

Hindsight Bias als Problem der Anwalts- und der Vorstandshaftung¹

ULRICH FALK / KAREN KLEIN

I. Anwaltshaftung

1. Handbuch der Anwaltshaftung

Diese Festschrift ehrt den Bundesrichter *Detlev Fischer*, der bis zum Eintritt in den Ruhestand dem IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs angehörte. Zuständig ist dieser Senat seit dem Jahr 1984 auch für die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare; 1990 sind die Regresse gegen Steuerberater hinzugekommen.² Von besonderem Interesse für die Anwaltspraxis ist das „Handbuch der Anwaltshaftung“, das ein älteres Mitglied des IX. Zivilsenats³ begründet hat. In der vierten Auflage von 2015 hat das Werk einen Umfang von 961 Seiten angenommen.⁴ Seine Grundlage bildet die Rechtsprechung des Senats zur Haftung der Anwälte und ihrer Berufshaftpflichtversicherung.⁵ Drei seiner Autoren gehörten dem IX. Zivilsenat an: *Detlev Fischer* von 2005 bis 2015, *Gero Fischer*, Vorsitzender Richter von 2004 bis 2008, und *Gerhard Vill*, stellvertretender Vorsitzender von 2010 bis 2016. Hinzu kommen ein Rechtsanwalt am BGH und ein Justitiar eines Haftpflichtversicherers.

Die Haftung der Anwälte und Steuerberater ist eine schwierige, in hohem Maße richterrechtlich geprägte Materie.⁶ Die normativen Grundlagen im Bürgerlichen Gesetzbuch sind auf hohem Abstraktionsniveau angesiedelt. Von speziellen Anspruchsnormen hat der deutsche Gesetzgeber trotz seiner generellen Normierungs- und Reformfreudigkeit abgesehen.⁷ Diese Selbstbeschränkung ist sinnvoll. Umso mehr aber bedarf es der gleichermaßen wissenschaftlichen wie praxisgerechten Vermittlung der

-
- 1 Der Beitrag schließt unmittelbar an den vorausgehenden Beitrag in dieser Festschrift an: *Falk*, Hindsight Bias als fachübergreifendes Problem.
 - 2 *Ganter*, Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Anwaltshaftung seit 1984, WM 2001, Sonderbeilage 6, 3-31 (4). *Hans Gerhard Ganter* war seit 1989 Mitglied des IX. Zivilsenats, 2004 wurde er stellvertretender Vorsitzender; von 2008 bis 2010 führte er den Vorsitz.
 - 3 Es handelt sich um *Horst Zugehör*. Er judizierte von 1991 bis 2001 im IX. Zivilsenat.
 - 4 *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch der Anwaltshaftung unter Einbeziehung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, 2015.
 - 5 Das gilt in gleicher Weise für *Gehrlein*, Anwalts- und Steuerberaterhaftung, 2016; auch er gehört dem IX. Zivilsenat an.
 - 6 *Gehrlein*, Anwalts- und Steuerberaterhaftung (wie Fn. 5), Vorwort; *Heinemann*, in: *Vollkommer/Greger/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 2014, § 9 Rn. 3.
 - 7 Maßgeblich sind §§ 280, 675 BGB nebst vertragsähnlichen und deliktischen Anspruchsgrundlagen. Der Kreis der potentiellen Schadensersatzgläubiger kann auch Nichtmandanten umfassen (Dritthaftung), dazu *D. Fischer*, in: Handbuch (wie Fn. 4), § 8; aus der Ausbildungsliteratur *Falk/Schneider*, Klausurenkurs im Bürgerlichen Recht II, 2016, Fall 8 (Gewürz-GmbH), 131-152.

höchstrichterlichen Entscheidungspraxis. Im Selbstverständnis des IX. Senats ist es „ein besonderes Anliegen“, die Haftung der Anwälte, Steuerberater und Notare zu harmonisieren, soweit keine Ausnahmen durch Besonderheiten der jeweiligen Berufsgruppe geboten erscheinen.⁸

Das Handbuch leistet auch einen präventiven Beitrag zur sachgerechten Vorsorge gegen Eigenhaftung. Mit gespanntem Interesse werden Anwälte den Handbuchtext aber nur erst dann studieren, wenn konkrete Haftungsfälle im Raum stehen. Sie können sich Schadenersatzansprüchen (ehemaliger) Mandanten oder dritter Personen ausgesetzt sehen; sie können ihrerseits als Vertreter solcher Anspruchsteller auftreten; sie können von einer Berufshaftpflichtversicherung bei der Regulierung eingeschaltet werden.

2. Problemaufriss

In jeder dieser Rollen muss der befasste Anwalt die Haftungsrechtslage überblicken und sich, je nach Lage des konkreten Falles, in andere normative Feinheiten vertiefen. Immer muss er den entscheidungserheblichen Sachverhalt rekonstruieren und die Ungewissheiten einkalkulieren, die in tatsächlicher Hinsicht bestehen. Oft lautet die Schlüsselfrage, welchen Fortgang ein verlorener Prozess oder ein erfolgloses Verwaltungsverfahren ohne die etwaigen Anwaltsfehler genommen haben würde. Diese Prognose ist in rückschauender Betrachtung aus der *ex-ante-Perspektive* zu treffen. In einfach gelagerten Fällen mag das leichtfallen. Man denke an einen Anwalt, der als Vertreter eines gekündigten Arbeitnehmers die gesetzliche Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage, die offensichtlich begründet gewesen wäre, versäumt hat. In komplexeren Fällen wird die rückschauende Prognose erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

Das Gleiche gilt bei anwaltlichen Beratungsfehlern in erbrechtlichen Mandaten. Zum Beispiel kann wider Erwarten eine andere Erbfolge eintreten als die vom Erblasser gewünschte, weil der Anwalt bei der Ausarbeitung eines Testaments erbgerelevante Risiken übersehen hat, etwa das alsbaldige Nachversterben des testamentarischen Erben.⁹ Solche Planungsfehler können teuer zu stehen kommen. Bei einer misslungenen Unternehmensnachfolge können sie sogar existenzvernichtende Ersatzpflichten auslösen, wenn der Schaden von der Berufshaftpflichtversicherung nicht abgedeckt ist.

Eine andere Schlüsselfrage geht häufig dahin, wann ein anwaltliches Versäumnis, das in objektiver Hinsicht offen zu Tage liegt – etwa die Versäumung eines Termins oder einer Frist – als fahrlässig im Sinne von § 276 Abs. 2 BGB zu werten ist. Wann zum Beispiel eine Verletzung der erforderlichen Sorgfalt zu bejahen, wenn ein Anwalt bei der

⁸ *Ganter*, Rechtsprechung (wie Fn. 2), 3.

⁹ *Falk*, Anwaltshaftung für Drittschäden, in: Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare – Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag, 2010, 459-473; *ders.*, Der Fall Ostmann, in: Bayer/Koch, Aktuelle Fragen des Erbrechts, 2010, 103 f.

Anfahrt zum Gericht mit seinem Pkw in einem Stau stecken bleibt¹⁰ oder in einen Unfall verwickelt wird?¹¹ Wann fällt ihm ein Verschulden zur Last, wenn er eine weite Anreise zu einem Gerichtstermin mit einem Linienflug bewältigen will – zum Beispiel von Karlsruhe nach Berlin – und sich der Start durch Herbstnebel stundenlang verzögert?¹²

Vorhersehbar sind solch äußere Hindernisse allemal. Mit mehr oder weniger hohem Aufwand, insbesondere durch Einplanung größerer zeitlicher Puffer, lassen sich daraus erwachsende Verhinderungen auch mit recht hoher Wahrscheinlichkeit vermeiden. Ist es also dem Anwalt als Verschulden anzulasten, dass er auf eine mehr oder weniger störungsfreie Anreise vertraut hat? Inwieweit muss er auch gesundheitliche Probleme, die zur Versäumung einer Frist führen können, vorsorglich bedenken?¹³

Bei der Haftung auf vertraglicher und vorvertraglicher Grundlage kommt verschärfend hinzu, dass § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Anwalt die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt, dass er die objektive Pflichtverletzung *nicht* zu vertreten hat, ihm also *kein* Verschulden zur Last fällt. Solche Entlastungsbeweise bereiten zusätzliche Schwierigkeiten; im Extremfall können sie tendenziell zur *Probatio diabolica* geraten, dem seit alters her gefürchteten, weil unführbaren Beweis bestimmter negativer Tatsachen. Das klassische, namensgebende Beispiel ist die *Nichtexistenz* des Teufels. Wer wollte sich in der Welt des 21. Jahrhunderts nach Christus anmaßen, diesen Negativbeweis schlüssig führen zu können?

-
- 10 Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1998 – IX ZR 152, NJW 1999, 724: Aufhebung eines zweiten Versäumnisurteils des OLG Köln, MDR 1998, 617, das ein Anwaltsverschulden bejaht hatte; dem BGH mit guten Gründen nachdrücklich zustimmend *Schneider*, Versäumnisurteil wegen Verspätung des Anwalts, MDR 1998, 577-581. Der fragwürdige, rückschauverzerrungsträchtige Leitsatz des OLG lautet: „Ein Anwalt versäumt einen Termin schuldhaft, wenn er darauf vertraut, daß er die Anfahrt zum Gericht innerhalb normaler Fahrzeit bewältigen werde. Er muß selbst dann eine längere Fahrzeit einkalkulieren, wenn er die Strecke jahrelang in einer bestimmten Zeitspanne bewältigt hat.“
 - 11 Vgl. BGH, Beschl. v. 23.4.1998 – I ZB 2/98, NJW 1998, 2677: Stattgabe der Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Wiedereinsetzungsgesuchs durch das OLG Hamburg, MDR 1998, 617. Der Leitsatz des BGH lautet: „Die bei Ausnutzung einer Frist bis zum Ablauf des letzten Tages, also bis 24 Uhr, aufzuwendende erhöhte Sorgfalt geht nicht soweit, daß die Partei bzw. ihr Prozessbevollmächtigter damit rechnen muß, bei einer persönlichen Überbringung eines fristgebundenen Schriftsatzes zum Gericht durch unvorhersehbare Ereignisse – hier einen Verkehrsunfall – an der rechtzeitigen Einreichung gehindert zu werden.“ Ebenso zuvor schon z.B. BGH, Beschl. v. 2.2.1989 – I ZB 19/88, NJW 1989, 2393, gegenüber der Vorinstanz (hier das KG).
 - 12 Vgl. BGH, Urt. v. 22.3.2007 – IX ZR 100/06, NJW 2007, 2047: Zurückweisung der Revision gegen das Berufungsurteil des OLG Rostock, NJOZ 2006, 2284; zur Problematik zumutbar einzuplanender Zeitreserven s. auch OLG Dresden, NJW-RR 1996, 246. Der dritte Leitsatz des BGH lautet: „Eine auf die Entwicklung der Wettverhältnisse zur geplanten Flugzeit ausgerichtete Beobachtungspflicht trifft den Prozessbevollmächtigten nur bei bereits bestehenden oder angekündigten Schlechtwetterlagen, welche die Durchführung der Reise wahrscheinlich verhindern.“
 - 13 Vgl. BGH, Beschl. v. 12.11.2013 – II ZB 17/12, NJW-RR 2014, 440 in Aufhebung einer Entscheidung des OLG Dresden, BeckRS 2014, 00780; BGH, Beschl. v. 6.7.2009 – II ZB 1/09, NJW 2009, 3037; BGH, Beschl. v. 18.9.2008 – V ZB 32/08, gegen die vorinstanzliche Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.; BGH, Beschl. v. 10.5.2006 – XII ZB 145/05, NJW 2006, 2412; BGH, Beschl. v. 18.5.1994 – XII ZB 62/94, BeckRS 1994, 09031; BGH, Urt. v. 18.3.1992 – IV ZR101/91, NJW 1992, 1898, gegen OLG München als Vorinstanz; BGH, Beschl. v. 6.3.1990 – VI ZB 4/90, VersR 1990, 1025, ebenfalls gegen eine Entscheidung des OLG München; BGH, Beschl. v. 11.3.1987 – VIII ZB 2/87, VersR 1987, 785 gegen das KG.

Dem Haftungsprozess kann bei manchen Versäumnissen der Versuch vorausgehen, den Fehler auf verfahrensrechtlichem Wege wieder ungeschehen zu machen. Das zivilprozessuale Instrument bieten die Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (§§ 230-238 ZPO). Wiedereinsetzung ist einer Partei vom Gericht auf Antrag zu gewähren, wenn sie ohne ihr Verschulden verhindert war, bestimmte Fristen einzuhalten, zum Beispiel zur Begründung einer eingelegten Berufung. Dabei ist ein Verschulden des Anwalts dieser Partei ihrem eigenen Verschulden kraft Gesetzes gleichgestellt (§ 85 Abs. 2 ZPO). Kann also eine Partei, die Berufung eingelegt hat, Wiedereinsetzung erlangen, wenn ihr Anwalt die soeben fertiggestellte Berufungsbegründung am letzten Tag der Frist kurz vor Mitternacht in den Nachtbriefkasten des Gerichts einwerfen wollte, daran aber durch einen Verkehrsunfall,¹⁴ eine Straßensperrung, eine Autopanane oder ein plötzliches Gesundheitsproblem gehindert wurde?¹⁵

Für Richter stellen sich komplexe Fälle zur Anwaltshaftung als besonders arbeitsaufwendig dar. Abverlangt wird ihnen nicht nur *ein* Urteil, sondern deren *zwei*. Gerade das zweite, inzident zu fällende, kann es in sich haben. Das Haftungsurteil muss auf einer hypothetischen Entscheidungsfindung zum anwaltsfehlerfreien Fortgang des Ausgangsverfahrens aufbauen.¹⁶ Diese „hypothetische Betrachtung, ob der Kläger bei sachgemäßer anwaltlicher Vertretung den Ausgangsprozess gewonnen hätte“, betrifft nicht nur Rechtsfragen. Der BGH fordert – so *Gero Fischer* im Haftungshandbuch – Tatsachenfeststellungen, die von jenem hypothetischen Tatsachenvortrag ausgehen, „der dem Gericht bei sachgemäßem Vorgehen des Anwalts unterbreitet worden wäre.“¹⁷ Das Instrument der freien richterlichen Schadensschätzung, das die Zivilprozessordnung in § 287 Abs. 1 an die Hand gibt, wird sich hier im Einzelfall als hilfreich erweisen.¹⁸ Über die Ungewissheiten, die der haftungsausfüllenden Kausalität vorgelagert sind, kann es aber nicht hinweghelfen. Zumindest insoweit drohen umfangreiche, schwierig zu würdigende Beweisaufnahmen.

14 Vgl. nochmals BGH, Beschl. v. 23.4.1998 – I ZB 2/98, NJW 1998, 2677.

15 Die Entwicklung der maßgeblichen BGH-Judikatur wird materialreich dokumentiert durch *Müller*, Die Rechtsprechung des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, NJW 1998, 497-509, NJW 1995, 3224-3234, NJW 1993, 681-688. Von besonderem Interesse ist dabei die Leitlinie des BGH, eine Überspannung von Sorgfaltsanforderungen (auch) aus verfassungsrechtlichen Gründen zu vermeiden; s. *Müller*, NJW 1998, 498 bei Fn. 5 unter Hinweis auf Vorgaben des BVerfG.

16 Dazu *G. Fischer*, in: Handbuch (wie Fn. 4), § 5 Rn. 105-126 (111-118); für die gutachtentechnische Umsetzung s. *Falk/Schneider*, Klausurenkurs (wie Fn. 7), 226-234.

17 *G. Fischer*, in: Handbuch (wie Fn. 4), § 5 Rn. 119.

18 Dazu *G. Fischer*, in: Handbuch (wie Fn. 4), § 5 Rn. 120-126; s. *Roberto/Grechenig*, Rückschaufehler („Hindsight Bias“) bei Sorgfaltspflichtverletzungen, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 130 (2011), 5-26 (19).

II. Fachübergreifende Problematik des Hindsight Bias

Rückschauende Prognosen sind in besonderer Weise fehleranfällig. Im interdisziplinären Schrifttum zur Verhaltensökonomik (Behavioral Economics), die auf den Erkenntnissen der psychologischen Forschung aufbaut, bezeichnet man diese Fehlerquelle als Hindsight Bias. Sie wurzelt in elementaren Prozessen des Denkens, Entscheidens und Erinnerns.

Der Mensch neigt in der Rückschau dazu, die Wahrscheinlichkeit, mit der ein bestimmtes Ereignis möglicherweise eintreten kann, zu überschätzen, wenn er weiß – oder zu wissen glaubt –, dass es zu diesem Ereignis tatsächlich gekommen ist. Er projiziert unbewusst Wissen in die Vergangenheit zurück, das ihm erst nach dem Zeitpunkt, auf den sich seine *ex-ante-Beurteilung* bezieht, zugänglich wurde. Bezeichnend für rückschauerverzerrtes Denken sind Aussagen wie „Das musste so kommen!“ oder „Das war leicht abzusehen!“. Für Einzelheiten ist auf den Beitrag zu verweisen, der in dieser Festschrift unmittelbar vorausgeht.¹⁹ Beide Beiträge bilden eine funktionale Einheit.

Nach vier Jahrzehnten internationaler Forschung steht im Grundsatz außer Frage: Rückschaufehler *können* auch bei Entscheidungen über Haftungsansprüche gegen Berufsträger unterschiedlichster Bereiche auftreten, seien es Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Insolvenzverwalter, Unternehmens- und Sanierungsberater, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Unternehmen oder Mediziner. In Experimenten – gleichsam unter Laborbedingungen – ist dieser Nachweis längst zur Genüge geführt. Auf einem ganz anderen Blatt steht die Erforschung des Hindsight Bias in der wirklichen Rechtspraxis. Hier harret noch vieles der Erforschung. Hier liegen die Dinge komplizierter als in zielgenau durchkonstruierten Experimenten, die nicht der Komplexität der Rechtswirklichkeit, sondern dem methodischen *ceteris-paribus*-Postulat verpflichtet sind (dazu näher unter V.).

III. Vorstandshaftung bei Compliance-Verstößen im Unternehmen

1. Problemaufriss

Unter „Compliance“ versteht man im deutschen Schrifttum im Allgemeinen die Pflicht zur Einhaltung der Vorgaben der Rechtsordnung.²⁰ Für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft ist diese generelle Pflicht so zu konkretisieren: Zum einen müssen sich Vorstandsmitglieder selbst rechtstreu verhalten (sog. *Legalitätspflicht*); zum anderen müssen sie für rechtmäßiges Verhalten innerhalb der Gesellschaft Sorge tragen (sog. *Legalitätskontrollpflicht*).

¹⁹ Vgl. Fn. 1.

²⁰ Vgl. etwa *Volz*, in: Teichmann, Compliance, 2014, Rn. 2. *Moosmayer*, Compliance, 2015, Rn. 1, definiert Compliance konkretisierend als „die Einhaltung der straf- und bußgeldbewehrten Gesetze sowie deren innerbetrieblichen Ausführungsregelungen im Unternehmen“. Zur Erweiterung dieser Definition um Compliance-Organisationspflichten s. *Balke*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 2016, § 111 Rn. 2.

Compliance-Risiken sind von der jeweiligen Größe und Risikoexposition des Unternehmens abhängig und sind in ganz unterschiedlichen Bereichen angesiedelt, zum Beispiel in der Korruptionsbekämpfung, im Datenschutz oder im Kartellrecht. Nachgewiesene Compliance-Verstöße können Unternehmen sehr teuer zu stehen kommen; leicht erwachsen daraus mehrstellige Millionenschäden. Von Behörden verhängte Geldbußen können mit Schadensersatzansprüchen dritter Personen, Kosten für Rechtsberatung und Sachverhaltsaufklärung, negativen vergaberechtlichen Konsequenzen und Reputationschäden zusammenkommen.²¹ Es verwundert deshalb nicht, dass Compliance nicht nur in der Unternehmenspraxis, sondern auch in der Medienberichterstattung stetig wachsende Aufmerksamkeit erfährt.

Auch Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften sind mit diesem Problemfeld konfrontiert. So muss sich der Aufsichtsrat als verantwortliches Kontrollorgan der Gesellschaft nicht selten der Frage stellen, ob der Vorstand für Compliance-Verstöße im Unternehmen haftungsrechtlich in die Verantwortung zu ziehen ist. Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter anzuwenden. Bei Compliance-Verstößen kommen für eine Sorgfaltspflichtverletzung auf Vorstandsebene grundsätzlich drei Anknüpfungspunkte in Betracht: persönliche Beteiligung an den Verstößen, Vernachlässigung von Überwachungspflichten, Verletzung von Organisationspflichten.²² Mit der Prüfung dieser (potentiellen) Pflichtverletzungen gehen unter anderem folgende Fragen einher: Waren Mitglieder des Vorstands aktiv in Compliance-Verstöße involviert, hatten sie positive Kenntnis? Hätten sie über entsprechende Kenntnis verfügen müssen? Ist der Vorstand seinen Organisationspflichten nachgekommen? Hat er es versäumt, eine effiziente Compliance-Organisation aufzubauen, die folgenreiche Verstöße hätte verhindern oder minimieren können?

Solche Fragen sind in der Praxis schwierig zu beantworten. In tatsächlicher Hinsicht setzen sie meistens eine aufwendige Aufarbeitung des Sachverhalts voraus. Die fraglichen Verstöße sind im Einzelnen aufzuklären, die Beteiligten sind zu ermitteln, Berichtslinien müssen nachvollzogen, Entwicklungen der Compliance-Organisation müssen aufgearbeitet werden. Dazu bedarf es in der Regel umfassender E-Mail- und Dokumentenauswertungen, die Vorstandsprotokolle nebst Anlagen eingeschlossen, sowie eingehender Befragung aller potentiell Beteiligten. Da es sich nicht selten um langjährige Verstoßzeiträume handelt, in denen die Abläufe im Unternehmen vielfacher Veränderung unterliegen können, kann sich die Aufarbeitung im Einzelfall als äußerst anspruchsvoll und langwierig darstellen.

Auch die rechtliche Beurteilung der ermittelten Sachverhalte stellt vor Herausforderungen. Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft nach

21 Zu denkbaren Schadenspositionen s. *Balke*, in: Handbuch (wie Fn. 20), § 113 Rn. 24-27; *Moosmayer*, Compliance (wie Fn. 20), Rn. 39-70.

22 Im Einzelnen s. *Ott/Klein*, Hindsight Bias bei der Vorstandshaftung wegen Compliance-Verstößen – Auswirkungen und Methoden des „Debiasing“, AG 2017, 209 (215); *Balke*, in: Handbuch (wie Fn. 20), § 113 Rn. 10-17.

§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei dieser Prüfung ist die jeweilige Entscheidungsperspektive des Vorstands, die *ex-ante-Perspektive*, einzunehmen.²³ Der rückschauend Urteilende weiß bis ins Detail um die vorhandenen Verstöße und eingetretenen Schäden. Mit diesem Rückschauwissen ist es ein Leichtes, den sprichwörtlichen Zeigefinger treffsicher in die Wunde(n) zu legen: Hätte der Vorstand – so der im Nachhinein leicht formulierbare Vorwurf – in dieser oder jener Situation eine bestimmte, rückschauend ganz naheliegende Compliance-Maßnahme ergriffen, dann wäre es nicht zu den jetzt beklagten Verstößen gekommen.

Betroffene Vorstandsmitglieder, die sich dagegen zur Wehr setzen wollen, müssen nicht nur dem „knew it all along effect“ des Hindsight Bias begegnen, sondern auch die ihnen ungünstige Darlegungs- und Beweislast schultern. Ist streitig, ob ein Vorstandsmitglied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters walten ließ, so muss das Vorstandsmitglied den Entlastungsbeweis führen (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Die Gesellschaft hat lediglich ein *möglicherweise* pflichtwidriges Verhalten des Vorstandsmitglieds, den Eintritt und die Höhe des Schadens sowie die Kausalität zwischen Vorstandshandeln und Schaden schlüssig darzulegen und nötigenfalls zu beweisen. Danach obliegt es dem Vorstandsmitglied, sich durch den Nachweis zu entlasten, dass sein Verhalten *nicht* pflichtwidrig oder *nicht* schuldhaft gewesen ist oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.²⁴

2. Debiasing – „For those condemned to study the past“²⁵

Bei der Rückschauverzerrung handelt es sich um ein sehr robustes, hartnäckiges Phänomen.²⁶ Betroffen sind nicht nur die zur Urteilsfindung berufenen Richter, sondern auch anwaltliche Gutachter, die im Auftrag betroffener Unternehmen mit dem Fall befasst sind. Die psychologische Forschung hat gelehrt, dass bloße Aufklärung über die Existenz des Hindsight Bias keinen hinreichenden Schutz bewirkt. Versuchsteilnehmer, die man vor Versuchsbeginn über die drohende Verzerrung belehrte, zeigten sich kaum weniger anfällig. Über die Erklärung dieses empirisch gesicherten Befunds besteht in der psychologischen Literatur bis heute keine Einigkeit.²⁷

23 So etwa BGH, Urt. v. 3.3.2008 – II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 (371); BGH, Urt. v. 1.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 (79); Spindler, in: MüKo AktG, 2014, § 93 AktG Rn. 25; Hölters, in: Hölters, Aktiengesetz, 2014, § 93 AktG Rn. 35; Fleischer, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2015, § 91 AktG Rn. 56; Pietzke, CCZ 2010, 45 (50); Wagner, CCZ 2009, 8 (16); Eufinger, WM 2015, 1265 (1269).

24 Statt aller Fleischer, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2015, § 93 AktG Rn. 221 f.

25 Fischhoff, For those condemned to study the past: Heuristics and biases in hindsight, in: Kahneman/Slovic/Tversky, Judgment under uncertainty – Heuristics and biases, 1982, 335-352.

26 Rachlinski, A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight, in: The University of Chicago Law Review 65 (1998), 571-625 (587).

27 Fischhoff, Perceived Informativeness of Facts, in: Journal of Experimental Psychology – Human Perception and Performance 3 (1977), 349-358 (354-357); ders., Hindsight ≠ Foresight – The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, in: Journal of Experimental Psychology – Human Perception and Performance 1 (1975), 288-299 (297 f.); Lowe/Reckers, The Effects of Hindsight Bias on Jurors' Evaluations of Auditor Decisions, in: Decision Sciences, Vol. 25 (1994), 401-426 (417); Rachlinski, Judging in Hindsight (wie Fn. 26), 584-586.

Gerade in jenen Fällen, in denen Vorstandsmitglieder nicht aktiv in Compliance-Verstöße verstrickt sind, kann das Rückschauwissen zu vorschneller Haftungsbejahung verleiten. Man bedenke etwa den Fall, dass sich in einer langen E-Mail-Kette ein einzelner Hinweis auf einen bestimmten Verstoß findet. Im Licht des bekannt gewordenen Verstoßes, der sich zu hohen Schäden ausgewachsen hat, wird sich der Hinweis ganz anders – viel klarer, weitaus bedeutender – darstellen als im Vorhinein.

Zudem wird ein als kritisch identifizierter Hinweis in der Regel erst gemeinsam mit anderen Hinweisen zum Gesamteindruck vorwerfbarer Unkenntnis des verantwortlichen Vorstandsmitglieds führen. Hätte das Vorstandsmitglied die Hinweise zum Anlass genommen, die Sachverhalte aufzuklären, dann wären die Compliance-Verstöße – so eine denkbare Argumentation – womöglich deutlich früher zutage getreten. Bei dieser Argumentation gerät indes leicht aus dem Blick, dass die entsprechenden Anhaltspunkte in der Regel erst nach einer intensiven Sachverhaltsermittlung im Rahmen von umfassenden Compliance-Reviews zusammengetragen worden sind. Es besteht mithin die Gefahr, sie im Nachhinein zu einem Gesamteindruck zu vernetzen, der ex ante für das Vorstandsmitglied gar nicht erkennbar war. In dieser Situation kann eine Debiasing-Strategie darin bestehen, sich den Prozess der Sachverhaltsermittlung noch einmal zu vergegenwärtigen und hierdurch den Hindsight Bias zu reduzieren.

Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Compliance-Organisation kann sich das Studium von Originaldokumenten, die aus dem haftungsrelevanten Zeitraum stammen, als hilfreich erweisen, um sich der konkreten Rahmenbedingungen der damaligen Entscheidungssituation bewusst(er) zu werden. Hier bietet sich etwa die Auswertung zeitgenössischer Quellen an, wie beispielsweise der seinerzeitige Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur oder etwaig vorhandene Branchenstandards im Bereich Compliance. Ferner können nicht nur Revisionsberichte oder Stellungnahmen der Rechtsabteilung, sondern vor allem die in den Vorstandsprotokollen samt Anlagen festgehaltenen pro- und contra-Erwägungen herangezogen werden, um eine im Nachhinein möglichst unvoreingenommene Bewertung der Compliance-Risiken zu ermöglichen.²⁸

3. Business Judgment Rule – Vom Fehlen einer „glücklichen Hand“ des Vorstands

Gemeinsam ist den bisher genannten Debiasing-Strategien, dass sie bei der Rekonstruktion der ursprünglich bestehenden Entscheidungsperspektive und den damals gegebenen Unsicherheiten helfen. Ein völlig anderer Ansatz zur Reduzierung des Hindsight Bias setzt demgegenüber bei der Wahl des einschlägigen Haftungsmaßstabs an. Darf ein Gericht nämlich keine vollständige inhaltliche Prüfung vornehmen, sondern wird es auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt, ist es von vorneherein gezwungen, das Bestehen verschiedener Handlungsalternativen als pflichtgemäß anzuerkennen.²⁹

²⁸ Zu den Methoden des Debiasing eingehend *Ott/Klein*, Hindsight Bias (wie Fn. 22), 218-221.

²⁹ Aus der schweizerischen Literatur etwa *Roberto/Grechenig*, Rückschaufehler (wie Fn. 18), 23, die zur Empfehlung gelangen, die Business Judgment Rule auch ins dortige Recht zu übertragen.

Für den Spezialfall der „unternehmerischen Entscheidung“ – wie beispielsweise die Einführung eines neuen Produkts oder die Erschließung neuer Märkte – hat der deutsche Gesetzgeber in diesem Sinn reagiert und durch die Einführung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG einer rechtspolitisch unerwünschten Haftungsverschärfung entgegen gewirkt.³⁰ Danach liegt eine Pflichtverletzung *nicht* vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Hierin verkörpert sich die Übernahme der im US-amerikanischen Rechtskreis entwickelten sog. Business Judgment Rule.³¹ Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum begrüßt diese Rezeption. So heißt es zum Beispiel im Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: „Unternehmerische Entscheidungen sind typischerweise Entscheidungen unter Unsicherheit, denen größtenteils prognostische Elemente zugrunde liegen und die nicht der ex post eingreifenden gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollten (hindsight bias).“³²

Die unternehmerische Entscheidung steht im Gegensatz zur rechtlich gebundenen Entscheidung, bei der das Gesetz von vorneherein nur eine einzige Entscheidung als zulässig akzeptiert. Bei unternehmerischen Entscheidungen sind hingegen ganz unterschiedliche Alternativen denkbar. Die mit unternehmerischen Entscheidungen einhergehende Haftungsprivilegierung basiert daher auf drei Überlegungen: Es soll vermieden werden, dass Vorstandsmitglieder zulasten ihrer gewinnorientierten Aktionäre risikoscheue Entscheidungen treffen, weil sie beständig das „Damoklesschwert“ der Vorstandshaftung über sich hängen sehen.³³ Gleichzeitig soll ihrer schwierigen Entscheidungssituation Rechnung getragen werden. Unternehmerische Entscheidungen werden typischerweise unter Unsicherheit getroffen. In einer meist komplexen Situation, zudem oft verschärft durch bestehenden Zeitdruck, muss der Vorstand den Erfolg oder Misserfolg einer unternehmerischen Maßnahme prognostizieren.³⁴ Da sich diese Prognose im Nachhinein allzu leicht als falsch erweisen kann, soll schließlich durch die Haftungsprivilegierung vermieden werden, dass ein Gericht aus der *ex-post-Per-*

30 Nach herrschender Meinung unterliegt die Entscheidung des Vorstands im Anwendungsbereich der Business Judgment Rule einer Vertretbarkeitskontrolle, vgl. *Spindler*, in: MüKo AktG, 2014, § 93 AktG Rn. 56; *Bayer*, NJW 2014, 2546 (2547); *Nietsch*, ZGR 2015, 631 (661 f.); *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2016, § 93 Rn. 22.

31 Zu den Unterschieden zur US-amerikanischen Business Judgment Rule s. *Mertens/Cahn*, in: Köln-Komm AktG, 2010, § 93 AktG Rn. 14; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, 2015, § 93 AktG Rn. 22.

32 *Spindler*, in: MüKo AktG, 2014, § 93 AktG Rn. 36; § 76 AktG Rn. 32, § 93 AktG Rn. 41; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2015, § 93 AktG Rn. 60; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, 2015, § 93 AktG Rn. 63. Aus der Kommentarliteratur zum GmbHG z.B. *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, 2016, § 43 GmbHG Rn. 67. Aus dem sonstigen Schrifttum z.B. *Fleischer*, NZG 2008, 371 (372); *Bachmann*, WM 2015, 105 (111); *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115 (2125); *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065 (2068); *Kocher*, CCZ 2009, 215 (216); *Grunewald*, NZG 2013, 841 (842).

33 *Spindler*, in: MüKo AktG, 2014, § 93 AktG Rn. 36; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 2016, § 93 AktG Rn. 9; *Wiesner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 2015, § 25 Rn. 57; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2015, § 93 AktG Rn. 60.

34 *Spindler*, in: MüKo AktG, 2014, § 93 AktG Rn. 36, 41; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2016, § 93 AktG Rn. 20 f.; *Wiesner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 2015, § 25 Rn. 57; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2015, § 93 AktG Rn. 60.

spektive überzogene Sorgfaltsanforderungen an das Vorstandshandeln stellt und hierdurch in den Kernbereich der Vorstandstätigkeit „hineinregiert“.³⁵

Diese Erwägungen klingen bereits in der grundlegenden Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 21. April 1997 in der Sache „ARAG/Garmenbeck“ an. Der Senat ging von der Prämisse aus, dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden müsse, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar sei. Dazu gehöre „neben dem bewußten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewußt handeln, ausgesetzt“ sei. Fehle dem Vorstand „das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens“, habe er also „keine ‚glückliche Hand‘ bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe“, könne dies dem Aufsichtsrat Veranlassung geben, auf dessen Ablösung hinzuwirken. Eine Schadensersatzpflicht des Vorstands könne daraus jedoch nicht hergeleitet werden. Diese komme vielmehr erst in Betracht, wenn „die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß.“³⁶

Auch in der Regierungsbegründung des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) aus dem Jahr 2005, mit dem § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingeführt wurde, kommt die Rückschauproblematik zur Sprache. Dort heißt es: „Es geht dabei nicht um das ex post ermittelte Wohl der Gesellschaft, denn in den hier interessierenden Fällen hat sich stets im nachhinein herausgestellt, dass die Maßnahme fehlgeschlagen ist und der Gesellschaft geschadet hat. Es muss also um ein von dem Geschäftsleiter ex ante in gutem Glauben angestrebtes Gesellschaftswohl gehen.“³⁷

35 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2015, § 93 AktG Rn. 60: „Schließlich mindert sie [die Business Judgment Rule] die Gefahr, dass die Gerichte in Kenntnis der später eingetretenen Tatsachen überzogene Anforderungen an die organschaftliche Sorgfaltspflicht stellen (sog. hindsight bias).“ *Wiesner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 2015, § 25 Rn. 57: Der Gefahr vorbeugen, „dass Gerichte in Kenntnis des späteren Verlaufs überzogene Anforderungen an die organschaftliche Sorgfaltspflicht stellen.“ *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 2016, § 93 AktG Rn. 9: „Mit dieser ... Vorschrift soll Risikobereitschaft des Vorstands gestärkt ... und seinen oftmals komplexen Entscheidungssituationen Rechnung getragen werden, die von nicht unternehmerisch tätigem Richter in der Rückschau kaum rekonstruiert werden können (Rückschautfehler ...)“.

36 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 (1927 f.). Dazu u.a. *Bayer*, NJW 2014, 2546-2550; *Cahn*, WM 2013, 1293-1305; *Casper*, ZHR 176, 2012, 617-651; *Goette*, in: Liber amicorum für Martin Winter, 2011, 153-166; *Goette*, ZHR 176, 2012, 588-616; *Habersack*, in: MüKo AktG, 2014, § 111 AktG Rn. 34-38c; *Götz*, NJW 1997, 3275-3278; *Faßbender*, NZG 2015, 501-508; *Hopt*, ZIP 2013, 1793-1806; *Koch*, AG 2009, 93-102; *Koch*, NZG 2014, 934-942; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 2016, § 111 Rn. 5-12; *Lutter*, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, 2013, 747-754; *Mayer*, NZG 2014, 1208-1211; *Mertens*, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, 1183-1195; *Paefgen*, AG 2008, 761-769; *Paefgen*, AG 2014, 554-584; *Reichert*, in: Festschrift für Peter Hommelhoff, 2012, 907-926; *Reichert*, ZHR 177, 2013, 756-781; *Wiesner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 2015, § 26 Rn. 52-55; *Wilsing*, in: Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, 889-918.

37 RegBegr UMAG, BT-Drucks. 15/5092, 11.

Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung der Business Judgment Rule zwar ausdrücklich nur unternehmerische Entscheidungen im Blick. Bei der Entscheidung über die Ausrichtung der Compliance-Organisation handelt der Vorstand allerdings in einer Entscheidungssituation, die der unternehmerischen Entscheidung vergleichbar ist: Auch bei der Entscheidung über die Ausrichtung der Compliance-Organisation bestehen erhebliche Prognoseunsicherheiten, insbesondere hinsichtlich der Tauglichkeit der umzusetzenden Compliance-Maßnahmen. Zudem besteht die Gefahr, risikoscheue Entscheidungen des Vorstands zu fördern, indem überproportional teure und möglichst allumfassende Compliance-Maßnahmen haftungsrechtlich belohnt werden. Und schließlich besteht auch hier die Möglichkeit, dass Gerichte bei voller Kenntnis der Compliance-Vorfälle zu im Nachhinein überzogenen Sorgfaltsanforderungen tendieren.³⁸ Angesichts dieser strukturellen Gemeinsamkeiten häufen sich im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum die Stimmen, die eine Übertragung der in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG geregelten Haftungsprivilegierung auf die Prüfung eines Organisationsverschuldens des Vorstands im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Compliance-Organisation befürworten.³⁹

IV. Künftige Untersuchungen

1. Hindsight Bias in der BGH-Rechtsprechung zur Anwaltshaftung?

Im Gesellschaftsrecht wird man sich zunehmend der Herausforderung bewusst, die von der Rückschauverzerrung ausgeht. Ein Kernpunkt des Interesses aus rechtspolitischer Sicht ist die Sorge vor einer unangemessenen Verschärfung der Haftung beim Kriterium des Verschuldens (*negligence*). Zumindest in der Theorie – und ein Stück weit vermutlich auch in der Gerichtspraxis, auch der deutschen – ist mit einer tendenziellen Annäherung der Verschuldenshaftung an eine Gefährdungshaftung zu rechnen.⁴⁰

38 Kritisch gesehen wurden hier insbesondere die Ausführungen in der Entscheidung des LG München I in der Sache „Siemens/Neubürger“, im Volltext verfügbar bei BeckRS 2014, 01998. So schlussfolgern z.B. *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598 (1598), dass das LG München I aus seiner rückschauenden Perspektive heraus ein funktionierendes Compliance-System als Messlatte für die Vorstandshaftung kreiert habe. Auch *Harbarth*, ZHR 179, 2015, 136 (159 f.) betont in diesem Zusammenhang, dass es auf den Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der jeweiligen Handlungen und damit auf die *ex-ante-Perspektive* des Vorstands ankomme.

39 Vgl. hierzu etwa *Harbarth*, ZHR 179, 2015, 136 (152 f.); *Balke*, in: Handbuch (wie Fn. 20), § 113 Rn. 17; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, 2015, § 93 AktG Rn. 187; *Paefgen*, AG 2014, 554 (557); *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2174). Allerdings ist die Übertragung der Haftungsprivilegierung angesichts der Ableitung der Compliance-Verantwortung des Vorstands aus der Legalitäts- bzw. Legalitätskontrollpflicht nicht unumstritten.

40 *Teichmann*, The Hindsight Bias and the Law in Hindsight, in: Zamir/Teichman, The Oxford Handbook for Behavioral Law and Economics, 2014, 354-371 (361); *Roberto/Grechenig*, Rückschaufehler (wie Fn. 18), 7-10; *Falk*, Urteilsverzerrungen: hindsight bias und anchoring – Einleitende Fragen zu einem interdisziplinären Problem, in: Brodersen, Vincere Scis, Victoria Uti Nescis – Aspekte der Rückschauverzerrung in der Alten Geschichte, 2008, 9-17; *Bohrer*, Der morsche Baum – Verkehrssicherheit und Fahrlässigkeit in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 2010, 243-266.

Das umfassend angelegte „Handbuch der Anwaltshaftung unter Einbeziehung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern“ – so der Volltitel des Werks – enthält in seinem Stichwortverzeichnis keinen Eintrag zur Rückschauverzerrung, auch nicht als Unterpunkt zu anderen Stichworten, etwa Fahrlässigkeit oder Verschulden.⁴¹ Das ist jedenfalls nicht damit erklärbar, dass das Verzeichnis betont knapp angelegt wäre, denn es umfasst 52 Seiten. Auch in den Gliederungsübersichten sucht man vergeblich.⁴² Das kann dazu motivieren, sich in den Text des Handbuchs dort zu vertiefen, wo Ausführungen zum Hindsight Bias vorrangig zu erwarten sind, wenn nicht in der Begrifflichkeit, so doch in der Sache. Von besonderem Interesse sind die Abschnitte „Pflichtwidrigkeit und Verschulden“ sowie „Kausalität, Zurechenbarkeit, Schaden“ im Teil über die vertragliche Anwaltshaftung gegenüber dem Auftraggeber.⁴³ Gerade hier hat der IX. Zivilsenat nach dem Übergang der Anwalts-, Notar- und Steuerberaterhaftung in seine Zuständigkeit „neue Maßstäbe gesetzt“ – so die Worte des Senatsmitglieds *Gerhard Ganter*.⁴⁴

Eine Analyse dieses Handbuchttexts kann selbstverständlich nicht ohne die Einbeziehung der umfangreichen BGH-Rechtsprechung auskommen, auf die in den Fußnoten hingewiesen wird. Eine rechtswissenschaftliche und zugleich verhaltensökonomische Untersuchung, die diesem Entscheidungsmaterial gerecht werden will, würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Sie ist einer künftigen Untersuchung größeren Umfangs vorzubehalten, sei es in einer Anschlusspublikation eines oder beider Co-Autor(inen), sei es in einem an der Universität Mannheim betreuten Dissertationsprojekt.

2. Hindsight Bias im Rahmen der Vorstandshaftung bei Compliance-Verstößen?

Auch im Rahmen der Vorstandshaftung erscheint eine weitere Untersuchung als lohnenswert. Viel spricht für die Vermutung, dass sich der rückschauverzerrende Effekt umso mehr verstärkt, je enghesiger das in Compliance-Reviews zusammengetragene „Netz an Beweismitteln“ zusammengezogen wird, und je umfangreicher damit die Anhaltspunkte für eine Kenntnis bzw. vorwerfbare Unkenntnis des Vorstandsmitglieds ausfallen („Das hätte man aber wissen müssen!“).⁴⁵ Denkbar ist allerdings auch der gegenteilige Effekt, der – gerade bei der Prüfung eines Überwachungsverschuldens – dann eintreten könnte, wenn sich das ermittelte Gesamtbild der Kenntnisnahmemöglichkeiten als besonders diffus darstellt.

Ein diffuses Gesamtbild kann andererseits die Bejahung eines Organisationsverschuldens nahelegen. Dann liegt der Gedanke nahe, dass der Vorstand möglicherweise

41 Handbuch (wie Fn. 4), 909-961 (924, 956).

42 Vgl. Handbuch (wie Fn. 4), insb. 407, 423.

43 Vgl. Handbuch (wie Fn. 4), 407-469.

44 *Ganter*, Rechtsprechung (wie Fn. 2), 3.

45 *Ott/Klein*, Hindsight Bias (wie Fn. 22), 219.

nicht für das Vorhandensein entsprechender Berichtswege oder hinreichende Compliance-Sensibilität gesorgt, mithin keine zureichende Compliance-Organisation eingerichtet hat. Gerade im Bereich der Compliance-Organisation sind jedoch die Strategien und Maßnahmenkataloge in den letzten zehn Jahren zunehmend differenzierter geworden. Es besteht damit die nicht von der Hand zu weisende Gefahr, ex ante einen Standard anzulegen, der erst ex post entwickelt wurde. Diese Gefahr ist besonders groß, wenn die in Frage stehende Pflichtverletzung weit in der Vergangenheit liegt. Auch in diesem Fall besteht die Vermutung, dass der Hindsight Bias besonders stark wirken kann, wenn konkrete Erinnerungen (an die damaligen Compliance-Standards) verwischt und von abstrakten, aus der *ex-post-Sicht* beeinflussten Wertungen verdrängt werden.⁴⁶

Im Rahmen von Laborstudien erscheint ein Versuchsaufbau, der die genannten Ansatzpunkte für den Hindsight Bias einer jeweils *isolierten* Untersuchung unterzieht, durchaus denkbar. Laborstudien stoßen allerdings an ihre Grenzen, wenn es darum geht, die Wechselwirkungen zwischen den genannten Rechtsfragen und die Besonderheiten der Beweislastverteilung in die Betrachtung einzubeziehen. Ein diese Aspekte berücksichtigender Abgleich mit Originalentscheidungen, in denen die Komplexität der Lebens- und Rechtswirklichkeit voll zu Buche schlagen würde, ist im Bereich der Vorstandshaftung für Compliance-Vorfälle nur bedingt möglich: Veröffentlichte Urteile im Zusammenhang mit der Vorstandshaftung für Compliance-Vorfälle im Unternehmen sind bislang nur vereinzelt anzutreffen,⁴⁷ anders als bei der Anwaltshaftung.

V. Methodische Prämissen künftiger Untersuchungen

Ein Desiderat verhaltensökonomischer Forschung ist eine Meta-Analyse der einschlägigen Forschungsarbeiten zur Rückschauverzerrung bei der Berufsgruppe der Richter. Sorgfältig zu studieren sind nicht nur die einzelnen Befunde der Experimente, sondern auch ihre Rahmenbedingungen, insbesondere zur Auswahl der Versuchsteilnehmer und zur Ausgestaltung des Versuchsaufbaus. Schwächen des Forschungsdesigns – etwa beim Fallmaterial oder bei der Formulierung der Fragen, die den richterlichen Probanden gestellt wurden – können Befunde, die auf den ersten Blick beeindruckend wirken, in Frage stellen.⁴⁸ Von selbst versteht sich im Grundsatz, dass auch die rechtskulturellen Unterschiede zu reflektieren sind, sobald Studien aus dem angloamerikanischen Bereich zur Debatte stehen. Die Umsetzung dieses methodischen Postulats ist

46 *Roese/Vohs*, Hindsight Bias, in: *Perspectives on Psychological Science* (2012), 411-426 (419); *Ott/Klein*, Hindsight Bias (wie Fn. 22), 214.

47 Vgl. LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5HK O 1387/10, AG 2014, 332-336 (Siemens/Neubürger); ArbG Essen, Urt. v. 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, NZKart 2014, 193-195; LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, NZKart 2015, 277-280 (Sehlbach/ThyssenKrupp). Zur Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Verletzung von Aufsichtspflichten nach § 130 OWiG vgl. *Ott/Klein*, Hindsight Bias (wie Fn. 22), 214.

48 Vgl. etwa die selbstkritischen Ausführungen von *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2006, 219-223 (223) zu seiner eigenen Studie zum Rückschaufehler, durchgeführt mit Richtern der Zivil- und Strafgerichte der Kantone Aargau, St. Gallen und Zürich im Jahr 2003.

jedoch keineswegs einfach. Die Versuchung, nordamerikanische Äpfel mit deutschen Birnen zu vergleichen, ist nicht zu unterschätzen.

Untersuchungen, die Originalentscheidungen des Bundesgerichtshofs und der Vorinstanzen zum Gegenstand haben, sind mit unvermeidlichen Ungewissheiten behaftet. Von Laborbedingungen, die dem *ceteris-paribus*-Postulat genügen, kann schon im Ansatz keine Rede sein. Feldstudien, die natürliche Daten erheben, können niemals „jene internale Validität“ aufweisen, die das Ziel von Experimenten unter exakt kontrollierten und jederzeit reproduzierbaren Bedingungen ist.⁴⁹ Wegen der Komplexität der richterlichen Entscheidungsfindung und -darstellung⁵⁰ ist immer damit zu rechnen, dass die wirklich entscheidungsbildenden und -tragenden Erwägungen des Gerichts – zumal eines Kollegialgerichts⁵¹ – in den Entscheidungsgründen nur andeutungsweise zum Ausdruck kommen.⁵² Niemals kann man die Möglichkeit ausschließen, dass die Entscheidung durch mehrere, voneinander einigermäßen unabhängige Erwägungen bedingt war, die teils prinzipieller, teils einzelfallbezogener Natur sein können.⁵³ Oft sind unterschiedliche Erwägungen so miteinander verwoben, dass das Gewicht der einzelnen Gründe nur näherungsweise ermessen werden kann. Zur eindeutigen, zwingend begründbaren Schlussfolgerung, dass eine bestimmte gerichtliche Entscheidung mit Sicherheit durch die Rückschauverzerrung bedingt gewesen sei, wird man *allenfalls* in seltenen Ausnahmefällen gelangen können.

49 *Von der Beck/Oeberst/Cress/Back/Nestler*, Hätte die Geschichte auch anders verlaufen können? – Der Rückschaufehler zu Ereignissen in Wikipedia, in: Wozniak/Nemitz/Rowedder, Wikipedia und Geschichtswissenschaft, 2015, 155-173 (169), schlagen daher vor, Feldstudien mit Laborstudien zu vervollständigen.

50 Die Einsicht in diese Zusammenhänge gehört seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts zum rechtswissenschaftlichen Allgemeingut (vgl. nur die kommentierte Bibliographie von *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975), ist aber für Nachbardisziplinen nicht leicht vermittelbar und wird (auch) im 21. Jahrhundert im rechtsdogmatischen Schrifttum oft verdrängt, sei es bewusst, sei es in Unkenntnis der rechtsmethodischen, -soziologischen, -psychologischen und -historischen Grundlagen. Vgl. auch *Klein*, Der Fall Görgülü – ein Sorgerechtsstreit schreibt Rechtsgeschichte, 2010.

51 Bei kollegialgerichtlichen Entscheidungen sind gegensätzliche Effekte gleichermaßen denkbar. Die gruppeninterne Diskussion kann eine Abschwächung der Rückschauverzerrung bewirken (sog. Debiassing), aber auch eine wechselseitige Verstärkung individueller Verzerrungen, also ein gruppendynamisches Aufschaukeln; vgl. *Von der Beck* et al., Geschichte (wie Fn. 49), 167, 171-173; *Teichmann*, Hindsight Bias (wie Fn. 40), 364-370; *Roberto/Grechenig*, Rückschaufehler (wie Fn. 18), 18-20; *Erdfelder/Buchner*, Decomposing the hindsight bias – A multinomial processing tree model for separating recollection and reconstruction in hindsight, in: *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 24 (1998), 387-414.

52 *Schweizer*, Kognitive Täuschungen (wie Fn. 48), 213, weist darauf hin, dass individuelle Merkmale der Persönlichkeit offenbar „einen gewissen Einfluss“ auf den Rückschaufehler haben, ohne ihn vollständig erklären zu können. Eine überdurchschnittlich starke Hindsight-Neigung sei bei Personen zu vermuten, die ein ausgeprägtes „Bedürfnis nach Sicherheit, Klarheit und einer geordneten und vorhersehbaren Welt“ zeigen und „Gewissenhaftigkeit“ als zentrales Persönlichkeitsmerkmal aufweisen; s. auch den Hinweis bei *Roberto/Grechenig*, Rückschaufehler (wie Fn. 18), 18. Falls das zutrifft, wird man vielleicht vermuten dürfen, dass mit Rückschauverzerrungen in der Berufsgruppe der Richter sogar verstärkt zu rechnen ist; s. auch *Von der Beck* et al., Geschichte (wie Fn. 49), 158.

53 Als einführender Aufsatz in diese Zusammenhänge ist immer noch lesenswert *Berkemann*, Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht, *JZ* 1971, 537-540.

Diese Ungewissheiten, die durch die Struktur richterlicher Entscheidungsfindung vorgegeben sind, entbinden aber nicht von einer fachgebundenen Pflichtaufgabe: Die rechtswissenschaftliche Forschung hat praxisrelevanten Fehlerquellen und Störfaktoren nachzugehen, die dem Ziel gerechter, möglichst objektiver, sachlich angemessener Entscheidungsfindung abträglich sind. Dazu zählt nicht zuletzt die Rückschauverzerrung – auch bei Entscheidungen über Haftungsansprüche gegen Anwälte und Vorstände von Unternehmen.⁵⁴

54 Zum fachspezifischen Erkenntnisinteresse s. *Schweizer*, Kognitive Täuschungen (wie Fn. 48), 210; *Christensen-Szalanski/Fobian Willham*, The Hindsight Bias – A Meta-Analysis, in: *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 48 (1991), 147-168; *Guilbault/Bryant/H. Brockway/Posavac*, A Meta-Analysis of Research on Hindsight Bias, in: *Basic and Applied Social Psychology* 26 (2004), 103-117.