

ERLEICHTERUNG UND GRENZEN DER GEFÄHRDUNGSBEURTEILUNG IM ARBEITSSCHUTZ

Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt

Inhaltsverzeichnis

1.	Die vollständige Ermittlung aller Tätigkeiten im Unternehmen	2
2.	Die Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers	3
3.	Sachverhaltsermittlung nach Regelungsbereichen	4
4.	Die Pflichten von Arbeitgeber, Beschäftigten und Betriebsrat beim Erfassen von Sachverhalten zur Gefährdungsbeurteilung	4
5.	Effizientes Recherchieren nach arbeitsschutzrechtlich relevanten Sachverhalten	5
6.	Festgestellte Gefährdungen durch Arbeitsunfallstatistiken	6
7.	Gefährdungsbeurteilung durch Rückschlüsse aus gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen mit Vermutungswirkung für legales Verhalten	6
8.	Regelungen der Unfallversicherungsträger ohne Vermutungswirkung	8
9.	Anerkannte Regeln der Technik in LASI-Schriften und DIN-Normen	8
10.	Rechtssicherheit durch Datenbankinhalt und Recherchetechnik	8
11.	Die Gefährdungsbeurteilung für Tätigkeiten im Unternehmen ohne gesetzliche oder untergesetzliche Regelungen	10
12.	Eintrittswahrscheinlichkeit ist keine Voraussetzung für die Annahme einer Gefährdung im Unterschied zur Gefahr	11
13.	Die „Gefährdung“ als Prognose für Gesundheitsschäden durch Tätigkeiten bei der Arbeit	12
14.	Die Rechtsprechung zu Sinn und Zweck von „Prognosen“ nach der Merck-Entscheidung	13
15.	Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu Prognosen im Mitbestimmungsurteil	14
16.	Gefährdungsbeurteilung als Rechercheproblem	15
17.	Die Pflicht von Vorständen und Geschäftsführern zur eigenen Risikoanalyse nach der IKB-Entscheidung	15
18.	Der Confirmation-Bias als vermeibar Fehler beim Prognostizieren	16
19.	Tätigkeitsbezogene Gefährdungsbeurteilung	17
20.	Die Grenzen der Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung nach der Rechtsprechung zum „Restrisiko“	17
	Fazit:	19

ERLEICHTERUNG UND GRENZEN DER GEFÄHRDUNGSBEURTEILUNG IM ARBEITSSCHUTZ

Erleichtern lässt sich die Gefährdungsbeurteilung durch den Einsatz neuester Technik zur Recherche in möglichst umfassenden Datenbanken nach Unternehmenssachverhalten, die gesetzlich oder untergesetzlich geregelt sind. Der Gesetzgeber regelt ausschließlich und nur Pflichten, die zur Abwehr eines speziellen Risikos dienen. Bei allen gesetzlich geregelten Sachverhalten muss deshalb davon ausgegangen werden, dass es sich um ein Risiko oder eine Gefährdung im Sinne des Arbeitsschutzes handelt. Findet sich zu einem Sachverhalt weder eine gesetzliche, noch eine gerichtliche Entscheidung, wird eine Gefährdungsbeurteilung erforderlich. Ein Prüfschema ergibt sich aus der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Grenzen ergeben sich aus der ständigen Rechtsprechung zum "Restrisiko" und der Funktion von Prognosen, zu denen auch die Risiken als Schadensprognosen zu zählen sind. Vor allem ergeben sich die Maßstäbe zur Gefährdungsbeurteilung aus den Entscheidungen, die Prognosen zu Schadensverläufen und zur Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen bestimmen, die nicht nur an den Gesetzgeber gerichtet sind, sondern auch an jeden Pflichtenträger, der bei gesetzlich nicht geregelten Risikosachverhalten in Unternehmen Verkehrssicherungspflichten zu ihrer präventiven Abwendung formulieren muss. Erleichterungen ergeben sich außerdem aus der Aufgabe der Eintrittswahrscheinlichkeit als Voraussetzung für die Annahme einer "Gefährdung".

1. Die vollständige Ermittlung aller Tätigkeiten im Unternehmen

Nach § 5 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet

„durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind.“

Nach § 5 Abs. 2 ArbSchG hat der Arbeitgeber die Beurteilung je nach Art der Tätigkeiten vorzunehmen. Beispielhaft nennt der Gesetzgeber in § 5 Abs. 3 ArbSchG Tätigkeiten, aus denen sich Gefährdungen ergeben können, wie die Gestaltung und Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes (§ 5 Abs. 3 Satz 1 ArbSchG), physikalische, chemische und biologische Einwirkungen (§ 5 Abs. 3 Satz 2 ArbSchG), Auswahl und Einsatz von Arbeitsmitteln, von Arbeitsstoffen, Maschinen, Geräten und Anlagen sowie den Umgang damit (§ 5 Abs. 3 Satz 3 ArbSchG), die Gestaltung von Arbeits- und Fertigungsverfahren, Arbeitsabläufen und Arbeitszeit und deren Zusammenwirken (§ 5 Abs. 3 Satz 4 ArbSchG), die unzureichende Qualifikation und Unterweisung der Beschäftigten (§ 5 Abs. 3 Satz 5 ArbSchG) sowie psychische Belastung bei der Arbeit (§ 5 Abs. 3 Satz 6 ArbSchG).

Für die Gefährdungsbeurteilung sind die Tätigkeiten möglichst vollständig zu ermitteln, die mit der Arbeit im Unternehmen verbunden sind, um sie dann auf ihr Gefährdungspotenzial beurteilen zu können. Ob ein im Unternehmen verwendeter Stoff oder ein Arbeitsmittel eine Gefährdung verursachen kann, ist nicht offensichtlich und durch noch so intensive Beobachtung nicht erkennbar.

Nach dem Vermeidungsauftrag gem. § 4 Nr. 1 ArbSchG ist eine Gefährdung für Leben und Gesundheit möglichst zu vermeiden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering zu halten. Als Gefährdung definiert der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung die Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, ohne bestimmte Anforderungen an deren Ausmaß oder deren Eintrittswahrscheinlichkeit.¹

2. Die Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers

Beim Schätzen ist die Möglichkeit eines Schadens vom eingetretenen Schaden zu unterscheiden. Eingetretene Schäden sind Fakten, während mögliche Schäden, also Risiken, Fiktionen sind. Schäden sind zu erkennen, Risiken und Gefährdungen als mögliche Schäden muss man sich denken. Denken kann man allerdings nur an das, was man schon weiß.² Risikomanager dürfen sich deshalb nicht auf ihr präsenten Wissen verlassen, weil sie ein Risiko und eine Gefährdung dadurch all zu leicht unterschätzen. Unterschätzte Risiken sind zu vermeiden, weil dann auch die Rechtspflichten zu ihrer Abwehr erkannt werden. Ein typischer Fehler beim Schätzen eines Risikos ist der Verfügbarkeitsfehler (Availability-Bias).³ Er besteht darin, die Häufigkeit eines Schadenseintrittes und damit das Risiko zu leugnen, weil er an keine Beispielfälle für einen Gesundheitsschaden oder einen Arbeitsunfall gedacht oder er erst gar nicht nach Beispielfällen gesucht hat. Aus den beschränkten Erfahrungen im eigenen Unternehmen kann sich kein Arbeitsschutzverantwortlicher verlassen, weil er damit eine zu kleine Stichprobe wählt. Er schließt von den Erfahrungen aus dem eigenen Unternehmen auf die gesamte Risikolage. Die zu kleine Stichprobe ist nicht repräsentativ für die Gesamtheit aller denkbaren Risiken.⁴

Kein Stoff, keine Anlage, kein Prozess im Unternehmen lässt erkennen, ob aus dem jeweiligen Unternehmenssachverhalt sich ein Schaden entwickeln kann, ob also ein Schaden möglich ist und ob es sich damit um eine Gefährdung im Sinne des § 4 Nr. 1 ArbSchG handelt. Weil alle Gefährdungen möglich und denkbar sind, müssen alle Sachverhalte als potentielle Gefährdungen und Risikoquellen behandelt werden.

Alle Tätigkeiten im Unternehmen sind deshalb ausnahmslos in einer Bestandsaufnahme zu erfassen. Ermöglicht wird das Erfassen aller Tätigkeiten durch die digitale Recherche in allen verfügbaren Informationsquellen, in denen Erfahrungen über Gesundheitsschäden gesammelt wurden, die durch die Tätigkeiten im Betrieb verursacht werden. Als Informationsquellen in Frage kommen Unfallstatistiken, gesetzliche und untergesetzliche Regelungen und Urteilssammlungen zum Arbeitsschutz, digital verfügbare unternehmensinterne Informationsquellen sowie die Literatur zum arbeitsmedizinischen aktuellen Wissensstand.⁵

Bei der Ermittlung von Pflichten hat der Arbeitgeber grundsätzlich alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen. Zweifelsfragen zur Gefährdungsbeurteilung können auch durch die Rechtsprechung zur Risikoanalyse im Allgemeinen beantwortet werden. Insbesondere liefert der BGH in seinem IKB-Urteil aufschlussreiche Hinweise, wie mit einer Risikoanalyse zu verfahren ist, um den Vorwurf eines Organisationsverschuldens zu vermeiden.⁶

Die Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung des Arbeitgebers nach § 5 ArbSchG ist vergleichbar mit der Risikofrüherkennungspflicht des Vorstands nach § 91 Abs. 2 AktG und der Pflicht des Vorstands in 4.1.4. des deutschen Corporate Governance Kodex zum angemessenen Risikomanagement und Risikocontrolling

1 Kreizberg in ArbSchG, 3. Auflage, § 5 Anm. 71; Kohnte, § 4 ArbSchG, Anm. 6,7; BT-Drs. 13/3540 (rechte Spalte); BAG NZA 2009, 102, 105.

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

3 Rack, CB 07/2014, Der Verfügbarkeitsfehler als Organisationsrisiko (Availability-Bias), S. 236.

4 Jungermann/Pfister/Fischer, Psychologie der Entscheidungen, 2012, S. 171.

5 Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung 2017, S. 54/55.

6 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

im Unternehmen. Bankvorstände sind vergleichbar nach § 25a KWG verpflichtet, für ein angemessenes und wirksames Risikomanagement zu sorgen.

3. Sachverhaltsermittlung nach Regelungsbereichen

Bei der Ermittlung der unternehmensinternen Sachverhalte empfiehlt es sich, die Sachverhalte nach den Regelungsbereichen der Arbeitsschutzverordnungen im Unternehmen abzufragen. Nach der **Arbeitsstättenverordnung** (ArbStättV) werden alle Sachverhalte zu Arbeitsstätten, deren Größe, Verkehrswege, Fenster und Türen, Luftraum und Temperaturen geregelt.

Nach der **Betriebssicherheitsverordnung** (BetSichV) wird der Umgang mit Arbeitsmitteln aller Art geregelt, wozu die verwendeten Werkzeuge, Hebevorrichtungen, Aufzüge, Druckanlagen usw. zählen.

Nach der **Bildschirmarbeitsverordnung** (BildscharbV) werden alle Sachverhalte um die Bildschirmarbeitsplätze geregelt und erfasst.

Nach der **Biostoffverordnung** (BiostoffV) sind alle Sachverhalte im Unternehmen zu erfassen, die Krankheitserreger in der beruflichen Tätigkeit umfassen, wozu der Gesundheitsdienst, die Abfall- und Abwasseranlagen u.a. gehören.

Die **Gefahrstoffverordnung** (GefStoffV) dient dem Schutz vor gefährlichen Chemikalien und regelt den Umgang mit den verwendeten Stoffen, Lösemitteln, Gasen, Stäuben, Desinfektionsmitteln.

Nach der **Lasthandhab-Verordnung** (LasthandhabV) werden sämtliche Gefahren aus der manuellen Handhabung von Lasten geregelt.

Nach der **Lärm- und Vibrationsarbeitsschutzverordnung** sollen die Mitarbeiter vor gefährlichen Lärm- und Vibrationseinwirkungen geschützt werden, wozu sämtliche Sachverhalte zu erfassen sind, die Lärm und Vibrationen verursachen.

Nach der Arbeitsschutzverordnung zu künstlicher optischer Strahlung (OStrV) werden Mitarbeiter vor künstlichen optischen Strahlungen, wie z.B. vor Lasern, starken Leuchtquellen geschützt. Auch unter diesem Schutzzweck lassen sich Sachverhalte im Unternehmen abfragen und erfassen.

Nach der PSA-Nutzungsverordnung werden Mitarbeiter vor Gefahren bei der Bereitstellung persönlicher Schutzausrüstung (PSA) geschützt.

Durch die Arbeitsschutzverordnung zu elektromagnetischen Feldern (EMFV) werden Mitarbeiter vor Gefahren durch elektromagnetische Felder geschützt.

Sämtliche dazu verfügbaren Sachverhalte im Unternehmen sind abzufragen. Die Regelungsbereiche sind nicht abschließend. Vielmehr sind alle Sachverhalte zu erfassen, um prüfen zu können, ob sie eine Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeiter auslösen können.

4. Die Pflichten von Arbeitgeber, Beschäftigten und Betriebsrat beim Erfassen von Sachverhalten zur Gefährdungsbeurteilung

Nach § 5 Abs. 1 ArbSchG sind zunächst die Arbeitgeber verpflichtet, Gefährdungen im Unternehmen zu ermitteln, die für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbunden sind.

Arbeitgeber sind in aller Regel mit Führungsaufgaben betraut und kennen die Gefahrenquellen im Unternehmen für Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeiter nicht aus nächster Nähe. Sie haben deshalb sich alle Informationen zu möglichen Schäden zu beschaffen. Die allgemeine Informationsbeschaffungspflicht ergibt sich aus § 91 Abs. 2 AktG. Arbeitgeber sind deshalb darauf angewiesen, ihre Informationsbeschaffungspflicht zu erfüllen, indem sie sämtliche Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen haben.⁷

Die Informationsbeschaffungspflicht kann der Arbeitgeber ohne Unterstützung der Mitarbeiter nicht

⁷ Rack, Informationsmanagement als Organisationspflicht, CB 2/2013, S. 58; BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

erfüllen, die aus nächster Nähe auf der Arbeitsebene Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit erfassen können. Dementsprechend sind die Beschäftigten gem. § 16 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet, dem Arbeitgeber oder dem zuständigen Vorgesetzten jede von ihnen festgestellte unmittelbare erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit sowie jeden an den Schutzsystemen festgestellten Defekt unverzüglich zu melden. Der Informationsbeschaffungspflicht des Arbeitgebers hat der Gesetzgeber somit eine entsprechende Meldepflicht nach § 16 ArbSchG der Beschäftigten gegenübergestellt. Nach § 16 Abs. 2 ArbSchG haben die Beschäftigten gemeinsam mit dem Betriebsarzt und der Fachkraft für Arbeitssicherheit den Arbeitgeber darin zu unterstützen, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten und seine Pflichten entsprechend den behördlichen Auflagen zu erfüllen. Sie sollen die festgestellten Gefahren auch der Fachkraft für Arbeitssicherheit, dem Betriebsrats- oder dem Sicherheitsbeauftragten nach § 22 SGB VII mitteilen. Nach § 17 ArbSchG haben die Beschäftigten das Recht, dem Arbeitgeber Vorschläge zu allen Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit zu machen. Nach § 17 Abs. 2 ArbSchG sind sie sogar berechtigt, sich an die zuständigen Behörden zu wenden, wenn die Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers und die bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten, und der Arbeitgeber ihren Beschwerden nicht abhilft.

Schließlich hat nach § 89 BetrVG der Betriebsrat sich dafür einzusetzen, dass die Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb sowie über den betrieblichen Umweltschutz durchgeführt werden. Der Arbeitgeber ist nach § 89 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, den Betriebsrat oder die von ihm bestimmten Mitglieder bei allen im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz oder der Unfallverhütung stehenden Besichtigungen und Fragen bei Unfalluntersuchungen hinzuzuziehen. Alle Beteiligten müssen bei der Ermittlung aller Tätigkeiten im Unternehmen mitwirken und den Zweck verstehen, nämlich sämtliche Gefährdungsquellen lückenlos zu erfassen. Tätigkeiten, die nicht erfasst werden, können nicht beurteilt werden, ob sie eine Gefährdung für Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeiter auslösen. Schon im eigenen ganz persönlichen Interesse am wirksamen Schutz vor

Gefährdungen bei der Arbeit müssen alle Mitarbeiter hoch motiviert sein, die Risikoquellen zu ermitteln und Gesundheitsschäden durch Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten abzuwenden.

5. Effizientes Recherchieren nach arbeitsschutzrechtlich relevanten Sachverhalten

Von allen Tätigkeiten in Unternehmen, die Gefährdungen darstellen können, interessieren zunächst nur die, die im Unternehmen des verpflichteten Arbeitgebers vorkommen. Eine effiziente Recherche muss mit geringstmöglicher Aufwand und höchstmöglicher Rechtssicherheit geleistet werden. Die erstmalige Gefährdungsbeurteilung einer Tätigkeit ist mit hohem Aufwand verbunden, weil alle Erfahrungen zu denkbaren Schadensverläufen ermittelt werden müssen und dabei sämtliche verfügbaren Informationsquellen zu erschöpfen sind.

Gefährdungsbeurteilungen lassen sich jedoch dann vermeiden, wenn sie schon einmal durchgeführt wurden. Nicht mehr erforderlich ist eine Gefährdungsbeurteilung für solche Tätigkeiten, die schon einmal zu einem Arbeitsunfall oder einem Schaden an Mitarbeitern geführt haben. Drei Informationsquellen liefern Tätigkeiten und Sachverhalte aus Betrieben, bei denen eine Gefährdungsbeurteilung sich erübrigt, nämlich die Arbeitsunfallstatistiken, die gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen sowie Regelungen der Unfallversicherungsträger.

6. Festgestellte Gefährdungen durch Arbeitsunfallstatistiken

Das Gefahrenpotential einer Tätigkeit im Betrieb steht dann fest, wenn es schon einmal zu einem Arbeitsunfall oder einem Gesundheitsschaden durch eine bestimmte Tätigkeit gekommen ist. Bei allen Sachverhalten, die schon einmal einen Arbeitsunfall oder einen Gesundheitsschaden von Mitarbeitern ausgelöst haben, erübrigt sich eine weitere Gefährdungsbeurteilung. Hat eine bestimmte Tätigkeit aus einem Betrieb schon einmal einen Gesundheitsschaden oder einen Arbeitsunfall verursacht, steht fest, dass sie ein Risiko

darstellt und durch eine Schutzmaßnahme präventiv abzuwenden ist. Der Erfahrungssatz bei der Aussage über die Gefährdung lässt sich durch den festgestellten Gesundheitsschaden belegen. Die Arbeitsunfallstatistiken listen sämtliche Sachverhalte aus Unternehmen auf, die schon einmal einen Gesundheitsschaden verursacht haben. Die an der Statistik abzulesende Häufigkeit gibt Hinweise auf die Wahrscheinlichkeit eines Gesundheitsschadens, wenn keine Schutzmaßnahme in Form einer Rechtspflicht den Schadensverlauf abwenden kann. Aus der Statistik – Arbeitsunfallgeschehen der deutschen gesetzlichen „Unfallversicherung – Spitzenverband“ lassen sich insgesamt aus den letzten zehn Jahren Sachverhalte entnehmen, die schon einmal einen Gesundheitsschaden verursacht haben. Die Unfallstatistik bietet einen ergiebigen Erfahrungsschatz, der eine aufwendige Gefährdungsbeurteilung ersetzt. Finden sich in der Liste der Arbeitsunfallstatistiken Sachverhalte aus dem jeweiligen Unternehmen des verpflichteten Arbeitgebers, lässt sich anhand der gelisteten Sachverhalte prüfen, welche im Unternehmen vorkommen, und damit eine arbeitsschutzrechtlich relevante Gefahrenquelle darstellen.

Das Recherchieren in der Arbeitsunfallstatistik erleichtert die Gefährdungsbeurteilung. Alle in der Statistik erfassten Sachverhalte sind Gefährdungen im Sinne des Arbeitsschutzes. Eine eigene Gefährdungsbeurteilung erübrigt sich dann, wenn der zu beurteilende Unternehmenssachverhalt in der Statistik ermittelt werden kann. Die gelisteten Sachverhalte in Sammlungen zu betrieblichen Gesundheitsschäden lassen sich als Checkliste verwenden. Damit erfüllt der Arbeitgeber seine Informationsbeschaffungspflicht, sämtliche verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen. Soweit unternehmensintern Sammlungen zu Gesundheitsschäden existieren, sind auch diese Informationsquellen auszuschöpfen. Zu prüfen bleibt noch, mit welchen Schutzmaßnahmen die Gefährdungen abzuwenden sind.

7. Gefährdungsbeurteilung durch Rückschlüsse aus gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen mit Vermutungswirkung für legales Verhalten

Die Annahme einer Gefährdung durch eine Tätigkeit lässt sich auch durch die Regelung eines Sachverhalts in einem Gesetz, einer Verordnung oder einem untergesetzlichen Regelwerk begründen, in der Pflichten als arbeitsschutzrechtliche Schutzmaßnahmen vom Gesetzgeber vorgeschrieben sind. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber nur Schutzmaßnahmen anordnet, wenn ein Sachverhalt aus Erfahrung Gesundheitsschäden schon einmal verursacht hat. Von der gesetzlichen Regelung lässt sich auf die Gefährdung schließen. Der Gesetzgeber definiert Gefährdungen, die durch öffentlich-rechtliche Pflichten abzuwenden sind. Er hat in allen Fällen einer gesetzlichen Regelung eine Gefährdungsbeurteilung vorgenommen und Schutzmaßnahmen als Rechtsfolge in Form von Pflichten definiert, die das Risiko abwenden sollen. In allen Fällen, in denen Tätigkeiten gesetzlich oder untergesetzlich geregelt sind, erübrigen sich nochmalige Gefährdungsbeurteilungen, weil diese vom Verfasser des Regelwerks schon vorgenommen wurden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bei allen seinen Entscheidungen unter Unsicherheit verfassungsrechtlich „sämtliche verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen“⁸. Der Arbeitgeber als Normadressat kann davon ausgehen, dass der Gesetzgeber seine Pflicht erfüllt hat und alle Informationsquellen ausgeschöpft hat. Sollten sich neue Erfahrungen ergeben, wäre der Gesetzgeber verpflichtet, seine Regelungen an das aktuelle veränderte Erfahrungswissen anzupassen.⁹ Findet sich für einen Sachverhalt eine Vorschrift in einer Technischen Regel, wird jeweils in der Präambel die abstrakte normative Anforderung nach § 4 ArbSchG bestätigend

8 BVerfGE 50, 290, 335; BVerfG, 19.3.1975, BVerfGE 39, 210, 226, Beschluss vom 9.3.1975 (Mühlenstrukturgesetz); BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungs-urteil).

9 BVerfGE 50, 290, 335; BVerfG, 19.3.1975, BVerfGE 39, 210, 226, Beschluss vom 9.3.1975 (Mühlenstrukturgesetz); BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungs-urteil).

wiederholt. Nach § 4 Nr. 3 ArbSchG sind bei den Maßnahmen der Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen. Zum Beispiel enthält die TRBS 1112 zur Instandhaltung in der Vorbemerkung den Hinweis: „Diese Technische Regel für Betriebssicherheit (TRBS) gibt den Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene entsprechende Regeln und sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse für die Bereitstellung und Benutzung von Arbeitsmitteln sowie dem Betrieb überwachungsbedürftigen Anlagen wieder“. Die Technischen Regeln werden von Fachausschüssen festgelegt. Der Ordnungsgeber kann nach § 18 Abs. 2 Ziff. 5 ArbSchG Fachausschüsse bilden, denen die Aufgabe übertragen wird, die Bundesregierung oder das zuständige Bundesministerium zur Anwendung der Rechtsverordnung zu beraten, dem Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene entsprechende Regeln und sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu ermitteln, sowie Regeln zu ermitteln, wie die in den Rechtsverordnungen gestellten Anforderungen erfüllt werden können. Es existieren aufgrund dieser Ermächtigungsgrundlage fünf Ausschüsse für Arbeitsstätten (ASTA) für Betriebssicherheit (ABS) für biologische Arbeitsstoffe (ABAS) „für Gefahrstoffe“ (AGS) für Arbeitsmedizin (AfAMed). Der Ausschuss für Betriebssicherheit betreut neben den Arbeitsmitteln und überwachungsbedürftigen Anlagen auch das Thema Lärm und Vibrationen, optische Strahlungen und elektromagnetische Felder. Die Technischen Regeln dieser Ausschüsse sind für die Praxis die wichtigsten Orientierungshilfen, weil die Ordnungsvorgaben und die aktuellen Kenntnisse zum Arbeitsschutz in praktikable Handlungsempfehlungen formuliert werden. Technische Regeln werden nicht wie Gesetze und Verordnungen im Parlament beschlossen und bedürfen auch nicht der Zustimmung des Bundesrates. Sie werden in den Ausschüssen erarbeitet und mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales überprüft und herausgegeben. Technische Regeln haben keinen Gesetzescharakter und sind nicht rechtsverbindlich. Allerdings ist davon auszugehen, dass sie die Vorgaben nach § 4 Nr. 3 ArbSchG einhalten und der Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie die arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigt haben.

Die gleiche Vermutungswirkung ergibt sich aus den Technischen Regeln. Aus jeder Vorbemerkung zu einer Technischen Regel, so zum Beispiel auch aus der TRBS 1112 (Technische Regel für Betriebssicherheit) ergibt sich,

„dass bei Anwendung der beispielhaft genannten Maßnahmen der Arbeitgeber insoweit die Vermutung der Einhaltung der Vorschriften der Betriebssicherheitsverordnung für sich geltend machen kann.“

Der Arbeitgeber kann davon ausgehen, dass er gesetzeskonform handelt, wenn er die Vorgaben der Technischen Regeln praktiziert. Wer davon abweicht, muss nachweisen, dass die abweichenden Maßnahmen ebenso geeignet sind, die Erfordernisse des ArbSchG zu erfüllen. Es kommt zu einer Beweislastumkehr in der Weise, dass bei Unfällen oder Erkrankungen trotz Einhaltung der Technischen Regeln die Behörden den Arbeitsschutzverantwortlichen Fehler nachweisen müssen.

Wird ein Sachverhalt in einer Technischen Regel, einer Verordnung oder in einem Gesetz konkret geregelt, erübrigt sich die Gefährdungsbeurteilung. Die Fachausschüsse haben die Gefährdungsbeurteilung vorgenommen. Die vorgeschriebenen Maßnahmen sind vom Arbeitgeber auch ohne eigene Gefährdungsbeurteilung einzuhalten. Sobald eine Tätigkeit oder ein betrieblicher Sachverhalt konkret geregelt ist, kann von dieser Regelung auf eine vorangegangene Gefährdungsbeurteilung durch Fachausschüsse, Gesetzgeber oder Normgeber geschlossen werden. Außerdem kann aus den Regeln zur jeweiligen Schutzmaßnahme geschlossen werden, dass die Normgeber die Wirksamkeit dieser Schutzmaßnahme zur Abwendung des jeweiligen Risikos ausreichend mit dem notwendigen Sachverstand geprüft und konzipiert haben. Auch dadurch erübrigt sich eine nochmalige Gefährdungsbeurteilung durch den Normadressaten, der bei einer Abweichung von den vorgegebenen Regelungen beweisen müsste, dass seine selbstvorgenommene Gefährdungsbeurteilung und die selbstformulierte Schutzmaßnahme ebenso geeignet ist wie die Gefährdungsbeurteilung und Schutzmaßnahme, von der er abgewichen ist. Der Gesetzgeber regelt somit den Arbeitsschutz im Arbeitsschutzgesetz mit der Ermächtigung nach § 18 Abs. 1 ArbSchG und mit

der weiteren Ermächtigung nach § 18 Abs. 2 Ziffer 5 ArbSchG zum Erlass technischer Regeln.

8. Regelungen der Unfallversicherungsträger ohne Vermutungswirkung

Neben dem Gesetzgeber sind die Unfallversicherungsträger (UVT) zum Erlass eigener Unfallverhütungsvorschriften nach § 15 Sozialgesetzbuch VII ermächtigt. Die Unfallversicherungsträger erlassen Vorschriften, Regeln, Informationen und Grundsätze. Die früheren Berufsgenossenschaften haben sich zu der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) zusammengeschlossen. Vier Schriftenreihen zu Vorschriften, Regeln, Informationen und Grundsätzen werden herausgegeben. Zwanzig Informationsschriften beziehen sich auf die Gefährdungsbeurteilung, die schon im Titel erwähnt wird. Im Unterschied zu den Technischen Regeln begründen die Schriften der Unfallversicherungsträger keine Vermutungswirkung für legales Verhalten. Werden allerdings die Informationen zur Gefährdungsbeurteilung eingehalten, begründen sie ein gewichtiges Indiz dafür, dass das Unternehmen die Forderungen des Gesetzgebers erfüllt.

9. Anerkannte Regeln der Technik in LASI-Schriften und DIN-Normen

Schriften und Materialien des Länderausschusses für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI) behandeln allgemeine Fragen der Arbeitssicherheit und dessen Vollzug im Unternehmen. Das Gremium des Länderausschusses besteht aus den Ländervertretern. Die LASI-Schriften bieten Interpretations- und Umsetzungshilfen für konkrete Situationen und sind Ergänzungen für die Informationsermittlung bei den Vorbereitungen und der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung. Die LASI-Schriften haben keine Vermutungswirkung für legales Verhalten. Mit ihrer Anwendung können die Arbeitgeber die Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten im Arbeitsschutz nachweisen. LASI-Schriften sind regelmäßig daraufhin zu überprüfen, ob ihr Regelungsgegenstand in Verordnungen, untergesetzlichen Regelwerken, den Technischen Re-

geln behandelt ist und ob sie im Widerspruch stehen. Jeweils verbindlich sind dann die Regelungen der höherrangigen Rechtsquellen.

10. Rechtssicherheit durch Datenbankinhalt und Recherchetechnik

Findet der Verantwortliche für Arbeitsschutz durch die Recherche im Volltext der Sammlung aller arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften die Regelung zu einem Sachverhalt, ist diese Vorgabe verbindlich und erübrigt die aufwendige Gefährdungsbeurteilung einer Tätigkeit im Betrieb. Diesen Vorteil hat nur derjenige, der über eine sichere Recherchetechnik und den Datenbankinhalt verfügt, der alle verbindlichen arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften umfasst. Zum Datenbankinhalt ist erforderlich, dass durch die Recherchetechnik mit wenig Aufwand sämtliche Fundstellen zu einem Sachverhalt angezeigt werden. Die Recherchetechnik erlaubt es, Sachverhalte, insbesondere Tätigkeit, Stoffe, Verfahren, Anlagen, in einer Liste zusammenzufassen und in einem einzigen Suchvorgang im Volltext aller arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften nach den gelisteten Sachverhalten zu suchen. Dieser digitale Rechercheaufwand schrumpft auf wenige Sekunden und zeigt sämtliche Fundstellen zum gesuchten Sachverhalt an. Nur durch die digitale Sammelrecherchetechnik lässt sich die Suche nach einer unbegrenzten Anzahl von Sachverhalten in einer Vielzahl von Volltexten so rechtssicher anwenden, dass sämtliche Fundstellen gefunden werden. Die Technik erlaubt es, den Recherchevorgang zu protokollieren und als Beweis dafür zu sichern, dass der Arbeitgeber seine Informationsbeschaffungspflicht erfüllt hat und dass er außerdem sämtliche verfügbaren Erkenntnisquellen ausgeschöpft hat.¹⁰ Die Datenbanktechnik ermöglicht es außerdem, die bei der Recherche untersuchten Volltexte aufzulisten und den Beweis dafür zu erbringen, dass der Arbeitgeber für die strafbe-

10 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

wehrt den Vorschriften alles unternommen hat, um einen Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB zu vermeiden und um damit ein eventuelles Verschulden zu verringern oder ganz auszuschließen. Die Recherchetechnik ist Teil der Legal-Tech-Lösung, wonach bei der Rechtsanwendung EDV-technische Mittel eingesetzt werden, um den Complianceaufwand zu senken, insbesondere bei der Gefährdungsbeurteilung.

Neben der Recherchetechnik ist eine möglichst umfangreiche digitale Sammlung aller Volltexte von Gesetzen, Verordnungen, untergesetzlichen Regelwerken, DGUV's, LASI-Schriften jeweils aktuell vorzuhalten.

Aus den recherchierten Fundstellen zu den betrieblichen Tätigkeiten ergeben sich die Rechtspflichten als vorgegebene Schutzmaßnahmen. Verlinkt man den jeweiligen Sachverhalt einmalig mit den arbeitsschutzrechtlichen Pflichten und speichert sie in einer Datenbank, können die so verlinkten Sachverhalte und Rechtspflichten beliebig oft wieder genutzt werden. Die gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen sind verbindlich und einzuhalten.¹¹

Von der Gesamtmenge aller mit der Arbeit der Beschäftigten verbundenen Tätigkeiten verbleiben zur Gefährdungsbeurteilung die Sachverhalte, die nicht im gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen zu finden sind. Bei allen gesetzlich und untergesetzlich geregelten Tätigkeiten ist eine verbindliche und vorgegebene Gefährdungsbeurteilung durch den Gesetzgeber, den Ordnungsgeber oder die Fachausschüsse vorgegeben, die nicht durch eigene betriebliche Gefährdungsbeurteilung ersetzt werden können.¹² In den Verordnungen auf Grund der Ermächtigung nach § 18 ArbSchG werden Gefährdungsbeurteilungen vom Normgeber vorgezogen und verbindlich für Arbeitgeber, Beschäftigte und Betriebsrat festgelegt. Es handelt sich um vorgezogene Gefährdungsbeurteilungen,

die mit antizipierten Sachverständigengutachten zu vergleichen sind. Es ist davon auszugehen, dass vom Normgeber sämtliche Erkenntnisquellen entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bestimmungsurteil¹³ ausgeschöpft wurden, um

- **erstens** die aktuellen arbeitsmedizinischen Erfahrungen festzustellen,
- **zweitens** eine Gefährdung zu beurteilen und
- **drittens** die Pflicht zur passenden Schutzmaßnahme für den jeweils konkret geregelten Sachverhalt zur Abwendung der Gefährdung festzulegen.

Auszugehen ist schließlich davon, dass sich der Ordnungsgeber und die nach § 18 Abs. 2 Ziffer 5 ArbSchG zuständigen Fachausschüsse intensiv mit der Gefährdungsbeurteilung befasst haben. In den einzelnen Verordnungen wird ausdrücklich die Anwendung der Technischen Regeln vom Normgeber gefordert. Zu verweisen ist auf § 3a ArbStättV zum Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten, wonach der Arbeitgeber die nach § 7 Abs. 4 ArbSchG bekannt gemachten Regeln und Erkenntnisse zu berücksichtigen hat. Ausdrücklich geregelt ist auch die Vermutungswirkung für legales Verhalten. Bei Einhaltung der in § 3a Abs. 1 Satz 2 ArbStättV ist davon auszugehen, dass die in der Verordnung gestellten Anforderungen diesbezüglich erfüllt sind. Wendet der Arbeitgeber die Regeln und die Erkenntnisse nicht an, muss er gemäß § 3a Abs. 1 Satz 4 ArbStättV durch andere Maßnahmen die gleiche Sicherheit und den gleichen Gesundheitsschutz der Beschäftigten erreichen. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 BiostoffV sind die von Ausschuss für biologische Arbeitsstoffe ermittelten und vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Bundesarbeitsblatt bekannt gegebenen Regelerkenntnisse zu berücksichtigen. Nur bei gleichwertigen Schutzmaßnahmen können sie unberücksichtigt bleiben, wobei die alternativen Schutzmaßnahmen gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 BiostoffV nachgewiesen werden müssen. Für die Bereitstellung und die Benutzung der Arbeitsmittel sind nach § 4 Abs. 2 Satz 1 BetrSichV vom Ausschuss für Betriebssicherheit

11 Gerald Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung S. 49, 50, 92 und 123

12 Gerald Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung S. 49, 50, 92 und 123

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

ermittelten und vom Bundesministerium veröffentlichten Regeln und Erkenntnisse zu berücksichtigen. Auch in § 4 Abs. 3 BetrSichV wird der Arbeitgeber nochmals beim Einsatz der Arbeitsmittel an die Bestimmung dieser Verordnung für die vorgesehene Verwendung gebunden. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 7 Abs. 2 GefStoffV. Auch nach § 4 BetrSichV kommt dem Arbeitgeber eine Vermutungswirkung für legales Verhalten zu Gute. Hält er die Regeln und Erkenntnisse ein, kann vermutet werden, dass die Vorschriften nach der Betriebssicherheitsverordnung erfüllt sind.¹⁴

11. Die Gefährdungsbeurteilung für Tätigkeiten im Unternehmen ohne gesetzliche oder untergesetzliche Regelungen

Erst wenn zu einer Tätigkeit im Unternehmen keine Regelung zu finden ist, hat der Arbeitgeber im Rahmen des Auffangtatbestands nach § 5 Abs. 1 ArbSchG die Gefährdung zu beurteilen und die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ermitteln. An die geregelte Gefährdungsbeurteilung und an die vorgegebenen Schutzmaßnahmen in den Verordnungen und Technischen Regeln ist der Arbeitgeber gebunden. Er kann diese Regelung nicht durch eigene Gefährdungsbeurteilung und selbstformulierte Schutzmaßnahmen ersetzen. Für alle gesetzlich oder untergesetzlich geregelten Tätigkeiten, die mit der Arbeit der Mitarbeiter des Unternehmens verbunden sind, hat der Normgeber durch die vorgezogene Gefährdungsbeurteilung entschieden, ob eine Tätigkeit als Gefährdung einzuordnen ist und mit welcher Schutzmaßnahme sie abzuwenden ist.

Erst wenn es an einer solchen Entscheidung zur Gefährdungsbeurteilung und den daraus resultierenden Rechtsfolgen über Schutzmaßnahmen fehlt, stellt sich die Frage für den Normadressaten, was unter der Gefährdungsbeurteilung nach dem Auffangtatbestand des § 5 ArbSchG zu verstehen ist. Der zentrale Begriff der „Gefährdung“ wird im Gesetzestext selbst nicht definiert. Die Gesetzesbegründung liefert wichtige Hin-

weise. Arbeitsschutzmaßnahmen dürfen sich danach nicht nur auf die Bekämpfung zu erwartender Gefahren beschränken. Unter „Gefahren“ wird im Arbeitsschutz wie auch im allgemeinen Recht der Gefahrenabwehr eine Sachlage verstanden, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens zu einem Schaden führt, wobei für den Schadenseintritt eine hinreichende Wahrscheinlichkeit verlangt wird und von einem Schaden erst gesprochen werden kann, wenn eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung vorliegt.

Von diesem herkömmlichen Verständnis der Gefahrenabwehr grenzt der Gesetzgeber den Arbeitsschutz deutlich ab. Ausdrücklich findet sich in der Gesetzesbegründung der Hinweis, dass eine wirksame Prävention früher ansetzen muss. In § 4 Nr. 1 ArbSchG wird für die Vermeidung und Minimierung der Gesundheitsgefährdung entsprechend mehr verlangt. „Gefährdung“ bezeichnet im Gegensatz zur „Gefahr“ die Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderung an deren Ausmaß oder Eintrittswahrscheinlichkeit. Als quantitative Größe für eine Gefährdung steht das Risiko als Produkt aus Eintrittswahrscheinlichkeit und Ausmaß¹⁵ des möglichen Schadens. Gefahr in dem zuvor beschriebenen Sinne lässt sich als nicht mehr akzeptables Risiko definieren. Der Grad an Wahrscheinlichkeit wird entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach der Art der betroffenen Rechtsgüter bestimmt. Im Arbeitsschutz geht es im Gegensatz zur Rechtslage der allgemeinen Gefahrenabwehr immer um die absolut geschützten Rechtsgüter Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer. Schon ein geringeres Maß an Wahrscheinlichkeit reicht für entsprechende Schutzmaßnahmen bei der Gefahr für Sachgüter aus. Eine absolute Sicherheit bei der Arbeit im Sinne eines Ausschlusses jedweder Gefährdung ist allerdings nicht möglich.

14 Gerald Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung, 2017 S. 92

15 Bundestagsdrucksache 13/35, 40 zu § 4 S. 16; Kreizberg in Kolmer/Klindt/Schucht ArbSchG § 5 Anm 71, § 4 Anm 7, ArbSchG, 3. Aufl.

12. Eintrittswahrscheinlichkeit ist keine Voraussetzung für die Annahme einer Gefährdung im Unterschied zur Gefahr

Der Gesetzgeber äußert sich zur Eintrittswahrscheinlichkeit unmissverständlich. Im Unterschied zur Gefahr wird für die Annahme einer Gefährdung für Sicherheit und Gesundheit der Mitarbeiter ausdrücklich nicht die Prüfung der Eintrittswahrscheinlichkeit verlangt. Leben, Gesundheit und Sicherheit der Mitarbeiter müssen präventiv geschützt werden, auch ohne dass dies von der Eintrittswahrscheinlichkeit eines möglichen Schadens abhängen darf. Auf diesen eindeutigen gesetzgeberischen Willen muss deshalb hingewiesen werden, weil in der Praxis oft erheblicher Aufwand bei der Feststellung der Eintrittswahrscheinlichkeit immer noch betrieben wird. Diese Praxis wird zu Recht im Hinblick auf den gesetzgeberischen Willen kritisiert. In der Praxis lassen sich etwa 5 Handlungsanweisungen unterscheiden, die der Risikomatrix nach der alten BGI 8700 nachgebildet wurden. Diese Matrix ist zwischenzeitlich zurückgezogen. Varianten existieren immer noch in verschiedenen Handlungshilfen der Beratungspraxis. Der Wahrscheinlichkeitsbegriff ist unbestimmt und wird zu Recht kritisiert. Auch die unterschiedlichen Kriterien zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit wie häufig, gelegentlich, selten, unwahrscheinlich, praktisch unmöglich sind kaum zu unterscheiden.¹⁶

Eintrittswahrscheinlichkeiten, ob sie auf das Schadensereignis oder auf die Schadenshöhe bezogen werden, lassen sich praktisch kaum feststellen. Es kann nicht davon abhängen, ob ein drohender Schaden häufig, gelegentlich, selten oder unwahrscheinlich zu erwarten ist. Auch seltene Schäden an der Gesundheit von Mitarbeitern sind zu vermeiden und gemäß § 4 ArbSchG möglichst zu minimieren. Kein Arbeitgeber kann das Unterlassen einer Schutzmaßnahme mit der Begründung rechtfertigen, der Schaden drohe nur selten. Kein Mitarbeiter darf einem Gesundheitsschaden bei seiner Arbeit ausgesetzt werden, auch wenn der Schaden nur gelegentlich oder nur selten eintritt.

Wer die Eintrittswahrscheinlichkeit gleichwohl prüft, obwohl die ehemalige BGI 8700 und die Folgevorschrift in DGUV Information 211 bis 032 zurückgezogen wurden, ohne dass die entsprechenden Handlungshilfen angepasst wurden, verfehlt den Einsatz seiner Schutzpflicht, die früher einsetzt als noch unter dem Erfordernis der Eintrittswahrscheinlichkeit. Während die Eintrittswahrscheinlichkeit nach unbestimmten und impraktikablen Kriterien geprüft wird, kann wertvolle Zeit für eine dringend notwendige Schutzmaßnahme mit dem Risiko verloren gehen, dass die Schutzmaßnahme zu spät kommt und der Schaden inzwischen unabwendbar eingetreten ist. Auch die Berücksichtigung der Schadenshöhe als niedrig, mittel oder hoch rechtfertigt nicht das Unterlassen einer Maßnahme zum Schutz von Leben und Gesundheit der Mitarbeiter. Zu Recht wird deshalb von der Verwendung einer Risikomatrix zur Eintrittswahrscheinlichkeit und zur Schadenshöhe dringend und nachvollziehbar abgeraten.¹⁷

Die TRBS 1111 definiert in § 2 „Gefährdung als die Möglichkeit eines Gesundheitsschadens ohne bestimmte Anforderungen an deren Ausmaß oder Eintrittswahrscheinlichkeit.“¹⁸

Die gleiche Definition befindet sich in der Handlungsanleitung zur Überprüfung der Gefährdungsbeurteilung vom 1. Mai 2014 in § 1,¹⁹ außerdem in § 3 der technischen Regeln für Arbeitsstätten-ASR V 3-Gefährdungsbeurteilung vom 30. Juni 2017,²⁰ und schließlich im Leitfaden für Arbeitsschutzmanagementsysteme vom 25.11.2002.²¹

Viele Softwareprogramme werden dadurch überflüssig. Sie erwecken den unzutreffenden illusorischen Eindruck, Gefährdungsbeurteilungen könne man quantifizieren und berechnen.

16 Gerald Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung, 2017, S. 96-100

17 Gerald Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung, 2017, S. 96-100

18 Fußnote: GMBI. NR. 13-16 vom 23.05.2019, S. 292.

19 Fußnote: www.lasi-info.com

20 Fußnote: GMBI., 22 vom 05.07.2017, S. 390.

21 Fußnote: BArbBl. 01/2003, S. 101.

Bei besonders schweren drohenden Schäden werden nach § 9 ArbSchG besondere Schutzmaßnahmen verlangt, sogar mit dem Recht zur Selbsthilfe durch die Mitarbeiter nach § 9 Abs. 2 Satz 2 ArbSchG bei unmittelbarer erheblicher Gefahr für die Eigensicherheit, wenn der zuständige Vorgesetzte nicht erreichbar ist.

Obwohl der Gesetzgeber mit eindeutiger Klarheit und sogar wörtlich bei der Definition der „Gefährdung“ keine Anforderungen an Ausmaß und Eintrittswahrscheinlichkeit von Gesundheitsschäden stellt, definiert er gleichwohl im gleichen Absatz in seiner Gesetzesbegründung die „Gefahr“ als nicht mehr akzeptables Risiko und will den Grad an der hinreichenden Wahrscheinlichkeit entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach der Art der betroffenen Rechtsgüter bestimmen wissen.²² Der Begriff der „Gefahr“ wird vom Gesetzgeber neben dem Begriff der „Gefährdung“ verwendet und zwar in §§ 9, 4 Abs. 2 und 6 ArbSchG. Es stellt sich die Frage, ob die Begriffe „Gefahr“ und „Gefährdung“ nebeneinander ohne Eintrittswahrscheinlichkeit bei „Gefährdung“ und mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bei „Gefahr“ verwendet werden können. Die Gesetzesbegründung bleibt mehrdeutig und macht ihre Auslegung unumgänglich.

Entscheidend ist der Gesetzeszweck, Arbeitsschutzmaßnahmen so früh wie möglich und unabhängig von der geschätzten Eintrittswahrscheinlichkeit den Arbeitgeber zu verpflichten. Offensichtlich verursacht die Mehrdeutigkeiten der Gesetzesbegründung die parallele Verwendung der Begriffe „Gefahr“ und „Gefährdung“ die Unsicherheiten in der Unternehmenspraxis im Arbeitsschutz und veranlasst deshalb zur Auslegung die folgenden Überlegungen.

13. Die „Gefährdung“ als Prognose für Gesundheitsschäden durch Tätigkeiten bei der Arbeit

Bei der Annahme einer Gefährdung als auch bei der Ermittlung einer geeigneten Schutzmaßnahme zu

ihrer Abwendung kommen jeweils Prognosen vor. Bei Prognosen handelt es sich um Aussagen aus drei Teilen

- **erstens** aus einem Schadensereignis als Gefahrenquelle und Schadensursache,
- **zweitens** aus einem drohenden Schaden als Schadenswirkung und
- **drittens** aus einem Erfahrungssatz mit dem Inhalt, dass zwischen dem Schadensereignis und dem drohenden Schaden ein Kausalitätsverhältnis besteht, wonach der Schaden immer durch das Schadensereignis eintritt und darüber Erfahrungen bestehen, die nicht widerlegt werden konnten, die deshalb gelten und die Prognose rechtfertigen, dass der Schaden auch in Zukunft eintreten werde. Prognosen über drohende Schäden und über wirksame Schutzmaßnahmen sind immer in die Zukunft gerichtet. Sie können deshalb nicht bewiesen werden. Wenn Gesundheitsschäden bei Mitarbeitern aufgetreten sind, ist eine Prognose zwar bewiesen, für Schutzmaßnahmen ist es dann allerdings zu spät. Prognosen sind Theorien, die nicht bewiesen, sondern nur widerlegt werden können, wenn die Frage zu beantworten ist, ob eine Prognose über einen Schadenseintritt oder die Wirksamkeit einer Schutzmaßnahme gilt, weil sie umstritten ist. Eine Prognose gilt, solange sie nicht widerlegt wird und zwar durch Erfahrungssätze, wonach ein Gesundheitsschaden nicht eintreten kann und eine Schutzmaßnahme zur Vermeidung des Gesundheitsschadens nicht wirksam ist. Die Falsifikation ist das einzige Verfahren, mit der über die Geltung von Prognosen entschieden werden kann, wenn ihre Geltung in Zweifel gezogen wird und umstritten ist.²³

Wenn der Gesetzgeber den zentralen Begriff der „Gefährdung“ im Gesetz nicht definiert und kein Verfahren vorschreibt, nach dem Gefährdungen anzunehmen sind, kommt es darauf an, ob aus anderen Gesetzesvorschriften oder aus der Rechtsprechung ausreichende Angaben zu finden sind, von denen Richter sagen könnten, es handele sich um eine „gefestigte Ausle-

22 BT-Drs. 13/3540 S. 16

23 Rack, Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern, Compliance-Berater 9/2013, S. 5 mit weiteren Nachweisen.

gung“.²⁴ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie zum Beispiel „Gefährdung“ oder „Risiko“, die Verwendung von Generalklauseln und Härteklauseln gelten als „ein Stück offen gelassener Gesetzgebung.“²⁵ Rechtsvorschriften, die nur Ziele vorgeben, wie zum Beispiel den Schutz der Mitarbeitergesundheit in Betrieben, ohne dass die Schutzmaßnahmen vom Normgeber bestimmt werden, gehören zu einem neuen Normtyp, durch den die Rechtsanwender für die Praxis nur schwache Vorgaben erhalten und die Auslegung der Selbsteinschätzung den Normadressaten überlassen wird.²⁶

14. Die Rechtsprechung zu Sinn und Zweck von „Prognosen“ nach der Merck-Entscheidung

Klarheit zum Verständnis von Prognosen über drohende Schäden und über Prognosen zu wirksamen Schutzmaßnahmen lassen sich aus der einschlägigen Rechtsprechung zu Prognosen gewinnen.

Die Prognose- und Risikoberichterstattung gehört nach § 289 Abs. 1 Satz 4 HGB im Lagebericht zu den zwingend vorgeschriebenen unverzichtbaren Pflichten. Auf Grund der Weigerung eines Unternehmens, keine Prognosen abzugeben, weil in Krisenzeiten richtige Prognosen unmöglich seien, hat das OLG Frankfurt zur Funktion einer Prognose entschieden, dass die Prognose nicht die Aufgabe hat, wie irrtümlich angenommen wurde, die Wahrheit vorherzusagen, sondern die Selbsteinschätzung des Unternehmens beim Prognostizieren zu überprüfen. § 289 Abs. 1 Satz 4 HGB zur Prognosepflicht stellt eine gesetzlich vorgeschriebe-

ne Selbstkontrolle im Unternehmen dar. Abgegebene Prognosen über künftige Geschehensverläufe sind darauf zu überprüfen, ob sie zutreffen oder nicht und ob die Prognose einer korrigierten Neueinschätzung anzupassen ist.²⁷

Prognosen im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung zur Annahme einer Gefährdung als auch zur Festlegung einer Schutzmaßnahme dienen ebenso wie im HGB im Arbeitsschutz zur Selbstkontrolle nach § 3 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG, wonach es zu den Grundpflichten des Arbeitgebers gehört, die Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. Dabei ist eine Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten anzustreben.

Wird bei einer Gefährdungsbeurteilung das Risiko eines Gesundheitsschadens und die Wirksamkeit der Schutzmaßnahme jeweils mit einem Erfahrungssatz begründet, wonach aus Erfahrung mit einem Gesundheitsschaden unter bestimmten Umständen zu rechnen ist und dieser drohende Schaden durch bestimmte Schutzmaßnahmen abgewendet werden kann, wird die Entscheidung zur Annahme einer Gefährdung und der jeweiligen Schutzmaßnahme insofern transparent und vor allem nachvollziehbar. Alle an der Gefährdungsbeurteilung Beteiligten, Arbeitgeber, Betriebsrat, Betriebsärzte und die Fachkräfte für Arbeitssicherheit können nachvollziehen, von welchen Erfahrungen die an der Entscheidung über eine Gefährdungsbeurteilung Beteiligten ausgegangen sind. Werden die angenommenen Ziele und Zwecke der Schutzmaßnahmen sowie die Annahme einer Gefahrenquelle mit den Erfahrungssätzen begründet und dokumentiert, wird eine Wirksamkeitskontrolle nach § 3 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG und eine eventuelle Korrektur erst möglich. In einem Evaluierungsverfahren lassen sich die einmal angenommenen Erfahrungssätze, mit denen die Gefährdung als auch die Schutzmaßnahmen festgelegt wurden, mit den folgenden aktuellen Erfahrungen vergleichen und diesen neuen Erfahrungen zur Gefährdung und zur jeweiligen Schutzmaßnahme lassen sich anpassen und korrigieren. Eine Wirksamkeitsprüfung stellt

24 BverfGE 126, 170 Rn. 82, 83, 74, 75 zur Bestimmtheit von Strafnormen bei unbestimmten Rechtsbegriffen.

25 *Sambuc, Folgenerwägungen im Richterrecht: d. Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei d. Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel d. § 1 UWG, 1977, S. 36.*

26 Grimm, in: Teubner, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe 1995; Sambuc, Folgenerwägung im Richterrecht: Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG 1977 S. 36;

27 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24.11.2009 – Az: WpÜG 11, 12/09, in: NZG 2010, 63 (Merck-Entscheidung)

eine Erfolgskontrolle dar, um die ursprüngliche Entscheidung unter Unsicherheit korrigieren zu können.

Die Gefährdungsbeurteilung nach dem Auffangtatbestand des § 5 ArbSchG außerhalb der gesetzlichen oder untergesetzlichen Vorgaben durch den Arbeitgeber unter Mitwirkung der Mitarbeiter füllt die vom Gesetzgeber offen gelassene Lücke. Der Gesetzgeber überlässt alle Tätigkeiten, die er weder in Gesetzen, noch in den einschlägigen Verordnungen, noch in Technischen Regeln behandelt hat, der Selbsteinschätzung der Arbeitgeber und der mitwirkenden Angestellten im Betrieb.

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG werden auf den Bereich der Selbsteinschätzung ausgeweitet. Arbeitgeber und Mitarbeiter treffen zur Annahme von Gefährdungen und den entsprechenden Schutzmaßnahmen Entscheidungen, die der Gesetzgeber hätte treffen können. Für das Entscheidungsverfahren durch Arbeitgeber und Mitarbeiter im Betrieb sind die gleichen Maßstäbe anzulegen, denen der Gesetzgeber unterliegt. Für Entscheidungen des Gesetzgebers unter Unsicherheit hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Mitbestimmungsurteil die Maßstäbe dafür formuliert, wie Prognosen zu behandeln sind.

15. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu Prognosen im Mitbestimmungsurteil

Entschieden hat das Bundesverfassungsgericht, zum Grundtatbestand jeder Prognose gehöre es, dass die Auswirkung eines Gesetzes in der Zukunft ungewiss sind. Das Gleiche gilt von einer Entscheidung über die Annahme einer Gefährdung als Prognose zu einem Gesundheitsschaden durch Tätigkeiten im Betrieb und durch die Ungewissheit von Schutzmaßnahmen zu ihrer Abwendung. Ungewissheiten über zukünftige Geschehensverläufe rechtfertigen es jedenfalls nicht, Entscheidungen über die Annahme von Gefährdungen und den Einsatz von Schutzmaßnahmen zu unterlassen.²⁸

28 BVerfG, 19.3.1975, BVerfGE 39, 210, 226, Beschluss vom

Auch die Gefährdungsbeurteilung ist eine Entscheidung unter Unsicherheit. Hat der Gesetzgeber keine Regelung und damit keine eigene Gefährdungsbeurteilung vorgenommen, bleibt unsicher, ob durch eine Tätigkeit im Betrieb Gesundheitsschäden bei Mitarbeitern drohen. Unsicher ist außerdem, ob die erforderlichen Schutzmaßnahmen die drohenden Gesundheitsrisiken abwenden können. Bei der erstmaligen Gefährdungsbeurteilung durch den Arbeitgeber ohne geregelte Vorgaben des Gesetzgebers und ohne untergesetzliche Regelungen sind Gesundheitsschäden möglich. Viele Schadensverläufe sind denkbar. Von der Vielzahl denkbarer Schadensverläufe ist der Arbeitgeber verpflichtet, einen von allen Denkbaren auszuwählen und sich damit für eine von vielen Möglichkeiten eines Schadensverlaufs zu entscheiden und diesen denkbaren Schadensverlauf als Risiko zu behandeln. Das Gleiche gilt für eine Vielzahl von denkbaren Schutzmaßnahmen, die zur Abwendung der drohenden Gesundheitsgefährdung in Frage kommen.

Bei Entscheidungen unter Unsicherheit kann es je nach Interessenlage zu Streit über die verschiedenen möglichen Schadensverläufe in der Zukunft kommen. Betriebsrat und Mitarbeiter werden dazu neigen, eher drohende Gesundheitsschäden anzunehmen als die Arbeitgeber. Bei Entscheidungen unter Unsicherheiten ist bei allen beteiligten Entscheidungsträgern die Sorge zu überwinden, eine falsche Entscheidung zu treffen und späteren Vorwürfen ausgesetzt zu sein.

Die Angst vor Fehlentscheidungen kann dazu führen, dass Entscheidungen aufgeschoben, unterlassen oder verschleppt werden. Zu befürchten ist der Omission-Bias bei Entscheidungsträgern, wonach intuitiv Entscheidungen aus Sorge vor Fehlentscheidungen vermieden werden, nach dem Grundsatz, wer nichts macht, macht auch keine Fehler.²⁹ Um derartige Entscheidungshindernisse zu überwinden, hilft der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, wann und unter

9.3.1975 (Mühlenstrukturgesetz); BVerfGE 50, 299, 333, Urteil v. 1.3.1979 (Mitbestimmungsurteil).

29 Rack, Die häufigsten Fehler der Unternehmensorganisation – Das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen, CB 4/2014, S. 104

welchen Bedingungen unter Unsicherheit Entscheidungen getroffen werden können, ohne einem eventuellen Vorwurf eines Organisationsverschuldens ausgesetzt zu sein.

Vom Gesetzgeber verlangt das Bundesverfassungsgericht bei Entscheidungen unter Unsicherheit, dass

- **erstens** alle zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden,
- dass **zweitens** die Erwartungen an den späteren Erfahrungen zum tatsächlichen Geschehensverlauf gemessen werden und dass
- **drittens** die Gefährdungsbeurteilung mit der Annahme eines drohenden Gesundheitsschadens und die Annahme einer erforderlichen und geeigneten Schutzmaßnahme zu deren Abwendung korrigiert werden, sollten sich die ursprünglichen Annahmen als Fehlprognosen erweisen. Eine Fehlentscheidung unter Unsicherheit kann nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sämtliche Erkenntnisquellen bei der Entscheidung zur Gefährdungsbeurteilung und zu Schutzmaßnahmen erschöpft wurden und die Fehlprognose zum Schadensverlauf später korrigiert werden müssen.³⁰ Hat sich im Zeitpunkt der Gefährdungsbeurteilung der Arbeitgeber am aktuellen Stand der Erfahrungen und Einsichten orientiert, wird seine Entscheidung als vertretbar angesehen, selbst wenn sie sich später teilweise oder gänzlich als Irrtum erweisen wird und zur Korrektur verpflichtet.³¹

Mehr als das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber beim Erstellen und Bewerten von Prognosen verlangt, kann vom Arbeitgeber für die Gefährdungsbeurteilung auch nicht verlangt werden, auch dabei geht es um Prognosen beim Abschätzen der Schäden und der Wirksamkeit der Schutzmaßnahmen zu ihrer Vermeidung.

16. Gefährdungsbeurteilung als Rechercheproblem

Legt man für die Arbeitgeber gleiche Maßstäbe an, wie sie das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber verlangt, liefert die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine „gefestigte Auslegung“ für das Entscheidungsverhalten bei der Gefährdungsbeurteilung von Arbeitgebern und ihren Verantwortlichen.

Die Gefährdungsbeurteilung wird durch die Pflicht, alle zugänglichen Erkenntnisquellen auszuschöpfen, zum Rechercheproblem. Der Entscheidungsträger muss zur Erfüllung dieser Pflicht den Nachweis dokumentieren. In einem ersten Prüfschritt muss er zunächst feststellen, ob es eine verbindliche und ihn verpflichtende Gefährdungsbeurteilung in einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung gibt. Das bedeutet, in sämtlichen verfügbaren Gesetzen, Verordnungen, Technischen Regeln, sowie den Regelungen der Unfallversicherungsträger zu recherchieren. Für jede Tätigkeit im Unternehmen muss deshalb eine Datenbank für Recherchen verfügbar sein und zwar mit einer Rechertechnik, die den Umfang der durchsuchten Vorschriften dokumentiert. Erst wenn der Gesamtbestand der Vorschriften zum Arbeitsschutz keine Regelung anzeigt, können die zugänglichen Erkenntnisquellen als erschöpft angesehen werden.

17. Die Pflicht von Vorständen und Geschäftsführern zur eigenen Risikoanalyse nach der IKB-Entscheidung

Aus der IKB-Entscheidung ergeben sich weitere vermeidbare Fehler bei der Risikoanalyse, die analog zum Verfahren der Gefährdungsbeurteilung herangezogen werden können. Ein Geschäftsleiter ist zur eigenen Risikoanalyse verpflichtet und kann sich nicht auf die Bewertung einer Gefährdung aus zweiter Hand beschränken und blind übernehmen. Die Pflicht zur Risikoanalyse umfasst nach dem IKB-Urteil die Pflicht zur eigenen Informationsbeschaffung, insbesondere alle verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen und sich eine eigene Meinung über drohende Risiken zu bilden.

30 BVerfGE, vom 01.03.1979 1 2(b) (c)

31 BVerfGE, vom 01.03.1979 1, 2, (c), III 1 (c), III 3. d) bb), S. 711

Eigene Informationsquellen im Unternehmen muss sich der Vorstand beschaffen, ihr Funktionieren überwachen und nutzen.³² Trotz veröffentlichter Aussagen zum Ausfallrisiko US-amerikanischer Wertpapiere ist der Vorstand den Warnungen nicht nachgegangen. Er hat damit nicht alle Informationsquellen ausgeschöpft und Ratingagenturen unkritisch vertraut, die bei ihren Risikoeinschätzungen einem erkennbaren Interessenkonflikt unterlagen. Ratingagenturen bewerteten die Risiken der Wertpapiere, an denen sie selbst durch Beratung verdienten. Außerdem handelt es sich um neue Finanzprodukte.

Aus dieser Rechtsprechung lässt sich die Pflicht herleiten, bei der Informationsbeschaffung darauf zu achten, dass die Informanten zum Risiko keinem Interessenkonflikt unterliegen und nicht etwa eigene Interessen verfolgen. Beim Einsatz von Stoffen und Arbeitsmitteln besteht das Risiko des Interessenkonflikts, die Risiken von Lieferanten oder Zulieferern der selbst gelieferten und produzierten Produkte zu verharmlosen. Liegen keine Erfahrungen über den Einsatz von Stoffen oder Arbeitsmitteln vor, umfasst die Informationsbeschaffungspflicht bei der Gefährdungsbeurteilung, konkurrierende Schadensprognosen auf ihre Geltung hin zu untersuchen und sie im Falsifikationsverfahren Widerlegungsversuchen auszusetzen. Zu Recht wurde dem Vorstand im IKB-Fall vorgeworfen, nur einseitig den Ratingagenturen blind vertraut zu haben, dass keine Ausfallrisiken bestehen, und die Warnungen der Crash-Propheten nicht geprüft zu haben. Damit haben die Verantwortlichen die Informationspflicht zur Recherche einer konkurrierenden Risikobeurteilung verletzt und damit nicht sämtliche zugänglichen Informationsquellen erschöpft.

18. Der Confirmation-Bias als vermeintlicher Fehler beim Prognostizieren

Der Confirmation-Bias (Bestätigungsfehler) beschreibt die menschliche Neigung, nur Informationen zu berücksichtigen, die die eigene Theorie und die eigene Prognose bestätigen und alle Informationen zu ignorieren, die diese Prognose widerlegen. Dadurch werden Fehlprognosen nicht erkannt und können nicht korrigiert werden. Complianceverantwortliche müssen durch organisatorische Maßnahmen präventiv diesen Entscheidungsfehler vermeiden. Prognosen lassen sich nie beweisen. Sie können nur falsifiziert, das heißt widerlegt werden. Sowohl Prognosen über Schäden als auch über Schutzmaßnahmen zu ihrer Abwendung müssen formuliert und auf ihre Geltung untersucht werden. Sie gelten solange sie nicht widerlegt sind.³³ Erst wenn ein Schaden eingetreten ist oder eine Schutzmaßnahme wirkt, kann eine Prognose als bewiesen gelten. Muss man aber präventiv noch vor dem Eintritt des Schadens und zu seiner Vermeidung eine Schadensprognose aufstellen, um Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten auf Grund einer Risikoquelle zu vermeiden, hilft der Beweis durch den eingetretenen Schaden nicht, wenn er vorher verhindert werden soll. Hilfreich ist es, in der Situation des Prognostizierens von denkbaren Schäden und präventiven Schutzmaßnahmen sich den Gegenanwalt in einem künftigen Prozess vorzustellen, der in Kenntnis des Schadensverlaufs behaupten wird, an dieses Risiko hätte man denken müssen und der Schaden sei vermeidbar gewesen. Gegenanwälte werden immer versuchen, im Nachhinein ein Gericht davon zu überzeugen, die Behauptung des Schadensverursachers zu widerlegen, der eingetretene Schaden sei nicht vorhersehbar, nicht vermeidbar und nicht denkbar gewesen.³⁴ Nachdem ein Schaden tatsächlich auch eingetreten ist, hat der Gegenanwalt immer leichter als der Anwalt des beklagten Schadensverursachers, weil der eingetretene Schaden im Nachhinein bestätigt, man habe an ihn denken können. In

32 OLG Düsseldorf 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

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

34 Rack, Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko, CB 06/2014, S. 190

dieser Situation belastet der Hindsight-Bias den Beklagten, gegen den der Schadensersatz geltend gemacht wird, weil „im Nachhinein alle schlauer sind.“ Es ist erwiesen, dass das menschliche Gehirn nicht in der Lage ist, zu unterscheiden, was vor und nach einem tatsächlich eingetretenen Schadensverlauf vorstellbar war. Das menschliche Gedächtnis kann sich nur schwer in die Situation zurück versetzen, bevor sich der tatsächliche Schadensverlauf entwickelt hat. Wer diese Zusammenhänge erkennt, kommt zu der Einsicht, dass im Zeitpunkt der Entscheidung über die Annahme einer Gefährdung es unverzichtbar ist, alles zu dokumentieren, was als Entscheidungsgrundlage zur präventiven Gefährdungsabwehr veranlasst wurde. Zu dokumentieren ist das Erfahrungswissen, was im Zeitpunkt der Entscheidung verfügbar war, um Beweise für den entlastenden Vortrag zu sichern, dass im Zeitpunkt der Gefährdungsbeurteilung keine Gefährdung angenommen werden musste und außerdem keine anderen Schutzmaßnahmen veranlasst werden konnten.

Zu vermeiden ist auch der Availability-Bias (Verfügbarkeitsfehler). Rechtspflichten werden verkannt und übersehen, wenn Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Die Verfügbarkeit von Informationen bestimmt darüber, ob Risiken entweder unterschätzt oder überschätzt werden. Risiken sind nur denkbar. Denken kann man jedoch nur an das, was man schon weiß. Auch persönlich undenkbare Informationen sind deshalb zu beschaffen. Begründet man Risiken allein mit den Informationen, die man schon kennt, können allzu leicht Risiken übersehen werden, weil nicht alle Informationen zu einem möglichen Schadensverlauf beim Prognostizieren erfasst werden. Zur Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers empfiehlt sich die Rechtsprechung des BGH konsequent zu befolgen, nämlich alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen.³⁵

35 BGH, 14.07.2008, ZIP, 2008, S. 1676, OLG Düsseldorf 09.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 (IKB); BGH vom 18.06.2013 -II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223; Fischer, Die Business-Judgment-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, S. 36

19. Tätigkeitsbezogene Gefährdungsbeurteilung

Für die jeweilige Tätigkeit im Unternehmen ist eine eigene Prognose über mögliche Gesundheitsschäden an Mitarbeitern zu erstellen.

Die Pflicht zur eigenen Risikoanalyse schließt die zu Recht kritisierte Praxis in Unternehmen aus, gleichlautende Betriebsanweisungen für bestimmte Stoffe im gesamten Betrieb undifferenziert zu verteilen und ohne realen Bezug zu der jeweiligen Tätigkeit oder direkt die Inhalte der Sicherheitsdatenblätter oder anderer Stoffinformationssysteme ohne Anpassung auf die jeweilige Risikosituation im Unternehmen zu verwenden³⁶. Kritisiert werden undifferenzierte Rundum-Betriebsanweisungen, die an allen Arbeitsplätzen gleichlautend verteilt werden. Dadurch wird gegen die Pflicht zur tätigkeitsbezogenen Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 2 Satz 1 ArbSchG und gegen TRGS 555 „Betriebsanweisung und Information der Beschäftigten“ verstoßen.

20. Die Grenzen der Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung nach der Rechtsprechung zum „Restrisiko“

Es bleibt die Frage, wann die Verantwortlichen im Unternehmen ihre Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung erfüllt haben. Bei der Annahme von Gefährdungen und der Beurteilung der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen zur Abwehr von Berufskrankheiten und Arbeitsunfällen sind Entscheidungen unter Unsicherheiten zu treffen, bei denen Verantwortliche sich zu Recht überfordert fühlen können, weil Unmögliches verlangt zu werden scheint, nämlich verlässliche Prognosen über künftige Schadensverläufe und wirksame Schutzmaßnahmen aufzustellen. Beantworten lässt sich diese Frage mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Restrisiko“, die mit der Kalkar-Entscheidung vom 08.08.1978 und in 16 weiteren höchstrichterlichen Entscheidungen bestätigt

36 Gerald Schneider, Die Gefährdungsbeurteilung S. 137, 135, S. 51.

wurde.³⁷ Seit dieser Entscheidung stellt das BVerfG in ständiger Rechtsprechung fest, dass vom Gesetzgeber keine Regelungen gefordert werden können, die mit absoluter Sicherheit Gefährdungen ausschließen, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können.

Das BVerfG hatte ein Gesetz zur Genehmigung des Schnellen Brütters zu beurteilen. Genehmigungen für Atomkraftanlagen seien auch dann noch zulässig, wenn es sich nicht völlig ausschließen lässt, dass durch die Errichtung oder den Betrieb der Anlage ein Schaden auftreten kann. Die auf Verfassungsmäßigkeit zu beurteilende Vorschrift hat ein sogenanntes „Restrisiko“ in Kauf genommen.

Die in der Kalkar-Entscheidung festgelegten Maßstäbe gelten über das Atomrecht hinaus für alle Bereiche der Rechtsordnung und damit auch für alle Entscheidungen von Vorständen und Geschäftsführern zur Risikoabwehr in Industriebetrieben, insbesondere auch für die Formulierung von Verkehrssicherungspflichten, mit denen Risiken abzuwehren sind, die weder gesetzlich noch untergesetzlich geregelt sind.³⁸ Grundsätzlich festgestellt hat das Bundesverfassungsgericht, dass Schutzpflichten schon dann ausgelöst werden, wenn bei der Art und Schwere der Schadensfolgen bereits eine entfernte Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts genügt. Soll die Möglichkeit

„künftiger Schäden durch die Errichtung oder den Betrieb einer Anlage oder durch technisches Verfahren abgeschätzt werden, ist der Entscheidungsträger auf Schlüsse aus der Beobachtung vergangener tatsächlicher Geschehnisse auf die relative Häufigkeit des Eintritts und den gleichartigen Verlauf gleichartiger Geschehnisse in der Zukunft angewiesen. Fehlt eine hinreichende Erfahrungsgrundlage hierfür, muss er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen beschränken. Erfahrungswissen dieser Art selbst wenn es sich zur Form des naturwissenschaftlichen Gesetzes verdichtet hat, ist, solange menschliche Erfahrung nicht abgeschlossen ist, immer nur Annäherungswissen, dass nicht volle Gewissheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf den neusten Stand unwiderlegt möglichen Irrtums befindet. Vom Gesetzgeber könne im Hinblick auf seine Schutzpflicht keine Regelung gefordert werden, die mit absoluter Sicherheit Gefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können. Absolute Sicherheit zu verlangen hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muss es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden.“³⁹

Die Grenzen der Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung ergeben sich somit aus dem neusten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums.

Aus diesem Urteil ergibt sich, dass nur Annäherungswissen über Schadensverläufe und Schutzmaßnahmen verlangt werden können, dass es keine absolute Sicherheit beim Prognostizieren von Schäden und den Wirkungen von Schutzmaßnahmen geben kann und schließlich dass ein Restrisiko getragen werden muss. Hinter dem Stichwort des „neuesten Stands unwiderlegtem möglichen Irrtums“ verbirgt sich der Hinweis auf das Falsifikationsverfahren, in dem Prognosen Widerlegungsversuchen nach dem jeweils aktuellen Wissensstand ausgesetzt werden müssen.

Wer also bei der Gefährdungsbeurteilung alle Informationsquellen zum aktuellen Erfahrungswissen über denkbare Schadensverläufe und wirksame Schutzmaß-

37 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 143, Anm. 109 (Kalkar-Beschluss); BVerfG 83, 130, Beschluss vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 (Josephine Mutzenbacher); BVerfG 68, 1, Beschluss vom 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, (Atomwaffenstationierung); BVerfG 84, 25, Beschluss vom 10.11.2009 – 1 BvR 1178/07 (Schacht Konrad), BVerfG 53, 30, Beschluss vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 (Mülheim-Kärlich); BVerfG, Beschluss vom 18.02.2010 – 2 BvR 2502/08 (CERN); BVerfG, Beschluss vom 12.11.2008 – 1 BvR 2456/06; OVG Niedersachsen, 23.06.2010 – 7 KS 215/03; BVerwG, 27.05.1993 – 5 C 42.89; VGH Baden-Württemberg, 07.03.1995 – 10 S 2822/92; OLG Frankfurt, 18.06.2003 – 23 U 146/02; VGH Baden-Württemberg, 14.11.2011 – 8 S 1281/11; VGH Hessen, 28.06.1989 – 8 Q 2809/88; VGH Bayern, 02.08.2007 – 1 BV 05.2105; BVerwG, 26.06.2014 – 4 C 2.13 (Wannsee-Flugrouten); OVG Berlin-Brandenburg, 28.09.2017 – 6 A 29.14; OVG Berlin-Brandenburg, 28.09.2017 – 6 A 30.14

38 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 143, Anm. 109 (Kalkar-Beschluss).

39 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 143, Anm. 109 (Kalkar-Beschluss).

nahmen ausschöpft und Prognosen zu Schadensverläufen und den Schutzmaßnahmen prüft, erfüllt damit die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, die dem Gesetzgeber aufgegeben werden.

Mehr kann auch von den Verantwortlichen für die Gefährdungsbeurteilung in Industriebetrieben nicht verlangt werden. Im Ergebnis erweist sich die Gefährdungsbeurteilung als Rechercheaufgabe, nämlich alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen. Diese Aufgabe lässt sich bewältigen mit neuester Rechertechnik und möglichst umfangreichem Datenbankspeicher.

Wenn das Bundesverfassungsgericht Restrisiken zulässt und die Grenze im „neusten Stand unwiderlegtem möglichen Irrtums“ sieht, können sich die Verantwortlichen für Gefährdungsbeurteilung darauf verlassen, dass sie damit ihre Pflichten zur Gefährdungsbeurteilung erfüllt haben.

Zu empfehlen ist die Dokumentation zur Beweissicherung, wodurch eventuellen Gegenanwälten in Schadensprozessen die Möglichkeit der Behauptung genommen wird, man habe an einen eingetretenen Schadensverlauf denken müssen und sei deshalb zum Ersatz des Schadens verpflichtet, weil die Gefährdungsbeurteilung pflichtwidrig gewesen sei.

Fazit:

Wer also die Grenzen der Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung und Risikoanalyse kennt, muss lediglich dem vorgegebenen Prüfschema des Bundesverfassungsgerichts folgen, das auch vom Gesetzgeber beachtet werden muss. Prüft ein Verantwortlicher für die Gefährdungsbeurteilung nach dem gleichen Schema die Risiken in seinem Unternehmen, kann er sich jederzeit von dem Vorwurf entlasten, er habe die Gefährdungsbeurteilung und Risikoanalyse pflichtwidrig betrieben. Erleichtern lässt sich die Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung und zum Ausschöpfen sämtlicher verfügbarer Informationsquellen durch Rechertechnik und dem möglichst umfangreichen Speicher von Rechtsquellen, wodurch die Informationsbeschaffungspflicht von Vorstand oder Geschäftsführer erfüllt wird. Entscheidend ist es, möglichst viele Risikosachverhalte aus allen Industrieunternehmen zu prüfen, mit Pflichten zu verlinken, ein für alle Mal zu speichern und verfügbar zu halten, wie es der BGH in seiner Wissensaufspaltungsentscheidung erstmals als Pflicht zum Informationsmanagement formuliert hat.⁴⁰ Erleichterungen bei der Gefährdungsbeurteilung verschafft der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung, auf die Eintrittswahrscheinlichkeit im Arbeitsschutz zu verzichten und damit die Unternehmenspraxis von einer illusorischen nicht erfüllbaren Aufgabe zu entlasten.⁴¹

40 BGHZ 132, 30 - BGH, 2.2.1996 - V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 (Wissensaufspaltungsentscheidung); BGHZ vom 15.04.1997, BGHZ 135, 202, XI ZR 105/96 (Scheckinkasso)

41 Gesetzesbegründung BT-Drs. 1335 40 (rechte Spalte).

RACK
RECHTSANWÄLTE

Lurgiallee 12 (Mertonviertel) - 60439 Frankfurt am Main - Fon 0 69/95 78 31 0 - Fax 0 69/95 78 31 40
Email anwaltsbuero@rack-rechtsanwaelte.de - www.rack-rechtsanwaelte.de