

RA Mag. **Bettina Knötzl**, Priv.-Doz. Dr. **Judith Schacherreiter**, Wien, und Univ.-Prof. Dr. **Alexander Schopper**, Innsbruck

Der Rückschaufehler bei der richterlichen Urteilsfindung im Schadenersatzprozess*)

Im Schadenersatzrecht kommt es regelmäßig auf die Erkenntnismöglichkeiten des Schädigers im Zeitpunkt seiner Handlungsdisposition an. Seine Verantwortung ist daher aus einer Ex-ante-Perspektive zu beurteilen. Dies gilt insbesondere für die Zurechnungsgründe der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens. Tatsächlich urteilen die Gerichte aber nach Eintritt des Schadensfalls. Sozialwissenschaftliche Untersuchungen zeigen, dass Menschen so bald sie wissen, zu welchen Folgen ein bestimmtes Ereignis geführt hat, zwei Faktoren überbewerten: die Wahrscheinlichkeit, mit der das Ereignis zu diesem Ergebnis führen musste, und die Fähigkeit der damaligen Entscheidungsträger, diesen Ausgang vorauszusehen. Dies wird als Rückschaufehler bezeichnet. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Auswirkungen des Rückschaufehlers bei der schadenersatzrechtlichen Urteilsfindung auseinander und entwickelt Strategien zur Fehlervermeidung und -korrektur.

Deskriptoren: Rückschaufehler, *hindsight bias*, Ex-ante-Perspektive, Ex-post-Perspektive, Rechtswidrigkeit, Verschulden, Adäquanz, Beweismaß, Beweiswürdigung, Verhaltensunrechtslehre, Erfolgshaftung.

§§ 1293 ff, 1294 ABGB; §§ 272, § 502 ZPO; § 84 AktG; § 25 GmbHG.

Übersicht:

- A. Problemstellung
- B. Die Beurteilung ex ante
 - I. Rechtswidrigkeit
 - II. Verschulden
 - III. Adäquanz
- C. Der Rückschaufehler als kognitives Problem
 - I. Die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften
 - II. Die Fallstudie
- D. Der Rückschaufehler als rechtliches Problem
 - I. Die rechtliche Beurteilung
 - II. Die Sachverhaltsfeststellung
 - III. Der naturalistische Fehlschluss
- E. Strategien zur Fehlervermeidung bei der Urteilsfindung
- F. Zusammenfassung

A. Problemstellung

„Der kleinste Fehler in der Vergangenheit wird aufgespießt und nach den Maßstäben von heute bewertet. Auch wenn damals noch ganz andere Standards gegolten hätten.“¹⁾

*) Für Idee und Anregungen zum Thema danken wir Mag. *Philip Marsch*, Rechtsanwalt bei KNOETZL HAUGENEDER NETAL Rechtsanwälte GmbH.

¹⁾ *Joachim Faber*, Aufsichtsratsvorsitzender der Deutsche Börse AG, zitiert nach DIE ZEIT Nr. 23/2015, 03.06.2015, Siemens – Tod eines Managers. Abrufbar unter <<http://www.zeit.de>> (zuletzt abgerufen am 30.11.2016). Dem Artikel liegt auch das Urteil LG München I, 10.12.2013, 5 HK O 1387/10 („Siemens-Neubürger“) zu Grunde, in dem die Compliance-Maßnahmen des ehemaligen Siemens-Finanzvorstands als unzulänglich angesehen wurden und daher die schadenersatzrechtliche Haftung des betreffenden Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft bejaht wurde. Kritisch in Bezug auf einen Rückschaufehler in diesem Urteil etwa *Paefgen/Napokoj*, „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organ-

In schadenersatzrechtlichen Fällen sind Gerichte gefordert, bei ihrer Urteilsfindung in vielerlei Hinsicht eine Ex-ante-Perspektive einzunehmen. Dies impliziert, nachträglich erlangtes Wissen (insbesondere über den Schadenseintritt) auszublenden. Die Sozialwissenschaften haben allerdings erkannt, dass es kognitiv unmöglich ist, vorhandenes Wissen zu ignorieren und dass Menschen aufgrund des Einflusses von nachträglich erlangtem Wissen dazu neigen, die Vorhersehbarkeit eines Geschehensablaufs retrospektiv zu überschätzen.²⁾ Sie bezeichnen dieses Phänomen als Rückschaufehler bzw. *hindsight bias*.

Der vorliegende Artikel will die Auswirkungen des Rückschaufehlers bei der schadenersatzrechtlichen Urteilsfindung analysieren und Strategien zur Fehlerkorrektur entwickeln. Zu diesem Zweck setzt er sich zuerst näher mit den schadenersatzrechtlichen Anforderungen der Ex-ante-Beurteilung auseinander (Punkt B). Anschließend wird der Rückschaufehler als kognitives Phänomen besprochen (Punkt C). Dabei werden die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse zum Rückschaufehler

pfligt?, RdW 2015, 769 mwN; *Bachmann*, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105 (107 f).

²⁾ Vgl etwa *Eckert/Grechenig/Stremitzer*, Ökonomische Analyse der Organhaftung, in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 95 (115); *R. Westerhoff*, Ungute psychische Einflüsse auf das Rechtsdenken und deren Überwindung, JR 2013 87 (89 f); ähnlich *Steinbeck/Lachenmaier*, Verhaltensökonomik im Gerichtssaal, NJW 2014, 2086 (2089): „Vielfach wird angenommen, dass Sachverhalte nach Kenntnis des Ausgangs neu bewertet werden und dass dabei Faktoren, die für den tatsächlichen Ausgang sprechen, rückblickend ein größeres Gewicht beigemessen wird als Faktoren, die einen alternativen Kausalverlauf nahelegen.“

erörtert (Punkt C.I) und eine Fallstudie besprochen, mit der die Autoren den faktischen Einfluss von Ex-post-Wissen auf die schadenersatzrechtliche Urteilsfindung und eine Anleitung zur Vermeidung des Rückschaufehlers testeten (Punkt C.II). Schließlich wird der Rückschaufehler aus rechtsdogmatischer Perspektive analysiert (Punkt D). Abschließend werden Strategien zur Fehlervermeidung entwickelt (Punkt E). Eine Zusammenfassung hält am Ende die wichtigsten Erkenntnisse fest (Punkt F).

B. Die Beurteilung ex ante

Gerichte beurteilen schadenersatzrechtliche Fragen im Regelfall nach Eintritt eines Schadens und daher faktisch ex post, sollen aber in mehrfacher Hinsicht eine Ex-ante-Sicht einnehmen. Das Ex-ante-Urteil soll die Prognoseentscheidung des Schädigers reflektieren, der im Zeitpunkt seiner Handlung bzw seines Unterlassens entscheiden können soll, wie er sich zu verhalten hat. Die Gerichte sind daher gefordert, die schadenersatzrechtlichen Zurechnungskriterien der Rechtswidrigkeit, des Verschuldens und der Adäquanz aus einer Ex-ante-Perspektive zu beurteilen. Im Einzelnen:

I. Rechtswidrigkeit

Der Schädiger handelt rechtswidrig, wenn sein Verhalten (in objektiv sorgfaltswidriger Weise³) gegen rechtliche Gebote oder Verbote verstößt.⁴ Die Rechtswidrigkeit folgt bekanntlich aus einer Schutzgesetzverletzung (§ 1311 ABGB), einer sittenwidrigen Schädigung (§ 1295 Abs 2 ABGB), der Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten oder einer Beeinträchtigung absolut geschützter Güter.⁵

Bestehen für das zu beurteilende Verhalten weder konkrete gesetzliche Vorschriften noch sonstige konkrete Verhaltensstandards,⁶ muss das Gericht das für den jeweiligen Beklagten unter den konkreten Umständen situationsadäquat „richtige“ Verhalten festlegen.⁷ Beispielsweise müssen im Einzelfall Verkehrssicherungspflichten,⁸ das Ingerenz-

³ Im Regelfall erfolgen Verstöße gegen gesetzliche Gebote und Verbote in sorgfaltswidriger Weise. Dies muss aber nicht immer so sein. *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/20 führt als Beispiel für einen nicht objektiv sorgfaltswidrigen Verstoß den Fall an, dass ein Autofahrer eine verdeckte und daher nicht erkennbare Stopptafel überfährt.

⁴ Vgl etwa *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2016) § 1294 Rz 6; *Karner* in *KBB*, ABGB⁴ (2014) § 1294 Rz 4; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1385.

⁵ *Karner* in *KBB*, ABGB⁴ § 1294 Rz 4; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1385 ff.

⁶ Die Bedeutung von sonstigen geschriebenen Verhaltensstandards zur Vermeidung eines Rückschaufehlers betonen etwa *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2091.

⁷ Vgl zB *Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich (2006) 57 ff.

⁸ Die Verkehrssicherungspflicht trifft jeden, der einen Verkehr eröffnet. Er muss im Rahmen des Zumutbaren die Verkehrsteilnehmer schützen und vor Gefahren warnen, siehe etwa OGH 19.02.1986, 3 Ob 608/85: „Die Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten liegt darin,

prinzip,⁹ vorvertragliche Aufklärungspflichten oder die erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters (§ 25 Abs 1 GmbHG, § 84 Abs 1 AktG) konkretisiert werden. Dabei muss sich das Gericht in eine Ex-ante-Perspektive versetzen. Entscheidend ist demnach nicht, welches Verhalten aus heutiger Sicht (nach Kenntnis des Schadenseintritts) als „richtig“ erscheint, sondern was vom Schädiger damals, vor bzw im Zeitpunkt des schadenskausalen Verhaltens erwartet werden durfte. Eine Schadensgefahr, die nach dem damaligen Stand der Technik nicht hinreichend vorhersehbar war, musste auch nicht durch zusätzliche Sicherheitsvorkehrungen verhindert werden. Über eine künftige wirtschaftliche Entwicklung, mit der auf Grund der damaligen Erfahrungen objektiv nicht zu rechnen war, musste auch nicht aufgeklärt werden.¹⁰

II. Verschulden

Während sich das Rechtswidrigkeitsurteil auf das Verhalten bezieht, betrifft das Verschulden den konkreten Täter. Maßgeblich ist, ob dem Täter das rechtswidrige Verhalten auch subjektiv vorgeworfen werden kann, weil er (im Zeitpunkt des Verhaltens) nach seinen subjektiven Fähigkeiten in der Lage war, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens einzusehen und dieser Einsicht gemäß zu handeln.¹¹ In den hier primär interessierenden Fällen, in denen die verletzte Sorgfaltspflicht nicht durch ein Schutzgesetz konkretisiert ist,¹² erfordert das

_____ dass einerseits die Unterlassung von Maßnahmen zur Schadensabwendung für rechtswidrig erklärt wird und andererseits schon Handlungen verboten werden, die bloß eine abstrakte Gefährdung fremder Güter mit sich bringen.“ Vgl auch RIS-Justiz RS0029874; *von Bar*, Zur Bedeutung des Beweglichen Systems für die Dogmatik der Verkehrspflichten, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 63; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1294 ABGB Rz 39 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a³ (2007) § 1294 ABGB Rz 78 ff; zu Begründung und Inhalt der verwandten vor-, neben- und nachvertraglichen Schutzpflichten *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 36 ff.

⁹ Nach dem Ingerenzprinzip muss jeder, der eine Gefahrenquelle schafft oder in seinem Bereich bestehen lässt, dafür sorgen, dass sie niemanden schädigt, vgl *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1294 Rz 32 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a³ § 1294 ABGB Rz 64; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1395.

¹⁰ Vgl zB OGH 4 Ob 20/11m = ÖBA 2012, 61 (mit zustimmender Anmerkung *Schopper*): keine Informationspflicht über ein ex ante betrachtet bloß theoretisches, vernachlässigbares Bonitätsrisiko des Emittenten.

¹¹ Siehe *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1412 f.

¹² Bei einer Schutzgesetzübertretung haftet der Schädiger auch dann, wenn der konkrete Schadenseintritt für ihn nicht vorhersehbar war. Es genügt, dass die Übertretung des Schutzgesetzes schuldhaft erfolgte, wobei nach stRp dafür die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB gilt. Vgl dazu OGH 4 Ob 216/99i = EvBl 2000/41; 6 Ob 656/90 = wbl 1993, 225; 1 Ob 39/95 = EvBl 1996/18; 2 Ob 181/97z = ZVR 1999/99; *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für

Verschulden auch, dass der Eintritt des (ersten)¹³ Schadens für den Schädiger vorhersehbar war.¹⁴)

Ob der Schaden im Zeitpunkt der schädigenden Handlung oder Unterlassung vorhersehbar war, spielte schon im römischen Recht eine wichtige Rolle bei der Haftungsbegründung. Bereits nach der Lex Aquilia war anerkannt, dass dem Schädiger kein Schuldvorwurf gemacht werden kann, wenn er alle, aus einer Ex-ante-Sicht erforderlichen Vorkehrungen getroffen hat. Sollte etwa beim Abbrennen eines Stoppfeldes ein Windstoß das Nachbarfeld in Brand setzen, liegt keine culpa, sondern ein haftungsfreier Zufall (casus) vor, wenn dieser Windstoß nicht vorhersehbar war.¹⁵)

Die Ex-ante-Beurteilung entspricht dem Grundgedanken, dass sich das Verschulden auf den Vorwurf gründet, dass der Schädiger anders hätte handeln sollen und auch anders hätte handeln können.¹⁶) Dies kann vernünftigerweise nur aus der damaligen Perspektive beurteilt werden. Dass der Schaden auf Grund des Verhaltens des Schädigers später tatsächlich eingetreten ist, muss bei der Verschuldensprüfung hingegen grundsätzlich ausgeblendet werden. Der spätere Schadenseintritt bildet generell auch kein Indiz für dessen Vorhersehbarkeit im Zeitpunkt der schädigenden Handlung.

III. Adäquanz

Die Vorhersehbarkeit des Schadens ist schließlich auch ein Element der Adäquanz.¹⁷) Während es bei der Prüfung der Vorhersehbarkeit im Rahmen des Verschuldens auf die konkrete Situation und den konkreten Kausalitätsverlauf ankommt,¹⁸) ist adäquate Verursachung anzunehmen, wenn die generelle Eignung einer Ursache, den Schaden herbeizuführen, von jedem vernünftigen Menschen erkannt werden konnte, mag auch der im konkreten Fall eingetretene Schaden gerade nicht erkennbar gewesen sein; er darf nur nicht außerhalb der allgemeinen menschlichen Erfahrung liegen.¹⁹)

casus mixtus (1992) 266; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2016) § 1311 Rz 52.

¹³) Bezugspunkt des Verschuldens ist nur der Eingriff in das jeweilige absolut geschützte Rechtsgut, nicht aber alle adäquat verursachten und im Rechtswidrigkeitszusammenhang liegenden Folgeschäden.

¹⁴) Siehe zB F. Bydliński, Zum gegenwärtigen Stand der Kausalitätstheorie im Schadensrecht, JBl 1958, 1 (2); Karollus, Schutzgesetzverletzung 278 ff; Karner in KBB, ABGB⁴ § 1294 Rz 8; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/33; derselbe, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/78; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1294 ABGB Rz 63; Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ § 1294 Rz 13a; aus Deutschland siehe zB Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2¹³ (1994) 353, 427; Wagner in MünchKomm BGB⁶ (2013) § 823 Rz 42. Nur bei der Schutzgesetzverletzung genügt es, dass man die Rechtswidrigkeit erkennen konnte, vgl Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 55/3; dazu bereits oben in Fn 12.

¹⁵) Vgl Hausmaninger, Lex Aquilia⁵ (1996) 28 mit Verweis auf Paul. Dig. 9,2,31.

¹⁶) Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/1.

¹⁷) RIS-Justiz RS0112489.

¹⁸) OGH 4 Ob 216/99i = EvBl 2000/41.

¹⁹) OGH 4 Ob 216/99i = EvBl 2000/41.

Nach stRsp verlangt die Adäquanz, das Verhalten unter Zugrundelegung des zur Zeit der Beurteilung vorhandenen höchsten menschlichen Erfahrungswissens und unter Berücksichtigung der zur Zeit der Handlung dem Täter oder einem Durchschnittsmenschen bekannten oder erkennbaren Umstände dahingehend zu prüfen, ob es geeignet war, eine Schadensfolge von der Art des Eingetretenen in nicht ganz unerheblichem Grade zu begünstigen. Demnach ist zwar das Erfahrungswissen im Beurteilungszeitpunkt maßgeblich, dies aber unter Berücksichtigung der Umstände, die dem Täter im Handlungszeitpunkt (also ex ante) bekannt waren.²⁰) Auch die Adäquanz ist daher aus einer Ex-ante-Perspektive zu prüfen.²¹) Der Beurteilung sind der Stand der Technik und die Erfahrungen im Schädigungszeitpunkt zugrunde zu legen.

C. Der Rückschaufehler als kognitives Problem

I. Die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften

Die beschriebene Ex-ante-Beurteilung erfordert es, nachträglich erlangtes Wissen über den eingetretenen Schadensfall auszublenden. Genau dieser Schritt ist aber – so die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften – kognitiv nicht möglich. Denn sobald Menschen wissen, zu welchen Folgen ein bestimmtes historisches Ereignis geführt hat, können sie es nicht mehr losgelöst von diesen Folgen beurteilen. Grund dafür ist ihre kognitive Beschaffenheit, die sie dazu anhält, Information und Wissen in eine logische und sinnstiftende Ordnung zu bringen, neue Information mit vorhandenem Wissen zu koppeln und aus der Erfahrung zu lernen.²²)

Über diese kognitive Struktur kann man sich nicht einfach hinwegsetzen. Sie prägt die Urteilsfindung selbst dann, wenn Menschen – wie etwa Richterinnen und Richter in Schadenersatzprozessen – versuchen, ein Ereignis ex ante zu beurteilen.²³) Diese Störung des Ex-ante-Urteils durch

²⁰) Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2016) § 1295 Rz 14; OGH 2 Ob 155/97a = JBl 1999, 533; 23.03.1999, 1 Ob 296/98f; 1 Ob 16/97b = ZVR 1998/50.

²¹) F. Bydliński, Probleme der Schadensverursachung (1964) 59; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1295 Rz 14; Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ § 1295 ABGB Rz 14; OGH 2 Ob 155/97a = JBl 1999, 533: „[...] das Verhalten unter Zugrundelegung des zur Zeit der Beurteilung vorhandenen höchsten menschlichen Erfahrungswissens und unter Berücksichtigung der zur Zeit der Handlung dem Täter oder einem Durchschnittsmenschen bekannten oder erkennbaren Umstände des Falles geeignet war, eine Schadensfolge von der Art des Eingetretenen in nicht ganz unerheblichem Grade zu begünstigen [...]“ (ebenso OGH 23.03.1999, 1 Ob 296/98f und 1 Ob 16/97b = ZVR 1998/50); Kocholl, Adäquanz – Anforderungen an die Vorhersehbarkeit, ÖJZ 2009, 583 (586 f mwN).

²²) Fischhoff, Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgement under uncertainty, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance (1975) 288 (288); Guthrie/Rachlinski/Wistrich, Inside the Judicial Mind, Cornell Law Review (2001) 777 (799).

²³) Vgl zB Fischhoff, Journal of Experimental Psychology 1975, 288; Guthrie/Rachlinski/Wistrich, Cornell Law Review 2001, 799 ff; Kamin/Rachlinski, Ex Post = Ex

nachträgliches Wissen bezeichnen die Sozialwissenschaften als Rückschaufehler (*hindsight bias*).

Systematisch untersucht und aufgearbeitet wurde der Rückschaufehler erstmals von *Baruch Fischhoff*. *Fischhoff* erkannte, dass Menschen, die wissen, wohin ein bestimmtes Ereignis geführt hat, bei der nachträglichen Beurteilung dieses Ereignisses zwei Faktoren überbewerten: die Wahrscheinlichkeit, mit der das Ereignis zu diesem Ergebnis führen musste, und die Fähigkeit der damaligen Entscheidungsträger, diesen Ausgang vorausszusehen. Gleichzeitig sind sich Menschen nicht bewusst, wie stark ihr Wissen über den späteren Verlauf ihre Beurteilung früherer Ereignisse prägt.²⁴⁾ Selbst wenn jemand aus einer Ex-ante-Perspektive urteilen und sein Wissen über die Folgeereignisse ausblenden will, lässt sich der Einfluss dieses Wissens nicht gänzlich verhindern, sondern höchstens reduzieren.²⁵⁾

Anknüpfend an diese Erkenntnisse gingen rechtssoziologische und -ökonomische Arbeiten der Frage nach, was daraus für die rechtliche Urteilsfindung, insbesondere im Schadenersatzrecht und im Strafrecht, folgt.²⁶⁾ *Rachlinski/Kamin* führten dazu im Jahr 1995 eine in der Folge viel zitierte Studie durch.²⁷⁾

Die Probanden (76 undergraduates der Stanford University) wurden in drei Gruppen geteilt und gefragt, ob eine Gemeinde Vorsichtsmaßnahmen gegen Überschwemmungen ergreifen soll beziehungsweise hätte sollen. Die erste Gruppe wurde in die Situation einer Gemeinderatsversammlung versetzt, in der über die Frage beraten wurde, ob gegen mögliche Überflutungen weitere Schutzmaßnahmen ergriffen werden sollten. Der Gemeinderat zog einen Sachverständigen bei, der die Gefahr als gering einschätzte. Die Probanden mussten auf dieser Grundlage entscheiden, ob weitere Schutzmaßnahmen getroffen werden sollten. Die zweite Gruppe erhielt dieselbe Information aus der Gemeinderatsitzung. Darüber hinaus setzte man sie in Kenntnis, dass sich der Gemeinderat letztlich gegen weitere Schutzmaßnahmen entschieden hatte und in der Folge eine Überflutung eingetreten war. Mit diesem Wissen musste sie beurteilen, ob die Gemeinde

sorgfaltswidrig gehandelt hatte. Die dritte Gruppe hatte denselben Arbeitsauftrag wie die zweite Gruppe, wurde aber darauf hingewiesen, dass in Anbetracht des bereits eingetretenen Unfalls die Beurteilung schwierig sei und man bedenken solle, dass die Umstände, die zum Unfall führten, auch anders hätten verlaufen können.²⁸⁾

Das Ergebnis: Die überwiegende Mehrheit der ersten Gruppe betrachtete die Wahrscheinlichkeit einer Überflutung als so gering, dass sie es nicht für erforderlich hielt, weitere Maßnahmen zu ergreifen. Der Großteil der zweiten Gruppe hingegen beurteilte die Wahrscheinlichkeit einer Überflutung rückblickend als hoch genug, um das Unterlassen der Gemeinde als sorgfaltswidrig zu beurteilen. Die Beurteilung der dritten Gruppe wich kaum von jener der zweiten Gruppe ab.²⁹⁾

In Übereinstimmung mit dieser Studie ist mittlerweile unbestritten, dass der Rückschaufehler auch die rechtliche Urteilsfindung betrifft und der bloße Hinweis darauf, sich bei der Entscheidung in eine Ex-ante-Perspektive zu versetzen, nur geringe Wirkungen hat.³⁰⁾ Andererseits hält man es generell sehr wohl für möglich, den Rückschaufehler durch entsprechende Anleitung zumindest zu reduzieren.³¹⁾

II. Die Fallstudie³²⁾

Bei dieser Überlegung setzte die von den Autoren für den vorliegenden Beitrag durchgeführte Studie an. Es sollte geprüft werden, inwieweit eine detaillierte Entscheidungsanleitung den Rückschaufehler korrigieren kann.

Die Fallstudie wurde an der Universität Innsbruck, der Johannes-Kepler-Universität Linz und der Wirtschaftsuniversität in Wien durchgeführt.³³⁾ Insgesamt wirkten 168 Studierende des Diplom- und Bachelorstudiums Rechtswissenschaft bzw. Wirtschaftsrecht im Rahmen von unterschiedlichen Lehrveranstaltungen zum bürgerlichen Recht und zum Unternehmensrecht mit. Die Studierenden standen teilweise am Beginn des Studiums des bürgerlichen Rechts, teilweise waren sie fortgeschrittener. Im Rahmen der Lehrveranstaltungen, in de-

ante: Determining liability in hindsight, *Law and Human Behaviour* (1995) 89 (90 f); *Rachlinski*, A positive psychological study of judging in hindsight, *The University of Chicago Law Review* (1998) 571 (571 f, 576 ff).

²⁴⁾ *Fischhoff*, *Journal of Experimental Psychology* 1975, 288; *Fischhoff*, For those condemned to study the past: Reflections on historical judgment, in *Shweder/Fiske*, *New directions for methodology of behavioral science: Fallible judgment in behavioral research* 79 (83 f).

²⁵⁾ *Fischhoff*, *Journal of Experimental Psychology* 1975, 295; *Kamin/Rachlinski*, *Law and Human Behaviour* 1995, 92 mwN; *Rachlinski*, *The University of Chicago Law Review* 1998, 586, 602.

²⁶⁾ *Kamin/Rachlinski*, *Law and Human Behaviour* 1995, 89; *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell Law Review* 2001, 799 ff; *Rachlinski*, *The University of Chicago Law Review* 1998, 588 ff; *Stallard/Worthington*, *Reducing the Hindsight Bias Utilizing Attorney Closing Arguments*, *Law and Human Behaviour* 1998, 671.

²⁷⁾ *Kamin/Rachlinski*, *Law and Human Behaviour* 1995, 93 ff.

²⁸⁾ "Making such an assessment may be difficult since the accident has already occurred. When listening to the evidence, you should consider how the events which led up to the accident could have turned out differently." Siehe *Kamin/Rachlinski*, *Law and Human Behaviour* 1995, 95.

²⁹⁾ *Kamin/Rachlinski*, *Law and Human Behaviour* 1995, 98 f.

³⁰⁾ *Kamin/Rachlinski*, *Law and Human Behaviour* 1995, 102; *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell Law Review* 2001, 804; *Rachlinski*, *The University of Chicago Law Review* 1998, 603; *Stallard/Worthington*, *Law and Human Behavior*, 1998, 680.

³¹⁾ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell Law Review* 2001, 784, 825; *Stallard/Worthington*, *Law and Human Behavior*, 1998, 673, 680.

³²⁾ Details der Studie sind auf der <<https://www.uibk.ac.at/unternehmensrecht/rueckschaufehler>> zugänglich.

³³⁾ Wir bedanken uns für die Unterstützung von Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner* an der Johannes-Kepler-Universität Linz und von Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer* an der Wirtschaftsuniversität Wien.

nen die Umfrage auf freiwilliger Basis erfolgte, wurden die Lehrveranstaltungsteilnehmer jeweils in drei gleich große Gruppen aufgeteilt³⁴⁾ und mussten ein Schadenersatzrechtliches Fallbeispiel im Hinblick darauf beurteilen, ob eine Sorgfaltspflicht verletzt worden war.

Bei dem Fallbeispiel handelte es sich um eine (für die Studie geringfügig adaptierte) OGH-Entscheidung (OGH 29.03.2000, 7 Ob 51/00a), die sich mit dem Schadenersatzanspruch einer Eisläuferin gegen den Betreiber eines Eislaufplatzes beschäftigt. In dem Verfahren brachte die Eisläuferin als Klägerin vor, der Eislaufplatzbetreiber hätte bei der Absicherung des Eislaufplatzes Sorgfaltspflichten verletzt.

Die drei Studierendengruppen erhielten jeweils unterschiedliche Varianten des Fallbeispiels:

Die erste Gruppe wurde in eine tatsächliche Ex-ante-Sicht versetzt. Sie hatte keine Information über Unfallhergang und -folgen, sondern nur über die vom Betreiber getroffenen Sicherheitsvorkehrungen. Die Aufgabe bestand darin, vorab zu beurteilen, ob allfällige Sorgfaltspflichten eingehalten waren und der Eislaufplatz in dieser Form betrieben werden könne.

Die zweite Gruppe erhielt zusätzlich zur Information über die getroffenen Sicherheitsmaßnahmen Kenntnis über Hergang und Folgen eines konkreten Unfalls am Eislaufplatz. Man versetzte sie damit in eine Ex-post-Perspektive. Die Fragestellung war gleich, nämlich ob der Betreiber Sorgfaltspflichten verletzt hatte.

Die dritte Gruppe erhielt dieselbe Information wie die zweite Gruppe, allerdings mit einer ausdifferenzierten Entscheidungsanleitung, die den Rückschaufehler korrigieren sollte. Die Anleitung war wie folgt formuliert:

„Beachten Sie bei Ihrer Entscheidungsfindung, dass die Verkehrssicherungspflichten aus einer Ex-ante-Perspektive zu beurteilen sind. Das bedeutet, dass Sie sich in die Lage eines Betreibers im Zeitpunkt vor dem Unfall versetzen und aus dieser Perspektive beurteilen müssen, ob er alles Zumutbare gegen vorhandene Gefahren unternommen hat. Bitte formulieren Sie in einem ersten Schritt Ihre Entscheidung aufgrund dieser Angaben! Bitte halten Sie auch fest, ob es sich für Sie um einen eindeutigen oder einen Grenzfall handelt.

In einem zweiten Schritt überdenken Sie bitte Ihre Entscheidung im Hinblick auf folgende Erwägungen: Psychologische Forschungen haben festgestellt, dass man einmal erlangtes Wissen nicht völlig ausblenden kann. Auch wenn rechtlich gefordert, psychologisch ist eine echte ex-ante-Position nicht herstellbar. Denn was wir wissen prägt notwendigerweise unser Denken. In Schadensfällen wie hier tendieren wir folglich dazu, dann, wenn ein bestimmtes Verhalten zu einem Schaden geführt hat, dieses Verhalten strenger zu beurteilen als wir es „damals“ getan hätten, als noch kein

Schaden eingetreten war. Mit anderen Worten: Das Wissen um den Unfall beeinflusst unsere Beurteilung des unfallursächlichen Verhaltens – ob wir es wollen oder nicht. Dieses kognitive Problem wird als Rückschaufehler bezeichnet.

Wenn Sie aufgrund Ihrer ersten Einschätzung zum Schluss kamen, dass Sorgfaltspflichten verletzt wurden, überprüfen Sie nun dieses Ergebnis in einem zweiten Gedankenschritt im Hinblick darauf, dass ihm ein Rückschaufehler anhaftet, Sie also wegen Ihres Wissens über den Unfall das Verhalten des Betreibers strenger beurteilen als Sie es vor dem Unfall getan hätten.

Um den Fehler zu korrigieren, nehmen Sie nun dem historischen Verhalten gegenüber bewusst eine weniger kritische Haltung ein. Dafür müssen Sie bewusst weniger streng urteilen, als Sie es mit Ihrem heutigen Wissen für richtig erachten. Wenn Sie etwa in Ihrer ersten Einschätzung zwar eine Sorgfaltspflichtverletzung annahmen, den Sachverhalt aber für einen schwierigen Grenzfall hielten, wäre in diesem zweiten Gedankenschritt die Verletzung doch zu verneinen.

Halten Sie bitte sowohl Ihr endgültiges Ergebnis als auch Gedankenschritt 1 und 2 fest!“

Die Ergebnisse der Studie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

In der ersten Gruppe erachteten 53 % der Studierenden die Sicherheitsmaßnahmen als ungenügend. In der zweiten Gruppe waren es 71 %, in der dritten Gruppe nur 29 %. Der Anteil der Personen, die eine Schutzpflichtverletzung bejahten, war in Gruppe 3 daher nicht nur geringer als in Gruppe 2, sondern sogar geringer als in Gruppe 1. Dieses Ergebnis bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass dieselben Schutzpflichten ex ante weniger streng als ex post beurteilt wurden. Vielmehr ist naheliegend, dass sich die Studierenden der Gruppe 1 in die Rolle von Rechtsberatern versetzten, iS anwaltlicher Vorsicht antworteten und (ohne damit verbundene Kosten zu berücksichtigen) alle erdenklichen Haftungsrisiken ausräumen wollten. Mit diesem Zugang rät man zur Verbesserung auch solcher Sicherheitsmaßnahmen, die nur möglicherweise von einem Gericht als unzureichend betrachtet werden könnten, unabhängig davon, ob man sie selbst tatsächlich als ungenügend beurteilt.

Fest steht jedenfalls – und das ist für diesen Artikel primär interessant –, dass die zweite Gruppe aufgrund ihres Ex-post-Wissens über den konkreten Schadensfall erheblich strenger urteilte als die erste Gruppe aus Ex-ante-Sicht und dass eine konkrete Anleitung zur Urteilsfindung wiederum zu einer weniger strengen Haltung führt.

D. Der Rückschaufehler als rechtliches Problem

Nach dieser sozialwissenschaftlichen und empirischen Annäherung an das Problem, soll nun der Rückschaufehler in die Dogmatik des materiellen Rechts und Verfahrensrechts übersetzt werden. Dazu ist zunächst die Ebene der rechtlichen Beurteilung von jener der Sachverhaltsfeststellung zu unterscheiden.

³⁴⁾ Das Verhältnis von Studierenden, die am Beginn des Studiums des bürgerlichen Rechts standen und jenen, die bereits etwas fortgeschrittener waren, war in jeder Gruppe gleich.

I. Die rechtliche Beurteilung

Wie beschrieben führt der Rückschaufehler dazu, dass Menschen, die wissen, zu welchem Ergebnis ein bestimmtes Ereignis geführt hat, bei der nachträglichen Beurteilung dieses Ereignisses zwei Faktoren überbewerten: die Wahrscheinlichkeit, mit der das Ereignis zu diesem Ergebnis führen musste, und die Fähigkeit damaliger Entscheidungsträger, diesen Ausgang vorauszusehen.³⁵⁾ Damit sind genau jene Zurechnungskriterien angesprochen, die aus einer Ex-ante-Perspektive zu beurteilen sind: die Rechtswidrigkeit, das Verschulden und die Adäquanz.

Aus der Wahrscheinlichkeit, mit der ein bestimmtes Verhalten zu einem Schaden führen wird, ergibt sich nämlich die Gefährlichkeit dieses Verhaltens und umso gefährlicher eine Handlung desto eher ist sie rechtswidrig. So bedeutet Rechtswidrigkeit gemäß der Verhaltensunrechtslehre,³⁶⁾ dass man dem Schädiger vorwerfen kann, dass er sich (damals) anders verhalten hätte sollen, weil er – unter anderem im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Tätigkeit – die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer Acht ließ.³⁷⁾

Schließt man hingegen vom Schadenserfolg auf die Rechtswidrigkeit der Handlung,³⁸⁾ läuft die Beurteilung auf eine Erfolgshaftung hinaus. Dies entspricht jedenfalls im Rahmen der Verschuldenshaftung nicht dem österreichischen Recht. In diesem Sinne gab auch der OGH zu bedenken, dass „das Fehlschlagen unternehmerischer, durch den Geschäftsführer getroffener Entscheidungen nicht bereits an sich haftungsbegründend ist, würde doch sonst dem Geschäftsführer nahezu in Form einer Erfolgshaftung das typische, die Gesellschaft treffende Unternehmerrisiko aufgebürdet werden.“³⁹⁾ Vom Schadenserfolg die Rechtswidrigkeit der schadensbegründenden Handlung abzuleiten, ist daher eine unrichtige rechtliche Beurteilung, die als solche nach § 502 ZPO vor dem OGH bekämpft werden kann.

Dasselbe gilt für das Verschulden: Wenn das Gericht aufgrund des nachträglichen Wissens über den tatsächlichen Geschehensablauf die Fähigkeiten der konkret handelnden Personen den Schaden (subjektiv) vorauszusehen, überschätzt, dann liegt darin eine reversible unrichtige rechtliche Beurteilung des Verschuldens.

Darüber hinaus kann der Rückschaufehler zu einer falschen Beurteilung der Adäquanz führen.⁴⁰⁾ Die Lehre von der Adäquanz beschränkt die Zurechnung, wenn der Schaden (im Zeitpunkt des kausalen Verhaltens) nicht vorhersehbar war und nur aufgrund einer außergewöhnlichen Verkettung von Umständen aus dem schädigenden Ereignis folgte.⁴¹⁾ Wenn hingegen aus dem Eintritt des Schadens auf seine Voraussehbarkeit geschlossen wird, verliert das Kriterium der Adäquanz seine Bedeutung als eigenständiges Zurechnungsmoment. Auch darin liegt eine reversible unrichtige rechtliche Beurteilung.

II. Die Sachverhaltsfeststellung

Während aus dem Schadenseintritt weder Rechtswidrigkeit, Verschulden noch Adäquanz abgeleitet werden dürfen, sind Rückschlüsse auf die faktische Frage, ob ein bestimmtes schadensbegründendes Verhalten gesetzt wurde, grundsätzlich zulässig. Ein Beispiel:

Eine Gärtnerei klagt ein Industrieunternehmen mit dem Vorbringen, das Unternehmen habe Giftstoffe in einen Fluss geleitet und dadurch ihre Pflanzen geschädigt. Vom Schaden der Pflanzen darauf zu schließen, welches Gift in welcher Menge wann in den Fluss geleitet wurde, ist zulässig. Ein solcher Schluss beruht auf chemischen Gesetzen und wird im Regelfall durch einen Sachverständigen abzuklären sein. Lebenserfahrung und auf Empirie gegründete Wahrscheinlichkeiten sind dabei zu berücksichtigen. Dies folgt aus dem Regelbeweismaß der ZPO, das hohe Wahrscheinlichkeit genügen lässt.⁴²⁾ Daher kann bei der Sachverhaltsfeststellung ein bestimmter Schadenserfolg freilich ein Indiz dafür sein, dass eine bestimmte schadensbegründende Handlung gesetzt wurde. In dieser Schlussfolgerung liegt per se noch kein Rückschaufehler.

Einem Rückschaufehler unterliegt allerdings derjenige, der abseits von den Gesetzen der Kausalität und Wahrscheinlichkeit vom Erfolg ohne weiteres auf ein bestimmtes erfolgsursächliches Verhalten schließt. Eine solche Voreingenommenheit kann bei der Sachverhaltsfeststellung zu einer mangelhaften Begründung der Beweiswürdigung und damit zu einem wesentlichen Verfahrensmangel führen, wogegen die Revision an den OGH offensteht.⁴³⁾

³⁵⁾ *Fischhoff*, Journal of Experimental Psychology 1975, 288; *Fischhoff*, New directions for methodology of social and behavioural science 1980, 79 (83 f).

³⁶⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/2 ff; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1294 Rz 21 ff.

³⁷⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/28 ff; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1294 Rz 25 f.

³⁸⁾ So findet man in manchen Entscheidungen das Argument, dass der Erfolg ein rechtswidriges Handeln indizieren könne; vgl zB OGH 09.10.1984, 2 Ob 606/84; 13.06.1978, 5 Ob 540/78; 05.10.2000, 6 Ob 240/00p; berechnete Kritik dazu etwa bei *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1294 Rz 27.

³⁹⁾ OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i; vgl auch *Rachlinski*, The University of Chicago Law Review 1998, 573, 596 f.

⁴⁰⁾ Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass auf der Ebene der Adäquanz von der hA nur Extremfälle von der Haftung ausgeschlossen werden, sodass die Gefahr eines Rückschaufehlers bei der Adäquanzprüfung in rein praktischer Hinsicht wohl geringere Auswirkungen haben wird als bei der Rechtswidrigkeits- und vor allem bei der Verschuldensprüfung.

⁴¹⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/2 ff; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 13 ff.

⁴²⁾ *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² (2004) Vor § 266 ZPO Rz 11 f; *Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ (2014) Vor § 266 Rz 5.

⁴³⁾ Zu diesem Revisionsgrund *Zechner* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² (2014) § 502 ZPO Rz 10; *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 272 ZPO Rz 8.

III. Der naturalistische Fehlschluss

Aufgrund der unterschiedlichen Wirkungen des Rückschaufehlers bei Sachverhaltsfeststellung und rechtlicher Beurteilung dürfen voreilige Rückschlüsse vom Erfolg auf die Handlung nicht nur als Problem der Sachverhaltsfeststellung betrachtet werden.⁴⁴⁾ Beschränkt man den Blick auf die Sachverhaltsebene könnte man nämlich meinen, Rückschlüsse vom Erfolg auf die schadenskausale Handlung seien nur dann problematisch, wenn sie zu weit gehen. So argumentieren etwa *Roberto/Grechenig*,⁴⁵⁾ dass man den unerwünschten Rückschaufehler von einer zulässigen „*rationalen Aktualisierung der Beweislage*“ abgrenzen müsse. Dementsprechend dürfe man wohl annehmen, dass im Fall einer Insolvenz die Wahrscheinlichkeit einer vorgängigen sorgfaltswidrigen Handlung höher sei, als außerhalb einer Insolvenz. Diese Wahrscheinlichkeit dürfe in die Beweiswürdigung einfließen – wenn auch nur bis zu einem gewissen Grad. Das Gericht dürfe „*die Wahrscheinlichkeit einer Sorgfaltspflichtverletzung aufgrund des Schadenseintritts (ebenso wie bei Vorliegen anderer Beweise)*“ aktualisieren. Ein Fehler liege erst dann vor, wenn das Gericht die Relevanz der Schädigung überbewerte.⁴⁶⁾

Diese Aussage ist nur dann richtig, wenn der Schluss vom Erfolg auf das schadensauslösende Ereignis tatsächlich nur Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung betrifft, nicht hingegen Rechtswidrigkeit, Verschulden oder Adäquanz. Denn die Frage, ob ein Verhalten rechtswidrig (weil sorgfaltswidrig) ist, betrifft die rechtliche Beurteilung und hier ist ein Rückschluss aus Ex-post-Wissen über später eingetretene Fakten per se falsch. Ein Schadenserfolg kann nicht einmal ein Indiz dafür sein, dass ein bestimmtes schadenskausales Verhalten rechtswidrig (bzw. subjektiv vorwerfbar) war.

Das folgt nicht nur aus der Verhaltensunrechtslehre, sondern schon aus dem allgemeinen Grundsatz, dass man nicht vom Sein auf ein Sollen schließen kann. Aus nicht-normativen Sätzen lassen sich keine normativen Sätze ableiten, aus einer nach dem Kausalprinzip geordneten empirischen Welt daher keine rechtlichen Beurteilungen. Dieses Prinzip hat *David Hume* ausführlich dargelegt;⁴⁷⁾

⁴⁴⁾ Dies geschieht unseres Erachtens bei *Roberto/Grechenig*, Rückschaufehler („Hindsight Bias“) bei Sorgfaltspflichtverletzungen, zsr 2011/1, 5 (9 ff); *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell Law Review 2001, 828; *Stallard/Worthington*, Law and Human Behavior, 1998, 671.

⁴⁵⁾ In diesem Sinn *Roberto/Grechenig*, zsr 2011/1, 5. Aus der jüngeren deutschsprachigen Literatur siehe ferner *Oechsler*, Die Vermeidung von Rückschaufehlern (Hindsight Bias) bei der Außenhaftung von Organwaltern wegen Kapitalanlagebetrugs nach § 826 BGB, WM 2015, 853; *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2089 ff; *Westerhoff*, JR 2013, 89 f.

⁴⁶⁾ *Roberto/Grechenig*, zsr 2011/1, 9 ff.

⁴⁷⁾ *Hume*, A Treatise of Human Nature, Dover Philosophical Classics (2003) 334: „In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary ways of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a

von *Hans Kelsen* wurde es auf die rechtliche Urteilsfindung übertragen. So schreibt *Kelsen*: Die „*Lehre, die behauptet, aus der Natur Normen deduzieren zu können, (beruht) auf einem fundamentalen logischen Fehler. Denn diese Natur ist ein Inbegriff von Tatsachen, die untereinander nach dem Kausalprinzip [...] verknüpft sind, ein Sein; und aus einem Sein kann kein Sollen, aus einer Tatsache keine Norm geschlossen werden [...]. Wer in Tatsachen Normen, in der Wirklichkeit Werte zu finden, zu entdecken oder zu erkennen glaubt, täuscht sich selbst. Denn er muss – wenn auch unbewusst – die von ihm irgendwie vorausgesetzten [...] Normen in die Wirklichkeit der Tatsachen projizieren [...]*“.⁴⁸⁾

Das Urteil über Rechtswidrigkeit, Verschulden und Adäquanz lässt sich daher nicht, auch nicht ein wenig, aus empirischen Wahrscheinlichkeiten ableiten, sondern basiert ausschließlich auf einer Subsumtion der konkret festgestellten Tatsachen unter die einschlägigen Rechtsnormen bzw. auf einer Interessenabwägung nach normativen Vorgaben. Hier mit empirischen Wahrscheinlichkeiten zu operieren oder vom faktischen Schadenseintritt die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens abzuleiten, wäre ein naturalistischer Fehlschluss. Aus rechtsdogmatischer Sicht liegt darin eine unrichtige rechtliche Beurteilung.

E. Strategien zur Fehlervermeidung bei der Urteilsfindung

Für die unterschiedlichen Ebenen, auf denen sich der Rückschaufehler niederschlägt (Beweiswürdigung oder rechtliche Beurteilung), kommen unterschiedliche Strategien zur Fehlervermeidung in Betracht.

Auf der Ebene von Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung kann der Rückschaufehler wie dargelegt dazu führen, dass man aus dem Schadenseintritt ein bestimmtes schadenskausales Verhalten ableitet, ohne sich dabei auf objektiv nachvollziehbare Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitserwägungen stützen zu können.

Diesem Fehlschluss kann man durch ein bewusst strenges Beweismaß entgegen steuern. Mittlerweile ist als Regelbeweismaß nicht mehr eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit erforderlich. Es

sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given; for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it... [I] am persuaded, that a small attention wou'd subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason." Vgl dazu *Krauthausen*, Die Moralphilosophie des David Hume und ihre Aktualität in der Rechtsphilosophie (2009) 55.

⁴⁸⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960, Nachdruck 1976) 405.

genügt eine hohe Wahrscheinlichkeit, Erhöhung und Reduktion dieses Beweismaßes sind jedoch zulässig. Sie sind teils gesetzlich vorgesehen und teils richterrechtlich anerkannt.⁴⁹⁾ Wenn ein Rückschaufehler droht, sollte das erkennende Gericht bewusst ein strengeres Beweismaß anlegen und die Problematik des Rückschaufehlers explizit in der Begründung der Beweiswürdigung (§ 272 Abs 3 ZPO) behandeln. Dies ist durchaus de lege lata möglich.

Ein weiteres Regulativ sind klar definierte Beweislastregeln. Der Zusammenhang zwischen Beweislast und Rückschaufehler zeigt sich etwa bei § 84 Abs 2 Satz 2 AktG über die Beweislastverteilung für den Sorgfaltspflichtverstoß von Vorstandsmitgliedern. Gemäß dieser Bestimmung können sich die Vorstandsmitglieder „von der Schadenersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben.“

Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist wiederum zwischen Sachverhaltsfeststellung und rechtlicher Beurteilung zu unterscheiden. Bewiesen wird immer nur eine Tatsache (etwa: dass ein bestimmtes Verhalten gesetzt oder nicht gesetzt wurde), nicht jedoch wie diese Tatsache zu beurteilen ist (ob das erwiesene Verhalten objektiv sorgfaltswidrig war).

Zur Beweisregel des § 84 Abs 2 AktG erkannten Rsp und Literatur, dass die Interpretation dieser Bestimmung als echte Beweislastumkehr den Organmitgliedern de facto das volle unternehmerische Risiko aufbürden und die Organhaftung zu einer Erfolgshaftung machen würde. Deswegen schränkt ein gewichtiger Teil der Lehre und Rsp die Beweislastumkehr insoweit ein, als die Gesellschaft Tatsachen behaupten und beweisen muss, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit (genauer: das als pflichtwidrig zu beurteilende Verhalten) des Geschäftsführers gezogen werden kann und diesen zumindest wahrscheinlich machen.⁵⁰⁾ Für das Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1 a AktG) ist das in Anspruch genommene Organmitglied beweispflichtig.⁵¹⁾

⁴⁹⁾ *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² Vor § 266 ZPO Rz 11, 13.

⁵⁰⁾ OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i; 22.10.2003, 3 Ob 287/02f; *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung, in FS Krejci (2001) 501 (521); *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis, in FS P. Doralt (2004) 351 (358); *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181 (186 f); *Feltl/Told* in Gruber/Harrer, GmbHG (2014) § 25 Rz 212; *Reich-Rohrwig* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2016) § 25 Rz 204; *Lehner*, Dynamische Beweislastverteilung in der Organhaftung, *ecolex* 2014, 153; aA OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f (Gesellschaft muss die objektive Sorgfaltspflichtverletzung, nicht aber ein Verschulden beweisen); wiederum aA OGH 16.03.2007, 6 Ob 34/07d (Beweislastumkehr gilt uneingeschränkt für Rechtswidrigkeit und Verschulden).

⁵¹⁾ *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB Großkommentar (2015) § 114 Rz 148 (in Druck); *Karollus*, Unternehmerische Ermessensentscheidungen und Business Judgment Rule aus primär gesellschaftsrechtlicher Sicht, VR 2015, 23 (27); OLG Düsseldorf 15.01.2015, I-6 U 48/14 = ZIP 2016, 171; *Fleischer* in MünchKomm GmbHG²

Auf der Ebene der rechtlichen Beurteilung kann der Rückschaufehler vor allem durch geschriebene Verhaltensnormen, die das sorgfaltsgemäße Verhalten konkretisieren, vermieden werden.⁵²⁾ Denn derartige Regeln zwingen dazu, das Verhalten an klar formulierten Standards zu messen, sofern diese Regeln nach ihrem Normzweck auch den Schutz vor der Gefahr, die sich im schädigenden Ereignis verwirklicht hat, im Visier hatten.⁵³⁾ Der primäre Zweck von gesetzlich statuierten Verhaltensnormen besteht nicht immer nur in der Haftungsbeurteilung. Verhaltensnormen können ebenso vorrangig dazu dienen, einen Bereich abzugrenzen, der jedenfalls haftungsfrei sein soll. Ein Beispiel für eine gesetzliche Konkretisierung eines haftungsfreien Ermessensspielraums ist die Business Judgment Rule.⁵⁴⁾ Mit den Kriterien des Handelns frei von sachfremden Interessen und auf Grundlage angemessener Information gibt die Business Judgment Rule konkretisierte Verhaltensstandards vor, bei deren Vorliegen ein Sorgfaltspflichtverstoß des Leitungsorgans trotz Eintritt eines Schadens bei der Gesellschaft von vornherein ausscheidet. Die neuen Bestimmungen der § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG sind insofern ein wichtiger Beitrag. Viel größer ist die Gefahr des Rückschaufehlers, wenn die Sorgfaltswidrigkeit – etwa bei der Konkretisierung von Verkehrssicherungspflichten oder von vorvertraglichen Aufklärungs- und Warnpflichten – aufgrund allgemeiner Prinzipien und Interessenabwägungen beurteilt werden muss.⁵⁵⁾ Bestehen keine Verhaltensnormen sollte der Richter bzw die Richterin bei der Urteilsfindung den Einfluss des Ex-post-Wissens berücksichtigen, dementsprechend die erste Einschätzung der Sorgfaltswidrigkeit bewusst revidieren und allenfalls einen etwas weniger strengen Maßstab anlegen, auch wenn man dadurch letztlich eine Sorgfaltswidrigkeit verneint, die man in einer ersten Einschätzung bejahen würde. Eine solche Entscheidung kann kontraintuitiv sein und erfordert ein besonderes Maß an Rationalisierung. Der gedankliche Vorgang sollte in der rechtlichen Begründung der Entscheidung offengelegt werden.

F. Zusammenfassung

Es lässt sich somit Folgendes zusammenfassen:

1. Der Rückschaufehler besteht darin, dass einmal erlangtes Wissen nicht ausgeblendet werden kann und daher eine echte Ex-ante-Beurteilung

(2014) § 43 Rz 90; aA hinsichtlich des Vorliegens eines Interessenkonflikts *Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286 (291); für die alte Rechtslage siehe *Adensamer/Eckert*, Vorstandshaftung in Österreich, in Kalss, Vorstandshaftung 168 (217).

⁵²⁾ In diesem Sinn auch *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2091.

⁵³⁾ Vgl *Wagner* in MünchKomm BGB⁶ § 823 Rz 363; *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2091.

⁵⁴⁾ Vgl etwa *Schopper/Walch*, Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG, NZ 2016, 163 (180) mwN.

⁵⁵⁾ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell Law Review (2001) 784, 825; *Rachlinski*, The University of Chicago Law Review (1998) 574, 608 ff, 619 ff.

verhindert. Daraus folgt die Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Geschehensablaufs retrospektiv zu überschätzen.

2. Bei der schadenersatzrechtlichen Beurteilung führt der Rückschaufehler dazu, dass aus dem Schadenseintritt auf haftungsbegründende Faktoren geschlossen wird. Solche Rückschlüsse geschehen sowohl bei der Sachverhaltsfeststellung (3) als auch bei der rechtlichen Beurteilung (4).

3. Bei der Sachverhaltsfeststellung ist der Schluss vom Erfolg auf die Ursache grundsätzlich zulässig.

3.1. Voraussetzung ist, dass der Schluss auf objektiven Regeln der Kausalität, empirischen Wahrscheinlichkeiten und der Lebenserfahrung beruht.

3.2. Rückschlüsse, die darin keine Deckung finden, sind unzulässig. Sie können zu einer mangelhaften Begründung der Beweiswürdigung und damit zu einem wesentlichen Verfahrensmangel führen. Es steht die Revision an den OGH offen.

4. Bei der rechtlichen Beurteilung ist ein Rückschluss vom Erfolg auf haftungsbegründende Zurechnungsmomente grundsätzlich unzulässig.

4.1. Aus dem Erfolg kann weder auf Rechtswidrigkeit noch auf Verschulden noch auf Adäquanz geschlossen werden. Denn aus einer Tatsache kann kein Werturteil und daher auch keine rechtliche Beurteilung abgeleitet werden.

4.2. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz kann als unrichtige rechtliche Beurteilung bekämpft werden.

5. Der Rückschaufehler lässt sich vermeiden bzw. zumindest reduzieren:

5.1. Auf Sachverhaltsebene kann man bei Gefahr eines Rückschaufehlers das Beweismaß verschärfen und die Problematik bewusst in die Beweiswürdigung einbeziehen.

5.2. Bei der rechtlichen Beurteilung helfen konkrete Verhaltensstandards. Gibt es keine Verhaltensstandards sollte die erste Einschätzung von Rechtswidrigkeit, Verschulden und Adäquanz bewusst im Hinblick auf den Rückschaufehler revidiert und ein weniger strenger Maßstab herangezogen werden als er sich bei der ersten Beurteilung intuitiv aufdrängt.

Korrespondenz: RA Mag. *Bettina Knötzl*, KNOETZL HAUGENEDER NETAL Rechtsanwalte GmbH, Herrengasse 1, 1010 Wien, Österreich; E-Mail: bettina.knoetzl@knoetzl.com.

Priv.-Doz. Dr. *Judith Schacherreiter*, KNOETZL HAUGENEDER NETAL Rechtsanwalte GmbH, Herrengasse 1, 1010 Wien, Österreich; E-Mail: judith.schacherreiter@knoetzl.com.

Univ.-Prof. Dr. *Alexander Schopper*, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, Österreich; E-Mail: alexander.schopper@uibk.ac.at.