

## § 18 Zusammenfassung/Thesen

1. Die amerikanischen Rechtsrealisten bezweifelten, dass Gerichtsurteile ausschliesslich durch Rechtsregeln bestimmt werden. Sie suchten daher nach anderen Gründen, juristische Urteile zu erklären und auch zu rechtfertigen, und wandten sich dazu insbesondere den Sozialwissenschaften und der Psychologie zu. Ihr Erbe ist das instrumentelle, d.h. auf Folgerwägungen abstellende, Rechtsverständnis der amerikanischen Juristen.
2. Die Ökonomische Analyse des Rechts ist die Anwendung der Ökonomik, d.h. der wirtschaftswissenschaftliche Methode, auf rechtliche Fragestellungen. Sie versucht einerseits das Verhalten von Rechtsunterworfenen, Rechtsstab und Gesetzgeber durch ökonomische Gesetze zu erklären (positive ÖAR) und misst andererseits Rechtsnormen daran, ob sie das wohlfahrtsökonomische Effizienzziel verwirklichen (normative ÖAR). Kritisiert wird sowohl der normative Status der Effizienz als Rechtsziel als auch das Menschenbild des rationalen Nutzenmaximierers (*homo oeconomicus*), das der Ökonomik zu Grunde liegt.
3. Seit den frühen siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurden in der psychologischen Forschung zahlreiche Verletzungen der Axiome der Erwartungsnutzentheorie (*expected utility theory*) festgestellt. Diese systematischen und vorhersehbaren Verletzungen („Fehler“) führen dazu, dass die Voraussagen von ökonomischen Modellen, die auf den Axiomen der Erwartungsnutzentheorie beruhen, nachweislich falsch sind.
4. In der Wirtschaftswissenschaft wird seit den frühen achtziger Jahren unter dem Stichwort „*behavioral economics*“ versucht, diese empirischen Erkenntnisse zu verwenden. In der Rechtswissenschaft haben amerikanische Juristen in den neunziger Jahren begonnen, die ÖAR auf Basis der psychologischen Forschung zu kritisieren und die Erkenntnisse der Psychologie für die Analyse juristischer Fragestellungen zu nutzen. Die Strömung ist unter der Bezeichnung „*behavioral law and economics*“ bekannt. Nach der hier vertretenen Auffassung wird sie dadurch unnötigerweise auf die Kritik an der traditionellen Ökonomischen Analyse des Rechts reduziert. Besser betrachtet man den Versuch, psychologische Erkenntnisse auf breiter Front im Recht anzuwenden, als eine neue Form der Rechtspsychologie, die sich nicht auf einzelne Akteure des Rechtssystems (wie Geschworene, Augenzeugen, Kriminelle) beschränkt, sondern alle Rechtsunterworfenen, den Rechtsstab und den Gesetzgeber in ihr Blickfeld einbezieht. So verstanden ist die Strömung eine neue Art des Rechtsrealismus auf empirischer Grundlage.
5. Im zweiten Teil der Arbeit wird der Einfluss einzelner so genannter „kognitiver Täuschungen“ auf Entscheidungen von Richtern und Parteien in Zivil- und Strafverfahren untersucht. Es wurden zwei briefliche Umfragen durchgeführt, an denen im Herbst 2003 und 2004 insgesamt 415 Richterinnen und Richter der Kantone Aargau, beider Basel, Bern, Graubünden, St. Gallen und Zürich teilnahmen.
6. Als *Ankereffekt* (*anchoring*) wird die Assimilation eines numerischen Urteils an einen vorgegebenen Vergleichsstandard bezeichnet. Der Vergleichsstandard wirkt

## Besonderer Teil

wie ein „Anker“ für die endgültige Schätzung und zieht diese in seine Richtung. Der Einfluss des Ankereffekts ist besonders stark, wenn wenige Informationen über den richtigen Zielwert vorhanden sind. Regeln, die den Ermessensspielraum des Gerichts einschränken, sind geeignet, dem Einfluss des Ankereffekts entgegenzuwirken. In Verhandlungssituationen führt der Ankereffekt dazu, dass diejenige Partei, die das erste Angebot macht und daher den ersten Anker setzen kann, im Vorteil ist.

7. Als *Darstellungseffekt (framing)* wird die Tatsache bezeichnet, dass Menschen sich in der gleichen Entscheidungssituation unterschiedlich verhalten, je nachdem, ob die Optionen als Gewinne oder Verluste dargestellt werden. Personen, die eine Wahl als Alternative zwischen Verlusten wahrnehmen, verhalten sich risikogeneigt. Das kann im Gegensatz zu traditionellen ökonomischen Modellen erklären, warum Beklagte rund 70-80 % aller Prozesse verlieren: weil sie sich risikogeneigt verhalten, lehnen sie selbst für sie günstige Vergleichsvorschläge ab. Beklagte sollten daher in ihrem eigenen Interesse vermehrt ermutigt werden, einen Vergleich abzuschließen. Allerdings verhalten sich auch Richter unbewusst risikogeneigter, wenn sie einen Vergleichsvorschlag aus der Sicht der Beklagten beurteilen; d.h. sie empfehlen häufiger, den Vergleich abzulehnen.
8. Als *Unterlassungseffekt (omission bias)* wird die Tatsache bezeichnet, dass Menschen die negativen Folgen einer Unterlassung in der Regel als weniger moralisch vorwerfbar als die gleichen Folgen einer Handlung empfinden. Der Unterlassungseffekt ist möglicherweise darauf zurückzuführen, dass Unterlassung oft (aber eben nicht immer) fahrlässig sind, während Handlungen absichtlich begangen werden. Der Unterlassungseffekt kann die logisch nur schwer zu rechtfertigende Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe erklären.
9. Intuitives statistisches Denken führt oft zu Fehlern. In Gerichtsverfahren sollte daher vermehrt das *Bayes-Theorem*, das die kohärente Integration neuer Indizien mit vorbestehenden Überzeugungen erlaubt, zumindest als Urteilsheuristik verwendet werden. D.h. es ist nicht gefordert, dass Urteile mit mathematischer Scheingenauigkeit „errechnet“ werden, sondern dass die Urteilsbegründung den Gesetzen der Wahrscheinlichkeitstheorie zumindest verbal Rechnung trägt. Dadurch lassen sich zahlreiche Denkfehler bei der Beweiswürdigung vermeiden.
10. Bei der Beweiswürdigung von DNA-Gutachten wird oft übersehen, dass die Beweiskraft eines DNA-Gutachtens entscheidend davon abhängt, wie oft das Labor zu einem *falsch positiven* Resultat gelangt. Als falsch positiv wird ein „Treffer“ bezeichnet, der tatsächlich keiner ist; er kann beispielsweise auf eine Kontamination oder Verwechslung der Proben zurückzuführen sein. Empirische Daten aus den USA legen nahe, dass die Möglichkeit falsch positiver DNA-Gutachten nicht rein theoretisch ist. In der Schweiz werden bisher keine Tests durchgeführt, die es erlauben würden, die falsch positiv Rate akkreditierter forensischer DNA-Labors abzuschätzen.
11. Unter *Bestätigungstendenz (confirmation bias)* wird das Phänomen verstanden, dass Informationen, die eine von der Versuchsperson zumindest in Betracht gezogene Hypothese bestätigen, von ihr eher gesucht, wahrgenommen, stärker gewichtet oder

besser in Erinnerung behalten werden als Informationen, die gegen die Hypothese sprechen. Die Bestätigungstendenz ist besonders stark, wenn man motiviert ist, eine Hypothese zu verteidigen. Juristen sollten sich daher nicht frühzeitig auf eine Hypothese festlegen, schon gar nicht öffentlich. Anwälte müssen sich bewusst sein, dass ihre Sicht des Falles oft durch ihre einseitige Perspektive als Interessenvertreter verzerrt ist.

12. Als *Regression zum Mittelwert* wird das statistische Gesetz bezeichnet, dass ein Extremwert, der auch durch zufällige Ursachen zu Stande gekommen ist, bei einer erneuten Messung zum Mittelwert hin tendiert. Da juristische Interventionen wie beispielsweise Strafen und Massnahmen meist in dem Moment erfolgen, in dem ein Extremwert (der Delinquenz) erreicht wird, wird der Einfluss der Intervention auf das weitere Verhalten des Betroffenen überschätzt. Die beobachtete Besserung ist zumindest vermutungsweise oft auf die Regression zum Mittelwert und nicht auf die Wirkung der Strafe oder Massnahme zurückzuführen. Das fehlende Verständnis der Regression zum Mittelwert kann erklären, warum viele Richter trotz gegenteiliger kriminologischer Erkenntnisse von der positiven Wirkung von harten Strafen überzeugt sind.
13. Als *Rückschaufehler (hindsight bias)* wird die Tendenz bezeichnet, die Voraussehbarkeit eines Ereignisses im nachhinein zu überschätzen („das musste ja schief gehen“). Der Rückschaufehler ist höchstwahrscheinlich eine Nebenfolge adaptiven Lernens. Gerichte müssen jedoch bei Haftpflichtprozessen und bei Strafverfahren wegen Fahrlässigkeitsdelikten eine *ex ante* Perspektive einnehmen und beurteilen, ob die Folgen einer Handlung oder Unterlassung voraussehbar waren. Der Rückschaufehler legt es nahe, dass sie dabei die Voraussehbarkeit oft überschätzen, da im Zeitpunkt des Urteils die Folgen natürlich bekannt sind.
14. Unter dem *Hofeffekt (halo effect)* wird die Tendenz verstanden, faktisch unabhängige oder nur mässig korrelierende Eigenschaften von Personen oder Sachen fälschlicherweise als zusammenhängend wahrzunehmen. Als „Schönheits-Hofeffekt“ wird die Tatsache bezeichnet, dass attraktive Menschen häufig als erfolgreicher, intelligenter und besser eingeschätzt werden als ihre weniger attraktiven Mitmenschen. Ob die Attraktivität des Angeklagten einen Einfluss auf die Strafzumessung hat, wurde in zahlreichen Experimenten und in mindestens zwei Feldstudien untersucht, deren Ergebnisse teilweise widersprüchlich sind. Die vorliegende Arbeit konnte keinen Effekt der Attraktivität der Angeklagten auf die Strafzumessung nachweisen.
15. Als *Kontrasteffekt* wird die Tatsache bezeichnet, dass eine Alternative in einer Wahlsituation an Attraktivität gewinnt, wenn daneben eine asymmetrisch dominierte Alternative zur Auswahl steht. Als *Kompromisseffekt (auch extremeness aversion)* bezeichnet man das Phänomen, dass die extremen Alternativen in einem *Choice Set* zu Gunsten der mittleren („Kompromiss“) Optionen vernachlässigt werden. Durch die Änderung der zur Auswahl stehenden Alternativen können sich daher die Präferenzen für die Alternativen verändern. Präferenzen sind mit anderen Worten *kontextabhängig*. Dies kann beispielsweise Folgen haben, wenn ein neuer Straftatbestand oder eine neue Rechtsfolge eingeführt wird. Am Beispiel der lebenslänglichen Verwahrung ohne Möglichkeit der vorzeitigen Entlassung, die in der Schweiz aufgrund

## Besonderer Teil

einer Volksinitiative eingeführt werden soll, wird gezeigt, dass sich dadurch die Präferenz für die „normale“ Verwahrung, die von der extremen Option zur Kommissoption wird, verändert.

16. Als *Overconfidence* wird die Überschätzung der eigenen Fähigkeiten oder des eigenen Wissens bezeichnet. Nachweislich werden von Parteien und Anwälten die Aussichten der eigenen Sache vor Gericht systematisch überschätzt. *Overconfidence* kann dazu führen, dass Vergleichsverhandlungen rationaler Parteien scheitern.