

§ 14 Rückschaufehler (*hindsight bias*)

- 619 „Das musste ja so kommen“ – im Nachhinein erscheinen die Folgen einer Handlung oder der Ausgang einer Geschichte oft vorbestimmt. Die Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses retrospektiv zu überschätzen, wird in der Psychologie als Rückschaufehler (*hindsight bias*) bezeichnet. Nach BARUCH FISCHHOFF.⁹⁸²

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.

- 620 Der Rückschaufehler wurde erstmals 1975 durch FISCHHOFF systematisch untersucht.⁹⁸³ Seither wurde er in zahlreichen Studien erforscht und hat sich als eines der robustesten Phänomene der Gedächtnisforschung erwiesen. Eine umfassende Meta-Analyse von CHRISTENSEN-SZALANKSI/WILLHAM, die 128 Studien, publiziert in 40 Artikeln, umfasste, fand nur sechs Studien, in denen kein signifikanter Rückschaufehler festgestellt wurde.⁹⁸⁴ 2003 erschien eine Sondernummer der Zeitschrift *Memory*, die ausschliesslich dem Rückschaufehler gewidmet war⁹⁸⁵ und 2004 wurde eine weitere Meta-Analyse publiziert, die 95 Studien umfasste.⁹⁸⁶

- 621 Die Studien zum Rückschaufehler lassen sich nach ihrem Design in solche mit Gedächtnisdesign und solche mit hypothetischem Design einteilen.⁹⁸⁷ Beim Gedächtnisdesign beantworten die Versuchspersonen Fragen, ohne dass sie die richtige Antwort oder den Ausgang der Geschichte kennen, erfahren anschliessend (oder nach einer Verzögerung) die Antwort und werden dann (oder nach einer Verzögerung) gebeten, sich an ihre ursprüngliche Antwort zu erinnern. Beim hypothetischen Design werden die Versuchspersonen gebeten, einzuschätzen, wie vorhersehbar der Ausgang eines Szenarios für andere, oder für sich selbst, ohne das Wissen um den Ausgang gewesen wäre, oder wie viele Personen eine Frage richtig beantwortet hätten, wenn die Antwort nicht bekannt gewesen wäre.⁹⁸⁸ Der Rückschaufehler ist beim hypothetischen Design in der Regel grösser als beim Gedächtnisdesign.⁹⁸⁹

⁹⁸² BARUCH FISCHHOFF, For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight, in: KAHNEMAN/SLOVIC/TVERSKY (Hrsg.), 335-354, 341.

⁹⁸³ BARUCH FISCHHOFF, Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, *Journal of Experimental Psychology* 1975, 288-299.

⁹⁸⁴ JAY J. CHRISTENSEN-SZALANKSI/CYNTHIA FOBIAN WILLHAM, The Hindsight Bias: A Meta-Analysis, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1991, 147-168.

⁹⁸⁵ *Memory* 2003, 329 ff.

⁹⁸⁶ 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.

⁹⁸⁷ ULRICH HOFFRAGE/RÜDIGER F. POHL, Research on hindsight bias: A Rich Past, a Productive Present and a Challenging Future, *Memory* 2003, 329-335, 330.

⁹⁸⁸ RALPH HERTWIG/GERD GIGERENZER/ULRICH HOFFRAGE, The Reiteration Effect in Hindsight Bias, *Psychological Review* 1997, 194-202, 195 schlagen vor, den Begriff *hindsight bias* für das Phänomen zu

Besonderer Teil

- 622 Nach dem verwendeten Stimulus-Material lassen sich die Studien einteilen in solche, die Allgemeinwissensfragen verwenden („Wie viele Knochen hat der menschliche Körper?“), solche, die Szenarien (Geschichten) verwenden (z.B. den Krieg zwischen den Briten und den Gurkas im 19. Jh. in Indien) und solche, die tatsächliche Ereignisse, über die in den Medien berichtet wird (z.B. Ergebnisse von Fussballspielen oder Bundestagswahlen) verwenden.
- 623 Während für die Gedächtnisforschung in erster Linie das Gedächtnisdesign interessant ist – die Studien in der Sondernummer von *Memory* folglich auch mehrheitlich dieses Design verwenden – ist für den Juristen die Kombination von hypothetischem Design mit Szenarien als Stimulus-Material von höchstem Interesse. Dieses Design reflektiert das, was ein Gericht macht, wenn es die Vorhersehbarkeit der Folgen einer Handlung im Nachhinein beurteilen muss.
- 624 Eng verwandt mit dem Rückschaufehler ist der Ausgangseffekt (*outcome effect*). Eine Entscheidung in einem Einzelfall sollte nach ihrem Potential, d.h. nach der Wahrscheinlichkeit, das sie zu einem positiven Resultat führt, beurteilt werden. Ob die Entscheidung richtig war, beurteilt sich unabhängig davon, ob das positive Resultat tatsächlich eingetreten ist. Ein Beispiel: Wenn zwei Personen die Wahl zwischen zwei Spielen haben, wobei (a) die Chance beinhaltet, Fr. 100 zu gewinnen, wenn eine faire Münze auf „Zahl“ fällt; und (b) die Chance, Fr. 100 zu gewinnen, wenn ein fairer Würfel eine sechs zeigt, dann ist die einzig rationale Entscheidung, das Spiel (a) zu wählen, da es einen höheren erwarteten Wert hat.⁹⁹⁰ Dies gilt auch dann, wenn die Person, die (b) gewählt hat, zufälligerweise gewinnt, während die Person, die (a) gewählt hat, verliert, weil die Münze auf Kopf fällt.
- 625 Bei einem Beispiel, bei dem sich die Wahrscheinlichkeiten einfach und mit Sicherheit berechnen lassen, leuchtet dies unmittelbar ein. Was aber, wenn die Situation ambivalent und unklar ist und verschiedene Indizien für eine grössere Wahrscheinlichkeit der einen oder anderen Folge der Entscheidung sprechen? Der Rückschaufehler führt in solchen Fällen dazu, dass die tatsächlichen Folgen der Entscheidung als wahrscheinlicher betrachtet werden, als sie es im Zeitpunkt der Entscheidung objektiv waren. Dementsprechend wird eine Entscheidung, die negative Konsequenzen hatte, eher als „falsch“ beurteilt, obwohl sie objektiv, im Zeitpunkt, in dem sie getroffen wurde, die richtige Entscheidung war. In einer Studie von JONATHAN BARON und JOHN C. HERSHEY wurde den Versuchspersonen gesagt, dass bei einer bestimmten Herzoperation acht von hundert Patienten an Komplikationen der Operation sterben. Die Versuchspersonen wurden gebeten, den Entscheid des Arztes zu beurteilen, die Operation durchzuführen. Die Versuchspersonen, denen gesagt wurde, dass die Operation erfolgreich verlaufen war, bewerteten die Entscheidung signifikant positiver als diejenigen, denen mitgeteilt wurde, dass der Patient an den Folgen der Operation

reservieren, dass beim Gedächtnisdesign beobachtet wird und den Ausdruck „*knew-it-all-along*“ Effekt für das beim hypothetischen Design beobachtete Phänomen zu verwenden. Da in der juristischen Literatur, und meinem Eindruck nach auch in den meisten psychologischen Publikationen, dieser terminologischen Unterscheidung nicht gefolgt wird, verzichte ich hier ebenfalls darauf.

⁹⁸⁹ Nachweise bei RÜDIGER F. POHL/MARKUS EISENHAEUER/OLIVER HARDT, SARA: A Cognitive Process Model to Simulate the Anchoring Effect and Hindsight Bias, *Memory* 2003, 337-356, 348.

⁹⁹⁰ RAANAN LIPSHITZ/DALYA BARAK, Hindsight wisdom: Outcome Knowledge and the Evaluation of Decisions, *Acta Psychologica* 1995, 105-125, 106; das Beispiel wird AMOS TVERSKY zugeschrieben.

starb.⁹⁹¹ Handlungen, die zu positiven Folgen führten, werden auch eher als im Einklang mit den im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen stehend gesehen als Handlungen mit negativen Folgen.⁹⁹² Grundsätzlich gilt: je schlimmer die Folgen einer Entscheidung, desto negativer wird das Verhalten bewertet, das zu den Folgen führte.⁹⁹³

- 626 Der Rückschaufehler wird allgemein als Nebenerscheinung adaptiven Lernens betrachtet. HAWKINS/HASTIE bezeichnen ihn als „die dunkle Seite erfolgreichen Lernens“.⁹⁹⁴ Selektive Aufmerksamkeit und selektive Abrufung von Erinnerungen 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. Diese Anpassung des Modells an geänderte Verhältnisse ist eine Voraussetzung für induktives Lernen. 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.⁹⁹⁵ Solche Urteile aufgrund eines „veralteten“ Modells waren während eines grossen Teils der menschlichen Evolutionsgeschichte weder verlangt noch nützlich. Der Rückschaufehler steht daher durchaus im Einklang mit der evolutionären Sicht der Psychologie und ist weniger in die Kritik geraten als andere in der *heuristics and biases* Literatur beschriebenen Phänomene.
- 627 Im Folgenden wird ein Überblick über die psychologische Forschung zum Rückschaufehler gegeben, wobei nicht auf die verschiedenen – teilweise sehr komplexen – theoretischen Konzepte eingegangen wird.⁹⁹⁶ Anschliessend werden empirische Studien mit spezifisch rechtlichen Fragestellungen zusammengefasst und die eigene Studie dargestellt. Für die Literatur, die vor 1990 erschienen ist, verlasse ich mich auf den Übersichtsartikel von HAWKINS/HASTIE aus dem Jahr 1990.⁹⁹⁷

I. Psychologie: Empirische Studien

- 628 FISCHHOFF liess in seiner klassischen Studie die Wahrscheinlichkeit verschiedener möglicher Folgen eines historischen Ereignisses von einer Kontrollgruppe einschätzen, die keine Kenntnis von den tatsächlichen Folgen hatte. Andere Versuchspersonen, denen zuvor die angebliche Folge mitgeteilt worden war, sollten dieselben Einschätzungen treffen, und

⁹⁹¹ JONATHAN BARON/JOHN C. HERSHEY, Outcome Bias in Decision Evaluations, *Journal of Personality and Social Psychology* 1989, 569-579, 571 f. (1988).

⁹⁹² LISPHITZ/BARAK, FN 990, 115.

⁹⁹³ MICHAEL R. BALDWIN/CHRIS L. KLEINKE, Effects of Severity of Accident, Intent, and “Alcoholism is a Disease” Excuse on Judgments of a Drunk Driver, *Journal of Applied Social Psychology* 1994, 2097-2109. Weitere Nachweise bei PHILIP G. PETERS, Hindsight Bias and Tort Liability: Avoiding Premature Conclusions, *Arizona State Law Review* 1999, 1277-1314, 1283 Fn. 46 und RACHLINSKI, FN 190, 581 Fn. 36.

⁹⁹⁴ SCOTT A. HAWKINS/REID HASTIE, Hindsight: Biased Judgments of Past Events After the Outcomes Are Known, *Psychological Bulletin* 1990, 311-327, 323.

⁹⁹⁵ 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.

⁹⁹⁶ Einen Überblick zu diesen bieten die in der bereits erwähnten Sondernummer von *Memory* erschienen Artikel.

⁹⁹⁷ HAWKINS/HASTIE, FN 994.

Besonderer Teil

zwar so, als ob sie die Folge nicht kennen würden. Es zeigte sich, dass die Versuchspersonen dazu nicht in der Lage waren und die Wahrscheinlichkeit der „tatsächlichen“ Folge systematisch überschätzten.⁹⁹⁸ Auch betrachteten die Versuchspersonen Informationen, die aufgrund der Folgen als relevant erschienen, als von vorneherein besonders relevant; dies im Unterschied zur Kontrollgruppe, die diesen Informationen keine vertiefte Bedeutung zumass.⁹⁹⁹ FISCHHOFF bezeichnete das Phänomen als „schleichenden Determinismus“ (*creeping determinism*), d.h. im Nachhinein erscheinen die Läufe der Welt vorbestimmt.

- 629 Explizite Warnungen, den Rückschaufehler nicht zu begehen, zeigen keinen oder nur einen sehr geringen Effekt. Auch wenn die Versuchspersonen darauf hingewiesen werden, dass Menschen den Rückschaufehler begehen und übertreiben, wie viel sie im Vorneherein gewusst hätten, begehen sie substantielle Rückschaufehler.¹⁰⁰⁰ GUILBAULT und Kollegen halten in ihrer Meta-Analyse fest, dass Manipulationen zur Reduktion des Rückschaufehlers i. d. R. keinen signifikanten Effekt haben.¹⁰⁰¹ Die einzige Manipulation, die einigermaßen Erfolg versprechend ist, ist, die Versuchspersonen zu zwingen, Gründe aufzuführen, die zu den Folgen geführt haben könnten, die *nicht* eingetreten sind.¹⁰⁰² Der Schuss kann aber nach hinten losgehen, wenn die Versuchspersonen gezwungen werden, sehr viele (zehn oder mehr) Gründe aufzuführen, warum es zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können. Versuchspersonen empfinden dies als schwierig und nehmen daher vermehrt an, das „tatsächliche“ Ergebnis sei das einzige plausible gewesen.¹⁰⁰³
- 630 Eine detailliertere Schilderung des Szenarios (mehrere hundert Wörter) führt zu einem stärkeren Rückschaufehler.¹⁰⁰⁴
- 631 Der Rückschaufehler wurde auch mit visuellen Stimuli dokumentiert.¹⁰⁰⁵ Bei einem typischen Experiment werden den Versuchspersonen verschwommene Bilder gezeigt, die allmählich schärfer werden. Während die Kontrollgruppe nicht weiss, was auf den Bildern schliesslich zu sehen sein wird, weiss die Versuchsgruppe dies bereits im Voraus. Die Versuchsgruppe wird gefragt, wann jemand ohne Kenntnis vom Inhalt des Bildes den Inhalt frühestens erkennen kann. Dabei zeigt sich, dass dieser Zeitpunkt systematisch zu

⁹⁹⁸ FISCHHOFF, FN 983, 291.

⁹⁹⁹ FISCHHOFF, FN 983, 292.

¹⁰⁰⁰ 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.

¹⁰⁰¹ GUILBAULT/ BRYANT/ BROCKWAY/ POSAVAC, FN 986, 115.

¹⁰⁰² PAUL SLOVIC/BARUCH FISCHHOFF, On the Psychology of Experimental Surprises, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1977, 544-551.

¹⁰⁰³ LAWRENCE J. SANNA/NORBERT SCHWARZ/SHEVAUN L. STOCKER, When Debiasing Backfires: Accessible Content and Accessibility Experiences in Debiasing Hindsight, *Journal of Experimental Psychology* 2002, 497-502.

¹⁰⁰⁴ DONALD C. PENNINGTON, Being Wise After the Event: An Investigation of Hindsight Bias, *Current Psychological Research* 1981, 271-282.

¹⁰⁰⁵ 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.

früh geschätzt wird.¹⁰⁰⁶ Explizite Warnungen, die den Rückschaufehler erklären und darauf hinweisen, dass er durch die Kenntnis des Inhaltes des Bildes verursacht wird, zeigen keine positive Wirkung.¹⁰⁰⁷ HARLEY/CARLSEN/LOFTUS weisen darauf hin, dass diese Ergebnisse Konsequenzen beispielsweise für Arzthaftungsprozesse haben können. Der Gutachter, der beurteilen muss, ob ein Tumor auf einem Röntgenbild vom behandelnden Arzt hätte erkannt werden können, weiss meist, dass ein Tumor vorhanden war und die Diagnose verpasst wurde. Es ist sehr schwierig bis unmöglich für ihn, diese Information bei der Beurteilung des Bildes zu ignorieren, was dazu führen kann, dass er die Erkennbarkeit des Tumors bejaht, obwohl er ohne das Wissen um seine Existenz nicht erkennbar gewesen ist.¹⁰⁰⁸

- 632 Persönlichkeitsmerkmale haben einen gewissen Einfluss auf den Rückschaufehler, können ihn aber nicht vollständig erklären. Personen, die ein starkes Bedürfnis nach positiver Selbstdarstellung haben, zeigen bei Studien mit Gedächtnisdesign einen verstärkten Rückschaufehler; d.h. sie geben häufiger an, dass sie die richtige Antwort auch gewusst hätten.¹⁰⁰⁹ Man darf annehmen, dass sie ungern zugeben, etwas nicht gewusst zu haben. Einen noch stärkeren Einfluss auf den Rückschaufehler zeigen Persönlichkeitsmerkmale, die unter den Begriffen „Intoleranz für Ambivalenz“ (*intolerance for ambiguity*) und Dogmatismus zusammengefasst werden. Menschen, die diese Persönlichkeitsmerkmale aufweisen, haben ein verstärktes Bedürfnis nach Sicherheit, Klarheit und einer geordneten, sinnhaften und vorhersehbaren Welt.¹⁰¹⁰ Sie zeigen ebenfalls einen verstärkten Rückschaufehler.¹⁰¹¹ Von den „grossen fünf“ Persönlichkeitsmerkmalen – Extraversion, Neurotizismus, Freundlichkeit, Gewissenhaftigkeit, Offenheit für Erfahrung – scheint am ehesten Gewissenhaftigkeit mit einem verstärkten Rückschaufehler assoziiert zu sein.¹⁰¹² Persönlichkeitsmerkmale haben einen stärkeren Einfluss in Studien mit hypothetischem Design als in Studien mit Gedächtnisdesign.¹⁰¹³
- 633 Eine Umkehr des Rückschaufehlers kann bei sehr überraschenden Resultaten auftreten.¹⁰¹⁴ In diesem Fall tritt ein Phänomen auf, dass man mit „Also damit konnte nun wirklich keiner rechnen“ zusammenfassen lässt und dazu führt, dass der „tatsächliche“ Ausgang im Nachhinein als sehr unwahrscheinlich bewertet wird. Wichtig ist, dass die Umkehrung nur bei überraschendem Ausgang, der (fast) keinen Sinn ergibt, nicht aber bei wenig oder einigermaßen überraschendem, erklärbarem Ausgang auftritt.¹⁰¹⁵ Weder ein Rückschau-

¹⁰⁰⁶ HARLEY/CARLSEN/LOFTUS, FN 1005, 965.

¹⁰⁰⁷ HARLEY/CARLSEN/LOFTUS, FN 1005, 963.

¹⁰⁰⁸ HARLEY/CARLSEN/LOFTUS, FN 1005, 966.

¹⁰⁰⁹ JOCHEN MUSCH, Personality Differences in Hindsight Bias, *Memory* 2003, 473-489, 485.

¹⁰¹⁰ MUSCH, FN 1009, 477.

¹⁰¹¹ MUSCH, FN 1009, 484.

¹⁰¹² MUSCH, FN 1009, 485.

¹⁰¹³ MUSCH, FN 1009, 486.

¹⁰¹⁴ CHEZY OFIR/DAVID MAZURSKY, Does a Surprising Outcome Reinforce or Reverse the Hindsight Bias?, *Organizational Behavior and Human Decision Making Processes* 1997, 51-57.

¹⁰¹⁵ MARK V. PEZZO, Surprise, Defence Or Making Sense: What Removes Hindsight Bias?, *Memory* 2003, 421-441.

Besonderer Teil

fehler noch seine Inversion treten auf, wenn ein Ereignis gänzlich den Erwartungen entspricht und überhaupt nicht überraschend ist.¹⁰¹⁶

- 634 Die Umkehr tritt vor allem bei überraschendem Ausgang auf, der ein schlechtes Licht auf die 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 die Versuchspersonen, die die Aktien gekauft hatten, 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.¹⁰¹⁷ Dieses Ergebnis reflektiert eine oft angetroffene Situation in Haftpflichtprozessen: der Beklagte taxiert die negativen Folgen seiner Handlung als absolut nicht voraussehbar, während Kläger und Gericht anderer Auffassung sind.

II. Psychologie: Empirische Studien mit Experten

A. Ärzte

- 635 ARKES/WORTMANN/SAVILLE/HARKNESS verglichen die Diagnose durch Ärzte, die eine nicht-diagnostizierte Fallbeschreibung lasen, mit der Diagnose durch Ärzte, die dieselbe Fallbeschreibung beurteilten, die aber bereits mit einer bestimmten Diagnose versehen war. Beide Gruppen wurden gebeten anzugeben, für wie wahrscheinlich sie eine von vier zur Auswahl stehenden Diagnosen hielten. Die Versuchsgruppe wurde gebeten, diese Einschätzung ungeachtet der bereits erfolgten Diagnose zu machen. Das Experiment zeigte den üblichen Rückschaufehler, d.h. die Ärzte in der Versuchsgruppe überschätzten die Wahrscheinlichkeit, mit der sie die tatsächliche Diagnose ohne vorgängige Kenntnis der Diagnose getroffen hätten. Der Rückschaufehler ist also auch dann robust, wenn die Urteile über ein Szenario abgegeben werden, über das die befragten Personen sehr viel wissen.¹⁰¹⁸ ARKES und Kollegen weisen darauf hin, dass es ihr Ergebnis als angezeigt erscheinen lässt, bei der Einholung einer Zweitmeinung dem zweiten Arzt die Diagnose des ersten Arztes nicht bekannt zu geben, wenn immer dies möglich ist.
- 636 In einer weiteren Studie testeten ARKES und Kollegen die von SLOVIC/FISCHHOFF vorgeschlagene Strategie zur Reduktion des Rückschaufehlers. Erneut wurde den Ärzten eine Fallbeschreibung vorgelegt und sie anschliessend gebeten, eine Diagnose abzugeben. Bei der Versuchsgruppe war dem Fall bereits eine der drei Diagnosen Alkoholentzug,

¹⁰¹⁶ Pezzo, FN 1015, 427.

¹⁰¹⁷ 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.

¹⁰¹⁸ 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.

Alzheimer oder Hirnverletzung zugeordnet. Der Vergleich von Kontroll- und Testgruppe zeigte den typischen Rückschaufehler, d.h. die Ärzte in der Versuchsgruppe gaben auf die Frage, welche Wahrscheinlichkeit sie jeder Diagnose in Unkenntnis der tatsächlichen Diagnose zugeordnet hätten, Antworten, die systematisch in Richtung der „tatsächlichen“ Diagnose verzerrt waren. Wurden die Versuchspersonen aber gezwungen, je einen aus der Fallbeschreibung ersichtlichen Grund für jede der drei möglichen Diagnosen aufzuführen, verschwand der Rückschaufehler weitgehend.¹⁰¹⁹

B. Buchprüfer

- 637 CRAIG EMBLY, ALEXANDER GELARDI und JORDAN LOWE baten 122 Partner der damals noch *Big Five* Buchprüfungsfirmen die finanzielle Lage eines fiktiven Unternehmens und deren Beurteilung durch einen anderen Buchprüfer zu bewerten. Wurde den Partnern gesagt, dass die Gesellschaft inzwischen Konkurs gegangen sei, betrachteten sie diesen Ausgang als vorhersehbarer als diejenigen Partner, denen keine Informationen über das Schicksal der Firma mitgeteilt worden waren. Auch bewerteten sie Indizien, die für einen baldigen Konkurs sprachen, als wichtiger als Indizien, die dagegen sprachen (es gab gleich viele Indizien, die für oder gegen einen Konkurs sprachen).¹⁰²⁰
- 638 EMBLY und Kollegen fanden auch einen signifikanten Ausgangseffekt, d.h. die Beurteilung der Revision hing vom positiven oder negativen Ausgang des Szenarios ab (die Qualität der Revision wurde auf einer Skala von 1-10 bei gutem Ausgang mit 6,9 bewertet, bei schlechtem Ausgang mit 5,6 und ohne Angabe eines Ausgangs mit 6,6).¹⁰²¹ Die Resultate von EMBLY und Kollegen decken sich weitgehend mit den Resultaten einer Studie von ANDERSON, LOWE und RECKERS aus dem Jahr 1993.¹⁰²² ANDERSON und Kollegen stellten insbesondere auch fest, dass ihre Versuchspersonen in Abhängigkeit vom Ausgang Indizien, die auf einen positiven oder negativen Ausgang hindeuteten, unterschiedliches Gewicht beimessen.¹⁰²³

C. Richter

- 639 GUTHRIE /RACHLINSKI/WISTRICH legten amerikanischen *magistrate court judges* eine kurze Zusammenfassung eines erstinstanzlichen Urteils vor. Einem Drittel der Richter wurde gesagt, dass das Berufungsgericht das Urteil aufgehoben und mit der Auflage, eine geringere Sanktion auszusprechen, an die Vorinstanz zurückgewiesen habe, einem Drittel, dass das Urteil in der Berufung bestätigt wurde und einem Drittel, dass das Urteil und die vom erstinstanzlichen Gericht ausgesprochenen Sanktionen kassiert wurde. Die Richter

¹⁰¹⁹ ARKES/FAUST/GUILMETTE/HART, Eliminating the Hindsight Bias, *Journal of Applied Psychology* 1988, 305-307, zitiert nach HAWKINS/HASTIE, FN 997, 318.

¹⁰²⁰ 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.

¹⁰²¹ EMBLY/GELARDI/LOWE, FN 1020, 97.

¹⁰²² 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.

¹⁰²³ ANDERSON/LOWE/RECKERS, FN 1022, 730.

Besonderer Teil

wurden gefragt, welchen Ausgang des Berufungsverfahrens sie selber, in Unkenntnis des tatsächlichen Ausgangs, für wie wahrscheinlich gehalten hätten.¹⁰²⁴

- 640 GUTHRIE und Kollegen stellten einen signifikanten Rückschaufehler fest. Beispielsweise gaben 81,5 % der Richter, denen gesagt worden war, dass das Urteil vom Berufungsgericht bestätigt worden war, an, dass sie diesen Ausgang des Berufungsverfahrens vorausgesehen hätten, gegenüber nur 27,8 % der Richter, denen gesagt wurde, dass das Urteil aufgehoben wurde.¹⁰²⁵
- 641 Auch die 59 bundes- und gliedstaatlichen amerikanischen Richter, die an einer Studie von ANDERSON und Kollegen teilnahmen, begingen substantielle Rückschaufehler. Sie bewerteten die Qualität der Arbeit der Buchprüfer zudem je nach positivem oder negativem Ausgang unterschiedlich und unterlagen somit einem Ausgangseffekt.¹⁰²⁶
- 642 REID HASTIE und W. KIP VISCUSI berichten von einer eigenen Studie, in der Richter dem Rückschaufehler weniger stark unterlagen als Laien und schlugen vor, die Zusprechung von Strafschadenersatz der Zuständigkeit der Geschworenen zu entziehen und in die Hände der Richter zu legen.¹⁰²⁷ Wie LEMPERT jedoch überzeugend nachweist, erlauben die von HASTIE/VISCUSI erhobenen Daten weder den von ihnen gezogenen Schluss auf die geringere Fehleranfälligkeit von Richtern noch stützen sie die von ihnen empfohlene Reform des Prozessrechts.¹⁰²⁸

III. Recht: Empirische Studien

- 643 KIM A. KAMIN und JEFFREY RACHLINSKI untersuchten, ob die Tatsache, dass eine Flut mit Sachschäden stattgefunden hat, die Einschätzung beeinflusst, ob die politische Gemeinde, die den Schaden erlitten hat, Massnahmen hätte treffen müssen, um Schaden zu vermeiden.¹⁰²⁹ In der Vorschau-Perspektive nahmen die Versuchspersonen – Studierende der Universität Stanford – an einer fiktiven Sitzung des Gemeinderates teil. Sie hörten (ab Band) die Aussagen von sechs Sachverständigen zur Wahrscheinlichkeit und den Folgen einer Flut auf Gemeindegebiet sowie den Kosten von Schutzmassnahmen. Anschliessend wurden sie gefragt, ob sie der Gemeinde empfehlen würden, Massnahmen gegen die Folgen einer Flut zu treffen.

¹⁰²⁴ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 802.

¹⁰²⁵ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 802.

¹⁰²⁶ ANDERSON/LOWE/RECKERS, FN 1022, 730. Siehe auch JOHN C. ANDERSON/MARIANNE JENNINGS/D. JORDAN LOWE/PHILIP M.J. RECKERS, The Mitigation of Hindsight Bias in Judges' Evaluations of Auditor Decisions, *Auditing: Journal of Practice and Theory* 1997, 20-39.

¹⁰²⁷ REID HASTIE/W. KIP VISCUSI, What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance as a Risk Manager, *Arizona Law Review* 1998, 901-921.

¹⁰²⁸ RICHARD LEMPERT, Juries, Hindsight, And Punitive Damage Awards: Failures of a Social Science Case for Change, *DePaul Law Review* 1999, 867-893. Siehe auch JEFFREY RACHLINSKI, Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation?, *Oregon Law Review* 2000, 61-102, 65, der darauf hinweist, dass kognitive Täuschungen einfacher bei anderen zu entdecken sind als bei einem selbst und daher eher bei Geschworenen als bei Richtern erkannt und korrigiert werden.

¹⁰²⁹ KIM A. KAMIN/JEFFREY RACHLINSKI, Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight, *Law and Human Behavior* 1995, 89-104.

- 644 Die Versuchspersonen in der Rückschau-Gruppe hörten dieselben sechs Zeugen an; ihnen wurde aber gesagt, dass sie als Geschworene in einem Prozess über die Haftung der Stadt zu entscheiden hätten, nachdem eine Flut das Gebäude des Klägers zerstört hatte.¹⁰³⁰
- 645 Nur 24 % der Versuchspersonen in der Vorschau-Gruppe empfahlen der Gemeinde, Massnahmen gegen die Folgen einer Flut zu treffen, aber 57 % der Personen in der Rückschau-Gruppe beurteilten den Entscheid, keine Massnahmen zu treffen, als fahrlässig und bejahten die Haftung der Gemeinde für die Flutschäden.¹⁰³¹ Die bei einem Teil der Rückschau-Gruppe eingefügte Instruktion, sich vorzustellen, wie die Ereignisse, die zu den Flutschäden geführt haben, sich anders abgespielt haben könnten, hatte keinen Einfluss auf die Beurteilung der Haftung.¹⁰³² Erfolgreiches *De-biasing* scheint vorauszusetzen, dass die Versuchspersonen tatsächlich aktiv Gründe für und gegen den Eintritt des Ereignisses aufführen; die blossе Aufforderung dazu genügt nicht.¹⁰³³
- 646 SUSAN und GARY LABINE legten ihren Versuchspersonen – aus der Gesamtbevölkerung rekrutiert – die Anamnese eines psychisch kranken Patienten und eine Beschreibung der Behandlungsschritte des Therapeuten vor. Einem Drittel der Versuchspersonen wurde gesagt, dass der Patient in der Folge gewalttätig wurde, einem Drittel, dass der Patient nicht gewalttätig wurde und einem Drittel wurde kein Ausgang mitgeteilt.¹⁰³⁴
- 647 Nach dem Tarasoff-Urteil (*Tarasoff v. Regents of University of California*, 1976) muss ein Therapeut, der die Gefährlichkeit eines Patienten erkennen kann, vernünftige Sorgfalt („*reasonable care*“) anwenden, um zu verhindern, dass der Patient Dritte schädigt. Die Versuchspersonen, denen mitgeteilt wurde, dass der Patient gewalttätig wurde, beurteilten die Behandlung weniger positiv als die Kontrollgruppe und schätzten die Wahrscheinlichkeit der Gewalttätigkeit höher ein (78 % gegenüber 51 % in der „keine Gewalt“ und 62 % in der „ohne Ausgang“ Gruppe). 24 % der Versuchspersonen, denen mitgeteilt wurde, dass der Patient gewalttätig wurde, hielten den Therapeuten für fahrlässig, gegenüber nur 9 % in der „ohne Ausgang“ und 6 % in der „keine Gewalt“ Gruppe.¹⁰³⁵
- 648 In einer Studie von HASTIE/SCHADKE/PAYNE wurde getestet, ob die vorausschauende oder zurückblickende Perspektive einen Einfluss auf die Zusprechung von Strafschadenersatz (*punitive damages*) hat.¹⁰³⁶ Nur 33 % der Versuchspersonen waren vorausschauend der Meinung, dass eine Eisenbahngesellschaft ohne Verbesserung der Sicherheit eines Streckenabschnitts die Strecke nicht mehr länger befahren dürfe, aber 67 % der Versuchspersonen

¹⁰³⁰ Nach der „*Learned Hand*“ Formel ist die Haftung dann gegeben, wenn Kosten der Schutzmassnahmen \leq Schadenssumme \times Eintretenswahrscheinlichkeit (*United States v. Carroll Towing Co.* (1947)). Die Haftung hängt also entscheidend davon ab, wie die Versuchspersonen die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts beurteilen.

¹⁰³¹ KAMIN/RACHLINKSI, FN 1029, 98.

¹⁰³² KAMIN/RACHLINKSI, FN 1029, 98.

¹⁰³³ KAMIN/RACHLINKSI, FN 1029, 100.

¹⁰³⁴ SUSAN J. LABINE/GARY LABINE, Determination of Negligence and the Hindsight Bias, *Law and Human Behavior* 1996, 501-516.

¹⁰³⁵ LABINE/LABINE, FN 1034, 510.

¹⁰³⁶ 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.

Besonderer Teil

sonen hielten das Befahren der Strecke ohne zusätzliche Sicherheitsmassnahmen für grobfahrlässig (*reckless*), nachdem es zu einem Unfall gekommen war, und sprachen Strafschadenersatz zu.¹⁰³⁷

- 649 Nach amerikanischem Zivilrecht hat eine Person, deren Wohnung zu Unrecht von der Polizei durchsucht wurde, unabhängig vom Erfolg der Suche einen Anspruch auf Schadenersatz. Ob eine Durchsuchung zu Recht erfolgt, hängt unter anderem davon ab, ob die Polizei einen Durchsuchungsbefehl vorweisen kann oder ob der Durchsuchung zugestimmt wurde. Der Durchsuchung zustimmen kann einerseits der Durchsuchte, aber unter gewissen Umständen auch eine Drittperson, wenn der Dritte – vereinfacht ausgedrückt – Mitbesitzer der Wohnung ist.¹⁰³⁸ Wann ein Dritter berechtigt ist, der Durchsuchung zuzustimmen, ist nicht einfach zu entscheiden.
- 650 KAGEHIRO und Kollegen legten ihren Versuchspersonen die Beschreibung eines Falles vor, bei dem die Polizei die Wohnung eines Verdächtigen, die dieser zusammen mit einem Dritten bewohnte, ohne Zustimmung des Verdächtigen durchsuchte. Gewisse Zimmer wurden gemeinsam genutzt, andere Zimmer hingegen nicht, was es nach dem anwendbaren Fallrecht sehr schwierig macht zu entscheiden, ob der Dritte der Durchsuchung der gesamten Wohnung zustimmen darf. KAGEHIRO und Kollegen variierten verschiedene Aspekte des Falles, den sie ihren Versuchspersonen vorlegten.¹⁰³⁹ Für die vorliegende Darstellung relevant ist, dass 92 % der Versuchsperson das Recht der Drittperson bejahten, der Durchsuchung der gemeinsam bewohnten Räume zuzustimmen, wenn der Verdächtige zufällig abwesend war und bei der Durchsuchung belastendes Beweismaterial gefunden wurde, aber nur 42 %, wenn kein belastendes Material gefunden wurde.¹⁰⁴⁰ Die Tatsache, dass belastende Indizien gefunden wurden, hat einen Einfluss auf eine völlig andere Frage, die rechtlich gesehen ungeachtet des Ausgangs der Suche gleich zu beurteilen ist.¹⁰⁴¹
- 651 Gemäss einer Studie von KATHRYN KALDOUS hängt die Beurteilung des Verschuldens eines Buchprüfers, der übersieht, dass gewisse Aktiven der Bilanz überbewertet sind, in erster Linie von der Schwere der Folgen ab (Konkurs und Verlust zahlreicher Stellen in einem Fall; Überschuldung, aber Sanierung im anderen Fall). Die Qualität der Buchprüfungsarbeit hat, wenn die Folgen des Versehens schwer sind, keinen Einfluss auf die Haftungsfrage; der sorgfältige Buchprüfer haftet mit anderen Worten in diesen Fällen genau so häufig wie der unsorgfältige.¹⁰⁴²

¹⁰³⁷ HASTIE/SCHADKE/PAYNE, FN 1036, 605.

¹⁰³⁸ 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.

¹⁰³⁹ So z.B. ob der Durchsuchte anwesend war und gegen die Durchsuchung protestierte als die Drittperson der Durchsuchung zustimmte oder zufällig abwesend war.

¹⁰⁴⁰ KAGEHIRO/TAYLOR/LAUFER/HARLANDT, FN 1038, 310.

¹⁰⁴¹ Für eine weitere Studie zu Rückschaufehlern bei der Beurteilung von Hausdurchsuchungen siehe JONATHAN D. CASPER/KENNETTE BENEDICT/JO L. PERRY, Juror Decision Making, Attitudes, and the Hindsight Bias, *Law and Human Behavior* 1989, 291-310.

¹⁰⁴² 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.

IV. Eigene Studie zum Rückschaufehler

A. Frage zum Rückschaufehler (2003)

652 Den Richtern der Zivil- und Strafgerichte der Kantone Aargau, St. Gallen und Zürich wurde folgender Sachverhalt zur Beurteilung vorgelegt (2003):

Vergegenwärtigen Sie sich noch einmal den Sachverhalt der vorangehenden Frage (Unfall wegen Missachtung des Rechtsvortritts).¹⁰⁴³

Wie sich im Strafverfahren herausstellt, wurde der fehlerhafte Lastwagenfahrer bereits vor sieben Jahren wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand verurteilt. Zu einem Unfall kam es damals nicht. Der Lastwagenfahrer wurde damals mittels Strafbefehl zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 14 Tagen verurteilt.

Soweit Sie dies beurteilen können, bereut der Lastwagenfahrer seine Tat aufrichtig. Eine Therapie wegen Alkoholsucht lehnt er ab, da es sich, wie er sagt, um zwei isolierte Einzelfälle handle und er kein Alkoholiker sei.

Das erstinstanzliche Gericht verurteilt den Lastwagenfahrer wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung, Fahrens in angetrunkenem Zustand und grober Verkehrsregelverletzung zu einer bedingten Gefängnisstrafe von vier Monaten.

653 Der „tatsächliche“ Ausgang des Berufungsverfahrens wurde wie folgt variiert:

- Gruppe „Strafreduktion, unbedingt“: Das Berufungsgericht bestätigt das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts im Schuldpunkt. Im Strafpunkt reduziert es die Dauer der Gefängnisstrafe auf drei Monate, ordnet aber den unbedingten Vollzug an.
- Gruppe „Strafreduktion, bedingt“: Das Berufungsgericht bestätigt das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts im Schuldpunkt. Im Strafpunkt senkt es die Dauer der Gefängnisstrafe auf drei Monate und gewährt den bedingten Vollzug.
- Gruppe „Bestätigung“: Das Berufungsgericht bestätigt das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts in Schuld- und Strafpunkt vollumfänglich.

654 Anschliessend wurden die Richterinnen und Richter gefragt, welcher Ausgang des Berufungsverfahrens aufgrund des geschilderten Sachverhaltes am wahrscheinlichsten gewesen sei. Es standen die drei geschilderten Möglichkeiten (Strafreduktion und unbedingter Vollzug; Strafreduktion und bedingter Vollzug; vollumfängliche Bestätigung) zur Auswahl.

655 Die Hypothese ist, dass sich die Richter durch das „tatsächliche“ Urteil des Berufungsgerichts beeinflussen lassen und denjenigen Ausgang des Berufungsverfahrens als wahrscheinlicher einschätzen, der dem „tatsächlichen“ Ausgang entspricht.

B. Resultate (2003)

656 Die Resultate sind in der Tabelle 16 dargestellt. Die Antworten, die aufgrund der Hypothese häufiger zu erwarten sind, sind fett gedruckt (auf Hundert fehlende Prozent sind auf Rundungsdifferenzen zurückzuführen).

¹⁰⁴³ Es handelt sich dabei um den beim Ankereffekt, S. 82, verwendeten Sachverhalt.

Gruppe ↓	Antworten			Total
	Strafreduktion; unbedingt	Strafreduktion; bedingt	Bestätigung	
Strafreduktion; unbedingt	24 (44%)	5 (9%)	25 (46%)	54
Strafreduktion; bedingt	15 (24%)	21 (33%)	27 (43%)	63
Bestätigung	22 (36%)	10 (16%)	28 (47%)	60
Total	61 (34%)	36 (20%)	80 (45%)	177

Tabelle 16: Rückschaufehler: Resultate der Umfrage 2003

- 657 177 Richterinnen und Richter haben die Frage beantwortet; 54 der Gruppe „Strafreduktion, unbedingt“, 63 der Gruppe „Strafreduktion, bedingt“ und 60 der Gruppe „Bestätigung“. Alles in allem wurde eine Reduktion und des Strafmasses bei gleichzeitiger Gewährung des bedingten Vollzugs als am wenigsten wahrscheinlich und die vollumfängliche Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils als am wahrscheinlichsten betrachtet.
- 658 Bei den Antworten zeigte sich ein wesentlicher Einfluss des „tatsächlichen“ Ausgangs des Berufungsverfahrens. Ein Drittel der Richter, denen mitgeteilt wurde, dass das Berufungsgericht den bedingten Strafvollzug gewährt hatte, betrachteten diesen Ausgang des Berufungsverfahrens als am wahrscheinlichsten, gegenüber nur 9 % resp. 16 %, denen gesagt wurde, dass das Berufungsgericht die Strafe reduziert und den unbedingten Vollzug angeordnet resp. das Urteil der Erstinstanz vollumfänglich bestätigt habe. Bei allen Gruppen wurde der „tatsächliche“ Ausgang des Verfahrens als wahrscheinlicher beurteilt als in den anderen Gruppen. Die Resultate sind statistisch signifikant auf dem 5 % Level.¹⁰⁴⁴

C. Frage zum Rückschaufehler (2004)

- 659 Den Richtern der Zivil- und Strafgerichte der Kantone beider Basel, Bern und Graubünden wurde folgender Sachverhalt zur Beurteilung vorgelegt (2004):

Bei der Erstellung von Mietshäusern liess der verantwortliche Bauleiter B. Aushubmaterial in einem Tälchen ablagern. Das Aushubmaterial staute den durch das Tälchen fliessenden Bach. Der flache Teich, den der Bach vorher gebildet hatte, wurde dadurch viel grösser und tiefer (die Tiefe vergrösserte sich von 25 cm auf 4 m).

- 660 Bei der Hälfte der Fragebogen wurden folgende Angaben zu den Folgen der Handlungen des Bauleiters gemacht:

Im Februar, als der Teich teilweise zugefroren war, sahen die 7 bzw. 11 Jahre alten Brüder Luca und Marco einen verlassenen Ball auf dem Eis liegen. Der jüngere Knabe betrat das Eis, um den Ball zu holen. Dabei brach er im Eis ein und ertrank zusammen mit seinem Bruder, der ihm zu Hilfe kommen wollte.

- 661 Es handelt sich dabei um den leicht gekürzten Sachverhalt aus BGE 83 II 89 = Pra. 57 Nr. 21. Da der Bundesgerichtentscheid im Original auf Italienisch veröffentlicht wurde, nicht als Leitentscheid gilt und aus dem Jahr 1957 stammt, ist anzunehmen, dass die meisten der befragten (deutschsprachigen) Richterinnen und Richter den Fall nicht kannten.

¹⁰⁴⁴ $\chi^2 = 12,727$; $p = 0,013$.

- 662 Die Hälfte der Fragebogen jeder Gruppe waren mit einem Bild des Bauleiters in Krawatte und Anzug versehen; auf der anderen Hälfte der Fragebogen trägt der Bauleiter ein weisses, kragenloses Sweatshirt. Das Bild diente zwei Zwecken; einerseits sollte damit die Hypothese getestet werden, dass ein ordentlicher, Anzug tragender Bauleiter weniger häufig als fahrlässig angesehen wird als ein leger gekleideter; zweitens diente das Bild zur Ablenkung von der Manipulation in der Fragestellung zum Hofeffekt. Es wäre einigermaßen auffällig gewesen, wenn nur bei einer Frage ein Bild verwendet worden wäre. Der Verdacht, dass das Bild der Manipulation dient, liegt dann nahe.
- 663 Die immer gleich lautende Frage war, ob der Bauleiter fahrlässig gehandelt habe, weil er den Teich weder durch eine Warntafel noch durch eine Abschränkung sicherte.
- 664 Die Hypothese ist, dass die Kenntnis der Folgen zu einer häufigeren Bejahung der Pflichtwidrigkeit führen würde.

D. Resultate (2004)

- 665 Eine grosse Mehrheit der befragten Richterinnen und Richter bejahten wie das Bundesgericht die Fahrlässigkeit des Bauleiters. Die – schwache – Manipulation, ob der Bauleiter auf dem Foto einen Anzug und Krawatte trug, zeigte keine Wirkung.¹⁰⁴⁵

Gruppe ↓		Antworten		
		Fahrlässigkeit bejaht	Fahrlässigkeit verneint	Total
Mit Folgen	Ohne Krawatte	35 (80 %)	10 (20 %)	45
	Mit Krawatte	43 (75 %)	14 (25 %)	57
Ohne Folgen	Ohne Krawatte	60 (87 %)	9 (13 %)	69
	Mit Krawatte	54 (88 %)	7 (12 %)	61
Total		192 (83 %)	40 (17 %)	232

Tabelle 17: Rückschaufehler: Resultate der Umfrage 2004

- 666 Überraschend war, dass *weniger* Richterinnen und Richter die Fahrlässigkeit bejahten, wenn die Folgen der Handlung angegeben waren (rund 12 % gegenüber rund 22 % in der Gruppe ohne Folgen; genaue Zahlen siehe Tabelle 17. Die Unterschiede zwischen den Gruppen mit und ohne Folgen sind statistisch signifikant, $\chi^2 = 4,436$; $p = 0,035$). Dies widerspricht der ursprünglichen Hypothese, steht aber möglicherweise im Einklang mit verschiedenen Studien zum Rückschaufehler (siehe Diskussion).

¹⁰⁴⁵ Dies deckt sich mit den Resultaten von STEVEN K. JACOBSON/CHARLES R. BERGER, Communication And Justice: Defendant Attributes And Their Effects on the Severity of His Sentence, Speech Monographs 1974, 282-286, die keinen Schönheits-Hofeffekt feststellten, wenn die Manipulation nur darin bestand, die gleiche Person einmal im Anzug/mit gekämmten Haaren und einmal im T-Shirt/mit ungekämmtem Haar zu präsentieren.

E. Diskussion

667 Die Resultate der Umfrage 2003 replizieren qualitativ die Resultate von GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, deren Studie die Vorlage für die Umfrage 2003 bildete. Quantitativ war der Rückschaufehler bei den schweizerischen Richtern weniger stark als bei ihren amerikanischen Kollegen (siehe die Werte von GUTHRIE et. al. in Tabelle 18). Die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils wurde auch von den amerikanischen Richtern der Studie von GUTHRIE et al. insgesamt am häufigsten gewählt. Da Berufungsgerichte sowohl in den USA wie in der Schweiz Ermessensentscheide der Vorinstanz nur zurückhaltend überprüfen, dürfte die vollständige Bestätigung des Urteils in der Praxis am häufigsten sein und der Erfahrung der Richterinnen und Richter entsprechen.

Gruppe ↓	Antworten		
	Geringere Sanktion	Bestätigung	Zurückweisung
Geringere Sanktion	38,6 %	40,4 %	21,1 %
Bestätigung	7,4 %	81,5 %	11,1 %
Zurückweisung	20,4 %	27,8 %	51,9 %

Tabelle 18: Resultate der Studie von GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH zum Rückschaufehler¹⁰⁴⁶

668 Die Resultate zeigen, dass sich die Richter bei der Beurteilung, welcher Ausgang am wahrscheinlichsten ist, massgeblich vom „tatsächlichen“ Ausgang beeinflussen lassen – ein klassischer Rückschaufehler. Man kann natürlich kritisieren, dass die Richter nur gefragt wurden, welcher Ausgang ihrer Ansicht nach am wahrscheinlichsten war, ohne sie ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, dass sie den bereits bekannten Ausgang bei ihrer Beurteilung ignorieren sollten. Die Fragen sind aber formell identisch.¹⁰⁴⁷ Um zu beurteilen, was am wahrscheinlichsten war, darf man logischerweise nicht darauf abstellen, was tatsächlich geschah. Studien zum Rückschaufehler zeigen zudem, dass die Fragen „was war am wahrscheinlichsten?“, „was hätten Sie vorausgesagt, wenn Sie den Ausgang nicht gekannt hätten?“ und „was hätten andere vorausgesagt, die den Ausgang nicht kannten?“ auch funktional identisch sind und zu den gleichen Ergebnissen führen.¹⁰⁴⁸

669 Während die Ergebnisse der Umfrage 2003 den Schluss zulassen, dass die Richterinnen und Richter einem Rückschaufehler unterlagen, widersprechen die Resultate der Umfrage 2004 dieser Hypothese. Die Richter, die die Folgen der Tat kannten, beurteilten die Handlung – resp. die Unterlassung bezüglich Abschränkung und Warnhinweis – eher als pflichtwidrig als die Richter, die die Folgen nicht kannten. Was kann dieses Resultat erklären?

670 Zwei Hypothesen drängen sich auf. Die erste ist, dass die Folgen, oder besser gesagt, der Kausalverlauf, der zu den Folgen führte, überraschend schien. Wie die in Fussnoten 1014 und 1015 angeführten Studien belegen, kann ein sehr überraschendes Resultat zur Umkehr-

¹⁰⁴⁶ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 803.

¹⁰⁴⁷ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 804.

¹⁰⁴⁸ FISCHHOFF, FN 983, 293 ff.

rung des Rückschaufehlers führen, so dass die Folgen im Nachhinein als völlig unvorhersehbar betrachtet werden. Da keine Daten zum Ausmass der Überraschung erhoben wurden, lässt sich diese These nicht empirisch belegen. Ich weiss nicht, ob die Richter die Folgen der Unterlassung des Bauleiters als überraschender empfanden als den Ausgang des Berufungsverfahrens der ersten Umfrage. Während „Ertrinken im Teich“ kaum eine überraschende Folge einer künstlichen Vertiefung eines natürlichen Teiches ist, ist es das Ertrinken von zwei Kindern gleichzeitig, die zudem im Eis einbrechen – was kaum die mehrheitliche Ursache von Ertrinkungsunfällen ist – möglicherweise schon. Die Hypothese erscheint daher zumindest plausibel, lässt sich aber wie erwähnt aufgrund der erhobenen Daten weder beweisen noch widerlegen.

- 671 Die zweite Hypothese ist, dass die Richter, denen die Folgen der Tat mitgeteilt wurden, ahnten, dass von ihnen erwartet wurde, dass sie die Fahrlässigkeit bejahen und sie diese Erwartung bewusst unterliefen. Ein solches Unterlaufen von vermeintlichen oder tatsächlichen Erwartungen des Versuchsleiters ist bei allzu offensichtlicher Manipulation nicht unbekannt. Auch diese Hypothese ist plausibel, kann aber durch die vorliegenden Daten nicht belegt werden.
- 672 Eine Schwäche der Umfrage 2004 ist, dass praktisch alle Befragten – unabhängig von der Manipulation – die Fahrlässigkeit bejahten. Der Sachverhalt war daher nicht sehr geeignet, Unterschiede in der Beurteilung der Fahrlässigkeit aufzuspüren. Dies lässt sich im Nachhinein nicht mehr ändern. Aufgrund der Resultate der Pilotstudie war ich davon ausgegangen, dass rund ein Drittel der Richterinnen und Richter die Fahrlässigkeit verneinen würden, wie dies die Versuchspersonen des Pretests (Wirtschaftsanwälte einer mittelgrossen Zürcher Kanzlei) getan hatten.

V. Rückschaufehler im Recht: Ignoranz oder Anpassung?

- 673 Dass man im Nachhinein immer schlauer ist, ist eine Volksweisheit. Leuten, die „es schon immer gewusst haben“ begegnen wir in der Regel mit einer gesunden Portion Skepsis. Anders als andere kognitive Täuschungen, derer sich das Rechtssystem und seine Akteure kaum bewusst sind, ist der Rückschaufehler – nicht notwendigerweise die psychologische Forschung dazu – Juristen seit langem bekannt. Entsprechende Warnungen – „*after the event, even a fool is wise*“¹⁰⁴⁹ – finden sich daher auch in der schweizerischen Rechtsprechung.¹⁰⁵⁰ Fraglich ist, ob sie in Anbetracht der psychologischen Literatur, die ihnen jede Wirkung abspricht, sehr nützlich sind. Im Folgenden wird am Beispiel der privatrechtlichen deliktischen Verschuldenshaftung (Art. 41 OR) erörtert, welche der klassischen „Formeln“ des Haftungsrechts Rückschaufehler begünstigen und welche dazu beitragen

¹⁰⁴⁹ Weekly Law Reports 1961/2, 126 ff., 140 – *The Wagon Mound*.

¹⁰⁵⁰ 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. Die in der vorangehenden Fussnote erwähnte „*Wagon Mound*“ Entscheidung wird zitiert von VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rz. 191 und 194; PIERRE WIDMER, Privatrechtliche Haftung, in: PETER MÜNCH/THOMAS GEISER (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Basel etc. 1999, 7-93, Rz. 2.53.

können, sie zu vermeiden. Bei der vertraglichen Haftung und dem strafrechtlichen Fahrlässigkeitsdelikt stellen sich grundsätzlich die gleichen Probleme.

A. Rückschaufehler und privatrechtliche Verschuldenshaftung

674 Nach herrschender schweizerischer Lehre und Rechtsprechung sind die vier Voraussetzungen für die ausservertragliche Haftung nach Art. 41 OR Schaden, Rechtswidrigkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden. Der Kausalzusammenhang muss sowohl „natürlich“ wie „adäquat“ sein und zwischen der dem Haftenden zurechenbaren Handlung oder Unterlassung und dem Schaden bestehen.¹⁰⁵¹ Die Voraussehbarkeit der Folgen einer Handlung spielt sowohl beim Verschulden als auch beim adäquaten Kausalzusammenhang eine Rolle.

1. Verschulden und Voraussehbarkeit

675 „Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung ist die Vorhersehbarkeit des Erfolgs“ (BGE 127 IV 62, 65). „Verschulden 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“.¹⁰⁵² Der Massstab, an dem bei der zivilrechtlichen Haftung die Sorgfaltspflicht, und mithin die Voraussehbarkeit, gemessen wird, ist ein objektiver.¹⁰⁵³ Es kommt mit anderen Worten bei der zivilrechtlichen Haftung – anders als bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit – nicht darauf an, ob der konkrete Schädiger in der Lage war, die Folgen seines Verhaltens vorzusehen, sondern ob ein durchschnittlicher Angehöriger der Gruppe, der der Schädiger angehört, in der Lage gewesen wäre, die schädlichen Folgen seines Verhaltens vorzusehen.¹⁰⁵⁴ Wenn die Lehre daher im Zusammenhang mit der Voraussehbarkeit des Verschuldens von „subjektiver Voraussehbarkeit“ – in Abgrenzung zur „objektiven Voraussehbarkeit“ des adäquaten Kausalzusammenhangs¹⁰⁵⁵ – spricht, dann ist dies zumindest missverständlich. Die Voraussehbarkeit bei der zivilrechtlichen Verschuldenshaftung ist eine objektive, aber sie ist, immerhin, 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 202).

¹⁰⁵¹ Statt vieler ROLAND BREHM, Kommentar zu Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 1998, Art. 41 Rz. 103 ff.

¹⁰⁵² KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, 193.

¹⁰⁵³ Statt vieler OFTINGER/STARK, FN 1052, 205 f.

¹⁰⁵⁴ ROBERTO, FN 1050, 56.

¹⁰⁵⁵ ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, 6. Aufl., Bern 2002, 86

a. Voraussehbarkeit wird meist bejaht

- 676 Fälle, in denen die Voraussehbarkeit der Folgen eines Verhaltens verneint wurden, sind unter den publizierten Bundesgerichtsentscheiden sowohl in zivil- wie in strafrechtlichen Fällen selten.¹⁰⁵⁶ Typischerweise wird die Voraussehbarkeit dann verneint, wenn es dem Schädiger gelingt nachzuweisen, dass die Fachwelt allgemein (BGE 64 II 202) oder eine anerkannte Fachperson im Zeitpunkt der schädigenden Handlung die Folgen ebenfalls nicht vorausgesehen hat. In BGE 116 IV 182 wurde dem Angeklagten zum Vorwurf gemacht, dass er trotz erkennbarer Lawinengefahr die Strasse zwischen Täsch und Zermatt nicht gesperrt hatte. Das Bundesgericht hielt dafür, dass der Lawinenabgang nicht voraussehbar war. Nicht unerheblich war bei dieser Entscheidung, dass ein Beobachter des Eidgenössischen Instituts für Schnee- und Lawinenforschung in Zermatt in einem Bulletin rund eine Stunde vor dem Lawinenabgang zwar eine grosse und steigende Schneebrettgefahr oberhalb von 2'000 m festgestellt habe, aber keine unmittelbare Lawinengefahr. Das Bulletin war dem Angeklagten zwar nicht bekannt, aber es zeigt, dass die Lawinengefahr auch für einen erfahrenen Fachmann nicht erkennbar war.
- 677 In den Fällen, in denen es an einem *ex ante* Vergleichsstandard fehlt, ist die Gefahr gross, dass im Nachhinein aufgrund des Rückschafehlers fast alles als voraussehbar betrachtet wird. Wenn während Jahrzehnten die Lawinengefahr immer durch „abtreten“ geprüft wurde, und es nie zu einem Unfall kam, dann ist ein Unfall, der trotz positivem Prüfungsverlauf geschieht, nicht voraussehbar. Die Argumentation des Bundesgerichts, eine Methode könne auch dann fehlerhaft sein, wenn sie üblicherweise angewandt wird und es aus irgendwelchen Gründen während Jahren nie zu Unfällen gekommen sei (BGE 115 IV 189, 196), ist zwar richtig. Aber sie besagt nur, dass die fehlerhafte Methode *in Zukunft* nicht mehr angewandt werden sollte. Durch den Unfall hat sich ergeben, dass die Methode nicht sicher ist. Vor dem Unfall war dies nicht erkennbar, denn wie soll der Handelnde erkennen, dass es nicht seine Methode ist, die Unfälle verhinderte, sondern „irgendwelche anderen Gründe“, wenn diese unbekannten Gründe dazu führten, dass es nie zu einem Unfall kam? Ein Vorwurf – zumal ein strafrechtlicher, wie in dem erwähnten BGE – kann ihm erst gemacht werden, wenn er an seiner mangelhaften Methode trotz des Unfalls auch in Zukunft festhält.¹⁰⁵⁷

b. Die Einhaltung von *ex ante* formulierten Vorschriften als Exkulpation

- 678 Um den Rückschafehler zu vermeiden, sollte wenn immer möglich auf die Einhaltung von Regeln abgestellt werden, die im Zeitpunkt der schädigenden Handlung in Kraft waren. Sie umschreiben, wie OFTINGER/STARK zu Recht festhalten, bei welchem Verhalten ein Schaden vorausgesehen werden kann.¹⁰⁵⁸ Die Rechtsprechung anerkennt denn auch die

¹⁰⁵⁶ Fälle in denen eine Haftung resp. ein Verschulden mangels Vorhersehbarkeit verneint wurde, sind BGE 99 IV 127 und 126 III 14.

¹⁰⁵⁷ In BGE 115 IV 189 hätte der Angeklagte die Mangelhaftigkeit seiner Methode erkennen können, weil ihm die Sicherung der Pisten durch Lawinensprengungen bereits in der Betriebskonzession vorgeschrieben worden war. Dies ändert aber nichts daran, dass die Hilfsbegründung des Bundesgerichts unzutreffend ist.

¹⁰⁵⁸ OFTINGER/STARK, FN 1052, 204.

Besonderer Teil

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).

- 679 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 126 IV 13). Dies wird auch in der Lehre gerne betont.¹⁰⁵⁹
- 680 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.¹⁰⁶⁰ Entscheide wie BGE 76 II 171, wo ein Verschulden des Landwirts verneint wurde, weil das Gesetz keine Beleuchtung vom Felde heimkehrender landwirtschaftlicher Fuhrwerke vorschrieb, sind meist älter.
- 681 Der Rückschaufehler legt es nahe, dass die Sorgfalt in erster Linie an der Einhaltung einschlägiger Vorschriften gemessen werden sollte. 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.
- 682 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 Zustande kommen. Zu Recht wird bemerkt, dass die betroffenen Verkehrskreise den Sorgfaltsmassstab nicht selber bestimmen können;¹⁰⁶¹ man darf, bildlich gesprochen, den Bock nicht zum Gärtner machen. Andererseits bleiben staatliche Vorschriften oft hinter dem Stand der Technik zurück.¹⁰⁶²
- 683 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 Feed-

¹⁰⁵⁹ KELLER, FN 1055, 123; OFTINGER/STARK, FN 1052, 216.

¹⁰⁶⁰ Nachweise von Urteilen, in denen trotz Einhaltung einschlägiger Normen gegen den Schädiger entschieden wurde bei OFTINGER/STARK, FN 1052, 216, Fn. 108.

¹⁰⁶¹ ROBERTO, FN 1050, 18.

¹⁰⁶² ROBERTO, FN 1050, 15.

back-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 Vorausschbarkeit des Schadens gesehen werden.¹⁰⁶³

c. Die Problematik des Gefahrensatzes

- 684 Insbesondere der Gefahrensatz kann im Nachhinein fast jedes Verhalten als sorgfaltswidrig erscheinen lassen.¹⁰⁶⁴ Gemäss dem Gefahrensatz ist die Person, die einen gefährlichen Zustand geschaffen hat oder unterhält, dazu verpflichtet, alle erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen, um zu verhüten, dass sich die Gefahr in einem Schaden verwirklicht.¹⁰⁶⁵ Wie aber erkennt man, ob ein Zustand gefährlich ist? Im Haftpflichtprozess in der Regel daran, dass sich die Gefahr verwirklicht hat. Der Schluss ist dann einfach: aus dem Eintritt der Verletzung wird sowohl auf den gefährlichen Zustand als auch darauf geschlossen, dass nicht alle erforderlichen Massnahmen zu ihrer Verhinderung getroffen wurden.
- 685 Exemplarisch BGE 127 IV 62: Beim Reitunterricht war das von der 10-jährigen Geschädigten gerittene Pferd bereits zwei Mal ausgeschert, als der Reitlehrer befahl, vom Schritt in den Trab zu wechseln. Beide Male liess es sich wieder beruhigen, und das Ausscheren hatte keine weiteren Folgen. Beim dritten Mal jedoch brannte es und mit ihm alle anderen Pferde der Reitgruppe durch. Die Geschädigte stürzte vom Pferd und wurde schwer verletzt. Das Bundesgericht warf dem angeklagten Reitlehrer vor, dass er ein drittes Mal befohlen habe, vom Schritt in den Trab zu wechseln, obwohl das Pferd bereits bei den ersten beiden Malen ausgeschert war. Damit habe er eine Gefahrensituation geschaffen, ohne gleichzeitig die erforderlichen Sicherheitsmassnahmen (wie z.B. das Pferd selber zu reiten) getroffen zu haben und somit seine Sorgfaltspflicht als Reitlehrer verletzt (BGE 127 IV 62, 66 f.).
- 686 Da das Pferd beim Wechsel vom Schritt in Trab durchgebrannt ist, scheint es einleuchtend, dass der Reitlehrer mit seinem Befehl einen gefährlichen Zustand geschaffen hat. Dass das Pferd durchbrennen würde, wissen wir aber erst aus der Rückschau. Die Argumentation, dass zwei Mal nichts geschehen ist und es daher nicht vorausschbar war, dass beim dritten Mal etwas passieren würde, ist aus der prognostischen Perspektive mindestens so überzeugend. Es ist daher fraglich, ob es für den Reitlehrer wirklich erkennbar war, dass er einen gefährlichen Zustand schuf, obwohl sich dieser Schluss natürlich im Nachhinein aufdrängt.

¹⁰⁶³ HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 877; KELLER, FN 1055, 122.

¹⁰⁶⁴ WIDMER, FN 1050, 40. WIDMER ordnet den Gefahrensatz der Rechtswidrigkeit zu, während OFTINGER/STARK, FN 1052, 11, KELLER, FN 1055, 120, und das Bundesgericht (BGE 124 III 297, 300) ihn dem Verschulden zuordnen. Ich möchte auf diese Kontroverse hier nicht näher eingehen. Entscheidend ist, wie HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich 2000, 45, zu Recht bemerkt, dass mit dem Gefahrensatz Handlungspflichten begründet werden können. Er muss mithin immer dann bemüht werden, wenn dem Schädiger eine Unterlassung vorgeworfen wird – die als solche nie ein absolut geschütztes Recht verletzen kann – und es an einer positiv-rechtlich umschriebenen Handlungspflicht fehlt.

¹⁰⁶⁵ BGE 82 II 28; 93 II 92; 95 II 93, 96; KELLER, FN 1055, 120; WIDMER, FN 1050, 40

2. Adäquater Kausalzusammenhang

- 687 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung muss zwischen dem Verhalten des Haftpflichtigen und dem Schaden sowohl ein natürlicher wie adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Der natürliche¹⁰⁶⁶ Kausalzusammenhang zwischen einer Ursache und einem Erfolg besteht, wenn die Ursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfällt, die Ursache mithin *conditio sine qua non* für den Erfolg ist (BGE 125 IV 195, 197).
- 688 Der Kreis der *conditiones sine quibus non* für einen Erfolg ist praktisch unbegrenzt.¹⁰⁶⁷ Auch die Tatsache, dass der Schädiger geboren wurde, lässt sich nicht wegdenken, ohne dass die Schädigung entfällt. Um den Kreis aller Ursachen auf die rechtlich relevanten Ursachen einzuschränken, wird in der Schweiz die Formel der Adäquanz bemüht. Gemäss der Lehre des adäquaten Kausalzusammenhangs hat „ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint“ (BGE 123 III 110, 112).
- 689 Ob ein Ereignis adäquat kausal ist für einen Erfolg, ist ein Werturteil, und zwar eines, bei dem dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt.¹⁰⁶⁸ Nach der neueren Lehre beurteilt sich die Adäquanz *ex post*, d.h. man geht vom eingetretenen Schaden aus und prüft, ob ein bestimmter Umstand als dessen Ursache erscheint. Auf die Erkennbarkeit *ex ante* kommt es dabei nicht an, der Entscheid ergeht aus der Retrospektive.¹⁰⁶⁹
- 690 Bei dieser Sicht der Adäquanz ist es nicht überraschend, dass Urteile, bei denen ein adäquater Kausalzusammenhang verneint wurde, selten sind.¹⁰⁷⁰ Die Rechtsprechung betont denn auch, dass – obwohl ein Ereignis gemäss dem *gewöhnlichen* Lauf der Dinge geeignet sein muss, einen Erfolg von der Art des Eingetretenen zu bewirken – auch „ausserordentliche“, „ungewöhnliche“, „singuläre“ und „seltene“ Folgen adäquat sein können (BGE 119 Ib 334, 345 f.).¹⁰⁷¹
- 691 Für einen Teil der Lehre beweist dies, dass die Adäquanz einem natürlichen Rechtsempfinden entspricht und in Fällen, in denen es an Adäquanz fehlt, selten prozessual Schadenersatz verlangt wird.¹⁰⁷² Andere weisen darauf hin, dass die Lehre von der Adäquanz bei einer Betrachtung *ex post* ihre Funktion der Haftungsbeschränkung weitgehend verliert,

¹⁰⁶⁶ Von „naturwissenschaftlichem“ Kausalzusammenhang sollte man besser nicht sprechen, denn auch der „natürliche“ Kausalzusammenhang beruht auf einem Werturteil; ROBERTO, FN 1050, 45.

¹⁰⁶⁷ WIDMER, FN 1050, 45.

¹⁰⁶⁸ BK-BREHM, Art. 41 N. 163.

¹⁰⁶⁹ BGE 80 II 383, 344; OFTINGER/STARK, FN 1052, 115; REY, FN 1063, Rz. 538.

¹⁰⁷⁰ HONSELL, FN 1064, § 3 N. 10; KELLER, FN 1055, 86; OFTINGER/STARK, FN 1052, 114, Fn. 23; Kasuistik bei BK-BREHM, Art. 41 N. 129.

¹⁰⁷¹ BK-BREHM Art. 41 N. 124; ROBERTO, FN 1050, 53.

¹⁰⁷² OFTINGER/STARK, FN 1052, 114, Fn. 23; ähnlich wohl auch KELLER, FN 1055, 86, der die „Unsitte“ kritisiert, ständig die Adäquanz zu bestreiten.

denn im Nachhinein erscheint kaum je ein Kausalzusammenhang als inadäquat.¹⁰⁷³ KELLER weist darauf hin, dass zumindest bei der Verschuldenshaftung die Prüfung der Adäquanz überflüssig ist, da sie zu keiner stärkeren Beschränkung der Haftung führen kann als die Prüfung der Voraussehbarkeit beim Verschulden. Für ihn hat die Adäquanz in erster Linie bei den Kausalhaftungen ihre Berechtigung als haftungsbeschränkendes Element.¹⁰⁷⁴ Für ROBERTO bleibt für die Haftungsbeschränkung durch die Formel der Adäquanz hingegen bei den Gefährdungshaftungen wenig Raum, denn wenn sich die Gefährdung verwirklicht habe, seien die Folgen immer adäquat, auch wenn sie ungewöhnlich erscheinen mögen.¹⁰⁷⁵

- 692 Tatsächlich scheint die Formel der Adäquanz, wie sie zurzeit in der Schweiz verwendet wird, wenig geeignet, zu einer Beschränkung der Haftung zu führen. Im Nachhinein erscheint praktisch jede Folge einer Ursache als dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechend. Es ist schon schwierig genug, in bewusster Missachtung der tatsächlichen Folgen die Wahrscheinlichkeit der möglichen Folgen einer Handlung einzuschätzen. Ist der Ausgang bekannt und berücksichtigt man ihn ganz bewusst, ist es sinnlos, noch von Wahrscheinlichkeit zu sprechen; die Wahrscheinlichkeit, dass sich das Ereignis so abgespielt hat, wie es sich eben abgespielt hat, ist immer 100 %.¹⁰⁷⁶ Die „retrospektive Prognose“¹⁰⁷⁷ ist ein Rezept, den Rückschafehler mit Sicherheit immer zu begehen.
- 693 Will man die Haftung beschränken – letztlich eine rechtspolitische Frage, von ihren Befürwortern wird die Adäquanztheorie auch deshalb verteidigt, weil sie die Haftung nur selten ausschliesst¹⁰⁷⁸ – wird man daher nicht umhin kommen, andere Lehren, sei es die Normzwecklehre oder die Lehre vom „allgemeinen Lebensrisiko“, zu bemühen.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷³ HONSELL, FN 1064, § 3 N. 12 ff.; ROBERTO, FN 1050, 57; WIDMER, FN 1050, 47.

¹⁰⁷⁴ KELLER, FN 1055, 86.

¹⁰⁷⁵ ROBERTO, FN 1050, 57.

¹⁰⁷⁶ ROBERTO, FN 1050, 56 f..

¹⁰⁷⁷ REY, FN 1063, Rz. 539, weist zu Recht darauf hin, dass man bei einer nachträglichen Beurteilung eigentlich nicht mehr von einer Prognose sprechen kann.

¹⁰⁷⁸ BK-BREHM Art. 41 N. 124.

¹⁰⁷⁹ Zur Normzwecklehre und dem „allgemeinen Lebensrisiko“ als Alternativen zur Adäquanz siehe ROBERTO, FN 1050, 59 f.