wenn die verantwortlichen Entscheidungsträger, insbesondere die Investoren und die Verantwortlichen in den Aufsichtsbehörden, die Ergebnisse der Verhaltensforschung und der deskriptiven Entscheidungstheorie berücksichtigt hätten. Beide konkurrierenden Prognosen vom Crash und von der AAA-Wertung der Rating-Agenturen konnten von ihren jeweiligen Anhängern weiter vertreten werden, weil keine Falsifikationsversuche unternommen wurden, und weil sie bei Investitionsentscheidungen weiter unwiderlegt als Grundlagen herangezogen werden konnten. Erst nach dem Ausbruch der Finanzkrise und dem Platzen der Immobilienblase konnten sich die Crash-Propheten bestätigt fühlen. Ein verbessertes Entscheidungsverfahren muss allerdings den Schaden vermeiden, noch bevor er eintritt und zwar durch die Falsifikation einer der konkurrierenden Theorien. Widerlegungsversuche müssen im Fall konkurrierender Prognosen angeordnet werden, entweder in den Unternehmen selbst oder durch den Gesetzgeber, um Investitionsentscheidungen zum eigenen Nachteil zu verhindern.

## VII. Gruppenzwang als Entscheidungsfehler

Das Falsifikationsverfahren lässt sich nicht durch die Mehrheitsmeinung ersetzen. Kritiklos einer Mehrheitsmeinung zu folgen und die Theorien der Mindermeinung zu ignorieren, muss als Entscheidungsfehler gelten. Ein Gruppenzwang muss verhindert werden, weil die Widerlegungschancen dadurch sinken können. Konkurrieren in einem Gerichtsverfahren noch nicht wissenschaftlich gesicherte Erfahrungssätze, muss der Tatrichter den Streitstand darstellen, um in einem Revisionsverfahren die Überprüfung zu ermöglichen.<sup>22</sup> Die Mindermeinung im Meinungsstreit muss genau so wie die Mehrheitsmeinung Widerlegungsversuchen ausgesetzt werden. *Thaler/Sunstein* beschreiben den Gruppenzwang als nachgewiesenes Fehlverhalten. Dreiviertel der Testpersonen schließen sich der Mehrheit an, selbst wenn ihre eigene Wahrnehmung dieser Mehrheitsmeinung widerspricht. Menschen verhalten sich nach den Erfahrungen der Verhaltensforschung konformistisch. Sie orientieren sich nach der Mehrheit, um deren Wohlwollen zu gewinnen und nicht deren Zorn auf sich zu ziehen.<sup>23</sup> Sie folgen der Herde und tun, was andere tun. Der Hang zum Konformismus begründet den Entscheidungsfehler durch Gruppenzwang und Herdentrieb. Auch in der Finanzkrise konnte sich die Mindermeinung nicht gegen die Mehrheit der Ökonomen durchsetzen. Unter den etablierten Ökonomen herrschte Gruppendruck, dem alle nachgaben, die die Anerkennung der Mehrheit anstrebten. Es herrscht die Neigung zum Konsens und nicht zum Dissens.<sup>24</sup>

## VIII. Widerlegungsversuche nach der Entscheidung

Die Geltung einer Prognose ist nicht nur im Zeitpunkt der Entscheidung durch Widerlegungsversuche zu begründen. Auch nach der Entscheidung muss eine Hypothese, die eine Aussage über Vor- und Nachteile, über Chancen und Risiken einer Entscheidung enthält, fortlaufend Widerlegungsversuchen ausgesetzt werden. Zu prüfen ist, ob die im Zeitpunkt der Entscheidung vorhandenen Erwartungen an die Folgen der Entscheidung durch den tatsächlichen Geschehensablauf bestätigt oder widerlegt werden. Entscheidungen, die mit Prognosen über den künftigen Geschehensverlauf gerechtfertigt wurden, sind einer ständigen Erfolgskontrolle zu unterziehen.

Nach der erstmaligen Entscheidung über die Annahme eines Risikos als Schadensprognose müssen die Entscheidungsfolgen weiter beobachtet werden. Im Zeitraum zwischen der Entscheidung über ein Risiko und eine Rechtspflicht zur Abwendung dieses Risikos bis zum Eintritt eines drohenden Schadens müssen die Folgen in einem fortlaufenden Prozess verglichen werden. Wenn im Zeitpunkt der Entscheidung keine Erfahrung über einen künftigen Geschehensablauf vorliegt, müssen nach dem Entscheidungszeitpunkt Erfahrungen gesammelt werden, um entscheiden zu können, ob die Entscheidungsgrundlagen über den künftigen Verlauf des Geschehens zutreffend waren. Zu vergleichen sind die Erwartungen an die Zukunft im Zeitpunkt der Erstentscheidung mit dem tatsächlichen zu beobachtenden Geschehensverlauf nach der Entscheidung. Werden die Erwartungen nicht erfüllt, muss die ursprüngliche Prognose als widerlegt gelten. Sie verliert durch die Falsifikation ihre Geltung und kann die ursprüngliche Entscheidung nicht mehr rechtfertigen. Die ursprüngliche Entscheidung muss den neuen Erfahrungen angepasst werden.

Auch in dieser Phase ist der Confirmation-Bias zu vermeiden. Es sind nicht Beweise, sondern Gegenbeweise zu suchen, die Vertreter einer herrschenden Meinung müssen versuchen, die Vertreter von neuen Mindermeinungen zu widerlegen. Umgekehrt müssen die Vertreter von neuen, noch nicht etablierten Mindermeinungen die jeweils herrschende Theorie widerlegen.<sup>25</sup> Dabei sind sämtliche verfügbaren Erfahrungen im jeweiligen Widerlegungsversuch einzusetzen.

Wer den Zeitraum nach der ersten Entscheidung und einem eventuell drohenden Schadenseintritt nicht zu Widerlegungsversuchen nutzt, lässt es darauf ankommen, dass er durch einen Schadenseintritt überrascht wird. Ist erst einmal ein Schaden eingetreten, wird bei der Schuldfrage als Voraussetzung für die Haftung geklärt, ob dieser Schaden vorhersehbar und vermeidbar war. Es empfiehlt sich, diese Frage noch vor dem Schadenseintritt zu klären und die Vorhersehbarkeit eines Schadens und seine Vermeidbarkeit ständig zu beobachten.

In der Entscheidungspraxis gilt die Pflicht zur ständigen Beobachtung von Erfahrungssätzen. Erfahrungssätze gelten immer nur vorläufig

21 Rack, CB 2014, 12, „Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risikomanagement“, Teil III, „Der Confirmation-Bias als vermeidbarer Entscheidungsfehler“.

22 BGH, 2.8.1995 – 2 StR 221/94, NJW 1995, 2930 (Holzschutzmittel).

23 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009, S. 81, 84.

24 *Nienhaus*, Die Blindgänger: Warum die Ökonomen auch künftige Krisen nicht erkennen werden, 2009, S. 133.

25 *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 60.

und können täglich durch neue Erfahrungen widerlegt werden. Erfahrungssätze liefern nur relative Wahrheit für die beobachtete Zeit und einen beobachteten Raum. Im Zivilprozess sind Verstöße gegen Erfahrungssätze in der Revisionsinstanz zu überprüfen und Abweichungen von geltenden Erfahrungssätzen zu begründen.<sup>26</sup>

Der Gesetzgeber hat eine Nachbesserungspflicht bei Fehlprognosen. Sobald eine Prognose im Rahmen der obligatorischen begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung widerlegt ist, gilt sie als Fehlprognose und muss vom Gesetzgeber nachgebessert werden.<sup>27</sup> Mehrfach hat das Bundesverfassungsgericht über die Verletzung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers entschieden.<sup>28</sup>

Vorstände und Geschäftsführer haben in ihrer Prognose- und Risiko-berichterstattung nach § 289 HGB in ihrem Lagebericht Prognosen über die erwartete Geschäftsentwicklung abzugeben und die Selbsteinschätzung im Rhythmus der Bilanzierung zu überprüfen.<sup>29</sup>

Neben den Entscheidungsverfahren des Gesetzgebers, der Justiz und der Geschäftsleitung schreiben auch andere Verfahren vor, in ihrem strukturierten Entscheidungsverfahren den Fehler des Confirmation Bias zu verhindern. Beispielhaft wird in der Pilotenausbildung in einem letzten Verfahrensschritt die Sachlage, die der erstmaligen Entscheidungsfindung zugrunde lag daraufhin überprüft, ob sie unverändert fortbesteht oder sich zwischenzeitlich geändert hat. Gefragt wird, ob man noch auf dem richtigen Weg ist und ob die Ergebnisse eingetroffen sind, die man bei der Erstentscheidung erwartet hat und ob einer geänderten Lage Rechnung getragen werden muss.<sup>30</sup>

## IX. Die Vermeidung des Rückschaufehlers

Ein Vergleich zwischen den Entscheidungsgrundlagen der Erstentscheidung und der weiteren Entwicklung ist nur möglich, wenn die Entscheidungsgrundlagen der Erstentscheidung dokumentiert werden. Fehlt es an der Dokumentation besteht das Risiko, dass ex-post in die Beurteilung der ursprünglichen Entscheidung die zwischenzeitlich gemachten Erfahrungen einfließen und im Nachhinein das Urteil über die Vorhersehbarkeit eines Geschehensablaufs verändert. Das menschliche Fehlverhalten des Rückschaufehlers (Hindsight Bias) muss an dieser Stelle des Entscheidungsverfahrens einkalkuliert werden. Bekannt ist der robuste Rückschaufehler durch die Volksweisheit, dass hinterher alle schlauer sind, weil sie in ihrer nachträglichen Beurteilung die zwischenzeitlichen Erfahrungen unbewusst berücksichtigen und die Beurteilung der Entscheidungsgrundlagen der Erstentscheidung verfälschen. Wer den Rückschaufehler nicht vermeidet, setzt sich der Gefahr aus, dass ihm Erfahrungen unterstellt werden, die ihm im Zeitpunkt seiner ersten Entscheidung nicht zur Verfügung standen.<sup>31</sup>

## X. Fazit

Die Initiative der Bundesregierung ist zu begrüßen und verdient die volle Unterstützung aller, die regeltreues Verhalten organisieren müssen. Abschließend ist hervorzuheben, dass die Aufgabe einer „besseren Rechtsetzung“ nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines nationalen Normenkontrollrats dieser Institution zugewiesen wurde. Von der Bundesregierung wird ein systematisches Evaluierungsverfahren mit dem Normenkontrollrat betrieben, um im Rahmen einer Erfolgskontrolle zwischen Ziel und Zweck einer Regelung die tatsächlich erzielten Wirkungen und damit verbundenen Kosten zu vergleichen, um letztlich Fehlprognosen durch Widerlegungsversuche zu ermitteln und anzupassen.

Verbesserte Entscheidungsverfahren erhöhen die Qualität gesetzlicher Regelungen und damit deren Akzeptanz und Legitimität, so dass die Verantwortlichen für Compliance in den Unternehmen nicht permanent unter einem Rechtfertigungsdruck stehen, für die Geltung der gesetzlichen Regelungen mit ihrem Schutzzweck bei der praktischen Umsetzung in den Unternehmen mit hohem Aufwand werben zu müssen.

---

### AUTOR



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

- 
- 26 *Baumbach u. a.*, Zivilprozessordnung, 69. Aufl. 2011, § 246 ZPO, Rn. 12, § 284, Rn. 22.  
27 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 299, 333, BB 1979, 398, (Mitbestimmungsurteil).  
28 BVerfG, 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, BB 1993, 1415, NJW 1994, 122; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BeckRS 2012, 71078; VerfGH Berlin, 15.1.2014 – 109/13, BeckRs 2014, 45965.  
29 OLG Frankfurt, 24.11.2009 – WpÜG 11,12/09, BB 2010, 111, NZG 2010, 63 (Merck).  
30 *Beck*, Die Logik des Irrtums, 2007, S. 59.  
31 *Rack*, „Der Rückschaufehler (Hindsight Bias) als Organisationsrisiko“, CB 2014, 145.