

back (2008/1) ◀

Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste

Dr. iur. Mark Schweizer ^{MSC}

«Das musste ja schief gehen» – wie oft haben wir dieses Gefühl. Psychologische Forschung zeigt aber, dass es tatsächlich nur ein Gefühl ist. Hätten wir selber an der Stelle des Handelnden entscheiden müssen, hätten wir es auch nicht besser gewusst. Der Aufsatz fasst die psychologische Forschung zum «Rückschaufehler» (hindsight bias) kurz zusammen und legt dar, wie der Fehler juristische Urteile beeinträchtigen kann. Der Autor zeigt, wie der Einfluss des Rückschaufehlers zumindest in Haftpflichtprozessen verringert werden kann.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Psychologische Forschung
 - a) Grundlagen
 - b) Auch Experten sind fehlbar
3. Rückschauende Betrachtung im Recht
4. Rückschaufehler vermeiden

1. Einleitung ^

[Rz 1] «Das musste ja schief gehen» – wie oft haben wir dieses Gefühl, wenn auch die Höflichkeit es manchmal gebietet, es nicht laut zu sagen. Oft meinen wir aber nur, wir hätten es schon immer besser gewusst. Die Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses im Nachhinein zu überschätzen, wird in der Psychologie als Rückschaufehler (*hindsight bias*) bezeichnet. Nach FISCHHOFF:¹

In der Rückschau überschätzen Menschen ständig, was vorhersehbar war. Nicht nur betrachten sie das, was geschehen ist, als unausweichlich, sondern sie meinen auch, dass es, bevor es geschehen ist, als «einigermaßen unausweichlich» erschien. Menschen meinen, dass andere den Ausgang eines Ereignisses viel besser hätten vorhersehen müssen, als dies tatsächlich der Fall war. Sie erinnern sich sogar falsch an ihre eigenen Vorhersagen, so dass sie im Nachhinein übertreiben, was sie vorher gewusst haben.

[Rz 2] Der Rückschaufehler wurde erstmals 1975 systematisch untersucht.² Seither wurde er in zahlreichen Studien erforscht und hat sich als eines der robustesten Phänomene der Gedächtnisforschung erwiesen.³

[Rz 3] Der Rückschaufehler ist eine Folge adaptiven Lernens. HAWKINS/HASTIE bezeichnen ihn als «die dunkle Seite erfolgreichen Lernens».⁴ Selektive Aufmerksamkeit und selektives Erinnern sind in einer komplexen Umwelt notwendig. Um komplexe Entscheidungen zu treffen, entwickelt der Urteilende ein mentales Modell der Umwelt, das er aufgrund beobachteter Ereignisse ständig anpasst. Ist das Modell aber erst einmal an die neuen Umstände angepasst, ist es schwierig, noch zu rekonstruieren, wie der Entscheid gemäss dem «alten» Modell erfolgt wäre.⁵ Solche Urteile aufgrund eines «veralteten» Modells waren während eines grossen Teils der menschlichen Evolutionsgeschichte weder verlangt noch nützlich. Sie sind aber Teil des gerichtlichen Alltags.

[Rz 4] Im Folgenden wird kurz die psychologische Forschung zum Rückschaufehler dargestellt, anschliessend Studien, die den Einfluss des Rückschaufehlers auf spezifisch juristische Sachverhalte untersuchen und schliesslich wird vorgeschlagen, wie der Einfluss des Rückschaufehlers insbesondere in Haftpflichtprozessen verringert werden kann.

2. Psychologische Forschung ^

a) Grundlagen ^

[Rz 5] FISCHHOFF legte in seiner klassischen Studie zum Rückschaufehler seinen Versuchspersonen einen kurzen Abriss über einen obskuren Konflikt zwischen britischen Truppen und nepalesischen Gurkas im frühen 19. Jahrhundert vor. Einem Teil der Versuchspersonen wurde gesagt, dass die Briten die Auseinandersetzung gewonnen hatten, anderen, dass die Gurkas oder gar niemand gewonnen hatte. Eine Kontrollgruppe erfuhr nichts vom Ausgang des Konflikts. Die Versuchspersonen wurden gefragt, welchen Ausgang sie vor Kenntnis des «tatsächlichen» Ergebnisses als wahrscheinlich erachtet hätten. Es zeigte sich, dass die Versuchspersonen nicht in der Lage waren, ihre Kenntnis vom tatsächlichen Ausgang auszublenden und die Wahrscheinlichkeit des «tatsächlichen» Ausgangs systematisch überschätzten.⁶ Auch betrachteten die Versuchspersonen Informationen, die aufgrund der bekannten Folgen als wesentlich erschienen, als von vornherein besonders relevant; dies im Unterschied zur Kontrollgruppe, die diesen Informationen keine besondere Bedeutung zumass.⁷ FISCHHOFF bezeichnete das Phänomen als «schleichenden Determinismus» (*creeping determinism*), d.h. im Nachhinein erscheinen die Läufe der Welt vorbestimmt. FISCHHOFFS Resultate wurden seither in zahlreichen Studien bestätigt.⁸

[Rz 6] Wiederholt haben Studien gezeigt, dass explizite Warnungen, den Rückschaufehler nicht zu begehen, keine oder nur eine sehr geringe Wirkung haben. Auch wenn die Versuchspersonen darauf hingewiesen werden, dass Menschen den Rückschaufehler begehen und übertreiben, wie viel sie im Vorherein gewusst hätten, begehen sie substantielle Rückschaufehler.⁹ Nur wenn man die Versuchspersonen dazu zwingt, Gründe aufzuführen, die zu Folgen geführt haben könnten, die *nicht* eingetreten sind, verringert sich der Rückschaufehler erheblich.¹⁰

[Rz 7] Bestimmte Persönlichkeitsmerkmale können den Rückschaufehler verstärken.¹¹ Menschen mit Persönlichkeitsmerkmalen, die unter den Begriffen «Intoleranz für Ambivalenz» (*intolerance for ambiguity*) und Dogmatismus zusammengefasst werden, zeigen einen verstärkten Rückschaufehler. Diese Menschen haben ein verstärktes Bedürfnis nach Sicherheit, Klarheit und einer geordneten, sinnhaften und vorhersehbaren Welt;¹² sie neigen dazu, im Nachhinein alles als vorhersehbar zu betrachten.¹³ Von den «grossen fünf» Persönlichkeitsmerkmalen – Extraversion, Neurotizismus, Freundlichkeit, Gewissenhaftigkeit, Offenheit für Erfahrung – scheint am ehesten Gewissenhaftigkeit mit einem verstärkten Rückschaufehler assoziiert zu sein.¹⁴

[Rz 8] Eine Umkehr des Rückschaufehlers – «also das konnte ich nun wirklich nicht vorhersehen» – tritt bei einem überraschendem Ausgang auf, der ein schlechtes Licht auf Entscheidungen und Fähigkeiten des Handelnden wirft und somit sein Selbstwertgefühl beeinträchtigt. In einem Experiment von MELVIN M. MARK und Kollegen nahmen die Versuchspersonen an einem Börsenspiel teil. Nach der dritten Woche wurde einem Teil der Versuchspersonen mitgeteilt, dass der Kurs der von ihnen gekauften Aktien leider sehr stark gesunken sei. Anschliessend wurden sie, ihre Gegenspieler und neutrale Beobachter gefragt, ob der Kursverlust vorhersehbar gewesen wäre. Die Käufer der Aktien beurteilten den Kursverlust als weniger vorhersehbar als Gegenspieler und Beobachter, für die der Kursverlust keine Auswirkungen auf das Selbstwertgefühl hatte. Für keinen anderen Ausgang wurde die Vorhersehbarkeit von Spieler, Gegenspieler und Beobachter unterschiedlich beurteilt.¹⁵ Dieses Ergebnis reflektiert eine oft angetroffene Situation in Haftpflichtprozessen: Der Beklagte taxiert die negativen Folgen seiner Handlung oder

Unterlassung als absolut nicht voraussehbar, während Kläger und (möglicherweise) Gericht anderer Auffassung sind.

b) Auch Experten sind fehlbar ^

[Rz 9] Auch Experten wie Ärzte, Richter und Buchprüfer¹⁶ unterliegen dem Rückschaufehler. Werden Ärzte gefragt, welche von vier Diagnosen sie nach Lektüre einer Krankengeschichte als am wahrscheinlichsten erachten, so wird ihre Wahl erheblich durch die (angeblich) bereits bekannte Diagnose beeinflusst. Insbesondere überschätzen die Ärzte in der Kontrollgruppe – die die richtige Diagnose nicht kennen – die Wahrscheinlichkeit, mit der sie die richtige Diagnose getroffen hätten. Der Rückschaufehler ist also auch dann robust, wenn die Urteile ein Gebiet betreffen, über das die befragten Personen sehr viel wissen.¹⁷ ARKES und Kollegen legen daher nahe, bei der Einholung einer Zweitmeinung dem zweiten Arzt die Diagnose des ersten Arztes nicht bekannt zu geben, wann immer dies möglich ist.

[Rz 10] Richter unterliegen dem Rückschaufehler, wenn sie beispielsweise gefragt werden, vorauszusagen, wie ein Berufungsgericht über eine Berufung entscheiden wird. Kennen sie das Resultat, so erachten sie diesen Ausgang des Berufungsverfahrens als voraussehbar – obwohl ihre Kollegen, die in Unkenntnis des Entscheids eine Prognose wagen mussten, diesen Ausgang nicht als wahrscheinlicher als andere mögliche Ergebnisse der Berufung beurteilten. Diesen Rückschaufehler zeigen sowohl amerikanische *magistrate court judges*¹⁸ als auch Richter und Richterinnen an schweizerischen Zivil- und Strafgerichten.¹⁹

3. Rückschauende Betrachtung im Recht ^

[Rz 11] Im gerichtlichen Alltag müssen ständig Handlungen beurteilt werden, deren regelmässig nachteilige Folgen bereits bekannt sind. Dabei verlangt das Recht sowohl beim zivilrechtlichen Schadenersatz nach Art. 41 ff. OR wie auch bei der Beurteilung der strafrechtlichen Fahrlässigkeit nach StGB, dass die Handlungen *ex ante* beurteilt werden.

[Rz 12] Verschulden im Sinne der zivilrechtlichen Haftung von Art. 41 OR «setzt voraus, dass der Schädiger die mögliche Verursachung einer Schädigung eines Dritten durch sein Verhalten erkennt oder erkennen kann. [...] Eine nicht voraussehbare Schädigung führt nicht zur Bejahung einer Verschuldenshaftung».²⁰ Beim strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff ist dies nicht anders: «Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung ist die Vorhersehbarkeit des Erfolgs» (BGE 127 IV 62, 65). In beiden Fällen muss daher der Richter in Kenntnis der negativen Folgen einer Handlung oder Unterlassung entscheiden, ob diese Folgen im Zeitpunkt der Handlung und Unterlassung, mithin bevor sie bekannt waren, vorhersehbar waren.

[Rz 13] Der Massstab, an dem bei der zivilrechtlichen Haftung die Sorgfaltspflicht, und mithin die Voraussehbarkeit, gemessen wird, ist ein objektiver.²¹ Es kommt nicht darauf an, ob der konkrete Schädiger in der Lage war, die Folgen seines Verhaltens vorauszusehen, sondern ob ein durchschnittlicher Angehöriger der Gruppe, der der Schädiger angehört, in der Lage gewesen wäre, die schädlichen Folgen seines Verhaltens vorauszusehen.²² Die Voraussehbarkeit ist aber aufgrund der objektiv vorhandenen Kenntnisse *in dem Zeitpunkt zu treffen, als der Schädiger die schädigende Handlung vorgenommen hat*. Einem Arzt kann beispielsweise nicht zum Vorwurf gereichen, dass er die potenzierende Wirkung von zwei von ihm verabreichten Medikamenten nicht voraussah, wenn dies im Zeitpunkt der Verabreichung erst in engsten Fachkreisen bekannt war (BGE 64 II 200, 202ff.).

[Rz 14] Die Frage, ob Menschen im Nachhinein die Haftung auch für kaum vorhersehbarer Ereignisse bejahen, wurde wiederholt empirisch untersucht. Das Ergebnis ist eindeutig. Beispielsweise raten nur 24% der befragten Personen, spezielle Massnahmen gegen eine Flut zu treffen, wenn ihnen nicht bekannt ist, dass eine Flut schwere Schäden angerichtet

hat. 57% der Befragten, denen die Folgen bekannt sind, beurteilen aber den Entscheid, keine speziellen Vorkehrungen getroffen zu haben, als fahrlässig.²³ In einer anderen Studie überschätzten Versuchspersonen die Vorhersehbarkeit, dass ein psychisch kranker Patient nach seiner Entlassung gewalttätig wird.²⁴

[Rz 15] Auch die Zusprechung von Strafschadenersatz (*punitive damages*) wird massgeblich erhöht, wenn die negativen Folgen einer Unterlassung bekannt sind;²⁵ ebenso wird eine Hausdurchsuchung eher als zulässig erachtet, wenn inkriminierendes Material gefunden wurde – obwohl die Zulässigkeit davon abhängen sollte, ob vor der Durchsuchung ein hinreichender Verdacht bestand.²⁶

[Rz 16] Ein verwandtes Phänomen ist, dass Verschulden umso eher angenommen wird, je grösser der angerichtete Schaden ist. Es entspricht einem menschlichen Bedürfnis, Ausgleich zu schaffen. Je grösser der Schaden, desto stärker dieses Bedürfnis, und umso eher wird die Verantwortung selbst bei kleinen Fehlern bejaht.²⁷

[Rz 17] Zu Recht wird daher im Zusammenhang mit Arzthaftungsprozessen davor gewarnt, einen Fehler des Arztes allzu schnell zu bejahen.²⁸ So ist es beispielsweise für einen Gutachter sehr schwierig zu beurteilen, ob ein Tumor in einem bildgebendem Verfahren für den behandelnden Arzt erkennbar war. Da der Gutachter weiss, dass ein Tumor vorlag, wird er den Tumor erkennen und schliessen, dass der Tumor auch für den behandelnden Arzt erkennbar sein musste, obwohl dies *ex ante* möglicherweise nicht der Fall war.²⁹

[Rz 18] Ein weiteres Gebiet, auf dem Gerichte regelmässig rückwirkende Betrachtungen anstellen müssen, ist das Patentrecht. Patentfähig ist eine Erfindung, wenn sie neu und in dem Zeitpunkt, in dem sie gemacht wurde, für einen Fachmann auf dem entsprechenden Gebiet nicht naheliegend war (Art. 1 PatG). Wenn Gerichte über die Gültigkeit eines Patents entscheiden müssen, ist die Erfindung – die Lösung einer technischen Aufgabe – aber bereits bekannt. Es besteht daher die durchaus bekannte Gefahr, dass im Nachhinein als offensichtlich beurteilt wird, was eben nicht naheliegend war, bevor die Erfindung gemacht wurde.³⁰ Empirische Studien belegen, dass tatsächlich oft als naheliegend beurteilt wird, was ohne Kenntnis von der Erfindung durchaus nicht offensichtlich erschien.³¹

4. Rückschaufehler vermeiden ^

[Rz 19] Der Rückschaufehler ist für die Justiz kein neues Phänomen. Schon der Volksmund sagt, dass man im Nachhinein immer schlauer ist. In der juristischen Literatur³² und der höchstrichterlichen Rechtsprechung³³ wird deshalb davor gewarnt, einer rückschauenden Betrachtung zu erliegen. Fraglich ist, ob diese Warnungen in Anbetracht der psychologischen Literatur, die ihnen jede Wirkung abspricht, sehr nützlich sind.

[Rz 20] Um den Rückschaufehler zu vermeiden, sollte daher wann immer möglich darauf abgestellt werden, ob der Schädiger die Regeln eingehalten hat, die im Zeitpunkt der schädigenden Handlung in Kraft waren. Sie umschreiben, bei welchem Verhalten ein Schaden vorausgesehen werden kann.³⁴ Die Rechtsprechung anerkennt denn auch die Bedeutung von staatlichen und unter gewissen Umständen auch privaten Vorschriften für die Festlegung des Sorgfaltsmassstabs: «Wo besondere, der Unfallverhütung und der Sicherheit dienende Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, richtet sich das Mass der im Einzelfall zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Das Gleiche gilt für entsprechende allgemein anerkannte Verhaltensregeln, auch wenn diese von einem privaten oder halböffentlichen Verband erlassen wurden und keine Rechtsnormen darstellen» (BGE 130 IV 7, 11).

[Rz 21] Die Rechtsprechung betont jedoch zugleich, dass die Einhaltung der Regeln nicht in allen Fällen zu exkulpieren vermag: «Das [sc. die Einhaltung einschlägiger Vorschriften] schliesst nicht aus, dass der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie etwa den allgemeinen Gefahrensatz gestützt werden kann» (BGE richterzeitung.weblaw.ch/.../edition.asp...

126 IV 13). Dies wird auch in der Lehre gerne betont.³⁵

[Rz 22] Überblickt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Verletzung von einschlägigen Normen in erster Linie zur Begründung der Sorgfaltspflichtverletzung verwendet wird, während der Nachweis der Einhaltung der Normen kaum je genügt, sich zu exkulpieren.³⁶ Entscheide wie BGE 76 II 167, 171, wo ein Verschulden des Landwirts verneint wurde, weil das Gesetz keine Beleuchtung vom Felde heimkehrender landwirtschaftlicher Fuhrwerke vorschrieb, sind meist älter.

[Rz 23] Der Rückschaufehler legt es nahe, dass die Sorgfalt in erster Linie an der Einhaltung einschlägiger Vorschriften gemessen werden sollte, wo diese vorhanden sind. Diese sind eine Kodifikation des Verhaltens, das im Zeitpunkt ihres Erlasses nach menschlichem Ermessen nicht zu Schädigungen Dritter führt. Kommt es trotz Einhaltung der einschlägigen Vorschriften zu Schäden Dritter, deutet dies darauf hin, dass der Schaden nicht voraussehbar war und sollte dazu führen, dass das Verschulden verneint wird.

[Rz 24] Wenn man fordert, dass sich die Sorgfaltswidrigkeit in erster Linie an der Einhaltung von bestehenden Regeln und Vorschriften misst, richtet sich das Augenmerk naturgemäss vermehrt auf diese Vorschriften und ihr Zustandekommen. Zu Recht wird bemerkt, dass die betroffenen Verkehrskreise den Sorgfaltsmassstab nicht selber bestimmen können;³⁷ man darf, bildlich gesprochen, den Bock nicht zum Gärtner machen. Andererseits bleiben staatliche Vorschriften oft hinter dem Stand der Technik zurück.³⁸

[Rz 25] Ehe man auf die Vorschriften von privaten oder para-staatlichen Organisationen abstellt, ist daher zu prüfen, wer die Normen erlassen hat. Sind in den entsprechenden Gremien nur Vertreter der potentiell Haftpflichtigen vertreten, oder handelt es sich um paritätisch besetzte Kommissionen? Zweitens: Werden die Normen laufend dem Stand der Technik angepasst und, besonders wichtig, gibt es einen Feedback-Mechanismus? Dass man einen Unfall als nicht voraussehbar taxiert, bedeutet nicht, dass man nicht für die Zukunft etwas daraus lernen kann und die Vorschriften anpassen sollte. Solche institutionalisierten Feedback-Mechanismen sind daher für die Qualität von Sicherheitsvorschriften zentral; sie bestehen bei der Flugsicherheit und (weniger ausgeprägt) in der Medizin. Die Anpassung der Normen für die Zukunft darf aber nicht, genauso wenig wie das Treffen zusätzlicher Sicherheitsmassnahmen durch den Schädiger nach einem Unfall, als Eingeständnis der Voraussehbarkeit des Schadens gesehen werden.³⁹

[Rz 26] Zusammengefasst handelt es sich beim Rückschaufehler – «war ja klar, dass das schief gehen würde» – um eine Fehlleistung des menschlichen Gedächtnisses, die sich durch blosse Warnungen nicht beheben lässt. Wo immer möglich sollte daher die Einhaltung von *ex ante* aufgestellten Sicherheitsrichtlinien den Schädiger exkulpieren.

-
- 1 BARUCH FISCHHOFF, For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight, in: DANIEL KAHNEMAN/PAUL SLOVIC/AMOS TVERSKY (Hrsg.), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge 1982, 335-354, 341.
 - 2 BARUCH FISCHHOFF, Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, Journal of Experimental Psychology 1975, 288-299.
 - 3 Siehe JAY J. CHRISTENSEN-SZALANKSI/CYNTHIA FOBIAN WILLHAM, The Hindsight Bias: A Meta-Analysis, Organizational Behavior and Human Decision Processes 1991, 147-168; Memory 2003, 329 ff. (Sondernummer zum Hindsight Bias); REBECCA L. GUILBAULT/FRED B. BRYANT/JENNIFER HOWARD BROCKWAY/EMIL J. POSAVAC, A Meta-Analysis of Research on Hindsight Bias, Basic and Applied Social Psychology 2004, 103-117.
 - 4 SCOTT A. HAWKINS/REID HASTIE, Hindsight: Biased Judgments of Past Events After the Outcomes Are Known, Psychological Bulletin 1990, 311-327, 323.

- 5 ULRICH HOFFRAGE/RALPH HERTWIG/GERD GIGERENZER, Hindsight Bias: A By-Product of Knowledge Updating?, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition* 2000, 566-581.
- 6 FISCHHOFF, FN 1, 291.
- 7 FISCHHOFF, FN 1, 292.
- 8 Vgl. die in FN 3 zitierten Autoren.
- 9 BARUCH FISCHHOFF, Perceived Informativeness of Facts, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1978, 349-358, 354; RÜDIGER F. POHL/WOLFGANG HELL, No Reduction in Hindsight Bias after Complete Information and Repeated Testing, *Organizational Behaviour and Human Decision Processes* 1996, 49-58; GUILBAULT/ BRYANT/ BROCKWAY/POSAVAC, FN 3, 115.
- 10 PAUL SLOVIC/BARUCH FISCHHOFF, On the Psychology of Experimental Surprises, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1977, 544-551.
- 11 JOCHEN MUSCH, Personality Differences in Hindsight Bias, *Memory* 2003, 473-489, 485.
- 12 MUSCH, FN 11, 477.
- 13 MUSCH, FN 11, 484.
- 14 MUSCH, FN 11, 485.
- 15 MELVIN M. MARK/RENEE REITER BOBURKA/KRISTEN M. EYSELL/LAURIE L. COHEN/STEVEN MELLOR, «I Couldn't Have Seen It Coming»: The Impact of Negative Self-Relevant Outcomes on Retrospections About Foreseeability, *Memory* 2003, 443-454.
- 16 JOHN C. ANDERSON/D. JORDAN LOWE/PHILIP M.J. RECKERS, Evaluation of auditor decisions: Hindsight bias effects and the expectation gap, *Journal of Economic Psychology* 1993, 711-737; CRAIG EMBLY/ALEXANDER M. G. GELARDI/D. JORDAN LOWE, A Research Note on the Influence of Outcome Knowledge on Audit Partners' Judgments, *Behavioral Research in Accounting* 2002, 86-103.
- 17 HAL R. ARKES/ROBERT L. WORTMANN/PAUL D. SAVILLE/ALLAN R. HARKNESS, Hindsight Bias Among Physicians Weighing the Likelihood of Diagnoses, *Journal of Applied Psychology* 1981, 252-254, 254.
- 18 GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 3, 802.
- 19 MARK SCHWEIZER, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, Diss. Zürich 2005, 219 ff.
- 20 KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Zürich 1995, 193.
- 21 Statt vieler OFTINGER/STARK, FN 20, 205 f.
- 22 VITO ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002, 56.
- 23 KIM A. KAMIN/JEFFREY RACHLINSKI, Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight, *Law and Human Behavior* 1995, 89-104.
- 24 SUSAN J. LABINE/GARY LABINE, Determination of Negligence and the Hindsight Bias, *Law and Human Behavior* 1996, 501-516. Falls die Gewalttätigkeit vorhersehbar war, ist der behandelnde Therapeut unter Umständen haftbar.
- 25 REID HASTIE/DAVID A. SCHADKE/JOHN W. PAYNE, Juror Judgments in Civil Cases: Hindsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages, *Law and Human Behavior* 1999, 597-613.
- 26 DOROTHY K. KAGEHIRO/RALPH B. TAYLOR/WILLIAM S. LAUFER/ALAN T. HARLANDT, Hindsight Bias and Third-Party Consentors to Warrantless Police Searches, *Law and Human Behavior* 1991, 305-314.
- 27 MARGRIT OSWALD, Schadenshöhe, Strafe und Verantwortungsattribution, *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 1989, 200-210; KATHRYN KADOUS, The Effects of Audit Quality and Consequence Severity on Juror Evaluations of Auditor Responsibility for Plaintiff Losses, *The Accounting Review* 2000, 327-341. KADOUS zeigt, dass die Qualität der buchprüferischen Arbeit keinen Einfluss auf die Haftung hat, wenn nur der Schaden (Konkurs und Verlust zahlreicher Stellen) gross genug ist.
- 28 PETER JÄGER/ANGELA SCHWEITER, Der Hindsight Bias (Rückschaufehler) – ein grundsätzliches Problem bei der Beurteilung ärztlichen Handelns in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen, *Schweizerische Ärztezeitung* 2005, 1940-1943.

- 29 ERIN M. HARLEY/KERI A. CARLSEN/GEOFFREY R. LOFTUS, The «Saw-It-All-Along» Effect: Demonstrations of Visual Hindsight Bias, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition* 2004, 960-968.
- 30 CHRISTOPH BERTSCHINGER in: CHRISTOPH BERTSCHINGER/PETER MÜNCH/TOMAS GEISER (Hrsg.), *Patentrecht*, Basel 2002, Rz. 4.123. BERTSCHINGER weist auch darauf hin, dass es in der Praxis äusserst schwierig ist, eine rückschauende Betrachtung zu vermeiden (Rz. 4.124).
- 31 GREGORY M. MANDEL, *Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational*, *Ohio State Law Journal* 2006, 1391-1453; derselbe, *Patently Non-Obvious II: Experimental Study on the Hindsight Issue Before the Supreme Court in KSR v. Teleflex*, *Yale Journal of Law & Technology* 2006, 1-43.
- 32 Z. B. ROBERTO, FN 22, Rz. 191 und 194; PIERRE WIDMER, *Privatrechtliche Haftung*, in: PETER MÜNCH/TOMAS GEISER (Hrsg.), *Schaden – Haftung – Versicherung*, Basel etc. 1999, 7-93, Rz. 2.53; PETER JÄGER/ANGELA SCHWEITER, FN 28, 1940 ff.
- 33 BGE 113 II 429, 432: Es gehe nicht an «aus einer Behandlung oder Operation, die sich nachträglich als unangemessen oder sogar verfehlt erweist, leichthin auf eine haftungsbegründende Vertragsverletzung zu schliessen»; ebenso 130 IV 7, 12.
- 34 OFTINGER/STARK, FN 20, 204.
- 35 ALFRED KELLER, *Haftpflcht im Privatrecht*, 6. Aufl., Bern 2002, 123; OFTINGER/STARK, FN 20, 216.
- 36 Nachweise von Urteilen, in denen trotz Einhaltung einschlägiger Normen gegen den Schädiger entschieden wurde bei OFTINGER/STARK, FN 20, 216, Fn. 108.
- 37 ROBERTO, FN 22, 18.
- 38 ROBERTO, FN 22, 15.
- 39 HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflchtrecht*, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 877; KELLER, FN 35, 122.

Erschienen in «Justice - Justiz - Giustizia» 2008/1

Zitiervorschlag Mark Schweizer, *Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste*, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2008/1

^{mSc} Dr. iur., LL.M, Rechtsanwalt in Zürich. Der Autor hat eine mit dem Prof. Walther Hug Preis ausgezeichnete Dissertation zum Einfluss kognitiver Täuschungen auf juristische Entscheidungen verfasst (Kognitive Täuschungen vor Gericht, Diss. ZH 2005).

[back \(2008/1\)](#) ◀

