

Gravierende Verzerrungen in der Rückschau

Mannheim. Am 07.06.2018 erfreute Prof. Dr. Ulrich Falk das Fachauditorium im Rahmen des Deutschen Anwaltstags in Mannheim – Veranstalter war die DAV-Arge Insolvenzrecht und Sanierung – wie erwartet mit einem rhetorisch starken Vortrag. Auch inhaltlich stellte das Referat eine große Bereicherung für das Auditorium dar, was auch darauf zurückzuführen war, dass es sich bei dem Vortragsthema »Zur Berufshaftung von Anwälten und Insolvenzverwaltern im Lichte der psychologischen Forschung« um eines seiner Forschungsgebiete handelt und er hierzu sowohl Theorie als auch spannende Praxisstudien referieren konnte. Die Einführung in den Vortrag und die Moderation übernahm RA Peter Depré.

Text: Rechtsanwalt Dr. Jürgen Erbe, Schultze & Braun Rechtsanwalts-gesellschaft für Insolvenzverwaltung mbH

Seinen Vortrag gliederte Prof. Dr. Ulrich Falk in drei Teile. Der erste Teil führte das Auditorium mithilfe ausgewählter Beispiele an das Problem heran. Der Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Rhetorik und Europäische Rechtsgeschichte der Universität Mannheim präsentierte Forschungsergebnisse, die zeigen, dass beispielsweise eine sog. Konsensüberschätzung bei auf ihrem Fachgebiet ausgewiesenen Experten ein ebenso häufiges, wenn nicht noch häufigeres Phänomen darstellt als bei Laien. Dieses im englischsprachigen Bereich auch als »false consensus bias« bekannte Phänomen beschreibt den Umstand, das Ausmaß der Übereinstimmung eigener Einstellungen und Verhaltensweisen mit denen anderer Menschen zu überschätzen.

Anhand der einführenden Beispiele ging Falk auf den Begriff »Bias« ein, der als internationaler Oberbegriff für Verzerrung, Fehler, Fehlschlüsse und ähnliche Effekte in Abläufen des Denkens, Entscheidens und Erinnerns steht. Ferner ging er auf die verschiedenen »Bias-Kriterien« ein: Sie sind – grob gesagt – Abweichungen in der Wahrnehmung, denen ein Betrachter selbst dann häufig nicht entkommen kann, wenn er das »Bias«-Problem kennt. Auch Juristen in allen Bereichen liefen Gefahr, sich täuschen zu lassen, obwohl sie diese Problematik kennen und sich ihrer bewusst seien. Dies stelle insbesondere dann eine Herausforderung dar, wenn Juristen das Verhalten anderer im Nachhinein beurteilen müssen. Nach einer kurzen Darstellung der »Bias-Kriterien« und der Bias mit Relevanz für die Anwaltspraxis (wie z. B. Ankerverzerrung, Rahmungsverzerrung, Rückschauverzerrung etc.) wies Falk darauf hin, dass diese durchaus parallel vorliegen und sich wechselseitig verstärken, unter Umständen aber auch gegenseitig neutralisieren können.

Im zweiten Teil befasste sich Falk mit der Rückschauverzerrung und der Berufshaftung. Der Rückschaufehler beurteile eine vorangegangene Entscheidung nach dem Ergebnis und nicht nach dem Prozess der Entscheidungsfindung. Dies führe häufig zu ne-

gativen Auswirkungen für Vertreter fremder Interessen, u. a. Anwälte und Insolvenzverwalter, aber auch Ärzte und Finanzberater, da diese bei schlechtem Ausgang getadelt werden, obwohl sie aus Ex-ante-Sicht eine richtige Entscheidung getroffen haben. Tritt beispielsweise bei einer grundsätzlich harmlosen Operation ein seltenes Risiko auf, an dem der Patient verstirbt, suche man die Verantwortung hierfür häufig beim behandelnden Arzt, der aber in der Ex-ante-Situation alles richtig gemacht haben mag. Dieser Ergebnisfehler (outcome bias) macht es sehr schwer, im Nachhinein eine getroffene Entscheidung sachgerecht zu beurteilen. Dieses Phänomen sei selbstverständlich auch im Verhältnis zwischen Mandant und Anwalt zu beobachten, wenn der Prozess einen unvorhersehbaren negativen Ausgang nimmt. Gerade für Insolvenzverwalter, welche am Ende der Krise in ein Unternehmen kommen und nicht immer mit den vorgefundenen Mitteln einen positiven Ausgang herbeiführen können, scheine die Rückschauverzerrung besonders gefährlich.

Schwierige Ex-ante-Sicht bei Fortbestehensprognose

In der Rückschau neigten Menschen dazu, die Wahrscheinlichkeit, mit der ein bestimmtes Ereignis eintreten kann, falsch einzuschätzen. Besonders deutlich werde dies bei einem Fortführungsgutachten, wenn das Unternehmen im Prognosezeitraum im Nachhinein Insolvenzantrag stellen musste. Allein die Tatsache, dass die Prognose des Gutachters nicht eingetreten ist, rechtfertige nicht automatisch den Schluss, dass das Gutachten falsch oder mangelhaft war. Falk stellte eine Studie vor, laut deren Ergebnis selbst Experten nicht in der Lage waren, im Hinblick auf das Erstellen einer Fortbestehensprognose eine Ex-ante-Sicht einzunehmen, wenn ihnen die Information vorlag,

dass das zu beurteilende Unternehmen später Insolvenz anmelden musste. Ein Teil der Gruppe, welche während der Studie nichts von dem Insolvenzantrag wusste, bewertete und gewichtete die vorgelegten Indizien komplett unterschiedlich. Ein probates Mittel, im Nachgang nicht Opfer eines sog. »hindsight bias« zu werden, sei die stetige Aufmerksamkeit, so Falk. Da Aufmerksamkeit aber nicht ausreiche, sei man gut beraten, die Grundlagen der Entscheidungsfindung ausreichend zu dokumentieren. Nur durch diese Selbstdokumentation werde es gelingen, die Grundlagen zu rekonstruieren, auf deren Basis die Entscheidungen getroffen wurden (Debiasing).



Prof. Dr. Ulrich Falk

Falk überschrieb den dritten Teil seines Vortrags mit der Frage, ob die deutsche Business Judgement Rule (BJR) auch für Insolvenzverwalter gelten sollte, die ein Unternehmen fortführen. Eine Spezifikation auf die deutsche BJR bedarf es deshalb, da die BJR ihren Ursprung zwar in den USA habe, dort aber nicht einheitlich kodifiziert wurde. Anders hingegen in Deutschland, wo sie Eingang in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG fand.

Im Hinblick auf § 60 InsO bejahte Falk die Anwendbarkeit der BJR in guter Gesellschaft mit der wohl h. M. und überzeugenden Argumenten. Damit sei der konkrete Haftungsmaßstab des Insolvenzverwalters zwar noch nicht geklärt, es scheine jedoch nicht ersichtlich, warum ein Insolvenzverwalter, der kurzfristig

in ein notleidendes Unternehmen kommt und dieses fortführt, strengeren Haftungsmaßstäben unterworfen sein soll als Vorstände oder sonstige Leitungsorgane gesunder Unternehmen. Dafür spreche zum einen, dass auch im gesellschaftsrechtlichen Bereich mittlerweile überwiegend davon ausgegangen wird, dass die »Vernunftsregel« der BJR nicht ausschließlich dem Aktienrecht vorbehalten bleiben soll, obwohl sie ausschließlich dort kodifiziert ist. Zum anderen würden dem Insolvenzverwalter unternehmerische Entscheidungen aufgebürdet, sodass er nicht nur Verteidiger des vorgefundenen Vermögens ist, sondern auch den aktiven Hinzuerwerb im Auge haben muss. Das lasse die unternehmerische Funktion überwiegen.

Business Judgement Rule auch bei § 61 InsO anzuwenden

Der Referent plädierte sogar dafür, die BJR im Hinblick auf § 61 InsO für anwendbar zu erklären. Die Schadensersatzpflicht des Insolvenzverwalters im Zusammenhang mit der Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten könne nicht von einer einfachen Wahrscheinlichkeit (49% zu 51%) abhängen. Von einer Schadensersatzpflicht ist der Verwalter derzeit lediglich ausgenommen, wenn der Verwalter bei der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen würde. Die derzeit geforderte einfache Wahrscheinlichkeit in Kombination mit den oben beschriebenen Rückschaufehlern setze den Insolvenzverwalter einem Risiko aus, das mit der Übernahme des Amts in keinem Verhältnis stehe und somit verständlicherweise zu übersteigert zurückhaltenden Entscheidungen führen könne. Diese wirkten sich in letzter Konsequenz nachteilig auf die Gläubiger aus.

Als Fazit lässt sich somit festhalten, dass zum einen bei der nachträglichen allgemeinen Beurteilung stets im Blick behalten werden muss, ob der Urteilende tatsächlich eine Ex-ante-Position eingenommen hat. Nur diese darf einem gerechten Urteil zugrunde liegen. Zum anderen sind Haftungsnormen wie die BJR auch auf den unternehmensfortführenden Insolvenzverwalter anzuwenden, da dieser einem ebenso hohen, wenn nicht noch höheren Risiko ausgesetzt ist als ein Leitungsorgan. «