

§ 4 Rezeption der psychologischen Forschung durch die Rechtswissenschaft:

Behavioral Law and Economics oder *Empirical Legal Realism*

- 84 MICHAEL J. SAKS und ROBERT F. KIDD waren 1980 die ersten Juristen, die sich explizit auf die sozialpsychologische Forschung zu den *heuristics and biases*, Rückschaffehler und Overconfidence beriefen.¹⁸³ Sicherlich beeinflusst vom sehr pessimistischen Bild menschlichen Denkens, das in den siebziger Jahren gezeichnet worden war, empfahlen sie, bei der Feststellung von Tatsachen durch Gerichte mathematische Hilfsmittel (*decision aids*) bei zu ziehen (der Artikel war eine durch die psychologische Forschung untermauerte Antwort auf LAWRENCE TRIBES berühmten Aufsatz „*Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*“, in dem TRIBE 1971 die Anwendung des Bayes-Theorem in Geschworenenprozessen abgelehnt hatte).¹⁸⁴ CATHERINE FITZMAURICES und KEN PEASES Buch „*The Psychology of Judicial Sentencing*“ aus dem Jahr 1986 enthielt ein Kapitel über „*Cognitive Errors and Judges*“, in dem sich die Autoren Gedanken über den Einfluss verschiedener kognitiver Täuschungen auf richterliche Entscheidungen machten.¹⁸⁵ Den Arbeiten von SAKS/KIDD und FITZMAURICE/PEASE gemeinsam ist, dass sie sich nicht auf die Ökonomische Analyse des Rechts beziehen und keine eigene empirische Forschung vorstellen.
- 85 Ein weiterer wichtiger früher Aufsatz, der ebenfalls 1986 erschien, stammt von WARD EDWARDS und DETLOF VON WINTERFELDT.¹⁸⁶ Die Autoren fassten die enorm umfangreiche sozialpsychologische Literatur zusammen, machten sie für Juristen zugänglich und wiesen auf die Relevanz dieser Forschungsergebnisse für das Rechtssystem hin (der Titel des Aufsatzes lautete „*Cognitive Illusions and their Implications for the Law*“). Da einer der Autoren zu den „Vätern“ der Forschung zu den kognitiven Illusionen gehörte, wurde der Aufsatz wahrgenommen. Auch EDWARDS und WINTERFELDT bezogen sich nicht explizit auf das der ÖAR zu Grunde liegende Menschenbild.

I. Behavioral Law and Economics

- 86 1989 machte ELLICKSON erstmals ausdrücklich die Verbindung zur Ökonomischen Analyse des Rechts. In einem viel beachteten Aufsatz plädierte er dafür, das Menschenbild der ÖAR durch menschliche Fehler und menschliche Kultur zu bereichern.¹⁸⁷ Interessant ist seine Argumentation, die direkt an das rationale Eigeninteresse junger Akademiker appellierte: er wies darauf hin, dass die analytischen Modelle der ÖAR inzwischen eine Komplexität erreicht hatten, die es einem Juristen ohne vertiefte mathematische Ausbildung kaum mehr erlaubt, einen echten Beitrag zur Forschung zu leisten. Gleichzeitig war

¹⁸³ MICHAEL J. SAKS/ROBERT F. KIDD, Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics, *Law & Society Review* 1980, 123-160.

¹⁸⁴ LAWRENCE TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, *Harvard Law Review* 1971, 1329-1351.

¹⁸⁵ CATHERINE FITZMAURICE/KEN PEASE, *The Psychology of Judicial Sentencing*, Manchester 1986, 17-34.

¹⁸⁶ EDWARDS/WINTERFELDT, FN 178.

¹⁸⁷ ELLICKSON, FN 82.

der Einfluss der kognitiven Täuschungen noch weitgehend unerforscht, und die daraus zu gewinnenden Erkenntnisse höchstwahrscheinlich grösser als diejenigen, die durch eine weitere Verfeinerung der mathematischen Modelle erzielt werden konnten; umso eher als diese aus Sicht vieler Juristen immer weniger mit der Realität zu tun hatten. Der Grenznutzen des Studiums der sozialpsychologischen Literatur, so ELLICKSON, sei daher für junge Juristen, die eine akademische Karriere anstreben, grösser als derjenige eines Wirtschaftsstudiums, das notwendig wäre, um in der ÖAR wirklich mitreden zu können.¹⁸⁸

- 87 Sei es wegen des Aufrufs von ELLICKSON, sei es, weil die traditionelle Ökonomische Analyse des Rechts zunehmend an ihre Grenzen stiess, auf jeden Fall stieg in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts die Zahl der Arbeiten, die versuchten, die Erkenntnisse der Forschung zu den kognitiven Täuschungen auf spezifisch juristische Fragestellungen anzuwenden, sprunghaft an.¹⁸⁹ Haftpflicht-,¹⁹⁰ Familien-,¹⁹¹ Vertrags-,¹⁹² Straf-,¹⁹³ Steuer-,¹⁹⁴ Börsen-,¹⁹⁵ Umweltrecht¹⁹⁶ u. v. a. wurden aus dem Blickwinkel der kognitiven Täuschungen analysiert.
- 88 Bis 1998 war die Literatur in einem Ausmass angeschwollen, die es angezeigt erschienen liess, die Gemeinsamkeiten der bisher erschienenen Arbeiten herauszuarbeiten. JOLLS, SUNSTEIN und THALER unternahmen diesen Versuch mit „*A Behavioral Approach to Law and Economics*“.¹⁹⁷ Kurz darauf brachten KOROBKIN und ULEN das Hauptanliegen der Strömung bereits im Titel ihrer Arbeit auf den Punkt: „*Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*“.¹⁹⁸ Im gleichen Jahr veröffentlichte CASS R. SUNSTEIN einen Sammelband, der die wichtigsten Arbeiten der letzten zehn Jahre wiedergab und den Titel „*Behavioral Law & Economics*“ trug. Unter diesem Namen sollte die „Bewegung“ in Zukunft bekannt sein.¹⁹⁹ Kritiker haben bemerkt,

¹⁸⁸ ELLICKSON, FN 82, 33.

¹⁸⁹ Einen ausgezeichneten Überblick bietet DONALD C. LANGEVOORT, Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review, Vanderbilt Law Review 1998, 1499-1540.

¹⁹⁰ JEFFREY RACHLINSKI, A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight, University of Chicago Law Review 1998, 571-625.

¹⁹¹ LYNN A. BAKER/ROBERT E. EMERY, When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, Law and Human Behavior 1993, 439-450.

¹⁹² MELVIN A. EISENBERG, The Limits of Cognition and the Limits of Contract, Stanford Law Review 1995, 211-259.

¹⁹³ NEAL KUMAR KATYAL, Deterrence's Difficulty, Michigan Law Review 1997, 2385-2476; LEE ROSS/DONNA SHESTOWSKY, Contemporary Psychology's Challenges to Legal Theory and Legal Practice, Northwestern University Law Review 2003, 1081-1114.

¹⁹⁴ EDWARD J. MCCAFFREY, Cognitive Theory and Tax, UCLA Law Review 1994, 1961-1981; Nachdruck in: SUNSTEIN (Hrsg.), 398-421.

¹⁹⁵ DONALD C. LANGEVOORT, Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms), University of Pennsylvania Law Review 1997, 101-172; Nachdruck in: SUNSTEIN (Hrsg.), 144-167.

¹⁹⁶ ROGER C. NOLL/JAMES E. KRIER, Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation, Journal of Legal Studies 1990, 747-779.

¹⁹⁷ JOLLS/SUNSTEIN/THALER, FN 16.

¹⁹⁸ KOROBKIN/ULEN, FN 104.

¹⁹⁹ Bereits 1997 hatte SUNSTEIN einen Artikel mit dem Titel „Behavioral Analysis of Law“ veröffentlicht (University of Chicago Law Review 1997, 1175-1195). M.E. trifft der Titel des Aufsatzes den Kern der neuen Strömung besser als der Titel des Buches, da er sich nicht direkt auf die Ökonomik bezieht.

dass die Bezeichnung nicht passend sei: erstens sei „*behavioral*“ irreführend, da auf die psychologische Schule von WATSON/SKINNER verweisend, zweitens könne kaum mehr von „*economics*“ gesprochen werden, wenn die Rationalitätsannahme aufgegeben werde und drittens befasse sich die Strömung in erster Linie mit Entscheidungen.²⁰⁰ MITCHELL schlägt daher vor, statt dessen von „juristischer Entscheidungstheorie“ (*legal decision theory*) zu sprechen, da diese Bezeichnung klar mache, dass sich um die Anwendung der (psychologischen) Entscheidungstheorie auf rechtliche Sachverhalte handle und die meisten Arbeiten zudem ohnehin sehr theoretisch seien (eine kleine Spitze).²⁰¹ Da sich die Bezeichnung *Behavioral Law and Economics* eingebürgert hat, werde ich sie hier verwenden.

- 89 KOROBKINS und ULENS Hauptaussage ist, dass „dünne“ Modelle rationalen Verhaltens, mit wenig restriktiven Prämissen, ungeeignet sind zur Analyse rechtlicher Phänomene, da sie *ex ante* keine Voraussagen über das von den Rechtsunterworfenen zu erwartende Verhalten erlauben. Andererseits seien die Voraussagen der „dichten“ Modelle mit stringenten Annahmen, oft schlicht falsch.²⁰² Um das eine Problem – mangelnde Prognosefähigkeit – zu beheben, ohne das andere Problem – unrichtige Prognosen – zu verschärfen, müsse das der ÖAR zu Grunde liegende Modell daher um die Erkenntnisse der sozialpsychologischen Forschung ergänzt werden und die ÖAR vermehrt empirisch forschen.²⁰³
- 90 JOLLS et al. bringen eine sehr ähnliche Kritik am traditionellen Menschenbild der ÖAR vor wie KOROBKIN/ULEN. Sie weisen darauf hin, dass es die Grenzen menschlicher Kognition fraglich erscheinen lassen, dass die oft anti-interventionistischen Ratschläge von Vertretern der ÖAR optimal sind, da Menschen in Anbetracht ihrer Grenzen manchmal vor sich selber geschützt werden müssen.²⁰⁴ Sowohl JOLLS et al. als auch KOROBKIN/ULEN räumen der Antwort auf die (antizipierten) Kritik an der BLE, auf die ich auf S. 47 ff. näher eingehen werde, viel Raum ein.
- 91 Als wissenschaftliche „Revolution“ oder „Paradigmawechsel“ kann man die BLE nicht bezeichnen. Es handelt sich um eine evolutionäre Weiterentwicklung der traditionellen ökonomischen Analyse des Rechts, die zunehmend an ihre Grenzen stösst resp. für Juristen kaum mehr zugänglich ist. Die BLE übernimmt Pfeiler des ökonomischen Paradigmas, wie den methodologischen Individualismus und die Effizienz als Rechtsziel, während sie das Modell des Menschen modifiziert. Da sie von der Fehlbarkeit des Menschen ausgeht, steht sie „paternalistischen“ Lösungen tendenziell aufgeschlossener gegenüber als Vertreter der traditionellen ÖAR, die das Effizienzziel oft am besten verwirklicht sehen, wenn den Marktkräften freien Lauf gelassen wird.²⁰⁵ Da Menschen erwiesenermassen bei freier Wahl oft nicht die Wahl treffen, die in ihrem besten Interesse liegt, ist es für Vertreter der BLE

²⁰⁰ GREGORY A. MITCHELL, Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence, *Georgetown Law Journal* 2002, 67-167, 78 f.

²⁰¹ MITCHELL, FN 200, 79.

²⁰² KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1069 f.

²⁰³ KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1058.

²⁰⁴ JOLLS/SUNSTEIN/THALER, FN 16, 46 f.

²⁰⁵ CASS R. SUNSTEIN/RICHARD H. THALER, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, *University of Chicago Law Review* 2003, 1159-1202.

gerechtfertigt, sie auf die richtige Wahl „hinzusteuern“, ohne dass geradezu Zwang ausgeübt wird oder gewisse Optionen gänzlich verboten werden.²⁰⁶

- 92 Natürlich ist es noch zu früh, eine Beurteilung des Erfolgs von *Behavioral Law and Economics* abzugeben. Wie POSNER nicht ganz zu Unrecht bemerkt, hat die Ökonomische Analyse des Rechts schon andere Attacken überstanden.²⁰⁷ Klar ist, dass sich die (amerikanischen) Juristen in den letzten zehn Jahren immer stärker mit den Forschungen von KAHNEMAN und TVERSKY auseinandergesetzt haben. Abbildung 5 zeigt das Verhältnis der Treffer von [kahneman & tversky] zu „*economic analysis of law*“ in der *LexisNexis* Datenbank *Law Journals* seit 1980. Während 1980-84 auf zehn Erwähnungen von „*economic analysis of law*“ eine Erwähnung von „KAHNEMAN & TVERSKY“ gekommen ist, ist dieses Verhältnis bis zum Jahr 2003 fast auf 2:1 gestiegen.

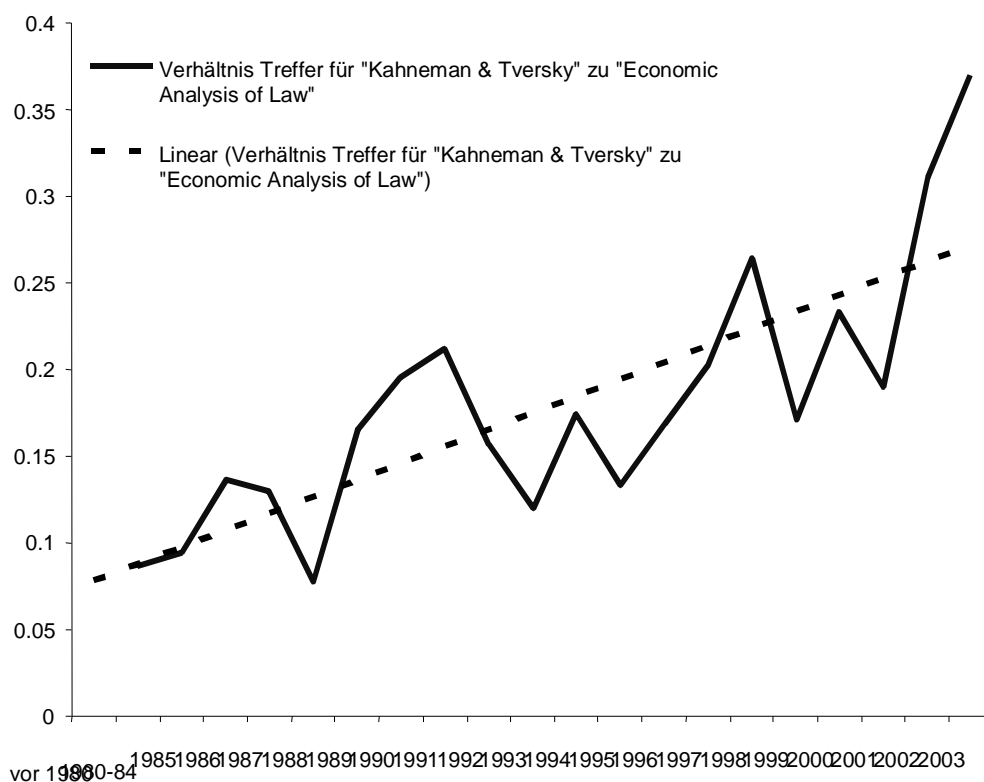


Abbildung 5: Verhältnis Treffer „Kahneman & Tversky“ zu „Economic Analysis of Law“

²⁰⁶ SUNSTEIN/THALER, FN 205 , 1163; COLIN CAMERER/SAMUEL ISSACHAROFF/GEORGE LOEWENSTEIN/TED O'DONOGHUE/MATTHEW RABIN, Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism", University of Pennsylvania Law Review 2003, 1211-1254, 1212. Kritisch JEFFREY J. RACHLINSKI, The Uncertain Psychological Case for Paternalism, Northwestern University Law Review 1997, 1165-1225.

²⁰⁷ POSNER, FN 67, 28.

- 93 Als weiteres quantitatives Indiz für den Erfolg der neuen Bewegung kann man ansehen, dass einer ihrer prominentesten Vertreter der meistzitierte (amerikanische) Jurist unter 50 Jahren ist (Tabelle 3).

| <i>Name</i> | <i>Zitate</i> |
|-----------------------------|---------------|
| Cass R. Sunstein (1954) | 2,701 |
| Frank H. Easterbrook (1948) | 2,432 |
| Daniel A. Farber (1950) | 1,536 |
| A. Mitchell Polinsky (1948) | 1,245 |
| Daniel R. Fischel (1950) | 1,095 |

Tabelle 3: Meistzitierte Juristen unter 50 Jahren (aus SHAPIRO, 2000)

II. Empirical Legal Realism?

- 94 DANIEL A. FARBER hat die neue Strömung, die versucht, sozialpsychologische Forschung vermehrt für die Analyse juristischer Probleme fruchtbar zu machen, als erster explizit in die Tradition des *Legal Realism* gestellt, als er seine Besprechung von SUNSTEINS Aufsatzsammlung mit „*Towards A New Legal Realism*“ betitelte.²⁰⁸ Er kritisiert an den *Behavioral Law and Economists*, dass sie sich wie die Vertreter der traditionellen ÖAR zu sehr auf die Analyse formalisierter Wahlprobleme zwischen meist genau definierten Alternativen beschränken. In Wirklichkeit seien viele Entscheidungssituationen nicht klar strukturiert, und wie der Entscheidende die Entscheidungssituation konstruiere, sei häufig wichtiger als die Wahl selbst. Zweitens neigten die *Behavioral Economists* wie die orthodoxen Ökonomen dazu, ihr Modell menschlichen Verhaltens undifferenziert auf zahlreiche unterschiedliche Lebenssachverhalte anzuwenden und dabei den kulturellen und sozialen Kontext ausser Acht zu lassen. Drittens seien sie sich der normativen Herausforderungen, die ihr neues Modell menschlichen Verhaltens mit sich bringe, wenig bewusst und verliessen sich zu unkritisch auf die normativen Kriterien der Wohlfahrtsökonomik, die nicht unabhängig vom *rational choice* Modell angewandt werden könnten.²⁰⁹
- 95 Für FARBER muss die Bewegung daher ihren Horizont erweitern und weitere sozialwissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigen, den institutionellen Kontext der Entscheidungen verstärkt beachten und die normativen Herausforderungen, die sich aus der Beobachtung ergeben, dass Präferenzen nicht stabil sind, durchdenken.²¹⁰ SUNSTEIN und Kollegen könnten dann als Wegbereiter eines wieder belebten *Legal Realism*, der sich auf empirische Forschung stützen kann, betrachtet werden.²¹¹ In eine ähnliche Kerbe hatte bereits KELMAN geschlagen, als er von einem „rhetorischen Duett“ von ÖAR und BLE sprach, wenn es den Vertretern der BLE nicht gelänge, sich aus dem Korsett der Analyse genau definierter

²⁰⁸ DANIEL A. FARBER, *Towards A New Legal Realism*, *University of Chicago Law Review* 2001, 279-303.

²⁰⁹ FARBER, FN 208, 296.

²¹⁰ FARBER, FN 208, 302.

²¹¹ FARBER, FN 208, 303.

Wahlsituationen zu lösen.²¹² Ansonsten bliebe *Behavioral Law and Economics* eine grösstenteils parasitäre, die Ökonomische Analyse des Rechts kritisierende Strömung.²¹³

- 96 Im Sommer 2003 fand an der *Northwestern University* ein Symposium unter dem Titel „*Empirical Legal Realism: A New Social Scientific Assessment of Law And Human Behavior*“ statt, an dem führende Vertreter der BLE wie GUTHRIE, KOROBKIN, RACHLINSKI und SUNSTEIN teilnahmen.²¹⁴ Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse sollen, wie ursprünglich die Rechtsrealisten gefordert hatten, zum Verständnis des Rechts bei gezogen werden.²¹⁵ „Empirisch“ ist dieser Rechtsrealismus insofern, als er sich auf empirische psychologische Forschung stützen kann und, wie die Arbeiten von GUTHRIE et al.²¹⁶, KELMAN et al.²¹⁷, KOROBKIN²¹⁸, RACHLINSKI²¹⁹, SUNSTEIN et al.²²⁰ und anderen zeigen, Juristen vermehrt selber empirisch forschen. Die Abwendung von der Bezeichnung *Behavioral Law and Economics* kann als Zeichen gedeutet werden, dass man sich vermehrt von der Ökonomischen Analyse des Rechts abgrenzen und als eigenständige Disziplin wahrgenommen werden will. Die Bezeichnung *Empirical Legal Realism* bietet auch die Chance, sich von der reinen Kritik an der rationalen Entscheidungstheorie zu lösen und die Bewegung breiter abzustützen.

²¹² MARK KELMAN, Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein and Thaler, *Stanford Law Review* 1998, 1577-1591, 1591.

²¹³ KELMAN, FN 212, 1586.

²¹⁴ Die Beiträge sind in der *Northwestern University Law Review* 2003, 1075 ff., publiziert; eine kurze Zusammenfassung jedes Beitrages enthält ROSS/SHESTOWSKY, FN 193.

²¹⁵ FARBER, FN 208, 303.

²¹⁶ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20.

²¹⁷ MARK KELMAN/YUVAL ROTTENSTREICH/AMOS TVERSKY, Context-Dependence in Legal Decision Making, *Journal of Legal Studies* 1996, 287-318; Nachdruck in: SUNSTEIN (Hrsg.), 61-94.

²¹⁸ RUSSEL KOROBKIN/CHRIS GUTHRIE, Opening Offers and Out-of-Court Settlement: A Little Moderation May not Go a Long Way, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1994, 1-20.

²¹⁹ JEFFREY J. RACHLINSKI, Gains, Losses and the Psychology of Litigation, *Southern California Law Review* 1996, 113-185.

²²⁰ CASS R. SUNSTEIN/DANIEL KAHNEMAN/DAVID SCHADKE, Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law), *Yale Law Journal* 1998, 2071-2152; Nachdruck in: SUNSTEIN (Hrsg.), 232-258.