

Rechtsanwältin Sarah Moritz,
Wiesbaden

„... das war doch klar ...“ Der Umgang mit dem Rück- schaufehler in der Praxis

I. Einleitung

„... das war doch klar ...“ wird sich jeder schon einmal bei der Bewertung eines vorausgegangenen Verhaltens gedacht haben. Aber war das Ergebnis des Verhaltens im Zeitpunkt der Entscheidung wirklich so „klar“, wie man im Nachhinein meint?

Diese in vielerlei Hinsicht für uns Juristen interessante Frage wird unter dem Begriff „Rückschaufehler“ in der Psychologie untersucht. Der Rückschaufehler beschreibt die Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses retrospektiv zu überschätzen.¹ Systematisch wurde er erstmals 1975 von Barusch Fischhoff untersucht. Dieser definierte den Rückschaufehler wie folgt:²

„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.“

Der weit verbreitete und durch zahlreiche Studien erforschte Rückschaufehler hat sich als eines der robustesten Phänomene der Gedächtnisforschung erwiesen.³ Wissenschaftlichen Studien zeigen, dass der Rückschaufehler in Fällen mit ambivalenten und unklaren Situationen dazu führt, dass die tatsächlichen Folgen der Entscheidung als wahrscheinlicher betrachtet werden, als sie es im Zeitpunkt der Entscheidung objektiv waren.⁴ Ferner stellen die Forscher fest, dass je schlimmer die Folgen einer Entscheidung waren, desto negativer wurde das Verhalten bewertet, das zu den Folgen führte.⁵

II. Auswirkungen des Rückschaufehlers auf das Strafrecht

Der Rückschaufehler ist nicht nur ein allgemeines menschliches Phänomen der Gedächtnisforschung, sondern weist auch eine erhebliche Relevanz in der juristischen Praxis auf. Dies vor allem deshalb, da die Protagonisten der Justiz auch „nur Menschen“ und daher weder Richter und Staatsanwälte noch Verteidiger immun gegen den Rückschaufehler sind.⁶ So beurteilen und entscheiden diese Protagonisten Rechtsfälle aufgrund des Rückschaufehlers durchaus nicht so perfekt rechtskonform, wie es unter objektiven Gesichtspunkten erwartet wird.⁷ Wesentliche Entscheidungsprozesse in der richterlichen Urteilsfindung können durch allgemeinhin menschliche kognitive Prozesse beeinflusst sein.⁸

Zu tragen kommt der Rückschaufehler insbesondere bei der Beurteilung der angemessenen Sorgfalt.⁹ In Ermittlungs- und Gerichtsverfahren ist häufig ein Sachverhalt ex post zu würdigen, dessen Folgen – in der Regel ein schädigendes Ereignis – allen Beteiligten bekannt sind. Bei Fahrlässigkeitsdelikten wird die Entscheidung mit vorhandenem ex post Wissen gefällt, obgleich sie auf der ex ante Perspektive basieren sollte.¹⁰ Dieses Dilemma führt dazu, dass das Eintreten eines Ereignisses, nachdem es tatsächlich eingetreten ist, als wahrscheinlicher angesehen wird, als es aus ex ante Perspektive

¹ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 619; Oswals, JuS 2021, 1116, 1118.

² Barusch Fischhoff, For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), 335-354, 341; Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 619; Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2089.

³ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 620.

⁴ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 625.

⁵ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 625.

⁶ Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2090.

⁷ Risse, NJW 2018, 2848, 2851.

⁸ Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2088.

⁹ Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

¹⁰ Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

war und hat seinen Grund darin, dass der Mensch nicht mehr in der Lage ist, ein tatsächlich eingetretenes Ereignis so zu beurteilen, wie es vor dem Eintritt beurteilt werden musste. Die Möglichkeit des Eintretens wird in diesen Fällen überschätzt, denn das Wissen um das tatsächlich eingetretene Ereignis verschiebt die Deutung und Wertung aller Sachverhalte in Richtung des Eintretens.¹¹ Gerade in den Fällen, in denen es an einem ex ante Vergleichsstandard fehlt, besteht die Gefahr, dass im Nachhinein aufgrund des Rückschaufehlers fast alles als voraussehbar betrachtet wird.¹²

III. Der Rückschaufehler in der strafrechtlichen Praxis - Praxisbeispiele

In der strafrechtlichen Praxis kann der Effekt des Rückschaufehlers in zahlreichen Situationen auftreten. Besonders prägnant wirkt sich dies in folgenden Konstellationen aus:

1. Das Sachverständigengutachten

Von Bedeutung wird der Rückschaufehler auch in Fällen, in denen ein Szenario bewertet wird, über das die befragte Person sehr viel Wissen hat.¹³ Zahlreiche Studien belegen, dass auch Sachverständige dem Rückschaufehler unterliegen, wenn sie die Arbeit von Kollegen retrospektiv zu bewerten haben. Es kann daher insbesondere im Medizinrecht nicht ausgeschlossen werden, dass die medizinischen Sachverständigen einen zu strengen Maßstab anlegen, wenn sie die Behandlung eines anderen Mediziners unter Sorgfaltsgesichtspunkten – insbesondere im Hinblick auf einen Behandlungsfehler – bewerten müssen.¹⁴ In einer Studie von Harley/Carlsen/Loftus wird in diesem Kontext auf eine mögliche Fallgestaltung Bezug genommen, in welcher der Sachverständige beurteilen muss, ob ein Tumor auf einem Röntgenbild von dem behandelnden Arzt hätte erkannt werden können. Der Sachverständige weiß in einer solchen Situation in der Regel, dass ein Tumor vorhanden war und der behandelnde Arzt diese Diagnose nicht erkannt hat. Für den Sachverständigen ist es schwierig bis unmöglich, die ihm vorliegenden Informationen bei der Beurteilung des Röntgenbildes zu ignorieren. Dies kann dazu führen, dass er die Erkennbarkeit eines Tumors bejaht, obwohl er aus ex ante Perspektive ohne die Kenntnis um das Vorhandensein eines Tumors diesen selbst nicht erkannt hätte bzw. der Tumor nicht erkennbar gewesen wäre.¹⁵

2. Unternehmerische Entscheidungen in Kapitalgesellschaften

Auch dem Gesetzgeber ist der Rückschaufehler nicht unbekannt. Deswegen hat er in Teilbereichen versucht, Handelnde von einem Prognoserisiko zu entlasten. Leitungsorgane von Unternehmen haben häufig Entscheidungen zu treffen, denen ein gewisses Risiko innewohnt. Verwirklicht sich in der Folge dieses Risiko, steht schnell der Vorwurf im Raum, das Risiko unterschätzt zu haben. Bei unternehmerischen Entscheidungen soll deshalb dieser Gefahr durch die sog. „Business Judgement Rule“, geregelt in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Rechnung getragen werden. Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG fehlt es an einer organschaftlichen Pflichtverletzung, wenn das Organmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, dass es auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesell-

schaft handelt. Die Gefahr eines Rückschaufehlers zulasten des Organmitglieds kann hierdurch jedoch nicht vollständig ausgeschlossen werden. Denn auch hier ist eine ex ante zu treffende, aber ex post zu bewertende Risiko- und Chancenprognose bei der Beurteilung entscheidend, ob das Organmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.¹⁶

3. Fahrlässigkeitsdelikte am Beispiel des Loveparade-Verfahrens

Gerade bei Fahrlässigkeitsdelikten kann es im Rahmen der Beurteilung der angemessenen Sorgfalt häufig zu Rückschaufehlern kommen, weshalb in jedem Verfahrensstadium eine hohe Sensibilität für dessen Effekt zu wahren ist.

Wie sich der Rückschaufehler auf ein Ermittlungs- und Gerichtsverfahren auswirken kann, hat sich eindrucksvoll im Rahmen des Loveparade-Verfahrens gezeigt:

Bei der Loveparade 2010 in Duisburg kam es auf dem Zugang über die Straßentunnel der Karl-Lehr-Straße und der daran anschließenden Hauptrampe, die als Ausgang und Eingang zugleich diente, zu einem massiven Rückstau der Besucher. Gedränge, Wellenbewegungen, Fluchtversuche über eine seitliche Treppe, Panik und massiver Druck führten sodann zu der Katastrophe, bei der 21 Menschen getötet und mindestens 652 Menschen verletzt wurden.

Die Staatsanwaltschaft hat in diesem Verfahren gegen Mitarbeiter des Amtes für Baurecht und Bauberatung sowie Mitarbeiter des Veranstalters Anklage erhoben. Den Mitarbeitern des Amtes für Baurecht und Bauberatung wurde im Wesentlichen vorgeworfen, durch ihr fehlerhaftes und pflichtwidriges Verhalten bei der Planung, Genehmigung, Umsetzung und Kontrolle der Loveparade am 24.07.2010 in Duisburg 21 Menschen getötet und mindestens 652 Menschen verletzt zu haben. Hintergrund dieses Vorwurfes war die Erteilung einer Baugenehmigung für die vorübergehende Nutzungsänderung des Güterbahnhofgeländes, auf dem die Loveparade stattgefunden hat. Die Genehmigung zur Errichtung und Nutzung von baulichen Anlagen zum Zwecke der Durchführung der Loveparade 2010 sei erlassen worden, obwohl die Genehmigung gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften – insbesondere gegen die bauordnungsrechtliche Generalklausel des § 3 Abs. 1 BauO NRW – verstoßen habe.

¹¹ David Zadick, Kognitive Ergonomie – eine Übersicht / 3.1.5 Rückschaufehler, Beitrag aus Arbeitsschutz Office Professional.

¹² Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 677.

¹³ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 635.

¹⁴ Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, Fn. 53; vgl. Harley, Social Cognition 25 (2007), 48 (51 ff.).

¹⁵ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 631; 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, 966.

¹⁶ Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

In diesem Zusammenhang wurde auch das Unterlassen einer umfassenden inhaltlichen Prüfung des Sicherheitskonzeptes beanstandet. Zudem wurde der Vorwurf erhoben, die Mitarbeiter des Amtes für Baurecht und Bauberatung hätten ihre Bauüberwachungs- und Bauzustandsbesichtigungspflicht nicht ordnungsgemäß wahrgenommen, indem sie am Veranstaltungstag nicht anwesend gewesen seien.

Die Anklageerhebung erfolgte unter der Prämisse, dass die Gefährdung und die Gefahr für Leib und Leben der Besucher bereits in der Planungsphase zu erwarten oder zumindest nicht auszuschließen gewesen sei, was zu dem Rückschluss führte, dass die genehmigende Behörde auch die verantwortliche Behörde sein müsse. Es liegt jedoch nahe, dass aufgrund des tragischen Ereignisses wesentliche Faktoren von der Staatsanwaltschaft in der ex post Perspektive nicht hinreichend gewichtet wurden. So ließ die Staatsanwaltschaft beispielsweise außer Acht, dass es am Tag der Loveparade keine ausreichenden Kommunikationsmöglichkeiten während der Veranstaltung zwischen den Sicherheitsbehörden gab. Darüber hinaus blieben Entscheidungsfehler der Polizei (z.B. keine dauerhafte Schließung der Vereinzelungsanlagen, Einziehung von Polizeiketten) unberücksichtigt. Auch die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 3 BauO NRW war in Frage zu stellen. Zudem bestand keine Pflicht der Bauaufsicht zur inhaltlichen Prüfung der Vorlage des Sicherheitskonzeptes oder zur Überprüfung der Einhaltung der Genehmigung am Veranstaltungstag. Die Staatsanwaltschaft verkannte aufgrund eines Rückschaufehlers offensichtlich, dass das tragische Geschehen bei der Loveparade 2010 nicht auf die Baugenehmigung für die vorübergehende Nutzungsänderung des Güterbahnhofgeländes als einzige Ursache zurückzuführen war, sondern multikausale Ursachen zusammengetroffen sind. In diesem Sinne stellte auch das Landgericht Duisburg im Einstellungsbeschluss fest, dass die den Angeklagten zur Last gelegten Handlungen, unterstellt, selbige könnten nachgewiesen werden, jedenfalls nicht die alleinigen Ursachen des tragischen Geschehens bei der Loveparade 2010 in Duisburg gewesen waren. Vielmehr dürfte es sich um ein multikausales Geschehen gehandelt haben, welches am Veranstaltungstag noch zu verhindern gewesen wäre. Nach zutreffender Ansicht des Landgericht Duisburg waren die tragischen Ereignisse auf der Loveparade 2010 in Duisburg auf zahlreiche Ursachen zurückzuführen, die gemeinsam gewirkt und deren Ursachen und Wirkungen mehrfach miteinander korreliert haben.¹⁷

4. Wirtschaftsdelikte am Beispiel Cum/Ex

Der BGH hat mit Urteil vom 28.07.2021¹⁸ sog. Cum/Ex-Geschäfte als rechtswidrig eingestuft und die Verurteilung zweier Angeklagter wegen Steuerhinterziehung durch die 12. Strafkammer des LG Bonn nicht beanstandet. Mit der Grundsatzzurteilung des BGH war die zuvor bestehende Unsicherheit beendet worden, indem der BGH die frühere These, Cum/Ex-Geschäfte seien legal gewesen, schlussendlich zurückgewiesen hat.¹⁹ Der 1. Strafrechtssenat stellte fest, dass die vorherige Entrichtung von Kapitalertragssteuer „evident“ notwendig und „Grundvoraussetzung“ für deren Anrechnung sei. Es sei jedoch „abwegig“, eine Anrechnung schon allein aufgrund der Steuerbescheide für rechtmäßig zu halten. Unter Berücksichtigung insbesondere der durch das JStG 2007 damals geltenden Gesetzeslage stellt sich die Frage, ob der BGH hier einem Rückschaufehler unterliegt? Und weiter:²⁰

- Kann aus ex ante Sicht davon ausgegangen werden, dass die Rechtswidrigkeit stets geahnt oder gewusst wurde?
- War die Legalitätsthese von Anfang an tatsächlich „unlogisch“ und „abwegig“?
- Durfte nicht von einer Möglichkeit der Doppelzuweisung wie im Sachenrecht (mehrstufiger Besitz), im Bilanzrecht (Pensionsgeschäfte gem. § 340b Abs. 4 HGB) oder im Kapitalmarktrecht (als unreflektierte Folge eines schuldrechtlichen Anteilbegriffs) ausgegangen werden?
- War es nicht möglich, dass der Gesetzgeber Cum/Ex-Geschäfte wie andere analoge Phänomene zwar völlig unterschätzt, letztlich aber in Kauf genommen hat?

Gegen einen Rückschaufehler spricht, dass es im Steuerrecht keine überzeugenden oder plausiblen Gründe für eine Doppelzuweisung gibt.²¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer Erstattung um den Rückfluss einer zuvor hingeflossenen Leistung handelt. Wird eine Geldsumme nur einmal ausbezahlt, kann diese denklogisch nicht zweimal erstattet werden.²²

Dennoch sind auf individueller Ebene aus ex ante Perspektive die Kenntnis und das subjektive Vorstellungsbild eines jeden einzelnen Handelnden zu beurteilen. Allerdings ist gerade in den Cum/Ex-Fällen zu beobachten, dass dort nicht Individuen, sondern das Modell „Cum/Ex“ oder die „organisierte Kriminalität“ verfolgt werden. Der persönliche Tatvorsatz findet mithin kaum Berücksichtigung findet, sodass im Rahmen der strategischen Ausrichtung der Strafverteidigung abzuwägen ist, ob eine kooperative Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden für den Mandanten – ggf. als Kronzeuge – einer Stellung als „Verbrecher“ vorzuziehen ist. Unschuldig wird es in diesem Konstrukt kaum geben.²³

IV. Der Verteidiger im Umgang mit dem Rückschaufehler

Die Kenntnis und die Sensibilisierung für diese psychologischen Vorgänge können dem Verteidiger helfen, Unsicherheiten im Prozess wahrzunehmen. Die Verfahrensbeteiligten sind angehalten, aufmerksam auf verzerrte bzw. manipulierte Informationen zu achten.²⁴ Es ist eine „hohe Kunst, zu erspüren, welche Knöpfe beim Richter gedrückt werden müssen“.²⁵

¹⁷ Presseinformation, Loveparade-Strafverfahren: Beschluss des Gerichts vom 04.05.2020

¹⁸ BGH, Urteil vom 27.07.2021 – 1 StR 519/20.

¹⁹ Vgl. Florstedt, NStZ 2022, 129.

²⁰ Vgl. Florstedt, NStZ 2022, 129.

²¹ Florstedt, NStZ 2022, 129, 132.

²² So auch Fischer in: Börsen Zeitung, Cum-ex: Wo ist das Problem, 11.06.2021.

²³ Vgl. Fischer in: Börsen Zeitung, Cum-ex: Wo ist das Problem, 11.06.2021.

²⁴ Oswald, JuS 2021, 1116, 1119.

²⁵ Oswald, JuS 2021, 1116, 1120; Häcker in Bender/Häcker/Schwarz Analysen iRv Zeugenvernehmungen in Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 5. Aufl. 2021, 190, 193.

Denn durch die anwaltliche Rhetorik – in Form von Schriftsätzen und Plädoyers – können die Entscheidungsprozesse der Richter beeinflusst werden.²⁶

Jedoch ist ernüchternd festzuhalten, dass positives Wissen über den Rückschaufehler keineswegs dazu führt, dass man ihn sicher vermeiden kann. Selbst der Richter, der vom Rückschaufehler weiß und sich daher bemüht diesen zu vermeiden, läuft Gefahr, aufgrund der Kenntnis vom Ausgang des Ereignisses sein Urteil anders zu fällen, als wenn er keine Kenntnis des Ausgangs gehabt hätte; denn tatsächlich ex post erworbene Kenntnisse lassen sich selbst bei positivem Wissen über den Rückschaufehler nicht ausmerzen.²⁷ Dies bestätigt sich auch in wissenschaftlichen Studien, in welchen Probanden explizit vor dem Rückschaufehler gewarnt wurden.²⁸

Verschiedene Studien zeigen ferner, dass sich der Einfluss des Rückschaufehlers signifikant reduziert, wenn die Versuchsteilnehmer aufgefordert werden, sich aktiv Gründe vorzustellen, die für einen alternativen Ausgang des geschilderten Sachverhalts sprechen.²⁹ Dies mag zwar bei Studienteilnehmern so funktionieren. Im Gerichtssaal wird jedoch kaum ein Richter positiv darauf reagieren, wenn ein Verteidiger ihn dazu auffordert, sich aktiv Gründe vorzustellen, die für einen Alternativausgang sprechen. Zudem zeigen Studien, dass Versuchspersonen vermehrt annehmen, das „tatsächliche“ Ereignis sei das einzig plausible gewesen, wenn sie gezwungen werden, sehr viele Gründe aufzuführen, warum es zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können.³⁰

Es verbleibt die Möglichkeit, auf die Einhaltung von Regeln, soweit vorhanden, abzustellen, die zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses in Kraft waren und einen objektiven ex ante-Maßstab für die Beurteilung des Verhaltens des Schädigers darstellen.³¹ Dabei besteht jedoch das Problem, dass staatliche Vorschriften oft hinter dem Stand der Technik

zurückbleiben.³² Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Anpassung der Normen für die Zukunft, genauso wenig wie das Treffen zusätzlicher Sicherheitsmaßnahmen durch den Schädiger nach einem Unfall, nicht als Eingeständnis der Vorhersehbarkeit des Schadens gesehen werden darf.³³

V. Fazit

Der Rückschaufehler lässt sich in der Praxis kaum verhindern. Effektiv verhindern ließe er sich nur dadurch, indem man dem Entscheidenden die Informationen zum Geschehensausgang vorenthalten würde. Nach geltendem Recht ist dies in Gerichts- und insbesondere Strafgerichtsverfahren nicht möglich. De lege ferenda ist dies kaum vorstellbar. Damit verbleibt es dabei, in der Juristenausbildung auf Rückschaufehler aufmerksam zu machen und die Studierenden hierfür zu sensibilisieren.

²⁶ Risse, NJW 2018, 2848, 2852.

²⁷ Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

²⁸ Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

²⁹ Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2090.

³⁰ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 629.

³¹ Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2091.

³² Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 682.

³³ Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 683.