

Schriften zum Prozessrecht

Band 313

Die Entscheidungsfindung von Richtern

**Die Eignung der Berufung als Fehlerkorrektur vor dem
Hintergrund statistischer und psychologischer Befunde**

Von

Cara Warmuth



Duncker & Humblot · Berlin

CARA WARMUTH

Die Entscheidungsfindung von Richtern

Schriften zum Prozessrecht
Band 313

Die Entscheidungsfindung von Richtern

Die Eignung der Berufung als Fehlerkorrektur vor dem
Hintergrund statistischer und psychologischer Befunde

Von

Cara Warmuth



Duncker & Humblot · Berlin

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) –
Projektnummer 549331651

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY-NC-ND 4.0
(s. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>) veröffentlicht.
Die E-Book-Version ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59044-5> abrufbar.



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-19044-7 (Print)
ISBN 978-3-428-59044-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im März 2022 als Dissertation vorgelegt. Die mündliche Prüfung fand am 21.04.2023 statt. Das Manuskript ist im Wesentlichen auf dem Stand von März 2022, Literatur und Rechtsprechung aus der Zeit nach Einreichung der Arbeit konnten vereinzelt berücksichtigt werden.

Zu diesem Buch haben viele Personen und Institutionen beigetragen. Ihnen allen bin ich zu großem Dank verpflichtet. Im Besonderen möchte ich danken:

- meinem Doktorvater Professor *Christian Heinze*. Er fördert mich schon lange sehr wohlwollend und hat mir ermöglicht, meinen fachlichen Interessen nachzugehen und diese Arbeit als Dissertation schreiben zu können. Das bedeutet mir viel.
- Professor *Christoph Kern* für die Erstellung des Zweitgutachtens. Viele seiner hilfreichen Anmerkungen konnte ich für die hier vorliegende Druckfassung berücksichtigen.
- allen Richtern, die an der Studie und der Befragung für die vorliegende Arbeit teilgenommen haben. Das war ein entscheidender Beitrag, ohne den diese Arbeit in ihrer Form nicht möglich gewesen wäre. Gleiches gilt für alle Richter, die sich mit wohlgesinntem Einsatz für die Verbreitung meines Teilnahmeaufrufs engagiert haben oder kritische Anmerkungen und Hinweise hatten.
- *Peter Röthemeyer* für seine hilfreichen Anregungen sowie für die freundliche Unterstützung meines Forschungsvorhabens durch das Niedersächsische Justizministerium.
- *Georg Bischoff* für den vertrauensvollen Einblick in die berufsgerichtliche Praxis.
- *Jan Strich* für seinen umfangreichen, immer hilfsbereiten Einsatz bei der statistischen Auswertung der Studienergebnisse.
- Professor *Wolfgang Kowarschick* für die nette Unterstützung durch Grafiken in Kapitel 3.
- *Mirko Bange* und *Mikhail Spektor* für ihre wertvollen Anregungen zur Konzeption meiner Studien, *Paul Marx* für seine Hilfe bei der technischen Umsetzung.

- beim Landesamt für Statistik Niedersachsen: *Onno Tasler, Roland Strzys, Ralf Martins* und *Ulla Ducke* für ihren engagierten Einsatz bei der Beschaffung und Aufbereitung statistischen Materials.
- Professor *Walter Doralt* für die Gelegenheit, meine Arbeit im Privatissimum seines Lehrstuhls zur Diskussion stellen zu dürfen, und den Kollegen an der *REWI Graz* für ihre so freundliche und hilfsbereite Aufnahme während meiner Zeit als Land Steiermark Fellow, an die ich mich sehr gerne erinnere.
- der *Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG)* und der *Johanna und Fritz Buch-Gedächtnisstiftung*, deren großzügige Publikationsbeihilfen die Drucklegung und Open-Access-Veröffentlichung dieser Arbeit ermöglichen haben.
- der *Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit* für die Förderung mit einem Promotionsstipendium.
- meinen Freundinnen *Anke Schürmann* und *Stefanie Senger*. Das gemeinsame Schreiben oder „Parallelarbeiten“, der Zuspruch und das Aneinanderdenken haben mich nicht nur zur Fertigstellung dieser Arbeit motiviert, sondern sind unabhängig davon sehr wertvoll für mich.
- meiner Familie. *Meine Eltern* haben mir mein Studium ermöglicht und sind in schwierigen Situationen immer für mich da; für diese Arbeit haben sie darüber hinaus die Programmier- und Beschaffungskosten des LSN getragen, was mir sehr geholfen hat. Meine Schwester *Inca* hat mir das Schreiben von Kapitel 4 erleichtert, weil sie mir schon früh „Thinking, Fast and Slow“ geschenkt hat; dass sie mit größter Aufmerksamkeit für uns da ist, ist erst recht ein Geschenk. Den größten Anteil an dieser Arbeit hat mein Mann *Thomas*, weil er – neben seiner beeindruckenden technischen Hilfe – mit mir immer über ihre Inhalte gesprochen hat. Unsere gemeinsamen Gespräche, sein geduldiges Zuhören und sein außergewöhnliches Denken haben mir geholfen, die Probleme bei der Entscheidungsfindung für diese Arbeit zu überwinden.

Münster, im November 2024

Cara Warmuth

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einleitung	21
A. Anlass und Ziel der Untersuchung	21
B. Abgrenzung zu bisherigen Untersuchungen	23
I. Statistische Untersuchungen der Berufung im Zivilprozess	24
II. Untersuchungen mit psychologischer Perspektive auf zivilprozessuale Fragestellungen	27
III. Ergebnis zur Abgrenzung gegenüber bisherigen Untersuchungen	35
C. Gang der Untersuchung	35

Kapitel 2

Die Berufung als Rechtsmittel – Kontroll- und Korrekturmöglichkeit für Fehler der ersten Instanz	38
A. Die Berufung nach §§ 511 ff. ZPO	39
I. Warum überhaupt Berufung? Fehler beheben – Richtigkeitskontrolle	39
II. Historisch unterschiedliche Ausgestaltungen der Berufung: Von der umfassenden zweiten Tatsacheninstanz zur eingeschränkten Fehlerkontrolle	44
III. Ergebnis zur Existenzberechtigung der Berufung und den historisch unterschiedlichen Zwecken der Berufung als Rechtsmittel	53
B. Ablauf des Berufungsverfahrens	53
I. Die Prüfung der Zulässigkeit	54
II. Die Prüfung der Begründetheit	73
III. Ergebnis zum Ablauf des Berufungsverfahrens	88
C. Ergebnis zu Kapitel 2	88

Kapitel 3

Die zivilrechtliche Berufung aus statistischer Sicht	90
A. Allgemeine statistische Kennzahlen zu den Verfahren in der Berufungsinstanz in Deutschland	90

I.	Jährlich ca. 100.000 erledigte Berufungssachen vor LG und OLG; immer weniger Berufungen, nachhaltiger Einfluss der ZPO-Reform 2002 fraglich	91
II.	Die Berufsquote: Über 42 Prozent aller berufungsfähigen Urteile gehen in die Berufung.	96
III.	Drei Viertel der Berufungen gegen Einzelrichterurteile gerichtet – entspricht erstinstanzlicher Häufigkeit von Einzelrichterentscheidungen . .	111
IV.	Die häufigsten Sachgebiete von Berufungen: Wohnraummietrecht und Verkehrsunfallrecht am Landgericht, Kaufsachen am Oberlandesgericht	113
V.	Die meisten Berufungen in NRW, Bayern und Baden-Württemberg . . .	116
VI.	Knapp 3.200 Berufsrichter in Deutschland; Entscheidung im Kollegium die Regel	116
VII.	Berufungszulassung macht nur geringen Teil der berufungsfähigen Urteile aus; Chance für positive Zulassungsentscheidung an AG: 10%/LG: 82%	119
VIII.	Die häufigsten Erledigungsarten von Berufungen: Rücknahme, streitiges Urteil, Vergleich; deckt sich mit Richter-Selbsteinschätzung	121
IX.	Ergebnis zu allgemeinen statistischen Kennzahlen für die Berufung . .	126
B.	Statistische Analyse des Berufungserfolgs	128
I.	Die Erfolgsquote von Berufungen	129
II.	Die Erfolgsquote von Berufungen im Einzelnen	141
III.	Diskussion der Erfolgsquote von 21,45 Prozent: Bewertung und mögliche Ursachen	162
IV.	Zwischenergebnis zur statistischen Analyse des Berufungserfolgs . . .	180
C.	Ergebnis zu Kapitel 3	181

Kapitel 4

	Die zivilrechtliche Berufung aus psychologischer Sicht	184
A.	Forschungsstand zu Einflussfaktoren auf die richterliche Entscheidungsfindung	184
I.	Die Entscheidungsfindung von Richtern im Allgemeinen	184
II.	Die Entscheidungsfindung von Richtern in der Berufungsinstanz	268
III.	Zusammenfassung und Bewertung	297
B.	Eigene Untersuchung der Entscheidungsfindung von deutschen Berufsrichtern	298
I.	Studie 1: Bestätigungs-Bias in Rechtsfrage, aber nicht in Tatsachenfrage	298
II.	Studie 2: Wie wirkt es sich aus, wenn Richter zunächst zu eigener, „blinder“ Einschätzung verpflichtet werden?	317
III.	Zwischenergebnis zu Studien 1 und 2	322
C.	Ergebnis zu Kapitel 4	322

Kapitel 5

**Implikationen für Konzeption und Praxis der Berufung
nach §§ 511 ff. ZPO**

	324
A. Erkenntnis zur Praxis der Berufung als Fehlerkorrekturinstanz	324
I. Die Berufung als Fehlerkorrekturinstanz funktioniert, hat aber Verbesserungs- potential; verfassungsrechtliche Verankerung angezeigt	324
II. Die Berufung als Tatsacheninstanz ist sinnvoll – und sowohl als Tatsachen- wie auch als Rechtsinstanz fehleranfällig	328
III. Die Berufung als bessere Alternative zur erstinstanzlichen Kollegial- entscheidung	330
IV. Zusammenfassung	331
B. Änderungsmöglichkeiten für die zivilrechtliche Berufung als Reaktion auf statistische und psychologische Erkenntnisse	331
I. Einführung eines Vorab-Blindverfahrens	332
II. Anonymisierung von Prozessparteimerkmale – und von Richternamen	340
III. Randomisierung vermeidet Reihenfolge-Effekte	342
IV. Unterstützung der Gerichte durch informationstechnische Systeme . . .	342
V. Mehr Einzelrichter; Maßnahmen gegen verzerrende Gruppeneffekte bei Kollegialentscheidungen	343
VI. Spezialisierung der Berufungsgerichte nicht weiter forcieren	346
VII. System der Berufungszulassung überdenken	347
VIII. Berufungsgerichte: Bewusstsein schaffen, zur Reflektion anregen	348
IX. Erstinstanzliche Gerichte: Bewusstsein schaffen, besseres Feedback . .	350
X. Zusammenfassung	351
C. Ergebnis zu Kapitel 5	351

Kapitel 6

Schluss

353

Literaturverzeichnis	356
---------------------------------------	-----

Anhang	394
-------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	410
---------------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung	21
A. Anlass und Ziel der Untersuchung	21
B. Abgrenzung zu bisherigen Untersuchungen	23
I. Statistische Untersuchungen der Berufung im Zivilprozess	24
II. Untersuchungen mit psychologischer Perspektive auf zivilprozessuale Fragestellungen	27
1. Recht und Psychologie: Gewinnbringende Verbindung mit Hindernissen	27
2. Empirisch-experimentelle Methoden in der Rechtswissenschaft	31
3. Zwischenergebnis	35
III. Ergebnis zur Abgrenzung gegenüber bisherigen Untersuchungen	35
C. Gang der Untersuchung	35

Kapitel 2

Die Berufung als Rechtsmittel – Kontroll- und Korrekturmöglichkeit für Fehler der ersten Instanz 38

A. Die Berufung nach §§ 511 ff. ZPO	39
I. Warum überhaupt Berufung? Fehler beheben – Richtigkeitskontrolle	39
II. Historisch unterschiedliche Ausgestaltungen der Berufung: Von der umfassenden zweiten Tatsacheninstanz zur eingeschränkten Fehlerkontrolle	44
1. Der Zweck der Berufung früher: umfassende neue Tatsacheninstanz, mit fortschreitender Zeit immer weiter eingeschränkt.	44
2. Der Zweck der Berufung heute: stark eingeschränkte Tatsacheninstanz, Konzentration auf Fehlerkontrolle.	47
3. Zwischenergebnis	52
III. Ergebnis zur Existenzberechtigung der Berufung und den historisch unterschiedlichen Zwecken der Berufung als Rechtsmittel	53
B. Ablauf des Berufungsverfahrens	53
I. Die Prüfung der Zulässigkeit	54
1. Statthaftigkeit der Berufung	54
2. Form und Frist	56

a) Voraussetzungen für form- und fristgerechte Berufung, §§ 517 ff. ZPO	56
b) Wirkung der Berufungseinlegung auf das erstinstanzliche Urteil	61
3. Beschwer	62
4. Erreichen der Erwachsenenheitssumme oder Zulassung der Berufung	63
a) Berufungssumme größer als 600 Euro, § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO	64
b) Zulassung der Berufung durch die Vorinstanz, § 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO	65
5. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen	68
a) Zuständigkeit des Berufungsgerichts	68
b) Postulationsfähigkeit, § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO	71
6. Entscheidung über Zulässigkeit: Verwerfung oder Begründetheits- prüfung	72
II. Die Prüfung der Begründetheit	73
1. Prüfungsgegenstand	73
2. Prüfungsmaßstab, §§ 513 Abs. 1, 529 Abs. 1 ZPO	74
a) Beruht erstinstanzliche Entscheidung auf Rechtsverletzung, §§ 513 Abs. 1 Var. 1, 546 ZPO?	75
b) Unrichtige Tatsachenfeststellung im erstinstanzlichen Urteil, §§ 513 Abs. 1 Var. 2, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO?	77
c) Zulässiger neuer Tatsachenvortrag, §§ 513 Abs. 1 Var. 2, 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO	79
3. Entscheidung über die Begründetheit	80
a) Berufung offensichtlich erfolglos, da unbegründet: Zurückwei- sung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO	80
b) Berufung nicht offensichtlich unbegründet: weiteres Vorgehen	82
aa) Der gesetzlich vorgesehene Regelfall: das Berufungsurteil, §§ 538, 540 ZPO	82
bb) Weitere Arten der Erledigung: insbesondere Parteidisposi- tion	84
cc) Rechtsfolgen der Verfahrensbeendigung; Rechtsschutz	86
III. Ergebnis zum Ablauf des Berufungsverfahrens	88
C. Ergebnis zu Kapitel 2	88

Kapitel 3

Die zivilrechtliche Berufung aus statistischer Sicht

A. Allgemeine statistische Kennzahlen zu den Verfahren in der Berufungsins- tanz in Deutschland	90
I. Jährlich ca. 100.000 erledigte Berufungssachen vor LG und OLG; immer weniger Berufungen, nachhaltiger Einfluss der ZPO-Reform 2002 fraglich	91

II.	Die Berufungsquote: Über 42 Prozent aller berufungsfähigen Urteile gehen in die Berufung	96
1.	Hohe Berufungsquote = Niedrige Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile	96
2.	42,35 Prozent Berufungsquote; mehr Berufungen gegen LandgerichtsUrteile; kaum Veränderung durch ZPO-Reform	97
a)	42,35 Prozent Berufungsquote in den Jahren 2014 bis 2019	97
b)	Berufungen gegen landgerichtliche Urteile doppelt so häufig wie gegen AmtsgerichtsUrteile – erklärbar durch wirtschaftliche Erwägungen, nicht durch Verfahrensdauer	99
c)	Heute gleiche Berufungsquote wie vor der Reform – Reformziel verfehlt	104
3.	Zusammenfassung und Bewertung	109
III.	Drei Viertel der Berufungen gegen EinzelrichterUrteile gerichtet – entspricht erstinstanzlicher Häufigkeit von Einzelrichterentscheidungen . .	111
IV.	Die häufigsten Sachgebiete von Berufungen: Wohnraummietrecht und Verkehrsunfallrecht am Landgericht, Kaufsachen am Oberlandesgericht	113
V.	Die meisten Berufungen in NRW, Bayern und Baden-Württemberg . . .	116
VI.	Knapp 3.200 Berufungsrichter in Deutschland; Entscheidung im Kollegium die Regel	116
VII.	Berufungszulassung macht nur geringen Teil der berufungsfähigen Urteile aus; Chance für positive Zulassungsentscheidung an AG: 10%/LG: 82%	119
VIII.	Die häufigsten Erledigungsarten von Berufungen: Rücknahme, streitiges Urteil, Vergleich; deckt sich mit Richter-Selbsteinschätzung	121
1.	Häufigkeitsverteilung der Arten von Berufungserledigungen an LG und OLG	121
2.	Richterbefragung im Rahmen dieser Arbeit: Berufungsrichter schätzen Anteil der Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO auf über 40 Prozent	125
3.	Bewertung und Zusammenfassung	125
IX.	Ergebnis zu allgemeinen statistischen Kennzahlen für die Berufung . .	126
B.	Statistische Analyse des Berufungserfolgs	128
I.	Die Erfolgsquote von Berufungen	129
1.	Wann hat eine Berufung Erfolg?	129
a)	Berechnung anhand der Erledigungsarten	130
aa)	Vergleich gerichtliche Entscheidung und Berufungsantrag: Urteile auf Aufhebung sowie auf Abänderung sind Berufungserfolg	130
bb)	Berufungserfolg bei Verbesserung für Berufungskläger gegenüber erster Instanz: Sind Prozessvergleiche als Berufungserfolg zu werten?	131
cc)	Anwendung der Berechnungsmethode nach Erledigungsart: Knapp ein Viertel erfolgreiche Berufungen	134

dd)	Zwischenergebnis zur Berechnung anhand der Erledigungsarten	136
b)	Berechnung anhand der Kostenentscheidung	136
c)	Bewertung der Berechnungsmethoden; Zusammenfassung	140
2.	Zwischenergebnis zur Berufungserfolgsquote von durchschnittlich 21,45 Prozent	141
II.	Die Erfolgsquote von Berufungen im Einzelnen	141
1.	Erfolgsquoten im Zeitverlauf: Kaum Veränderung; vor ZPO-Reform noch leicht höhere Erfolgsquoten	142
2.	Landgerichtliche und oberlandesgerichtliche Erfolgsquoten gleich hoch: Amtliche Statistik und Einschätzung der Berufsrichter	144
3.	Erfolgsquoten nach Bundesländern: Spannweiten von bis zu elf Prozentpunkten; Ost-Süd-Gefälle	148
a)	Landgerichte: Im Saarland 1,6-mal größere Erfolgswahrscheinlichkeit als in Rheinland-Pfalz; Ostdeutschland über dem Durchschnitt	148
b)	Oberlandesgerichte: Beste Erfolgsaussichten in Sachsen-Anhalt, geringster Erfolg im Saarland; insgesamt geringere Spannweite als bei LG-Berufung	151
4.	Erfolgsquoten in Abhängigkeit vom Sachgebiet: Kein eindeutiges Ergebnis zu Spezialspruchkörpern; außerdem bereichsspezifische Einflüsse	152
5.	Gleich hohe Erfolgsquoten gegen Einzelrichter wie gegen Kammern	156
6.	Erfolgsquote für Berufung vor Einzelrichter doppelt so hoch wie für Berufung vor Kollegium	158
7.	Ausdrücklich zugelassene Berufungen seltener erfolgreich als Wertberufungen	159
8.	Zwischenergebnis zur Erfolgsquote im Einzelnen	161
III.	Diskussion der Erfolgsquote von 21,45 Prozent: Bewertung und mögliche Ursachen	162
1.	Welche Erfolgsquote wäre rechtsstaatlich „ideal“?	162
2.	Vergleich „ideale“ und tatsächliche Berufungserfolgsquote	170
3.	Bewertung der Diskrepanz zwischen theoretisch zu erwartender und praktisch zu beobachtender Erfolgsquote; viele Einflussfaktoren	172
a)	Güte („Richtigkeit“) erst- und zweitinstanzlicher Entscheidungen	173
b)	Soziale Faktoren	175
c)	Psychologische Faktoren	178
d)	Zwischenergebnis zur Bewertung der Berufungserfolgsquote und möglichen Ursachen für Diskrepanzen zwischen Modell und Wirklichkeit	179
IV.	Zwischenergebnis zur statistischen Analyse des Berufungserfolgs	180
C.	Ergebnis zu Kapitel 3	181

*Kapitel 4***Die zivilrechtliche Berufung aus psychologischer Sicht** 184

A. Forschungsstand zu Einflussfaktoren auf die richterliche Entscheidungsfindung	184
I. Die Entscheidungsfindung von Richtern im Allgemeinen	184
1. Einflussfaktoren in der Person des Richters	186
2. Einflussfaktoren in der Person der Prozessparteien	190
3. Einflussfaktoren, die im Verfahren selbst begründet sind	195
a) Heuristiken und kognitive Verzerrungen	196
aa) Überblick und Begriff	198
(1) Menschliches Entscheiden ist manchmal „verzerrt“ ..	198
(2) Auch Richter sind von kognitiven Verzerrungen betroffen	206
(3) Verhindern kognitiver Verzerrungen ist nicht leicht möglich	209
(4) Zwischenergebnis	214
bb) Anker-Effekt	215
(1) Begriff, klassische Nachweise und Erklärung	215
(2) Der Anker-Effekt bei Richtern	219
cc) Rückschaufehler	224
(1) Begriff, klassische Nachweise und Erklärung	224
(2) Der Rückschaufehler bei Richtern	230
dd) Bestätigungsfehler	237
(1) Begriff, Erklärung und Gegenmaßnahmen	237
(2) Der Bestätigungsfehler bei Richtern	239
ee) Zwischenergebnis zu Heuristiken und kognitiven Verzerrungen	242
b) Effekte durch Zeitpunkt der Entscheidungsfindung/Reihenfolge-Effekte	242
aa) Danziger et al.: Höhere Erfolgsaussichten zu Beginn einer Verhandlungs- oder Entscheidungssequenz	243
bb) Plonsky et al.: „Best to be last“, d. h. höhere Erfolgswahrscheinlichkeit am Ende einer Verhandlungs- oder Entscheidungssequenz	246
cc) Implikation für deutschen Zivilprozess: Reihenfolge hat Auswirkung auf Sachentscheidung	248
c) Gruppeneffekte	248
aa) Gemeinschaftliche Beschlüsse sind nicht zwingend besser – Kollegialgerichtsentscheidungen aus sozialpsychologischer Sicht	249
(1) Der vermutete Qualitätsgewinn durch Kollegialentscheidungen	249

(2) Normative Einflüsse der Gruppenmitglieder fördern Konformität des Einzelnen	254
(3) Gruppendenken und Gruppenpolarisierung: Gruppenurteile sind extremer als der Durchschnitt der Einzelurteile	255
(4) Zwischenergebnis zur sozialpsychologischen Sicht auf Kollegialentscheidungen	256
bb) Die Entscheidungsfindung im Kollegialorgan verstärkt die Auswirkung von kognitiven Verzerrungen (Biases)	257
cc) Zwischenergebnis zu Gruppeneffekten	258
d) Hinweise zur Übertragbarkeit der Forschungsergebnisse	260
aa) Von der Experiment-Umgebung in die Realität	260
bb) Übertragbarkeit von US-amerikanischen Befunden auf den deutschen Zivilprozess?	262
e) Zwischenergebnis zu Einflussfaktoren in der Verfahrensstruktur	266
4. Zusammenfassung zu Einflussfaktoren auf die richterliche Entscheidungsfindung im Allgemeinen	267
II. Die Entscheidungsfindung von Richtern in der Berufungsinstanz	268
1. Psychologische Einflüsse auch im Berufungsverfahren relevant	268
a) Einflussfaktoren in der Person der Berufsungsrichter oder -parteien	269
b) Heuristiken und kognitive Verzerrungen bei Berufsungsrichtern	270
c) Reihenfolge-Effekte	273
d) Gruppeneffekte	273
2. Insbesondere: Die Information über das erstinstanzliche Urteil beeinflusst die Entscheidung des Berufsungsrichters	276
a) Information über erstinstanzliche Entscheidung bewirkt Tendenz zur Aufrechterhaltung eines Urteils (Aufrechterhaltungseffekt)	277
aa) Affirmation Bias: Experimentelles Vorgehen und Ergebnisse (Edwards, 2019)	278
bb) Bewertung und Stellungnahme	281
cc) Einordnung des Affirmation Bias in die Gruppe der Biases	282
(1) Kein Fall des Rückschaufehlers, des Anker-Effekts oder des Bestätigungsfehlers – aber große Überschneidungen	283
(2) Weitere Einordnungsversuche: Status Quo Bias und Unterlassungseffekt	285
(3) Bewertung und Stellungnahme	288
dd) Hinweise zur Übertragbarkeit von Befunden zum US-amerikanischen Berufsungsrecht auf Deutschland	289
b) Eher Aufhebungseffekt statt Aufrechterhaltungseffekt?	291
c) Bewertung und Zusammenfassung: Aufrechterhaltungs- oder sogar Aufhebungseffekt?	293
3. Zwischenergebnis	296
III. Zusammenfassung und Bewertung	297

B. Eigene Untersuchung der Entscheidungsfindung von deutschen Berufungsrichtern	298
I. Studie 1: Bestätigungs-Bias in Rechtsfrage, aber nicht in Tatsachenfrage	298
1. Methode	300
a) Teilnehmer	300
b) Vorgehensweise	300
c) Design und Ablauf	302
d) Material	304
aa) Aktenvignette 1: Verkehrsunfall – streitige Tatsachenfrage	304
bb) Aktenvignette 2: Rolltor-Fall – streitige Rechtsfrage	306
2. Ergebnisse	307
a) Aktenvignette 1: Streitige Tatsachen – kein kognitiver Verzerrungseffekt	307
b) Aktenvignette 2: Streitige Rechtsfrage – irrationaler Bestätigungseffekt	309
3. Diskussion	311
II. Studie 2: Wie wirkt es sich aus, wenn Richter zunächst zu eigener, „blinder“ Einschätzung verpflichtet werden?	317
1. Methode	318
2. Ergebnis und Diskussion	321
III. Zwischenergebnis zu Studien 1 und 2	322
C. Ergebnis zu Kapitel 4	322

Kapitel 5

Implikationen für Konzeption und Praxis der Berufung nach §§ 511 ff. ZPO 324

A. Erkenntnis zur Praxis der Berufung als Fehlerkorrekturinstanz	324
I. Die Berufung als Fehlerkorrekturinstanz funktioniert, hat aber Verbesserungspotential; verfassungsrechtliche Verankerung angezeigt	324
II. Die Berufung als Tatsacheninstanz ist sinnvoll – und sowohl als Tatsachen- wie auch als Rechtsinstanz fehleranfällig	328
III. Die Berufung als bessere Alternative zur erstinstanzlichen Kollegialentscheidung	330
IV. Zusammenfassung	331
B. Änderungsmöglichkeiten für die zivilrechtliche Berufung als Reaktion auf statistische und psychologische Erkenntnisse	331
I. Einführung eines Vorab-Blindverfahrens	332
1. Der Ablauf des Vorab-Blindverfahrens im Einzelnen	333
2. Vorab-Blindverfahren als Best Practice gegen psychologische Voreingenommenheit durch das erstinstanzliche Urteil	338

3.	Kein Anspruch der Parteien auf Einsichtnahme der Vorab-Entscheidung	338
4.	Zusammenfassung und Ausblick	339
II.	Anonymisierung von Prozessparteierkmalen – und von Richternamen	340
III.	Randomisierung vermeidet Reihenfolge-Effekte	342
IV.	Unterstützung der Gerichte durch informationstechnische Systeme . . .	342
V.	Mehr Einzelrichter; Maßnahmen gegen verzerrende Gruppeneffekte bei Kollegialentscheidungen	343
1.	Stärkung des Einzelrichter-Modells	343
2.	Maßnahmen gegen verzerrende Effekte in Kammer- und Senatsentscheidungen	345
VI.	Spezialisierung der Berufungsgerichte nicht weiter forcieren	346
VII.	System der Berufungszulassung überdenken	347
VIII.	Berufungsgerichte: Bewusstsein schaffen, zur Reflektion anregen	348
IX.	Erstinstanzliche Gerichte: Bewusstsein schaffen, besseres Feedback . .	350
X.	Zusammenfassung	351
C.	Ergebnis zu Kapitel 5	351

Kapitel 6

Schluss	353
----------------	-----

Literaturverzeichnis	356
-----------------------------	-----

Anhang	394
---------------	-----

Stichwortverzeichnis	410
-----------------------------	-----

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Entwicklung der jährlich erledigten Berufungssachen	92
Abbildung 2:	Entwicklung der Klageeingänge an Amts- und Landgerichten von 1996 bis 2019	94
Abbildung 3:	Berufungsquoten AG-LG und LG-OLG im Jahr 2018	101
Abbildung 4:	Durchschnittliche Streitwerte erledigter Gerichtsverfahren in erster Instanz und Berufungsinstanz, Vergleich AG-LG und LG-OLG	102
Abbildung 5:	Durchschnittliche Verfahrensdauer in Monaten für erste Instanz und Berufungsinstanz im Jahr 2018, Vergleich AG-LG und LG-OLG	103
Abbildung 6:	Sachgebiete der vor den Landgerichten als Berufungsinstanz erledigten Berufungen im Jahr 2019	114
Abbildung 7:	Sachgebiete der vor den Oberlandesgerichten als Berufungsinstanz erledigten Berufungen im Jahr 2019	115
Abbildung 8:	Häufigkeitsverteilung der Erledigungsarten für Berufungen an LG und OLG im Jahr 2018	122
Abbildung 9:	Erfolgsquote von Berufungen, berechnet anhand der Erledigungsarten (Detaildarstellung, 2018)	135
Abbildung 10:	Erfolgsquote von Berufungen, berechnet anhand der Kostenentscheidungen (Detaildarstellung, 2018)	139
Abbildung 11:	Einschätzung des Erfolgsquotenunterschieds LG/OLG nach Gerichtszugehörigkeit	145
Abbildung 12:	Verteilung der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile, Normalverteilungsgraph („Gauß’sche Glockenkurve“)	163
Abbildung 13:	Verteilung der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile, Normalverteilungsgraph mit Darstellung der Werte für Standardabweichungen, Schwelle Fehlerhaftigkeit eines Urteils bei $\mu-1\sigma$	165
Abbildung 14:	Verteilung der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile, Normalverteilungsgraph mit Darstellung der Werte für Standardabweichungen, Schwelle Fehlerhaftigkeit eines Urteils bei $\mu-2\sigma$	165
Abbildung 15:	Absolute Häufigkeitsverteilung der Bundesländer, in denen die Studienteilnehmer zum Teilnahmzeitpunkt tätig waren.	301
Abbildung 16:	Ablauf von Studie 1 (am Beispiel von Aktenvignette 1).	302

Abbildung 17:	Studie 1, Aktenvignette 1: Boxplot zur Bestätigungstendenz in Gruppe 1 (links) und Gruppe 2 (rechts); die auf der y-Achse abgetragene Bestätigungstendenz reichte von 1 („sicher bestätigen“) bis 6 („auf keinen Fall bestätigen“).	308
Abbildung 18:	Studie 1, Aktenvignette 1: Heatmap für die Häufigkeit der unterschiedlichen Sachentscheidungen in den Experimentalgruppen (Gruppen 1 und 2) und in der Kontrollgruppe (Gruppe 3).	309
Abbildung 19:	Studie 1, Aktenvignette 2: Boxplot zur Bestätigungstendenz in Gruppe 1 (links) und Gruppe 2 (rechts); die auf der y-Achse abgetragene Bestätigungstendenz reichte von 1 („sicher bestätigen“) bis 6 („auf keinen Fall bestätigen“).	310
Abbildung 20:	Studie 1, Aktenvignette 2: Heatmap für die Häufigkeit der unterschiedlichen Sachentscheidungen in den Experimentalgruppen (Gruppen 1 und 2) und in der Kontrollgruppe (Gruppe 3).	311
Abbildung 21:	Ablauf von Studie 2 (rechts), verglichen mit dem Ablauf von Studie 1 (links), jeweils am Beispiel von Aktenvignette 1.	320
Abbildung 22:	Beispiel für das vom Berufungsrichter im Rahmen des Vorab-Blindverfahrens auszufüllende Formblatt	334

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Berufungsquoten AG/LG und LG/OLG in den Jahren 2014–2019 (Zahlen gerundet)	99
Tabelle 2:	Berufungsquoten AG/LG und LG/OLG in den Jahren 1996–2001 (Zahlen gerundet)	106
Tabelle 3:	Berufungsquoten AG/LG und LG/OLG in den Jahren 2002–2007 (Zahlen gerundet)	108
Tabelle 4:	Erfolgsquoten 2014–2018 (berechnet anhand Erledigungsarten)	143
Tabelle 5:	Erfolgsquoten 1996–2000 (berechnet anhand Erledigungsarten)	143
Tabelle 6:	Erfolgsquoten nach Bundesländern (Landgerichte, 2018)	149
Tabelle 7:	Erfolgsquoten nach Bundesländern (Oberlandesgerichte, 2018)	151
Tabelle 8:	Erfolgsquoten nach Sachgebieten (Landgerichte, 2018)	153
Tabelle 9:	Erfolgsquoten nach Sachgebieten (Oberlandesgerichte, 2018)	154
Tabelle 10:	Erfolgsquoten nach Zuständigkeit in erster Instanz (Einzelrichter vs. Zivilkammer, 2018)	156
Tabelle 11:	Erfolgsquoten von Berufungen nach Zuständigkeit in der Berufungsinstanz (Einzelrichter vs. Kollegium, 2018)	158
Tabelle 12:	Erfolgsquoten von Berufungen nach Art der Berufungsfähigkeit (ausdrücklich zugelassen vs. Wertgrenze überschritten, 2018)	160
Tabelle 13:	Mittelwertsunterschiede der Bestätigungstendenz Gruppe 1 und 2	321

Kapitel 1

Einleitung

A. Anlass und Ziel der Untersuchung

Die Berufung als Rechtsmittel im deutschen Zivilprozess ist eine Möglichkeit zur Korrektur erstinstanzlicher Entscheidungen. Ob sie diesen Zweck tatsächlich zufriedenstellend erfüllen kann oder welche Mechanismen möglicherweise dazu beitragen, dass Berufungsgerichte in Wirklichkeit anders entscheiden, als es das gesetzgeberische Ideal vorsieht, will die vorliegende Arbeit kritisch hinterfragen.

Dazu sollen im Folgenden die Methoden und Erkenntnisse der Rechtswissenschaft einerseits und der Statistik und Psychologie andererseits genutzt werden. Insofern versteht sich diese Arbeit als Beitrag auf dem Weg zu einer Öffnung der Rechtswissenschaft gegenüber empirischen Wissenschaften. Denn was aus den Erfahrungswissenschaften Eingang in die juristische Diskussion gefunden hat und dort beispielsweise in Form der „ökonomischen Analyse des Rechts“ immer häufiger akzeptiert wird, sollte nicht auf eine bloß wirtschaftswissenschaftliche Betrachtungsweise reduziert werden. Stattdessen scheint es ähnlich naheliegend, auch die Erkenntnisse aus der Psychologie als Wissenschaft von menschlichem Erleben und Verhalten für die Rechtswissenschaft zu nutzen – zumal es bei der Bearbeitung juristischer Fälle in der Praxis immer darum geht, das Verhalten von Menschen zu beurteilen. Auch wenn es der Anspruch ist, die objektive Sicht eines Dritten einzunehmen oder die Rolle als unabhängiges Organ der Rechtspflege¹ auszuüben, wird kein Rechtsanwender² es schaffen, einen Sachverhalt tatsächlich objektiv und unbeeinflusst wahrzunehmen und zu entscheiden. Das betrifft insbesondere Richter als Rechtsanwender, die aus wahrnehmungspsychologischer Sicht keine absolut unabhängigen Urteile fällen können. Dabei geht es nicht um die sachliche oder persönliche Unabhängigkeit der Richter im Sinne von Art. 97 Grundgesetz (GG), sondern darum, dass aufgrund kognitiver und affektiver Prozesse im menschlichen Gehirn – sogenannter Heuristiken und kognitiver Verzerrungen – eine von Menschen getroffene Entscheidung nie ganz objektiv und

¹ Vgl. § 25 Deutsches Richtergesetz (DRiG), § 7 S. 1 Rechtspflegergesetz (RPfLG).

² Selbstverständlich meinen alle männlichen Formen in dieser Arbeit, wenn nicht anders gekennzeichnet, das generische Maskulinum.

neutral sein kann. Das gilt für Entscheidungen von Laien genauso wie für Entscheidungen von Experten, wie etwa Ärzten, Unternehmern oder Richtern. Bei der richterlichen Urteilsfindung wirken also psychologische Effekte, die ganz überwiegend dazu führen, dass die gefundene Sachentscheidung von dem abweicht, was man idealerweise vom Votum eines rationalen Entscheidungsträgers erwarten würde.

Dieser Aspekt und mögliche Reaktionsmöglichkeiten finden bisher in der juristischen Diskussion nur wenig Beachtung,³ und konkret für das Berufungsrecht gilt das umso mehr. Gleichwohl könnte es ertragreich sein, Abläufe im Zivilverfahren auch unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten und anhand dessen Überlegungen anzustellen, ob die Erkenntnisse aus den Verhaltenswissenschaften das bisherige Verständnis des Zivilprozesses verändern – oder ob vielmehr Änderungen in der zivilrechtlichen Praxis denkbar wären, die sowohl Antwort auf jene Erkenntnisse als auch eine nähere Orientierung am gesetzgeberischen Ideal des Zivilverfahrens sein könnten.

Hier möchte die vorliegende Arbeit ansetzen und sich dabei auf die zivilrechtliche Berufung nach §§ 511 ff. Zivilprozessordnung (ZPO) und die dort wirkenden kognitiven Urteilsverzerrungen konzentrieren. Die Berufung eignet sich als Untersuchungsobjekt besonders, weil der Richter in Berufungssachen, anders als der Richter der Ausgangsinstanz, nicht nur den üblichen Sachverhalt wahrnimmt und beurteilt, sondern auch die Sachentscheidung und -darstellung durch das erstinstanzliche Gericht in seine Wahrnehmung aufnimmt. Orientieren sich die Berufungsrichter hierbei unbewusst und auf irrationale Weise an dem Urteil ihrer vorinstanzlich mit der Sache befassten Kollegen? Das wird diese Arbeit zeigen und diskutieren.

Dabei dienen statistische Betrachtungen der Berufung als Ausgangspunkt der Überlegungen. Bezogen auf die Frage des Berufungserfolgs, im Allgemeinen sowie in Abhängigkeit von verschiedenen Parametern, soll erörtert werden, inwiefern die Höhe der aktuellen Erfolgsquote anzeigen kann, wie gut die Berufung als Fehlerkorrekturinstanz funktioniert. Für den Berufungserfolg spielen sicherlich mehrere Faktoren eine Rolle. Einer dieser Faktoren könnten die vorhin genannten kognitiven Verzerrungen sein. Beispielsweise könnte es sein, dass der Berufungsrichter den zu beurteilenden Fall von Anfang an „durch die Augen“ des erstinstanzlichen Urteils kennenlernt und er dadurch dessen Inhalt möglicherweise unbewusst als gegeben hinnimmt und diesen weniger hinterfragt, als er es vielleicht würde, wenn er sich zunächst „blind“ ein erstes eigenes, unvoreingenommenes Bild vom Sachverhalt gemacht hätte.

³ Mit ähnlichem Urteil beispielsweise auch *Staake*, Werte und Normen, 2018, S. 438; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2851 f.; im europäischen Vergleich s. *Biard/Faure*, RTDEur 51 (2015) 715, 723 ff.

Um diese Hypothese zu testen, wurde im Rahmen dieser Arbeit eine empirisch-experimentelle Studie durchgeführt. An dieser Studie nahmen insgesamt 136 Zivilrichter in Berufungssachen an Land- und Oberlandesgerichten teil. Dabei zeigte sich in einem von zwei Fällen tatsächlich ein Effekt, der darauf schließen lässt, dass Berufungsrichter sich bei ihrer Urteilsfindung in kognitiv verzerrender Weise am Rechtsurteil der ersten Instanz orientieren und dieses irrational häufig aufrechterhalten.

Am Ende dieser Untersuchung steht das Ziel, die Impulse aus der statistischen und psychologischen Perspektive in die rechtsdogmatische und rechtspolitische Diskussion des Zivilprozesses zu integrieren. Gefragt nach den Reaktionsmöglichkeiten des Berufungsrechts, sollen Schlussfolgerungen aus juristischer Sicht gezogen und verschiedene Modifikationsmöglichkeiten im Verfahren erörtert werden. Das geschieht in dem Bewusstsein, dass die relativ niedrige Berufungserfolgsquote sich, wie erwähnt, längst nicht ausschließlich durch kognitive Verzerrungen erklären lässt. Letztere sind jedoch, jedenfalls in Form der hier verfolgten Hypothese, grundsätzlich mit quantitativen Methoden überprüfbar. Im Sinne eines Mehrwerts durch Interdisziplinarität kann so vielleicht ein Denkanstoß dazu entstehen, welche konkreten rechtlichen Maßnahmen ergriffen werden können, um die Berufung als Fehlerkorrekturmöglichkeit weiter zu stärken.

B. Abgrenzung zu bisherigen Untersuchungen

Die vorliegende Arbeit baut auf einer Breite vorhergehender Literatur auf. Zugleich möchte sie dabei neue Themen erarbeiten und insbesondere Bezüge herstellen, die bisher in der Diskussion noch nicht in dieser Ausprägung bestehen. Die interdisziplinäre Perspektive ist ein besonderes Anliegen dieser Arbeit. Ihr Fokus soll auf quantitativen Methoden – Statistik – sowie auf empirischer Wissenschaft – Psychologie – und deren Befunden und empirisch-experimentellen Methoden liegen. Das Bewegende zwischen den Disziplinen hat das Ziel, mit Erkenntnissen und Methoden anderer Wissenschaften einen neuen, gewinnbringenden Diskussionsbeitrag für die Rechtswissenschaft zu leisten. Dabei ist zweierlei klar: Erstens, ein Mehr an Interdisziplinarität bedeutet nicht, dass der Status der Rechtswissenschaft als eigenständige Wissenschaft verringert würde.⁴ Und zweitens ist nicht jeder interdisziplinäre Forschungsansatz *per se* gut. Es kommt immer darauf an, genau zu klären, was aus den Resultaten der interdisziplinären Herangehensweise für die eigene Wissenschaft abgeleitet werden kann. Auch vor diesem Hintergrund bietet sich eine Abgrenzung zu bisherigen Untersuchungen der Grenzbereiche zwischen Be-

⁴ A. A. Posner, *Problematics*³, 2002, *passim*.

rufung im Zivilprozess einerseits und Statistik (I.) und Psychologie (II.) andererseits an.

I. Statistische Untersuchungen der Berufung im Zivilprozess

Das Rechtsmittel der Berufung ist aus empirischer Sicht, d. h. mithilfe statistischer Methoden, zuletzt anlässlich seiner Reform im Jahr 2002 durch das ZPO-Reformgesetz (ZPO-RG) hinreichend analysiert worden. In der heutigen Diskussion des Berufungsrechts bleibt, abseits von § 522 Abs. 2 ZPO,⁵ eine statistische Betrachtung der gelebten Prozessrechtswirklichkeit ganz überwiegend unbeachtet. Insbesondere mit der Frage des Verfahrensausgangs, in Form der amtlichen Statistiken zu den verschiedenen Erledigungsarten der Berufungsverfahren vor deutschen Landgerichten und Oberlandesgerichten, hat sich die Rechtswissenschaft seit der ZPO-Reform vor 20 Jahren, mit Ausnahme der Evaluation von Hommerich, Prütting und Mitarbeitern,⁶ nicht mehr beschäftigt.⁷ Dabei bieten die statistischen Daten zu Berufungserfolg und -misserfolg eine gute Grundlage und Anlass, darüber nachzudenken, ob der vom Reformgesetzgeber formulierte Berufungszweck tatsächlich in der Praxis gut erreicht wird und an welchen Stellen möglicherweise Unterschiede auftreten, die abhängig von bestimmten veränderbaren Parametern sind. Aus der Zeit vor der Reform sind zwar insbesondere die rechtstatsächliche Untersuchung von Rimmelspacher⁸, die Vergleichsstudie an drei Oberlandesgerichten von Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald⁹ sowie, zum Aspekt des Berufungserfolgs gegen Einzelrichterentscheidungen, diejenige von Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt¹⁰ bekannt. Aber die Ergebnisse dieser Arbeiten sind angesichts des mittlerweile veränderten Berufungszwecks leider nicht mehr sinnvoll zu verwerten.¹¹ Zudem war darin der Aspekt des Berufungserfolgs, außer bei Rimmelspacher, nicht zentral gewesen.

Die vorliegende Arbeit will diese Lücke schließen und sich dabei auf die Erledigungsarten des Berufungsverfahrens und insbesondere auf die Betrachtung des Berufungserfolgs als Indiz für die Zweckerreichung der Berufung

⁵ Mit statistischen Argumenten in der Debatte um § 522 Abs. 2 ZPO: *Hoops/Groß*, ZRP 2020, 74, 74 ff.; *Nassall*, NJW 2012, 113, 117; kritisch *Trimbach*, NJW 2009, 401, 403.

⁶ *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 169 ff.

⁷ Einzelne Ausnahmen finden sich für eingegrenzte Sachbereiche, wie beispielsweise Bau- und Architektensachen, s. *Schröder*, NZBau 2008, 1, 11 ff.

⁸ *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000.

⁹ *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 19 ff.

¹⁰ *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 146 ff., 159 ff.

¹¹ *A.A. Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 18.

konzentrieren. Dazu wurde nicht nur das vorhandene amtliche Statistikmaterial des Statistischen Bundesamts ausgewertet, sondern es konnte auch neues statistisches Material gewonnen werden, das bisher nicht Teil der Rechtspflegestatistik des Statistischen Bundesamts war.¹² Das war möglich mit Unterstützung des Landesamts für Statistik Niedersachsen (LSN), das koordinierte Anfragen und Sonderauswertungen vorgenommen hat, bei denen fast alle Bundesländer kooperiert haben.¹³ So konnten die Statistiken zum Berufungs-

¹² Zu den Rahmenbedingungen statistischer und allgemein empirischer Rechtsforschung weiterführend *Rath*, DRiZ 2019, 330, 330 f.; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2851; *Spindler/Gerdemann*, AG 2016, 698, 703.

¹³ Die Vorgehensweise hier war wie folgt: Zunächst hat die Autorin vier Teilbereiche zur weiteren Untersuchung des Berufungserfolgs festgelegt, zu denen die amtliche Statistik des Statistischen Bundesamts keine veröffentlichten Daten enthielt. Orientiert an der Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik), hat sie ermittelt, ob die interessierenden Daten überhaupt erhoben werden. Die vier Teilbereiche waren sodann: Berufungserfolg nach Sachgebiet, jeweils bei den Land- und bei den Oberlandesgerichten (1.); Berufungserfolg vor den Oberlandesgerichten nach Anzahl der Entscheider in der Vorinstanz (2.); Berufungserfolg nach Anzahl der Entscheider in der Berufungsinstanz (3.); Berufungserfolg nach Art der Berufungsfähigkeit, d. h. ausdrückliche Zulassung der Berufung vs. Überschreitung der Wertgrenze (4.). Das Landesamt für Statistik Niedersachsen konnte bestätigen, dass hierzu zwar Rohdaten an den Gerichten der Bundesländer erfasst werden, aber dass grundsätzlich keine weitere statistische Auswertung und Darstellung dieser Rohdaten erfolgt.

Zu den Teilbereichen 1 und 3 (dort nur für die Berufungen vor den Landgerichten) existierten bereits unveröffentlichte Tabellen mit Daten bei den einzelnen Bundesländern. Die Autorin hat diesbezüglich leere Mustertabellen mit den für die vorliegende Untersuchung interessierenden Kategorien (für die Jahre 2016, 2017 und 2018) erstellt und dem LSN überreicht. Das LSN hat diese Mustertabellen im Wege einer koordinierten Länderabfrage an die Statistischen Landesämter der Bundesländer weitergegeben. Die Statistischen Landesämter von insgesamt 13 Bundesländern haben die Mustertabellen mit ihren Daten, nach Freigabe der Justizministerien, ausgefüllt; diese Bundesländerdaten hat die Autorin zusammengeführt und statistisch ausgewertet. Die Ergebnisse dieser Auswertung finden sich in Kapitel 3 B. II. 4. und 6.

Zu den Teilbereichen 2, 3 (dort für die Berufungen vor den Oberlandesgerichten) und 4 existierten noch keine irgendwie geordneten Datendarstellungen bei den Bundesländern. Auch dazu bereitete die Autorin leere Mustertabellen mit den für die vorliegende Untersuchung interessierenden Kategorien (für die Jahre 2016, 2017 und 2018), bezeichnet nach den lfd. Nrn. der ZP-Statistik, vor. Diese Mustertabellen konnten jedoch nicht mit Daten aus schon vorliegenden Tabellen befüllt werden, sondern es musste durch das LSN eine sog. Sonderauswertung der Rohdaten, die bei den Statistischen Landesämtern der Bundesländer vorlagen, erfolgen. Die Bundesländer erteilten zu diesem Zweck ihr Einverständnis zur Verwendung der Daten der Statistik über den Geschäftsanfall bei den Zivilgerichten für die Berichtsjahre 2016 bis 2018. Im Wege der Sonderauswertung hat dann das LSN die Mustertabellen mit den Daten aller 16 Bundesländer befüllt. Die Autorin hat diese Bundesländerdaten wiederum zusammengeführt und statistisch ausgewertet. Die Ergebnisse dieser Auswertung finden sich in Kapitel 3 B. II. 5. und 7.

erfolg vor den Land- und Oberlandesgerichten erstens im Allgemeinen betrachtet und analysiert werden, und zweitens waren auch spezifische Aufgliederungen möglich, wie etwa die Analyse des Berufungserfolgs nach Sachgebieten, nach Art der Berufungsfähigkeit oder auch danach, ob der Einzelrichter oder ein Richterkollegium über die Berufung entscheidet. Ergänzend wurden im Rahmen dieser Arbeit insgesamt 136 Berufungszivilrichter an den Land- und Oberlandesgerichten zu deren Einschätzung des Berufungserfolgs mittels Online-Fragebogen befragt. Auf diese Weise soll ein möglichst differenziertes Bild der Erledigungspraxis von Berufungssachen vor deutschen Zivilgerichten gezeichnet werden.

Dabei ist zu betonen, dass die Interpretation bei der Arbeit mit Statistiken eine entscheidende Rolle spielt. Denn was einerseits als bloßer Zahlenwert besonders rein, reizvoll und eindeutig wirkt, ist nicht immer schon auf den ersten Blick eindeutig zu verstehen. Das betrifft einerseits das Lesen der Statistik selbst und andererseits auch die Frage, welche Schlüsse aus den statistischen Ergebnissen gezogen werden können.¹⁴ So kann Statistik beispielsweise nie eine Aussage über Kausalitäten treffen, sondern höchstens über Korrelationen. Die Mahnung zur Vorsicht bei der Interpretation statistischer Ergebnisse ist ferner im Hinblick darauf begreiflich, dass die getroffenen Analysen auch Basis und Antrieb für politische Forderungen und gesetzgeberische Entscheidungen sein können,¹⁵ und zwar mutmaßlich in größerem Ausmaß als bloß dogmatische Überlegungen.¹⁶ In anderen Rechtsgebieten, etwa in der Rechtsvergleichung, wurden daher bereits Handlungsrichtlinien für die Nutzung statistischer Methoden vorgeschlagen.¹⁷ Drei der dort aufgezählten Maßgaben dürften auch für die Anwendung von Statistik im nationalen Prozessrecht gelten: Methodenbewusstsein, Transparenz in der Anwendung der Methoden sowie Reflektion der Ergebnisse sind die wichtigsten Voraussetzungen für eine ertragreiche und im engeren Sinne wissenschaftliche Arbeit mit quantitativen Methoden in der Rechtswissenschaft. Wenn man das beherzigt, kann die Statistik einen guten Mehrwert für die Rechtswissenschaft insgesamt und auch konkret für das Berufungs- und Zivilverfahrensrecht leisten.¹⁸ Denn, um es

¹⁴ Vgl. hierzu für den Bereich der Zivilrechtsvergleichung *Kern*, ZVglRWiss 116 (2017) 419, 435 f.; vgl. allgemein *Risse*, NJW 2020, 2383, 2384 ff.

¹⁵ *Kern*, ZVglRWiss 116 (2017) 419, 436.

¹⁶ Vgl. *Kern*, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro (Hrsg.), *Approaches to Procedural Law*, 2017, S. 121, 128.

¹⁷ *Siems*, *Cardozo J.Int'l & Comp.L.* 13 (2005) 521, 538 ff.; dazu *Kern*, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro (Hrsg.), *Approaches to Procedural Law*, 2017, S. 121, 128 f.

¹⁸ Vgl. *Kern*, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro (Hrsg.), *Approaches to Procedural Law*, 2017, 121, 131, der auch auf die Komplexität der Zusammenarbeit von Statistik und Recht hinweist, a. a. O., 126 f.; ähnlich *Clermont/Eisenberg*, *Cornell L.Rev.* 88 (2002) 119, 125 ff.

mit Wendell Holmes zu sagen: „For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics [...]“¹⁹

II. Untersuchungen mit psychologischer Perspektive auf zivilprozessuale Fragestellungen

Neben der statistischen Perspektive, die in dieser Arbeit eine hauptsächlich beschreibende Funktion innehat, soll die Sichtweise der Psychologie eine erklärende Rolle einnehmen. Im Vordergrund stehen dabei die psychologischen Befunde zum heuristischen Denken und Entscheiden sowie zu den damit verknüpften Verzerrungen in der Informationsverarbeitung und -beurteilung, angewandt auf das Entscheidungsverhalten von Berufungsrichtern. Auf dem Feld der Psychologie existiert hierzu, ohne spezifischen Bezug zur Berufung, eine sehr große Zahl an Untersuchungen. In die rechtswissenschaftliche Diskussion haben die Ergebnisse dieser Forschung aber bisher nur zurückhaltenden Eingang gefunden.²⁰ Dieses Verhältnis soll im Folgenden betrachtet werden (1.). Im Anschluss soll der Gebrauch empirisch-experimenteller Methoden in der Rechtswissenschaft erörtert werden (2.), bevor das Ergebnis dieses Abschnitts zusammengefasst wird (3.).

1. Recht und Psychologie: Gewinnbringende Verbindung mit Hindernissen

Die psychologische Forschung auf dem Gebiet der Wahrnehmungs- und Entscheidungspsychologie sowie in Teilbereichen der Sozialpsychologie beschäftigt sich damit, wie Menschen sich entscheiden und welche Parameter dabei wirksam werden. Die zugehörigen Studien zu Heuristiken und kognitiven Verzerrungen haben gezeigt, dass menschliches Entscheiden oft vom Ideal des vollständig rationalen Handelns abweicht und sich daher nicht gut mit dem *Rational-Agent*-Modell erklären lassen kann.²¹ Unsere Urteile werden von vielen unbewussten Einflüssen mitbestimmt. Dadurch werden sie verzerrt und sind möglicherweise sogar falsch. Dieser Zusammenhang ist

¹⁹ *Wendell Holmes*, Harv.L.Rev. 10 (1897) 457, 469.

²⁰ Als positive Gegenbeispiele seien stellvertretend etwa *Effer-Uhe*, in: *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, 2019, S. 29 ff.; *Jäger*, DRiZ 2018, 24, 24 ff.; *Arntz*, JR 2017, 253, 253 ff.; *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2086, 2086 ff.; *Wagner*, ZZP 121 (2008) 5, 6 ff.; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2848 ff.; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, passim genannt. Siehe im Einzelnen die Nachweise in Kapitel 4.

²¹ *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 411; vgl. auch *Tor*, Haifa L.Rev. 4 (2008) 237, 274.

nicht nur beim „Durchschnittsmenschen“ zu beobachten, sondern auch bei Richtern. Das heißt, auch Gerichtsentscheidungen können von außerrechtlichen Faktoren beeinflusst und damit verzerrt sein. Prominente Studien aus den Vereinigten Staaten haben beispielsweise gezeigt, dass Richter sich in ihrer Sachentscheidung, etwa bei der Beurteilung deliktischen Verhaltens oder einer angemessenen Schmerzensgeldhöhe, von Anträgen der Prozessvertreter oder vom Urteil der Vorinstanz lenken lassen.²² In Studien mit deutschen Rechtsreferendaren hat sich sogar die Augenzahl eines zuvor gerollten Würfels auf die Höhe des zuerkannten Strafmaßes ausgewirkt.²³ Für den Bereich der zivilrechtlichen Berufung konnte eine Untersuchung aus dem Jahr 2019 wiederum für die Vereinigten Staaten nachweisen, dass Entscheider im Berufungsprozess aufgrund kognitiver Verzerrungen zur Bestätigung der ihnen vorgelegten Sache neigen – d. h., für denselben Fall bestätigten diejenigen das erstinstanzliche Urteil, die denken, dass die Klage abgewiesen wurde, genauso oft wie diejenigen, die denken, dass der Klage stattgegeben wurde.²⁴

Diese Erkenntnisse sollten die Prozessrechtswissenschaft interessieren. Mittlerweile sind von juristischer Seite auch vereinzelt beschreibende Publikationen allgemein zum Thema der kognitiven Verzerrungen bei Richtern zu verzeichnen,²⁵ und für das Schweizer Recht gab es schon im Jahr 2005 eine eigenständige Untersuchung,²⁶ aber es besteht weiterhin im deutschsprachigen Raum viel Potential zur Weiterentwicklung. Insbesondere hat, soweit ersichtlich, bisher keine Arbeit die *Heuristics-and-Biases*-Forschung konkret mit der Berufung nach §§ 511 ff. ZPO in Zusammenhang gebracht.

Eine interdisziplinäre, rechtspsychologische Betrachtung kann helfen, den typisch rechtspositiven Blick des Juristen zu weiten. Wir Rechtsanwender und -forscher kommen so im besten Fall zu einem besseren Verständnis des Rechts.²⁷ Denn wenn wir von Zusammenhängen wissen, die das Recht und

²² Guthrie/Rachlinski/Wistrich, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 801 ff.; für den deutschen Strafprozess s. English/Mussweiler/Strack, Law & Hum.Behav. 29 (2005) 705, 710 ff., 714 ff.

²³ English/Mussweiler/Strack, Pers.Soc.Psychol.Bull. 32 (2006) 188, 194.

²⁴ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1050 ff., vgl. zuvor auch die Analyse von Guthrie/George, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 378 ff.

²⁵ Siehe beispielsweise Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2086 ff.; Arntz, JR 2017, 253, 253 ff.; Risse, NJW 2018, 2848, 2848 ff.; vgl. auch Effer-Uhe, in: Effer-Uhe/Mohnert, Psychologie für Juristen, 2019, S. 29 ff. Dagegen beschränkt sich Wagner, ZZP 121 (2008) 5, 7 ff. auf die bei den Verfahrensparteien wirkenden kognitiven Verzerrungen.

²⁶ Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005.

²⁷ Rosenstock/Singelstein/Boulanger, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 3, 23. Vgl. auch Jestaedt, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 227, 234.

seine Anwendung betreffen, und diese verstehen, können wir hierauf auch adäquat reagieren.²⁸ Eine interdisziplinäre Betrachtung des richterlichen Entscheidens ist auch deswegen sinnvoll, weil keine einzelne fachspezifische Perspektive allein dazu in der Lage ist, die Vorgänge des Urteilens im Zivilprozess umfassend zu erfassen und zu verstehen.²⁹ Gleichwohl sind im Verhältnis von Psychologie und deutscher Rechtswissenschaft zwei Hürden zu beobachten: Erstens scheint generell an einigen Stellen noch Skepsis gegenüber der Anwendung psychologischer Forschung auf juristische Fragestellungen zu herrschen, und zweitens beziehen sich fast alle Studien zur richterlichen Entscheidungsfindung auf das US-amerikanische Rechtssystem, was ein Hindernis für die Übertragung der Befunde auf das deutsche Recht darstellt. Diese zwei Aspekte sollen im Folgenden kurz besprochen werden.

In wohl jeder Fachwissenschaft können wir davon ausgehen, dass viele Forschungsergebnisse und anderes Wissen außerhalb des jeweiligen Fachs ungenutzt bleiben, obwohl sie anderen Disziplinen nutzen könnten oder für diese jedenfalls relevant wären.³⁰ Dennoch ist, jedenfalls auf Seiten der Rechtswissenschaft, weiterhin eine skeptische Haltung zu beobachten, wenn es um das Erschließen von Forschungsergebnissen der Psychologie oder deren Methoden³¹ für das Recht geht.³² So sehen Kritiker beispielsweise in der Einbindung anderer Wissenschaften in die zivilrechtliche Diskussion das Risiko von „Verkürzungen[, die] die Realität verfehlen“.³³ Genau das Gegenteil ist aber der Fall. Denn empirische Wissenschaften und Methoden, wie Psychologie und Statistik, untersuchen ja gerade die Realität. Und eine Rechtswissenschaft, die derartige Untersuchungen ignoriert oder sie als bloße Bestätigung von „Alltagstheorie“³⁴ disqualifiziert, läuft viel eher Gefahr, die Wirklichkeit zu verfehlen, als wenn sie die Erkenntnisse jener Untersuchungen an geeigneten Stellen als willkommene Bereicherung begreift, um das geltende Rechtssystem kritisch zu hinterfragen und darauf aufbauend für alle Beteilig-

²⁸ *Risse*, NJW 2018, 2848, 2851.

²⁹ Vgl. *Guthrie/George*, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 357 m. w. N.

³⁰ *Rosenstock/Singelstein/Boulanger*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 3, 4.

³¹ Zur Kritik gegenüber quantitativen Methoden im Recht s. den Überblick bei *Siems*, *Cardozo J.Int'l & Comp.L.* 13 (2005) 521, 529 ff., insb. 530, 535 f.

³² Mit dieser Beobachtung statt einiger etwa *Jestaedt*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 227, 249; auf europäischer Ebene *Biard/Faure*, *RTDEur* 51 (2015) 715, 725.

³³ Beispielsweise *R. Stürner*, *AcP* 214 (2014) 7, 38. Zur umgekehrten Perspektive, betreffend die Rezeption der Rechtswissenschaft in anderen Wissenschaften, s. instruktiv *Kähler*, in: Rehberg (Hrsg.), *Erkenntniswert*, 2018, S. 105, 108 ff.

³⁴ *R. Stürner*, *AcP* 214 (2014) 7, 38.

ten zu verbessern.³⁵ Die Grenzziehung zwischen Rechtswissenschaft einerseits und empirischen Wissenschaften andererseits geht auf kein absolutes Prinzip zurück, sondern ist lediglich einer Selbstbeschränkung der einzelnen Disziplinen geschuldet. Bei dieser Herangehensweise, die das Erforschen richterlicher Entscheidungsfindung der Psychologie überlässt,³⁶ geht elementares Wissen verloren, insbesondere zur verfahrensrechtlichen Realität, in die das richterliche Entscheiden eingebettet ist.³⁷ Schließlich erklärt sich die vorsichtig-zurückhaltende Position der rechtswissenschaftlichen Diskussion gegenüber psychologischer Forschung auch vor dem Hintergrund, dass es weiterhin sehr wenige institutionalisierte Begegnungspunkte gibt: Weder ist in der juristischen Ausbildung die Vermittlung rechtspsychologischer Grundlagen vorgesehen³⁸ noch existieren, anders als etwa für die Ökonomische Analyse des Rechts, ausdrücklich gewidmete Forschungsmöglichkeiten an den juristischen Fakultäten oder Forschungsinstituten.³⁹ Das gilt erst recht für das Zivilprozessrecht, das unter den Schnittbereichen von Recht und Psychologie, im Gegensatz zur Kriminologie⁴⁰ oder zum Familienrecht, besonders wenig Berücksichtigung findet.⁴¹

Das zweite Hindernis bei der Integration der psychologischen Befunde zur richterlichen Entscheidungsfindung in die Rechtswissenschaft liegt darin begründet, dass die entsprechenden psychologischen Studien ganz überwiegend aus dem US-amerikanischen Raum kommen und unter den Bedingungen des dortigen Prozessrechts durchgeführt wurden.⁴² Angesichts der Unterschiede zwischen den Prozessrechtssystemen können daher die bisherigen Ergebnisse

³⁵ Vgl. *Rosenstock/Singelstein/Boulanger*, in: *Boulanger/Rosenstock/Singelstein* (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 3, 23 f.

³⁶ Zur Geschichte der Rechtspsychologie aus psychologischer Sicht *Köhler/Scharmach*, PdR 23 (2013) 455, 456 ff.

³⁷ *Sagana/van Toor*, Z.Psychol. 228 (2020) 226, 226 f.

³⁸ *Rosenstock/Singelstein/Boulanger*, in: *Boulanger/Rosenstock/Singelstein* (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 3, 24 f. Einen Beitrag zur Ausbildung leisten indes beispielsweise *Effer-Uhe/Mohnert*, *Psychologie für Juristen*, 2019. Mit der Forderung entsprechender Ausbildungsinhalte für das US-amerikanische Rechtssystem schon früh *Wendell Holmes*, Harv.L.Rev. 10 (1897) 457, 474; vgl. auch für die Juristenausbildung in den Niederlanden *Gommer*, NJB 2011/975.

³⁹ *Warmuth*, in: *Steinrötter/Sliwiok-Born* (Hrsg.), *Einflüsse*, 2017, S. 54, 55 f.

⁴⁰ Dazu *Oswald/Wyler*, in: *Barton/Dubelaar/Kölbl/Lindemann* (Hrsg.), *Fehlurteile*, 2018, S. 103, 103.

⁴¹ Für eine Ausnahme siehe aber etwa, in Bezug auf § 128a ZPO, die Arbeit von *Glunz*, *Psychologische Effekte*, 2012.

⁴² Dazu auch *Jäger*, DRiZ 2018, 24, 24; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2851; s. außerdem *Petersen*, Staat 49 (2010) 435, 436 m. w. N. zur Erklärung der starken Schwerpunktsetzung der US-amerikanischen Rechtswissenschaft auf Rechtsstatsachenforschung; vgl. darüber hinaus die Studie von *Rachlinski*, *Rechtstrecks* 2/2012, 15, 15 ff. mit kanadischen und niederländischen Richtern (s. später in Kapitel 4 A I. 3. d)bb); II. I. b)).

zur Richterpsychologie nicht ausnahmslos und ungeprüft auf den deutschen Zivilprozess und die hiesige Berufung übertragen werden. Auch die Ergebnisse der Arbeit von Schweizer zu kognitiven Verzerrungseffekten in Schweizer Gerichtsentscheidungen⁴³ können aus demselben Grund nur als Indiz aufgenommen werden, zumal sie nicht die Berufung in Zivilverfahren betreffen. Für den deutschen Zivilprozess fehlen entsprechende Untersuchungen zu etwaigen kognitiven Verzerrungen in der richterlichen Entscheidungsfindung,⁴⁴ sowohl allgemein als auch speziell in Bezug auf die Berufung. Zwar laufen die kognitiven Prozesse des Urteilens und Entscheidens in verschiedenen Kulturen im Allgemeinen gleich ab – daher dürfte zunächst anzunehmen sein, dass die in US-amerikanischen Studien und in der Schweiz bei Richtern und Laien beobachteten kognitiven Verzerrungen grundsätzlich auch im deutschen Gerichtsverfahren wirken –, aber es gibt zu viele Eigenheiten der jeweiligen Rechtssysteme und -kulturen, um einen solchen Schluss sicher ziehen zu können. Es sind darum Untersuchungen erforderlich, die sich dem deutschen Zivilprozess und den möglicherweise dort auftretenden *Biases* widmen. Da es dabei um die Erforschung psychologischer Aspekte geht, müssen auch die entsprechenden empirischen Methoden aus der Psychologie angewandt werden.

2. Empirisch-experimentelle Methoden in der Rechtswissenschaft

Wenn die Ergebnisse psychologischer Forschung einem rechtswissenschaftlichen Publikum referiert werden, geht es in der Regel um Studien im Sinne eines Experiments. Diese umgibt der Charme des Empirischen, sodass man schnell geneigt ist, das als wahr hinzunehmen, was in einer Studie mutmaßlich herausgefunden wurde.⁴⁵ Zuvor lohnt sich jedoch ein kritischer Blick auf die in den Untersuchungen gebrauchten Methoden und Hypothesen, um einschätzen zu können, wie gut sie als Argumentationsgrundlage für juristische Überlegungen taugen.⁴⁶ Denn anknüpfend an die Erörterungen in Abschnitt I. zum umsichtigen Umgang mit Statistik im Recht (S. 26) gilt für empirisch-experimentelle Untersuchungen der Rechtspraxis ebenso: Methodenbewusstsein, Transparenz und Reflektion sind erforderlich, um die jeweilige Untersuchung durchzuführen, deren Ergebnisse vorzustellen und eine informierte, redliche Diskussion zu ermöglichen.⁴⁷ An den entsprechenden Stellen wird

⁴³ Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005.

⁴⁴ Mit dieser Feststellung auch Risse, NJW 2018, 2848, 2851 f.

⁴⁵ Vgl. Chatziathanasiou, JZ 2019, 455, 458.

⁴⁶ Dazu etwa Petersen/Chatziathanasiou, AöR 114 (2019) 501, 508 f. m. w. N.; Biard/Faure, RTDEur 51 (2015) 715, 732 ff.

⁴⁷ Zu diesen Voraussetzungen, betreffend die Anwendung statistischer Forschungsmethoden, Kern, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro (Hrsg.), *Approaches to Procedural Law*, 2017, S. 121, 129 ff.

diese Arbeit daher jeweils auf Limitationen der berichteten Studien hinweisen.

Neben der Darstellung und Diskussion des bisherigen, durch Experimente gewonnenen Forschungsstands zur Psychologie richterlicher Entscheidungsfindung wurde im Rahmen dieser Arbeit auch eine eigenständige experimentell-psychologische Untersuchung zu kognitiven Verzerrungen bei 136 Berufsrichtern in Zivilsachen durchgeführt. Das Experiment als Methode zur Überprüfung empirischer Aussagen zeichnet sich dadurch aus, dass die unabhängige Variable manipuliert wird, um deren Effekt auf eine abhängige Variable zu untersuchen. Daneben kann auf Störvariablen kontrolliert werden oder deren Einfluss möglichst kleingehalten werden, letzteres beispielsweise durch zufällige Zuteilung der Teilnehmer zu den unterschiedlichen Experimentalbedingungen (Randomisierung). Die Ergebnisse der hiesigen Untersuchung sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass Thesen, Vorgehensweise und Ergebnisinterpretation mit Kenntnissen sowohl der psychologischen Methodik als auch der zivilprozessualen Praxis gewählt wurden.⁴⁸

Gleichwohl muss eine solche Verknüpfung verschiedener Sichtweisen Zugeständnisse machen: Um die methodischen Vorgaben einzuhalten, sind Verkürzungen und Vereinfachungen der Realität des Berufungsprozesses hinzunehmen. Außerdem fehlen hilfreiche Erfahrungswerte, da bisher, soweit ersichtlich, weder aus rechtswissenschaftlicher noch aus psychologischer Sicht eine vergleichbare Studie mit Berufsrichtern im Zivilprozess durchgeführt wurde⁴⁹ – und so gibt es sicherlich Verbesserungsbedarf, der wiederum einen Ansatzpunkt für weitere Untersuchungen auf dem Gebiet bieten kann.

Das Augenmerk auf der Methodik ist erst recht vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass die empirischen Ansätze, die in der Rechtswissenschaft in der jüngeren Vergangenheit vermehrt vorkommen, nicht selten methodenbezogene Kritik erfahren.⁵⁰ Die Rechtswissenschaft ist keine empirische Wissenschaft,⁵¹ und daher muss sich das Vorhaben, Methoden anderer Wissenschaft

⁴⁸ Zu diesem zweiseitigen Erfordernis *Petersen*, Staat 49 (2010) 435, 451 ff., 453, 455.

⁴⁹ *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 65 f. hat zwar Experimente mit Richtern durchgeführt, nicht aber mit solchen, die Berufungen in Zivilsachen entscheiden; folglich hat er in seinen Studien auch nicht die berufungsspezifische kognitive Verzerrung der Berufungsentscheidung durch die erstinstanzliche Entscheidung untersucht. Die bisher einzige empirische Untersuchung zum Bestätigungs-Bias bei US-amerikanischen Berufungsentscheidungen, *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1035 ff., wurde nicht mit „echten“ Berufungszivilrichtern, sondern mit Studenten der Rechts- oder Politikwissenschaft durchgeführt.

⁵⁰ Siehe etwa *Hamann/Hoefl*, AcP 217 (2017) 311, 312 ff. in Bezug auf *Stöhr*, AcP 216 (2016) 558, 566 ff.

⁵¹ Weitergehend dazu statt vieler *Petersen*, Staat 49 (2010) 435, 455 m. w. N.

ten auf die „Wissenschaft“ des Rechts zu übertragen, auch an strengen Maßstäben messen lassen.⁵² Eine kritische Betrachtung der Methoden ist außerdem wichtig, weil diejenigen, die Empirie in das Recht bringen wollen, in der Regel mit dem normativ-dogmatischen Denken der Rechtswissenschaft sozialisiert wurden⁵³ und ein vergleichbares Verständnis der empirischen Methoden nur mit Mühe erreicht werden kann.⁵⁴ Umgekehrt kann es in der Regel nur der Rechtswissenschaftler leisten, aus den Ergebnissen empirischer Forschung entsprechende normative Implikationen herzuleiten⁵⁵ – und das ist der nötige Schritt, damit der Wert von beobachtungs-basierten Befunden gewinnbringend genutzt werden kann. Die methodischen Anforderungen und der damit verbundene höhere Forschungsaufwand werden insgesamt also kompensiert durch ein vergrößertes Potential an Erkenntnisgewinn.

Unter den empirischen Methoden, die grundsätzlich für die Anwendung auf rechtswissenschaftliche Themen infrage kommen, hat das Experiment einige ausgemachte Vorzüge:⁵⁶ Es hat gegenüber dem Interview den Vorteil, dass quantitative Methoden zur Datenauswertung möglich sind und die Ergebnisse damit grundsätzlich präziser sein können. Daneben kann das Experiment über die Auswertung vorhandener Dokumente, wie beispielsweise von Verfahrensstatistiken, insofern hinausgehen, als über die Manipulation bestimmter Variablen möglicherweise ein hinter den Statistiken stehender Zusammenhang sichtbar wird.⁵⁷ Vor diesem Hintergrund verfolgt die vorliegende Arbeit auch das Ziel, den methodischen Kanon der auf Nußbaum zurückgehenden⁵⁸ Rechtstatsachenforschung zu erweitern. Denn deren empirische Methoden⁵⁹ –

⁵² Vgl. zu quantitativen Methoden den Überblick bei *Siems*, *Cardozo J.Int'l & Comp.L.* 13 (2005) 521, 530 m. w. N.

⁵³ Zu diesem Aspekt vgl. *Tor*, *Haifa L.Rev.* 4 (2008) 237, 282, 288.

⁵⁴ Vgl. auch *Pflüger*, in: FS Blankenburg, 1998, S. 561, 562, die auf die disziplinäre Arbeitsteilung in entsprechenden rechtstatsächlichen Projekten hinweist. Beispielsweise zeichnete in *Rimmelspachers* Bericht vor der ZPO-Reform das Statistische Beratungslabor der Ludwig-Maximilians-Universität München unter Leitung von Professor *Dr. Helmut Küchenhoff* für die quantitativen Analysen der erhobenen Daten verantwortlich. Zu den methodischen Maßstäben s. auch *Petersen*, *Staat* 49 (2010) 435, 447 ff.

⁵⁵ *Petersen*, *Staat* 49 (2010) 435, 436.

⁵⁶ Dazu auch *Petersen/Chatziathanasiou*, *AöR* 114 (2019) 501, 508 m. w. N.: Das Experiment als „Ideal der quantitativ-empirischen Forschung“.

⁵⁷ Für eine Gegenüberstellung quantitativer und qualitativer Rechtsforschung s. *Petersen/Chatziathanasiou*, *AöR* 144 (2019) 501, 504 f.

⁵⁸ *Nußbaum*, *Rechtstatsachenforschung*, 1914, S. 8 ff.

⁵⁹ Zu den Methoden der Rechtstatsachenforschung siehe *Pflüger*, in: FS Blankenburg, 1998, S. 561, 562 f.; s. auch den historischen Überblick bei *Behrens*, a. a. O., S. 483, 483 ff.

die auch anlässlich der Neukonzeption der Berufung genutzt wurden –⁶⁰ umfassen vor allem Analysen amtlicher Statistiken,⁶¹ von Zählkarten,⁶² Akten⁶³ oder von Geschäftsverteilungsplänen⁶⁴ sowie qualitativ die Durchführung von Interviews⁶⁵ oder Verteilung von Fragebögen⁶⁶. Dagegen werden Experimente nicht oder nur sehr beschränkt im Rahmen der Rechtsstatsachenforschung durchgeführt. Für das Strafprozessrecht sind von psychologischer Seite zwei experimentelle Studien mit Staatsanwälten und Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit bekannt,⁶⁷ wenngleich mit jeweils höchstens 40 Teilnehmern. Im Zivilverfahrensrecht gibt es ebenfalls sehr wenige psychologische Experimente zu verzeichnen. Diese sind erstens, für die Schweiz, die Untersuchung von Schweizer,⁶⁸ sowie zweitens und drittens, für Deutschland, aber mit gemischten und zahlenmäßig eher kleinen Teilnehmergruppen, die Studien von Klöhn/Stephan⁶⁹ und von Falk/Alles.⁷⁰ An der Untersuchung von Klöhn/Stephan nahmen Richter und Staatsanwälte teil, davon 27 Zivilrichter;⁷¹ Falk/Alles führten ihr Experiment nicht mit Richtern, sondern mit Jurastudenten und Mitgliedern einer Rechtsabteilung durch.⁷² Spezifisch für die zivilrechtliche Berufung existiert bislang noch keine empirisch-experimentelle Studie, zumal nicht mit „echten Richtern“. Das möchte die vorliegende Arbeit ändern.

⁶⁰ *Unberath*, ZJP 120 (2007) 323, 323 stellt fest, dass „die Flut an empirischen Daten über das Erkenntnisverfahren und die Rechtsmittel [...] einen historisch einmaligen Stand erreicht“ habe.

⁶¹ *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 29 ff., 55 ff.

⁶² *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 32 f.; *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 29 f., dort auch zur Zuverlässigkeit der Zählkarten, a. a. O., 257 ff.

⁶³ *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 33 ff.; *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 2; *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 28 f.

⁶⁴ *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 21, 24 ff.; *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 30.

⁶⁵ *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 21 f.; *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 29.

⁶⁶ *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 37 ff.; *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 21 f.; *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 30.

⁶⁷ *Englich/Mussweiler/Strack*, Pers.Soc.Psychol.Bull. 32 (2006) 188, 190 ff.; *dies.*, Law & Hum.Behav. 29 (2005) 705, 713 ff.

⁶⁸ *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 65 f.

⁶⁹ *Klöhn/Stephan*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 65 ff.

⁷⁰ *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209, 1216 f.

⁷¹ *Klöhn/Stephan*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 67.

⁷² *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209, 1212.

3. Zwischenergebnis

Der Dialog zwischen Recht und Psychologie, konkret auf dem Gebiet der richterlichen Entscheidungsfindung, stellt trotz der aufgezeigten Hindernisse – Skepsis aufseiten der Rechtswissenschaft und Konzentration der rechtspsychologischen Forschung auf die Vereinigten Staaten – eine gewinnbringende Verbindung dar. Im Gegensatz zu anderen Verfahrensbereichen gibt es für die zivilrechtliche Berufung nach §§ 511 ff. ZPO bisher keine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema der Heuristiken und kognitiven Verzerrungen in der richterlichen Entscheidungsfindung. Ferner sind empirische Methoden in der Rechtswissenschaft unter dem Begriff der Rechtstatsachenforschung zwar immer wieder angewandt worden; diese konzentrierten sich jedoch auf Verfahren der Beobachtung und Befragung. Experimentelle Vorgehensweisen sind dagegen in der deutschen Zivilverfahrenswissenschaft selten, für die Berufung kommen sie noch nicht vor.

III. Ergebnis zur Abgrenzung gegenüber bisherigen Untersuchungen

Die voranstehenden Abschnitte haben gezeigt, dass es bisher noch keine methodisch taugliche Untersuchung gibt, die den Zweck der Berufung aus statistischer und psychologischer Sicht beleuchtet. Hier möchte die vorliegende Arbeit ansetzen. Die Auswertung amtlichen statistischen Materials, von Befunden und Theorien der Psychologie sowie die eigenständige Anwendung empirisch-experimenteller Methoden im Feld berufungsrichterlicher Entscheidungsfindung sollen neue Perspektiven auf Funktion und Ausgestaltung der Berufung im Zivilprozess bieten. Methodenbewusstsein, Transparenz und Reflektion sind bei dieser Anwendung von Methoden, die der Rechtswissenschaft grundsätzlich fremd sind, besonders geboten.

C. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist in sechs Kapitel unterteilt:

Im Anschluss an dieses einleitende Kapitel 1 beschreibt das zweite Kapitel („Die Berufung als Rechtsmittel – Kontroll- und Korrekturmöglichkeit für Fehler der ersten Instanz“) die rechtlichen Grundlagen: Warum braucht der Zivilprozess überhaupt die Berufung? Und wie ist die Berufung im deutschen Zivilverfahrensrecht ausgestaltet? Ausgehend davon, dass das Rechtsmittel der Berufung zu allen Zeiten dafür gedacht war, Fehler der erstinstanzlichen Entscheidung zu korrigieren, zeichnet der erste Kapitelteil die historisch unterschiedlichen Ausgestaltungen der Berufung nach. Vor dem Hintergrund der

kontrastierenden Konzepte identifiziert der erste Teil des Kapitels ausgewählte Aspekte, anhand derer sich die Frage danach, ob die Berufung ihrem Zweck gerecht wird, beurteilen lassen kann. Im Anschluss stellt der zweite Kapitelteil den Verfahrensablauf einer Berufungssache aus Richtersicht dar. Auf diese Grundlagen soll in den nachfolgenden Kapiteln jeweils zurückzukommen sein.

Im dritten Kapitel („Die zivilrechtliche Berufung aus statistischer Sicht“) wird die berufsrechtliche Praxis an deutschen Zivilgerichten zunächst statistisch betrachtet. Aufbauend auf einer Darstellung allgemeiner statistischer Kennzahlen zu Berufungssachen im ersten Teil des Kapitels soll es im zweiten Teil insbesondere um eine statistische Perspektive auf den Berufungserfolg gehen. Um die Höhe der Erfolgsquote sinnvoll bewerten zu können, ist zunächst ein Maßstab erforderlich: Wie hoch sollte die Berufungserfolgsquote „idealerweise“ sein? Für bestimmte Aspekte lässt sich sagen, dass die errechnete „ideale“ Erfolgsquote und die in der Praxis beobachtbare Erfolgsquote voneinander abweichen. Mögliche Gründe für diese Abweichung werden diskutiert. Am Ende der Diskussion steht die Feststellung, dass die Erfolgsquote in Berufungssachen von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren mitbestimmt wird. Von diesen Faktoren sind die psychologischen vermutlich für das Aufkommen von nicht erwünschten Abweichungen bei der Berufungserfolgsquote besonders bedeutsam. Sie sind außerdem, im Vergleich zu anderen Einflussfaktoren, am besten empirisch überprüfbar.

Daher beschäftigt sich das vierte Kapitel („Die zivilrechtliche Berufung aus psychologischer Sicht“) mit den psychologischen Wirkzusammenhängen, die bei richterlichen Sachentscheidungen im Allgemeinen sowie bei Entscheidungen in Berufungssachen im Besonderen zu beobachten sind. Dabei gibt der erste Teil des Kapitels einen Überblick über den Forschungsstand zu Einflussfaktoren für die richterliche Entscheidungsfindung, wobei der Schwerpunkt auf kognitiven Verzerrungen (*Biases*) und Heuristiken im gerichtlichen Kontext liegt. Die Ergebnisse einer aktuellen US-amerikanischen Studie legen nahe, dass Berufungsrichter bei ihrer Entscheidungsfindung irrational davon beeinflusst werden, dass sie wissen, wie das erstinstanzliche Gericht den Sachverhalt entschieden hat. Durch diesen wahrnehmungspsychologischen *Bias* könnte der entscheidungszuständige Berufungsrichter so weit „geankert“ sein, dass er in irrational hohem Ausmaß das Urteil der Vorinstanz bestätigt. Das wiederum würde dazu beitragen, dass die Erfolgsquote von Berufungen niedriger ausfällt, als es unter „idealen“ Bedingungen zu erwarten wäre. Diese Befunde können nicht vorbehaltlos auf die deutsche zivilrechtliche Berufung übertragen werden. Darauf antwortet der zweite Teil des Kapitels: Er berichtet über eine eigene Online-Studie, an der im Rahmen dieser Arbeit insgesamt 136 Berufsrichter an deutschen Zivilgerichten teilgenommen haben. Bei

einem von zwei getesteten Fällen zeigte sich die Tendenz, dass Berufungsrichter in irrationaler Weise dazu neigen, das Urteil der ersten Instanz aufrechtzuerhalten. In einer weiteren Studie, über die ebenfalls berichtet wird, wurde daher als Lösungsmöglichkeit ein Vorab-Blindverfahren ausgetestet, das der eigentlichen Entscheidungsfindung in Berufungssachen vorgeschaltet wäre. Die Ergebnisse waren vielversprechend.

Daran anschließend soll es im fünften Kapitel („Implikationen für die Konzeption und Praxis der Berufung nach §§ 511 ff. ZPO“) darum gehen, die normativen Implikationen der Befunde aus den Kapiteln 3 und 4 zu besprechen. Während der erste Teil des Kapitels die Erkenntnisse zusammenfasst, die sich vor dem Hintergrund statistischer und psychologischer Befunde für die Tauglichkeit der Berufung als Fehlerkorrekturinstanz ergeben haben, stellt der zweite Teil des Kapitels verschiedene Änderungsmöglichkeiten im Berufungsverfahren zur Diskussion. Im Mittelpunkt wird dabei die Einführung des schon in Kapitel 4 untersuchten Vorab-Blindverfahrens stehen.

Kapitel 6 („Schluss“) führt in einer Schlussbetrachtung sodann Ziel, Methoden, Ergebnisse, Implikationen und Wert dieser Arbeit zusammen.

Kapitel 2

Die Berufung als Rechtsmittel – Kontroll- und Korrekturmöglichkeit für Fehler der ersten Instanz

Die Berufung im deutschen Zivilverfahrensrecht ist eine Möglichkeit zur Kontrolle und Korrektur von Fehlern der ersten Instanz. Bei der Beurteilung dieses Rechtsbehelfs der beschwerten Partei ist das Berufungsgericht an die Tatsachenfeststellungen des erstinstanzlichen Gerichts grundsätzlich gebunden, „soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten“, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Auch neues Vorbringen ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nur unter sehr engen Voraussetzungen zugelassen. Daran zeigt sich: Es geht in der Berufung zwar um Fehlerkorrektur oder, positiv formuliert, Richtigkeitskontrolle bezüglich angefochtener Urteile – aber der Handlungs- und Prüfungsspielraum des zuständigen Berufungsrichters ist begrenzt. Die Berufung ist mithin keine umfassende zweite Tatsacheninstanz.

Diese Zwecksetzung und Ausgestaltung sollen Gegenstand des vorliegenden Kapitels sein. Im ersten Teil wird zunächst der Zweck der Berufung als Rechtsmittel im Allgemeinen besprochen (A.). Wie sich die konkrete Ausgestaltung der Berufung bis heute entwickelt hat und welche Vor- und Nachteile mit den verschiedenen Konzeptionen verbunden sind, wird der erste Teil dieses Kapitels ebenfalls kurz darstellen. Danach soll im zweiten Teil der Gang des zivilrechtlichen Berufungsverfahrens vom Eingang der Berufungsschrift bis zur Beendigung des Verfahrens skizziert werden (B.). Die Erkenntnisse aus beiden Teilen zusammen dienen als Grundlage, um in den nachfolgenden zwei Kapiteln die statistischen und psychologischen Betrachtungen zur Berufung aus juristischer Sicht umfassend bewerten zu können und sodann aus jenen statistischen und psychologischen Befunden und Hypothesen ihrerseits informierte Schlüsse und Annahmen für die rechtswissenschaftliche Praxis des Berufungsverfahrens ableiten zu können. Teil C. fasst die Inhalte dieses Kapitels zusammen.

A. Die Berufung nach §§ 511 ff. ZPO

In diesem Teil sollen die Existenzberechtigung der Berufung als Rechtsmittel überblicksweise besprochen (I.) sowie, daran anschließend, ihre jüngere Entwicklungsgeschichte und Hintergründe des Wandels vom *Novum Iudicium* zur nur noch eingeschränkten zweiten Tatsacheninstanz nachvollzogen werden (II.).

I. Warum überhaupt Berufung? Fehler beheben – Richtigkeitskontrolle

Warum brauchen wir im Zivilverfahren überhaupt das Rechtsmittel der Berufung? Unabhängig davon, wie die Berufung konkret ausgestaltet ist, ist das Hauptmotiv für deren Existenz zu allen Zeiten dasselbe: Unrichtige Urteile sollen vermieden und entsprechend korrigiert werden.¹ Rimmelspacher spricht auch von der „[dem] Reformationszweck innewohnende[n] Richtigkeitskontrolle“.² In der Annahme, dass Richter in ihren Sachentscheidungen Fehler machen können,³ verbunden mit dem Anspruch, dass der rechtssuchende Bürger vor den Folgen dieser Fehler geschützt werden soll,⁴ sieht der Gesetzgeber eine Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen durch den Instanzenzug, u. a. in Form der Berufung als tatsächliche und rechtliche Überprüfung erstinstanzlicher Urteile, vor.⁵ Ihre Funktion als Fehlerkontrolle und -korrektur hat die Berufung also nur aufgrund der Einsicht, dass gerichtliche Entscheidungen fehlerhaft sein können. Dazu passt die etymologische Bedeutung des Worts „Berufung“, wonach hiermit jemand ein Gericht um Hilfe gegen eine ergangene, mutmaßlich fehlerhafte gerichtliche Entscheidung anruft (lat.

¹ S. etwa: *BGH* 04.09.2019 – VII ZR 69/17, NJW-RR 2019, 1343, 1343 m. w. N.: Aufgabe der Berufung ist „richtig[e] Entscheidung des Einzelfalls“; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 134 Rn. 19; *Saueressig*, System, 2008, S. 241 m. w. N.; vgl. implizit *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), Materialien², 1881, S. 139; vgl. auch *Däubler-Gmelin*, ZRP 2000, 33, 33; für das US-amerikanische Recht: *Shavell*, J. Legal Stud. 24 (1995) 379, 381 ff.; wegen der unzureichend präzisen Einordnung von Rechtsprechung in „richtig“ und „falsch“ zurückhaltend: *Leipold*, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stremple (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 285, 289 f.

² MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, Vor § 511 Rn. 3.

³ Siehe historisch *Welcker*, Appellation, in: von Rotteck/Welcker (Hrsg.), Staats-Lexikon², 1845, S. 597.

⁴ Vgl. zu diesem Motiv *BVerfG* 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 404 ff.; vgl. außerdem MüKoZPO/*Rauscher*⁶, Einleitung Rn. 11 zum Ziel der liberalen Prozessauffassung, vor richterlicher Willkür zu schützen; s. dazu auch *Welcker*, Appellation, in: von Rotteck/Welcker (Hrsg.), Staats-Lexikon², 1845, S. 596 f.

⁵ Dazu beispielsweise *Saueressig*, System, 2008, S. 241 m. w. N.

appellare).⁶ Die erstinstanzlich unterlegene Partei greift das sie beschwerende Urteil an (Anfechtungsprinzip), damit das Berufungsgericht an die Stelle dieses Urteils ein richtiges setzt (Reformationsprinzip).⁷ Neben dem darin zum Ausdruck kommenden subjektiven Interesse dient die Korrekturfunktion der Berufung auch dem Allgemeininteresse.⁸ Verbunden mit der Existenz der Berufung ist also ein Qualitätsgewinn, der sich auf den Zeitpunkt der berufsgerichtlichen Befassung sowie außerdem vielleicht auch auf das erstinstanzliche Verfahren selbst bezieht, sofern der dort zuständige Richter in Ansehung einer denkbaren späteren Überprüfung besonders sorgfältig in der Sache arbeitet.⁹

Wenn die Berufung also dafür da ist, das vorausgegangene Urteil auf Fehler zu überprüfen und diese zu berichtigen, so kann das sowohl auf Tatsachenebene als auch auf Rechtsebene stattfinden. Die Berufung ist Rechtskontrollinstanz und in eingeschränktem Umfang auch Tatsachenkontrollinstanz (dazu unten II. 2.; B. II. 2.). Rechtskontrolle soll zwar auch die Revision leisten, aber diese ist im Gegensatz zur Berufung vornehmlich auf Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und die Fortbildung des Rechts ausgerichtet.¹⁰ Dazu, ob Urteile auf Tatsachen- oder auf Rechtsebene fehleranfälliger und mithin korrekturbedürftiger sind, sind bisher keine verifizierbaren Beobachtungen bekannt. Es dürfte sich jedenfalls um andere Arten von Fehlern handeln, die jeweils auftreten können; und diesen Unterschied sollte man bei der Frage nach der Existenzberechtigung der Berufung sowie von deren konkreter Ausgestaltung im Blick behalten.

Die Berufung kann umso besser ihre Funktion als Fehlerkorrekturinstanz erfüllen, je größer die Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass sie tatsächlich auch Fehler korrigiert.¹¹ Daher ist für eine gute verfahrensrechtliche Realität zu

⁶ Vgl. „Appellation“, in: Wolfgang Pfeifer et al., Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1993), digitalisierte und von Wolfgang Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, abrufbar unter <https://www.dwds.de/wb/Appellation> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024). Vgl. auch die Bezeichnung der Berufungsgerichte als *Cour d'appel* (Frankreich), *Court of Appeals* (Vereinigte Staaten von Amerika) oder *Court of Appeal* (Vereinigtes Königreich, Irland, Südafrika, Australien, Neuseeland, Kanada, Hongkong).

⁷ Eingehend dazu *Saueressig*, System, 2008, S. 241 ff., 245 f.; vgl. allgemein auch *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 395 ff.; historisch zum Reformationsprinzip, das schon bei der römisch-rechtlichen *Appellatio* galt, s. *Kaser*, Das Römische Zivilprozessrecht, 1966, S. 398.

⁸ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, Vor § 511 Rn. 3; *Leipold*, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stempel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 285, 289.

⁹ *Szego*, Inside the Italian Courts of Appeals, 2007, S. 2.

¹⁰ *Däubler-Gmelin*, ZRP 2000, 33, 33.

¹¹ Vgl. *Unberath*, ZZP 120 (2007) 323, 329, der Überlegungen über den „Nutzen“ der zweiten Instanz anstellt und dabei auch gesamtwirtschaftliche Erwägungen miteinbezieht.

fragen, wie diese Wahrscheinlichkeit der Fehlerkorrektur ein möglichst hohes Maß erreichen kann. Ansatzpunkte sind auf zwei verschiedenen Ebenen denkbar: Erstens bei der konkreten Ausgestaltung der Berufung (siehe nachfolgend II.) – dazu gehört auch die soeben angesprochene Unterscheidung von Tatsachen und Recht – sowie zweitens, grundlegender, indem man nach alternativen Lösungen außerhalb der Berufung selbst sucht. Ein Beispiel für diese letztgenannte Ebene ist, dass die ersten Entwürfe der CPO die Berufung nicht gegen Urteile der Landgerichte vorgesehen hatten,¹² weil dort die Qualität der Rechtsprechung durch die Entscheidung im Kollegium (fest besetzte, „starke“ Zivilkammer¹³) hinreichend gesichert sei. Dieser Vorschlag hielt den Beratungen im Justizausschuss des Bundesrates im Jahr 1874 jedoch nicht stand.¹⁴ Die Berufung wurde in der CPO gegen alle erstinstanzlichen Urteile vorgesehen, § 472 CPO.¹⁵

Dabei ist die Existenz der Berufung aus verfassungsrechtlicher Sicht gar nicht vorgegeben. Denn es ergibt sich aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes – im Zivilrecht ausgeprägt durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip (allgemeiner Justizgewährungsanspruch),¹⁶ im Übrigen gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – zwar ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz in Form wirkungsvoller gerichtlicher Kontrolle, nicht aber das Gebot, einen Instanzenzug einzurichten.¹⁷ Insofern bezieht sich die Rechtsschutzga-

¹² Vgl. § 429 CPO-Ministerialentwurf 1871, u. a. abgedruckt in *Schubert*, Entstehung, 1. Halbband, 1987, S. 155; vgl. auch *ders.*, a. a. O., S. 455 f.; vgl. außerdem § 446 CPO-Entwurf 1872, u. a. abgedruckt in *ders.*, Entstehung, 2. Halbband, 1987, S. 610.

¹³ Votum des preußischen Justizministers Leonhardt für das Staatsministerium über den CPO-Entwurf von 1872 (9.1.1874), abgedruckt bei *Schubert*, Entstehung, 2. Halbband, 1987, S. 707, 710 f.

¹⁴ S. dazu Protokoll der 2. Sitzung des Justizausschusses des Bundesrates vom 23.2.1874 über den CPO-Entwurf sowie Bericht von Krüger vom 23.2.1874 über die Sitzungen des Justizausschusses am 22. und 23.2.1874, beides abgedruckt in *Schubert*, Entstehung, 2. Halbband, 1987, S. 717 f., 720 f.; s. dazu auch *Ahrens*, Prozessreform, 2007, S. 624 f.

¹⁵ *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), *Materialien*², 1881, S. 139; s. auch Beschlüsse des Ausschusses für Justizwesen zu dem Entwurfe einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes (Drucksache des Bundesrates Nr. 64/1874, S. 113–124), auch abgedruckt in *Schubert*, Entstehung, 2. Halbband, 1987, S. 799, 804 (Nr. 38); zur Begründung s. Entwurf eines Berichtes des Referenten des Bundesraths-Ausschusses für Justizwesen über den Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz (12.5.1874), auch abgedruckt in *ders.*, a. a. O., 1987, S. 808, 816 ff.

¹⁶ St. Rspr., etwa *BVerfG* 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, *BVerfGE* 85, 337, 345; 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, *BVerfGE* 54, 277, 291; 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, *BVerfGE* 88, 118, 123.

¹⁷ St. Rspr., etwa *BVerfG* 21.10.1954 – 1 BvL 9/51, 1 BvL 2/53, *BVerfGE* 4, 74, 94 f.; 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76, *BVerfGE* 49, 329, 340; 12.07.1983 – 1 BvR

rantie auf Schutz *durch* den Richter, nicht *gegen* den Richter.¹⁸ Da Art. 95 GG die Errichtung eines obersten Gerichtshofs für die ordentliche Gerichtsbarkeit vorschreibt, könnte man meinen, dass das Grundgesetz insoweit doch einen Instanzenzug vorsieht.¹⁹ Allerdings ergibt sich aus der Vorschrift, insbesondere aus Art. 95 Abs. 3 GG („Einheitlichkeit der Rechtsprechung“) lediglich das Konzept, dass neben der ersten Instanz eine weitere Instanz in Form des obersten Gerichtshofs einzurichten ist, die für die Wahrung der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung zuständig ist.²⁰ Die Notwendigkeit einer Berufung als Fehlerkontrollinstanz lässt sich verfassungsrechtlich dagegen gerade nicht begründen.²¹ Aus Perspektive des Grundgesetzes reicht es mithin aus, wenn der rechtssuchende Bürger nur ein Mal die Gelegenheit bekommt, sein Streitbegehren vollständig in rechtlicher *und* tatsächlicher Hinsicht durch ein Gericht überprüfen zu lassen.²² Die Einrichtung einer Berufungsinstanz als Kontrollmöglichkeit erstinstanzlicher Urteile ist damit eher ein Luxus, den sich der Gesetzgeber einer Prozessordnung „leisten“ kann – und für die dann wiederum die Garantie effektiven Rechtsschutzes gilt.²³ Entscheidet sich eine

1470/82, BVerfGE 65, 76, 90; 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 401 f.; spezifisch für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten: BVerfGE 54, 277, 291. Vgl. dazu auch *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 10 m. w. N.; Rosenberg/Schwab/*ders.*¹⁸, § 134 Rn. 12 f.

¹⁸ Mit dieser Formulierung BVerfGE 49, 329, 340. Als begrenzte Ausnahme davon erkennt das *BVerfG* jedenfalls bei der Verletzung von Verfahrensgrundrechten, gestützt auf den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch, ein Recht auf Rechtsschutz auch gegen den Richter an, BVerfGE 107, 395, 395 ff.; BVerfG 07.10.2003 – 1 BvR 10/99, BVerfGE 108, 341, 347 ff.; s. dazu die ausführliche kritische Würdigung von *Vofßkuhle*, NJW 2003, 2193, 2196 ff.

¹⁹ *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 10 m. w. N.

²⁰ Ähnlich, wenngleich ohne Bezug zu Art. 95 GG, *Weychardt*, DRiZ 1981, 342, 342. Zu dieser Aufgabe der seiner Auffassung nach dritten Instanz s. *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 11 m. w. N.

²¹ *Vofßkuhle*, NJW 1995, 1377, 1383: „Der Gesetzgeber mag zwar zwischen Ausgangs- und Revisionsinstanz eine Berufungsinstanz installieren, verfassungsrechtlich verpflichtet ist er dazu nicht“.

²² Vgl. etwa BVerfGE 107, 395, 398. Faktisch war es jedoch in der deutschen Zivilrechtsgeschichte bisher nur kurzzeitig gegen Ende des Zweiten Weltkriegs so, dass die Berufung in Zivilsachen ausgeschlossen war, § 1 Abs. 1 Verordnung über außerordentliche Maßnahmen auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts aus Anlaß des totalen Krieges (2. Kriegsmaßnahmenverordnung) v. 27.09.1944, RGBl. I, 229; auch heute ist selbst international keine Prozessordnung des Zivilrechts bekannt, die die Berufung als Rechtsmittel ausdrücklich ausschließen würde, vgl. *Shavell*, J. Legal Stud. 24 (1995) 379, 379 Fn. 1 m. w. N., der auf die eingeschränkte Berufungsmöglichkeit in islamisch geprägten Rechtsordnungen hinweist.

²³ St. Rspr., etwa *BVerfG* 30.04.1997 – 2 BvR 817/90, 2 BvR 728/92, 2 BvR 802/95, 2 BvR 1065/95, BVerfGE 96, 27, 39; BVerfGE 107, 395, 405; 17.06.2013 – 1 BvR 2246/11, juris Rn. 1; 08.12.2010 – 1 BvR 381/10, juris Rn. 10; 04.11.2008 – 1 BvR

Prozessordnung für die Überprüfbarkeit erstinstanzlicher Urteile durch die nächsthöhere Instanz in Bezug auf Tatsachen und Recht, gleichviel in welchem Ausmaß, so gewichtet sie das Ideal der materiellen Gerechtigkeit stärker als das Interesse der Parteien an frühestmöglicher Rechtssicherheit. In der Regel führt dieser an den allgemeinen Prozesszwecken²⁴ orientierte Ausgleich von materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit dazu, dass die Berufung nur die bestmögliche, nicht aber die gesicherte „perfekte“ Fehlerkorrektur für erstinstanzliche Entscheidungen bieten kann. Gleichwohl übernimmt die Berufungsinstanz in doppelter Hinsicht Verantwortung für die „Richtigkeit“ gerichtlicher Entscheidungen, nämlich sowohl der erstinstanzlichen als auch der eigenen.

Insgesamt ist es ein rechtsstaatlich hochstehendes Ziel, fehlerhafte Zivilurteile zu vermeiden. Die Berufung soll ein entscheidendes Instrument sein, um diesem Ideal nahezukommen. Aber was, wenn die im Sinne materieller Gerechtigkeit eingerichtete „zweite Chance“ nicht in hinreichendem Umfang dazu führt, dass Fehler ausgeglichen werden? Das würde die Qualität der Rechtsprechung hinsichtlich der Feststellung und Durchsetzung privater Rechte²⁵ sowie das damit verbundene allgemeine Vertrauen in die Justiz betreffen,²⁶ und schließlich wäre es möglicherweise ein Indiz dafür, dass die ohnehin schon verknappten Ressourcen an den Gerichten²⁷ anders verteilt werden könnten. Die vorliegende Arbeit möchte jene Frage nach der Aufgabenerfüllung der Berufung näher untersuchen. Dabei wird im Verlauf der Untersuchung auf die in diesem Abschnitt erwähnten Punkte zurückzukommen sein. Diese sind insbesondere das übergeordnete Ziel der Fehlerkontrolle und -korrektur, die Unterschiede bei Tatsachen- und Rechtsfehlern sowie die Kollegialentscheidung als qualitätsverbessernde Alternative zur „herkömmlichen“ Berufung.

2587/06, juris Rn. 18; ebenso Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 134 Rn. 12; vgl. auch *Voßkuhle*, NJW 1995, 1377, 1384, der Rechtsmittelausschlüsse für bestimmte Gruppen von Streitsachen deswegen für „verfassungsrechtlich äußerst problematisch“ hält.

²⁴ S. im Einzelnen Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 1 Rn. 9 ff.; *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 9 ff.; *Unberath*, ZJP 120 (2007) 323, 325 ff.

²⁵ Siehe stellvertretend dazu etwa Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 1 Rn. 9 ff., § 134 Rn. 19; Musielak/Voit/*Musielak*¹⁸, Einl. Rn. 5; *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 10 ff., 20.

²⁶ Dazu *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 8 m. w. N.

²⁷ Dazu etwa *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2872 f., 2876; früher schon *Pfeiffer*, ZRP 1981, 121, 121 ff.; mit Bezug darauf u. a. *Weyhardt*, DRiZ 1981, 342, 342.

II. Historisch unterschiedliche Ausgestaltungen der Berufung: Von der umfassenden zweiten Tatsacheninstanz zur eingeschränkten Fehlerkontrolle

Nach den vorangegangenen Überlegungen zur Existenzberechtigung des Rechtsmittels der Berufung soll in diesem Abschnitt jetzt ein kurzer Überblick über die zwei verschiedenen, seit Inkrafttreten der CPO verfolgten Zwecke und Ausgestaltungen der Berufung gegeben werden. Die Berufung hat sich von der umfassenden neuen Tatsacheninstanz (1.) zur nunmehr stark eingeschränkten zweiten Tatsacheninstanz (2.) gewandelt. Vor dem Hintergrund der historischen Zusammenhänge lassen sich sowohl das geltende Verständnis der Berufung im Zivilprozess besser erfassen als auch die Diskussion zukünftiger Änderungsvorhaben auf dem Gebiet des Berufungsrechts informierter führen.²⁸

1. Der Zweck der Berufung früher: umfassende neue Tatsacheninstanz, mit fortschreitender Zeit immer weiter eingeschränkt

Als es um die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts im Deutschen Reich ging,²⁹ entschied sich der Gesetzgeber der Civilprozeßordnung vom 30.01. 1877 (CPO)³⁰ dazu, die Berufung entsprechend dem römisch-rechtlichen Vorbild der Appellation³¹ als volle zweite Tatsachen- und Rechtsinstanz (*Novum Iudicium*) auszugestalten.³² Im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Berufung sollte die Berufung im einheitlichen deutschen Zivilprozessrecht keine bloße Fehlerkontrollinstanz³³ sein, sondern ein „Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter“ bieten.³⁴ Entsprechend hieß es in § 487 CPO: „Vor dem Beru-

²⁸ Vgl. Stein/Jonas/Brehm²³, Einleitung, Vor § 1 Rn. 65, 127.

²⁹ Für Darstellungen für die Zeit vor dem reichseinheitlichen Zivilprozessrecht Ahrens, Prozessreform, 2007; Schwartz, Vierhundert Jahre Civilprocess, 1898; s. auch Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung, im Königlich Preußischen Justiz-Ministerium bearbeitet (CPO-Entwurf), 1871, S. 207 f.

³⁰ RGBl. 1877, 83.

³¹ CPO-Entwurf, 1871, S. 238; Hahn/Stegemann (Hrsg.), Materialien², 1881, S. 139. Die *Appellatio* (Dig. 49, 1, 5, 4; Dig. 49, 6, 1) kam im Römischen Recht erst mit Einführung des kaiserlichen Rechts auf, Kaser, Das Römische Zivilprozessrecht, 1966, S. 397 ff., 401 ff., 506 ff., jeweils m. w. N.; dem klassischen Römischen Recht war sie noch nicht bekannt, Seidl, Rechtsgeschichte³, 1971, S. 177, 182 f.; Kaser, a. a. O.

³² Hahn/Stegemann (Hrsg.), Materialien², 1881, S. 139 f.

³³ „Nachprüfung und Berichtigung [...], ob [...] das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei“, Hahn/Stegemann (Hrsg.), Materialien², 1881, S. 139.

³⁴ CPO-Entwurf, 1871, S. 238.

fungserichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.“ Die Vorschrift des § 487 CPO galt, zuletzt als § 525 ZPO a. F., wortgleich bis zur ZPO-Reform am 01.01.2002 fort.³⁵ In diesen knapp 125 Jahren war die Berufung eine neue, zweite Tatsacheninstanz. Grundlage jener neuen Verhandlung des Rechtsstreits war gleichwohl das Urteil der ersten Instanz,³⁶ einschließlich des erstinstanzlichen Parteivorbringens und weiteren Prozessstoffs, sofern darauf im Berufungsverfahren Bezug genommen wurde, vgl. § 526 ZPO a. F. Der Rechtsstreit sollte nicht „derart von Neuem verhandelt werden, als wäre das Urtheil, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden“.³⁷ Damit war die Berufung also keine im Wortsinn vollständig neue Verhandlung, sondern war als Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens zu sehen.³⁸ Der Rechtsstreit sollte „vor einem anderen Richter“ erneuert und wiederholt werden.³⁹ Anders als heute bestand keine Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen und das dortige Vorbringen.⁴⁰ Das Berufungsgericht hatte „den Prozessstoff nach allen Richtungen neu zu prüfen.“⁴¹

Wenngleich die Berufung im deutschen Zivilrecht ursprünglich als volle zweite Tatsacheninstanz ausgestaltet war, wurde die Möglichkeit, neues Vorbringen in den Prozess einzuführen, schon vom Jahr 1924 an⁴² immer weiter eingeschränkt.⁴³ Bis zur Reform des Berufungszwecks im Jahr 2002 galt,

³⁵ Siehe *Büttner*, *Berufung und Revision*, 2010, S. 13.

³⁶ Stein/Jonas/*Grunsky*²¹, § 525 ZPO Rn. 1; Abänderungs-Vorschläge von Sachsen zu dem Entwurfe einer Deutschen Civilproceßordnung, die Berufung betreffend, abgedruckt bei *Schubert*, *Entstehung*, 2. Halbband, 1987, S. 750, 770.

³⁷ *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), *Materialien*², 1881, S. 355.

³⁸ Stein/Jonas/*Grunsky*²¹, Vor § 511 ZPO Rn. 1 f.

³⁹ *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), *Materialien*², 1881, S. 139; vgl. auch a. a. O., S. 355.

⁴⁰ Vgl. Stein/Jonas/*Grunsky*²¹, § 525 ZPO Rn. 4.

⁴¹ Stein/Jonas/*Grunsky*²¹, § 525 ZPO Rn. 4.

⁴² Verordnung über die Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924, RGBI. I, 135, 144 (zu § 529 ZPO a. F.).

⁴³ Zu Zeiten des Zweiten Weltkriegs war die Einschränkung des Novenrechts besonders umfassend, s. Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts (Dritte Vereinfachungsverordnung – 3. VereinfV) vom 16. Mai 1942, RGBI. I, 333, 334 (§ 7), wonach § 529 Abs. 1 ZPO a. F. lautete: „Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweisinreden sind nur zur Berücksichtigung, wenn ihre Geltendmachung im ersten Rechtszuge der Partei auch bei Berücksichtigung ihrer Pflicht zu einer sachgemäßen und sorgfältigen Prozeßführung nicht zuzumuten war. Entsprechendes gilt für ein an sich zulässiges neues Vorbringen, das der Berufungskläger entgegen der Vorschrift des § 519 nicht in der Berufungsbegründung mitgeteilt hat“. Die Verschärfungen wurden rückgängig gemacht durch Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.09.1950, BGBl. I, 455, 475. Zu Motiven und Zusam-

dass neues Vorbringen grundsätzlich möglich war – das umfasst neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, Tatsachen und Beweismittel (vgl. § 491 CPO), die nicht schon in der ersten Instanz vorgebracht worden waren, auch wenn sie zu diesem Zeitpunkt schon objektiv vorlagen und nicht geltend gemacht wurden –⁴⁴, aber dass Einschränkungen für bestimmte Konstellationen zur Anwendung kommen.⁴⁵ Zu diesen Einschränkungen gehörten zuletzt die Novenverbote beispielsweise bei unentschuldigter Verspätung, § 527 ZPO a.F. (heute § 530 ZPO), bei erstinstanzlich nicht rechtzeitigem Vorbringen, das grob nachlässig war und die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, § 528 Abs. 2 ZPO a.F.,⁴⁶ bei erstinstanzlich zurückgewiesenem Vorbringen, § 528 Abs. 3 ZPO a.F. (heute § 531 Abs. 1 ZPO), bei erstinstanzlich nicht fristgerecht erfolgtem Vorbringen, § 528 Abs. 1 ZPO a.F., oder bei Konflikten mit der fortwirkenden Gültigkeit eines gerichtlichen Geständnisses oder einer Parteivernehmung, § 532 f. ZPO a.F. (heute § 535 f. ZPO), sowie mit rechtsgeschäftlichen Dispositionsakten.⁴⁷

Das liberale Verständnis der Berufung als umfassende zweite Tatsacheninstanz fand sich historisch nicht nur im deutschen Recht. Auch andere *Civil-Law*-Rechtsordnungen hatten die Berufung früher als volle zweite Tatsacheninstanz ausgestaltet.⁴⁸ Für diese Entscheidung spricht, dass das zweitinstanzliche Gericht möglicherweise besser dafür geeignet ist, eine materiell gerechte Entscheidung zu treffen. Im Übrigen soll der rechtssuchende Bürger eine „echte“ zweite Chance für seine Rechtssache bekommen. Das Ziel der materiellen Gerechtigkeit kann auf diese Weise am besten erreicht werden. Insofern wird deutlich, dass auch bei einer vollständigen zweiten Tatsacheninstanz die Berufung ebenso dazu dient, das erstinstanzliche Urteil zu korrigieren, falls dieses fehlerhaft ist.⁴⁹ Als Kehrseite der umfassenden Neuverhandlung ergibt sich jedoch, dass das Berufungsverfahren zeit- und kostenintensiv wird. Im Übrigen ist fraglich, inwiefern das Berufungsgericht besser zur Feststellung und Beurteilung der zugrunde liegenden Tatsachen geeignet sein soll. Die erste Instanz hat demgegenüber den Vorteil der „Sachnähe“.⁵⁰ Das dürfte je-

menhängen bezüglich der historischen Entwicklung im Berufungsrecht s. auch *Schubert*, Gerichtliche Konfliktlösung, 2014, S. 11, 17 f.

⁴⁴ Stein/Jonas/Grunsky²¹, § 525 ZPO Rn. 2.

⁴⁵ Zur großzügigeren Rechtslage gegenüber Noven vor dem Jahr 1976, d.h. vor der Vereinfachungsnovelle, s. Stein/Jonas/Grunsky²¹, § 527 ZPO Rn. 2.

⁴⁶ BGH 08.11.1990 – VII ZR 3/90, NJW-RR 1991, 701, 701 f.; 10.11.1988 – VII ZR 272/87, NJW 1989, 717, 718; Stein/Jonas/Grunsky²¹, § 528 ZPO Rn. 5 ff.

⁴⁷ Vgl. Stein/Jonas/Grunsky²¹, § 527 ZPO Rn. 5.

⁴⁸ Vgl. dazu auch ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedures, Principle 27.2, Comment P-27B.

⁴⁹ Vgl. Stein/Jonas/Grunsky²¹, Vor § 511 ZPO Rn. 1.

⁵⁰ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 4 m. w. N.

denfalls dann der Fall sein, wenn es um Tatsachenfragen geht, deren Aufklärung am Ort des erstinstanzlichen Gerichts leichter oder zweckmäßiger erscheint, etwa durch Ansässigkeit von Zeugen, erleichterte Ortsbegehungen oder allgemeine Ortskenntnis des Gerichts – hier ergeben sich Überschneidungen mit dem Begriff der Ortsnähe.⁵¹ Insgesamt erscheint der Begriff der „Sachnähe“ wegen seiner Überschneidungen, nicht nur mit örtlichen Aspekten, sondern auch mit dem Aspekt der Sachkunde,⁵² unbestimmt. Am ehesten dürfte bei der berufsrechtlichen Frage, welche Instanz sich besser als Tatsacheninstanz eignet, die zeitliche Dimension der Sachnähe betroffen sein: Das erstinstanzliche Gericht ist zeitlich deutlicher näher an der zu entscheidenden Rechtsache als das zweitinstanzliche Gericht, das erst nach vielen Monaten, ggfs. sogar Jahren, mit der Feststellung und Überprüfung von Tatsachen betraut wäre.⁵³

2. Der Zweck der Berufung heute: stark eingeschränkte Tatsacheninstanz, Konzentration auf Fehlerkontrolle

Vor dem Hintergrund der langandauernd großen und wachsenden Zahl an Berufungen („Rechtsmittelflut“⁵⁴) und der damit einhergehenden Belastung der Gerichte, bei zugleich abnehmender Zahl der Richterstellen,⁵⁵ entschied sich der Gesetzgeber im Jahr 2001 dazu, das Zivilprozessrecht durch das ZPO-RG mit Wirkung zum 01.01.2002 umfassend zu reformieren.⁵⁶ Die Berufung wurde dabei umgestaltet in ein „Instrument zur Fehlerkontrolle und

⁵¹ Häufig findet sich beispielsweise im Kontext der Rechtswegzuständigkeit oder auch innerhalb der ZPO-Gerichtsstände der Verweis auf eine „Sach- und Ortsnähe“ des jeweiligen Gerichts, etwa, „weil das Gericht mit den tatsächlichen Gegebenheiten in besonderem Maße vertraut“ sei – z. B. LG Hamburg 31.05.2002 – 316 O 74/02, WuM 2003, 38 (zu § 29a ZPO) –, ohne weiter zwischen der Sachnähe einerseits und der Ortsnähe andererseits zu differenzieren; vgl. auch *EuGH* 16.06.2016 – C-12/15 (Universal Music), NJW 2016, 2167, 2168 Tz. 26f. (zu Art. 5 Nr. 3 EuGVVO a. F.); *BGH* 27.10.1983 – I ARZ 334/83, NJW 1984, 739f. (zu §§ 12, 13 ZPO); 03.05.1977 – VI ZR 24/75, NJW 1977, 1590 (zu § 32 ZPO, „Gerichtsstand [...] dort [eröffnen,] wo die sachliche Aufklärung und Beweiserhebung in der Regel am besten, sachlichsten und mit den geringsten Kosten erfolgen kann“); ebenso 29.03.2011 – VI ZR 111/10, juris Rn. 13 (zu § 32 ZPO); *Wieczorek/Schütze/Smid/Hartmann*⁴, § 29a ZPO Rn. 1.

⁵² So beispielsweise in *BGH* 23.02.1988 – VI ZR 212/87, NJW 1988, 1731, 1732; *BGH* 22.03.1976 – GSZ 2/75, NJW 1976, 1941, 1943; *Zöller/Lückemann*³⁴, § 13 GVG Rn. 7.

⁵³ So wohl auch *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, Vor § 511 ZPO Rn. 4, § 529 ZPO Rn. 1.

⁵⁴ Stellvertretend *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 9 f. m. w. N.

⁵⁵ Dazu *Büttner*, *Berufung und Revision*, 2010, S. 15 m. w. N.

⁵⁶ Zuvor war bereits seit Mitte der 1990er-Jahre die Umgestaltung der Berufung zur bloßen Fehlerkontrollinstanz in den Mittelpunkt der verfahrensrechtlichen Diskus-

-beseitigung“.⁵⁷ Diese Formulierung, die sich auch in der Literatur findet,⁵⁸ ist insofern irreführend, als man denken könnte, dass es vor der ZPO-Reform bei der Berufung nicht um Fehlerkontrolle und -korrektur ging. Das trifft indes nicht zu, denn die Richtigkeitskontrolle erstinstanzlicher Urteile war immer schon die Aufgabe der Berufung (siehe oben I.). Die Reform führte vielmehr dazu, dass die Fehlerkontrolle die hauptsächliche Aufgabe der Berufungsinstanz wurde.⁵⁹ Die Berufung ermöglicht weiterhin eine zweite Verhandlung des Rechtsstreits,⁶⁰ allerdings nicht mehr als „Neuaufgabe“ der ersten Instanz im Sinne einer vollen zweiten Tatsacheninstanz mit großem Handlungsspielraum des Gerichts. Stattdessen hat das Berufungsgericht gemäß §§ 513 Abs. 1, 529 Abs. 1 ZPO nur noch zu prüfen, ob erstens das erstinstanzliche Urteil auf einem materiellrechtlichen oder verfahrensrechtlichen Fehler beruht und, zweitens, ob sich aufgrund der erstinstanzlichen Tatsachengrundlage eine andere Entscheidung rechtfertigen lässt (dazu unten, Teil B.II.2.). Damit ist die Berufung nach geltendem Recht vor allem Rechtskontrollinstanz und in eingeschränktem Umfang auch noch Tatsacheninstanz.⁶¹

Die veränderte Ausrichtung der Berufung spiegelt sich insbesondere in zwei Vorschriften wider: Das sind § 529 Abs. 1 ZPO, der die Bindungswirkung an erstinstanzliche Feststellungen vorsieht, und § 531 Abs. 2 ZPO, wonach Noven in der Berufungsinstanz grundsätzlich und weitreichend ausgeschlossen sind und nur ausnahmsweise zugelassen werden können. Wie schon vor der ZPO-Reform basiert die Berufungsverhandlung auf dem Prozessstoff erster Instanz; nur ausnahmsweise können eigene Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts oder zulässiges neues Vorbringen hinzukommen.⁶²

Die Bindung an die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen gemäß § 529 Abs. 1 ZPO hängt auch damit zusammen, dass das ZPO-RG die erste Instanz

sion gerückt, vgl. *Gottwald*, Gutachten DJT 1996; 61. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1996, 2994, 2994.

⁵⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drs. 14/4722, S. 1, 58, 61 f., 97, 100 f., 154; *BGH* 14.07.2004 – VIII ZR 164/03, NJW 2004, 2751, 2751.

⁵⁸ Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, Vor § 511 ZPO Rn. 8; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 134 Rn. 20; Saenger/*Koch*⁹, Vorbemerkung zu §§ 511–577 Rn. 8.1; *Däubler-Gmelin*, ZRP 2000, 33, 33.

⁵⁹ BT-Drs. 14/4722, S. 58, 62, 97; *BGH* 24.11.2009 – VII ZR 31/09, NJW 2010, 376, 377; *BAG* 12.09.2013 – 6 AZR 121/12, NZA 2013, 1412, 1413; klarstellend außerdem *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 1 m. w. N.

⁶⁰ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 1; *Saueressig*, System, 2008, S. 63 f.

⁶¹ *Zöllner/Heßler*³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 1; *BAG* NZA 2013, 1412, 1413. Zur Berufung als Tatsacheninstanz s. aktuell *BGH* NJW-RR 2019, 1343, 1343 (Rn. 11 m. w. N.).

⁶² Siehe etwa Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 530 ZPO Rn. 5; zu den Ähnlichkeiten des gelebten Berufsrechts vor der Reform mit dem geregelten Berufsrecht nach der Reform s. *Roth*, in: *Hommage Rimmelspacher*, 2019, S. 19, 21 f.

aufwerten wollte: Als Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens müsse „eine Entscheidung stehen, die von den Parteien wirklich akzeptiert werden kann“.⁶³ Mehr Prozesse sollten schon in der ersten Instanz abgeschlossen werden.⁶⁴ Dabei lag der Fokus auch auf dem Interesse der Prozessparteien, sich „grundsätzlich darauf verlassen [zu] können, dass die in erster Instanz fehlerfrei festgestellten Tatsachen im höheren Rechtszug Bestand haben.“⁶⁵ Zugleich ist damit verbunden, dass die Verfahrensbeteiligten diszipliniert werden sollten, erstinstanzlich alles abschließend vorzutragen. Eine derart starke erste Instanz machte aber eine gleichermaßen starke zweite Instanz überflüssig. So erklärt sich, dass der Berufung nurmehr die Aufgabe zukommen sollte, die erstinstanzlichen Entscheidungen auf Fehler hin zu kontrollieren und diese zu beseitigen.

Ferner sind nach § 531 Abs. 2 ZPO neue Angriffs- und Verteidigungsmittel lediglich dann zugelassen, wenn sie entweder erstinstanzlich übersehene oder für unerheblich gehaltene Gesichtspunkte betreffen (Nr. 1), wenn sie infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden (Nr. 2) oder wenn es sich um Angriffs- und Verteidigungsmittel handelt, deren unterbliebene Geltendmachung in der ersten Instanz nicht auf Nachlässigkeit der Parteien beruht hat (Nr. 3). In allen anderen Fällen ist neues Vorbringen ausgeschlossen. Es gilt also grundsätzlich ein „Novenverbot“⁶⁶, von dem nur die besonderen Gründe der Nummern 1–3 eine Ausnahme ermöglichen. Damit setzt sich das aktuelle Berufungsrecht prinzipiell gegen die Novenregelung zur Zeit vor der ZPO-Reform 2002. Damals war, wie gesehen (oben 1.), das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt, d. h., die Parteien konnten im Berufungsprozess grundsätzlich neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen, es sei denn, dass ein Ausnahmetatbestand eingriff.⁶⁷

Die Abkehr von der Berufung als voller zweiter Tatsacheninstanz und die gleichzeitige Neukonzeption als „schlankes“, auf die reine Richtigkeitskontrolle konzentriertes Berufungsverfahren entsprechen der sozialen Prozessauf-

⁶³ BT-Drs. 14/4722, S. 58.

⁶⁴ BT-Drs. 14/4722, S. 58; s. auch *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 9.

⁶⁵ BT-Drs. 14/4722, S. 58.

⁶⁶ Mit diesem Begriff etwa *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 531 ZPO Rn. 14; *Lechner*, NJW 2004, 3593, 3598; *Stackmann*, NJW 2003, 169, 174 Fn. 32; *Vorwerk*, NJW 2017, 2326, 2326. Der *BGH* 13.09.2012 – I ZR 230/11, GRUR 2013, 401, 403 präzisiert: „weitgehende[s] Novenverbot“.

⁶⁷ *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 531 ZPO Rn. 11; vgl. *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, § 531 Rn. 18. Es bleibt allerdings fraglich, ob die Einführung des Novenverbots notwendig war: *Rimmelspachers* empirische Untersuchung vor der Reform ergab, dass ohnehin nur zwischen 12,8 Prozent (LG) und 16,6 Prozent (OLG) der Berufungen neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthielten, von denen wiederum bloß ein Teil erfolgreich war, *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 73.

fassung⁶⁸ insofern, als das Novenverbot zu einer Konzentration des gerichtlichen Verfahrens bei gleichzeitigem Wichtigkeitsverlust der Parteiherrschaft führt.⁶⁹ Dementsprechend hatte der ZPO-Reformgesetzgeber für die Rechtfertigung seiner Neuausrichtung auch mit einer „Angleichung an den Rechtsstandard der europäischen Nachbarländer“⁷⁰ – u. a. England,⁷¹ Italien,⁷² Österreich,⁷³ Schweiz⁷⁴ – argumentiert, wo schon zuvor eine Beschränkung des zweitinstanzlichen Prüfungsumfangs im Sinne eines sozialen Prozessverständnisses verbreitet gewesen war.⁷⁵ Das Vorschreiben einer umfassenden Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen, kombiniert mit einem weitreichenden Novenausschluss, sollte folglich der Effizienz dienen. Denn eine volle zweite Tatsacheninstanz, bei der die Parteien davon ausgehen, dass das Verfahren in der Berufung „noch einmal von vorn“ losgehe und das erst-

⁶⁸ Die „soziale Prozessauffassung“ geht zurück auf *Franz Klein*, der als geistiger Schöpfer der österreichischen ZPO aus dem Jahr 1895 gilt, wobei er – anders als später *Wassermann*, *Der soziale Zivilprozess*, 1978, passim – nicht ausdrücklich den Begriff der sozialen Prozessauffassung verwandte, sondern u. a. von der „so[z]ialen Funktion des Prozesses“ sprach, s. *Klein, Zeit- und Geistesströmungen*, 1901, S. 17, 28. Er sah eine wesentliche Aufgabe des Zivilprozesses, neben der Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte, im Schutz sozial Schwacher, umgesetzt etwa durch stärkere gerichtliche Eingriffsmöglichkeiten beim Sachvortrag als Gegensatz zur Parteiherrschaft, a. a. O., S. 20, durch möglichst schnelle Verfahren, a. a. O., S. 25 („Das Vertrauen in die Rechtsordnung wird nur dann erhalten bleiben, wenn der Rechtsschutz durchgängig rascheste Hilfe gewährt.“), sowie durch den kostengünstigen Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz, a. a. O., S. 25 – wirtschaftliche Gründe sollten weder von der gerichtlichen Rechtsverfolgung im Allgemeinen noch von der Einlegung von Rechtsmitteln abhalten, a. a. O., S. 26 ff.; zur Historie der sozialen Prozessauffassung s. auch *Roth*, JR 2018, 159, 160 ff. und *MüKoZPO/Rauscher*⁶, Einleitung Rn. 12; kritisch zur Mehrdeutigkeit des Begriffs „sozialer Zivilprozess“ *Stein/Jonas/Brehm*²³, Einleitung, Vor § 1 Rn. 298 f.

⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 61 f.; daneben kommt auch in der Absenkung von streitwertabhängigen Zulassungshürden bei der Berufung das von *Franz Klein* geäußerte Ziel der wirtschaftlichen Chancengleichheit im Prozess (dazu *Klein, Zeit- und Geistesströmungen*, 1901, S. 25 ff.) zum Ausdruck, vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 58 f., 61.

⁷⁰ BT-Drs. 14/4722, S. 70 f. Unter den europäischen Nachbarländern hat wiederum Frankreich im Jahr 2009, d. h. in Kenntnis der deutschen Reform, sich ausdrücklich für eine Beibehaltung der Berufung als volle zweite Tatsacheninstanz entschieden, s. dazu *Bierschenk*, *Die zweite Instanz*, 2015, S. 81 ff.; mit diesem Hinweis auch *Doukoff*, *Zivilrechtliche Berufung*⁶, Rn. 1.

⁷¹ BT-Drs. 14/4722, S. 70.

⁷² BT-Drs. 14/4722, S. 70; zur diesbezüglichen Reform in Italien s. *Szego*, *Inside the Italian Courts of Appeals*, 2007, S. 7 ff.

⁷³ S. etwa § 482 österreichische ZPO; BT-Drs. 14/4722, S. 70; *von Stosch*, *Prozeßförderung*, 2000, S. 190 m. w. N.

⁷⁴ S. etwa Art. 317 schweizerische ZPO; BT-Drs. 14/4722, S. 70.

⁷⁵ Vgl. etwa die Kontrastierung von Deutschland und Österreich bei *Roth*, JR 2018, 159, 162 m. w. N.

instanzliche Geschehen keine Bedeutung habe,⁷⁶ belaste die Kapazitäten der Justiz in unverhältnismäßigem Umfang.⁷⁷ Daraus mag sich auf den ersten Blick ein Vorteil der Ausgestaltung der Berufung als eingeschränkte Tatsacheninstanz ergeben. Allerdings führt die mit der Funktionsänderung einhergehende Verlagerung des Schwerpunkts eines Rechtsstreits in die erste Instanz im Ergebnis ebenfalls lediglich zu einer Verlagerung der Arbeitsbelastung auf die erste Instanz in Bezug auf Inhalt und Dauer,⁷⁸ und zwar für alle Prozessbeteiligten. Es ist nämlich davon auszugehen, dass in der ersten Instanz mehr Sachvortrag als nötig eingebracht wird, bloß, um – auch aus anwaltlicher Vorsicht – sicherzugehen, dass alle Inhalte, die auch nur entfernt entscheidungserheblich sein könnten, Bestandteil des Verfahrens werden können und nicht präkludiert sind. Eine Rechtssache muss daher allseitig sorgfältiger und damit zeitintensiver vorbereiten werden, als wenn, wie bis zum Jahr 2002, in der zweiten Instanz noch ein größerer Handlungsspielraum besteht.⁷⁹ Aus prozessökonomischer Sicht war die ZPO-Reform in diesem Punkt also nicht erfolgreich.

Auch insgesamt wird die Frage nach dem Erfolg der Berufungsrechtsreform im Rahmen des ZPO-RG 2001 überwiegend negativ beantwortet.⁸⁰ Der Konflikt zwischen Verfahrensbeschleunigung und -verschlangung⁸¹ einerseits und prozeduraler und materieller Gerechtigkeit andererseits konnte offenbar bisher nicht vollständig überzeugend aufgelöst werden.⁸² Dazu ist ferner anzumerken, dass die Reform des Berufungsrechts sich in der Rechtsprechungspraxis nicht unbedingt als der „tiefgreifende Funktionswandel“⁸³ erwiesen hat, den man möglicherweise erwartet hätte. Die Berufung eröffnet weiterhin eine zweite Tatsacheninstanz,⁸⁴ die dazu dienen soll, eine fehlerfreie

⁷⁶ BT-Drs. 14/4722, S. 59.

⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 59 f.

⁷⁸ *Vorwerk*, NJW 2017, 2326, 2326.

⁷⁹ Vgl. *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 11.

⁸⁰ Dazu *Doukoff*, *Zivilrechtliche Berufung*⁶, Rn. 2 m. w. N.; *Greger*, ZJP 131 (2018) 317, 334; Beschlüsse der Herbstkonferenz der Justizministerien „Große Justizreform“ v. 25.11.2004, TOP 1 Deregulierung, abrufbar unter https://www.mj.niedersachsen.de/download/7809/1._Deregulierung.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), S. 2; a. A. *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, *Evaluation ZPO-Reform*, 2006, S. 6.

⁸¹ Zu diesem Ziel s. BT-Drs. 14/4722, S. 58, 60 ff., 95, 102, 159.

⁸² *Doukoff*, *Zivilrechtliche Berufung*⁶, Rn. 2 m. w. N.

⁸³ *Musielak/Voit/Ball*¹⁸, Vor § 511 ZPO Rn. 8; *Saenger/Koch*⁹, *Vorbemerkung zu §§ 511–577 Rn. 8.1* („tiefgreifender Funktionswechsel“).

⁸⁴ *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, Vor § 511 Rn. 4.

und überzeugende und damit – im Sinne der materiellen Gerechtigkeit –⁸⁵ richtige Entscheidung des Einzelfalls zu generieren.⁸⁶

3. Zwischenergebnis

Die zivilrechtliche Berufung ist in Deutschland in der Vergangenheit unterschiedlich weitreichend ausgestaltet worden. Entsprechend der Zielsetzung, dass der rechtssuchende Bürger eine vollwertige zweite Chance erhalten sollte, seinen Rechtsstreit gerichtlich korrekt entschieden zu bekommen, war die Berufung im deutschen Zivilprozessrecht ursprünglich als vollständig neue Tatsacheninstanz, als *Novum Iudicium*, gedacht. Von dieser Konzeption der Berufung ist der Gesetzgeber im Laufe der Zeit immer weiter abgerückt. Heute gewährt die Berufung nur noch eine eingeschränkte Tatsacheninstanz. Sie konzentriert sich darauf, die in der Vorinstanz ergangenen Tatsachenfeststellungen grundsätzlich hinzunehmen und lediglich auf Fehler zu überprüfen und diese gegebenenfalls zu korrigieren.

Dabei bilden die historisch verschiedenen Aufgaben der Berufungsgerichte keine Gegensatzpaare, sondern nehmen bloß unterschiedliche Gewichtungen vor. Die umfassende zweite Tatsacheninstanz entspricht eher der materiellen Gerechtigkeit. Dagegen hat die Konzentration auf eine Richtigkeitskontrolle mit nur eingeschränkter Tatsacheninstanz zwar auch die materiell richtige Entscheidung im Blick, gewichtet aber andere Ziele, wie etwa Verfahrensbeschleunigung, entsprechend stärker. Ein schneller Verfahrensabschluss im Sinne einer Erledigung des Rechtsstreits kann wiederum dazu dienen, Akzeptanz und Vertrauen gegenüber dem Rechtsstaat zu erhöhen. Inwiefern sich das in der Praxis bewährt, soll an dieser Stelle nicht weiter besprochen werden (siehe aber zu einzelnen Punkten Kapitel 3 A. II. 2.; B. II. 1.; III. 3. a)). Unabhängig davon, wie man die Berufung konkret ausgestaltet, bleibt ihr grundlegender Zweck jedoch immer derselbe: Unrichtige Gerichtsentscheidungen sollen beseitigt werden. Das rechtsstaatlich erstrebenswerte „richtige“ Urteil wird von der Berufung entweder hergestellt oder, sofern es bereits aus der ersten Instanz existiert, aufrechterhalten und bestätigt.

⁸⁵ BGH 09.03.2005 – VIII ZR 266/03, BGHZ 162, 313, 315 f.

⁸⁶ BGH NJW-RR 2019, 1343, 1343; 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015, 3017; BGHZ 162, 313, 315 f., mit Verweis auf BT-Drs. 14/4722, S. 59 f.

III. Ergebnis zur Existenzberechtigung der Berufung und den historisch unterschiedlichen Zwecken der Berufung als Rechtsmittel

In diesem Teil A. ging es darum, zu fragen, wofür wir die Berufung im Zivilprozess brauchen und wie die Erreichung dieses Ziels verfahrensrechtlich ermöglicht werden kann. Ausgehend von der Feststellung, dass die Berichtigung etwaiger erstinstanzlicher Fehler die Hauptaufgabe der Berufung ausmacht, wurde gezeigt, dass der Gesetzgeber in der Vergangenheit unterschiedliche Gewichtungen bei der konkreten Ausgestaltung der Berufung vorgenommen hat. Für das gegenwärtige Berufungsrecht nach §§ 511 ff. ZPO steht die materielle Gerechtigkeit nicht unanfechtbar an erster Stelle, sondern muss unter bestimmten Bedingungen hinter verfahrensökonomischen Aspekten zurückstehen.

Wie gut erfüllt die Berufung die ihr zukommende Aufgabe der Fehlerkontrolle und -korrektur? Diese Erfolgskontrolle sollte regelmäßig Gegenstand der zivilverfahrensrechtlichen Diskussion sein. Nach den Beobachtungen aus Abschnitt I. hängt die Zielerreichung der Berufung maßgeblich davon ab, wie ihr Verfahren im Einzelnen abläuft und welche Faktoren sich dort auswirken. In den folgenden Kapiteln soll das mit Mitteln der Statistik (Kapitel 3) und aus Sicht der Psychologie (Kapitel 4) näher betrachtet werden. Wiederkehrende Punkte sind dabei, wie in Abschnitt I. erwähnt, das grundlegende Ziel der Fehlervermeidung, die Unterscheidung von Tatsachen- und Rechtsfragen sowie der Entscheidungsmodus im Kollegium.

B. Ablauf des Berufungsverfahrens

Im Folgenden sollen die Anforderungen, die das Zivilprozessrecht an die Berufung i. S. v. §§ 511 ff. ZPO und insbesondere an das zugehörige Verfahren stellt, dargestellt werden. Das geschieht aktenchronologisch, d.h. vom Eingang der Berufungsschrift bei Gericht an bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens, sowie überwiegend aus Richtersicht, d.h. anhand des typischen Arbeitsablaufs eines Berufsrichters für eine einzelne Akte und der jeweiligen richterlichen Handlungsoptionen für die verschiedenen Verfahrensausgänge. Dadurch sollen die mit Blick auf das Ziel dieser Arbeit – die statistische und psychologische Analyse der Umsetzung des Berufungszwecks – relevanten Verfahrensschritte beleuchtet werden.

Grob skizziert stellt sich der Entscheidungsgang so dar, dass nach einer Prüfung der Zulässigkeit (I.) die Berufung entweder schon als unzulässig verworfen wird oder, bei einer zulässigen Berufung, deren Begründetheit geprüft wird (II.). Kommt das Gericht dabei zum Ergebnis, dass die Berufung offen-

sichtlich keinen Erfolg haben wird, kann im nächsten Schritt nach § 522 Abs. 2 ZPO die Sache per Zurückweisungsbeschluss ohne mündliche Verhandlung erledigt werden. Für alle diejenigen Sachverhalte, die nach diesem Zeitpunkt noch nicht beendet werden konnten, wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt. Hier steht wiederum die Möglichkeit eines streitigen Urteils, § 538 ZPO, gegen Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung durch Parteiendisposition. Alternative Beendigungsmöglichkeiten sind selbstverständlich auch zu anderen Zeitpunkten des Verfahrens denkbar. Das streitige Urteil kann entweder die Berufung als unbegründet zurückverweisen oder – wenn das Gericht die Berufung für ganz oder teilweise begründet hält –, die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und eigene Sachentscheidung (§ 538 Abs. 1 ZPO) sowie die Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils (§ 538 Abs. 2 ZPO) enthalten.

I. Die Prüfung der Zulässigkeit

Nach Eingang der Berufungsschrift bei Gericht sowie später nach Erhalt der Prozessakten i. S. v. § 541 Abs. 1 ZPO und der Berufungsbegründung prüft das zuständige Berufungsgericht zunächst die Zulässigkeit der Berufung:⁸⁷ Die Berufung muss statthaft sein (1.), Form und Frist müssen gewahrt sein (2.), und schließlich ist aufseiten des Berufungsklägers eine Beschwer erforderlich (3.). Daneben müssen die auch für Klagen im Allgemeinen geltenden Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind von Amts wegen zu prüfen, § 522 Abs. 1 S. 1 ZPO.⁸⁸

1. Statthaftigkeit der Berufung

Zunächst muss die Berufung statthaft sein. Dazu muss sie sich gegen eine gerichtliche Entscheidungsform richten, gegen die eine Berufung überhaupt zulässig ist; daneben muss der Berufungsführer auch berufungsberechtigt sein. Berufungsfähige Urteile sind, erstens, nach § 511 Abs. 1 ZPO die erstinstanzlichen⁸⁹ Endurteile.⁹⁰ Dabei sind unter dem Begriff des Endurteils im

⁸⁷ Hirtz/Oberheim/Siebert/*Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 35 ff. zum Gebot der Prüfung zum frühestmöglichen Zeitpunkt, Rn. 50.

⁸⁸ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 1; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 522 Rn. 4; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 522 ZPO Rn. 1; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 522 ZPO Rn. 5.

⁸⁹ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 2; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 12; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 2; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 19; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 17.

Sinne von § 300 Abs. 1 ZPO alle Urteile zu verstehen, die über den Streitgegenstand oder über einen Teil davon für die jeweilige Instanz abschließend entscheiden.⁹¹ Erfasst sind also auch Teilurteile, Anerkenntnis-, Verzichtsurteile, usw.⁹² Zweitens sind über § 512 ZPO auch die dem Endurteil vorausgegangen und nur mit ihm anfechtbaren Entscheidungen berufungsfähig.⁹³ So werden auch Zwischenurteile i. S. v. § 303 ZPO, die grundsätzlich nicht isoliert berufungsfähig sind,⁹⁴ Gegenstand der Berufungsentscheidung.⁹⁵ Die dritte Gruppe der berufungsfähigen Urteile bilden zweite Versäumnisurteile i. S. v. § 345 ZPO; diese können nur unter den Voraussetzungen des § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO mit der Berufung angegriffen werden, d. h., wenn geltend gemacht wird, dass keine Säumnis vorgelegen hat oder dass diese unverschuldet war.⁹⁶ Viertens existiert über den Meistbegünstigungsgrundsatz die Möglichkeit, erstinstanzliche Entscheidungen auch dann mit der Berufung anzugreifen, wenn das Gericht für seine Entscheidung die objektiv unzutreffende

⁹⁰ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 6; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 3; Zölller/*Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 1; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 3; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 5.

⁹¹ Zölller/*Feskorn*³⁴, § 300 ZPO Rn. 1; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 6; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 3; vgl. Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 5 f.; BeckOK-ZPO/*Elzer*⁴³, § 300 Rn. 23 mit Verweis auf die Legaldefinition in § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG.

⁹² Im Einzelnen s. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 6 ff., Rn. 29, 37; Zölller/*Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 1 f.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 8 f.; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 3; BeckOK-ZPO/*Wulf*⁴³, § 511 Rn. 22; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 5. Zur Möglichkeit der Berufung gegen Teilurteile ohne Kostenentscheidung nach §§ 301, 91 ZPO überzeugend *LG Bonn* 08.01.1973 – 6 S 436/72, *NJW* 1973, 1375, 1376; a. A. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, a. a. O., Rn. 9.

⁹³ Zölller/*Heßler*³⁴, § 512 ZPO Rn. 1 f. m. w. N.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 512 ZPO Rn. 1 ff.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 512 Rn. 1, 3.

⁹⁴ St. Rspr., etwa *BGH* 09.05.2018 – IV ZR 264/17, *ZEV* 2018, 410, 411 (Rn. 7) m. w. N.; Musielak/Voit/*Musielak*¹⁸, § 303 ZPO Rn. 7; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 10; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 10; BeckOK-ZPO/*Elzer*⁴³, § 303 Rn. 29. Zu den Ausnahmen, u. a. §§ 280 Abs. 2 S. 1, 304 Abs. 2, 302 Abs. 3 und 599 Abs. 3 ZPO, instruktiv in Fallgruppen BeckOK-ZPO/*Elzer*⁴³, a. a. O., Rn. 32; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, a. a. O.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, a. a. O.; s. auch Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 5 m. w. N.

⁹⁵ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 10; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 5; BeckOK-ZPO/*Elzer*⁴³, § 303 Rn. 29; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 10; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 7 ff.; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 135 Rn. 5; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 62 ff.

⁹⁶ *BGH* 11.10.1978 – IV ZR 101/77, *NJW* 1979, 166, 166; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 3; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 11, § 512 ZPO Rn. 3, § 514 ZPO Rn. 1; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 6; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 135 Rn. 2 f.; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 12. Zu den Einzelheiten Zölller/*Heßler*³⁴, § 514 ZPO Rn. 6 ff. m. w. N.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 514 ZPO Rn. 4 ff.; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 13 ff.

Entscheidungsform gewählt hat und gegen diese Entscheidungsform das Rechtsmittel der Berufung nicht zur Verfügung steht.⁹⁷

Die Berufung gegen ein berufungsfähiges Urteil muss auch von der dazu befugten Person eingelegt werden.⁹⁸ Zur Berufung berechtigt sind die Prozessparteien erster Instanz,⁹⁹ etwaige Rechtsnachfolger oder Streithelfer.¹⁰⁰ Darüber hinaus gelten für die Bestimmung der Parteien die allgemeinen Grundsätze.¹⁰¹

2. Form und Frist

Die Berufung muss außerdem form- und fristgerecht eingelegt worden sein, §§ 517, 519, 520 ZPO. Hinsichtlich der Anforderungen an Form und Frist ist zwischen denjenigen an die Berufungsschrift einerseits und an die Berufungsbegründung andererseits zu unterscheiden (a)). Ebenso werden die Folgen einer form- und fristgerechten Berufung dargestellt (b)).

a) Voraussetzungen für form- und fristgerechte Berufung, §§ 517ff. ZPO

Für die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung hat der Berufungsführer einen Monat Zeit, § 517 ZPO. Diese Monatsfrist¹⁰² ist eine Notfrist i. S. v.

⁹⁷ Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 30 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 135 Rn. 11 ff.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 85 ff.; Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert⁶, Kap. 5 Rn. 43 ff.; sehr umfassend zu den Anwendungsvarianten des Meistbegünstigungsgrundsatzes auch Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Rn. 38 ff.

⁹⁸ Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 6; Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Rn. 10 m. w. N., § 511 ZPO Rn. 14; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 136 Rn. 5; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 25.

⁹⁹ BGH 24.01.1952 – III ZR 196/50, BGHZ 4, 328, 332; 09.11.1977 – VIII ZB 34/77, juris Rn. 3; Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 15; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 20; Zöllner/Heßler³⁴, § 511 ZPO Rn. 4; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 25; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 511 ZPO Rn. 10a.

¹⁰⁰ Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 15 ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 23, 25 f.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 511 ZPO Rn. 11, 13 m. w. N.; Zöllner/Heßler³⁴, § 511 ZPO Rn. 3 m. w. N.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 27 ff.

¹⁰¹ Vgl. etwa MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 20. Zur Berufungsberechtigung des eigentlich unbeteiligten Dritten, der irrtümlich im Rubrum genannt wird, BGH 09.11.1977 – VIII ZB 34/77, juris Rn. 5 ff.; Zöllner/Heßler³⁴, § 511 ZPO Rn. 3; Stein/Jonas/Althammer²³, § 319 ZPO Rn. 30, § 511 ZPO Rn. 15; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 21; differenzierend OLG Saarbrücken 22.09.2009 – 4 U 54/09, NJW-RR 2010, 1221, 1222: Berufung nur dann, wenn Ausgang des Berichtigungsverfahrens nach § 319 ZPO ungewiss ist; ähnlich Musielak/Voit/Musielak¹⁸, § 319 ZPO Rn. 18; Wieczorek/Schütze/Rensen⁴, § 319 ZPO Rn. 17.

¹⁰² Dazu Zöllner/Heßler³⁴, § 517 ZPO Rn. 4; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 517 Rn. 3; Prütting/Gehrlein/Lemke¹³, § 517 ZPO Rn. 1.

§ 224 Abs. 1 S. 2 ZPO¹⁰³ und beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils (§ 517 Hs. 2 Var. 1 ZPO),¹⁰⁴ spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten nach Urteilsverkündung (§ 517 Hs. 2 Var. 2 ZPO) zu laufen.¹⁰⁵ Durch diese letztere Maximalregelung wird sichergestellt, dass spätestens sechs Monate nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils keine Berufung mehr möglich ist.¹⁰⁶ Anwendungsbeispiel hierfür ist vor allem der Fall der unwirksamen oder gar unterbliebenen Zustellung durch das Gericht; denn auch in dieser Situation muss die Ausübung des Berufungsrechts mit Blick auf den Suspensiveffekt zeitlich begrenzt werden.¹⁰⁷ Läuft die Berufungsfrist für ein konkretes Urteil ab, ohne dass Berufung eingelegt wird, so erwächst das erstinstanzliche Urteil in formelle Rechtskraft.¹⁰⁸

Die Berufungsschrift muss sodann nach § 519 Abs. 2 ZPO mindestens die Bezeichnung des angefochtenen Urteils (Nr. 1)¹⁰⁹ sowie die Erklärung, dass hiergegen Berufung eingelegt werde (Nr. 2),¹¹⁰ enthalten. Außerdem soll der Berufungsschrift eine Kopie des angefochtenen Urteils beigefügt werden, § 519 Abs. 3 ZPO.¹¹¹ Diese Erfordernisse dienen dazu, dass sowohl das Berufungsgericht als auch der Berufungsbeklagte Klarheit über den Gegenstand und die Beteiligten des Berufungsverfahrens erlangen.¹¹² Die notwendigen

¹⁰³ Zöllner/Heßler³⁴, § 517 ZPO Rn. 13; Stein/Jonas/Althammer²³, § 517 ZPO Rn. 3; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 517 Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 517 ZPO Rn. 2, 25; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 517 ZPO Rn. 3.

¹⁰⁴ Für Einzelheiten zum Erfordernis der Zustellung s. Zöllner/Heßler³⁴, § 517 ZPO Rn. 8 ff., 17; Stein/Jonas/Althammer²³, § 517 ZPO Rn. 4 ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 517 Rn. 4 ff.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 517 ZPO Rn. 8 ff.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 517 ZPO Rn. 5 ff.

¹⁰⁵ Details bei Zöllner/Heßler³⁴, § 517 ZPO Rn. 18 f.; Stein/Jonas/Althammer²³, § 517 ZPO Rn. 12 ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 517 Rn. 18 ff.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 517 ZPO Rn. 8 f.

¹⁰⁶ BGH 18.11.2003 – LwZB 1/03, NJW-RR 2004, 786, 786 f.; Zöllner/Heßler³⁴, § 517 ZPO Rn. 17; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 517 ZPO Rn. 5; vgl. Stein/Jonas/Althammer²³, § 517 ZPO Rn. 12.

¹⁰⁷ Vgl. Stein/Jonas/Althammer²³, § 517 ZPO Rn. 1, 12; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 517 Rn. 1; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 517 ZPO Rn. 8 f.

¹⁰⁸ Zöllner/Seibel³⁴, § 705 ZPO Rn. 5; vgl. auch Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 517 ZPO Rn. 1.

¹⁰⁹ Stein/Jonas/Althammer²³, § 519 ZPO Rn. 15 ff.; Zöllner/Heßler³⁴, § 519 ZPO Rn. 33 m. w. N.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 519 Rn. 10; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 519 ZPO Rn. 22 ff.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 519 ZPO Rn. 3 f.

¹¹⁰ Stein/Jonas/Althammer²³, § 519 ZPO Rn. 18; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 519 Rn. 11; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 519 ZPO Rn. 28 ff.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 519 ZPO Rn. 5.

¹¹¹ Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 519 ZPO Rn. 2, 61; Stein/Jonas/Althammer²³, § 519 ZPO Rn. 30; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 519 Rn. 17; Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert⁶, Kap. 5 Rn. 207.

¹¹² Zöllner/Heßler³⁴, § 519 ZPO Rn. 30; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 519 Rn. 1; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 519 ZPO Rn. 23; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 519 ZPO Rn. 1.

Einzelangaben, insbesondere zu Berufungskläger und -beklagtem,¹¹³ können sich aber auch aus der Zusammenschau der Berufungsschrift mit anderen beigebrachten Unterlagen ergeben.¹¹⁴ Für die zulässigen Übermittlungsvarianten bei der Einreichung der Berufungsschrift gelten die allgemeinen Grundsätze für bestimmende Schriftsätze, vgl. § 519 Abs. 4 ZPO.¹¹⁵ Ebenso muss die Berufungsschrift vom postulationsfähigen Rechtsanwalt, § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO (s. dazu unten 5. b)), gemäß § 519 Abs. 4 i. V. m. § 130 Nr. 6 ZPO unterschrieben worden sein.¹¹⁶ Ein Berufungsantrag ist zum Zeitpunkt der Berufungseinlegung noch nicht erforderlich,¹¹⁷ auch der Umfang des Berufungsangriffs muss noch nicht feststehen;¹¹⁸ beides sind erst in der Berufungsbegründung zwingende Voraussetzungen, § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ZPO.

Die Begründung der Berufung nach § 520 ZPO erfolgt in der Regel in einem gesonderten Schriftsatz nach Einreichung der Berufungsschrift,¹¹⁹ vgl. § 520 Abs. 3 S. 1 ZPO. Die Frist für die Berufungsbegründung nach § 520 Abs. 2 ZPO beginnt zum selben Zeitpunkt wie die Einlegungsfrist, nämlich mit Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils und spätestens in dem Zeitpunkt, zu dem seit der Verkündung fünf Monate vergangen sind,

¹¹³ Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 519 ZPO Rn. 34 ff.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 519 Rn. 13 f.; eingehend auch Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 519 ZPO Rn. 20 f.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 519 ZPO Rn. 30a f.; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 519 ZPO Rn. 6 ff.; zu Streitgenossen: Zöllner/*Heßler*³⁴, a. a. O., Rn. 32; ebenso Stein/Jonas/*Althammer*²³, a. a. O., Rn. 22; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, a. a. O.; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, a. a. O., Rn. 40 ff.; vgl. auch das Muster bei Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 198 f.

¹¹⁴ *BGH* 13.07.1993 – III ZB 17/93, NJW 1993, 2943, 2944 m. w. N.; 21.07.2017 – V ZR 72/16, NZM 2017, 853, 845 (Rn. 8 f.); Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 519 ZPO Rn. 20 ff.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 519 ZPO Rn. 30 m. w. N.; vgl. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 519 Rn. 18 ff.

¹¹⁵ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 519 ZPO Rn. 25 f., 32; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 519 ZPO Rn. 18 ff.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 519 ZPO Rn. 18 ff. m. w. N.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 519 Rn. 29; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 517 ZPO Rn. 13, § 519 ZPO Rn. 21 ff.; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 202 ff.

¹¹⁶ S. dazu und zu weiteren Einzelheiten des Unterschriftserfordernisses Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 519 ZPO Rn. 25; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 519 Rn. 3 f.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 519 ZPO Rn. 22 ff.; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 519 ZPO Rn. 45 ff. m. w. N.; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 519 ZPO Rn. 10 ff.; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 203 ff.

¹¹⁷ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 519 ZPO Rn. 36; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 519 Rn. 11; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 519 ZPO Rn. 30; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 519 ZPO Rn. 5; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 39.

¹¹⁸ *OLG Zweibrücken* 25.10.2006 – 2 UF 85/06, NJW-RR 2007, 1574, 1575; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 519 ZPO Rn. 36; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 519 Rn. 11; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 519 ZPO Rn. 30; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 39.

¹¹⁹ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 1; vgl. implizit etwa Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 19.

§ 520 Abs. 2 S. 1 ZPO.¹²⁰ Von da an dauert die Berufungsbegründungsfrist zwei Monate, also einen Monat länger als die Frist zur Berufungseinlegung.¹²¹ Ebenfalls anders als die Einlegungsfrist nach § 517 ZPO ist die Begründungsfrist gemäß § 520 Abs. 2 ZPO mangels entsprechender gesetzlicher Bezeichnung keine Notfrist i. S. v. § 224 Abs. 1 S. 2 ZPO.¹²² Die Berufungsbegründungsfrist kann also verlängert werden, § 520 Abs. 2 S. 2, 3 ZPO.¹²³

Hinsichtlich des notwendigen Inhalts der Berufungsbegründung stellt § 520 Abs. 3 und 4 ZPO eine umfassende Liste auf. Vor allem muss die Begründung die Berufungsanträge enthalten, § 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO.¹²⁴ Diese Anforderung soll im Interesse der Beschleunigung und Konzentration des Berufungsverfahrens¹²⁵ den Berufungsführer dazu anhalten, sich eindeutig über Umfang und Ziel seines Rechtsmittels zu erklären, damit Berufungsgericht sowie Prozessgegner über Umfang und Inhalt der einzelnen Angriffe möglichst schnell und zuverlässig ins Bild gesetzt werden können.¹²⁶ Dabei ist nicht unbedingt ein förmlicher Antrag erforderlich;¹²⁷ stattdessen dürfte es ausreichen, wenn

¹²⁰ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 4 f.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 6; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 520 Rn. 4; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 520 ZPO Rn. 25.

¹²¹ Beide Fristen sind gleichwohl unabhängig voneinander, s. dazu Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 9 m. w. N.; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 520 ZPO Rn. 26.

¹²² Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 20; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 11; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 520 Rn. 4; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 520 ZPO Rn. 24; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 6.

¹²³ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 10 ff.; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 520 ZPO Rn. 35 ff.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 520 Rn. 7 ff.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 13 ff. m. w. N.; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 7 ff.; Hirtz/Oberheim/*Siebert/Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 217 ff.; s. auch die Musterverfügung zur Fristverlängerung bei Hirtz/Oberheim/*Siebert/Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 73. Der Verlängerungsantrag muss noch vor Fristablauf gestellt worden sein, st. Rspr., etwa *BGH* 20.08.2019 – VIII ZB 19/18, *NJW* 2019, 3310, 3311 (Rn. 13); 28.02.2012 – II ZB 27/10, *juris* Rn. 9; 11.11.2015 – XII ZB 311/15, *juris* Rn. 6; 12.02.2009 – VII ZB 76/07, *NJW* 2009, 1149, 1149 (Rn. 13); Zöllner/*Heßler*³⁴, a. a. O., Rn. 14; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, a. a. O., Rn. 35; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, a. a. O.; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, a. a. O.; vgl. auch *BGH* 18.03.1982 – GSZ 1/81, *BGHZ* 83, 217, 219 ff.

¹²⁴ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 22 ff.; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 28; vgl. Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 30 ff.

¹²⁵ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 520 Rn. 1; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 520 ZPO Rn. 3; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 1; vgl. Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 29.

¹²⁶ *BGH* 31.05.1995 – XII ZR 196/94, *NJW-RR* 1995, 1154, 1154 (Rn. 18); 13.05.1998 – VIII ZB 9/98, *NJW-RR* 1999, 211 = *juris* Rn. 16 (jeweils zu § 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO a. F.); Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 19; vgl. Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 1.

¹²⁷ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 24; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 30; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 520 Rn. 28; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 20.

die innerhalb der Begründungsfrist eingereichten Schriftsätze des Berufungsklägers ihrem gesamten Inhalt nach eindeutig ergeben, in welchem Umfang und mit welchem Ziel das Urteil angefochten werden soll.¹²⁸ Demgegenüber genügt es hinsichtlich des Inhalts nicht, wenn der Berufungskläger lediglich auf sein Vorbringen aus erster Instanz Bezug nimmt.¹²⁹ Er hat sich mit mindestens einem der Berufungsgründe, die § 520 Abs. 3 Nr. 2–4 ZPO nennt, in seiner Begründung auseinandersetzen¹³⁰ und also entweder einen Rechtsfehler i. S. v. § 513 Abs. 1 Var. 1 ZPO geltend zu machen,¹³¹ Feststellungsrüge zu erheben¹³² oder neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nebst deren zulasungsbegründenden Tatsachen vorzubringen.¹³³ Der Vortrag aus der ersten Instanz sowie die dortigen Beweisantritte bleiben auch in der Berufungsinstanz bestehen.¹³⁴ Schließlich muss aus formeller Sicht auch die Berufungsbegründungsschrift, als bestimmender Schriftsatz,¹³⁵ die Unterschrift des Rechtsanwalts nach § 130 Nr. 6 i. V. m. § 520 Abs. 5 ZPO enthalten.¹³⁶

¹²⁸ BGH 06.05.1987 – IVb ZR 52/86 –, juris Rn. 13, zu § 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO a. F.; 13.07.1982 – VI ZB 5/82, juris Rn. 6; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 25; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 30, 35; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 20.

¹²⁹ St. Rspr., z. B. BGH 22.09.1952 – IV ZB 69/52, BGHZ 7, 170, 172 f.; 29.11.2017 – XII ZB 414/17, NJW-RR 2018, 386, 387 (Rn. 11) m. w. N.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 30, 48 f.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 35, 43, jeweils m. w. N.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 520 Rn. 70; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 28 f., 42; vgl. auch *Stackmann*, NJW 2004, 1838, 1838 f.

¹³⁰ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 28; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 29, 35 jeweils m. w. N.; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 83.

¹³¹ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 30 ff.; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 31 ff.; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 258 f. Zu den Anforderungen an die Berufungsbegründung bei Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt, s. etwa BGH 28.07.2016 – III ZB 127/15, NJW 2016, 2890, 2890 f. (Verletzung des rechtlichen Gehörs).

¹³² Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 33 ff.; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 34 f.; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 260 f.

¹³³ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 35 ff.; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 520 ZPO Rn. 36 f.; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 262 f.

¹³⁴ St. Rspr., etwa BGH 24.09.2019 – VI ZR 517/18, NJW-RR 2020, 60, 60 (Rn. 8) m. w. N.; *BVerfG* 21.04.1982 – 2 BvR 810/81, BVerfGE 60, 305, 309; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 538 Rn. 4 ff.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 32, § 529 ZPO Rn. 9; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 520 ZPO Rn. 78; differenzierend Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 44, der dazu rät, in der Berufung zu Beweisanträgen erneut vorzutragen, von denen man meint, sie seien erstinstanzlich rechtsfehlerhaft übergangen worden; vgl. dazu auch MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 520 Rn. 73.

¹³⁵ Zöllner/*Greger*³⁴, § 129 ZPO Rn. 3; MüKoZPO/*Fritsche*⁶, § 129 Rn. 10; Musielak/*Voit/Stadler*¹⁸, § 129 ZPO Rn. 6.

¹³⁶ S. etwa BGH 20.03.2012 – VIII ZB 41/11, NJW 2012, 1737, 1738 (Rn. 7); Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 520 ZPO Rn. 3; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 520 ZPO Rn. 8 ff.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 27; vgl. auch Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 520

b) *Wirkung der Berufungseinlegung auf das erstinstanzliche Urteil*

Von dem Zeitpunkt der fristgerechten Berufungseinlegung an und solange das Berufungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, ist der Eintritt der formellen Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils im Sinne von § 705 ZPO und damit auch die Vollstreckbarkeit gehemmt, § 705 S. 2 i.V.m. 704 Var. 1 ZPO.¹³⁷ Das macht den Suspensiv Effekt aus, der jeder Berufung kraft ihrer Natur als Rechtsmittel innewohnt.¹³⁸ Die Hemmung der formellen Rechtskraft betrifft dabei immer das gesamte Urteil, d.h., sie gilt für alle prozessualen Ansprüche eines Urteils, auch wenn der Berufungskläger nur einen Teil dieses Urteils angefochten hat¹³⁹ oder wenn er mangels Beschwer nur einen Teil dieses Urteils anfechten konnte¹⁴⁰ – sowohl der beschwerende als auch der begünstigende Teil eines Urteils sind also von der Hemmungswirkung erfasst.¹⁴¹ Letzteres lässt sich damit begründen, dass der Berufungsbeklagte hinsichtlich dieses, ihn beschwerenden, Teils bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung jederzeit noch die Möglichkeit der Anschlussberufung hat, wodurch der betreffende Teil des erstinstanzlichen Urteils doch noch Bestandteil des Berufungsprozesses würde, bis zu dessen Abschluss aber die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des im Verfahren behandelten Urteils sus-

ZPO Rn. 17. Zur streitigen Frage der Unterschrift als zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung bestimmender Schriftsätze s. ausführlich Zöllner/Greger³⁴, § 129 ZPO Rn. 6 ff., insb. 21 f.

¹³⁷ Stein/Jonas/Althammer²³, § 519 ZPO Rn. 33; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 519 ZPO Rn. 72; Wieczorek/Schütze/Hess⁴, § 705 ZPO Rn. 5, 8, 10; MüKoZPO/Götz⁶, § 705 Rn. 9.

¹³⁸ Str., so weist MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 2 darauf hin, dass die Suspensivwirkung nicht konstitutiv für den Rechtsmittelbegriff sei; das deckt sich mit dem im CPO-Entwurf 1871 vertretenen Rechtsmittelverständnis, CPO-Entwurf, 1871, S. 237; ebenso Saueressig, System, 2008, S. 239 f.; anders dagegen Zöllner/Hefler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 4; Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Allg. Einl. Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 2; Stein/Jonas/Münzberg²², § 705 ZPO Rn. 8. Zu Suspensiv- und Devolutiv Effekt der Berufung im Allgemeinen s. etwa Musielak/Voit/Ball¹⁸, Vorbemerkung §§ 511 ff. ZPO Rn. 1.

¹³⁹ St. Rspr., etwa BGH 01.12.1993 – VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657, 659; 12.05.1992 – VI ZR 118/91, NJW 1992, 2296, 2296 m.w.N.; 14.07.1952 – IV ZR 81/52, NJW 1952, 1295, 1295; 13.12.1962 – III ZR 89/62, NJW 1963, 444, 444; 04.07.1988 – II ZR 334/87, NJW 1989, 170, 170; MüKoZPO/Götz⁶, § 705 Rn. 11; Zöllner/Hefler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 4; Stein/Jonas/Münzberg²², § 705 ZPO Rn. 8; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 6; Wieczorek/Schütze/Hess⁴, § 705 ZPO Rn. 14.

¹⁴⁰ BGH 12.05.1992 – VI ZR 118/91, NJW 1992, 2296, 2296 m.w.N.; 01.12.1993 – VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657, 659; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 6.

¹⁴¹ MüKoZPO/Götz⁶, § 705 Rn. 10 f; Wieczorek/Schütze/Hess⁴, § 705 ZPO Rn. 14; Stein/Jonas/Münzberg²², § 705 ZPO Rn. 10.

pendiert sein müssen.¹⁴² Allerdings kann gemäß § 537 Abs. 1 ZPO nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist auf Antrag entschieden werden, dass ein nicht für vorläufig vollstreckbar erklärter Urteilsteil, der nicht vom Berufungsangriff umfasst ist, doch für vorläufig vollstreckbar erklärt wird.¹⁴³ Daraus wird ersichtlich, dass die Berufungseinlegung grundsätzlich keine Auswirkung auf die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils hat.¹⁴⁴ Gleichwohl besteht die Möglichkeit der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Antrag nach § 719 Abs. 1 i. V. m. § 707 ZPO.¹⁴⁵

3. Beschwer

Für die Zulässigkeit der Berufung muss außerdem die Beschwer – als veraltetes Rechtsschutzbedürfnis¹⁴⁶ des Berufungsführers vorliegen.¹⁴⁷ Gemeint ist, dass der Berufungskläger durch das erstinstanzliche Urteil einen Nachteil erlitten haben muss, den er nun mit der Berufung zu beseitigen versucht.¹⁴⁸ Dabei macht es für die Bestimmung der Beschwer einen Unterschied, welche Rolle der Berufungskläger im ursprünglichen Verfahren hatte:¹⁴⁹ Für den ursprünglichen Kläger ist das Vorliegen einer sogenannten formellen Beschwer erforderlich, d. h., dass der Tenor des angefochtenen Urteils vom klägerischen Antrag für diesen nachteilig abweichen muss.¹⁵⁰ Dabei sind die Entschei-

¹⁴² Wieczorek/Schütze/Hess⁴, § 705 ZPO Rn. 14; vgl. auch Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 6; MüKoZPO/Götz⁶, § 705 Rn. 11 f.; Stein/Jonas/Münzberg²², § 705 ZPO Rn. 10.

¹⁴³ Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 4; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 11; Wieczorek/Schütze/Hess⁴, § 705 ZPO Rn. 15; MüKoZPO/Götz⁶, § 705 Rn. 12.

¹⁴⁴ Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 11; vgl. Wieczorek/Schütze/Hess⁴, § 705 ZPO Rn. 5.

¹⁴⁵ Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 11.

¹⁴⁶ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 14; vgl. Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 11; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 31.

¹⁴⁷ St. Rspr., etwa BGH 06.06.1957 – IV ZB 102/57, BGHZ 24, 369, 370 (Rn. 5); Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 10; Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Allg. Einl. Rn. 70, § 511 ZPO Rn. 80; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 14; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 136 Rn. 7; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 31.

¹⁴⁸ Vgl. BGH 20.10.1982 – IVb ZR 318/81, BGHZ 85, 140, 142; 30.11.1995 – III ZR 240/94, NJW 1996, 527, 527 f.; zum Änderungsbegehren s. MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 78 ff.; Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 10; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 32; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 511 ZPO Rn. 26 ff.; differenzierend Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Allg. Einl. Rn. 72 ff.

¹⁴⁹ Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 12; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 14.

¹⁵⁰ BGH 21.06.1968 – IV ZR 594/68, BGHZ 50, 261, 263 f.; 09.10.1990 – VI ZR 89/90, NJW 1991, 703, 704; 23.04.1958 – V ZR 229/56, NJW 1958, 995, 996;

dungsgründe mit einzubeziehen.¹⁵¹ Die Anforderungen an die Beschwer des erstinstanzlich Beklagten sind hingegen umstritten – sollen formelle oder materielle Aspekte maßgeblich sein? Da der Beklagte im Zivilprozess nicht zwingend einen Antrag stellen muss,¹⁵² kann sich die Bestimmung seiner Beschwer nicht nach formellen Gesichtspunkten richten. Stattdessen muss es darauf ankommen, ob der Beklagte durch das Urteil in seiner materiellen Rechtsstellung beeinträchtigt ist (materielle Beschwer).¹⁵³ Dafür spricht auch der allgemeine Zweck der Rechtsmittel, Rechtsschutz in Bezug auf etwaige Nachteile zu gewähren, die dem Bürger aus einem Urteil entstehen.¹⁵⁴

4. Erreichen der Erwachsenenheitssumme oder Zulassung der Berufung

Gemäß § 511 Abs. 2 ZPO ist die Berufung nur zulässig, wenn entweder der Wert des Beschwerdegegenstands 600 Euro übersteigt (Abs. 2 Nr. 1) oder

09.12.1981 – VIII ZR 280/80, NJW 1982, 1048, 1049 (Verurteilung Zug-um-Zug statt unbeschränkt); 10.01.2001 – XII ZB 119/00, NJW-RR 2001, 929, 930 (Abweisung der Klage als unbegründet statt als unzulässig); 02.10.2001 – VI ZR 356/00, NJW 2002, 212, 213 (keine Beschwer, wenn grundsätzlich Klageantrag auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes stattgegeben, aber Mitverschulden berücksichtigt wurde); Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 13; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 15, 18; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 33 ff.; Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Allg. Einl. Rn. 78 ff.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, Vor § 511 ZPO Rn. 20. Zu weiteren Fallgruppen s. Zöllner/Heßler³⁴, a. a. O., Rn. 13a ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, a. a. O., Rn. 27 ff.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, a. a. O., Rn. 46 ff.; Stein/Jonas/Althammer²³, a. a. O., Rn. 78 ff., 91 f.; BeckOK-ZPO/Wulf⁴³, § 511 Rn. 18.1 ff.; Doukoff, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 248; Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert⁶, Kap. 5 Rn. 82 ff.

¹⁵¹ BGH 21.01.1986 – VI ZR 63/85, NJW 1986, 2703, 2704; vgl. Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 34; Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Allg. Einl. Rn. 195.

¹⁵² Dazu Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Allg. Einl. Rn. 86.

¹⁵³ BGH 11.03.2015 – XII ZB 553/14, NJW-RR 2015, 1203, 1204 (Rn. 8); 05.01.1955 – IV ZR 238/54, NJW 1955, 545, 546; OLG Koblenz 11.12.1992 – 2 U 911/92, NJW-RR 1993, 462, 462; Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 19a f.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, Vor § 511 ZPO Rn. 20; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 37; Prütting/Gehrlein/Lemke¹³, § 511 ZPO Rn. 36; a. A. (materielle Beschwer nur, wenn Beklagter keinen Antrag gestellt hat; ansonsten formelle Beschwer): Stein/Jonas/Althammer²³, Vor § 511 ZPO Allg. Einl. Rn. 86 f.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 18; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 136 Rn. 21 f.; Doukoff, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 248. Zu einzelnen Fallgruppen für die Beschwer des Beklagten s. Zöllner/Heßler³⁴, a. a. O., Rn. 19a ff. m. w. N.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, a. a. O., Rn. 27 ff. m. w. N.; Stein/Jonas/Althammer²³, a. a. O., Rn. 93 f.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, a. a. O., Rn. 37 ff., 46 ff.; Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert⁶, Kap. 5 Rn. 82 ff.; zum Begriff der materiellen Beschwer MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, a. a. O., Rn. 16.

¹⁵⁴ Vgl. Zöllner/Heßler³⁴, Vor § 511 ZPO Rn. 19b; a. A. wohl Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 37.

wenn das erstinstanzliche Gericht die Berufung in seinem Urteil zugelassen hat (Abs. 2 Nr. 2). Beide Varianten sind von Amts wegen zu prüfen, § 522 Abs. 1 S. 1 ZPO.

a) Berufungssumme größer als 600 Euro, § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO

Sobald der Wert des mit der Berufung angegriffenen Beschwerdegegenstands über 600 Euro liegt, ist die Berufung ohne weitere Zulassung statthaft, § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Dabei markiert die soeben besprochene Beschwerde die Obergrenze des Beschwerdegegenstands¹⁵⁵ – für die genaue Bestimmung des Beschwerdegegenstands maßgeblich ist indes der Berufungsantrag,¹⁵⁶ d. h., maßgeblicher Zeitpunkt ist die letzte mündliche Berufungsverhandlung.¹⁵⁷ Wenn der Berufungskläger mit seinem Antrag also eine Abänderung oder Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils in Höhe von mindestens 600,01 Euro verfolgt, dann hat seine Berufung die sogenannte Erwachsenheitssumme erreicht. Die Voraussetzung, dass der Beschwerdegegenstand diesen Mindestwert einhalten muss, gilt für vermögensrechtliche ebenso wie für nicht-vermögensrechtliche Streitigkeiten.¹⁵⁸

Der Wert des Beschwerdegegenstands wird ausschließlich vom Berufungsgericht nach freiem Ermessen festgesetzt, §§ 2, 3 ZPO, wobei die allgemeinen Regeln für die Wertberechnung nach § 4 Abs. 1 ZPO gelten.¹⁵⁹ Insofern entfaltet die Streitwertfestsetzung aus der Vorinstanz keine Bindungswir-

¹⁵⁵ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 47; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 18; Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 31; vgl. *Zöllner/Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 13.

¹⁵⁶ *Zöllner/Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 13; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 47, 49 ff.; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 18; Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 37.

¹⁵⁷ RR 04.06.1923 – VI 775/22, RGZ 107, 53, 55; BGH 27.03.2012 – VI ZB 74/11, NJW-RR 2012, 662, 662 f.

¹⁵⁸ Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 27; *Zöllner/Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 12; Musielak/*Voit/Ball*¹⁷, § 511 ZPO Rn. 17; vgl. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 54.

¹⁵⁹ Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 39; Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 40, 42 f.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 54; *Zöllner/Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 20; *Wieczorek/Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 48 f. Zur Wertberechnung in Fällen, die keine Zahlungsurteile sind, s. BGH 06.07.2010 – XI ZB 40/09, NJW-RR 2010, 1295, 1296 (Zug-um-Zug-Verurteilung: Aufwand für die Abtretung von Rechten aus zwei Fondsbeteiligungen hier 350 Euro); 23.02.2010 – XI ZR 219/09, BeckRS 2010, 5470 (Feststellungsantrag auf Annahmeverzug: kein eigenständiger Beschwerdewert bei Zug-um-Zug-Verurteilung); für die verschiedenen Fallgruppen auch *Zöllner/Heßler*³⁴, a. a. O., Rn. 20 ff.; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, a. a. O., Rn. 20 ff.; *Wieczorek/Schütze/Gerken*⁵, a. a. O., Rn. 59 ff.

kung.¹⁶⁰ Falls das Berufungsgericht aber von der erstinstanzlich festgesetzten Summe so weit abweichen will, dass der Beschwerdewert nunmehr unter 600,01 Euro läge, dann muss es den Berufungsführer auf die beabsichtigte Abweichung hinweisen, §§ 525, 139 Abs. 2, 3 ZPO, und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geben.¹⁶¹

Hinter dem Erfordernis der Erwachsenheitssumme stehen prozessökonomische Erwägungen. Ursprünglich war die Wertberufungsgrenze zu Zeiten des Ersten Weltkriegs eingeführt worden, um angesichts von Personalmangel eine Überlastung der Gerichte zu verhindern.¹⁶² Seitdem hat sich die Wertgrenze im deutschen Berufsrecht gehalten. Das Anliegen, Gerichte von großem Arbeitsanfall, insbesondere durch Bagatellsachen, zu entlasten, besteht weiterhin.¹⁶³ Der bloße Entlastungseffekt kann als Rechtfertigung für das Festsetzen einer Erwachsenheitssumme als Zulässigkeitsvoraussetzung jedoch nicht ausreichen; vielmehr ist bei der grundsätzlichen Entscheidung für eine Berufungssumme und deren konkreter Höhe jeweils im Sinne des Justizgewährungsanspruchs zu beachten, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten für den einzelnen Bürger nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden.¹⁶⁴

b) Zulassung der Berufung durch die Vorinstanz, § 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

Ist die Erwachsenheitssumme von 600 Euro nicht erreicht, kann das Gericht des ersten Rechtszugs dennoch die Berufung unter bestimmten Voraussetzungen zulassen, § 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. An eine solche – wenngleich faktisch seltene (dazu unten Kapitel 3 A.VII.) – Berufungszulassung durch das erstinstanzliche Gericht ist das Berufungsgericht gebunden, § 511 Abs. 4 S. 2

¹⁶⁰ BGH 19.04.2018 – IX ZB 62/17, NJW-RR 2018, 1265, 1266 (Rn. 9); 06.02.2014 – VII ZB 41/13, NJW-RR 2014, 404, 404 (Rn. 11) m. w. N. zu früheren Entscheidungen; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 40 m. w. N.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 20a; MüKoZPO/*Rimmelpacher*⁶, § 511 Rn. 58; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 39.

¹⁶¹ BGH 09.07.2004 – V ZB 6/04, NJW-RR 2005, 219, 219; Wiczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 52.

¹⁶² Wiczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 42; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 21.

¹⁶³ Vgl. Wiczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 42; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, ZPO, § 511 ZPO Rn. 16; vgl. auch Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 21 m. w. N. mit dem Hinweis, dass die Anhebung der Berufungssumme über die bloße Inflationsanpassung hinaus stets auch ein „politisches Signal“ ist.

¹⁶⁴ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 22; s. auch Gesetzesentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung und des Arbeitsgerichtsgesetzes, Anlage 2: Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 16/6790, S. 8; s. dazu auch oben Kap. 2 Fn. 69.

ZPO.¹⁶⁵ Nach § 511 Abs. 4 S. 1 ZPO lässt das Eingangsgericht die Berufung zu, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat¹⁶⁶ oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung¹⁶⁷ eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert (Nr. 1) und wenn außerdem die Partei durch das Urteil mit nicht mehr als 600 Euro beschwert ist (Nr. 2). Damit entsprechen die Zulassungsgründe denen der Revision nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO.¹⁶⁸ Wie sich aus § 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ZPO ergibt, wird das Berufungsgericht das Vorliegen eines Zulassungsgrundes allerdings nur dann prüfen, wenn seiner Ansicht nach der Beschwerdewert nicht über 600 Euro liegt.¹⁶⁹ In Rechtssachen, die eine geringe wirtschaftliche Bedeutung, aber zugleich entweder grundsätzliche, über den Einzelfall hinausgehende inhaltliche Bedeutung haben oder bei denen die Notwendigkeit der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung besteht, sollen die Parteien grundsätzlich die Möglichkeit der Überprüfung durch die fehlerkorrigierende Berufungsinstanz erhalten sowie mittelbar auch den Weg zur Revision eröffnet bekommen können.¹⁷⁰ Dabei reicht es für die Zulassung der Berufung nicht aus, wenn das angefochtene Urteil „nur“ fehlerhaft ist;¹⁷¹ vielmehr muss wegen dieser Fehlerhaftigkeit einer der Zulassungsgründe aus § 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ZPO vorliegen, was das erstinstanzliche Gericht von Amts wegen zu prüfen hat.¹⁷² Ist allerdings einer der Zulassungsgründe gegeben, hat das

¹⁶⁵ Zöllner/Heßler³⁴, § 511 ZPO Rn. 41; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 127; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 511 ZPO Rn. 42.

¹⁶⁶ Zu diesem Erfordernis s. BT-Drs. 14/4722, S. 93, 104 m. w. N., u. a. mit Verweis auf BGH 12.11.1970 – 1 StR 263/70, BGHSt 24, 15, 21; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 66 ff.; Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 51; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 118; Zöllner/Heßler³⁴, § 511 ZPO Rn. 37; s. ebenso die jeweiligen Kommentierungen für das Revisionsrecht.

¹⁶⁷ Zu diesen zwei Voraussetzungen s. BT-Drs. 14/4722, S. 93, 104; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 72 ff.; Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 52 f.; Zöllner/Heßler³⁴, § 511 ZPO Rn. 38; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 119 f.

¹⁶⁸ Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 118 f.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 511 ZPO Rn. 51 m. w. N.; Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 49.

¹⁶⁹ Vgl. MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 65; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 121.

¹⁷⁰ BT-Drs. 14/4722, S. 65; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 61; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 511 ZPO Rn. 40; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 42; Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 49.

¹⁷¹ Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 50; vgl. zur parallelen Regelung des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision BGH 01.10.2002 – XI ZR 71/02, NJW 2003, 65, 67 f.

¹⁷² Zur Entscheidung von Amts wegen s. MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 511 Rn. 83; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 511 ZPO Rn. 125; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 511 ZPO Rn. 42; Stein/Jonas/Althammer²³, § 511 ZPO Rn. 54; Zöllner/Heßler³⁴, § 511 ZPO Rn. 39.

Gericht die Berufung zuzulassen – ein gerichtlicher Ermessensspielraum besteht nicht.¹⁷³ Gegen die Entscheidung für oder gegen die Berufungszulassung stehen grundsätzlich keine gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten zur Verfügung.¹⁷⁴

Da das erstinstanzliche Gericht die Zulassungsvoraussetzungen von Amts wegen prüft, ist vonseiten der Parteien kein Antrag auf Berufungszulassung erforderlich.¹⁷⁵ Äußert sich das Gericht des ersten Rechtszugs in seinem Urteil nicht zur Frage der Berufungszulassung und setzt es zugleich den Streitwert auf unter 600,01 Euro fest, so bedeutet das, dass das Rechtsmittel der Berufung nicht zugelassen ist; das „Schweigen“ in Bezug auf die Frage der Zulassung ist also als Ablehnung der Berufungszulassung auszulegen.¹⁷⁶ Die ausgebliebene Äußerung zur Frage der Berufungszulassung darf jedoch dann nicht als Ablehnung gewertet werden, wenn aus dem Urteil ausdrücklich oder konkludent ersichtlich ist, dass das Eingangsgericht die Berufung schon aus Wertgründen für zulässig gehalten hat – erkennbar an der Streitwertfestsetzung¹⁷⁷ und nur deswegen auf eine Zulassungsentscheidung verzichtet hatte. In diesem Ausnahmefall muss das Berufungsgericht die Zulassungsentscheidung selbsttätig nachholen, sofern es seinerseits die Wertgrenze aus § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO für nicht erreicht hält.¹⁷⁸ Insofern wird mit dem Grundsatz

¹⁷³ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 83; *Wieczorek/Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 122; *Stein/Jonas/Althammer*, § 511 ZPO Rn. 50 (der dort in Fn. 259 aufgeführte Nachweis *BVerfG* 10.04.2008 – 1 BvR 1440/07, *NJW* 2008, 2493 verhält sich zu dieser Tatsache jedoch, soweit ersichtlich, nicht).

¹⁷⁴ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 87; *Wieczorek/Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 125 f.; *Musiak/Voit/Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 42; *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 56; *Zöller/Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 41.

¹⁷⁵ *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 49; vgl. *Wieczorek/Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 125.

¹⁷⁶ *BGH* 10.02.2011 – III ZR 338/09, *NJW* 2011, 926, 927; *Zöller/Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 39; *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 56; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 85. Nach *BGH* 15.06.2011 – II ZB 20/10, *NJW* 2011, 2974, 2976 soll das jedenfalls für Entscheidungen des originären Einzelrichters i. S. v. § 348 ZPO gelten; so wohl auch *Wieczorek/Schütze/Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 122; s. außerdem *Musiak/Voit/Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 42, allerdings mit Verweis auf eine Entscheidung (*BGH* 28.03.2012 – XII ZB 323/11, *NJW-RR* 2013, 131) zur Beschwerde nach § 58 FamFG, die als Rechtsmittel in Ehe- und Familienstreitsachen zu großen Teilen, aber nicht umfassend auf das Berufungsrecht der ZPO zurückgreift, s. § 117 Abs. 2 FamFG.

¹⁷⁷ Alternativ: Ablesbar am Tenor zur vorläufigen Vollstreckbarkeit, sofern dieser auf § 708 i. V. m. § 711 ZPO gründet, *BGH* 10.02.2011 – III ZR 338/09, *NJW* 2011, 926, 928; vgl. dazu allgemein 21.04.2010 – XII ZB 128/09, *NJW-RR* 2010, 934, 935; 14.11.2007 – VIII ZR 340/06, *NJW* 2008, 218, 219.

¹⁷⁸ St. Rspr., jeweils z. B. zu Auskunftsansprüchen oder Ansprüchen auf Zustimmung, etwa *BGH* 15.06.2011 – II ZB 20/10, *NJW* 2011, 2974, 2976; 23.03.2011 – XII ZB 436/10, *NJW-RR* 2011, 998; 999 (Rn. 14); 10.02.2011 – III ZR 338/09, *NJW* 2011, 926, 927 f.; 26.10.2010 – VI ZB 74/08, *NJW* 2011, 615, 615 (Rn. 12);

gebrochen, dass die Zulassungsentscheidung dem Eingangsgericht obliegt und das Berufungsgericht hieran gebunden ist. Die Nachholung der Zulassungsentscheidung durch das Berufungsgericht ist in diesem Fall unter dem Aspekt des Schutzes von Parteiinteressen notwendig, weil es nicht zulasten des Berufungsführers gehen soll, dass das Berufungsgericht die Höhe der Beschwerde anders bewertet als das Gericht der ersten Instanz.¹⁷⁹ Eine Ergänzungsentscheidung des erstinstanzlichen Gerichts ist dagegen nicht möglich und somit grundsätzlich unwirksam.¹⁸⁰

5. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen

Von den weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen sind insbesondere die Zuständigkeit (a)) und die Postulationsfähigkeit (b)) zu prüfen. Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze für alle sonstigen Voraussetzungen,¹⁸¹ die jedoch in der Regel nicht relevant werden.

a) Zuständigkeit des Berufungsgerichts

Für die Entscheidung über die Berufung zuständig ist das Berufungsgericht, vgl. § 519 Abs. 1 ZPO. Das Berufungsgericht ist das im Instanzenzug nächsthöhere Gericht (*Judex ad quem*), also in allgemeinen Zivilsachen entweder das Landgericht, für Berufungen gegen amtsgerichtliche Endurteile, § 72 Abs. 1 S. 1, § 72a S. 2 GVG, oder das Oberlandesgericht, für Berufungen gegen erstinstanzliche Endurteile und gleichstehende Urteile des Landgerichts, § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG.¹⁸²

14.11.2007 – VIII ZR 340/06, NJW 2008, 218, 219; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 59, 88; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 123; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 42a; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 511 ZPO Rn. 39; Hirtz/Oberheim/*Siebert/Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 153; a. A., u. a. mit dem Argument schutzwürdigen Vertrauens des Berufungsklägers in die Rechtsmittelfähigkeit der angefochtenen Entscheidung: Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 511 ZPO Rn. 58; *ders.*, NJW 2003, 1079, 1082.

¹⁷⁹ BGH 01.03.2012 – V ZB 189/11, ZWE 2012, 226; 19.05.2011 – V ZB 250/10, WM 2011, 432, 432 f.; 14.11.2007 – VIII ZR 340/06, NJW 2008, 218, 219.

¹⁸⁰ Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 511 ZPO Rn. 126; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 511 ZPO Rn. 42 m. w. N.; s. auch MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 511 Rn. 86.

¹⁸¹ S. beispielsweise für Partei- und Prozessfähigkeit BGH 04.11.1999 – III ZR 306/98, NJW 2000, 289, 291; 09.01.1996 – VI ZR 94/95, NJW 1996, 1059, 1060; vgl. auch MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, Vor § 511 Rn. 90; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, Vor § 511 ZPO Rn. 18.

¹⁸² Stein/Jonas/*Althammer*²³, Vor § 511 ZPO Vorbem. Rn. 5 f.; Zöllner/*Lückemann*³⁴, § 119 GVG Rn. 2, 9; Musielak/Voit/*Wittschier*¹⁸, § 119 GVG Rn. 1, 10; Hirtz/Oberheim/*Siebert/Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 51; Hirtz/Oberheim/*Siebert/Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 159.

Außerhalb von allgemeinen Zivilsachen regeln spezielle Vorschriften die besondere Zuständigkeit für Berufungen gegen Entscheidungen in bestimmten bürgerlich-rechtlichen Spezialmaterien,¹⁸³ zum Teil auch in Form von Zuständigkeitskonzentrationen bei bestimmten Gerichten, so für Kartellsachen,¹⁸⁴ WEG-Streitigkeiten,¹⁸⁵ Baulandsachen,¹⁸⁶ Urheberrechtsstreitsachen¹⁸⁷ und Schifffahrtssachen.¹⁸⁸ § 100 GVG regelt die Berufungszuständigkeit der Kammern für Handelssachen.¹⁸⁹

Ist geklärt, welches Gericht zuständig ist, richtet sich die Zuständigkeit der einzelnen Kammer oder des Senats grundsätzlich nach dem Prinzip der formellen Anknüpfung.¹⁹⁰ Danach ist beim Rechtsmittelgericht der Spruchkörper zuständig, der von der Zuständigkeitsbezeichnung her demjenigen der ersten Instanz entspricht. Hat also in der ersten Instanz am Landgericht eine Kammer für Handelssachen entschieden, so ist für das darauf bezogene Berufungsverfahren der für Handelssachen zuständige Senat des OLG zuständig, egal, ob es bei dem Sachverhalt inhaltlich überhaupt um eine Handelssache geht.¹⁹¹ Zweck dieser formellen Anknüpfung ist es, dass die Parteien rechtssicher anhand rein formaler Kriterien und ohne materiellrechtliche Beurteilung erkennen können, bei welchem Gericht sie ihr Rechtsmittel einlegen müssen.¹⁹² Ausnahmen vom Prinzip der formellen Anknüpfung bestehen vor allem bei

¹⁸³ Siehe dazu *Fölsch*, DRiZ 2017, 166, 166 ff.

¹⁸⁴ §§ 91 S. 2, 93 GWB sowie evtl. landesrechtliche Zuständigkeitsverordnungen (z. B. § 2 Kartellgerichte-Bildungs-VO NRW: *OLG Düsseldorf*; § 7 Abs. 2 S. 1 Justiz-Zuständigkeitsverordnung Niedersachsen: *OLG Celle*, § 33 Abs. 2 Gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz Bayern: *OLG München*) i. V. m. §§ 92, 93 GWB.

¹⁸⁵ § 72 Abs. 2 GVG.

¹⁸⁶ § 229 BauGB i. V. m. Landesrecht (z. B. § 2 Baulandsachenzusammenfassungsverordnung NRW).

¹⁸⁷ § 105 Abs. 1 UrhG i. V. m. den jeweiligen landesrechtlichen Zuständigkeitsverordnungen (z. B. § 1 Zusammenfassungsverordnung Design-, Urheber-, Markenrecht NRW; § 6 Abs. 1 Justiz-Zuständigkeitsverordnung Niedersachsen; § 45 Abs. 2 Gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz Bayern). Für Berufungen in Patentstreitigkeiten existiert keine gesonderte Zuständigkeitsregelung, wie es sie erstinstanzlich mit § 143 Abs. 1, 2 PatG gibt; zuständig ist daher das dem jeweiligen LG übergeordnete OLG nach allgemeinen Regelungen, s. *BGH* 27.04.1978 – X ZB 3/78, GRUR 1978, 527, 528 – Zeitplaner.

¹⁸⁸ § 11 S. 1 sowie § 4 Abs. 1 S. 1 BinSchVerfG i. V. m. den landesrechtlichen Zuständigkeitsregeln (z. B. § 2 Binnenschifffahrt-ZuweisungsVO NRW; § 48 Nr. 7 Gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz Bayern).

¹⁸⁹ *Stein/Jonas/Althammer*²³, Vor § 511 ZPO Vorbem. Rn. 9.

¹⁹⁰ *Zöller/Lückemann*³⁴, § 119 GVG Rn. 9; *Musielak/Voit/Wittschier*¹⁸, § 119 GVG Rn. 11; *Stein/Jonas/Jacobs*²³, § 119 GVG Rn. 4, 9.

¹⁹¹ *BGH* 01.04.1993 – III ZB 35/92, juris Rn. 15 f.; *Musielak/Voit/Wittschier*¹⁸, § 119 GVG Rn. 11.

¹⁹² *BGH* 14.07.1993 – XII ARZ 16/93, NJW-RR 1993, 1282, 1282 m. w. N.

den Oberlandesgerichten, erstens in Kartellsachen (dazu schon oben) sowie zweitens für die Zuständigkeit der gemäß § 119a GVG eingerichteten Spezialsenate. Dort ist jeweils qua materiellrechtlicher Anknüpfung die Zuständigkeit des Berufungssenats davon abhängig, ob es sich um eine Streitigkeit aus den Sachgebieten des eigenen Zuständigkeitsbereichs handelt, also etwa um eine kartellrechtliche Streitigkeit nach § 87 GWB¹⁹³ oder eine Streitigkeit aus einem der Sachgebiete des § 119a S. 1 Nr. 1–7 GVG.¹⁹⁴ Es kommt bei den Spezialsenaten daher gerade nicht darauf an, ob in der Vorinstanz auch die korrespondierende Spezialkammer entschieden hat.¹⁹⁵ Da auf amtsgerichtlicher Ebene ohnehin keine Spezialzuständigkeiten bestehen, gilt dasselbe für die Zuständigkeit der Spezialkammern bei den Landgerichten im Sinne von § 72a GVG in Berufungssachen.

Innerhalb des zuständigen Spruchkörpers können sowohl das Kollegium als auch der Einzelrichter über die Berufung entscheiden, § 526 ZPO. Dabei kann dem Einzelrichter die Berufungsentscheidung übertragen werden, wenn auch die erstinstanzliche Entscheidung von einem Einzelrichter erlassen wurde, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und keine besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten aufweist und wenn nicht bereits im Haupttermin zur Hauptsache verhandelt worden ist, außer es ist bereits ein Vorbehalts-, Teil- oder Zwischenurteil ergangen (§ 526 Abs. 1 Nr. 1–4 ZPO). Während fast alle dieser Voraussetzungen denen für den obligatorischen Einzelrichter in erster Instanz nach § 348a ZPO entsprechen, führt das Spiegelbildprinzip, d. h., dass nur bei Berufungen gegen erstinstanzliche Einzelrichterurteile auch ein Tätigwerden des Berufungsrichters als Einzelrichter möglich ist,¹⁹⁶ dazu, dass in der Berufungsinstanz die Einzelrichterzuständigkeit restriktiver gehandhabt und damit in der Praxis relativ seltener als in der ersten Instanz vorkommt (dazu unten Kapitel 3 A. VI.).¹⁹⁷ Die Übertragungsentscheidung des Kollegiums ist allerdings erst möglich, wenn feststeht, dass die

¹⁹³ Der Kartellrechtssenat beim OLG ist dann für alle kartellrechtlichen Berufungen zuständig, ohne dass es darauf ankommt, welche LG-Kammer den Fall erstinstanzlich entschieden hat, § 91 S. 2 GWB; s. etwa *OLG Düsseldorf* 24.01.2018 – VI-U (Kart) 10/17, NZKart 2018, 145, 147 f.; Grund ist die Sicherung der Fachkompetenz, s. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß), BT-Drs. 13/10633, S. 73.

¹⁹⁴ *OLG Braunschweig* 08.02.2019 – 1 W 1/19, juris Rn. 6; Zöller/Lückemann³⁴, § 119a GVG Rn. 2; vgl. Hirtz/Oberheim/Siebert/Oberheim⁶, Kap. 2 Rn. 51, der die interne Zuständigkeitsermittlung aus diesem Grund als relativ unübersichtlich beschreibt; aus Anwaltsperspektive dazu ebenso Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert⁶, Kap. 5 Rn. 172 f.

¹⁹⁵ *OLG Braunschweig* 08.02.2019 – 1 W 1/19, juris Rn. 6.

¹⁹⁶ Zöller/Heßler³⁴, § 526 ZPO Rn. 4; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 526 Rn. 4 m. w. N.; Stein/Jonas/Althammer²³, § 526 ZPO Rn. 4.

¹⁹⁷ Vgl. Zöller/Heßler³⁴, § 526 ZPO Rn. 1, 4.

Berufung nicht durch Beschluss verworfen oder zurückgewiesen wird, § 523 Abs. 1 S. 1 ZPO.¹⁹⁸ Faktisch dürften beide Entscheidungen in der Hand des Vorsitzenden liegen.¹⁹⁹ Insgesamt werden erstinstanzliche Kollegialentscheidungen auch in der Berufung nur vom Kollegialorgan – dem Senat – beurteilt;²⁰⁰ erstinstanzliche Einzelrichterurteile können dagegen in der Berufung vom Einzelrichter und vom Kollegium behandelt werden. Auch wenn keine Übertragung auf den Einzelrichter nach § 526 ZPO stattfindet, kann über § 527 Abs. 1 ZPO gleichwohl die Zuweisung der Sache an den Einzelrichter zur Vorbereitung der Entscheidung erfolgen.²⁰¹ Falls das Kollegium zuständig bleibt, kann die interne Kompetenzverteilung zwischen Vorsitzendem und Berichterstatter je nach Spruchkörper unterschiedlich ausgestaltet werden.²⁰²

b) Postulationsfähigkeit, § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO

Da die Berufung entweder vor das Landgericht oder das Oberlandesgericht geht, herrscht gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO im Berufungsprozess Anwaltszwang.²⁰³ Die Partei selbst ist also nicht postulationsfähig.²⁰⁴ Die Postulationsfähigkeit ist Prozesshandlungsvoraussetzung, d. h., das Gericht muss sie von Amts wegen prüfen.²⁰⁵ Ist eine Partei bei der Berufungseinlegung nicht anwaltlich vertreten, so ist die Prozesshandlung der Einlegung unwirksam²⁰⁶ und die Berufung ist unzulässig.

¹⁹⁸ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 526 Rn. 14; Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 523 ZPO Rn. 3; *Zöllner/Heßler*³⁴, § 526 ZPO Rn. 9.

¹⁹⁹ Zur Zuständigkeit des Kollegiums *de iure* s. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 523 Rn. 6; Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 523 ZPO Rn. 3; *Zöllner/Heßler*³⁴, § 523 ZPO Rn. 1.

²⁰⁰ BT-Drs. 14/4722, S. 99; Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 526 ZPO Rn. 4; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 526 ZPO Rn. 4; vgl. *Zöllner/Heßler*³⁴, § 526 ZPO Rn. 4.

²⁰¹ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 523 Rn. 5; Stein/*Jonas/Althammer*²³, § 527 ZPO Rn. 1; *Zöllner/Heßler*³⁴, § 527 ZPO Rn. 1.

²⁰² Hirtz/*Oberheim/Siebert/Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 21 ff. zu den möglichen Vorgehensweisen.

²⁰³ *Zöllner/Althammer*³⁴, § 78 ZPO Rn. 13.

²⁰⁴ *Zöllner/Althammer*³⁴, § 78 ZPO Rn. 4.

²⁰⁵ BGH 11.10.2005 – XI ZR 398/04, NJW 2005, 3773, 3774 (Rn. 19); *Zöllner/Althammer*³⁴, § 78 ZPO Rn. 11.

²⁰⁶ Vgl. BGH 07.06.1990 – III ZR 142/89, BGHZ 111, 339, 342 ff. m.w.N.; MüKoZPO/*Toussaint*⁶, § 78 Rn. 71; *Zöllner/Althammer*³⁴, § 78 ZPO Rn. 12; Musielak/*Voit/Weth*¹⁸, § 78 ZPO Rn. 6.

6. Entscheidung über Zulässigkeit: Verwerfung oder Begründetheitsprüfung

Ist die Berufung zulässig, kann das Gericht im nächsten Schritt die Begründetheit der Berufung prüfen. Kommt das Gericht jedoch zu dem Ergebnis, dass die Berufung schon nicht zulässig ist – bei Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile häufig etwa wegen Missachtung von § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO – und wird dieser Mangel nicht mehr innerhalb der Berufungsfrist behoben,²⁰⁷ so hat das Gericht gemäß § 522 Abs. 1 S. 2 ZPO die Berufung als unzulässig zu verwerfen.²⁰⁸ Abhängig davon, ob eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, erfolgt die Verwerfung der Berufung als unzulässig entweder per Beschluss, § 522 Abs. 1 S. 3 ZPO, oder durch Urteil.²⁰⁹ Über den Beschluss muss das Kollegium entscheiden, arg. e § 523 Abs. 1 ZPO.²¹⁰ Vor der Verwerfungsentscheidung muss das Gericht den Berufungskläger darauf hinweisen, dass es beabsichtigt, die Berufung zu verwerfen.²¹¹ So können Überraschungsentscheidungen vermieden werden, und der Berufungskläger erhält die Möglichkeit, behebbare Zulässigkeitsmängel zu beseitigen.²¹² Theoretisch ist, unabhängig von der Rechtskraft der Verwerfungsentscheidung, auch eine wiederholte Einlegung der Berufung innerhalb der Beru-

²⁰⁷ Zu dieser Möglichkeit für die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen s. etwa Zöller/Heßler³⁴, § 519 ZPO Rn. 21 m. w. N.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 519 ZPO Rn. 47; Stein/Jonas/Althammer²³, § 519 ZPO Rn. 27 ff. (Berufungsschrift); ders., a. a. O., § 520 ZPO Rn. 52 ff.; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 520 ZPO Rn. 49 (Berufungsbeurteilung, insb. Berufungsanträge).

²⁰⁸ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 3; Musielak/Voit/Ball¹⁸, Vor § 511 ZPO Rn. 19, § 522 ZPO Rn. 10; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 11; Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert⁶, Kap. 5 Rn. 306.

²⁰⁹ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 13 f.; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 17 ff., 27 f.; Zöller/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 6; Musielak/Voit/Ball¹⁸, § 522 ZPO Rn. 12; Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 522 ZPO Rn. 26 ff. Zur umstrittenen Frage, ob eine teilweise Verwerfung zusammen mit einer teilweisen Zurückweisung im selben Beschluss erfolgen darf, s. *Piorreck/Keilbach*, in: FS Vorwerk, 2019, S. 279, 286 m. w. N.

²¹⁰ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 15; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 17; Zöller/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 13; Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 522 ZPO Rn. 31.

²¹¹ St. Rspr., etwa *BGH* 26.02.2020 – XII ZB 402/19, NJW-RR 2020, 877, 877 (Rn. 11); Zöller/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 6, 13; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 4; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 20; Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert⁶, Kap. 5 Rn. 308; Hirtz/Oberheim/Siebert/Oberheim⁶, Kap. 2 Rn. 40 ff. mit Verfügungsbeispiel.

²¹² Zöller/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 13; Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 522 ZPO Rn. 20 f.; vgl. auch Hirtz/Oberheim/Siebert/Oberheim⁶, Kap. 2 Rn. 35 ff. m. w. N., der deswegen zu einer möglichst frühen Teilzulässigkeitsprüfung rät.

fungsfrist denkbar.²¹³ Mit Blick auf die Überprüfbarkeit muss die Verwerfungsentscheidung den wesentlichen Sachverhalt sowie die Anträge beider Instanzen enthalten.²¹⁴

II. Die Prüfung der Begründetheit

Ist die Berufung zulässig, kann das Gericht im nächsten Schritt die Begründetheit der Berufung, d. h. Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage, prüfen. Der Berufungsrichter beginnt dabei sinnvollerweise damit, das erstinstanzliche Urteil zu lesen.²¹⁵ Danach kann er die Berufungsbegründung nachvollziehen und die jeweiligen Angriffe in Beziehung zum angefochtenen Urteil setzen (zu diesem Ablauf und möglichen psychologischen Einflüssen später in Kapitel 4 A. II. 2.; B. I.).²¹⁶

1. Prüfungsgegenstand

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das erstinstanzliche Urteil, einschließlich der darin entschiedenen Anträge.²¹⁷ Dabei wird die Prüfung des erstinstanzlichen Urteils in ihrem Umfang durch die Berufungsanträge bestimmt, § 528 S. 1 ZPO.²¹⁸ Gemäß § 528 S. 2 ZPO darf das Berufungsgericht daher auch nichts anderes zusprechen, als der Berufungsführer beantragt hat.²¹⁹ Damit ist einerseits ein Verbot der Verbesserung insoweit verbunden, als das Berufungsgericht nicht über die Anträge hinausgehen darf;²²⁰ andererseits enthält § 528 S. 2 ZPO ein Verbot der *Reformatio in Peius* zulasten des

²¹³ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 522 ZPO Rn. 13 m. w. N.; Musielak/Voit/*Ball*¹⁸, § 522 ZPO Rn. 14; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 27; vgl. auch MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 522 Rn. 16; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 522 ZPO Rn. 47 m. w. N.

²¹⁴ St. Rspr., etwa BGH 30.04.2019 – VI ZB 48/18, NJW-RR 2019, 952, 953 (Rn. 4) m. w. N.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 522 Rn. 12 m. w. N.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 13; vgl. Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 5 Rn. 309.

²¹⁵ Hirtz/Oberheim/Siebert/*Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 87.

²¹⁶ Hirtz/Oberheim/Siebert/*Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 87.

²¹⁷ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 2; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 528 Rn. 5; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 139 Rn. 17 ff.; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 528 ZPO Rn. 1, 3, 6.

²¹⁸ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 528 Rn. 5; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 528 ZPO Rn. 2; vgl. Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 2.

²¹⁹ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 528 ZPO Rn. 11; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 16.

²²⁰ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 17; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 528 ZPO Rn. 32; vgl. Zöllner/*Heßler*³⁴, § 528 ZPO Rn. 11 f.

Berufungsklägers.²²¹ Diese Garantie des Verschlechterungsverbots gilt allerdings nicht mehr, sobald der Berufungsbeklagte sich der Berufung anschließt (Anschlussberufung) oder selbst ein Rechtsmittel einlegt.²²²

Falls ausnahmsweise noch mehr als die erstinstanzlich entschiedenen Ansprüche Gegenstand der Berufung werden soll, gelten zunächst die allgemeinen Vorschriften, §§ 525 S. 1, 263 f., 533 ZPO.²²³ Insbesondere müssen sich gemäß § 533 Nr. 2 ZPO neue Ansprüche auf Tatsachen stützen, die nach § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legen sind (Tatsachenkongruenz).²²⁴

2. Prüfungsmaßstab, §§ 513 Abs. 1, 529 Abs. 1 ZPO

Die Berufung ist begründet, wenn das Berufungsgericht zugunsten des Berufungsklägers zu einer anderen Entscheidung als das erstinstanzliche Gericht kommt, entweder weil dessen Urteil unrichtig war oder weil sich eine neue rechtliche Bewertung aufgrund zulässigen neuen Vorbringens ergibt.²²⁵ Folglich kann nach § 513 Abs. 1 ZPO die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die erstinstanzliche Entscheidung auf einer Rechtsverletzung i. S. v. § 546 ZPO beruht (a)) oder dass nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere, für den jeweiligen Berufungsführer günstigere, Entscheidung rechtfertigen.²²⁶ Der letztere Fall setzt voraus, dass die Berufung entweder mit einer unrichtigen Tatsachenfeststellung der ersten Instanz begründet wird, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (b)), oder sich auf zulässigen neuen Tatsachenvortrag im Sinne von § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO stützt (c)). Zwangsläufig ist der maßgebliche Entscheidungszeitpunkt also das Ende der mündlichen Berufungsverhandlung, sodass auch zwischenzeitlich eingetretene Änderungen des Rechts oder der Rechtsprechung dazu führen können, dass gegen ein ur-

²²¹ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 18 ff. m. w. N.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 528 Rn. 26 ff.; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 140 Rn. 6; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 528 ZPO Rn. 38 f.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 528 ZPO Rn. 24 ff.

²²² Zöllner/*Heßler*³⁴, § 528 ZPO Rn. 24; BeckOK-ZPO/*Wulf*⁴³, § 528 Rn. 12; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 528 ZPO Rn. 32, 38; vgl. Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 18.

²²³ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 2 f.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 528 Rn. 5, 20; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 528 ZPO Rn. 14; vgl. beispielsweise *BGH* 06.12.2004 – II ZR 394/02, NJW-RR 2005, 437, 437.

²²⁴ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 528 ZPO Rn. 2 f., § 533 Rn. 15; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 533 Rn. 14; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 533 ZPO Rn. 1, 34.

²²⁵ Thomas/Putzo/*Reichold*, ZPO⁴², Vorbem § 511 Rn. 12.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 1, § 540 ZPO Rn. 23.

²²⁶ Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 134 Rn. 15; s. beispielhaft etwa: *OLG Hamm* 17.03.2020 – 7 U 95/19, BeckRS 2020, 5741 Rn. 34.

sprünglich fehlerfreies erstinstanzliches Urteil die Berufung doch begründet ist.²²⁷

Bei seiner Prüfung wird sich das Berufungsgericht zwar an der Berufungsbegründung orientieren,²²⁸ aber die zugestandene Prüfungskompetenz ist ausdrücklich nicht auf die aufgeworfenen Berufungsgründe beschränkt, § 529 Abs. 2 S. 2 ZPO.²²⁹ In jedem Fall ist der zuständige Berufungsrichter daher verpflichtet, die ganze erstinstanzliche Akte zu lesen.²³⁰

*a) Beruht erstinstanzliche Entscheidung auf Rechtsverletzung,
§§ 513 Abs. 1 Var. 1, 546 ZPO?*

Die Berufung gegen ein erstinstanzliches Urteil kann u. a. dann begründet sein, wenn das erstinstanzliche Gericht eine materielle oder prozessuale Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt hat (Rechtsverletzung) und das Urteil darauf beruht, §§ 513 Abs. 1 Var. 1, 546 ZPO.²³¹ Solch eine Rechtsverletzung kann auch bei Fragen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder von Generalklauseln gegeben sein,²³² ebenso bei der Anwendung von Erfahrungssätzen und Denkgesetzen.²³³ Ferner erfasst sind Ermessensentscheidungen des erstinstanzlichen Gerichts, wie insbesondere die Auslegung von Willenserklärungen.²³⁴ Hier hat das Berufungsgericht volle Ermessenskontrolle²³⁵

²²⁷ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 540 ZPO Rn. 23; vgl. Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 140 Rn. 1; zum umgekehrten Fall s. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, Vor § 511 Rn. 79 ff.

²²⁸ Vgl. Zöller/*Heßler*³⁴, § 520 ZPO Rn. 30.

²²⁹ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 10; Zöller/*Heßler*³⁴, § 529 ZPO Rn. 19; Wieczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 529 ZPO Rn. 45; vgl. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 529 Rn. 27 ff.

²³⁰ Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 10; a.A. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 529 Rn. 1. Umfassend zur Kasuistik *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 453 ff.

²³¹ Zöller/*Heßler*³⁴, § 513 ZPO Rn. 2, 5; Wieczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 5; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 1, 4; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 513 Rn. 8 ff.

²³² Zöller/*Heßler*³⁴, § 513 ZPO Rn. 2; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 4; Wieczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 10; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 513 Rn. 10.

²³³ Zöller/*Heßler*³⁴, § 513 ZPO Rn. 2; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 513 Rn. 9; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 4; Wieczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 5.

²³⁴ Zöller/*Heßler*³⁴, § 513 ZPO Rn. 2; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 4; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 513 Rn. 13; im Einzelnen differenzierend: Wieczorek/*Schütze/Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 7.

²³⁵ BGH 18.12.2012 – X ZR 3/12, GRUR 2013, 275, 278 (Rn. 39); MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 513 Rn. 10; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 139 Rn. 34.

und darf seine eigene Entscheidung an die Stelle der erstinstanzlichen setzen.²³⁶ Insofern ergibt sich für die Berufungsinstanz also keine Einschränkung der Prüfungskompetenz, wie sie etwa in der Revision existiert.²³⁷

Wenngleich das Berufungsgericht bei seiner Prüfung nicht an die Berufsgründe gebunden ist, gilt dieses Privileg des Berufungsklägers nicht für Verfahrensfehler. Mögliche Rechtsverletzungen von Verfahrensnormen werden, soweit sie nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, nur dann geprüft, wenn sie gerügt wurden, § 529 Abs. 2 S. 1 ZPO.²³⁸ Außerdem können, unabhängig von der Prüfungskompetenz, Mängel in der örtlichen, sachlichen und funktionellen Zuständigkeit des Erstgerichts ausweislich des § 513 Abs. 2 ZPO nicht dazu führen, dass eine Berufung begründet ist.²³⁹

Von einem „Beruhen“ des erstinstanzlichen Urteils auf der Rechtsverletzung ist bei einer materiellrechtlichen Verletzung dann auszugehen, wenn die Entscheidung ohne den Fehler mit einer geringeren Beschwer des Berufungsführers verbunden wäre.²⁴⁰ Bei einer Verletzung verfahrensrechtlicher Normen muss es sich entweder um einen absoluten Revisionsgrund i. S. v. § 547 ZPO handeln oder das Berufungsgericht muss bei ordnungsgemäßer Anwendung der jeweiligen Norm zu einer anderen sachlichen Beurteilung als das Erstgericht gekommen sein.²⁴¹

²³⁶ BGH 14.07.2004 – VIII ZR 164/03, BGHZ 160, 83; 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015, 3017; s. auch 28.03.2006 – VI ZR 46/05, NJW 2006, 1589, 1592; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 139 Rn. 34; Stein/Jonas/Althammer²³, § 513 ZPO Rn. 8; a.A. statt vieler ausführlich Arnold, ZJP 126 (2013) 63, 67 ff.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 513 ZPO Rn. 6 f.

²³⁷ Zöllner/Heßler³⁴, § 513 ZPO Rn. 2; Stein/Jonas/Althammer²³, § 513 ZPO Rn. 8; differenzierend wiederum Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 513 ZPO Rn. 6.

²³⁸ Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 18; Stein/Jonas/Althammer²³, § 529 ZPO Rn. 33 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 139 Rn. 35 m. w. N.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 529 ZPO Rn. 40 ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 513 Rn. 28.

²³⁹ Stein/Jonas/Althammer²³, § 513 ZPO Rn. 2, 11 ff.; Zöllner/Heßler³⁴, § 513 ZPO Rn. 6 ff.; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 513 ZPO Rn. 18 ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 513 Rn. 17 ff.

²⁴⁰ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 513 Rn. 15; Stein/Jonas/Althammer²³, § 513 ZPO Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 513 ZPO Rn. 13; Zöllner/Heßler³⁴, § 513 ZPO Rn. 5.

²⁴¹ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 513 Rn. 15; Stein/Jonas/Althammer²³, § 513 ZPO Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 513 ZPO Rn. 13; vgl. auch Zöllner/Heßler³⁴, § 513 ZPO Rn. 5.

b) *Unrichtige Tatsachenfeststellung im erstinstanzlichen Urteil,*
§§ 513 Abs. 1 Var. 2, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO?

Eine Berufung kann auch bei unrichtiger Tatsachenfeststellung im erstinstanzlichen Urteil begründet sein. Wie bereits in Teil A. dieses Kapitels angesprochen (II.2.), hat das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO grundsätzlich von den Tatsachenfeststellungen auszugehen, die das erstinstanzliche Gericht vorgenommen hat. Das gilt jedenfalls für die Tatsachenfeststellungen, die von der ersten Instanz „vollständig und überzeugend“ getroffen worden sind,²⁴² wobei unter die festgestellten Tatsachen der gesamte sich aus den erstinstanzlichen Akten ergebende Prozessstoff zu verstehen ist.²⁴³ Im Gegensatz dazu entfalten diejenigen Tatsachenfeststellungen, hinsichtlich derer aufgrund „konkrete[r] Anhaltspunkte“ „Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit“ bestehen, sodass eine neue Feststellung geboten ist, keine Bindungswirkung für das Berufungsverfahren.²⁴⁴

Derartige Zweifel liegen dann vor, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die erstinstanzlichen Feststellungen nach einer zweitinstanzlichen Beweisaufnahme keinen Bestand haben werden.²⁴⁵ Dabei können sich die Zweifel erstens aus einer fehlerhaften Rechtsanwendung ergeben (Übergehen oder Verkennen von Parteivortrag, Verkennen der Beweislast, Übergehen von Beweisanträgen, fehlerhafte Beweisaufnahme oder -würdigung), die dazu geführt hat, dass auch die Tatsachenfeststellung fehlerbehaftet geworden ist;²⁴⁶ zweitens ist die Tatbestandsvoraussetzung der „Zweifel“ aber auch erfüllt, wenn die erstinstanzliche Beweiserhebung und -würdigung fehlerfrei war, jedoch das Berufungsgericht deren Ergebnis nicht für überzeugend

²⁴² BT-Drs. 14/4722, S. 61; s. auch Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 1, § 529 ZPO Rn. 11; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 2.

²⁴³ *BGH* 19.03.2004 – V ZR 104/03, NJW 2004, 2152, 2155 f.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 529 ZPO Rn. 3; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 529 ZPO Rn. 9; vgl. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 529 Rn. 3 ff.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 529 ZPO Rn. 2.

²⁴⁴ Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 2, 14; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 529 Rn. 8; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 529 ZPO Rn. 15; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 529 ZPO Rn. 1, 4.

²⁴⁵ *BGH* NJW-RR 2019, 1343, 1343; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 529 ZPO Rn. 17 m. w. N.; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 529 ZPO Rn. 17; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 529 ZPO Rn. 4, 8; a. A. MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 529 Rn. 17.

²⁴⁶ *BGH* 12.03.2004 – V ZR 257/03, NJW 2004, 1876, 1876 f.; vgl. Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 529 ZPO Rn. 17; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 529 Rn. 16; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 529 ZPO Rn. 2 f., 7c; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 529 ZPO Rn. 2 ff.; s. umfassend und detailliert zu den verschiedenen Fallgestaltungen *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 514 ff.

hält.²⁴⁷ Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel werden vor allem durch die Berufungsgründe aufgebracht, sofern nach §§ 530, 531 ZPO zulässig,²⁴⁸ zumal der Berufungsführer für die „Zweifel“ beweisbelastet ist.

Grundsätzlich steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts, ob und inwieweit bei Zweifeln i. S. v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO eine im ersten Rechtszug durchgeführte Beweisaufnahme wiederholt wird, vgl. § 286 ZPO.²⁴⁹ In vielen Fällen geht die Rechtsprechung von einer Ermessensreduktion auf Null aus.²⁵⁰ Beispielsweise ist, wenn das erstinstanzliche Gericht rechtsfehlerhaft die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterlassen oder verweigert hat, das Berufungsgericht verpflichtet, diesen Mangel zu heilen.²⁵¹ Auch im eben benannten zweiten Fall, d. h., wenn die Ausführungen des Zeugen oder Sachverständigen anhand konkreter Anhaltspunkte abweichend von der Vorinstanz gewürdigt werden sollen, muss das Berufungsgericht die betreffenden Zeugen oder Sachverständigen oder auch die Partei gemäß § 398 ZPO erneut vernehmen.²⁵²

Insgesamt zeigt sich auch an den Voraussetzungen für diesen Berufungsgrund, dass dem Berufungsgericht trotz seiner Konzeption als eingeschränkte Tatsacheninstanz weiterhin relativ umfassende Beurteilungs- und Entscheidungskompetenzen zukommen. Insofern wurde das Ziel des Reformgesetzgebers von der Rechtsprechung des *BGH* wieder stark zurückgenommen.²⁵³

²⁴⁷ BGHZ 162, 313, 315 f.; Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 4; Stein/Jonas/Althammer²³, § 529 ZPO Rn. 17; a. A. Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 529 ZPO Rn. 20; kritisch differenzierend auch MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 529 Rn. 15.

²⁴⁸ Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 529 ZPO Rn. 19 ff.; vgl. Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 7a ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 529 Rn. 13; Stein/Jonas/Althammer²³, § 529 ZPO Rn. 19 ff.

²⁴⁹ Stein/Jonas/Althammer²³, § 529 ZPO Rn. 23; Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 9; vgl. Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 529 ZPO Rn. 22.

²⁵⁰ Stein/Jonas/Althammer²³, § 529 ZPO Rn. 23 m. w. N.; s. auch die Darstellung bei Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 529 ZPO Rn. 12, 22 ff.; Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 9.

²⁵¹ BGH 10.05.2005 – VI ZR 245/04, NZV 2005, 463, 464; Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 14; Stein/Jonas/Althammer²³, § 529 ZPO Rn. 23; Doukoff, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 521 ff.; 599 ff.; vgl. MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 529 Rn. 19.

²⁵² Vgl. für Zeugen: BGH 21.03.2018 – IV ZR 248/17, juris Rn. 10; 10.11.2010 – IV ZR 122/09, juris Rn. 6; vgl. für Sachverständige: 06.03.2019 – IV ZR 128/18, juris Rn. 7; 18.07.2018 – VII ZR 30/16, juris Rn. 17; 24.03.2010 – VIII ZR 270/09, juris Rn. 8; 08.06.1993 – VI ZR 192/92, juris Rn. 17; allgemein Stein/Jonas/Althammer²³, § 529 ZPO Rn. 17, 23 f.; Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 12 ff.; vgl. außerdem zum Verfassungsrecht *BVerfG* 12.06.2003 – 1 BvR 2285/02, NJW 2003, 2524, 2524; 22.11.2004 – 1 BvR 1935/03 NJW 2005, 1487, 1487.

²⁵³ Zöllner/Heßler³⁴, § 529 ZPO Rn. 2; s. auch Roth, in: Hommage Rimmelspacher, 2019, S. 19, 19 ff. („Kampf zwischen Gesetzgeber und Bundesgerichtshof“); vgl.

c) Zulässiger neuer Tatsachenvortrag,
 §§ 513 Abs. 1 Var. 2, 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO

Neben einer Rechtsverletzung und Fehlern bei der Tatsachendarstellung kann sich die Begründetheit einer Berufung auch aus zulässigem neuen Tatsachenvortrag ergeben, sofern dieser eine andere Entscheidung der Sache rechtfertigt, §§ 513 Abs. 1 Var. 2, 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.²⁵⁴

Das umfasst insbesondere die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel, die gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO ohne Fahrlässigkeit der Partei in der ersten Instanz nicht vorgebracht wurden.²⁵⁵ Die anderen beiden Tatbestände, nach denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ausnahmsweise zugelassen sind – erstinstanzlich übersehener oder für unerheblich gehaltener Gesichtspunkt (Nr. 1) oder infolge eines Verfahrensmangels nicht geltend gemachter Vortrag (Nr. 2) –, sind in der Regel unter den Berufungsgrund der Rechtsverletzung i. S. v. § 513 Abs. 1 Var. 1 ZPO zu subsumieren.²⁵⁶ Ebenso ist neuer unstreitiger Tatsachenvortrag bereits im Wege des § 529 Abs. 1 ZPO der Berufungsentscheidung zugrunde zu legen; eine Zurückweisung des Vorbringens nach § 531 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht.²⁵⁷ Das gilt auch für erstmalig im Berufungsprozess erhobene Einreden, deren begründende tatsächliche Umstände zwischen den Parteien unstreitig sind.²⁵⁸

Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 1; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 3; *Büttner*, Berufung und Revision, 2010, S. 26 ff.

²⁵⁴ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 513 ZPO Rn. 4; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 513 Rn. 16, § 529 Rn. 22 ff.; Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 17; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 513 ZPO Rn. 3.

²⁵⁵ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 513 ZPO Rn. 4, § 531 ZPO Rn. 29 ff.; zur Verfassungsmäßigkeit der Norm s. *BVerfG* 24.01.2005 – 1 BvR 2653/03, NJW 2005, 1768, 1769; a.A. *Hunke/Dübbbers*, NJ 2002, 184, 184 ff.

²⁵⁶ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 513 ZPO Rn. 4; implizit wohl auch Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 529 ZPO Rn. 14 ff.; wohl a.A. (alle Nrn. von § 531 Abs. 2 ZPO gleichwertig erfasst) Wieczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 513 ZPO Rn. 17.

²⁵⁷ St. Rspr., *BGH* 18.11.2004 – IX ZR 229/03, BGHZ 161, 138, 141 ff.; 06.12.2004 – II ZR 394/02, WM 2005, 295, 296 = juris Rn. 11; 02.07.2007 – II ZR 111/05, WM 2007, 1932, 1938 = juris Rn. 63; 19.01.2006 – III ZR 105/05, BGHZ 166, 29, 31 = juris Rn. 6; 13.07.2005 – IV ZR 47/04, FamRZ 2005, 1555, 1557 = juris Rn. 17; 19.10.2005 – IV ZR 89/05, NJW 2006, 298, 299 = juris Rn. 19; 21.02.2006 – VIII ZR 61/04, WM 2006, 1115, 1115 = juris Rn. 5; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 36; § 531 ZPO Rn. 20; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 531 Rn. 30; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 531 ZPO Rn. 16; kritisch: *Stackmann*, NJW 2007, 9, 10; *Ostermeier*, ZJP 120 (2007) 219, 220 ff.

²⁵⁸ *BGH* 23.06.2008 – GSZ 1/08 –, BGHZ 177, 212, 214 ff. (Rn. 10 ff.).

3. Entscheidung über die Begründetheit

Kommt das Berufungsgericht zu einer Entscheidung über die Begründetheit der ihr vorliegenden Berufungssache, stehen ihm abhängig vom Inhalt der Begründetheitseinschätzung verschiedene Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Die offensichtlich erfolglose, weil unbegründete Berufung kann im Beschlusswege gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückgewiesen werden, sofern die weiteren Voraussetzungen der Norm vorliegen (a)). Andernfalls wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt, für deren Abschluss sich wiederum mehrere Erledigungsvarianten bieten (b)).

*a) Berufung offensichtlich erfolglos, da unbegründet:
Zurückweisung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO*

Für den Fall, dass die Berufung nach Überzeugung des als Kollegialorgan besetzten²⁵⁹ Berufungsgerichts „offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat“, kann („soll“) sie durch Beschluss zurückgewiesen werden, § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Eine Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg, wenn das Berufungsgericht schon auf Basis der Akten, d. h. ohne Notwendigkeit einer etwaigen mündlichen Verhandlung, von der Unbegründetheit des Rechtsmittels überzeugt ist.²⁶⁰ Das – wenig klarstellende –²⁶¹ Merkmal der Offensichtlichkeit dieser mangelnden Erfolgsaussichten ist dann erfüllt, wenn das Berufungsgericht die ihm zur Entscheidung vorgelegten Fragen „zweifelsfrei“ beantworten kann und davon überzeugt ist, dass eine mündliche Verhandlung keinen weiteren Erkenntnisgewinn verspricht.²⁶² Als zusätzliche Voraussetzungen für die Zurückweisung der Berufung müssen gemäß Abs. 2 S. 1 Nr. 2–4 hinzukommen, dass die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung

²⁵⁹ Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 30; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 139 Rn. 6; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 58; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 33; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 522 ZPO Rn. 66.

²⁶⁰ Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 50; Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 36.

²⁶¹ Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 36; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 51; vgl. auch Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 522 ZPO Rn. 67 ff. Widersprüchlich sind insbesondere die in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses enthaltenen Formulierungen „für jeden Sachkundigen ohne längere Nachprüfung“ und andererseits „Offensichtlichkeit setzt aber nicht voraus, dass die Aussichtslosigkeit gewissermaßen auf der Hand liegt“, s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drs. 17/6406, S. 9.

²⁶² BT-Drs. 17/6406, S. 9; Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 36, 40; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 51.

hat,²⁶³ keine Entscheidungsnotwendigkeit aus Gründen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung besteht²⁶⁴ und dass eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.²⁶⁵

Die Regelung des § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO ist in der Vergangenheit nicht unumstritten gewesen.²⁶⁶ Für die Gerichte bleibt sie eine ressourceneffiziente Möglichkeit, Berufungsprozesse zu beenden.²⁶⁷ Sie bietet außerdem für die Parteien des Berufungsrechtsstreits einen großen Zeitvorteil, da die Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung möglich ist, vgl. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO.²⁶⁸ Letzteres dürfte auch mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht zu beanstanden sein.²⁶⁹

Nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO hat dem Zurückweisungsbeschluss ein mit Gründen versehener richterlicher Hinweis (§§ 525, 139 ZPO) vorauszugehen, dass die Kammer oder der Senat nach Beratung und vorläufiger Bewertung der Sach- und Rechtslage zu der Auffassung gelangt ist, dass die Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO in Betracht kommt.²⁷⁰ Außerdem erhält der Berufungsführer Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.²⁷¹ In der Praxis wird seitens des Berufungsklägers sodann auch mit einer Berufungsrücknahme zu rechnen sein (dazu auch unten Kapitel 3 A. VIII. 3.). Sollte die auf den gerichtlichen Hinweis eingehende Stellungnahme wesentliches neues Vorbringen enthalten, das zulässig ist, oder sonstwie die Prozesssituation ändern, kann eine (erneute) Anhörung oder mündliche Verhandlung erforderlich werden.²⁷²

²⁶³ Im Einzelnen: Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 38; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 55; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 24.

²⁶⁴ Im Einzelnen: Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 39; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 56.

²⁶⁵ Im Einzelnen Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 40; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 57; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 25; Wiczorek/Schütze/Gerken⁵, § 522 ZPO Rn. 75 ff.

²⁶⁶ Siehe dazu statt einzelner Nachweise den aktuellen Überblick bei Hoops/Groß, ZRP 2020, 74, 74 ff. m. w. N.

²⁶⁷ Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 29; vgl. Trimbach, NJW 2009, 401, 401 ff.

²⁶⁸ BT-Drs. 14/4722, S. 96 f.; Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 33.

²⁶⁹ Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 54 m. w. N., dort auch zu anderslautenden, allerdings z. T. älteren Auffassungen; ebenso Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 36.

²⁷⁰ Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 139 Rn. 10; Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 34.

²⁷¹ Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 34; Stein/Jonas/Althammer²³, § 522 ZPO Rn. 60 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁸, § 139 Rn. 10; MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 522 Rn. 27, 30.

²⁷² Zöllner/Heßler³⁴, § 522 ZPO Rn. 34.

b) Berufung nicht offensichtlich unbegründet: weiteres Vorgehen

Für alle Berufungen, die das Berufungsgericht nicht über einen Zurückweisungsbeschluss erledigen kann, wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt, § 523 Abs. 1 S. 2 ZPO.²⁷³ Zuvor muss der Spruchkörper per Mehrheitsbeschluss i. S. v. § 196 Abs. 1 GVG entscheiden, ob der Rechtsstreit auf den Einzelrichter übertragen wird oder ob weiter im Kollegium verfahren werden soll.²⁷⁴ Die mündliche Verhandlung endet entweder mit einem Urteil (aa)) oder mit einer parteibetriebenen Erledigung, beispielsweise durch Vergleich oder Berufungsrücknahme (bb)).

aa) Der gesetzlich vorgesehene Regelfall:
das Berufungsurteil, §§ 538, 540 ZPO

Geht man von dem im Gesetz vorgesehenen Verfahrensgang aus, so endet das Verfahren nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung mit einem streitigen Urteil, §§ 538, 540 ZPO. Darin entscheidet es die Sache gemäß § 538 Abs. 1 ZPO grundsätzlich selbst.²⁷⁵

Im Falle einer begründeten Berufung lautet das Berufungsurteil daher in der Regel auf Aufhebung und Abänderung des erstinstanzlichen Urteils.²⁷⁶ Demgegenüber ist eine Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, kombiniert mit Zurückverweisung an das erstinstanzliche Gericht zur neuen Entscheidung, nur im Ausnahmefall möglich.²⁷⁷ Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen eigener Entscheidung des Berufungsgerichts und Zurückverweisung ergibt sich daraus, dass gemäß § 538 Abs. 1 ZPO dem Berufungsgericht – als Tatsacheninstanz –²⁷⁸ die Beweisführung obliegt und es sich grundsätzlich nicht durch eine Zurückverweisung entlasten darf.²⁷⁹ Nach § 538 Abs. 2 ZPO ist die Zurückverweisung einer Berufungssache grundsätzlich möglich, wenn

²⁷³ Vgl. auch *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 1400 mit dem Hinweis, dass eine Begründung der Terminierung nicht erforderlich ist.

²⁷⁴ *Hirtz/Oberheim/Siebert/Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 123 ff., der darauf hinweist, dass die Mehrheitsentscheidung auch im Umlaufverfahren möglich ist.

²⁷⁵ *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, § 538 Rn. 2; *Stein/Jonas/Althammer*, § 538 ZPO Rn. 3; *Zöller/Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 1; *Wieczorek/Schütze/Gerken*⁵, § 538 ZPO Rn. 1.

²⁷⁶ *Stein/Jonas/Althammer*, § 540 ZPO Rn. 23; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁸, § 140 Rn. 18; vgl. *Zöller/Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 1 f.

²⁷⁷ *Zöller/Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 2 ff.

²⁷⁸ *Zöller/Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 1.

²⁷⁹ Vgl. *BGH* 22.09.2006 – V ZR 239/05 –, juris Rn. 14; vgl. ebenso *KG* 10.07.2006 – 12 U 217/05, MDR 2007, 48, 48.

eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist²⁸⁰ und wenn zusätzlich eine der Voraussetzungen aus § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–7 ZPO erfüllt ist – davon praktisch wohl am relevantesten: der wesentliche Verfahrensmangel, der eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme notwendig macht, Nr. 1.²⁸¹ Außerdem ist in den Fällen von Abs. 2 S. 1 Nr. 1–6 erforderlich, dass eine Partei die Zurückverweisung beantragt hat, § 538 Abs. 2 S. 1 a.E. ZPO.²⁸² Die Entscheidung über die Zurückverweisung liegt daraufhin im Ermessen des Gerichts, § 538 Abs. 2 S. 1 a.E. ZPO.²⁸³ In den Fällen des § 538 Abs. 2 Nr. 1–3, 6 und 7 ZPO ergeht zusammen mit der Zurückverweisung auch die Aufhebung des angegriffenen Urteils sowie, falls erforderlich, des diesbezüglichen Verfahrens.²⁸⁴

Die Entscheidungsform des Urteils steht selbstverständlich nicht nur im Fall begründeter Berufungen zur Verfügung, sondern ebenso bei unbegründeten (dann Zurückweisungsentscheidung) sowie bei unzulässigen Berufungen (dann Verwerfungsentscheidung).²⁸⁵

Die Formvorgaben an den Inhalt des Berufungsurteils ergeben sich aus § 540 ZPO. Da die Berufung ausdrücklich keine volle zweite Tatsacheninstanz sein soll, wird nach Verfahrensbeendigung auch bei der Abfassung des Urteils nur noch eine formal reduzierte Ergebnisdokumentation und Erläuterung verlangt.²⁸⁶ Insbesondere muss das Berufungsurteil nicht Tatbestand und

²⁸⁰ Dazu etwa Stein/Jonas/*Althammer*, § 538 ZPO Rn. 5; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 538 Rn. 27.

²⁸¹ Stein/Jonas/*Althammer*, § 538 ZPO Rn. 10 ff.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 538 Rn. 31 ff.; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 140 Rn. 20 ff.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 9 ff.

²⁸² MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 538 Rn. 29 f.; Stein/Jonas/*Althammer*, § 538 ZPO Rn. 9; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 4, 56; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 140 Rn. 19; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 538 ZPO Rn. 70 f.

²⁸³ Zöllner/*Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 6; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 538 Rn. 76 f.; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 538 ZPO Rn. 45; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 140 Rn. 19.

²⁸⁴ Stein/Jonas/*Althammer*, § 538 ZPO Rn. 51 f.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 538 Rn. 80; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 538 ZPO Rn. 57; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 538 ZPO Rn. 38, 73.

²⁸⁵ Stein/Jonas/*Althammer*, § 540 ZPO Rn. 21 f.; Wiczorek/Schütze/*Gerken*⁵, § 540 ZPO Rn. 3.

²⁸⁶ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 540 Rn. 1; Stein/Jonas/*Althammer*, § 540 ZPO Rn. 1; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 540 ZPO Rn. 1; s. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drs. 14/6036, S. 124: „Die Umgestaltung der Berufungsinstanz als Instrument der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung ermöglicht es, vom bisherigen Gleichklang der Regelungen zum erstinstanzlichen Urteil und zum Berufungsurteil abzuweichen und das Berufungsurteil in seinen inhaltlichen Anforderungen auf die neue Funktion der Berufung abzustimmen“.

Entscheidungsgründe enthalten, sondern sich durch Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Feststellungen und Benennung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO)²⁸⁷ so mit dem angegriffenen Urteil und den Berufungsgründen auseinandersetzen, dass die Berufungsentscheidung sowohl in der Sache verständlich ist als auch rechtliche Nachprüfung ermöglicht.²⁸⁸ Daher ist eine kurze Begründung der getroffenen Entscheidung unerlässlich, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO.²⁸⁹ Die Erleichterungen für die Abfassung von Tatbestand und Entscheidungsgründen aus den §§ 313a und b ZPO gelten nach § 540 Abs. 2 ZPO entsprechend auch für das Berufungsurteil.²⁹⁰

bb) Weitere Arten der Erledigung: insbesondere Parteidisposition

Wie bereits gesehen, kann das Berufungsverfahren durch streitiges Urteil, §§ 540, 538 ZPO, oder durch Verwerfungs- oder Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 S. 1 ZPO beendet werden. Daneben ist auch eine Erledigung durch Parteidisposition möglich. Diese Variante der Verfahrensbeendigung soll hier kurz dargestellt werden, zumal die statistische Betrachtung in Kapitel 3 zeigen wird, dass mit Berufungsrücknahme und Prozessvergleich zwei der drei häufigsten Erledigungsarten bei Berufungssachen durch die Parteien selbst herbeigeführt werden (Kapitel 3 A.VIII.1.). Das Motiv hierfür können Kostenvorteile gegenüber der berufsgerichtlichen Entscheidung sein.²⁹¹

Zu den parteibetriebenen Erledigungsmöglichkeiten einer Berufung gehören, neben der bereits erwähnten Berufungsrücknahme gemäß § 516 ZPO und dem Vergleich nach § 278 ZPO²⁹², der Berufungsverzicht nach § 515 ZPO,

²⁸⁷ Stein/Jonas/*Althammer*, § 540 ZPO Rn. 7 ff.; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 540 ZPO Rn. 6; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 540 ZPO Rn. 9 f.; BGH 30.09.2003 – VI ZR 438/02, NJW 2004, 293, 293 f.

²⁸⁸ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 540 ZPO Rn. 1, 5 ff.; Stein/Jonas/*Althammer*, § 540 ZPO Rn. 1 f.; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 140 ZPO Rn. 19; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 540 ZPO Rn. 1, 3 ff., 13; zur Perspektive der Revision auf das Berufungsurteil s. *Brückner/Guhling*, DRiZ 2021, 22, 22 ff.

²⁸⁹ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 540 ZPO Rn. 8; Stein/Jonas/*Althammer*, § 540 ZPO Rn. 2, 10 f.; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 540 ZPO Rn. 3, 13.

²⁹⁰ Dazu etwa MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 540 ZPO Rn. 15; Stein/Jonas/*Althammer*, § 540 ZPO Rn. 18; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*¹⁸, § 140 ZPO Rn. 51; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 540 ZPO Rn. 2.

²⁹¹ Vgl. etwa Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 6 Rn. 8 f.; *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 3620; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 516 ZPO Rn. 30, § 515 ZPO Rn. 17; relativierend aber *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 122.

²⁹² Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 6 Rn. 26; *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 3643 f.; *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 1478 ff.

die einseitige (§ 91a ZPO)²⁹³ oder übereinstimmende Erledigungserklärung,²⁹⁴ das Anerkenntnis²⁹⁵ sowie die Klagerücknahme im Berufungsverfahren gemäß § 269 ZPO²⁹⁶. Alle Beendigungsmöglichkeiten sind grundsätzlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung möglich, einzig Berufungsverzicht und -rücknahme können sogar noch später, d.h. bis zum Beginn²⁹⁷ der Verkündung des Berufungsurteils, erfolgen.²⁹⁸ Dieser Unterschied erklärt sich daraus, dass Vergleich, Erledigungserklärung und Klagerücknahme allgemein für Zivilverfahren geltende Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung darstellen, während der Verzicht auf die Berufung sowie die Rücknahme derselben spezifisch im Berufungsrecht, in §§ 515 und 516 ZPO, als Beendigungsmöglichkeiten geregelt sind.

Berufungsrücknahme und Berufungsverzicht als Emanationen des Dispositionsgrundsatzes unterscheiden sich voneinander zunächst in zeitlicher Hinsicht insofern, als der Verzicht schon vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils möglich ist,²⁹⁹ die Rücknahme dagegen begriffslogisch erst nach Einlegung der Berufung im Sinne von § 519 ZPO.³⁰⁰ Dabei sind zeitliche Überschneidungen möglich, denn ein Verzicht kann auch noch nach Einlegung der Berufung erklärt werden und ist insbesondere nicht als Berufungsrücknahme umzudeuten, u. a. weil die Rücknahme kostenrechtlich nachteiliger sein kann als der Verzicht.³⁰¹ Hinsichtlich ihrer Folgen unterscheiden sich die beiden Beendigungsmöglichkeiten außerdem dadurch, dass bei der Berufungsrück-

²⁹³ *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 3639 ff.

²⁹⁴ *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 3630 ff.

²⁹⁵ *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 1464 ff.

²⁹⁶ Vgl. *Zöller/Greger*³⁴, § 269 ZPO Rn. 12a.

²⁹⁷ Verkündungsbeginn entspricht dem Beginn der Verlesung des Tenors, § 311 Abs. 2 S. 1 ZPO; s. *BGH* 30.06.2011 – III ZB 24/11, NJW 2011, 2662, 2662 f.; *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, § 516 Rn. 9; *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 516 ZPO Rn. 5; *Zöller/Heßler*³⁴, § 516 ZPO Rn. 2; a.A. (bis Abschluss Verlesung Gesamttenor) *Hartmann*, NJW 2001, 2577, 2591.

²⁹⁸ Für die Berufungsrücknahme ergibt sich das schon aus § 516 Abs. 1 ZPO; s. außerdem *BGH* 30.03.2006 – III ZB 123/05, NJW 2006, 2124, 2124 f.; *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, § 516 Rn. 9; *Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert*⁶, Kap. 6 Rn. 14a; *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 3621, 3625. S. außerdem die Nachweise in Kap. 2 Fn. 297.

²⁹⁹ *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, § 515 Rn. 8; *Zöller/Heßler*³⁴, § 515 ZPO Rn. 1; a.A. *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 3624, wonach der einseitige Verzicht „erst nach Verkündung des anzufechtenden Urteils“ möglich sei.

³⁰⁰ *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, § 516 Rn. 9; *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 516 ZPO Rn. 5; *Zöller/Heßler*³⁴, § 516 ZPO Rn. 1.

³⁰¹ *BGH* 01.04.1958 – VIII ZR 191/57, BGHZ 27, 60, 61 f.; allgemein mit den Unterschieden zwischen Verzicht und Rücknahme argumentierend: 09.12.1993 – IX ZR 64/93, BGHZ 124, 305, 309; *MüKoZPO/Rimmelspacher*⁶, § 515 Rn. 22; *Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert*⁶, Kap. 6 Rn. 13; a.A. (Verzicht grds. möglich, sei aber sachlich eine Rücknahme unter Verzicht auf erneute Einlegung) *Stein/Jonas/Althammer*²³,

nahme nach § 516 ZPO der Rechtsmittelführer nicht endgültig sein Recht auf Berufung verliert,³⁰² beim Verzicht hingegen schon.³⁰³ Ein wirksamer Berufungsverzicht macht also jede trotzdem eingelegte Berufung unzulässig;³⁰⁴ bei der Rücknahme ist jederzeit eine neue Berufung möglich, solange die Berufungsfrist noch läuft (siehe oben I. 6.).

Auch wenn der Vergleich, wie erwähnt, keine berufungsspezifische Beendigungsmöglichkeit des Verfahrens ist, kann er in der Berufungsinstanz sogar gesteigerte Relevanz haben: Es gibt nur geringe Aussichten auf eine weitere Instanz, und auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind aufgrund der §§ 530f. ZPO selten möglich; auch bei nur geringem Sachvorteil dürfte der Vergleich daher für den Berufungskläger grundsätzlich zur Kosten- und Zeitersparnis in Betracht kommen.³⁰⁵

cc) Rechtsfolgen der Verfahrensbeendigung; Rechtsschutz

Ungeachtet dessen, ob der Berufungsprozess durch gerichtliche Entscheidung oder durch einen Dispositionsakt der Parteien beendet worden ist, ist hiermit die Berufung als solche erledigt.³⁰⁶ In der Folge muss das Berufungsgericht gemäß § 541 Abs. 2 ZPO die Akten wieder an das Gericht des ersten Rechtszugs zurücksenden.³⁰⁷

§ 515 ZPO Rn. 5; Wieczorek/Schütze/Gerken⁵, § 515 ZPO Rn. 15; Zöllner/Heßler³⁴, § 515 ZPO Rn. 7.

³⁰² MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 515 Rn. 5.

³⁰³ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 515 Rn. 4 mit Verweis auf *RG* 12.10.1939 – V 34/39, *RGZ* 161, 350, 355; vgl. *Oberheim*, *Taktik*⁸, Rn. 3628.

³⁰⁴ Die einseitige Verzichtserklärung gegenüber dem Gegner sowie die übereinstimmend zwischen den Parteien erklärte Verzichtspflichtung ergeben eine prozessuale Einrede, die für den Fall der dennoch eingelegten Berufung dieser die Zulässigkeit nimmt, st. *Rspr.*, etwa *BGH* 14.11.1983 – IVb ZR 1/82, *NJW* 1984, 805, 805; 13.02.1989 – II ZR 110/88, *NJW-RR* 1989, 802, 802; Zöllner/Heßler³⁴, § 515 ZPO Rn. 9; Stein/Jonas/Althammer²³, § 515 ZPO Rn. 18; differenzierend MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 515 Rn. 35, der eine Einrede im Fall der Verzichtspflichtung kraft Parteivereinbarung bejaht, aber für die Verzichtserklärung gegenüber dem Gegner eine Prüfung von Amts wegen verlangt, a. a. O., Rn. 12.

³⁰⁵ *Oberheim*, *Taktik*⁶, Rn. 3643; zurückhaltend zur gesteigerten Attraktivität des Vergleichs in der Berufungs- gegenüber der ersten Instanz: *Hirtz/Oberheim/Siebert/Siebert*⁶, Kap. 6 Rn. 27; zu Einzelheiten der Vergleichsformulierung, *ders.*, a. a. O., Rn. 29; ebenso *Oberheim*, a. a. O., Rn. 3644; ausführlich *Doukoff*, *Zivilrechtliche Berufung*⁶, Rn. 1480 ff.

³⁰⁶ MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, § 541 Rn. 4; vgl. ebenso Stein/Jonas/Althammer²³, § 541 ZPO Rn. 3; nach Zöllner/Heßler³⁴, § 541 ZPO Rn. 2 tritt Erledigung nur durch Prozessvergleich oder Urteil ein.

³⁰⁷ Stein/Jonas/Althammer²³, § 541 ZPO Rn. 3; Zöllner/Heßler³⁴, § 541 ZPO Rn. 2.

Die berufsgerichtlichen Urteile sowie die Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO sind mit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO angreifbar,³⁰⁸ wobei entweder der Wert der geltend gemachten Beschwer gemäß § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO 20.000 Euro überschreiten muss³⁰⁹ oder gemäß Nr. 2 die Berufung als unzulässig verworfen worden sein muss. Die Revision gegen ein Berufungsurteil findet gemäß § 543 Abs. 1 ZPO statt, wenn sie schon im Urteil selbst vom Berufungsgericht (Nr. 1) oder auf die Nichtzulassungsbeschwerde hin vom *BGH* (Nr. 2) zugelassen wurde.

Gegen die Beschlüsse, mit denen die Berufung als unzulässig verworfen wurde, steht die Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zur Verfügung, § 522 Abs. 1 S. 4 ZPO,³¹⁰ sofern keine Arrest- oder einstweilige Verfügungssache betroffen ist, § 574 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 542 Abs. 2 ZPO.³¹¹ Ist die Berufung nach Ansicht des Berufungsgerichts unzulässig und wurde trotzdem nach § 522 Abs. 2 und nicht nach Abs. 1 S. 2 ZPO entschieden, ist wegen des Meistbegünstigungsgrundsatzes nach § 522 Abs. 1 S. 4 ZPO die Rechtsbeschwerde die für den Berufungskläger statthafte Anfechtungsmöglichkeit.³¹² Erfolgte die Verwerfung im Urteil, so ist dagegen die Revision nach §§ 543, 544 ZPO statthaft.³¹³

Wird der Prozess infolge Parteiendisposition, insbesondere durch Berufungsverzicht oder -rücknahme, beendet und möchte die hierdurch benachteiligte Partei dieses Ergebnis rückgängig machen, bleiben ihr nur wenige Handlungsmöglichkeiten: Sowohl Verzicht als auch Rücknahme der Berufung sind

³⁰⁸ § 522 Abs. 3 ZPO; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 522 ZPO Rn. 65; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 44, § 544 ZPO Rn. 1. Zur Frage der richtigen Rechtsmittel gegen einen „Verwerfungs- und Zurückweisungsbeschluss“ s. *Piorreck/Keilbach*, in: FS Vorwerk, 2019, S. 279, 286 ff.

³⁰⁹ Zur Genese dieser Voraussetzung s. beispielsweise Zöllner/*Heßler*³⁴, § 544 ZPO Rn. 6, Vor § 542 ZPO Rn. 2 f.; vgl. zur Kritik an Wertgrenzen außerdem BT-Drs. 14/4722, S. 68 („obwohl Wertgrenzen generell als Steuerungsinstrument für die Zugangsregulierung wegfallen sollen“), 126.

³¹⁰ *BGH* 23.07.2002 – VI ZB 37/02, NJW 2002, 3178, 3178; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 522 Rn. 40; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 522 ZPO Rn. 18, 19a; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 522 ZPO Rn. 35; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 13; Wiczorek/*Schütze/Gerken*⁵, Vor § 511 ZPO Rn. 95.

³¹¹ *BGH* 10.10.2002 – VII ZB 11/02, NJW 2003, 69, 69; 15.01.2009 – V ZB 130/08, WuM 2009, 145, 145; MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 522 Rn. 40; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 522 ZPO Rn. 35; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 13.

³¹² *BGH* 16.08.2016 – VI ZB 17/16, NJW 2016, 3380, 3380 (Rn. 6); MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 522 Rn. 3, 40; vgl. Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 522 ZPO Rn. 41.

³¹³ MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 522 Rn. 40; Musielak/*Voit/Ball*¹⁸, § 522 ZPO Rn. 17; Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 522 ZPO Rn. 33; Zöllner/*Heßler*³⁴, § 522 ZPO Rn. 13.

Prozesshandlungen³¹⁴ und als solche nicht wegen Willensmängeln anfechtbar.³¹⁵

III. Ergebnis zum Ablauf des Berufungsverfahrens

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass der zivilrechtliche Berufungsprozess auf den Ebenen der Zulässigkeits- wie auch der Begründetheitsprüfung viele unterschiedliche Möglichkeiten bereithält, um eine Sache zu erledigen und auf diese Weise eine schwerpunktmäßige Bearbeitung derjenigen Berufungen zu ermöglichen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit begründet sind. Bei der konkreten Umsetzung seiner Aufgabe, Fehler in erstinstanzlichen Urteilen aufzufinden und auszugleichen, stehen dem Berufungsgericht auch nach der ZPO-Reform relativ große Handlungsspielräume zur Verfügung, etwa bei der Auslegung von Willenserklärungen sowie bei den Voraussetzungen für den Wegfall der Bindung erstinstanzlicher Tatsachenfeststellungen.

Diese Freiheit in der Beurteilung des angefochtenen Urteils ist jedoch stets im Zusammenhang damit zu sehen, dass die zuständigen Berufungsrichter spätestens bei der Begründetheitsprüfung ihre Sachentscheidung zwangsläufig vor dem Hintergrund des ihnen bekannten erstinstanzlichen Urteils treffen. Insofern könnte sich neben der Bindungswirkung gemäß § 529 Abs. 1 ZPO auch eine irrationale inhaltliche Bindungswirkung des dortigen Entscheidungsinhalts ergeben. Darauf wird in Kapitel 4 zurückzukommen sein.

C. Ergebnis zu Kapitel 2

In diesem Kapitel wurde die Berufung nach §§ 511 ff. ZPO in Teil A. zunächst als Instrument zur Fehlerkorrektur definiert; außerdem wurde ihre aktuelle Ausgestaltung als eingeschränkte Tatsacheninstanz überblicksweise mit der vor der Neukonzeption geltenden Zwecksetzung als umfassender zweiter Tatsacheninstanz kontrastiert. Im Anschluss daran hat Teil B. des Kapitels den Ablauf des Berufungsverfahrens anhand der jeweils maßgeblichen Vorschriften skizziert. Beide Teile sollten eine Grundlage schaffen, mithilfe derer die statistischen und psychologischen Analysen der Berufung in den nachfolgenden zwei Kapiteln stets in Bezug zum geltenden Recht gesetzt werden können.

³¹⁴ Verzicht: MüKoZPO/*Rimmelspacher*⁶, § 515 Rn. 10, 14, 18; Rücknahme (§ 516 ZPO): *ders.*, a. a. O., § 516 Rn. 5; vgl. Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 516 ZPO Rn. 4.

³¹⁵ BGH 26.09.2007 – XII ZB 80/07, NJW-RR 2008, 85, 86 (zur Rechtsmittelrücknahme); vgl. allgemein 27.05.1981 – IVb ZR 589/80 –, juris Rn. 9 = NJW 1981, 2193, 2194; Hirtz/Oberheim/Siebert/*Siebert*⁶, Kap. 6 Rn. 3; differenzierend Stein/Jonas/*Althammer*²³, § 515 ZPO Rn. 21 ff.

Wie zu Beginn des Kapitels ausgeführt, kann man umso eher davon ausgehen, dass die Berufung ihre Funktion als Fehlerkorrekturinstanz erfüllt, wenn auch tatsächlich die Chance dafür besteht, dass Fehler korrigiert werden können. Es ergeben sich daher auf Basis der dargestellten Zusammenhänge mehrere Fragen an das kommende statistische sowie das darauffolgende psychologische Kapitel: Lässt sich anhand der Statistiken ersehen, ob die Berufungsgerichte ihre Aufgabe der Fehlerkontrolle überzeugend erfüllen? Inwiefern ist das an der Berufungserfolgsquote ablesbar? Gibt es hierbei Vergleiche mit der Situation vor der ZPO-Reform, als die Berufung noch mit anderem Schwerpunkt konzipiert war? Kann man Unterschiede in der Ergiebigkeit der Fehlerkorrektur feststellen, je nachdem, ob es um Tatsachen- oder Rechtsfragen geht? Und wirkt es sich, wie historisch vor Inkrafttreten der CPO unterstellt, möglicherweise aus, ob erstinstanzlich ein einzelner oder mehrere Richter entscheiden?

Mit dem Wissen um die auf den vergangenen Seiten dargestellten Zusammenhänge zu Funktion und Ausgestaltung der zivilrechtlichen Berufung können die Antworten auf diese Fragen am Ende dieser Arbeit hoffentlich ertragreich diskutiert werden.

Kapitel 3

Die zivilrechtliche Berufung aus statistischer Sicht

Nachdem Kapitel 2 die rechtlichen Rahmenbedingungen des zivilrechtlichen Berufungsprozesses dargestellt hat, sollen auf dieser Grundlage jetzt verschiedene Statistiken betrachtet werden, die die Praxis der Berufungen quantitativ erfassen. Das vorliegende Kapitel gliedert sich in zwei Teile: In Teil A. werden allgemeine statistische Kennzahlen zu Berufungssachen in Deutschland vorgestellt. Dazu gehören die Gesamtzahl der Berufungsprozesse, deren Verteilung, Berufungsquoten und insbesondere die Häufigkeitsverteilung der verschiedenen Erledigungsarten von Berufungssachen. Im Anschluss daran wird Teil B. diese Erledigungsarten näher beleuchten und sich der statistischen Analyse der Erfolgsquote von Berufungen als Indikator für das Erreichen des Berufungszwecks widmen. Darstellung und Interpretation von Statistik haben dabei, wie in Kapitel 1 bereits betont, gleichwertige Bedeutung.

A. Allgemeine statistische Kennzahlen zu den Verfahren in der Berufungsinstanz in Deutschland

Die amtlichen Statistiken des Statistischen Bundesamts geben Einblick in die Geschäftserledigung der Amts-, Land- und Oberlandesgerichte hinsichtlich der Zivilprozesse, gegliedert nach verschiedenen Merkmalen sowie über den Zeitverlauf hinweg. Auf Basis dieses Datenmaterials soll im Folgenden die statistische Realität der zivilrechtlichen Berufungsverfahren zunächst anhand der Zahl der jährlich erledigten Berufungen und deren Entwicklung in der Vergangenheit (I.) sowie anhand der Berufungsquoten (II.) dargestellt werden. Es folgen Statistiken zur Häufigkeit von Berufungen gegen Einzelrichter- und Kammerurteile (III.), zu den häufigsten Sachgebieten (IV.), zur regionalen (V.) und personellen Verteilung (VI.), zur Berufungszulassung (VII.) sowie zur Häufigkeitsverteilung der verschiedenen Erledigungsarten, d.h. von streitigem Urteil, Vergleich, Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO usw. (VIII.). An geeigneten Stellen wird in den jeweiligen Abschnitten ein Vergleich mit den Zahlen aus der Zeit vor der ZPO-Reform vorgenommen, die sich entweder aus der amtlichen Statistik oder der umfassenden Aktenerhebung von Rimmelspacher ergeben. Eine Kurzzusammenfassung der grund-

legenden statistischen Kennzahlen zivilrechtlicher Berufungssachen schließt diesen ersten Teil des Kapitels ab (IX.).

I. Jährlich ca. 100.000 erledigte Berufungssachen vor LG und OLG; immer weniger Berufungen, nachhaltiger Einfluss der ZPO-Reform 2002 fraglich

Im Jahr 2019 wurden bundesweit insgesamt 102.945 Berufungssachen erledigt. Damit war erstmals ein deutlicher Anstieg der Berufungszahlen zu verzeichnen. Denn in den Jahren zuvor war die Zahl der vor den Land- und Oberlandesgerichten erledigten Berufungssachen kontinuierlich gesunken und lag zuletzt bei ungefähr 90.000 Erledigungen pro Jahr (2018: 92.194; 2017: 93.736).¹ Dabei entfiel von den im Jahr 2019 erledigten Berufungen mit ungefähr 60 Prozent der größere Teil auf Berufungen vor den Oberlandesgerichten,² während die weiteren 40 Prozent aller Berufungen an den Landgerichten erledigt wurden.³ Auch hier scheint das Jahr 2019, zusammen mit dem Jahr 2018, eine Ausnahme zu den vorigen Jahren zu bilden. In der Vergangenheit teilte sich die Zahl der erledigten Berufungen ungefähr hälftig auf die Landgerichte einerseits und die Oberlandesgerichte andererseits auf. Der aktuell beobachtbare Zuwachs der Berufungsverfahren vor den Oberlandesgerichten und somit auch insgesamt geht mutmaßlich auf die vielen Einzelverfahren gegen Kfz- und Motorenhersteller im sogenannten Diesel-Abgasskandal zurück,⁴ die erstens zu einer Zunahme der landgerichtlichen erstinstanzlichen Verfahren seit dem Jahr 2017 geführt haben und bei denen zweitens die Einlegung einer Berufung, auch aus strategischen Gründen, in überdurchschnittlich vielen Verfahren erfolgt. Die Landgerichte als erste Instanz sind in diesen Fällen vor allem „Durchgangsinstanz“.⁵

Abgesehen von dieser Besonderheit lässt sich also sagen, dass in den vergangenen Jahren ungefähr gleich viele Berufungen an den Land- und Ober-

¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2017, 2018 und 2019, je S. 68 lfd. Nr. 1, S. 94 lfd. Nr. 1.

² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, je S. 94 lfd. Nr. 1, 5.

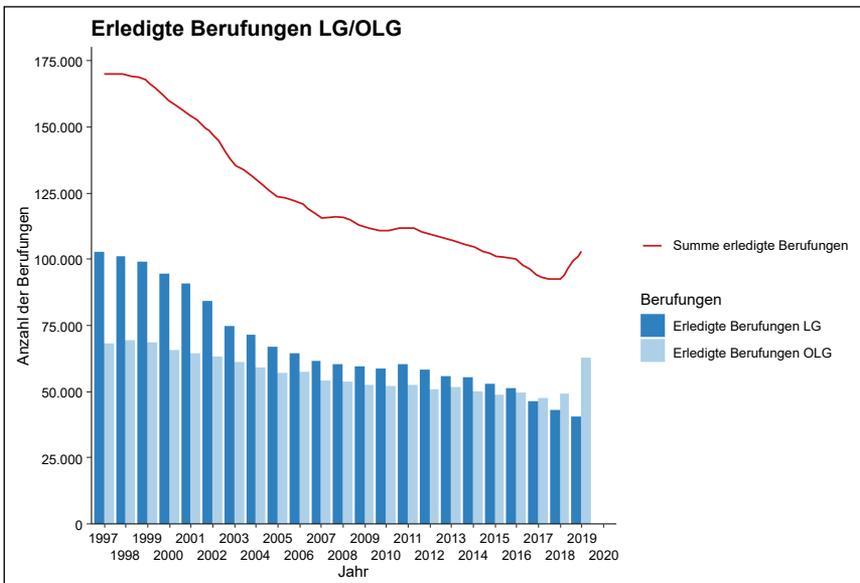
³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 68 lfd. Nr. 1, 5.

⁴ Vgl. dazu beispielsweise Legal Tribune Online v. 25.03.2019, Urteile „für die Papiertonne“, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/justiz/j/olg-stuttgart-belastungsverfahren-diesel-staatschutz-urteile-papiertonne> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).

⁵ Vgl. Legal Tribune Online v. 25.03.2019, Urteile „für die Papiertonne“, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/justiz/j/olg-stuttgart-belastungsverfahren-diesel-staatschutz-urteile-papiertonne> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024): „Die Kollegen [an den Landgerichten] schreiben alles für die Papiertonne“.

landesgerichten erledigt wurden und dass die Gesamtzahl der Berufungen jährlich stetig zurückgeht. Wie aus der nachstehenden *Abbildung 1* ersichtlich ist, hat sich die Anzahl der erledigten Berufungsverfahren in Deutschland innerhalb von zwanzig Jahren auf knapp die Hälfte reduziert: Während im Jahr 1998 noch 170.275 Berufungen pro Jahr erledigt wurden, waren es im Jahr 2018 lediglich 92.194 Verfahren. Für die Zeit vor 2019 ergibt sich somit ein Rückgang der erledigten Berufungen – seit 2014 betrug dieses Minus durchschnittlich 3,25 Prozent innerhalb eines Jahreszeitraums.

Für die Verlaufsbeurteilung wurden die erledigten Berufungsverfahren ausgewertet – und nicht die anhängig gemachten Berufungen –, weil zu letzteren keine Daten für die Landgerichte vorliegen. Die amtliche Statistik weist lediglich die Eingänge bei den Landgerichten in der Rechtsmittelinstanz aus,⁶ dif-



(Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, S. 68, 94, je lfd. Nr. 1; 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 und 2013, S. 58, 80, je lfd. Nr. 1; 2004, 2005, S. 62 lfd. Nr. 1, S. 84 lfd. Nr. 1; 2003, S. 56 lfd. Nr. 1, S. 78 lfd. Nr. 1)

Abbildung 1: Entwicklung der jährlich erledigten Berufungssachen

⁶ S. etwa Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2019, S. 42 lfd. Nr. 19. Insofern ist die Darstellung von *Bundesamt für Justiz*, Geschäftsentwicklung der Zivilsachen in der Eingangs- und Rechtsmittelinstanz, abrufbar als Archiv-URL unter https://web.archive.org/web/20210916021537/https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Geschaeftsentwicklung_Zivilsachen.pdf?__blob=publicationFile#expand (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), ungenau, weil sie dieselben Zahlen, die in der Statistik des Statistischen

ferenziert jedoch nicht nach Berufungen und sofortigen Beschwerden. Für die Oberlandesgerichte sind hingegen die Neuzugänge an Berufungssachen separat aufgeführt; dort liegt die Zahl der Neuzugänge regelmäßig sehr nah an der Zahl der Erledigungen. Beispielsweise standen im Jahr 2013 den 51.363 Neuzugängen bei den Berufungen insgesamt 51.460 Erledigungen gegenüber, 2015 waren es 48.656 Neuzugänge und 48.492 Erledigungen, ähnlich war es 2017 mit 46.448 und 47.390 Erledigungen;⁷ daran zeigt sich außerdem, dass die Zahl der anhängig gemachten Berufungen ungefähr parallel zur Zahl der erledigten Berufungen sank. Es ist nicht ersichtlich, warum dieser Zusammenhang bei den Landgerichten signifikant anders sein sollte, sodass der Geschäftsanfall an Berufungssachen insgesamt anhand der präziser verfügbaren Erledigungszahlen dargestellt wird. Weniger erledigte Berufungen bedeuten also primär nicht, dass die Erledigungsquote an den Berufungsgerichten sinken würde,⁸ sondern als Näherung für den allgemeinen Geschäftsanfall in Berufungssachen zeigen sie, dass absolut gesehen auch die Zahl der eingelegten Berufungen kontinuierlich abnimmt.

Der Befund, dass die Anzahl der Berufungsverfahren in den vergangenen Jahren stetig sinkt, ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass auch schon in der ersten Instanz seit fast 25 Jahren von Jahr zu Jahr regelmäßig weniger Klagen eingehen (siehe *Abbildung 2*).

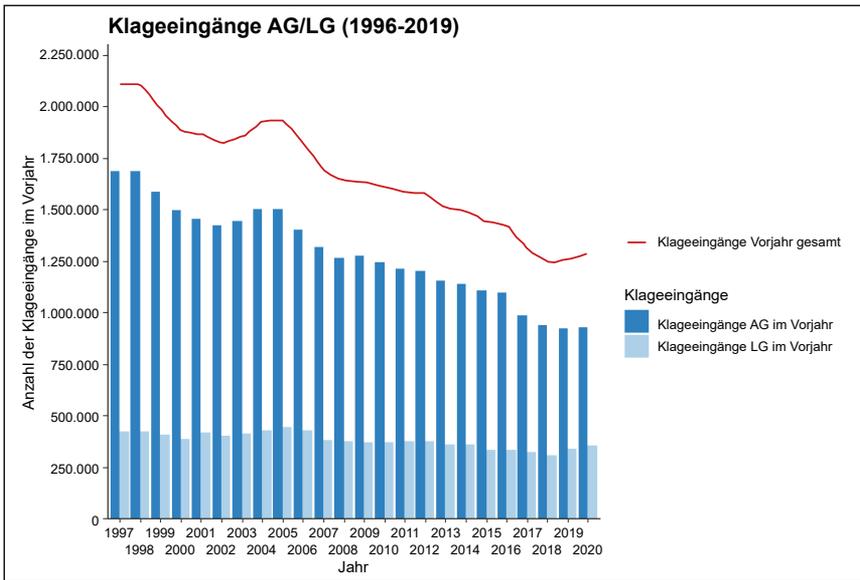
Vom Höchststand bei etwa 2,17 Millionen Klageeingängen im Jahr 1995⁹ ging es herab auf ca. 1,8 Millionen im Jahr 2005, 1,4 Millionen im Jahr 2015

Bundesamts als Neuzugänge in der Rechtsmittelinstanz aufgeführt sind, als Neuzugänge bei Berufungen ausweist.

⁷ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2019, S. 88 f. lfd. Nr. 2, 4. Nur im Jahr 2019 wurden, wohl maßgeblich wegen der Diesel-Verfahren, 80.996 Berufungen vor den Oberlandesgerichten anhängig gemacht und 62.757 Berufungen erledigt.

⁸ Unabhängig von der Erledigungsquote nimmt indes die durchschnittliche Bearbeitungsdauer für Berufungen zu, im Jahr 2018 waren es an den Landgerichten 7,2 Monate und 9,6 Monate an den Oberlandesgerichten, vier Jahre zuvor betrug die jeweilige durchschnittliche Bearbeitungszeit 6,4 Monate (LG) und 9,0 Monate (OLG), Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2014, 2018, je S. 76 lfd. Nr. 22, S. 102 lfd. Nr. 17. Vor 20 Jahren, allerdings bei umfassenderem Berufungszweck, lag die durchschnittliche Verfahrensdauer für Berufungen an den Landgerichten bei 5,4 (1997 und 1998) und 5,5 Monaten (1999) sowie an den Oberlandesgerichten bei 8,5 (1997 und 1998) und 8,0 Monaten (1999), Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Zivilgerichte 1997, 1998, je S. 66 lfd. Nr. 15, S. 88 lfd. Nr. 16. Vgl. allgemein zum „Problem mit der Effizienz richterlicher Tätigkeit“ in der Zivilgerichtsbarkeit etwa *Gaier*, in: FS Vorwerk, 2019, S. 79, 79 ff.

⁹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Zivilgerichte 1994 und 1995, S. 10 lfd. Nr. 2, S. 36 lfd. Nr. 2. Dazu *H. Prütting*, DRiZ 2018, 62, 62. Die Vergleichbarkeit mit den Zahlen aus den Jahren vor 2010 ist dabei nicht wegen der Familienrechtsreform aus dem Jahr 2009 eingeschränkt, da die Statistiken zu den Zivilgerichten stets die Zahlen-



(Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, S. 12 f., 42 f., je lfd. Nr. 2; 2006, S. 12 f., 36 f., je lfd. Nr. 2)

Abbildung 2: Entwicklung der Klageeingänge an
Amts- und Landgerichten von 1996 bis 2019

und 1,2 Millionen anhängig gemachte Klagen im Jahr 2019, wobei die größten Veränderungen bei den Amtsgerichten zu beobachten sind.¹⁰ In einem ganz ähnlichen Umfang gingen auch die erstinstanzlichen Erledigungen zurück.¹¹ In der Folge werden, bei gleichbleibender Berufungsquote (dazu sogleich II.), aufgrund einer geringeren Anzahl erstinstanzlicher Verfahren auch in absoluten Zahlen weniger Berufungen erhoben und erledigt. Über die Gründe der trotz steigender Bevölkerungszahlen dauerhaft rückläufigen Tendenz bei den Klageeingängen gibt es unterschiedliche Mutmaßungen: Neben

werte „ohne Familiensachen“ ausgewiesen hatten, s. etwa Statistisches Bundesamt (Hrsg.), a. a. O., S. 6.

¹⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2019, S. 11 f. lfd. Nr. 2, S. 42 f. lfd. Nr. 2.

¹¹ So waren es im Jahr 2015 ca. 1,45 Millionen Erledigungen (1,42 Millionen Klageeingänge), im Jahr 2016 wurden 1,34 Millionen Verfahren erledigt (1,31 Millionen Klageeingänge) und im Jahr 2017 waren es mit 1,26 Millionen erneut weniger Erledigungen in der ersten Instanz (1,24 Millionen Klageeingänge), s. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2018, S. 11 f., 42 f., je lfd. Nr. 2.

Korrelationen mit konjunkturellen und demografischen Aspekten wird sowohl auf den Einfluss außergerichtlicher Streitbeilegung als auch auf die zunehmende Spezialisierung bei Anwälten verwiesen.¹² Eine Diskussion soll hier unterbleiben; jedoch ist darauf hinzuweisen, dass sich jedenfalls die Hypothese von der Verdrängungswirkung attraktiver außergerichtlicher Streitbeilegungsmöglichkeiten bisher statistisch nicht als zutreffend erwiesen hat.¹³

Im Entwicklungsverlauf der Berufungszahlen über die vergangenen 22 Jahre hinweg, wie in *Abbildung 1* dargestellt, lässt sich auf den ersten Blick zunächst kein direkter Einfluss der ZPO-Reform im Jahr 2002 erkennen, da auch schon in den Jahren zuvor eine zahlenmäßige Reduktion der Berufungen zu beobachten war.¹⁴ Allerdings unterscheidet sich die prozentuale Rückgangsquote für die ersten vier Jahre nach der Reform (Veränderung 2005 gegenüber 2001: Rückgang um 20,2 Prozent) um das Doppelte von derjenigen für die vier Jahre vor der Reform (Veränderung 2001 gegenüber 1998: Rückgang um 9,4 Prozent).¹⁵ Das wäre ein erstes Indiz dafür, dass die mit der ZPO-Reform verfolgte Stärkung der ersten Instanz im Sinne eines Rückgangs der Berufungen jedenfalls zum Teil erreicht wurde.¹⁶ Genauere Aussagen können erst bei Betrachtung der Berufsquote, also des Verhältnisses von eingelegten Berufungen zu erstinstanzlichen berufungsfähigen Urteilen, getroffen werden.

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass sich die abnehmende Zahl der zivilrechtlichen Berufungen wohl ganz überwiegend damit erklären lässt, dass zeitgleich auch in erster Instanz die Zahl der zivilrechtlichen Klagen in ähnlichem Umfang zurückgegangen ist.¹⁷ Wenn man insgesamt von einer stabilen Berufsquote ausgeht (dazu im nächsten Unterabschnitt), bedeutet eine kleinere Zahl von mit der Berufung angreifbaren Endurteilen auch eine kleinere Zahl an tatsächlich dagegen eingelegten Berufungen. In-

¹² Siehe stellvertretend *H. Prütting*, DRiZ 2018, 62, 62 ff.

¹³ Vgl. *H. Prütting*, DRiZ 2018, 62, 63 f. m. w. N., dort auch zu Ausnahmen, etwa für Entschädigungsansprüche von Flugreisenden; vgl. ebenso *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 84 ff.

¹⁴ So auch *Postel*, Zurückweisung, 2009, S. 74; *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 173.

¹⁵ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2004, 2005, S. 62, 84, je lfd. Nr. 1; 2003, S. 56, 78, je lfd. Nr. 1; Zivilgerichte 1998, 1999, 2000, Arbeitsunterlage, S. 58, 80, je lfd. Nr. 1; Arbeitsunterlage, Rechtspflege, Zivilgerichte 2001, 6.1.1. und 8.1.1. (ohne Seitenzahl).

¹⁶ Vgl. *Bamberger*, ZRP 2004, 137, 138, der den Rückgang der Berufungen nach dem Jahr 2001 damit erklärt, dass durch die Reform die erste Instanz gestärkt worden sei.

¹⁷ Früh zu diesem Zusammenhang etwa *Mendelssohn Bartholdy*, JW 1921, 259, 260.

wiefern die Änderungen an der Berufungsausgestaltung sowie bei der Rolle der ersten Instanz durch die ZPO-Reform 2002 ihrerseits ebenfalls zum Rückgang der Berufungszahlen beigetragen haben, wird der nachfolgende Unterabschnitt zur Berufungsquote zeigen.

II. Die Berufungsquote: Über 42 Prozent aller berufungsfähigen Urteile gehen in die Berufung

Die Zahl der jährlich anfallenden Berufungen allein lässt noch keine Rückschlüsse auf die Haltung des Rechtsverkehrs gegenüber der Berufung und auf damit verbundene systemische Zusammenhänge zu. Erst das zahlenmäßige Verhältnis von eingelegten Berufungen zu berufungsfähigen Urteilen erster Instanz – die Berufungsquote – macht entsprechende Aussagen möglich. In der Annahme, dass eine hohe Berufungsquote zugleich eine geringe Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile bedeutet (1.), soll in diesem Abschnitt die gegenwärtige Berufungsquote von ca. 40 Prozent statistisch betrachtet werden. Dabei werden erstens die Unterschiede zwischen land- und oberlandesgerichtlichen Berufungen und zweitens die Unterschiede zwischen der gegenwärtigen Situation und der Zeit vor der ZPO-Reform dargestellt (2.), bevor ein Zwischenergebnis die Befunde zusammenfasst und bewertet (3.).

1. Hohe Berufungsquote = Niedrige Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile

Die Information darüber, wieviel Prozent der erstinstanzlichen Entscheidungen mit dem Rechtsmittel der Berufung in die nächste Instanz gebracht werden, ist ein Indiz für die Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile durch die beteiligten Prozessparteien.¹⁸ Denn wer das erstinstanzliche Urteil bezüglich der Sachentscheidung hinnimmt und kein Rechtsmittel einlegt, äußert zugleich sein Einverständnis mit der Güte im Sinne von „Richtigkeit“ der gerichtlichen Entscheidung. Dagegen wird derjenige, der von einem Urteil beschwert ist, dieses für unrichtig hält und es also nicht akzeptiert, sich dagegen mit dem Rechtsmittel der Berufung wenden, um eine Korrektur des erstinstanzlichen Urteils zu erreichen. Die Entscheidung zur Rechtsmittel einlegung kommt in der Regel nur dann zustande, wenn der betroffene Rechtsmittelführer die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Berufung für derart hoch hält, dass das

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 61; ebenso *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 149 ff. Daneben kann es auch andere Motive für die Einlegung der Berufung geben, etwa wirtschaftliche Interessen, konkret die Kostenübernahme durch Rechtsschutzversicherungen, Qualität der erstinstanzlichen Entscheidung, Persönlichkeitsmerkmale der Prozessparteien und ihrer Vertreter etc.; dazu auch unten 2. b) und 3.

Durchlaufen des Berufungsverfahrens in angemessenem Verhältnis zu seinen wirtschaftlichen und zeitlichen Aufwendungen steht. Insofern ist die Einlegung der Berufung sowohl eine retrospektive Aussage über die angenommene „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile als auch eine prospektive Aussage über die zu erwartende Wahrscheinlichkeit für eine Fehlerkorrektur durch die Berufungsinstanz.

Angesichts der mit der ZPO-Reform verfolgten Zielsetzung, durch die Stärkung der ersten Instanz und entsprechende Umgestaltung der Berufungsinstanz „in einem möglichst frühen Prozessstadium Rechtsfrieden“ zu schaffen,¹⁹ könnte man erwarten, dass die Berufsquote heute vergleichsweise niedrig ist. Schwierig erscheint allerdings, welcher Vergleichsmaßstab angelegt werden soll, um eindeutige Einordnungen in „niedrig“ oder „hoch“ vornehmen zu können. Gleichwohl sind auch schon bloße Tendenzen und Unterschiede geeignet, ein statistisches Bild über die Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile zu zeichnen.

2. 42,35 Prozent Berufsquote; mehr Berufungen gegen Landgerichtsurteile; kaum Veränderung durch ZPO-Reform

Dieser Unterabschnitt stellt die allgemeine Berufsquote der vergangenen Jahre dar (a)), vergleicht amtsgerichtliche mit landgerichtlichen Urteilen hinsichtlich der Berufsquote (b)) und stellt die aktuelle Situation derjenigen vor der ZPO-Reform gegenüber (c)).

a) 42,35 Prozent Berufsquote in den Jahren 2014 bis 2019

Eine jahrgangsübergreifende Betrachtung der Berufungen vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten im Verhältnis zu den erledigten, berufungsfähigen Urteilen der jeweiligen Gerichte in der ersten Instanz ergibt für die Jahre 2014 bis 2019 eine durchschnittliche Berufsquote von insgesamt ungefähr 42,35 Prozent. Das bedeutet, dass von allen berufungsfähigen Urteilen, die in dieser Zeit ergangen sind, schätzungsweise etwas weniger als die Hälfte mit der Berufung angegriffen wurden.

Dabei ist aus zwei Gründen keine exakte Bestimmung der Berufsquote möglich: Erstens weist die amtliche Statistik für die Landgerichte nicht die anhängig gemachten Berufungsverfahren, sondern lediglich die anhängig gemachten Rechtsmittelverfahren aus;²⁰ diese werden dann zur Zahl der beru-

¹⁹ BT-Drs. 14/4722, S. 61, 64.

²⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 44 lfd. Nr. 15. Darauf weisen die bisherigen Publikationen, die sich mit der Berufsquote beschäf-

fungsfähigen Urteile erster Instanz ins Verhältnis gesetzt. Das Ergebnis ist eine näherungsweise Ermittlung der Berufungsquote. Dadurch, dass jeweils ein Kalenderjahr betrachtet wird, ergibt sich die zweite Einschränkung für die Genauigkeit der Berufungsquote insofern, als sich ein Teil der Berufungsverfahren auf Urteile beziehen wird, die im Vorjahr ergangen waren und daher in der Statistik des Vorjahres enthalten sind. Diese Inkongruenz der Bezugsgrößen ist jedoch gut hinnehmbar, da davon auszugehen ist, dass die Überlappung über die Jahresgrenzen hinweg in allen Jahren gleichermaßen vorkommen wird.

Die auf diese Weise geschätzten Berufungsquoten der vergangenen Jahre sind in *Tabelle 1* aufgeführt. In der dritten und fünften Spalte ist neben der Zahl der anhängig gemachten Rechtsmittelverfahren auch die Zahl der erledigten Berufungen enthalten, um zu verdeutlichen, dass diese beiden Zahlenmengen in der Regel sehr nah beeinanderliegen (siehe oben I.). Eine Ausnahme bilden wiederum die Jahre 2018 und 2019 bei den oberlandesgerichtlichen Berufungen, was durch die bereits erwähnten statistischen Veränderungen infolge der Rechtsstreitigkeiten im Diesel-Abgasskandal mitverursacht sein dürfte. Vor dem Hintergrund jener generellen Nähe der Menge anhängig gemachter Rechtsmittelverfahren zur Menge erledigter Berufungen ist davon auszugehen, dass beide Variablen geeignet sind, als Näherung für die Zahl der tatsächlich erhobenen Berufungen zu dienen.

Lässt man das aus den erwähnten Gründen eingeschränkt vergleichbare Jahr 2019 außer Acht, zeigt sich in der rechten Spalte von *Tabelle 1*, dass die Berufungsquote für amtsgerichtliche und landgerichtliche Urteile zusammengekommen über viele Jahre hinweg bei ungefähr 41 Prozent gelegen hat. Das bedeutet, dass die Prozessparteien in fast der Hälfte der Verfahren nicht mit dem erstinstanzlichen Urteil einverstanden waren und durch Berufungseinlegung eine Korrektur dieses Urteils verfolgt haben. Diese Quote wirkt auf den ersten Blick möglicherweise recht hoch, zumal die Berufungsführer durch ihre Prozessbevollmächtigten darum wissen sollten, dass sie von der Berufung lediglich eine eingeschränkte Fehlerkorrektur und nicht eine vollständige zweite Tatsacheninstanz erwarten können.

tigen, soweit ersichtlich, nicht hin; vgl. allgemein zu diesen Interpretationsschwierigkeiten der amtlichen Justizstatistik: *Schuster*, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stempel (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, 1985, S. 107, 107.

Tabelle 1

**Berufungsquoten AG/LG und LG/OLG in den Jahren 2014–2019
(Zahlen gerundet)**

	Berufungs- fähige Urteile AG	Anhängig gemach- te Rechtsmittel- verf./Erledigte Berufungen LG (<i>Berufungsquote AG zu LG</i>)	Berufungs- fähige Urteile LG	Anhängig gemach- te Berufungs- sachen/Erledigte Berufungen OLG (<i>Berufungsquote LG zu OLG</i>)	Gewich- tete Beru- fungsq. LG + OLG
2019	131.729	40.046/39.916 ($\approx 30,40\%$)	117.842	80.996/62.397 ($\approx 68,73\%$)	48,50%
2018	135.453	41.686/42.719 ($\approx 30,78\%$)	89.392	51.549/48.757 ($\approx 57,67\%$)	41,47%
2017	143.178	45.192/45.987 ($\approx 31,56\%$)	84.445	46.448/46.978 ($\approx 55,00\%$)	40,26%
2016	153.387	49.198/50.726 ($\approx 32,07\%$)	87.729	49.953/48.718 ($\approx 56,94\%$)	41,12%
2015	161.777	52.742/52.468 ($\approx 32,60\%$)	86.248	48.656/47.711 ($\approx 56,41\%$)	40,88%
2014	164.451	54.981/54.755 ($\approx 33,43\%$)	86.714	49.444/48.967 ($\approx 57,02\%$)	41,58%
Mittel- wert	148.329	47.308/47.762 ($\approx 31,89\%$)	92.062	54.508/50.588 ($\approx 59,21\%$)	42,35%

Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, je S. 18 lfd. Nr. 51 (2014–2017)/55 (2018–2019), S. 44 lfd. Nr. 15 (2014–2019), S. 68 lfd. Nr. 3–5 (2014–2019), S. 60 lfd. Nr. 23 (2014–2017), S. 60 lfd. Nr. 25 (2018–2019); S. 90 lfd. Nr. 2 (2014–2019), S. 94 lfd. Nr. 3–5 (2014–2019).

b) Berufungen gegen landgerichtliche Urteile doppelt so häufig wie gegen Amtsgerichtsurteile – erklärbar durch wirtschaftliche Erwägungen, nicht durch Verfahrensdauer

Berufungsfähige Urteile der Landgerichte sind deutlich häufiger von Berufungen betroffen als die berufungsfähigen amtsgerichtlichen Urteile (Tabelle 1, Spalte 3 und 5). Während die Wahrscheinlichkeit, dass gegen ein berufungsfähiges Urteil auch tatsächlich die Berufung eingelegt wird, für amtsgerichtliche Urteile bei durchschnittlich knapp 32 Prozent lag (Spannweite im Jahr 2018: von ca. 27–29 Prozent [HB, BY, NRW, BW] bis ca. 35,6–38 Prozent [B, SL, SN])²¹, betrug sie für landgerichtliche Urteile im Mittel der ver-

²¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 18 ff. lfd. Nr. 55, S. 44 lfd. Nr. 15. Das Jahr 2018 wurde gewählt, um Vergleichbarkeit mit den

gangenen Jahre ca. 59 Prozent (Spannweite im Jahr 2018: von ca. 52 Prozent [SL, HB, NDS] bis ca. 62,3–65,6 Prozent [ST, BB, HH])²². Im Jahr 2019 zeigte sich im Zusammenhang mit den Individualverfahren im Diesel-Abgaskandal eine besonders hohe Berufungsquote gegen landgerichtliche Urteile von fast 70 Prozent; zuvor bewegte sich diese Quote zwischen 55 und 57 Prozent. Das sind beinahe doppelt so hohe Anteilswerte wie bei den amtsgerichtlichen Urteilen.

Die unterschiedlich hohen Berufungsquoten gegen amtsgerichtliche Urteile einerseits und landgerichtliche Urteile andererseits lassen sich möglicherweise mit wirtschaftlichen Motiven erklären. Vermutlich kommen Parteien bei amtsgerichtlichen Urteilen häufiger als bei landgerichtlichen Urteilen zu der Einschätzung, dass sich ein weiteres Vorgehen in Form der Berufung aus reiner Kosten-Nutzen-Betrachtung nicht mehr hinreichend lohnt. Für diese Bewertung spielen mutmaßlich viele Faktoren eine Rolle. An dieser Stelle soll nur kurz auf zwei Aspekte, nämlich Streitwert und Verfahrensdauer, eingegangen werden. Daneben könnten sich beispielsweise auch die Kosten der Berufung,²³ der monetäre Wert des weiteren Prozessierens („erzwungener Prozesskredit“)²⁴ sowie die Risikoaversion²⁵ einer Partei, verbunden mit der Frage nach Absicherung durch Rechtsschutzversicherungen,²⁶ auswirken. Mangels verfügbarer statistischer Daten hierzu ist keine weitere Analyse dieser Punkte möglich; im Übrigen stehen sie ohnehin mit dem Streitwert als Hauptindiz des finanziellen Interesses der berufungsführenden Partei in Zusammenhang.²⁷ Betrachtet man also als ersten Einflussfaktor den Streitwert,²⁸ zeigt sich eine positive Korrelation zwischen Streitwert und Berufungsquote.²⁹ Das ergibt sich aus einem Vergleich der jeweiligen Berufungsquoten (*Abbildung 3*) mit den durchschnittlichen Streitwerten (*Abbildung 4*). Im Instanzenzug AG-LG, wo

oberlandesgerichtlichen Berufungen zu erreichen, wo die Jahre von 2019 an wegen der erwähnten Diesel-Verfahren statistisch verzerrt sind.

²² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 60 ff. lfd. Nr. 25, S. 90 lfd. Nr. 2.

²³ Ausführlich zu den Rechtsmittelkosten im ökonomischen Verhaltensmodell *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 124 ff.; s. *ders.*, a. a. O., 163 f., 194 f., wonach die Kosten der Berufung mit zunehmendem Streitwert kaum noch abschreckende Wirkung haben.

²⁴ Dazu *Adams*, Ökonomische Analyse, 1981, S. 60 ff.

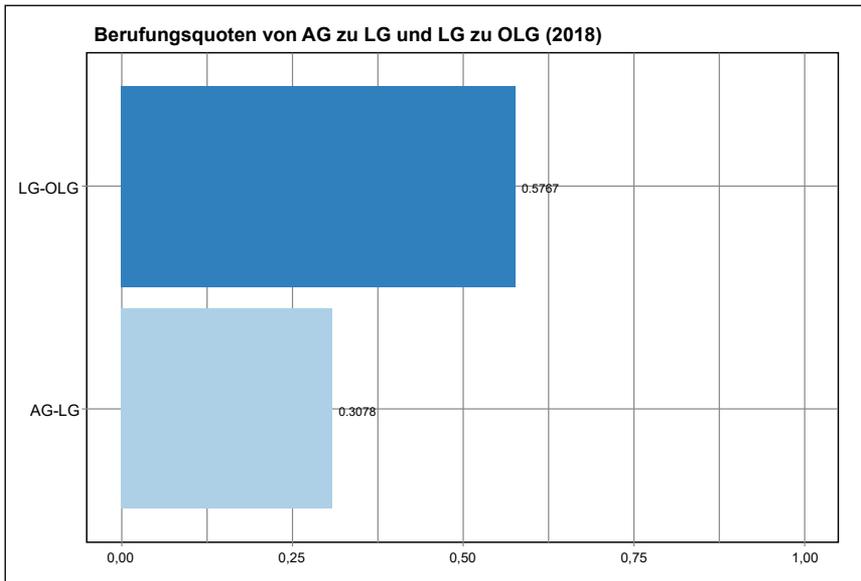
²⁵ *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 151 f.

²⁶ Vgl. *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 167 ff., 183 f., 190 ff. m. w. N.; *Schulte*, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stempel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 35, 36; *Adams*, Ökonomische Analyse, 1981, S. 54 ff.

²⁷ Siehe dazu weitergehend *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 163 f.

²⁸ Allgemein dazu *Adams*, Ökonomische Analyse, 1981, S. 60 ff., 66 ff.

²⁹ So auch beispielsweise schon *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 194; *Rottleitner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 156 f.



(Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., S. 18 lfd. Nr. 55, S. 44 lfd. Nr. 15, S. 68 lfd. Nr. 3–5, S. 60 lfd. Nr. 25, S. 90 lfd. Nr. 2, S. 94 lfd. Nr. 3–5)

Abbildung 3: Berufungsquoten AG-LG und LG-OLG im Jahr 2018

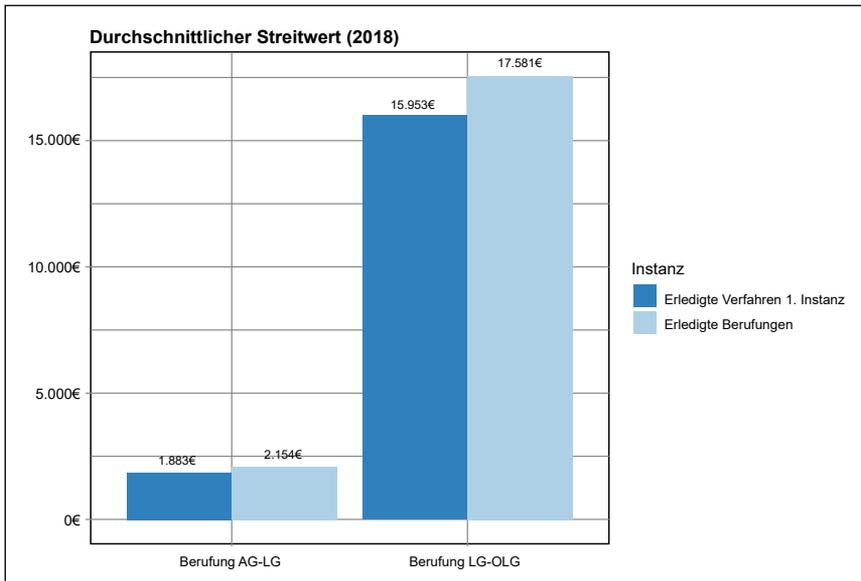
die Berufungsquote bei einem Drittel liegt, betragen die durchschnittlichen Streitwerte 1.833 Euro (erledigte Amtsgerichtsverfahren)³⁰ und 2.514 Euro (erledigte Berufungssachen vor dem Landgericht).³¹ Im Vergleich dazu fielen im Instanzenzug LG-OLG sowohl die Berufungsquote mit fast 60 Prozent als auch die durchschnittlichen Streitwerte (15.953 Euro bei den erstinstanzlich erledigten Landgerichtsverfahren³² und 17.581 Euro für erledigte Berufungssachen vor dem Oberlandesgericht³³) deutlich größer aus. Mit höherem Streitwert steigt also die Wahrscheinlichkeit einer Berufungseinlegung. Wie stark dieser Zusammenhang ist oder wo etwaige Sättigungsgrenzen liegen, lässt sich aus den verfügbaren Daten leider nicht bestimmen, da nur Durchschnitts-

³⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 26 lfd. Nr. 21. Zum durchschnittlichen Streitwert der berufungsfähigen Amtsgerichtsurteile sind keine statistischen Daten verfügbar.

³¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 76 lfd. Nr. 35.

³² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 56 lfd. Nr. 27.

³³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 102 lfd. Nr. 38.



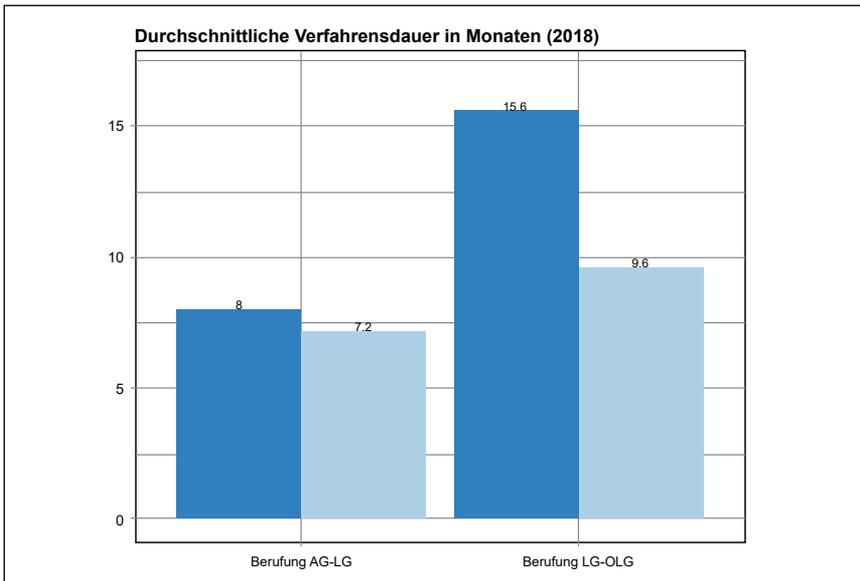
(Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2018, S. 26 lfd. Nr. 21, S. 76 lfd. Nr. 35, S. 56 lfd. Nr. 27, S. 102 lfd. Nr. 38)

Abbildung 4: Durchschnittliche Streitwerte erledigter Gerichtsverfahren in erster Instanz und Berufungsinstanz, Vergleich AG-LG und LG-OLG

werte bekannt sind. Generell ist dennoch davon auszugehen, dass für die Entscheidung, Berufung einzulegen, die Höhe des Streitwerts eine wichtige Rolle spielt. Das dürfte nicht nur die Prozessparteien selbst, sondern auch ihre Prozessvertreter betreffen. Diese haben gerade bei hohen Streitwerten mutmaßlich auch ein höheres (Gebühren-)Interesse an der Durchführung der Berufung.

Im Gegensatz zum Effekt, den der Streitwert auf die Höhe der Berufungsquote hat, scheint indes die zu erwartende Verfahrensdauer³⁴ keine Auswirkung auf die Entscheidung für eine Berufung zu haben. Denn die öfter vorkommenden Berufungen gegen landgerichtliche Urteile korrelieren mit einer durchschnittlich längeren Verfahrensdauer im Berufungsverfahren, verglichen mit den Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile (*Abbildung 5*).

³⁴ Allgemein zur Rolle der Verfahrensdauer als zu berücksichtigender Faktor bei der ökonomischen Analyse prozessualen Verhaltens Adams, *Ökonomische Analyse*, 1981, S. 56 ff.



(Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2018, S. 26 lfd. Nr. 9, S. 56 lfd. Nr. 9, S. 76 lfd. Nr. 22, S. 102 lfd. Nr. 17)

Abbildung 5: Durchschnittliche Verfahrensdauer in Monaten für erste Instanz und Berufungsinstanz im Jahr 2018, Vergleich AG-LG und LG-OLG

Die durchschnittliche Dauer eines erstinstanzlichen Verfahrens, das mit einem streitigem Urteil endet, betrug im Jahr 2018 an den Amtsgerichten insgesamt acht Monate und war an den Landgerichten mit 15,6 Monaten fast doppelt so lang.³⁵ Auch das Berufungsverfahren gegen landgerichtliche Urteile (durchschnittlich 9,6 Monate) dauert im Mittel länger als das Berufungsverfahren gegen amtsgerichtliche Urteile (durchschnittlich 7,2 Monate Verfahrensdauer).³⁶ Trotz dieser erst- wie zweitinstanzlich insgesamt längeren Verfahrensdauer für den Instanzenzug LG-OLG sind die beobachteten Berufungsquoten gegen Urteile der Landgerichte nahezu doppelt so hoch wie gegen Amtsgerichtsentscheidungen. Für die Entscheidung zur Berufung spielt die durchschnittliche Dauer des Verfahrens also vermutlich keine entscheidende Rolle, auch wenn man wegen der mentalen Belastung durch lange Verfahren vielleicht ein gegenteiliges Ergebnis erwarten könnte.

³⁵ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 26 lfd. Nr. 9, S. 56 lfd. Nr. 9.

³⁶ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 76 lfd. Nr. 22, S. 102 lfd. Nr. 17.

Einschränkend ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Durchführung eines Berufungsverfahrens gegen landgerichtliche Urteile nur eine Verlängerung der bisherigen Prozessdauer um ca. 62 Prozent bedeutet, während die Einlegung einer Berufung gegen amtsgerichtliche Urteile eine Verfahrensverlängerung um 90 Prozent nach sich zieht; insofern wäre die höhere Wahrscheinlichkeit einer Berufung gegen Landgerichtsurteile doch im Ansatz mit der Verfahrensdauer erklärbar.

Darüber hinaus könnte man darüber nachdenken, wie es sich auf die Berufsquote auswirkt, dass eine lange Verfahrensdauer dem Berufungsführer sogar gelegen kommen kann, beispielsweise wenn ein Mieter während des andauernden Räumungsrechtsstreits die streitbefangene Wohnung für die Dauer des Prozesses noch weiter nutzen kann.³⁷ Dieser Umstand dürfte jedoch keine Erklärung für die höheren Berufsquoten gegen Urteile der Landgerichte bieten. Denn selbst wenn man unterstellt, dass das weitere Halten einer streitbefangenen Sache in verschiedenen Sachgebieten von Vorteil für die erstinstanzlich unterlegene Partei sein kann, so wird dies insbesondere das Wohnraummietrecht betreffen. Dieses Sachgebiet betrifft wegen § 23 Nr. 2 a) GVG allein die Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile, d. h. vor den Landgerichten, und macht dort mit ungefähr 20 Prozent aller Verfahren das zweithäufigste Sachgebiet aus (siehe unten IV.). Da aber im Instanzenzug Amtsgericht-Landgericht eine deutlich niedrigere Berufsquote zu verzeichnen ist als im Instanzenzug Landgericht-Oberlandesgericht, kann dieser Unterschied in den Berufsquoten gerade nicht durch den strategischen Vorteil einer Verfahrensverlängerung durch Berufungseinlegung erklärt werden.

Insgesamt können wir annehmen, dass im Rahmen der Abwägung der erstinstanzlich unterlegenen Partei für oder gegen eine Berufung die Prozessdauer für sich genommen kein entscheidender Faktor ist und dass stattdessen der Streitwert ausschlaggebend ist. Das dürfte erklären, warum die Einlegung einer Berufung gegen landgerichtliche Urteile fast doppelt so wahrscheinlich wie gegen amtsgerichtliche Urteile ist.

c) Heute gleiche Berufsquote wie vor der Reform – Reformziel verfehlt

Ziel der ZPO-Reform im Jahr 2001 war auch, dass „mehr Prozesse in erster Instanz endgültig abgeschlossen werden können“, was durch die Stärkung der ersten Instanz und die unmittelbar damit verbundenen berufsrechtlichen Regelungen der §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO verwirklicht werden sollte.³⁸ Ob der

³⁷ *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 150 f.

³⁸ BT-Drs. 14/4722, S. 58 ff.

Plan, eine bessere Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile zu erreichen – d. h., den Anteil der eingelegten Berufungen unter den berufungsfähigen Entscheidungen möglichst gering zu halten, – auch tatsächlich umgesetzt wurde, könnte anhand eines Vergleichs der Berufungsquoten vor und nach der ZPO-Reform statistisch überprüft werden.

Die Evaluation von Hommerich, Prütting und Mitarbeitern hat für die Zeit unmittelbar nach Inkrafttreten des ZPO-RG bereits einen Vergleich der Berufungsquoten vorgenommen.³⁹ Das Ergebnis war, dass die Berufungsquote seit der ZPO-Reform rückläufig war,⁴⁰ sodass nach einem „jahrelangen Anstieg der Rechtsmittelquote“ ein Rückgang auf den Stand des Jahres 1982 verzeichnet werden konnte.⁴¹ Diese Zahlen sind allerdings vermutlich mit den oben unter a) aufgeführten Werten zur Berufungsquote nicht vollständig vergleichbar. Denn die amtliche Statistik bis einschließlich zum Jahr 2001 enthält, anders als für die seitdem erfassten Zeiträume, keine Angaben zur Zahl der berufungsfähigen Urteile. Die Ermittlung der Zahl berufungsfähiger Urteile bei Hommerich et al. basiert daher auf eigenen, nicht näher erläuterten Berechnungen. Vor diesem Hintergrund erschien es sinnvoll, die historischen Berufungsquoten für die Zwecke dieser Arbeit erneut zu berechnen, um einen transparenten Vergleich mit den heute zu beobachtenden Berufungsquoten zu ermöglichen. Die so vorgenommene Berechnung hat zudem den Vorteil, dass sie einen längeren Zeitraum vor und nach der ZPO-Reform miteinbezieht. Dadurch können etwaige kurzfristige Effekte im unmittelbaren zeitlichen Umfeld der Änderung des Berufungszwecks ins Verhältnis zur Gesamtentwicklung gesetzt werden.

Betrachtet man die Jahre unmittelbar vor Reform des Berufsrechts durch das ZPO-RG, zeigt sich, dass die Zahl der Berufungen im Verhältnis zu den berufungsfähigen Urteilen in den Jahren 1996–1998 zunächst zurückging, um danach wieder anzusteigen. Die mittlere Berufungsquote für die Jahre 1996–2001 lag bei 42,73 Prozent insgesamt; für die landgerichtlichen Berufungen betrug sie 36,07 Prozent und für die oberlandesgerichtlichen Berufungen 58,44 Prozent (Tabelle 2).

³⁹ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 149 ff. Für zeitlich weiter zurückliegende Statistiken, d. h. von 1970 bis 1981, s. Schuster/Siebert, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stempel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 333, 386 f.; außerdem Schuster, a. a. O., S. 107, 111 f.: durchschnittlich 24 bis 25 Prozent Berufungsquote gegen amtsgerichtliche Urteile sowie zwischen 47 und 48 Prozent gegen landgerichtliche Urteile, wobei sich das auf die Gesamtheit der streitigen – und nicht auf die Teilmenge der berufungsfähigen – erstinstanzlichen Urteile bezieht, also mit den hiesigen Zahlenwerten nicht vergleichbar ist.

⁴⁰ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 150 f.

⁴¹ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 6.

Tabelle 2

**Berufungsquoten AG/LG und LG/OLG in den Jahren 1996–2001
(Zahlen gerundet)**

	Berufungs- fähige Urteile AG (Schät- zung) ⁴²	Anhängig gemachte Rechtsmittelverf./ Erledigte Berufun- gen LG (<i>Berufungs- quote AG zu LG</i>)	Beru- fungsfähi- ge Urteile LG (Schät- zung) ⁴³	Anhängig gemachte Rechtsmittel- verf./Erledigte Berufungen OLG (<i>Beru- fungsquote LG zu OLG</i>)	Gewichtete Berufungsq. LG + OLG
2001	236.132	88.450/90.452 ($\approx 38,31\%$)	108.756	63.781/64.244 ($\approx 58,65\%$)	44,14 %
2000	252.482	93.750/94.341 ($\approx 37,13\%$)	109.345	63.992/65.533 ($\approx 58,52\%$)	43,60 %
1999	265.403	96.492/98.866 ($\approx 36,36\%$)	113.378	66.867/68.434 ($\approx 58,98\%$)	43,13 %
1998	288.377	100.591/100.911 ($\approx 34,88\%$)	118.618	69.600/69.364 ($\approx 58,68\%$)	41,82 %
1997	292.289	102.238/102.578 ($\approx 34,98\%$)	120.041	69.333/67.918 ($\approx 57,76\%$)	41,61 %
1996	281.298	101.394/97.780 ($\approx 36,04\%$)	114.739	66.696/63.704 ($\approx 58,13\%$)	42,44 %
Mittel	269.330	97.153/97.488 ($36,07\%$)	114.146	66.712/66.533 ($58,44\%$)	42,73 %

Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Zivilgerichte 2001, 2000, 1999, 1998, 1997, 1996, jeweils S. 23 lfd. Nr. 2, 11–13, S. 26 lfd. Nr. 2, 11–17 (1997–2000), S. 22 lfd. Nr. 2, 11–17 (1996), S. 34 lfd. Nr. 18 (1996), S. 38 lfd. Nr. 18 (1997–2000), S. 35 lfd. Nr. 18 (2001), S. 55 lfd. Nr. 1 (2001), S. 58 lfd. Nr. 1 (1997–2000), S. 54 lfd. Nr. 1 (1996), S. 72 lfd. Nr. 2 (1996), S. 76 lfd. Nr. 2 (1997–2000), S. 77 lfd. Nr. 1 (2001), S. 73 lfd. Nr. 2 (2001); S. 42 lfd. Nr. 13 (1997–2000), S. 38 lfd. Nr. 13 (1996), S. 39 lfd. Nr. 13 (2001); S. 80 lfd. Nr. 1 (1997–2000), S. 76 lfd. Nr. 1 (1996).

⁴² Näherung durch Anteil aller erledigten Verfahren mit Streitwert ab 1.500 DM. Es wurde angenommen, dass die Streitwerte unter den streitigen Urteilen gleich verteilt sind.

⁴³ Eine Näherung durch Anteil der Verfahren mit Streitwert ab 1.500 DM war für die landgerichtlichen Urteile erster Instanz nicht möglich, da in der klassierten Häufigkeitsverteilung der Streitwerte die unterste Klasse alle Streitwerte bis 6.000 DM erfasst. Deren Anteil an allen erledigten Verfahren ist indes mit durchschnittlich 2,62 Prozent in den Jahren 1995–2000 ohnehin sehr gering, s. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Zivilgerichte 2000, 1999, 1998, 1997, 1996, jeweils S. 49 (2001)/S. 50 (1997–2000)/S. 46 (1996) lfd. Nr. 11.

Damit unterschieden sich die Berufungsquoten vor der ZPO-Reform nur marginal von den aktuell, d. h. in den vergangenen fünf Jahren, durchschnittlich zu verzeichnenden Werten (42,35 Prozent gesamt, 31,89 Prozent bei landgerichtlichen Berufungen, 59,21 Prozent bei oberlandesgerichtlichen Berufungen). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die jeweiligen Zahlenwerte nicht vollständig miteinander vergleichbar sind, da die Anzahl der berufungsfähigen Amtsgerichtsurteile vom Jahr 2002 an in der amtlichen Statistik genau aufgelistet wurde, während sie für die davorliegenden Zeiträume näherungsweise über die Teilmenge der streitigen Urteile erster Instanz, die – eine Verteilung wie in der Gesamtzahl der Verfahren dieser Instanz vorausgesetzt – einen Streitwert von über 1.500 DM hatten, berechnet werden musste. Dass das nicht deckungsgleich ist mit den Verfahren mit einem entsprechend hohen berufungsfähigen Beschwerdewert, ist als Ungenauigkeit hinnehmbar.

Wie Hommerich, Prütting und Mitarbeiter zutreffend feststellen,⁴⁴ ging die Berufungsquote in den Jahren unmittelbar nach der ZPO-Reform zurück. Sie nahm aber mit dem Jahr 2004, d. h. nach dem Berichtszeitraum des Evaluationsberichts, wieder leicht zu (siehe *Tabelle 3*), sodass im Jahr 2006 mit 42,19 Prozent Gesamt-Berufungsquote schon fast wieder der Durchschnittswert aus den Jahren 1996–1998 (42,20 Prozent) erreicht wurde.

Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob die ZPO-Reform sich tatsächlich auf die Berufungsquote und damit auf die Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile ausgewirkt hat.⁴⁵ Die Berufungsquote für Landgerichte und Oberlandesgerichte zusammen betrug in den Jahren 2002–2007 durchschnittlich 40,61 Prozent. Damit lag sie ungefähr zwei Prozentpunkte tiefer als die heutige Quote oder als die Quote in den Jahren vor der ZPO-Reform 2001. Die durchschnittliche Berufungsquote gegen amtsgerichtliche Urteile lag in den fünf Jahren nach der ZPO-Reform bei 32,56 Prozent und damit um ca. 3,5 Prozentpunkte niedriger als der Durchschnittswert vor der Reform. Insofern könnte man für die amtsgerichtlichen Urteile von einer sehr leichten Auswirkung der Veränderung des Berufungszwecks ausgehen, zumal das Niveau von etwa 32 Prozent Berufungsquote auch heute noch besteht. Bei den berufungsfähigen Urteilen der Landgerichte war nach der ZPO-Reform ein Mittelwert von 57,74 Prozent zu beobachten; das sind lediglich 0,7 Prozentpunkte weniger als in den Vor-Reform-Jahren und zugleich nur etwa ein Prozentpunkt mehr als der aktuelle Mittelwert der Jahre 2014 bis 2018 (siehe dazu *Tabelle 1*).

⁴⁴ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 151.

⁴⁵ So auch Roth, in: Hommage Rimmelspacher, 2019, S. 19, 21; a. A. Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 151 (auf Basis der Berufungsquoten von 2000 bis 2004).

Tabelle 3

**Berufungsquoten AG/LG und LG/OLG in den Jahren 2002–2007
(Zahlen gerundet)**

	Berufungsfähige Urteile AG	Anhängig gemachte Rechtsmittelverf./ Erledigte Berufungen LG (<i>Berufungsquote AG zu LG</i>)	Berufungsfähige Urteile LG	Anhängig gemachte Berufungssachen/ Erledigte Berufungen OLG (<i>Berufungsquote LG zu OLG</i>)	Gewichtete Berufungsq. LG + OLG
2007	180.103	60.560/61.357 ($\approx 33,63\%$)	93.523	54.516/54.184 ($\approx 58,29\%$)	42,06%
2006	189.107	63.964/64.227 ($\approx 33,82\%$)	98.200	57.242/57.447 ($\approx 58,29\%$)	42,19%
2005	204.513	66.835/66.725 ($\approx 32,68\%$)	101.406	57.876/56.737 ($\approx 57,07\%$)	40,77%
2004	215.289	70.790/71.383 ($\approx 32,88\%$)	100.119	57.126/59.037 ($\approx 57,06\%$)	40,56%
2003	216.241	70.742/74.586 ($\approx 32,71\%$)	98.728	56.793/61.079 ($\approx 57,52\%$)	40,49%
2002	217.825	75.134/84.134 ($\approx 34,39\%$)	97.627	56.645/63.243 ($\approx 58,02\%$)	41,78%
Mittelwert	208.846	68.004/70.402 ($\approx 32,56\%$)	98.207	56.700/58.622 ($\approx 57,74\%$)	40,61%

Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2007, 2006, 2005, 2004, 2003, 2002, jeweils S.15 (2002)/S. 16 (2003), je lfd. Nr. 36–37; S. 20 (2004, 2005) lfd. Nr. 44–45; S. 18 (2006, 2007) lfd. Nr. 47; S. 35 (2002)/S. 36 (2003), je lfd. Nr. 18; S. 42 (2004, 2005) lfd. Nr. 19; S. 38 (2006, 2007) lfd. Nr. 15; S. 39 (2002)/S. 40 (2003), je lfd. Nr. 33–34; S. 54 (2006, 2007) lfd. Nr. 21; S. 58 (2004, 2005) lfd. Nr. 21–22; S. 55 (2002)/S. 56 (2003)/S. 62 (2004, 2005)/S. 58 (2006, 2007), je lfd. Nr. 1; S. 73 (2002)/S. 74 (2003)/S. 80 (2004, 2005)/S. 76 (2006, 2007), je lfd. Nr. 2; S. 77 (2002)/S. 78 (2003)/S. 84 (2004, 2005)/S. 80 (2006, 2007), je lfd. Nr. 1.

Die langfristige Betrachtung der Berufsquoten, insbesondere unter Einbeziehung mehrerer Jahre vor der ZPO-Reform, zeigt also, dass die Berufsquote im deutschen Zivilprozess seit mindestens 25 Jahren relativ unverändert bei einem Mittelwert von etwa 42 Prozent liegt. Das passt erstens zu der Einschätzung, dass die Umgestaltung des Berufsrechts durch das ZPO-RG ihr Ziel nicht erreicht hat.⁴⁶ Zweitens könnte man sich sogar fragen, ob eine gleichbleibende Berufsquote trotz verringertem Funktionsumfang der Berufungsinstanz bedeutet, dass die Berufungsführer heute noch stärker als zuvor motiviert sind, eine Abänderung von sie belastenden erstinstanzlichen Urteilen zu erreichen. Denn die Aussicht der bindenden Tatsachenfest-

⁴⁶ Statt vieler s. etwa *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 2 m. w. N.

stellungen sowie des grundsätzlichen Novenverbots hält die Parteien scheinbar nicht davon ab, genau so häufig Berufung einzulegen wie zu Zeiten, als es noch eine volle zweite Tatsacheninstanz gab. Das wiederum kann bedeuten, dass das Vertrauen der Bürger in die kontrollierende und korrigierende Kraft der Berufung unabhängig von deren genauer Ausgestaltung besteht.

3. Zusammenfassung und Bewertung

Die Statistiken zur Berufungsquote lassen sich wie folgt zusammenfassen: Betrachtet man alle berufungsfähigen Urteile im Zivilrecht, liegt die durchschnittliche Berufungsquote der vergangenen sechs Jahre bei ungefähr 42 Prozent. Die separate Betrachtung von amtsgerichtlichen und landgerichtlichen berufungsfähigen Urteilen ergibt eine Berufungsquote von knapp 32 Prozent gegen Amtsgerichtsurteile und eine Berufungsquote von ca. 59 Prozent gegen Landgerichtsurteile. Die Gesamtberufungsquote, d. h. Amts- und Landgerichte zusammengenommen, unterscheidet sich nicht von der durchschnittlichen Berufungsquote, die in den Jahren vor der ZPO-Reform zu beobachten war. Die durchschnittliche Berufungsquote vor den Landgerichten ist seit der ZPO-Reform leicht abgesunken, dagegen ist sie für die Berufungen vor den Oberlandesgerichten seitdem minimal angestiegen.

Wie ist die Höhe der Berufungsquoten zu bewerten? Verfolgt man die unter a) dargestellte These, dass eine ausbleibende Berufung mit der Akzeptanz der erstinstanzlichen Entscheidung gleichzusetzen ist, dann bedeutet die Berufungsquote von fast 60 Prozent gegen landgerichtliche Urteile, dass die Mehrheit der berufungsfähigen Landgerichtsurteile von den unterlegenen Parteien nicht akzeptiert wird. Das könnte ein Hinweis darauf sein, dass die erstinstanzliche Entscheidung in mehr als jedem zweiten Fall aus Sicht der Parteien nicht überzeugt und eine Korrektur irgendwie aussichtsreich erscheint. Eindeutige Aussagen sind hier jedoch nicht leicht zu treffen, da die Entscheidung für oder gegen eine Berufung von vielen Faktoren abhängt – Persönlichkeitsmerkmale, Qualität der erstinstanzlichen Entscheidung,⁴⁷ Vertrauen in die Justiz, Einbindung von Rechtsschutzversicherungen, usw. –, die im einzelnen Fall unterschiedlich stark ausgeprägt sein können.⁴⁸ Das wird schon daran ersichtlich, dass die Berufungsquote gegen amtsgerichtliche Urteile nur halb so hoch ausfällt wie die Berufungsquote gegen landgerichtliche Urteile, was eher an den jeweiligen Streitwerten liegen wird und vermutlich

⁴⁷ *Schulte*, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stempel (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, 1985, S. 35, 36 f.

⁴⁸ Siehe zu den unterschiedlichen Faktoren überblicksweise *Schultzky*, *Kosten der Berufung*, 2003, S. 119 ff. m. w. N. sowie oben Kap. 3 Fn. 26.

nicht an der weniger überzeugenden Qualität oder „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Landgerichtsurteile.

Es dürfte vertretbar sein, die Berufungsquote von etwa 59 Prozent gegen Urteile der Landgerichte als hoch und die Berufungsquote von etwa 32 Prozent gegen Urteile der Amtsgerichte als niedrig zu bewerten. Auch dass in insgesamt über 40 Prozent aller berufungsfähigen Zivilsachen Berufung eingelegt wird und das Verfahren keinen frühen Abschluss findet, sondern weiter gerichtliche Ressourcen in Anspruch nimmt, könnte aus Effizienzgesichtspunkten⁴⁹ nicht zu Unrecht die Frage nach sich ziehen, warum es ein ausdifferenziertes Instanzensystem mit intendiert starker erster Instanz gibt, wenn in fast der Hälfte der Fälle ohnehin die zweite Instanz ausgeschöpft wird. Dennoch bleibt die Einordnung der Berufungsquotenhöhe eine Wertungsfrage. Anhaltspunkte können sich aus Vergleichen mit den Fachgerichtsbarkeiten oder mit zivilrechtlichen Berufungsquoten anderer Rechtsordnungen ergeben, wobei dort der Zugang zur Berufung wiederum nicht vollständig mit demjenigen im deutschen Zivilprozess vergleichbar ist. Auch aus diesem Grund soll eine derartige Gegenüberstellung an dieser Stelle unterbleiben. Interessant ist jedoch der direkte Vergleich mit der französischen Berufung: Wie Bierschenk berichtet, werden erstinstanzliche berufungsfähige Urteile in Deutschland um ein Vielfaches häufiger mit der Berufung angegriffen als in Frankreich.⁵⁰ Das spricht dafür, die Höhe der deutschen Berufungsquote grundsätzlich kritisch zu sehen.⁵¹

⁴⁹ Zu dieser Perspektive im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Berufung vgl. *Däubler-Gmelin*, ZRP 2000, 33, 33 f.

⁵⁰ *Bierschenk*, Die zweite Instanz, 2015, S. 140 f.: Berufungsquote von zwischen 16,7 und 19,1 Prozent (Jahre 2002 bis 2009) bezüglich der *Tribunaux de Grande Instance* sowie von zwischen 5,1 und 5,5 Prozent (2004 und 2006) bezüglich der *Tribunaux d'Instance* einschließlich der *Juridiction de Proximité* und der *Tribunaux Paritaires des Baux Ruraux*. Eine länderübergreifende Übersicht der Berufungsquoten existiert auf europäischer Ebene bisher nicht, vgl. *Council of Europe*, CEPEJ Evaluation Report 2020, S. 131; für einen überblicksmäßigen internationalen Vergleich der Berufungsquoten zu Beginn der 1990er-Jahre s. *Shavell*, J. Legal Stud. 24 (1995) 397, 380 f. Fn. 3; s. außerdem die Tabelle 2 bei *Szego*, Inside the Italian Courts of Appeals, 2007, S. 14 (Datenmaterial aus unterschiedlichen Jahren bis zum Jahr 2004); *Andrews On Civil Processes I*, 2013, Rn. 15.17. m. w. N. berichtet außerdem von den Berufungsquoten in Kroatien, den Niederlanden und Kalifornien, nicht aber von der im Vereinigten Königreich.

⁵¹ So auch beispielsweise *Röhl*, VERW 35 (2002), Beiheft 5, 67, 76: „Für einen Dienstleistungsbetrieb wäre eine solche Beschwerdequote schlicht untragbar“.

III. Drei Viertel der Berufungen gegen Einzelrichterurteile gerichtet – entspricht erstinstanzlicher Häufigkeit von Einzelrichterentscheidungen

Fast drei Viertel aller Berufungen, die an den Oberlandesgerichten anhängig gemacht und erledigt werden, richten sich gegen Urteile eines Einzelrichters beim Landgericht – im Jahr 2018 waren es 72,8 Prozent,⁵² im Schnitt der Jahre 2012 bis 2017 betrug die Quote 69,77 Prozent.⁵³ Das übrige Viertel betraf Kammerentscheidungen, entweder der Zivilkammer (2018: 20,8 Prozent) oder der Kammer für Handelssachen (6,0 Prozent),⁵⁴ wobei auch letztere nicht selten nur vom Berufsrichter entschieden werden. Die Jahre 2019 und 2020 wurden auch hier aufgrund der erwähnten statistischen Belastung durch Diesel-Verfahren nicht in die Berechnung miteinbezogen.

Der hohe Anteil von Berufungen gegen Einzelrichterurteile lässt sich vor allem dadurch erklären, dass in der ersten Instanz die Entscheidung durch Einzelrichter mittlerweile der Regelfall ist. Im Jahr 2018 wurden an den Landgerichten 76,83 Prozent der erstinstanzlichen Zivilkammerurteile von Einzelrichtern gefällt,⁵⁵ auf alle erstinstanzlichen Urteile bezogen waren es 70,03 Prozent.⁵⁶ Damit ist die Quote der Einzelrichterentscheidungen unter den Verfahren erster Instanz (70,03 Prozent) und unter den Berufungssachen (72,8 Prozent) annähernd gleich verteilt.⁵⁷ Das spricht dafür, dass aus Sicht der Parteien kein Qualitätsunterschied zwischen Einzelrichter und Kammer besteht, da die Wahrscheinlichkeit einer Berufung für beide ungefähr gleich hoch ist.⁵⁸

⁵² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 106 lfd. Nr. 3.

⁵³ Spannweite: 67,4 Prozent im Jahr 2012 bis 71,1 Prozent im Jahr 2017, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, je S. 92 (2012–2013)/106 (2014–2017) lfd. Nr. 3.

⁵⁴ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 106 lfd. Nr. 4, 5.

⁵⁵ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 60 lfd. Nr. 36, 37. In den Jahren zuvor waren es seit 2012 durchschnittlich 76,65 Prozent (Spannweite: 75,97 Prozent im Jahr 2013 bis 77,64 Prozent im Jahr 2015), Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, je S. 54 (2012–2013)/60 (2014–2017) lfd. Nr. 34, 35.

⁵⁶ Errechnet auf Grundlage von Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 48 lfd. Nr. 27–34, S. 60 lfd. Nr. 36, 37.

⁵⁷ Zu historisch anderen Werten etwa für die Jahre 1982–1984 s. *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 146 f.

⁵⁸ Vgl., schon vor der Berufsreform, BT-Drs. 14/4722, S. 157.

Zwischen den Bundesländern und Gerichten ergeben sich hinsichtlich des Anteils, den Einzelrichterurteile unter den mit der Berufung angefochtenen Urteilen einnehmen, größere Unterschiede: Die Spannweite reichte im Jahr 2018 von 28,5 Prozent (*OLG Köln*) über 47,4 Prozent (*OLG Düsseldorf*) bis zu ca. 87 Prozent (*OLG Bamberg*, *OLG Stuttgart*, *OLG Rostock*, *OLG Saarbrücken*), 89 (*OLG Schleswig*) und sogar 93 Prozent (*KG Berlin*) erstinstanzlicher Einzelrichterurteile unter allen jährlich mit der Berufung angegriffenen Landgerichtsurteilen.⁵⁹ Diese „lokalen Schwankungen“⁶⁰ wurden auch rechtshistorisch schon beobachtet. Bei der Analyse von Rottleuthner, Böhm und Gasterstädt aus dem Jahr 1992 hatte ebenfalls das *OLG Köln* die niedrigste Quote an Berufungen, die sich gegen Einzelrichterurteile richteten; die höchste Quote wurde, ähnlich wie heute, am *OLG Stuttgart* verzeichnet.⁶¹

Als Ursache für die hohen Wertdifferenzen zwischen den Bundesländern kommen örtliche Besonderheiten und daraus folgende Sachgebietsschwerpunkte in Betracht; außerdem könnten sich unterschiedliche Gepflogenheiten bei der Zählkarteneintragung an den Oberlandesgerichten auswirken.⁶² Auch die Übereinstimmung zwischen erstinstanzlicher Einzelrichterquote und der Quote von Einzelrichterurteilen unter den Berufungsangriffen lässt sich ganz überwiegend auf Ebene der Bundesländer feststellen. Ausnahmen bilden einerseits etwa die OLG-Bezirke Stuttgart, Schleswig und Berlin, wo die Wahrscheinlichkeit einer Berufung gegen Einzelrichterurteile – gemessen an einem Vergleich der relativen Anteile unter den erstinstanzlichen Erledigungen und unter den Berufungen – um ca. 13 Prozentpunkte (*OLG Stuttgart* und *OLG Schleswig*) und 19,5 Prozentpunkte (*KG Berlin*) höher ist als die Wahrscheinlichkeit einer Berufung gegen Kammerurteile;⁶³ andererseits sind in den OLG-Bezirken Köln und Naumburg die erstinstanzlichen Entscheidungen von Einzelrichtern deutlich seltener von einer Berufung bedroht als die im selben Bezirk ergangenen Kammerentscheidungen. Die Differenz beträgt im Bezirk des *OLG Naumburg* knapp 16 Prozentpunkte und im Bezirk des *OLG Köln* über 27 Prozentpunkte.⁶⁴ Einzelrichter, die an den Landgerichten dieser Be-

⁵⁹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 106 ff. lfd. Nr. 3.

⁶⁰ Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt, Einzelrichter, 1992, S. 153.

⁶¹ Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt, Einzelrichter, 1992, S. 148 f.

⁶² Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt, Einzelrichter, 1992, S. 153 f.: „[G]roße Differenz und [...] lokal[e] Schwankungen gehen vermutlich auf fehlerhafte Eintragungen der OLG-Zählkarten an den meisten Oberlandesgerichten zurück“ (dort auch überprüft am Beispiel des *KG Berlin*).

⁶³ Errechnet auf Grundlage von Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 48, 49, 51, je lfd. Nr. 27–34, S. 60, 61, 63, je lfd. Nr. 36, 37.

⁶⁴ Errechnet auf Grundlage von Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 50, 51, je lfd. Nr. 27–34, S. 62, 63, je lfd. Nr. 36, 37.

zirke berufungsfähige Urteile erlassen, müssen seltener als Kollegen in anderen Bezirken damit rechnen, dass es tatsächlich zu einer Überprüfung ihrer Sachentscheidung durch das Berufungsgericht kommen wird.

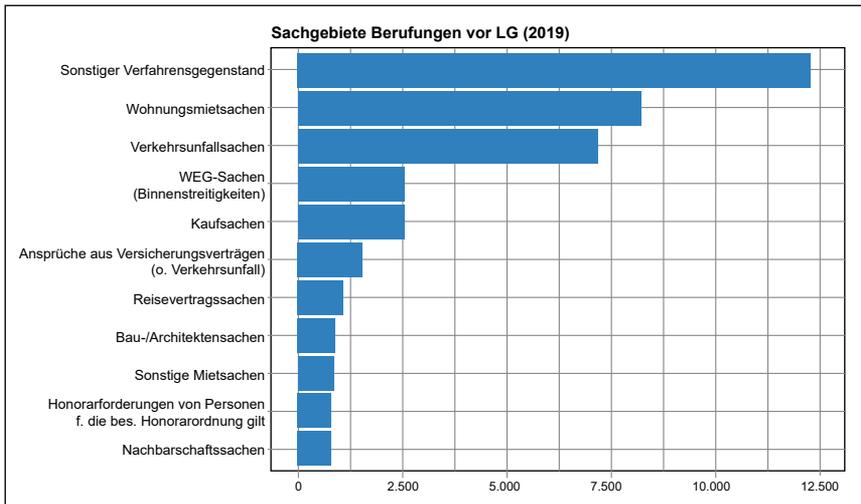
Auf alle Berufungen in Deutschland bezogen, bleibt es jedoch dabei, dass die Urteile eines Einzelrichters am Landgericht die gleiche statistische Wahrscheinlichkeit einer Berufung haben wie die Urteile einer landgerichtlichen Kammer. Das kann man, wie erwähnt, als Zeichen für die gleichwertige Qualität der Entscheidungen von Einzelrichter und Kammer sehen. Es ist allerdings zu bedenken, dass Streitwert und Berufungsquote positiv miteinander korrelieren (siehe oben II. 2. b)). Bei den in § 348 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO aufgezählten Sachgebieten, die eine Kammerentscheidung erfordern, könnten die jeweiligen Streitwerte möglicherweise höher liegen als in den bei der Kammer anhängig gemachten – und mutmaßlich in der Regel auf den Einzelrichter übertragenen – Fällen aus anderen Sachgebieten. Das wiederum würde nahelegen, dass die Wahrscheinlichkeit einer Berufung gegen Kammerurteile grundsätzlich höher ist als diejenige einer Berufung gegen Einzelrichterurteile. Die hier berichtete gleich hohe Berufungsquote könnte dann bedeuten, dass die Berufungskläger trotz vermutlich niedrigerer Streitwerte bei den vom Einzelrichter entschiedenen Sachen⁶⁵ gleich viel Motivation für eine Bitte um Fehlerkorrektur durch das Berufungsgericht aufweisen. Hierin könnte ein Indiz für eine geringere Akzeptanz von Einzelrichterurteilen gegenüber Kammerurteilen gesehen werden. Da jedoch in den amtlichen Statistiken für die Streitwerte lediglich Durchschnittswerte verfügbar sind, ist, wie bereits in Abschnitt II. 2. b) bemerkt, keine zuverlässige statistische Berechnung möglich, die die Berufungsquoten sowohl mit der Anzahl der Entscheider in der Vorinstanz als auch mit dem Streitwert miteinander in Verbindung setzt. Dafür wären umfangreiche Aktenanalysen nötig.⁶⁶

IV. Die häufigsten Sachgebiete von Berufungen: Wohnraummietrecht und Verkehrsunfallrecht am Landgericht, Kaufsachen am Oberlandesgericht

Die Sachgebiete, aus denen die meisten landgerichtlichen Berufungen kommen, sind, abgesehen von den „sonstigen Verfahrensgegenständen“ (30,69 Prozent), das Wohnraummietrecht (20,58 Prozent der erledigten Berufungen) sowie das Verkehrsunfallrecht (17,96 Prozent der erledigten Berufungen). Wei-

⁶⁵ So für die Situation vor der ZPO-Reform: *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 161.

⁶⁶ S. zum Beispiel *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 157; vgl. für die Verteilung der Streitwerte zudem *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 159 ff.



(Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 68 lfd. Nr. 8–24)

Abbildung 6: Sachgebiete der vor den Landgerichten als Berufungsinstanz erledigten Berufungen im Jahr 2019

tere häufige Sachgebiete sind WEG-Sachen und Kaufsachen mit jeweils etwa 6,4 Prozent der erledigten Berufungen (*Abbildung 6*).⁶⁷

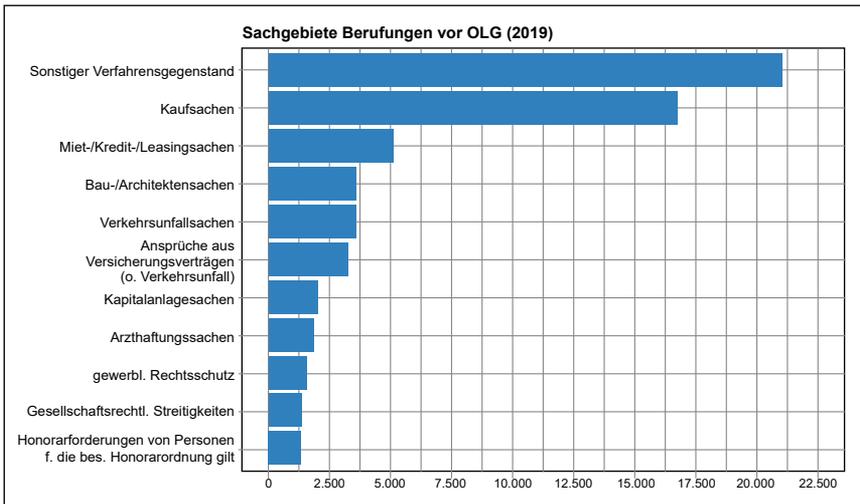
Der größte Teil der an den Oberlandesgerichten erledigten Berufungen, wieder mit Ausnahme der Berufungen aus dem Gebiet der „sonstigen Verfahrensgegenstände“ – dazu gehören u. a. Baulandsachen –⁶⁸ (33,49 Prozent aller Berufungen), entstammt dem Kaufrecht (siehe *Abbildung 7*). Mit 26,68 Prozent machen die Kaufsachen mehr als ein Viertel aller Berufungen vor den Oberlandesgerichten aus.⁶⁹ Danach folgen die Miet-, Kredit- und Leasing-sachen (8,12 Prozent) sowie, ungefähr gleichauf mit Anteilswerten zwischen 5,2 und 5,8 Prozent, die Berufungen in Bau-/Architektensachen, in Verkehrsunfallsachen und wegen Ansprüchen aus Versicherungsverträgen (ohne Verkehrsunfälle).⁷⁰

⁶⁷ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 68 lfd. Nr. 8–24.

⁶⁸ S. etwa Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik) 2018 (Nds. Rpfl. 1/2018, S. 27), Anlage 12.

⁶⁹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 94 lfd. Nr. 8–27. Für Details zu den einzelnen Sachgebietszuordnungen s. ZP-Statistik, Anlage 9 (Landgerichte) und 12 (Oberlandesgerichte).

⁷⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 94 lfd. Nr. 8–27.



(Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 94 lfd. Nr. 8–27)

Abbildung 7: Sachgebiete der vor den Oberlandesgerichten als Berufungsinstanz erledigten Berufungen im Jahr 2019

Diese Häufigkeitsverteilung betrifft die erledigten Verfahren aus dem Jahr 2019. Der große Anteil von Kaufsachen ist vermutlich wiederum auf die zahlreichen Klagen und Berufungen im Diesel-Abgasskandal zurückzuführen. Denn in den Jahren 2015, 2016 und 2017 machten die kaufrechtlichen Berufungen mit jeweils knapp sieben Prozent einen deutlich kleineren Teil als heute aus;⁷¹ stattdessen betrafen entweder die Berufungen aus dem Miet-, Kredit- und Leasingrecht (2017: 13,8 Prozent⁷², 2016: 9,95 Prozent⁷³) oder aus dem Bau- und Architektenrecht (2015: 8,9 Prozent⁷⁴) die nach den „sonstigen Verfahrensgegenständen“ am häufigsten vorkommenden Sachgebiete. Darüber hinaus ist ein Vergleich mit den Häufigkeitsverteilungen vor der ZPO-Reform nicht zuverlässig möglich, da das statistische Bundesamt zum Jahr 2004 einen neuen, veränderten Sachgebetskatalog eingeführt hat.⁷⁵

⁷¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2017, 2016, 2015, je S. 94 lfd. Nr. 1, 9.

⁷² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2017, S. 94 lfd. Nr. 1, 12.

⁷³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2016, S. 94 lfd. Nr. 1, 12.

⁷⁴ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, S. 94 lfd. Nr. 1, 7.

⁷⁵ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2017, S. 8.

V. Die meisten Berufungen in NRW, Bayern und Baden-Württemberg

Knapp ein Viertel (23,24 Prozent) aller Berufungen wurde im Jahr 2019 vor nordrhein-westfälischen Gerichten entschieden.⁷⁶ Weitere 15 Prozent der Berufungen entfielen auf Bayern sowie jeweils etwa ein Zehntel auf Baden-Württemberg (11,37 Prozent), Niedersachsen (9,99 Prozent) und Hessen (9,46 Prozent).⁷⁷ Die wenigsten Berufungen bundesweit gab es in Bremen (0,56 Prozent), im Saarland (1,05 Prozent) und in Mecklenburg-Vorpommern (1,3 Prozent).⁷⁸

Diese Verteilung entspricht auch ungefähr dem Verhältnis bei der Zahl der Berufungsgerichte: Die meisten Berufungsgerichte hat das Bundesland Bayern (25), danach folgen Nordrhein-Westfalen (22), Baden-Württemberg (19), Niedersachsen (14) und Hessen (10).⁷⁹ In Bremen, Hamburg, Berlin sowie im Saarland finden sich lediglich zwei Berufungsgerichte, in Mecklenburg-Vorpommern sind es fünf.⁸⁰

VI. Knapp 3.200 Berufungsrichter in Deutschland; Entscheidung im Kollegium die Regel

Eine eigene Auswertung der Geschäftsverteilungspläne der Land- und Oberlandesgerichte aus dem Jahr 2019 ergab, dass an den 115 Landgerichten und 24 Oberlandesgerichten⁸¹ deutschlandweit insgesamt etwa 3.173 Richter für Berufungen in Zivilsachen zuständig waren.⁸²

⁷⁶ Eigene Berechnung auf Basis von Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 68 ff., 94 ff., je lfd. Nr. 1.

⁷⁷ Eigene Berechnung auf Basis von Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 68 ff., 94 ff., je lfd. Nr. 1.

⁷⁸ Eigene Berechnung auf Basis von Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 68 ff., 94 ff., je lfd. Nr. 1.

⁷⁹ Vgl. *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Gerichte des Bundes und der Länder am 22. Juni 2020 (ohne Dienst- und Ehrengerichtsbarkeit), abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Anzahl_der_Gerichte_des_Bundes_und_der_Laender.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12.03.2022, nicht mehr abrufbar am 09.10.2024, keine Archiv-URL verfügbar).

⁸⁰ Vgl. *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Gerichte des Bundes und der Länder am 22. Juni 2020 (ohne Dienst- und Ehrengerichtsbarkeit), abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Anzahl_der_Gerichte_des_Bundes_und_der_Laender.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12.03.2022, nicht mehr abrufbar am 09.10.2024, keine Archiv-URL verfügbar).

⁸¹ *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Gerichte des Bundes und der Länder am 22. Juni 2020 (ohne Dienst- und Ehrengerichtsbarkeit), abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Anzahl_der_Gerichte_

Dabei finden sich 59 Prozent der Berufungszivilrichter an den Landgerichten (1.873 Richter), während mit 41 Prozent der kleinere Teil aller Berufungsrichter an den Oberlandesgerichten tätig ist (1.300 Richter).⁸³ Allerdings können hieraus keine belastbaren Schlüsse zum Vergleich von Land- und Oberlandesgerichten gezogen werden, da vor allem an den Landgerichten die Berufungsrichter häufig nicht ausschließlich mit Berufungen beschäftigt sind, sondern auch erstinstanzliche Sachen bearbeiten, sodass der Arbeitskraftanteil für die Bearbeitung von Berufungen entsprechend reduziert ist. Wie groß die dadurch verursachte Differenz zwischen Zahl der Berufungsrichter und Arbeitskraftanteilen ist, lässt sich nicht eindeutig sagen, da nicht alle Geschäftsverteilungspläne auch die entsprechenden Arbeitskraftanteile angeben. Eine Hochrechnung auf Basis der Angaben von 40 Berufungsgerichten ergibt näherungsweise 1.655 Arbeitskraftanteile für Berufungen an den Landgerichten und 1.146 Arbeitskraftanteile an den Oberlandesgerichten;⁸⁴ möglicherweise liegen die Werte aber auch viel näher beieinander. Falls hierzu präzisere Daten existieren würden, wäre es interessant, die Erledigungsquoten pro Arbeitskraftanteil zu untersuchen und mit den zwischen den Gerichtsarten verschiedenen Aktenumfängen und Bearbeitungsdauern in Verbindung zu bringen.

In den Bundesländern mit den meisten erledigten Berufungen (dazu oben V.) sind auch bundesweit jeweils die meisten Berufungsrichter beschäftigt: Bereits ein Fünftel der Berufungsrichter in Deutschland (21,27 Prozent, 675 Personen) ist an nordrhein-westfälischen Gerichten tätig, aus Niedersachsen und Bayern kommen jeweils etwa zwölf Prozent (389 Personen) aller über Berufungen entscheidenden Richter, und ein Zehntel (10,72 Prozent, 340 Personen) ist an den Land- und Oberlandesgerichten in Baden-Württemberg mit zivilrechtlichen Berufungen befasst.⁸⁵ Die Bundesländer mit den wenigsten Berufungsrichtern in Zivilsachen sind Bremen (0,98 Prozent;

des_Bundes_und_der_Laender.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12.03.2022, nicht mehr abrufbar am 09.10.2024, keine Archiv-URL verfügbar).

⁸² Eigene Auswertung der Geschäftsverteilungspläne 2019 der 115 Landgerichte und 24 Oberlandesgerichte, soweit verfügbar. Falls die Gerichte weder den Geschäftsverteilungsplan noch entsprechende zahlenmäßige Angaben herausgaben, wurde ein Schätzwert angenommen, der sich an vergleichbar großen Gerichten im selben Bezirk orientierte.

⁸³ Eigene Auswertung der Geschäftsverteilungspläne 2019 der Landgerichte und Oberlandesgerichte (s. o., Kap. 3 Fn. 82).

⁸⁴ Eigene Auswertung der Geschäftsverteilungspläne 2019 der Landgerichte und Oberlandesgerichte (s. o., Kap. 3 Fn. 82).

⁸⁵ Eigene Auswertung der Geschäftsverteilungspläne 2019 der Landgerichte und Oberlandesgerichte (s. o., Kap. 3 Fn. 82).

31 Personen), Mecklenburg-Vorpommern (1,42 Prozent, 45 Personen) und Thüringen (1,58 Prozent, 50 Personen).⁸⁶

Etwa 65 Prozent der Landgerichte (in absoluten Zahlen: 75) haben gesonderte Berufungszivilkammern eingerichtet, die ausschließlich oder ganz überwiegend für zivilrechtliche Berufungen zuständig sind; dagegen ist an ca. 35 Prozent der Landgerichte (in absoluten Zahlen: 40) die ganz überwiegende Zahl der Kammern – auch – für Berufungen in Zivilsachen zuständig, etwa über den Turnus oder über eine Akzessorietätsregelung zur sachlichen Zuständigkeit für erstinstanzliche Rechtsstreitigkeiten.⁸⁷

Von den im Jahr 2018 bei den Oberlandesgerichten erledigten Berufungssachen waren im Zeitpunkt der Erledigung insgesamt 91,7 Prozent beim Senat und 8,3 Prozent beim Einzelrichter anhängig gewesen.⁸⁸ Das entspricht ungefähr den Verteilungen der Vorjahre.⁸⁹ Die landgerichtlichen Berufungen desselben Jahres wurden in 85,04 Prozent der Fälle von der Kammer und in etwa 14,96 Prozent der Fälle vom Einzelrichter entschieden.⁹⁰ Auch das gleicht den Daten der vorvergangenen Jahre.⁹¹ Es zeigt sich also, dass Berufungen in der Regel im Kollegium entschieden werden. Zu den Vor- und Nachteilen der Gruppenentscheidung aus psychologischer Sicht siehe Kapitel 4 A.I.3.c); II.1.d)).

⁸⁶ Eigene Auswertung der Geschäftsverteilungspläne 2019 der Landgerichte und Oberlandesgerichte (s. o., Kap. 3 Fn. 82).

⁸⁷ Eigene Auswertung der Geschäftsverteilungspläne 2019 der Landgerichte und Oberlandesgerichte (s. o., Kap. 3 Fn. 82).

⁸⁸ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 106 lfd. Nr. 22, 25. Das Jahr 2019 wurde wegen der geschilderten Atypizität nicht miteinbezogen.

⁸⁹ 2017: 91,02 Prozent Senats- und 8,98 Prozent Einzelrichterentscheidungen; 2016: 90,96 Prozent Senats- und 9,04 Prozent Einzelrichterentscheidungen; 2015: 90,7 Prozent Senats- und 9,3 Prozent Einzelrichterentscheidungen, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, 2016, 2017, je S. 106 lfd. Nr. 22, 25.

⁹⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 80 lfd. Nr. 35, 36, 39.

⁹¹ 2017: 84,3 Prozent Kammer- und 15,7 Prozent Einzelrichterentscheidungen; 2016: 85,34 Prozent Kammer- und 14,66 Prozent Einzelrichterentscheidungen; 2015: 86,02 Prozent Kammer- und 13,98 Prozent Einzelrichterentscheidungen, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, 2016, 2017, je S. 80 lfd. Nr. 35, 36, 39.

VII. Berufungszulassung macht nur geringen Teil der berufungsfähigen Urteile aus; Chance für positive Zulassungsentscheidung an AG: 10 %/LG: 82 %

Entsprechend der in Kapitel 2 beschriebenen Rechtslage, dass die Berufungen mit einer Berufungssumme unter 600 Euro einer Zulassung bedürfen und alle darüber hinausgehenden Beschwerdewerte die Berufung unabhängig von einer gerichtlichen Zulassung ermöglichen, machen die zugelassenen Berufungen nur einen kleinen Teil aller berufungsfähigen Urteile aus. Lediglich 7,56 Prozent (10.423 Urteile) der berufungsfähigen amtsgerichtlichen Urteile⁹² und 7,21 Prozent (6.441 Urteile) der berufungsfähigen landgerichtlichen Urteile⁹³ sind deswegen berufungsfähig, weil das Gericht des ersten Rechtszugs die Berufung zugelassen hat.

Dass der Anteil zugelassener Berufungen für die erstinstanzlichen Urteile der Landgerichte gleich hoch ausfällt wie für die Urteile der Amtsgerichte, ist vor dem Hintergrund der deutlich höheren Zuständigkeitsstreit- und mithin Beschwerdewerte landgerichtlicher Verfahren vielleicht überraschend. Es sind aber die streitwertunabhängigen Zuständigkeiten der Landgerichte in erster Instanz zu berücksichtigen, die sich aus § 71 Abs. 2 GVG und weiterem Bundesrecht ergeben. Auch wenn die dort benannten Sachgebiete – darunter u. a. Kapitalmarktstreitigkeiten – nicht *per se* mit niedrigen Streitwerten assoziiert sind, dürfte sich hieraus die Anzahl der Landgerichtsurteile erklären lassen, die aufgrund Zulassung mit der Berufung anfechtbar gewesen sind. Dafür spricht auch der Umstand, dass an den Landgerichten in absoluten Zahlen bundesweit insgesamt nur 7.873 Urteile nicht den Beschwerdewert von 600,01 Euro erreichten, während das an den Amtsgerichten bei 103.183 Urteilen der Fall war.⁹⁴

⁹² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 18 lfd. Nr. 55, 57. Dieser Wert ist über die vergangenen Jahre leicht angestiegen von ca. fünf Prozent in den Jahren 2009–2013 zum aktuell stabilen Wert von über 7,5 Prozent seit dem Jahr 2016; errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, je S. 18 lfd. Nr. 49, 51 (2009)/50, 52 (2011, 12)/51, 53 (2010, 2013–2017).

⁹³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 60 lfd. Nr. 25, 27. Hier sind die Zahlenwerte leicht rückgängig, zunächst von 9,7 Prozent im Jahr 2009 und knapp 9 Prozent in den Jahren bis 2011 sowie 2013–2015. Seitdem beträgt der Anteil der zugelassenen Berufungen unter den berufungsfähigen Urteilen der Landgerichte ca. sieben bis acht Prozent, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, je S. 54 lfd. Nr. 21, 23 (2009)/S. 54 lfd. Nr. 23, 25 (2010–2013)/S. 60 (2014–2017) lfd. Nr. 23, 25.

⁹⁴ Für die LG-Urteile: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 56 lfd. Nr. 2, S. 60 lfd. Nr. 25, 27; für die AG-Urteile: errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 18 lfd. Nr. 26, 55, 57 (Dif-

Von diesen streitigen Urteilen unterhalb der Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wurden am Amtsgericht nur etwa zehn Prozent zur Berufung zugelassen.⁹⁵ Dagegen endeten an den Landgerichten etwa 82 Prozent jener Urteile mit einer Zulassungsentscheidung.⁹⁶ Das lässt den Schluss zu, dass bei der Entscheidung für die Berufungszulassung an den Amtsgerichten ein strengerer Maßstab angelegt wird als an den Landgerichten. Denn auch wenn die beiden Anteilswerte angesichts der erwähnten ausschließlichen Zuständigkeiten der Landgerichte nicht vollständig miteinander vergleichbar sind, stellt sich die Frage, ob tatsächlich 82 Prozent der Rechtssachen, die in erster Instanz am Landgericht entschieden werden und eine Beschwer von unter 600 Euro mit sich bringen, grundsätzliche Bedeutung haben oder zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts verlangen. Darüber, ob außerrechtliche Faktoren eine Rolle spielen, lässt sich nur spekulieren. So könnte man beispielsweise vermuten, dass erstinstanzliche Richter bei der Entscheidung über eine Berufungszulassung aus Sorge vor Aufhebung oder Abänderung eher dazu neigen, ein eigenes Urteil nicht der Überprüfung preiszugeben.⁹⁷ Möglicherweise ist aber die Motivation von Richtern, die erstinstanzlich am Landgericht tätig sind, anders gelagert, sodass man sich gerne mit seinem Urteil bei dem Oberlandesgericht „empfiehlt“ und in Fällen, die eine Zulassungsentscheidung erfordern, entsprechend häufig die Berufung zulässt.

ferenz zwischen per streitigem Urteil erledigten Verfahren und berufungsfähigen Urteilen, addiert mit den aufgrund Zulassung anfechtbaren Urteilen).

⁹⁵ Genauer Anteilswert: 9,93 Prozent, errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 18 lfd. Nr. 26, 55, 57. Ähnliche, aber von Jahr zu Jahr steigende Werte ergeben sich für die Jahre 2016 (9,7 Prozent der möglichen Berufungszulassungen endeten mit einer Zulassungsentscheidung), 2015 (8,9 Prozent), 2014 (7,8 Prozent), 2013 (6,3 Prozent) und 2012 (5,8 Prozent), Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, je S. 18 lfd. Nr. 25, 50, 52 (2012)/25, 51, 53 (2013–2017).

⁹⁶ Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 56 lfd. Nr. 2, S. 60 lfd. Nr. 25, 27. Vorjahre: 90 Prozent (2012), 92,37 Prozent (2013), 88,59 Prozent (2014), 86,07 Prozent (2015), 86,4 Prozent (2016), 85,41 Prozent (2017), errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, je S. 50 lfd. Nr. 2, S. 54 lfd. Nr. 23, 25 (2012–2013)/S. 56 lfd. Nr. 2, S. 60 lfd. Nr. 23, 25 (2014–2017).

⁹⁷ Vgl. allgemein dazu *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 176 f.; ebenso *Kern*, in: Gascón Inchausti/Hess (Hrsg.), *Future of the European Law of Civil Procedure*, 2020, S. 223, 236.

VIII. Die häufigsten Erledigungsarten von Berufungen: Rücknahme, streitiges Urteil, Vergleich; deckt sich mit Richter-Selbsteinschätzung

Die etwa 100.000 erledigten Berufungen pro Jahr sollen im Folgenden im Hinblick auf die Art der Erledigung betrachtet werden. Dabei wird zunächst die Häufigkeitsverteilung anhand der amtlichen Statistik dargestellt (1.). Danach folgt ein Bericht über die Ergebnisse einer Online-Befragung von Berufsrichtern über deren selbsteingeschätzte Verteilung der häufigsten Erledigungsarten von Berufungen (2.), bevor eine kurze Bewertung und Zusammenfassung diesen Abschnitt abschließen (3.).

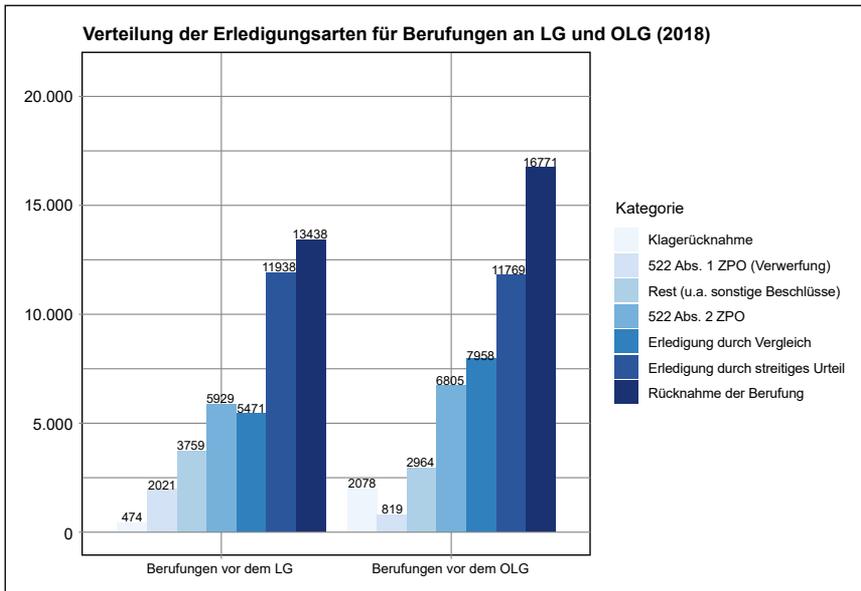
1. Häufigkeitsverteilung der Arten von Berufungserledigungen an LG und OLG

Wie in Kapitel 2 B. (S. 53 ff.) dargestellt, folgt im gerichtlichen Bearbeitungsverfahren nach der Zulässigkeitsprüfung die erste Aussonderung von Berufungen mittels Verwerfungsbeschluss. In der nächsten Stufe besteht die Möglichkeit der Verfahrenserledigung, indem ein Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO ergeht oder indem nach einem entsprechenden Hinweis der Berufungsführer sein Rechtsmittel zurücknimmt. Der verbleibende Teil der Berufungen kommt in die mündliche Verhandlung, wo wiederum die Erledigungsvarianten streitiges Urteil – Aufhebung, Abänderung oder Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 541 ZPO –, Vergleich oder anderweitig parteiendisponierte Verfahrensbeendigung möglich sind.

Wie sind diese Varianten der Berufungserledigung in ihrer jeweiligen Häufigkeit verteilt? Einen Einblick gibt die folgende *Abbildung 8*. Das Säulendiagramm zeigt die absolute Häufigkeitsverteilung der Erledigungsarten von Berufungsverfahren vor dem Landgericht und vor dem Oberlandesgericht. Es ist erkennbar, dass sich keine deutlichen Unterschiede zwischen Landgerichten und Oberlandesgerichten ergeben.

Die häufigste Erledigungsart von Berufungssachen an Landgericht und Oberlandesgericht ist die Rücknahme der Berufung gemäß § 516 ZPO: Knapp ein Drittel (31,22 Prozent) der in der landgerichtlichen Berufungsinstanz im Jahr 2018 erledigten Verfahren wurde durch Rücknahme der Berufung erledigt, davon ca. 73 Prozent nach Eingang der Begründung.⁹⁸ Auch vor dem Oberlandesgericht wird mit 34,11 Prozent etwa ein Drittel der Berufungen dadurch erledigt, dass der Berufungskläger seine Berufung wieder zurück-

⁹⁸ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 41, 43.



(Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 29 ff., S. 94 lfd. Nr. 28 ff.)

Abbildung 8: Häufigkeitsverteilung der Erledigungsarten für Berufungen an LG und OLG im Jahr 2018

nimmt, davon wiederum knapp 73 Prozent nach Eingang der Begründung.⁹⁹ Historisch lag der Anteil der Rücknahmen auch schon in den Jahren direkt nach Inkrafttreten des ZPO-RG ungefähr bei etwa 30 Prozent der landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Berufungen.¹⁰⁰ Grundsätzlich ist zu bedenken, dass die Rücknahme nicht selten auch durch einen außergerichtlichen Vergleich motiviert sein kann.

Nach der Rücknahme der Berufung ist die zweithäufigste Erledigungsart das streitige Urteil. 27,74 Prozent der Berufungen vor dem Landgericht und 23,94 Prozent der Berufungen vor dem Oberlandesgericht enden in einem streitigen Urteil.¹⁰¹ Diese Urteile lauten in nahezu der Hälfte der Fälle

⁹⁹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 94 lfd. Nr. 1, 38, 40.

¹⁰⁰ Zu den absoluten und relativen Häufigkeiten der Jahre 2000–2004 s. die Übersicht bei *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 180 f., 186 f.

¹⁰¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 30, S. 94 lfd. Nr. 1, 27.

(50,13 Prozent am LG; 46,37 Prozent am OLG) auf Abänderung und/oder eigene Sachentscheidung und in weiteren 6,2 (OLG) bis 7,2 (LG) Prozent der Fälle auf Aufhebung und Zurückverweisung (zur Berufungserfolgsquote siehe sogleich ausführlich in Teil B.).¹⁰² Der Anteil der streitigen Urteile belief sich vor Einführung der Zurückweisungsmöglichkeit nach § 522 Abs. 2 ZPO auf ungefähr das Doppelte (ca. 50 Prozent am LG, 40 Prozent am OLG).¹⁰³

Als nächsthäufige Art der Verfahrenserledigung folgt der gerichtliche Vergleich: 12,71 Prozent der landgerichtlichen und 16,19 Prozent der oberlandesgerichtlichen Berufungen wurden im Jahr 2018 auf diese Weise erledigt.¹⁰⁴ Für die Oberlandesgerichte ist es also die dritthäufigste Erledigungsart, bei den Landgerichten die vierthäufigste. Der Inhalt der Vergleiche ist statistisch jedoch nicht erfasst. Historisch entsprechen die Anteilswerte für Vergleiche nahezu exakt denen von vor fast 20 Jahren.¹⁰⁵

Der Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO (Zurückweisung wegen offensichtlicher Erfolglosigkeit der Berufung) beendet derzeit 13,78 Prozent der vor dem Landgericht erledigten Berufungen sowie 13,84 Prozent der Berufungen vor dem Oberlandesgericht.¹⁰⁶ Damit sind die Zurückweisungsbeschlüsse die dritthäufigste Erledigungsart bei den landgerichtlichen Berufungen und die vierthäufigste Art der Erledigung für die Berufungen vor dem Oberlandesgericht. Dabei sind zwischen den Bundesländern und auch innerhalb einzelner OLG-Bezirke große Unterschiede zu beobachten, die in der Literatur bereits berichtet wurden.¹⁰⁷ Ferner ist zu bedenken, dass wegen der Notwendigkeit, vor einem Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO einen entsprechenden Hinweisbeschluss zu fassen (siehe oben Kapitel 2 B. II. 3. a)), die Berufungskläger in Reaktion darauf häufig aus ökonomischen Gründen ihre Berufung zurücknehmen.¹⁰⁸ Dieser Zusammenhang macht es schwer, die tatsächliche Häufigkeit

¹⁰² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 76 lfd. Nr. 2, 5, 6, S. 94 lfd. Nr. 27, 47, 48.

¹⁰³ Zu den absoluten und relativen Häufigkeiten der Jahre von 2000 an s. die Übersicht bei *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 180 f., 186 f.

¹⁰⁴ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 32, S. 94 lfd. Nr. 1, 29.

¹⁰⁵ Zu den absoluten und relativen Häufigkeiten der Jahre 2000–2004 s. die Übersicht bei *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 180 f., 186 f.

¹⁰⁶ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 36; S. 94 lfd. Nr. 1, 35.

¹⁰⁷ Siehe beispielsweise *Greger*, ZJP 131 (2018) 317, 335; außerdem, allerdings nur bis zum Jahr 2005, *Postel*, Zurückweisung, 2009, S. 76 ff., 84 ff.

¹⁰⁸ Eine unveröffentlichte Datenerhebung unter Berufungskammern im OLG-Bezirk Hamm kommt beispielsweise zu dem Ergebnis, dass von den Berufungssachen, in denen ein Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO ergeht, etwa die Hälfte aller Berufun-

der Erledigung durch § 522 Abs. 2 ZPO in seiner mittelbaren und unmittelbaren Wirkung zu erfassen.

Darüber hinaus kann die Berufung auch durch Verwerfung als unzulässig nach § 522 Abs. 1 ZPO erledigt werden, was jedoch mit einer relativen Häufigkeit von 4,7 Prozent vor dem Landgericht und 1,7 Prozent vor dem Oberlandesgericht nur vergleichsweise selten vorkommt.¹⁰⁹ Der höhere Anteilswert der Verwerfungsentscheidungen unter den landgerichtlichen Berufungen gegenüber denjenigen vor dem Oberlandesgericht hängt vermutlich damit zusammen, dass für die Verfahren, deren Berufungszuständigkeit beim Landgericht liegt, in der ersten Instanz am Amtsgericht kein Anwaltszwang bestand. Zwar war in 90 Prozent der amtsgerichtlich erledigten Verfahren im Jahr 2018 mindestens eine Partei anwaltlich vertreten; dass beide Parteien anwaltlich vertreten waren, traf jedoch nur auf knapp 45 Prozent der Streitigkeiten zu.¹¹⁰ Daher kann es vorkommen, dass eine am Amtsgericht unterlegene Partei ohne anwaltliche Vertretung gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung einlegt, was schon wegen der fehlenden anwaltlichen Vertretung unzulässig wäre.

Schließlich können Berufungen in der Praxis auch anderweitig erledigt werden, etwa durch Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil, Versäumnisurteil, Beschluss nach § 91a ZPO, sonstigen Beschluss, Rücknahme des Ein- oder Widerspruchs, Ruhen oder Nichtbetrieb des Verfahrens, Verweisung oder Abgabe des Verfahrens an ein anderes Gericht, Verbindung mit einem anderen Verfahren sowie durch sonstige Erledigungsart (vgl. zu den rechtlichen Grundlagen oben Kapitel 2 B. II. 3. b) bb)). Da es sich um sehr kleine Anteilswerte von jeweils höchstens 1,5 Prozent handelt, werden diese Formen der Verfahrensbeendigung in *Abbildung 8* zusammengefasst als „Rest“ ausgewiesen (8,74 Prozent der Berufungen vor LG, 5,48 Prozent der Berufungen vor OLG). Die Klage- oder Antragsrücknahme wurde gesondert aufgeführt – hierauf entfallen an den Oberlandesgerichten 4,23 Prozent der erledigten Berufungen, an den Landgerichten sind es 1,1 Prozent.¹¹¹

gen infolgedessen zurückgenommen wird. Zur vermuteten Inzidenz der Rücknahmen nach angekündigtem §-522-Abs.-2-Beschluss s. etwa *Roth*, JZ 2006, 9, 14; *Postel*, Zurückweisung, 2009, S. 83 f.

¹⁰⁹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 35; S. 94 lfd. Nr. 1, 34.

¹¹⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 30 lfd. Nr. 1, 24 ff.

¹¹¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 38; S. 94 lfd. Nr. 1, 34.

2. Richterbefragung im Rahmen dieser Arbeit: Berufungsrichter schätzen Anteil der Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO auf über 40 Prozent

Als Ergänzung zu den amtlichen Statistiken seien an dieser Stelle kurz die Ergebnisse einer Online-Befragung von 136 Berufungszivilrichtern an Land- und Oberlandesgerichten aus insgesamt 15 Bundesländern erwähnt, die im Rahmen dieser Arbeit durchgeführt wurde. Die Befragung war Teil der Online-Studie, die in Kapitel 4 B. näher beschrieben ist (S. 298 ff., dort auch Näheres zur Stichprobe).

Die Teilnehmer schätzten im Mittel, dass sie 43,85 Prozent aller Berufungen mit einem Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO entscheiden; der Median lag bei 42 Prozent (Spannweite: fünf bis 85 Prozent). Das ist eine deutliche Differenz zu der laut amtlicher Statistik relativen Häufigkeit von knapp 14 Prozent. Da in der hiesigen Befragung jedoch nicht nach dem Anteil der Berufungsrücknahmen gefragt wurde, könnten sich hier Überlagerungen ergeben haben, die die Vergleichbarkeit beeinträchtigen würden. Die Angaben von LG-Berufungsrichtern und OLG-Berufungsrichtern unterschieden sich in der Stichprobe nicht signifikant. Bundeslandunterschiede konnten aufgrund zu geringer Teilnehmerzahl aus einigen Bundesländern nicht belastbar festgestellt werden. In jedem Fall zeigt die Befragung in diesem Punkt, dass der Zurückweisungsbeschluss in der Praxis eine sehr hohe Bedeutung hat. Unter Bezugnahme auf die Angaben der Befragungsteilnehmer könnte man also vermuten, dass – jedenfalls nach Wahrnehmung der Richter – fast die Hälfte aller Berufungen offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.

In Übereinstimmung mit den unter Punkt 1 dargestellten Statistiken waren auch laut der Befragung das streitige Urteil die zweithäufigste Erledigungsart und der Vergleich die dritthäufigste Erledigungsart von Berufungssachen. Der durchschnittliche Schätzwert für Verwerfungsentscheidungen deckte sich ebenfalls mit den oben berichteten Werten aus der amtlichen Statistik.

3. Bewertung und Zusammenfassung

Die Betrachtung der häufigsten Erledigungsarten von Berufungen hat gezeigt, dass die Berufungsrücknahme gemäß § 516 ZPO die häufigste Art der Verfahrensbeendigung in Berufungssachen ist. Geht man davon aus, dass nur ein geringerer Teil der Rücknahmen die Folge von prozesstaktischer Berufungseinlegung ist,¹¹² dürften die meisten Berufungsrücknahmen im Zusam-

¹¹² Anlässlich der großen Zahl an zivilrechtlichen Einzelverfahren gegen Kfz-Hersteller wegen Abgasmanipulation seit dem Jahr 2019 – und entsprechend häufiger Berufungseinlegung, etwa, um den vor einer öffentlichkeitswirksamen Instanzgerichts-

menhang mit der Erledigungsmöglichkeit durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO und den vorausgehenden Hinweisbeschlüssen zu sehen sein. Das wird dadurch untermauert, dass die Zahl der Berufungsrücknahmen seit Einführung der Zurückweisungsmöglichkeit deutlich zugenommen hat.¹¹³ Im historischen Vergleich ist eine Abnahme der streitigen Urteile bei gleichzeitigem prominentem Aufkommen der Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO sowie leichtem Zuwachs der Rücknahmezahlen zu beobachten.¹¹⁴ Auch die Schätzungen der befragten Berufungsrichter zeigen, dass die Berufungszurückweisung eine häufige und relevante Form der Verfahrenserledigung ist. Rücknahme und Zurückverweisung zusammen machen statistisch etwa 44–48 Prozent aller Erledigungen in der Berufungsinstanz aus.

Mit Blick auf die Funktion und Existenzberechtigung der Berufung kann man sich fragen, ob es wünschenswert ist, dass der größte Teil der Berufungssachen nicht in einem streitigen Urteil oder Vergleich – also einer „Entscheidung“ in der Sache – endet, sondern in der Berufungsrücknahme. Gewiss spricht für letztere ein Gebührenvorteil, aber diesem kommt aus Sicht der ökonomischen Analyse im Berufungsverfahren viel weniger Gewicht zu als noch im erstinstanzlichen Verfahren.¹¹⁵ Insofern sind zwei Perspektiven auf die Prävalenz von Rücknahme und § 522-Abs. 2-Beschluss möglich: Entweder ist die Hürde zur Berufungseinlegung nicht hoch genug, um leichtfertig erhobene und ressourcenverbrauchende Berufungen zu vermeiden – oder die Gerichte kommen anders als die Berufungskläger und deren Prozessbevollmächtigte sehr oft zu dem Ergebnis, dass das erstinstanzliche Urteil eindeutig keiner Korrektur bedarf.

IX. Ergebnis zu allgemeinen statistischen Kennzahlen für die Berufung

Die Betrachtung der laufenden und erledigten Berufungsprozesse vor den deutschen Zivilgerichten aus statistischer Sicht hat einige interessante Zahlenwerte ergeben. Die Zahl der erledigten Berufungen geht, ebenso wie die Zahl der Klageeingänge, grundsätzlich von Jahr zu Jahr zurück. Derzeit sind es

entscheidung besorgten Prozessgegner doch noch zu einer außergerichtlichen Einigung zu bewegen – wäre es im Rahmen einer statistischen Betrachtung der Berufungsverfahren in den kommenden Jahren interessant zu sehen, ob der Anteil der Berufungsrücknahmen an den Erledigungsarten möglicherweise zunimmt und ein solcher Zuwachs auf die „Dieselskandal“-Berufungen zurückzuführen wäre.

¹¹³ Dazu *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 180 f.; *Postel*, Zurückweisung, 2009, S. 83 ff.

¹¹⁴ *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 181, 187.

¹¹⁵ *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 122.

etwa 100.000 abgeschlossene Berufungssachen im Jahr. Dabei ist die Berufungsquote eher hoch: Insgesamt werden 42 Prozent aller berufungsfähigen Urteile mit der Berufung angegriffen. Das betrifft ein Drittel aller amtsgerichtlichen berufungsfähigen Urteile und fast 60 Prozent der landgerichtlichen Urteile. Die höhere Berufungsquote gegen erstinstanzliche Urteile der Landgerichte ist mutmaßlich auf wirtschaftliche Erwägungen zurückzuführen, da die durchschnittlichen Streitwerte bei den landgerichtlichen Verfahren höher sind als vor dem Amtsgericht. Gleichwohl ist die mittlere Berufungsquote von über 40 Prozent kritisch zu sehen: Sie hat sich nicht signifikant gegenüber der Rechtslage vor der Reform des Berufungsrechts verändert, ist im europäischen Vergleich eher hoch und kann insgesamt als Indiz dafür gesehen werden, dass die Parteien das erstinstanzliche Urteil in fast der Hälfte der Fälle nicht akzeptieren. Immerhin: Die Berufungsquoten gegen Einzelrichterurteile sind ungefähr gleich hoch wie die Quoten gegen Kammerentscheidungen, sodass hier kein Akzeptanzproblem vorliegen dürfte.

Unterscheidet man nach eindeutig zuordenbaren Sachgebieten, kommen die meisten Berufungen vor dem Landgericht aus dem Wohnraummietrecht und dem Verkehrsunfallrecht (je ca. 20 Prozent). Am Oberlandesgericht betrifft der größte Teil der Berufungen (ca. 25 Prozent) Kaufsachen, am zweithäufigsten sind Miet-, Kredit- und Leasingsachen. Örtlich werden die meisten Berufungen Deutschlands in Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg erledigt. Dort arbeiten auch die meisten der bundesweit insgesamt knapp 3.200 Berufungsrichter. Von diesen sind ungefähr 60 Prozent an den Landgerichten und etwa 40 Prozent an den Oberlandesgerichten tätig.

Fast alle berufungsfähigen Urteile sind schon wegen Überschreitung der Beschwerdesumme von 600 Euro berufungsfähig. Nur ein kleiner Teil (ca. sieben Prozent) der mit der Berufung angreifbaren Entscheidungen hat diese Summe nicht erreicht, kann aber dennoch kraft Zulassung in der Berufungsinstanz überprüft werden. Liegt die Beschwer einer erstinstanzlich unterlegenen Partei unterhalb der Wertgrenze, besteht an den Amtsgerichten eine zehnprozentige Chance für eine positive Zulassungsentscheidung. Dagegen ist die Zulassung an den Landgerichten in 82 Prozent der Fälle zu erwarten.

Die Berufungssachen vor den Land- und Oberlandesgerichten enden in den meisten Fällen mit einer Rücknahme gemäß § 516 ZPO; das macht ein Drittel aller Berufungen aus. Danach folgen in der Häufigkeitsverteilung das streitige Urteil (etwa ein Viertel aller Erledigungen) sowie gleichauf der Vergleich und der Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO. Letzteres halten Berufungsrichter laut einer Befragung im Rahmen dieser Arbeit sogar für die häufigste Erledigungsvariante. Das unterstreicht nicht nur die praktische Relevanz dieser Vorschrift, sondern impliziert auch eine große Zahl von Berufungen, die von vornherein offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben.

Die Darstellungen aus diesem ersten Kapitelteil, insbesondere zur Häufigkeitsverteilung der verschiedenen Erledigungsarten von Berufungsverfahren, bilden die Grundlage, um im nachfolgenden Teil B. statistische Daten zur Häufigkeit erfolgreicher Berufungen zu analysieren und zu interpretieren.

B. Statistische Analyse des Berufungserfolgs

Für eine statistische Betrachtung des zivilrechtlichen Berufungsverfahrens interessiert insbesondere die Frage danach, wie häufig eine Berufung zum Erfolg führt. Denn hieran lässt sich die Funktionsfähigkeit der Rechtsmittelinstanz überprüfen, jedenfalls hinsichtlich grober Tendenzen. Bevor die Erfolgsquote von allen Berufungsverfahren sowie unterschieden nach Gerichtsart, Sachgebiet, Bundesland, usw. betrachtet und analysiert werden kann, muss in einem ersten Schritt zunächst geklärt werden, was wir unter einer erfolgreichen Berufung verstehen und anhand welcher statistischen Messgrößen sich der Anteil erfolgreicher Berufungen an allen erledigten Berufungen berechnen lässt (I.). Auf dieser Grundlage kann sodann die Erfolgsquote im Einzelnen, d.h. in Abhängigkeit bestimmter Parameter, betrachtet werden (II.). Im Unterschied zum vorangegangenen Teil A. wird im Folgenden nicht nur das veröffentlichte amtliche Statistikmaterial genutzt, sondern es werden auch eigens für diese Arbeit angefertigte Sonderauswertungen von bisher unveröffentlichten Daten der statistischen Landesämter miteinbezogen.¹¹⁶ Speziell zum Erfolgsquotenvergleich zwischen Landgerichten und Oberlandesge-

¹¹⁶ Die eigenständig vorgenommene Auswertung von bisher unveröffentlichtem Datenmaterial betrifft die vier Themen Berufungserfolg nach Sachgebiet, jeweils bei den Land- und bei den Oberlandesgerichten (s.u. II.4.), Berufungserfolg vor den Oberlandesgerichten nach Anzahl der Entscheider in der Vorinstanz (s.u. II.5.), Berufungserfolg nach Anzahl der Entscheider in der Berufungsinstanz (s.u. II.6.) sowie Berufungserfolg nach Art der Berufungsfähigkeit, d.h. ausdrückliche Zulassung der Berufung vs. Überschreitung der Wertgrenze (s.u. II.7.). Die Autorin hat zu allen vier Themen die bei den Bundesländern vorliegenden Einzeldaten konsolidiert und mit ihnen statistische Berechnungen zum Berufungserfolg – nach der hier vertretenen Ermittlung des Berufungserfolgs – durchgeführt. Dabei konnte sie für die Themen Berufungserfolg nach Sachgebiet und Berufungserfolg nach Anzahl der Entscheider in der Berufungsinstanz (bei den Landgerichten) auf Daten zu Erledigungen zurückgreifen, die bei den Bundesländern bereits in tabellarischer aufbereiteter Form vorlagen und ihr, nach einer koordinierten Länderabfrage durch das LSN, von 13 Bundesländern zur Verfügung gestellt wurden. Für die Themen Berufungserfolg nach Anzahl der Entscheider in der Vorinstanz, Berufungserfolg nach Anzahl der Entscheider in der Berufungsinstanz (bei den Oberlandesgerichten) und Berufungserfolg nach Art der Berufungsfähigkeit musste mangels vorbestehender Datenaufbereitung zunächst durch das LSN eine sog. Sonderauswertung, d.h. eine Überführung der erfassten Rohdaten bei den Bundesländern in von der Autorin vorbereitete Tabellen, erfolgen. Siehe dazu auch Kap. 1 Fn. 10. Die statistische Auswertung selbst oblag stets der Autorin dieser Arbeit.

richten wird das auszuwertende Material wieder ergänzt durch die Ergebnisse einer im Rahmen dieser Arbeit durchgeführten Richterbefragung. Im letzten Abschnitt dieses Teils soll die Erfolgsquote von Berufungen einer Gesamtbewertung unterzogen werden (III.). Dabei soll ein heuristisches Modell zu der Frage vorgestellt werden, welche Erfolgsquote eigentlich „ideal“ wäre. Für das Auseinanderfallen von „Ideal“ und Wirklichkeit werden mögliche Erklärungsansätze angesprochen, wobei derjenige zu psychologischen Einflussfaktoren wegen des Vorteils der besseren Messbarkeit im Verlauf der Arbeit weiterverfolgt werden soll. Ein Ergebnis schließt diesen zweiten Teil des statistischen Kapitels ab (IV.).

I. Die Erfolgsquote von Berufungen

Die Erfolgsquote von Berufungen zeigt, wie häufig das Berufungsgericht einen Fehler im erstinstanzlichen Urteil gesehen hat und diesen korrigiert wissen wollte. Das ist nach der hier vertretenen Sichtweise in durchschnittlich 21,45 Prozent der Berufungssachen der Fall. Dieser Auffassung liegen Überlegungen zur Definition des Berufungserfolgs sowie zu den möglichen Berechnungsarten zugrunde, die im Folgenden dargestellt werden.

1. Wann hat eine Berufung Erfolg?

Die Frage, wann eine zivilrechtliche Berufung Erfolg hat, wurde in der juristischen Literatur bisher nicht ausdrücklich besprochen.¹¹⁷ Dabei sind durchaus verschiedene Verständnisse vom Begriff Berufungserfolg und, davon ausgehend, verschiedene statistische Berechnungsgrundlagen denkbar. Maßgeblich ist die Sicht des Berufungsklägers, da er derjenige ist, auf dessen Betreiben das Berufungsverfahren überhaupt durchgeführt wird. Die Erfolgsdefinition ist daneben auch für das Gericht von Bedeutung, um im Rahmen der Kostenregelung des § 97 Abs. 1 ZPO eine Entscheidung über die Rechtsmittelkosten treffen zu können.

Ausgangspunkt sind alle anhängig gemachten und erledigten Berufungsverfahren.¹¹⁸ Was gilt dann als erfolgreiches Ende des Berufungsprozesses? Intuitiv und naheliegend ist die Ermittlung des Berufungserfolgs anhand der Häufigkeit bestimmter Erledigungsarten (a)). Alternativ wäre auch eine Be-

¹¹⁷ Eine Ausnahme bildet das Interview des Beck-Shop-Kanzleiforums mit *Doukoff* im Jahr 2018, als Archiv-URL abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20210117132108/https://kanzleiforum.beck-shop.de/2018/02/22/zivilrechtliche-berufung-chance-oder-risiko/> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).

¹¹⁸ A.A. wohl *Greger*, ZZP 131 (2018) 317, 332 f., der den Berufungserfolg bezogen auf alle streitigen Urteile und Zurückweisungsbeschlüsse berechnet.

rechnung auf Grundlage der Kostenentscheidung möglich (b)). Im Vergleich liegen die beiden Berechnungsarten nahe beieinander (c)), sodass sich eine Mittelwertsbildung anbietet.

a) Berechnung anhand der Erledigungsarten

Die Berufungserfolgsquote auf Grundlage der Häufigkeit der verschiedenen Erledigungsarten ist ermittelbar durch einen Vergleich der Rechtsmittelentscheidung mit dem Rechtsmittelantrag (aa)). Da diese Vorgehensweise indes nicht solche Berufungssachen erfasst, die ohne gerichtliche Entscheidung und stattdessen beispielsweise in einem Vergleich enden, ist über eine extensivere Definition und insbesondere die Einordnung der Vergleiche nachzudenken (bb)). Die Anwendung der vorgeschlagenen Berechnungsweise anhand der Erledigungsarten ergibt eine Gesamt-Berufungserfolgsquote von aktuell 23,98 Prozent (cc)).

aa) Vergleich gerichtliche Entscheidung und Berufungsantrag:
Urteile auf Aufhebung sowie auf Abänderung sind Berufungserfolg

Betrachtet man die verschiedenen Erledigungsarten von Berufungen und vergleicht zunächst den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung mit dem gestellten Berufungsantrag,¹¹⁹ lassen sich erstens das streitige Urteil, das eine Änderung und/oder eigene Sachentscheidung ausspricht, und zweitens das streitige Urteil, das eine Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und eine Zurückverweisung¹²⁰ der Sache an das erstinstanzliche Gericht ausspricht, klar als Berufungserfolg werten.

Demgegenüber kann man im Rahmen eines Vergleichs von Tenor und Antrag drei weitere Varianten der Prozessbeendigung eindeutig als erfolglose Berufung auffassen. Das sind erstens die Verwerfung der Berufung als unzulässig per Beschluss oder streitigem Urteil, zweitens der Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO sowie drittens die volle Zurückweisung der Berufung als unbegründet im streitigen Urteil, weil in diesen Fällen der Berufungsführer nichts zugesprochen bekommt, was er in seiner Berufungsschrift beantragt hatte.

¹¹⁹ Zu diesem Erfolgsbegriff für Rechtsmittel allgemein s. MüKoZPO/*Schulz*⁶, § 97 Rn. 5; vgl. auch Musielak/*Voit/Flockenhaus*¹⁸, § 97 ZPO Rn. 3.

¹²⁰ A. A. hierzu *Saueressig*, System, 2008, S. 309 m. w. N., mit dem Argument, dass dem Rechtsschutzbegehren des Berufungsklägers nicht entsprochen worden sei. Dagegen ist einzuwenden, dass der Berufungskläger vor dem Berufungsgericht aber genau das erreicht hat, was er gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 a. E. ZPO beantragt hatte.

Diese Kategorisierung erfasst jedoch nicht alle Arten der Berufungserledigung. Wie aus der Häufigkeitsverteilung in Teil A. VIII. 1. (*Abbildung 8*) ersichtlich, sind weitere statistisch bedeutsame Erledigungsarten die Rücknahme der Berufung sowie der Vergleich. Da der Berufungskläger bei der Berufungsrücknahme keine Rechtsmittelentscheidung erhält und somit in der Sache keine Veränderung auf seinen Berufungsantrag hin eintritt, d. h. außer einer verzögert eintretenden formellen Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils, fällt diese Form der Verfahrenserledigung ebenfalls in die Gruppe der erfolglosen Berufungen. Gleiches gilt für die Verfahrensbeendigung durch Ruhen oder Nichtbetrieb des Verfahrens, durch Verweisung oder Abgabe an ein anderes Gericht sowie durch Verbindung mit einem anderen Verfahren.

Die Erledigung der Berufung mittels Prozessvergleich bereitet dagegen Schwierigkeiten bei der Einordnung in die Kategorien „Berufungserfolg“ oder „kein Erfolg der Berufung“, weil zwar einerseits in Ermangelung einer Rechtsmittelentscheidung keine Umsetzung der Berufungsanträge erfolgt, aber andererseits einige Vergleiche sicherlich eine Verbesserung der Situation des Berufungsklägers gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil bewirken. Auf diese Einordnungsfrage wird der folgende Unterabschnitt eingehen.

bb) Berufungserfolg bei Verbesserung für Berufungskläger gegenüber erster Instanz: Sind Prozessvergleiche als Berufungserfolg zu werten?

Doukoff¹²¹ und Rimmelspacher¹²² vertreten die Auffassung, dass der Abschluss einer Berufungssache durch Vergleich grundsätzlich als Berufungserfolg gelte. Sofern der Berufungskläger nicht die gesamten Prozesskosten tragen müsse, bekomme er durch die Berufung etwas, was er in erster Instanz nicht erhalten habe.¹²³ Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen, bloß offenbart gerade der einschränkende Verweis auf die Kostentragungspflicht ein statistisches Problem: Wie oben unter A. VIII. 1. berichtet, ist der Inhalt der Prozessvergleiche in der Berufungsinstanz statistisch nicht aufgeschlüsselt, sodass anders als bei den streitigen Urteilen kein Rückschluss dahingehend möglich ist, ob und inwieweit das erstinstanzliche Urteil materiell gesehen auch in der Berufungsinstanz Bestand hatte.¹²⁴

¹²¹ Interview des Beck-Shop-Kanzleiforums mit *Doukoff* im Jahr 2018 (Kap. 3 Fn. 117). Zu der von ihm postulierten erheblichen Relevanz des Prozessvergleichs „auch und gerade in der Berufungsinstanz“ *Doukoff*, *Zivilrechtliche Berufung*⁶, 2018, Rn. 1478 m. w. N.

¹²² *Rimmelspacher*, *Berufungsverfahren*, 2000, S. 40 f.

¹²³ Interview mit *Doukoff* im Jahr 2018 (Kap. 3 Fn. 117); *Rimmelspacher*, *Berufungsverfahren*, 2000, S. 40 f.

¹²⁴ Vgl. dazu auch *Rimmelspacher*, *Berufungsverfahren*, 2000, S. 40 f. *Rimmelspacher* selbst kommt in einer Aktenstichprobe von insgesamt 374 Fällen zum Ergebnis,

Sicherlich wird es viele Vergleiche geben, die so ausgehen, dass der Berufungskläger den Vergleichsschluss als Erfolg in Form der partiellen oder vollständigen Umsetzung seiner Berufungsanträge werten würde. Andererseits sind auch Konstellationen denkbar, in denen die Parteien in der Berufungsinstanz einen Vergleich schließen, dieser aber nur unwesentliche Änderungen für den Berufungsführer enthält und rechtlich keinen der Berufungsanträge positiv beantwortet. Ein Beispiel betrifft das Wohnraummietrecht, das vor dem Landgericht als Berufungsinstanz das am häufigsten vorkommende eigenständige Sachgebiet ist (siehe oben A.IV.). Hier ist es in der Praxis möglich, dass erstinstanzliche Räumungsentscheidungen auch in der Berufungsinstanz grundsätzlich bestätigt werden, aber das Gericht eine marginale Änderung der Räumungsfrist vorschlägt, worauf die Parteien einen entsprechend protokollierten Vergleich schließen. Hat der Berufungskläger dann etwas zugesprochen bekommen, was er in der ersten Instanz nicht erhalten hat?¹²⁵ Da sich an der Sachentscheidung nichts geändert hätte und somit keine Fehlerkorrektur durch die Berufungsinstanz erfolgt wäre, könnte die Antwort negativ ausfallen. Dann würde es sich um einen Vergleich handeln, der kein Berufungserfolg wäre. Wie häufig derartige Situationen vorkommen, ist statistisch nicht ersichtlich. Die Überlegungen sprechen jedoch dafür, die Berufungserledigung durch Vergleich jedenfalls nicht ausschließlich als Erfolg einzuordnen.¹²⁶ Das deckt sich noch mit der Ansicht von Doukoff und Rimmelspacher, da im geschilderten Fall die Kostenlast vermutlich überwiegend oder ganz beim Berufungskläger gelegen hätte. Aber gerade vor dem Hintergrund, dass eine inhaltliche Aufschlüsselung der Vergleichsergebnisse aus den amtlichen Statistiken nicht hervorgeht, muss der Anteil der Berufungserfolge unter den gerichtlichen Vergleichen anderweitig bestimmt werden. Es bieten sich hierfür zwei verschiedene Näherungen an:

dass ca. zehn Prozent der Vergleiche dem Berufungskläger die volle Kostentragungspflicht auferlegen, *ders.*, a. a. O., S. 40. Diese Zahlenwerte haben für die heutige Situation jedoch kaum Aussagekraft, da sie aus der Zeit vor der Berufsreform stammen und ohnehin über 20 Jahre alt sind; zudem bildete die Stichprobe nur einen sehr kleinen Teil der 25.224 in diesem Jahr erledigten Vergleiche in der Berufungsinstanz ab, vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Zivilgerichte 1998*, S. 58 lfd. Nr. 14, S. 90 lfd. Nr. 15. Vgl. in diesem Zusammenhang außerdem *Clermont/Eisenberg*, *Cornell L.Rev.* 88 (2002) 119, 137: „litigation is much more observable than settlement“.

¹²⁵ Mit dieser Definition auch *Rimmelspacher*, *Berufungsverfahren*, 2000, S. 37.

¹²⁶ Vgl. dazu implizit auch *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, *Evaluation des Rechts- und Justizstandorts Bayern*, 2012, S. 25, 27, wo als Erfolgsindikator die Urteilsaufhebungsquote betrachtet wird. Der Vergleich wird dagegen bei den anderen Erledigungsarten, wie Zurückweisung, Verwerfung, Rücknahme der Berufung, etc., aufgeführt. Siehe außerdem *Shavell*, *J. Legal Stud.* 24 (1995) 379, 392: Vergleich ist nur dann Fehlerkorrektur, wenn er das widerspiegelt, was ungefähr vom Berufungsurteil zu erwarten gewesen wäre.

Erstens kommt in Betracht, die gleiche Erfolgsverteilung wie bei den streitigen Urteilen auch für die Vergleiche anzunehmen. Dahinter steht der Gedanke, dass die Berufungen, die später als Vergleich oder als Streitiges Urteil enden, grundsätzlich zu Beginn der mündlichen Verhandlung noch als eine Gesamtheit von zu erledigenden Berufungssachen zu sehen sind. Unterstellt man, dass die Berufungsgerichte im Rahmen der Güteverhandlung nahezu jedem dieser Fälle eine Vergleichsmöglichkeit geben, gäbe es über alle Fälle hinweg eine identische Vergleichswahrscheinlichkeit. Individuelle Faktoren, wie Kostensensibilität oder Persönlichkeit der Streitparteien, könnten hierbei bewirken, dass ähnliche Sachverhalte bei manchen Parteikonstellationen als Streitiges Urteil und bei anderen als Vergleich enden. Dann wäre die Verteilung von Erfolg und Misserfolg für den Berufungskläger in beiden Erledigungsarten jedenfalls ähnlich. Allerdings ist gegen diese fiktive Verteilung von Vergleichsinhalten analog zu den Streitigen Urteilen einzuwenden, dass es für die Parteien immer einen Grund geben wird, einen Vergleich anstatt eines Urteils zu wählen. Stellt man sich die Gesamtheit aller Fälle, die in einem Streitigen Urteil enden, auf einer Verteilungsgrafik vor, würden vermutlich die meisten Urteile an den Extremen zu finden sein, d. h., es gäbe viele eindeutig zugunsten des Berufungsklägers ausgehende Urteile und auch viele, die die Berufung zurückweisen, aber im Vergleich dazu eher wenige Urteile, die sich im Mittelfeld dazwischen bewegen. In diesen Fällen kommt mutmaßlich häufiger ein Vergleich anstelle eines Urteils in Betracht.

Man könnte daher zweitens vereinfachend annehmen, dass die Inhalte der Vergleiche so verteilt sind, dass 50 Prozent als Entscheidungen zugunsten der Berufungskläger und 50 Prozent als Entscheidungen zugunsten der Berufungsbeklagten gewertet werden. Diese Annahme ergibt sich vor dem Hintergrund, dass ein Vergleich stets ein gegenseitiges Nachgeben bedeutet, was auch in der Regelung des § 98 ZPO zum Ausdruck kommt. Der Berufungskläger hat in der Regel eine irgendwie abgeschwächte Position, die sich beispielsweise aus einer nicht vollständig überzeugenden Sach- oder Beweislage und entsprechend unklarer rechtlicher Bewertung ergibt.¹²⁷ Andernfalls bestünde für ihn kein Anreiz, einen Vergleich abzuschließen. Aus diesem Umstand ergibt sich außerdem, dass für die Berufungskläger ein Vergleich in der Regel weniger wert sein wird als ein Streitiges Urteil, da es sich um ein „Minus“ gegenüber dem gesetzlich vorgesehenen Verfahrensende handelt, zumal sich auch aus Kostensicht wegen der bereits angefallenen Rechtsmittelkosten kein Vorteil des Vergleichs gegenüber dem Urteil bietet.¹²⁸ Insgesamt erscheint es daher vorzugswürdig, die Verteilung der Vergleichsinhalte nicht

¹²⁷ Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 184.

¹²⁸ Siehe dazu sowie zu möglichen Kostenreduktionen Schulzky, Kosten der Berufung, 2003, S. 122, 185.

parallel zu denen der streitigen Urteile anzunehmen, sondern im Wege einer Fiktion davon auszugehen, dass – wegen des gegenseitigen Nachgebens und der Wertnachrangigkeit im Verhältnis zum Urteil – eine Hälfte der Vergleiche im Berufungsverfahren einen Erfolg und die andere Hälfte der Vergleiche einen Misserfolg für den Berufungsführer bedeutet.

cc) Anwendung der Berechnungsmethode nach Erledigungsart:
Knapp ein Viertel erfolgreiche Berufungen

Auf der Grundlage der Anteile der verschiedenen Erledigungsarten von Berufungen ergibt sich für das Jahr 2018 mit der oben begründeten Berechnungsmethode für alle zivilrechtlichen Berufungen, unabhängig von der zuständigen Gerichtsart, eine Berufungserfolgsquote von 23,98 Prozent im Jahr 2018.¹²⁹ Einzelheiten sind auf der gegenüberliegenden Seite aus *Abbildung 9* ersichtlich.

Die als Berufungserfolg gewerteten Erledigungsarten sind mit grünen Balken dargestellt. Dazu gehören die Abänderungs- sowie Aufhebungs- und Zurückverweisungsurteile und, wie dargelegt, die gerichtlichen Vergleiche zu je ½. Ähnliche Erwägungen wie für den Vergleich gelten für die Verfahrensbeendigung durch Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil, Versäumnisurteil, Beschluss nach § 91a ZPO, sonstigen Beschluss, Klagerücknahme, Rücknahme des Ein- oder Widerspruchs und sonstige Erledigungsart, weil mangels inhaltlicher Aufschlüsselung eine Zuordnung nicht möglich ist. Da beispielsweise ein Versäumnisurteil zugunsten des Berufungsklägers oder zugunsten des Berufungsbeklagten ergehen kann, liegt es nahe, auch für die genannten Erledigungsarten zu fingieren, dass jeweils eine Hälfte einen Erfolg für den Berufungskläger und die andere Hälfte einen Erfolg für den Berufungsbeklagten bedeutet.

Auch in den Vorjahren fiel die Berufungserfolgsquote recht ähnlich aus: Im Jahr 2017 waren es 24,37 Prozent,¹³⁰ davor 24,52 Prozent (2016),¹³¹ 24,12 Prozent (2015)¹³² und 25 Prozent (2014)¹³³. Daraus ergibt sich über fünf Jahre

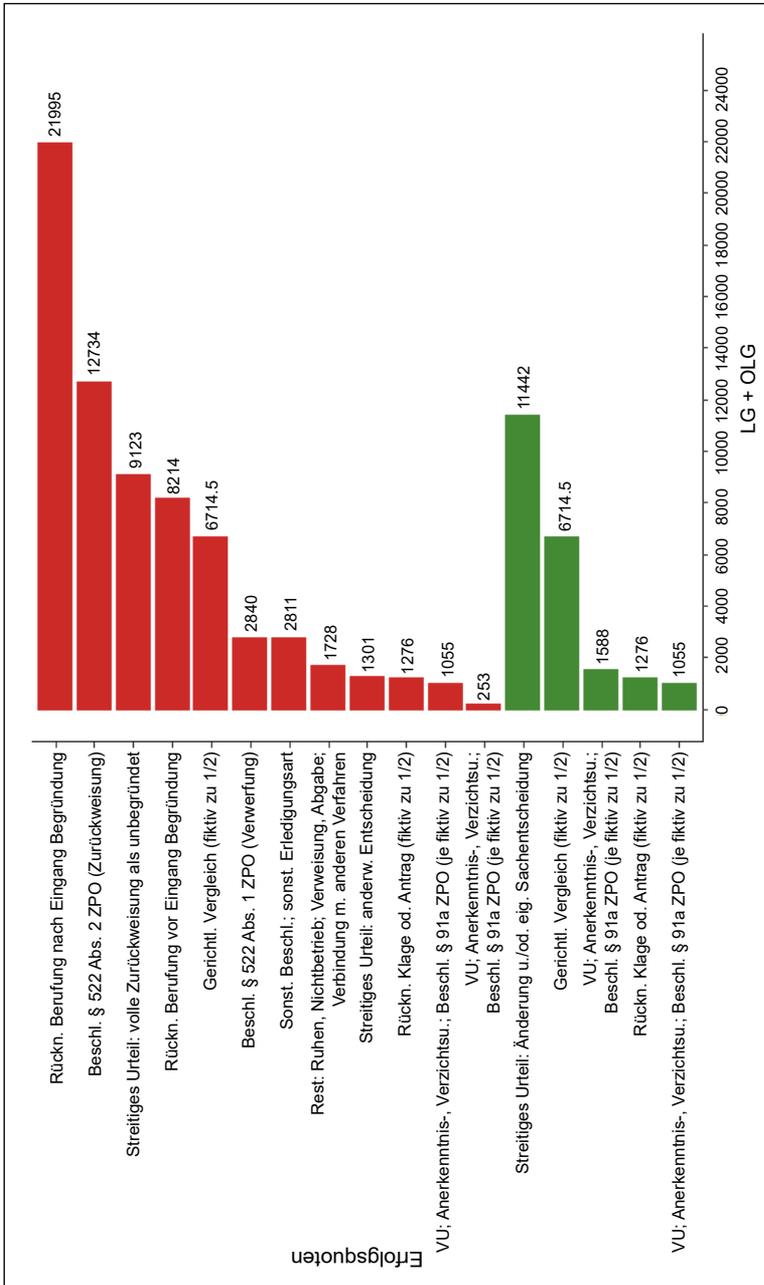
¹²⁹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 31–47, S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 94 lfd. Nr. 30–51.

¹³⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2017, S. 68 lfd. Nr. 1, 30–47, S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 94 lfd. Nr. 29–49.

¹³¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2016, S. 68 lfd. Nr. 1, 30–47, S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 94 lfd. Nr. 29–49.

¹³² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2015, S. 68 lfd. Nr. 1, 30–47, S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 94 lfd. Nr. 29–49.

¹³³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2014, S. 68 lfd. Nr. 1, 30–47, S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 94 lfd. Nr. 29–49.



(Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2018, S. 68 lfd. Nr. 1, 31–47, S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 94 lfd. Nr. 30–51)

Abbildung 9: Erfolgsquote von Berufungen, berechnet anhand der Erledigungsarten (Detaildarstellung, 2018)

eine durchschnittliche Berufungserfolgsquote von 24,41 Prozent. Die Erfolgsquoten vor den Land- und Oberlandesgerichten liegen dabei sehr nah beieinander (z. B. für 2018: 24,39 Prozent an LG; 23,63 Prozent an OLG – näher dazu in Abschnitt II. 2.).

dd) Zwischenergebnis zur Berechnung anhand der Erledigungsarten

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die Berechnung der Erfolgsquote von Berufungen anhand der Erledigungsarten zwei unterschiedlich weite Sichtweisen zulässt. Die engere Definition, die strikt den Rechtsmittelantrag mit der erlangten gerichtlichen Entscheidung vergleicht, hat vor allem den Nachteil, dass sie die zwei häufigen Erledigungsarten der Berufungsrücknahme und des gerichtlichen Vergleichs nicht erfasst. Daher ist mit einer weiter gefassten Begriffsbestimmung danach zu fragen, ob der Berufungsführer am Ende des Verfahrens eine rechtliche Verbesserung gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil erhält. Während die Rücknahme der Berufung keine Verbesserung herbeiführt, ist die Einordnung gerichtlicher Vergleiche schwieriger. Mangels verfügbarer statistischer Daten zum Inhalt der in der Berufungsinstanz geschlossenen Vergleiche wird hier angesichts der zu einem Vergleichsschluss führenden Faktoren vorgeschlagen, 50 Prozent der Vergleiche als Berufungserfolg zu sehen. Die mithilfe dieser Fiktion errechnete Berufungserfolgsquote lag im Jahr 2018 über beide Gerichtsarten hinweg bei 23,89 Prozent, im Mittel der Jahre 2014 bis 2018 waren es 24,41 Prozent.

b) Berechnung anhand der Kostenentscheidung

Eine andere Möglichkeit, die Erfolgsquote von Berufungen rechnerisch zu bestimmen, besteht in der Zugrundelegung der Kostenentscheidungen. Diese Berechnungsweise nimmt eine ausdrücklich wirtschaftliche Perspektive ein. Diejenigen Kostenentscheidungen, die entweder ganz oder überwiegend zu Lasten des Berufungsklägers ausgehen, wären als erfolglose Berufung zu sehen. Umgekehrt wären Berufungen, bei denen der Berufungsbeklagte ganz oder überwiegend die Kosten tragen muss, als Erfolg für den Berufungsführer zu werten. Dort, wo jede Partei die Kosten zur Hälfte übernimmt, wäre vereinfachend wiederum die Hälfte der Fälle als Berufungserfolg einzuordnen.

Die Berechnung anhand der Kostenentscheidungen ist zunächst möglicherweise weniger differenziert als die Berechnung nach Erledigungsarten, weil nur die Kategorien der ganzen oder überwiegenden Kostentragung sowie der hälftigen Kostenteilung zur Verfügung stehen, um Berufungsausgänge als erfolgreich oder nicht erfolgreich einzuordnen. Nuancen dazwischen stehen nicht zur Verfügung. Das dürfte die Sichtweise einiger Berufungskläger nicht

abbilden, die etwa bei einer Kostentragungspflicht von 60 Prozent dennoch zu 40 Prozent einen Erfolg für ihre Berufungsanträge erreicht hätten. Eine weitere Ungenauigkeit könnte sich auf den ersten Blick daraus ergeben, dass von vornherein nur die Verfahren erfasst werden, die mit einer Kostenentscheidung enden. Das schließt vor allem die streitigen Urteile auf Aufhebung und Zurückverweisung aus, da die Kostenentscheidung in diesen Fällen grundsätzlich vom erstinstanzlichen Gericht getroffen wird.¹³⁴ Da es sich hierbei allerdings um statistisch abgrenzbare Fälle handelt, spricht nichts dagegen, die Aufhebungs- und Zurückverweisungsurteile, entsprechend der im Rahmen der Erledigungsarten-Berechnungsweise geäußerten Auffassung, neben den Erfolgen nach Kosten ebenfalls als Berufungserfolg einzuordnen. Insofern ist die Erfolgsquotenberechnung, die sich am Ausgang der Kostenentscheidungen orientiert, also nicht ungenau. Sie hat ferner gegenüber der Berechnung nach Erledigungsarten sogar den Vorteil, dass ein Teil der mit Vergleich endenden Verfahren inhaltlich erfasst werden kann, nämlich solche Vergleiche, bei denen antragsgemäß eine gerichtliche Kostenentscheidung nach § 91a ZPO ergeht. Zwar sind keine statistischen Daten dazu bekannt, wie häufig diese Art von Kostenregelung bei Vergleichen vorkommt, aber vor dem Hintergrund, dass die Kostenfrage regelmäßig eine bedeutende Hürde für das Zustandekommen eines Vergleichs ist,¹³⁵ dürfte anzunehmen sein, dass Vergleiche mit gerichtlicher Kostenentscheidung in der Praxis eher häufig vorkommen,¹³⁶ zumal wenn Rechtsschutzversicherer beteiligt sind und es diesen gegenüber nicht ausreicht, die Rechtsauffassung des Gerichts ins Protokoll aufzunehmen.¹³⁷ Einschränkend ist jedoch zu beachten, dass ein neben dem Vergleich ergehender Kostenbeschluss seinerseits Kosten verursacht.¹³⁸

Insgesamt ergeben sich für die Erfolgsquotenberechnung anhand der Kostenentscheidung mehrere Vorzüge, die insbesondere für die Frage der Einordnung von gerichtlichen Vergleichen auf Schwierigkeiten der Berechnungsweise nach Erledigungsarten antworten. Während die an Erledigungsarten orientierte Erfolgsbestimmung rein rechtliche Maßstäbe anlegt, ist die kostenquotenorientierte Definition am wirtschaftlichen Aspekt des Berufungsverfahrens orientiert. Da wirtschaftliche Argumente, wie bei der Berufungsquote gesehen (A. II. 2. b)), in der Praxis nicht unbedeutend sind, könnte es der Realität des Berufungsprozesses entsprechen, wenn auch die Frage des Berufungserfolgs an ökonomischen Maßstäben ausgerichtet wäre.

¹³⁴ Musielak/Voit/*Flockenhaus*¹⁸, § 97 ZPO Rn. 6; MüKoZPO/*Schulz*⁶, § 97 Rn. 10.

¹³⁵ *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 2834.

¹³⁶ Vgl. den „Praxistipp“ bei *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 2841.

¹³⁷ Zu letzterem Punkt s. *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 2840.

¹³⁸ *Oberheim*, Taktik⁸, Rn. 2844 m. w. N.

Eine Berechnung auf Grundlage der Kostenentscheidungen, ergänzt durch die Aufhebungs- und Zurückverweisungsurteile, ergibt für alle Berufungen vor deutschen Land- und Oberlandesgerichten im Jahr 2018 eine Erfolgsquote von 18,92 Prozent.¹³⁹ Das bedeutet, dass 81,08 Prozent der erledigten Berufungen für den Berufungskläger nicht erfolgreich waren, weil dieser die Kosten des Rechtsstreits entweder ganz oder überwiegend tragen musste. Die genaue Verteilung ist aus *Abbildung 10* ersichtlich.

Auch hier sind die als Berufungserfolg einzuordnenden Kategorien grün eingefärbt, während die nach dieser Berechnungsweise erfolglosen Berufungen mit roten Balken dargestellt sind. Unter den erfolglosen Berufungen kommt die vollständige Kostentragung aufseiten des Berufungsklägers mit Abstand am häufigsten vor: Hierauf entfielen 87,11 Prozent aller nicht erfolgreichen Berufungen. Insgesamt macht das 72 Prozent aller mit Kostenentscheidung abgeschlossenen Berufungsverfahren aus. Mit dieser ganz überwiegenden Kostentragungs- und damit Verlustwahrscheinlichkeit muss sich ein potentieller Berufungskläger konfrontiert sehen.

Die Erfolgsquote von knapp 19 Prozent im Jahr 2018 bedeutet keine Änderung gegenüber den Vorjahren (2017: 19,15 Prozent;¹⁴⁰ 2016: 18,77 Prozent;¹⁴¹ 2015: 18,68 Prozent;¹⁴² 2014: 19,47 Prozent¹⁴³). Der Mittelwert der Jahre 2014–2018 liegt bei genau 19 Prozent Erfolgsquote. Die Werte für Berufungen vor den Landgerichten und vor den Oberlandesgerichten liegen auch bei dieser Berechnungsweise sehr nah beieinander. In den vergangenen Jahren zeigt sich eine Tendenz, dass die Erfolgsquote vor den Landgerichten marginal höher ausfällt als vor den Oberlandesgerichten (durchschnittlich 1,7 Prozentpunkte), im Jahr 2014 waren die Werte aber beispielsweise exakt gleichauf (allgemein zu dieser Tendenz unten II. 2.).

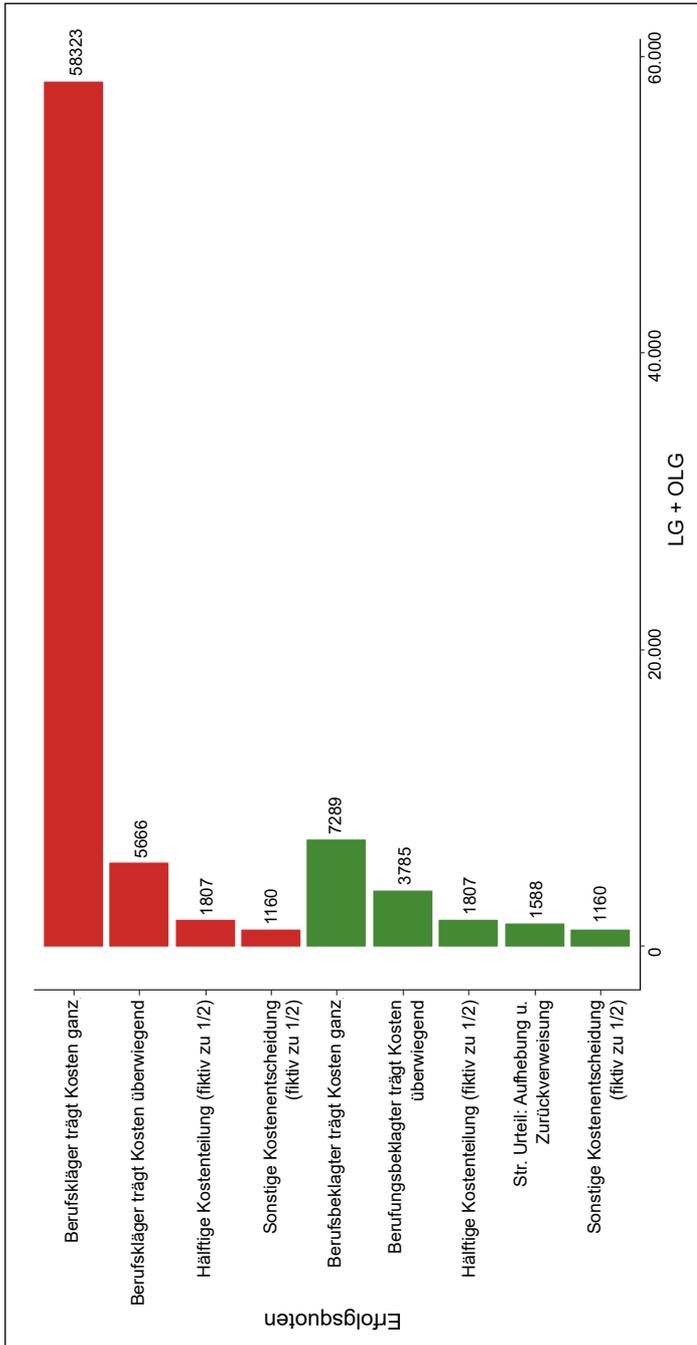
¹³⁹ Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 75 lfd. Nr. 3, S. 80 lfd. Nr. 43–49, S. 94 lfd. Nr. 47, S. 106 lfd. Nr. 29–35.

¹⁴⁰ Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2017, S. 76 lfd. Nr. 3, S. 80 lfd. Nr. 44–49, S. 94 lfd. Nr. 45, S. 106 lfd. Nr. 30–35.

¹⁴¹ Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2016, S. 76 lfd. Nr. 3, S. 80 lfd. Nr. 44–49, S. 94 lfd. Nr. 45, S. 106 lfd. Nr. 30–35.

¹⁴² Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, S. 76 lfd. Nr. 3, S. 80 lfd. Nr. 44–49, S. 94 lfd. Nr. 45, S. 106 lfd. Nr. 30–35.

¹⁴³ Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014, S. 76 lfd. Nr. 3, S. 80 lfd. Nr. 44–49, S. 94 lfd. Nr. 45, S. 106 lfd. Nr. 30–35.



(Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 75 lfd. Nr. 3, S. 80 lfd. Nr. 43–49, S. 94 lfd. Nr. 47, S. 106 lfd. Nr. 29–35)

Abbildung 10: Erfolgsquote von Berufungen, berechnet anhand der Kostenentscheidungen (Detaildarstellung, 2018)

c) Bewertung der Berechnungsmethoden; Zusammenfassung

Mit der Berechnung nach Erledigungsarten ergibt sich eine Berufungserfolgsquote von 23,98 Prozent; geht man nach der Kostenverteilung, liegt die Erfolgsquote bei 18,92 Prozent. Damit beträgt die Differenz zwischen den beiden Berechnungsarten lediglich fünf Prozentpunkte.

Die beiden besprochenen Berechnungsmethoden – entweder auf Grundlage der Erledigungsarten oder anhand der Kostenverteilung – nehmen jeweils unterschiedliche Perspektiven auf das Berufungsverfahren ein. Je nachdem, ob man rechtliche oder wirtschaftliche Bewertungsmaßstäbe setzt, sind bestimmte Arten der Verfahrenserledigung nicht immer trennscharf als Berufungserfolg oder -misserfolg erfasst. Das betrifft insbesondere die gerichtlichen Vergleiche, die immerhin die dritthäufigste Erledigungsart für oberlandesgerichtliche Vergleiche und die vierthäufigste Form der Verfahrensbeendigung vor den Landgerichten sind (siehe oben A.VIII.1.). Da der Inhalt der gerichtlichen Vergleiche statistisch nicht erhoben wird, ist im Rahmen der Berechnung nach Erledigungsarten vereinfachend davon auszugehen, dass 50 Prozent aller Vergleiche als Berufungserfolg gelten. Bei der an der Kostenverteilung orientierten Erfolgsquotenberechnung können zwar die Vergleiche, bei denen eine gerichtliche Kostenentscheidung nach § 91a ZPO getroffen wird, eindeutig den Kategorien „erfolgreiche Berufung“ oder „nicht erfolgreiche Berufung“ zugeordnet werden – aber die Vergleiche, bei denen keine gerichtliche Kostenentscheidung ergeht, sind wiederum nicht erfasst. Diese können in ihrer Anzahl auch nicht beziffert oder geschätzt werden.

An der Frage der Einordnung von Vergleichen zeigt sich, dass keine der beiden Berechnungsweisen der jeweils anderen eindeutig überlegen ist. Während die Erfolgsbestimmung anhand der Erledigungsarten relativ präzise nach den einzelnen Erledigungsarten differenzieren kann, deren Unterscheidung aus rechtlicher Perspektive hilfreich ist, kommt die Berechnung mithilfe der Kostenverteilung möglicherweise der wirtschaftlichen Realität der Parteien im Berufungsprozess näher. Beide Sichtweisen auf den Begriff des Berufungserfolgs haben also eigene Vorteile und Schwächen, die sich vermutlich ergänzen, wenn keine der Varianten vorgezogen wird. Daher sollten beide Möglichkeiten der Erfolgsquotenberechnung auch gemeinsam betrachtet werden, um ein möglichst differenziertes, realitätsnahes Bild vom Berufungserfolg zu erhalten. Eine Entscheidung zwischen den Berechnungsarten ist ohnehin nicht zwingend erforderlich, da beide recht ähnliche Zahlenwerte für die Erfolgsquote produzieren. Im Folgenden werden daher jeweils Werte nach beiden Berechnungsarten sowie das arithmetische Mittel davon angegeben. Letzteres ergibt eine Gesamt-Berufungserfolgsquote von 21,45 Prozent.

2. Zwischenergebnis zur Berufungserfolgsquote von durchschnittlich 21,45 Prozent

Eine Berufung hat Erfolg, wenn sie für den Berufungsführer entweder aus rechtlicher Sicht eine Verbesserung seiner Situation gegenüber dem Urteil erster Instanz bringt oder, wirtschaftlich gesehen, wenn der Berufungsführer den kleineren Teil der Rechtsmittelkosten tragen muss. Unter Zugrundelegung dieser Sichtweisen hat der zurückliegende Abschnitt gezeigt, dass etwa ein Fünftel der im Zivilrecht eingelegten Berufungen für den Berufungskläger zum Erfolg führt. In diesen Fällen haben die Berufungen ihr Ziel erreicht und Fehler im erstinstanzlichen Urteil korrigieren können, während ungefähr vier Fünftel aller Berufungssachen mit einer Bestätigung des angegriffenen Urteils endeten. Dieses Zahlenverhältnis soll als Ausgangspunkt für eine genauere Betrachtung der Erfolgsquote in einzelnen Bereichen (sogleich II.) sowie für eine Diskussion des Anteils erfolgreicher Berufungen mit Blick auf die Funktion der Berufung als Fehlerkontroll- und -korrekturinstanz dienen (III.).

II. Die Erfolgsquote von Berufungen im Einzelnen

Bezogen auf alle Berufungen, lag die durchschnittliche Erfolgsquote für eine eingelegte Berufung nach der obigen Definition bei 21,45 Prozent (Spannweite der Berechnungsweisen: 18,92 bis 23,98 Prozent). Im Folgenden interessieren nun die Einzelheiten: Hat sich die Erfolgswahrscheinlichkeit im Laufe der Zeit stark verändert (1.)? Gibt es Unterschiede in der Berufungserfolgsquote je nachdem, ob die Berufung am Landgericht oder Oberlandesgericht entschieden wird (2.)? Haben Berufungen aus bestimmten Sachgebieten über- oder unterdurchschnittliche Erfolgsquoten (3.)? Wie sind die Erfolgsquoten zwischen den Bundesländern verteilt (4.)? Wie hoch ist die Erfolgsquote von Berufungen gegen Einzelrichterurteile, verglichen mit Berufungen gegen Kammerurteile (5.)? Und: Sind Berufungen, die von einem Kollegium entschieden werden, häufiger oder seltener erfolgreich als Berufungen, für die der Einzelrichter zuständig ist (6.)? Zum Abschluss soll außerdem untersucht werden, wie hoch die Erfolgsquote von Berufungen, bei denen die Berufung ausdrücklich zugelassen wurde, im Vergleich zu den wegen Überschreitung der Wertgrenze statthaften Berufungen ausfällt (7.).

Sicherlich wären auch die Erfolgsquoten in Abhängigkeit von der jeweils vorgebrachten Berufungsrüge von Interesse gewesen, zumal beispielsweise der *Deutsche Anwaltverein* die Auffassung geäußert hat, dass richterliche Fehlentscheidungen „häufiger auf der Zugrundelegung eines falschen Sach-

verhaltes beruht[en] als auf einer angreifbaren rechtlichen Subsumtion“.¹⁴⁴ Hierzu wurden jedoch seit der Untersuchung von Rimmelspacher vor der ZPO-Reform¹⁴⁵ keine statistischen Erhebungen durchgeführt, sodass für die derzeitige Rechtslage keine Aussagen über die Erfolgsquote der jeweiligen Berufungsrügen möglich sind. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund der in Kapitel 2 dargestellten Unterschiede in Tatsachen- und Rechtsbewertung bedauerlich. Es könnte gewinnbringend sein, zu sehen, welche Angriffsarten gegen das erstinstanzliche Urteil in welcher Häufigkeit zu einem Berufungserfolg führen, weil etwa die Rügen unrichtiger Tatsachenfeststellungen schon vor der ZPO-Reform nur in durchschnittlich 6,8 Prozent der Berufungen zu einer erneuten, abweichenden Tatsachenfeststellung führten.¹⁴⁶

Ein Zwischenergebnis beschließt diese Detailbetrachtung der Erfolgsquote von Berufungen vor deutschen Zivilgerichten (8.).

1. Erfolgsquoten im Zeitverlauf: Kaum Veränderung; vor ZPO-Reform noch leicht höhere Erfolgsquoten

Die Berufungserfolgsquote ist heute gegenüber der Zeit vor der ZPO-Reform kaum verändert. Da damals noch keine Statistik über die Kostenverteilung in der Berufungsinstanz geführt wurde, sind nur die anhand der Erledigungsarten berechneten Erfolgsquoten miteinander vergleichbar. Diese betragen in den Jahren 2014–2018 durchschnittlich 24,41 Prozent, während es vom Jahr 1996 bis zum Jahr 2000 im Schnitt 30,59 Prozent waren (*Tabellen 4* und *5*). Daraus ergibt sich ein Rückgang der Erfolgsquoten um ungefähr sechs Prozentpunkte innerhalb der vergangenen 20 Jahre.

An den Landgerichten als Berufungsgericht ist aktuell eine mittlere Erfolgsquote von 24 Prozent zu verzeichnen; vor der Reform waren es ca. 29,8 Prozent. An den Oberlandesgerichten sind derzeit 24,83 Prozent der Be-

¹⁴⁴ *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (ZPO–RG), März 2000, abrufbar als Archiv-URL unter https://web.archive.org/web/20160513005344/http://www.gesmat.bundesgerichts.hof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/Zivilprozessreformgesetz/stellung_dav_9_Maerz_2000.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), S. 49.

¹⁴⁵ *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 22 f., 43 ff., 55 ff., 63 ff. Die materiellrechtlichen Rügen führten an den Oberlandesgerichten in durchschnittlich 32,7 Prozent der Fälle – und damit häufiger als in der Gesamtheit aller Verfahren – zu einem stattgebenden Urteil oder einer Aufhebung und Zurückverweisung; an den Landgerichten war die Erfolgswahrscheinlichkeit von Rügen der Verletzung materiellen Rechts mit 25,3 Prozent dagegen deutlich geringer, eigene gewichtete Berechnung anhand der Ergebnisse von *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 70 f.

¹⁴⁶ Eigene gewichtete Berechnung anhand der Ergebnisse von *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 58, 60 f.

rufungen erfolgreich, und auch das ist weniger als der Anteil erfolgreicher Berufungen in den Jahren 1996–2000 von 31,75 Prozent.

Tabelle 4
Erfolgsquoten 2014–2018 (berechnet anhand Erledigungsarten)

Erfolgsquote für Berufung (nach Erledigungsarten):	2018	2017	2016	2015	2014	Mittelwert 2014–2018
Berufung vor LG	24,39 %	24,03 %	24,11 %	23,63 %	23,95 %	24,01 %
Berufung vor OLG	23,63 %	24,71 %	24,95 %	24,65 %	26,18 %	24,83 %
Gesamt	23,98 %	24,37 %	24,52 %	24,12 %	25,00 %	24,41 %

Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014–2018, S. 68 lfd. Nr. 31–47 (2018), lfd. Nr. 30–47 (2014–2017), S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 94 lfd. Nr. 28–51 (2018), lfd. Nr. 27–49 (2014–2017).

Tabelle 5
Erfolgsquoten 1996–2000 (berechnet anhand Erledigungsarten)

Erfolgsquote für Berufung (nach Erledigungsarten):	2000	1999	1998	1997	1996	Mittelwert 1996–2000
Berufung vor LG	28,86 %	33,28 %	28,71 %	29,60 %	28,93 %	29,79 %
Berufung vor OLG	31,64 %	31,43 %	31,70 %	31,93 %	32,04 %	31,74 %
Gesamt	30,00 %	32,46 %	29,93 %	30,53 %	30,16 %	30,59 %

Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 1996–2000, Arbeitsunterlage, S. 54 lfd. Nr. 13–29 (1996), S. 58 lfd. Nr. 13–29 (1997–1998), lfd. Nr. 12–28 (1999–2000), S. 76 lfd. Nr. 14–30 (1996), S. 80 lfd. Nr. 14–30 (1997–1998), lfd. Nr. 13–29 (1999).

Ob diese Differenz von insgesamt etwa sechs Prozentpunkten tatsächlich primär an der zwischenzeitlich erfolgten Umgestaltung des Berufungsverfahrens liegt, dürfte zu bezweifeln sein.¹⁴⁷ Das gilt vor allem, wenn man berücksichtigt, dass auch vor der Reform schon Schwankungen um wenige Prozent-

¹⁴⁷ Vgl., mit anderer Berechnungsweise als hier, aber ähnlichen Differenzbeträgen: Roth, in: Hommage Rimmelpacher, 2019, S.19, 21; Greger, ZZP 131 (2018) 317, 332 f.

punkte zu beobachten waren, wie etwa in den Jahren von 1998 bis 2000 (siehe *Tabelle 5*). Darüber hinaus ist auch für die aktuelle Rechtslage im Zeitraum von fünf Jahren ein Absinken der Berufungserfolgsquote um einen Prozentpunkt zu verzeichnen (siehe *Tabelle 4*); gegenüber der Erfolgsquote aus dem Jahr 2003 ist es ein Minus von 1,6 Prozentpunkten.¹⁴⁸ Vor diesem Hintergrund hat die Umgestaltung des Berufungszwecks vermutlich eine Auswirkung auf die Erfolgswahrscheinlichkeit von Berufungen gehabt. Die Stärke dieses Effekts ist jedoch eher gering. Durch die bei der Reform eingeführte Bindungswirkung der erstinstanzlichen Feststellungen wäre ein deutlicherer Abfall in der Häufigkeit erfolgreicher Berufungen zu erwarten gewesen (für eine psychologische Erklärung der relativ konstant bleibenden Erfolgsquote siehe Kapitel 4 A. II. 1. b)).¹⁴⁹

2. Landgerichtliche und oberlandesgerichtliche Erfolgsquoten gleich hoch: Amtliche Statistik und Einschätzung der Berufsrichter

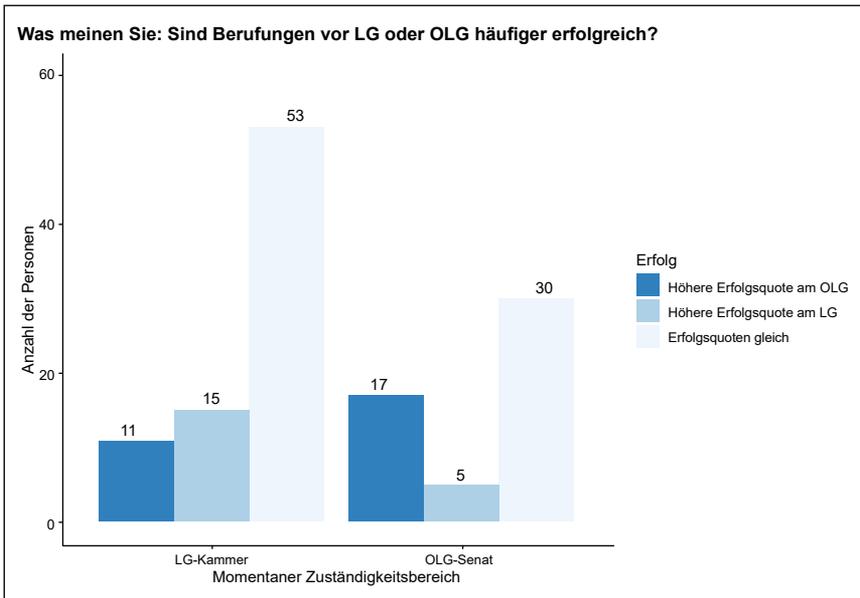
Berufungen vor dem Landgericht sind im Durchschnitt der vergangenen Jahre ähnlich oft erfolgreich wie Berufungen vor dem Oberlandesgericht. Die durchschnittliche Erfolgsquote für Berufungen an den Landgerichten lag in den Jahren 2014–2018 bei 21,94 Prozent (arithmetisches Mittel der Berechnungsarten; bei Berechnung über Kosten: 19,87 Prozent; bei Berechnung über Erledigungen: 24,01 Prozent; siehe auch die Jahreswerte oben in *Tabelle 4*) und betrug damit nur 0,44 Prozentpunkte mehr als die durchschnittliche Erfolgsquote für Berufungen an den Oberlandesgerichten in Höhe von 21,50 Prozent (arithmetisches Mittel der Berechnungsarten; bei Berechnung über Kosten: 18,16 Prozent; bei Berechnung über Erledigungen: 24,83 Prozent; siehe auch die Jahreswerte oben in *Tabelle 4*).¹⁵⁰

Angesichts dieses geringfügigen Unterschieds kann man auch davon sprechen, dass die Erfolgsquoten bei den landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Berufungen ungefähr gleich hoch sind. So sehen es auch die Berufsrichter selbst: Im Rahmen einer für diese Arbeit durchgeführten Online-Befragung von 136 Berufungszivilrichtern (n männlich = 74, n weiblich = 56, n divers = 1, n keine Angabe = 5; M Alter = 46,2 Jahre, SD = 9,5 Jahre, jüngste Altersgruppe: 25–35 Jahre, älteste Altersgruppe: 55–65 Jahre) gaben

¹⁴⁸ Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2003, S. 56 lfd. Nr. 12–29, S. 78 lfd. Nr. 13–30.

¹⁴⁹ Vgl. Greger, ZZZ 131 (2008) 317, 330.

¹⁵⁰ Errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2014–2018, S. 68 lfd. Nr. 31–47 (2018), lfd. Nr. 32–47 (2014–2017), S. 76 lfd. Nr. 3–7 (2014–2018), S. 94 lfd. Nr. 29–49 (2014–2017), lfd. Nr. 30–51 (2018), S. 106 lfd. Nr. 29–35 (2014–2018).



(Quelle: Online-Befragung von 136 Berufungszivilrichtern im Rahmen dieser Arbeit im Jahr 2020)

Abbildung 11: Einschätzung des Erfolgsquotenunterschieds LG/OLG nach Gerichtszugehörigkeit

etwa zwei Drittel (63,36 Prozent) der Teilnehmer an, dass sie von gleich großen Erfolgswahrscheinlichkeiten der Berufungssachen vor den Oberlandesgerichten einerseits und vor den Landgerichten andererseits ausgehen (*Abbildung 11*).

Daneben waren aber auch einige Richter – u. a. ein Drittel der am Oberlandesgericht tätigen Richter – der Ansicht, dass Berufungen vor dem Oberlandesgericht häufiger Erfolg haben (zu dieser minimal ausgeprägten Tendenz in der Zeit vor der ZPO-Reform siehe oben die Werte in *Tabelle 5*). Die befragten Richter begründeten das damit, dass den Oberlandesgerichten aus Zeitgründen eine besonders vertiefte Prüfung der Berufungen möglich sei, was das Finden von Fehlern und damit einen Berufungserfolg wahrscheinlicher mache als vor den Landgerichten („Das OLG hat wegen ‚komfortableren‘ Pensums mehr Zeit für die Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils“, „Die Prüfung durch die Oberlandesgerichte ist gründlicher, daher werden mehr Fehler der erstinstanzlichen Entscheidung aufgedeckt“). Das Mehr an Zeit erlaube, eine gewünschte Abänderung entsprechend zu begründen – demgegenüber herrsche am Landgericht, so mehrere OLG-Richter, „höherer Erledigungsdruck“, sodass dort möglicherweise die zeitsparende Bestätigung einer

durchaus erwogenen Abänderung vorgezogen werden könne, zumal diese mit dem Aufwand einer mündlichen Verhandlung verbunden sei. Die vermutete gründlichere Befassung der OLG-Berufungsrichter hänge auch mit der „größeren Bedeutung“ der Verfahren zusammen („höherer Streitwert als beim AG“, „Vermutlich fällt die Zurückweisung der Berufung schwerer, wenn diese aufgrund des Streitwerts noch (durch den BGH) überprüfbar ist, als wenn diese nicht mehr angreifbar ist“). Zudem gehe es bei den Berufungen vor dem Oberlandesgericht vor allem um Rechtsfragen – und dabei sei wiederum die Erfolgswahrscheinlichkeit größer („da ist mehr zu holen in der Berufung“) als für die Berufungen vor dem Landgericht, wo hauptsächlich die tatrichterlichen Feststellungen streitig seien, die jedoch wegen § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kaum infrage gestellt werden könnten. Auch die Vertreter der Einschätzung, dass Berufungen am OLG häufiger zum Erfolg führen als vor dem LG, berufen sich auf das Kollegialprinzip: Es finde an den Oberlandesgerichten mehr Diskussion und Beratung und dadurch „bessere Gedankenführung“ statt; daraus ergebe sich eine höhere Wahrscheinlichkeit für das Aufdecken erstinstanzlicher Fehler und mithin für einen Berufungserfolg.

Was könnte andererseits dafürsprechen, dass Berufungen vor den Landgerichten häufiger zum Erfolg führen als vor den Oberlandesgerichten? Diese Ansicht teilte immerhin knapp ein Fünftel der befragten, am Landgericht tätigen Richter. Für die größere Erfolgswahrscheinlichkeit einer Berufung vor dem Landgericht wurde primär das Argument der knappen Zeit zur Fallbearbeitung an den Amtsgerichten vorgebracht („Amtsgerichte können aufgrund der höheren Fallzahlen nicht so sorgfältig arbeiten wie Landgerichte“, „Erhöhte Arbeitsbelastung bei den Amtsgerichten“). Das mache die erstinstanzlichen Urteile, die vom Amtsgericht kommen, insgesamt fehleranfälliger („Hohes Aktenaufkommen am AG bedingt schnelleres und damit einhergehend zuweilen fehleranfälligeres Arbeiten“). Die berufungsfähigen Urteile vom Landgericht seien dagegen, so zwei OLG-Richter, „besonders sorgfältig begründet“. Als weitere Erklärung für einen wahrscheinlicheren Berufungserfolg vor dem Landgericht wurde von einigen die Tatsache herangezogen, dass der Amtsrichter stets allein entscheidet, während am Landgericht trotz grundsätzlicher Abschaffung des Kammerprinzips immer noch eine kammerinterne Diskussion der Fälle erfolge. Das führe zu höherer Qualität von erstinstanzlich infolge von Gruppenberatungen oder -entscheidung ergangenen Urteilen (dazu sogleich Abschnitte 3 und 4 sowie, aus psychologischer Sicht, Kapitel 4 A.I.3.c)). Ferner nannten mehrere Richter den erfahrungsgemäß besseren anwaltlichen Vortrag sowie die Einrichtung von Spezialzuständigkeiten an den Landgerichten als Grund für ihre Einschätzung, dass Berufungen vor den Oberlandesgerichten seltener als vor den Landgerichten Erfolg haben. Schließlich seien auch individuelle Besonderheiten zu berücksichtigen, die am Amtsgericht mutmaßlich häufiger vorkommen („die das Verfahren prä-

genden Besonderheiten bestimmter Amtsrichterpersönlichkeiten“, „Amtsgerichte gehen zuweilen etwas hemdsärmeliger zur Sache“).

Denkt man zurück an die deutlich höheren Berufungsquoten im Instanzenzug LG-OLG (oben A.II.2.b)), könnte man erwarten, dass Berufungen vor den Oberlandesgerichten seltener erfolgreich sind, weil im Instanzenzug von Landgericht zu Oberlandesgericht möglicherweise leichtfertiger die Entscheidung für eine Berufung getroffen wird. Immerhin wird mehr als jedes zweite Urteil mit der Berufung angegriffen – und doch ist die Erfolgswahrscheinlichkeit die gleiche wie für Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile, wo nur jedes dritte Urteil in die Berufungsinstanz kommt. Was bedeutet das? Überspitzt formuliert: Hätte ein weiteres Viertel der berufungsfähigen Urteile der Amtsgerichte, d. h. solche, die bisher nicht ihren Weg in die Berufung finden, vielleicht ebenfalls eine etwa 20-prozentige Wahrscheinlichkeit, im Rahmen der berufungsgerichtlichen Prüfung zugunsten der erstinstanzlich unterlegenen Partei abgeändert zu werden?

In Bezug auf die Aufgabe der Berufungsgerichte, etwaige Fehler im erstinstanzlichen Urteil zu finden und zu berichtigen, ließe sich aus den ähnlich hoch ausfallenden Erfolgsquoten an Land- und Oberlandesgerichten schließen, dass die dort entscheidenden Berufungsrichter ähnlich gut darin sind, ihre Fehlerkorrekturaufgabe zu erfüllen. Das unterstellt, müsste es vor dem Hintergrund der soeben erwähnten Berufungsquoten zugleich bedeuten, dass die erstinstanzlichen Urteile der Landgerichte häufiger fehlerbehaftet sind als die Urteile der Amtsgerichte. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein berufungsfähiges landgerichtliches Urteil nicht bestehen bleibt, lag nämlich – wenn man die Revision ausblendet – im Durchschnitt der Jahre 2014–2018 bei 12,17 Prozent (56,61 Prozent Berufungsquote * 21,5 Prozent Erfolgsquote). Im Vergleich dazu musste ein Amtsrichter nur in 7,04 Prozent (32,09 Prozent Berufungsquote * 21,94 Prozent Erfolgsquote) der Fälle damit rechnen, dass sein berufungsfähiges Urteil keinen Bestand haben wird. Dieses Verhältnis bietet jedenfalls Anlass zur Diskussion (dazu unten III.2.).

Abschließend sei hinsichtlich des Vergleichs von landgerichtlicher und oberlandesgerichtlicher Berufung auf das Antwortverhalten der befragten Berufungsrichter hingewiesen: An beiden Gerichtsarten war der kleinste Teil der Befragten der Meinung, dass die jeweils andere Gerichtsart höhere Erfolgsquoten produziert. Die Kompetenz, Fehler in erstinstanzlichen Entscheidungen aufzufinden und zu korrigieren, wird dort folglich am wenigsten und stattdessen eher noch an der Gerichtsform, der man selbst zugehört, vermutet. Das könnte die – natürlich unbestätigte – Vermutung stützen, dass die irgendwie geartete Abänderung eines erstinstanzlichen Urteils aus berufungsrichterlicher Sicht auch als erstrebenswert gesehen werden kann, weil dabei die Aufgabe der Fehlerkorrektur sichtbar erfüllt wird.

3. Erfolgsquoten nach Bundesländern: Spannweiten von bis zu elf Prozentpunkten; Ost-Süd-Gefälle

Unterscheiden sich die Berufungserfolgsquoten zwischen den einzelnen Bundesländern? Für eine differenzierte Betrachtung sollen im Folgenden die Berufungen vor den Landgerichten (a)) und Oberlandesgerichten (b)) getrennt voneinander untersucht werden. Die Erfolgsquoten der Bundesländer können sich um bis zu 11,19 Prozentpunkte unterscheiden. Die Spannweite ist für die oberlandesgerichtlichen Berufungen jedoch deutlich kleiner als für die landgerichtlichen Berufungen. Übergreifende Tendenzen sind eine höhere Erfolgsquote in den ostdeutschen Bundesländern sowie eine unterdurchschnittliche Erfolgswahrscheinlichkeit in den süddeutschen Bundesländern Bayern und Baden-Württemberg.

a) Landgerichte: Im Saarland 1,6-mal größere Erfolgswahrscheinlichkeit als in Rheinland-Pfalz; Ostdeutschland über dem Durchschnitt

Die meisten Länder bewegen sich mit ihrer landgerichtlichen Berufungserfolgsquote nahe dem Bundes-Durchschnittswert. Eine genaue Rangfolge der Erfolgsquoten in den einzelnen Bundesländern zeigt *Tabelle 6*. Daraus ist ersichtlich, dass die Erfolgsquote einer Berufung in Deutschland vor den *Landgerichten Hamburg* und *Saarland* mit jeweils ungefähr 28 Prozent bundesweit am höchsten ist. Damit liegen sie knapp sieben Prozentpunkte über der durchschnittlichen Erfolgsquote für Berufungen in ganz Deutschland. Auch die Bundesländer Hessen, Brandenburg, Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt weisen mit einer Erfolgswahrscheinlichkeit von 24–26 Prozent eine gegenüber dem Bundesdurchschnitt hohe Erfolgsquote für Berufungen vor den Landgerichten auf. Bundesländer wie Berlin, Bremen, Baden-Württemberg, Niedersachsen und Bayern liegen im Bereich von einem Prozentpunkt um den Wert der gemittelten bundesweiten Berufungserfolgsquote. Eine deutlich unterdurchschnittliche Erfolgsquote für Berufungen vor dem Landgericht haben die Bundesländer Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz. Beispielsweise hat ein Berufungskläger im Saarland eine 1,6-mal größere Erfolgswahrscheinlichkeit, als wenn er im benachbarten Rheinland-Pfalz klagen würde. Die Spannweite zwischen den Erfolgswahrscheinlichkeiten in beiden Bundesländern beträgt 11,19 Prozentpunkte.

Tabelle 6

Erfolgsquoten nach Bundesländern (Landgerichte, 2018)

Erfolgsquote für Berufung in:	Berechnung anh. Erledigungsarten	Berechnung anh. Kostenquote	Mittelwert
Saarland	31,93 %	25,16 %	28,55 %
Hamburg	28,26 %	26,82 %	27,54 %
Hessen	28,73 %	23,31 %	26,02 %
Brandenburg	27,26 %	23,58 %	25,42 %
Thüringen	28,03 %	22,43 %	25,23 %
Sachsen	26,68 %	21,94 %	24,31 %
Sachsen-Anhalt	26,93 %	21,00 %	23,97 %
Mecklenburg-Vorp.	26,27 %	20,43 %	23,35 %
Nordrhein-Westfalen	24,64 %	21,89 %	23,27 %
Berlin	24,61 %	20,68 %	22,65 %
<i>Deutschland gesamt</i>	24,39 %	18,92 %	21,66 %
Bremen	17,48 %	25,09 %	21,29 %
Baden-Württemberg	23,21 %	19,35 %	21,28 %
Niedersachsen	22,18 %	20,00 %	21,09 %
Bayern	22,01 %	20,11 %	21,06 %
Schleswig-Holstein	19,87 %	16,82 %	18,35 %
Rheinland-Pfalz	19,41 %	15,30 %	17,36 %

Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68–71 lfd. Nr. 31–47, S. 76–79 lfd. Nr. 3–7, S. 80–83 lfd. Nr. 43–49. Standardabweichung bei Erledigungsarten: 3,78 Prozentpunkte, bei Kostenquote: 2,90 Prozentpunkte, bei gemittelter Berechnung: 2,96 Prozentpunkte.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass die meisten Bundesländer mehrere Landgerichte haben und die in der Tabelle aufgeführten Werte den jeweiligen Mittelwert der Erfolgsquoten an allen Landgerichten dieses Bundeslandes darstellen. Eine genauere Betrachtung zeigt, dass sich die Erfolgsquoten zwischen den OLG-Bezirken desselben Bundeslandes merklich unterscheiden können.¹⁵¹ Beispielsweise bewegt sich die über beide Berechnungsweisen ermittelte Erfolgsquote in Bayern zwischen 17,96 Prozent (OLG-Bezirk Nürnberg) und 24,4 Prozent (OLG-Bezirk Bamberg), wo-

¹⁵¹ Zu den Unterschieden hinsichtlich der Erledigungsarten von Zivilverfahren zwischen einzelnen Oberlandesgerichten und auch innerhalb eines Oberlandesgerichts s. auch *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 175, 184 f., 191 f.

mit sich eine Differenz innerhalb desselben Bundeslands von fast 6,5 Prozentpunkten ergibt.¹⁵² Ähnlich ist es in Nordrhein-Westfalen: Dort ist eine landgerichtliche Berufung im OLG-Bezirk Düsseldorf deutlich häufiger erfolgreich (26,09 Prozent Erfolgsquote) als vor den Landgerichten des OLG-Bezirks Hamm (20,86 Prozent Erfolgsquote).¹⁵³ Die für Rheinland-Pfalz ermittelten Berufungserfolgsquoten liegen zwischen den beiden OLG-Bezirken um knapp vier Prozentpunkte auseinander – die mittlere Erfolgswahrscheinlichkeit im Bezirk des *OLG Koblenz* (15,67 Prozent) fällt für sich genommen sogar noch niedriger aus als die bundesweit niedrigste Berufungserfolgsquote nach Bundesländern.¹⁵⁴ Dagegen sind für Niedersachsen (maximale Differenz: 0,57 Prozentpunkte)¹⁵⁵ und Baden-Württemberg (Differenz: zwei Prozentpunkte)¹⁵⁶ jeweils nahezu gleich hohe Erfolgsquoten zwischen den OLG-Bezirken zu verzeichnen.

Unabhängig davon ergibt sich ein Ost-Süd-Gefälle: Alle ostdeutschen Bundesländer sind unter den Bundesländern mit überdurchschnittlichen Erfolgsquoten zu finden. Dagegen weisen die beiden süddeutschen Bundesländer Bayern und Baden-Württemberg leicht unterdurchschnittliche Erfolgsquoten auf. Insgesamt liegen die meisten Bundesländer jedoch hinsichtlich der Höhe ihrer Berufungserfolgsquoten sehr nah beieinander. Der Abstand der Landgerichte Hamburg und Saarland von etwa sieben Prozentpunkten zum Gesamtdurchschnitt fällt zwar auf, aber es handelt sich andererseits auch nur um jeweils ein einzelnes Landgericht. Inhaltliche Erklärungsansätze, etwa wegen bestimmter Sachgebietskonzentrationen, sind daneben nicht ersichtlich, zumal die Bundesländer Hamburg und Saarland ihre detaillierten statistischen Daten nicht für eine Sonderauswertung zur Verfügung gestellt haben (dazu gleich unter 4., Fn. 162).

¹⁵² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 69 lfd. Nr. 31–47, S. 77 lfd. Nr. 3–7, S. 81 lfd. Nr. 43–49.

¹⁵³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 70–71 lfd. Nr. 31–47, S. 78–79 lfd. Nr. 3–7, S. 82–83 lfd. Nr. 43–49.

¹⁵⁴ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 71 lfd. Nr. 31–47, S. 79 lfd. Nr. 3–7, S. 83 lfd. Nr. 43–49.

¹⁵⁵ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 70 lfd. Nr. 31–47, S. 78 lfd. Nr. 3–7, S. 82 lfd. Nr. 43–49.

¹⁵⁶ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 68 lfd. Nr. 31–47, S. 76 lfd. Nr. 3–7, S. 80 lfd. Nr. 43–49.

*b) Oberlandesgerichte: Beste Erfolgsaussichten
in Sachsen-Anhalt, geringster Erfolg im Saarland; insgesamt
geringere Spannweite als bei LG-Berufung*

Für Berufungen vor den Oberlandesgerichten sind ebenfalls regionale Unterschiede in der Höhe der Erfolgsquote zu verzeichnen. Im Vergleich zu den landgerichtlichen Berufungen liegen die einzelnen Werte jedoch näher beieinander. Die Spannweite zwischen den Erfolgsquoten der Bundesländer beträgt lediglich 6,11 Prozentpunkte. Einzelheiten ergeben sich aus *Tabelle 7*.

Tabelle 7

Erfolgsquoten nach Bundesländern (Oberlandesgerichte, 2018)

Erfolgsquote für Berufung in:	Berechnung anh. Erledigungsarten	Berechnung anh. Kostenquote	Mittelwert
Sachsen-Anhalt	27,44 %	21,04 %	24,24 %
Brandenburg	24,82 %	20,43 %	22,63 %
Mecklenburg-Vorp.	24,61 %	20,33 %	22,47 %
Sachsen	26,53 %	17,24 %	21,89 %
Nordrhein-Westfalen	24,79 %	18,54 %	21,67 %
Thüringen	25,27 %	17,23 %	21,25 %
Hessen	24,85 %	17,57 %	21,21 %
Berlin	24,87 %	17,25 %	21,06 %
Bremen	23,61 %	18,46 %	21,04 %
Rheinland-Pfalz	23,21 %	17,60 %	20,41 %
<i>Deutschland gesamt</i>	<i>23,63 %</i>	<i>17,04 %</i>	<i>20,34 %</i>
Hamburg	21,39 %	17,87 %	19,63 %
Schleswig-Holstein	21,27 %	16,97 %	19,12 %
Bayern	22,33 %	14,66 %	18,50 %
Baden-Württemberg	23,17 %	13,72 %	18,45 %
Niedersachsen	20,65 %	15,94 %	18,30 %
Saarland	21,52 %	14,74 %	18,13 %

Errechnet nach: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 94–97 lfd. Nr. 28–51, S. 106–109 lfd. Nr. 29–35. Standardabweichung bei Erledigungsarten: 1,90 Prozentpunkte, bei Kostenquote: 2,00 Prozentpunkte, bei gemittelter Berechnung: 1,74 Prozentpunkte.

Die höchste Erfolgsquote haben Berufungen in Sachsen-Anhalt, d. h. vor dem *OLG Naumburg*, das mit 24,24 Prozent knapp vier Prozentpunkte über dem Bundesdurchschnitt liegt. Darüber hinaus bestätigt sich auch für die oberlandesgerichtlichen Berufungen die Tendenz, dass Berufungssachen, die an ostdeutschen Gerichten erledigt werden, überdurchschnittlich hohe Erfolgsaussichten haben. Ebenso finden sich, wie schon bei den landgerichtlichen Berufungen, die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern und Schleswig-Holstein am unteren Ende der Rangfolge, d. h. bei den niedrigen, unterdurchschnittlichen Erfolgsquoten wieder. Zusätzlich verzeichnen aber auch das *Saarländische* und das *Hanseatische Oberlandesgericht* Erfolgsquoten unterhalb des Durchschnitts. Die Landgerichte dieser Bundesländer fallen dagegen mit den bundesweit höchsten Berufungserfolgsquoten auf (siehe oben *Tabelle 6*).

Betrachtet man die Bundesländer mit mehreren Oberlandesgerichten, sticht vor allem das *Oberlandesgericht Braunschweig* heraus: Hier beträgt die gemittelte Erfolgsquote für Berufungen lediglich 11,61 Prozent, während sie an den beiden anderen niedersächsischen Oberlandesgerichten etwa neun Prozentpunkte höher liegt (*OLG Celle*: 20,45 Prozent; *OLG Oldenburg*: 20,83 Prozent).¹⁵⁷ Keine spürbaren Unterschiede ergeben sich demgegenüber in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen (maximale Differenz: 2,75 Prozentpunkte),¹⁵⁸ Bayern (maximale Differenz: 0,86 Prozentpunkte),¹⁵⁹ Rheinland-Pfalz (Differenz: 0,8 Prozentpunkte)¹⁶⁰ und Baden-Württemberg (Differenz: 0,43 Prozentpunkte).¹⁶¹

4. Erfolgsquoten in Abhängigkeit vom Sachgebiet: Kein eindeutiges Ergebnis zu Spezialspruchkörpern; außerdem bereichsspezifische Einflüsse

Die Erfolgsquote von Berufungen kann je nach Sachgebiet unterschiedlich hoch ausfallen. An den Landgerichten sind die Unterschiede jedoch nur marginal. Hier lagen die Berufungserfolgsquoten zwischen den einzelnen untersuchten Sachgebieten im Jahr 2018 um bloß zwei Prozentpunkte auseinander

¹⁵⁷ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 96 lfd. Nr. 28–51, S. 108 lfd. Nr. 29–35.

¹⁵⁸ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 96 f. lfd. Nr. 28–51, S. 108 f. lfd. Nr. 29–35.

¹⁵⁹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 95 lfd. Nr. 28–51, S. 107 lfd. Nr. 29–35.

¹⁶⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 97 lfd. Nr. 28–51, S. 109 lfd. Nr. 29–35.

¹⁶¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018, S. 94 lfd. Nr. 28–51, S. 106 lfd. Nr. 29–35.

(Tabelle 8). In die Tabelle aufgenommen sind die zwei häufigsten abgrenzbaren Sachgebiete vor dem Landgericht, namentlich das Verkehrsunfall- und Wohnraummietrecht, sowie drei der in § 72a Abs. 1 GVG aufgezählten Sachgebiete – Arzthaftungsrecht, Bau-/Architektenrecht und Versicherungsrecht.

Vor den Oberlandesgerichten zeigen sich dagegen größere Divergenzen zwischen den Erfolgsquoten in einzelnen Sachgebieten (Tabelle 9). Im Arzthaftungsrecht, § 119a Abs. 1 Nr. 3 GVG, liegt die Erfolgsquote mit durchschnittlich 13,62 Prozent fast sieben Prozentpunkte unter der Gesamterfolgsquote der Berufungen über alle Sachgebiete hinweg. Auch für das Kaufrecht, das zweithäufigste Sachgebiet für Berufungen vor dem OLG (siehe oben A. IV., S. 90), ist eine um fünf Prozentpunkte unter dem Durchschnitt liegende Erfolgsquote zu beobachten. Die Erfolgsquote von Berufungen im Bau- und Architektenrecht, § 119a Abs. 1 Nr. 2 GVG, liegt dagegen knapp fünf Prozentpunkte über dem Gesamtschnitt. Noch überdurchschnittlicher sind die Erfolgsquoten im Kartellrecht (27,80 Prozent), § 91 GWB, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die absolute Zahl der kartellrechtlichen Berufungssachen mit bundesweit ca. 100 Fällen im Jahr 2018 sehr gering war.

Tabelle 8
Erfolgsquoten nach Sachgebieten (Landgerichte, 2018)

Erfolgsquote für Berufung im:	Berechnung anh. Erledigungsarten	Berechnung anh. Kostenq.	Mittelwert
<i>Alle Sachgebiete</i>	24,39 %	21,08 %	22,74 %
Verkehrsunfallrecht	27,81 %	14,67 %	21,24 %
Wohnraummietrecht	25,39 %	16,86 %	21,13 %
Arzthaftungsrecht	19,58 %	22,24 %	20,91 %
Bau-/Architektenr. (o. Honorarsachen)	25,60 %	16,03 %	20,82 %
Versicherungsrecht (o. Verkehrsunfall)	22,13 %	15,89 %	19,01 %

Quelle: Eigene Auswertung der Daten von 13¹⁶² Bundesländern aus koordinierter Anfrage (Tabelle Z3.3.1SGE Zivilsachen vor dem Landgericht – Berufungsinstanz –, 2018, SG 00, 10, 11, 13, 18, 20, lfd. Nr. 51–68, 150.30–150.80).

¹⁶² Aus den Bundesländern Saarland, Hamburg und Schleswig-Holstein wurden keine Daten mitgeteilt. Das dürfte für das Gesamtergebnis keine wesentliche Bedeutung haben, da insbesondere mit Hamburg und dem Saarland jeweils Länder betroffen sind, in denen nur kleine Teilmengen aller Berufungsverfahren erledigt werden – auf das Saarland entfallen beispielsweise nur 1,05 Prozent aller an deutschen Gerichten erledigten Berufungen (s. o. A. V.).

Tabelle 9

Erfolgsquoten nach Sachgebieten (Oberlandesgerichte, 2018)

Erfolgsquote für Berufung im:	Berechnung anh. Erledigungsarten	Berechnung anh. Kostenq.	Mittelwert
Kartellrecht	34,31 %	21,28 %	27,80 %
Bau-/Architekten. (o. Honorarsachen)	29,87 %	20,03 %	24,95 %
Versicherungsrecht (o. Verkehrsunfall)	23,02 %	17,75 %	20,39 %
<i>Alle Sachgebiete</i>	<i>23,63 %</i>	<i>17,02 %</i>	<i>20,33 %</i>
Kaufrecht	19,41 %	11,21 %	15,31 %
Arzthaftungsrecht	17,50 %	9,74 %	13,62 %

Quelle: Eigene Auswertung der Daten von 13 Bundesländern aus koordinierter Anfrage (Tabelle Z4.2SG Zivilsachen vor dem Oberlandesgericht, 2018, SG 00, 10, 12, 13, 28, 30, 31, lfd. Nr. 47–64, 144.30–144.80).

Diese sachgebietsabhängigen Erfolgsquoten können erstens aus der anwaltlichen Perspektive ein Anhaltspunkt für die Einschätzung der eigenen Erfolgsaussichten im Berufungsprozess je nach betroffenem Sachgebiet sein. Zweitens lassen sie sich im Zusammenhang mit der Existenz von spezialisierten Spruchkörpern für bestimmte Sachgebiete betrachten. Durch die §§ 72a, 119a GVG ist seit dem Jahr 2018 die Einrichtung von Spezialkammern und -senaten für einzelne Sachgebiete vorgesehen. Hintergrund ist, dass man, ähnlich wie bei § 72 Abs. 2 GVG, einen positiven Zusammenhang zwischen Spezialisierung des Richters und Qualität seiner Entscheidung vermutet.¹⁶³ Für die Berufung würde das bedeuten, dass spezialisierte Spruchkörper an den Berufungsgerichten besonders gut erkennen können, wenn das erstinstanzliche Urteil mit einem korrekturbedürftigen Fehler behaftet ist. Daher wäre zunächst zu erwarten, dass die Erfolgsquote von Berufungen dort überdurchschnittlich hoch ausfällt.

¹⁶³ Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer zivilprozessrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 19/13828, S. 14; s. ebenso Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), BT-Drs. 18/11437, S. 44 f. Dazu und zu weiteren Überlegungen etwa *Lotz*, in: FS Vorwerk, 2019, S. 231, 232 f.; *G.-P. Calliess*, Gutachten DJT 2014, S. A 96. Kritisch zur Einführung von Spezialspruchkörpern etwa *Fölsch*, DRiZ 2017, 166, 169 (Kollegialprinzip vernachlässigt); *Neumann*, DRiZ 2018, 59, 59 (starre Verteilung; eingeschränkte Umsetzbarkeit an kleinen Landgerichten); *Selk*, ZRP 2019, 125, 125 (Spezialisierung auch an den Amtsgerichten sinnvoll). Zur Entscheidungsfindung im Kollegium aus psychologischer Sicht s. u. Kapitel 4 A. I. 3. c); II. 1. d).

Lässt sich diese Vermutung durch die Erfolgsquoten aus *Tabellen 8* und *9* bestätigen? Für das Landgericht ergeben sich, wie oben berichtet, keine Unterschiede in den Berufungserfolgsquoten zwischen den Sachgebieten, für die eine Spezialzuständigkeit nach § 72a Abs. 1 GVG existiert (Bau- und Architektenrecht, Abs. 1 Nr. 2; Arzthaftungsrecht, Nr. 3; Versicherungsrecht, Nr. 4), und denen, für die das nicht der Fall ist. Insofern lässt sich noch keine Verbesserung der Verfahrensqualität durch Spezialspruchkörper erkennen. Vergleicht man für die Berufungen vor den Oberlandesgerichten die Erfolgsquoten in Abhängigkeit vom Sachgebiet, dann fällt zwar auf, dass sich die Erfolgsquoten von einzelnen in § 119a GVG aufgezählten Sachgebieten vom Gesamtdurchschnitt aller Berufungen unterscheiden, aber für die Richtung dieser Mittelwertsabweichungen ist keine Tendenz auszumachen. Während beispielsweise im Arzthaftungsrecht gemäß § 119a Abs. 1 Nr. 3 GVG deutlich unterdurchschnittliche Berufungserfolgsquoten zu beobachten sind, weisen die Streitigkeiten aus dem Bau- und Architektenrecht nach § 119a Abs. 1 Nr. 2 GVG sowie die von den Kartellsenaten i. S. v. § 91 GWB erledigten Berufungen eine höhere Erfolgsquote als die Gesamtheit aller Berufungen aus. Für beide Richtungen sind Erklärungen denkbar: Die überdurchschnittlich hohe Erfolgsquote könnte mit der oben erwähnten besseren Fehleridentifikations- und -korrekturfähigkeit der Spezialsenate zusammenhängen. Andererseits könnte eine deutlich unterhalb des Durchschnitts liegende Berufungserfolgsquote daraus resultieren, dass schon die in erster Instanz bei den Landgerichten eingerichteten Spezialkammern qualitativ bessere Urteile produzieren, sodass auf der Berufungsebene an den Oberlandesgerichten seltener mit einer Korrektur der Entscheidung zu rechnen wäre.¹⁶⁴ Neben der Spezialisierung der zuständigen Richter könnte es sich auch um Eigenheiten der betreffenden Sachgebiete handeln, etwa insofern, als manche Sachgebiete mehr richterlichen Entscheidungsspielraum lassen und in anderen Bereichen die Urteilsfindung näher an kataloghaften Entscheidungsregeln stattfindet. Auch die Üblichkeit von Beweisaufnahmen könnte eine Rolle spielen. Wenn, wie beispielsweise im Arzthaftungsrecht, erstinstanzliche Beweisaufnahmen häufig sind, wäre es denkbar, dass ein Berufungsgericht diese wegen der Tatsachenbindung weniger häufig infrage stellt, als wenn es um Rechtsfragen ginge. Das könnte die auffallend niedrigen Erfolgsquoten von Berufungen bei Streitigkeiten aus Heilbehandlungen erklären.

Eine eindeutige Aussage lässt sich vor dem Hintergrund der berichteten Daten mithin derzeit nicht treffen. Es ist indes darauf hinzuweisen, dass lediglich Daten aus dem Jahr 2018 ausgewertet wurden und dass es sich hierbei um

¹⁶⁴ So auch die Einschätzung mehrerer Richter in Berufungssachen, die an der im Rahmen dieser Arbeit durchgeführten Online-Befragung teilgenommen haben (s.o. 2.).

das erste Jahr nach der Einführung der Spezialzuständigkeiten nach §§ 72a, 119a GVG handelte. Von den nachfolgenden Jahren standen zum Zeitpunkt der Untersuchung noch keine Statistiken zur Verfügung. Wenngleich bereits vor dem Jahr 2018 an vielen Gerichten Spezialspruchkörper eingerichtet waren, wäre es für die Beurteilung der entsprechenden GVG-Regelungen interessant, die Berufungserfolgsquoten in Abhängigkeit vom Sachgebiet in den nächsten Jahren weiter zu beobachten, zumal der Sachgebietskatalog bereits um weitere Sachgebiete ergänzt wurde. Entsprechende Zeitreihenbetrachtungen müssten berücksichtigen, dass dieselben Spruchkörper zwischenzeitlich jeweils neu besetzt werden oder sogar aufgelöst werden können, sodass sich auch in der Person der jeweils zuständigen Richter liegende Parameter auswirken können.

5. Gleich hohe Erfolgsquoten gegen Einzelrichter wie gegen Kammern

Die Erfolgsquoten von Berufungen gegen Einzelrichterurteile unterscheiden sich in ihrer Höhe nicht von den Erfolgsquoten der Berufungen, die sich gegen Kammerurteile richten. Die Differenz zwischen den Erfolgsquoten liegt, je nach Berechnungsart, zwischen 0,21 und 0,32 Prozentpunkten; beim arithmetischen Mittel aus beiden Berechnungsarten beträgt die Differenz 0,06 Prozentpunkte (*Tabelle 10*). Nicht aufgeführt sind die Urteile der Kammern für Handelssachen. Berufungen hiergegen sind im Mittel um ca. sieben Prozentpunkte erfolgreicher als Berufungen gegen Urteile der Zivilkammer oder des Einzelrichters am Landgericht.

Tabelle 10

Erfolgsquoten nach Zuständigkeit in erster Instanz (Einzelrichter vs. Zivilkammer, 2018)

	Berechnung anh. Erledigungsarten	Berechnung anh. Kostenq.	Mittelwert
Erfolgsquote v. Berufungen gg. Einzelrichterurteil vs. gg. Urteil der Zivilkammer (<i>Wer war erstinstanzlich zuständig?</i>)	23,29/23,08 %	16,49/16,81 %	19,89/19,95 %

Quelle: Eigene Auswertung der Daten aus einer in Auftrag gegebenen Sonderauswertung von Anlage 10 H. ZP-Statistik-AO 2018, Buchstabe P., Ziffer 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 2, 3.1, 3.2, 4, 5.1, 5.2, 6, 7, 8, 9, 10.1, 10.2, 11, 12, 13, 14, Buchstabe PA., Ziffer 1.1, 1.2, 1.3, 1.4., 1.5, 2 (alle 16 Bundesländer).

Also ist es für den Erfolg einer Berufung unerheblich, ob in der ersten Instanz ein Einzelrichter oder mehrere Richter gemeinsam für die Entscheidung zuständig waren. Das deckt sich mit Befunden früherer Studien, d. h. vor der ZPO-Reform.¹⁶⁵ Man könnte daher meinen, dass Einzelrichterentscheidungen nicht mehr korrekturbedürftige Fehler enthalten als Kammerurteile.¹⁶⁶ Das wiederum könnte den erstinstanzlichen Einzelrichtereinsatz weiter stärken. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Gesamtheit der Verfahren bei Einzelrichtern in ihrer Zusammensetzung nicht vollständig mit den von Richterkollegien entschiedenen Streitigkeiten vergleichbar ist. Entsprechend der Vorgaben aus § 348a ZPO werden die rechtlich und tatsächlich schwierigen Fälle eher der Kammer als dem Einzelrichter überantwortet, sodass sich die Verfahren in Bezug auf ihre Komplexität – und mittelbar auch hinsichtlich des Streitwerts –¹⁶⁷ unterscheiden. Vor diesem Hintergrund kann aus einer ähnlich hohen Erfolgsquote von Berufungen gegen Einzelrichterentscheidungen und Kammerentscheidungen nicht zwingend der Schluss gezogen werden, beide Entscheidungsarten seien qualitativ gleich gut.¹⁶⁸

Immerhin kann aber der Umstand, dass erstinstanzliche Kollegialentscheidungen offenbar keinen deutlichen Vorteil hinsichtlich der Richtigkeitsgewähr bieten, als ablehnende Antwort auf die in Kapitel 2 (A. I.) und auch historisch aufgeworfene Frage dienen, ob, alternativ zur Berufung, die Aufgabe der gerichtlichen Fehlervermeidung und -korrektur auch durch das Mehraugenprinzip in der ersten Instanz erfüllt werden könnte. Die Ergebnisse der statistischen Sonderauswertung in *Tabelle 10* lassen vermuten, dass es nicht vor unrichtigen Urteilen schützt, wenn mehrere Richter an der erstinstanzlichen

¹⁶⁵ *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter, 1992, S. 176. *Rimmelspachers* rechtstatsächliche Untersuchung ergab sogar, dass die Erfolgsquote von Berufungen gegen Einzelrichterurteile um drei Prozentpunkte niedriger als der Durchschnitt aller Berufungen gegen landgerichtliche Urteile ausfiel, errechnet nach *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 175 (ohne Einbeziehung der Vergleiche); s. auch *ders.*, a. a. O., S. 29, 183. Die Berufungen gegen Urteile des Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen (KfH) sind hierbei nicht miteinbezogen, da dieser kein Einzelrichter i. e. S. ist, s. dazu *Stein/Jonas/Althammer*²³, § 526 ZPO Rn. 4. *Rimmelspacher* scheint die Vorsitzenden der KfH gleichwohl zu den Einzelrichtern zu zählen, a. a. O., S. 175 ff.

¹⁶⁶ Ebenso *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 182; a. A. noch deutlich: *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-RG), März 2000, abrufbar als Archiv-URL unter https://web.archive.org/web/20160513005344/http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/Zivilprozessreformgesetz/stellung_dav_9_Maerz_2000.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), S. 49.

¹⁶⁷ Im Jahr 1998 lag der durchschnittliche Streitwert von mit der Berufung angegriffenen Einzelrichterentscheidungen tiefer als bei erstinstanzlichen Kammerurteilen, die in die Berufung gingen, s. *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 161, 181. Für die aktuelle Situation sind keine Statistiken bekannt.

¹⁶⁸ *Schäfer*, DRiZ 1995, 461, 469.

Entscheidung beteiligt sind. Die Berufung als Instrument zur Fehlerkontrolle dürfte weiter notwendig bleiben (dazu später Kapitel 5 A. III.).

6. Erfolgsquote für Berufung vor Einzelrichter doppelt so hoch wie für Berufung vor Kollegium

Wir haben gesehen, dass es für den statistischen Erfolg einer Berufung keinen Unterschied macht, ob das erstinstanzliche Urteil von einem Einzelrichter oder von einer Kammer ergangen ist. Wie sieht es für die Berufungserfolgsquote in Abhängigkeit von der Anzahl der entscheidenden Richter in der Berufungsinstanz aus? Hier ergab eine eigene Auswertung der statistischen Daten aus dem Jahr 2018, dass die Erfolgsquote für Berufungen vor dem Einzelrichter etwa doppelt so hoch ist wie für Berufungen, die von der Kammer oder vom Senat entschieden werden (*Tabelle 11*).

Mittelt man die Ergebnisse beider Berechnungsarten, ergibt sich beispielsweise am Oberlandesgericht eine Erfolgsquote von über 36 Prozent für Berufungen, die vom Einzelrichter entschieden werden. Demgegenüber haben Berufungen, die vom Senat entschieden werden, nur eine Erfolgswahrscheinlichkeit von knapp 19 Prozent. Ähnlich ist es am Landgericht als Berufungsinstanz, wo die Erfolgsquote im Falle einer Kammerentscheidung mit ca. 17 Prozent nur knapp halb so hoch ausfällt wie die Erfolgsquote einer Berufung, über die der Einzelrichter entscheidet (dort etwa 38 Prozent Erfolgswahrscheinlichkeit).

Tabelle 11

Erfolgsquoten von Berufungen nach Zuständigkeit in der Berufungsinstanz (Einzelrichter vs. Kollegium, 2018)

	Berechnung anh. Erledigungsarten	Berechnung anh. Kostenquote	Mittelwert
Erfolgsquote v. Berufungen, die v. Einzelrichter entschieden werden vs. B., die von Kollegium entschieden werden (<i>Wer entscheidet über Berufung?</i>)	OLG: 42,43 % (ER) vs. 21,93 % (Senat) LG: 45,56 % (ER) vs. 20,53 % (Kammer)	OLG: 29,79 % (ER) vs. 15,84 % (Senat) LG: 30,84 % (ER) vs. 14,63 % (Kammer)	OLG: 36,11 % (ER) vs. 18,89 % (Senat) LG: 38,2 % (ER) vs. 17,59 % (Kammer)

Quelle: Eigene Auswertung der Daten aus einer in Auftrag gegebenen Sonderauswertung (Berufungen vor Oberlandesgerichten) von Anlage 10 N. ZP-Statistik-AO 2018, Buchstabe P, Ziffer 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 2, 3.1, 3.2, 4, 5.1, 5.2, 6, 7, 8, 9, 10.1, 10.2, 11, 12, 13, 14, Buchstabe PA., Ziffer 1.1, 1.2, 1.3, 1.4., 1.5, 2 (alle 16 Bundesländer); eigene Auswertung der Daten von 13 Bundesländern aus koordinierter Anfrage (Berufungen vor Landgerichten) (Tabelle L03_L03_Land_Z331SGE 2018, Spalte E–G, lfd. Nr. 49–68, 150.30–150.80).

Die Interpretation des Befunds, dass Berufungen vor dem Einzelrichter doppelt so häufig zum Erfolg führen wie die Berufungen, über die ein Kollegium entscheidet, fällt nicht leicht. Es ist wieder zu bedenken, dass wegen der Regelungen in §§ 526, 527 ZPO sich die bei Einzelrichtern und bei Kollegien anhängigen Verfahren in Bezug auf Streitwert und Komplexität unterscheiden dürften.¹⁶⁹ Ob das tatsächlich die Verringerung der Erfolgsquote gegenüber den Einzelrichtern um durchschnittlich ca. 20 Prozentpunkte bei den Zivilkammern der Landgerichte sowie um ca. 17 Prozentpunkte bei den Senaten der Oberlandesgerichte erklären kann, ist jedoch fraglich. Gegen die Vermutung, dass Einzelrichtersachen weniger komplex sind, spricht beispielsweise der – historische – Befund, dass in den von Einzelrichtern vorbereiteten Berufungsverfahren mehr als doppelt so häufig ein Beweistermin stattfindet als bei Verfahren, die ausschließlich im Kollegium betreut werden.¹⁷⁰ Dagegen spricht außerdem, dass ansonsten auch die Erfolgsquoten vor dem Landgericht und vor dem Oberlandesgericht angesichts der unterschiedlich hohen Streitwerte und sachlichen Komplexitäten stark voneinander abweichen müssten. Das ist jedoch nicht der Fall (siehe oben 2.). Vielmehr könnten die Ergebnisse dieses Abschnitts dafürsprechen, dass gruppendynamische Prozesse in Richterkollegien existieren, die eher zu niedrigen Erfolgsaussichten der Berufung führen. Hierauf deuten auch psychologische Forschungsergebnisse zu Gruppeneffekten in der Entscheidungsfindung hin, wonach die Entscheidung in einem Kollegium nicht vermittelnder, kompromisshafter und umsichtiger ist („Sechs Augen sehen mehr als zwei“), sondern stattdessen sich kognitive Verzerrungen der einzelnen Beteiligten sogar verstärken (siehe unten Kapitel 4 A. I. 3. c) bb); II. 1. d)).

7. Ausdrücklich zugelassene Berufungen seltener erfolgreich als Wertberufungen

Wie in Teil A. gesehen, erlangen fast alle der mit der Berufung anfechtbaren Urteile ihre Berufungsfähigkeit durch Überschreiten der Wertgrenze von 600 Euro. Dagegen sind nur etwa sieben Prozent der Urteile, gegen die Berufung eingelegt werden kann, wegen ausdrücklicher Zulassung gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 S. 1 ZPO berufungsfähig (oben A. VII.).

¹⁶⁹ Vgl. historisch dazu *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 178, 183, der wegen § 524 ZPO a.F. davon ausgeht, dass eher schwierige Sachen dem Einzelrichter zur Vorbereitung übertragen werden.

¹⁷⁰ *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 183. Um zu überprüfen, ob dieser Zusammenhang auch heute noch besteht, wäre eine weitere Sonderauswertung der amtlichen Statistiken der Länder nötig.

Tabelle 12

**Erfolgsquoten von Berufungen nach Art der Berufungsfähigkeit
(ausdrücklich zugelassen vs. Wertgrenze überschritten, 2018)**

	Berechnung anh. Erledigungsarten	Berechnung anh. Kostenquote	Mittelwert
LG	14,64% (zugel. B.) vs. 18,21% (Wertb.)	21,76% (zugel. B.) vs. 21,03% (Wertb.)	18,2% (zugel. B.) vs. 19,02% (Wertb.)
OLG	18,3% (zugel. B.) vs. 23,71% (Wertb.)	15,58% (zugel. B.) vs. 17,05% (Wertb.)	16,94% (zugel. B.) vs. 20,38% (Wertb.)
Gesamt	16,33% (zugel. B.) vs. 21,79% (Wertb.)	20,41% (zugel. B.) vs. 18,86% (Wertb.)	18,37% (zugel. B.) vs. 20,33% (Wertb.)

Quelle: Eigene Auswertung der Daten aus einer in Auftrag gegebenen Sonderauswertung von Anlage 7 ZP-Statistik-AO 2018, Buchstabe P., Ziffer 1.1., 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 2, 3.1, 3.2, 4, 5.1, 5.2, 6, 7, 8, 9, 10.1, 10.2, 11, 12, 13, 14, Buchstabe PA., Ziffer 1.1, 1.2, 1.3, 1.4., 1.5, 2 (alle 16 Bundesländer); Kategorie zugelassene Berufung näherungsweise berechnet über Streitwert <600 Euro, Sonderauswertung Anlage 7 ZP-Statistik-AO 2018, Buchstabe Q.

Angesichts des Ausnahmecharakters der Berufungszulassung und des damit verbundenen inhaltlichen Signals ist davon auszugehen, dass in Fällen, in denen das Gericht die Berufung zulässt, die unterlegene Partei mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit daraufhin diese Chance auch nutzt und Berufung einlegt. Möglicherweise würde man wegen der Zulassungsvoraussetzungen aus § 511 Abs. 4 S. 1 ZPO und der damit implizierten Unklarheit im Recht¹⁷¹ (siehe oben Kapitel 2 B.I.4. b)) auch erwarten, dass diejenigen Berufungen, die explizit zugelassen worden sind, eine höhere Erfolgswahrscheinlichkeit haben als die reinen Wertgrenzen-Berufungen.¹⁷²

Das ist jedoch nicht der Fall. Im Gegenteil: Ausdrücklich zugelassene Berufungen sind seltener erfolgreich als die Berufungen, die schon wegen Überschreitung der Wertgrenze statthaft waren. Das hat die statistische Sonderauswertung für das Jahr 2018 im Rahmen dieser Arbeit ergeben. Die genauen Zahlenwerte sind in *Tabelle 12* aufgelistet. Über alle Gerichtsarten und Berechnungsweisen hinweg ergibt sich eine um etwa zwei Prozentpunkte niedrigere Erfolgsquote für Berufungen gegen Urteile, in denen die Berufung ausdrücklich zugelassen worden war. Bei der Berechnungsweise nach Kosten ist

¹⁷¹ *BVerfG* 04.07.2017 – 2 BvR 2157/15, juris; *BGH* 08.02.2010 – II ZR 54/09, NJW-RR 2010, 1047; *MüKoZPO-Krüger*⁶, § 543 Rn. 7; *Musiak/Voit/Ball*¹⁸, § 543 ZPO Rn. 5a.

¹⁷² Vgl. dazu für das US-amerikanische Recht das Ergebnis, dass Berufungen, die ohne Einschränkung zugelassen werden (*Mandatory Review*), vergleichsweise niedrige Erfolgswahrscheinlichkeiten haben, *Clermont*, *Notre Dame L.Rev.* 84 (2008–2009) 1919, 1970 Fn. 237.

dieses Verhältnis leicht umgekehrt; hierzu ist aber zu berücksichtigen, dass die an Kostenverteilung orientierte Berechnungsweise insgesamt weniger präzise ist als die Berechnung nach Erledigungsarten (dazu oben I. 1. b)), sodass das arithmetische Mittel beider Rechenvarianten hier maßgeblich sein soll.

Für die Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile zeigte sich demnach eine Verringerung der Erfolgswahrscheinlichkeit zugelassener Berufungen gegenüber Wertberufungen um etwa 0,8 Prozentpunkte. Bei den Berufungen gegen Urteile der Landgerichte lag die Erfolgsquote der Zulassungsberufungen im Mittel knapp 3,4 Prozentpunkte unter der Erfolgsquote der übrigen, nicht zulassungsbedürftigen Berufungen.

Auch hier ist die Interpretation der Statistik nicht augenfällig. Man könnte aber darüber nachdenken, ob vielleicht diejenigen Richter der ersten Instanz, die sich für die Berufungszulassung entscheiden, entsprechend sorgfältiger ihre Sachentscheidung vorbereiten und begründen, weil sie die berufsgerichtliche Überprüfung schon antizipieren, und zwar stärker, als wenn sie sich im Falle der wertmäßig statthaften Berufungen nicht ausdrücklich mit der Frage der Berufung auseinandersetzen würden.

8. Zwischenergebnis zur Erfolgsquote im Einzelnen

Dieser Abschnitt hat die Erfolgsquote von Berufungen näher beleuchtet. Als Ergebnis ist erstens festzuhalten, dass die Höhe der Berufungserfolgsquote sich über die Jahre kaum verändert hat und nur minimal geringer ist als vor der Reform des Berufsrechts. Zweitens haben Berufungen vor den deutschen Landgerichten eine ähnlich hohe Erfolgswahrscheinlichkeit wie Berufungen vor den Oberlandesgerichten. Insofern stimmt auch die Selbsteinschätzung der Berufsrichter mit der amtlichen Statistik überein. Daneben gibt es aber ebenfalls Richter, die meinen, dass Berufungen jeweils an der Gerichtsart, an der sie selbst tätig sind, die größeren Erfolgsaussichten haben.

In der Rangfolge der Bundesländer fällt auf, dass Berufungen vor ostdeutschen Gerichten eine überdurchschnittlich hohe Erfolgsquote aufweisen; dagegen sind Berufungen in Bayern und Baden-Württemberg unterdurchschnittlich oft erfolgreich. Insgesamt ergibt sich eine Spannweite von bis zu elf Prozentpunkten an den Landgerichten und ca. sechs Prozentpunkten an den Oberlandesgerichten.

Differenziert man nach Sachgebieten, zeigen sich vor allem bei den OLG-Berufungssachen bereichsspezifische Unterschiede in den Erfolgsquoten von Berufungen: Berufungen im Kaufrecht und Arzthaftungsrecht haben besonders selten Erfolg, während beispielsweise das Bau-/Architektenrecht und das Kartellrecht mit relativ hohen Erfolgsquoten aufwarten. Es dürfte sich jeweils um Eigenarten des betreffenden Sachgebiets handeln, nicht aber um etwaige

qualitätsverbessernde Einflüsse durch spezialisierte Spruchkörper i. S. v. §§ 72a, 119a GVG.

Berufungen gegen Einzelrichterurteile sind ähnlich erfolgreich wie Berufungen, die sich gegen Kammerurteile richten. Jedoch sind Berufungen, über die ein Einzelrichter entscheidet, doppelt so häufig erfolgreich wie Berufungen, über die der Senat entscheidet. Die Ergebnisse der statistischen Betrachtung sprechen dafür, dass in der Berufungsinstanz gruppenspezifische Prozesse wirken, die dazu führen, dass Berufungen vor einem Richterkollegium eher geringe Erfolgsaussichten haben. Möglicherweise gibt es also Vorteile der Einzelzuständigkeit gegenüber Gruppenzuständigkeiten in der Berufung.

Schließlich sind die ausdrücklich zugelassenen Berufungen seltener erfolgreich als solche Berufungen, die schon wegen Überschreitung der Wertgrenze aus § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthaft waren. Ein möglicher Erklärungsansatz könnte sich daraus ergeben, dass die erstinstanzlichen Richter, die eine Berufung gegen ihr Urteil zulassen, ohnehin schon besonders sorgfältig bei der Abfassung ihres Sachurteils gearbeitet haben, sodass dieses vermutlich auch weniger korrekturbedürftig ist.

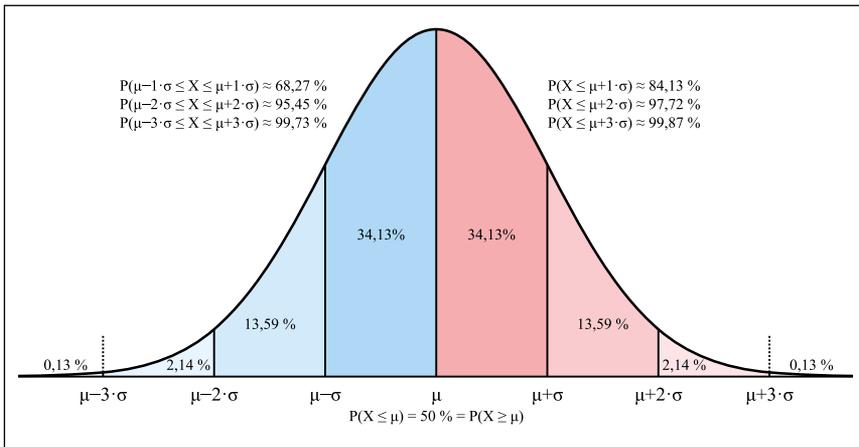
III. Diskussion der Erfolgsquote von 21,45 Prozent: Bewertung und mögliche Ursachen

Nach der statistischen Darstellung der Berufungserfolgsquote im vorangegangenen Abschnitt soll in diesem Abschnitt nun eine Bewertung vorgenommen werden. Dazu wird zunächst besprochen, wie hoch die Erfolgsquote im Berufungsrecht „idealerweise“ sein sollte (1.). Die daraus resultierenden Ergebnisse werden mit der berichteten Erfolgsquote kontrastiert (2.) und mögliche Einflussfaktoren werden überblicksartig dargestellt (3.). Der Abschnitt schließt mit einem Zwischenergebnis (4.), das zugleich den Anknüpfungspunkt für Kapitel 4 bilden wird.

1. Welche Erfolgsquote wäre rechtsstaatlich „ideal“?

Um die gegenwärtige Berufungserfolgsquote von durchschnittlich 21,45 Prozent bewerten zu können, kann man zunächst fragen: Welche Erfolgsquote ist unter „idealen“¹⁷³ Bedingungen überhaupt zu erwarten? Diese

¹⁷³ Man mag gegen den Begriff der Erfolgsquote unter „idealen“ Bedingungen einwenden, dass ein hierbei gewonnener Wert das Risiko in sich trüge, dem unbedarften Anwender einen Orientierungswert zu geben. Eine solche Orientierung wäre schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil die hier anzunähernde Erfolgsquote unter „idealen“ Bedingungen ausdrücklich eine modellhafte Annäherung darstellen soll. Mangels



(Urheber: Wolfgang Kowarschick (https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Normal_Distribution_Sigma.svg), Abbildungsbezeichnung hinzugefügt, <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>)

Abbildung 12: Verteilung der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile, Normalverteilungsgraph („Gauß’sche Glockenkurve“)

Frage wurde, soweit ersichtlich, in der Literatur bisher nicht behandelt. Im Folgenden soll daher ein heuristisches Modell zur Höhe der Erfolgsquote vorgestellt werden.

Wenn man in Anlehnung an den zentralen Grenzwertsatz annimmt, dass die „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile insgesamt annähernd normalverteilt ist, dann ergäbe sich das als „Glockenkurve“ bekannte Bild (*Abbildung 12*).

Da die „Richtigkeit“ selbst nicht in Zahlenwerten abbildbar ist,¹⁷⁴ müssten ihr für die Zwecke des Modells Zahlenwerte zugeordnet werden – denkbar wären beispielsweise Werte auf einer hypothetischen Punkteskala (je mehr Punkte, desto „richtiger“) mit Werten in den reellen Zahlen.

In diesem Modell fiele die Hälfte aller Urteile hinsichtlich ihrer „Richtigkeit“ in den Bereich unterhalb des Mittelwerts μ , die andere Hälfte in den Bereich oberhalb davon.¹⁷⁵ Dass ein Sachurteil von unterdurchschnittlicher

empirischer Nachprüfbarkeit kann sich daraus nur ein modellhaftes Leitbild, nicht aber ein konkret zu erreichendes Ziel – im eigentlichen Wortsinn eines Ideals – ergeben.

¹⁷⁴ Es geht also nicht darum, die Anzahl der Fehler oder deren Abwesenheit abzubilden, zumal die Anzahl etwaiger Urteilsfehler nichts über deren Berufungserheblichkeit aussagt.

¹⁷⁵ Zur Normalverteilung beruflicher Leistungen s. statt vieler *Beck/Beatty/Sackett*, *Pers.Psychol.* 67 (2014) 531, 539 ff.; zur Normalverteilung beruflicher Leistungen, hier in einem Ingenieursunternehmen, *Roch/Zhuang/Hunt/Bidwell*, *MGR* 25 (2022) 65,

„Richtigkeit“ ist, heißt noch nicht zwangsläufig, dass es auch – in berufungs-erheblicher Weise – fehlerhaft ist. Aber mit zunehmender Abweichung der Urteilsrichtigkeit vom Mittelwert nach unten, d. h. nach links in der Verteilungskurve, wird man davon ausgehen können, dass das jeweilige Urteil auch objektiv in berufungs-erheblicher Weise fehlerbehaftet ist. Eine in diesem Sinne fehlerhafte Entscheidung liegt vor, wenn die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht oder wenn die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen, vgl. § 513 Abs. 1 ZPO.

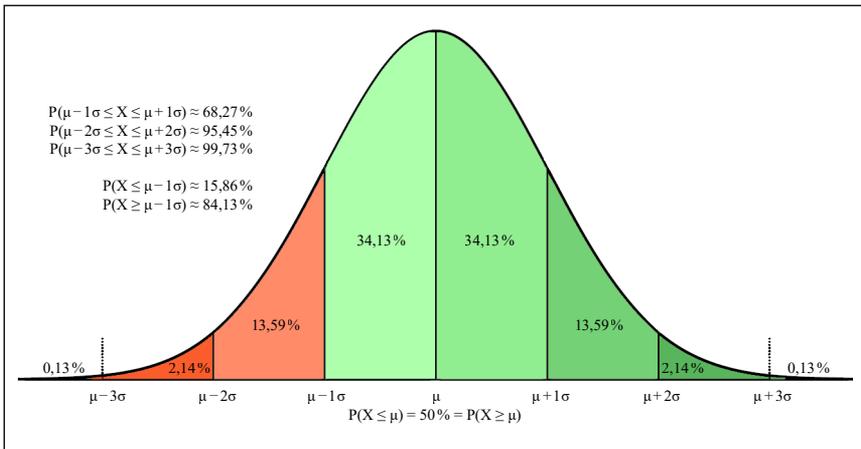
Empirisch überprüfbar ist die Häufigkeit einer solchen fehlerhaften Entscheidung jedoch nicht, da es keinen objektiv gültigen Maßstab dafür gibt, was als Fehler in einem Urteil gilt und was nicht.¹⁷⁶ Die Menge an objektiv bestehenden Fehlentscheidungen bei den berufungsfähigen Urteilen erster Instanz ist in der Praxis also unbekannt.

Für die Zwecke des vorliegenden Modells kann gleichwohl mit Näherungen gearbeitet werden, und zwar anhand der durchschnittlichen Abweichung aller Werte vom Mittelwert (Standardabweichung). Ausgedrückt in Standardabweichungen, liegen beispielsweise ca. zwei Drittel (68,27 Prozent) aller Urteile im Bereich von einer Standardabweichung über oder unter dem Mittelwert. Das sei als interindividuelle Variabilität akzeptiert. Schaut man sich nur den unterdurchschnittlichen Bereich, also die Fläche links der Mitte an, so liegen 15,86 Prozent der Urteile weiter als eine Standardabweichung unterhalb des Mittelwerts. 2,27 Prozent der Urteile sind sogar mehr als zwei Standardabweichungen vom Mittelwert entfernt. Wenn man die Schwelle zur zunehmenden Fehlerhaftigkeit eines Urteils bei einer Standardabweichung unter dem Mittelwert festlegt, dann wären 15,86 Prozent aller erstinstanzlichen Urteile „fehlerhaft“ (*Abbildung 13*).

Würde man die „Fehlurteil“-Definition noch enger fassen und erst bei zwei Standardabweichungen unterhalb des Mittelwerts beginnen lassen, läge der Anteil fehlerhafter Urteile folglich bei 2,27 Prozent (*Abbildung 14*).

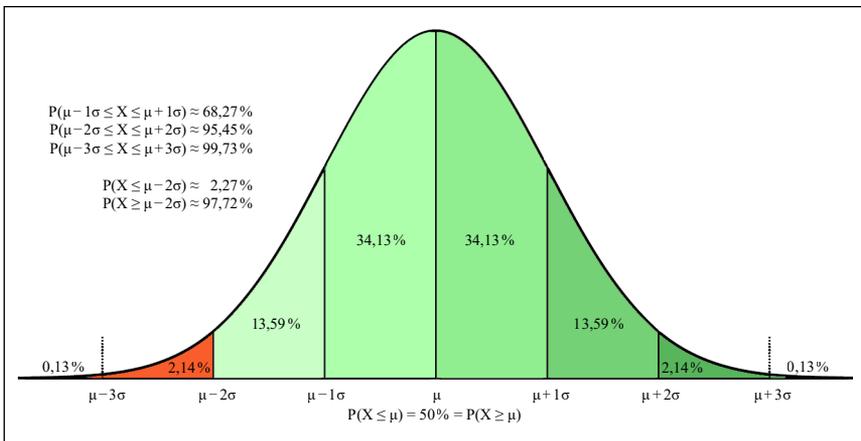
73; zur Leistungsverteilung bei Experten, wiederum für den medizinischen Bereich, *Brady*, *Insights Imaging* 8 (2017) 171, 173; vgl. allgemein auch *O’Boyle/Aguinis*, *Pers.Psychol.* 65 (2012) 79, 114 f., die grundsätzlich eher von einer Paretoverteilung beruflicher Leistungen ausgehen (s. dazu Kap. 3 Fn. 192). Bei der hier vorgestellten Normalverteilungsannahme der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile geht es mittelbar ebenfalls um die darin zum Ausdruck kommende Verteilung der Leistungsfähigkeit der zuständigen Richter – im Sinne ihrer Fähigkeit, „richtig“ zu entscheiden.

¹⁷⁶ Vgl. auch *Shavell*, *J. Legal Stud.* 24 (1995) 379, 413; aus diesem Grund möchte *Edwards*, *Emory L.J.* 68 (2019) 1035, 1046 auch keine ideale Erfolgsquote bestimmen. Vgl. außerdem *Röhl*, *VERW* 35 (2002), Beiheft 5, 67, 72 f.



(Grafik erstellt von Wolfgang Kowarschick)

Abbildung 13: Verteilung der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile, Normalverteilungsgraph mit Darstellung der Werte für Standardabweichungen, Schwelle „Fehlerhaftigkeit“ eines Urteils bei $\mu - 1\sigma$



(Grafik erstellt von Wolfgang Kowarschick)

Abbildung 14: Verteilung der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile, Normalverteilungsgraph mit Darstellung der Werte für Standardabweichungen, Schwelle „Fehlerhaftigkeit“ eines Urteils bei $\mu - 2\sigma$

Das Arbeiten mit Standardabweichungen um den Mittelwert ist in anderen Kontexten beispielsweise bei der Beurteilung von Leistungen in Intelligenztests üblich, wobei die jeweiligen Werte dort – anders als im hiesigen Modell – empirisch ermittelt werden können. Bei IQ-Testwerten spricht ein Wert, der um eine Standardabweichung nach unten vom Mittelwert abweicht (IQ-Wert 85), für „unterdurchschnittliche“ Intelligenz; weicht der Wert sogar zwei Standardabweichungen nach unten ab (IQ-Wert 70, Intelligenzminderung), spricht das für „weit unterdurchschnittliche“ Intelligenz.¹⁷⁷ Das Pendant auf der überdurchschnittlichen, rechten Seite der Verteilung wären „überdurchschnittliche“ (eine Standardabweichung) und „weit überdurchschnittliche“ Intelligenz (zwei Standardabweichungen, intellektuelle Hochbegabung). Dieses Beispiel aus einem Bereich, mit dem man im Alltag mehr Berührungspunkte als mit der „Richtigkeit“ von Gerichtsurteilen hat, soll dazu dienen, die Abstände von einer und zwei Standardabweichungen als Schätzer für den Anteil fehlerhafter Urteile besser einordnen zu können. Allerdings ist auch dabei zu beachten, dass die Festlegung, ab wann der Testwert einer Person beispielsweise für intellektuelle Hochbegabung spricht, stets eine Setzung ist. Es geht um Normwerte, die vorab definiert wurden. Ähnlich wäre es auch bei zivilrechtlichen Urteilen: Wir definieren im Modell eine Schwelle, die zwischen fehlerhaftem und nicht-fehlerhaftem Urteil unterscheidet – bloß ist diese Fehlerhaftigkeit selbst, wie erwähnt (oben S. 163 f.), nicht eindeutig objektiv bestimmbar.

Die von einem fehlerbehafteten Urteil beschwerte Partei wird Möglichkeiten in Erwägung ziehen, um gegen dieses Urteil vorzugehen.¹⁷⁸ Dabei wird sie in der Regel anwaltlich beraten sein. Nun werden sich Berufungskläger und Prozessbevollmächtigte mit ihren Berufungen nicht nur gegen die Menge der objektiv fehlerhaften Urteile richten¹⁷⁹, sondern eine insofern niedrigere Hemmschwelle zur Berufungseinlegung haben, als sich die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels für sie günstig darstellen. Das wird vor allem Fälle betreffen, die ein gewisses Fehlerrisiko mit sich bringen – also die „unterdurchschnittlich richtigen“ Fälle, die linke Hälfte der Kurve – und bei denen sich entsprechende Ansatzpunkte für eine Berufungsbegründung finden lassen. In der Praxis spielt sicherlich auch eine etwaige Einbindung von Rechtsschutzversicherern eine Rolle, woraus sich Verschiebungen in den Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen der Berufungsführer ergeben können.¹⁸⁰ Unabhängig da-

¹⁷⁷ Vgl. *Schmidt-Atzert/Amelang*, Psychologische Diagnostik⁵, 2012, S. 166, 375 ff.

¹⁷⁸ *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 194.

¹⁷⁹ Siehe dazu auch *Schwartz*, LEG 1 (1995) 361, 361 f., der in „legitime“ und „illegitime“ Berufungen unterscheidet, d. h., je nachdem, ob das erstinstanzliche Urteil tatsächlich fehlerhaft ist.

¹⁸⁰ *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 167 ff., 183 f.; *Schulte*, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stempel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 35, 36.

von, dass es hierzu keine zahlenmäßigen Angaben oder Schätzungen gibt, und auch wenn psychologische Forschung ergeben hat, dass sowohl Prozessparteien¹⁸¹ als auch Anwälte bei ihrer Einschätzung der Erfolgsaussichten gerichtlichen Vorgehens überoptimistisch sind,¹⁸² kann man mit Schultzky davon ausgehen, dass der beratende Anwalt „in den meisten Fällen [...] eine im Großen und Ganzen richtig[e] Einschätzung“ trifft.¹⁸³ Zwar sind Anwälte auch in inhaltlich aussichtslosen Fällen in der Regel nicht verpflichtet, die Ablehnung oder Niederlegung des Mandats anzudrohen;¹⁸⁴ aber wegen der bestehenden Haftungsrisiken aufseiten des Rechtsanwalts ist davon auszugehen, dass er seinem Mandanten von einer aussichtslosen Berufung abrät,¹⁸⁵ zumal auch die durch Anschlussberufung mögliche Verschlechterung der eigenen Rechtsposition zu befürchten ist.¹⁸⁶ Auch die bloß aus prozesstaktischen Gründen eingelegte Berufung,¹⁸⁷ etwa, um die Vollstreckbarkeit titulierter Ansprüche hinauszuzögern¹⁸⁸ oder um einen Vergleich zu erreichen,¹⁸⁹ dürfte seit der Einführung des § 522 Abs. 2 ZPO und der damit verbundenen kürzeren Verfahrensdauer nur noch vergleichsweise selten vorkommen.¹⁹⁰ Derartige Konstellationen fallen folglich im Modell für eine „ideale“ Beru-

¹⁸¹ Dazu beispielsweise *Wagner*, ZJP 121 (2008) 5, 13 ff. m. w. N.; für die Vereinigten Staaten s. *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1041 f.

¹⁸² *Goodman-Delahanty/Granhag/Hartwig/Loftus*, Psychol. Public Policy Law 16 (2010) 133, 141 ff. (dort außerdem dazu, dass der Effekt sich stärker bei Anwälten als bei Anwältinnen zeigt und dass Berufserfahrung für das Ausmaß des irrationalen Optimismus keinen Unterschied macht); für das Rechtsmittel der Berufung: *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1042. Allgemein zu dieser verzerrten Wahrnehmung bei Anwälten *Loewenstein/Issacharoff/Camerer/Babcock*, J. Legal Stud. 22 (1993) 135, 138 f., 150 ff.; *Engel/Glückner*, J.Behav.Decis.Mak. 26 (2012) 272, 275 ff.; *Baron*, Thinking and Deciding³, 2000, S. 191, 195. *Blankenburg/Blankenburg/Morasch*, in: *Gilles/Röhl/Schuster/Stempel* (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 85, 89; aktuell außerdem *Stark/Milyavsky*, Wash.U.J.L.& Pol’y 59 (2019) 173, 177 ff., 188 ff., u. a. zum Einfluss von Persönlichkeitsmerkmalen sowie zur Ansprechbarkeit auf Gegenmaßnahmen. Andererseits ist es innerhalb einiger Anwaltspraxen üblich, mit der nächsten Instanz den Bearbeiter zu wechseln, auch, um mehr Unvoreingenommenheit zu gewährleisten, dazu etwa *Hirtz/Oberheim/Siebert/Oberheim*⁶, Kap. 2 Rn. 5. Zu weiteren kognitiven Verzerrungseffekten bei Rechtsanwältinnen im US-amerikanischen Recht s. *Wistrich/Rachlinski*, S.Cal.L.Rev. 86 (2013) 101, 126 ff.

¹⁸³ *Schultzky*, Kosten der Berufung, 2003, S. 194.

¹⁸⁴ *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 879 mit Verweis auf das unveröffentlichte Urteil des LG Dortmund 08.06.1988 – 6 O 76/88.

¹⁸⁵ Vgl. *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 399, 875 f.

¹⁸⁶ Zur disziplinerenden Intention der Anschlussberufung s. *BVerwG* 10.09.1959 – II C 141/57, BVerwGE 9, 143, 143 f. m. w. N.

¹⁸⁷ Vgl. für die Vereinigten Staaten: *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1041.

¹⁸⁸ BT-Drs. 14/4722, S. 64; *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 399 m. w. N.

¹⁸⁹ *Shavell*, J. Legal Stud. 24 (1995) 379, 391.

¹⁹⁰ Dazu differenzierend *Postel*, Zurückweisung, 2009, S. 82.

fungserfolgsquote statistisch nicht ins Gewicht. Im Übrigen wird ein etwaiger Überhang von Berufungen gegen überdurchschnittlich „richtige“ Urteile mutmaßlich dadurch kompensiert, dass aus individuellen Gründen in der Praxis auch nicht ausnahmslos alle unterdurchschnittlich „richtigen“ Urteile in die Berufungsinstanz gehen. Insgesamt ist daher vereinfachend anzunehmen, dass die anwaltlich beratenen Berufungsführer sich in der Regel gegen eine Teilmenge aller unterdurchschnittlich „richtigen“ Urteile richten werden.

Aus Teil A.II.2. dieses Kapitels (S. 37 ff., 39) wissen wir, dass die Berufsquote, also die Häufigkeit eines Berufungsangriffs auf alle berufungsfähigen Urteile, bei ca. 32 Prozent gegen Urteile der Amtsgerichte und bei 59 Prozent gegen Urteile der Landgerichte liegt. Entsprechend der soeben angestellten Überlegungen soll für die Zwecke dieses Modells unterstellt werden, dass die gegen amtsgerichtliche Urteile erhobenen Berufungen die „untersten“ 32 Prozent dieser Urteile zum Gegenstand haben werden; in jedem Fall würden sie alle fehlerhaften Urteile umfassen. Die Berufungen gegen Entscheidungen der Landgerichte würden sich folglich auf die „untersten“ 59 Prozent der berufungsfähigen Urteile beziehen. Auch hierbei kämen alle fehlerbehafteten Urteile in die Berufungsinstanz, und es würden sogar einige überdurchschnittlich „richtige“ Urteile (der Bereich bis einschließlich neun Prozentpunkte über dem Durchschnitt) von den Berufungen erfasst werden.

Da folglich nicht mehr alle erstinstanzlichen Urteile Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung werden, sondern ganz überwiegend nur die „schlechtesten“ 32 und 59 Prozent, ist der Anteil der objektiv fehlerhaften Urteile an dieser neuen Gesamtmenge entsprechend größer. Bei einer angenommenen Fehlerschwelle von einer Standardabweichung unter dem Mittelwert (15,86 Prozent aller erstinstanzlichen Urteile, *Abbildung 13*) würde man für die Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile (32 Prozent Berufsquote) zu einem Anteil fehlerhafter Urteile von 49,56 Prozent kommen (0,1586/0,32). Für die Berufungen gegen landgerichtliche Urteile (59 Prozent Berufsquote) läge der Anteil fehlerhafter Urteile im Modell bei 26,88 Prozent (0,1586/0,59). Wenn man alternativ ein fehlerhaftes Urteil erst bei einer Abweichung von zwei Standardabweichungen vom Mittelwert nach unten annimmt (2,27 Prozent von allen erstinstanzlichen Urteilen, *Abbildung 14*), dann wären von allen in der Berufungsinstanz behandelten amtsgerichtlichen Urteilen insgesamt 7,09 Prozent objektiv fehlerbehaftet (0,0227/0,32). Von den landgerichtlichen, mit der Berufung angegriffenen Urteilen wären es 3,85 Prozent (0,0227/0,59).

Je nach gesetzter Grenze ergibt sich also beispielsweise ein Anteil von 7,09 oder 49,56 Prozent fehlerhafter Amtsgerichtsurteile unter den Berufungen, die vor dem Landgericht entschieden werden. Würde man im Rahmen dieses Mo-

dells annehmen, dass die Berufungsgerichte auch alle diese fehlerhaften Urteile korrekt aufspüren und korrigieren, würde das eine „ideale“ Erfolgsquote von Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile in Höhe von 7,09 oder 49,56 Prozent bedeuten. Für Berufungen gegen landgerichtliche Urteile läge die „ideale“ Erfolgsquote demnach bei 3,85 oder 26,88 Prozent. Die „ideale“ Berufungserfolgsquote von Berufungen gegen amts- und landgerichtliche Urteile zusammengenommen würde dann entweder 5,36 Prozent oder 37,45 Prozent betragen (0,0227/0,4235 und 0,1586/0,4235).

Weiterführend stellt sich die Frage, ob der Anteil objektiv fehlerhafter erstinstanzlicher Urteile unter allen behandelten Berufungen tatsächlich gleichzusetzen ist mit den vom Berufungsgericht erwartbaren Berufungserfolgsquoten. Darf man annehmen, dass die Berufungsgerichte „perfekt“ arbeiten und auch jedes fehlerhafte, korrekturbedürftige Urteil zutreffend erkennen und korrigieren sowie alle „richtigen“ Urteile zutreffend bestehen bleiben lassen?¹⁹¹ Falls man auch auf Ebene der Berufungsinstanz von einer Normalverteilung der „Entscheidungsrichtigkeit“ ausgehen würde, dann wäre hier ebenfalls mit entsprechenden Fehlerraten zu rechnen. Die Erfolgsquote wäre dann entsprechend reduziert. Für Berufungen gegen Urteile der Amtsgerichte läge die theoretisch zu erwartende Erfolgsquote entweder bei 6,93 Prozent (jeweils zugrunde gelegte Schwelle von zwei Standardabweichungen, d.h. in erster und zweiter Instanz; siehe *Abbildung 14*) oder bei 41,71 Prozent (eine Standardabweichung, siehe *Abbildung 13*); bei den Berufungen gegen landgerichtliche Urteile würde sie entweder 3,76 Prozent (zwei Standardabweichungen, *Abbildung 14*) oder 22,62 Prozent (eine Standardabweichung, *Abbildung 13*) betragen; und über alle Gerichtsarten hinweg wäre sie bei 5,24 Prozent (zwei Standardabweichungen, *Abbildung 14*) oder bei 31,52 Prozent (eine Standardabweichung, *Abbildung 13*) zu verorten.

Die Spannweite zwischen den denkbaren „idealen“ Berufungsquoten ist zugegebenermaßen recht groß. Ausschlaggebend ist, ob man die Schwelle für ein fehlerhaftes Urteil eher großzügig bei einer Standardabweichung unter dem Mittelwert oder eher streng bei zwei Standardabweichungen ansetzt. Dabei handelt es sich, wie oben schon erwähnt, um bewusst zu setzende Normen, die jedoch in Ermangelung eines objektiven Fehlerbegriffs nicht präzise überprüfbar sind. Sowohl für die Schwelle bei einer Standardabweichung unter dem Mittelwert als auch für die Schwelle bei zwei Standardabweichungen sind Rechtfertigungen denkbar. Auch eine vermittelnde Lösung wäre möglich. Man könnte außerdem eine begrenzte empirische Rückkopplung dieser Werte zu erreichen versuchen, indem man eine größere Stichprobe von Urteilen jeweils von mehreren Beurteilern einschätzen lassen würde und die Übereinstimmung zwischen den Beurteilern messen würde.

¹⁹¹ Zu Recht ablehnend *Schwartz*, LEG 1 (1995) 361, 362.

An dieser Stelle soll gleichwohl offenbleiben, welche Grenze vorzugswürdig ist, insbesondere da es sich um ein heuristisches Modell handelt. Fest steht in jedem Fall, dass unter „idealen“ Bedingungen die Erfolgsquote von Berufungen stets vor dem Landgericht höher ausfallen müsste als vor dem Oberlandesgericht (dazu sogleich 2.).

Als Ergänzung ist abschließend anzumerken, dass die Annahme einer Normalverteilung für die Leistungsverteilung innerhalb der Gruppe erst- und zweitinstanzlicher Richter natürlich nicht zwingend ist. Es gibt sogar Literatur, wonach individuelle Leistung in einer Gesamtheit nicht normal-, sondern paretoverteilt sei (linkssteile, umgekehrt exponentielle Kurve), d. h., dass eine kleine Zahl von besonders „guten“ Entscheidern nahezu ausschließlich fehlerfreie Sachentscheidungen träge, während die meisten Entscheider im Vergleich dazu und auch im Vergleich zum Median häufiger einen Fehler in der Entscheidungsfindung machen würden.¹⁹² Diese Verteilungsannahmen beziehen sich jedoch auf die Quantität eines erhobenen Merkmals – beispielsweise Publikationen von Wissenschaftlern, Wettkampfsiege bei Profisportlern, usw. –¹⁹³ und gerade nicht auf das hier interessierende Merkmal der „Qualität“, im Sinne von „richtiger Sachentscheidung“, der erbrachten richterlichen Leistung. Insofern spricht weiterhin nichts Gewichtiges dagegen, die Richtigkeit von Zivilurteilen als normalverteilt anzunehmen.

In der Zusammenschau ergibt sich anhand des vorgestellten Modells eine modellhaft-„ideale“ Berufungserfolgsquote, die sich mindestens um 5,24 Prozent und höchstens um 31,52 Prozent bewegt. Abhängig vom gewählten Schwellenwert wäre entweder eine Erfolgsquote von 6,93 Prozent gegen amtsgerichtliche und von 3,76 Prozent gegen landgerichtliche Urteile zu erwarten – oder, mit der weitesten Definiton, von 41,71 Prozent gegen Amtsgerichts- und 22,62 Prozent gegen Landgerichtsurteile.

2. Vergleich „ideale“ und tatsächliche Berufungserfolgsquote

Wie soeben dargelegt, würde die „ideale“ Berufungserfolgsquote, je nach vertretener Standardabweichungs-Schwelle, entweder bei ca. fünf oder bei ungefähr 32 Prozent liegen. Verglichen mit der tatsächlich beobachteten Er-

¹⁹² *O'Boyle/Aguinis*, *Pers.Psychol.* 65 (2012) 79, 85 ff.; sehr kritisch dazu *Beck/Beatty/Sackett*, *Pers.Psychol.* 67 (2014) 531, 539 ff., die die Beobachtung von Paretoverteilungen auf Messartefakte zurückführen.

¹⁹³ *O'Boyle/Aguinis*, *Pers.Psychol.* 65 (2012) 79, 85 ff.; in diesem Zusammenhang weisen *Roch/Zhuang/Hunt/Bidwell*, *MGR* 25 (2022) 65, 67 außerdem darauf hin, dass es sich jeweils um vergleichsweise objektive Leistungsmerkmale handelt – eine objektive Beurteilung der „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Sachurteile ist jedoch, wie erwähnt (S. 163 f., 166), in der Regel nicht möglich.

folgsquote von durchschnittlich 21,45 Prozent (dazu oben I.1.c)), klaffen „Ideal“ und Wirklichkeit vermutlich in jedem Fall auseinander. Entweder ist die beobachtete Erfolgsquote von Berufungen deutlich zu hoch (21,45 Prozent tatsächliche Berufungserfolgsquote vs. 5,24 Prozent „ideale“ Erfolgsquote) – oder sie ist etwa zehn Prozentpunkte zu niedrig (21,45 Prozent tatsächliche vs. 31,52 Prozent „ideale“ Erfolgsquote). Bei beiden Varianten wird die Erfolgsquote in der Praxis allemal nicht dem entsprechen, was man „idealerweise“ erwarten würde. Es wäre müßig, festzulegen zu versuchen, ob die Erfolgsquote von zivilrechtlichen Berufungen eigentlich höher oder geringer als berichtet ausfallen müsste. Denn das hängt davon ab, welche Fehlerdefinition für erstinstanzliche Urteile, gemessen in Standardabweichungen vom Mittelwert, vertreten wird (siehe oben I.).

Was jedoch eindeutig festgestellt werden kann, ist Folgendes: Unabhängig von der gewählten Standardabweichungsgrenze sollte die „ideale“ Erfolgsquote von Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile stets deutlich höher ausfallen als die Berufungserfolgsquote gegen Urteile der Landgerichte. Mit einer Fehlerschwelle bei einer Standardabweichung unterhalb des Mittelwerts müsste die Erfolgsquote gegen AG-Entscheidungen mit knapp 42 Prozent beinahe das Doppelte der Erfolgsquote gegen LG-Entscheidungen (22,62 Prozent) betragen. Auch bei zwei Standardabweichungen als gewählter Grenze für fehlerhafte, korrekturbedürftige Urteile läge die „ideale“ Erfolgsquote für Berufungen, die Urteile der Amtsgerichte angreifen, etwa bei dem Zweifachen der Berufungserfolgsquote für Verfahren gegen landgerichtliche Urteile. Dieses Verhältnis findet sich in der Praxis jedoch nicht wieder. Wie oben (II.2.) dargestellt, sind die Erfolgsquoten von Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile ähnlich hoch wie von Berufungen gegen Landgerichtsurteile: Mittelt man das Ergebnis beider vertretbarer Berechnungsarten für die Erfolgsquote, ergibt sich ein Wert von 21,94 Prozent erfolgreicher Berufungen gegen Amtsgerichtsentscheidungen. Das sind nur 0,44 Prozentpunkte mehr als der Anteil erfolgreicher Berufungen gegen landgerichtliche Urteile in Höhe von 21,50 Prozent. Insofern stimmt die Tendenz grundsätzlich mit dem Ideal überein, dass die Berufungserfolgsquote im Instanzenzug AG-LG größer ausfällt als im Instanzenzug LG-OLG. Aber das Ausmaß dieser Differenz sollte in der Praxis deutlich größer sein. Um der „idealen“ Erfolgsquote näherzukommen, müssten also entweder die Berufungen gegen Amtsgerichtsurteile viel häufiger als bisher zum Erfolg führen, d.h., die Berufungskammern der Landgerichte müssten mehr Fehler finden und korrigieren, oder die Berufungssenaten der Oberlandesgerichte dürften den Berufungen gegen Urteile der Landgerichte nur noch vergleichsweise seltener zum Erfolg verhelfen. Für die erstgenannte Variante könnte der behauptete Zusammenhang sprechen, dass Berufungsrichter, die an den Oberlandesgerichten tätig sind, aufgrund von mehr verfügbarer Zeit und womöglich auch größerer Fachkompetenz durch

längere Berufserfahrung besser in der Lage sind, den Zweck der Berufung als Fehlerkontroll- und -korrekturinstanz zu verwirklichen (zu den Ergebnissen der Richterbefragung siehe oben II.2.). Eine Stellungnahme soll hier ausdrücklich unterbleiben.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Erfolgsquote von Berufungen im Zivilprozess in ihrer Höhe davon abweicht, was „idealerweise“ zu erwarten wäre. Insbesondere sollten sich die Berufungserfolgsquoten vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten deutlich voneinander unterscheiden und nicht wie in den vergangenen Jahren nahezu gleichauf liegen. Die durch das Modell skizzierten Korridore zwischen knapp vier Prozent und 22,62 Prozent für Berufungen gegen Urteile der Landgerichte legen nahe, dass die aktuelle Erfolgsquote für den Instanzenzug LG-OLG sich am oberen Ende des akzeptablen Spektrums bewegt; andererseits könnte aber die Erfolgsquote von Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile vermutlich deutlich größer ausfallen. Mögliche Gründe für die beobachteten Abweichungen zwischen „Ideal“ und Wirklichkeit der Berufungserfolgsquote sollen im folgenden Abschnitt besprochen werden.

3. Bewertung der Diskrepanz zwischen theoretisch zu erwartender und praktisch zu beobachtender Erfolgsquote; viele Einflussfaktoren

Wie ist die beobachtete Erfolgsquote von durchschnittlich 21,45 Prozent in ihrer Abweichung vom Modell zu bewerten? Dabei geht es nicht um die Höhe der Erfolgsquote an sich – beispielsweise würde der ZPO-Reformgesetzgeber meinen, dass die Höhe der aktuellen Berufungserfolgsquote „relativ gering“ ist –¹⁹⁴, sondern im Mittelpunkt steht die Diskrepanz zwischen theoretisch zu erwartender und praktisch zu beobachtender Erfolgsquote.

Die Entscheidung, ob wir eine Differenz zwischen der „idealen“ und statistisch nachgewiesenen Berufungserfolgsquote als positiv oder negativ einordnen, hängt davon ab, welche Faktoren und Prozesse das Zustandekommen dieser Differenz beeinflussen. Sicherlich spielt für den konkreten Ausgang eines Berufsrechtsstreits eine Vielzahl von Faktoren und Motiven eine Rolle. Diese Einflussfaktoren lassen sich grob dreiteilen in, erstens, die objektive Güte im Sinne von „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile (a)), zweitens, soziale Faktoren (b)) und schließlich, drittens, die psychologischen Einflüsse auf den Entscheidungsprozess (c)). Der Überblick über die verschiedenen Arten von Einflussfaktoren wird in einem Zwischenergebnis zusammengefasst (d)).

¹⁹⁴ BT-Drs. 14/4722, S. 60, dort zur damaligen Erfolgsquote, die noch leicht höher ausfiel als die aktuelle Erfolgsquote (s. oben II. 1., Tabelle 5); a.A. *Röhl*, VERW 35 (2002), Beiheft 5, 67, 76: „[...] Quote der Änderungen [bleibt] bemerkenswert hoch“.

a) Güte („Richtigkeit“) erst- und zweitinstanzlicher Entscheidungen

Der bedeutendste Faktor, der sich auf den Erfolg einer Berufung auswirkt, ist die Fehlerhaftigkeit und Korrekturbedürftigkeit einer angegriffenen Entscheidung.¹⁹⁵ Auch wenn nicht jede Aufhebung zwangsläufig eine unzureichende Güte der erstinstanzlichen Entscheidung signalisiert, etwa bei uneinheitlicher obergerichtlicher Rechtsprechung, dürfte grundsätzlich gleichwohl gelten: Leidet das erstinstanzliche Urteil an einem korrekturbedürftigen Fehler und wird dieser Fehler durch das Berufungsgericht auch korrigiert, dann ist die Berufung erfolgreich. Das entspricht der theoretisch zu erwartenden, „idealen“ Erfolgsquote (dazu oben 1.).¹⁹⁶ Knapp 80 Prozent erfolglose Berufungen würden also bedeuten, dass die erstinstanzlichen Gerichte in diesen Fällen die Sach- und Rechtslage jeweils zutreffend erfasst und beurteilt haben.¹⁹⁷ Die Erfolgsquote würde in diesem Fall mittelbar den Anteil nicht mehr hinnehmbar fehlerhafter Urteile widerspiegeln. Sofern die Größe dieses Anteils der Normalverteilungsannahme in Bezug auf die Güte im Sinne von „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Entscheidungen (*Abbildung 12*) widerspricht, wonach die Hälfte der Richter unterdurchschnittlich richtig urteilt, könnte man entgegenhalten, dass andererseits möglicherweise das Modell nicht zutrifft und stattdessen die Wahrscheinlichkeit eines fehlerhaften und korrekturbedürftigen Urteils erster Instanz geringer als im Modell angenommen ausfällt.

Natürlich spielt nicht nur die Fähigkeit der ersten Instanz, „richtig“ zu entscheiden, sondern auch diejenige der Berufungsinstanz für die Erfolgsquote von Berufungen eine Rolle. Die Berufungserfolgsquote kann mithin als „Richtigkeits“- oder Güteindikator für beide Instanzen interpretiert werden. Allerdings ist auch eine hohe Übereinstimmung zwischen berufungsgerichtlicher und erstinstanzlicher Sacheinschätzung nicht zwangsläufig als Zeichen für eine vom Berufungsgericht kompetent und sorgfältig beurteilte „richtige“ Entscheidung der ersten Instanz zu deuten. Denn beispielsweise beobachtete Rimmelpacher, dass sich die Berufungsgerichte in fast 70 Prozent der Verfahren bei streitigen Tatsachen der Wertung des Erstgerichts anschlossen (LG: 72 Prozent, OLG: 69,5 Prozent),¹⁹⁸ aber dass diese Wertung nur selten auf einer eigenen Beweisaufnahme, sondern in wiederum 70 bis 80 Prozent der Fälle mutmaßlich „auf einer bloßen Plausibilitätskontrolle“ beruhte.¹⁹⁹ Der so entstandene Eindruck wird nicht dadurch entschärft, dass diese Zahlen aus der

¹⁹⁵ Vgl. für das US-amerikanische Zivilprozessrecht die Nachweise bei *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1035 f., 1036 Fn. 6.

¹⁹⁶ Vgl. zur Beziehung zwischen Fehlerhaftigkeit des erstinstanzlichen Urteils und Erfolg des Rechtsmittels *Saueressig*, System, 2008, S. 242.

¹⁹⁷ Vgl. allgemein dazu *Szego*, Inside the Italian Courts of Appeals, 2007, S. 17.

¹⁹⁸ *Rimmelpacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 151 ff.

¹⁹⁹ *Rimmelpacher*, Berufungsverfahren, 2000, S. 155 f.

Zeit vor der ZPO-Reform stammen, zumal damals noch keine Bindungswirkung der erstinstanzlichen Feststellungen existierte.

Dass die „Richtigkeit“ der jeweils angegriffenen Urteile indes keine erschöpfende Erklärung der Berufungserfolgsquote sein kann, zeigt ein Blick auf die Revisionserfolgsquote: In der Revision haben Revisionsführer im Mittel in 31,18 Prozent der Fälle Erfolg,²⁰⁰ indem der *BGH* durch Urteil mit eigener Sachentscheidung entscheidet oder das Berufungsurteil aufhebt und die Sache zurückverweist.²⁰¹ Wie kann das sein, wenn doch alle diese Berufungsurteile, gegen die erfolgreich Revision eingelegt wurde, dazu da waren, Fehler der ersten Instanz zu korrigieren und mithin selbst den Anspruch erheben, korrekt zu sein? Zwar sind etwaige Unterschiede darin, wie verschiedene Richter denselben Sachverhalt beurteilen, nicht automatisch Ausdruck davon, dass der eine Richter korrekt entscheidet, während der andere ein „Fehlurteil“ trifft.²⁰² Gleichwohl ergibt sich aus dem Vergleich mit der Revision, dass die „Richtigkeit“ einer erstinstanzlichen Entscheidung nicht das Einzige ist, was in der Berufungserfolgsquote zum Ausdruck kommt. Zwar dürfte es ein wichtiger Faktor sein – das ist beispielsweise an der Entwicklung der Erfolgsquote infolge der ZPO-Reform sichtbar, wo die Stärkung der ersten Instanz mit einer leichten Reduktion der Häufigkeit erfolgreicher Berufungen einherging (siehe oben II. 1.) –, aber es erscheint lebensnäher, anzunehmen, dass es neben der Fehlerhaftigkeit oder „Richtigkeit“ erst- und zweitinstanzlicher Arbeit

²⁰⁰ Eigene Berechnung auf Grundlage der *BGH*-Jahresstatistiken für die Jahre 2017–2019. Die Erfolgsquote stieg in den vergangenen drei Jahren jeweils an: Im Jahr 2019 lag die gewichtete Erfolgsquote bei 42,38 Prozent (37,74 Prozent gegen OLG-Berufungsurteile; 50,84 Prozent gegen LG-Berufungsurteile), *BGH*-Jahresstatistik Zivilsenate 2019, S. 27 f. Im Jahr 2018 war die gewichtete Revisionserfolgsquote noch deutlich niedriger und betrug 27,43 Prozent (34,36 Prozent gegen OLG-Berufungsurteile; 19,94 Prozent gegen LG-Berufungsurteile), *BGH*-Jahresstatistik Zivilsenate 2018, S. 26 f. Davor, im Jahr 2017, war mit 23,74 Prozent der Revisionen ein wiederum kleinerer Teil erfolgreich gewesen (25,53 Prozent gegen OLG-Berufungsurteile; 20,64 Prozent gegen LG-Berufungsurteile), *BGH*-Jahresstatistik Zivilsenate 2017, S. 26 f.

²⁰¹ Dagegen nennt die *Rechtsanwaltskammer beim BGH* für die Jahre 2016–2020 sogar eine Erfolgsquote von über 60 Prozent, wobei sie sich auf die zugelassenen Revisionen bezieht und ansonsten die genaue Berechnungsweise nicht offenlegt: Statistik und Materialien der Rechtsanwaltskammer beim BGH, abrufbar unter <https://www.rak-bgh.de/statistik-und-materialien/>, dort „Erfolgsquote bei Revisionen“ (zuletzt abgerufen am 09.10.2024). Das deckt sich grundsätzlich mit der hiesigen Berechnung: Die Erfolgsquote unter allen zugelassenen Revisionen betrug in den vergangenen Jahren 53,96 Prozent (2019), 66,87 Prozent (2018) und 63,6 Prozent (2017), basiert aber auf jeweils nur etwa fünf Prozent erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerden. S. *BGH*-Jahresstatistik Zivilsenate 2019, S. 29, 31; *BGH*-Jahresstatistik Zivilsenate 2018, S. 28, 30; *BGH*-Jahresstatistik Zivilsenate 2017, S. 28, 30.

²⁰² Vgl. für den Bereich der Radiologie *Caldwell/Seamone*, *Ann. Health L.* 16 (2007) 43, 49; *Brady*, *Insights Imaging* 8 (2017) 171, 172.

auch andere Faktoren gibt, die sich auf den Ausgang des Berufungsprozesses und damit auf die Erfolgsquote auswirken.

Hierfür spricht auch der Vergleich von landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Erfolgsquoten. Während die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Berufung an beiden Gerichten derzeit ungefähr gleich groß ist, müsste sie „idealerweise“ an den Oberlandesgerichten deutlich niedriger ausfallen als an den Landgerichten (siehe oben 2.). Immerhin finden mehr als zwei Drittel aller berufungsfähigen Urteile der Landgerichte ihren Weg zum Oberlandesgericht, wohingegen das nur für halb so viele Urteile der Amtsgerichte zum Landgericht zutrifft. Da trotz der hohen Berufsquote gegen landgerichtliche Urteile die dortige Erfolgsquote etwa gleichauf mit derjenigen gegen amtsgerichtliche Urteile liegt, müsste das bedeuten, dass die erstinstanzlichen Urteile der Landgerichte häufiger fehlerhaft sind als die Urteile der Amtsgerichte. Das dürfte der inoffiziell verbreiteten Annahme zur unterschiedlichen Fachkompetenz der Richter am Amtsgericht einerseits und der Richter am Landgericht andererseits widersprechen (zur Kompetenzvermutung sowie den jeweils begleitenden Arbeitsumständen siehe die Aussagen von Berufsrichtern oben II. 2.).²⁰³ Insofern trifft auch Unberaths These, dass die Berufsquote maßgeblich von der Erfolgserwartung beeinflusst ist,²⁰⁴ hier nicht zu, es sei denn, man würde davon ausgehen, dass die erstinstanzlich unterlegenen Parteien entgegen der Statistik die Oberlandesgerichte als Berufsgerichte für deutlich kompetenter halten als die Landgerichte in derselben Funktion.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die konkrete Höhe der Erfolgsquote von Berufungen nicht als Gradmesser ausschließlich für die „Richtigkeit“ erst- und zweitinstanzlicher Entscheidungen dienen kann. Vielmehr werden daneben vermutlich auch weitere, nicht direkt mit der Rechtssache verbundene Faktoren den Ausgang der Berufung beeinflussen. Beispiele hierfür sollen in den folgenden zwei Unterabschnitten besprochen werden.

b) Soziale Faktoren

Neben den sachlichen Gegebenheiten eines Rechtsstreits wirken sich auch bestimmte soziale Beweggründe auf die richterliche Entscheidungsfindung aus, wenngleich sich diese kaum quantifizieren lassen. So ist etwa davon aus-

²⁰³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Situation im US-amerikanischen Recht, wo die Erfolgsquoten von Berufungen gegen *Jury*-Urteile ähnlich ausfallen wie von Berufungen gegen Urteile, die ein Berufsrichter erlassen hat, *Clermont/Eisenberg*, Am. Law & Econ.Rev. 3 (2001) 125, 130 ff.

²⁰⁴ *Unberath*, ZJP 120 (2007) 323, 330: Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Rechtsmittel eingelegt wird, ist umso höher, je höher auch die Wahrscheinlichkeit ist, dass ein Fehler korrigiert wird.

zugehen, dass Berufungsrichter bei ihrer Arbeit durch Kollegialität und gegenseitigen Respekt oder auch „Korpsgeist“ motiviert sind.²⁰⁵ Einigkeit zwischen Richtern, jedenfalls desselben OLG-Bezirks, dürfte an manchen Stellen als institutioneller Wert gesehen werden, der dabei hilft, das Ansehen der Justiz und die Vorhersagbarkeit ihrer Entscheidungen aufrechtzuerhalten.²⁰⁶ Insofern mag es sein, dass schon das erstinstanzliche Urteil die Sichtweise der nächsthöheren Instanz antizipativ mitaufnimmt.²⁰⁷ In der US-amerikanischen Literatur wird sogar von *Fear of Reversal* gesprochen,²⁰⁸ die handlungsleitend für den Richter der ersten Instanz sei.²⁰⁹ Entsprechend geringe Erfolgsquoten von Berufungen wären die Folge.²¹⁰

Ein anderer sozialer Aspekt zeigt sich bei der Perspektive des Berufungsgerichts auf die zur Überprüfung stehende Entscheidung. Hier kann es für den Berufungsrichter eine Rolle spielen, ob ihm der Kollege, dessen erstinstanzliche Entscheidung Gegenstand der Berufung ist, persönlich bekannt ist.²¹¹ Die Urteile eines als kompetent angesehenen Kollegen dürften wohlwollender betrachtet werden, als wenn der erstinstanzlich zuständige Richter nach Auffassung des Berufungsgerichts als weniger kompetent gilt oder diesem gar nicht bekannt ist. In Abhängigkeit von diesen zwei Parametern – persönliche Bekanntheit und Kompetenzeinschätzung – kann die Erfolgsaussicht der jeweiligen Berufung entweder nach oben oder nach unten beeinflusst werden. Die Ergebnisse einer US-amerikanischen Studie deuten beispielsweise darauf hin, dass einer Berufung gegen ein Urteil signifikant seltener stattgegeben wird, wenn das Urteil in erster Instanz von einem Richter ausging, der an diesem Berufungsgericht bereits im Rahmen einer Abordnung gewesen

²⁰⁵ Vgl. für die Vereinigten Staaten von Amerika: *Baum*, *Judges*, 2006, S. 103 f., 109 f.; *Klein*, *Making Law in the U.S. Courts of Appeals*, 2002, S. 11 ff., 17, 24 ff., 89 ff., 107 ff.

²⁰⁶ Siehe, für US-amerikanische Gerichte, die Aussagen von Richtern bei *Lindquist/Haire/Songer*, *J. Public Admin. Res. Theory* 17 (2007) 607, 613.

²⁰⁷ Vgl. *Shavell*, *J. Legal Stud.* 24 (1995) 379, 391; *Baum*, *Judges*, 2006, S. 113 f.; vgl. ebenso *Lamprecht*, *DRiZ* 2004, 89, 90: „Schon der Wunsch, befördert zu werden, erzwingt Anpassung“; in diese Richtung für die Vereinigten Staaten mit empirischen Belegen: *Rachlinski/Wistrich*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 13 (2017) 203, 210.

²⁰⁸ *Shavell*, *J. Legal Stud.* 24 (1995) 379, 409, 425 f. m. w. N.; *Rachlinski/Wistrich*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 13 (2017) 203, 209 f.; differenzierend: *Choi/Gulati/Posner*, *JLEO* 28 (2012) 518, 531 ff.; generell kritisch zur Annahme strategischen Urteilens, basierend auf Interviews mit Richtern: *Barnes Bowie/Songer*, *Political Res. Q.* 62 (2009) 393, 401 ff.

²⁰⁹ *Shavell*, *J. Legal Stud.* 24 (1995) 379, 391, 408 ff., der davon ausgeht, dass sich die Möglichkeit späterer Überprüfung durch das Berufungsgericht sorgfaltserhöhend in erster Instanz auswirke.

²¹⁰ Vgl. für die Vereinigten Staaten von Amerika *Edwards*, *Emory L.J.* 68 (2019) 1035, 1040 f.

²¹¹ Vgl. dazu *Edwards*, *Emory L.J.* 68 (2019) 1035, 1054.

war.²¹² Dabei ist die Wahrscheinlichkeit, dass das eigene erstinstanzliche Urteil abgeändert wird, für die Richter, die an das Berufungsgericht abgeordnet und infolgedessen bekannt waren, nur halb so groß wie für diejenigen, die dort nicht abgeordnet und somit auch nicht persönlich bekannt waren.²¹³ Auch wenn man berücksichtigt, dass ohnehin möglicherweise vor allem die „guten“ Richter an das Berufungsgericht abgeordnet werden, bleibt dieser Effekt bestehen.²¹⁴ Denn vor der Abordnung war unter allen erstinstanzlichen Richtern die Wahrscheinlichkeit, vom Berufungsgericht abgeändert zu werden, im Mittel gleich hoch. Für die Autoren liegt das daran, dass die persönliche Bekanntheit das Vertrauen der Berufsrichter in das Urteil der erstinstanzlichen Kollegen erhöht.²¹⁵ Zu erwägen ist allerdings auch der Einwand eines Lerneffekts der Abordnung, d. h., dass ein Richter nach seiner Abordnung „besser“ im Sinne von „richtiger“ urteilt als zuvor; hierzu fehlen indes empirische Daten.

Selbst wenn die in erster Instanz zuständigen Kollegen nicht namentlich oder persönlich bekannt sind, kann es aus sozialen Motiven heraus trotzdem zu einer Tendenz der Berufungsinstanz kommen, das erstinstanzliche Urteil grundsätzlich halten zu wollen, „solange es zumindest vertretbar ist“.²¹⁶ In diese Richtung äußerten sich Berufsrichter, die an der Online-Befragung im Rahmen dieser Arbeit teilgenommen haben. Die Motivation, sich mit Kritik gegenüber dem eigenen Betrieb zurückhalten zu wollen, steht im Zusammenhang mit dem oben bereits für die erste Instanz erwähnten „Korpsgeist“. Dabei geht es nicht nur darum, sich zur selben Berufsgruppe zu zählen, sondern auch zu den Angehörigen desselben OLG-Bezirks. Aufgrund der objektiv bestehenden und subjektiv empfundenen Zugehörigkeit zur selben Institution und der dadurch gesteigerten Empathie könnte ein Berufsrichter gegenüber den Entscheidungen seines erstinstanzlichen Kollegen grundsätzlich positiv eingestellt sein. Die Ausprägung dieser sozialen Faktoren und deren Auswirkung auf Gruppenkonformität im Entscheidungsverhalten ist nicht präzise messbar. Dennoch ist empirisch belegt, dass es diese Neigung überhaupt gibt (zu Gruppeneffekten siehe unten Kapitel 4 A. I. 3. c); II. 1. d)).

Andererseits ist es auch denkbar, dass ein Berufsrichter sich durch seine Sachentscheidung ausdrücklich von den erstinstanzlichen Kollegen absetzen

²¹² *Lemley/Miller*, *Tex.L.Rev.* 94 (2016) 451, 460 ff. zu patentrechtlichen Entscheidungen.

²¹³ *Lemley/Miller*, *Tex.L.Rev.* 94 (2016) 451, 461.

²¹⁴ *Lemley/Miller*, *Tex.L.Rev.* 94 (2016) 451, 467 f.

²¹⁵ *Lemley/Miller*, *Tex.L.Rev.* 94 (2016) 451, 478 f.

²¹⁶ Vergleichbare Aussagen: „Wir sind selber nicht schlauer als die Kollegen am Amtsgericht“; „ohne Not müssen wir nichts abändern“; „die erste Instanz ist sachnäher“; vgl. für den Berufungsprozess in den Vereinigten Staaten *Edwards*, *Emory L.J.* 68 (2019) 1035, 1042.

möchte und deswegen eher dazu neigt, korrekturbedürftige „Fehler“ in deren Urteilen zu sehen und diese aufzuheben oder abzuändern. Das kann in der Überzeugung geschehen, dass das jeweils untergeordnete Gericht im Allgemeinen weniger kompetent sei und weniger genau arbeite als die eigene Instanz. Diese Auffassung wurde in der für diese Arbeit durchgeführten Richterbefragung jedoch nur in Bezug auf die Amtsgerichte vertreten (siehe zu beispielhaften Aussagen oben II. 2.).

c) Psychologische Faktoren

Einige der soeben unter „soziale Faktoren“ behandelten Aspekte sind strenggenommen Ausdruck bestimmter Wahrnehmungsverzerrungen. Der gesamte Vorgang der richterlichen Sachverhaltswahrnehmung und -beurteilung kann von kognitionspsychologischen Effekten unbewusst beeinflusst werden, was zu Urteilsverzerrungen führen kann (*Bias*). Dabei ist die Zahl der möglichen psychologischen Einflüsse sehr groß. Für manche dieser *Biases* gilt, dass ihretwegen die Erfolgsquote niedriger als unter „unbeeinflussten“ Bedingungen ausfällt, d. h., „idealerweise“ müsste sie größer sein. Andere psychologische Effekte wiederum können dazu führen, dass die Berufungserfolgsquote größer wird, als man unter „idealen“ Bedingungen erwarten würde. Die bisher einzige experimentelle Untersuchung zum Berufsrecht kam beispielsweise zu dem Ergebnis, dass kognitive Verzerrungen für einen Anstieg der US-amerikanischen berufsrechtlichen Bestätigungsquote um bis zu 8,5 Prozentpunkte verantwortlich sein können (siehe dazu ausführlich Kapitel 4 A. II. 2. a)aa)).²¹⁷ In diesem Fall würden sich Berufungsrichter auf irrationale Weise daran orientieren, was erstinstanzlich entschieden wurde, und diese Sachentscheidung mit einer höheren Wahrscheinlichkeit bestätigen, als wenn sie das erstinstanzliche Urteil nicht kennen würden. Es ist davon auszugehen, dass in der Praxis mehrere psychologische Faktoren zusammenkommen und sich gemeinsam auf den Prozess der berufsgerichtlichen Entscheidungsfindung auswirken. Hier wird es sich überwiegend um Verzerrungen aufgrund von Heuristiken, anderen kognitiven Phänomenen sowie von Gruppeneffekten handeln. Das heißt, es geht in der Regel um verallgemeinerbare Prozesse, die bei grundsätzlich jedem Richter zu beobachten sein dürften. Selbstverständlich spielen auch persönliche Merkmale, wie Geschlecht, Persönlichkeitseigenschaften und Wertüberzeugungen eine Rolle; jedoch kommt ihr Einfluss nie primär, sondern vor allem in Interaktion mit anderen, gewichtigeren Faktoren zum Tragen.²¹⁸

²¹⁷ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1052 f.

²¹⁸ Vgl. van Koppen/ten Kate, *Law & Soc’y Rev.* 18 (1984) 225, 238 ff.

Wegen der Universalität der kognitionspsychologischen Effekte ist es vermutlich so, dass die Erfolgsquote von Berufungen im deutschen Zivilprozess in ihrer konkreten Höhe auch auf psychologische Einflüsse (*Biases*) zurückzuführen ist. Das ist aus verfahrens- und verfassungsrechtlicher Sicht dann nicht wünschenswert, wenn sich die psychologischen Faktoren so auswirken, dass der Berufungsrechtsstreit zum Nachteil einer der Parteien in der Sache anders beendet wird, als es der Fall wäre, wenn das Gericht ohne jene *Biases* entschieden hätte. Es liegt also im Interesse einer funktionierenden Zivilrechtspflege, herauszufinden, ob und in welchem Ausmaß sich psychologische Faktoren auf den richterlichen Entscheidungsprozess in der Berufungsinstanz auswirken.

Im Gegensatz zu sowohl der Güte oder „Richtigkeit“ der erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungen als auch den erwähnten sozialen Faktoren, die den Berufungserfolg ebenso beeinflussen, können wir die psychologischen Einflüsse quantitativ erfassen. Es existiert eine Vielzahl empirischer Studien, mithilfe derer verschiedene Hypothesen zur verzerrenden Auswirkung psychologischer Mechanismen auf die Urteilsfindung überprüft wurden. Das ist ein großer Vorteil nicht nur bei der Ursachenforschung, sondern ebenso für die darauf aufbauende Diskussion.

d) Zwischenergebnis zur Bewertung der Berufungserfolgsquote und möglichen Ursachen für Diskrepanzen zwischen Modell und Wirklichkeit

Wenn es darum geht, die aktuelle Berufungserfolgsquote von 21,45 Prozent zu bewerten, insbesondere mit Blick darauf, dass sie in mindestens einem Aspekt der Höhe nach nicht der „idealerweise“ zu erwartenden Erfolgsquote entspricht, scheint es eine Vielzahl an Erklärungsansätzen zu geben. Es spielen sowohl die objektive Güte im Sinne von „Richtigkeit“ der erstinstanzlichen Urteile als auch soziale Faktoren und vor allem entscheidungspsychologische Mechanismen eine Rolle. Von den in diesem Abschnitt kurz angesprochenen Faktoren – Qualität der Rechtsprechung, soziale Aspekte, psychologische Verzerrungen – vermag es keiner, für sich genommen die Diskrepanzen zwischen Modell und Wirklichkeit hinsichtlich der Höhe der Berufungserfolgsquote zu erklären.²¹⁹

Insgesamt dürfte gelten, dass erstinstanzliche Gerichte größtenteils die ihnen vorliegenden Fälle juristisch korrekt entscheiden.²²⁰ Dennoch ist anzuer-

²¹⁹ Vgl. für das US-amerikanische Berufungsrecht *Guthrie/George*, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 358 f.

²²⁰ Dazu *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1040: „Real trial court judges are not flipping coins to decide which party prevails; they have training, practical experience, and take their job seriously“.

kennen, dass auch außerrechtliche Einflüsse im Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung eine Rolle spielen. Diese können den Ausgang einer Berufungssache auf irrationale Weise verändern; es können Unrichtigkeiten entstehen, die dem Rechtsmittelzweck entgegenstehen. Verfahrensrechtlich wünschenswert wäre eine möglichst umfassende Reduktion derjenigen Faktoren, die dazu führen, dass sich die Berufungserfolgsquote in ihrem Betrag vom theoretischen „Ideal“ entfernt.

Viele der Kategorien vermuteter außerrechtlicher Einflussfaktoren haben den Nachteil, dass sie empirisch nicht oder nur unzureichend überprüfbar sind. Weder der richterliche „Korpsgeist“ noch Sympathie gegenüber Kollegen und ebensowenig die „objektive Richtigkeit“ eines Urteils selbst sind genau messbar. Das macht sie für weitergehende Überlegungen schwer handhabbar.²²¹ Dagegen sind Hypothesen zum Vorliegen psychologischer Faktoren in der Regel gut empirisch überprüfbar. Das bietet den Vorteil, dass genauere, quantitative Aussagen möglich sind. So könnte das Ausmaß psychologischer Faktoren, die sich auf das Berufungsverfahren und seine Erfolgsquote auswirken, mit Zahlen geschätzt werden. Wenn man wüsste, ob und wie stark psychologische Effekte im Berufungsverfahren wirksam werden, ließen sich daraus möglicherweise auch Maßnahmen zur Vermeidung dieser Effekte ableiten, die wiederum dem Ziel dienen würden, der „idealen“ Berufungserfolgsquote näherzukommen.

Um an einer verbesserten Übereinstimmung von tatsächlicher und modellhaft-„idealer“ Berufungserfolgsquote zu arbeiten, besteht ein sinnvoller Ansatz also darin, die Sichtweise der Psychologie auf die Berufung näher zu erkunden. Die quantifizierbaren Ergebnisse psychologischer Studien können als veränderungssensibler Impuls für eine Diskussion möglicher verfahrensrechtlicher Veränderungen der Gegebenheiten für den Berufungserfolg dienen. Darum soll im weiteren Verlauf dieser Arbeit, in Kapitel 4, der Fokus auf die psychologischen Aspekte der erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungsfindung gelegt werden.

IV. Zwischenergebnis zur statistischen Analyse des Berufungserfolgs

Die vorangegangene Auswertung des statistischen Materials zum Ausgang der Berufungsverfahren im Zivilprozess hat sich zunächst der Definition des Berufungserfolgs angenähert und zwei Berechnungsweisen vorgeschlagen, die jeweils unterschiedliche Vorzüge haben. Das arithmetische Mittel dieser

²²¹ Vgl. *Clermont/Eisenberg*, Cornell L.Rev. 88 (2002) 119, 153 f.

beiden Berechnungsarten ergab über alle Gerichte hinweg eine Erfolgsquote von Berufungen in Höhe von 21,45 Prozent im Jahr 2018 (Abschnitt I).

Der darauffolgende Abschnitt II hat die Erfolgsquoten von Berufungen in Abhängigkeit von verschiedenen Verfahrensparametern näher untersucht. Dabei kam heraus, dass sich die Erfolgsquote im Zeitverlauf kaum verändert hat, dass sie vor den Land- und Oberlandesgerichten nahezu gleich hoch ist sowie, dass sich Unterschiede zwischen den Bundesländern ergeben. Darüber hinaus zeigten sich einerseits ähnliche Erfolgsquoten für Berufungen gegen Einzelrichter- und Kammerurteile, andererseits aber ergab die statistische Analyse, dass Berufungen, für die der Einzelrichter zuständig war, mit 36–38 Prozent Erfolgsquote doppelt so häufig erfolgreich waren wie Berufungen, die vom Kollegium entschieden wurden (18–19 Prozent).

Um die Ergebnisse der statistischen Analyse einordnen zu können, stellte sich die Frage, wie hoch die Erfolgsquote von Berufungen „idealerweise“ sein sollte. Abschnitt III hat dazu ein heuristisches Modell vorgestellt, das auf der Grundannahme basiert, dass die Qualität im Sinne von „Richtigkeit“ gerichtlicher Sachentscheidungen normalverteilt ist und dass ab einer bestimmten Abweichung vom Mittelwert, gemessen in Standardabweichungen, von einem fehlerhaften und mithin korrekturbedürftigen Urteil ausgegangen werden kann. Danach müsste die „ideale“ Berufungserfolgsquote, abhängig von der gesetzten Standardabweichungsgrenze, entweder bei fünf oder bei 32 Prozent liegen. In jedem Fall müsste die Erfolgsquote von Berufungen gegen Amtsgerichtsurteile etwa doppelt so hoch sein wie von Berufungen gegen landgerichtliche Urteile. Jedenfalls darin, aber mutmaßlich ebenso bei der Berufungserfolgsquote im Allgemeinen, gibt es Abweichungen der Wirklichkeit vom modellhaft ermittelten „Ideal“. Die möglichen Gründe für diese Abweichungen sind vielfältig. In jedem Fall lässt sich die Höhe der Erfolgsquote nicht allein mit der Güte im Sinne von „Richtigkeit“ erstinstanzlicher Urteile und der Fehlerkontrollkompetenz der Berufungsgerichte erklären; vielmehr ist davon auszugehen, dass soziale und vor allem psychologische Faktoren sich auf die richterliche Entscheidungsfindung auswirken und dass die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Berufung hiervon entsprechend – in beide Richtungen – beeinflusst werden kann. Für die psychologischen Einflussfaktoren gilt, dass deren Ausmaß grundsätzlich quantitativ erfasst werden kann, was sie als Untersuchungsgegenstand geeignet macht.

C. Ergebnis zu Kapitel 3

Dieses Kapitel hat statistische Sichtweisen auf die zivilprozessuale Berufung dargestellt. Aufbauend auf den Erkenntnissen aus Kapitel 2 zum Zweck der Berufung als Fehlerkorrektur und zum dazugehörigen richterlichen Ent-

scheidungsverfahren sollte die Prozesswirklichkeit mit Mitteln der Statistik näher beschrieben werden.

Der erste Teil dieses Kapitels hat allgemeine statistische Kennzahlen zu den zivilrechtlichen Berufungssachen vor den Land- und Oberlandesgerichten dargestellt. Neben der Entwicklung der Berufungserledigungszahlen und deren örtlicher, sachlicher und personeller Aufteilung war insbesondere die Berufungsquote interessant: Jedes dritte amtsgerichtliche Urteil und mehr als die Hälfte aller landgerichtlichen Urteile werden mit der Berufung angegriffen. Das spricht für eine eher geringe Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile und zugleich für ein Bedürfnis der betroffenen Parteien, diese Urteile auf etwaige Fehler hin überprüft zu sehen. In Zusammenschau damit, dass sich die Höhe der Berufungsquote kaum gegenüber der Zeit vor der Reform des Berufungsrechts verändert hat, ist der Schluss zulässig, dass die Umgestaltung der Berufung ihr Ziel verfehlt hat. Mehr noch, man könnte sogar vermuten, dass die Parteien heute im Mittel unzufriedener mit den ergangenen Urteilen sind, weil sie im Wissen um die beschränkten Entscheidungsspielräume der Berufungsgerichte – und der gegenüber früher sogar leicht reduzierten Erfolgsquote – gleichwohl die jeweilige Entscheidung anfechten.

Der zweite Teil dieses Kapitels widmete sich der statistischen Analyse des Berufungserfolgs. Die Wahrscheinlichkeit für einen erfolgreichen Ausgang des Berufungsverfahrens liegt nach der hier vertretenen Berechnungsmethode bei durchschnittlich ca. 21,45 Prozent. Landgerichte und Oberlandesgerichte als Berufungsinstanz schneiden ähnlich ab. Einzig die Erfolgsquoten für Berufungen vor Kollegialorganen sind nur etwa halb so häufig erfolgreich wie Berufungen vor dem Einzelrichter. Letzteres ist relevant für die Diskussion um den Einzelrichtereinsatz. Unabhängig davon stellt sich die Frage: Wie hoch sollte die allgemeine Erfolgsquote im „Idealfall“ sein? Dazu wurde in diesem Kapitel ein heuristisches Modell auf Basis von Normalverteilungsannahmen vorgeschlagen. Auch wenn offengelassen wurde, ab welcher Schwelle ein korrekturbedürftiges Urteil anzunehmen ist, zeigt das Modell deutlich, dass die Erfolgsquote von Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile viel größer ausfallen sollte als diejenige von Berufungen gegen landgerichtliche Urteile. Da das jedoch in der Praxis nicht der Fall ist, weicht zumindest insofern die Berufungserfolgsquote vom Modell ab. Auch darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die beobachtete Erfolgsquote der Höhe nach nicht dem entspricht, was unter „Idealbedingungen“ zu erwarten wäre. Die Diskussion dieser Diskrepanz hat ergeben, dass die Erfolgsquote nicht allein ausdrückt, wie gut erst- und zweitinstanzliches Gericht arbeiten, sondern es schlagen sich zusätzlich soziale und insbesondere psychologische Zusammenhänge darin nieder. Sowohl der Gesetzgeber als auch die beteiligten Prozessparteien sind daran interessiert, dass der Ausgang eines Berufungsverfahrens möglichst

unbeeinflusst von außerrechtlichen Faktoren ist. Von diesen außerrechtlichen Faktoren sind die psychologischen am besten empirisch überprüfbar. Entsprechende Theorien bieten inhaltlich belastbare Erklärungen zum Vorgang des menschlichen Entscheidens sowie spezifisch des richterlichen Entscheidens. Aus diesem Grund ist ein Blick auf die psychologischen Aspekte der berufsgerichtlichen Entscheidungsfindung gut geeignet, um ergänzend zu den bisherigen Analysen beurteilen zu können, ob die Berufung ihrer Aufgabe als Fehlerkorrektur hinreichend nachkommt und wo möglicherweise Verbesserungspotential liegt.

Das folgende Kapitel 4 wird sich daher der psychologischen Perspektive auf den Zivilprozess im Allgemeinen und auf die Berufung im Besonderen widmen.

Kapitel 4

Die zivilrechtliche Berufung aus psychologischer Sicht

Nachdem in Kapitel 3 bereits psychologische Erklärungsansätze für statistische Befunde zur Erfolgsquote der Berufung benannt worden sind, sollen in diesem Kapitel jetzt die zugrunde liegenden Erkenntnisse und Theorien der Psychologie zur richterlichen Entscheidungsfindung dargestellt werden. Ausgehend von verallgemeinerbaren Ergebnissen aus dem Bereich der Entscheidungsfindung, insbesondere von berufsmäßigen Entscheidungsträgern, soll im ersten Teil ein Überblick über die psychologischen Einflussfaktoren gegeben werden, die sich auf die richterliche Urteilsbildung im Zivilprozess auswirken – im Allgemeinen sowie auf den Berufungsprozess im Besonderen (A.). Um diesen Stand der US-amerikanisch geprägten Forschung auf die Praxis der Berufung im deutschen Zivilprozess anwenden zu können, wurde im Rahmen dieser Arbeit eine Studie mit Berufsrichtern an Land- und Oberlandesgerichten zu kognitiven Verzerrungen auf die berufsgerichtliche Entscheidung durchgeführt. Von dieser Studie wird der zweite Teil des Kapitels berichten (B.). Bei der Studie zeigte sich in einem von zwei Fällen ein kognitiver Verzerrungseffekt in die Richtung, dass die teilnehmenden Berufsrichter – bei Rechtsfragen – auf irrationale Weise dazu neigten, das erstinstanzliche Urteil aufrechtzuerhalten. Nach einer Diskussion dieses Befunds schließt das Kapitel mit einem zusammenfassenden Überblick über die psychologischen Faktoren, die mutmaßlich bei der Entscheidungsfindung deutscher Richter in Berufungszivilsachen eine Rolle spielen (C.).

A. Forschungsstand zu Einflussfaktoren auf die richterliche Entscheidungsfindung

I. Die Entscheidungsfindung von Richtern im Allgemeinen

Menschen handeln nicht vollkommen rational, und insbesondere treffen sie keine absolut rationalen Entscheidungen. Diese verhaltenswissenschaftliche Erkenntnis über begrenzte Rationalität des Menschen (*Bounded Rationality*)¹

¹ Simon, Models of Man, 1957, S. 198.

ist auch in der deutschen Rechtswissenschaft akzeptiert und rezipiert worden.² Das betrifft sowohl den Bereich des materiellen Rechts, d. h. das Verhalten von Anspruchstellern und -gegnern,³ als auch den Bereich des Prozessrechts, also das Wahrnehmen und Handeln von Richtern.⁴ Niemand wird mittlerweile bestreiten, dass auch Richter in ihrer Entscheidungsfindung von bestimmten außerrechtlichen Faktoren beeinflusst werden. Denn Montesquieus Auffassung vom Richter als „bouche qui prononce les paroles de la Loi“⁵ wird, u. a. dank der Arbeit von Wendell Holmes, Cardozo, Hart und Esser,⁶ nicht mehr vertreten. Gleichwohl mag es erschrecken, wie vielfältig doch die Menge der außerrechtlichen Einflussgrößen ist, die auf die Richter als berufsmäßige Entscheidungsträger einwirkt und dabei die Umsetzung des gesetzgeberischen Ideals richterlicher Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 1 GG berührt.

Dabei ist zwischen drei Arten von Einflussfaktoren nach ihrem Ursprung zu unterscheiden: erstens die Faktoren, die in der Person des Richters selbst liegen – seine Geschlechtsidentität, ethnische Zugehörigkeit, politische Wertvorstellungen, etc. – (1.), dann solche, die in der Person der jeweiligen Prozesspartei, wahrgenommen durch den Richter, liegen – etwa Sympathie, körperliche Attraktivität, ethnische Zugehörigkeit – (2.), sowie schließlich die Einflüsse, die in Struktur und Ablauf des Verfahrens begründet sind und sich auf die richterliche Entscheidungsfindung im konkreten Fall auswirken (3.), nämlich einerseits kognitive Verzerrungseffekte aus dem Bereich der *Heuristics-and-Biases*-Forschung und andererseits sozialpsychologische Phänomene, wie Reihenfolge-Effekte oder Gruppeneffekte.

Dieses Kapitel wird seinen Schwerpunkt auf die dritte Variante der psychologischen Einflussfaktoren legen. Hierbei handelt es sich um die psychologischen Faktoren im engeren Sinne. Die zugehörige Forschung beschreibt nicht nur, dass außerrechtliche Faktoren die gerichtliche Urteilsfindung mitbestimmen, sondern versucht auch zu erklären, wie Richter entscheiden und wie sich dabei psychologische Mechanismen auswirken.⁷ Die Inhalte dieses Abschnitts zu den allgemein wirkenden Einflussfaktoren sollen die Grundlage für die in

² Siehe stellvertretend etwa *Staake*, Werte und Normen, 2018, S. 439 ff.; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2851 ff.; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 1 ff., 4, 33; zuvor beispielsweise schon *Lamprecht*, DRiZ 2004, 89, 89 ff.; vgl. *Kaufmann*, NJW 1988, 2581, 2582.

³ Für das Deliktsrecht beispielsweise *MüKoBGB/Wagner*⁸, § 823 Rn. 67 ff.

⁴ *MüKoBGB/Wagner*⁸, § 823 Rn. 70; *Risse*, NJW 2018, 2848, 2849 ff.

⁵ *Montesquieu*, De l'Esprit des Loix, 1753, S. 254; kritisch zur Einordnung dieses Zitats: *Schönfeld*, Eur.Const. Law Rev. 4 (2008) 274, 275 ff.

⁶ *Wendell Holmes*, Harv.L.Rev. 10 (1897) 457, 458, 465 f.; *Cardozo*, Judicial Process, 1921, S. 169 ff.; *Hart*, The Concept of Law³, 2012, S. 204 ff., 273 f.; *Esser*, Vorverständnis, 1970, S. 10, 137 ff.

⁷ Vgl. *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 526 f.

Abschnitt II diskutierten, spezifisch im Berufungsprozess wirkenden, psychologischen Faktoren bilden.

1. Einflussfaktoren in der Person des Richters

Im weiteren Sinne liegen alle Beeinflussungen der Urteilsfindung im Richter selbst begründet, weil dieser als Mensch – und eben nicht als subsumierender Automat – den ihm vorliegenden Fall wahrnimmt und entscheidet. Im engeren Sinne in der Person des Richters liegende Einflüsse auf die Urteilsfindung sind solche, die sich aus generellen, stabilen oder unveränderbaren persönlichen Merkmalen ergeben. Dazu gehören vor allem das Geschlecht sowie politisch geprägte Wertvorstellungen. Weitere, damit verbundene Faktoren sind Persönlichkeitseigenschaften,⁸ kulturelle⁹ und religiöse¹⁰ Überzeugungen, außerdem die ethnische Zugehörigkeit,¹¹ Alter und Berufserfahrung und schließlich sogar der Familienstand.¹² Für den deutschen Zivilprozess sind die Faktoren Geschlecht und politische Zugehörigkeit des Richters sicherlich besonders relevant.

⁸ *Devine/Clayton/Dunford/Seying/Pryce*, Psychol. Public Policy Law 7 (2001) 622, 674; *van Koppen/ten Kate*, Law & Soc’y Rev. 18 (1984) 225, 228, 240: Unterschiede in Persönlichkeitsausprägungen können nur einen geringen Anteil der Varianz in Zivilgerichtsentscheidungen erklären.

⁹ Dazu z. B. *Kahan/Hoffman/Braman/Evans/Rachlinski*, Stan.L.Rev. 64 (2012) 851, 851 ff.

¹⁰ *Lamprecht*, DRiZ 2004, 89, 91 hält die Auswirkung von Religionszugehörigkeit des Richters am ehesten in familienrechtlichen Verfahren für relevant. Für das US-amerikanische Gerichtsverfahren andererseits s. *Shahshahani/Liu*, JELS 14 (2017) 716, 719 ff., 726 ff. m. w. N.; *Bornstein/Miller*, Ct.Rev. 45 (2010) 112, 112 ff.; *Idleman*, Ind.L.J. 68 (1993) 433, 435 ff.

¹¹ In den Vereinigten Staaten, wo der Aspekt der ethnischen Zugehörigkeit (*Race*) gesellschaftlich besonders präsent ist, hat eine Vielzahl statistischer Analysen von Strafverfahren ergeben, dass die ethnische Zugehörigkeit von Richtern einen signifikanten Effekt auf die Verurteilungswahrscheinlichkeit hat. Zudem sind die von schwarzen Richtern ausgesprochenen Freiheitsstrafen im Durchschnitt um 0,77 Monate kürzer als Strafen von nicht-schwarzen Richtern, *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 175 ff.; s. auch den Überblick bei *Flanagan*, JLE 61 (2018) 189, 189 ff.; zur insgesamt uneinheitlichen Studienlage *Boyd*, Political Res.Q. 69 (2016) 788, 790 f. m. w. N.

¹² Nach einer Studie von *Glynn/Sen*, AJPS 59 (2015) 37, 45 ff. urteilen (Berufungs-)Richter, die Eltern einer Tochter sind, signifikant häufiger zugunsten der Durchsetzbarkeit von Frauenrechten – zum Beispiel im Arbeitsrecht – als Richterinnen und Richter, die ausschließlich Söhne haben. Weiterführend dazu *Higgins/Levy*, C.J.Q. 38 (2019) 376, 385 f.

Welche Rolle spielt das Geschlecht eines Richters für seine Sachentscheidungen?¹³ Vielleicht überrascht es, dass das Stereotyp von milden Richterinnen und strengen Richtern nicht für alle Bereiche bestätigt werden kann. Ganz überwiegend gibt es nämlich keine Unterschiede im Entscheidungsverhalten von männlichen und weiblichen Richtern. Frauen urteilen allerdings in Asylfällen¹⁴ und in Fragen, die ausdrücklich einen Bezug zu geschlechtsspezifischen Themen haben,¹⁵ signifikant liberaler und großzügiger als Männer. Dagegen sind männliche Richter großzügiger als Richterinnen, wenn es um die Beurteilung von deliktischem Verhalten geht.¹⁶ Dieser Unterschied verstärkt sich, wenn das Verhalten einer Frau zu beurteilen ist, denn dann sind Richter in der Regel besonders milde (sogenannter gerichtlicher Paternalismus), während Richterinnen tendenziell keinen Unterschied zwischen dem Geschlecht der Parteien machen.¹⁷ Ferner schließen Richterinnen häufiger Vergleiche als Richter und benötigen dafür auch insgesamt weniger Verhandlungszeit.¹⁸ Ob ein Kollegialorgan nur mit Männern oder auch mit mindestens einer Frau besetzt ist, hat – mit Ausnahme antidiskriminierungsrechtlicher Verfahren –¹⁹ wiederum keine Auswirkung auf das Urteil in der Sache.²⁰ Insgesamt ist das Geschlecht des Richters also als einer von vielen außerrechtlichen Einflussfaktoren auf die Sachentscheidung zu sehen, aber auch als ein

¹³ Für eine ausführlichere Darstellung s. beispielsweise *Boyd/Epstein/Martin*, *AJPS* 54 (2010) 389, 390 ff.; *Boyd*, *JLC* 1 (2013) 193, 195 f.; *dies.*, *Political Res.Q.* 69 (2016) 788, 793; *Ecker/Ennser-Jedenastik/Haselmayer*, *Sex Roles* 82 (2020) 117, 118.

¹⁴ *Ecker/Ennser-Jedenastik/Haselmayer*, *Sex Roles* 82 (2020) 117, 122 f.: Bei österreichischen Asylrichterinnen war die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Asylrechtsklage um neun Prozentpunkte höher, als wenn der Fall von einem männlichen Kollegen verhandelt wurde.

¹⁵ *Boyd*, *Political Res.Q.* 69 (2016) 788, 793; *Boyd/Epstein/Martin*, *AJPS* 54 (2010) 389, 401 f.; *Peresie*, *Yale L.J.* 114 (2005) 1759, 1768 f.; *Songer/Davis/Haire*, *J. Politics* 56 (1994) 425, 435 f.

¹⁶ *Gruhl/Spohn/Welch*, *AJPS* 25 (1981) 308, 314 ff.; *Steffensmeier/Hebert*, *Soc. Forces* 77 (1999) 1163, 1175 ff.

¹⁷ *Gruhl/Spohn/Welch*, *AJPS* 25 (1981) 308, 318; *Steffensmeier/Hebert*, *Soc. Forces* 77 (1999) 1163, 1166; a.A. (für Gruppenentscheidungen) *Nagel/Weitzman*, *Judicature* 56 (1972) 108, 110 f., wonach mehrheitlich männlich besetzte *Juries* höhere Schadensersatzsummen für männliche Kläger und überwiegend weiblich besetzte *Juries* höhere Schadensersatzsummen für weibliche Kläger zusprachen; s. generell zu Interaktionseffekten sogleich unter 2.

¹⁸ Für den US-amerikanischen Zivilprozess: *Boyd*, *JLC* 1 (2013) 193, 205 ff.

¹⁹ *Boyd/Epstein/Martin*, *AJPS* 54 (2010) 389, 406 f.: Wahrscheinlichkeit, dass ein männlicher Richter eine klageweise angegriffene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bejaht, steigt um zwölf bis 14 Prozent, wenn seinem Spruchkörper auch mindestens eine Frau angehört. Bei *Peresie*, *Yale L.J.* 114 (2005) 1759, 1776 ff. verdoppelte sich diese Wahrscheinlichkeit sogar.

²⁰ *Boyd/Epstein/Martin*, *AJPS* 54 (2010) 389, 402; *Nagel/Weitzman*, *Judicature* 56 (1972) 108, 110 f.; a.A. *Peresie*, *Yale L.J.* 114 (2005) 1759, 1776 ff.

Faktor, der sich in den meisten Zivilverfahren nur unwesentlich auswirken wird.

Demgegenüber kann die politische Orientierung eines Richters sein Urteil schon stärker beeinflussen, etwa insofern, als relativ liberal eingestellte Richter eher großzügig beim Messen von Verhalten an Verhaltens- und Verschuldensmaßstäben sind. Liberale Richter urteilen mithin weniger streng als ihre Kollegen mit konservativen Überzeugungen.²¹ Dieser Unterscheid zeigt sich stärker, wenn dem Gericht ausdrücklich ein Beurteilungsspielraum zusteht;²² umgekehrt können Entscheidungsrichtlinien die Auswirkung politischer Orientierung auf die Sachentscheidung reduzieren.²³ Einige Autoren nehmen daher sogar an, dass sich die Divergenzen in der Urteilsfindung zwischen Richtern unterschiedlicher parteipolitischer Zuordnung im Zivilrecht, ebenso wie im Patent- und Urheberrecht, sogar noch deutlicher zeigen als im Strafrecht, da das Strafrecht von allen Rechtsgebieten die vergleichsweise stärksten Entscheidungsvorgaben, u. a. für das Strafmaß, bereithält.²⁴ Die Forschung zum Zusammenhang zwischen politischer Orientierung des Richters und seinen Urteilen konzentriert sich auf das US-amerikanische Gerichtssystem,²⁵ wo sich aufgrund der parteibetonten Richterernennung politische Überzeugungen mutmaßlich stärker auf die richterliche Entscheidungsfindung auswirken als im deutschen Gerichtsverfahren.²⁶ Konkret für die *Federal Courts* haben empirische Studien ergeben, dass liberale erstinstanzliche Entscheidungen eine um 13 Prozent erhöhte Wahrscheinlichkeit für Bestätigung in der Berufungsinstanz haben, wenn das zuständige Berufungsgericht vollständig

²¹ *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 175 f.

²² *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 181.

²³ *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 162, 179 ff. Andererseits fand *Levy*, M.U.L.R. 41 (2017) 727, 749 ff. heraus, dass zu umfangreiche Entscheidungsrichtlinien den Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung stören können; idealerweise sollten Entscheidungsregeln nur maximal drei bis vier allgemeine Faktoren benennen, *dies.*, a. a. O., 755 f.

²⁴ Vgl. für das US-amerikanische Recht *Kaheny/Haire/Benesh*, AJPS 52 (2008) 490, 494 m. w. N.

²⁵ Zu Unterschieden in den dortigen Urteilen s. beispielsweise *Sunstein/Schkade/Ellman/Sawicki*, *Are Judges Political?*, 2006, S. 17 ff., 20 (Tabelle 2-1), 25 ff.; *Guthrie/George*, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 366 ff. Nach *Songer/Sheehan/Haire*, *Continuity and Change*, 2000, S. 114 (Längsschnittstudie über die Jahre 1925 bis 1988) ist dieser Zusammenhang erst seit dem Jahr 1946 zu beobachten.

²⁶ Zur Richterauswahl an erst- und zweitinstanzlichen Gerichten der Vereinigten Staaten s. *Tarr*, *Judicial Process*, 2019, S. 56 ff., 69 ff., vgl. auch *ders.*, a. a. O., S. 260 ff.; in Deutschland ist die Nähe zu politischen Parteien am offenkundigsten bei Richtern des Bundesverfassungsgerichts, denen für ihre Entscheidungen wenig überraschend auch eine inhaltliche Nähe zu der sie nominierenden Partei attestiert wurde, *Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig*, JZ 2017, 816, 822.

aus liberal orientierten Richtern besteht, verglichen mit einem Gericht, das vollständig mit konservativ orientierten Richtern besetzt ist.²⁷

Bei der Beurteilung von personenbezogenen Einflussfaktoren können sich Überlagerungen ergeben. Da beispielsweise unter konservativ eingestellten Richtern überzufällig mehr Männer sind als unter liberalen Richterkollegen,²⁸ können beobachtete Effekte zum Teil nicht nur auf die politische Orientierung, sondern auch auf das Geschlecht sowie auf das Zusammenspiel der Faktoren zurückzuführen sein. Darüber hinaus kann es Interaktionseffekte von personenbezogenen Faktoren des Richters mit denen der Prozessparteien geben, etwa insofern, als konservative Richter gegenüber Frauen eher nachsichtig sind als gegenüber Männern, sodass möglicherweise eine zivilrechtliche Haftungsklage gegen eine weibliche Beklagte vor einem konservativ eingestellten Richter weniger Aussicht auf Erfolg haben könnte als bei einem liberaleren Richter (zu diesen Interaktionseffekten sogleich unter 2.).

Für die Diskussion zum deutschen Zivilprozess ist neben der Erkenntnis über den generellen Einfluss politischer Orientierung auf das richterliche Urteil insbesondere der Befund relevant, dass sich dieser Einfluss umso ausgeprägter äußert, je größer das richterliche Ermessen ausgestaltet ist und je weiter die Grenzen gesetzt sind, innerhalb derer die Entscheidung in der Sache stattfindet. Vor diesem Hintergrund leistet der reformierte Berufungszweck mit seinen reduzierten Möglichkeiten des Berufungsrichters durch Bindung an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz, § 529 ZPO, und durch das Novenverbot, § 531 Abs. 2 ZPO, einen guten Beitrag zu weniger verzerrten Urteilen. Denn eine vollständige zweite Tatsacheninstanz würde vermutlich stärker von den jeweiligen parteipolitischen Identifikationen der Berufungsrichter beeinflusst sein als die unter der aktuellen Rechtslage angestrebte Berufung als Fehlerkontrolle mit eingrenzenden, entscheidungsleitenden Vorgaben.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass jeder Richter von sich aus Merkmale und Eigenschaften mitbringt, die sich auf den Inhalt der richterlichen Entscheidung in der Sache auswirken. Auch wenn die politische Orientierung dabei noch einen stärkeren Einfluss ausübt als das Geschlecht des Richters, sind insgesamt – jedenfalls bei deutschen Zivilgerichten – diese in der Person des Richters liegenden Merkmale für sich genommen keine allzu verzerrenden Faktoren bei der richterlichen Entscheidungsfindung. Im Zu-

²⁷ Cross, Cal.L.Rev. 91 (2003) 1457, 1504. Auch konservativ eingestellte Berufungsrichter bestätigen eine konservative erstinstanzliche Entscheidung häufiger (Wahrscheinlichkeitserhöhung um 6,6 Prozent), als wenn liberaler eingestellte Kollegen denselben Fall beurteilen, *ders.*, a. a. O., 1505.

²⁸ Vgl. *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 177.

sammenspiel mit anderen Einflussfaktoren können sie deren Auswirkungen jedoch verstärken oder abschwächen.

2. Einflussfaktoren in der Person der Prozessparteien

Neben den außerrechtlichen Faktoren in der Person des Richters gibt es auch aufseiten der Verfahrensbeteiligten mehrere Aspekte, die sich auf die richterliche Urteilsfindung auswirken. Dazu gehören wiederum das Geschlecht, aber auch die Attraktivität und Ethnie einer Prozesspartei. Sobald ein Richter diese Merkmale unbewusst in seine Entscheidungsfindung einfließen lässt, handelt es sich um psychologische Einflussfaktoren.

Zum Geschlecht ist für das Strafrecht bekannt, dass Frauen vor Gericht einen Vorteil gegenüber Männern haben, da sie in vielen Fällen deutlich kürzere Haftstrafen für vergleichbare Delikte erhalten.²⁹ Im Zivilrecht sieht das anders aus: Dort haben Auswertungen von US-amerikanischen Verfahren und experimentelle Studien ergeben, dass Frauen als Klagepartei signifikant niedrigere Schadensersatzsummen als Männer zugesprochen bekommen.³⁰ Über Erklärungsmöglichkeiten und etwaige Motive lässt sich nur spekulieren, zumal die jeweiligen Untersuchungen schon über 30 Jahre zurückliegen. Aus diesem Grund haben die Ergebnisse nur eingeschränkte Aussagekraft. Beobachtet man außerdem nicht nur das Geschlecht der Prozessparteien, sondern auch das Geschlecht des entscheidenden Richters, können Interaktionseffekte sichtbar werden. Häufig wird ein sogenannter gerichtlicher Paternalismus berichtet, wonach männliche Richter gegenüber weiblichen Prozessbeteiligten besonders großzügig und nachsichtig seien (siehe dazu schon oben 1.).³¹ In ähnlicher Weise hätten Frauen auch bei konservativen Richtern einen Vorteil,³² da ihnen ein etwaiges Fehlverhalten seltener selbst zugeschrieben

²⁹ Für die Vereinigten Staaten s. *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 175 f. m. w. N.: Haftstrafen für Frauen im Mittel 12,1 Monate kürzer als für Männer; für Großbritannien: *Farrington/Morris*, Br.J.Criminol. 23 (1983) S. 229; vgl. auch den Überblick bei *Ecker/Ennser-Jedenastik/Haselmayer*, Sex Roles 82 (2020) 117, 118 f. Kein Geschlechterunterschied dagegen in Kanada, *Hagan/O'Donnel*, CJS 3 (1978) 309, 309 ff.

³⁰ *Nagel/Weitzman*, Society 9 (1972) 18, 21 ff.; *Malouff/Schutte*, J.Soc.Psychol. 129 (1989) 491, 494 f. Davon abgesehen zeigte sich der in dieser Studie nachgewiesene Anker-Effekt (siehe dazu unten 3. a) bb)) jedoch unabhängig vom Geschlecht der Klagepartei, *dies.*, a. a. O., 491 ff.

³¹ *Gruhl/Spohn/Welch*, AJPS 25 (1981) 308, 318; *Steffensmeier/Hebert*, Soc. Forces 77 (1999) 1163, 1166; vgl. auch *Ecker/Ennser-Jedenastik/Haselmayer*, Sex Roles 82 (2020) 117, 119.

³² *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 175 f.

würde und stattdessen Fremdeinflüsse vermutet würden.³³ Diese Studienergebnisse sind zwar sehr aktuell, beziehen sich jedoch auf das US-amerikanische System, sodass keine belastbaren Schlussfolgerungen für den deutschen Zivilprozess möglich sind. Eine Analyse von österreichischen Urteilen im Asylrecht zeigte im Jahr 2019 jedenfalls keine Interaktionseffekte zwischen Geschlecht des Richters und Geschlecht des Klägers.³⁴

Die Ethnie einer Prozesspartei kann sich ebenfalls auf das richterliche Urteil in der Sache auswirken. Forschung aus den Vereinigten Staaten zeigt eine Benachteiligung von Schwarzen³⁵ oder *Hispanics*³⁶ im Vergleich zu Weißen. Was vielleicht überraschen mag, ist der Befund, dass die stereotypauslösende ethnische Zugehörigkeit unbewusst offenbar gar nicht an der Hautfarbe, sondern an bestimmten Gesichtszügen festgemacht wird: Auch weiße Menschen, die mehr sogenannte „afrozentrische“ Gesichtszüge, wie breite Nasen oder große Lippen, aufweisen, können statistisch mit längeren Haftstrafen rechnen, als wenn sie diese Merkmale nicht aufweisen.³⁷ Ähnlich wirken stereotype Namen.³⁸ Die Ausprägung der ethnienbezogenen Effekte fällt wiederum in Abhängigkeit von Merkmalen des jeweiligen Richters unterschiedlich stark aus. Eine konservative politische Einstellung, möglicherweise auch schon eine entsprechende gesamtgesellschaftliche Stimmung,³⁹ korreliert dabei mit größeren Unterschieden zwischen männlichen und weiblichen Prozessbeteiligten oder zwischen Parteien unterschiedlicher Ethnien.⁴⁰

Beim Berichten dieser Befunde ist klar, dass Diskriminierungen aufgrund ethnischer Zugehörigkeit in der US-amerikanischen Gesellschaft besonders präsent sind, sodass sich die Frage der Übertragbarkeit auf das deutsche Gerichtssystem stellt. Da es sich jedoch bei den geschilderten Zusammenhängen um einen unbewussten Mechanismus handelt, dürfte auch in Deutschland die Ethnie einer Prozesspartei einen Einfluss auf die richterliche Sachentscheidung haben.

³³ *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 186; ähnlich schon *Nagel/Weitzman*, Society 9 (1972) 18, 18 ff.; kritisch dazu *Raab*, Männliche Richter, 1993, S. 20.

³⁴ *Ecker/Ennser-Jedenastik/Haselmayer*, Sex Roles 82 (2020) 117, 122 f.

³⁵ *Eberhardt/Davies/Purdie-Vaughns/Johnson*, Psych.Sci. 17 (2006) 383, 384 ff.: Effekt zeigt sich im Strafrecht nur, wenn das mutmaßliche Opfer „weiß“ ist.

³⁶ *Malouff/Schutte*, J.Soc.Psychol. 129 (1989) 491, 494 f.

³⁷ *Blair/Judd/Chapleau*, Psych.Sci. 15 (2004) 674, 676 f.; Attraktivität eines Gesichts oder Erfüllung des Kindchenschemas machten keinen Unterschied, *dies.*, a. a. O., 677 f.

³⁸ *Walsh/Banaji/Greenwald*, A failure to eliminate race bias in judgments of criminals: Paper presented at the 7th Annual Convention of the American Psychological Society, New York June–July 1995, zit. nach: *Glaser*, Suspect Race, 2015, S. 61.

³⁹ Vgl. *Pruitt/Wilson*, Law & Soc’y Rev. 17 (1983) 613, 622, 624.

⁴⁰ *Cohen/Yang*, AEJ: Econ. Policy 11 (2019) 160, 175 ff.

dung haben. Dabei wäre der Ethnien-Kontrast zwischen Schwarzen und Weißen in den Vereinigten Staaten für Deutschland beispielsweise eher mit dem Kontrast zwischen Arabern und Weißen gleichzusetzen.⁴¹ Allerdings ist als weitere Einschränkung zu nennen, dass die US-amerikanischen Studienergebnisse sich ganz überwiegend auf das Strafrecht beziehen, während für den Zivilprozess bisher verlässliche quantitative Untersuchungen fehlen.⁴²

Unabhängig von Hautfarbe und Geschlecht gilt: Die wahrgenommene Attraktivität einer Person wirkt sich in der Regel positiv auf das Urteil über andere Eigenschaften und Verhaltensweisen dieser Person aus.⁴³ Dieser Zusammenhang wird auch als Halo-Effekt bezeichnet,⁴⁴ wobei mit „Halo“ der sprichwörtliche Heiligenschein gemeint ist, der die betreffende Person umgibt. Dabei kann die Attraktivität auch nicht-physischer Art sein – sobald hierdurch ein entsprechender Eindruck entstanden ist, beeinflusst dieser nachfolgende Urteile.⁴⁵ Für den Richter wird das relevant, wann immer er die Glaubwürdigkeit einer Person beurteilt,⁴⁶ etwa bei der Würdigung von Zeugenaussagen. Empirische Nachweise für den deutschen Zivilprozess sind bisher nicht bekannt. Studien zum Strafprozess haben jedoch ergeben, dass physisch attraktive Personen als Angeklagte vor Gericht in der Tendenz seltener als nachgewiesene Täter angesehen werden und dann auch mildere Strafen für dieselben Delikte bekommen als weniger attraktive Angeklagte.⁴⁷ Dahinter steht mutmaßlich das Stereotyp davon, dass etwas, das schön ist,

⁴¹ Siehe dazu *Dotsch/Wigboldus/Langner/van Knippenberg*, *Psych.Sci.* 19 (2008) 978, 978 ff.; vgl. auch *Jäger*, *DRiZ* 2018, 24, 26 m. w. N.

⁴² Siehe *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 553 f. m. w. N.

⁴³ *Dion/Berscheid/Walster*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 24 (1972) 285, 287 ff.; *Snyder/Tanke/Berscheid*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 35 (1977) 656, 660; aktuell etwa *Axt/Casola/Nosek*, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 45 (2019) 1232, 1236 ff.; für einen ausführlichen Überblick s. *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 230 ff. Zu Ausnahmen s. bei *Blair/Judd/Chapleau*, *Psych.Sci.* 15 (2004) 674, 678.

⁴⁴ Siehe etwa *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 82 ff. m. w. N. Mit dem Begriff des „Halo“ für diesen Zusammenhang schon *Thorndike*, *J.Appl.Psychol.* 4 (1920) 25, 28, wobei es auch bei ihm um „physical qualities“ insgesamt geht, d. h. nicht nur um Aussehen, sondern u. a. auch um Stimme und energiegeloses Auftreten, *ders.*, a. a. O., 27.

⁴⁵ Vgl. *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 82 ff., 199 f.

⁴⁶ *Staake*, *Werte und Normen*, 2018, S. 440; *Hoffmann/Maurer*, *NJW* 2018, 257, 258; vgl. auch *Porter/ten Brinke*, *Leg.Criminol.Psychol.* 14 (2009) 119, 120 ff.

⁴⁷ *Efran*, *J.Res.Pers.* 8 (1974) 45, 49 ff.: Effekt stärker bei männlichen Beurteilern; *Sigall/Ostrove*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 31 (1975) 410, 412 f.: Effekt nur, wenn das zu beurteilende Verhalten nicht in Zusammenhang mit Attraktivität des Täters stand. Stand es dagegen damit in Zusammenhang, etwa bei Täuschung, dann fielen die Urteile der Studienteilnehmer sogar härter zulasten von attraktiven, verglichen mit weniger attraktiven, Angeklagten aus.

auch gut ist.⁴⁸ In diesem Zusammenhang ist ebenfalls erwiesen, dass Sympathie für eine Prozesspartei damit einhergeht, dass man ihr gegenüber auch in der Sache großzügiger eingestellt ist.⁴⁹ Allerdings stammen auch hier die meisten Befunde aus dem US-amerikanischen Kontext, und für Europa konnte der Effekt von Attraktivität der Prozessparteien auf den Ausgang des Verfahrens bisher noch nicht in signifikantem Umfang nachgewiesen werden.⁵⁰

Anders als Eigenschaften des Richters selbst scheinen sich die Einflussfaktoren aus der Sphäre der Prozessparteien, wie Geschlecht, Ethnie und Attraktivität, also vergleichsweise stark auf die richterliche Entscheidungsfindung auszuwirken. Was kann man gegen die beschriebenen Effekte tun? Da die jeweiligen Einflussfaktoren stabil bis unveränderbar sind, können mögliche Ansatzpunkte nur die Wahrnehmung des Richters und die Organisation des Verfahrens sein. Für den Richter muss es das Minimalziel sein, sich der kognitiv verzerrenden Wirkung von prozessparteibezogenen Faktoren für die Beurteilung des Sachverhalts bewusst zu sein.⁵¹ Das wäre die erste Voraussetzung für ein Neutralisieren des Effekts. Da allerdings etwa für den Haloeffekt das Aufklären über den Effekt nachweislich ohne Erfolg geblieben ist,⁵² dürfte schon ungewiss sein, ob das Bewusstmachen allein überhaupt dazu beitragen kann, negative Effekte der genannten Parameter auf das Urteil in der Sache zu eliminieren. Auch das Anhalten zu besonders rationalem Denken kann Richtern helfen, den Einfluss des Haloeffekts auf ihre Beurteilung von Schadensersatz- und Schmerzensgeldforderungen zu reduzieren.⁵³

⁴⁸ S. Effer-Uhe, in: Effer-Uhe/Mohnert, *Psychologie für Juristen*, 2019, S. 51 f. m. w. N. Allgemein zu diesem Stereotyp s. *Dion/Berscheid/Walster*, *Pers.Soc.Psychol.* 24 (1972) 285, 285: „[W]hat is beautiful is good“. Weiterführend zum Haloeffekt im Strafrecht *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 234 ff.

⁴⁹ *Sigall/Ostrove*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 31 (1975) 410, 411, u. a. mit Verweis auf *Landy/Aronson*, *J.Exp.Soc.Psychol.* 5 (1969) 141, 141 ff.

⁵⁰ Siehe etwa den Nachweisversuch von *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 240 ff.

⁵¹ Vgl. *Staake*, *Werte und Normen*, 2018, S. 440.

⁵² *Wetzel/Wilson/Kort*, *J.Exp.Soc.Psychol.* 17 (1981) 427, 432 ff.; *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 83 ff., 231 deutet jeweils Methoden an, um gegen den Haloeffekt vorzugehen. Für den gerichtlichen Kontext sind diese jedoch, soweit ersichtlich, nicht nutzbar. *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 231 spricht von „neueren Studien“, die nachgewiesen hätten, dass „Menschen erfolgreich [auf den Haloeffekt] reagieren können“, zitiert als Nachweis aber eine Studie, die sieben Jahre vor der Studie von *Wetzel/Wilson/Kort* (in dieser Fn.) veröffentlicht wurde. In jedem Fall scheint es nicht leicht zu sein, dem Haloeffekt entgegenzuwirken. Förderlich ist nach neuen Erkenntnissen, den Beurteiler nicht zu überfordern und ihn eher vor wenigen als vor vielen Einflussfaktoren zu warnen, *Axt/Casola/Nosek*, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 45 (2019) 1232, 1237 ff., 1246 f.

⁵³ *Lieberman*, *J.Appl.Soc.Psychol.* 32 (2002) 2526, 2538 ff.

Als Alternative könnte man darüber nachdenken, keinen Menschen als Richter mehr entscheiden zu lassen,⁵⁴ sondern einen großen Teil der Urteilsfindung einer Maschine, d. h. einer Künstlichen Intelligenz (KI) oder sonst einem algorithmenbasierten Entscheidungsprogramm, zu überantworten.⁵⁵ Dann, so ist die Hoffnung, hätten wir endlich unverzerrte, fehlerlose Urteile. Aber auch diese Idee ist nicht so leicht umzusetzen. Denn algorithmenbasierte Entscheidungsprogramme, die bisher zur Entscheidungsfindung im juristischen oder medizinischen Kontext eingesetzt werden, unterliegen ihrerseits ebenso Verzerrungen in der Urteilsfindung (*Algorithmic Bias*).⁵⁶ Beispielsweise zeigten Analysen der Arbeitsweise einer US-amerikanischen Justiz-Software zur Straftäter-Risikobewertung, die für die Gerichte maßgeblich sein kann, dass die Fälle, in denen die Software irrig eine hohe Rückfallgefahr angenommen hatte, zu zwei Dritteln Schwarze betroffen hatte, diese also in den Fehlurteilen des Algorithmus gegenüber Weißen deutlich benachteiligt worden waren – und umgekehrt wurde relativ mehr Weißen als Schwarzen fälschlicherweise eine niedrige Rückfallgefahr attestiert.⁵⁷ Angesichts der Tatsache, dass alle derartigen Algorithmen mit Daten arbeiten, die aus von Menschen getroffenen Entscheidungen resultieren, verwundert ein solcher Befund nur wenig. Solange hier also keine technischen Verbesserungen stattfinden, ergibt sich aus dem Gebrauch von KI kein Vorteil für die Qualität der richterlichen Entscheidungsfindung. Darüber hinaus dürfte das noch größere Hindernis für den Einsatz von Computersystemen in gerichtlichen Verfahren die fehlende Verfügbarkeit solcher Systeme sein, jedenfalls, sobald eng begrenzte Sachgebiete verlassen werden.

⁵⁴ In die Richtung, das menschliche Element aus dem Urteilsprozess so weit wie möglich herauszunehmen, geht auch das vor allem im englischsprachigen Raum genutzte Verfahren der *Online Dispute Resolution*, das über eine sinnesneutrale Kommunikation im Online-Interface oder sogar ganz softwaregesteuert, d. h. ohne Beteiligung eines Richters, ablaufen kann, s. *Sela, Lewis & Clark* L.Rev. 21 (2017) 633, 645 ff., dort, 663, auch zum Potential der *Online Dispute Resolution* als Mittel gegen Verzerrungen bei Entscheidungssituationen.

⁵⁵ Vgl. *Risse*, NJW 2018, 2848, 2852 f.; ausführlich auch *Higgins/Levy/Lienart*, in: FS Zuckerman, 2020, S. 113, 120 ff.

⁵⁶ Vgl. beispielsweise *Barocas/Selbst*, Cal.L.Rev. 104 (2016) 671, 680 ff.; *Higgins/Levy/Lienart*, in: FS Zuckerman, 2020, S. 113, 129 ff.; außerdem, jeweils für KI bei Expertenentscheidungen im medizinischen Kontext, *Nelson*, NCML 80 (2019) 220, 220 ff.; *Yu/Kohane*, BMJ Qual.Saf. 28 (2019) 238, 238 ff.; für den juristischen Bereich s. etwa *Martini*, JZ 2017, 1017, 1018 f.; *Singelstein*, NSStZ 2018, 1, 4; *Wischmeyer*, AöR 143 (2018) 1, 26 ff.

⁵⁷ *Angwin/Larson/Mattu/Kirchner*, Machine Bias, Beitrag auf der Internetseite des Nachrichtennetzwerks ProPublica am 23.05.2016, abrufbar unter <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024); vgl. dazu auch *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

Zusammenfassend sind die in der Person der Parteien liegenden Einflussfaktoren auf richterliche Urteilsfindung berücksichtigenswert, dürften aber durch bestimmte Modifikationen im Verfahrensablauf reduziert werden können. Weitergehende Forschung wäre gleichwohl hilfreich, etwa zum Ausmaß der Effekte in deutschen Gerichtsverfahren oder zur Frage, ob Urteileinflüsse nicht nur von Eigenschaften der Prozesspartei selbst, sondern auch von deren Prozessbevollmächtigten herrühren.⁵⁸ Es sollte weiterhin das Ziel sein, dass das gesetzgeberische Ideal des unabhängigen und unparteiischen Richters aus Art. 97 Abs. 1 GG von Parametern aus der Sphäre der Parteien nicht oder möglichst wenig beeinträchtigt wird.

3. Einflussfaktoren, die im Verfahren selbst begründet sind

Neben Effekten, die sich aus individuellen Merkmalen des Richters und der Verfahrensbeteiligten oder aus der Interaktion beider Faktoren ergeben, wirken auf die Urteilsfindung jeweils auch immer Einflussgrößen, die im Verfahren selbst begründet liegen. Sie sind unabhängig von der Person des Urteilenden, d. h., sie sind grundsätzlich bei allen Geschlechtern, Ethnien, Altersstufen, etc. zu beobachten.

Bei diesen verfahrensbezogenen Faktoren handelt es sich erstens um unbewusste wahrnehmungspsychologische Effekte, die in Form von Urteilsheuristiken (*Heuristics*) und daraus folgenden kognitiven Verzerrungen (*Cognitive Biases*) bei jedem Menschen auftreten.⁵⁹ Diese Effekte führen dazu, dass Menschen nicht rational entscheiden und dass stattdessen ihre Entscheidungsfindung in Richtung zur Irrationalität „verzerrt“ ist. Auch Richter sind davon betroffen, sodass ein Gerichtsurteil aufgrund des Auftretens von kognitiven Verzerrungen nie vollständig objektiv und unvoreingenommen sein kann. Die Auswirkung von Heuristiken und kognitiven Verzerrungen auf die richterliche Urteilsfindung soll im ersten Teil dieses Abschnitts dargestellt werden (a)). Daneben kann, zweitens, der Zeitpunkt der Entscheidungsfindung eine Rolle für den Ausgang eines Verfahrens spielen (Wird der erste Fall des Tages anders entschieden als der letzte, und warum?). Das ist Gegenstand des zweiten Teils (b)). Drittens haben auch Gruppeneffekte einen starken Einfluss auf das individuelle Urteilen und Entscheiden, d. h., es kann nach sozialpsychologi-

⁵⁸ Zum positiven Zusammenhang von Glaubwürdigkeit der Prozessbevollmächtigten und Verfahrensausgang s. *Wood/DeVault/Miller/Kemmelmeier/Summers*, J.Appl. Soc.Psychol. 49 (2019) 498, 504 ff. Auch Geschlecht und Ethnie scheinen eine Rolle zu spielen, *Abrams/Yoon*, U.Chi.L.Rev. 74 (2007) 1145, 1169 f.; *Nelson*, Law & Psychol.Rev. 28 (2004) 177, 177 ff.; s. dazu auch den Überblick bei *Wood/DeVault/Miller/Kemmelmeier/Summers*, a. a. O., 499; vgl. außerdem die Meta-Analyse von *Devine/Clayton/Dunford/Seying/Pryce*, Psychol. Public Policy Law 7 (2001) 622, 683 f.

⁵⁹ *Kahneman/Tversky*, Advanced Decision Technology, 1977, S. 1-1 f.

schen Erkenntnissen einen Unterschied machen, ob ein Sachverhalt von einem Einzelrichter oder von einem Kollegialorgan entschieden wird. Diesem Zusammenhang widmet sich schließlich der dritte Teil dieses Abschnitts (c)).

a) Heuristiken und kognitive Verzerrungen

Wie in der Einleitung zu diesem Kapitel bereits erwähnt, ist die rein ökonomische Sichtweise auf menschliches Handeln und Entscheiden nicht wirklichkeitsgetreu.⁶⁰ Die Annahme absoluter menschlicher Rationalität geht davon aus, dass Menschen vollkommen informiert handeln und dabei die Fähigkeit haben, unendlich viele Entscheidungsoptionen zu unterscheiden. In der Realität stehen uns jedoch nur begrenzte Ressourcen für unsere Entscheidungsfindung zur Verfügung – begrenzte Zeit, begrenzte Information und begrenzte Denk- und Unterscheidungsfähigkeit.⁶¹ Diese Begrenzung der Ressourcen beschränkt auch die maximal mögliche Rationalität menschlichen Handelns. Die Theorie der begrenzten Rationalität (*Bounded Rationality*)⁶² hat sich daher, mit verschiedenen Strömungen, seit den 1960er-Jahren ausgebreitet.⁶³ Alle Vertreter dieser Auffassung gehen davon aus, dass Menschen bei ihrer Entscheidungsfindung mit Heuristiken⁶⁴ arbeiten. Darunter versteht man eine Art Vereinfachungsregel, die Menschen – und andere Primaten –⁶⁵ beim Urteilen und Entscheiden oder beim Lösen von Problemen anwenden.⁶⁶ Heuristiken helfen insbesondere dabei, die Komplexität in zu beurteilenden Sachverhalten zu reduzieren,⁶⁷ sodass ein relativ schnelles Handeln möglich wird.

⁶⁰ Korobkin/Ulen, Cal.L.Rev. 88 (2000) 1051, 1060 ff.; Simon, Q.J.Econ. 69 (1955) 99, 99 ff.

⁶¹ Simon, Q.J.Econ. 69 (1955) 99, 99 f.

⁶² Der Begriff geht zurück auf Herbert A. Simon, siehe Simon, Q.J.Econ. 69 (1955) 99, 99 ff.; ders., Psychol.Rev. 63 (1958) 129, 129 ff. Zu Simons engerem Verständnis von *Bounded Rationality* im Vergleich zum heutigen Gebrauch des Begriffs s. Tor, Haifa L.Rev. 4 (2008) 237, 242 Fn. 16 m. w. N.

⁶³ Gigerenzer/Goldstein, Psychol.Rev. 103 (1996) 650, 650 ff.; Korobkin/Ulen, Cal.L.Rev. 88 (2000) 1051, 1075 ff.; Kahneman, Am.Econ.Rev. 93 (2003) 1449, 1449 ff.; Selten, JITE 146 (1990) 649, 649 ff.

⁶⁴ Von altgr. εὐρίσκειν (heuriskein) – ‚finden, entdecken‘. Heute hat sich die Wortbedeutung verlagert zu ‚die Entdeckung leiten; bei der Problemlösung helfen‘, Groner/Groner/Bischof, in: dies. (Hrsg.), *Methods of Heuristics*, 1983, S. 1, 1; dazu auch Fikentscher, in: Gigerenzer/Engel (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, 2006, S. 207, 208 f.

⁶⁵ Santos/Rosati, Annu.Rev.Psychol. 66 (2015) 321, 321 ff.; s. außerdem die Nachweise bei Warmuth, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), *Einflüsse*, 2017, S. 54, 59 f.; vgl. ferner, zum Zusammenhang von Heuristiken als Begriff der Humanpsychologie einerseits und Daumenregeln als Begriff der Verhaltensbiologie andererseits, Hutchinson/Gigerenzer, Behav.Process. 69 (2005) 97, 97 ff.

⁶⁶ Tversky/Kahneman, Science 185 (1974) 1124, 1124.

⁶⁷ Tversky/Kahneman, Science 185 (1974) 1124, 1124.

Das hat evolutive Vorteile.⁶⁸ Heuristiken sind also hoch ökonomisch und in der Regel auch effektiv,⁶⁹ gerade im Vergleich zu anderen Urteils- und Entscheidungsstrategien.⁷⁰

Aber ist heuristisches Urteilen und Entscheiden auch immer gutes Urteilen und Entscheiden? Hierzu gibt es unterschiedliche Auffassungen, die die Qualität von Entscheidungen entweder daran messen, wie sehr sie einem formulierten Ideal entsprechen, oder daran, wie robust sie unter verschiedenen Bedingungen sind.⁷¹ Stellt man dabei – was für die Entscheidungsfindung von Richtern legitim sein dürfte – auf den Maßstab optimaler Urteile ab,⁷² dann wird ein Nachteil heuristischen Urteilens und Entscheidens deutlich. Denn es kann passieren, dass Heuristiken zu Fehlern im Denken führen können. In diesem Fall entsteht eine kognitive Verzerrung (*Cognitive Bias*), die systematischen Charakter hat,⁷³ d. h., die nicht zufällig ist, sondern in bestimmten Konstellationen bei jedem Menschen auftreten und ein objektiv falsches Urteil oder eine objektiv falsche Entscheidung verursachen kann. Mit diesen kognitiven Verzerrungen beschäftigt sich die *Heuristics-and-Biases-Forschung* um Daniel Kahneman, Amos Tversky und Kollegen seit Mitte der 1970er-Jahre.⁷⁴ Deren Erkenntnisse zu systematischen und vorhersehbaren Fehlern im vermeintlich rationalen Denken⁷⁵ sind höchst relevant für die Betrachtung der richterlichen Entscheidungspraxis⁷⁶ und in ihrer Auswirkung auf das Verfahren nicht zu unterschätzen.⁷⁷ Das wird der vorliegende Abschnitt zeigen. Hierfür werden, nach einer Einführung in die Forschung zu Heuristiken und kognitiven Verzerrungen (sogleich unter aa)), mit den drei Phänomenen Anker-Effekt (bb)), Rückschaufehler (cc)) und Bestätigungsfehler (dd)) ausgewählte Anwendungsfälle von *Heuristics and Biases* vorgestellt, die jeweils besonders bedeutsam für die richterliche Entscheidung sind.

⁶⁸ *Cosmides/Tooby*, in: Gigerenzer/Engel (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, 2006, S. 175, 179; *Fikentscher*, a. a. O., S. 207, 209 f. m. w. N.

⁶⁹ *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1131.

⁷⁰ *Gigerenzer/Gaissmaier*, *Annu.Rev.Psychol.* 62 (2011) 451, 453 ff.

⁷¹ *Gigerenzer/Todd*, in: Gigerenzer/Todd/ABC Research Group (Hrsg.), *Simple Heuristics*, 1999, S. 3, 22, 28.

⁷² *Kahneman/Klein*, *Am.Psychol.* 64 (2009) 515, 519.

⁷³ *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1124.

⁷⁴ Grundlegend: *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1124 ff.

⁷⁵ *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1131.

⁷⁶ Siehe beispielsweise *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 777 ff.; *Cunliffe*, *E&P* 18 (2014) 139, 140, 145 ff.

⁷⁷ *Warmuth*, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), *Einflüsse*, 2017, S. 54, 54.

aa) Überblick und Begriff

Zunächst soll ein Überblick über die *Heuristics-and-Biases*-Forschung gegeben werden, wobei der Schwerpunkt auf der von Kahneman und Tversky in den 1970er-Jahren entwickelten Theorie liegen wird ((1)). Sodann wird gezeigt, dass Richter von den Befunden dieser Theorie besonders betroffen sind ((2)), und schließlich wird erörtert, dass einem Auftreten von kognitiven Verzerrungen nur begrenzt entgegengesteuert werden kann ((3)).

(1) Menschliches Entscheiden ist manchmal „verzerrt“

Menschen treffen ständig Entscheidungen und beurteilen Situationen. Bestimmte Berufsträger, wie insbesondere Richter, aber auch Ärzte oder „Manager“, treffen berufsmäßig Entscheidungen und beurteilen Sachverhalte. Dabei besteht ein begrifflicher Unterschied zwischen Urteilen (*Judgment*) und Entscheiden (*Decisionmaking*): Unter Urteilen ist der Prozess zu verstehen, bei dem Meinungen gebildet, Schlussfolgerungen gezogen und Situationen oder Personen bewertet werden.⁷⁸ Mit diesem inneren Bewertungsprozess ist der Vorgang des Entscheidens eng verbunden, bei dem es darum geht, zwischen verschiedenen Alternativen auszuwählen und eine konkrete Verhaltensweise zu bestimmen.⁷⁹ An jeder Entscheidungssituation wird die bedeutendste Bedingung für Urteilen und Entscheiden deutlich: Ungewissheit. Weder über die Zukunft noch über die Vergangenheit können Menschen sicheres und vollständiges Wissen haben. Kein Arzt weiß mit Sicherheit, wie eine bestimmte Operation verlaufen wird; kein Richter weiß, ob der von Parteien und Zeugen geschilderte Sachverhalt sich tatsächlich so zugetragen hat.⁸⁰

Um mit dieser Ungewissheit umzugehen, nutzen Menschen die oben (S. 196) bereits erwähnten Heuristiken als vereinfachendes Hilfsmittel für ihre Urteils- und Entscheidungsvorgänge.⁸¹ Das geschieht nach Kahneman jedoch nicht bewusst, sondern unbewusst und außerdem quasi automatisiert⁸² – im Gegensatz zu systematisch-analytischem Denken. Dabei sind Heuristiken eigentlich sehr nützliche,⁸³ adaptive Werkzeuge.⁸⁴ Aber es kann

⁷⁸ Gerrig, *Psychologie*²¹, 2018, S. 367.

⁷⁹ Vgl. Gerrig, *Psychologie*²¹, 2018, S. 367.

⁸⁰ Wagner, in: Gigerenzer/Engel (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, 2006, S. 281, 281 f.

⁸¹ Siehe Gigerenzer/Gaissmaier, *Annu.Rev.Psychol.* 62 (2011) 451, 453.

⁸² Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 98.

⁸³ Tversky/Kahneman, *Science* 185 (1974) 1124, 1131.

⁸⁴ Mousavi/Gigerenzer, *Homo Oecon.* 34 (2017) 361, 368. Gigerenzer hat für das menschliche Denken auch den Begriff eines adaptiven Werkzeugkastens (*Adaptive*

ebenso passieren, dass der Gebrauch einer Heuristik zu einer kognitiven Verzerrung und damit zu Fehleinschätzungen führt (oben S. 197). Das ist das Ergebnis der *Heuristics-and-Biases*-Forschung um Kahneman und Tversky. Das Verhältnis von Heuristik und kognitiver Verzerrung lässt sich dabei so beschreiben, dass Heuristiken gedankliche Abkürzungen sind, die Menschen nehmen, um die Komplexität einer Urteils- oder Entscheidungsaufgabe zu verringern, und kognitive Verzerrungen sind die Lücken, die entstehen, wenn das heuristisch ermittelte Verhalten vom normativen, „richtigen“ Verhalten abweicht.⁸⁵ Ähnlich wie optische Täuschungen durch visuelle Reize, können bestimmte Tatsachen- oder Sachverhaltensmuster die menschliche Wahrnehmung täuschen und darauf basierende Urteile und Entscheidungen verzerren.⁸⁶

Warum ist es so, dass Heuristiken – manchmal – zu kognitiven Verzerrungen führen? Nach Auffassung vieler Autoren ist das menschliche Wahrnehmen und Denken in zwei Systeme einzuteilen,⁸⁷ System 1 und System 2.⁸⁸ Kahneman nennt diese Systeme in seiner Theorie „schnelles Denken“ (System 1) und „langames Denken“ (System 2).⁸⁹ In System 1 laufen Prozesse relativ intuitiv und adaptiv („automatisch“) ab, weshalb sie schneller durchgeführt werden und weniger kognitive Ressourcen verbrauchen.⁹⁰ Dazu gehört das heuristikengeleitete Denken, Urteilen und Entscheiden.⁹¹ System 2 umfasst dagegen das analytische Denken, das Fakten und Normen bewusst einbezieht. Wegen des dafür benötigten geistigen Aufwands, der nicht in allen Situationen zur Verfügung steht, sind Denk-, Urteils- und Entscheidungsvorgänge in System 2 in der Regel eher den nicht-alltäglichen und weniger be-

Toolbox) geprägt, siehe Gigerenzer/Todd, in: Gigerenzer/Todd/ABC Research Group (Hrsg.), *Simple Heuristics*, 1999, S. 3, 29 ff. Zu Problemen dieses Konstrukts Bröder/Hilbig, in: Müsseler/Rieger (Hrsg.), *Allgemeine Psychologie*³, 2017, S. 649 m. w. N.

⁸⁵ Siehe Soll/Milkman/Payne, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 924, 925.

⁸⁶ Vgl. Tversky/Kahneman, *Science* 185 (1974) 1124, 1124.

⁸⁷ Siehe für einen historischen Überblick Guthrie/Rachlinski/Wistrich, *Cornell L.Rev.* 93 (2007–2008) 1, 6 ff.; ebenso Evans, in: Manktelow/Cheung Cheung (Hrsg.), *Psychology of Reasoning*, 2004, S. 241, 241 ff.; dort auch dazu, dass die moderne Version der Zwei-Prozess-Theorie von Evans und Over im Jahr 1996 formuliert wurde, *ders.*, a. a. O., S. 251.

⁸⁸ Der Begriff kam, soweit ersichtlich, im Jahr 2000 zuerst bei Stanovich/West, *Behav. Brain Sci.* 23 (2000) 645, 658 ff. auf; später folgte Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 20 f.; vgl. in diesem Kontext auch, als Variante einer Zwei-Prozess-Theorie, Epstein's Unterscheidung danach, ob ein Entscheidungsvorgang mit oder ohne Emotionen zustande kommt; dazu, für gerichtliche Entscheidungen, Lieberman, *J.Appl.Soc.Psychol.* 32 (2002) 2526, 2526 ff. Emotionen spielen bei Kahnemans Ansatz jedoch keine Rolle.

⁸⁹ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 20 f.

⁹⁰ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 20 f.

⁹¹ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 99.

kannten Situationen vorbehalten.⁹² Es ist grundsätzlich jedoch nicht so, dass stets nur eines der beiden Systeme aktiv ist, sondern beide interagieren ständig miteinander.⁹³ Das automatisierte System-1-Denken beherrscht gleichwohl die meisten unserer Denktätigkeiten, weil es weniger Ressourcen verbraucht und schneller zu einem Ergebnis kommt als das „langsame“ analytische Denken nach System 2.⁹⁴ Denkprozesse im Kahneman'schen System 1 laufen zwar schneller ab, sind dafür aber fehleranfälliger – gerade weil weniger Ressourcen zur Entscheidungsfindung genutzt werden,⁹⁵ etwa durch den Gebrauch der faustregelartigen Heuristiken. Ist das Ergebnis eines System-1-Denkvorgangs aber einmal in der (Gedanken-)Welt, dann nehmen wir dieses intuitiv an. Das „langsame“ System-2-Denken kann versuchen, diesen Impuls durch analytisches Vorgehen zu überwinden, aber erstens ist dieser Prozess ressourcenaufwendig und zweitens sind Menschen von ihrem intuitiv und zeitlich eher getroffenen Urteil häufig sehr überzeugt und damit schlecht davon abzubringen.⁹⁶ Man spricht in diesem Kontext daher auch von kognitiven Illusionen.⁹⁷ Durch das Zusammenspiel von schnellem Denken mithilfe von Heuristiken einerseits und der unzureichenden Korrektur durch langsames Denken andererseits können also kognitive Verzerrungen entstehen.⁹⁸

Wichtig zu betonen ist, dass es sich bei dieser Kategorisierung des Denkens in „schnelles“ und „langsameres“ Denken um eine Theorie handelt. Physiologisch gibt es hierfür bisher keine hinreichenden Anhaltspunkte. Zwar zeigen bildgebende Verfahren, dass bei unterschiedlich anspruchsvollen Denkprozessen generell auch verschiedene Hirnregionen aktiv sind,⁹⁹ aber eine empirische Bestätigung genau derjenigen Zweiteilung des Denkens, wie sie Kahneman vornimmt, kann darin nicht gesehen werden.

⁹² Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 23.

⁹³ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 24 f.

⁹⁴ Vgl. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 21.

⁹⁵ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 25.

⁹⁶ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 26 f., 81: „System 2 is in charge of doubting and unbelieving, but System 2 is sometimes busy, and often lazy“.

⁹⁷ Mit diesem Begriff etwa Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017; zuvor auch Kahneman/Tversky, *Psychol.Rev.* 103 (1996) 582, 582 ff., die diese Terminologie aber insgesamt selten gebrauchen; dazu Schweizer, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 33 Fn. 180.

⁹⁸ Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 98 f.; Zamir/Teichman, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 21 ff., 544.

⁹⁹ Goel/Dolan, *Cognition* 87 (2003) B11, B18 f., dort (B20) auch m.w.N. zu Läsionsstudien; für neurowissenschaftliche Grundlagen von Urteilen und Entscheiden s. auch Knauff/Knoblich, in: Müsseler/Rieger (Hrsg.), *Allgemeine Psychologie*³, 2017, S. 569 f. sowie den Überblick bei Sanfey/Stallen, in: *Wiley-Blackwell Handbook JDM*, 2015, S. 268, 270 ff.

Davon unabhängig ist durch zahlreiche empirische Befunde unbestritten, dass es kognitive Verzerrungen gibt und dass sie sich auf menschliche Entscheidungen auswirken. Seit dem Anstoß der *Heuristics-and-Biases*-Forschung durch Tversky und Kahneman hat die Psychologie der Entscheidungsfindung eine Vielzahl von Effekten als Heuristiken und daraus resultierende kognitive Verzerrungen klassifiziert,¹⁰⁰ wobei die Erklärung für das Auftreten einzelner dieser Effekte umstritten ist.¹⁰¹ Insgesamt lassen sich mittlerweile über 20 verschiedene *Biases* unterscheiden¹⁰² – wenn zuweilen deutlich längere Listen präsentiert werden, dürfte ein kritischer Blick zeigen, dass viele der dort aufgezählten Effekte sich inhaltlich decken oder überschneiden. Zu den klassischen kognitiven Verzerrungen gehören beispielsweise der Anker-Effekt (*Anchoring* oder *Anchoring and Adjustment*),¹⁰³ die Verfügbarkeitsheuristik (*Availability Heuristic* oder *Availability Bias*),¹⁰⁴ die Repräsentativitätsheuristik (*Representativeness Heuristic*),¹⁰⁵ der Bestätigungsfehler (*Confirmation Bias*), die Status-quo-Verzerrung (*Status Quo Bias*),¹⁰⁶ der Rückschaufehler (*Hindsight Bias*) und der Rahmungseffekt (*Framing*)¹⁰⁷. Von ihnen

¹⁰⁰ Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 19.

¹⁰¹ S. beispielsweise die Darstellungen zum Anker-Effekt bei Bahník/English/Strack, in: Pohl (Hrsg.), Cognitive Illusions², 2017, S. 223, 226 ff. und Furnham/Boo, The Journal of Socio-Economics 40 (2011) 35, 37 (Tabelle 2).

¹⁰² Mousavi/Gigerenzer, Homo Oecon. 34 (2017) 361, 365 mit Verweis auf die von Conlisk, JEL 34 (1996) 669, 670 aufgezählten kognitiven Verzerrungen.

¹⁰³ Tversky/Kahneman, Science 185 (1974) 1124, 1128 ff. Im Einzelnen s. sogleich Abschnitt bb).

¹⁰⁴ Tversky/Kahneman, Science 185 (1974) 1124, 1127 f.: „availability of information as clue for assessing frequencies or probabilities“. Dabei geht es darum, dass Menschen sich bei der Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten für den Eintritt eines Ereignisses an gut verfügbaren Informationen orientieren. Wenn bestimmte Erinnerungen leicht aus dem Gedächtnis abrufbar sind, etwa, weil sie besonders rezent oder emotional sind, kann eine Verzerrung dahingehend entstehen, dass man das erneute Eintreten der erinnerten Situation für wahrscheinlicher hält, als es in Wahrheit aus statistischer Sicht wäre (z. B. einen Flugzeugabsturz). Dazu u. a. Korch, Haftung und Verhalten, 2015, S. 39 f.; Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 34 ff.

¹⁰⁵ Kahneman/Tversky, Cogn. Psychol. 3 (1972) 430, 431 ff. Diese kognitive Verzerrung steht auch mit impliziten Vorurteilen und Stereotypen in Verbindung, die sich negativ für die betroffene Prozesspartei auswirken können, s. dazu Cunliffe, E&P 18 (2014) 139, 153 ff.

¹⁰⁶ Dazu Samuelson/Zeckhauser, J. Risk Uncertain. 1 (1988) 7, 7 ff.; zur Status-quo-Verzerrung im juristischen Kontext s. Korobkin, Vand.L.Rev. 51 (1998) 1583, 1586; ders., Cornell L.Rev. 83 (1998) 608, 611.

¹⁰⁷ Dazu Kahneman/Tversky, Am. Psychol. 39 (1984) 341, 343 ff.; Tversky/Kahneman, Science 211 (1981) 453, 453 ff.; Kahneman, Organ. Behav. Hum. Dec. 51 (1992) 296, 296 ff.; zum Rahmungseffekt für gerichtlich zu treffende Entscheidungen Shafir, Mem. Cogn. 21 (1993) 546, 546 ff.

sollen die für den Zivilprozess und insbesondere für die Berufung relevantesten in diesem Kapitel besprochen werden (unten von Abschnitt bb) an).

Die *Heuristics-and-Biases*-Forschung geht davon aus, dass kognitive Verzerrungen aufgrund ihrer Abweichung vom Ideal des rationalen Denkens und Entscheidens der Beachtung bedürfen und idealerweise vermieden werden sollten.¹⁰⁸ Dagegen hält die *Fast-and-Frugal*-Auffassung von Gigerenzer und Kollegen¹⁰⁹ eine solche Sichtweise für nicht angemessen. Vielmehr ginge es darum, dass Heuristiken, die aus evolutionären Gründen schnell und sparsam im Sinne von wenig ressourcenaufwendig (*fast and frugal*) sind,¹¹⁰ genaue Ergebnisse ermöglichen und unter den gegebenen Unsicherheitsbedingungen robust funktionieren – das reiche aus, damit heuristische Entscheidungen gut sind.¹¹¹ Die Frage ist also, ob man menschliche Entscheidungen an Modellen misst¹¹² oder lediglich an deren Robustheit in gleichen Umweltbedingungen.¹¹³ Während im Allgemeinen sicherlich auch gute Argumente für die letztgenannte Ansicht sprechen, so dürfte die Entscheidung im Fall der richterlichen Entscheidungsfindung eindeutiger sein: Der Anspruch an Richter ist, dass sie rational und möglichst unbeeinflusst urteilen, und das kommt in verschiedenen gesetzgeberischen Wertungen, wie Art. 97 Abs. 1 GG, zum Ausdruck. Woran, wenn nicht an diesem Ideal, sollen wir die Sachentscheidungen von Richtern messen? Auch das Recht selbst hat einen hohen Rationalitätsanspruch; von Richtern als Kernfiguren dieses Systems darf man erwarten, dass die Rechtsfindung und -anwendung auf rationale Weise geschieht und dass keine systematischen Fehler passieren.¹¹⁴ Ob diese Erwartung unrealistisch ist,¹¹⁵ kann bei der Formulierung dieses Anspruchs dahinstehen, denn auch die Erkenntnis von in der Prozesswirklichkeit auftretenden kognitiven Verzerrungen kann gerade dazu beitragen, über die zugrunde liegenden rechtlichen Regelungen richterlicher Entscheidungsfindung zu reflektieren und damit insgesamt die Qualität von Urteilen zu verbessern.

¹⁰⁸ Stellvertretend *Kahneman/Tversky*, *Advanced Decision Technology*, 1977, S. 1-2 ff., vgl. auch *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 411, 415, 251 f.

¹⁰⁹ Beispielsweise *Gigerenzer/Todd*, in: *Gigerenzer/Todd/ABC Research Group* (Hrsg.), *Simple Heuristics*, 1999, S. 3, 3 ff.

¹¹⁰ *Gigerenzer/Todd*, in: *Gigerenzer/Todd/ABC Research Group* (Hrsg.), *Simple Heuristics*, 1999, S. 3, 4.

¹¹¹ *Mousavi/Gigerenzer*, *Homo Oecon.* 34 (2017) 361, 368. Zu den Voraussetzungen für Heuristiken nach dieser Definition etwa *Gigerenzer*, in: *Blackwell Handbook*, 2004, S. 62, 63 f.

¹¹² *Kahneman/Klein*, *Am. Psychol.* 64 (2009) 515, 519.

¹¹³ *Gigerenzer*, *Theory Psychol.* 20 (2010) 733, 736.

¹¹⁴ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 779 Fn. 3.

¹¹⁵ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 779 Fn. 3.

Anknüpfend an die soeben skizzierten Unterschiede in der Bewertung von kognitiven Verzerrungen hat die Forschung zu *Heuristics and Biases* verschiedentlich Kritik erfahren.¹¹⁶ Ein erster Kritikpunkt ist, dass die *Bias*-Forschung die positiven Seiten des heuristischen Entscheidens nicht hinreichend herausstelle.¹¹⁷ Das soll in dieser Arbeit nicht passieren. Heuristiken werden hier als schnell und einfach funktionierende Mechanismen verstanden, die ganz überwiegend zu korrekten Urteilen und Entscheidungen führen und darum als positiv zu bewerten sind¹¹⁸ – aber dort, wo sie verzerrte Ergebnisse verursachen, muss man kritisch hinsehen. Denn verzerrte Urteile können Fehlurteile sein.¹¹⁹ In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass nicht jedes „irrationale“ Verhalten schlecht sein muss. Menschen entscheiden und handeln nicht wie perfekt rationale Computer, sondern lassen Erfahrungswerte und andere adaptive Problemlösestrategien in ihre Urteile einfließen.¹²⁰ Das kann menschliche Urteile gegenüber den Entscheidungen von Maschinen überlegen machen. Allerdings haben die Befunde zu kognitiven *Biases* gezeigt, dass auch logisches Verhalten zu verzerrten Ergebnissen führen kann und ein Vermeiden vieler kognitiver Verzerrungen ganz überwiegend nicht gelingt (siehe dazu weiter unten (3)). Insofern kann die eindeutige Zuordnung von Logik und „richtigem“ Ergebnis einerseits und irrationalen Verhalten und „falschem“, verzerrten Ergebnis andererseits nicht mehr aufrechterhalten werden.

Darüber hinaus wird die Forschung zu *Heuristics and Biases* mit der Kritik bedacht, dass sie keine integrative Theorie zur Prognose fehlerhafter und korrekter Entscheidungen hervorgebracht habe.¹²¹ Dem ist zuzugeben, dass einige Kategorien von kognitiven Verzerrungen unscharf sind und manche zu beobachtende Phänomene, wie erwähnt, in mehrere *Bias*-Arten eingeordnet werden können. Das wird auch für die kognitiven Verzerrungen im Rahmen des zivilrechtlichen Berufungsprozesses relevant (siehe dazu unten II.2. a) cc)). Gleichwohl haben die Vertreter des *Heuristics-and-Biases*-Ansatzes zu den einzelnen *Bias*-Arten sehr wohl Theorien zur Erklärung der jeweiligen

¹¹⁶ Siehe dazu den Überblick bei *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2012, S. 41 ff.; *Watzenberg*, Der homo oeconomicus, 2014, S. 78 ff.

¹¹⁷ Stellvertretend *Lopes*, *Theory Psychol.* 2 (1991) 65, 65 ff.; *Gigerenzer*, *Eur.Rev. Soc.Psychol.* 2 (1991) 83, 102 f; s. auch den Überblick bei *Gilovich/Griffin*, in: *Gilovich/Griffin/Kahneman* (Hrsg.), *Heuristics and Biases*, 2002, S. 1, 8.

¹¹⁸ Vgl. etwa *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 33 (mit Bezug zur *Bounded Rationality*).

¹¹⁹ Vgl. *Watzenberg*, Der homo oeconomicus, 2014, S. 79 f.

¹²⁰ Zum evolutionen Vorteil des adaptiven Problemlösens vgl. *Gigerenzer*, *Eur.Rev. Soc.Psychol.* 2 (1991) 83, 101 f. m. w. N.

¹²¹ *Einhorn/Hogarth*, *Annu.Rev.Psychol.* 32 (1981) 53, 54 ff.; *Gigerenzer*, *Eur.Rev. Soc.Psychol.* 2 (1991) 83, 101; vgl. auch *ders.*, *Theory Psychol.* 8 (1998) 195, 196 ff.

Phänomene entwickelt, wie etwa das konfirmatorische Hypothesentesten (siehe dazu bb)(1)). Auch Kahnemans Einteilung des menschlichen Denkens in zwei Systeme (dazu oben S. 199 f.) stellt einen einleuchtenden Ansatz dar, die bisherigen Befunde zumindest in Teilen mit einem theoretischen Gerüst zu unterstützen. Zwar fehlt es weiterhin an einem falsifizierbaren globalen Modell,¹²² aber allein dieser Umstand macht die Ergebnisse und Annahmen der Forschung zu kognitiven Verzerrungen nicht weniger wissenschaftlich verwertbar und interessant. Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass eine Vielzahl anderer psychologischer Forschung hinsichtlich der Theoriebildung ebenfalls verbesserungsbedürftig wäre.¹²³ Die *Heuristics-and-Biases-Forschung* basiert auf empirischen Untersuchungen, die jeweils für sich diskussionswürdig sind und möglicherweise praktische Implikationen bedeuten; eine Modellierung ist dagegen nicht unbedingt erforderlich, um daraus Nutzen zu ziehen.¹²⁴ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Vorwurf der mangelnden Theoriebildung, der insbesondere von Gigerenzer und Kollegen kommt, die Befunde von Kahneman und Tversky gar nicht leugnet, sondern lediglich Umstände aufzeigt, unter denen bestimmte kognitive Verzerrungen nicht mehr zu beobachten sind¹²⁵ – was wiederum seinerseits ein Nachweis für den Rahmungseffekt (*Framing*) und damit für einen Anwendungsfall kognitiver Verzerrung ist. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erforderlich, die zugrunde liegenden wahrscheinlichkeitstheoretischen Meinungsverschiedenheiten hier zu besprechen.¹²⁶ Davon unabhängig kann auch Gigerenzer mit seinem Forschungsansatz der adaptiven Toolbox (siehe Kap. 4 Fn. 84) bisher selbst keine vorhersagefähige Theorie mit einem definitiv abgrenzbaren Kanon an Heuristiken anbieten.¹²⁷ Zuletzt liegt vielleicht auch im Untersuchungsgegenstand selbst die Erklärung für die denkschulenübergreifende Schwierigkeit, ein belastbares theoretisches Modell aufzustellen. Denn der Versuch, das „irrationale“ Verhalten von Menschen mithilfe eines rationalen Konstrukts zu modellieren, begegnet vermutlich mehr Hürden als das Postulieren von realitätsgelösten, idealen Theorien der rationalen Entscheidung (*Rational Choice Theory*).

¹²² Gigerenzer, Eur.Rev.Soc.Psychol. 2 (1991) 83, 104 f.

¹²³ Zu diesem Theoriedefizit Gigerenzer, Theory Psychol. 20 (2010) 733, 733 ff.

¹²⁴ Vgl. Kahneman/Tversky, Psychol.Rev. 103 (1996) 582, 591.

¹²⁵ Gigerenzer, Eur.Rev.Soc.Psychol. 2 (1991) 83, 89 f., 92, 94 f., 97 f. Auf die Tatsache, dass nur ein kleiner Teil der von ihnen beschriebenen kognitiven Verzerrungen konkret angegriffen wird, weisen Kahneman/Tversky, Psychol.Rev. 103 (1996) 582, 583 hin.

¹²⁶ Für die unterschiedlichen Ansichten siehe Gigerenzer, Eur.Rev.Soc.Psychol. 2 (1991) 83, 85 ff., 103 ff. einerseits und Kahneman/Tversky, Psychol.Rev. 103 (1996) 582, 582 ff. andererseits.

¹²⁷ Siehe dazu den Überblick bei Bröder/Hilbig, in: Müsseler/Rieger (Hrsg.), Allgemeine Psychologie³, 2017, S. 649 m. w. N.

Schließlich wird gegen die *Heuristics-and-Biases*-Forschung vorgebracht, dass die einzelnen Theorien zu sehr auf Ergebnissen der künstlichen Laborerfahrung aus Experimenten mit Studenten gründen.¹²⁸ Dagegen ist einzuwenden, dass, erstens, die Phänomene der kognitiven Verzerrungen zunächst im Alltag beobachtet wurden und erst daraufhin in Experimenten „im Labor“ untersucht und bestätigt wurden.¹²⁹ Zweitens wohnt es nahezu jeder psychologischen Forschung inne, dass sie ihre Ergebnisse aus dem Laborkontext gewinnt, zumal es – wie man auch am Beispiel der richterlichen Entscheidungsfindung sehen kann – nicht immer einfach ist, Feldstudien mit Experten zu deren Urteilsprozessen durchzuführen. Im Übrigen gibt es, drittens, zu kognitiven Verzerrungen mittlerweile eine wachsende Zahl an Studien, die außerhalb des Labors, d. h. im Feld, mit „echten“ Entscheidern anstelle von Psychologiestudenten, durchgeführt wurden.¹³⁰ Dementsprechend soll, wenn in den nachfolgenden Abschnitten Forschungsergebnisse zur Entscheidungsfindung von Richtern vorgestellt werden, der Schwerpunkt immer auf Feldstudien liegen, soweit diese verfügbar sind.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Forschung zu Heuristiken und kognitiven Verzerrungen seit über 45 Jahren sehr interessante empirische Befunde produziert. Deren Reiz besteht nicht nur im erstaunlichen Ergebnis selbst, sondern insbesondere in der Frage der praktischen Implikation. Allein deswegen ist die *Heuristics-and-Biases*-Forschung eine wertvolle Ressource, die es für das Prozessrecht zu nutzen gilt. Die geäußerten Kritikpunkte an der Forschung zu kognitiven Verzerrungen können, wie gezeigt, nicht überzeugen. Vielmehr sollten wir betonen, dass die Ansätze von Kahneman und Kollegen mit denen ihrer Kritiker, insbesondere von Gigerenzer und Kollegen, gut zu integrieren sind.¹³¹ Sie finden sich gemeinsam unter dem Oberbegriff der von

¹²⁸ Lopes, *Theory Psychol.* 2 (1991) 65, 67; Gigerenzer, *Eur.Rev.Soc.Psychol.* 2 (1991) 83, 101; Cohen, *Behav. Brain Sci.* 4 (1981) 317, 317 ff. Die Stichhaltigkeit der Kritik eingestehend: Gilovich/Griffin, in: Gilovich/Griffin/Kahneman (Hrsg.), *Heuristics and Biases*, 2002, S. 1, 8.

¹²⁹ Gilovich/Griffin, in: Gilovich/Griffin/Kahneman (Hrsg.), *Heuristics and Biases*, 2002, S. 1, 11.

¹³⁰ Siehe etwa Jung/Perfecto/Nelson, *JMR* 53 (2016) 354, 354 ff. Mit realen Richtern, also genau der Personengruppe, auf die das „Laborergebnis“ auch generalisiert werden sollte, arbeiteten beispielsweise Landsman/Rakos, *Behav.Sci. Law* 12 (1994) 113, 119 ff.; Guthrie/Rachlinski/Wistrich, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 777 ff.; English/Mussweiler, *J.Appl.Soc.Psychol.* 31 (2001) 1535, 1535 ff.; English/Mussweiler/Strack, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 32 (2006) 188, 190 ff. Für einen Überblick auch Schweizer, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 75 ff.

¹³¹ Vgl. zu Übereinstimmungen Kahneman/Tversky, *Psychol.Rev.* 103 (1996) 582, 589. Siehe auch Zamir/Teichman, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 26: „[T]he differences between the two schools appear to be much smaller than scholars of the fast-and-frugal school tend to portray“.

Simon begründeten Auffassung der begrenzten Rationalität menschlichen Handelns (*Bounded Rationality*) wieder und unterscheiden sich lediglich in ihrer Interpretation dieses Zustands. Jeder Mensch handelt nur beschränkt rational, und die Ergebnisse der *Heuristics-and-Biases*-Forschung liefern dafür unzählige Beispiele.

(2) Auch Richter sind von kognitiven Verzerrungen betroffen

Richter sind für die beschriebenen kognitiven Verzerrungen genauso anfällig wie Laien.¹³² Damit geht es ihnen wie fast allen berufsmäßigen Experten-Entscheidern,¹³³ und auch ein Mehr an Berufserfahrung scheint nicht zu helfen.¹³⁴ Den Anspruch auf vollkommen rationales Entscheiden kann also niemand erfüllen.¹³⁵ Dass dieselben kognitiven Verzerrungen bei Laien und Experten wirken,¹³⁶ heißt keinesfalls, dass medizinische Therapieentscheidungen oder juristische Urteile genauso gut von Laien getroffen werden könnten. Denn Experten haben neben ihrem Fachwissen im besten Fall eine sogenannte „Expertenintuition“ (*Skilled Intuition*),¹³⁷ die ihre Entscheidungen positiv gegenüber Laienentscheidungen abhebt. Dabei nutzen Experten für viele Denk- und Entscheidungsprozesse, die eigentlich das analytisch-aufwendige System-2-

¹³² *Landsman/Rakos*, Behav.Sci. Law 12 (1994) 113, 119 ff. (Vergleich *Judges mit Juries*); von *Helversen/Rieskamp*, J.Exp.Psychol. Appl. 15 (2009) 375, 389 f.; *Rachlinski*, Rechtstreeks 2/2012, 15, 16 ff.; differenzierend *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 826 f. A.A. wohl *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 178. Für einen Überblick s. auch *Dhami/Behton*, TPS 3 (2017) 214, 215 m.w.N.; *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 543 f. m.w.N.; *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1043 m.w.N.; *Guthrie*, Nev.L.J. 7 (2007) 420, 428 ff.

¹³³ *Tversky/Kahneman*, Science 185 (1974) 1124, 1130; zu Ausnahmen: *Shanteau*, Organ.Behav.Hum.Dec. 53 (1992) 252, 254.

¹³⁴ Vgl. *Larrick/Feiler*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 696, 700 f. m.w.N., wonach die dauerhafte Beschäftigung mit derselben Expertentätigkeit sogar zu einer Abnahme der Entscheidungsqualität führen kann. Zum ausbleibenden Effekt von zunehmender Berufserfahrung auf das richterliche Urteil in Bezug auf kognitive Verzerrungen siehe unten auch die Ergebnisse der im Rahmen der vorliegenden Arbeit durchgeführten Studie, B. I. 2. b); 3.

¹³⁵ Vgl. *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 117.

¹³⁶ Für ein Beispiel s. etwa *McNeil/Pauker/Sox/Tversky*, NEJM 306 (1982) 1259, 1259 ff.

¹³⁷ *Kahneman/Klein*, Am.Psychol. 64 (2009) 515, 520 m.w.N.; *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 93 (2007–2008) 1, 29 f. m.w.N. Zu den Voraussetzungen „guter“ Expertenentscheidungen s. beispielsweise *Larrick/Feiler*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 696, 702 ff. m.w.N., u. a. zu *Hogarth*, Intuition, 2001.

Denken erfordern würden, nur noch das schnellere, eher automatisierte System-1-Denken.¹³⁸

Auch vor dem Hintergrund der Expertenintuition erklärt sich, dass Experten von der Richtigkeit ihres Urteils in der Regel überzeugter sind als Laien,¹³⁹ und zwar selbst dann, wenn der zu beurteilende Sachverhalt längst nicht eindeutig ist.¹⁴⁰ Zuweilen meinen Experten sogar, in ihren Entscheidungen frei von kognitiven Verzerrungen zu sein, während Laien diese Mitbestimmung des Unbewussten immerhin anerkennen.¹⁴¹ Bei Richtern als Expertenentscheidern kann das persönliche Amtsverständnis hinzukommen, wonach man entsprechend des geleisteten Eides im Sinne von § 38 Abs. 1 DRiG idealerweise objektiv urteilt.¹⁴² Denn wer von der Objektivität seiner Entscheidung besonders überzeugt ist, der ist nachweislich mit höherer Wahrscheinlichkeit als andere von kognitiven Verzerrungen betroffen,¹⁴³ da die Überzeugung vom eigenen Urteil dazu führt, dass man dieses weniger hinterfragt und dadurch stärker anfällig für kognitive Verzerrungseffekte wird.¹⁴⁴ Korrektive in Form von unmittelbarer und direkter Rückmeldung zum eigenen Urteil,¹⁴⁵ wie beispielsweise bei Meteorologen,¹⁴⁶ sind für Gerichtsentscheidungen kaum möglich,¹⁴⁷ da erstens etwaige Bestätigungen oder Abänderungen durch das nächsthöhere Gericht nur sehr zeitverzögert erfolgen und es zweitens nie die absolut richtige Entscheidung geben kann. Das gilt sowohl in tatsächlicher Hinsicht (dazu sogleich) als auch in rechtlicher Hinsicht, wo bei divergieren-

¹³⁸ Larrick/Feiler, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 696, 701; Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2012, S. 239 f. Vgl. zum stärker automatisierten Denken bei Experten auch Shanteau, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 53 (1992) 252, 255.

¹³⁹ Larrick/Feiler, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 696, 712 m. w. N. Vgl. Arntz, *JR* 2017, 253, 263 f.; weiterführend auch Korch, *Haftung und Verhalten*, 2015, S. 176 f. m. w. N.

¹⁴⁰ Cunliffe, *E&P* 18 (2014) 139, 144 f. m. w. N.

¹⁴¹ Northcraft/Neale, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 39 (1987) 84, 95.

¹⁴² Jäger, *DRiZ* 2018, 24, 26.

¹⁴³ Uhlmann/Cohen, *Org. Beh. & Hum. Dec.* 104 (2007) 207, 208, 211 ff.; ebenso Jäger, *DRiZ* 2018, 24, 26. Siehe zum verwandten *Bias Blind Spot* auch Pronin/Gilovich/Ross, *Psychol.Rev.* 111 (2004) 781, 781 ff. m. w. N.; dazu Warmuth, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), *Einflüsse*, 2017, S. 54, 69.

¹⁴⁴ Vgl. Cunliffe, *E&P* 18 (2014) 139, 163 m. w. N.

¹⁴⁵ Hogarth, *Intuition*, 2001, S. 87 f., 149 f., 208; Kahneman/Klein, *Am.Psychol.* 64 (2009) 515, 522 f.; Shanteau, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 53 (1992) 252, 259; dazu auch Larrick/Feiler, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 696, 703 ff.

¹⁴⁶ Hogarth, *Intuition*, 2001, S. 149; Bolger/Wright, *Decis. Support Sys.* 11 (1994) 1, 7; Shanteau, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 53 (1992) 252, 258; vgl. ebenso Kahneman/Klein, *Am.Psychol.* 64 (2009) 515, 523.

¹⁴⁷ Guthrie/Rachlinski/Wistrich, *Cornell L.Rev.* 93 (2007–2008) 1, 32; vgl. auch die Einordnung von Shanteau, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 53 (1992) 252, 258 f.

den Rechtsansichten vernünftigerweise nicht die einzige „richtige“ rechtliche Entscheidung existieren kann.¹⁴⁸

Daran anknüpfend trifft auf den richterlichen Arbeitsalltag genau das zu, was als erste Voraussetzung der *Heuristics and Biases* festgestellt wurde: beschränkte zeitliche Ressourcen und Fehlen absoluter Gewissheit in der Sache, Letzteres insbesondere bei streitigen Sachverhalten.¹⁴⁹ Ein besseres Beispiel für Entscheidungsfindung, die von unbewussten Einflüssen mitbestimmt wird, lässt sich also kaum finden. Manche Autoren sehen sogar in der beruflichen Belastungssituation eine erhöhte Anfälligkeit von Richtern für kognitive Verzerrungen.¹⁵⁰ Tatsächlich ist nachgewiesen, dass Zeitdruck beim Urteilen und Entscheiden zu einer stärkeren heuristikgeleiteten Denkweise und damit zu einem größeren *Bias*-Potential führt.¹⁵¹ Aber auch unabhängig vom Arbeitspensum kann eine Belastungssituation bei Richtern beispielsweise von verfahrensrechtlichen Regeln verursacht werden, etwa wenn Beweisregeln eine bestimmte Entscheidung vorgeben, der Richter selbst aber von dieser Entscheidung subjektiv nicht überzeugt ist.¹⁵² Andererseits bietet gerade das Verfahrensrecht – durch die Güteverhandlung und den gerichtlichen Vergleich – Möglichkeiten, um unbefriedigende Situationen möglichst gut aufzulösen.¹⁵³ Die Uneindeutigkeit rechtlicher Sachverhalte kann darüber hinaus bei bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen zu relativ stärkeren Urteilsverzerrungen führen: Personen, die ein besonders ausgeprägtes Bedürfnis nach eindeutigen Entscheidungen (*Need for Cognitive Closure*) haben, zeigen auch eine signifikant höhere Richtigkeitsüberzeugung in Bezug auf gefällte Rechtseinschätzungen.¹⁵⁴ Inwiefern dieses Persönlichkeitsmerkmal bei Richtern häufiger vorkommt als im Durchschnitt der Bevölkerung, ist jedoch unbekannt.

¹⁴⁸ Rechtstheoretisch zur Ungewissheit der „richtigen“ rechtlichen Entscheidung s. beispielsweise *Herbst*, JZ 2012, 891, 891 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1035, 1044.

¹⁵⁰ *Jäger*, DRiZ 2018, 24, 26 m.w.N. Zum Belastungserleben von Richtern aus psychologischer Sicht s. *Ludewig-Kedmi*, SZK 2004, 9, 9 ff.; s. auch die Erhebung an drei Oberlandesgerichten von *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 123.

¹⁵¹ *Soll/Milkman/Payne*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 924, 929 m.w.N.

¹⁵² *Ludewig-Kedmi*, SZK 2004, 9, 15.

¹⁵³ *Ludewig-Kedmi*, SZK 2004, 9, 15, 19 f.

¹⁵⁴ *Stark/Milyavsky*, Wash.U.J.L.& Pol’y 59 (2019) 173, 197 ff., allerdings nur in Bezug auf anwaltliche Einschätzungen. Für Urteile von Richtern wurde dieser Zusammenhang bisher anscheinend nicht untersucht. Zur Korrelation von Freude am Nachdenken (*Need for Cognition*) bei *Jury*-Mitgliedern mit dem Verfahrensausgang s. aber *Wood/DeVault/Miller/Kemmelmeier/Summers*, J.Appl.Soc.Psychol. 49 (2019) 498, 501 ff.

Zusammenfassend ergibt sich also das Bild, dass kognitive Verzerrungen sich auf Richter in ihrem Berufsalltag mindestens ebenso stark wie auf andere Menschen auswirken. Von dieser Grundrichtung sind zwei Ausnahmen zu verzeichnen. Erstens ist zwar bekannt, dass bestimmte *Biases* sich signifikant stärker auswirken können, wenn der Entscheider eher traurig anstatt fröhlich ist;¹⁵⁵ bei einer Studie mit deutschen Rechtsreferendaren zeigte sich aber keine solche Stimmungsabhängigkeit.¹⁵⁶ Insofern scheinen Juristen offenbar resistenter gegen kognitive Verzerrungen zu sein. Die zweite Ausnahme betrifft Richter mit naturwissenschaftlichem Hintergrund. Empirische Untersuchungen aus den Vereinigten Staaten haben ergeben, dass Richter an Militärgerichten stärker analytisch und weniger intuitiv denken als Richter in anderen Gerichtszweigen.¹⁵⁷ In der Folge dürfte man, der System-1-und-2-Logik folgend, annehmen, dass Militärrichter auch ein geringeres Risiko haben, bei ihrer Urteilsfindung einer kognitiven Verzerrung zu unterliegen. Dieser Unterschied erklärt sich dadurch, dass Richter an US-amerikanischen Militärgerichten in der Regel eine technische Ausbildung durchlaufen haben und dass diese die Denkstrukturen eher in Richtung analytischem Denken und zugleich weg von intuitivem, fehleranfälligerem Denken formt. Übertragen auf Deutschland würde das beispielsweise bedeuten, dass die technischen Richter am Bundespatentgericht im Vergleich zu ihren Kollegen mit rein juristischer Ausbildung in geringerem Ausmaß von kognitiven Verzerrungen betroffen sind. An den Truppendienstgerichten in Deutschland entscheiden dagegen nur juristisch ausgebildete Berufsrichter.

(3) Verhindern kognitiver Verzerrungen ist nicht leicht möglich

Wenn man anerkennt, dass richterliche Entscheidungen von kognitiven Verzerrungen betroffen sind, ist es umso wichtiger, Möglichkeiten zum Verhindern dieser Verzerrungen herauszufinden.¹⁵⁸ Allerdings ist ein solches *De-biasing* gar nicht so leicht möglich. Menschen sind sich generell nur wenig dessen bewusst, dass ihre Entscheidungen kognitiven Verzerrungen unterliegen können, und sie haben in der Folge auch Schwierigkeiten, diesen Einfluss von *Cognitive Biases* aus eigener Kraft abzuwehren.¹⁵⁹ Zur Unterstützung

¹⁵⁵ Für den Anker-Effekt: *Bodenhausen/Gabriel/Lineberger*, *Psych.Sci.* 11 (2000) 320, 320 ff.; zu Erklärungsmodellen *Schwarz/Clore*, in: *Kruglanski/Higgins* (Hrsg.), *Social Psychology: Handbook of Basic Principles*², 2007, S. 385, 389 ff., 392.

¹⁵⁶ *Englich/Soder*, *Judgm.Decis.Mak.* 4 (2009) 41, 44 ff.

¹⁵⁷ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 19 f.

¹⁵⁸ Vgl. *Engel/Glöckner*, *J.Behav.Decis.Mak.* 26 (2012) 272, 273.

¹⁵⁹ *Scopelliti/Morewedge/McCormick/Min/Lebrecht/Kassam*, *Manag.Sci.* 61 (2015) 2468, 2470 ff.; *Wilson/Brekke*, *Psychol.Bull.* 116 (1994) 117, 121 ff.; siehe zum „blin-

dieses Prozesses sind mehrere Ansätze denkbar, die abhängig vom spezifischen *Bias* und vom Anwendungsfeld jeweils unterschiedlich ausgestaltet sein können. Dabei lassen sich die entsprechenden Strategien in zwei große Kategorien aufteilen: Entweder man setzt, erstens, bei der urteilenden und entscheidenden Person an oder man versucht, zweitens, die Umweltbedingungen für die betroffenen Entscheidungsprozesse dieser Person zu verändern.¹⁶⁰ In beiden Kategorien geht es darum, das durch Heuristiken verengte Denken wieder auszuweiten, sodass der Entscheider einen möglichst unvoreingenommenen Blick einnehmen kann.¹⁶¹ Dennoch konnte eine *Debiasing*-Strategie bisher in der Praxis nie dazu führen, dass ein Einfluss kognitiver Verzerrungen vollständig aufgehoben oder ins Gegenteil umgekehrt wurde; es kann höchstens um eine Verringerung der verzerrenden Effekte gehen, und auch hierbei sind viele Ansätze bei juristischen Entscheidern noch ohne Erfolg.

Innerhalb der ersten Kategorie von *Debiasing*-Ansätzen, also solchen, die sich an den Entscheidungsträger selbst richten, werden Maßnahmen von Information und Aufklärung sowie kognitive Strategien diskutiert. Dementsprechend sollten Richter zunächst umfassend darüber informiert werden, dass ihre Entscheidungen infolge von *Heuristics and Biases* vom normativen Ideal der Rationalität abweichen. Entsprechende Fortbildungen sind auch schon Bestandteil der Richterausbildung in vielen Bundesländern.¹⁶² Die Aufklärung über die zwangsläufige Betroffenheit von kognitiven Verzerrungen – als menschlicher Normalzustand –¹⁶³ wäre der erste Schritt einer Entwicklung, wie sie Arthur Kaufmann skizziert hat: „Die Unabhängigkeit des Richters wächst in dem Maße, wie er sich seiner Abhängigkeiten bewußt wird“.¹⁶⁴ Aber leider zeigt das bloße Aufmerksammachen als Maßnahme gegen kognitive Verzerrungen in Studien mit juristischen Entscheidern keinen hinreichenden Erfolg, viele *Biases* bleiben unverändert bestehen.¹⁶⁵ Die Beeinflussung durch kognitive und affektive Prozesse anzuerkennen, ist für den Richter angesichts des zu seinen Gunsten geltenden Idealbilds möglicherweise nicht

den Fleck“ für die eigenen kognitiven Verzerrungen, *Bias Blind Spot*, oben Kap. 4 Fn. 143.

¹⁶⁰ *Soll/Milkman/Payne*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 924, 926; *Fischhoff*, *Debiasing*, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), *Judgment under uncertainty*, 1982, S. 422, 424.

¹⁶¹ *Soll/Milkman/Payne*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 924, 929.

¹⁶² Vgl. dazu *Jäger*, DRiZ 2018, 24, 27.

¹⁶³ *Warmuth*, in: Steinrötter/Sliwiok-Born (Hrsg.), *Einflüsse*, 2017, S. 54, 68 f.

¹⁶⁴ *Kaufmann*, NJW 1988, 2581, 2582; s. dazu *Lamprecht*, DRiZ 2004, 89, 90.

¹⁶⁵ *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 135 m. w. N.; s. auch den Überblick bei *Warmuth*, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), *Einflüsse*, 2017, S. 54, 69; *Wilson/Brekke*, *Psychol. Bull.* 116 (1994) 117, 130.

ohne Hürden möglich.¹⁶⁶ Denn noch immer gilt Objektivität als Tugend, und Subjektivität gilt als Makel.¹⁶⁷ Dabei ist die Beeinflussbarkeit durch kognitive Verzerrungen ausdrücklich etwas, das alle Menschen betrifft – und ebenso scheint es allen, Laien wie Experten, nicht hinreichend zu helfen, über die Mitbestimmung des Unbewussten bloß Bescheid zu wissen.

Daher liegt es nahe, dass *Debiasing*-Maßnahmen über die reine Information hinausgehen müssen und mehr aktives Tun der Betroffenen erfordern, konkret durch kognitive Strategien bei der Entscheidungsfindung.¹⁶⁸ Ein Beispiel hierfür ist das Erwägen des Gegenteils (*Considering the Opposite*). Hier werden die jeweiligen Entscheider dazu aufgefordert, zu überlegen, ob sie auch für die Gegenmeinung argumentieren könnten,¹⁶⁹ oder dazu, das Gegenteil ihrer eigenen Auffassung überhaupt in Betracht zu ziehen.¹⁷⁰ So wird das aufwendigere, weniger intuitive System-2-Denken nach Kahneman aktiviert.¹⁷¹ Während bei Laien das *Considering the Opposite* relativ gute Erfolge verzeichnet,¹⁷² jedenfalls für ein leichtes Reduzieren – nicht das komplette Ausschalten – kognitiver Verzerrungen, zeigte die Methode indes im juristischen Kontext, bei Rechtsanwälten, keinen Erfolg.¹⁷³ Inwieweit das bei Richtern anders aussähe, wurde bisher nicht untersucht. Sicherlich versucht ein Richter schon qua Amt, stets beide Seiten des Falls zu sehen, sodass man mutmaßen könnte, dass Richtern das Erwägen des Gegenteils leichtfallen sollte und dass hierdurch etwaige *Biases* gut reduziert werden könnten. Andererseits ist auch bekannt, dass *Debiasing*-Strategien umso schlechter funktionieren, je weniger die zu entscheidende Frage mit einer eindeutigen, „richtigen“ Antwort entschieden werden kann.¹⁷⁴ Vor diesem Hintergrund müsste man eher vermuten, dass kognitive Strategien zur Bekämpfung von *Biases* im

¹⁶⁶ Vgl. allgemein zum Zusammenhang zwischen positivem Selbstbild, insbesondere in Bezug auf Objektivität, und Betroffenheit von kognitiven Verzerrungen *Pronin/Gilovich/Ross*, *Psychol.Rev.* 111 (2004) 781, 781 ff.; *Wilson/Brekke*, *Psychol.Bull.* 116 (1994) 117, 125.

¹⁶⁷ *Lamprecht*, *DRiZ* 2004, 89, 91.

¹⁶⁸ Zu den kognitiven Strategien siehe die Übersicht bei *Soll/Milkman/Payne*, in: *Wiley-Blackwell Handbook JDM*, 2015, S. 924, 931 ff.

¹⁶⁹ *Anderson*, *Soc.Cogn.* 1 (1982) 126, 129 f.

¹⁷⁰ *Lord/Lepper/Preston*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 47 (1984) 1231, 1232 ff.

¹⁷¹ *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 544.

¹⁷² Siehe etwa *Lord/Lepper/Preston*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 47 (1984) 1231, 1233 ff., 1238 f.; *Arkes/Faust/Guilmette/Hart*, *J.Appl.Psychol.* 73 (1988) 305, 305 ff.; *Mussweiler/Strack/Pfeiffer*, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 26 (2000) 1142, 1144 ff.; *Chapman/Johnson*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 79 (1999) 115, 144 ff. Siehe auch die Nachweise bei *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 136.

¹⁷³ *Goodman-Delahanty/Granhag/Hartwig/Loftus*, *Psychol. Public Policy Law* 16 (2010) 133, 147 f.

¹⁷⁴ *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 137 m. w. N.

Anwendungsbereich juristischer Entscheidungen grundsätzlich nur unzureichenden Erfolg haben – wobei entsprechende Langzeitstudien hierzu bisher nicht vorliegen.¹⁷⁵ Die empirische Bestätigung der Effektivität vorausgesetzt, könnten Richter das Erwägen des Gegenteils vor allem bei der Beweiswürdigung als Maßnahme gegen kognitive Verzerrungen nutzen, indem Beweise – auch Sachverständigengutachten – kritisch gewürdigt und hinterfragt werden und gegenläufige Versionen eines Sachverhalts jeweils ernsthaft und ergebnisoffen durchdacht werden.¹⁷⁶ Auch die Relationstechnik stellt eine Ausprägung des *Considering the Opposite* im gerichtlichen Kontext dar. Der Nachteil beim Erwägen des Gegenteils liegt darin, dass es sich um einen aktiv durchzuführenden Vorgang handelt, der deswegen zeitaufwendig ist. Daher dürfte diese Vorgehensweise in der richterlichen Praxis nicht gut umzusetzen sein.¹⁷⁷ Überdies bleibt zu betonen, dass durch die Strategie des *Considering the Opposite* eine kognitive Verzerrung stets nur reduziert und nie ganz beseitigt werden kann.¹⁷⁸

Die zweite Kategorie von *Debiasing*-Maßnahmen hat eine Veränderung der Entscheidungsumgebung und deren Bedingungen zum Gegenstand. Das umfasst das Setzen von Anreizen sowie die Veränderung von typischen Entscheidungsabläufen.¹⁷⁹ Auf diese Weise können auch rechtliche Regelungen dazu beitragen, kognitive Verzerrungen zu verringern.¹⁸⁰ Das Prozessrecht spielt hier eine besonders wichtige Rolle.¹⁸¹

Dabei wird als eine Variante von Veränderung der richterlichen Entscheidungsabläufe, erstens, vorgeschlagen, dass Richter bei der Urteilsfindung mit Entscheidungsrichtlinien¹⁸² oder Checklisten arbeiten.¹⁸³ Das birgt jedoch die Gefahr mechanistischen Urteilens,¹⁸⁴ und es ist nicht ersichtlich, warum beim Abarbeiten solcher Checklisten ein Richter nicht dennoch heuristikgeleitet entscheidet, sodass weiterhin ein Potential für Beeinflussung durch *Biases* bestünde.

¹⁷⁵ Dazu *Biard/Faure*, RTDEur 51 (2015) 715, 733.

¹⁷⁶ *Cunliffe*, E&P 18 (2014) 139, 176.

¹⁷⁷ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 93 (2007–2008) 1, 33 ff.

¹⁷⁸ *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 136.

¹⁷⁹ *Soll/Milkman/Payne*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 924, 934 ff.

¹⁸⁰ *Jolls/Sunstein*, J. Legal Stud. 35 (2006) 199, 201, 206 ff. mit Schwerpunkt auf dem materiellen Recht.

¹⁸¹ *Sagana/van Toor*, Z.Psychol. 228 (2020) 226, 227 m.w.N.; vgl. auch *Levy*, M.U.L.R. 41 (2017) 727, 727 ff.

¹⁸² *Levy*, M.U.L.R. 41 (2017) 727, 755 f.

¹⁸³ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 93 (2007–2008) 1, 40 ff.; allgemein dazu *Soll/Milkman/Payne*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 924, 941.

¹⁸⁴ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 93 (2007–2008) 1, 41.

Zweitens wäre die Unterstützung der Gerichte durch Algorithmen eine weitere Idee, um mithilfe veränderter Entscheidungsbedingungen das Auftreten von kognitiven Verzerrungen einzudämmen. Wie oben bereits berichtet (2.), liegt in diesem Vorschlag derzeit noch keine gute Lösung, u. a. weil algorithmenbasierte Entscheidungen ebenfalls von *Biases* betroffen sein können. Falls „ein Computer eine erste Fallauswertung vornehmen“ sollte,¹⁸⁵ um dem zur Entscheidung berufenen Richter eine möglichst unvoreingenommene Sachverhaltsbeurteilung und Entscheidungsfindung zu ermöglichen, dann sollte u. a. zunächst gesichert sein, dass das Ergebnis dieses Computers weniger verzerrt ist als das eines menschlichen Richters, zumal die entsprechenden informationstechnischen Systeme nicht ansatzweise wie ein Mensch wahrnehmen und denken, sondern in der Regel Korrelationen berechnen und davon ausgehend Prognosen treffen. Darüber hinaus scheitert der Einsatz computergestützter Systeme faktisch bisher schon an der fehlenden Verfügbarkeit derartiger Systeme außerhalb eng begrenzter Anwendungsbereiche. Ferner müsste berücksichtigt werden, dass beim Einsatz solcher Systeme ein zu weitreichendes Vertrauen des menschlichen Entscheiders in den computergenerierten Entscheidungsvorschlag aufkommen könnte – hierin könnte seinerseits wiederum eine kognitive Verzerrung (sog. *Automation Bias*) begründet liegen.¹⁸⁶

Ein dritter Modifikationsvorschlag hinsichtlich richterlicher Entscheidungsabläufe bezieht sich konkret auf die Berufung im Zivilrecht: Man könnte darüber nachdenken, dem eigentlichen Entscheidungsfindungsprozess am Berufungsgericht ein internes Blindverfahren vorzuschalten, um etwaigen kognitiven Verzerrungen vorzubeugen, die dadurch entstehen könnten, dass die Kenntnis des erstinstanzlichen Entscheidungsinhalts sich materiell auf die Überzeugung der Berufungsrichter von der Richtigkeit dieser Entscheidung auswirkt.¹⁸⁷ Hierauf soll zum Ende dieses Kapitels (B. II.) näher eingegangen werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine vollständige Aufhebung von *Cognitive Biases* nicht möglich ist und dass selbst die Verringerung verzerrender Effekte schwierig ist. Im Einzelnen hängt der Erfolg von *Debiasing*-Maßnahmen von der konkreten kognitiven Verzerrung sowie der Umgebung, in der sie auftritt, ab. Manche Maßnahmen gegen kognitive Verzerrungen sind

¹⁸⁵ Risse, NJW 2018, 2848, 2853.

¹⁸⁶ Siehe stellvertretend nur *Goddard/Roudsari/Wyatt*, J. Am. Med. Inform. Assoc. 19 (2012) 121, 121 ff. m. w. N.; es kann allerdings auch ein entgegengesetzter Effekt auftreten, die sog. *Algorithm Aversion*, dazu statt aller *Burton/Klein/Blegind Jensen*, J. Behav. Decis. Mak. 33 (2020) 220, 220 ff. m. w. N., insb. unter Verweis auf *Dietvorst/Simmons/Massey*, J. Exp. Psychol. Gen. 144 (2015) 114, 114 ff.

¹⁸⁷ *Warmuth*, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), Einflüsse, 2017, S. 54, 72 ff.

daher vielleicht im Alltagskontext gut umzusetzen, aber weniger gut bei Gericht. Langzeitbeobachtungen fehlen allerdings. Wer über Maßnahmen gegen die Prävalenz von kognitiven Verzerrungen nachdenkt, muss sich auch dessen bewusst sein, dass eine Vielzahl von rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen sich jeweils unterschiedlich und manchmal auch gegenläufig auf die Ausprägung eines Verzerrungseffekts auswirkt.¹⁸⁸ Bei der Bestimmung einer *Debiasing*-Strategie ist es also angezeigt, diesen Hintergrund zu berücksichtigen, um kontraproduktive Maßnahmen zu vermeiden.¹⁸⁹ Bis wir die beschriebenen Hürden auf dem Weg zu effektiven Methoden überwunden haben, bleibt es wichtig, Aufmerksamkeit für die zugrunde liegenden Zusammenhänge zu schaffen. Daher liegt eine wichtige Aufgabe darin, Richter und andere juristische Akteure – auch Anwälte – zu den Themen der Heuristiken und kognitiven Verzerrungen zu schulen.¹⁹⁰

(4) Zwischenergebnis

Der vorangegangene Überblick hat gezeigt, dass die Entscheidungen, die Richter treffen, von kognitiven Verzerrungen betroffen sind und dass es schwierig ist, dagegen anzukommen. Angesichts des unzureichenden Erfolgs von Aufklärung, Information und kognitiven Strategien könnten Maßnahmen gegen die Wirkmacht von *Heuristics* und *Biases* bei Richtern insbesondere auf gesetzgeberischer Ebene liegen, etwa durch Modifikation des Entscheidungsablaufs.

Um das diskutieren zu können, soll im Folgenden zunächst näher beleuchtet werden, welche der verschiedenen kognitiven Verzerrungen konkret für Richter relevant sind. Von den etwa 20 unterschiedenen Verzerrungseffekten, die in der Praxis nicht isoliert auftreten,¹⁹¹ sollen daher im Folgenden der Anker-Effekt (bb)), der Rückschaufehler (cc)) sowie der Bestätigungsfehler (dd)) vorgestellt werden. Diese *Biases* spielen eine Rolle bei der Entscheidungsfindung von Richtern im Allgemeinen, und deren Kenntnis bildet die Grundlage für das Verständnis der psychologischen Einflüsse auf die Urteilsfindung von Berufsrichtern (Abschnitt II) im Speziellen.¹⁹²

¹⁸⁸ Arntz, JR 2017, 253, 263.

¹⁸⁹ Arntz, JR 2017, 253, 263; vgl. *Soll/Milkman/Payne*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 924, 941; *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 829.

¹⁹⁰ Risse, NJW 2018, 2848, 2852. Zum Training gegen kognitive Verzerrungen im Arbeitsrecht s. *Zimmer/Stajcic*, NZA 2017, 1040, 1042 ff.

¹⁹¹ Arntz, JR 2017, 253, 263.

¹⁹² *Rachlinski*, Nw.U.L.Rev. 97 (2003) 1165, 1170 ff. kritisiert, dass die Rechtswissenschaft sich bisher vor allem mit den fünf Heuristiken und kognitiven Verzerrungen der Verfügbarkeit, der Repräsentativität, des Anker-Effekts, des Rückschaufehlers so-

bb) Anker-Effekt

Als erstes Beispiel für kognitive Verzerrungen soll der Anker-Effekt dargestellt werden. Unterabschnitt (1) beschreibt die allgemeinen Zusammenhänge dieses wahrnehmungspsychologischen Effekts. Danach zeigt Unterabschnitt (2) auf, wie Richter in ihrer Entscheidungsfindung vom Anker-Effekt betroffen sind.

(1) Begriff, klassische Nachweise und Erklärung

Einer der bekanntesten¹⁹³ und robustesten¹⁹⁴ Effekte aus dem *Heuristics-and-Biases*-Programm ist der Anker-Effekt. Das Phänomen des Anker-Effekts (*Anchoring*) beschreibt die Anpassung einer numerischen Schätzung an einen zuvor gesetzten Zahlenwert („Anker“).¹⁹⁵ Was man beispielsweise aus dem Kontext von Gehalts- und Preisverhandlungen kennt,¹⁹⁶ ist eine grundlegend wirkende Heuristik für menschliches Urteilen und Entscheiden: Der Satz „Je mehr man verlangt, umso mehr bekommt man auch“ lässt sich darauf zurückführen, dass sich Menschen beim Beurteilen und Bewerten von Situationen, Objekten oder Personen stets daran orientieren, was ihnen als erstes Stück Information in Form einer Zahl präsentiert wird. Sobald durch diese Information ein „Anker“ gesetzt ist, gibt es eine innere Tendenz und damit Voreingenommenheit in die Richtung des Ankers.

wie der selbstwertdienlichen Verzerrung (*Self-Serving Bias*) beschäftigt habe. Ein Gegenbeispiel aus der jüngeren Vergangenheit ist aber etwa *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, der umfassend die verschiedenen *Biases* darstellt, *ders.*, a. a. O., S. 77 ff.

¹⁹³ Vgl. *Furnham/Boo*, *J.Socio-Econ.* 40 (2011) 35, 35 ff.

¹⁹⁴ *Wilson/Houston/Etling/Brekke*, *J.Exp.Psychol. Gen.* 125 (1996) 387, 387 ff.; s. auch *Bahník/Englich/Strack*, in: Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017, S. 223, 224, 226 m. w. N.; s. auch sogleich S. 218 f. Kritisch *Brewer/Chapman*, *J.Behav.Decis.Mak.* 15 (2002) 66, 68 ff., nach deren Studienergebnissen nur dasjenige Ankern nicht auszusuchen ist, das aus dem bloßen Präsentieren von Zahlenwerten besteht, d. h., bei denen nicht ausdrücklich gefragt wird, ob der abgefragte Wert höher oder niedriger liege als der Ankerwert. Dagegen sprechen wiederum die aktuelleren Ergebnisse von *Critcher/Gilovich*, *J.Behav.Decis.Mak.* 21 (2008) 241, 245 ff.

¹⁹⁵ *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1128 ff.; s. auch *Mussweiler/Strack*, *Eur.Rev.Soc.Psychol.* 10 (1999) 135, 136 f.

¹⁹⁶ *Chertkoff/Conley*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 7 (1967) 181, 181 ff.; *Galinsky/Mussweiler*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 81 (2001) 657, 657 ff.; *Northcraft/Neale*, *Organ.Behav.Hum. Dec.* 39 (1987) 84, 84 ff. (zum Einfluss des Anker-Effekts auf Immobilienpreise); aktuell *Loschelder/Stuppi/Trötschel*, *Soc.Psychol.Pers.Sci.* 5 (2014) 491, 493 ff.: Je präziser der geforderte Betrag, umso stärker wirkt für diesen Zahlenwert ein Anker-Effekt. Siehe dazu auch *Janiszewski/Uy*, *Psych.Sci.* 19 (2008) 121, 123 ff.; ebenso *Zhang/Schwarz*, *J.Exp.Soc.Psychol.* 49 (2013) 944, 945 f.

Dieser Zusammenhang wurde in vielen Untersuchungen empirisch nachgewiesen. Er zeigt sich nicht nur in trivialen Angelegenheiten,¹⁹⁷ sondern gleichermaßen in komplexen Fragestellungen,¹⁹⁸ wie beispielsweise bei gerichtlich zu entscheidenden Sachverhalten (siehe dazu gleich Abschnitt (2)). In einer der klassischen Studien von Tversky und Kahneman zum Anker-Effekt wurde in Gegenwart der Probanden zunächst ein Glücksrad gedreht, auf dem Zahlen zwischen 0 und 100 abgebildet waren. Die Teilnehmer erhielten sodann Schätzaufgaben, z. B. sollten sie den prozentualen Anteil afrikanischer Staaten in den Vereinten Nationen schätzen.¹⁹⁹ Dabei zeigte sich der Anker-Effekt insofern, als die zufällig erhaltenen Zahlen des Glücksrads einen Orientierungswert für die nachfolgende Schätzaufgabe ergaben. Dass die Glücksradwerte mit den Lösungswerten der Geografie-Aufgabe in keiner inhaltlichen Beziehung standen, war dafür offensichtlich unerheblich. Konkret lag bei der Teilnehmergruppe, die im Glücksrad die Zahl 10 zugeteilt bekommen hatte, der Median der Schätzwerte bei 25 Prozent (Anteil afrikanischer Staaten in den Vereinten Nationen), und diejenigen, die zuvor die Zahl 65 am Glücksrad angezeigt bekommen hatten, schätzten im Median, dass der Anteilswert afrikanischer Staaten in den Vereinten Nationen bei 45 Prozent liegt.²⁰⁰ Eine höhere vorgegebene Zahl, zufällig erstellt und inhaltlich bezugslos, führte also zu höheren Antwortwerten bei einer im Anschluss gestellten inhaltlichen Schätzaufgabe. Zu vergleichbaren Ergebnissen kommen Studien, die nach der Höhe des Brandenburger Tors – höher oder niedriger als 25 Meter (Gruppe 1) oder höher oder niedriger als 150 Meter (Gruppe 2) –²⁰¹ und danach fragen, wie alt Mahatma Gandhi geworden ist – jünger oder älter als neun Jahre (Gruppe 1) oder jünger oder älter als 140 Jahre (Gruppe 2).²⁰² Hier hatten selbst extreme, vernünftigerweise nicht plausible Werte eine ankernde Wirkung auf die Antwort der Teilnehmer.

Neben dem Effekt als solchem ist an diesen Befunden bemerkenswert, dass der Ankerwert einerseits zwar stärker wirkt, je relevanter er für die zu treffende Entscheidungssituation ist,²⁰³ aber dass andererseits auch inhaltlich ab-

¹⁹⁷ Im Alltag beeinflusst der Anker-Effekt u. a. die Konsumententscheidungen von Menschen, *Biswas/Burton*, *JAMS* 21 (1993) 217, 217 ff.; *Wansink/Kent/Hoch*, *JMR* 35 (1998) 71, 71 ff.

¹⁹⁸ S. den Überblick bei *Bahník/Englich/Strack*, in: Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017, S. 223, 226 m. w. N.; ebenso *Furnham/Boo*, *J.Socio-Econ.* 40 (2011) 35, 36 f.

¹⁹⁹ *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1128.

²⁰⁰ *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1128.

²⁰¹ *Strack/Mussweiler*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 73 (1997) 437, 439 ff.

²⁰² *Strack/Mussweiler*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 73 (1997) 437, 442 f.

²⁰³ So zum Beispiel in der Schätzfrage zum Brandenburger Tor bei *Strack/Mussweiler*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 73 (1997) 437, 439 f., wo ein vorgegebener Wert für die

solot irrelevante Werte einen Anker-Effekt bewirken können. Das wird noch deutlicher in Studien, bei denen die Probanden das Foto eines Sportlers betrachten sollten und dann dessen zukünftige sportliche Leistung einschätzen sollten. Dabei trafen die Teilnehmer eine günstigere Leistungsprognose, wenn der Sportler ein Trikot mit der Nummer 94 trug, als wenn derselbe Sportler ein Trikot mit der niedrigeren Nummer 54 trug.²⁰⁴ Ebenso wird dasselbe Smartphone als verkaufsstärker bewertet, wenn es eine höhere Modellnummer („Sony Ericsson P97“) im Vergleich zu einer niedrigeren Modellnummer („Sony Ericsson P17“) hat,²⁰⁵ und für den Besuch desselben Restaurants sind Besucher bereit, mehr Geld auszugeben, wenn es eine höhere Zahl im Namen trägt („Studio 97“) als eine niedrigere („Studio 17“).²⁰⁶ Diese Studien zum sogenannten *Incidental Anchoring* unterscheiden sich von den klassischen Studien dadurch, dass die Teilnehmer nicht ausdrücklich auf den Ankerwert hingewiesen werden. Da sich aber dennoch ein Unterschied zwischen den Gruppen zeigte, kann man hieran eindrucksvoll sehen, dass sich schon bei zufälligen, inhaltlich bedeutungslosen Werten ein Anker-Effekt ergibt. Sogar unbewusst wahrgenommene Werte können einen Anker-Effekt bewirken.²⁰⁷ Zusammenfassend zeigt sich der Effekt also sowohl bei explizit präsentierten als auch bei implizit präsentierten Ankern, außerdem kann der Anker fremd- oder selbstgeneriert sein. Auch muss der Anker gar nicht zwingend unmittelbar vor der zu treffenden Entscheidung präsentiert werden, sondern der Effekt kann beispielsweise eine Woche lang vorhalten.²⁰⁸

Zur Erklärung des Anker-Effekts werden insgesamt fünf verschiedene Ansätze vertreten, wobei sich diese nicht gegenseitig ausschließen,²⁰⁹ sondern zum Großteil in ein Modell integriert werden können, das für unterschiedliche Erscheinungsformen des Anker-Effekts jeweils theoretische Begründungen

Höhe des Brandenburger Tors einen größeren Anker-Effekt entfaltete, wenn der Versuchsteilnehmer auch tatsächlich die Frage nach der Höhe des Brandenburger Tors beantworten musste, als wenn er eine Einschätzung zur Breite, d. h. zu einer sich vom Ankerwert unterscheidenden Dimension, dieses Bauwerks abgeben sollte.

²⁰⁴ Critcher/Gilovich, J.Behav.Decis.Mak. 21 (2008) 241, 243 f. Der Anker-Effekt wirkt sich nicht nur auf die Beurteilung der Leistung anderer aus, sondern auch darauf, wie man seine eigene Leistungsfähigkeit beurteilt, Carroll/Petrusic/Leth-Steensen, Atten.Percept.Psychophys. 71 (2009) 297, 305 f.

²⁰⁵ Critcher/Gilovich, J.Behav.Decis.Mak. 21 (2008) 241, 245 f.

²⁰⁶ Critcher/Gilovich, J.Behav.Decis.Mak. 21 (2008) 241, 246 f.

²⁰⁷ Mussweiler/Englich, Organ.Behav.Hum.Dec. 98 (2005) 133, 136 f., 141; Reitsma-van Rooijen/Daamen, J.Exp.Soc.Psychol. 42 (2006) 380, 385 f.; kritisch Newell/Shanks, Soc.Cogn. 32 (2014) 88, 93 ff.

²⁰⁸ Mussweiler, Eur.J.Soc.Psychol. 31 (2001) 431, 436 ff.

²⁰⁹ Aktuell beispielsweise sichtbar an der von Lieder/Griffiths/Huys/Goodman, Psychon.Bull.Rev. 25 (2018) 322, 322 ff. unterstützten Theorie des *Anchoring and Adjustment*, dies., a. a. O., 340.

liefert.²¹⁰ Unter diesen Theorien ist das Modell der selektiven Verfügbarkeit diejenige, die für die meisten Fälle des Ankerns, insbesondere des Ankerns durch externe Informationen, eine Erklärung bietet. Vertreter dieser Auffassung gehen aufgrund entsprechender empirischer Befunde davon aus, dass die Wahrnehmung eines Ankerwerts den Anstoß dazu gibt, im Gedächtnis nach Informationen zu suchen, die bei der Beantwortung der eigentlichen Frage hilfreich sein können (positives Hypothesentesten oder positive Teststrategie²¹¹). Bei diesem Suchprozess sind allerdings diejenigen Informationen, die inhaltlich zum Ankerwert passen, also hypothesenkonform sind, leichter zugänglich als Informationen, die nicht mit dem Ankerwert in Einklang stehen.²¹² Die Suche nach hypothesenkonformen Werten ist also selektiv. Daraus ergibt sich, dass die zum Anker passenden, im Gedächtnis leichter verfügbaren Informationen bevorzugt verarbeitet werden, sodass ein entsprechend verzerrtes Urteil entstehen kann.²¹³ Wird jemand beispielsweise gefragt, ob die Durchschnittstemperatur in Deutschland höher oder niedriger als 20°C ist, wird der Ankerwert „20°C“ bewirken, dass der Befragte in seiner Erinnerung zunächst nach Situationen sucht, die er mit einer Außentemperatur von 20°C assoziiert hat.²¹⁴ Dieser Vorgang des hypothesenkonformen oder konfirmatorischen Testens (auch: positive Teststrategie) führt dazu, dass die abgerufenen Informationen gedanklich präsenter sind als andere Informationen, etwa zum Winter, die wegen ihrer Inkonsistenz mit dem Wert „20°C“ erst nachrangig gedanklich verfügbar sind. In der Folge ist zwar nicht damit zu rechnen, dass die Überzeugung entsteht, die Durchschnittstemperatur betrage 20°C,²¹⁵ wohl aber wird sich die abgegebene Schätzung signifikant an dem Anker orientieren und damit insgesamt höher ausfallen, als wenn es den Anker von vornherein nicht gegeben hätte.

Der Anker-Effekt ist, wie erwähnt, besonders robust. Er zeigt sich bei allen Arten von Ankern, insbesondere auch bei unplausiblen oder extremen Werten. Geht man nach der Mehrzahl der Studien, macht es außerdem für die Stärke

²¹⁰ S. zu den Details die ausführliche Darstellung bei *Bahník/Englich/Strack*, in: Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017, S. 223, 229 ff., 237.

²¹¹ Weiterführend dazu *Klayman/Ha*, *Psychol.Rev.* 94 (1987) 211, 211 ff.

²¹² *Mussweiler/Strack*, *J.Exp.Soc.Psychol.* 35 (1999) 136, 138 ff.; *dies.*, *Eur.Rev.Soc.Psychol.* 10 (1999) 135, 145 ff.; *dies.*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 78 (2000) 1038, 1039 ff.; vgl. auch *Mussweiler*, *Eur.J.Soc.Psychol.* 31 (2001) 431, 439 f. Für einen aktuellen Nachweis des Modells s. beispielsweise *Bahník/Strack*, *Judgm.Decis.Mak.* 11 (2016) 92, 92 ff. Mit einem sehr ähnlichen Ansatz *Chapman/Johnson*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 79 (1999) 115, 115 ff.

²¹³ Vgl. *Förster/Liberman*, in: *Kruglanski/Higgins* (Hrsg.), *Social Psychology: Handbook of Basic Principles*², 2007, S. 201, 204 ff. m. w. N., u. a. zu den Werken von *Higgins*.

²¹⁴ *Mussweiler/Strack*, *Eur.Rev.Soc.Psychol.* 10 (1999) 135, 146.

²¹⁵ *Mussweiler/Strack*, *Eur.Rev.Soc.Psychol.* 10 (1999) 135, 146.

des Anker-Effekts in der Regel keinen Unterschied, ob die betroffene Person in Bezug auf die zu entscheidende Frage eine Expertise hat oder insgesamt häufiger mit dieser Art von Fragen befasst ist.²¹⁶ Berufsmäßige Entscheider sind also genauso von der Verzerrung eigener Urteile durch den Anker-Effekt betroffen wie Laien. Schließlich äußert sich die Robustheit des Effekts auch darin, dass selbst der vorwarnende Hinweis an den Entscheider, er werde erwartungsgemäß bei der Urteilsfindung einer kognitiven Verzerrung unterliegen, nicht dazu führt, dass der Effekt sich weniger stark zeigen würde.²¹⁷ Ein Eliminieren des Anker-Effekts ist grundsätzlich nicht zu erreichen. Indes ist es möglich, den Effekt leicht abzumildern, indem der Entscheider dazu angehalten wird, bewusst Informationen zu generieren, die zum Ankerwert in Widerspruch stehen (*Considering the Opposite*, siehe dazu allgemein oben aa) (3)).²¹⁸ Beispielsweise waren die Schätzungen von Probanden für den Wert eines Gebrauchtwagens weniger stark vom Anker-Effekt beeinflusst, wenn sie zuvor Gründe auflisten mussten, die gegen den jeweiligen Anker sprachen.²¹⁹ So wird dem Vorgang des hypothesenkonformen Testens und der daraus resultierenden selektiven Verfügbarkeit passender Informationen jedenfalls zum Teil entgegengewirkt.

(2) Der Anker-Effekt bei Richtern

Wie soeben gesehen, betrifft der Anker-Effekt nicht nur Laien, sondern auch berufsmäßige Entscheidungsträger. Das bedeutet also, dass auch Gerichtsurteile durch den Anker-Effekt beeinflusst werden.²²⁰ Selbst bei Richtern mit durchschnittlich fünfzehn Jahren Berufserfahrung zeigte sich der Effekt;²²¹

²¹⁶ *Cheek/Coe-Odess/Schwartz*, *Judgm.Decis.Mak.* 10 (2015) 76, 81 f.; *Critcher/Gilovich*, *J.Behav.Decis.Mak.* 21 (2008) 241, 245; *Englich*, *Eur.J.Soc.Psychol.* 38 (2008) 896, 900 ff.; *Englich/Mussweiler/Strack*, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 32 (2006) 188, 190 f.; *Englich/Mussweiler*, *J.Appl.Soc.Psychol.* 31 (2001) 1535, 1545 f.; *Northcraft/Neale*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 39 (1987) 84, 95; dagegen aber z. B. *Smith/Windschitl/Bruchmann*, *Eur.J.Soc.Psychol.* 43 (2013) 97, 97 ff.: US-Amerikaner waren weniger stark von Ankerwerten beeinflusst, wenn sie Urteile über US-amerikanische Sachverhalte abgeben sollten, als wenn sie über Fragen bezüglich Indien urteilen sollten. Dasselbe wurde aber auch bei indischen Probanden beobachtet, sodass hier die Annahme kultureller Einflüsse ausscheidet.

²¹⁷ *Wilson/Houston/Etling/Brekke*, *J.Exp.Psychol. Gen.* 125 (1996) 387, 397.

²¹⁸ *Mussweiler/Strack/Pfeiffer*, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 26 (2000) 1142, 1144 ff.; *Chapman/Johnson*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 79 (1999) 115, 144 ff.

²¹⁹ *Mussweiler/Strack/Pfeiffer*, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 26 (2000) 1142, 1144 ff.

²²⁰ Siehe den Überblick bei *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 541 ff.

²²¹ *Englich/Mussweiler*, *J.Appl.Soc.Psychol.* 31 (2001) 1535, 1545 f.; ähnlich bei Richtern mit durchschnittlich zehn Jahren Berufserfahrung *Englich/Mussweiler/Strack*,

insbesondere war er bei derart berufserfahrenen Richtern noch in gleichem Umfang ausgeprägt wie bei Proberichtern oder fortgeschrittenen Jurastudenten.²²²

Die Diskussion zum Anker-Effekt im Rahmen der richterlichen Urteilsfindung hat in Deutschland ihren Schwerpunkt im Strafrecht – dort geht es darum, dass die Strafmaßforderung der Staatsanwaltschaft den Strafrichter für sein zahlenmäßiges Urteil zugunsten einer Haft- oder Geldstrafe „ankert“.²²³ Aber auch dem deutschen Zivilrechtssystem ist der kognitive Mechanismus der Orientierung an vorgegebenen Zahlenwerten bekannt:²²⁴ Mehrere Gerichte, etwa das *OLG Frankfurt*²²⁵ und das *OLG Karlsruhe*²²⁶, haben in ihren Urteilen bereits zum Anker-Effekt bei Schmerzensgeldforderungen ausgeführt. Sie wissen, dass ein hoher eingeklagter Betrag auch eine größere Wahrscheinlichkeit bedeutet, vom Gericht einen relativ hohen Betrag zuerkannt zu bekommen, weil Richter „nicht nur rational abwägen, sondern gleichzeitig intuitiv (unbewusst) psychologische ‚Anker‘ berücksichtigen“.²²⁷ Demnach können Kläger infolge des Anker-Effekts ihre Chancen auf ein möglichst hohes Schmerzensgeld verbessern, wenn sie einen vergleichsweise hohen Schmerzensgeldbetrag fordern.²²⁸

Pers.Soc.Psychol.Bull. 32 (2006) 188, 190 f. Vgl. allgemein zum Anker-Effekt bei Juristen *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209, 1213 f., die allerdings die oben unter (1) dargestellten Grundlagen des Phänomens missverständlichweise als Ergebnisse der Hirnforschung bezeichnen.

²²² *Englich/Mussweiler*, J.Appl.Soc.Psychol. 31 (2001) 1535, 1546.

²²³ *Englich/Mussweiler*, J.Appl.Soc.Psychol. 31 (2001) 1535, 1535 ff.; s. dazu die Evaluation von *Risse*, NJW 2018, 2848, 2851. Die Ankerung besteht sogar dann, wenn der Richter sich seinen Ankerwert vor Ermittlung des Strafmaßes selbst erwürfelt (das Würfeln der Zahl 3 führte im Mittel zu einer Verurteilung von 5,28 Monaten, dagegen die Augenzahl 9 zu einer durchschnittlichen Verurteilungsdauer von 7,81 Monaten.), *Englich/Mussweiler/Strack*, Pers.Soc.Psychol.Bull. 32 (2006) 188, 194 f. (durchgeführt mit Rechtsreferendaren), oder wenn Laien den Strafmaß-Anker vorgeben, *Englich/Mussweiler*, a. a. O., 1542 f. Auch auf die Strafmaßforderung der Verteidigung hat die Forderung der Staatsanwaltschaft einen ankernden Einfluss, *Englich/Mussweiler/Strack*, Law & Hum.Behav. 29 (2005) 705, 710 ff., 714 ff.

²²⁴ Vgl. aus prozessrechtlicher Perspektive *Risse*, NJW 2018, 2848, 2850 ff.; *Arntz*, JR 2017, 253, 254 f., 257 f.; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 40 f.; *Boehme-Neßler*, RW 2014, 189, 207 f.; *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2086, 2088 ff.; *Wagner*, ZZP 121 (2008) 5, 19 ff.; *Effer-Uhe*, in: Christandl et al. (Hrsg.), Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht, 2018, S. 71, 75 ff.; aus materiellechtlicher Sicht *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, 2014, S. 183, 191 f.

²²⁵ *OLG Frankfurt* 04.02.2019 – 8 W 48/17, juris Rn. 29.

²²⁶ *OLG Karlsruhe* 16.02.2011 – 4 W 108/10, juris Rn. 21 f.

²²⁷ *OLG Karlsruhe* 16.02.2011 – 4 W 108/10, juris Rn. 22.

²²⁸ *OLG Karlsruhe* 16.02.2011 – 4 W 108/10, juris Rn. 21 mit dem Hinweis, dass „[e]rfahrene Rechtsanwälte [...] bei Schmerzensgeldklagen [...] in der Regel einen

Dieser Erkenntnis liegen empirische Befunde zum US-amerikanischen²²⁹ sowie zum Schweizer Zivilrechtssystem²³⁰ zugrunde. Studien aus den Vereinigten Staaten wiesen beispielsweise nach, dass zivilrechtliche *Juries* umso höhere Schadensersatz- (*Damages*) oder Strafschadensersatz-Summen (*Punitive Damages*) zusprechen, je höher der Betrag ist, den der Kläger eingefordert hatte.²³¹

Für den linearen Zusammenhang zwischen eingeklagter und zugesprochener Summe gibt es allerdings Grenzen. Denn extrem hohe Ankerwerte können sogar eine entgegengesetzte Wirkung haben und dazu führen, dass das Gericht sich deutlich vom entsprechenden Wert entfernt.²³² Dabei wirkt sich auch die Art der Darstellung des Ankerwerts aus: Wird als Schmerzensgeld eine Zahlung von 175.000 US-Dollar insgesamt oder von 10 US-Dollar pro Stunde für einen bestimmten Zeitraum verlangt, so fällt die tatsächlich zugesprochene Summe höher aus, als wenn ein Betrag von 7.300 US-Dollar pro Monat (*Per Diem Argument*) eingeklagt wird, der in der Summe rechnerisch jedoch mit dem Gesamtbetrag sowie der Summe der Stundenbeträge identisch ist.²³³ Dieses Ergebnis ist mutmaßlich auf den Mechanismus zurückzuführen, dass zu extreme oder zu extrem wahrgenommene Ankerwerte sich negativ auf die

Betrag geltend [machen], der sich im oberen Bereich des Vertretbaren bewegt“; vgl. auch Geipel/Nill, ZfS 2007, 6, 7 f.; Schweizer, Betrifft Justiz 2010, 239, 240.

²²⁹ Guthrie/Rachlinski/Wistrich, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 790 ff.; Hastie/Schkade/Payne, Law & Hum.Behav. 23 (1999) 445, 445 ff.; Chapman/Bornstein, Appl. Cogn.Psychol. 10 (1996) 519, 519 ff.; McAuliff/Bornstein, Law & Hum.Behav. 34 (2010) 164, 164 ff.; Reyna/Hans/Corbin/Yeh/Lin/Royer, Psychol. Public Policy Law 21 (2015) 280, 280 ff.; Marti/Wissler, J.Exp.Psychol. Appl. 6 (2000) 91, 91 ff.; Malouff/Schutte, J.Soc.Psychol. 129 (1989) 491, 491 ff.; Wistrich/Guthrie/Rachlinski, U.Pa.L. Rev. 153 (2005) 1251, 1286 ff.

²³⁰ Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 82 ff.

²³¹ Für *Punitive Damages*: Hastie/Schkade/Payne, Law & Hum.Behav. 23 (1999) 445, 453 ff.; für *Damages*: Reyna/Hans/Corbin/Yeh/Lin/Royer, Psychol. Public Policy Law 21 (2015) 280, 280 ff.; Marti/Wissler, J.Exp.Psychol. Appl. 6 (2000) 91, 94 ff., 97 ff.; Malouff/Schutte, J.Soc.Psychol. 129 (1989) 491, 495.

²³² Marti/Wissler, J.Exp.Psychol. Appl. 6 (2000) 91, 97 f.; Malouff/Schutte, J.Soc. Psychol. 129 (1989) 491, 495 beobachteten ebenfalls einen solchen „Bumerang-Effekt“, wollen diesen aber mit Vorsicht behandelt wissen, da er nur in einem von mehreren präsentierten Fällen auftrat und zudem nur unter der Bedingung, dass die Klägerpartei weiblich ist und zur Ethnie der Hispanics gehört. Ausdrücklich keinen derartigen Effekt beobachteten Chapman/Bornstein, Appl.Cogn.Psychol. 10 (1996) 519, 537: „[E]ven requests as high as \$ 1 billion did not reduce the plaintiff's probability of winning“.

²³³ McAuliff/Bornstein, Law & Hum.Behav. 34 (2010) 164, 169 f. Die Forderung nach zehn US-Dollar pro Stunde führte außerdem zu signifikant breiterer Streuung in den im Urteil zuerkannten Summen als bei der auf den Monat berechneten Summe in der Bedingung ohne Ankerwert, *dies.*, a. a. O.

Höhe der Urteilssumme auswirken.²³⁴ Andere Studien haben außerdem ergeben, dass ein für den Fall relevanter Ankerwert, wie etwa das Durchschnittseinkommen der betroffenen Personengruppe, eine signifikant stärkere Ankerwirkung hat als ein irrelevanter Wert, wie beispielsweise die Renovierungskosten für den Gerichtssaal.²³⁵ Schließlich macht es einen Unterschied, ob *Juries* nur einen einzigen Betrag als Ankerwert präsentiert bekommen – dann orientiert sich das Urteil sehr nah hieran – oder ob sowohl Kläger als auch Beklagter jeweils eine Summe nennen, denn in letzterem Fall nutzt das Gericht diese Werte als obere und untere Begrenzungen eines zahlenmäßigen Entscheidungskorridors, sodass der Anker-Effekt in diesen Fällen abgeschwächt wird.²³⁶

Manchmal kann es aus Klägerperspektive auch sinnvoll sein, keinen Ankerwert zu nennen. Denn eine Studie mit US-amerikanischen *Federal Magistrate Court Judges* ergab, dass Richter für denselben Sachverhalt, bei dem es um Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld ging, signifikant geringere Beträge zusprachen, wenn vorher ein Zahlenwert ins Spiel gebracht worden war – hier: seitens der Beklagten, die vortrug, der Zuständigkeitsstreitwert von 75.000 US-Dollar sei nicht erreicht – als wenn die Parteien dem Gericht keinen Zahlenwert präsentierten.²³⁷ In letzterem Fall, d.h. bei den Richtern, die nicht geankert worden waren, lag die durchschnittlich zugesprochene Schadensersatzsumme bei 1,25 Millionen US-Dollar; mit Ankerung durch die Beklagtenseite betrug sie nur noch durchschnittlich 882.000 US-Dollar.²³⁸

Der konkrete bezifferbare Klageantrag beeinflusst nicht nur die Höhe der nachher gerichtlich zuerkannten Summe, sondern wirkt sich außerdem darauf aus, ob das Gericht davon ausgeht, dass der haftungsbegründende Tatbestand erfüllt ist. Eine US-amerikanische Studie zu Schadensersatzklagen wegen Körperverletzung ergab, dass die *Jury* es für deutlich wahrscheinlicher hielt, dass der Beklagte die streitgegenständlichen Verletzungen des Klägers auch tatsächlich verursacht hatte, wenn ein höherer Betrag eingeklagt wurde, als wenn ein vergleichsweise niedrigerer Betrag gefordert wurde.²³⁹

Oben unter (1) wurde bereits besprochen, dass der Anker-Effekt nach überwiegender Auffassung bei Richtern und anderen berufsmäßigen Entschei-

²³⁴ McAuliff/Bornstein, *Law & Hum.Behav.* 34 (2010) 164, 171.

²³⁵ Reyna/Hans/Corbin/Yeh/Lin/Royer, *Psychol. Public Policy Law* 21 (2015) 280, 280 ff.

²³⁶ Marti/Wissler, *J.Exp.Psychol. Appl.* 6 (2000) 91, 96 f.

²³⁷ Guthrie/Rachlinski/Wistrich, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 791 f.

²³⁸ Guthrie/Rachlinski/Wistrich, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 791 f. (Median mit Anker: 882.000 USD, Median ohne Anker: 1 Mio. USD).

²³⁹ Chapman/Bornstein, *Appl.Cogn.Psychol.* 10 (1996) 519, 525 ff.

dungsfindern in einem mit Laien vergleichbaren Ausmaß vorkommt. Möglicherweise liegt es aber nicht einmal fern, anzunehmen, dass Richter sogar stärker als Laien vom Anker-Effekt betroffen sind.²⁴⁰ Denn einzelne Untersuchungen haben ergeben, dass die Stärke des Anker-Effekts umso ausgeprägter wird, je mehr Informationen der jeweiligen Person zur Verfügung stehen.²⁴¹ Dahinter steht die Annahme, dass ein Mehr an Informationen, die grundsätzlich den Ankerwert stützen könnten, aufgrund deren bloßer Verfügbarkeit das Risiko birgt, tendenziell in Richtung dieses Ankers zu entscheiden.²⁴² Eine ganze Verfahrensakte an möglicherweise ankernden Informationen, von den jeweiligen Prozessbevollmächtigten umfassend beigebracht, hat also mutmaßlich eine stärkere Verzerrungswirkung als einzelne Ankerwerte in trivialen Kontexten. Diese Möglichkeit der Auswirkung der Verfahrensumstände auf den materiellen Inhalt einer Entscheidung sollte in der juristischen Diskussion offen in Erwägung gezogen werden, und auch für andere Prozesskonstellationen gilt möglicherweise, dass weniger Information aufseiten des Richters tatsächlich einen relativ besseren, da unvoreingenommeneren Blick auf den Fall ermöglicht (siehe dazu unten cc) (1); II. 2.; B. II.).

Zur Anwendbarkeit des Anker-Effekts im gerichtlichen Kontext ist schließlich einschränkend zu beachten, dass der Effekt sich auf rein numerische Anker bezieht.²⁴³ Das bedeutet, dass eine ankernde Wirkung grundsätzlich nur von allen bezifferbaren (Klage-)Anträgen ausgehen kann. Für semantische Anker wurde zwar ebenfalls ein Anker-Effekt beobachtet.²⁴⁴ Ob die dem Anker-Effekt zugrunde liegende mentale Praxis des hypothesenkonformen Testens ebenso bei nicht-numerischen Reizwerten aktiv ist, wurde bisher empirisch nicht untersucht. In jedem Fall ist die Macht des hypothesenkonformen Testens – ausgelöst u. a. durch Anträge und Sachvortrag der Parteien und ihrer Prozessbevollmächtigten – als mentaler Prozess, der das Ergebnis von theoretisch jeder Gerichtsentscheidung beeinflussen kann, nicht zu unterschätzen. Das gilt vor allem angesichts des Umstands, dass der Anker-Effekt selbst durch bewusstes gedankliches Gegensteuern des Richters, beispielsweise

²⁴⁰ S. zum Beispiel *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 78, 80 ff., der zugleich darauf verweist, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen, die den Einfluss des Anker-Effekts im Prozess mäßigen, „mannigfaltig“ seien, *ders.*, a. a. O., S. 85 ff.

²⁴¹ *Chapman/Johnson*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 79 (1999) 115, 140 ff.: „[T]he larger the pool of features or reasons associated with a particular target, the more opportunity there is for the anchor to differentially facilitate the use of consistent features“. Die Studie bezog sich nicht ausdrücklich auf Richter, sondern allgemein auf menschliche Entscheidungsfindung.

²⁴² *Chapman/Johnson*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 79 (1999) 115, 143.

²⁴³ *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974) 1124, 1128: „value“.

²⁴⁴ *Sleeth-Keppler*, *J.Soc.Psychol.* 153 (2013) 424, 424 ff.; *Oppenheimer/LeBoeuff/Brewer*, *Cognition* 106 (2008) 13, 13 ff.

durch Suche nach Argumenten gegen die geforderte Schmerzensgeldhöhe,²⁴⁵ nicht überzeugend ausgehebelt werden kann, also ein sogenanntes *Debiasing* keinen hinreichenden Erfolg verspricht.

cc) Rückschaufehler

Eine weitere kognitive Verzerrung, die sich in der richterlichen Entscheidungsfindung niederschlagen kann, ist der Rückschaufehler. Den Begriff, grundlegende Studienergebnisse sowie Erklärungsansätze bespricht Unterabschnitt (1). Auf dieser Grundlage zeigt der nachfolgende Unterabschnitt (2), inwiefern der Rückschaufehler konkret die richterliche Entscheidungsfindung betrifft.

(1) Begriff, klassische Nachweise und Erklärung

Der Rückschaufehler (*Hindsight Bias*)²⁴⁶ beschreibt die Tendenz, dass Menschen das Auftreten eines bestimmten Ereignisses im Nachhinein als wahrscheinlicher beurteilen, als sie es im Vorhinein eingeschätzt hätten; denn sie sehen einen zeitlich schon abgeschlossenen Sachverhalt nicht unvoreingenommen, sondern stets mit dem Wissen über das, was zeitlich später eingetreten ist.²⁴⁷ Dessen sind sich Menschen in der Regel nicht bewusst, sondern denken, dass sie diesen Ausgang einer Situation auch genauso im Vorhinein vorhergesehen hätten.²⁴⁸ So kommt es zu der unzutreffenden Einschätzung, man „habe es ja die ganze Zeit schon gewusst“.²⁴⁹

Das erste Experiment, das diese Tendenz zur Überschätzung der Vorhersagbarkeit vergangener Ereignisse empirisch nachweisen konnte, stammt von Fischhoff. Er teilte die Probanden in zwei Gruppen ein, eine „Vorher“-Gruppe und eine „Nachher“-Gruppe, und gab beiden Gruppen jeweils dieselbe kurze Beschreibung eines historischen Ereignisses, dessen Ausgang den Teilneh-

²⁴⁵ Vgl. dazu *Effer-Uhe*, in: Effer-Uhe/Mohnert, *Psychologie für Juristen*, 2019, S. 31.

²⁴⁶ *Hoch/Loewenstein*, *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 15 (1989) 605, 605 f.; *Fischhoff*, *J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform.* 1 (1975) 288, 288 ff. Begrifflich nach Untergruppen des *Hindsight Bias* differenzierend *Blank/Nestler/von Collani/Fischer*, *Cognition* 106 (2008) 1408, 1410 ff.; empirisch bestätigt durch *Nestler/Blank/Egloff*, *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 36 (2010) 1399, 1399 ff.

²⁴⁷ *Hawkins/Hastie*, *Psychol.Bull.* 107 (1990) 311, 312 f.

²⁴⁸ *Fischhoff*, *J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform.* 1 (1975) 288, 297.

²⁴⁹ Vgl. *Wood*, *J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform.* 4 (1978) 345, 346 mit der Bezeichnung *Knew-it-all-along Effect*. Zu den verschiedenen Varianten des Rückschaufehlers s. *Nestler/Blank/von Collani*, *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 34 (2008) 1043, 1043 ff.; *Roese/Vohs*, *Perspect.Psychol.Sci.* 7 (2012) 411, 411 ff.

mern unbekannt war.²⁵⁰ Die „Vorher“-Gruppe bekam vier verschiedene Möglichkeiten präsentiert, wie dieses historische Ereignis geendet haben könnte, und sollte diejenige Variante ausmachen, die sie für am wahrscheinlichsten, am wenigsten wahrscheinlich, usw. hielt. Die andere Gruppe, unter der „Nachher“-Bedingung, erhielt die Information, dass das Ereignis tatsächlich nach einer der Varianten ausgegangen sei. Daraufhin sollten die Teilnehmer dieser Gruppe beurteilen, wie hoch ihrer Ansicht nach die jeweilige Wahrscheinlichkeit dafür war, dass einer der vier möglichen Ausgänge auch tatsächlich eintritt. Gemäß der Theorie zum Rückschaufehler war zu vermuten, dass die „Nachher“-Gruppe aufgrund der erhaltenen Information über den vermeintlich tatsächlichen Ausgang genau diesem Verlauf auch eine höhere Wahrscheinlichkeit zuschreiben würde als die „Vorher“-Gruppe. Diese Hypothese wurde bestätigt: Die Gruppe, die bereits wusste, wie das Ereignis geendet hatte, hielt den vorgegebenen Verlauf im Mittel auch für um 10,8 Prozentpunkte wahrscheinlicher, als dies die Gruppe ohne Information über den tatsächlichen Ausgang eingeschätzt hatte.²⁵¹ Die vorgegebene Information über den vermeintlichen Ausgang der Situation beeinflusste auch die abgegebene Einschätzung zu den Wahrscheinlichkeits-Rangfolgen. In der „Nachher“-Gruppe wurde mit einer Ausnahme stets derjenige Verlauf als am wahrscheinlichsten eingestuft, der den Teilnehmern als tatsächlicher Verlauf vorgegeben worden war.²⁵² Auch die Anweisung, die gegebene Information über den tatsächlichen Ausgang zu ignorieren, änderte an diesen Unterschieden in der Wahrscheinlichkeitseinschätzung nichts.²⁵³ Entsprechend ordneten die Teilnehmer verschiedene Informationen aus der Sachverhaltsdarstellung ganz unterschiedlich ein, was deren Relevanz für den jeweiligen Situationsverlauf betraf.²⁵⁴ Insgesamt ist der Rückschaufehler als bloße Tendenz zu sehen – nämlich die Tendenz, das Auftreten eines bestimmten Ereignisses im Nachhinein als wahrscheinlicher zu beurteilen, als man es ohne Kenntnis des tatsächlichen Verlaufs im Vorhinein eingeschätzt hätte. Die kognitive Verzerrung, die hierbei auftritt, ist nicht so stark, dass sie komplett umkehren könnte, wie Menschen die Wahrscheinlichkeit von Ereignissen beurteilen. Denn auch im Experiment von Fischhoff schätzten sowohl die „Vorher“-Gruppe als auch der Durchschnitt aller „Nachher“-Gruppen übereinstimmend diejenige Variante

²⁵⁰ Fischhoff, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 289. Als Beispielfall diente der anglo-nepalesische Krieg zwischen der Britischen Ostindien-Kompanie und dem Königreich Gorkha, dem heutigen Nepal.

²⁵¹ Fischhoff, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 290 f.

²⁵² Fischhoff, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 291.

²⁵³ Fischhoff, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 294.

²⁵⁴ Fischhoff, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 292, bei dessen Studie die verschiedenen Teilnehmergruppen beispielsweise den Umstand, dass die Kriegsregion sehr bergig war, jeweils unterschiedlich bewerteten.

im Mittel als am wahrscheinlichsten ein, die historisch auch tatsächlich eingetreten war.

Als Erklärung für den Rückschafehler wird auf den Anker-Effekt verwiesen.²⁵⁵ Das bedeutet, dass die Information über den Ausgang einer Situation einen gedanklichen Fixpunkt bildet, in dessen Richtung wir uns orientieren, wenn wir beurteilen sollen, wie wir die Situation *ex ante* beurteilt hätten.²⁵⁶ Die ankernde Wirkung, die das Wissen über den Verlauf eines Sachverhalts ausübt, verhindert die unvoreingenommene Beurteilung des Sachverhalts unter der gedachten Bedingung, dass man den tatsächlichen Verlauf nicht kennt. Denn in dem Moment, in dem man Kenntnis über den Ausgang eines bestimmten Sachverhalts erhält, wird dieses Wissen automatisch und unbewusst ein Teil der subjektiven Wahrnehmung jenes Sachverhalts. Somit erscheint der eingetretene Ereignisverlauf dem Beobachter mit *Ex-post*-Wissen viel wahrscheinlicher als dem Beobachter ohne diesen Wissensvorteil.²⁵⁷ Da sich das retrospektiv erhaltene Wissen gleichsam in die eigene Wirklichkeitswahrnehmung „einschleicht“ und dieser Vorgang nicht reversibel ist, wird der dem *Hindsight Bias* zugrunde liegende Ablauf auch als *Creeping Determinism* (schleichender Determinismus) bezeichnet.²⁵⁸ Die Folgen des Rückschafehlers sind die Vernachlässigung anderer plausibler Erklärungsalternativen und insgesamt ein unverhältnismäßig hohes Vertrauen in die Treffsicherheit des eigenen Urteilsvermögens.²⁵⁹ Der Rückschafehler selbst wird aus objektiver Sicht wegen seines destruktiven Effekts auf die unabhängige Entscheidungsfindung als negativ bewertet. Dabei kann er auch eine positive Antwort auf bestimmte persönliche Bedürfnisse bieten. Es wird angenommen, dass der Wunsch, dogmatisch und eindeutig urteilen zu können oder einen Sachverhalt stets zutreffend einschätzen zu können – auch als mittelbare Voraussetzung

²⁵⁵ *Fischhoff*, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 295, 298; *Hardt/Pohl*, Memory 11 (2003) 379, 379 ff.; a.A. *Hoffrage/Hertwig/Gigerenzer*, J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 26 (2000) 566, 566 ff.; *Hawkins/Hastie*, Psychol.Bull. 107 (1990) 311, 311 ff., wobei letztere ein Modell aufstellen, in dem der Anker-Effekt eine Rolle unter mehreren Mechanismen spielt. Einen Überblick über die Erklärungsansätze bieten *Roese/Vohs*, Perspect.Psychol.Sci. 7 (2012) 411, 411 ff.

²⁵⁶ Vgl. *Kamin/Rachlinski*, Law & Hum.Behav. 19 (1995) 89, 90: „[P]eople remain anchored in the hindsightful perspective“.

²⁵⁷ *Fischhoff*, Biases, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), Judgment under uncertainty, 1982, S. 335, 343.

²⁵⁸ *Fischhoff*, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 288; *Hawkins/Hastie*, Psychol.Bull. 107 (1990) 311, 313. Nach *Nestler/Blank/von Collani*, J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 34 (2008) 1043, 1043 ff. handelt es sich beim *Creeping Determinism* dagegen um eine bestimmte Erscheinungsform des *Hindsight Bias*, wobei das in späteren Publikationen offenbar von einem anderen Begriff ersetzt wird, *Nestler/Blank/Egloff*, J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 36 (2010) 1399, 1400.

²⁵⁹ *Roese/Vohs*, Perspect.Psychol.Sci. 7 (2012) 411, 416 f. m. w. N.

für hohe gesellschaftliche Anerkennung –, es begünstigt, dass der Betroffene durch den Rückschaufehler irrigerweise meint, ein Ereignis *ex ante* vorhergesehen haben zu können.²⁶⁰

Ebenso wie der Anker-Effekt ist die kognitive Verzerrung durch den Rückschaufehler relativ robust.²⁶¹ Das bedeutet, er tritt nicht nur in Experiment-Situationen auf, sondern grundsätzlich bei allen Sachverhalten, bei denen Menschen Aussagen darüber treffen, für wie wahrscheinlich sie es erachten, dass ein konkretes Ereignis geschehen würde.²⁶² Das umfasst alltägliche Sachverhalte, wie den Ausgang von Sportereignissen, den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen,²⁶³ das Ergebnis von Wahlen,²⁶⁴ aber auch fachliche und mithin häufig schwerwiegende Einschätzungen. Denn bei Experten zeigt sich der Rückschaufehler mindestens in gleichem Umfang wie bei Laien²⁶⁵ oder im Vergleich sogar noch stärker.²⁶⁶ Dabei wird vermutet, dass diejenigen Experten, die für ihre Entscheidungen und Urteile wiederholt zeitlich unmittelbares Feedback bekommen – etwa Meteorologen oder professionelle Schachspieler –, weniger vom Rückschaufehler betroffen sind als beispielsweise Richter oder Ärzte, die nicht immer, jedenfalls aber nicht zeitnah nach dem eigenen Urteil und auch nicht mit inhaltlich absoluter Eindeutigkeit, Rückmeldung zu ihren Einschätzungen bekommen.²⁶⁷

²⁶⁰ Vgl. *Harley*, Soc.Cogn. 25 (2007) 48, 50 f.; s. auch *Fischhoff*, J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) 288, 298: „It is quite flattering to believe, or lead others to believe, that we would have known all along what we could only know with outcome knowledge.“; *ders.*, Biases, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), Judgment under uncertainty, 1982, S. 335, 342. Differenzierend *Hawkins/Hastie*, Psychol.Bull. 107 (1990) 311, 312, die zu dem Schluss kommen, dass ein entsprechendes Bedürfnis, mit den eigenen Einschätzungen richtig zu liegen, bei der Einschätzung von Geschehensabläufen weniger stark ausgeprägt sei als bei Wissensfragen.

²⁶¹ Vgl. *Christensen-Szalanski/Willham*, Organ.Behav.Hum.Dec. 48 (1991) 147, 148 ff.; *Hawkins/Hastie*, Psychol.Bull. 107 (1990) 311, 311 ff.

²⁶² Siehe die Auflistung von Anwendungsfällen und entsprechenden Studien bei *Kamin/Rachlinski*, Law & Hum.Behav. 19 (1995) 89, 90 f.

²⁶³ *Cassar/Craig*, J.Bus.Ventur. 24 (2009) 149, 156 f.: Durchschnittlich 77,3 Prozent von Unternehmensgründern, die mit ihrem Unternehmen erfolglos waren, glaubten zum Gründungszeitpunkt, dass das Unternehmen wirtschaftlich erfolgreich sein würde. Nachdem die Insolvenz eingetreten war, sagten im Mittel nur noch 58 Prozent der Gründer, dass sie ursprünglich mit einem Erfolg des Unternehmens gerechnet hätten.

²⁶⁴ Siehe zum Beispiel *Blank/Fischer/Erdfelder*, Memory 11 (2003) 491, 491 ff. für die Bundestagswahl und die nordrhein-westfälische Landtagswahl.

²⁶⁵ *Roese/Vohs*, Perspect.Psychol.Sci. 7 (2012) 411, 419 m. w. N.; *Guilbault/Bryant/Brockway/Posavac*, Basic Appl.Soc.Psychol. 26 (2004) 103, 103 ff.; dagegen mit anderem Ergebnis zuvor *Christensen-Szalanski/Willham*, Organ.Behav.Hum.Dec. 48 (1991) 147, 153 ff.

²⁶⁶ *Knoll/Arkes*, J.Behav.Decis.Mak. 30 (2017) 389, 389 ff. (Experimente 1 und 2); *Musch/Wagner*, Soc.Cogn. 25 (2007) 64, 64 ff.

²⁶⁷ Vgl. *Stewart/Roebber/Bosart*, Organ.Behav.Hum.Dec. 69 (1997) 205, 205 ff.

Expertenentscheidungen, die in Bezug auf den *Hindsight Bias* gut erforscht sind, betreffen den Arbeitsbereich von Ärzten und insbesondere von Radiologen. Eine über zehn Jahre laufende US-amerikanische Studie hat von Patienten, die ein hohes Lungenkrebsrisiko hatten, aber deren Röntgenaufnahmen des Thorax bisher als unauffällig eingestuft worden waren, erneut im mehrmonatigen Abstand Röntgenaufnahmen anfertigen und betrachten lassen. Bei zwei Prozent der Teilnehmer wurde dabei während der Laufzeit der Studie ein röntgenologisch sichtbarer Lungenkrebs entdeckt.²⁶⁸ Danach schauten sich die behandelnden Radiologen jeweils frühere Röntgenbilder der Patienten an und kamen zu dem Schluss, dass 90 Prozent der peripheren Karzinome schon auf früheren Aufnahmen erkennbar gewesen waren, während sie noch zu den entsprechenden Aufnahmezeitpunkten von jeweils zwei Radiologen als „ohne Befund“ eingestuft worden waren.²⁶⁹ 60 Prozent dieser in der Rückschau sichtbarer Tumore waren auf Aufnahmen sichtbar gewesen, die ein Jahr oder weniger zurücklagen; bei knapp neun Prozent der Aufnahmen konnte man die Karzinome sogar auf zwei Jahre alten Röntgenbildern im Nachhinein erkennen, sodass der jeweilige Befund theoretisch mehrfach hätte erkannt werden können, aber übersehen worden war.²⁷⁰ Diese Ausprägung dessen, dass selbst Experten eine zurückliegende Situation anders bewerten, sobald sie über „überlegenes“ Wissen aus der Betrachtung im Nachhinein verfügen, betrifft nicht nur kleinere Elemente eines Sachverhalts, sondern durchaus Punkte, bei denen man es aus objektiver Sicht für wahrscheinlich halten würde, dass ein kompetenter Betrachter auf sie aufmerksam würde: Denn die von Ärzten im Vorhinein nicht erkannten, aber im Nachhinein in klinischen Studien als vornherein erkennbar klassifizierten Herde waren im Durchschnitt 2,48 cm und 4,3 cm groß.²⁷¹ Insofern konnte der Rückschaufehler nicht dadurch ver-

²⁶⁸ Muhm/Miller/Fontana/Sanderson/Uhlenhopp, *Radiology* 148 (1983) 609, 610.

²⁶⁹ Muhm/Miller/Fontana/Sanderson/Uhlenhopp, *Radiology* 148 (1983) 609, 611 ff.: Außerdem waren 75 Prozent der zentralen Herde und 65 Prozent der hilären oder mediastinalen Massen in der Rückschau schon auf früheren Aufnahmen erkennbar gewesen. Weniger hohe, aber gleichsam eindrucksvolle Zahlen ergab für Magnetresonanztomogramme die Studie von Vreemann/Gubern-Merida/Lardenoije/Bult/Karssemeijer/Pinker/Mann, *Breast Cancer Res. Treat.* 169 (2018) 323, 323 ff.: Ein diagnostizierter Brustkrebs war im Nachhinein schon auf 31 Prozent der ursprünglich als unauffällig eingestuften Tomogramme erkennbar gewesen, auf weiteren 34 Prozent der Aufnahmen waren minimale Anzeichen sichtbar gewesen.

²⁷⁰ Eigene Berechnung anhand der absoluten Angaben von Muhm/Miller/Fontana/Sanderson/Uhlenhopp, *Radiology* 148 (1983) 609, 612 f.

²⁷¹ Eigene Berechnung über Klassenmitten aufgrund der Angaben von Muhm/Miller/Fontana/Sanderson/Uhlenhopp, *Radiology* 148 (1983) 609, 610, 612 (periphere Karzinome: 2,48 cm; zuverlässig messbare zentrale Herde: 2,48 cm); s. außerdem bei Shah/Austin/White/Patel/Haramati/Pearson/Shiau/Berkmen, *Radiology* 226 (2003) 235, 235 ff.: Median des Durchmessers 1,6 cm; Quekel/Kessels/Goey/van Engelshoven, *Chest* 115 (1999) 720, 720 ff.: Median 1,6 cm; Monnier-Cholley/Arrivé/Porcel/She-

hindert werden, dass die beurteilenden Ärzte sich mit der Materie gut auskannten und täglich mit bildgebender Diagnostik arbeiteten. Diese kognitive Verzerrung wirkt sich daher in signifikantem Umfang auch auf das Treffen von fachlichen Urteilen und Entscheidungen aus.

Der Rückschaufehler ist ferner auch insofern robust, als er alle Kulturen²⁷² und alle Geschlechter betrifft.²⁷³ Überraschend ist hingegen, dass sich der verzerrende Effekt bei älteren Menschen signifikant ausgeprägter zeigt als bei Jüngeren.²⁷⁴ Das wird darauf zurückgeführt, dass jüngere Menschen kognitiv besser in der Lage sind, sich an ihre ursprünglichen Einschätzungen zu erinnern.²⁷⁵ Da es bei Erwachsenen aller Altersklassen individuelle Unterschiede im Erinnerungsvermögen in Bezug auf eigene Urteile geben kann,²⁷⁶ verbieten sich Pauschalisierungen. Trotzdem bietet die nachlassende Erinnerungsfähigkeit eine überzeugende Erklärung für Altersunterschiede in der Ausprägung des Rückschaufehlers.²⁷⁷

hata/Dahan/Urban/Febyre/Lebeau/Tubiana, Eur.Radiol. 11 (2001) 597, 600: Median 2 cm.

²⁷² S. beispielsweise *Choi/Nisbett*, J.Pers.Soc.Psychol. 79 (2000) 890, 890 ff.: Koreaner zeigten dabei mehr *Hindsight Bias* als Nordamerikaner; bei *Heine/Lehman*, J.Jpn.Exp.Soc.Psychol. 35 (1996) 317, 317 ff. waren wiederum die japanischen Teilnehmer diejenigen, bei denen ein relativ stärker ausgeprägter Rückschaufehler als bei den kanadischen Teilnehmern zu beobachten war. *Pohl/Bender/Lachmann*, Exp.Psychol. 49 (2002) 270, 275 ff. konnten im Grundsatz bestätigen, dass der Rückschaufehler in allen Kulturen vorkommt. Bei ihrer Studie zeigten einzig Deutsche und Niederländer überraschenderweise keinen *Hindsight Bias* – das führen die Autoren darauf zurück, dass die abgefragten Inhalte diesen Teilnehmern aus kulturellen Gründen möglicherweise bekannt waren, *dies.*, a. a. O., 278.

²⁷³ Dagegen scheint eine unveröffentlichte Studie aus den Vereinigten Staaten ergeben zu haben, dass Männer im Schnitt einen mehr als doppelt so stark ausgeprägten (125 Prozent) Rückschaufehler gegenüber Frauen zeigten, diesen aber wiederum häufiger als Frauen korrigierten, s. dazu <https://news.byu.edu/news/i-knew-it-hindsight-more-likely-affect-men> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).

²⁷⁴ *Groß/Bayen*, Aging Neuropsychol.Cogn. 22 (2015) 183, 183 ff.; *Bernstein/Erdfelder/Meltzoff/Peria/Loftus*, J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 37 (2011) 378, 378 ff.; *Coolin/Bernstein/Thornton/Thornton*, Exp. Aging Res. 40 (2014) 357, 357 ff.; differenzierend *Bayen/Erdfelder/Bearden/Lozito*, J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 32 (2006) 1003, 1009 ff.

²⁷⁵ *Groß/Bayen*, Psychol. Aging 30 (2015) 253, 254 ff. m. w. N.; *Bayen/Erdfelder/Bearden/Lozito*, J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 32 (2006) 1003, 1016, dort auch mit weiterem theoretischen Hintergrund.

²⁷⁶ Vgl. *Coolin/Erdfelder/Bernstein/Thornton/Thornton*, Psychon.Bull.Rev. 22 (2015) 328, 328 ff., die die Rolle von Arbeitsgedächtnis und inhibitorischer Kontrolle für individuelle Unterschiede betonen – was aber insbesondere bei älteren Erwachsenen relevant werde.

²⁷⁷ Vgl. *Groß/Bayen*, Psychol. Aging 30 (2015) 253, 257 zu weiteren Präzisierungsmöglichkeiten der Hypothese.

Schließlich äußert sich die Robustheit des Rückschaufehlers auch darin, dass ein ausdrücklicher Hinweis auf diesen *Bias* nichts dazu beitragen kann, dass er weniger stark auftritt.²⁷⁸ Während es zum Anker-Effekt noch Anhaltspunkte dafür gibt, dass Techniken wie das Erwägen des Gegenteils (*Considering the Opposite*, siehe dazu oben aa) (3)) den Effekt wenigstens eindämmen können, ist bezüglich des Rückschaufehlers eine solche Abmilderung kaum möglich.²⁷⁹ Faktisch scheint die Wirkung des Rückschaufehlers nur dadurch umgangen werden zu können, dass der jeweilige Entscheider das eingetretene Ereignis nicht kennt oder davon überzeugt wird, dass die Information über den Eintritt dieses Ereignisses falsch war.²⁸⁰ Da das in der Praxis schwer umsetzbar ist, wird auch folgender Ansatz vorgeschlagen: Bevor man erfährt, wie eine Situation ausgegangen ist, dokumentiert man schriftlich seine Wahrscheinlichkeitseinschätzung des Eintritts verschiedener Ereignisse *ex ante*, und daraufhin erhält man erst die Information über den tatsächlichen Verlauf des Sachverhalts. Wer dann bei der Frage, für wie wahrscheinlich er das Eintreten genau dieses Ereignisses erachtet hat, seine *Ex-ante*-Beurteilung vorgehalten bekommt, zeigt in der Regel eine signifikant geringere Ausprägung des Rückschaufehlers.²⁸¹ Außerdem hilft es gegen den Rückschaufehler, wenn der Beurteiler eine zu beurteilende Situation aus der Perspektive der handelnden Person nachempfinden kann, etwa durch Rückgriff auf *Eye-Tracking*-Aufzeichnungen oder Videoaufnahmen aus Sicht des Handelnden.²⁸²

(2) Der Rückschaufehler bei Richtern

Der Rückschaufehler betrifft, wie gesehen, auch professionelle Entscheidungsträger – und damit auch Richter.²⁸³ Es liegt sogar nahe, dass der Rück-

²⁷⁸ *Fischhoff*, *J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform.* 3 (1977) 349, 349 ff.; *Harley/Carlsen/Loftus*, *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 30 (2004) 960, 963 f.; *Guilbault/Bryant/Brockway/Posavac*, *Basic Appl.Soc.Psychol.* 26 (2004) 103, 103 ff.

²⁷⁹ *Guilbault/Bryant/Brockway/Posavac*, *Basic Appl.Soc.Psychol.* 26 (2004) 103, 103 ff.; *Fischhoff*, *Debiasing*, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), *Judgment under uncertainty*, 1982, S. 422, 422 ff.; dagegen optimistischer: *Roesse/Vöhs*, *Perspect.Psychol. Sci.* 7 (2012) 411, 418 m. w. N. Die Wirkungslosigkeit von *Debiasing* im US-amerikanischen zivilgerichtlichen Kontext konnten *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum. Behav.* 19 (1995) 89, 98 ff. empirisch belegen.

²⁸⁰ *Erdfelder/Buchner*, *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 24 (1998) 387, 403 ff.; *Hasher/Attig/Alba*, *J. Verb. Learn. Verb. Behav.* 20 (1981) 86, 91 ff.

²⁸¹ *Davies*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 40 (1987) 50, 58 ff.; vgl. auch *Fischhoff*, *Biases*, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), *Judgment under uncertainty*, 1982, S. 335, 350.

²⁸² *Wu/Shimojo/Wang/Camerer*, *Psych.Sci.* 23 (2012) 1524, 1529 ff.

²⁸³ *Oeberst/Goetzenjan*, *Psychol. Public Policy Law* 22 (2016) 271, 275 f. (Studie mit deutschen Strafrichtern); *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Duke L.J.* 58 (2009) 1477,

schaufehler im Alltag von Richtern viel häufiger vorkommt als bei Laien.²⁸⁴ Denn die Aufgabe von Richtern besteht in vielen Fällen darin, zu beurteilen, ob und in welchem Umfang der Eintritt eines bestimmten (Schadens-)Ereignisses vorhersehbar war. Die Annahme, dass Richter von der kognitiven Verzerrung des Rückschaufehlers möglicherweise besonders betroffen sind, rechtfertigt sich daneben vor dem Hintergrund, dass das Bedürfnis nach dogmatischer Eindeutigkeit und inhaltlicher Richtigkeit des eigenen Urteils – als verstärkender Faktor für kognitive Verzerrungen (siehe oben aa) (2)) – bei Richtern aufgrund ihres Amtes stark ausgeprägt sein dürfte.

In der richterlichen Praxis betrifft der *Hindsight Bias* vor allem Haftungsfragen im Zivilrecht. Dort kann der Rückschaufehler für diejenigen Sachverhalte relevant werden, in denen das Gericht nach Eintritt eines Schadens entscheiden muss, ob eine Pflichtverletzung vorlag oder das für den Schaden kausale Verhalten vorwerfbar ist.²⁸⁵ Diese Fragen stellen sich bei allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Sachverhalten zu §§ 280 ff., 276 Abs. 2²⁸⁶ oder §§ 823 ff. BGB, außerdem spezifisch bei Arzthaftungssachen²⁸⁷ sowie bei gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten (insbesondere zur *Business Judgment Rule* i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG)²⁸⁸. Allen Fallkonstellationen gemeinsam ist dabei, dass zu

1515; *dies.*, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 799 ff.; *Viscusi*, Am. Law & Econ.Rev. 1 (1999) 26, 46 ff. (jeweils mit US-amerikanischen Richtern); s. auch die Nachweise bei *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 536 Fn. 60; anders dagegen die Studienergebnisse in Studie 1 und 2 bei *Rachlinski/Guthrie/Wistrich*, JELS 8 (2011) 72, 72 ff. Siehe allgemein die aktuelle Überblicksdarstellung bei *Oeberst*, RW 2019, 180, 192 ff. und bei *Giroux/Coburn/Harley/Connolly/Bernstein*, Z.Psychol. 224 (2016) 190, 196 ff.

²⁸⁴ *Rachlinski*, U.Chi.L.Rev. 65 (1998) 571, 571 ff.; a.A. *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 536.

²⁸⁵ Dazu etwa *Falk*, RW 2019, 204, 213 ff.

²⁸⁶ BeckOGK/*Schaub*, § 276 BGB Rn. 79.

²⁸⁷ *Arkes*, Curr.Dir.Psychol.Sci. 22 (2013) 356, 358 f.; *ders.*, Behav.Sci. Law 7 (1989) 429, 429 ff.; *Berlin*, AJR 175 (2000) 597, 597 ff.; *Harley*, Soc.Cogn. 25 (2007) 48, 51; *Harley/Carlsen/Loftus*, J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 30 (2004) 960, 966 f.; *Blendon/Des Roches/Brodie/Benson/Rosen/Schneider/Altman/Zapert/Herrmann/Steffenson*, NEJM 347 (2002) 1933, 1933 ff.; *Cheney/Posner/Caplan/Ward*, JAMA 261 (1989) 1599, 1599 ff.: Anästhesisten, die objektiv sorgfaltsgerecht gearbeitet hatten, mussten mit 40-prozentiger Wahrscheinlichkeit damit rechnen, dennoch vom Gericht im Nachhinein fahrlässiges Verhalten attestiert zu bekommen. Aufgrund des in ihrer Studie nachgewiesenen Rückschaufehlers bei Radiologen sind *Muhm/Miller/Fontana/Sanderson/Uhlenhopp*, Radiology 148 (1983) 609, 614 der Auffassung, dass „failure to detect a small [...] nodule on a single examination should not constitute negligence or be the basis for malpractice litigation“. Siehe allgemein auch den aktuellen Überblick bei *Giroux/Coburn/Harley/Connolly/Bernstein*, Z.Psychol. 224 (2016) 190, 191.

²⁸⁸ *LG Stuttgart* 24.10.2018 – 22 O 101/16, juris Rn. 203; *Fleischer*, NZG 2011, 521, 522; *Ott/Klein*, AG 2017, 209, 213 ff.; s. auch *Arntz*, JR 2017, 253, 262 m. w. N.;

dem Zeitpunkt, zu dem Gerichte mit der Sache befasst sind, in der Regel schon ein Schaden eingetreten ist;²⁸⁹ und insofern haben Richter und etwaige Sachverständige jeweils das retrospektiv erlangte Wissen, dass dem zu beurteilenden Verhalten zeitlich ein Schaden nachgefolgt ist. Eigentlich müsste man dieses Wissen ignorieren²⁹⁰ – aber wenn man erst weiß, dass ein Schaden entstanden ist, geht man aufgrund des Rückschaufehlers eher von einer entsprechenden schadensvermeidenden Verhaltenspflicht aus, als wenn es keinen Schaden gegeben hätte. Eine unvoreingenommene Beurteilung des für Pflichtverletzung oder Vertretenmüssen entscheidenden Verhaltensmaßstabs aus objektiver *Ex-ante*-Sicht wird somit unmöglich.

Folglich verwundert es nicht, dass laut US-amerikanischen Studien die Feststellung fahrlässigen Verhaltens im Zivilprozess von der Information beeinflusst wird, ob jemand durch dieses Verhalten einen Schaden erlitten hat.²⁹¹ *Juries* überschätzten im Nachhinein die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des streitgegenständlichen Schadens, sodass sie unverhältnismäßig strenge Anforderungen an das Verhalten der Beklagten stellten. So fragten Kamin und Rachlinski die erste Hälfte ihrer Studienteilnehmer, ob diese es für fahrlässig hielten, wenn der Betreiber einer über einen Fluss führenden Zugbrücke in der Winterzeit keinen Brückenwärter beschäftigt, wobei zu dieser Zeit der Fluss in der Regel zugefroren ist.²⁹² 24 Prozent der Befragten sahen darin fahrlässiges Verhalten.²⁹³ Die zweite Hälfte der Studienteilnehmer hatte vor Beantwortung der Frage die Information erhalten, dass es im Winter zu einer Überflutung gekommen war, bei der Schäden an angrenzenden Grundstücken entstanden waren. Fragte man nun diese Gruppe nach ihrem Urteil über die Fahrlässigkeit, hielten es 57 Prozent für fahrlässig, in der Winterzeit keinen Brückenwärter zu beschäftigen.²⁹⁴ Das bedeutet, dass im Nachhinein, d. h.

zum Rückschaufehler bei der *Business Judgment Rule* im US-amerikanischen Recht vgl. auch *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2 d 106 (Del. Ch. 2009).

²⁸⁹ Vgl. *American Law Institute*, Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for physical and emotional harm, Vol. 1 (2003) S. 47 f.: „Determinations of negligence are commonly based on findings as to which harms are foreseeable. An interesting feature of the negligence system is that given the inevitable timing of a tort claim – which is filed after harm has in fact occurred – the relevant judgments as to foresight are rendered from what can fairly be called the perspective of hindsight“.

²⁹⁰ Dazu für das US-amerikanische Zivilverfahren im Deliktsrecht *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 90 m. w. N.

²⁹¹ *LaBine/LaBine*, *Law & Hum.Behav.* 20 (1996) 501, 501 ff.; *Poythress/Wiener/Schumacher*, *Law & Psychol.Rev.* 16 (1992) 65, 100 ff., 103 m. w. N.; weiterführend dazu *Caldwell/Seamone*, *Ann. Health L.* 16 (2007) 43, 43 ff.

²⁹² *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 94 ff.

²⁹³ *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 98.

²⁹⁴ *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 98.

nach Eintritt eines Schadens, mehr als die Hälfte der *Jury*-Mitglieder ein Verhalten für falsch hält, das von drei Vierteln der *Jury*-Mitglieder noch als richtig eingestuft wurde, als diese nicht wussten, dass ein Schaden eingetreten war.²⁹⁵ Damit scheint allein die Information, dass es zu einem Schaden gekommen ist, den signifikanten²⁹⁶ Unterschied auszumachen, ob Maßnahmen, die ein beklagter Schädiger zur Schadensvermeidung getroffen hat, für ausreichend und mithin auch sein Verhalten insgesamt für nicht pflichtwidrig befunden werden. Die Wahrscheinlichkeit für eine Pflichtwidrigkeits-Feststellung ist nach den erwähnten Studienergebnissen bei einer Beurteilung im Nachhinein doppelt so hoch wie bei einer „echten“ *Ex-ante*-Beurteilung.²⁹⁷ Das lässt vermuten, dass Richter in Schadensersatzprozessen aufgrund des Rückschaufehlers das Verhalten einer Partei für fahrlässig halten, obwohl es das möglicherweise objektiv nicht war, sondern noch unterhalb der Fahrlässigkeitschwelle geblieben ist.²⁹⁸ Weitere Studien weisen außerdem darauf hin, dass Kläger mit umso höherer Wahrscheinlichkeit die Feststellung pflichtwidrigen oder fahrlässigen Verhaltens des Schädigers durch das Gericht erwarten können, je schwerwiegender ihr erlittener Schaden ist, obwohl diese Feststellung *ex ante* gar nicht möglich gewesen wäre.²⁹⁹ Es wird also, verursacht durch den *Hindsight Bias*, vom Schaden auf die Pflichtverletzung geschlossen.

Neben haftungsrechtlichen Sachverhalten äußert sich der Rückschaufehler auch im Strafrecht, wo es um vergleichbare Fragen zur Vorwerfbarkeit eines Handelns und die Vorhersehbarkeit eines Schadens geht,³⁰⁰ d.h. bei Fahrlässigkeitsdelikten³⁰¹ oder bei Irrtümern in Bezug auf die Bewertung des Sach-

²⁹⁵ *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 99.

²⁹⁶ *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 98.

²⁹⁷ Ähnliche Ergebnisse beispielweise auch bei *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 802 f.; *Hastie/Schkade/Payne*, *Law & Hum.Behav.* 23 (1999) 597, 606 f.

²⁹⁸ Für den amerikanischen Zivilprozess: *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 89 ff., 101; *Berlin*, *AJR* 175 (2000) 597, 600.

²⁹⁹ *Bornstein*, *J.Appl.Soc.Psychol.* 28 (1998) 1477, 1477 ff.; *Greene/Johns/Bowman*, *Law & Hum.Behav.* 23 (1999) 675, 675 ff.; s. auch *Harley*, *Soc.Cogn.* 25 (2007) 48, 51 mit Verweis auf *Blendon/Des Roches/Brodie/Benson/Rosen/Schneider/Altman/Zapert/Herrmann/Steffenson*, *NEJM* 347 (2002) 1933, 1933 ff.; *LaBine/LaBine*, *Law & Hum.Behav.* 20 (1996) 501, 501 ff. und *Caplan/Posner/Cheney*, *JAMA* 265 (1991) 1957, 1957 ff. *Giroux/Coburn/Harley/Connolly/Bernstein*, *Z.Psychol.* 224 (2016) 190, 193 m. w. N. weisen außerdem darauf hin, dass dieses Ergebnis sowohl mit dem *Hindsight Bias* als auch mit dem sog. *Outcome Bias* erklärt werden kann.

³⁰⁰ Zum Beispiel für die Vorhersehbarkeit einer schweren Folge bei Raubdelikten *Evelo/Greene*, *Appl.Cogn.Psychol.* 27 (2013) 277, 277 ff.

³⁰¹ *Giroux/Coburn/Harley/Connolly/Bernstein*, *Z.Psychol.* 224 (2016) 190, 190 mit Verweis auf das Strafverfahren betreffend das Erdbeben im italienischen L'Aquila im Jahr 2009, bei dem erstinstanzlich mehrere Seismologen wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung gemäß Art. 589 und 590 Codice penale verurteilt wurden, weil

verhalts.³⁰² Darüber hinaus ist auch das Patentrecht ein Anwendungsbereich für den *Hindsight Bias*,³⁰³ denn Studienergebnisse legen nahe, dass Richter eine Erfindung mit einer geringeren Wahrscheinlichkeit für patentfähig³⁰⁴ halten, sobald sie die Erfindung kennen.³⁰⁵

Insgesamt ist davon auszugehen, dass mit steigender Berufserfahrung eines Richters auch seine Anfälligkeit für den Rückschaufehler steigt. Denn je mehr Expertise ein Entscheider hat, umso stärker zeigt sich in Experimentalkontexten eine Verzerrung seiner Urteile durch den *Hindsight Bias*, weil sich die betreffende Person aufgrund ihrer eigenwahrgenommenen Sachkenntnis entsprechend sicherer in ihren Urteilen fühlt.³⁰⁶ Dazu kommt der verstärkende Effekt durch das Lebensalter, der oben unter (1) (S. 229) bereits erwähnt wurde. Dieser Zusammenhang zwischen Berufserfahrung und kognitiven Verzerrungen dürfte als ein Argument gegen eine betont spezialisierte Justiz dienen.

Wie bereits angesprochen, gibt es kaum Möglichkeiten, um den verzerrenden Effekten des Rückschaufehlers entgegenzusteuern. Das gilt auch bei Gericht.³⁰⁷ Die Methode des *Considering the Opposite* hilft bei Laien (dazu

das Gericht davon überzeugt war, dass die Wissenschaftler das Erdbeben hätten besser vorhersehen und die Bevölkerung eindeutiger warnen können, *Trib. di L'Aquila* 22.10.2012, n. 380, Barberi e a., abrufbar unter <https://processoaquila.files.wordpress.com/2013/01/sentenza-grandi-rischi-completa-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024). Für Deutschland dürfte als prominentes Beispiel das Verfahren vor dem *LG Duisburg* wegen der Massenpanik bei der Loveparade im Jahr 2010 dienen, s. dazu *Oeberst/Goeckenjan*, *Psychol. Public Policy Law* 22 (2016) 271, 271 ff.

³⁰² Vgl. *LaBine/LaBine*, *Law & Hum.Behav.* 20 (1996) 501, 501 ff.

³⁰³ S. dazu beispielsweise der US-amerikanische *Supreme Court* in *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 550 U.S. 398, 127 S. Ct. 1727 (2007). Das relevante Tatbestandsmerkmal war die Nicht-Offensichtlichkeit (*Non-Obviousness*) der Erfindung nach 35 U.S.C. §§ 101–03, 112, die im deutschen PatG keine direkte Entsprechung findet. Weiterführend zum Fall s. *Lunney/Johnson*, *Ga.L.Rev.* 47 (2012) 41, 66 ff., sowie generell zum Verhältnis von Patentrecht und Rückschaufehler, *dies.*, a. a. O., 88 ff.

³⁰⁴ Für Deutschland: § 1 Abs. 1 PatG.

³⁰⁵ *Mandel*, *Ohio St.L.J.* 67 (2006) 1391, 1391 ff., *ders.*, *Yale J.L. & Tech.* 9 (2007) 1, 1 ff.; kritisch dazu *Lunney/Johnson*, *Ga.L.Rev.* 47 (2012) 41, 51 ff., 96 ff.

³⁰⁶ *Knoll/Arkes*, *J.Behav.Decis.Mak.* 30 (2017) 389, 389 ff.; ein entgegengesetzter Befund, d. h. ein relativ weniger ausgeprägter Rückschaufehler bei längerer Berufserfahrung, zeigte sich an US-amerikanischen Verwaltungsrichtern bei *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Duke L.J.* 58 (2009) 1477, 1515 Fn. 132; s. auch *Viscusi*, *Geo.L.J.* 87 (1998) 381, 387 f. mit dem Ergebnis, dass Berufsrichter im Vergleich zu *Juries* weniger anfällig für den Rückschaufehler sind.

³⁰⁷ Siehe beispielsweise *Kamin/Rachlinski*, *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) 89, 98 f.; *Smith/Greene*, *Law & Hum.Behav.* 29 (2005) 505, 505 ff. Zu früheren Studien, die doch eine *Bias*-Verminderung beobachtet hatten, s. die Nachweise bei *Harley*, *Soc. Cogn.* 25 (2007) 48, 59. Für einen aktuellen Überblick s. *Giroux/Coburn/Harley/Connolly/Bernstein*, *Z.Psychol.* 224 (2016) 190, 197 ff.

Studien mit *Mock Juries*),³⁰⁸ nicht aber bei berufsmäßigen Richtern.³⁰⁹ Auch das gemeinsame Besprechen des Falls im Kollegium dämmt den negativen Einfluss des Rückschaufehlers nicht ein.³¹⁰ Einzig hilfreich scheint die Vorgehensweise, dass der Entscheidungsträger den Ausgang der jeweils zu beurteilenden Situation zunächst nicht kennt (*Trial Bifurcation*).³¹¹ Für die richterliche Praxis in Deutschland wird die Umsetzung dieser Methode bisher als unrealistisch bewertet.³¹² Tatsächlich ist es für Haftungsprozesse nicht vorstellbar, wie der erstinstanzliche Richter vernünftigerweise den Fall entscheiden soll, ohne zu wissen, welche schädigende Handlung eingetreten ist – und selbst wenn man ihm diese Information vorenthalten würde, wüsste er aufgrund der Tatsache, dass geklagt wird, dass ein Schaden entstanden ist.³¹³

Kleinere Verbesserungen könnten indes durch Modifikationen im Verfahren erreicht werden: So wurde für Gerichtsverfahren in Verkehrsunfallsachen beobachtet, dass der Rückschaufehler nur noch halb so groß ist, wenn anstatt einer computeranimierten Rekonstruktion des Unfalls lediglich Illustrationen

³⁰⁸ *Arkes/Faust/Guilmette/Hart*, J.Appl.Psychol. 73 (1988) 305, 305 ff.

³⁰⁹ *Anderson/Jennings/Lowe/Reckers*, AJPT 16 (1997) 20, 28 f. Anders aber wohl die Studie von *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 804. S. weiterführend den Hinweis von *Oeberst*, RW 2019, 180, 202 m.w.N., dass die Wirksamkeit von *Debiasing*-Maßnahmen möglicherweise davon abhängt, ob der Richter eine personenbasierte oder depersonalisierte Beurteilungsperspektive einnimmt.

³¹⁰ In Bezug auf *Juries*: *Smith/Greene*, Law & Hum.Behav. 29 (2005) 505, 521 f.; *Kamin/Rachlinski*, Law & Hum.Behav. 19 (1995) 89, 100 weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ohnehin nur ein geringer Teil zivilrechtlicher Verfahren von *Juries* entschieden wird.

³¹¹ *Wexler/Schopp*, Behav.Sci. Law 7 (1989) 485, 485 ff.; auch in der jüngeren Zeit: *Giroux/Coburn/Harley/Connolly/Bernstein*, Z.Psychol. 224 (2016) 190, 197 f.; *Harley*, Soc.Cogn. 25 (2007) 48, 60 m.w.N. Der positive Effekt von *Trial Bifurcation* im Deliktsrecht wurde empirisch nachgewiesen u.a. durch *Smith/Greene*, Law & Hum.Behav. 29 (2005) 505, 514 ff.; *Horowitz/Bordens*, Law & Hum.Behav. 14 (1990) 269, 277 ff.; *Zeisel/Callahan*, Harv.L.Rev. 76 (1963) 1606, 1606 ff.

³¹² *Arntz*, JR 2017, 253, 263; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 184; *Oeberst/Goeckenjan*, Psychol. Public Policy Law 22 (2016) 271, 277; *Effer-Uhe*, in: Effer-Uhe/Mohnert, Psychologie für Juristen, 2019, S. 51. Dagegen ist es nach Ansicht von *Jolls/Sunstein/Thaler*, Stan.L.Rev. 50 (1998) 1471, 1527 ff. im US-amerikanischen *Jury*-System durchaus für manche Verfahrensabschnitte und bestimmte Fallkonstellationen möglich, die *Jury* nicht über den Ausgang des zu beurteilenden Sachverhalts zu informieren; dazu auch *Arntz*, a.a.O. Siehe aber etwa *Wexler/Schopp*, Behav.Sci. Law 7 (1989) 485, 493 und *Kamin/Rachlinski*, Law & Hum.Behav. 19 (1995) 89, 92, die auch in den Vereinigten Staaten eine *Trial Bifurcation* für praktisch fast nicht umsetzbar halten.

³¹³ *Arkes/Schipani*, Or.L.Rev. 73 (1994) 587, 635; s. aber *Wistrich/Guthrie/Rachlinski*, U.Pa.L.Rev. 153 (2005) 1251, 1316 ff., die bei der Beurteilung einer polizeilichen Durchsuchung durch das Gericht, das den belastenden Inhalt der durch die Durchsuchung erlangten Beweismittel ignorieren sollte, keinen Rückschaufehler beobachteten.

mit erklärendem Text dargeboten werden.³¹⁴ Letzteres ist natürlich nicht über den ganzen Prozess hinweg möglich; aber es kann in einem ersten Schritt dazu dienen, dass der Richter sich eine möglichst unvoreingenommene Meinung vom Fall bildet, die er einer Überprüfung unterziehen könnte, sobald er im weiteren Prozessverlauf die Fotos des streitgegenständlichen Unfalls erhalten würde. Das wäre ein Vorschlag in Anlehnung an die bereits erwähnten Erkenntnisse, dass die schriftliche Dokumentation der eigenen Falleinschätzung vor Kenntnis des tatsächlichen Verlaufs und später der Vorhalt dieser Dokumentation dabei helfen können, den Rückschaufehler zu reduzieren (siehe dazu oben (1)).

Ein weiterer erfolversprechender Ansatz könnte darin liegen, möglichst viele objektive Verhaltensstandards für gerichtlich zu beurteilendes Verhalten zu etablieren.³¹⁵ Denn: Je mehr Normen den zu beurteilenden Sachverhalt oder das zu beurteilende Verhalten regulieren, umso enger wird der Beurteilungsspielraum des Richters – und umso geringer wird der Rückschaufehler.³¹⁶ Allerdings hat eine „Aufrüstung“ des materiellen Rechts häufig zur Folge, dass starre und detaillierte Standards auch standardisierte Entscheidungen produzieren, die es dem erkennenden Gericht schwer machen, auf besondere Umstände des Einzelfalls einzugehen. Auch müssen in vielen Fällen, wie beispielsweise bei der Arzthaftung, Sachverständige dabei mithelfen, zu entscheiden, ob die Verhaltensstandards eingehalten wurden; und ebendiese Sachverständigen können wiederum selbst dem Rückschaufehler unterliegen (dazu oben (1)).³¹⁷ Im Vergleich dazu wären Modifikationen im Verfahrensrecht,³¹⁸ wie etwa die schriftliche Dokumentation der eigenen vorläufigen Falleinschätzung, mutmaßlich weniger einschneidend für die richterliche Beurteilungsfreiheit. Zugleich könnte durch die Eindämmung des *Hindsight Bias* der Weg zu weniger verzerrten Urteilen eröffnet werden, und das wäre wiederum ein Beitrag zu sachlich „richtigeren“ und „gerechteren“ Urteilen.³¹⁹

³¹⁴ *Roese/Fessel/Summerville/Kruger/Dilich*, *Psych.Sci.* 17 (2006) 305, 307 f.

³¹⁵ *Arntz*, JR 2017, 253, 263; *Korch*, *Haftung und Verhalten*, 2015, S. 185 ff.; *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 225 ff.

³¹⁶ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 93 (2007–2008) 1, 27.

³¹⁷ *Harley*, *Soc.Cogn.* 25 (2007) 48, 55 f. m. w. N.; *Arkes/Wortmann/Saville/Harkness*, *J.Appl.Psychol.* 66 (1981) 252, 252 ff.

³¹⁸ *Arntz*, JR 2017, 253, 263 verweist darauf, dass für das US-amerikanische Haftungsrecht sogar diskutiert werde, die Beweisanforderungen, d.h. die Anforderungen an die gerichtliche Überzeugung, zu ändern, um eine Benachteiligung des Beklagten durch einen richterlichen Rückschaufehler zu vermeiden; s. dazu *Jolls/Sunstein/Thaler*, *Stan.L.Rev.* 50 (1998) 1471, 1529 ff.

³¹⁹ Vgl. *Poythress/Wiener/Schumacher*, *Law & Psychol.Rev.* 16 (1992) 65, 103 f., 107: „fair and accurate“.

dd) Bestätigungsfehler

Zu den kognitiven Verzerrungen in der richterlichen Entscheidungsfindung, die für das Verständnis psychologischer Prozesse im Berufungsverfahren relevant sind, gehört auch der Bestätigungsfehler (*Confirmation Bias*). Dieser soll zunächst allgemein beschrieben werden ((1)) und daraufhin wieder spezifisch für die richterliche Entscheidungsfindung betrachtet werden ((2)).

(1) Begriff, Erklärung und Gegenmaßnahmen

Der Begriff „Bestätigungsfehler“ bezeichnet die allgemeine Tendenz, dass Menschen bei der Beurteilung von Sachverhalten unbewusst diejenige Information unverhältnismäßig stark gewichten, die ihre bereits bestehende Einschätzung bestätigt. Argumente, Indizien und Beweise in eine entgegengesetzte Richtung werden indes eher vernachlässigt.³²⁰ Wie bei einem „Tunnelblick“³²¹ ist man vor allem für Informationen und Argumente empfänglich, die zur eigenen Wahrnehmung passen.³²² In einem klassischen Experiment sollten Teilnehmer beispielsweise herausfinden, nach welcher Regel eine bestimmte Zahlenabfolge, etwa „2-4-6“, gebildet worden war.³²³ Dazu konnten sie beliebig viele andere Zahlenabfolgen generieren und den Testleiter fragen, ob diese ebenfalls der gesuchten Regel entsprachen. Es zeigte sich, dass, wenn die Versuchsteilnehmer vom Testleiter erfuhren, dass ihre angenommene Regel nicht zutraf, sie trotzdem wiederholt weitere Zahlenfolgen nach derselben Regel bildeten und abfragten.³²⁴ Ähnliche Ergebnisse wurden für sozial relevantere Bereiche dokumentiert, u. a. bei der Beurteilung von Persönlichkeitseigenschaften und Verhaltensweisen.³²⁵

Da es beim Bestätigungsfehler in der Regel nicht um die Bestätigung fremder Auffassungen geht, sondern um die Bestätigung der eigenen Auffassung, gebrauchen manche Autoren den Begriff *Myside Bias* anstelle von *Confirmation Bias*.³²⁶ Aus der bevorzugten Verarbeitung von Informationen, die im

³²⁰ Stellvertretend *Nickerson*, *Rev.Gen.Psychol.* 2 (1998) 175, 175 ff., dort auch zu den verschiedenen Varianten des Phänomens; s. außerdem die empirische Studie von *Lord/Ross/Lepper*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 37 (1979) 2098, 2098 ff.

³²¹ *Findley/Scott*, *Wis.L.Rev.* 2006, 291, 308 ff.; *Kassin/Dror/Kukucka*, *J.Appl.Res.Mem.Cogn.* 2 (2013) 42, 45.

³²² *Mercier*, in: Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017, S. 99, 100, 107; *Nickerson*, *Rev.Gen.Psychol.* 2 (1998) 175, 180 ff.

³²³ *Wason*, *Q.J.Exp.Psychol.* 12 (1960) 129, 131 f.

³²⁴ *Wason*, *Q.J.Exp.Psychol.* 12 (1960) 129, 134 ff.

³²⁵ *Snyder/Swann*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 36 (1978) 1202, 1204 ff.; *McKenzie*, in: *Blackwell Handbook*, 2004, S. 200, 207 ff. m. w. N.

³²⁶ S. etwa *Mercier*, in: Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017, S. 99, 100 ff.

Sinne eigener Sichtweisen sind, können Fehleinschätzungen entstehen – daher die Bezeichnung „Bestätigungsfehler“. Das Vorliegen eines solchen Fehlers durch irrationale Bestätigung eigener Meinungen setzt jedoch voraus, dass die bestätigte Sichtweise sich nicht vollständig mit der objektiven Wahrheit deckt. Dabei kann der Bestätigungsfehler auf drei verschiedenen Ebenen auftreten: beim Suchen nach Informationen und ferner sowohl beim Interpretieren als auch beim Erinnern von Informationen.³²⁷ In sozialen Kontexten kann der Bestätigungsfehler sich zudem verstärken. Wenn man sich mit jemandem austauscht, der die eigene Meinung zu einem Sachverhalt teilt, dann werden hauptsächlich die zur gemeinsamen Position passenden Argumente und Informationen durchdacht und verarbeitet, sodass eine gegenseitige Bestätigung stattfindet (zu Gruppenprozessen siehe unten c)).³²⁸ Zugleich steigert das die subjektive Überzeugung jedes Einzelnen von der Richtigkeit der vertretenen Auffassung.³²⁹

Wie erklärt sich die Tendenz zur Bevorzugung bereits gefasster Hypothesen? Ähnlich wie beim Anker-Effekt kann der Vorgang des positiven Hypothesentestens mitursächlich sein,³³⁰ wobei dieser Mechanismus grundsätzlich den evolutiven Vorteil der schnellen Verifikation oder Falsifikation von Hypothesen mit sich bringt.³³¹ Da andererseits bekannt ist, dass sich Menschen nicht auf mehrere Hypothesen gleich stark konzentrieren können, wird vermutet, dass eine Fokussierung auf die präsenteste, weil bisher verfolgte, Hypothese und die damit verbundene nachrangige Überprüfung von Alternativhypothesen vor allem mit jenen begrenzten kognitiven Ressourcen zu erklären sind.³³² Auf welche kognitiven und neuronalen Mechanismen der Bestätigungsfehler daneben zurückgeht, ist bislang unklar.³³³ Neuere neurowissenschaftliche Forschung lässt beispielsweise darauf schließen, dass ein *Confirmation Bias* häufiger auftritt, wenn man seiner eigenen Sacheinschätzung be-

³²⁷ Stanovich/West/Toplak, *Curr.Dir.Psychol.Sci.* 22 (2013) 259, 259; vgl. Michel/Peters, *Synthese* 199 (2021) 2757, 2760 ff.; s. auch die Darstellung bei Findley/Scott, *Wis.L.Rev.* 2006, 291, 311 ff. m. w. N.

³²⁸ Mercier, in: Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017, S. 99, 110 m. w. N.

³²⁹ Mercier/Sperber, *Behav. Brain Sci.* 34 (2011) 54, 67 m. w. N.; s. zu den zugrunde liegenden Prinzipien des *Motivated Reasoning* auch Kunda, *Psychol.Bull.* 108 (1990) 480, 486 ff.

³³⁰ Siehe dazu ausführlich McKenzie, in: *Blackwell Handbook*, 2004, S. 200, 203 ff.

³³¹ Vgl. dazu Klayman/Ha, *Psychol.Rev.* 94 (1987) 211, 212 ff. Zur Adaptivität des Bestätigungsfehlers s. auch Michel/Peters, *Synthese* 199 (2021) 2757, 2759 ff.

³³² Schweizer, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 193 m. w. N.; vgl. dazu auch Klayman/Ha, *Psychol.Rev.* 94 (1987) 211, 224.

³³³ Siehe Rollwage/Loosen/Hauser/Moran/Dolan/Fleming, *Nat.Comm.* 11 (2020) 2634, S. 1 f.

sonders vertraut.³³⁴ Das deckt sich mit motivationalen Theorien, die bereits im Rahmen früherer Beschreibungen des Bestätigungsfehlers geäußert wurden: Da Menschen grundsätzlich gerne Bestätigung für die eigene Person und mittelbar auch für eigene Ansichten erhalten, ist die generelle Präferenz für bestätigende Informationen gut nachvollziehbar.³³⁵ Wenn Tatsachen dagegen die eigene Auffassung widerlegen oder angreifen, könnten Menschen besorgt sein, dass dadurch ihre als gut wahrgenommene Einschätzungsfähigkeit und Intelligenz infrage gestellt wird. Also ist es schon aus Selbstwertgründen einfacher, verstärkt nach Informationen zu suchen, die der eigenen Auffassung entsprechen, oder vorhandene Informationen in diese Richtung entsprechend voreingenommen zu interpretieren. Daher wird auch vermutet, dass der Bestätigungsfehler bei Männern ausgeprägter vorkommt als bei Frauen.³³⁶

Zur Frage differentieller Faktoren konnten Studien außerdem zeigen, dass die Anfälligkeit für einen Bestätigungsfehler grundsätzlich nicht mit Intelligenz zusammenhängt.³³⁷ Dagegen hat die Anzahl universitärer Bildungsjahre offenbar einen mäßigen Einfluss auf die Stärke des Bestätigungsfehlers.³³⁸

Um den verzerrenden Effekt eines Bestätigungsfehlers auszuschalten oder zu verringern, bietet sich als *Debiasing*-Maßnahme erneut das Erwägen des Gegenteils (*Considering the Opposite*) mit den bereits besprochenen Einschränkungen an. Konkret konnte nachgewiesen werden, dass die Auftretenswahrscheinlichkeit eines Bestätigungsfehlers reduziert werden kann, wenn die betroffene Person unmittelbar vor ihrer Beurteilungsaufgabe dazu instruiert wird, bei der Aufgabe ihre Fähigkeiten im logischen Denken anzuwenden.³³⁹

(2) Der Bestätigungsfehler bei Richtern

Wie alle bisher besprochenen *Biases* kommt auch der *Confirmation Bias* bei fachlichen Einschätzungs- und Entscheidungssituationen von Experten, also auch von Richtern, ebenso vor wie in Alltagssituationen.³⁴⁰

³³⁴ Rollwage/Loosen/Hauser/Moran/Dolan/Fleming, Nat.Comm. 11 (2020) 2634, S. 1 f. m. w. N.

³³⁵ Vgl. Nickerson, Rev.Gen.Psychol. 2 (1998) 175, 197 ff.; vgl. ebenso die Darstellung bei Findley/Scott, Wis.L.Rev. 2006, 291, 313 f. m. w. N.

³³⁶ Vgl. zu den zugrunde liegenden Unterschieden im konfirmatorischen Hypothesentesten Chung/Monroe, Account. Finance 38 (1998) 256, 256 ff.

³³⁷ Stanovich/West/Toplak, Curr.Dir.Psychol.Sci. 22 (2013) 259, 260 ff. m. w. N.; vgl. Stanovich/West, Think.Reason. 13 (2007) 225, 231 ff.

³³⁸ Toplak/Stanoich, Appl.Cogn.Psychol. 17 (2003) 851, 856 ff.

³³⁹ Drummond/Fischhoff, Think.Reason. 25 (2019) 477, 493 ff., 497 f.

³⁴⁰ Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 190 ff.; für das englische Recht Higgins/Levy, C.J.Q. 38 (2019) 376, 387 ff.; für das US-amerikanische Recht Rachlinski, Rechtstreeks 2/2012, 15, 31 f. m. w. N.; vgl. auch Edwards, Emory

Der Bestätigungsfehler kann jede richterliche Sachverhaltsbeurteilung betreffen, insbesondere aber die Beweisaufnahme und -würdigung.³⁴¹ So kann man davon ausgehen, dass ein Richter unbewusst denjenigen Beweismitteln mehr Aufmerksamkeit schenkt, die zu seinen bis dahin aufgestellten Hypothesen, seiner „Story“³⁴² vom Fall, passen.³⁴³ Zudem dürfte er in der mündlichen Verhandlung aufgrund des Bestätigungsfehlers vermutlich dazu neigen, eher Fragen zu stellen, die eine zur eigenen Fallbeurteilung passende Antwort erwarten lassen. Wenn der Inhalt des Beweismittels und die verfolgte Hypothese miteinander korrespondieren, dann verstärkt sich der entsprechende Eindruck, den der Richter vom Fall hat,³⁴⁴ sodass ein bekräftigender Kreislauf in Gang gesetzt wird. Aber auch wenn der Richter noch keine vorgefasste Meinung zum Fall hat, kann diese durch das erste Beweismittel, das er würdigt,³⁴⁵ gebildet werden, wobei die Reihenfolge der gewürdigten Beweismittel oder der Parteienhörungen jeweils dem Verfahrensablauf und damit Zufälligkeiten geschuldet sind.

Auch für Beweismittel und Parteivorträge, die eigentlich unzulässig sind, kann sich der Bestätigungsfehler auswirken.³⁴⁶ Denn obwohl jene aus verfahren-

L.J. 68 (2019) 1035, 1043. Daneben finden sich Nachweise des *Confirmation Bias* bei Rechtsanwälten, *Wistrich/Rachlinski*, S.Cal.L.Rev. 86 (2013) 101, 126 ff., 130, sowie bei Ermittlungspersonen in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, *Singelnstein*, StV 2016, 830, 831 ff.; a.A. *Klöhn/Stephan*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 85 f., die meinen, bei juristischen Experten in Deutschland Hinweise für das Fehlen eines Bestätigungsfehlers gefunden zu haben, weil die Anwendung der Herausforderungsformel im getesteten deliktsrechtlichen Fall nicht zu einer Verfestigung der eigenen Meinung geführt habe, man aber bei Bestehen eines *Confirmation Bias* eine solche Verfestigung vermutet hätte. Diese Auffassung ist jedoch nicht überzeugend, da erstens nicht sicher ist, ob die teilnehmenden Richter überhaupt die Herausforderungsformel angewendet hatten, s. *dies.*, a. a. O., S. 85, und da zweitens vor der mutmaßlichen Anwendung der Herausforderungsformel nicht einmal das erste, intuitive Urteil erhoben worden war.

³⁴¹ *Koehler/Meixner*, in: Wiley-Blackwell Handbook JDM, 2015, S. 749, 758 f. m. w. N.; *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 186; *Findley/Scott*, Wis.L.Rev. 2006, 291, 315 ff. m. w. N.; vgl. auch *Lord/Ross/Lepper*, J.Pers.Soc.Psychol. 37 (1979) 2098, 2098 ff.

³⁴² Zur Annahme, dass Richter bei der Bewertung des Tatsachenmaterials ein eigenes Narrativ vom Fall konstruieren (*Story Model*), s. *Pennington/Hastie*, J.Pers.Soc. Psychol. 51 (1986) 242, 242 ff.; s. auch den Überblick bei *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 528 ff. m. w. N.

³⁴³ *Peer/Gamliel*, Ct.Rev. 49 (2013) 114, 115.

³⁴⁴ S. die Nachweise bei *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 530 Fn. 28.

³⁴⁵ *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 188 m. w. N.

³⁴⁶ *Zamir/Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 549; *Wistrich/Guthrie/Rachlinski*, U.Pa.L.Rev. 153 (2005) 1251, 1251 ff.

rensrechtlicher Sicht nicht in die Fallbeurteilung Eingang finden dürfen,³⁴⁷ wird sich ein Richter nicht dagegen wehren können, dass er sie wahrnimmt und unbewusst in sein Bild vom Sachverhalt aufnimmt.³⁴⁸ Damit hat grundsätzlich alles, was dem Gericht als Information präsentiert wird, das Potential, die gerichtliche Entscheidungsfindung zu beeinflussen, gleichgültig, ob der Richter diese Information überhaupt als entscheidungserheblich betrachtet.³⁴⁹ Hierbei spielt nicht nur die Information selbst eine Rolle, sondern auch die Darbietung derselben in den Schriftsätzen sowie das Zusammenspiel verschiedener sozialer und kognitiver Einflussfaktoren (siehe zu Interaktionseffekten oben 2.). Als weitere Quelle für die vorgefasste richterliche „Intuition“ kommen Erkenntnisse in Betracht, die sich nicht aus der Akte oder dem bisherigen Verfahren ergeben, sondern die der Richter beispielsweise durch eigenständige Recherche („Googeln“) über die Parteien und den Sachverhalt erlangt hat.³⁵⁰ Ferner dürfte auch die generelle „Lernerfahrung“, dass das eigene Urteil in einem vergleichbaren Fall von der nächsthöheren Instanz bestätigt wurde, zu einer Verstärkung einer bestimmten Sichtweise auf einen Sachverhalt führen.³⁵¹ Außerdem birgt ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz das Risiko, dass der Richter im späteren Hauptsacheverfahren entsprechend „voreingenommen“ ist, auch wenn sich bis dahin möglicherweise wesentliche Umstände verändert haben.³⁵²

³⁴⁷ Zur Frage, ob und wann ein durch den Beweisführer unter Verletzung materieller Rechte des Beweisgegners erlangtes Beweismittel im Zivilprozess Berücksichtigung finden darf, stellvertretend *Brinkmann*, AcP 206 (2006) 746, 748 ff.

³⁴⁸ *Landsman/Rakos*, Behav.Sci. Law 12 (1994) 113, 125 f. (Studie durchgeführt mit „echten“ Richtern), dort auch zur Veränderung der Wahrnehmung des Klägers durch das Gericht bei unzulässigen Beweisen; differenzierend *Wistrich/Guthrie/Rachlinski*, U.Pa.L.Rev. 153 (2005) 1251, 1251 ff.: signifikanter Effekt bei fünf von sieben Szenarien.

³⁴⁹ *Rachlinski/Wistrich*, Annu.Rev. Law Soc.Sci. 13 (2017) 203, 216 ff. m. w. N.; *Landsman/Rakos*, Behav.Sci. Law 12 (1994) 113, 125 f.; *Wistrich/Guthrie/Rachlinski*, U.Pa.L.Rev. 153 (2005) 1251, 1251 ff.; vgl. auch den Überblick bei *Peer/Gamliel*, Ct.Rev. 49 (2013) 114, 117 m. w. N.

³⁵⁰ *Warmuth*, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), Einflüsse, 2017, S. 54, 67. Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist das eigenständige „Googeln“ dem Richter, mit Hinweis, grundsätzlich erlaubt, *BGH* 27.01.2022 – III ZR 195/20, juris Rn. 8 (zu § 291 ZPO). Zum Widerstreit der Praxis des „googelnden“ Richters mit Zivilverfahrensgrundsätzen, u. a. richterlicher Neutralität und Distanz zum Sachverhalt, s. *McCorkle*, Allgemeinkundigkeit, 2018, S. 188 ff.; für das US-amerikanische Prozessrecht: *Thornburg*, Rev. Litig. 28 (2000) 131, 184, 198.

³⁵¹ Zum sog. *Learning from Outcome Feedback* und den daraus resultierenden verzerrenden Effekten für das konfirmatorische Hypothesentesten vgl. allgemein *Klayman/Ha*, Psychol.Rev. 94 (1987) 211, 222 f. m. w. N.

³⁵² Vgl. zum englischen Recht *Higgins/Levy*, C.J.Q. 38 (2019) 376, 387.

Insgesamt können durch die verzerrende Wirkung des Bestätigungsfehlers Eindrücke entstehen, die den Prozessverlauf und insbesondere das Prozessergebnis stark beeinflussen können. Es ist sogar davon auszugehen, dass der Bestätigungsfehler etwaige bereits bestehende *Biases* bei der Sachverhaltsbeurteilung verstärken kann.³⁵³ Daher sollten Gerichte auch in Bezug auf diesen *Bias* darauf achten, möglichst unvoreingenommen an einen Fall heranzugehen und stets alle denkbaren Geschehensvarianten zu erwägen. Andernfalls besteht das Risiko, dass ein Richter den zu entscheidenden Sachverhalt nicht neutral, sondern entsprechend seiner vorgefassten Überzeugung „im Tunnelblick“ wahrnimmt, beurteilt und entscheidet.

ee) Zwischenergebnis zu Heuristiken und kognitiven Verzerrungen

Die Ergebnisse der *Heuristics-and-Biases*-Forschung deuten darauf hin, dass es eine Vielzahl kognitionspsychologischer Mechanismen gibt, die sich unbewusst auf die richterliche Entscheidungsfindung auswirken können. Das kann zu verzerrten, irrationalen Sachentscheidungen führen. Mögliche Gegenmaßnahmen sind jeweils nur sehr begrenzt erfolgreich. Umso wichtiger ist es, auf die Existenz der erwähnten Heuristiken und kognitiven Verzerrungen sowie die damit verbundenen Risiken aufmerksam zu machen und dieses Wissen im Rahmen verfahrensrechtlicher Diskussionen zu nutzen.

b) *Effekte durch Zeitpunkt der Entscheidungsfindung/Reihenfolge-Effekte*

Auch der bloße Zeitpunkt, zu dem das Gericht sein Urteil fällt, kann als außerrechtlicher Faktor den Inhalt dieses Urteils beeinflussen. Konkret geht es hierbei um einen Reihenfolge-Effekt, d. h., es macht für die Erfolgsaussichten einer Klage oder eines Antrags einen Unterschied, ob der zu entscheidende Rechtsstreit zeitlich eher am Ende oder am Anfang einer Abfolge von Terminen an der Reihe ist. Allerdings sind die Studienbefunde widersprüchlich. Es gibt sowohl Studien, die nahelegen, dass die Wahrscheinlichkeit für eine Klageabweisung zum Ende einer Sequenz von Entscheidungen zunimmt (aa)), als auch Untersuchungen, die das Gegenteil nahelegen (bb)). Nach Darstellung dieser uneinheitlichen Studienlage soll am Ende dieses Abschnitts besprochen werden, welcher Schluss für den deutschen Zivilprozess gezogen werden kann (cc)).

³⁵³ *Oeberst*, RW 2019, 180, 202 f.

aa) Danziger et al.: Höhere Erfolgsaussichten
zu Beginn einer Verhandlungs- oder Entscheidungssequenz

Besonders prominent für die Frage von Reihenfolge-Effekten ist die Untersuchung, die von Danziger und Kollegen mit israelischen Strafrichtern durchgeführt wurde, die Anträge auf vorzeitige Haftentlassung zu entscheiden hatten.³⁵⁴ Der Befund der Studie wird häufig so wiedergegeben, dass es heißt, hungrige Richter würden strengere Urteile fällen.³⁵⁵ Das ist jedoch eine starke Verkürzung, da es gar nicht so sehr um den Sättigungsgrad der Richter, sondern allenfalls um die Auswirkung von Pausen ging: Die Sitzungstage der beobachteten Richter waren nämlich in drei Zeitblöcke eingeteilt, zwischen denen jeweils (Essens-)Pausen lagen. Innerhalb jedes Blocks war ein starker Trend dahingehend zu beobachten, dass sich die Erfolgswahrscheinlichkeit eines Antrags mit fortschreitender Dauer des Sitzungsabschnitts immer weiter reduzierte. So gingen zu Beginn eines mehrstündigen Blocks noch etwa 65 Prozent der Entscheidungen zugunsten des antragstellenden Inhaftierten aus, während das gegen Ende eines Sitzungsabschnitts nur in null bis zehn Prozent der Entscheidungen der Fall war.³⁵⁶ Die Autoren der Studie mutmaßen, dass längeres Arbeiten am Stück zur geistigen Erschöpfung (*Depletion*) der Richter beitrage, was die Belastbarkeit ihrer kognitiven Ressourcen von Fall zu Fall senke und es wiederum einfacher machen würde, den Status quo zu bestätigen.³⁵⁷ Eine zunehmende Wahrscheinlichkeit von Antragsabweisungen wäre die Folge.

Die Annahme zur Erschöpfung kognitiver Ressourcen kommt aus der Sozialpsychologie, wo die *Ego-Depletion Theory* davon ausgeht, dass kognitiv fordernde Aufgabenstellungen die Fähigkeit zur Selbstregulation verringern oder sogar aufbrauchen, sodass nach einer Weile des Bearbeitens dieser Aufgaben es immer schwerer falle, vergleichbare Aufgaben gleich gut zu bearbei-

³⁵⁴ Danziger/Levav/Avnaim-Pesso, PNAS 108 (2011) 6889, 6889 ff.

³⁵⁵ S. etwa Corbyn, „Hungry judges dispense rough justice“, Beitrag auf der Internetseite der Zeitschrift Nature v. 11.04.2011, abrufbar unter <https://www.nature.com/news/2011/110411/full/news.2011.227.html> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), doi: 10.1038/news.2011.227; zum neurobiologisch erwiesenen Zusammenhang zwischen Hunger und Risikoneigung s. den Überblick bei Hunter, EMBO Rep. 14 (2013) 505, 505 ff. Insgesamt kritisch zur Beziehung zwischen Magen- und Entscheidungsinhalt des Richters statt vieler Kozinski, Loy.L.A.L.Rev. 26 (1993) 993, 993.

³⁵⁶ Danziger/Levav/Avnaim-Pesso, PNAS 108 (2011) 6889, 6890.

³⁵⁷ Danziger/Levav/Avnaim-Pesso, PNAS 108 (2011) 6889 ff., 6889 f., 6892; s. auch Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 44: „[T]ired and hungry judges tend to fall back on the easier default position of denying requests for parole. Both fatigue and hunger probably play a role“.

ten.³⁵⁸ Setzt man Versuchsteilnehmer vor einen Teller duftender Schokoladenkekse und sagt einer Hälfte der Teilnehmergruppe, sie dürften diese Kekse essen, während man die andere Hälfte dazu anhält, keine Kekse und stattdessen mehrere Radieschen zu essen, dann werden diejenigen Teilnehmer, die Radieschen essen und der Versuchung der Kekse widerstehen mussten, bei im Anschluss zu lösenden Rätselaufgaben signifikant früher aufgeben und insgesamt weniger Überlegungszeit darauf verwenden als die Probanden, die nicht die ressourcenverbrauchende Anweisung bekommen hatten, den Keksen zu widerstehen.³⁵⁹ Übertragen auf das richterliche Arbeiten, würde das also bedeuten, dass das Bearbeiten mehrerer Akten kognitive Ressourcen aufbraucht, sodass bei den unmittelbar nachfolgenden Terminen das Abwägen von Argumenten immer anstrengender würde – vergleichbar mit den Rätselaufgaben. Entsprechend würde es nach mehreren bearbeiteten Fällen immer wahrscheinlicher werden, dass ein Richter in der Sache so entscheidet, dass sich am aktuellen Zustand zwischen den Parteien nichts ändert.³⁶⁰ Das bedeutete in der Studie von Danziger und Kollegen die Zurückweisung des klägerischen Antrags. Dass nach einer Pause die Erfolgswahrscheinlichkeit für die Kläger wieder stieg, erklären die Autoren damit, dass sich die Richter in der Zwischenzeit in Bezug auf Selbstregulation wieder etwas erholen können.³⁶¹ Verbunden damit ist der Zusammenhang, dass Nahrungsaufnahme den Blutzuckerspiegel ansteigen lässt, sodass exekutive Funktionen,³⁶² d. h. zentrale dem Denken zugrunde liegende kognitive Prozesse, besser funktionieren können.³⁶³

Der Erklärungsansatz, dass aufgezehrte kognitive Ressourcen eine im Tagesverlauf zunehmende Bestätigungstendenz bei Richtern bewirken, ist nachvollziehbar. Auch aus anderen Kontexten ist der Einfluss des metabolischen Zustands oder auch von Stress auf menschliche Entscheidungsfindung be-

³⁵⁸ S. dazu *Baumeister/Bratslavsky/Muraven/Tice*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 74 (1998) 1252, 1252 ff.; *Muraven/Tice/Baumeister*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 74 (1998) 774, 774 ff.; *Muraven/Baumeister*, *Psychol.Bull.* 126 (2000) 247, 247 ff.; weitere Nachweise auch bei *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, *PNAS* 108 (2011) 6889, 6889. Die Replizierbarkeit des *Ego-Depletion*-Effekts ist allerdings umstritten, s. dazu beispielsweise *Hagger et al.*, *Perspect.Psychol.Sci.* 11 (2016) 546, 546 ff.; auch die Effektgröße ist möglicherweise kleiner als gedacht, s. *Glöckner*, *Judgm.Decis.Mak.* 11 (2016) 601, 608 m. w. N.

³⁵⁹ *Baumeister/Bratslavsky/Muraven/Tice*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 74 (1998) 1252, 1255.

³⁶⁰ *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, *PNAS* 108 (2011) 6889, 6890 f.

³⁶¹ *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, *PNAS* 108 (2011) 6889, 6889, 6892.

³⁶² Vgl. ausführlich zu den exekutiven Funktionen etwa die Darstellung von *Seifert/Thienel*, in: *Schneider/Fink* (Hrsg.), *Funktionelle MRT in Psychiatrie und Neurologie*², 2013, S. 359 ff.

³⁶³ *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, *PNAS* 108 (2011) 6889, 6889, 6892 m. w. N.

kannt.³⁶⁴ Allerdings konnte eine überprüfende Studie zwischenzeitlich nachweisen, dass die bei den israelischen Richtern beobachteten Effekte nicht vollständig auf die Theorie der Erschöpfung kognitiver Ressourcen zurückzuführen sind.³⁶⁵ Wie kann man die berichteten Reihenfolge-Effekte stattdessen erklären? Vielleicht sind es nur Artefakte. Denn während Danziger und Kollegen noch davon ausgingen, dass die einzelnen Sitzungstermine des Tages in zufälliger zeitlicher Abfolge nacheinander angeordnet waren,³⁶⁶ meinen andere Autoren herausgefunden zu haben, dass die Reihenfolge der Fälle, die Gegenstand der Studie waren, nicht zufällig war und somit die Tendenz, dass gegen Ende eines Terminblocks die Erfolgswahrscheinlichkeit von Anträgen immer geringer wurde, bloß ein Artefakt der Fallreihenfolge darstellt.³⁶⁷ Beispielsweise würden alle Fälle, in denen die Antragsteller nicht anwaltlich vertreten sind, absichtlich gegen Ende der jeweiligen Sitzungseinheit verhandelt – was wiederum die deutlich erhöhte Ablehnungswahrscheinlichkeit zum Ende eines Blocks erklären könnte.³⁶⁸ Empirisch konnte das jedoch nicht bestätigt werden. Auch als Danziger et al. daraufhin ihre Daten auf die vermuteten Einflüsse auf die Verhandlungsreihenfolge kontrollierten, war die Wahrscheinlichkeit für die Ablehnung eines Antrags am Ende einer Sitzungseinheit weiterhin besonders hoch.³⁶⁹ Daneben wurde als weiterer Erklärungsversuch vorgebracht, dass Richter möglicherweise gerade diejenigen Fälle auf den Anfang eines Verhandlungstages terminieren, die sie für zeitaufwendig, weil diskussionswürdig halten und denen sie somit eine besonders hohe Erfolgswahrscheinlichkeit zuschreiben.³⁷⁰ Aber auch Simulationen, die ausgehend von dieser Annahme durchgeführt wurden, konnten die von Danziger et al. beobachteten Effekte nicht in vollem Umfang erklären.³⁷¹

Insgesamt ist also festzuhalten, dass die aufsehenerregende Studie zu Reihenfolge-Effekten in israelischen Strafgerichtsentscheidungen beachtenswert ist und hinsichtlich der Belastbarkeit ihrer Aussagen einerseits zwar nicht widerlegt wurde, aber andererseits unklar ist, ob die Befunde lediglich Artefakte

³⁶⁴ Hunter, EMBO Rep. 14 (2013) 505, 505 ff. m. w. N.

³⁶⁵ Daljord/Urminsky/Ureta, Working Paper v. 22.08.2019: Nur einer von acht Richtern zeigte ein Entscheidungsverhalten, das mit der von Danziger et al. vorgeschlagenen Erklärung vereinbar wäre.

³⁶⁶ Vgl. Danziger/Levav/Avnaim-Pesso, PNAS 108 (2011) 6889, 6892.

³⁶⁷ Weinshall-Margel/Shapard, PNAS 108 (2011) E833; Glöckner, Judgm.Decis.Mak. 11 (2016) 601, 602 f.; s. die Besprechung bei Chatziathanasiou, JZ 2019, 455, 455 ff.

³⁶⁸ Weinshall-Margel/Shapard, PNAS 108 (2011) E833.

³⁶⁹ Danziger/Levav/Avnaim-Pesso, PNAS 108 (2011) E834; offenlassend diesbezüglich Daljord/Urminsky/Ureta, Working Paper v. 22.08.2019, S. 7 f.

³⁷⁰ Glöckner, Judgm.Decis.Mak. 11 (2016) 601, 603 ff.

³⁷¹ Glöckner, Judgm.Decis.Mak. 11 (2016) 601, 607 f.

waren. Nur wenn das nicht der Fall wäre, könnte man von einem negativen Zusammenhang zwischen mentaler Erschöpfung des Richters und der Erfolgswahrscheinlichkeit einer Klage ausgehen.

bb) Plonsky et al.: „Best to be last“, d.h. höhere Erfolgswahrscheinlichkeit am Ende einer Verhandlungs- oder Entscheidungssequenz

Nachdem die Studie von Danziger und Kollegen lange Zeit die einzige auf dem Gebiet der Reihenfolge-Effekte bei Gerichtsentscheidungen geblieben war – und die geschilderten kontroversen Reaktionen erhalten hatte –, führten Plonsky et al. zehn Jahre später, im Jahr 2021, eine umfangreiche Untersuchung von US-amerikanischen asylgerichtlichen Entscheidungen sowie von historischen Fällen eines englischen Strafgerichts durch, ergänzt von Kontrollexperimenten mit Laien.³⁷² Dabei kamen sie zu dem Ergebnis, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Klage zunahm, je später die betreffende Sache in einer Abfolge von zu entscheidenden Akten an die Reihe kam.³⁷³

Diese Beobachtung deckt sich mit den Erfahrungen aus anderen Kontexten, etwa, dass professionelle Eiskunstläufer in Wettbewerben überzufällig bessere Bewertungen erhalten, wenn sie per Los einen der hinteren Startplätze zugeteilt bekommen hatten,³⁷⁴ oder, dass Manuskripteinsendungen bei wissenschaftlichen Zeitschriften mutmaßlich eine um sieben Prozent erhöhte Wahrscheinlichkeit haben, vom Herausbergremium abgelehnt zu werden, wenn sie als erste in einer Abfolge von zu beurteilenden Beiträgen gelesen werden.³⁷⁵ Gleiches gilt für Kreditentscheidungen und die Einschätzungen von Schiedsrichtern im Baseball.³⁷⁶ Auch hier ist es also „best to be last“.³⁷⁷

Der Befund, dass die Erfolgsaussichten eines Klägers umso höher sind, je später dieser bei Gericht an die Reihe kommt, lässt sich laut Plonsky und Kollegen gerade nicht mit der *Ego-Depletion Theory* erklären.³⁷⁸ Auch die Annahme, dass Richter mit zunehmender Zahl entschiedener Fälle pro Sit-

³⁷² Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 15 ff., 28 ff., 39 ff.

³⁷³ Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 2, 47 ff.

³⁷⁴ Bruine de Bruin, Acta Psychol. 123 (2006) 299, 303 ff.: Das wirkt sich auch noch auf die Bewertung in der nachfolgenden Runde aus, bei der die Startplatzreihenfolge nur noch zum Teil zufällig und zum Teil leistungsabhängig erfolgt.

³⁷⁵ Orazbayev, Scientometrics 113 (2017) 1573, 1582 ff.

³⁷⁶ Chen/Moskowitz/Shue, Q.J.Econ. 131 (2016) 1181, 1205 ff.

³⁷⁷ So der Beitragstitel von Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021).

³⁷⁸ Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 20 ff.

zung immer mehr Konstellationen präsent haben und mit diesen wohlwollend vergleichen (*Direction-of-Comparison Effect*), wurde wieder verworfen.³⁷⁹ Als anderer motivationaler Erklärungsansatz wird von den Autoren diskutiert, dass zum Ende einer Fallabfolge möglicherweise die richterliche Bereitschaft zum Erlass solcher Entscheidungen sinkt, die eine nächstinstanzliche Überprüfung wahrscheinlich machen.³⁸⁰ Darüber hinaus zeigte sich der Reihenfolge-Effekt besonders stark bei Richtern mit viel Berufserfahrung.³⁸¹

Die umfassende Untersuchung von Plonsky und Kollegen hat gegenüber der unter aa) beschriebenen israelischen Strafrichter-Studie zwei methodische Vorteile: Erstens basiert sie auf einer sehr großen Zahl von Fällen und Entscheidungen – u. a. knapp 400.000 Asylfälle, die im Zeitraum von drei Jahrzehnten von 425 Richtern entschieden wurden –;³⁸² dagegen hatte die Studie von Danziger et al. zwar mit über 1.100 Rechtssachen keine kleine Stichprobe, aber insgesamt wurden lediglich acht Richter untersucht,³⁸³ was die Auswirkung individueller Faktoren verstärkt haben könnte. Zweitens ist bei den von Plonsky et al. analysierten Entscheidungen und insbesondere bei den Kontrollexperimenten eine zufällige Zuteilung der Fälle zur Bearbeitungsreihenfolge eher gesichert als bei den Haftentscheidungen, die Gegenstand der Untersuchung von Danziger und Kollegen waren.³⁸⁴ Limitationen sind allerdings darin zu sehen, dass die in beiden Studien untersuchten Fälle aus unterschiedlichen Rechtsgebieten kamen.³⁸⁵ Insbesondere das Asylrecht ist ein abgegrenztes Rechtsgebiet, bei dem der Verfahrensablauf mutmaßlich standardisierter ist als beispielsweise bei zivilrechtlichen Fällen. Zudem wurden aus-

³⁷⁹ *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 23 ff. m. w. N., als Abkehr von der noch in einer früheren Version des Beitrags im Jahr 2019 vertretenen Ansicht; vgl. auch *Chen/Moskowitz/Shue*, Q.J.Econ. 131 (2016) 1181, 1184 ff., 1190 ff. 1193 ff., die als Erklärung eher den logischen Fehlschluss heranziehen, dass etwas, das länger nicht eingetreten ist, bald mit erhöhter Wahrscheinlichkeit wieder eintreten wird (*Gambler's Fallacy*).

³⁸⁰ *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 26.

³⁸¹ *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 23; a. A. dagegen wohl die Ergebnisse von *Chen/Moskowitz/Shue*, Q.J.Econ. 131 (2016) 1181, 1203.

³⁸² *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 15.

³⁸³ *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, PNAS 108 (2011) 6889, 6889.

³⁸⁴ *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 39 ff.

³⁸⁵ Zu den Unterschieden im Einzelnen, auch mit Blick auf die Verfahrensdauer und zweitinstanzliche Überprüfungswahrscheinlichkeit, s. *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 26 f.

schließlich US-amerikanische und englische Gerichtsentscheidungen einbezogen – bei Danziger et al. waren es israelische Gerichtsbeschlüsse –, sodass auch kulturelle Unterschiede eine Rolle spielen könnten.

cc) Implikation für deutschen Zivilprozess:
Reihenfolge hat Auswirkung auf Sachentscheidung

Wie lassen sich die dargestellten gegenläufigen Ergebnisse auf den deutschen Zivilprozess übertragen? Beide Befunde klingen plausibel, d. h., es ist sowohl gut vorstellbar, dass mit zunehmender Fallzahl pro Tag die Erfolgsaussichten einer Klage abnehmen,³⁸⁶ als auch, dass Richter nach einigen entschiedenen Akten am Tag die späteren Fälle großzügiger und damit klägerfreundlicher entscheiden. Es ist folglich denkbar, dass in der Praxis auch beide Tendenzen zu beobachten wären, jeweils in unterschiedlichen Bedingungen. An dieser Stelle soll nicht entschieden werden, welcher Hypothese zum Reihenfolge-Effekt der Vorzug zu gewähren ist. Denn was alle bisherigen Untersuchungen verbindet, ist die Aussage, *dass* es für die Entscheidung in der Sache einen Unterschied macht, an welcher Stelle in einer zeitlichen Abfolge von Entscheidungen der jeweilige Fall an der Reihe ist. Das kann für ein faires Verfahren und insbesondere einen von externen Einflüssen möglichst befreiten Zivilprozess kein hinnehmbarer Zustand sein. Ob es dann für den Kläger besser ist, wenn sein Fall am Anfang oder am Ende eines Sitzungstages an der Reihe ist, hängt vom Einzelfall und vermutlich insbesondere vom Rechtsgebiet ab.

Gleichwohl wäre angesichts der diesbezüglich noch unklaren Studienlage eine vergleichbare Untersuchung für den deutschen Zivilprozess wünschenswert, zumal bisher keine Entscheidungen in Zivilsachen analysiert wurden und zugleich von strukturellen Unterschieden zum Asylrecht und Strafrecht auszugehen ist. Nach den oben dargestellten Befunden dürfte auch im Zivilprozess die Einbettung der konkreten Sachentscheidung in den zeitlichen Ablauf des Verhandlungs- und Entscheidungstages – neben anderen Faktoren – mitbestimmen, wie die Entscheidung in der Sache ausgeht.

c) *Gruppeneffekte*

Betrachtet man die Umstände, die den Vorgang der menschlichen Entscheidungsfindung beeinflussen, muss man berücksichtigen, dass sich der jeweilige Entscheider immer auch in sozialen Gefügen befindet. Die Macht von sozialer Konformität oder allgemein von Gruppendynamiken in Bezug auf das indivi-

³⁸⁶ Vgl. Arntz, JR 2017, 253, 256 m. w. N.

duelle Urteilen und Entscheiden wurde in vielen verhaltenswissenschaftlichen Untersuchungen belegt. Auch für den Bereich richterlicher Entscheidungsfindung ist der Einfluss der Gruppe – des Kollegiums – von Bedeutung. Wird „die richterliche Aufgabe vergemeinschaftet“³⁸⁷, wirft das die Frage auf, ob auf diese Weise tatsächlich ein Qualitätsvorteil gegenüber der Einzelrichterentscheidung erreicht wird oder ob nicht möglicherweise die Entscheidungsfindung in der Gruppe Nachteile mit sich bringt, die gegenüber den vermeintlichen Vorteilen abzuwägen sind. Diese Vor- und Nachteile sollen im Folgenden aus sozialpsychologischer Sicht (aa)) und aus der Perspektive der *Bias*-Forschung (bb)) kritisch betrachtet werden. Daraus folgt als Zwischenergebnis, dass die Einbettung in ein Kollegialorgan als weiterer psychologischer Einflussfaktor auf die richterliche Entscheidungsfindung gelten kann (cc)).

aa) Gemeinschaftliche Beschlüsse sind nicht zwingend besser – Kollegialgerichtsentscheidungen aus sozialpsychologischer Sicht

In fast 80 Prozent der erstinstanzlichen Rechtssachen sowie bei einem kleinen Teil der zweitinstanzlichen Sachen entscheiden die Gerichte durch Einzelrichter.³⁸⁸ Für die übrigen Fälle sieht das Gesetz dagegen in der Regel ausdrücklich eine Entscheidung zu mehreren vor, d. h. in der Zivilkammer am Landgericht und im Senat am Oberlandesgericht, §§ 348 Abs. 1 S. 2, Abs. 3; 526 f. ZPO. Die mit einer Kollegialentscheidung verbundene Annahme des Qualitätsgewinns wird hier zunächst dargestellt ((1)) und daraufhin mit Blick auf die Veränderung des individuellen Urteils ((2)) sowie des Gruppenurteils ((3)) überprüft. Ein Zwischenergebnis schließt diesen Abschnitt ab ((4)).

(1) Der vermutete Qualitätsgewinn durch Kollegialentscheidungen

Hinter der Zuweisung einer Entscheidungsfindung an das Kollegialorgan steht die Vermutung besonderer Kompetenz des Kollegiums gegenüber dem Einzelentscheider, die man auch als „Weisheit der Vielen“³⁸⁹ bezeichnen kann. Das wird beispielsweise daran erkennbar, dass nach § 348 Abs. 3 S. 1

³⁸⁷ Ernst, *Rechtserkenntnis*, 2016, S. 1.

³⁸⁸ Für die erste Instanz: 78,88 Prozent der erstinstanzlichen Zivilentscheidungen an den Landgerichten wurden vom Einzelrichter entschieden, errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, 2019, S. 60 lfd. Nr. 36 f.; der Amtsrichter ist ohnehin Einzelrichter. Für die zweite Instanz: Ca. 14 Prozent der vor dem Landgericht und etwa sechs Prozent der vor dem Oberlandesgericht in der Berufungsinstanz erledigten Zivilsachen wurden vom Einzelrichter entschieden, errechnet nach Statistisches Bundesamt (Hrsg.), a. a. O., S. 80 lfd. Nr. 35 f., S. 106 lfd. Nr. 1, 22.

³⁸⁹ So der Buchtitel der deutschen Übersetzung von *Surowiecki*, *Wisdom of Crowds*, 2004.

Nr. 1 und 2 ZPO der Einzelrichter den Rechtsstreit der Kammer zur Übernahme vorlegen muss, wenn die Sache besondere Schwierigkeiten aufweist oder grundsätzliche Bedeutung hat – also dann, wenn besondere Kompetenz benötigt wird. Es herrscht folglich die Annahme, dass ein Kollegialorgan in der Regel ein „besseres“ Urteil trifft als der Einzelrichter.³⁹⁰ Diese Vorstellung von der „präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichts“³⁹¹ ist in Deutschland mindestens so alt wie das Zivilverfahrensrecht selbst, und auch schon im klassischen Römischen Recht entschied ein Richter, beispielsweise der Berufungsrichter über die *Appellatio*, nicht allein, sondern nach Beratung mit seinem *Consilium*.³⁹²

Befürworter der Entscheidung von Fällen durch Kollegialorgane argumentieren damit, dass das richterliche Entscheiden ein „Prozess der kommunikativen Entwicklung“ sei.³⁹³ Durch Diskussion und Meinungsvielfalt könne im Wege des argumentativen Austauschs die bessere Entscheidung „errungen“ werden.³⁹⁴ Im Gegensatz dazu seien Urteile durch Einzelrichter insbesondere dann problematisch zu sehen, wenn der jeweilige Sachverhalt ein hohes Maß an Wertung erfordere und die Tatsachengrundlage unklar sei.³⁹⁵ Die Qualität der Rechtsprechung würde folglich viel eher durch Kollegialentscheidungen als durch Einzelrichterentscheidungen gewahrt werden.³⁹⁶ Allgemein geht man davon aus, dass die gemeinsame Zuständigkeit von mehreren Richtern im Spruchkörper dazu beitragen kann, eine etwaige hohe individuelle Varianz zum Teil abzumildern.³⁹⁷ Die Einbindung in das Kollegium soll also gegen-

³⁹⁰ Vgl. beispielsweise Lotz, in: FS Vorwerk, 2019, S. 231, 241.

³⁹¹ Hahn/Stegemann (Hrsg.), Materialien², 1881, S. 148.

³⁹² Kaser, Das Römische Zivilprozessrecht, 1966, S. 405 m. w. N., zum *Consilium*: S. 352, 366 f.

³⁹³ Hanisch, ZRP 1981, 9, 9. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist, dass Richter im Rahmen von psychologischen Interviews die Einzelrichtertätigkeit als einsam beschreiben, Ludewig-Kedmi, SZK 2004, 9, 18.

³⁹⁴ Schwaibold, Rg 24 (2016) 436, 439; vgl. auch Mankowski, Rechtskultur, 2016, S. 326: „internes Verhandeln und Kompromiss“, S. 327: „interner Wettkampf der konkurrierenden Meinungen“.

³⁹⁵ Vgl. Hanisch, ZRP 1981, 9, 9.

³⁹⁶ Vgl. BVerfG 15.11.2010 – 1 BvL 12/10, juris Rn. 7: „Die Gewähr [für umfassende und eingehende Erörterung von Streitstoff und Rechtslage] bietet die Kammer als Kollegialorgan in deutlich höherem Maße als ein Einzelrichter“; BGH 07.07.2010 – 5 StR 555/09, NJW 2010, 3045, 3047: „strukturelle Überlegenheit“ (für das Strafrecht); Greger, ZJP 131 (2018) 317, 328; a. A. implizit BVerfG 02.06.2009 – 1 BvR 2295/08, NJW-RR 2010, 268, 269: „Das Kollegium, welches an Stelle eines zuständigen Einzelrichters entscheidet, kann nicht als ein ‚besseres Gericht‘ angesehen werden“.

³⁹⁷ Vgl. Kahneman/Schkade/Sunstein, J. Risk Uncertain. 16 (1998) 49, 68.

seitige, interne Kontrolle gewährleisten.³⁹⁸ Damit ist die Beobachtung verbunden, dass eine zum Kollegialorgan zusammengeschlossene Richtergruppe eher zu kompromisshaften Urteilen tendiere und dadurch deutlich seltener als der Einzelrichter extreme Entscheidungen ausspreche (zu entgegenstehender Evidenz aus der Sozialpsychologie siehe unten (3)).³⁹⁹

In der Tat gibt es empirische Belege dafür, dass das Aggregieren von Einzelurteilen häufiger zu „richtigen“ Entscheidungen führt, als wenn man einen Einzelnen hätte entscheiden lassen.⁴⁰⁰ Aus diesem Grund hat schon Galton vorgeschlagen, dass bei der kollegialgerichtlichen Bestimmung von Schmerzensgeldbeträgen am besten der Median der Einzelvoten gebildet werden solle.⁴⁰¹ Im Rahmen der Argumentation für Entscheidungen im Kollegialorgan wird außerdem häufig auf das *Condorcet-Jury*-Theorem aus dem Bereich der Wahrscheinlichkeitstheorie verwiesen.⁴⁰² Danach nimmt die Wahrscheinlichkeit, dass die Mehrheit einer Gruppe von Entscheidern die „richtige“, zutreffende Entscheidung fällt, mit zunehmender Gruppengröße zu und konvergiert gegen 1.⁴⁰³ Das bedeutet beispielsweise, dass die Wahrscheinlichkeit, dass in einer Gruppe von drei Personen mindestens zwei Personen die richtige Entscheidung treffen, größer ist als die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Entscheidung, wenn man nur eine Person entscheiden ließe. Bei Annahme einer individuellen Trefferwahrscheinlichkeit von $2/3$ läge also die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person richtig liegt, bei ebendiesen $2/3$. Dagegen beträgt nach der aus dem Theorem abgeleiteten Formel $\sum_{h=n}^n \binom{n}{h} * p^h * (1-p)^{n-h}$ die Wahrscheinlichkeit, dass zwei von drei Personen richtig liegen, 0,74, und dass drei Personen aus einer Gruppe von fünf Personen die richtige Entscheidung treffen, ist mit 0,79 sogar noch wahrscheinlicher.⁴⁰⁴ Übertragen auf Gerichtsentscheidungen, nimmt die Literatur daher an, dass Kollegialentscheidungen schon rein rechnerisch eine „wesentlich höhere Richtigkeitsgewähr“ bieten als Einzelrichterurteile.⁴⁰⁵

³⁹⁸ Fölsch, DRiZ 2017, 166, 169; Mankowski, Rechtskultur, 2016, S. 327 m. w. N.; vgl. auch Berkemann, JZ 1971, 537, 540.

³⁹⁹ Stellvertretend Weimar, Strukturen, 1969, S. 193 ff., 199; Berkemann, JZ 1971, 537, 539; Mankowski, Rechtskultur, 2016, S. 326 f.

⁴⁰⁰ Surowiecki, Wisdom of Crowds, 2004, S. XII f.; Galton, Nature 75 (1907) 450, 450 f.; vgl. Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2012, S. 84 f.

⁴⁰¹ Galton, Nature 75 (1907) 509, 509.

⁴⁰² Doukoff, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 1078 m. w. N.; Schäfer, DRiZ 1995, 461, 468 f.

⁴⁰³ Condorcet, Essai, 1785, S. xxij f.

⁴⁰⁴ Vgl. Estlund, Theory Decis. 36 (1994) 131, 136.

⁴⁰⁵ Doukoff, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 1078; vgl. auch Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-RG), März 2000, abrufbar als Archiv-URL unter <https://web.archive.org>.

Diese Vermutung dürfte jedoch nicht immer zutreffen, denn sie lässt außer Acht, dass das *Condorcet*-Theorem davon ausgeht, dass jedes Gruppenmitglied unabhängig von den anderen Mitentscheidern seine Entscheidung trifft.⁴⁰⁶ Gerade die Unabhängigkeit der Einzelentscheidungen voneinander kann in einem hierarchischen Richterkollegialorgan nicht gewährleistet werden.⁴⁰⁷ Denn zwar sieht § 196 GVG eine Abstimmung nach dem Mehrheitsprinzip⁴⁰⁸ mit gleichwertigen Voten vor, aber schon die Regelungen zur Reihenfolge der Abstimmung in § 197 GVG – der Berichterstatter stimmt zuerst, der Vorsitzende zuletzt, § 197 S. 3 und 4 GVG, – zeigen, dass selbst das gesetzgeberische Ideal keine Sachentscheidung garantieren kann, bei der jedes zuständige Kammer- oder Senatsmitglied unbeeinflusst von den anderen entscheidet. Daraus ergibt sich, dass das *Condorcet-Jury*-Theorem gerade nicht als Begründung für die vermeintlich bessere Qualität von Kollegialgerichtsentscheidungen gegenüber Einzelrichterentscheidungen herangezogen werden kann, weil die Unabhängigkeitsannahme nicht erfüllt ist.⁴⁰⁹ Abhängig von den individuellen Überzeugungsfähigkeiten des Berichterstatters – unbewusst wirksam oder bewusst eingesetzt – kann die Auswirkung dieses Abhängigkeitsverhältnisses entsprechend stärker oder schwächer ausfallen.⁴¹⁰ Zwar ist zu vermuten, dass das Kollegialitätsprinzip insofern wirksam wird, als ein Berichterstatter bereits bei der Abfassung seines Votums die möglichen Auffassungen der anderen internalisiert. Aber es bleibt bei einem institutionali-

org/web/20160513005344/http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/Zivilprozessreformgesetz/stellung_dav_9_Maerz_2000.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), S. 48; vgl. ebenso *Schäfer*, DRiZ 1995, 461, 468 f.

⁴⁰⁶ Zur Unabhängigkeitsannahme *Condorcet*, Essai, 1785, S. xxiv f.; weiterführend zum Unabhängigkeitskriterium stellvertretend *Boland*, Statistician 38 (1989) 181, 185 f.; *Estlund*, Theory Decis. 36 (1994) 131, 132, 137 ff. m. w. N., dort, 141 ff., auch zu der rechnerisch begründbaren Hypothese, dass es unter bestimmten Voraussetzungen sogar vorteilhaft sein kann, wenn der Auffassung des Meinungsführers (*Opinion Leader*) gefolgt wird.

⁴⁰⁷ Vgl. allgemein *Rawls*, A Theory of Justice, 1971, S. 315: „[I]t is [...] clear that the votes of different persons are not independent. Since their views will be influenced by the course of the discussions, the simpler sorts of probabilistic reasoning do not apply“.

⁴⁰⁸ Zum Mehrheitsprinzip rechtshistorisch *Ernst*, Rechtserkenntnis, 2016, S. 115 ff., 133.

⁴⁰⁹ Darüber hinaus ist anzumerken, dass das *Condorcet*-Theorem nur funktioniert, wenn es zwei Entscheidungsvarianten gibt – ein „Richtig“ und ein „Falsch“. Sobald es aber weitere Optionen gibt, wie ein nur in bestimmten Punkten richtiges Sachurteil, dann kann die Überlegenheit des Kollegiums gegenüber dem einzelnen Experten ebenfalls nicht mehr angenommen werden.

⁴¹⁰ *Berkemann*, JZ 1971, 537, 540: „[D]er Ansicht des Berichterstatters [kommt] große faktische Bedeutung zu“; *Weimar*, Strukturen, 1969, S. 204; vgl. auch *Mankowski*, Rechtskultur, 2016, S. 326.

sierten Kenntnisvorsprung des Berichterstatters,⁴¹¹ wodurch der Blick der Kollegen auf den Fall unbewusst gelenkt werden kann. Möglicherweise entsteht dadurch eine Art des Bestätigungsfehlers (siehe dazu oben 3.a) dd)), wenn man voraussetzt, dass sich die Mitglieder des Kollegiums mit der vom Berichterstatter vorgestellten Meinung als „eigener“, gemeinsamer Meinung identifizieren. Wenngleich die jeweiligen Abstimmungsvorgänge innerhalb eines Kollegialgerichts allzu interne Abläufe sind,⁴¹² darf man grundsätzlich annehmen, dass Gruppendynamiken und sozialer Druck sowie die Prägung eines Kollegialorgans durch den Berichterstatter oder den Vorsitzenden,⁴¹³ möglicherweise verstärkt durch Zeitdruck,⁴¹⁴ einen Einfluss auf das Urteil haben, das im Namen des gesamten Kollegiums ergehen wird. Es dürfte ersichtlich sein, dass aus diesen Abläufen nicht immer auch ein Qualitätsgewinn hervorgehen wird.

Die Frage, wie sich Ansichten innerhalb einer Richtermehrheit bilden, betrifft den Bereich der Sozialpsychologie. Hierbei beschäftigt sich die Forschung damit, wie Wahrnehmung und Verhalten des Einzelnen durch soziale Interaktionen mit anderen beeinflusst werden. Die soziale Situation, in der sich jemand befindet, hat in der Regel großen Einfluss auf das Verhalten dieser Person. Das zeigen auch aufsehenerregende psychologische Experimente, wie das „Stanford-Gefängnisexperiment“, in dessen Verlauf Studenten zufällig die Rolle eines Gefängniswärters zugeteilt bekamen und sich daraufhin gegenüber anderen Studenten, die die Rolle von Inhaftierten einnahmen, sehr schnell extrem aggressiv und sadistisch verhielten.⁴¹⁵ Solche Extremsituationen sind mit alltäglichen Gruppendynamiken nicht zu vergleichen. Dennoch ist auch in sozial üblichen Gruppen-Entscheidungssituationen die Macht der Situation groß. Das zeigt sich in zwei Ausprägungen, die im Folgenden näher beschrieben werden sollen: Erstens wirkt sich das Entscheidungsverhalten der

⁴¹¹ *Ernst*, Rechtserkenntnis, 2016, S. 320. Zum unterschiedlichen Informationsstand innerhalb des Spruchkörpers in der Revisionsinstanz und Lösungsvorschlägen s. *Fischer*, in: Amend-Traut/Czeguhn/Oestmann (Hrsg.), *Urteiler*, 2021, S. 17, 34; *Fischer/Eschelbach/Krehl*, *StV* 2013, 395, 401.

⁴¹² Siehe auch *Ernst*, Rechtserkenntnis, 2016, S. 319 f. Zu Einzelheiten und Voraussetzungen der Beratung und Abstimmung s. etwa BeckOK-ZPO/*Elzer*⁴³, § 309 Rn. 14 f.

⁴¹³ Dazu *Ernst*, Rechtserkenntnis, 2016, S. 240 f., 320; vgl. auch *Mankowski*, Rechtskultur, 2016, S. 326; für die Vereinigten Staaten s. *Hemel/Rozema*, University of Chicago Coase-Sandor Working Paper 822 (2018) 1, 21 ff.; ebenso *Devins/Federspiel*, in: Klein/Mitchell (Hrsg.), *The Psychology of Judicial Decision-Making*, 2010, S. 85, 91 ff. m. w. N. mit dem Hinweis auf individuelle Machtbedürfnisse („need for power“).

⁴¹⁴ *Fischer*, in: Amend-Traut/Czeguhn/Oestmann (Hrsg.), *Urteiler*, 2021, S. 17, 31 ff.

⁴¹⁵ *Zimbardo*, *Lucifer Effect*, 2007, S. 40 ff., 100 ff.; s. auch die methodenkritische Besprechung bei *Le Texier*, *Am.Psychol.* 74 (2019) 823, 823 ff.

Gruppenmitglieder auf die Sacheinschätzung des einzelnen Entscheiders aus ((2)) und zweitens führen die Mechanismen von Gruppendenken und Gruppenpolarisierung dazu, dass ein gemeinschaftlicher Beschluss in der Regel zu extremeren Ergebnissen führt, als wenn man alle Einzelvoten addieren und den Durchschnitt bilden würde ((3)).

(2) *Normative Einflüsse der Gruppenmitglieder fördern Konformität des Einzelnen*

Hinsichtlich des Gruppeneinflusses auf den Einzelnen gibt es beispielsweise Befunde dafür, dass Menschen bei ihrer Entscheidungsfindung in etwa einem Drittel aller Fälle konform mit der Entscheidung der Gruppenmehrheit gehen, auch wenn diese Entscheidung objektiv falsch ist und der Einzelne entsprechende Zweifel hegt (sogenannter *Asch-Effekt*).⁴¹⁶ In den hierfür klassischen Experimenten des namengebenden Sozialpsychologen Asch wurden den Versuchsteilnehmern unterschiedlich lange Linien gezeigt. Die Probanden sollten jeweils diejenige Linie bestimmen, die genauso lang war wie eine Vergleichslinie, wobei die einzelnen Linien einen deutlichen Längenunterschied aufwiesen. Die Studie fand in einem Konferenzraum statt. Dort waren neben dem jeweiligen Studienteilnehmer auch stets drei bis vier weitere Personen anwesend, die als Teilnehmer getarnt waren, aber in Wahrheit als Eingeweihte dazu angehalten waren, einstimmig eine falsche Antwort zu geben, und zwar bevor der eigentliche Teilnehmer antworten konnte. Der Versuchsteilnehmer war daraufhin irritiert und stand vor der Entscheidung, sich gegen das ihm unerklärliche Urteil der anderen zu stellen.⁴¹⁷ Erwartungsgemäß fiel es schwerer, den sozialen Druck der Mehrheit zu überwinden, als sich konform mit der Gruppennorm zu verhalten (*Peer Pressure*). Das gilt unabhängig von Persönlichkeitsmerkmalen.⁴¹⁸ Folglich wirkt sich das Entscheidungsverhalten anderer Gruppenmitglieder auf die eigene Urteilsfindung aus. Allerdings nivellierte sich die Stärke dieses Effekts, sobald man mit seiner persönlichen Auffassung nicht allein war, sondern einen Verbündeten

⁴¹⁶ *Asch*, J.Soc.Psychol. 12 (1940) 433, 444 ff.; *ders.*, Psychol.Monogr. 70 (1956) 1, 9 ff. Wenn sich die Teilnehmer in einem Drittel der Fälle konform mit der Gruppe für die objektiv falsche Antwort entscheiden, bedeutet das zugleich auch, dass in zwei Dritteln der Fälle die Teilnehmer sich nicht von der falschen Vorgabe der Gruppe beeinflussen lassen und eine unabhängige, richtige Entscheidung treffen; s. mit dieser Klarstellung *Gerrig*, Psychologie²¹, 2018, S. 661 f. Zu den Experimenten auch *Sunstein*, Yale L.J. 110 (2000) 71, 79 ff.

⁴¹⁷ *Asch*, Psychol.Monogr. 70 (1956) 1, 56 ff., 67.

⁴¹⁸ Vgl. zur fehlenden Verbindung von Persönlichkeitsmerkmalen mit der Tendenz, der Einschätzung von Richterkollegen zuzustimmen, *van Koppen/ten Kate*, Law & Soc’y Rev. 18 (1984) 225, 238 ff.

hatte; die Teilnehmer entschieden dann ungefähr genauso häufig gegen die Mehrheitsmeinung, wie wenn es gar keinen Widerstand gab.⁴¹⁹

Eine vergleichbare Anteilsrate von gruppenkonformen Entscheidungen wider die eigene Überzeugung ist auch bei US-amerikanischen *Juries* zu beobachten. Eine Befragung von 3.500 Geschworenen in strafrechtlichen Prozessen ergab, dass in Fällen, die einstimmig entschieden worden waren, 38 Prozent der Befragten nach eigenen Angaben anders entschieden hätten, falls sie eigenverantwortlich und nicht als *Jury*-Mitglied ein Urteil hätten fällen müssen.⁴²⁰ Diejenigen, die in ihrer Wahrnehmung des Falls von der Auffassung der Mehrheit abwichen, hatten in der Regel größere Skepsis gegenüber dem dargebrachten Beweismaterial und dessen Würdigung, mit der Ausnahme von Sachverständigengutachten.⁴²¹

(3) *Gruppendenken und Gruppenpolarisierung: Gruppenurteile sind extremer als der Durchschnitt der Einzelurteile*

Ebenfalls für den US-amerikanischen Zivilprozess ist nachgewiesen, dass die Diskussion in der Gruppe das gemeinsam getroffene Urteil verändert. Anders als vielleicht vermutet (dazu oben (1)) ist bei diesem Einfluss aber kein mäßigender Effekt festzustellen. Im Gegenteil: Die Schmerzensgeldsummen, die *Juries* nach der gemeinschaftlichen Beratung zuerkannten, fielen signifikant höher aus als die mittleren Werte der Summen, die die *Jury*-Mitglieder vor der Beratung individuell für angemessen gehalten hatten.⁴²² In diesem Zusammenhang wird auch vom Phänomen der Gruppenpolarisierung gesprochen,⁴²³ wonach Gruppen zu Entscheidungen neigen, die extremer sind als der Durchschnitt der Entscheidungen, die jedes Gruppenmitglied alleine getroffen hätte.⁴²⁴ Gruppenpolarisierung ist eine Erscheinungsform des Gruppendenkens: Man nimmt an, dass innerhalb einer Gruppe, motiviert durch ein Bedürfnis nach Gruppenharmonie, Prozesse entstehen, bei denen sich Ansichten Einzelner – häufig der Führungspersonen – schnell durchsetzen und andere

⁴¹⁹ *Asch*, *Sci.Am.* 193 (1955) 31, 35.

⁴²⁰ *Waters/Hans*, *JELS* 6 (2009) 513, 523.

⁴²¹ *Waters/Hans*, *JELS* 6 (2009) 513, 527 f.

⁴²² *Diamond/Casper*, *Law & Soc'y Rev.* 26 (1992) 513, 544 ff.; *Wasserman/Robinson*, *N.C. Cent. L.J.* 12 (1980) 96, 105, 111 ff.; vgl. auch *Kaplan/Miller*, *J.Pers.Soc. Psychol.* 53 (1987) 306, 306 ff., außerdem *Marti/Wissler*, *J.Exp.Psychol. Appl.* 6 (2000) 91, 101 f. m. w. N.

⁴²³ *Wasserman/Robinson*, *N.C. Cent. L.J.* 12 (1980) 96, 114 ff., 122 ff.; *Sunstein*, *Yale L.J.* 110 (2000) 71, 96, 102 f.; kritisch *Diamond/Casper*, *Law & Soc'y Rev.* 26 (1992) 513, 554 f.

⁴²⁴ *Sunstein*, *Yale L.J.* 110 (2000) 71, 74 ff. m. w. N.; s. auch die Überblicksdarstellung bei *Gerrig*, *Psychologie*²¹, 2018, S. 664.

Auffassungen ähnlich schnell verdrängt werden.⁴²⁵ Dieser Mechanismus findet sich besonders stark bei eng verbundenen Gruppen,⁴²⁶ beispielsweise gekennzeichnet durch gegenseitige Sympathie oder durch dauerhafte Einbindung in dieselbe Organisationsstruktur,⁴²⁷ sowie solchen Gruppen, die ein besonderes Bedürfnis nach Aufrechterhaltung des positiven Eindrucks als Gruppe nach außen haben.⁴²⁸ Letzteres dürfte auf viele Kammern und Senate an deutschen Gerichten zutreffen. Für Deutschland gibt es indes keine Forschung, die mit den hier dargestellten US-amerikanischen Studien zur Entscheidungsfindung in Kollegialgerichten vergleichbar ist. Diesbezügliche Hypothesen sollten daher mit Bedacht geäußert werden.

(4) *Zwischenergebnis zur sozialpsychologischen Sicht auf Kollegialentscheidungen*

Insgesamt zeigen die sozialpsychologischen Untersuchungen, dass sowohl wechselseitig erwarteter Druck als auch Vorgänge des polarisierenden Gruppendenkens signifikanten Einfluss auf die individuelle und kollektive Entscheidungsfindung haben können. In der Folge kann es passieren, dass ein Individuum sich aus bewusstem oder unbewusstem Konformitätswunsch der Auffassung anderer anschließt und eigene Zweifel demgegenüber hintenanstellen lässt. Dieser Effekt entsteht vor allem durch den Meinungs austausch in der Gruppe. Aus Gruppendiskussionen hervorgegangene Entscheidungen sind also nicht unbedingt besser als die bloße Addition der Einzelmeinungen.⁴²⁹

Würde man auf den gruppeninternen Meinungs austausch verzichten, könnte vermutlich durch eine bloße Abgabe gleichwertiger Stimmen von gleichinformierten Entscheidern eine bessere Qualität der Gesamtentscheidung erreicht werden. Auch so können die dem Richter gremium eigenen Ressourcen an Spezialwissen und Erfahrung genutzt werden,⁴³⁰ dann aber idealerweise ohne negative sozialpsychologische Einflüsse. Man könnte außerdem darüber nachdenken, die personelle Zusammensetzung von Kammern und Senaten

⁴²⁵ Janis, Groupthink², 1982, S. 49 ff.; s. auch Gerrig, Psychologie²¹, 2018, S. 664. Zum Bedürfnis nach Harmonie und Anerkennung innerhalb des Richterkollegiums vgl. Sunstein/Schkade/Ellman/Sawicki, Are Judges Political?, 2006, S. 74 f.

⁴²⁶ Janis, Groupthink², 1982, S. 245 ff.; Sunstein, Yale L.J. 110 (2000) 71, 90: „A sense of shared identity heightens the shift“; ders., a. a. O., 92 m. w. N.

⁴²⁷ Sunstein, Yale L.J. 110 (2000) 71, 91 m. w. N., 95.

⁴²⁸ Turner/Pratkanis, Organ.Behav.Hum.Dec. 73 (1998) 210, 213 ff.; vgl. Sunstein, Yale L.J. 110 (2000) 71, 92.

⁴²⁹ Sunstein, Yale L.J. 110 (2000) 71, 75 ff.; vgl. dazu auch Petersen, Staat 49 (2010) 435, 439.

⁴³⁰ Zu dieser Eigenschaft von Kollegialorganen MüKoZPO/Stackmann⁶, § 348 Rn. 5.

häufiger zu wechseln, weil dann nach den oben erwähnten empirischen Ergebnissen aufgrund der noch nicht stark ausgeprägten Gruppenidentität insgesamt weniger Gruppenpolarisierung und damit weniger verzerrende Effekte zu erwarten wären.⁴³¹

bb) Die Entscheidungsfindung im Kollegialorgan
verstärkt die Auswirkung von kognitiven Verzerrungen (Biases)

Auch aus kognitionspsychologischer Sicht ist zu beobachten, dass die Kollegialentscheidung gegenüber der Entscheidung des einzelnen Richters nachteilig ist. Die gemeinsame entscheidungsvorbereitende Beratung in Gruppen im richterlichen Kontext führt nämlich in der Regel dazu, dass kognitive Verzerrungen stärker hervortreten, als wenn die einzelnen Gruppenmitglieder ihr individuelles Urteil ohne Beratung treffen. Diese Tendenz ist jedoch nicht bei jedem *Bias* gleich stark ausgeprägt; außerdem hängt sie von weiteren Parametern, wie etwa der Gruppengröße, ab.⁴³² Zu den verschiedenen *Biases* ist beispielsweise bekannt, dass der Anker-Effekt bei *Jury*-Entscheidungen stärker auftritt als bei Einzelentscheidungen. Für identische Fälle mit vorgegebenem Anker lagen die von *Juries* zugesprochenen Schadensersatz-Beträge in experimentellen Studien um 26 Prozent höher als der Durchschnitt der von jedem einzelnen *Jury*-Mitglied zuerkannten Summe.⁴³³ Ähnliche Untersuchungen haben diesen Zusammenhang bestätigt.⁴³⁴ Hinsichtlich des Faktors Gruppengröße konnte nachgewiesen werden, dass die Personenanzahl in einer *Jury* positiv mit der jeweils zuerkannten Schadensersatzsumme korreliert war.⁴³⁵ Insgesamt bedeuten diese Befunde, dass die Beratung in einem Gremium von

⁴³¹ Vgl. *Sunstein*, Yale L.J. 110 (2000) 71, 93, 95.

⁴³² *Kerr/MacCoun/Kramer*, Psychol.Rev. 103 (1996) 687, 698 ff., 713; s. auch *dies.*, a. a. O., 692 mit dem tabellarischen Überblick über die unterschiedlichen Ausprägungen von kognitiven Verzerrungen bei Individuen einerseits und Gruppen andererseits, ebenso zum Effekt von Gruppendiskussion auf diese *Biases*. Für einen umfassenden Überblick über die empirische Forschung zur *Jury*-Entscheidungsfindung in den Vereinigten Staaten s. *Devine/Clayton/Dunford/Seying/Pryce*, Psychol. Public Policy Law 7 (2001) 622, 629 ff., 702 ff.

⁴³³ *Diamond/Casper*, Law & Soc’y Rev. 26 (1992) 513, 553 f. Es handelte sich nicht um tatsächlich urteilende *Juries*, sondern um Probanden, die zu Versuchszwecken eine *Mock Jury* bildeten.

⁴³⁴ *Davis*, in: Witte/Davis (Hrsg.), Understanding Group Behavior I, 1996, S. 35, 48 ff.; *Davis/Stasson/Marks/Hulbert/Kameda/Zimmerman/Ono*, J.Exp.Soc.Psychol. 29 (1993) 326, 331 ff.; *Kaplan/Miller*, J.Pers.Soc.Psychol. 53 (1987) 306, 306 ff. für *Punitive Damages*.

⁴³⁵ *Beiser/Varrin*, Judicature 58 (1975) 426, 431 ff.; s. zu diesem Themengebiet die Übersicht bei *Devine/Clayton/Dunford/Seying/Pryce*, Psychol. Public Policy Law 7 (2001) 622, 649 f., 669 f., 707.

mehreren Entscheidungsträgern keinen verallgemeinerbaren Vorteil gegenüber der individuellen Entscheidung hat.⁴³⁶ Das gilt jedenfalls für den Aspekt der Anfälligkeit für kognitive Verzerrungen.

Die Beobachtungen zur Verstärkung kognitiver Verzerrungen in Gruppenkontexten gegenüber Einzelentscheidungen stammen aus dem US-amerikanischen Gerichtssystem. Insbesondere wurden sie mit *Juries*, d. h. mit Gruppen von Laienrichtern, und nicht mit Gruppen von Berufsrichtern durchgeführt.⁴³⁷ Zu letzteren sind bisher keine Studien bekannt. Grundsätzlich ist allerdings davon auszugehen, dass die beobachteten Gruppeneffekte ebenso bei Gruppen von Berufsrichtern vorkommen. Dafür spricht vor allem die kontinuierliche Tendenz, dass sich kognitive Verzerrungen, wie beispielsweise der Anker-Effekt oder der Rückschaufehler, sowohl bei Laien als auch bei Experten in vergleichbarem Umfang zeigen. In dieser Hinsicht dürfte also zu erwarten sein, dass auch bei Berufsrichtern die jeweiligen *Biases* durch Gruppenberatung verstärkt werden. Mehr noch: Möglicherweise sind die Verzerrungseffekte in Gruppen von Berufsrichtern wegen ihrer dauerhaften Verbindung sogar größer als bei den US-amerikanischen *Juries*, die als Gruppe in der Regel nur für einen einzelnen Fall in der jeweiligen Konstellation zusammenkommen.⁴³⁸ Stellt man sich dagegen die Kammer am Landgericht oder den Senat am Oberlandesgericht vor, deren Mitglieder oft über Jahre hinweg identisch bleiben – sodass sich mit der Zeit unterschiedliche soziale Rollen mit unterschiedlicher sozialer Dominanz ausbilden können –, so werden sich die Auffassungen mancher Mitglieder des Spruchkörpers vermutlich häufiger durchsetzen. In diesem Fall wäre auch ein etwaiger *Bias*, der dieser individuellen Sachverhaltsbeurteilung anhaften würde, überproportional in der Gruppenentscheidung zum Ausdruck gekommen.

cc) Zwischenergebnis zu Gruppeneffekten

Lässt man sozial- und kognitionspsychologische Erkenntnisse in die Abwägung von Vor- und Nachteilen der kollegialgerichtlichen Entscheidung von Sachverhalten einfließen, stellt sich ein kritischer Blick auf die vermeintliche Überlegenheit von Gruppenentscheidungen gegenüber Einzelrichterentscheidungen ein. Grundsätzlich stimmt es zwar, dass Menschengruppen „besser“,

⁴³⁶ Kerr/MacCoun/Kramer, Psychol.Rev. 103 (1996) 687, 713 ff.; so auch Kahneman/Schkade/Sunstein, J. Risk Uncertain. 16 (1998) 49, 68 f. m. w. N.

⁴³⁷ Dazu allgemein, d. h. nicht konkret zu Gruppeneffekten, Korch, Haftung und Verhalten, 2015, S. 177 f.

⁴³⁸ Vgl. zum Effekt der Erfahrung mit *Jury*-Aufgaben auf die Entscheidungsfindung in US-amerikanischen Verfahren Devine/Clayton/Dunford/Seying/Pryce, Psychol. Public Policy Law 7 (2001) 622, 677 m. w. N.

im Sinne von treffsicherer, entscheiden als Einzelentscheider. Aber dieser positive Effekt der Gruppenentscheidung zeigt sich nur, wenn man die Gruppenmitglieder unabhängig voneinander abstimmen lässt und dann einen Mittelwert bildet⁴³⁹ oder das Mehrheitsprinzip⁴⁴⁰ anwendet (siehe oben aa), S. 220 f., 224 f.). Kommt es vor der Abstimmung zu einer Erörterung, werden soziale Dynamiken in Gang gesetzt, die die eigentliche „Weisheit der Vielen“ wieder aushebeln. Der kommunikative Austausch ist der Qualität einer Kollektiventscheidung also eigentlich abträglich.

Mit dieser Feststellung soll keinesfalls der Wert der kompetent-kollegialen Beratung⁴⁴¹ im Richterergremium geringgeschätzt werden. Auch ist klar, dass Einzelrichter sich ebenso mit ihren Kollegen zu konkreten Fällen besprechen. Daher sollten die vorgestellten Forschungsergebnisse vielmehr dazu dienen, die Qualität der kollegialgerichtlichen Entscheidungsfindung zu verbessern. Vielleicht können hierarchische⁴⁴² und auf originär gemeinschaftliche, d.h. kompromisshafte, Beschlussfassung gerichtete Abläufe überdacht werden. Stattdessen wäre das Gewicht der einzelnen, jeweils gleichwertigen Voten der Mitglieder des Kollegialorgans durch entsprechend veränderte Entscheidungsabläufe zu betonen. So könnte verhindert werden, dass Richter in Kenntnis oder in unbewusster Abhängigkeit der im Kollegium vertretenen Auffassungen entscheiden. Eine Abschaffung des Berichterstatters ist aus Ressourcen Gründen weder möglich noch sinnvoll. Aber andere Modifikationen des Meinungsbildungs- und Entscheidungsvorgangs, wie etwa in Form von *Dissenting Opinions* nach englischem und US-amerikanischem Vorbild,⁴⁴³ daneben die häufigere Auswechslung der Kollegiumsmitglieder (siehe oben aa)(4),⁴⁴⁴ wären denkbar. Wenn die Umsetzung dieser Vorschläge gelänge, könnten unerwünschte psychologische Effekte bei der richterlichen Urteilsfindung minimiert und die Entscheidungsqualität maximiert werden. Dabei dürfen weitere Parameter, wie etwa die Zusammensetzung des Richterkollegiums nach Geschlecht,⁴⁴⁵ Wertorientierung, usw. (siehe oben 2.), nicht unberücksichtigt

⁴³⁹ *Surowiecki*, *Wisdom of Crowds*, 2004, S. XII f.; *Galton*, *Nature* 75 (1907) 450, 450 f.; *ders.*, *Nature* 75 (1907) 509, 509.

⁴⁴⁰ *Condorcet*, *Essai*, 1785, S. xxij f.

⁴⁴¹ Zu diesem Wert vgl. *Sunstein*, *Yale L.J.* 110 (2000) 71, 106 ff.

⁴⁴² Zum „Senatsklima“ s. die Auswertung von *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, *Arbeitsplatz Gericht*, 2002, S. 186 f., 194 f., 207.

⁴⁴³ Dazu *Ernst*, *Rechtserkenntnis*, 2016, S. 255 ff. Für das US-amerikanische Prozessrecht: *Donald*, *NYU L.Rev.* 94 (2019) 317, 337 ff.; *Quinn*, *Cal.L.Rev.* 100 (2012) 1493, 1500 f. m. w. N.

⁴⁴⁴ *Sunstein*, *Yale L.J.* 110 (2000) 71, 105 f.

⁴⁴⁵ Zum jeweils unterschiedlichen Einfluss von Frauen und Männern im Kollegium auf das Gruppenurteil andeutungsweise *Sunstein*, *Yale L.J.* 110 (2000) 71, 112 m. w. N.; vgl. dazu allgemein die aktuelle Forschung zur Gruppenintelligenz (*Collective Intelligence, CI*), wonach ein höherer Frauenanteil in Gruppen einen positiven

bleiben. Für zukünftige Forschung wäre es interessant, das Zusammenspiel von diesen Faktoren mit generell wirkenden Gruppendynamiken im Rahmen kollegialer Beratung in den Blick zu nehmen.

d) Hinweise zur Übertragbarkeit der Forschungsergebnisse

Bei der Darstellung des Forschungsstands zu psychologischen Einflussfaktoren wurde an mehreren Stellen darauf hingewiesen, dass die Studienergebnisse nicht uneingeschränkt auf das deutsche Zivilverfahren übertragen werden können, weil die zugrunde liegenden Untersuchungen das US-amerikanische Recht betrafen. Darüber hinaus wurden die meisten Studien nicht im Rahmen von „echten“ Gerichtsverfahren durchgeführt, sodass sich auch hieraus Einschränkungen für die Übertragbarkeit der Ergebnisse ergeben können.

Die Frage der Übertragbarkeit oder Generalisierbarkeit von Studienbefunden auf Personen oder Situationen, die von den jeweils untersuchten abweichen, wird auch mit dem Begriff „externe Validität“ bezeichnet.⁴⁴⁶ Es ist wichtig, über das Ausmaß externer Validität als Gütekriterium von Untersuchungen Bescheid zu wissen, wenn es darum gehen soll, aus den Ergebnissen dieser Untersuchungen praktische Implikationen abzuleiten.⁴⁴⁷ Daher soll im Folgenden sowohl auf die Unterschiede zwischen Experimentalsituation und Verfahrensrealität (aa)) als auch auf die Systemunterschiede zwischen dem US-amerikanischen und deutschen Zivilverfahren (bb)) kurz eingegangen werden.

aa) Von der Experiment-Umgebung in die Realität

Der Großteil der empirischen Forschung, die sich mit den wahrnehmungs- und entscheidungspsychologischen Abläufen in Gerichtsverfahren befasst, arbeitet mit Simulations- oder Vignettenstudien.⁴⁴⁸ Das heißt, dass die Untersuchungen in der Regel nicht im Rahmen von tatsächlich stattgefundenen Verfahren, sondern unter Laborbedingungen durchgeführt wurden. Mithin weicht die untersuchte Situation von derjenigen Situation ab, über die man

Effekt auf das Ausmaß der Gruppenintelligenz haben kann, *Riedl/Kim/Gupta/Malone/Woolley*, PNAS 118 (2021) e2005737118, S. 1, 4.

⁴⁴⁶ Dazu statt vieler *Shadish/Cook/Campbell*, *Experimental Designs*, 2002, S. 37 f., 83 ff.

⁴⁴⁷ Für den juristischen Kontext s. *Sagana/van Toor*, *Z.Psychol.* 228 (2020) 226, 227; vgl. außerdem, konkret für den Rückschaufehler, *Oeberst*, RW 2019, 180, 201.

⁴⁴⁸ Vgl. entsprechende Hinweise bei *Oeberst*, RW 2019, 180, 200 f.; *Dhami/Belton*, TPS 3 (2017) 214, 216; *Chapman/Bornstein*, *Appl.Cogn.Psychol.* 10 (1996) 519, 536; *Malouff/Schutte*, *J.Soc.Psychol.* 129 (1989) 491, 495 f.

Aussagen treffen möchte.⁴⁴⁹ Dadurch kann die sogenannte Situationsvalidität beeinträchtigt sein, zumal anzunehmen ist, dass eine Verfahrenssimulation nicht dieselben emotionalen und kognitiven Eindrücke hervorrufen wird wie ein „echtes“ Verfahren.⁴⁵⁰ Das gilt erst recht angesichts der Tatsache, dass die in den Studien verwendeten Fälle aus zeitlichen Gründen stark gekürzt und vereinfacht werden.⁴⁵¹ Insgesamt kann der Grad realitätsnaher Abbildung einer gerichtlichen Entscheidungssituation variieren, von schriftlichen Aktenauszügen (Vignettenstudien) über Videoaufnahmen einer mündlichen Verhandlung bis hin zur Durchführung einer vollständigen Verfahrenssimulation.⁴⁵²

Ein weiteres Merkmal dieser Studien ist, dass die Studienteilnehmer in der Regel Studenten sind. Nur selten finden die empirischen psychologischen Untersuchungen mit Richtern statt, obwohl man ja gerade zu deren Entscheidungsfindung neue Erkenntnisse gewinnen möchte. Insofern könnten sich Einschränkungen hinsichtlich der sogenannten Populationsvalidität ergeben. Das ist für das US-amerikanische Verfahrensrecht jedoch nicht bedeutsam, solange es um die Betrachtung von *Juries* und nicht von Berufsrichtern geht, denn Meta-Analysen zeigen, dass die Befunde von Studien mit „echten“ *Juries* und von Studien mit sogenannten *Mock Juries* in den meisten Fällen übereinstimmen.⁴⁵³ Dagegen ist für Berufsrichter und damit besonders für das deutsche Recht eher davon auszugehen, dass Expertise und Berufserfahrung Faktoren sind, die den Ablauf und das Ergebnis von richterlichen Entscheidungsprozessen beeinflussen (siehe beispielsweise beim Rückschaulfehler, oben a) cc) (2)). Das dürfte auch für die Suche nach passenden *Debiasing*-Maßnahmen relevant sein.⁴⁵⁴

Die externe Validität von Studien zur richterlichen Entscheidungsfindung wäre also grundsätzlich höher, wenn die jeweiligen Untersuchungen mit Richtern und zudem in real stattfindenden Verfahren durchgeführt würden.⁴⁵⁵ Das ist allerdings in der Praxis nur schwer umzusetzen,⁴⁵⁶ auch, weil es für die Gerichte enormen zeitlichen Aufwand bedeuten würde.

⁴⁴⁹ Siehe etwa *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 819.

⁴⁵⁰ Vgl. *Dhami/Belton*, TPS 3 (2017) 214, 216.

⁴⁵¹ *Dhami/Belton*, TPS 3 (2017) 214, 216; vgl. auch *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 819.

⁴⁵² *Bornstein*, Law & Hum.Behav. 23 (1999) 75, 82 f.

⁴⁵³ *Bornstein*, Law & Hum.Behav. 23 (1999) 75, 87; vgl. auch *ders.*, a. a. O., 76 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. *Biard/Faure*, RTDEur 51 (2015) 715, 733.

⁴⁵⁵ *Oeberst*, RW 2019, 180, 201 f.; *Cunliffe*, E&P 18 (2014) 139, 173; *Bornstein*, Law & Hum.Behav. 23 (1999) 75, 87 f.

⁴⁵⁶ *Oeberst*, RW 2019, 180, 201 f.; vgl. auch das ursprüngliche Manuskript zu *Malouff/Schutte*, J.Soc.Psychol. 129 (1989) 491, 491 ff., abrufbar unter <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED282152.pdf> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), S. 12.

Allerdings sind die Bedenken hinsichtlich der Übertragbarkeit der Befunde von Laborstudien nicht in jeder Hinsicht schwerwiegend: Mehrere Untersuchungen haben gezeigt, dass Studien mit Studenten als Versuchsteilnehmern sowie Simulationsstudien im Allgemeinen typischerweise Ergebnisse generieren, die denen von Untersuchungen im Feld überwiegend entsprechen.⁴⁵⁷ Das gilt gerade für den Bereich der kognitiven Verzerrungen, von denen manche im realen Anwendungsfall sogar noch deutlicher zum Ausdruck kommen als unter Laborbedingungen.⁴⁵⁸

Gleichzeitig ist noch keine empirische Untersuchung bekannt, die im selben Design sowohl die Entscheidungsfindung von Richtern und Studenten als auch die Laborsituation und die Situation im realen Verfahren verglichen hat. Daher sind die geschilderten Umstände von psychologischen Experimenten zum richterlichen Entscheidungsverhalten weiterhin jedenfalls als mögliche Einschränkung der externen Validität einer Untersuchung zu berücksichtigen.

bb) Übertragbarkeit von US-amerikanischen Befunden auf den deutschen Zivilprozess?

Zu den Experimentbedingungen, die die externe Validität reduzieren können, zählt aus deutscher Sicht außerdem die Tatsache, dass richterpsychologische Studien fast ausschließlich aus dem US-amerikanischen Raum kommen und daher den Situationen des dortigen Verfahrensrechts nachgebildet sind. Wegen der Unterschiede zwischen den Rechtskreisen liegt die Vermutung nahe, dass manche Befunde dieser Studien nicht auf das deutsche Zivilverfahren anwendbar sind.

So sind insbesondere die zum Anker-Effekt berichteten Untersuchungsergebnisse vor dem Hintergrund ihrer Einbettung in das US-amerikanische Gerichtssystem zu verstehen. Dort wird die Verursachung körperlicher Schäden häufig mit besonders hohen Schmerzensgeld- oder Strafschadensersatzsummen sanktioniert. Demgegenüber geben die in Deutschland gebräuchlichen Schmerzensgeldtabellen einen deutlich engeren Entscheidungsrahmen vor, der in seiner Höhe nicht mit den in den Vereinigten Staaten üblichen Werten vergleichbar ist. Gleichwohl können innerhalb dieses Rahmens auch im deutschen Zivilverfahren Ankerwerte gesetzt werden. Außerdem dürften wieder-

⁴⁵⁷ *Anderson/Lindsay/Bushman*, *Curr.Dir.Psychol.Sci.* 8 (1999) 3, 4 ff. Mit diesem Hinweis auch *Tor*, *Haifa L.Rev.* 4 (2008) 237, 285 f. Zur Vergleichbarkeit in Bezug auf US-amerikanische *Juries* s. *Bornstein*, *Law & Hum.Behav.* 23 (1999) 75, 78 ff.

⁴⁵⁸ So etwa zum Rückschaufehler *Oeberst*, *RW* 2019, 180, 200 f.; zur widersprüchlichen Studienlage beim Anker-Effekt s. einerseits *Jung/Perfecto/Nelson*, *JMR* 53 (2016) 354, 354 ff. sowie andererseits *Bahník/Englich/Strack*, in: Pohl (Hrsg.), *Cognitive Illusions*², 2017, S. 223, 227.

rum die Orientierungswerte aus den Schmerzensgeldtabellen selbst einen entscheidungspsychologischen „Anker“ beim Gericht setzen – das wäre insbesondere dann der Fall, wenn ein Richter ohne Kenntnis der Richtwerte eine andere Schmerzensgeldhöhe für angemessen halten würde. In welchem Ausmaß der Anker-Effekt tatsächlich im deutschen Zivilrecht auftritt, ist indes bisher nicht bekannt, weil Studien zum Anker-Effekt innerhalb des deutschen Gerichtssystems das Strafrecht betrafen.⁴⁵⁹ Rechtsprechung und Literatur gehen vermutlich zu Recht davon aus, dass auch die zivilgerichtliche Praxis vom Anker-Effekt betroffen ist (dazu näher oben a)bb)(2)). Angesichts der unterschiedlich großen Entscheidungsspielräume für Schmerzensgeldsachen in Deutschland und den Vereinigten Staaten ist jedoch anzunehmen, dass die Effektstärke einer solchen Ankerung im deutschen Zivilprozess geringer ist, als es in den berichteten US-amerikanischen Studien der Fall war (zum positiven Zusammenhang zwischen Entscheidungsspielraum und kognitiven Verzerrungen oben I. 3. a)cc)(2)).

Auch zum Bestätigungsfehler gibt es Befunde, die nahelegen, dass dieser in einem *Civil-Law*-Land weniger stark ausgeprägt sein könnte als in einem *Common-Law*-Land. Hierzu berichtet Rachlinski von einem Experiment, das niederländische Richter mit US-amerikanischen Richtern verglich. Unter den niederländischen Richtern war der Anteil derjenigen, die keinem Bestätigungsfehler unterlagen, mehr als doppelt so hoch (32 Prozent) wie unter den US-amerikanischen Richtern (14 Prozent der Richter).⁴⁶⁰ Trotz besserem Abschneiden der Richter aus den Niederlanden war aber auch dort die Mehrheit von der kognitiven Verzerrung des Bestätigungsfehlers betroffen.⁴⁶¹ Daher dürfte in dieser Hinsicht ebenfalls die Annahme gelten, dass die Befunde zur Existenz des Effekts verallgemeinerbar sind, während sie der Höhe nach vermutlich nicht auf Deutschland anwendbar sind.

Man könnte vermuten, dass in *Civil-Law*-Rechtsordnungen nicht nur das Risiko für den Bestätigungsfehler geringer ist als in *Common-Law*-Staaten, sondern dass auch generell kognitive Verzerrungseffekte seltener oder in schwächerer Ausprägung auftreten. Das gründet sich auf Befunde der erwähnten Ländervergleichsstudie. In einem Test zu kognitiven Denkstrategien⁴⁶² erzielten niederländische Richter bessere Ergebnisse als US-amerikanische

⁴⁵⁹ So etwa *English/Mussweiler/Strack*, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 32 (2006) 188, 190 f.

⁴⁶⁰ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 32.

⁴⁶¹ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 32.

⁴⁶² Zu den Einzelheiten dieses Tests (*Cognitive Reasoning Test*, CRT) und dessen hoher Reliabilität s. *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 93 (2007–2008) 1, 10 ff.

Richter, d. h., sie urteilten deliberativer und weniger intuitionsgeleitet.⁴⁶³ Leider kann aus dieser Studie jedoch kein eindeutiger Schluss zum Unterschied zwischen *Common Law* und *Civil Law* gezogen werden, da auch kanadische Richter – also *Common-Law*-Richter – im Test ähnlich gut abschnitten wie die niederländischen Richter.⁴⁶⁴ Insofern bleibt lediglich festzuhalten, dass spezifisch die US-amerikanischen Richter möglicherweise besonders *Bias*-anfällig sind. Um sicher sagen zu können, inwiefern es sich um ein Korrelat rechtskultureller Besonderheiten der Vereinigten Staaten oder doch um einen Unterschied zwischen *Common Law* und *Civil Law* handelt, müssten Richter aus möglichst vielen Rechtsordnungen ebenfalls in den Vergleich miteinbezogen werden. Es wäre nicht überraschend, wenn ein normativ geprägtes Rechtssystem positiv mit einer rationalen, deliberativen Denkweise der Gerichte korrelieren würde, während ein „Denken in Fällen“ stärker mit intuitivem Denken assoziiert wäre.

Wenn es um Gruppeneffekte geht, ist als Systemunterschied ebenfalls zu beachten, dass gerichtliche Mehrpersonenentscheidungen in den Vereinigten Staaten häufig von *Juries*, also von Laienrichtern, getroffen werden.⁴⁶⁵ Daher sollten Studienergebnisse, die sich auf das Urteilen und Entscheiden von *Jury*-Mitgliedern beziehen, nur mit Vorsicht auf den deutschen Zivilprozess angewandt werden. Für das US-amerikanische Recht haben Auswertungen ergeben, dass sich die Urteile von *Juries* nicht signifikant von denjenigen eines Berufsrichters unterscheiden,⁴⁶⁶ wohl auch nicht auf dem häufig diskutierten Gebiet des Strafschadensersatzrechts (*Punitive Damages*).⁴⁶⁷ Trotzdem ist ungewiss, inwiefern Befunde von Untersuchungen mit *Juries* auf die

⁴⁶³ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 19f.

⁴⁶⁴ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 19f.

⁴⁶⁵ Zum *Jury*-Verfahren s. Rules 38, 39 Federal Rules of Civil Procedure (FRCP); s. weiterführend *Tarr*, *Judicial Process*⁷, 2019, S. 139 ff., 147 ff., der aber auch darauf hinweist, dass die relative Häufigkeit von *Jury*-Verfahren gerade im Zivilrecht mittlerweile stark zurückgegangen ist und ungefähr noch ein Drittel beträgt, *ders.*, a. a. O., S. 149.

⁴⁶⁶ *Kalven/Zeisel*, *The American Jury*, 1966, S. 58 ff., 64: In tatsächlich stattgefundenen Verfahren stimmte das Urteil, das ein einzelner Berufsrichter (*Trial Judge*) gefällt hätte, mit den ergangenen *Jury*-Entscheidungen in 78 Prozent der Fälle überein. Für einen Überblick zur methodischen Kritik dieser Studie s. *Hans/Vidmar*, *L. & Soc. Inquiry* 16 (1991) 323, 329 ff.; vgl. dazu auch *Tarr*, *Judicial Process*⁷, 2019, S. 149 f.; s. ferner *Clermont/Eisenberg*, *Am. Law & Econ. Rev.* 3 (2001) 125, 130 ff., die berichten, dass Urteile von *Juries* ähnlich selten aufgehoben oder abgeändert werden wie Urteile von Berufsrichtern.

⁴⁶⁷ *Eisenberg/LaFountain/Ostrom/Rottman/Wells*, *Cornell L. Rev.* 87 (2002) 743, 743 ff. Untersucht wurden 9.000 innerhalb eines Jahreszeitraums ergangene Entscheidungen von insgesamt 45 Gerichten, *dies.*, a. a. O., 746. Dabei zeigte sich bei den von *Juries* zugesprochenen Strafschadensersatzsätzen eine breitere Streuung als bei Berufsrichtern; allerdings war dieser Effekt nicht robust.

Diskussion kollegialgerichtlicher Entscheidungsfindung im deutschen Zivilverfahren übertragbar sind. Denn bestimmte Merkmale von Berufsrichtern könnten den Prozess der Entscheidungsfindung und mithin auch dessen Ergebnis maßgeblich beeinflussen. Zu diesen distinkten Merkmalen gehört insbesondere der schon unter aa) (S. 230) erwähnte Erfahrungs- und Fertigkeitenvorsprung gegenüber Laienrichtern.⁴⁶⁸ Für die Vereinigten Staaten ist außerdem darauf hinzuweisen, dass Berufsrichter, anders als *Juries*, ihre Entscheidungen begründen müssen,⁴⁶⁹ was wiederum andere Arten des Denkens und Entscheidens fördern dürfte. Ferner unterscheiden sich deutsche Kollegialgerichte von den US-amerikanischen *Juries* hinsichtlich der Personenzahl – drei in Deutschland, bis zu zwölf in den Vereinigten Staaten –⁴⁷⁰ sowie hinsichtlich des Mehrheitsprinzips, das im deutschen Zivilprozess ausnahmslos, im US-amerikanischen Zivilprozess aber nur stellenweise gilt.⁴⁷¹

Unabhängig von den konkreten Rahmenbedingungen des Rechts bestehen aus psychologischer Sicht keine Bedenken, was die Übertragbarkeit von US-amerikanischen Befunden auf Deutschland betrifft. Denn zwar werden für einige Erscheinungsformen menschlichen Verhaltens kulturelle Unterschiede beobachtet, aber diese bestehen in der Regel nur insofern, als bestimmte psychologische Effekte in westlichen Kulturkreisen, aber nicht in asiatischen Kulturkreisen auftreten.⁴⁷² Schon vor diesem Hintergrund des gemeinsamen Kulturkreises wären psychologische Studienergebnisse aus den Vereinigten Staaten auch auf Fragestellungen aus Deutschland anwendbar. Da aber selbst in Japan ähnliche Beobachtungen zu kognitiven Verzerrungen bei Gericht wie in westlichen Rechtsordnungen gemacht wurden,⁴⁷³ darf man davon ausgehen, dass es sich bei den kognitiven Verzerrungen, die auf den richterlichen Entscheidungsfindungsprozess wirken, um kulturübergreifende Phänomene handelt. Das spricht für eine grundsätzlich gute Übertragbarkeit der richterpsychologischen Befunde aus den Vereinigten Staaten auf den deutschen Zivilprozess.⁴⁷⁴

Zusammenfassend steht die Tatsache, dass sich die meisten berichteten rechtspsychologischen Studien auf den US-amerikanischen Raum beziehen,

⁴⁶⁸ *Cunliffe*, E&P 18 (2014) 139, 140, 142 ff. m. w. N.

⁴⁶⁹ *Cunliffe*, E&P 18 (2014) 139, 140.

⁴⁷⁰ Für das US-amerikanische Recht s. *Tarr*, *Judicial Process*⁷, 2019, S. 148 f. m. w. N.

⁴⁷¹ Für das US-amerikanische Recht s. *Tarr*, *Judicial Process*⁷, 2019, S. 148 f. m. w. N.

⁴⁷² S. dazu *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 124 ff. m. w. N.

⁴⁷³ Beispielsweise *Watamura/Wakebe/Karasawa*, *Asian J.Criminol.* 9 (2014) 285, 285 ff.

⁴⁷⁴ Vgl. auch *Jäger*, *DRiZ* 2018, 24, 24.

grundsätzlich nicht der Anwendbarkeit auf Diskussionen des deutschen Zivilverfahrens entgegen. Im Detail sind jedoch juristische Eigenheiten der jeweiligen Rechtssysteme zu beachten, die zu Unterschieden oder jedenfalls zu unterschiedlichen Tendenzen in gerichtlichen Denkweisen und Urteilen führen können. Studien aus dem deutschen und kontinentaleuropäischen Kontext sind vor diesem Hintergrund daher ebenso zu bevorzugen wie Studien mit „echten“ Richtern. Einzelne Beispiele wurden im Laufe dieses Kapitels bereits erwähnt, darunter eine Untersuchung zum schweizerischen Recht,⁴⁷⁵ eine zum österreichischen Asylrecht⁴⁷⁶ sowie für Deutschland einzelne strafrechtliche Studien.⁴⁷⁷ Dem deutschen Zivilprozess hat sich jedoch, abgesehen von dem Experiment, das Klöhn und Stephan im Jahr 2009 mit methodischen Einschränkungen durchgeführt haben (siehe dazu Kapitel 1 II. 2.),⁴⁷⁸ bisher keine originär richterpsychologische, d. h. mit „echten“ Richtern durchgeführte, Studie gewidmet. Hier liegt ein Desiderat der rechtstatsächlichen Forschung in Deutschland. Bis zu einer Änderung dieser Situation bleibt die umfangreiche Studienlage aus den Vereinigten Staaten die beste Diskussionsgrundlage.

e) Zwischenergebnis zu Einflussfaktoren in der Verfahrensstruktur

Die bis hierhin dargestellten Einflüsse auf richterliches Entscheiden, die im Verfahren selbst begründet liegen, betrafen drei verschiedene Aspekte:

Als erstes wurde das Phänomen der kognitiven Verzerrungen im Denken vorgestellt, das auch berufsmäßige Entscheider, wie etwa Richter, betrifft. Konkret können beispielsweise zufällige Zahlenwerte die Höhe eines zugesprochenen Schmerzensgeldbetrags beeinflussen (Anker-Effekt), ebenso werden die Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten eines schädigenden Ereignisses im Nachhinein oft verzerrt eingeschätzt (Rückschaufehler), und ferner können vorbestehende Meinungen und Vermutungen bezüglich streitiger Sachverhaltsfragen die Beweiswürdigung und abschließende Entscheidung auf irrationale Weise prägen (Bestätigungsfehler). Alle diese Effekte sind vermutlich Erscheinungsformen derselben kognitiven Abläufe. Hat sich eine bestimmte Information erst einmal in das menschliche Denken „eingeschlichen“, wird sie die weitere Wahrnehmung und Entscheidung eines Sachverhalts beeinflussen. Auf diesen Umstand wird im Rahmen des nachfolgenden Ab-

⁴⁷⁵ Schweizer, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 82 ff.

⁴⁷⁶ Ecker/Ennser-Jedenastik/Haselmayer, *Sex Roles* 82 (2020) 117, 117 ff.

⁴⁷⁷ English/Mussweiler/Strack, *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 32 (2006) 188, 188 ff.; *dies.*, *Law & Hum.Behav.* 29 (2005) 705, 705 ff. (mit Rechtsreferendaren).

⁴⁷⁸ Klöhn/Stephan, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), *Die Unabhängigkeit des Richters*, 2009, S. 65, 65 ff.

schnitts zu *Biases* im Berufungsprozess zurückzukommen sein. Da kognitive Verzerrungen nach dem bisherigen Stand der Forschung nur schwer ausgeschaltet werden können, ist es erforderlich, nach besser wirksamen Maßnahmen zu suchen.⁴⁷⁹ Weder Richterschulungen noch das tägliche Bewusstmachen sind zufriedenstellende Hilfen, um das Problem irrationaler, möglicherweise „unrichtiger“ Urteile durch kognitive Verzerrungen zu lösen.

Neben den kognitiven Verzerrungen im Allgemeinen kann zweitens auch die Position einer Rechtssache auf der Terminrolle oder im zu bearbeitenden Aktenstapel einen Unterschied für den Ausgang des Falls machen; hier ist die Studienlage jedoch in Bezug darauf, wann die Aussichten für eine Klagestatte am besten sind, widersprüchlich.

Eine dritte mit der Verfahrensstruktur zusammenhängende Eigenheit sind sogenannte Gruppeneffekte. Dazu ist empirisch sowohl erwiesen, dass ein einzelnes Kammer- oder Senatsmitglied sich unbewusst von der Auffassung seiner Kollegen mitbeeinflussen lässt, als auch, dass die Diskussion im Kollegialorgan zu inhaltlich extremeren Entscheidungen von Gruppen führt. Auch die Effektstärke von kognitiven Verzerrungen kann durch die kollegiale Beratung und Urteilsfindung gesteigert werden.

Bei der Rezeption der psychologischen Befunde zur richterlichen Entscheidungsfindung sind als mögliche Einschränkungen der Generalisierbarkeit zu berücksichtigen, dass die meisten Studien unter Laborbedingungen durchgeführt werden und dass sie nahezu ausschließlich aus den Vereinigten Staaten stammen, wo andere verfahrensrechtliche Gegebenheiten herrschen.

4. Zusammenfassung zu Einflussfaktoren auf die richterliche Entscheidungsfindung im Allgemeinen

In diesem Abschnitt wurden Faktoren besprochen, die sich auf das richterliche Entscheidungsverhalten im Allgemeinen auswirken. Wie gezeigt, können etwa das Geschlecht oder die politische Einstellung des entscheidenden Richters den Prozessparteien zugutekommen. Noch stärker scheinen die Merkmale der Prozesspartei selbst, wie Attraktivität, Ethnie, Geschlecht, usw., das Ergebnis einer Rechtssache beeinflussen zu können. Neben diese individuellen Faktoren treten wirkmächtige Mechanismen, die jeden Richter grundsätzlich gleich betreffen: Kognitive Verzerrungen im menschlichen Urteilen und Entscheiden können dazu führen, dass die gerichtliche Sachentscheidung inhaltlich nicht in dem Maße rational ausfällt, wie es das gesetzgeberische Ideal vorsieht. Psychologische Effekte, darunter der Anker-Effekt, der Rückschau-

⁴⁷⁹ *Risse*, NJW 2018, 2848, 2851 ff.

fehler oder der Bestätigungsfehler, sind grundsätzlich für die Arbeit jedes Richters relevant. Dasselbe gilt für Reihenfolge- und Gruppeneffekte.

Unabhängig davon, ob es um Einflussfaktoren in der Person des Richters oder in der Person der Prozessparteien geht, oder um solche, die im Verfahren selbst begründet sind: Insgesamt können wir laut psychologischen Studien bisher wenig gegen die negativen Auswirkungen dieser Kräfte ausrichten. Daher soll im späteren Verlauf dieser Arbeit nochmals aus Sicht des Verfahrensrechts erwogen werden, welche anderen Lösungsansätze denkbar wären.

II. Die Entscheidungsfindung von Richtern in der Berufungsinstanz

Der zurückliegende Abschnitt I hat gezeigt, dass viele, häufig unbewusste, Parameter einen messbaren Einfluss auf das richterliche Urteilen im Allgemeinen haben. Da der Fokus dieser Arbeit auf der zivilrechtlichen Berufung liegt, soll nun, aufbauend auf den berichteten psychologischen Befunden, besprochen werden, wie die Entscheidungsfindung spezifisch von Berufungsrichtern von psychologischen Faktoren betroffen ist.

Dabei wird zunächst ein Überblick zeigen, wie sich die bereits allgemein dargestellten psychologischen Einflussfaktoren auch konkret im Berufungsprozess auswirken (1.). Im Anschluss daran liegt der Schwerpunkt dieses Abschnitts auf einer berufungsspezifischen kognitiven Verzerrung, dem sogenannten Aufrechterhaltungseffekt (*Affirmance Effect*). Aus kognitionspsychologischer Sicht zeichnet sich die berufungsgerichtliche Entscheidungsfindung dadurch aus, dass bereits ein erstes Urteil in der Welt ist, das die zuständigen Richter zwangsläufig kennen müssen und somit auch bei ihrer eigenen Beurteilung des Sachverhalts „im Kopf haben“. Einige Autoren nehmen daher an, dass hieraus ein kognitiv verzerrender Effekt für die Berufungsentscheidung entstehen kann. Die zugehörige Forschung sowie eine mögliche andere Sichtweise wird diskutiert (2.), bevor der Abschnitt mit einem Zwischenergebnis zu psychologischen Faktoren bei der Entscheidungsfindung von Richtern in der Berufungsinstanz schließt (3.).

1. Psychologische Einflüsse auch im Berufungsverfahren relevant

Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass die dargestellten Einflussfaktoren, die sich aus der Person des jeweiligen Richters und der jeweiligen Partei oder aus der Verfahrensstruktur ergeben, sich auch im Berufungsprozess zeigen. Möglicherweise gibt es zugleich Besonderheiten der zivilrechtlichen Berufung, aufgrund derer manche Effekte sich mit anderer Schwerpunktsetzung zeigen. Darauf soll der folgende Überblick eingehen, und zwar

entlang der aus Abschnitt I bekannten Kategorien: personenbezogene Faktoren (a)), Heuristiken und kognitive Verzerrungen (b)), Reihenfolge-Effekte (c)) und Gruppeneffekte (d)).

a) *Einflussfaktoren in der Person der Berufsrichter oder -parteien*

Merkmale, die in der Person des Berufsrichters liegen, dürften sich ebenso wie Merkmale des erstinstanzlichen Richters auf die Entscheidung in der Sache auswirken. Zwar wird vereinzelt vermutet, dass Berufsrichter andere Persönlichkeitseigenschaften aufweisen als erstinstanzliche Richter, etwa dass sie gewissenhafter oder kreativer arbeiten,⁴⁸⁰ aber empirische Belege existieren hierfür bisher nicht (siehe indes sogleich unter b)).

Zum Geschlecht des Richters gilt erstens, wie oben festgestellt, dass der Einfluss dieses Merkmals domänenspezifisch ist. So urteilen weibliche Berufsrichter im Antidiskriminierungsrecht „großzügiger“ als männliche Richter, indem sie signifikant häufiger eine behauptete Diskriminierung als erwiesen ansehen.⁴⁸¹ Die diesen Ergebnissen zugrunde liegenden Studien beziehen sich auf das US-amerikanische Gerichtsverfahren. Für den deutschsprachigen Raum wurden noch keine Untersuchungen mit Berufungssachen durchgeführt. Unabhängig davon sind, zweitens, persönlichkeitspsychologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern bekannt, beispielsweise, dass Frauen im Mittel gewissenhafter sind als Männer.⁴⁸² Vor diesem Hintergrund wäre zu erwarten, dass Richterinnen in Berufungssachen sorgfältiger arbeiten als ihre männlichen Kollegen und damit möglicherweise auch häufiger einen korrekturbedürftigen Fehler im Urteil der ersten Instanz finden. Die Erfolgsquote einer Berufung könnte also höher ausfallen, wenn in der Sache eine Frau entscheidet. Andererseits sind Männer statistisch gesehen aufgeschlossener als Frauen, wenn es um neue Ideen und Theorien geht.⁴⁸³ Das wiederum könnte die Erwartung begründen, dass männliche Berufsrichter eher als ihre Kolleginnen davon zu überzeugen wären, vom erstinstanzlichen Urteil abzuweichen und damit „Neuland zu betreten“. Generell hat die direkte Auswirkung von personenbezogenen Faktoren eines einzelnen Richters jedoch im Beru-

⁴⁸⁰ Dazu *Szego*, *Inside the Italian Courts of Appeals*, 2007, S. 5 f. m. w. N., 18.

⁴⁸¹ *Boyd/Epstein/Martin*, *AJPS* 54 (2010) 389, 399 ff.; vgl. auch *Peresie*, *Yale L.J.* 114 (2005) 1759, 1763 f. m. w. N.; *Songer/Davis/Haire*, *J. Politics* 56 (1994) 425, 435 f.; vgl. in diesem Zusammenhang zu einer bei Richterinnen ausgeprägter zu beobachtenden liberalen Haltung: *Peresie*, a. a. O., 1779 ff.; *Boyd*, *JLC* 1 (2013) 193, 196 ff.

⁴⁸² *Costa/Terracciano/McCrae*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 81 (2001) 322, 326 f.: kleiner, aber signifikanter Effekt in den Facetten Perfektionismus (*Order*, „akribisch, präzise arbeiten“) und Pflichtbewusstsein (*Dutifulness*, „Regeln beachten“), nicht aber in der Facette Bedachtsamkeit (*Deliberation*, „bedacht, überlegt handeln“).

⁴⁸³ *Costa/Terracciano/McCrae*, *J.Pers.Soc.Psychol.* 81 (2001) 322, 327.

fungsprozess weniger Bedeutung als in der ersten Instanz, da ganz überwiegend das Kollegialorgan entscheidet. Der Einfluss des Geschlechts von Richtern wird daher in der Berufung vor allem mit Blick auf die gemeinsame Meinungsbildung in Kammer oder Senat relevant (sogenannter *Panel Effect*, siehe dazu gleich unter d)).

Hinsichtlich der in der Person der Prozessparteien begründeten Einflussfaktoren ist davon auszugehen, dass diese in Berufungssachen seltener wirksam werden als in der ersten Instanz, weil auch der Anteil mündlich verhandelter Streitigkeiten unter allen erledigten Berufungen geringer ist (31 Prozent vor dem OLG und ca. 41 Prozent vor dem Landgericht) als unter den erstinstanzlichen Erledigungen (etwa 61 Prozent am Landgericht).⁴⁸⁴ Wahrnehmungsvermittelte Effekte, wie der Haloeffekt (siehe oben I.2.), kommen damit im Rahmen der zivilrechtlichen Berufung entsprechend weniger zum Tragen.

b) Heuristiken und kognitive Verzerrungen bei Berufsrichtern

In Abschnitt I wurde erörtert, dass Richter mindestens genauso wie Laien von kognitiven Verzerrungen betroffen sind. Spezifisch zum Berufsrecht gibt es sogar empirische Hinweise, wonach Berufsrichter stärker intuitiv denken als erstinstanzliche Richter.⁴⁸⁵ Das wiederum würde im Zusammenspiel von intuitivem, verzerrungsgefährdetem Denk-System 1 und dem überlegteren System 2 ein größeres *Bias*-Risiko für Berufsrichter bedeuten. Die erwähnte stärkere Ausprägung im intuitiven Denken lässt sich interessanterweise über Kulturen und Rechtssysteme hinweg beobachten. So zeigten US-amerikanische und niederländische Berufsrichter bei einem Test zu kognitiven Denkstrategien (siehe dazu schon I.3.d)bb)) jeweils mehr intuitives Denken als ihre erstinstanzlichen Richterkollegen.⁴⁸⁶ Sie dürften damit auch entsprechend anfälliger für kognitive Urteilsverzerrungen sein.

Warum Berufsrichter vergleichsweise weniger gut im analytischen Denken und besser im intuitiven Denken abschneiden als Richter der ersten Instanz, lässt sich in der Literatur nicht erklären.⁴⁸⁷ Insbesondere vor dem Hintergrund eines in der Regel deliberativ ausgestalteten Berufungsverfahrens ist

⁴⁸⁴ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1., 2019, S. 60 lfd. Nr. 32 f., S. 80 lfd. Nr. 28 f., S. 100 lfd. Nr. 15 f.

⁴⁸⁵ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 19 f.

⁴⁸⁶ Vgl. *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 19 f.; da sich für erstinstanzliche Entscheidungen auch bei kanadischen Richtern ein stark rational ausgeprägtes Denken gezeigt hatte (s. dazu oben I. 3. d) bb)), wäre für das Berufsrecht ein Vergleich mit kanadischen Berufsrichtern besonders interessant gewesen. Diese haben jedoch offenbar nicht an der Studie teilgenommen.

⁴⁸⁷ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 20.

das Ergebnis überraschend.⁴⁸⁸ Möglicherweise könnte bloß ein methodisches Artefakt vorliegen, da die in der Studie verwendeten Testmethoden nicht die üblichen Entscheidungssituationen von Berufungsrichtern abgebildet haben.⁴⁸⁹ Ähnliches könnte allerdings für die erstinstanzlichen Richter gelten, sodass es nicht überzeugend erscheint, den beobachteten Unterschied zwischen Richtern der ersten und zweiten Instanz allein als methodisches Artefakt einzuordnen. Eine andere Erklärung könnte sein, dass es sich um einen indirekten Effekt des Lebensalters handelt. Denn mit zunehmender Zahl an Lebensjahren steigt mutmaßlich auch das Risiko für kognitive Verzerrungen, etwa, wie oben berichtet, für einen Rückschaufehler (I.3.a)cc)). Da in der Studie, die den Unterschied im intuitiven Denken zwischen Berufungsrichtern und erstinstanzlichen Richtern herausgefunden hatte, jedoch das Alter der Teilnehmer nicht erhoben wurde, sind diesbezüglich keine weiteren Aussagen möglich.

Speziell für die einzelnen *Biases* ist erstens anzunehmen, dass sich Berufungsrichter ebenso wie erstinstanzliche Richter von Zahlenwerten anker lassen, sofern es im zu entscheidenden Fall um einen nicht genau bezifferbaren Anspruch geht. Dabei ergeben sich mögliche Anker nicht nur aus dem Vortrag der Parteien, sondern auch aus der Summe, die das Gericht erster Instanz für angemessen gehalten hat.

Zweitens ist für den Rückschaufehler ebenso zu erwarten, dass dieser auch die Arbeit von Richtern in Berufungssachen betrifft. Insbesondere kann er sich darin äußern, dass Berufungsrichter das erstinstanzliche Urteil, so wie es ergangen ist, auch für den wahrscheinlichsten Verfahrensausgang halten.⁴⁹⁰

Drittens dürfte sich ein Bestätigungsfehler ebenfalls im Berufungsprozess zeigen, wobei die vorbestehende Auffassung zum Fall auch durch die Lektüre des erstinstanzlichen Urteils entstehen kann. Denn das Erste, was ein Berufungsrichter von einer Berufsakte liest, wird in der Regel das Urteil der ersten Instanz sein.⁴⁹¹ Neben der inhaltlichen Positionierung des erstinstanzlichen Kollegen können sich, wie bereits erwähnt, verfahrensrechtlich nicht zulässige Beweismittel, d.h. solche außerhalb der Grenzen von § 529 Abs. 1 und § 531 Abs. 2 ZPO, unbewusst in das Denken und Entscheiden des Gerichts „einschleichen“ (siehe oben I.3.a)dd)(2)). Mit dieser vorgefassten Sichtweise auf den Fall wird ein Richter in der Berufung auch die nächsten Arbeitsschritte gehen, beispielsweise wenn er in der Kammer- oder Senatsbesprechung besonders auf diejenigen Informationen reagiert, die seiner ur-

⁴⁸⁸ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 20.

⁴⁸⁹ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 20.

⁴⁹⁰ *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 800, 802 f.

⁴⁹¹ *Kramer*, *Die Berufung in Zivilsachen*⁸, 2015, Rn. 1; zum Leseprogramm des Berufungsgerichts vgl. *Fischer*, *DRiZ* 1994, 461, 462 f.

sprünglich gefassten Sicht entsprechen (zu Gruppeneffekten in der Berufung siehe sogleich d)).⁴⁹²

In Ergänzung zu den bekannten *Biases*, insbesondere zum tunnelblickartigen Bestätigungsfehler, ist schließlich noch ein weiteres aktuell untersuchtes kognitives Phänomen zu erwähnen, das in der Berufung relevant sein könnte: Der sogenannte prävalenzinduzierte Vorstellungswandel (*Prevalence-Induced Concept Change*) bezeichnet die Neigung des menschlichen Gehirns, dass, wenn es sich einmal an die wahrgenommene Häufigkeit eines zu findenden Elements gewöhnt hat, es auch in nachfolgenden Situationen, in denen das fragliche Element tatsächlich viel seltener vorkommt, trotzdem von einer ähnlichen Häufigkeit des Elements ausgeht und Sachverhalte entsprechend wahrnimmt. Beispielsweise wurden die Teilnehmer einer Studie aufgefordert, violette und blaue Punkte auf einem Bildschirm als „blau“ oder „nicht blau“ einzuordnen; sie identifizierten entsprechend viele blaue Punkte – aber als später, in einer neuen Untersuchungssituation, auf dem Bildschirm objektiv weniger blaue Punkte als zuvor zu sehen waren, zählten die Teilnehmer unabhängig davon wieder ähnlich viele „blaue“ Punkte wie zuvor.⁴⁹³ Das wurde möglich, indem die Teilnehmer violette Punkte plötzlich als „blau“ sahen.⁴⁹⁴ Dasselbe ist nachgewiesen für alltagsnähere Situationen, etwa die Einordnung von Gesichtern in „bedrohlich“ und „nicht bedrohlich“⁴⁹⁵ sowie die Beurteilung von wissenschaftlichen Studienvorhaben als „ethisch“ und „unethisch“.⁴⁹⁶ In allen Fällen führte die geringere Auftretenshäufigkeit einer Bedingung (z. B. blauer Punkt, bedrohliches Gesicht, unethisches Studienvorhaben) dazu, dass der Beurteiler insofern anders wahrnimmt, als er sein inneres Konzept, d. h. seine Definition von dieser Bedingung („Was ist blau?“, „Was ist ein unethisches Studienvorhaben?“), so umwandelt und ausweitet, dass die subjektiv wahrgenommene Auftretenshäufigkeit gleich bleibt.⁴⁹⁷ Übertragen auf die zivilrechtliche Berufung würde das bedeuten, dass ein Berufungsrichter immer ungefähr gleich viele fehlerhafte und korrekturbedürftige Urteile erster Instanz entdeckt, unabhängig davon, wie groß der An-

⁴⁹² Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1043.

⁴⁹³ Levari/Gilbert/Wilson/Sievers/Amodio/Wheatley, *Science* 360 (2018) 1465, 1465 f.; Lyu/Levari/Nariker/Little/Wolfe, *Psychon.Bull.Rev.* 28 (2021) 1906, 1908 f., S3.

⁴⁹⁴ Levari/Gilbert/Wilson/Sievers/Amodio/Wheatley, *Science* 360 (2018) 1465, 1465 f.

⁴⁹⁵ Levari/Gilbert/Wilson/Sievers/Amodio/Wheatley, *Science* 360 (2018) 1465, 1466.

⁴⁹⁶ Levari/Gilbert/Wilson/Sievers/Amodio/Wheatley, *Science* 360 (2018) 1465, 1466.

⁴⁹⁷ Levari/Gilbert/Wilson/Sievers/Amodio/Wheatley, *Science* 360 (2018) 1465, 1465 m. w. N.

teil fehlerhafter Urteile unter den ihm vorliegenden Berufungssachen tatsächlich ist.⁴⁹⁸ Das könnte eine Erklärung für die über viele Jahre stabil gebliebene Berufungserfolgsquote (siehe Kapitel 3 B.II.1.) sein. Neueste Forschung konnte immerhin nachweisen, dass der wahrnehmungsverzerrende Effekt des prävalenzinduzierten Vorstellungswandels für bestimmte Auftretenshäufigkeiten abgemildert wird, indem man unmittelbar nach der eigenen Einschätzung eine Rückmeldung dazu erhält, ob die Einschätzung korrekt war.⁴⁹⁹

c) Reihenfolge-Effekte

Die Frage der Reihenfolge-Effekte ist für die Berufung in Zivilsachen ähnlich relevant wie für erstinstanzliche Entscheidungen. Denn auch wenn viel seltener als in der ersten Instanz mehrere Streitsachen am selben Tag terminiert werden,⁵⁰⁰ wird sich ein Richter jedenfalls bei der Bearbeitung der Akten in der Regel mit mehreren hintereinander befassen und dafür jeweils Entscheidungen treffen, etwa einen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO. Hier könnte die Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Gericht eine Zurückweisung in Betracht zieht und einen entsprechenden Hinweisbeschluss erlässt, also auch davon abhängen, ob die betreffende Berufungssache eher zu Beginn einer Bearbeitungssequenz von Fällen oder eher an deren Ende an der Reihe ist. Außerdem wäre möglicherweise eine eher aufhebungs- und abänderungsfreundliche Tendenz des Berufungsgerichts zu erwarten, wenn eine Überprüfung der Entscheidung durch die Revision ausgeschlossen ist.⁵⁰¹

d) Gruppeneffekte

Gruppeneffekte sind in der Berufungsinstanz besonders relevant. Denn im Gegensatz zu erstinstanzlichen Rechtssachen werden nahezu alle Berufungssachen vom Kollegium entschieden. Beim Landgericht als Berufungsinstanz sind 85 Prozent der Fälle Kammerentscheidungen, vor dem Oberlandesgericht

⁴⁹⁸ Vgl. dazu anekdotisch auch *Röhl*, VERW 35 (2002), Beiheft 5, 67, 74 zur „natürlichen“ Änderungsrate“.

⁴⁹⁹ *Lyu/Levari/Nartker/Little/Wolfe*, Psychon.Bull.Rev. 28 (2021) 1906, 1908 ff. (für selten vorkommende Elemente).

⁵⁰⁰ Zur Auswirkung der Terminierung mehrerer Fälle am selben Tag vs. von nur einem Fall am Tag s. *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 24 f.; *Unkelbach/Memmert*, Curr.Dir.Psychol.Sci. 23 (2014) 195, 197.

⁵⁰¹ Siehe zu den motivationspsychologischen Folgen für die gerichtliche Entscheidungsfindung bei erwarteter nächstinstanzlicher Überprüfung: *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 26 f.

entscheidet der Senat sogar in 92 Prozent der Fälle (siehe dazu oben Kapitel 3 A. VI.). Das entspricht der gesetzgeberisch vorgesehenen Ausgangslage nach §§ 526, 527 ZPO, wonach in der Regel das Kollegium über die Berufung entscheidet und nur unter bestimmten Voraussetzungen den Rechtsstreit dem Einzelrichter übertragen kann. Auch hier kommt das Idealbild zum Ausdruck, dass bedeutsame oder komplexe Sachen – wie Rechtsmittelentscheidungen – eine Beschlussfassung und Erörterung in der Gruppe erfordern (siehe oben I. 3. c) aa)(1)).⁵⁰² Aber genau dieser Modus der gemeinschaftlichen Entscheidungsfindung, verbunden mit der Rolle von Berichterstatter und Vorsitzendem (siehe oben S. 252 f.),⁵⁰³ bringt das Risiko verzerrter Urteile mit sich.

Die in Abschnitt I erwähnten negativen psychologischen Aspekte bei Gruppenentscheidungen sind zum Teil auch für das Berufungsverfahren, d. h. für die Entscheidungen der US-amerikanischen *Federal Courts of Appeals*, belegt. Trotz rechtskultureller Unterschiede im Vergleich zu Deutschland sind diese Befunde besonders wertvoll, da sie sich zwangsläufig auf Berufsrichter – und nicht auf Laienrichter, *Juries* – beziehen, weil an den *Courts of Appeals* ausschließlich Berufsrichter tätig sind. Die Ergebnisse dieser Studien waren wie folgt:

Erstens wurde zum normativen Einfluss der Gruppe auf die Einzelentscheidung (dazu oben I. 3. c) aa)(2)) nachgewiesen, dass Berufungsrichter in einem aus drei Personen bestehenden Spruchkörper dazu neigen können, sich entgegen der zuvor gefassten eigenen Meinung doch der Meinung der Kollegen anzuschließen.⁵⁰⁴ Die Stärke dieses Kollegeneinflusses ist abhängig von weiteren Faktoren, etwa divergierender oder geteilter politischer Werte⁵⁰⁵ sowie Geschlechtszugehörigkeit.⁵⁰⁶ Durch diesen sogenannten *Panel Effect* kann die verzerrende Wirkung der genannten Parameter (dazu oben I. 1.; II. 1. a); d)) entweder verstärkt oder ausbalanciert werden. Beispielsweise gaben männliche Richter, die an US-amerikanischen Berufungsgerichten tätig waren, einer Klage wegen sexueller Belästigung oder einer Klage wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts mit höherer Wahrscheinlichkeit statt, wenn in ihrem

⁵⁰² Vgl. *Bamberger*, ZRP 2004, 137, 140.

⁵⁰³ Vgl. weiterführend zum Einfluss des Berichterstatters (im Strafrecht) *Fischer*, in: *Amend-Traut/Czeguhn/Oestmann* (Hrsg.), *Urteiler*, 2021, S. 17, 34; *Fischer/Eschelbach/Krehl*, StV 2013, 395, 400 f.; für die Vereinigten Staaten: *Tarr*, *Judicial Process*⁷, 2019, S. 163 f., 266.

⁵⁰⁴ *Atkins*, Soc.Sci.Q. 54 (1973) 41, 44 ff., 51.

⁵⁰⁵ *Sunstein/Schkade/Ellman/Sawicki*, *Are Judges Political?*, 2006, S. 22 f., 41 ff.; 73 f. (Erklärung des Zusammenhangs mit zahlenmäßiger Überlegenheit der Personen und Argumente); *Cross*, Cal.L.Rev. 91 (2003) 1457, 1504 f.; *Revesz*, Va.L.Rev. 83 (1997) 1717, 1755 ff.; vgl. *Quinn*, Cal.L.Rev. 100 (2012) 1493, 1498 f.

⁵⁰⁶ *Boyd/Epstein/Martin*, *AJPS* 54 (2010) 389, 390 ff.; *Peresie*, *Yale L.J.* 114 (2005) 1759, 1774 f.; für weitere Nachweise: *dies.*, a. a. O., 1764 f.

Spruchkörper mindestens auch eine Frau mitentschieden hatte.⁵⁰⁷ Einschränkung ist auch hier darauf hinzuweisen, dass dieser Geschlechtereffekt sehr spezifisch nur für diejenigen Themenbereiche zu beobachten ist, in denen das Geschlecht der Prozessparteien eine entscheidende Rolle spielt.⁵⁰⁸ In anderen, inhaltlich nicht damit verbundenen Sachgebieten zeigt sich kein *Panel Effect* in Bezug auf die Geschlechterzusammensetzung eines Berufungsgerichts.⁵⁰⁹

Zweitens geht die Literatur auch für den Aspekt der Gruppenpolarisierung, also die extremer ausfallenden Urteile des Richterremiums im Vergleich zum Durchschnitt der Einzelurteile (siehe oben I.3.c) aa(3)), davon aus, dass dieses Phänomen ebenfalls in Berufungssachen – in den Vereinigten Staaten – vorkommt.⁵¹⁰ Daraus würde folgen, dass die Aufhebung eines erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht wahrscheinlicher würde, wenn das Kollegium über die Berufung entscheidet. Das gelte jedenfalls dann, wenn die Mitglieder des Kollegiums einander ähnlich sind und eine gemeinsame Identität als Gruppe entwickelt haben.⁵¹¹ Die in diesem Zusammenhang zitierten empirischen Untersuchungen betreffen jedoch jeweils Gerichtsentscheidungen, bei denen die gemeinsame Identität der Spruchkörpermitglieder über parteipolitische Zugehörigkeit operationalisiert wurde.⁵¹² Außerdem wurde, soweit ersichtlich, nicht der Durchschnitt der Einzelurteile als Vergleichsmaßstab herangezogen, sondern lediglich der Durchschnitt der Urteile von „weniger miteinander verbundenen“, d. h. politisch diversen, Kollegialgerichten.⁵¹³ Insoweit ist fraglich, ob tatsächlich der Effekt der Gruppenpolarisierung gemessen wurde oder nicht vielmehr ein *Panel Effect* (siehe dazu oben) der parteipolitischen Zugehörigkeit von Richtern. Ob das berufsrechtliche Kollegialurteil in der Tendenz „extremere“ Entscheidungen produziert als das Mittel der Einzelvoten, insofern, als sich das Kollegium eher „traut“, vom bisherigen Urteil abzuweichen,⁵¹⁴ ist daher nach der hier vertretenen Auffas-

⁵⁰⁷ *Peresie*, Yale L.J. 114 (2005) 1759, 1778 f., 1790; der Effekt bleibt auch bei Herausrechnen anderer Parameter, wie Alter und Berufserfahrung in Berufungssachen, bestehen, *dies.*, a. a. O., S. 1774 f.; zu Erklärungsansätzen: *dies.*, a. a. O., S. 1779 ff.; *Boyd/Epstein/Martin*, AJPS 54 (2010) 389, 406.

⁵⁰⁸ *Boyd/Epstein/Martin*, AJPS 54 (2010) 389, 390, 399 ff., 402 ff.

⁵⁰⁹ *Boyd/Epstein/Martin*, AJPS 54 (2010) 389, 390, 400 ff., 406.

⁵¹⁰ *Sunstein*, Yale L.J. 110 (2000) 71, 103 f. m. w. N.

⁵¹¹ *Sunstein*, Yale L.J. 110 (2000) 71, 103 f. m. w. N.: „A group of like-minded judges may well take the relatively unusual step of rejecting an [...] interpretation, whereas a divided panel, with a check on any tendency toward extreme outcomes, is more likely to take the conventional route“.

⁵¹² So bei *Revesz*, Va.L.Rev. 83 (1997) 1717, 1718 ff.; *Cross/Tiller*, Yale L.J. 107 (1998) 2155, 2170 ff.

⁵¹³ So bei *Revesz*, Va.L.Rev. 83 (1997) 1717, 1753 ff., 1763; *Cross/Tiller*, Yale L.J. 107 (1998) 2155, 2172.

⁵¹⁴ *Sunstein*, Yale L.J. 110 (2000) 71, 103 f.

sung nicht belegt. Im Gegenteil hat die statistische Analyse aus Kapitel 3 gezeigt, dass in Deutschland die Berufungen vor dem Einzelrichter doppelt so häufig erfolgreich sind wie vor dem Kollegialgericht (Kapitel 3 B. II. 6.). Daher ist zu vermuten, dass der Effekt der Gruppenpolarisierung bei deutschen Berufungsgerichten weniger stark ist. Stattdessen könnte die hohe Erfolgsquote von Berufungen beim Einzelrichter vielleicht Ausdruck davon sein, dass der Einzelrichter in seiner Entscheidungsfindung weniger von verzerrenden Gruppeneffekten beeinflusst ist. Das passt zu den in Abschnitt I berichteten psychologischen Studienergebnissen, wonach der Effekt kognitiver Verzerrungen in der Gruppe stärker wirksam wird als bei der Einzelentscheidung (I. 3. c) bb)). Solange keine empirischen Untersuchungen für das deutsche Berufungsverfahren existieren, bleibt es jedoch bei einer vagen Hypothese, da die gemeinsame Entscheidungsvorbereitung im Kollegium, sofern sie stattfindet,⁵¹⁵ ohnehin ein interner Vorgang ist.⁵¹⁶

In der Gesamtschau der berufungsspezifischen Befunde und der in Abschnitt I. 3. c) dargestellten Ergebnisse zu Gruppeneffekten im Allgemeinen ist festzuhalten, dass die Kammer- oder Senatsentscheidung in Berufungssachen aus psychologischer Sicht gerade nicht „eine wesentlich höhere Richtigkeitsgewähr für die zu treffende Entscheidung bietet“⁵¹⁷. Vielmehr müssen die Verfahrensbeteiligten damit rechnen, dass die angenommenen Vorteile einer Mehrheitsentscheidung durch deren Nachteile jedenfalls wieder aufgewogen werden.

2. Insbesondere: Die Information über das erstinstanzliche Urteil beeinflusst die Entscheidung des Berufungsrichters

Nachdem der vorangegangene Abschnitt gezeigt hat, dass die erstinstanzlich wirkenden Einflussfaktoren auch in der Berufung in vergleichbarer Ausprägung auftreten, soll nun ein Effekt beschrieben werden, der insbesondere die Berufung betrifft und prinzipiell auch erst ab der zweiten Instanz vorkommt. Konkret geht es darum, wie es sich auf die Entscheidungsfindung des Berufungsrichters auswirkt, dass dieser weiß, wie die Rechtssache erstinstanz-

⁵¹⁵ Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 84 f., 183 f., wonach Vorberatungen im Kollegium bei einzelnen Senaten in der Mehrheit der Fälle nicht stattfinden, kritisch insb. *dies.*, a. a. O., S. 191.

⁵¹⁶ Ernst, Rechtserkenntnis, 2016, S. 320 f.

⁵¹⁷ Mit dieser Annahme Doukoff, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 1078; vgl. auch Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (ZPO–RG), März 2000, abrufbar als Archiv-URL unter https://web.archive.org/web/20160513005344/http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzmaterialien/15_wp/Zivilprozessreformgesetz/stellung_dav_9_Maerz_2000.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024), S. 49 f.

lich entschieden wurde. Aus psychologischer Sicht könnte dieses Wissen den Richter insofern beeinflussen, als er sich nicht zunächst unvoreingenommen eine Meinung vom Fall bilden kann, sondern diesbezüglich vom erstinstanzlichen Urteil „geankert“ wird. Wie wir von der Forschung zum Bestätigungsfehler wissen, kann sich grundsätzlich jede Information zum Sachverhalt in die Wahrnehmung des Richters „einschleichen“ (siehe oben I.3.a)dd(2)). Dementsprechend ist davon auszugehen, dass Richter sich bei der Bearbeitung einer Berufungssache unbewusst vom Inhalt der erstinstanzlichen Entscheidung leiten lassen. Das könnte sich, als Zusammenspiel mehrerer kognitiver Verzerrungen, in zwei unterschiedlichen Richtungen äußern: Entweder das Berufungsgericht hält die Entscheidung der ersten Instanz, weil es diese als erstes liest und weiß, dass sie von Kollegen kommt, für besonders plausibel und überzeugend, sodass sie irrational häufig aufrechterhalten wird (Aufrechterhaltungseffekt) – oder die Kenntnis des Urteilsinhalts führt unbewusst dazu, dass das angegriffene Urteil irrational häufig aufgehoben und abgeändert wird (Aufhebungseffekt).

Diese beiden Varianten sollen im Folgenden näher untersucht werden. Zuerst wird die Studienlage zum Aufrechterhaltungseffekt dargestellt (a)), und danach wird die entgegengesetzte Hypothese, zum Aufhebungseffekt, diskutiert (b)). Der letzte Teil des Abschnitts fasst die Ergebnisse zur wahrnehmungs- und entscheidungspsychologischen Auswirkung des erstinstanzlichen Urteils auf die Berufungsentscheidung zusammen (c)).

a) Information über erstinstanzliche Entscheidung bewirkt Tendenz zur Aufrechterhaltung eines Urteils (Aufrechterhaltungseffekt)

Ein Teil der US-amerikanischen Literatur aus der jüngeren Vergangenheit nimmt an, dass sich die dortigen Berufungszivilrichter in irrationaler Weise am Inhalt des erstinstanzlichen Urteils orientieren und folglich dazu neigen, dieses zu bestätigen. In der Tat ist die Erfolgsquote für Berufungen in den Vereinigten Staaten besonders gering – sie beträgt etwa zwölf bis 14 Prozent.⁵¹⁸ Als Ursache für diese starke Tendenz zur Aufrechterhaltung des erst-

⁵¹⁸ *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1037: In zivilrechtlichen Fällen von Juli 2017 bis Juni 2018 lag die Erfolgsquote von Berufungen vor den *U.S. Courts of Appeals* zwischen 11,7 und 14,1 Prozent; zu älteren Zahlen s. *Guthrie/George*, Fla. St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 358 f., die als Kontrast betonen, dass der amerikanische *Supreme Court* etwa zwei Drittel der ihm zur Überprüfung vorgelegten Urteile abändert. Allerdings ist anzumerken, dass sich diese vermeintlich gute Erfolgsquote nur auf den sehr kleinen Anteil an Fällen bezieht, den der *Supreme Court* überhaupt zur Entscheidung annimmt. Insofern sind die beiden Zahlenwerte zur Urteilsbestätigung zwischen den Gerichten nicht gut miteinander vergleichbar.

instanzlichen Urteils (*Affirmance Effect*)⁵¹⁹ wird neben bestimmten Eigenarten des Verfahrens, wie der richterlichen Arbeitsbelastung⁵²⁰ und der Nichtveröffentlichung der jeweiligen Entscheidung nebst Begründung,⁵²¹ vor allem der Einfluss kognitiver Verzerrungen diskutiert.⁵²²

Bisher existiert eine empirische Untersuchung aus dem Jahr 2019, die nahelegt, dass Berufungsgerichte das Urteil der ersten Instanz unabhängig von den Gegebenheiten des Falls „blind“ bestätigen: Gibt man einer Gruppe von Studienteilnehmern die Information, dass eine Klage in erster Instanz abgewiesen wurde, und gibt man der anderen Gruppe zum selben Fall die Information, dass der Klage stattgegeben wurde, so neigen beide Gruppen dazu, das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen.⁵²³ Der Inhalt der erstinstanzlichen Entscheidung scheint also für die Berufung nicht die einzige Rolle zu spielen. Darüber hinaus gibt es vielleicht eine inhaltsunabhängige Präferenz, das mit der Berufung angegriffene Urteil aufrechtzuerhalten. Der Autor der Studie, Barry Edwards, nennt diesen Effekt *Affirmation Bias* und kommt zu dem Schluss, dass ohne diese kognitive Verzerrung die Erfolgsquote von Berufungen um acht Prozentpunkte höher ausfallen könnte.⁵²⁴

Im Folgenden sollen die Einzelheiten dieser Studie geschildert werden (aa)) und sodann bewertet werden (bb)). Daraufhin folgt eine Einordnung des *Affirmation Bias* in die Gruppe der vorgestellten *Bias*-Typen (cc)).

aa) Affirmation Bias: Experimentelles Vorgehen und Ergebnisse (Edwards, 2019)

Edwards geht davon aus, dass die Häufigkeit erfolgreicher Berufungen in einem Rechtssystem nicht nur darauf zurückzuführen sei, wie wenig oder viele Fehler die erste Instanz gemacht habe, sondern auch darauf, dass sie durchaus Fehler gemacht habe, diese aber von der Berufungsinstanz aufgrund

⁵¹⁹ Guthrie/George, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 359 ff.; Clermont/Eisenberg, Cornell L.Rev. 88 (2002) 119, 150.

⁵²⁰ Guthrie/George, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 361, 363: Je mehr Berufungen im Jahr anhängig waren, umso größer wurde die Wahrscheinlichkeit der Zurückweisung der Berufung und somit der Bestätigung des Urteils aus der ersten Instanz.

⁵²¹ Guthrie/George, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 361 f.: Unter den unveröffentlichten Berufungsentscheidungen ist die Erfolgsquote geringer als bei veröffentlichten Berufungsentscheidungen; s. auch Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1038 m. w. N.

⁵²² Guthrie/George, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 377 ff.; Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1035 ff.

⁵²³ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1043.

⁵²⁴ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1043, 1053.

von kognitiven Verzerrungen pflichtwidrig nicht korrigiert worden seien.⁵²⁵ Mit seinem Experiment wollte Edwards daher untersuchen, ob es eine unbewusste Tendenz gibt, die erstinstanzliche Entscheidung aus irrationalen Gründen zu bestätigen.⁵²⁶ Dabei war die Studie so gestaltet, dass sie einen Einfluss dieser vermuteten kognitiven Verzerrung auch quantifizieren könnte.

Konkret nahmen 178 Jura- und Politikstudenten an der Studie teil; sie bekamen eine strafrechtliche Aktenvignette⁵²⁷ zur Entscheidung vorgelegt. Der zugrunde liegende Sachverhalt enthielt keine streitigen Tatsachenfragen, sondern betraf lediglich Fragen zur korrekten Rechtsanwendung.⁵²⁸ Die Studenten wurden zufällig einer von zwei Gruppen zugeteilt, wobei sie die Position von Berufungsrichtern einnehmen sollten und ihnen entweder die Information vorlag, dass der Angeklagte in erster Instanz unterlegen war (Gruppe 1) oder Recht bekommen hatte (Gruppe 2).⁵²⁹ Sie sollten dann über die Berufung entscheiden, als gäbe es keine erstinstanzliche Entscheidung, an der sie sich orientieren könnten.⁵³⁰ Diese Herangehensweise entspricht auch dem für vergleichbare Fälle geltenden berufsrechtlichen Beurteilungsmaßstab (*De Novo Standard of Review*).⁵³¹

Edwards hatte zuvor die Hypothese aufgestellt, dass bei einer *Bias*-freien Entscheidung unter „idealen“ Bedingungen die Urteile der Studenten zufallsverteilt wären. Es müssten also 50 Prozent der Studenten das erstinstanzliche Urteil bestätigen und die anderen 50 Prozent der Studenten das erstinstanzliche Urteil aufheben oder abändern.⁵³² Jede Abweichung von dieser Verteilung hin zu einer Bestätigungsquote von über 50 Prozent wäre ein zahlenmäßiger Ausdruck des *Affirmation Bias*.⁵³³

Im Ergebnis bestätigte in beiden Teilnehmergruppen jeweils mehr als die Hälfte das ihnen vorgegebene erstinstanzliche Urteil, d. h., unabhängig davon, ob sie dachten, dass der Angeklagte in erster Instanz unterlegen sei oder obsiegt habe. Obwohl die Teilnehmer den Inhalt der erstinstanzlichen Entscheidung ignorieren sollten (*De Novo Review*), scheinen sie sich dennoch daran orientiert zu haben, und zwar auf eine irrationale Weise, weil in beiden Gruppen die Bestätigung überwog. Insgesamt betrug die Bestätigungsquote

⁵²⁵ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1035.

⁵²⁶ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1043.

⁵²⁷ *United States v. Jimenez-Medina*, 173 F.3d. 752 (9th Cir. 1999).

⁵²⁸ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1047.

⁵²⁹ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1048.

⁵³⁰ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1048.

⁵³¹ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1047 f.

⁵³² Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1049.

⁵³³ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1050.

57,9 Prozent.⁵³⁴ Diese Verteilung der hypothetischen Berufungsentscheidung in den Gruppen war statistisch signifikant und ließ sich auch nicht durch andere Parameter, etwa die politische Einstellung der Entscheider, erklären.⁵³⁵ Wegen der in beiden Gruppen in die gleiche Richtung wirksamen Differenz zwischen beobachteter und „idealer“ Bestätigungsquote leitet Edwards aus den Ergebnissen einen *Affirmation Bias* in Höhe von 7,9 Prozentpunkten ab.⁵³⁶ Das heißt, dass ohne Wirksamwerden dieser kognitiven Verzerrung die Erfolgsquote einer Berufung tatsächlich fast acht (7,9) Prozentpunkte größer ausfallen müsste.⁵³⁷

Allerdings war die Bestätigungsquote in den zwei Teilnehmergruppen unterschiedlich stark ausgeprägt: In Gruppe 1, die von einem erstinstanzlichen Unterliegen ausgegangen war, entschieden mehr Teilnehmer (64,5 Prozent) in Übereinstimmung mit dem vorgelegten Urteil, als das in Gruppe 2 der Fall war (51 Prozent der Teilnehmer).⁵³⁸ Daraus ergibt sich nur auf den ersten Blick ein Argument gegen den *Affirmation Bias*. Denn als man einer weiteren Gruppe von Teilnehmern die Akte ohne jegliche Information über die erstinstanzliche Entscheidung vorlegte, ergab sich zwar auch eine leichte Tendenz in Richtung Unterliegen (56 Prozent), aber diese war weniger extrem, als wenn die Teilnehmer davon ausgingen, dass auch erstinstanzlich so entschieden wurde (64,5 Prozent). Dasselbe gilt für die gegenteilige Entscheidung (pro Obsiegen: 44 Prozent, wenn keine Information über erstinstanzlichen Urteilsinhalt, 50,6 Prozent bei Information, dass erste Instanz pro Obsiegen entschieden hat).⁵³⁹ Insofern bewirkte das Bekanntsein des erstinstanzlichen Urteilsinhalts einen Zuwachs in der Entscheidungstendenz in beide Richtungen, einmal um 8,5 Prozentpunkte und einmal um 6,6 Prozentpunkte.

Ungeachtet fallspezifischer Faktoren, die eine bestimmte Entscheidung wahrscheinlicher machen als eine Alternativentscheidung, kann man also aufgrund der Studienergebnisse von Edwards davon ausgehen, dass die Kenntnis der erstinstanzlichen Entscheidung beim Berufungsgericht zu kognitiven Verzerrungen führen kann, infolge derer das zu überprüfende Urteil auf irrationale Weise aufrechterhalten wird. Mithin kann die Erfolgsquote niedriger ausfallen, möglicherweise um etwa acht Prozentpunkte, als man es unter „Idealbedingungen“ erwarten würde.

⁵³⁴ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1052.

⁵³⁵ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1049, 1051 f.

⁵³⁶ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1052.

⁵³⁷ Vgl. Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1053.

⁵³⁸ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1052, Tabelle 3.

⁵³⁹ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1053.

bb) Bewertung und Stellungnahme

Zunächst ist es zu begrüßen, dass zu den spezifisch im Berufungsprozess wirkenden kognitiven Verzerrungen quantitative Forschung betrieben wurde. Bis zu Edwards' Studie im Jahr 2019 gab es noch keine derartigen Untersuchungen, sodass hier neue Befunde gewonnen wurden. Gleichzeitig ist auf mehrere Punkte hinzuweisen, die die Aussagekraft der Ergebnisse limitieren.

Erstens waren die Teilnehmer keine Berufsrichter, sondern Studenten der Politik- oder Rechtswissenschaft.⁵⁴⁰ Wie Edwards selbst anmerkt, bedeutet das eine Einschränkung der externen Validität, also der Übertragbarkeit der Ergebnisse auf „echte“ Berufsrichter (zur externen Validität oben I. 3. d)).⁵⁴¹ Insofern könnte die richterliche Berufserfahrung das Wirksamwerden kognitiver Verzerrungen entweder reduzieren⁵⁴² oder aber verstärken (siehe dazu oben I. 3. a) aa) (2); cc) (2); b) bb)). Andererseits hat sich die experimentelle Erforschung von *Heuristics and Biases* an Studenten in der Vergangenheit als überraschend belastbar und verallgemeinerbar erwiesen,⁵⁴³ sodass die Übertragbarkeit der Ergebnisse auf die berufsgerichtliche Praxis vielleicht doch nicht bedeutend eingeschränkt ist.

Zweitens ergeben sich Einschränkungen dadurch, dass die Studie das US-amerikanische System betrifft und überdies nicht mit einem zivilrechtlichen Fall, sondern mit einem strafrechtlichen Fall durchgeführt wurde. Zudem war der simulierte berufsrechtliche Überprüfungsmaßstab ein sogenannter *De Novo Standard of Review* – also ausdrücklich eine Beurteilungsweise, die keine Bindungswirkung an das erstinstanzliche Urteil kennt und sich insofern maßgeblich vom Prüfungsumfang des deutschen Berufsrechts unterscheidet.

Drittens erscheint es in diesem Zusammenhang problematisch, dass Edwards den Teilnehmern die Anweisung gab, sie sollten die erstinstanzliche Entscheidung ignorieren. Dass eine derartige, sogenannte paradoxe Intervention durchaus das Gegenteil bewirken kann, kennt man aus populärpsychologischen Beispielen („Denken Sie nicht an einen rosafarbenen Elefanten“). Edwards selbst weist auch darauf hin, dass die Anweisung, eine Information

⁵⁴⁰ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1046.

⁵⁴¹ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1054 m. w. N. für das US-amerikanische Jury-Verfahren.

⁵⁴² So die Annahme von Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1054.

⁵⁴³ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1054 verweist in diesem Zusammenhang auf die Ergebnisse von Bornstein, Law & Hum. Behav. 23 (1999) 75, 78 ff. (zu US-amerikanischen *Juries*) und von Tor, Haifa L.Rev. 4 (2008) 237, 285 f.

zu ignorieren, dazu führen kann, dass man auf diese erst recht aufmerksam wird und sie bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt.⁵⁴⁴

Die Unterdrückung ihrer Kenntnisse zum vermeintlich erstinstanzlichen Urteil mag den Teilnehmern besonders schwergefallen sein, weil sie – anders als bei Fällen von irrelevanter Information – davon ausgehen durften, dass ein Gericht zuvor aus bestimmten Gründen in der mitgeteilten Weise entschieden hat. Das kann durch soziale Faktoren, beispielsweise persönliche Bekanntheit unter den Richtern (siehe dazu oben Kapitel 3 B.III.3.b)), sogar noch verstärkt werden. Es läge also sowohl aus kognitionspsychologischer als auch aus sozialer Sicht nahe, das Eingangsurteil als nützliche Information zu berücksichtigen.⁵⁴⁵ Daher kann man die Studienergebnisse nicht mehr eindeutig so interpretieren, dass hier tatsächlich ein *Bias* gemessen wurde. Denn ein *Bias* ergibt sich aus dem Einfluss grundsätzlich irrelevanter Faktoren, während der Gebrauch nützlicher Informationen für die eigene Entscheidungsfindung gerade relevant und hilfreich sein kann. Ebenso ist es für die Arbeit des Berufungsrichters zwingend erforderlich, dass ihm die Inhalte von erstinstanzlichem Urteil und Berufungsschrift bekannt sind, §§ 513, 529 ZPO. Wenn jedoch über den Nutzen dieser sinnvollen Information hinaus, unabhängig vom Inhalt der vorgelegten Entscheidung, von vornherein eine kognitive Verzerrung dadurch begründet würde, dass der Berufungsrichter sich unbewusst am Ergebnis des erstinstanzlichen Urteils orientieren und dieses irrationalerweise bestätigen würde, dann läge ein diskussionswürdiger Befund vor. Da die Studie von Edwards diese Differenzierung zwischen der sinnvollen Orientierung an vorinstanzlichen Einschätzungen und irrationalen kognitiven Verzerrungen nicht leistet, ist weitere Forschung nötig, um zu untersuchen, wie sehr es sich beim *Affirmation Bias* wirklich um eine kognitive Verzerrung handelt.

cc) Einordnung des *Affirmation Bias* in die Gruppe der Biases

Der von Edwards beschriebene *Affirmation Bias* ist eine kognitive Verzerrung hin zu einer irrationalen Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht, die sich unabhängig vom Urteilsinhalt daraus ergibt, dass die erstinstanzliche Entscheidung dem Berufungsgericht bekannt ist. Durch das Lesen des angegriffenen Urteils formt sich das erste Bild vom Fall.⁵⁴⁶ In der Folge kann der Berufungsrichter nicht mehr vollständig unvor-

⁵⁴⁴ Edwards, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1055.

⁵⁴⁵ Vgl. zum Informationsgehalt der Berufungseinlegung im Allgemeinen Shavell, J. Legal Stud. 24 (1995), 379, 393, 412; ders., LEG 2 (1996) 83, 84 f.

⁵⁴⁶ Kramer, Die Berufung in Zivilsachen⁸, 2015, Rn. 1 m.w.N.; vgl. Fischer, DRiZ 1994, 461, 462 f.

eingenommen entscheiden. Wie kann man diese Erscheinungsform verzerrten Wahrnehmens und Entscheidens in den Kanon der dargestellten *Heuristics and Biases* einordnen?

(1) *Kein Fall des Rückschaufehlers, des Anker-Effekts oder des Bestätigungsfehlers – aber große Überschneidungen*

Zunächst könnte man denken, dass es sich beim *Affirmation Bias* um eine Art Rückschaufehler handelt. Das trifft jedoch nicht zu, da der *Affirmation Bias* ein Vorgang ist, der im Entscheidungsprozess zeitlich erst nach einem etwaigen Rückschaufehler einsetzt. Denn der Rückschaufehler äußert sich darin, dass das Berufungsgericht das ergangene Urteil erster Instanz auch für den wahrscheinlichsten Verfahrensausgang hält.⁵⁴⁷ Demgegenüber geht es beim *Affirmation Bias* um den darauffolgenden Schritt, nämlich, dass der Richter aufgrund seiner Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit genau dieses Urteilstenors dazu neigen wird, sich unbewusst am Urteil zu orientieren und es zu bestätigen.

Wegen dieser unbewussten Orientierung an einem vorgegebenen Richtwert wäre es vielleicht auch denkbar, im *Affirmation Bias* einen Anker-Effekt zu sehen. Letzterer bezieht sich allerdings nur auf numerische Werte, sodass auch das keine passende Einordnung für den *Affirmation Bias* ist.

Er ist auch nicht dasselbe wie der Bestätigungsfehler (*Confirmation Bias*), weil dieser die Tendenz bezeichnet, dass man Dinge entsprechend seiner – eigenen – vorgefassten Sichtweise verzerrt wahrnimmt und beurteilt. Eine solche, „eingefärbte“ Sicht des Berufungsgerichts auf ein zu überprüfendes Urteil ist auch im *Affirmation Bias* enthalten, beschreibt ihn aber nicht vollständig. Denn es muss sich erst einmal jene eigene Sichtweise des Berufungsgerichts entwickeln, oder jedenfalls muss die Sichtweise der ersten Instanz zur eigenen werden.

Wie wird der erstinstanzliche Tenor zur eigenen Auffassung des Berufungsrichters? Dazu könnten soziale Faktoren beitragen (siehe Kapitel 3 B.III.3. b)), ergänzt durch psychologische Mechanismen. Die sozialpsychologische Forschung hat gezeigt, dass bei sozialen Gruppen in der Regel eine implizite Präferenz für Personen besteht, die der eigenen Gruppe angehören (*In-Group Bias*).⁵⁴⁸ Solche Personen erscheinen uns beispielsweise sympathischer als Personen, die außerhalb der eigenen Gruppe stehen. Für das Zivilverfahren würde das bedeuten, dass der Berufsrichter gegenüber dem erstinstanz-

⁵⁴⁷ Guthrie/Rachlinski/Wistrich, Cornell L.Rev. 86 (2001) 777, 801 ff.

⁵⁴⁸ Ashburn-Nardo/Voils/Monteith, J.Pers.Soc.Psychol. 81 (2001) 789, 789 ff.; Otten/Wentura, Eur.J.Soc.Psychol. 29 (1999) 1049, 1050 ff.

lichen Richter besonders positiv eingestellt ist. Das ist, wie bei anderen *Bias*-es, ein unbewusst wirkender Mechanismus. Es ist anzunehmen, dass sich die Präferenz nicht nur auf die Person selbst, sondern auch auf deren Handlungen erstreckt. Daher finden Richter das erstinstanzliche Urteil eines Kollegen, noch dazu aus demselben OLG-Bezirk, vermutlich überzeugender, als ein unbeteiligter Beobachter das täte. Vor allem aber dürfte ein Berufungsrichter das Urteil erster Instanz wegen des *In-Group Bias* in der Regel für folgerichtiger halten als den Vortrag der übrigen Verfahrensbeteiligten.

Diese sozialpsychologischen Zusammenhänge ebnen den Weg für einen Bestätigungsfehler bei der berufsrichterlichen Arbeit. Beides zusammengekommen, also *In-Group Bias* und der nachfolgende Bestätigungsfehler, könnten dann möglicherweise den *Affirmation Bias* erschöpfend erklären und ihn mit dieser Konkretisierung in die Gruppe der *Biases* einordnen. Implizite Präferenzen für Urteile der eigenen Gruppe formen die persönliche Auffassung zu einem Sachverhalt, und durch die „Brille“ dieser Auffassung wird der Berufungsrichter die ihm zur Entscheidung vorliegende Akte bearbeiten. Dabei wird er möglicherweise weniger Fehler entdecken, als das ein unbeteiligter Dritter würde – und er wird möglicherweise auch weniger Fehler entdecken, als wenn man ihm sagen würde, dass das Urteil nicht von einem Richter aus seinem Gerichtsbezirk stammt.

In diese Richtung deuten auch Befunde einer klassischen Studie zur Wechselwirkung zwischen sozialer Motivation und individueller Wahrnehmung.⁵⁴⁹ Darin sahen Studenten der Universitäten Princeton und Dartmouth die Videoaufzeichnung eines *American-Football*-Spiels zwischen den Mannschaften ihrer jeweiligen Universitäten. Währenddessen sollten sie die Anzahl der Regelverletzungen pro Team zählen. Das Ergebnis war, dass die Studenten in Bezug auf das Verhalten der Mannschaft ihrer eigenen Universität signifikant nachsichtiger waren als in Bezug auf dasjenige der gegnerischen Mannschaft. So zählten Versuchsteilnehmer aus Princeton im Mittel knapp zehn Regelbrüche durch das Dartmouth-Team, während die Dartmouth-Studenten durchschnittlich nur etwa vier solcher Verstöße des eigenen Teams notierten.⁵⁵⁰ Man könnte daher vermuten, dass das Zugehörigkeitsgefühl zur jeweiligen Institution sich auf die individuelle Wahrnehmung der Geschehnisse und Be-

⁵⁴⁹ *Hastorf/Cantril*, J. *Abnormal & Soc. Psychol.* 49 (1954) 129, 129 ff.; allgemein zu dieser Wechselwirkung, auch *Motivated Cognition* genannt, *Kunda*, *Psychol. Bull.* 108 (1990) 480, 482 f.; *Balcielis/Dunning*, *J. Pers. Soc. Psychol.* 91 (2006) 612, 613 ff.; *Giner-Sorolla/Chaiken*, *Pers. Soc. Psychol. Bull.* 23 (1997) 84, 85 f.; vgl. *Miron/Branscombe/Biernat*, *Pers. Soc. Psychol. Bull.* 36 (2010) 768, 770 ff. (zur Beurteilung von Handlungen, bei denen beurteilende und handelnde Person zur selben sozialen Gruppe gehören und sich damit identifizieren).

⁵⁵⁰ *Hastorf/Cantril*, J. *Abnormal & Soc. Psychol.* 49 (1954) 129, 130 ff.

urteilung der Frage nach Fehlverhalten auswirkt.⁵⁵¹ Weitere Studien haben diesen Zusammenhang auch für rechtlich relevantes Verhalten bestätigt.⁵⁵²

Insgesamt scheint der *Affirmation Bias* also keiner der bisher beschriebenen kognitiven Verzerrungen vollständig zu entsprechen. Es zeigen sich indes sehr große Überlappungen, insbesondere mit dem Bestätigungsfehler, aber grundsätzlich auch mit den anderen *Biases*. Letzteres mag zwar auch der Tatsache geschuldet sein, dass die Gruppe der *Biases* insgesamt aus vielen, nicht immer trennscharf voneinander abgrenzbaren Erscheinungsformen besteht. Aber vor allem dürften die großen Schnittmengen zwischen *Affirmation Bias* einerseits und Bestätigungsfehler, Anker-Effekt und Rückschaufehler andererseits dadurch zu erklären sein, dass sie grundsätzlich auf denselben Mechanismus zurückgehen. Das sogenannte hypothesenkonforme Testen ist, wie in Abschnitt I (3. a) bb(1)) erwähnt, eine grundlegende Strategie, nach der menschliches Denken ausgerichtet ist. So neigen wir auf irrationale Weise dazu, Informationen zu suchen oder stärker zu gewichten, die dem entsprechen, was wir bisher glauben. Dieses Glauben oder Meinen kann auch durch soziale Prozesse und Zugehörigkeiten ausgelöst werden. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die mit dem *Affirmation Bias* beschriebene Tendenz des Berufungsgerichts, das erstinstanzliche Urteil unabhängig vom Inhalt und damit irrationalerweise zu bestätigen, in jedem Fall sowohl mit sozialpsychologischen Mechanismen als auch mit dem Vorgang des hypothesenkonformen Testens, insbesondere in der Ausprägung des Bestätigungsfehlers, zusammenhängt.

(2) Weitere Einordnungsversuche: *Status Quo Bias* und *Unterlassungseffekt*

Bevor Edwards den sogenannten *Affirmation Bias* experimentell nachweisen konnte, hatten sich Guthrie und George schon aus theoretischer Sicht mit einem Bestätigungs-*Bias* bei der berufsgerichtlichen Entscheidungsfindung in den Vereinigten Staaten beschäftigt.⁵⁵³ Dabei haben sie die beiden kognitiven Verzerrungseffekte *Status Quo Bias* und *Omission Bias* mit einer irrationalen Bestätigungstendenz der Berufungsgerichte in Verbindung gebracht:

Der *Status Quo Bias* beschreibt die Tendenz, dass Menschen bei ihrer Entscheidungsfindung jeweils die Variante bevorzugen, bei der sich am aktuellen

⁵⁵¹ *Hastorf/Cantril*, J. Abnormal & Soc. Psychol. 49 (1954) 129, 133.

⁵⁵² Beispielsweise *Kahan/Hoffman/Braman/Evans/Rachlinski*, Stan.L.Rev. 64 (2012) 851, 862 ff., 876 ff.; *Kahan/Hoffman/Braman*, Harv.L.Rev. 122 (2009) 837, 854 ff., 864 ff.

⁵⁵³ *Guthrie/George*, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 377 ff.

Zustand nichts ändert.⁵⁵⁴ Die Präferenz für den aktuellen Zustand wird damit erklärt, dass die Entscheidung für andere Entscheidungsoptionen mit hohen Transaktions- und Recherchekosten verbunden ist, die Menschen gerne vermeiden wollen.⁵⁵⁵ In der Literatur wird angenommen, dass auch Richter diese Verhaltensneigung zeigen.⁵⁵⁶ Ein Berufungsrichter würde durch den *Status Quo Bias* eher dazu verleitet werden, das mit der Berufung angegriffene Urteil aufrechtzuerhalten, auch wenn aus objektiver Sicht Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit des Urteils erkennbar sind. Das Beibehalten des aktuellen Zustands, d. h. die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils, sei nämlich für das Gericht die unaufwendigere Alternative, auch weil eine Abänderungsentscheidung besonderen Begründungsaufwand bedeuten würde.⁵⁵⁷ Darüber hinaus sei die Bestätigung des Urteils erster Instanz auch die risikoärmere Alternative im Vergleich zur Abänderung: Wenn der Berufungsrichter unbewusst Gewinn und Verlust der Prozessparteien gegeneinander abwägt, stellt sich ihm die Situation so dar, dass ein Aufrechterhalten des erstinstanzlichen Urteils und damit eine Zurückweisung der Berufung nichts an der bisherigen Situation ändert; Gewinn und Verlust bleiben mithin gleich. Dagegen würde eine Stattgabe der Berufung einen Verlust für den Berufungsbeklagten bedeuten. Entsprechend den Annahmen der *Prospect Theory*, wonach Menschen einen finanziellen Verlust in einer bestimmten Höhe deutlich negativer bewer-

⁵⁵⁴ Samuelson/Zeckhauser, J. Risk Uncertain. 1 (1988) 7, 14 ff. Zum breiten Auftreten dieser kognitiven Verzerrung, u. a. bei Vertragsverhandlungen, Konsumententscheidungen oder politischen Wahlen, s. die Nachweise bei Guthrie/George, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 377. Speziell zum *Status Quo Bias* im juristischen Kontext Korobkin, Vand.L.Rev. 51 (1998) 1583, 1586; ders., Cornell L.Rev. 83 (1998) 608, 611 ff.; zur Berücksichtigung im Unionsrecht Biard/Faure, RTDEur 51 (2015) 715, 726 f.

⁵⁵⁵ Samuelson/Zeckhauser, J. Risk Uncertain. 1 (1988) 7, 34 f. Die weiteren dort diskutierten Erklärungsansätze beziehen sich auf die Situation, dass bisheriger und aktueller Entscheider identisch sind. Da das auf die Berufung nicht zutrifft, werden diese Überlegungen hier nicht besprochen.

⁵⁵⁶ S., jeweils mit Bezug zur Bindungswirkung von Präjudizien im *Common Law*, Prentice/Koehler, Cornell L.Rev. 88 (2003) 583, 638 f.; Hathaway, Iowa L.Rev. 86 (2001) 101, 126; für das deutsche und schweizerische System Schweizer, in: Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, 2015, S. 125, 137 f., der auch meint, dass der *Status Quo Bias* erklären könne, warum erstinstanzliche Verfahren überzufällig häufiger mit einer Klageabweisung als mit einer stattgebenden Entscheidung enden – denn Kläger verlangten häufig eine Veränderung der aktuellen Lage. Dieser Zusammenhang kann für Deutschland schon nicht zutreffen, weil erstinstanzliche Verfahren hier gerade nicht mehrheitlich mit einer Klageabweisung beendet werden, s. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, 2019, S. 38 lfd. Nr. 38–40, S. 60 lfd. Nr. 16–18.

⁵⁵⁷ Guthrie/George, Fla.St.U.L.Rev. 32 (2004–2005) 357, 378 f. m. w. N.; vgl. auch Hathaway, Iowa L.Rev. 86 (2001) 101, 126; zur Rolle des kognitiven Aufwands für die Entscheidungsfindung s. schon oben I. 3. b).

ten, als ihnen ein Gewinn in derselben Höhe Freude bereitet,⁵⁵⁸ würde ein Verlust aufseiten des Berufungsbeklagten weniger erstrebenswert sein als ein korrespondierender Erfolg des Berufungsklägers.⁵⁵⁹ Diese Abwägung betrifft zwar nicht den Richter persönlich, aber er dürfte dennoch in der Lage sein, die Position der Prozessparteien nachzuempfinden und entsprechend zu handeln.⁵⁶⁰ Beispielsweise haben Studien zu gerichtlichen Vergleichsverhandlungen gezeigt, dass Richter motiviert sind, Verluste beim Beklagten zu vermeiden⁵⁶¹ – und damit den Status quo so gut wie möglich aufrechtzuerhalten.

In Ergänzung zum *Status Quo Bias* machen Guthrie und George auch den Unterlassungseffekt (*Omission Bias*) dafür verantwortlich, dass Berufungen im US-amerikanischen Zivilverfahren nur sehr selten Erfolg haben.⁵⁶² Der *Omission Bias* beschreibt die Tendenz, eher eine Handlung zu unterlassen, als diese auszuführen.⁵⁶³ Affektive Reaktionen auf Ergebnisse eines Handelns fallen stärker aus als auf die Ergebnisse einer Unterlassung,⁵⁶⁴ sodass eine Person beispielsweise mehr Reue nach aktivem Tun empfinden würde.⁵⁶⁵ Das wird normativ dadurch ergänzt, dass Menschen für ihre Handlungen auch in stärkerem Maß verantwortlich gemacht werden als für ihr Nichthandeln.⁵⁶⁶ Daraus ergibt sich, dass Menschen „die Dinge lieber so belassen, wie sie sind“, als sie durch aktives Tun zu ändern.⁵⁶⁷ Auch Richter zeigen diese Präferenz zum Unterlassen: Schweizerische Richter sollten in einem streitigen Beispielsfall zwischen Stattgabe und Abweisung einer Zahlungsklage entscheiden. Sagte man ihnen später, dass sich ihr jeweiliges Sachurteil aufgrund neuer unstrittiger Tatsachen als unrichtig herausgestellt habe, so bereuten die Richter, die klagestattgebend zur Zahlung verurteilt hatten, ihre Entscheidung im Durchschnitt stärker als diejenigen, die eine Klageabweisung – und damit

⁵⁵⁸ Kahneman/Tversky, *Econometrica* 47 (1979) 263, 279. Zur Anwendung im richterlichen Kontext, insbesondere für das Beweismaß, Schweizer, in: Mathis (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, 2015, S. 125, 134 f.

⁵⁵⁹ Guthrie/George, *Fla.St.U.L.Rev.* 32 (2004–2005) 357, 378 m. w. N.; zur Begründung des *Status Quo Bias* mit der *Prospect Theory* außerhalb des gerichtlichen Kontexts Samuelson/Zeckhauser, *J. Risk Uncertain.* 1 (1988) 7, 35 f.

⁵⁶⁰ Guthrie/George, *Fla.St.U.L.Rev.* 32 (2004–2005) 357, 378.

⁵⁶¹ Guthrie/Rachlinski/Wistrich, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 796 ff.

⁵⁶² Guthrie/George, *Fla.St.U.L.Rev.* 32 (2004–2005) 357, 379 f.

⁵⁶³ Spranca/Minsk/Baron, *J.Exp.Soc.Psychol.* 27 (1991) 76, 76 ff.; für einen Überblick, auch in Abgrenzung zum *Status Quo Bias*, s. Ritov/Baron, *J. Risk Uncertain.* 5 (1992) 49, 50 f.

⁵⁶⁴ S. etwa Baron/Ritov, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 59 (1994) 475, 475 ff.

⁵⁶⁵ Kahneman/Tversky, *Sci.Am.* 246 (1981) 160, 173.

⁵⁶⁶ Guthrie/George, *Fla.St.U.L.Rev.* 32 (2004–2005) 357, 379 m. w. N., dort auch zur strafrechtlichen Entsprechung in den Vereinigten Staaten.

⁵⁶⁷ Guthrie/George, *Fla.St.U.L.Rev.* 32 (2004–2005) 357, 380.

das Unterlassen von Zahlungshandlungen – ausgesprochen hatten.⁵⁶⁸ Guthrie und George gehen also davon aus, dass auch Berufungsrichter lieber die Variante des Nichthandelns wählen; das sei die Nicht-Abänderung des angegriffenen Urteils.⁵⁶⁹ Hierfür müssten sie weniger Reue und Verantwortlichkeit befürchten als für eine Abänderung; gleichzeitig wird mit einer Beibehaltung des Urteils die Verantwortung für den Ausgang des gesamten Verfahrens zurück an die erste Instanz gegeben, sodass etwaige negative Konsequenzen eher dem „Tun“ des erstinstanzlichen Richters als dem „Unterlassen“ des Berufungsgerichts angelastet würden.⁵⁷⁰

(3) Bewertung und Stellungnahme

Insgesamt ist die Einordnung des *Affirmation Bias* in die Gruppe der *Biases* nicht eindeutig möglich. Nach der hier vertretenen Auffassung hat der *Affirmation Bias* große Schnittmengen mit dem Bestätigungsfehler und mit verwandten kognitiven Verzerrungen, die Ausdruck hypothesenkonformen Testens sind; außerdem kommen soziale Aspekte, wie Gruppenzugehörigkeit, hinzu. Nach Guthrie und George könne der *Affirmation Bias* aus kognitivpsychologischer Sicht vor allem mit dem *Status Quo Bias* und dem Unterlassungseffekt gleichgesetzt werden. Während die Bezugnahme auf den *Status Quo Bias* gut überzeugen kann, auch weil dieser eng mit dem Anker-Effekt verbunden ist,⁵⁷¹ erscheint die Erklärung durch den Unterlassungseffekt im berufungsgerichtlichen Kontext nicht vollständig passend. Denn ein Berufungsrichter hat nie die Wahl zwischen „Tun“ und „Nichtstun“, sondern er muss sich stets mit der Akte befassen und zu einer inhaltlichen Entscheidung kommen, selbst wenn er den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreitet.

Angesichts der beschriebenen Überlappungen zwischen den Definitionsbereichen der infrage kommenden kognitiven Verzerrungen ist eine weitergehende Stellungnahme verzichtbar. Aus einem Zusammenspiel von sozialen Faktoren und kognitiven Mechanismen, wie dem Bestätigungsfehler und dem *Status Quo Bias*, können sich addierte Effekte ergeben,⁵⁷² die schließlich dem entsprechen, was Edwards mit dem Begriff *Affirmation Bias* bezeichnet

⁵⁶⁸ Schweizer, in: Mathis (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, 2015, S. 125, 136 f.; vgl. für den Unterlassungseffekt im gerichtlichen Kontext *ders.*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 115 ff.

⁵⁶⁹ Guthrie/George, *Fla.St.U.L.Rev.* 32 (2004–2005) 357, 380.

⁵⁷⁰ Guthrie/George, *Fla.St.U.L.Rev.* 32 (2004–2005) 357, 380.

⁵⁷¹ Samuelson/Zeckhauser, *J. Risk Uncertain.* 1 (1988) 7, 36 f., 41.

⁵⁷² Vgl. dazu allgemein Schweizer, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 58 (1994) 457, 466 f.; vgl. zum Zusammenwirken mehrerer kognitiver Verzerrungen Tor, *Haifa L.Rev.* 4 (2008) 237, 301 ff.

hat. Inhaltlich geht es um dasselbe, nämlich um eine irrationale Bestätigungs- oder Aufrechterhaltungstendenz in berufungsgerichtlichen Entscheidungen.

dd) Hinweise zur Übertragbarkeit von Befunden zum US-amerikanischen Berufungsrecht auf Deutschland

Bei der Diskussion des *Affirmation Bias* ist zu berücksichtigen, dass sie ihren Ursprung im US-amerikanischen Berufungsrecht hat. Insofern ist klar, dass die Beobachtungen und Erklärungen sich auch aus den Besonderheiten des jeweiligen Rechtssystems ergeben können und nicht vorbehaltlos auf die zivilrechtliche Berufung in Deutschland übertragbar sind.

Erstens könnte insbesondere die im *Common Law* geltende Bindungswirkung an Präjudizien (*Stare Decisis*) dazu führen, dass Richter dort systembedingt stärker dazu neigen, sich an anderen Urteilen zu orientieren und diese als unabänderlich zu sehen.⁵⁷³ Daraus ergibt sich aber vermutlich kein schwerwiegender Unterschied zum deutschen Verfahrensrecht. Denn auch für die hiesige Rechtsprechungspraxis ist, wenngleich kein normatives Präjudizienrecht existiert, zumindest ein faktisches Präjudizienrecht anzunehmen.⁵⁷⁴

Auch in Bezug auf Berufungszweck und den berufsrechtlichen Beurteilungsmaßstab lassen sich große Ähnlichkeiten zwischen den Vereinigten Staaten und Deutschland feststellen. Hier wie dort ist die Berufung als Fehlerkorrekturinstanz ausgestaltet.⁵⁷⁵ Das gilt jedenfalls für die Berufung auf US-amerikanischer Bundesebene (*Federal Courts of Appeal*); bei den Berufungsgerichten der einzelnen Bundesstaaten gibt es einzelne Ausnahmen, wo die Berufung als vollkommen neues Verfahren behandelt wird.⁵⁷⁶ Der Prüfungsmaßstab (*Standard of Review*) der Berufungsgerichte im US-amerikanischen Zivilverfahren hängt von mehreren Parametern ab, u. a. der Art der betroffenen Fragestellung und dem erstinstanzlich zuständigen Spruchkörper. Grundsätzlich werden Rechtsfragen unter dem *De-Novo-Review*-Standard behandelt, d. h., dass keine Bindungswirkung der Entscheidung erster Instanz in dieser

⁵⁷³ Vgl. *Hathaway*, Iowa L.Rev. 86 (2001) 101, 105 f., 126 f.; ebenso *Edwards*, Emory L.J. 68 (2019) 1035, 1045.

⁵⁷⁴ Siehe etwa *Pilny*, Präjudizienrecht, 1993, S. 123 ff., mit Fokus auf verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung.

⁵⁷⁵ *Tarr*, *Judicial Process*⁷, 2019, S. 37, 43, 152. Historisch ist die Konzeption der US-amerikanischen Berufung als Fehlerkorrekturinstanz auch daran erkennbar, dass einige Berufungsgerichte sogar die Bezeichnung *Court of Errors and Appeals* trugen, zum Beispiel der *New Jersey Court of Errors and Appeals* (bis 1947), der *Mississippi High Court of Errors and Appeals* (bis 1869) sowie der *Kentucky Court of Errors*.

⁵⁷⁶ Siehe *Tarr*, *Judicial Process*⁷, 2019, S. 44, der dieses Vorgehen der *Courts of Limited Jurisdiction* auch damit erklärt, dass in der ersten Instanz jeweils wohl keine Protokolle der mündlichen Verhandlung angefertigt würden.

Hinsicht besteht.⁵⁷⁷ Bei Tatsachenfragen entfaltet das erstinstanzliche Urteil dagegen weitreichende Bindungswirkung, und die Feststellungen werden nur abgeändert, wenn sie nicht durch Tatsachen gestützt werden oder wenn das Berufungsgericht „eindeutig davon überzeugt ist, dass die erste Instanz einen Fehler gemacht hat“⁵⁷⁸ (sogenannter *Clearly Erroneous Review*⁵⁷⁹). Daneben gibt es, beispielsweise für Ermessensentscheidungen,⁵⁸⁰ noch weitere Abstufungen der Bindungswirkung der erstinstanzlichen Entscheidung,⁵⁸¹ und die Abgrenzung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen kann ebenfalls Schwierigkeiten bereiten⁵⁸² – aber insgesamt dürfte der Schluss zulässig sein, dass die Bindung des Berufungsgerichts an die Entscheidung der ersten Instanz in den Vereinigten Staaten ähnlich ausgestaltet ist wie in Deutschland. Vor allem dürfte der *Clearly Erroneous Review* vergleichbar sein mit den „Zweifel[n] an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen“ nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Mithin ergeben sich aus den berufsrechtlichen Regelungen keine auffälligen Unterschiede, die einer Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse zum *Affirmation Bias* auf das deutsche Zivilverfahren entgegenstehen könnten. Trotzdem gilt auch für die Berufung das, was in Abschnitt I 3. d) bb) für Verfahren im Allgemeinen festgestellt wurde: Empirische Forschung deutet darauf hin, dass bestimmte Denkweisen bei Richtern der Vereinigten Staaten anders aus-

⁵⁷⁷ Siehe zum Beispiel *Kokins v. Teleflex, Inc.*, 621 F.3d 1290, 1294 f. (10th Cir. 2010); *Whatley v. CNA Ins. Co.*, 189 F.3d 1310, 1313 (11th Cir. 1999); *City of Wichita v. U.S. Gypsum Co.*, 72 F.3d 1491, 1495 (10th Cir. 1996); allgemein: *Davis*, S.D.L.Rev. 33 (1988) 468, 475.

⁵⁷⁸ *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories., Inc.*, 456 U.S. 844, 855 (1982); das gilt auch, wenn diese fehlerhaften Tatsachenfeststellungen grundsätzlich von Beweisen gestützt werden, s. *Carousel Farms Metro. Dist. v. Woodcrest Homes, Inc.*, 444 P.3d 802, 808 f. (Colo. App. 2017); *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948); s. auch *Davis*, S.D.L.Rev. 33 (1988) 468, 472, 476.

⁵⁷⁹ Rule 52 (a) (6) FRCP; *Davis*, S.D.L.Rev. 33 (1988) 468, 476. Das betrifft erstinstanzliche Entscheidungen von *Judges*; für die Tatsachenfeststellungen von *Juries* ist der berufsrechtliche Prüfungsmaßstab etwas eingeschränkter – hier muss das Urteil aufrechterhalten werden, falls es wesentliche Beweise (*Substantial Evidence*) für die Feststellungen gibt oder wenn die Schlussfolgerungen der *Jury* vertretbar (*reasonable*) sind, *dies.*, a. a. O., 477 f.; zu *Substantial Evidence* s. *Richardson v. Perales*, 402 U.S. 389, 401 (1971).

⁵⁸⁰ *Cooter & Gell v. Hartmarx Corp.*, 496 U.S. 384, 400 (1990); *Alexander v. Fulton County*, 207 F.3d 1303, 1326 (11th Cir. 2000); *United States v. Meisel*, 875 F.3d 983, 998 (10th Cir. 2017); vgl. allgemein *Davis*, S.D.L.Rev. 33 (1988) 468, 469, 480 f.

⁵⁸¹ Im Einzelnen: *Davis*, S.D.L.Rev. 33 (1988) 468, 468 (Tabelle), 471.

⁵⁸² *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690, 696 f. (1996); *Miller v. Fenton*, 474 U.S. 104, 113 (1985); *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U.S. 273, 288 f. (1982); *United States v. McConney*, 728 F.2d 1195, 1199 ff. (9th Cir. 1984) (en banc); vgl. *Davis*, S.D.L.Rev. 33 (1988) 468, 469, 472 ff.

geprägt sind als bei kontinentaleuropäischen Richtern, was sich auf die Anfälligkeit für kognitive Verzerrungen auswirken kann. Solange noch keine Studien einen etwaigen *Affirmation Bias* bei der Entscheidungsfindung deutscher Berufungsgerichte untersucht haben, sollte der Befund von Edwards aus hiesiger Sicht daher stets unter Vorbehalt gesehen werden, zumal an Edwards' Studie nicht einmal Richter, sondern lediglich Studenten teilgenommen hatten.

b) *Eher Aufhebungseffekt statt Aufrechterhaltungseffekt?*

Die Information über das erstinstanzliche Urteil könnte sich im Wege einer kognitiven Verzerrung auch derart auswirken, dass die zu überprüfende Entscheidung irrational häufig aufgehoben und abgeändert wird. In diesem Fall würde sich kein Aufrechterhaltungseffekt, sondern ein Aufhebungseffekt ergeben.

Der kognitive Ablauf wäre strukturell wieder derselbe wie beim *Affirmation Bias*, d. h., aufgrund einer vorgefassten eigenen Meinung würde der Berufungsrichter den Fall verzerrt wahrnehmen und beurteilen. Auch würde jene eigene Meinung vermutlich wieder sozialpsychologisch vermittelt aus der Lektüre der erstinstanzlichen Entscheidung entstehen. Aber anders als beim *Affirmation Bias* würde diese Wechselwirkung zwischen sozialer Motivation und individueller Wahrnehmung gerade nicht zu einem „blinden Fleck“ für Fehler der ersten Instanz führen, sondern stattdessen zu einer überkritischen Einstellung, die besonders aufmerksam für Fehler ist und diese auch für Korrekturbedürftig hält.

Wie wäre eine solche kritische Haltung zu erklären, wo man doch von der Forschung zum *In-Group Bias* (siehe oben a)cc)(1)) davon ausgehen kann, dass Richter untereinander besonders positiv eingestellt sind? Diese positiv eingefärbte Sichtweise auf die Mitglieder der eigenen sozialen Gruppe muss sich indes nicht zwingend auf die Richterschaft im Allgemeinen beziehen; denkbar ist auch, dass sich die Gruppe der Berufungsrichter nicht unmittelbar zur Gruppe der erstinstanzlichen Richter zugehörig fühlt. In diesem Zusammenhang steht zu vermuten, dass Berufungsrichter aus Beförderungsgründen vielleicht besonders motiviert sind, sich von der ersten Instanz abzugrenzen. Mit einer Aufhebung und Abänderung des zur Entscheidung vorliegenden Urteils, auch nur in einem Teilaspekt,⁵⁸³ könnten sie zeigen, dass ihr Sachurteil inhaltlich tatsächlich „besser“ ist als das der ersten Instanz.⁵⁸⁴ Immerhin ist es die Aufgabe der Berufungsgerichte, Fehler zu finden und zu korrigieren.

⁵⁸³ Szego, Inside the Italian Courts of Appeals, 2007, S. 18 m. w. N.

⁵⁸⁴ So etwa Szego, Inside the Italian Courts of Appeals, 2007, S. 6, 18 m. w. N.; außerdem Baum, Judges, 2006, S. 109: „[W]ithout boldness in interpreting the law, a judge has little chance of becoming famous“.

Neben Richtern, die sich durch ihre Entscheidungen „empfehlen“ möchten, kämen andererseits grundsätzlich auch Richter mit langer Dienstzeit in Betracht dafür, zur überzufällig häufigen Aufhebung und Abänderung erstinstanzlicher Urteile zu tendieren. Wer sich nur noch geringe Aufstiegschancen ausrechnet, ist in seinen Sachentscheidungen möglicherweise weniger auf Konformität aus.⁵⁸⁵ Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine Vermutung, die empirisch bisher nicht bestätigt ist.

Gleichwohl bleibt es aus psychologischer Sicht möglich, dass Berufungsrichter bei ihrer Entscheidungsfindung einem Aufhebungs-*Bias* unterliegen. Dabei ist die soeben angesprochene Motivation, sich von seiner sozialen Gruppe der Richterkollegen abzusetzen, gar nicht zwingend. Denn im Gegenteil könnte es auch sein, dass ein Berufungsrichter das erstinstanzliche Urteil für fehlerhaft hält und entsprechend mit Aufhebung und Abänderung entscheidet – aber davon ausgeht, hiermit der Mehrheitsmeinung seiner Kollegen zu entsprechen. So haben Studien ergeben, dass juristische Entscheider überschätzen, wie häufig sie sich einer vermeintlich herrschenden Meinung anschließen.⁵⁸⁶ Man glaubt sich also öfter im Konsens mit Kollegen, als das objektiv der Fall ist. Die Gründe für diesen Effekt, der *False Consensus Effect* genannt wird,⁵⁸⁷ sind vielfältig.⁵⁸⁸ Insbesondere geht man davon aus, dass Menschen aus Sorge um soziale Zugehörigkeit und Akzeptanz das Bedürfnis haben, dass die eigenen Einschätzungen mit denen der Umgebung übereinstimmen.⁵⁸⁹ Das wiederum begünstigt die verzerrte Sichtweise auf die Konsenshaftigkeit der eigenen Ansicht.⁵⁹⁰ Der *False Consensus Effect* wurde bereits bei deutschen Richtern und Staatsanwälten mit Vignettenstudien nachgewiesen: Unabhängig von ihrem Urteil in der Sache waren die Teilnehmer davon überzeugt, dass ihre Auffassung auch von den befragten Kollegen geteilt

⁵⁸⁵ Vgl. *Higgins/Rubin*, J. Legal Stud. 9 (1980) 129, 130, die diesen Zusammenhang jedoch empirisch nicht bestätigen konnten, *dies.*, a. a. O., 135 ff.

⁵⁸⁶ *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209, 1216 ff.; *Klöhn/Stephan*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 71 ff.

⁵⁸⁷ *Ross/Greene/House*, J.Exp.Soc.Psychol. 13 (1977) 279, 280 f., 286 ff.; s. auch die Meta-Analyse von *Mullen/Atkins/Champions/Edwards/Hardy/Story/Vanderklok*, J.Exp.Soc.Psychol. 21 (1985) 262, 262 ff.

⁵⁸⁸ Dazu im Einzelnen den Überblick bei *Ross/Greene/House*, J.Exp.Soc.Psychol. 13 (1977) 279, 297 ff.; ebenso bei *Klöhn/Stephan*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 77 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. dazu für Richter *Sunstein/Schkade/Ellman/Sawicki*, Are Judges Political?, 2006, S. 74 f.

⁵⁹⁰ Vgl. *Ross/Greene/House*, J.Exp.Soc.Psychol. 13 (1977) 279, 297 f. m. w. N.; *Klöhn/Stephan*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 77 f.

werde.⁵⁹¹ Als beispielsweise ungefähr die Hälfte der Befragten einen Anspruch als gegeben ansahen und die andere Hälfte vom Gegenteil ausging, waren aber in beiden Gruppen jeweils über 85 Prozent der Meinung, dass ihre Einschätzung derjenigen der Kollegen entsprach.⁵⁹²

Vor dem Hintergrund dieser verzerrten Wahrnehmung, die bei Richtern und Staatsanwälten vermutlich sogar stärker ausgeprägt ist als bei anderen Juristen,⁵⁹³ erscheint ein Aufhebungseffekt in berufungsgerichtlichen Entscheidungen daher nicht unplausibel. Ein solcher Effekt wäre vor allem vereinbar mit dem als Begründung für den Aufrechterhaltungseffekt genannten *In-Group Bias*.

*c) Bewertung und Zusammenfassung:
Aufrechterhaltungs- oder sogar Aufhebungseffekt?*

Die psychologischen Begründungen für eine spezifisch in der Berufung vorkommende Urteilsverzerrung, die sich aus dem Wissen über die erstinstanzliche Entscheidung ergibt, können jeweils überzeugen. Aber was ist plausibler: eine irrationale Aufrechterhaltungstendenz oder eine irrationale Aufhebungstendenz der Berufungsgerichte?

Für das deutsche Berufungsrecht mit seiner gemäß §§ 529, 531 ZPO vorgesehenen Bindungswirkung erstinstanzlicher Feststellungen (Kapitel 2 A. II. 2.) liegt es nahe, dass sich die Gerichte besonders stark an der erstinstanzlichen Entscheidung orientieren. Diese Orientierung ist, wie erwähnt, nicht *per se* negativ zu bewerten, zumal es sich beim Urteil der ersten Instanz um relevante Information handelt, die ein Berufungsrichter an einem bestimmten Punkt in seinem Entscheidungsfindungsprozess auch nutzen muss, um die Aufgabe der Fehlerkorrektur erfüllen zu können. Sobald die Ausrichtung von Denken und Entscheiden an der vorliegenden Entscheidung aber über das rationale Maß hinausgeht und ein unbewusster, „ankernder“ Verzerrungseffekt einsetzt, steht zu befürchten, dass der Berufungsrichter eine diesbezüglich voreingenommene und zur Aufrechterhaltung neigende Berufsentscheidung treffen wird. Diese Vermutung wird unterstützt durch die Studienergebnisse von Edwards zum *Affirmation Bias*, wengleich diese sich auf das US-amerikanische Recht beziehen. Darüber hinaus könnte die Tatsache, dass das

⁵⁹¹ Klöhn/Stephan, in: Holzwarth/Lambrech/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 71 ff.

⁵⁹² Klöhn/Stephan, in: Holzwarth/Lambrech/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 69; vgl. auch *dies.*, a. a. O., S. 71 ff.

⁵⁹³ Klöhn/Stephan, in: Holzwarth/Lambrech/Schalk/Späth/Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, 2009, S. 65, 69 (Jurastudenten); Falk/Alles, ZIP 2014, 1209, 1216 f. (Volljuristen aus Rechtsabteilung).

erstinstanzliche Urteil grundsätzlich relevante Information enthält, eine etwaige kognitive Verzerrung sogar noch verstärken. So weiß man beispielsweise aus Studien zum Anker-Effekt, dass dieser höher ausfällt, wenn der Ankerwert inhaltliche Bedeutung für die zu entscheidende Frage hat, als wenn es um inhaltlich inkonexe Ankerwerte geht.⁵⁹⁴

Wenn man annimmt, dass eine starke Bindungswirkung erstinstanzlicher Feststellungen das Auftreten eines irrationalen Bestätigungseffekts begünstigt, dann müssten dort, wo Berufungsgerichte maximalen Entscheidungsspielraum haben, weniger solche Bestätigungstendenzen zu beobachten sein. Bisher gibt es keine Studie, die diesen vermuteten Unterschied empirisch überprüft hat. Aus der Praxis sind sogar eher gegenteilige Beobachtungen dokumentiert: Rimmelpachers Untersuchung der Jahre vor der ZPO-Reform, also zu Zeiten geringerer Bindungswirkung, ergab eine auffällig kleine Zahl abweichender Tatsachenfeststellungen der Berufungsgerichte unter allen Verfahren, in denen die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen auch in der Berufungsinstanz noch erheblich und streitig waren.⁵⁹⁵ Ebenso wird für das US-amerikanische Recht berichtet, dass Berufungsgerichte auch in Rechtsfragen – für die ja keine Bindungswirkung des Urteils erster Instanz besteht – eine implizite Tendenz hätten, der Einschätzung des erstinstanzlichen Kollegen grundsätzlich zu vertrauen.⁵⁹⁶

Als Indiz für das Wirksamwerden eines Aufrechterhaltungs-*Bias* bei der berufungsrichterlichen Entscheidungsfindung könnte ferner die eher niedrige Berufungserfolgsquote im Zivilverfahren von 21,45 Prozent (siehe Kapitel 3 B.I.1.c)) dienen. Die entscheidungspsychologische Forschung geht davon aus, dass Sacheinschätzungen von Experten bezüglich derselben Frage selten übereinstimmen.⁵⁹⁷ Dieser von Kahneman, Sibony und Sunstein mit „Rau-

⁵⁹⁴ Glöckner/Englich, Soc.Psychol. 46 (2015) 4, 7 ff.; vgl. auch Zhang/Schwarz, J.Exp.Soc.Psychol. 49 (2013) 944, 945 f. (Study 2); Northcraft/Neale, Organ.Behav. Hum.Dec. 39 (1987) 84, 84 ff.; zu Erklärungsmodellen s. Grice, in: Cole/Morgan (Hrsg.), Syntax and Semantics, Bd. 3, 1975, S. 41, 46 ff.; Bahník/Englich/Strack, in: Pohl (Hrsg.), Cognitive Illusions², 2017, S. 223, 230.

⁵⁹⁵ Rimmelpacher, Berufungsverfahren, 2000, S. 151 ff.

⁵⁹⁶ Davis, S.D.L.Rev. 33 (1988) 468, 476.

⁵⁹⁷ Kahneman/Sibony/Sunstein, Noise, 2021, S. 6 ff. m. w. N.; dazu steht die Auffassung von Clermont/Eisenberg, Am. Law & Econ.Rev. 3 (2001) 125, 131 und dies., Cornell L.Rev. 77 (1992) 1124, 1153 f. auf den ersten Blick im Widerspruch, weil diese bei – juristischen – Expertenentscheidungen eine recht hohe Übereinstimmungsrate von ca. 75 Prozent feststellen. Sie stützen sich jedoch auf die Untersuchungen von Kalven/Zeisel (Kap. 4 Fn. 466), die wiederum gar nicht die Übereinstimmung zwischen den Sachentscheidungen zweier unabhängiger Beurteiler gemessen haben, sondern die Übereinstimmung zwischen der Einschätzung eines unabhängigen Beurteilers und derjenigen eines „abhängigen“ Beurteilers, d. h., der die Entscheidung des anderen kannte. Durch diese Kenntnis könnte ein *Bias* entstanden sein – wie hier im Abschnitt

schen“ (*Noise*)⁵⁹⁸ bezeichnete Befund zu interindividuell stark variierenden Urteilen gibt Anlass dazu, anzunehmen, dass Berufungsinstanz und erste Instanz eigentlich viel häufiger anderer Meinung sein müssten als in etwa einem Fünftel der Fälle. Das gilt erst recht, wenn man berücksichtigt, dass vor allem die weniger eindeutigen Rechtssachen mit der Berufung angegriffen werden. Folglich wäre eine Aufhebung und Abänderung des erstinstanzlichen Urteils viel öfter zu erwarten und die Erfolgsquote von Berufungen müsste höher ausfallen, als es der Fall ist. Ein Grund dafür könnte ein berufsgerichtlicher *Bias* in Richtung des erstinstanzlichen Entscheidungsinhalts sein.

Sozialpsychologische Mechanismen, insbesondere die verzerrte Sympathie für Mitglieder der eigenen sozialen Gruppe (*In-Group Bias*), können sowohl eine irrationale Tendenz zur Aufrechterhaltung der angegriffenen Entscheidung als auch eine irrationale Tendenz zum Gegenteil begründen. Entweder ein Berufsrichter möchte sich eher von der Gruppe der erstinstanzlichen Richter absetzen und zeigen, dass er besonders sorgfältig nach etwaigen Fehlern sucht – oder er sieht sich eher als Teil der gesamten Richterschaft und ist unbewusst „blind“ für manche solcher Fehler. Für Letzteres, d. h. für günstige Bedingungen für einen irrationalen Aufrechterhaltungseffekt, spricht außerdem das bereits im Rahmen des Abschnitts zur Gruppenpolarisierung (siehe oben I. 3. c) aa) (3)) angesprochene Bedürfnis nach Gruppenharmonie, das zur Angleichung von Meinungen und Zurückdrängen von Minderheitenauffassungen führen kann.

In der Zusammenschau scheinen also mehr Gründe für einen irrationalen Aufrechterhaltungseffekt in der Berufungsinstanz als für einen irrationalen Aufhebungseffekt zu sprechen. Ob die Information über das erstinstanzliche Urteil das Entstehen einer kognitiven Verzerrung eher in die eine oder in die andere Richtung bewirkt, dürfte von mehreren Faktoren abhängen. Zu diesen Faktoren gehört die Ausgestaltung des Berufsrechts hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidungsfreiheit sowie die konkrete soziale Motivation der entscheidenden Richter. Unabhängig davon sollte klar sein, dass eine Entscheidung für oder gegen die Bestätigung eines Urteils nicht allein von kognitiven Verzerrungen abhängt. Die objektive Qualität im Sinne von „Richtigkeit“ des erstinstanzlichen Urteils wird weiterhin das wichtigste Element bleiben. Daneben treten außerrechtliche Parameter, wie Geschlecht, Alter und Berufserfahrung des Richters (siehe oben I. a)), wahrgenommene Merkmale des erstinstanzlichen Entscheiders⁵⁹⁹ und schließlich die kognitiven Verzerrungen, sowohl allgemein als auch berufungsspezifisch.

besprochen –, sodass möglicherweise eine Konfundierung der Variablen „Beurteilerübereinstimmung“ (oder: „Rauschen“) einerseits und „Bias“ andererseits vorlag.

⁵⁹⁸ *Kahneman/Sibony/Sunstein*, *Noise*, 2021, passim.

⁵⁹⁹ *Cross*, *Cal.L.Rev.* 91 (2003) 1457, 1505.

Dabei wird die Existenz einer irgendwie gearteten kognitiven Verzerrung infolge der Kenntnis des erstinstanzlichen Entscheidungsinhalts vermutlich nicht bestritten werden. Schon der von der Besprechung der Gruppeneffekte bekannte Condorcet (siehe oben I. 3. c) aa) (1)) schrieb zu diesem Thema:

„[...] savoir la probabilité de la décision, quand on sait qu'elle est rendue, & quel a été l'avis du premier Tribunal [...], il n'en est pas de même“.⁶⁰⁰

Aber wie genau sich dieses Wissen über die Auffassung der ersten Instanz auswirkt, ist bisher nicht hinreichend geklärt. Für einen Aufrechterhaltungs-*Bias* sprechen mehrere Argumente und die empirischen Befunde einer einzigen Studie; diese Studie wiederum muss einige Einwände gegen sich gelten lassen – Durchführung mit Studenten, mit einem strafrechtlichen Fall sowie zum Recht der Vereinigten Staaten –, die die Übertragbarkeit auf das deutsche Zivilverfahren mindern. Andererseits sind auch die Überlegungen für das Auftreten eines irrationalen Aufhebungseffekts nicht gänzlich unplausibel. In jedem Fall ist davon auszugehen, dass sich Berufungsgerichte bei ihrer Entscheidungsfindung nicht nur an den Sachentscheidungen der höherinstanzlichen Gerichte orientieren, sondern auch, wenngleich implizit, an den Sachentscheidungen der erstinstanzlichen Gerichte.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis aus diesem Abschnitt ist festzuhalten, dass die Entscheidungsfindung von Berufungsrichtern ebenso anfällig für kognitive Verzerrungen ist wie die Entscheidungsfindung von erstinstanzlichen Richtern. Einige allgemeine Effekte sind weniger relevant im Berufungskontext – beispielsweise die Effekte, die sich aus der persönlichen Interaktion mit den Prozessparteien ergeben –, während andere Mechanismen in der Berufung häufiger vorkommen dürften als in der ersten Instanz. Dazu zählen vor allem die Gruppeneffekte, da die kollegiale Entscheidungsfindung am Berufungsgericht die Regel ist.

Darüber hinaus ist von einer berufungsspezifischen kognitiven Verzerrung auszugehen, die sich aus dem Wissen des Berufungsgerichts über das erstinstanzliche Urteil ergibt. Hieraus könnte sich entweder ein irrationaler Aufrechterhaltungs- oder ein irrationaler Aufhebungseffekt ergeben. Für beide Hypothesen sprechen jeweils Argumente, wobei ein Aufrechterhaltungseffekt bereits durch eine US-amerikanische Studie nachgewiesen wurde.

⁶⁰⁰ Condorcet, Essai, 1785, S. xl (frei übersetzt: Man beurteilt die Wahrscheinlichkeit [für die Richtigkeit] einer Entscheidung anders, sobald man weiß, dass diese Entscheidung existiert und welche Auffassung das erstinstanzliche Gericht darin vertritt).

III. Zusammenfassung und Bewertung

Dieser Teil A. hat die Einflussfaktoren auf die richterliche Entscheidungsfindung allgemein und in der Berufungsinstanz im Besonderen dargestellt. Dabei haben wir gesehen, dass es eine Vielzahl von kognitiv- und sozialpsychologischen Größen gibt, die dazu führen können, dass Gerichtsurteile nicht unbeeinflusst zustande kommen und sich daher vom Ideal der objektiven, unvoreingenommenen Entscheidung wegbewegen. Diese Einflussfaktoren, darunter vor allem die kognitiven Verzerrungen, betreffen grundsätzlich alle menschlichen Entscheidungen und sind nur schwer auszuschalten. Bestimmte Bedingungen im gerichtlichen Verfahren tragen zur Ausprägung kognitiver Verzerrungseffekte bei, sodass sich auch unterschiedliche Schwerpunkte im erst- und zweitinstanzlichen *Bias*-Aufkommen ergeben.⁶⁰¹

Im Laufe dieses Kapitelteils wurde auch darauf hingewiesen, dass die jeweiligen Studien ganz überwiegend den US-amerikanischen Raum betreffen. Daher hat Abschnitt I die grundlegenden Unterschiede zwischen den Rechtssystemen besprochen, die nahelegen, dass Richter in Deutschland vermutlich weniger starke Verzerrungseffekte zeigen würden als Richter in den Vereinigten Staaten. Demgegenüber hat der berufungsspezifische Systemvergleich in Abschnitt II gezeigt, dass die berufsrechtlichen Rahmenbedingungen in beiden Rechtsordnungen sehr ähnlich ausgestaltet sind. Insgesamt sind die Befunde der rechtspsychologischen Studien also dem Grunde nach verallgemeinerbar. Trotzdem wären empirische Untersuchungen zum deutschen Verfahrensrecht eine hilfreiche Ergänzung des Forschungsstands.

Ähnliches gilt für den Umstand, dass die meisten Studien nicht mit Richtern, sondern mit Studenten und anderen juristischen Laien durchgeführt wurden. Zwar wird in der Literatur darauf verwiesen, dass quantitative Forschung mit Studenten sehr ähnliche Ergebnisse produziere wie solche mit „echten“ Berufsträgern, aber im richterpsychologischen Bereich sollte Vorsicht angebracht sein. Es wäre präziser und praxisnäher, Hypothesen zur richterlichen Entscheidungsfindung auch tatsächlich an Richtern zu überprüfen, insbesondere, um den Einfluss von Berufserfahrung und Expertise messen zu können, der im Rahmen der Darstellung des Forschungsstands in Teil A. mehrfach erwähnt wurde. Für den Bereich der Berufung wäre eine Untersuchung mit „echten“ Richtern besonders relevant, da die bisher einzige experimentelle Studie zu irrationalen Aufhebungs- oder Aufrechterhaltungseffekten ebenfalls nicht mit Richtern stattgefunden hat.

⁶⁰¹ Vgl. insofern zu den unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben der Instanzen *Szego*, *Inside the Italian Courts of Appeals*, 2007, S. 5 f. m. w. N., 18.

B. Eigene Untersuchung der Entscheidungsfindung von deutschen Berufungsrichtern

Aufgrund der soeben erwähnten eingeschränkten Generalisierbarkeit der Befunde richterpsychologischer Studien sowie aufgrund der Tatsache, dass mögliche berufungsspezifische Urteilsverzerrungen bisher kaum untersucht worden sind, war es für eine belastbare Diskussionsgrundlage erforderlich, eine eigene Untersuchung mit Richtern an deutschen Berufungszivilgerichten durchzuführen.⁶⁰² Im Rahmen dieser Arbeit haben daher zwei Online-Studien stattgefunden, über die im Folgenden berichtet wird. Studie 1 sollte überprüfen, ob die Kenntnis des erstinstanzlichen Urteilstenors beim Berufungsrichter einen irrationalen Aufrechterhaltungs- oder Aufhebungseffekt bewirkt. Es zeigte sich ein irrationaler Bestätigungseffekt in Rechtsfragen, gleichzeitig aber keine kognitive Verzerrung in Tatsachenfragen (I.). Studie 2 widmete sich darauf aufbauend der Thematik des *Debiasing* (II.). Mangels hinreichender Stichprobengröße konnten dabei zwar keine signifikanten Effekte gefunden werden, die Ergebnistendenzen waren aber vielversprechend. Dieser Kapitelteil schließt mit einem Zwischenergebnis (III.).

I. Studie 1: Bestätigungs-Bias in Rechtsfrage, aber nicht in Tatsachenfrage

Studie 1 beschäftigte sich mit der Frage, ob die Information über das erstinstanzliche Urteil auch bei deutschen Berufungsrichtern einen *Bias* für die eigene Entscheidungsfindung verursacht.

Bisher ist einzig die in Teil A. II. 2. a) aa) berichtete Studie von Edwards als Nachweis für eine kognitive Verzerrung bei der berufungsgerichtlichen Entscheidungsfindung im Sinne eines irrationalen Aufrechterhaltungseffekts bekannt. Danach beeinflusst die Kenntnis des erstinstanzlichen Urteils die Berufungsentscheidung so sehr in Richtung einer Bestätigung des Urteils, dass die Bestätigungsquote 8,5 Prozentpunkte höher ausfällt als unter unbeeinflussten Bedingungen. Die Studie begegnet indes, wie erwähnt, größeren Limitationen (siehe oben A. II. 2. a) bb)). Es hatten lediglich Studenten teilgenommen, der Fall kam aus dem US-amerikanischen Strafrecht, die Teilnehmeranweisungen waren möglicherweise kontraproduktiv und vor allem wurde vielleicht gar keine kognitive Verzerrung gemessen, sondern nur die rationale Orientierung an der vorinstanzlichen Entscheidung als sinnvolle Information.

⁶⁰² Zur Notwendigkeit von „real judicial data“ s. *Sagana/van Toor*, Z.Psychol. 228 (2020) 226, 228; *Dhami/Belton*, TPS 3 (2017) 214, 217 ff.

Auf diese Lücken sollte die vorliegende Untersuchung eingehen. Erstens waren die Studienteilnehmer ausschließlich Berufsrichter in Zivilsachen an deutschen Gerichten, was die Populationsvalidität (dazu oben A. I. 3. d) aa) erhöht. Zweitens wurde die Information über den erstinstanzlichen Entscheidungsinhalt als Ergebnis eines Zufallsgenerators dargeboten, was deren Nutzbarkeit als sinnvolle Information aufheben sollte (zur nötigen Dissoziierung von sinnvoller Informationsnutzung und irrationaler Orientierung im Sinne eines *Bias* oben A. II. 2. a) bb); c)). Denn wenn ein Entscheider in Berufungssachen denkt, bei dem präsentierten Tenor erster Instanz handle es sich um einen zufällig ausgewählten Tenor, dann darf er vernünftigerweise nicht mehr annehmen, diese Information sinnvoll für seine eigene Entscheidungsfindung nutzen zu können. So soll sichergestellt werden, dass die Art von Orientierung des Berufungsgerichts am erstinstanzlichen Urteil, die wegen seiner Aufgabe als Fehlerkorrekturinstanz notwendig ist, sich nicht auf das Untersuchungsergebnis auswirkt. Mithin würde ausschließlich das Auftreten eines irrationalen kognitiven Verzerrungseffekts überprüft werden.

Falls ein solcher Verzerrungseffekt auch bei deutschen Berufsrichtern zu beobachten wäre – entweder als Aufrechterhaltungseffekt, und damit als Bestätigung der Befunde von Edwards, oder auch als Aufhebungseffekt –, dann würde das in der Praxis eine Benachteiligung der Berufungsparteien bedeuten. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Berufungsentscheidungen mit und ohne verzerrenden Einfluss jeweils zu unterschiedlich hohen Berufungserfolgsquoten führen würden. Die Funktionsfähigkeit der Berufung als Fehlerkontrollinstanz wäre entsprechend eingeschränkt.

Das Ziel der Studie war also, zu überprüfen, ob sich Berufsrichter in ihrer Entscheidungsfindung auf eine irrationale, kognitiv verzerrende Weise vom Tenor der Vorinstanz leiten lassen. Die Erwartung war, einen solchen verzerrenden Effekt zu finden.

Da die Berufung als volle Rechtskontrollinstanz und gleichzeitig nur als eingeschränkte Tatsachenkontrollinstanz ausgestaltet ist (dazu oben Kapitel 2 A. I.), ist von einer besonders starken Bindung an das erstinstanzliche Urteil in Tatsachenfragen auch auf unbewusster Ebene auszugehen. Das wiederum könnte eine entsprechende kognitive Verzerrung in die Richtung des erstinstanzlichen Urteils begünstigen. Falls sich im Rahmen der Studie ein Verzerrungseffekt zeigen würde, war daher zu erwarten, dass dieser bei einer Tatsachenfrage stärker ausgeprägt sein würde als bei einer Rechtsfrage.

1. Methode

a) Teilnehmer

Insgesamt nahmen 136 Berufsrichter in Zivilsachen (n männlich = 74, n weiblich = 56, n divers = 1, n keine Angabe = 5; durchschnittliches Alter in Jahren, $M_{\text{Alter}} = 48,70$, $SD = 9,80$, jüngste Altersgruppe: 25–35 Jahre, älteste Altersgruppe: 55–65 Jahre) aus 15 Bundesländern vollständig an der Untersuchung teil. Zum Durchführungszeitpunkt arbeiteten 82 Teilnehmer (60,3 Prozent) in einer landgerichtlichen Berufungskammer, 54 Teilnehmer (39,7 Prozent) waren in einem Berufungssenat am Oberlandesgericht tätig. Die durchschnittliche Berufserfahrung als Richter lag bei 14,64 Jahren ($SD = 8,75$), der Durchschnitt der Berufserfahrung als Zivilrichter in Berufungssachen betrug 9,01 Jahre ($SD = 7,06$).

Die Stichprobe ist hinsichtlich ihrer Zusammensetzung aus Landgerichts- und Oberlandesgerichts-Richtern repräsentativ für die Gesamtpopulation von 3.173 Berufungszivilrichtern in Deutschland (dazu Kapitel 3 A.VI.). Das Verhältnis entsprach in der Studie nahezu exakt der Gesamtverteilung von 59 Prozent zu 41 Prozent (dazu Kapitel 3 A.VI.). Inwiefern die Stichprobe auch hinsichtlich Alter und Geschlecht repräsentativ ist, kann mangels verfügbarer Daten für die Gesamtheit aller Berufsrichter in Zivilsachen nicht festgestellt werden. Die teilnehmenden Richter kamen schwerpunktmäßig aus den Bundesländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Bayern (siehe *Abbildung 15*). Das entspricht, wenngleich nicht in derselben Reihenfolge, den drei Ländern, die auch insgesamt die jeweils meisten Berufsrichter in Zivilsachen beschäftigen (dazu Kapitel 3 A.VI.). Vor Studienbeginn hatten bereits 18 Richter aus den Ländern Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen an einer Vorstudie zur Vorbereitung der Untersuchung teilgenommen, sodass sie nicht mehr für die eigentliche Studie verfügbar waren.

b) Vorgehensweise

Für die Untersuchung wurden im Frühjahr und Sommer 2020 die Berufsgerichte aller Bundesländer per E-Mail und in der Folge zum Teil auch per Telefon kontaktiert und über Zweck und Inhalt der Online-Studie aufgeklärt. Die Landesjustizministerien mehrerer Bundesländer haben die Studie förmlich durch Weiterleitung an die Gerichte unterstützt. Die Gerichte versandten sodann den Link zur elektronischen Teilnahme hausintern an die in zivilrechtlichen Berufungssachen tätigen Kollegen. Einzelne Gerichte sowie die Justizverwaltung des Landes Baden-Württemberg haben, vor allem aus

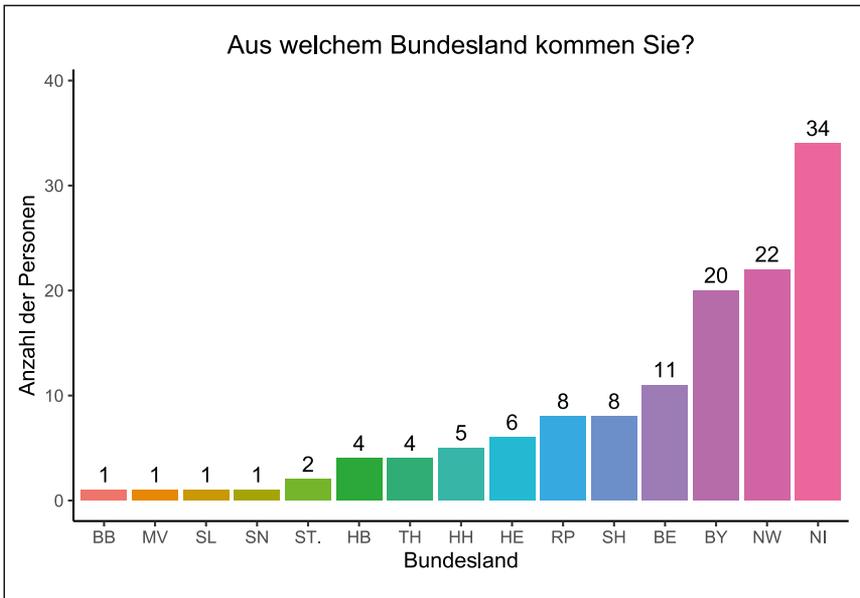


Abbildung 15: Absolute Häufigkeitsverteilung der Bundesländer, in denen die Studienteilnehmer zum Teilnahmezeitpunkt tätig waren

Kapazitätsgründen, die Weiterleitung an die infrage kommenden Richter abgelehnt.

Die Studie wurde über eine Online-Bedienoberfläche durchgeführt. Die Gesamtbearbeitungsdauer betrug ungefähr 25 Minuten. Vor Beginn der Untersuchung haben die Studienteilnehmer ihr informiertes Einverständnis zur Teilnahme gegeben. Sie wussten zunächst nicht, dass es sich um eine Untersuchung etwaiger kognitiver Verzerrungen bei Berufsrichtern handelt. Laut Titel und Beschreibungstext der Studie ging es um die „Entscheidungspraxis von Richtern in zivilrechtlichen Berufungssachen“. Nach Abschluss der Datenerhebung wurden die Teilnehmer dann detailliert über die Hypothesen der Studie informiert. Damit und darüber hinaus wurden die Richtlinien des Berufsverbands Deutscher Psychologinnen und Psychologen (BDP) und der Deutschen Gesellschaft für Psychologie (DGPs) eingehalten. Vor Durchführung der Untersuchung wurde ein positives Ethikvotum der Zentralen Ethikkommission der Universität Hannover eingeholt.

c) Design und Ablauf

Die teilnehmenden Richter wurden zufällig in drei Gruppen eingeteilt. Gruppe 1 ($n = 56$) und 2 ($n = 43$) waren Experimentalgruppen, Gruppe 3 ($n = 37$) fungierte als Kontrollgruppe.

Alle Gruppen bearbeiteten nacheinander zwei Aktenvignetten, die sie im Stil eines gekürzten Tatbestands des erstinstanzlichen Urteils, zunächst noch ohne Tenor und Entscheidungsgründe, präsentiert bekamen. Gruppe 1 und 2 erhielten jeweils unterschiedliche Information darüber, wie die erste Instanz entschieden hatte. Die Teilnehmer sollten die Fälle gedanklich möglichst so behandeln, wie wenn sie ihnen auch tatsächlich zur Entscheidung der Berufung vorliegen würden. Gruppe 3 als Kontrollgruppe bekam keine Information über das erstinstanzliche Urteil, sondern sollte angeben, wie sie den Fall in erster Instanz entschieden hätten. Das diente zur Bestimmung der Basisrate, d. h. der Verteilung der Sachentscheidungen unter unbeeinflussten Bedingungen.

Der genaue Ablauf ist in der nachfolgenden *Abbildung 16* dargestellt:

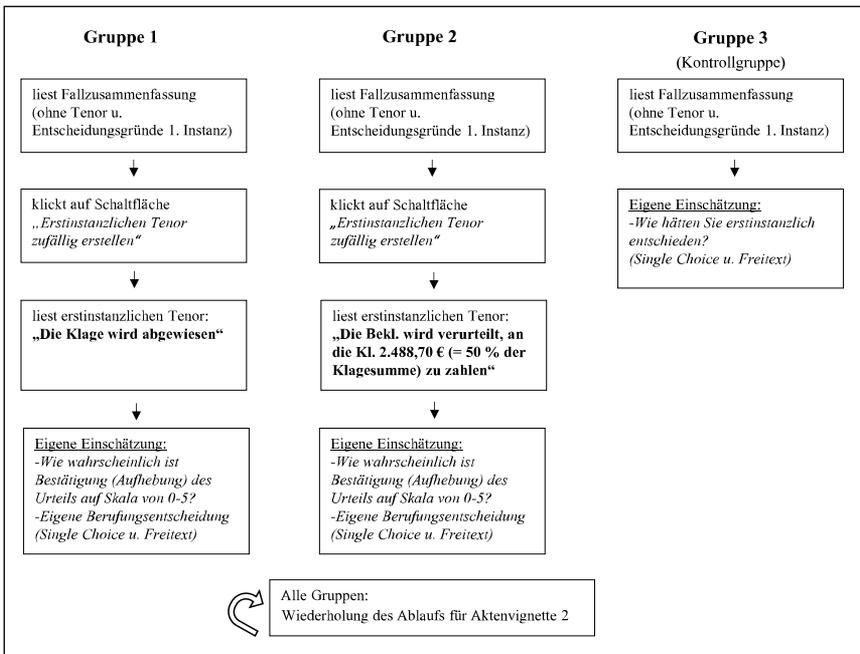


Abbildung 16: Ablauf der Studie (am Beispiel von Aktenvignette 1)

Zunächst lasen alle Teilnehmer die Fallzusammenfassung inklusive Bildmaterial. Dabei wussten sie noch nicht, wie die erstinstanzlichen Kollegen in der Sache entschieden hatten.

Die Teilnehmer der beiden Experimentalgruppen (Gruppe 1 und 2) wurden sodann aufgefordert, durch Klick auf die Schaltfläche „Erstinstanzlichen Tenor per Zufallsgenerator erstellen“ sich einen zufällig ausgewählten Tenor der ersten Instanz zum zuvor gesehenen Fall anzeigen zu lassen. Tatsächlich gab es in Gruppe 1 nur einen Tenor, etwa „Die Klage wird abgewiesen“ für die Aktenvignette 1. Auch in Gruppe 2 gab es nur einen anzeigbaren Tenor, nämlich „Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.488,70 € (*Anm.: Das entspricht 50 Prozent des eingeklagten Betrags*) zu zahlen“ für die Aktenvignette 1. Mithin gingen beide Experimentalgruppen von derselben Tatsachengrundlage aus, hatten aber jeweils unterschiedliche Vorstellungen davon, wie dieser Sachverhalt in erster Instanz entschieden worden war. Ausgehend davon sollten die Teilnehmer beider Experimentalgruppen nun beantworten, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie das erstinstanzliche Urteil voraussichtlich aufrechterhalten würden und mit welcher Wahrscheinlichkeit sie das Urteil voraussichtlich aufheben würden. Die Antworten erfolgten auf einer Skala von 0 („auf keinen Fall“) bis 5 („sicher“). Außerdem gaben die Teilnehmer an, wie sie anhand der bis hierhin vorliegenden Informationen die Berufung in der Sache voraussichtlich entscheiden würden. Zur Auswahl standen die Möglichkeiten „Zurückweisung der Berufung“, „Aufhebung und Zurückverweisung“, „Abänderung/eigene Sachentscheidung“ mit Option zur Freitexteingabe und „anderweitige Entscheidung“ mit Option zur Freitexteingabe. Auch die Gründe für die Entscheidung wurden abgefragt.

Dieser Ablauf wurde zunächst für Aktenvignette 1 und im Anschluss für Aktenvignette 2 durchgeführt. Die Zuteilung der Richter in ihre jeweilige Experimentalgruppe blieb dabei gleich.

Die Teilnehmer in Gruppe 3, der Kontrollgruppe, sahen dieselben Aktenvignetten mit Fallzusammenfassungen wie die beiden Experimentalgruppen. Sie erhielten jedoch gar keine Information darüber, wie die erste Instanz entschieden hatte, sondern sollten angeben, wie sie selbst den Fall erstinstanzlich entschieden hätten. Hier standen die Möglichkeiten „Klagestattgabe (ganz oder überwiegend)“, „Klageabweisung (ganz oder überwiegend)“ sowie „anderweitige Entscheidung“ mit Option zur Freitexteingabe zur Auswahl.

Nach Durchlaufen der zwei Aktenvignetten wurden von allen Teilnehmern demografische Daten (Alter, Geschlecht, Berufserfahrung) sowie persönliche Einschätzungen zur Praxis in Berufungssachen (Erfolgsquoten, Meinung zu Unterschieden zwischen Land- und Oberlandesgericht; siehe dazu Kapitel 3 A. VIII. 2.; B. II. 2.) abgefragt.

Vor dem Hintergrund des dargestellten methodischen Vorgehens lassen sich folgende Hypothesen formulieren:

1. *Es zeigt sich ein Bias durch Kenntnis des erstinstanzlichen Tenors.*
 - *Nullhypothese H_0* : Es gibt keinen Unterschied zwischen Gruppe 1 und Gruppe 2 in Bezug auf die Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des erstinstanzlichen Urteils.
 - *Alternativhypothese H_1* : Es gibt einen Unterschied zwischen Gruppe 1 und Gruppe 2 in Bezug auf die Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des erstinstanzlichen Urteils.⁶⁰³
2. *Ein etwaiger Bias durch Kenntnis des erstinstanzlichen Tenors zeigt sich besonders in Tatsachenfragen, d. h., entweder stärker als in Rechtsfragen oder ähnlich wie dort.*
 - *Nullhypothese H_0* : Es gibt bei Tatsachenfragen (Aktenvignette 1) und bei Rechtsfragen (Aktenvignette 2) entweder jeweils keinen Unterschied zwischen Gruppe 1 und Gruppe 2 in Bezug auf die Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des erstinstanzlichen Urteils, oder es gibt nur bei Tatsachenfragen (Aktenvignette 1) keinen solchen Unterschied zwischen den beiden Gruppen.
 - *Alternativhypothese H_1* : Es gibt nur bei Rechtsfragen (Aktenvignette 2) einen Unterschied zwischen Gruppe 1 und Gruppe 2 in Bezug auf die Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des erstinstanzlichen Urteils.

d) Material

Das Studienmaterial bestand aus zwei Aktenvignetten (siehe Anhang zu dieser Arbeit).

aa) Aktenvignette 1: Verkehrsunfall – streitige Tatsachenfrage

Die erste Aktenvignette betraf eine Verkehrsunfallsache.⁶⁰⁴ Darin war ein Lkw mit überhöhter Geschwindigkeit an einem parkenden Pkw mit geöffneter

⁶⁰³ Üblicherweise enthält die Alternativhypothese die Annahme darüber, was man mit der empirischen Untersuchung nachweisen will, und die Nullhypothese bezeichnet das Gegenteil. Hier ist es jedoch umgekehrt – und die Nullhypothese beschreibt die Erwartung eines nachzuweisenden Effekts –, weil bei diesem Effekt kein Unterschied zwischen den Gruppen festzustellen wäre und gleichzeitig die Annahme einer Unterschiedslosigkeit zwischen Gruppen bei dem verwendeten Statistikprogramm standardmäßig als Nullhypothese gesetzt wurde.

⁶⁰⁴ Vereinfachte Nachbildung von *LG Münster* 22.03.2019 – 03 S 43/18, nicht veröffentlicht.

Tür vorbeigefahren, hatte nicht angehalten und war weitergefahren. Am Pkw – dem Auto der Klägerin – war ein Schaden entstanden. Die Klägerin hatte behauptet, zwei namentlich nicht bekannte Zeugen seien dem Lkw hinterhergefahren und nach einiger Zeit zurückgekehrt, um ihr das Kennzeichen des Lkw auf einem Notizzettel mitzuteilen. Sie hat daraufhin die Versicherung, bei der der Lkw mit diesem Kennzeichen versichert war, auf Ersatz der ihr entstandenen Schäden verklagt. Die beklagte Versicherung hat die klägerische Unfallschilderung bestritten. Es sei weder klar, dass der bei ihr versicherte Lkw wirklich den Unfall verursacht habe, noch, was der Beitrag der Klägerin sei. Diese habe vielmehr den Unfall durch eigenes Verschulden verursacht, da sie die Tür ihres Fahrzeugs nicht ordnungsgemäß festgehalten habe.

Die Sachverhaltsdarstellung enthielt Fotos vom Schaden, der Unfallstelle sowie vom mutmaßlich unfallverursachenden Lkw. Die Klägerin und die einzige verfügbare Zeugin hatten widersprüchliche Angaben zu Art, Größe und Farbe des vorbeifahrenden Lkw gemacht. Ein Sachverständigengutachten über Unfallhergang oder Unfallbeteiligung des Lkw wurde erstinstanzlich nicht eingeholt.

Man kann mit guten Argumenten annehmen, dass das Berufungsgericht in diesem Fall verpflichtet gewesen wäre, selbst ein Sachverständigengutachten einzuholen (siehe allgemein oben Kapitel 2 B. II. 2. b)).⁶⁰⁵ Auch hätte man einen wesentlichen Mangel i. S. v. § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO vermuten können. Dann hätte das erstinstanzliche Urteil – unabhängig von seinem Inhalt – aufgehoben und die Sache an die erste Instanz zurückverwiesen werden müssen.

Die Teilnehmer der beiden Experimentalgruppen erhielten entweder die Information, dass die Schadensersatzklage der Pkw-Halterin erstinstanzlich abgewiesen worden sei und die Klägerin dagegen Berufung eingelegt habe (Gruppe 1), oder die Information, dass die erste Instanz der Klage auf Grundlage einer Quote von 50:50⁶⁰⁶ stattgegeben habe und hiergegen die Beklagte Berufung eingelegt habe (Gruppe 2).

⁶⁰⁵ Vgl. *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 599 f.

⁶⁰⁶ Zu Sorgfaltsanforderungen beim Ein- und Aussteigen gemäß § 14 StVO, konkret für das Hantieren mit geöffneter Fahrzeugtür, s. etwa *BGH* 06.10.2009 – VI ZR 316/08, NJW 2009, 3791 ff.; ferner *OLG Hamm* 08.09.1999 – 13 U 45/99, NZV 2000, 209, 209 f. (Beweis des ersten Anscheins für fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung des Ein- oder Aussteigenden); zu Sorgfaltspflichten des vorbeifahrenden Kraftfahrers und Abwägung der Verursachungsbeiträge *LG Berlin* 22.01.2001 – 58 S 194/00, VersR 2002, 864; *OLG Hamm* 22.04.2004 – 6 U 240/03, NZV 2004, 408, 408 f.

bb) Aktenvignette 2: Rolltor-Fall – streitige Rechtsfrage

Die zweite Aktenvignette war ein deliktsrechtlicher Sachverhalt im Zusammenhang mit der Nutzung eines Tiefgaragen-Rolltors.⁶⁰⁷ Streitig waren nur Rechtsfragen. Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, hatte wegen Schäden an ihrem Tiefgaragen-Rolltor geklagt. Diese Schäden waren dadurch entstanden, dass der Beklagte in die Tiefgarage eingefahren war und dabei das Rolltor „mitgenommen“ hatte. Zuvor hatte sich der Beklagte noch gemeinsam mit seinem in der klägerischen Wohnanlage wohnhaften Vater in der Garage befunden, während das Auto am Straßenrand außerhalb der Garage abgestellt war. Der Vater des Beklagten öffnete das Rolltor von innen mit seiner Chipkarte. Daraufhin begab sich der Beklagte durch das nunmehr geöffnete Tor zu seinem Auto, um damit in die Tiefgarage einzufahren. Beim Einfahren kam es dann zur Kollision zwischen Auto und Rolltor.

Das Rolltor der Tiefgarage schließt nach dem Öffnen automatisch nach ungefähr drei Minuten. Warnhinweisschilder oder sonstige akustische oder optische Signale oder Einrichtungen, die auf den Schließvorgang aufmerksam machen, gibt es nicht. Allerdings befindet sich hinter dem Rolltor in ca. 60 bis 70 cm Höhe eine Lichtschranke. Zudem gibt es an der Unterkante des Rolltores Sensoren.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, der Beklagte habe die Garage in unüblicher Weise benutzt, weil er nach Öffnen der Garage von innen nicht unmittelbar in die Garage eingefahren sei, sondern erst das Auto von draußen holen müsse. Das Rolltor wäre üblicherweise aufgrund der Sicherungsmechanismen wieder nach oben gefahren und habe dazu auch in diesem Fall angesetzt, ein weiteres Hochfahren sei jedoch aufgrund der bereits durch den Beklagten entstandenen Schäden nicht mehr möglich gewesen.

Der Beklagte war indes der Ansicht, er habe die Garage in nicht unüblicher Weise benutzt; sein Auto sei in unmittelbarer Nähe vor der Garage geparkt gewesen. Hilfsweise müsse die Klägerin sich ein hälftiges Mitverschulden anrechnen lassen, weil sie keine Hinweisschilder oder optische oder akustische Signale installiert habe.

Nach der Rechtsprechung waren grundsätzlich beide Auffassungen vertretbar. Die Teilnehmer der beiden Experimentalgruppen erhielten entweder die Information, dass die erste Instanz der Klage vollständig stattgegeben habe (Gruppe 1), oder dass sie der Klage nur zur Hälfte des eingeklagten Betrags stattgegeben habe (Gruppe 2).

⁶⁰⁷ Vereinfachung von *LG Köln* 12.01.2012 – 29 S 57/11 –, juris.

2. Ergebnisse

a) Aktenvignette 1: Streitige Tatsachen – kein kognitiver Verzerrungseffekt

Bei Aktenvignette 1 war ein signifikanter Gruppenunterschied in Bezug auf die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils zu beobachten.

Ein Vergleich von Gruppe 1 (Information, dass Klage erstinstanzlich abgewiesen wurde) und Gruppe 2 (Information, dass Klage erstinstanzlich zu 50 Prozent erfolgreich war) hinsichtlich ihrer Bestätigungstendenz (1 = sicher, 2 = sehr wahrscheinlich, 3 = eher wahrscheinlich, 4 = eher unwahrscheinlich, 5 = sehr unwahrscheinlich, 6 = auf keinen Fall) wurde mithilfe des Wilcoxon-Rangsummen-Tests vorgenommen. Ein *t*-Test konnte nicht verwendet werden, weil die hierfür zwingende Normalverteilungsannahme in den Stichproben verletzt war. Der daher als nonparametrisches Äquivalent gewählte Wilcoxon-Rangsummen-Test zum Fehlerniveau $\alpha = .05$ ergab, dass die Nullhypothese abgelehnt werden kann ($W = 589.5, p < .001$). Für die Entscheidung bezüglich der Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des Urteils aus erster Instanz wirkt es sich also aus, was den Teilnehmern materiell zum Inhalt der vorangegangenen Entscheidung mitgeteilt wird. Das heißt, hier war kein Bestätigungs-Bias im Sinne einer Tendenz zur „blinden“ Übernahme der erstinstanzlichen Entscheidung zu vermuten. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die spiegelbildliche Überprüfung der Aufhebungs- oder Abänderungstendenz, bei der sich ebenfalls signifikante Gruppenunterschiede ergaben ($W = 1889, p < .001$).

Abbildung 17 veranschaulicht die Unterschiede in der Bestätigungstendenz zwischen Gruppe 1 und Gruppe 2. Die Teilnehmer, die davon ausgegangen waren, dass in der ersten Instanz die Klage in Höhe der Hälfte des eingeklagten Betrags Erfolg hatte (Gruppe 2), bestätigten dieses Urteil auch mit höherer Wahrscheinlichkeit als diejenigen Teilnehmer, die die Information erhalten hatten, dass erstinstanzlich die Klage abgewiesen worden sei (Gruppe 1). Der Median für die Bestätigungstendenz in Gruppe 1 betrug 2 („sehr wahrscheinlich“), in Gruppe 2 betrug er 4 („eher unwahrscheinlich“). Der Mittelwert für die Bestätigungstendenz lag in Gruppe 1 bei 2,66 („eher wahrscheinlich“) und in Gruppe 2 bei 3,72 („eher unwahrscheinlich“).

Eine Kontrolle auf den Einfluss anderer Variablen mittels Scheirer-Ray-Hare-Tests ergab, dass der Unterschied in der Bestätigungstendenz zwischen den Gruppen nicht von den demografischen Variablen Geschlecht, Alter sowie LG- oder OLG-Zugehörigkeit beeinflusst wurde. Weder die Haupteffekte dieser Variablen noch die Interaktionseffekte waren signifikant.

Um die Antwortverteilung in den Experimentalgruppen mit derjenigen in der Kontrollgruppe zu vergleichen, wurde ein Fisher-Yates-Test durchgeführt. Dieser ergab keine Abhängigkeiten der Gruppen ($p = 0.14$), d. h., es wirkte

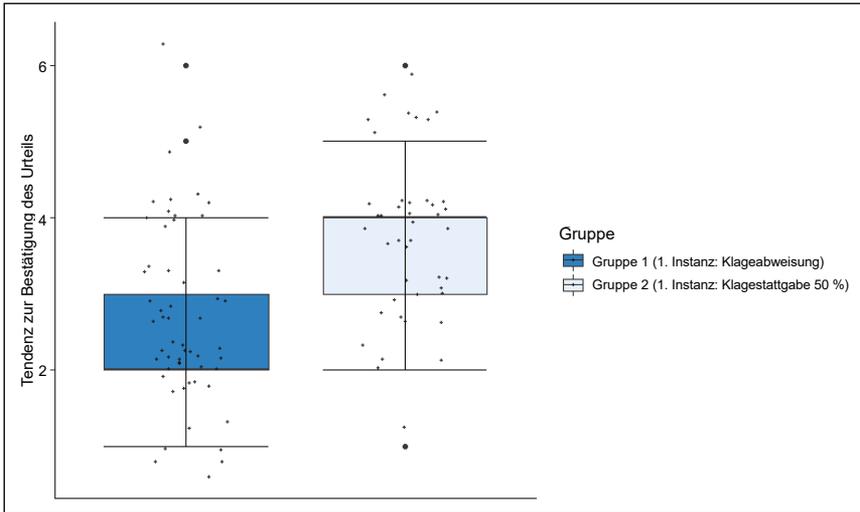


Abbildung 17: Studie 1, Aktenvignette 1: Boxplot zur Bestätigungstendenz in Gruppe 1 (links) und Gruppe 2 (rechts); die auf der y-Achse abgetragene Bestätigungstendenz reichte von 1 („sicher bestätigen“) bis 6 („auf keinen Fall bestätigen“)

sich nicht auf die Berufungsentscheidung aus, ob die Richter Kenntnis vom Tenor der ersten Instanz hatten.

In der Sache zeigten alle drei Teilnehmergruppen eine Präferenz dafür, die Klage der Pkw-Halterin abzuweisen. Wie aus der nachfolgenden *Abbildung 18* ersichtlich, antworteten das 35 Teilnehmer (64,81 Prozent) in Gruppe 1, 23 Teilnehmer (53,49 Prozent) in Gruppe 2 und sogar 26 Teilnehmer (70,27 Prozent) in Gruppe 3, der Kontrollgruppe. Dass mithin in der Kontrollgruppe, ohne Information über den erstinstanzlichen Tenor, eine höhere Zustimmungsrates zur Klageabweisung zu verzeichnen war als in Gruppe 1, die die Klageabweisung als erstinstanzliche Entscheidung sogar vorgegeben bekommen hatte, ist ein weiteres Indiz gegen einen Bestätigungs-Bias bei Aktenvignette 1.

Aus *Abbildung 18* lässt sich außerdem ablesen, dass nur sehr wenige Teilnehmer ein Sachverständigengutachten eingeholt hätten oder sich deswegen zur Aufhebung und Zurückverweisung entschieden hätten. In Gruppe 1 waren es fünf Personen (9,26 Prozent), in Gruppe 2 waren es sieben Personen (16,28 Prozent). Am niedrigsten war der Anteil in der Kontrollgruppe (Gruppe 3). Dort nämlich, wo die Berufungsrichter keine Kenntnis von der Entscheidung der ersten Instanz hatten und hypothetisch an deren Stelle entscheiden sollten, entschieden sich nur zwei von 37 Teilnehmern (5,41 Prozent) dafür, ein Sachverständigengutachten einzuholen.

Entscheidungsvergleich zwischen den Gruppen (Aktenvignette 1)

4	4	7	Verurteilung zur Zahlung
35	23	26	Klageabweisung
10	9	2	50:50-Mitverschulden
5	7	2	SV-Gutachten
<i>Gruppe 1 (Info: Klageabweisung)</i>	<i>Gruppe 2 (Info: Klagestattgabe 50 %)</i>	<i>Kontrollgruppe (keine Info)</i>	

Abbildung 18: Studie 1, Aktenvignette 1: Heatmap für die Häufigkeit der unterschiedlichen Sachentscheidungen in den Experimentalgruppen (Gruppen 1 und 2) und in der Kontrollgruppe (Gruppe 3)

b) Aktenvignette 2: Streitige Rechtsfrage – irrationaler Bestätigungseffekt

Bei Aktenvignette 2 war kein signifikanter Gruppenunterschied in Bezug auf die Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des erstinstanzlichen Urteils zu beobachten.

Ein Vergleich von Gruppe 1 (Information, dass Klage erstinstanzlich erfolgreich war) und Gruppe 2 (Information, dass Klage erstinstanzlich zu 50 Prozent erfolgreich war) hinsichtlich ihrer Bestätigungstendenz (1 = sicher, 2 = sehr wahrscheinlich, 3 = eher wahrscheinlich, 4 = eher unwahrscheinlich, 5 = sehr unwahrscheinlich, 6 = auf keinen Fall) mittels Wilcoxon-Rangsummen-Test zum gewählten Fehlerniveau $\alpha = .05$ ergab keine signifikanten Gruppenunterschiede ($W = 1296, p = .5036$). Also kann die Nullhypothese beibehalten werden. Unabhängig von den unterschiedlichen Informationen zum erstinstanzlichen Tenor neigten die Berufsrichter in beiden Gruppen gleichermaßen eher zu einer Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Damit ist hier von einem Bestätigungs-Bias im Sinne einer Tendenz zur irrationalen Aufrechterhaltung der erstinstanzlichen Entscheidung auszugehen.

Abbildung 19 verdeutlicht diesen Aufrechterhaltungseffekt grafisch.

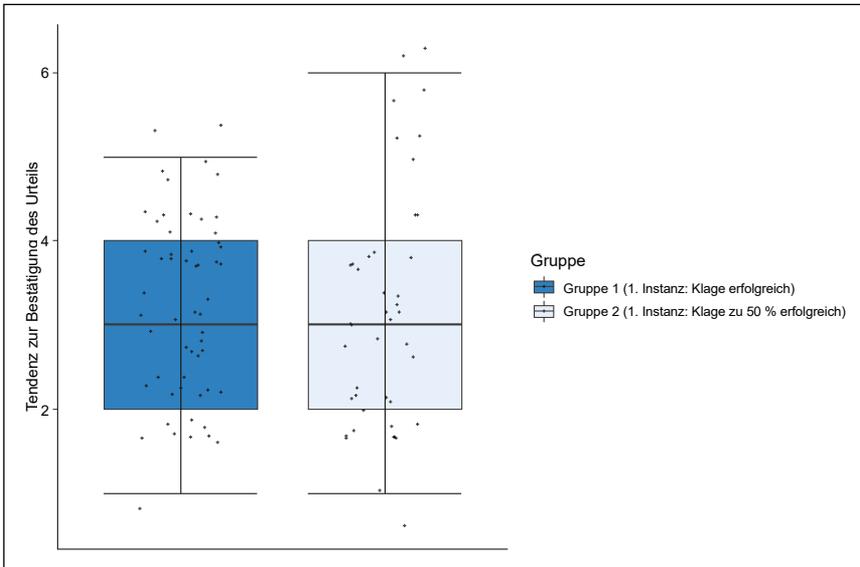


Abbildung 19: Studie 1, Aktenvignette 2: Boxplot zur Bestätigungstendenz in Gruppe 1 (links) und Gruppe 2 (rechts); die auf der y-Achse abgetragene Bestätigungstendenz reichte von 1 („sicher bestätigen“) bis 6 („auf keinen Fall bestätigen“)

Der Median für die Bestätigungstendenz in Gruppe 1 und in Gruppe 2 betrug jeweils 3 („eher wahrscheinlich“). Auch die Mittelwerte für die Bestätigungstendenz lagen nah beieinander: In Gruppe 1 waren es 3,25 („eher wahrscheinlich“) und in Gruppe 2 waren es 3,19 („eher wahrscheinlich“).

Eine Kontrolle auf den Einfluss anderer Variablen durch Scheirer-Ray-Hare-Tests ergab keine signifikanten Ergebnisse. Somit wirkte sich keine der Variablen Alter, Geschlecht und Zugehörigkeit zum Landgericht oder Oberlandesgericht auf das berichtete Ergebnis der gleich großen Bestätigungs- oder Abänderungstendenz bei unterschiedlicher Information über den erstinstanzlichen Tenor aus.

Die Sachentscheidungsverteilung in den Experimentalgruppen wurde mit derjenigen in der Kontrollgruppe verglichen. Ein hierfür durchgeführter Fisher-Yates-Test ergab eine Abhängigkeit der Variablen ($p = .03$), d. h., es machte einen Unterschied für die Berufungsentscheidung, ob die Richter Kenntnis vom Tenor der ersten Instanz hatten oder nicht. Dieses Ergebnis lässt sich auch aus der folgenden *Abbildung 20* ablesen. Beispielsweise entschieden sich zwölf von 37 Teilnehmern, d. h. 32,43 Prozent, in der Kontrollgruppe,

Entscheidungsvergleich zwischen den Gruppen (Aktenvignette 2)

18	19	16	Verurteilung zur Zahlung
6	6	12	Klageabweisung
26	16	9	50:50-Mitverschulden
5	2	0	SV-Gutachten
Gruppe 1 (Info: Klageantraggabe)	Gruppe 2 (Info: Häufige Klageantraggabe)	Kontrollgruppe (keine Info)	

Abbildung 20: Studie 1, Aktenvignette 2: Heatmap für die Häufigkeit der unterschiedlichen Sachentscheidungen in den Experimentalgruppen (Gruppen 1 und 2) und in der Kontrollgruppe (Gruppe 3)

ohne Information über den erstinstanzlichen Tenor, für eine Klageabweisung. In den beiden Experimentalgruppen, die durch die Information über den erstinstanzlichen Tenor vermutlich „gebiast“ waren, waren es mit 10,91 Prozent und 13,95 Prozent jeweils relativ weniger Teilnehmer, was in *Abbildung 20* an der helleren Färbung der Felder erkennbar ist.

3. Diskussion

Bei dieser Studie zeigte sich ein kognitiver Verzerrungseffekt durch Kenntnis des erstinstanzlichen Tenors in Form eines Bestätigungseffekts, allerdings nur in Aktenvignette 2, die Rechtsfragen zum Gegenstand hatte. In Aktenvignette 1, mit streitigen Tatsachen, war dagegen keine kognitive Verzerrung zu beobachten. Allerdings fiel in dieser Aktenvignette noch auf, dass nur ein sehr kleiner Teil der Berufungsrichter sich dazu entschieden hatte, ein Sachverständigengutachten einzuholen – was von der ersten Instanz ebenfalls ausgelassen worden war.

Zunächst ist der gefundene irrationale Bestätigungseffekt eine Bekräftigung dessen, was Edwards bereits in den Vereinigten Staaten mit Studenten als *Affirmation Bias* nachgewiesen hatte. Die Ergebnisse der hiesigen Studie deuten nun darauf hin, dass ein solcher *Bias* auch bei deutschen Berufungsrichtern im Zivilrecht vorkommen kann. Das ist ein wichtiger Befund für die berufungsrechtliche Praxis. Einschränkend ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Effekt nur in einer von zwei Aktenvignetten zu beobachten war. Es könnte

sich insofern also auch um Auswirkungen fallspezifischer Parameter handeln. Um noch aussagekräftigere Ergebnisse zu erhalten, müsste die vorliegende Untersuchung mit einer größeren Anzahl von Fällen wiederholt werden.

Dasselbe gilt für die Frage der Unterschiede zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen. Vor Durchführung der Studie bestand die Erwartung, dass eine kognitive Verzerrung durch Kenntnis des erstinstanzlichen Urteils in Tatsachenfragen entweder stärker ausgeprägt sei als in Rechtsfragen oder jedenfalls in gleicher Ausprägung auftreten würde. Das Ergebnis war aber genau umgekehrt, d. h., dass sich eine kognitive Verzerrung in Rechtsfragen gezeigt hat, nicht aber in Tatsachenfragen. Dieser Befund muss nicht zwingend verallgemeinerungsfähig sein, sondern es ist auch denkbar, dass sich der nicht nachgewiesene *Bias* in Aktenvignette 1 durch die Besonderheiten des Falls ergeben hat. Vielleicht erschien der zugrunde liegende Sachverhalt den Teilnehmern zu eindeutig, als dass eine kognitive Verzerrung sich hätte auswirken können. Dafür spricht die in *Abbildung 18* (S. 309) dargestellte Antwortverteilung der Kontrollgruppe, wo 26 von 37 Teilnehmern (70 Prozent) für eine Klageabweisung votierten. In Aktenvignette 2 war das Bild deutlich ausgewogener; dort fanden die drei unterschiedlichen Urteilsvarianten eine Zustimmung von 24 Prozent, 32 Prozent und 43 Prozent. Es könnte also sein, dass ein anderer Fall mit streitigen Tatsachenfragen die Beobachtung eines kognitiven Verzerrungseffekts erlaubt hätte.⁶⁰⁸ Da allerdings nur jeweils ein Fall für Tatsachen- und Rechtsfragen bearbeitet wurde, sollten zukünftige Studien den Befund wiederum mit mehr Fällen überprüfen. Das war in der vorliegenden Studie nicht möglich, da eine größere Anzahl zu bearbeitender Aktenvignetten auch eine deutlich längere Bearbeitungsdauer für die teilnehmenden Richter bedeutet hätte, was die Bereitschaft zur Teilnahme nicht gesteigert hätte.

Um die Zahl möglicher verzerrungsverursachender Einflüsse sowie von Störvariablen möglichst gering zu halten, erhielten die Teilnehmer nur eine gekürzte Akte.⁶⁰⁹ Insbesondere lagen ihnen weder die gesamten Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils noch die Berufungsbegründung vor. Diese Dokumente hätten ihnen in einem real stattfindenden Berufungsverfahren selbstverständlich vorgelegen. Das macht die Untersuchung vielleicht weniger praxisnah. Allerdings hatte eine Vorstudie im Rahmen dieser Arbeit

⁶⁰⁸ Vgl. zur Auswahl der zu bearbeitenden Fälle die unterschiedlichen Charakteristika von Studienfällen etwa bei *van Koppen/ten Kate*, *Law & Soc'y Rev.* 18 (1984) 225, 228, 241 ff. (ausgewogen, in beide Richtungen entscheidbar, aber durch ein Machtgefälle zwischen den Prozessparteien gekennzeichnet); *Schweizer*, *Beweiswürdigung*, 2015, S. 231 ff. m. w. N. (bereits häufig erprobter Fall, allerdings im Strafrecht, sodass er für die hiesige Untersuchung nicht infrage kam); außerdem *Simon*, *U. Chi. L. Rev.* 71 (2004) 511, 528 ff. (derselbe Fall, den *Schweizer*, a. a. O., verwendet hatte) sowie 524 ff. (*Quest v. Smith*, ebenfalls von *Schweizer*, a. a. O., S. 300 ff. besprochen).

⁶⁰⁹ Vgl. zu dieser Schwierigkeit schon *Falk/Alles*, *ZIP* 2014, 1209, 1216 Fn. 59.

gezeigt, dass es nicht möglich ist, passend zu den unterschiedlichen Bedingungen der zwei Experimentalgruppen auch zwei vergleichbare Berufungsschriften zu produzieren. Der Einfluss von Störfaktoren, wie etwa argumentative Überzeugungskraft oder auch Textlänge – was jeweils möglicherweise eigene kognitive Verzerrungen begründet –, wäre zu groß oder zu wenig kontrollierbar gewesen.

Wie bedeutsam das Heraushalten von Störvariablen ist, zeigt sich anekdotisch an Erfahrungen aus der erwähnten Vorstudie. Dort wurde den Teilnehmern eine vollständige Akte mit fingierten Bezeichnungen und Namen – u. a. mit fingiertem Namen des erstinstanzlichen Richters – vorgelegt. Bei der Bearbeitung der Akte äußerte sodann ein Teilnehmer Verwunderung darüber, dass dieser erstinstanzliche Kollege (mit fiktivem Namen!) den Fall auf diese Weise entschieden habe, denn üblicherweise sei dieser viel sorgfältiger in seiner Argumentation. Unabhängig davon, ob hier eine Namensverwechslung stattgefunden hat, zeigt sich an dem Beispiel, dass die Identität des erstinstanzlichen Entscheiders für die berufsrichterliche Fallbeurteilung ein relevanter Faktor ist (siehe schon oben Kapitel 3 B.III.3. b)). Auch deswegen wurden im Rahmen der vorliegenden Studie keine Richternamen erwähnt.

Nicht nur darauf wurde verzichtet, sondern auch auf die „menschliche Herkunft“ des erstinstanzlichen Tenors. Stattdessen wurde Letzterer durch einen Zufallsgenerator erzeugt. Das geschah, wie zu Beginn dieses Abschnitts erläutert, um sicherzugehen, dass ein *Bias* gemessen werden konnte und nicht die mittelbaren Folgen der richterlichen Orientierung an nützlicher inhaltlicher Information. Dass sich in Aktenvignette 2 ein Bestätigungs-*Bias* gezeigt hat, obwohl die Richter wussten, dass das von ihnen gehaltene Urteil nur zufällig entstanden ist, ist beachtlich. Es ist davon auszugehen, dass der kognitive Verzerrungseffekt noch ausgeprägter auftritt, wenn realistische Bedingungen herrschen und Berufsrichter denken, dass das erstinstanzliche Urteil von einem Richterkollegen stammt. Vor diesem Hintergrund erscheint der nicht nachgewiesene *Bias* in Aktenvignette 1 in anderem Licht. Dass dort kein kognitiver Verzerrungseffekt aufgetreten ist, könnte auch mit der Kenntnis der Teilnehmer von der Zufallsgenerierung des Tenors zusammenhängen. Dafür spricht beispielsweise der allgemein zum Anker-Effekt bekannte Umstand, dass ein von Menschen erstellter Ankerwert eine größere Effektstärke verursacht als ein von Maschinen erstellter Ankerwert.⁶¹⁰

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass an der Studie vermutlich nur interessierte Richter teilgenommen haben. Diese sind möglicherweise besonders aufmerksam und sorgfältig, sodass bei ihnen ein kognitiver Verzerrungseffekt

⁶¹⁰ Dazu Zhang/Schwarz, J.Exp.Soc.Psychol. 49 (2013) 944, 945 f.

durch irrationales Bestätigen des erstinstanzlichen Urteils vielleicht auch seltener auftritt als in der Gesamtheit der Berufungsrichter.

Nach alledem sprechen die Ergebnisse der vorliegenden Studie dafür, dass die Entscheidungsfindung von Berufungsrichtern jedenfalls in Rechtsfragen von einem Bestätigungs-*Bias* beeinflusst wird. Das dürfte bedeuten, dass die Erfolgsquote von Berufungen in der Praxis geringer ausfällt als unter „idealen“, unbeeinflussten Bedingungen. Es lässt sich nicht eindeutig sagen, um wieviele Prozentpunkte die Berufungserfolgsquote höher liegen könnte, wenn kein Bestätigungs-*Bias* in der berufsrichterlichen Entscheidungsfindung aufträte. Um hier belastbare Aussagen treffen zu können, müssten viele verschiedene und zugleich repräsentative Fälle untersucht werden. Beispielhaft kann man jedoch an den Ergebnissen zu Aktenvignette 2 sehen, dass große Differenzen in den Sachentscheidungsquoten einerseits bei Kenntnis des erstinstanzlichen Tenors und andererseits in Unkenntnis dessen entstehen können. Wie *Abbildung 20* (S. 311) zeigt, lag die relative Häufigkeit einer Klageabweisung in der Kontrollgruppe, d.h. der „unbeeinflussten“ Gruppe, bei 32,43 Prozent (zwölf von 37 Teilnehmern). Vergleicht man das mit den relativen Häufigkeiten für die Klageabweisung in den beiden Experimentalgruppen – wo erstinstanzlich der Klage entweder ganz oder zum Teil stattgegeben worden war, sodass die Entscheidung für eine Klageabweisung in der Regel einen Berufungserfolg bedeutet hätte –,⁶¹¹ so lagen diese deutlich niedriger und betragen nur 13,95 Prozent in Gruppe 2 und 10,91 Prozent in Gruppe 1. Damit konnte die so definierte Berufungserfolgsquote in den vom Bestätigungs-*Bias* betroffenen Gruppen sogar bis zu 21,53 Prozentpunkte (Differenz zwischen 32,43 Prozent in der Kontrollgruppe und 10,90 Prozent in Gruppe 1) geringer ausfallen als unter unbeeinflussten Bedingungen.

Die irrationale Bestätigungstendenz der Berufungsrichter in der Studie wurde auch nicht durch das Geschlecht, das Alter oder die Zugehörigkeit entweder zum Land- oder zum Oberlandesgericht beeinflusst.

Dass Männer und Frauen gleich urteilten, überrascht nach den Darstellungen aus Teil A. dieses Kapitels (I. 1.; II. 1. a)) nicht. Unterschiede zwischen männlichen und weiblichen Richtern im Entscheidungsverhalten zeigen sich in der Regel nur bei geschlechtsspezifischen Themenfeldern. Diese waren hier jedoch nicht Gegenstand der Aktenvignetten.

⁶¹¹ Hierbei ist zu erwähnen, dass in der Studie bei Aktenvignette 2 nur Gruppe 1 mitgeteilt worden war, dass *der Beklagte* Berufung eingelegt hatte – für ihn wäre die Klageabweisung ein Berufungserfolg gewesen. In Gruppe 2 erhielten die Teilnehmer die Information, dass die *Klägerin* Berufung eingelegt hatte. Für die Fallkonstellation aus Gruppe 2 hätten in der Praxis nicht nur die Klägerin, sondern auch der Beklagte Berufung einlegen können, da dieser erstinstanzlich nur zu 50 Prozent Erfolg hatte.

Der Befund, dass sich das Alter und mittelbar auch die Berufserfahrung der Richter nicht darauf ausgewirkt haben, ob und wie sehr sie einem irrationalen Bestätigungseffekt unterlagen, ist indes etwas überraschend. Aufgrund der in Teil A. I. (3. a) aa) (2); cc), S. 229 f., 234) zu den unterschiedlichen *Biases*, insbesondere zum Rückschaufehler, dargestellten Befunde hätte man einerseits vermuten können, dass die Anfälligkeit für eine kognitive Verzerrung – hier den Bestätigungs-*Bias* – mit zunehmendem Lebensalter steigen würde. Andererseits scheint beispielsweise der Anker-Effekt von Lebensalter und Berufserfahrung unbeeinflusst zu sein (siehe oben A. I. 3. a) bb) (2)). Ferner hatte eine ältere Studie mit niederländischen Zivilrichtern sogar ergeben, dass eine längere Berufserfahrung die Wahrscheinlichkeit erhöht, ein vorgegebenes Urteil kritisch zu sehen und folglich aufzuheben und abzuändern.⁶¹² Das hätte wiederum einen geringer ausgeprägten Bestätigungs-*Bias* bei berufserfahreneren Teilnehmern erwarten lassen. Nach den Ergebnissen der vorliegenden Studie ist nunmehr anzunehmen, dass der Bestätigungs-*Bias* bei Berufsrichtern unabhängig von der Dauer ihrer Berufserfahrung vorkommt. Gleichwohl sollte auch das in künftigen Untersuchungen erneut überprüft werden.

Der irrationale Bestätigungseffekt betrifft Berufsrichter an den Landgerichten ebenso wie an den Oberlandesgerichten. Das ist eine erfreuliche Nachricht für die gerichtliche Praxis. Keine Gerichtsart scheint, etwa wegen der soeben erwähnten langen Berufserfahrung oder auch wegen besserer zeitlicher Ressourcen, gegenüber der anderen im Vorteil, was den Einfluss des irrationalen Bestätigungseffekts auf die berufsrichterliche Entscheidungsfindung betrifft. Insofern kann der gefundene Bestätigungs-*Bias* aber nicht als Erklärung dafür dienen, dass die Erfolgsquoten von Berufungen vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten gleich hoch sind (Kapitel 3 B. II. 2.), obwohl sie „idealerweise“ eigentlich vor den Landgerichten deutlich höher ausfallen müsste als vor den Oberlandesgerichten (Kapitel 3 B. III. 2.).

Was zudem offen bleibt, ist die Frage nach etwaigen Unterschieden zwischen den Bundesländern in der Anfälligkeit für einen irrationalen Bestätigungseffekt. Eine Antwort darauf wäre vor allem angesichts der in Kapitel 3 errechneten Bundesländer-Unterschiede in den Berufungserfolgsquoten interessant. Da jedoch aus den meisten Bundesländern nicht hinreichend viele Richter an der Studie teilgenommen haben (siehe *Abbildung 15*, S. 301), war eine entsprechende Kontrolle des Bestätigungseffekts auf die Variable der Herkunft nach Bundesländern nicht möglich.

In Aktenvignette 1 ließ sich keine kognitive Verzerrung infolge der Kenntnis des erstinstanzlichen Tenors beobachten. Das heißt jedoch nicht, dass in diesem Fall oder generell in Fällen mit streitigen Tatsachenfragen keine ver-

⁶¹² *Van Koppen/ten Kate*, *Law & Soc’y Rev.* 18 (1984) 225, 237.

zerrten Urteile auftreten. Auffällig war nämlich, dass in beiden Experimentalgruppen nur ein kleiner Teil der Richter sich dazu entschieden hatte, ein Sachverständigengutachten einzuholen oder sonst eine ergänzende Beweisaufnahme durchzuführen. In Gruppe 1 waren es 9,26 Prozent der Teilnehmer, in Gruppe 2 waren es 16,28 Prozent der Teilnehmer (siehe *Abbildung 18*, S. 309). Das passt zwar zur Gesamttendenz, dass eigene Beweisaufnahmen der Berufungsgerichte seit der ZPO-Reform nur noch selten vorkommen⁶¹³ und erstinstanzliche Beweisaufnahmen lediglich in sieben bis 12 Prozent der Berufungsverfahren wiederholt werden.⁶¹⁴ Aber hier hätte, wie bei der Beschreibung des Studienmaterials ausgeführt (1.d)aa)), die Einholung eines Sachverständigengutachtens vernünftigerweise für alle Teilnehmer naheliegen können. Denn die erste Instanz hatte kein eigenes Gutachten eingeholt, was vermutlich pflichtwidrig war. Insofern könnte man schlussfolgern, dass ein korrekturbedürftiger Fehler vorlag – den aber nur gemittelt 12,77 Prozent der Teilnehmer in den beiden Experimentalgruppen entdeckt haben. Insofern wurde die berufsgerichtliche Aufgabe, Fehler der ersten Instanz zu finden und zu korrigieren, nur unzureichend erfüllt. Es könnte sich jedoch auch um ein methodisches Artefakt handeln, da die Teilnehmer im Rahmen der Studie nicht die gesamte Akte zur Verfügung hatten. In der Praxis hängt die Entscheidung für eine erneute Beweisaufnahme auch maßgeblich von den Entscheidungsgründen des zu prüfenden Urteils ab. Für ein methodisches Artefakt spricht außerdem, dass die teilnehmenden Richter in der Studie dazu instruiert wurden, anzunehmen, dass eine eigene Beweisaufnahme nichts über die erstinstanzliche Beweisaufnahme Hinausgehendes ergeben würde. Trotzdem hatten alle Teilnehmer bei der Angabe ihrer Sachentscheidung, vor allem im Freitext-Eingabefeld, die Möglichkeit, ihre Entscheidung für die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dokumentieren.

Auch wenn eine Fehleraufdeckungsquote von durchschnittlich 12,77 Prozent in den Gruppen 1 und 2 wenig zufriedenstellend wirkt, so fällt sie dennoch größer aus als bei den Teilnehmern der Kontrollgruppe. Dort wollten nur 5,41 Prozent der Richter ein Sachverständigengutachten einholen. Das bedeutet, dass der auf Fehlerkontrolle und -korrektur gerichtete Arbeitsmodus in Gruppen 1 und 2 stärker mit der Korrektur des erstinstanzlichen pflichtwidrig unterlassenen Sachverständigengutachtens assoziiert ist, als das in der Kontrollgruppe bei einer Entscheidung als hypothetische erste Instanz der Fall war. Dieser Befund stärkt die Berufungsfunktion als vornehmliche Fehlerkorrekturinstanz.

⁶¹³ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 192.

⁶¹⁴ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 194 ff.: Wiederholung der Beweisaufnahmen in sieben Prozent der Berufungsprozesse vor den Landgerichten und in zwölf Prozent der Berufungsprozesse vor den Oberlandesgerichten.

II. Studie 2: Wie wirkt es sich aus, wenn Richter zunächst zu eigener, „blinder“ Einschätzung verpflichtet werden?

Da sich in Studie 1 ein irrationaler Bestätigungseffekt bei der berufungsgerichtlichen Entscheidungsfindung gezeigt hatte, sollte in Studie 2 nun überprüft werden, ob dieser verzerrende Effekt auch dann auftreten würde, wenn die Berufsrichter vor der Lektüre der erstinstanzlichen Entscheidung zunächst selbst überlegen müssten, wie sie die Sache in erster Instanz entscheiden hätten. Würde man nach einem solchen „blinden“ Vorabverfahren keinen kognitiven Verzerrungseffekt feststellen, dann läge hierin möglicherweise ein vielversprechender Lösungsansatz, um in der Praxis das Wirksamwerden des berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias* zu verhindern.

Aus den Darstellungen in Teil A. dieses Kapitels wissen wir, dass Versuche, ein *Debiasing* durchzuführen, bisher nicht hinreichend erfolgreich waren (A. I. 3. a)aa)(3)). Konkret für den berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias*, der ohnehin erst im Jahr 2019 durch Edwards' Studie nachgewiesen werden konnte, wurden jedoch noch keine *Debiasing*-Methoden ausprobiert. Da es nach den Ergebnissen von Studie 1 einen Unterschied für die eigene Sachentscheidung macht, ob das erstinstanzliche Urteil bekannt ist oder nicht, könnte eine *Debiasing*-Maßnahme genau daran ansetzen und die Berufsrichter dazu anhalten, zunächst eine vorläufige Einschätzung der jeweiligen Akte zu treffen, ohne dabei die Entscheidung erster Instanz zu kennen (Vorab-Blindverfahren). Erst in einem nächsten Schritt würden sie das erstinstanzliche Urteil erfahren und dieses auf Fehler kontrollieren. Dabei hätten sie aber stets ihre eigene, vorab vorgenommene Ersteinschätzung als Vergleichsmaßstab im Kopf, was zu einer Reduktion etwaiger kognitiver Verzerrungen durch die Kenntnis des erstinstanzlichen Urteils führen könnte.

Die Vermutung, dass dieser unter unbeeinflussten Bedingungen gebildete Vergleichsmaßstab dabei helfen kann, das Auftretensrisiko eines Bestätigungs-*Bias* zu verringern, gründet sich auf die Forschung zum Rückschaufehler. Diese hat ergeben, dass die kognitive Verzerrung des Rückschaufehlers viel seltener auftritt, wenn der Entscheider zunächst *ex ante* sein schriftliches Urteil dazu abgibt, für wie wahrscheinlich er das Eintreten verschiedener Ereignisse hält, und dann, sobald er die Information über das tatsächliche Eintreten oder Nicht-Eintreten dieser Ereignisse erhalten hat, bei der Beurteilung dieser Situation seine *Ex-ante*-Beurteilung der Wahrscheinlichkeit vorgehalten bekommt (siehe oben A. I. 3. a)cc)(1)).⁶¹⁵ Die Konfrontation mit der Ersteinschätzung muss nicht ausdrücklich und bewusst erfolgen, da die Ersteinschät-

⁶¹⁵ Davies, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 40 (1987) 50, 58 ff.; vgl. auch *Fischhoff*, *Biases*, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), *Judgment under uncertainty*, 1982, S. 335, 350.

zung ohnehin unbewusst den weiteren Prozess des Wahrnehmens und Entscheidens mitbestimmen wird. Es geht hauptsächlich darum, dass man durch sein „blindes“ Vorab-Urteil in die Lage versetzt wird, ohne äußere Einflüsse zu entscheiden und das als Ausgangspunkt für die weitere Entscheidungsfindung zu nutzen.

Die Idee eines Vorab-Blindverfahrens ist im Berufsrecht bisher noch nicht besprochen worden.⁶¹⁶ Sie ist vor allem aus dem medizinischen Kontext bekannt, dort insbesondere in der Radiologie und Pathologie,⁶¹⁷ wo der Einfluss vorausgehender Kollegeneinschätzungen auf das eigene fachliche Urteil als Fehlerquelle nachgewiesen ist.⁶¹⁸ Im juristischen Kontext wird sie für die Entscheidungsfindung von medizinischen Sachverständigen in den Vereinigten Staaten diskutiert und auf diesem Bereich in den Niederlanden anscheinend schon umgesetzt.⁶¹⁹ Daneben ist für deliktsrechtliche Verfahren in den Vereinigten Staaten die verwandte Methode der *Trial Bifurcation*, also der Aufteilung des Verfahrens auf unterschiedliche Richter für die Anspruchsvoraussetzungen einerseits und die Rechtsfolgen andererseits, bekannt (siehe oben A. I. 3. a) cc) (2)).

Da es also bisher keine empirischen Untersuchungen zu den hoffentlich positiven Effekten eines Vorab-Blindverfahrens gab, sollte die vorliegende Studie 2 überprüfen, ob ein solches Verfahren bei Berufsrichtern in Zivilsachen dazu führen kann, den irrationalen Bestätigungseffekt aufzuheben oder zu verringern.

1. Methode

Die Studie wurde durchgeführt mit den Teilnehmern aus der Kontrollgruppe von Studie 1 ($N = 37$, n männlich = 25, n weiblich = 11, n keine Angabe = 1). Das Durchschnittsalter betrug 48,61 Jahre ($SD = 9,90$). Die Teilnehmer hatten eine durchschnittliche allgemeine Berufserfahrung als Richter von 16,43 Jahren ($SD = 9,61$) sowie eine durchschnittliche Berufserfahrung als Zivilrichter in Berufungssachen von 8,65 Jahren ($SD = 7,45$).

⁶¹⁶ S. aber Warmuth, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), Einflüsse, 2017, S. 73 ff.

⁶¹⁷ Giard, J.Clin.Pathol. 63 (2010) 957, 959 f. m. w. N.; Berlin, AJR 175 (2000) 597, 601.

⁶¹⁸ Elmore/Wells/Howard/Feinstein, JAMA 227 (1997) 49, 49 ff., 51.

⁶¹⁹ Giard, J.Clin.Pathol. 63 (2010) 957, 959 f. m. w. N. (zu den Vereinigten Staaten und den Niederlanden); Robertson, NYU L.Rev. 85 (2010) 174, 174 ff., 202 ff.; im Strafrecht betrifft der Vorschlag vor allem das Ermittlungsverfahren, Servick, Science 349 (2015) 462, 462 f.; Kassin/Dror/Kukucka, J.Appl.Res.Mem.Cogn. 2 (2013) 42, 49.

Die Teilnehmer wurden auch hier, wie in Studie 1, in zwei Experimentalgruppen eingeteilt. Nachdem sie zunächst nach ihrer eigenen Einschätzung als hypothetische erste Instanz gefragt wurden, konnten sie sich, wie in Studie 1, den zufallsgenerierten Tenor anzeigen lassen und ihre eigene Einschätzung zum Erfolg der Berufung abgeben. Ebenso wie in Studie 1 wurde dieser Ablauf nacheinander mit Aktenvignette 1 und 2 durchgeführt. Da sich jedoch in Studie 1 lediglich mit Aktenvignette 2 ein *Bias* gezeigt hatte, war auch in der hier berichteten Studie 2 nur die Bearbeitung von Aktenvignette 2 für die Datenauswertung relevant.

Der Ablauf im Einzelnen ist in der nachfolgenden *Abbildung 21* dargestellt und mit dem Ablauf in Studie 1 – wo ein Bestätigungs-*Bias* aufgetreten war – kontrastiert.

Es war zu erwarten, dass die Vorab-Abfrage der eigenen, unvoreingenommenen Einschätzung mit einer vollständigen oder teilweisen Reduktion des in Studie 1 beobachteten irrationalen Bestätigungseffekts einhergehen würde. Die Hypothesen lauteten daher:

Beim Vorab-Blindverfahren (Studie 2) unterscheiden sich die Bestätigungstendenzen der Gruppen voneinander (= kein Bias).

- *Nullhypothese H_0* : Es gibt keinen Unterschied zwischen Gruppe 1 und Gruppe 2 in Bezug auf die Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des erstinstanzlichen Urteils.
- *Alternativhypothese H_1* : Es gibt einen Unterschied zwischen Gruppe 1 und Gruppe 2 in Bezug auf die Bestätigung (oder Aufhebung/Abänderung) des erstinstanzlichen Urteils.⁶²⁰

⁶²⁰ In diesem Fall bezeichnet die Alternativhypothese das, was mit der Studie nachgewiesen werden soll. Das liegt wieder an den verwendeten statistischen Berechnungsprogrammen, wo eine Unterschiedslosigkeit zwischen Gruppen als Nullhypothese vorausgesetzt war.

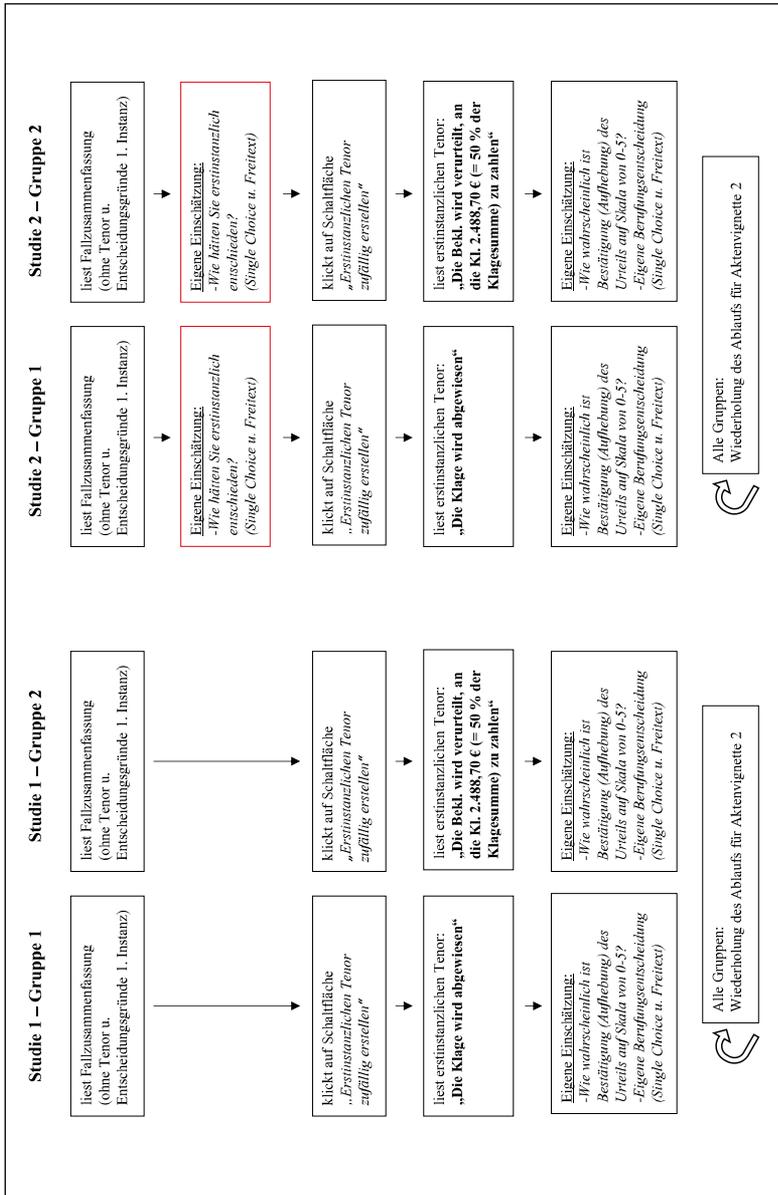


Abbildung 21: Ablauf der Studie 2 (rechts), verglichen mit dem Ablauf der Studie 1 (links), jeweils am Beispiel von Aktenvignette 1. Das Vorab-Blindverfahren in Studie 2 ist durch rote Umrandung gekennzeichnet.

2. Ergebnis und Diskussion

Ein Wilcoxon-Rangsummen-Test ergab keine verwertbaren Ergebnisse (Test auf Bestätigungseffekt Aktenvignette 2: $W = 105.5$, $p = .3081$; Test auf Aufhebungseffekt Aktenvignette 2: $W = 152$, $p = .5636$). Da die Stichprobe sehr klein war – und die Konfidenzintervalle entsprechend groß –, ließen sich trotz relativ großer Mittelwertsunterschiede (siehe *Tabelle 13*) keine signifikanten Effekte finden. Wegen der geringen Stichprobengröße erübrigte sich auch eine Kontrolle auf demografische Variablen, wie Alter, Geschlecht und Berufserfahrung.

Insgesamt ist damit leider keine Antwort auf die Frage möglich, ob das Wissen des Berufsrichters über den erstinstanzlichen Tenor auch dann noch eine kognitive Verzerrung bewirken würde, wenn der Berufsrichter zunächst „blind“, d. h. ohne Kenntnis des Urteils erster Instanz, eine eigene vorläufige Falleinschätzung treffen müsste und sich erst danach mit dem angegriffenen Urteil auseinandersetzen dürfte. Das ist für die rechtspolitische Diskussion (dazu sogleich Kapitel 5) bedauerlich. Umso wünschenswerter wäre es, wenn künftige Studien diese Frage aufgreifen und an einer größeren Teilnehmerzahl überprüfen würden. Im Idealfall sollte zukünftige Forschung außerdem, wie schon in der Diskussion zu Studie 1 erwähnt, mit möglichst vielen unterschiedlichen Aktenvignetten oder Sachverhalten arbeiten.

Tabelle 13

Mittelwertsunterschiede der Bestätigungstendenz Gruppe 1 und 2

	<i>Studie 1</i>		<i>Studie 2</i>	
	Gruppe 1	Gruppe 2	Gruppe 1	Gruppe 2
M	3,25	3,19	2,85	3,50
Δ	0,06		0,65	

Wenngleich die Ergebnisse dieser Studie 2 wegen der zu geringen Teilnehmerzahl nicht signifikant geworden sind, wäre weiterhin zu erwarten, dass bei einem Vorab-Blindverfahren die Neigung zu einem irrationalen Bestätigungseffekt weniger stark ausgeprägt wäre als unter bisherigen Bedingungen, d. h. ohne das Blindverfahren. Dafür spricht die Beobachtung, dass sich in der hiesigen Studie – bei Anwendung des Blindverfahrens – die Mittelwerte der Bestätigungstendenz zwischen den Gruppen deutlich voneinander unterscheiden (siehe *Tabelle 13*), was grundsätzlich ein Indiz gegen die Existenz eines kognitiv verzerrenden Effekts sein kann. Die Idee des Vorab-Blindverfahrens als *Debiasing*-Maßnahme gegen den berufungsspezifischen Bestätigungsbias sollte daher weiterverfolgt werden.

III. Zwischenergebnis zu Studien 1 und 2

Die zwei im Rahmen dieser Arbeit durchgeführten Studien mit Berufungsrichtern haben zu zwei interessanten Befunden geführt.

Aus Studie 1 ergab sich, dass Berufungsrichter unter bestimmten Bedingungen, vermutlich besonders in Rechtsfragen, von einem Bestätigungs-*Bias* betroffen sein können. Dieser *Bias* entsteht durch die Kenntnis des erstinstanzlichen Urteilsinhalts. In Studie 1 äußerte er sich so, dass zwei Richtergruppen, denen inhaltlich unterschiedliche Informationen zum erstinstanzlichen Tenor gegeben wurden, jeweils gleichermaßen dazu tendierten, dieses Urteil zu bestätigen.

Wie kann man gegen diese irrationale Bestätigungstendenz vorgehen? Nach Studie 2 ist davon auszugehen, dass ein vor der eigentlichen Berufungsentcheidung stattfindendes Blindverfahren dabei helfen kann, das Auftreten eines irrationalen Bestätigungseffekts zu verringern. Allerdings ist das nur eine statistisch ungesicherte Vermutung, da an Studie 2 zu wenige Richter teilgenommen hatten, um signifikante Ergebnisse zu erzielen.

Vor diesem Hintergrund und auch angesichts des limitierenden Faktors, dass insgesamt nur zwei Aktenvignetten getestet wurden, ist weitere Forschung auf diesem Gebiet nötig. Gleichwohl können die gefundenen Ergebnisse, die bisher nur unter anderen Bedingungen (der Bestätigungs-*Bias* selbst) oder noch nie (das Vorab-Blindverfahren) nachgewiesen wurden, eine erste Grundlage dafür bilden, die rechtspraktische Handhabung dieser Phänomene zu diskutieren.

C. Ergebnis zu Kapitel 4

Dieses Kapitel hat in Teil A. einen Überblick gegeben über die aktuelle psychologische Studienlage zur richterlichen Entscheidungsfindung, sowohl im Allgemeinen als auch speziell für die Beurteilung von Sachverhalten in der Berufungsinstanz. Dabei wurde deutlich, dass richterliche Entscheidungen für eine Vielzahl verschiedener kognitiver Verzerrungen anfällig sind. Das Auftreten dieser kognitiven Verzerrungen kann dazu führen, dass Urteile und Beschlüsse anders ausfallen, als man es rationalerweise erwarten würde. So ergeben sich Fehlerquellen, die allen Beteiligten bewusst sein sollten.

Für die Behebung von Fehlern steht im Zivilprozess das Rechtsmittel der Berufung bereit (dazu im Einzelnen Kapitel 2 A.I.). Doch auch die Berufungsgerichte können ihrerseits von kognitiven Verzerrungen betroffen sein, die sich auf die Entscheidung in der Sache auswirken. Dabei geht es nicht allein um dieselben Verzerrungseffekte, die bei erstinstanzlichen Richtern auf-

treten können, sondern es sind auch berufungsspezifische *Biases* möglich. Wie die in Teil B. dieses Kapitels dargestellte eigene Studie gezeigt hat, neigen deutsche Berufungszivilrichter auf irrationale Weise dazu, das ihnen zur Überprüfung vorliegende Urteil zu bestätigen. Eine weitere eigene Studie konnte jedoch schon vielversprechende Ansätze für eine Reduktion dieser irrationalen Bestätigungstendenz finden.

Kapitel 3 hatte gezeigt, dass die Erfolgsquote von Berufungen bei etwa 21,45 Prozent liegt und dass die Höhe dieser Quote von dem abweicht, was unter „idealen“ Bedingungen zu erwarten wäre. Nach den Ergebnissen aus Kapitel 4 können wir nun davon ausgehen, dass der Bestätigungs-*Bias* bei den Berufungsgerichten für eine zu geringe Berufungserfolgsquote mitursächlich sein dürfte.

Trotzdem ist vor Pauschalisierungen zu warnen. In der Praxis ist die Zahl der Variablen, die die richterliche Urteilsfindung beeinflussen, sehr groß. Wie sehr welche Variable die endgültige Sachentscheidung beeinflusst, ist nicht zuverlässig zu quantifizieren, zumal Interaktionseffekte denkbar sind.

Es sollte im Interesse einer funktionierenden Zivilrechtspflege sein, die Wirksamkeit irrationaler Urteilseinflüsse möglichst gering zu halten. Auf der Grundlage dessen, was der psychologische Blick auf die Berufung im Zivilprozess ergeben hat, kann die Rechtswissenschaft und -politik informiert erwägen, ob und wie sie das Berufungsverfahren darauf anpassen möchte. Darum soll es im folgenden Kapitel gehen.

Kapitel 5

Implikationen für Konzeption und Praxis der Berufung nach §§ 511 ff. ZPO

Nach der statistischen und psychologischen Betrachtung der zivilrechtlichen Berufung stellt sich im nächsten Schritt die Frage, was daraus für die rechtswissenschaftliche und -politische Diskussion folgen soll. Dem nachgehend, ist dieses Kapitel in drei Teile untergliedert. Teil A. fasst die Erkenntnisse der zurückliegenden zwei Kapitel mit Blick auf ihre rechtswissenschaftlichen Implikationen zusammen. Daraufhin bespricht Teil B. verschiedene Modifikationsvorschläge für das Berufungsrecht, und Teil C. schließt das Kapitel mit einem Ergebnis ab.

A. Erkenntnis zur Praxis der Berufung als Fehlerkorrekturinstanz

Warum brauchen wir im Zivilprozess das Rechtsmittel der Berufung? Diese zu Beginn von Kapitel 2 gestellte Frage beantwortet sich damit, dass unrichtige Urteile vermieden werden sollen und etwaige Fehler korrigiert werden sollen. Die zurückliegenden Kapitel 3 und 4 haben gezeigt, dass die Berufung als Fehlerkorrekturinstanz grundsätzlich zu funktionieren scheint, aber Verbesserungspotential hat (I.). Sie ist in Tatsachenfragen zwar sicherlich sinnvoll, aber sowohl dabei als auch in Rechtsfragen anfällig für die Folgen kognitiver Verzerrungen (II.). Außerdem ist sie für die Zwecke der Vermeidung von „Fehlurteilen“ die bessere Alternative gegenüber einer vermeintlich qualitätsverbessernden Aufrüstung der ersten Instanz als Kollegialgericht (III.). Am Schluss des Kapitelteils werden diese Erkenntnisse zusammengefasst (IV).

I. Die Berufung als Fehlerkorrekturinstanz funktioniert, hat aber Verbesserungspotential; verfassungsrechtliche Verankerung angezeigt

Grundsätzlich scheint die Fehlerkorrektur durch Berufungsgerichte zu funktionieren. Die Erfolgsquote für Berufungen liegt bei gemittelt 21,45 Prozent. Und auch die im Rahmen dieser Arbeit durchgeführte Studie konnte

nachweisen, dass Berufungsrichter in einem fehlerkorrigierenden Arbeitsmodus mit höherer Wahrscheinlichkeit erstinstanzliche Fehler aufdecken, als wenn sie den Fall ohne Auftrag zur Fehlerkorrektur und stattdessen wie ein erstinstanzlicher Richter bearbeiten. Es ist mithin anzunehmen, dass die Berufungsgerichte jedenfalls einen Teil der fehlerhaften Urteile erster Instanz aufdecken und berichtigen. Schon vor diesem Hintergrund erübrigt sich aus Rechtssicherheitsgründen¹ die in Kapitel 2 kurz aufgeworfene Diskussion, die Berufung als Rechtsmittel ganz abzuschaffen.² Das gilt auch, wenn man berücksichtigt, dass die Berufungserfolgsquote von außerrechtlichen Faktoren, insbesondere von kognitiven Verzerrungen, beeinflusst wird.

Auf Grundlage der in dieser Arbeit vorgestellten empirischen Befunde wäre sogar zu fordern, die Garantie der Berufung als Fehlerkorrektur in den verfassungsrechtlichen Gehalt des Rechts auf gerichtliche Überprüfung einzubeziehen. Das ist bisher nicht der Fall, weil die Verfassung nach herrschender Ansicht grundsätzlich keinen Rechtsschutz *gegen* den Richter garantiert (siehe dazu oben, Kapitel 2 A.I.) Ein solcher verfassungsrechtlich garantierter Rechtsschutz wäre jedoch angezeigt, wenn man anerkennt, dass richterliche Entscheidungen anfällig für verzerrende Einflüsse durch außerrechtliche Faktoren sein können, sie dadurch Grundrechte verletzen können und daher „in das Kontrollgefüge des Grundgesetzes integriert werden“³ müssen.

Bei der Beurteilung der Berufungserfolgsquote als Gradmesser für die Aufgabenerfüllung der Berufungsinstanz ist zu berücksichtigen, dass kein absolut gültiger Maßstab für das Vorhandensein eines fehlerhaften Urteils existiert und folglich auch die Fehlerquote unter allen Urteilen nicht empirisch überprüfbar ist. Daher kann nur mit Näherungen und Modellen gearbeitet werden. Das in Kapitel 3 aufgestellte Modell basiert auf Normalverteilungsannahmen. Vergleicht man die Ergebnisse dieses Modells mit der realen Berufungserfolgsquote, so zeigt sich, dass die Berufungserfolgsquote – die über die Jahre hinweg stabil geblieben ist – der Höhe nach nicht dem „Ideal“ im Sinne des Modells entspricht. Für diese Abweichung sind auch psychologische Effekte verantwortlich.

Wegen dieser psychologischen Effekte können die gerichtliche Entscheidungsfindung und ihr Ergebnis verzerrt und irrational sein. Das ist auf zwei Ebenen relevant:

¹ Vgl. *Makowka*, DRiZ 1992, 205, 209 f.

² *Roth*, in: *Hommage Rimmelspacher*, 2019, S. 19, 36; *Greger*, ZJP 131 (2018) 317, 349; a.A. (nur noch stichprobenhafte Überprüfung) *Shavell*, J. Legal Stud. 24 (1995) 379, 397 ff.

³ Zu dieser Forderung allgemein, ohne Verweis auf die Anfälligkeit für kognitive Verzerrungen oder sonstige verzerrende Einflüsse, *Vofßkuhle*, NJW 2003, 2193, 2196 m. w. N.

Erstens bekommt die Begründung, die hinter der Existenzberechtigung des Rechtsmittels Berufung steht, eine neue Dimension. Gerichtsurteile können fehlerhaft sein – bloß kann das erstinstanzliche Gericht nicht nur aus Nachlässigkeit oder durch Übersehen entscheidender rechtlicher oder tatsächlicher Momente einen Fehler bei der Urteilsfindung machen, sondern es kann sich auch eine kognitive Verzerrung „eingeschlichen“ und auf das Sachurteil ausgewirkt haben.⁴

Zweitens hat die Erkenntnis psychologischer Verzerrungseffekte eine Bedeutung für die Leistungsfähigkeit der Berufung als Fehlerkorrekturinstanz. Sie ist dafür da, Fehler zu korrigieren, und gleichzeitig sieht sie diese Fehler möglicherweise nicht, wenn sie einem Bestätigungs-*Bias* unterliegt. Zwar wird die Berufungsentscheidung selbst in Bezug auf ihre Richtigkeit anhand des Entscheidungsergebnisses, nicht des Entscheidungsfindungsprozesses beurteilt (arg. e § 561 ZPO),⁵ sodass ein irrationaler Entscheidungsprozess des Berufungsgerichts nicht *per se* negativ zu beurteilen wäre. Aber wenn es infolge eines solchen Prozesses zu kognitiven Verzerrungen kommt, die den Entscheidungsinhalt beeinflussen, dann dürfte ein Fehler im Entscheidungsergebnis vorliegen. Die Qualität der Berufung wäre dadurch verringert.

Das mutmaßliche Vorhandensein von *Biases* berührt das allgemeine Prozessziel der materiellen Gerechtigkeit. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Berufung geht es stets darum, Fehler der ersten Instanz möglichst häufig zu entdecken und, wo nötig, zu korrigieren. Diese Möglichkeit zur Feststellung und Durchsetzung privater Rechte ist beeinträchtigt, wenn die berufsgerichtliche Entscheidungsfindung von kognitiven Verzerrungen betroffen ist. Das bedeutet: Der Mechanismus zur Fehlerkorrektur bei erstinstanzlichen Entscheidungen verspricht in der Realität weniger als das Ideal dessen, dass fehlerbehaftete Urteile mit gutem Erfolg entdeckt und verbessert werden.⁶

Das wirkt sich auch auf die erste Instanz aus. Nach den Ergebnissen aus den Kapiteln 3 und 4 kann nicht mehr einschränkungslos davon ausgegangen werden, dass die bloße Existenz einer höheren Instanz zugleich qualitativ hochwertigere Gerichtsverfahren und -entscheidungen in der Ausgangsinstanz bewirkt.⁷ Denn wenn feststeht, dass das Berufungsgericht als höhere Instanz ohnehin nur einen Teil der theoretisch („modellhaft-mathematisch“⁸) zu er-

⁴ Guthrie, Nev.L.J. 7 (2007) 420, 448 ff.

⁵ Vgl. zu diesem Argument für die Beurteilung erstinstanzlicher Entscheidungen MüKoZPO/Rimmelspacher⁶, Vor § 511 Rn. 3 m. w. N.

⁶ Zur Diskrepanz zwischen „gewachsenem Rechtssystem“ und den zugrunde liegenden Idealvorstellungen vgl. auch Gottwald, Gutachten DJT 1996, S. A 8.

⁷ Zu dieser Annahme Unberath, ZJP 120 (2007) 323, 332 m. w. N.

⁸ Unberath, ZJP 120 (2007) 323, 332.

wartenden Fehlentscheidungen der ersten Instanz aufdeckt, mindert das die präventiv-disziplinierende Wirkung einer möglichen berufungsgerichtlichen Überprüfung.

Andererseits kann die Berufung auch dann noch zur Verbesserung der Rechtsprechungsqualität im Allgemeinen beitragen, wenn die jeweiligen Sachentscheidungen von kognitiven Verzerrungen betroffen sind. Denn aus der wahrscheinlichkeitstheoretischen Annahme, dass die Häufigkeit einer fehlerfreien Entscheidung in jeder Instanz gleichverteilt ist (siehe Kapitel 3 B.III.1., S. 163 ff., 169), folgt, dass mit einer weiteren Überprüfung einer Rechtssache durch das Berufungsgericht auch die Wahrscheinlichkeit steigt, ein „richtiges“ Urteil zu erhalten. Läge beispielsweise die Wahrscheinlichkeit für eine fehlerhafte Sachentscheidung jeweils bei 15,86 Prozent (= eine Standardabweichung unter dem Mittelwert, siehe Kapitel 3 B.III.1.), dann wäre die Wahrscheinlichkeit dafür, dass zweimal hintereinander, d.h. in erster und zweiter Instanz, ein unrichtiges Urteil ergeht, nur noch etwa 2,5 Prozent ($0,1586 * 0,1586$) hoch. Daher dürfte die Durchführung des Berufungsverfahrens jedenfalls in der Theorie eine Verringerung des Risikos einer fehlerbehafteten Entscheidung zur Folge haben.⁹

Da in der Praxis jedoch, wie gesehen, Verbesserungspotential wegen kognitiver Verzerrungen in der berufungsrichterlichen Entscheidungsfindung besteht, sollten Maßnahmen erwogen werden, die sicherstellen, dass die Qualität der Berufungsgerichte, d.h. Treffsicherheit für die Herstellung oder Aufrechterhaltung rechtlich „richtiger“ Urteile, so gut wie möglich gewährleistet ist.¹⁰ Bevor Teil B. gleich Vorschläge zu diesen Maßnahmen machen wird, sollen zunächst in den folgenden zwei Abschnitten jeweils Punkte besprochen werden, die im Einzelnen für die Beurteilung der fehlerkorrigierenden Arbeit von Berufungsgerichten eine Rolle spielen. Das sind, wie in Kapitel 2 festgestellt (A.I., S. 40 f., 43), erstens die Differenzierung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen und zweitens die mutmaßlich fehlerminimierende Qualität erstinstanzlicher Kollegialentscheidungen als Alternative zur Fehlerkontrolle auf der Rechtsmittelbene.

⁹ Vgl. hierzu auch *Condorcet*, Essai, 1785, S. xljf., der zur Verbesserung dieser Wahrscheinlichkeiten die Durchführung von Kollegialentscheidungen vorschlug und zudem forderte, dass das Berufungsgericht mit qualifizierter Mehrheit entscheiden solle, sobald es von einer erstinstanzlichen Kollegialentscheidung abweichen wollte.

¹⁰ *Szego*, Inside the Italian Courts of Appeals, 2007, S. 18.

II. Die Berufung als Tatsacheninstanz ist sinnvoll – und sowohl als Tatsachen- wie auch als Rechtsinstanz fehleranfällig

Die Berufung nach §§ 511 ff. ZPO ist eingeschränkte Tatsacheninstanz (siehe oben Kapitel 2 A. II. 2.). Es erscheint sinnvoll, Tatsachenfragen auch weiterhin im Rahmen der Berufung überprüfen zu lassen,¹¹ zumal die Würdigung und Feststellung von Tatsachen – wie beispielsweise bei Aktenvignette 1 gesehen – in der Praxis eine nicht unbedeutende Fehlerquelle für erstinstanzliche Entscheidungen sein können.¹² Leider sind keine aktuellen statistischen Daten zu den Berufungs- und Berufungserfolgsquoten in Abhängigkeit von dem Umstand, ob Rechts- oder Tatsachenfragen streitig waren, verfügbar (dazu Kapitel 3 B. II.).

Unabhängig davon bieten psychologische Befunde eine Möglichkeit, die Berufung als Tatsacheninstanz zu beurteilen. Da sich in Studie 1 bei streitigen Tatsachenfragen kein irrationaler Bestätigungs- oder Aufhebungseffekt der Berufungsrichter beobachten ließ (Kapitel 4 B. I. 2. a)), könnte man zunächst annehmen, dass die Berufung als Tatsacheninstanz erfolgreich ist. Gerade in Abgrenzung zur Revision ist Letzteres bedeutsam. Es ist jedoch einzustellen, dass das Ergebnis der Studie diesbezüglich nur eingeschränkt verallgemeinerbar ist, weil die Teilnehmer insgesamt nur einen Fall mit streitiger Tatsachengrundlage bearbeitet hatten, sodass sich auch Besonderheiten dieses konkreten Falls ausgewirkt haben könnten. Hier wären weitere Untersuchungen wünschenswert. Darüber hinaus hat Studie 1 aber auch gezeigt, dass nur etwa 12,77 Prozent der Berufungsrichter (Kapitel 4 B. I. 2. a); 3.) den Fehler im erstinstanzlichen Urteil, nämlich das nicht eingeholte Sachverständigengutachten, entdeckt hatten. Eingedenk der erwähnten methodischen Limitationen ist daraus die vorläufige Hypothese abzuleiten, dass die Aufgabenerfüllung der tatsachenkontrollierenden Berufungsinstanz fehleranfällig ist und verbessert werden könnte.

Die Eingeschränktheit der berufungsgerichtlichen Überprüfungscompetenz in Tatsachenfragen äußert sich sowohl in der Bindung an erstinstanzliche Feststellungen, § 529 Abs. 1 ZPO, als auch im strengen Novenrecht, § 531 Abs. 2 ZPO. Beides ist aus psychologischer Sicht kritisch zu sehen:

Die angeordnete Bindungswirkung erstinstanzlicher Tatsachenfeststellungen gemäß § 529 Abs. 1 ZPO ist, wie in Kapitel 4 ausgeführt (A. II. 2. a) bb); c)), nicht dasselbe wie ein berufungsspezifischer Bestätigungs-*Bias*. Das eine ist eine rationale, sinnvolle Orientierung am Urteil der ersten Instanz; das andere

¹¹ A.A. insoweit *Pfeiffer*, ZRP 1981, 121, 125.

¹² *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶, Rn. 612 m.w.N.; s. auch *Büttner*, Berufung und Revision, 2010, S. 28.

ist eine irrationale, sinn- und inhaltsunabhängige Orientierung daran. Aber wenn schon eine gesetzlich angeordnete Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen besteht, dann steht zu vermuten, dass diese das Auftreten einer unbewussten, irrationalen Bindung begünstigt. In den für diese Arbeit durchgeführten Studien wurde der Effekt der Bindungswirkung nach § 529 Abs. 1 ZPO absichtlich herausgehalten, um möglichst störungsfrei einen etwaigen *Bias* messen zu können. In der Praxis ist daher davon auszugehen, dass der berufungsspezifische Bestätigungs-*Bias* noch stärker ausgeprägt ist, da das Berufungsgericht schon bewusst von Gesetzes wegen an die Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz gebunden ist. Insofern trägt die aktuelle Konzeption der Berufung als eingeschränkte Tatsacheninstanz vielleicht dazu bei, dass weniger fehlerhafte Urteile gefunden und korrigiert werden, als es möglich wäre, wenn der Berufungsrichter in seinem Entscheidungsprozess nicht an die Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz gebunden wäre, sondern einen möglichst freien, ungelenkten Blick auf den Sachverhalt zugestanden bekäme.

Man könnte daher meinen, dass eine Ausgestaltung der Berufung ohne Bindungswirkung erstinstanzlicher Feststellungen vorzugswürdiger wäre, weil dann das Entstehen kognitiver Verzerrungen nicht zusätzlich gefördert würde. Aber solange die Berufungsgerichte ohnehin zu Beginn ihres Entscheidungsfindungsprozesses den Tenor der ersten Instanz erfahren, ist weiterhin der im Rahmen dieser Arbeit beschriebene Bestätigungs-*Bias* zu befürchten. Ein Indiz dafür, dass derartige Modifikationen des Verfahrensrechts vermutlich keine Auswirkung haben, ist aus statistischer Sicht außerdem die nach der ZPO-Reform 2001 unveränderte Berufungserfolgsquote (siehe Kapitel 3 B. II. 1.). Eine Rückkehr zur umfassenden zweiten Tatsacheninstanz ist damit weder aus statistischer noch aus psychologischer Sicht angezeigt.

Neben der Bindungswirkung gemäß § 529 Abs. 1 ZPO kommt die eingeschränkte Tatsachenüberprüfungskompetenz des Berufungsgerichts im nahezu vollständigen Novenausschluss nach § 531 Abs. 2 ZPO zum Ausdruck. Zu diesem ist zwar kein statistisches Ergebnis verfügbar, aber aus psychologischer Sicht ist an den Bestätigungsfehler (*Confirmation Bias*) zu denken (Kapitel 4 A. I. 3. a) dd) (2); II. 1. b)). Dieser führt dazu, dass sich jedes Parteivorbringen – auch unzulässiges – in das richterliche Bewusstsein „einschleicht“ und folglich auch unbewusst die Entscheidung in der Sache beeinflussen kann. Das bedeutet, dass neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die zwar vorgebracht werden, aber gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen sind, trotzdem ihren Weg in die berufungsrichterliche Entscheidung finden können. Dessen sollten sich die Berufungsgerichte bewusst sein, zumal Anwälte sogar gezielt versuchen können, das Phänomen des Bestätigungsfehlers auszunutzen und für sie günstigen Vortrag zu präsentieren, selbst wenn dieser offensichtlich nicht zugelassen werden kann.

Die Berufung ist auch Rechtskontrollinstanz. Für Fälle mit streitigen Rechtsfragen ist nach den Ergebnissen von Studie 1 davon auszugehen, dass Berufungsrichter einem irrationalen Bestätigungseffekt zugunsten des erstinstanzlichen Urteils unterliegen können. Daher ist die Berufung nicht nur, wie eben gesehen, als Tatsacheninstanz, sondern ebenso als Rechtsinstanz fehleranfällig und verbesserungsbedürftig.

III. Die Berufung als bessere Alternative zur erstinstanzlichen Kollegialentscheidung

Statt einer fehlerkorrigierenden Berufung kann man auch erwägen, schon von vornherein die Qualität der ersten Instanz zu erhöhen. Wenn das gelänge, wären die in Kapitel 3 (B. III. 1.) vorgestellten modellhaften Normalverteilungen so weit nach rechts verschoben, dass es kaum noch fehlerbehaftete Urteile gäbe und sich auch keine Notwendigkeit mehr ergäbe, die erstinstanzlichen Urteile durch eine weitere Instanz zu überprüfen. Eine Möglichkeit, diese Qualitätsverbesserung zu erreichen, könnte darin bestehen, in der ersten Instanz nur noch als Kollegialgericht entscheiden zu lassen. Hinter dieser Überlegung, die schon im Entwurf zur CPO diskutiert wurde (siehe oben Kapitel 2 A. I.), steht die Annahme, dass eine größere Zahl von an einer Entscheidung beteiligten Menschen – insbesondere in Tatsachenfragen –¹³ eine höhere Gewähr für die Richtigkeit dieser Entscheidung bietet. Allerdings haben die statistischen Ergebnisse in Kapitel 3 (A. III.) erstens gezeigt, dass sich die Berufungsquote gegen Einzelrichterurteile in der Höhe nicht von der Berufungsquote gegen Kammerurteile unterscheidet; die Prozessparteien sehen mithin bei Kammerurteilen nicht etwa seltener einen Anlass zur Überprüfung als bei Urteilen der Einzelrichter. Zweitens haben die statistischen Betrachtungen auch gezeigt, dass sogar die Erfolgsquoten von Berufungen gegen Einzelrichterurteile und Kammerurteile gleich hoch ausfallen (B. II. 5.), sodass auch in dieser Hinsicht nichts darauf hindeutet, dass erstinstanzliche Kollegialentscheidungen mehr Qualitätssicherung versprechen würden als die Berufung. Ein weiteres Argument liefert schließlich der psychologische Befund, dass Sachentscheidungen, die in Gruppen getroffen werden, möglicherweise sogar fehleranfälliger sind als Einzelurteile (Kapitel 4 A. I. 3. c)).

Insofern ist dem historischen Gesetzgeber auch aus heutiger statistischer und psychologischer Sicht zuzustimmen, dass die Berufung „durch eine stärkere Besetzung des erkennenden Gerichtes erster Instanz [...] niemals ersetzt werden kann“¹⁴. Die Berufung ist die bessere Alternative, um das Ziel mög-

¹³ Dazu, aus strafrechtlicher Sicht, *Mosbacher*, FPPK 9 (2015) 82, 86.

¹⁴ Entwurf eines Berichtes des Referenten des Bundesrats-Ausschusses für Justizwesen über den Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst Einföhrungsge-

lichst vieler fehlerfreier Urteile zu erreichen. Man würde ansonsten von den erstinstanzlichen Gerichten ein nicht leistbares Maß an fehlerfreiem Urteilsvermögen („Vollkommenheit“) erwarten.¹⁵

IV. Zusammenfassung

Die statistischen und psychologischen Ergebnisse dieser Arbeit deuten darauf hin, dass die Berufung als Fehlerkorrekturinstanz im Zivilrecht grundsätzlich funktioniert. Sie kann jedoch in der Praxis das statistische und verfahrensrechtliche Ideal der Fehlerkontrolle und -korrektur nicht immer gut erfüllen. Denn die Berufungsgerichte sind in ihrer Entscheidungsfindung von außerrechtlichen Faktoren beeinflusst. Zu diesen Faktoren zählen vor allem kognitiv-psychologische Wahrnehmungs- und Urteilsverzerrungen, darunter insbesondere der im Rahmen dieser Arbeit nachgewiesene berufungsspezifische Bestätigungs-*Bias*. Insofern besteht Verbesserungsbedarf.

Dieser Verbesserungsbedarf betrifft sowohl die Funktion der Berufung als Tatsachenkontrollinstanz als auch ihre Funktion als Rechtskontrollinstanz. Gleichzeitig sind auch keine Alternativen zur Berufung erkennbar, die das Ziel der Fehlervermeidung besser erreichen könnten. Daher sollte der Blick darauf gerichtet werden, die Aufgabenerfüllung der Berufung in der Praxis zu verbessern. Hierfür sollen im Folgenden mehrere Ideen angeboten werden.

B. Änderungsmöglichkeiten für die zivilrechtliche Berufung als Reaktion auf statistische und psychologische Erkenntnisse

Es stellt sich die Frage, wie der Gesetzgeber und die Rechtspraxis auf die soeben zusammengefassten Erkenntnisse zu statistischen und psychologischen Analysen des Berufsrechts reagieren könnten. Da die vorangegangenen Kapitel gezeigt haben, dass es Mechanismen gibt, die, wenn sie wegfielen oder eingedämmt würden, den Berufsrichtern eine noch „bessere“ Korrektur von Fehlern des erstinstanzlichen Urteils ermöglichen würden, dürfte es

setz (12.5.1874), auch abgedruckt in *Schubert*, Entstehung, 2. Halbband, 1987, S. 808, 818 (dort mit dem Verständnis der Berufung als „wiederholte Prüfung der *Thatfrage* durch ein Gericht höherer Instanz“, Herv. d. Verf.).

¹⁵ Entwurf eines Berichtes des Referenten des Bundesraths-Ausschusses für Justizwesen über den Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz (12.5.1874), auch abgedruckt in *Schubert*, Entstehung, 2. Halbband, 1987, S. 808, 819, 821.

sinnvoll sein, prozessrechtliche Maßnahmen zu ergreifen, um dadurch die Qualität der Berufung zu verbessern.¹⁶

Das Ziel, die Qualität der Berufung zu verbessern, ist einerseits wichtig für die Parteien des Berufungsverfahrens und deren Interesse an materieller Gerechtigkeit. Andererseits besteht ebenfalls ein staatliches Interesse an verbesserter Berufungsqualität und an hoher Qualität der Rechtsprechung insgesamt, auch, weil mittelbar das Vertrauen der Bürger in die Institution Justiz betroffen ist. Letzterer Aspekt ist trotz seiner rechtspolitischen Natur auch im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu berücksichtigen.¹⁷

Vor diesem Hintergrund bieten sich für die zivilrechtliche Berufung mehrere Änderungsmöglichkeiten an, die im Folgenden vorgestellt werden sollen. Im Mittelpunkt steht dabei das Vorab-Blindverfahren (I.), das schon aus Kapitel 4 (B. II.) bekannt ist und dort in Studie 2 als Gegenmaßnahme zum berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias* getestet wurde. Daneben sollen weitere Überlegungen besprochen werden, die sich entweder ebenfalls auf den Bestätigungs-*Bias* beziehen oder weitere Punkte berühren, die im Laufe dieser Arbeit aus statistischer und psychologischer Sicht aufgeworfen wurden. Im Einzelnen sind das: Anonymisierung von Parteimerkmale und von Richternamen (II.), Randomisierung von Verhandlungsterminen (III.), Unterstützung der Gerichte durch informationstechnische Systeme (IV.), Stärkung des Einzelrichter-Modells (V.), keine weitere Forcierung von spezialisierten Spruchkörpern (VI.), ein Überdenken der Berufungszulassung (VII.) sowie ein selbstkritischer Blick sowohl der Berufungs- (VIII.) als auch der ersten Instanz (IX.). Die diskutierten Änderungsmöglichkeiten werden abschließend zusammengefasst (X.).

I. Einführung eines Vorab-Blindverfahrens

Der berufungsspezifische Bestätigungs-*Bias* trägt dazu bei, dass die Berufung jedenfalls in Rechtsfragen nicht vollständig dem gesetzgeberischen Ideal einer unvoreingenommenen Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils entsprechen kann. Da die Berufungsrichter den Tenor der angegriffenen Entscheidung von vornherein kennen, sind sie gedanklich voreingenommen und weniger frei, als wenn sie zuerst eigene, unabhängige Überlegungen anstellen könnten.

Eine vielversprechende Möglichkeit, dem entgegenzuwirken, könnte die Einführung eines Vorab-Blindverfahrens bieten. Bei diesem Verfahren, das

¹⁶ Zur Frage, ob eine Reaktion auf das Vorhandensein kognitiver Verzerrungen überhaupt erforderlich ist, vgl. *Arntz*, JR 2017, 253, 262 f.

¹⁷ Vgl. *R. Stürmer*, AcP 214 (2014) 7, 40 f.

schon in Studie 2 vorgestellt und geprüft wurde (Kapitel 4 B.II.), handelt es sich um ein der eigentlichen Entscheidungsfindung vorhergehendes Entscheidungsverfahren in Unkenntnis des erstinstanzlichen Urteils. Der Berufungsrichter soll sich zunächst eine eigene, unvoreingenommene Meinung zum Fall bilden, diese schriftlich fixieren und erst danach erfahren, wie in der ersten Instanz entschieden wurde. Im Anschluss würde die übliche Prüfung dieses Urteils folgen. Die im Rahmen dieser Arbeit durchgeführte Studie 2 hat die Wirksamkeit des Vorab-Blindverfahrens zwar nicht statistisch gesichert feststellen können, weil die Teilnehmerzahl zu gering war, aber die Ergebnisse (Kapitel 4 B.II.2.) deuten darauf hin, dass das Verfahren tatsächlich dabei helfen könnte, den irrationalen Bestätigungseffekt beim Berufungsgericht nicht aufkommen zu lassen. Daher wird dieser Abschnitt die Idee des Vorab-Blindverfahrens näher vorstellen. Zunächst geht es um den konkreten Ablauf des Blindverfahrens (1.), dann um die mögliche Einbindung in das Zivilprozesssystem als *Best-Practice*-Modell (2.) sowie um die Nicht-Einsehbarkeit der Vorab-Entscheidung, die im Rahmen des Blindverfahrens getroffen wurde (3.). Die Darstellung schließt mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick (4.).

1. Der Ablauf des Vorab-Blindverfahrens im Einzelnen

Wie sähe dieses Vorab-Blindverfahren im Einzelnen aus?

Bevor das Berufungsgericht mit seiner eigentlichen Arbeit, der Prüfung des erstinstanzlichen Urteils, beginnt (dazu Kapitel 2 B.), würde zuerst die Geschäftsstelle die Akten für das Blindverfahren vorbereiten. Dazu müsste sie den erstinstanzlichen Akten das Urteil entnehmen und separat aufbewahren. Genauso müsste sie mit der Berufungsschrift sowie, soweit schon eingegangen, mit der Berufungsbegründung und der Berufungserwiderung, verfahren. Auch etwaige richterliche Hinweise der ersten Instanz, die vor der mündlichen Verhandlung ergangen sind, müssten entfernt werden. Die so vorbereitete Akte würde dann dem zuständigen Dezernenten zugeleitet.

Wenn der Berufungsrichter sodann die Akte im Rahmen des Blindverfahrens bearbeitet, soll er sich ein erstes „Urteil“ vom Fall bilden und festlegen, wie er auf Basis dieser ihm verfügbaren Informationen in erster Instanz entschieden hätte. Dazu steht ihm ein Formblatt zum Ausfüllen bereit (siehe *Abbildung 22*), auf dem neben der Entscheidungstendenz auch mindestens ein Grund für diese stichwortartig anzugeben ist. Die Bearbeitung des Formblatts dürfte nur wenige Minuten in Anspruch nehmen.

Az. Berufungsgericht
Az. Eingangsgericht
Eingangsgericht

Formblatt zur Durchführung des Vorab-Blindverfahrens

In dem Rechtsstreit
A gegen B

1. Nach Lektüre der aufbereiteten Akte **hätte ich** in der ersten Instanz wie folgt **entschieden**: *(bitte ankreuzen und ggf. ergänzen)*

Klageabweisung
Klagestattgabe
Teilweise Klageabweisung/Klagestattgabe, und zwar:

Anderweitige Entscheidung (Beweisbeschluss usw.)

2. Die **Gründe** für meine Entscheidung sind: *(mind. ein Stichwort)*

Erst nach Erhalt der vollständigen Akte und Durchsicht des erstinstanzlichen Urteils auszufüllen:

3. Ich habe meine oben unter Nr. 1 ersichtliche Vorab-Entscheidung **erneut zur Kenntnis** genommen und habe noch keinen Entscheidungsentwurf gefertigt. *(bitte ankreuzen und abzeichnen)*

Abbildung 22: Beispiel für das vom Berufungsrichter im Rahmen des Vorab-Blindverfahrens auszufüllende Formblatt

Sobald der Richter diese Vorabeinschätzung vorgenommen hätte, würde er die Akte zusammen mit dem ausgefüllten Formblatt zurück zur Geschäftsstelle geben. Diese würde dann die zuvor ausgehefteten Dokumente, insbesondere das Urteil der ersten Instanz und die Berufungsschrift, wieder der Akte hinzufügen und außerdem das ausgefüllte Formblatt zu den Akten nehmen.

Daraufhin könnte der Richter die ganze Akte erhalten und sich nun anhand der Berufungsbegründung mit seiner eigentlichen Arbeit, der Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils, befassen. Bevor er den Entwurf seiner eigenen Entscheidung vorbereiten würde, wäre er gehalten, erneut einen Blick auf das eingangs ausgefüllte Formblatt und die darin dokumentierte Vorab einschätzung zu werfen. Dass er seine Vorab einschätzung nochmals zur Kenntnis genommen hat, wird ebenfalls auf dem Formblatt vermerkt (siehe *Abbildung 22*). Damit endet das Vorab-Blindverfahren in Berufungssachen.

Das skizzierte Verfahren entspricht vollumfänglich dem Berufungszweck der eingeschränkten Fehlerkorrektur, wie er in §§ 511 ff. ZPO vorgesehen ist. Denn der Berufungsrichter wird weiterhin auf Basis der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen entscheiden – diese kann man ihm auch nicht endgültig vorenthalten –; es geht lediglich darum, dass das Vorab-Blindverfahren den Berufungsrichter in die Lage versetzt, sich zunächst ein möglichst unbeeinflusstes Bild vom Fall zu machen. Das wäre ohne Blindverfahren nicht möglich, weil es zum üblichen Ablauf der berufsrichterlichen Aktenbearbeitung gehört, als Erstes das Urteil erster Instanz zu lesen (Kapitel 2 B. II.). Hat man jedoch erst seine eigene Einschätzung einer Sache getroffen und erfährt dann, wie andere entschieden haben, gleicht man das unbewusst mit seinem eigenen Urteil ab. Durch diese Kontrastierung lässt man sich weniger leicht vom Urteil der anderen „verführen“. Insofern würde das Vorab-Blindverfahren vor allem als interne Unterstützung für den richterlichen Entscheidungsprozess dienen; die im Rahmen des Vorab-Blindverfahrens getroffene Erstein schätzung wäre nicht verbindlich.

Die Notwendigkeit, die Akte von der Geschäftsstelle vorbereiten zu lassen, ergibt sich daraus, dass es nach den Erkenntnissen rechtspsychologischer Forschung fast unmöglich ist, einmal wahrgenommene Informationen zu einem Sachverhalt zu ignorieren (dazu Kapitel 4 A. I. 3. a) dd)(2)). Was ein Richter in der Akte liest, ob unmittelbar relevant oder nicht, gelangt in sein Bewusstsein. Um das zu umgehen, sollten die Aufgaben der Aktenaufbereitung einerseits und der Aktenbearbeitung andererseits nicht von derselben Person erledigt werden. In Anlehnung an die US-amerikanische Praxis der *Trial Bifurcation* (Kapitel 4 A. I. 3. a) cc)(2); B. II.) oder der Zuständigkeitsverteilung zwischen *Judge* und *Jury*¹⁸ würden daher im Rahmen des berufsrechtlichen Vorab-Blindverfahrens die Kompetenzen so verteilt sein, dass ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle die Akte aufbereiten und die nötige Verblindung vornehmen würde, während der Richter für die weitere Aktenbearbeitung zuständig wäre.

Die schriftliche Dokumentation der richterlichen Vorab einschätzung soll dabei helfen, dass sich das eigene Urteil besser festigen kann. Wie im Vorfeld

¹⁸ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 29.

von Studie 2 erwähnt (Kapitel 4 B. II., u. a. mit Verweis auf Kapitel 4 A. I. 3. a) cc)(1)), hat die Forschung zum Rückschaufehler gezeigt, dass die Wahrscheinlichkeit für diese kognitive Verzerrung dadurch reduziert werden kann, dass ein Entscheider erst schriftlich seine eigene Sacheinschätzung abgibt, bevor er erfährt, wie der in Rede stehende Sachverhalt ausgegangen ist. Die spätere Konfrontation mit der eigenen, vorab getroffenen Einschätzung – wie im Vorab-Blindverfahren vorgesehen (siehe auch *Abbildung 22*, Nr. 3 des Formblatts) – dürfte es erleichtern, sich diese zu vergegenwärtigen und sich möglichst rational mit etwaigen Unterschieden zwischen der eigenen Auffassung und der des erstinstanzlichen Kollegen auseinanderzusetzen. Auch die berichtete Untersuchung zum Rückschaufehler hatte den Teilnehmern erneut deren Ersteinschätzungen vorgehalten.¹⁹

Wenn im Formblatt nach den Gründen für die richterliche Entscheidung im Vorab-Blindverfahren gefragt wird, so geschieht das, um den Richter zum Nachdenken über seine Entscheidung anzuregen und diese Gedanken für den Fall, dass nach Kenntnisnahme des erstinstanzlichen Urteils darauf zurückgegriffen werden soll, zu dokumentieren. Bei der Aufforderung, Gründe zu benennen, ist zu berücksichtigen, dass das Reflektieren möglicher Gründe für eine Situation unter bestimmten Bedingungen dazu führen kann, dass man im Folgenden an seiner getroffenen Einschätzung so sehr festhält, dass Gegenargumente nicht mehr voll durchdringen (sogenannter Perseveranz-Effekt, *Belief Perseverance*). Zählt man beispielsweise zwei Gründe auf, zeigt sich dieser Effekt des Beharrens auf der eigenen Einschätzung; soll man aber zehn Gründe aufzählen, tritt der Effekt nicht auf, vermutlich, weil wegen der Schwierigkeit, derart viele Gründe zu finden, auch die Überzeugung hinsichtlich der getroffenen Einschätzung sinkt.²⁰ Da es im gerichtlichen Entscheidungskontext indes in der Regel eher wenige maßgebliche Gründe für eine bestimmte Sachentscheidung gibt, oft auch nur einen einzigen Grund, erscheint es nicht angebracht, die Berufungsrichter im Vorab-Blindverfahren zur Nennung mehrerer Gründe für die getroffene Ersteinschätzung aufzufordern. Auf das Risiko des Perseveranz-Effekts war im Rahmen dieser Arbeit bei der Vorstellung des Vorab-Blindverfahrens gleichwohl hinzuweisen.

Für Berufungssachen, die vor allem Streitige Rechtsfragen enthalten, ist das Vorab-Blindverfahren möglicherweise effektiver durchzuführen als für Fälle mit Streitiger Tatsachengrundlage, weil im letzteren Fall beispielsweise die in den erstinstanzlichen Protokollen enthaltenen Beweisaufnahmen einen Hinweis darauf geben, wie das erstinstanzliche Gericht die Rechtssache sieht. Andererseits ist das Herausnehmen des Protokolls aus der Akte, sodass das Berufungsgericht es im Vorab-Blindverfahren nicht sähe, auch nicht sinnvoll,

¹⁹ *Davies*, *Organ.Behav.Hum.Dec.* 40 (1987) 50, 55, 62.

²⁰ *Nestler*, *Soc.Psychol.* 41 (2010) 35, 36 ff.

wenn das Protokoll entscheidungserhebliche Informationen enthält. Diese möglicherweise unterschiedliche Effektivität bei Tatsachen- und Rechtsfragen sollte jedoch nicht davon abhalten, das Vorab-Blindverfahren in allen Fällen einzusetzen. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass in der berufungsgerichtlichen Praxis die Tatsachenfeststellung wohl problematischer ist als die Rechtsanwendung,²¹ gleichzeitig aber die Ergebnisse von Studie 1 darauf hindeuten, dass der berufungsspezifische Bestätigungs-Bias insbesondere bei der Beurteilung von Rechtsfragen auftritt (Kapitel 4 B. I. 2. b)).

Der geschilderte Ablauf des Vorab-Blindverfahrens lässt befürchten, dass damit ein höherer Arbeitsaufwand für die Gerichte verbunden wäre. Zwar entstehen sowohl bei der Geschäftsstelle als auch beim einzelnen Berufungsrichter zusätzliche Arbeitsschritte, und grundsätzlich ist Mehrarbeit bei gleichbleibenden Personalzahlen aus psychologischer Sicht kritisch zu sehen,²² – aber der zu erwartende Aufwand dürfte nicht unverhältnismäßig hoch sein. Insofern erübrigt sich die Frage nach ökonomisierenden Kompensationsmöglichkeiten, wie einer Erhöhung der Berufungssumme²³ oder der Einführung einer reinen Zulassungsberufung.²⁴ Langfristig betrachtet könnte es sogar zu einer Entlastung der Gerichte kommen. Denn falls das Vorab-Blindverfahren tatsächlich zu einer Verringerung kognitiver Verzerrungen bei den Berufungsgerichten führen würde und damit die Qualität der Berufung verbessern würde, dürften die in der Berufungsinstanz unterlegenen Parteien insgesamt seltener einen Anlass für die Einlegung von Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde sehen. Durch den Rückgang entsprechender Verfahren wäre der *BGH* entlastet. Vielleicht könnten als Reaktion dann die Berufungsgerichte mit neuen Stellen unterstützt werden. Diese wären vermutlich sogar besonders erforderlich, wenn potentielle Berufungskläger von der Qualitätsverbesserung durch das Vorab-Blindverfahren wüssten und vor diesem Hintergrund noch eher zu einer Berufung bereit wären, als sie es unter den aktuellen Bedingungen sind.

Insgesamt dürfte der konkrete Ablauf des Vorab-Blindverfahrens in relativ unaufwendiger Weise dazu beitragen, die Anfälligkeit der Berufungsentscheidung für den irrationalen Bestätigungseffekt zu reduzieren. Das gilt vor allem

²¹ Stein/Jonas/*Althammer*²³, Vor § 511 ZPO Vorbem. Rn. 4 m. w. N.

²² Vgl. zur Belastung von Zivilrichtern den Untersuchungsbericht von *Mausz/Dickert/Hauser/Kuonath/Frey*, DRiZ 2019, 254, 254 ff.; zuvor auch spezifisch für Berufungsrichter *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 123.

²³ *Warmuth*, in: Steinrötter/Sliwiok-Born (Hrsg.), *Einflüsse*, 2017, S. 54, 74.

²⁴ Dazu beispielsweise *Gottwald*, Gutachten DJT 1996, S. A 64; *Roth*, JZ 2006, 9, 13 ff., 18; Stein/Jonas/*Althammer*²³, Vor § 511 ZPO Vorbem. Rn. 4; vgl. außerdem zum Gebot, den Zugang zum Rechtsmittel vor unzumutbaren, ungerechtfertigten Erschwerungen zu schützen, BVerfGE 88, 118, 124; *BVerfG* 12.01.1960 – 1 BvL 17/59, BVerfGE 10, 264, 268.

für Rechtsfragen, aber auch für Tatsachenfragen. Dabei kann die Aufgabe der Berufung, die Fehlerkorrektur, weiterhin problemlos erfüllt werden, und durch die hoffentlich „rationalere“ Entscheidungsfindung wäre die Erfüllung dieser Aufgabe sogar noch zuverlässiger möglich.

2. Vorab-Blindverfahren als Best Practice gegen psychologische Voreingenommenheit durch das erstinstanzliche Urteil

Das Vorab-Blindverfahren sollte sinnvollerweise als *Best-Practice*-Modell verfolgt werden. Denn solange weiterhin noch derart wenig empirische Forschung zum berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias* sowie zum verzerrenden Effekt des Blindverfahrens existiert, ist ein verpflichtendes Modell nicht vertretbar. Andererseits wäre auch bei einer reinen Wahlmöglichkeit der Parteien für oder gegen die Durchführung des Blindverfahrens zu befürchten, dass sich die Parteien nicht auf eine gemeinsame Wahl einigen können, da die erstinstanzlich obsiegende Partei kein Interesse daran haben dürfte, die Chance auf einen für sie günstigen, irrationalen Bestätigungseffekt absichtlich zu verringern. Hinzu kommt, dass etwaige zusätzliche Verfahrenskosten, die durch das Vorab-Blindverfahren entstünden, eine grundsätzlich interessierte Partei möglicherweise eher von der Wahl dieses Verfahrens abhalten könnten. Alle diese Schwachpunkte von sowohl der verpflichtenden als auch der parteiseitig wahlweisen Durchführung des Blindverfahrens verdeutlichen die Vorzüge eines *Best-Practice*-Modells, das etwa im Rahmen von Richterschulungen vermittelt werden könnte.

3. Kein Anspruch der Parteien auf Einsichtnahme der Vorab-Entscheidung

Die Entscheidung im Vorab-Blindverfahren wäre, wie erwähnt, unverbindlich und in keiner Form justiziabel. Das erstreckt sich auch auf etwaige Ansprüche der Parteien auf Einsichtnahme in die Ersteinschätzung, die das Berufungsgericht im Rahmen des Verfahrens trifft: Grundsätzlich gewährt Art. 103 Abs. 1 GG den Parteien ein Recht auf Akteneinsicht,²⁵ wie es in § 299 Abs. 1, 3 ZPO für das Zivilverfahren geregelt ist.²⁶ Das ausgefüllte Formblatt zum Vorab-Blindverfahren wäre auch Bestandteil der Akte (siehe oben 1.). Allerdings betrifft die Dokumentation des Vorab-Blindverfahrens interne Vorgänge des Gerichts, die der späteren Entscheidungsfindung dienen. Insofern ähnelt sie einem Entscheidungsentwurf und anderen vorbereitenden Arbeiten. Für

²⁵ *BVerfG* 19.01.2006 – 2 BvR 1075/05, *BVerfGK* 7, 205, 212.

²⁶ *MüKoZPO/H. Prütting*⁶, § 299 Rn. 1; *Stein/Jonas/Thole*²³, § 299 ZPO Rn. 1, vgl. *Zöller/Greger*³⁴, § 299 ZPO Rn. 4.

solche gerichtlichen Vorgänge legt § 299 Abs. 4 ZPO fest, dass die diesbezüglichen Aktenbestandteile weder vorgelegt noch schriftlich mitgeteilt werden.²⁷ Damit wäre, ob nun in direkter oder analoger Anwendung der Norm, auch die im Rahmen des Blindverfahrens getroffene Vorabentscheidung des Berufungsgerichts nicht Gegenstand einer Akteneinsicht. Die Geschäftsstelle müsste das Formblatt entweder vor einer Einsichtnahme aus der Akte entfernen oder nicht mitkopieren.²⁸

4. Zusammenfassung und Ausblick

Die Einführung eines Vorab-Blindverfahrens für zivilrechtliche Berufungen könnte einen wirksamen Beitrag gegen den berufungsspezifischen Bestätigungs-Bias und somit für die Qualitätsverbesserung der Berufung leisten. Auch für die gesamte Justiz würde das eine Qualitätsverbesserung bedeuten.

Nichts am Blindverfahren wäre verpflichtend, weder auf der individuellen Ebene die Vorabeinschätzung noch auf der allgemeinen verfahrensrechtlichen Ebene die Durchführung des Vorab-Blindverfahrens selbst. Letzteres liegt vor allem darin begründet, dass die Wirksamkeit des Vorab-Blindverfahrens als *Debiasing*-Maßnahme noch nicht hinreichend empirisch überprüft ist.

Würde sich allerdings bestätigen, was hier in Studie 2 als hoffnungsvoller Befund angeklungen ist, dann dürfte es sinnvoll sein, das Vorab-Blindverfahren im Berufsrecht dauerhaft einzusetzen. Das Verfahren bietet einen guten Nutzen bei wenig Aufwand.

Für die Zukunft bietet es sich an, dass beispielsweise einzelne Gerichte oder einzelne Bundesländer das Vorab-Blindverfahren probenhalber einführen und nach wenigen Jahren evaluieren. Für die Evaluation wäre sowohl ein Längsschnittvergleich denkbar, d. h. ein Vergleich der Bestätigungsquoten bei erledigten Berufungssachen desselben Spruchkörpers in Jahren mit und ohne Blindverfahren, als auch ein Querschnittvergleich, d. h. die Gegenüberstellung von Spruchkörpern, die das Blindverfahren nutzen, mit solchen, die es nicht nutzen, hinsichtlich ihrer Bestätigungsquote zum selben Zeitpunkt. Bei der letzteren Variante müsste sichergestellt sein, dass die miteinander verglichenen Gerichte grundsätzlich vergleichbar sind und beispielsweise ähnliche Fälle oder Sachgebiete bearbeiten. Auch ansonsten ist bei einem Querschnittvergleich der Störfaktor zu berücksichtigen, dass es zwischen den Gerichten

²⁷ Vgl. zu Hintergründen *Sendler*, in: FS Lerche, 1993, S. 833, 845 ff.; vgl. außerdem RG 12.02.1937 – III 105/36, RGZ 154, 41, 47 mit Verweis auf die „sachlich [...] grundsätzlich[e] Unverbindlichkeit“.

²⁸ Vgl., für die in § 299 Abs. 4 ZPO ausdrücklich genannten Fälle, Musielak/Voit/*Huber*¹⁸, § 299 ZPO Rn. 7.

und auch innerhalb desselben Gerichts jeweils Unterschiede hinsichtlich der Art der Erledigung von Zivilsachen gibt,²⁹ die sich auf den Ausgang des Verfahrens auswirken können. Vor diesem Hintergrund erscheint der Längsschnittvergleich vorzugswürdiger.

Die Variable, an der man die Effektivität des Vorab-Blindverfahrens messen würde, wäre die Bestätigungsquote, d. h., wie sie sich mit Blindverfahren verändert hätte. Falls wenig Veränderung zu beobachten wäre, sollte der prävalenzinduzierte Vorstellungswandel (Kapitel 4 A. II. 1. b)) als weiterer Einflussfaktor in Erwägung gezogen werden. Im Einzelnen wäre es außerdem interessant zu sehen, ob die Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO seltener würden: Es würde naheliegen, dass man in Kenntnis des erstinstanzlichen Urteilsinhalts eher zu einer eigenen Einschätzung neigt, die – wie bei § 522 Abs. 2 ZPO – mit wenig Aufwand hinsichtlich Terminierung, Verhandlung und Urteilsabfassung verbunden ist, als wenn man – wie beim Blindverfahren – gar nicht weiß, ob die Einschätzung, die man gerade trifft, zu mehr oder zu weniger Aufwand führen wird. Neben diesen quantifizierbaren Variablen wäre es außerdem wichtig, regelmäßig die Zufriedenheit der Anwender, d. h. der Berufsrichter und Geschäftsstellen, mit dem Vorab-Blindverfahren abzufragen. Auf diese Weise könnte die Einführung des Vorab-Blindverfahrens umfassend begleitet werden, um dessen Beitrag zu einer unverzerrten Entscheidungsfindung im Berufsrecht bestmöglich nutzbar machen zu können.

II. Anonymisierung von Prozessparteimerkmalen – und von Richternamen

Da personenbezogene Merkmale, die mit der Person der Prozessparteien verbunden sind, als außerrechtliche Faktoren einen verzerrenden Einfluss auf das gerichtliche Entscheidungsergebnis haben können (siehe Kapitel 4 A. I. 2.; II. 1. a)), dürfte die Anonymisierung jener Merkmale eine wirksame Gegenmaßnahme darstellen.

Dabei würden, ähnlich wie bei Stellenbewerbungen, Namen und Geschlecht der Prozessparteien für den Richter zunächst verborgen bleiben.³⁰ Die Anonymisierung könnte beispielsweise von der Geschäftsstelle vorgenommen

²⁹ Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 175, 184 f., 191 f.

³⁰ Vgl. die Praxis für Staatsanwaltschaften in San Francisco, dazu Williams, „Black People Are Charged at a Higher Rate Than Whites. What if Prosecutors Didn't Know Their Race?“, Beitrag auf der Internetseite der New York Times v. 12.06.2019, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2019/06/12/us/prosecutor-race-blind-charging.html> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024). Zum Erfolg von vergleichbaren Maßnahmen im Arbeitsrecht vgl. Zimmer/Stajcic, NZA 2017, 1040, 1042 ff.

werden – und wieder aufgehoben werden, sobald sich der Richter eine erste, schriftlich fixierte Meinung gebildet hat. Ein derartiges Vorgehen dürfte sich indes vor allem für schriftliche Verfahren und weniger gut für solche Verfahren eignen, die ein persönliches Erscheinen der Parteien erforderlich machen. Aber selbst dann könnte eine anfänglich bestehende Anonymisierung ein vielversprechendes Mittel sein, um die häufig negativ verzerrenden Auswirkungen von Geschlecht, Ethnie und Attraktivität der Prozessparteien auf das Urteil einzudämmen.

Im Berufungsverfahren sollte die Anonymisierung nicht nur Merkmale der Parteien betreffen, sondern auch ein Merkmal des erstinstanzlichen Richters – dessen Name ist eine Information, die das Berufungsgericht in seiner Entscheidungsfindung irrational beeinflussen könnte. Das haben die Erfahrungen in einer Vorstudie für Studie 1 gezeigt, wo ein Teilnehmer das zu überprüfende Urteil eines fiktiv benannten Richters damit kommentiert hatte, dass ihm dieser Kollege bekannt sei und er üblicherweise anders urteile (Kapitel 4 B. I. 3.). Auch in der Praxis passiert es in Berufungsverhandlungen nicht selten, dass das Gericht bei der Einführung in den Sach- und Streitstand nochmals im erstinstanzlichen Urteil nachliest, von welchem Kollegen dieses eigentlich kommt. Aus psychologischer Sicht kann das zu Verzerrungen aufgrund von persönlicher Bekanntheit (Kapitel 3 B. III. 3. b)) führen, wobei sich außerdem der Haloeffekt (Kapitel 4 A. I. 2.) auswirken könnte, insofern, als man von sympathischen Kollegen auch eher ein fehlerfreies Sachurteil erwarten würde.

Um derartige Verzerrungen in der berufungsgerichtlichen Entscheidungsfindung zu vermeiden, müssten sowohl der Name des entscheidenden Richters im Rubrum des erstinstanzlichen Urteils als auch dessen Unterschrift unter dem Urteil unkenntlich gemacht werden; gegebenenfalls könnte auch das Aktenzeichen miterfasst sein. Das würde keinen nennenswerten Aufwand bedeuten. Zugleich bestünde aber kein Risiko mehr, dass das Berufungsgericht bei seiner Prüfung des angefochtenen Urteils in seiner Wahrnehmung und Entscheidung davon beeinflusst wäre, welches bewusste oder unbewusste Bild es von der Kompetenz des jeweiligen Kollegen hat. Ausnahmen bilden selbstverständlich Einzelfälle, in denen das Berufungsgericht wegen klein zugechnittener Zuständigkeitsbereiche schon weiß, wer in der ersten Instanz entschieden hat. Unabhängig davon ist die Anonymisierung ein gutes und kostengünstiges Mittel gegen mögliche Urteilsverzerrungen, die sich aus Merkmalen der Parteien oder des erstinstanzlichen Richters ergeben könnten.

III. Randomisierung vermeidet Reihenfolge-Effekte

Die Analyse psychologischer Effekte in Kapitel 4 hat auch gezeigt, dass die Reihenfolge, in der sich das Gericht mit den zur Bearbeitung anstehenden Sachen befasst, eine Auswirkung auf den Erfolg in der Sache haben kann (Kapitel 4 A.I.3.b); II.1.c)). Allerdings scheint nach dem bisherigen Forschungsstand nicht eindeutig festzustehen, ob ein Berufungserfolg zu Beginn oder zum Ende einer zeitlichen Abfolge wahrscheinlicher ist. Insofern ist ebenfalls noch nicht geklärt, welche psychologischen Mechanismen aufseiten der Entscheider primär zum Tragen kommen. Daher ist die Implementierung möglicher Gegenmaßnahmen derzeit grundsätzlich nicht sinnvoll, zumal die Auswahl der geeigneten Maßnahme davon abhängt, welcher Mechanismus konkret wirkt.³¹ Davon unabhängig kann man jedoch eine Randomisierung der Fallabfolge, auch bei der Terminierung, erwägen. Eine solche zufällige Anordnung der Berufungssachen kann dabei helfen, etwaige Reihenfolge-Effekte zu minimieren, egal, in welche Richtung sie eigentlich wirken.³² Zudem wird dadurch den Parteivertretern die Möglichkeit genommen, aus Kalkül bestimmte Verhandlungs- und Befassungszeitpunkte zu forcieren, die ihnen vor dem Hintergrund der berichteten psychologischen Befunde günstig erscheinen.

Daneben könnten der Gesetzgeber oder die Gerichtsorganisationen ihrerseits Gegenmaßnahmen zu urteilsverzerrenden Reihenfolge-Effekten treffen, indem sie eine Höchstzahl von am Tag zu verhandelnden Sachen vorgeben und so die Durchführung von Massen- und Sammelterminen – aus Gründen der Objektivität der Rechtspflege – eingrenzen. Einwände, wie Knappheit der Sitzungsräume und des Personals, dürften im Rahmen einer Schutzgüterabwägung zurückstehen und in der Praxis überwindbar sein.

IV. Unterstützung der Gerichte durch informationstechnische Systeme

Berufungsgerichte sollten in ihrer Entscheidungsfindung durch informationstechnische Systeme unterstützt werden. Alle bisher diskutierten Ideen könnten besser umgesetzt werden, wenn die Gerichte in größerem Umfang als bisher computergestützt arbeiten würden: Das Blindverfahren ließe sich bei-

³¹ *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 54.

³² *Plonsky/Chen/Netzer/Steiner/Feldman*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 55 f.

spielsweise bei elektronischer Aktenführung i. S. v. § 298a ZPO³³ deutlich einfacher durchführen, da die Aufbereitung der Akte nicht mehr von der Geschäftsstelle vorgenommen werden müsste, sondern sich von vornherein als Arbeitsschritt in die elektronische Akte einprogrammieren ließe. Die gesamte Akte würde dem Richter dann automatisch freigeschaltet, sobald er seine Vorab einschätzung getroffen hätte. Auch die Anonymisierung von Parteimerkmalen und von Richternamen könnte mithilfe informationstechnischer Systeme schneller und effizienter durchgeführt werden. Dasselbe gilt für die im vorangehenden Abschnitt erwähnte Randomisierung von Verhandlungsterminen, die vermutlich erst durch den Gebrauch informationstechnischer Systeme sinnvoll möglich wäre.

Hieran zeigt sich eine nützliche Einsatzmöglichkeit informationstechnischer Systeme zur Verbesserung des richterlichen Entscheidungsfindungsprozesses – im Gegensatz zum aktuell häufig besprochenen Einsatz von Künstlicher Intelligenz bei Gericht, was mittelfristig noch nicht hinreichend ausgereift zu sein scheint (siehe Kapitel 4 A. I. 2.).

V. Mehr Einzelrichter; Maßnahmen gegen verzerrende Gruppeneffekte bei Kollegialentscheidungen

Nach den statistischen und psychologischen Ergebnissen dieser Arbeit sollte der Einsatz des Einzelrichters deutlich positiver gesehen werden und daher auch in der Praxis gegenüber der kollegialen Entscheidungsfindung bevorzugt werden (1.). Dort, wo dennoch der gesamte Spruchkörper als Kollegium entscheidet, wäre es hilfreich, Maßnahmen gegen kognitiv verzerrende Gruppeneffekte zu ergreifen (2.).

1. Stärkung des Einzelrichter-Modells

Das Einzelrichter-Modell im deutschen Zivilprozess kann durch die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit gestärkt werden. Während die rechtswissenschaftliche Literatur die Kollegialentscheidung als überlegen gegenüber der Einzelrichterentscheidung ansieht, ist aus psychologischer Sicht tatsächlich die Einzelrichterentscheidung vorzugswürdiger. Wer alleine und ohne den Austausch mit der Gruppe entscheidet, ist weniger von kognitiven Verzerrungen betroffen (Kapitel 4 A. I. 3. c) aa) (3); bb); II. 1. d)). Auch aus statistischer Sicht haben die Berufungen gegen Einzelrichterurteile ähnlich häufig Erfolg

³³ Zur elektronischen Akte Hoeren/Sieber/Holzner/Kersting/Wettich⁵⁷, Teil 24 Rn. 114 ff.; Gogger, DRiZ 2016, 420, 423; Viehues, DRiZ 2015, 312, 314 ff.; s. aber den kritischen Bericht aus der Praxis bei Gundlach, DRiZ 2020, 48, 48 ff.

wie die Berufungen gegen Kammerurteile (Kapitel 3 B. II. 5.). Das bedeutet, dass der Entscheidungsfindung und -zuständigkeit im Richterkollegium kein Vorteil innewohnt, der bei der Erreichung des Reformations- und Kassationszwecks der Berufung hilfreich sein könnte (siehe auch oben A. III.). Im Gegenteil ist die gerichtliche Kollegialentscheidung wegen der möglichen Verzerrungseffekte grundsätzlich sogar nachteilig. Daher wäre ein verstärkter Einsatz von Einzelrichtern nicht nur ressourcenschonend, sondern auch eine zuverlässigere Garantie für möglichst unbeeinflusste Sachentscheidungen. Das gilt sowohl für die erste Instanz als auch für die Berufung, wo die kollegiale Entscheidungsfindung eigentlich als besonderes Kompetenzkriterium der Gerichte gilt.³⁴

Ergänzend ist das Ergebnis aus Kapitel 3 (B. II. 6.) zu erwähnen, dass Berufungen vor dem Einzelrichter etwa doppelt so häufig Erfolg haben wie Berufungen, die von der Zivilkammer oder dem Zivilsenat entschieden werden. Wie bereits in Kapitel 3 erwähnt, ist es nur eingeschränkt möglich, aus diesem Befund eindeutige Schlussfolgerungen zu ziehen, da wegen der unterschiedlichen Zuständigkeitsvoraussetzungen nach §§ 526, 527 ZPO auch unterschiedliche Grundgesamtheiten von Fällen bei Einzelrichterentscheidungen einerseits und Kollegialentscheidungen andererseits vorliegen könnten. Eine mögliche Erklärung für die deutlich erhöhte Erfolgsquote von Berufungen vor dem Einzelrichter wäre allerdings, dass der berufungsspezifische Bestätigungs-*Bias* dort weniger ausgeprägt ist als beim Kollegialgericht. Das würde sich vor dem Hintergrund psychologischer Befunde erklären, wonach kognitive Verzerrungen bei gemeinsamer, kollegialer Entscheidungsfindung in größerem Ausmaß auftreten (Kapitel 4 A. I. 3. c) bb)). Würde der berufungsspezifische Bestätigungs-*Bias* auch tatsächlich häufiger bei Kollegialentscheidungen als bei Einzelrichterentscheidungen vorkommen, dann ergäbe sich ein Schwachpunkt in der berufungsgerichtlichen Entscheidungsfindung, den die Parteien und ihre Anwälte im konkreten Fall strategisch ausnutzen könnten.³⁵ Um das nicht zu riskieren, sollte entweder die Einzelrichterentscheidung in Berufungssachen noch häufiger die Regel sein – oder jedenfalls soll-

³⁴ Vgl. *Dalton*, Yale L.J. 95 (1985) 62, 63 Fn. 6: „[...] the collegial decision-making often associated with appellate courts’ unique competence“; vgl. ebenso *Andrews On Civil Processes I*, 2013, Rn. 15.05: „working as a team“; vgl. historisch zur mutmaßlich sachgemäßen Beurteilung durch ein Kollegialgericht *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), *Materialien*², 1881, S. 140, 148; dazu auch Entwurf eines Berichts des bayerischen Justizministeriums an den König von November 1871, abgedruckt in *Schubert*, *Entstehung*, 1. Halbband, 1987, S. 477, 479, 481.

³⁵ Vgl. zu anwaltlicher Taktik bei der Frage nach Übertragung auf den Einzelrichter *Doukoff*, *Zivilrechtliche Berufung*⁶, Rn. 1077 ff., der jedoch meint, dass aus Anwaltssicht die Übertragung auf den Einzelrichter „nach Möglichkeit zu verhindern“ sei.

ten für die Berufungen vor der Kammer und dem Senat entsprechende *Debiasing*-Maßnahmen eingeführt werden (dazu sogleich).

2. Maßnahmen gegen verzerrende Effekte in Kammer- und Senatsentscheidungen

Für den Fall, dass das Berufungsgericht als Kollegium entscheidet, sind die nachteiligen gruppenpsychologischen Auswirkungen auf die Urteilsfindung (Kapitel 4 A. I. 3. c); II. 1. d)) ein besonders berücksichtigenswerter Einflussfaktor. In Kapitel 4 (A. I. 3. c) aa) (4); cc)) wurden bereits Maßnahmen erwähnt, die im Sinne eines *Debiasing* dazu beitragen könnten, etwaigen negativen Effekten der Kollegialberatung und -entscheidung entgegenzutreten. Dazu könnte beispielsweise gehören, dass die Richter vor ihrer gemeinsamen Beratung zunächst für sich alleine entscheiden und dieses Einzelvotum, ähnlich wie im hier vorgeschlagenen Vorab-Blindverfahren (oben I. 1.), auch schriftlich festhalten. Erst danach dürfte die Beratung mit den Kollegen stattfinden. Das würde den erwähnten Schwächen des § 197 GVG entgegenzutreten. Ebenfalls denkbar wäre eine Mehrheitsabstimmung ohne vorherige Diskussion, weil empirisch nachgewiesen ist, dass das reine Aggregieren von unabhängigen Einzelentscheidungen in der Summe zu „besseren“ Ergebnissen als die einzelne Entscheidung führt (siehe Kapitel 4 A. I. 3. c) aa) (1)). Ferner könnte man die Möglichkeit von *Dissenting Opinions* schaffen (Kapitel 4 A. I. 3. c) cc)), um den Entscheidern etwaigen Druck zur Einstimmigkeit zu nehmen. Schließlich könnte eine weitere Maßnahme gegen verzerrende Effekte darin liegen, die Mitglieder des Spruchkörpers häufig auszuwechseln, weil das Ausmaß von kognitiven Verzerrungen bei lange zusammenarbeitenden, sich als Einheit identifizierenden Gruppen höher ist, als wenn die Gruppenidentität noch nicht so stark ausgebildet ist (Kapitel 4 A. I. 3. c) aa) (3); (4)). Davon unabhängig dürfte es empfehlenswert sein, dass die Kollegialgerichte ihrerseits die bisher gelebten internen Vorgänge reflektieren – selbst wenn das bloße Bewusstmachen von potentiell verzerrenden Vorgängen, wie erwähnt, noch nicht ausreicht, um die daraus folgenden Effekte nicht auftreten zu lassen. In Verbindung mit den anderen, eher technischen Maßnahmen dürfte das Bewusstmachen aber nur vorteilhaft sein. Alle genannten *Debiasing*-Maßnahmen für kollegiale Gerichtsentscheidungen hätten möglicherweise den positiven Nebeneffekt, dass sie auch auf etwaige Schwierigkeiten mit hierarchisch-tradierten Arbeitsweisen im Kollegium antworten.³⁶

Wenn es gelänge, unerwünschte gruppenpsychologische Effekte bei der richterlichen Urteilsfindung zu reduzieren, wäre nicht nur der Gewinn auf

³⁶ Mit einem Bericht derartiger Schwierigkeiten *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald*, Arbeitsplatz Gericht, 2002, S. 210; zu den Befunden s. auch oben Kap. 4 Fn. 442.

Ebene der Berufungsinstanz groß. Denn falls man die erwähnten *Debiasing*-Maßnahmen schon für Kollegialentscheidungen der ersten Instanz anwenden würde, könnte aufgrund der dadurch erhöhten Qualität und Akzeptanz erstinstanzlicher Urteile vielleicht auch die Berufsquote gegen Kammerentscheidungen verringert werden. Das würde die Justiz insgesamt entlasten.

VI. Spezialisierung der Berufsgerichte nicht weiter forcieren

In den vergangenen Jahren sind die Zivilgerichte spezialisierter geworden. Die Einführung und Erweiterung der §§ 72a, 119a GVG ist Ausdruck der Auffassung, dass spezialisierte Richter entsprechend fachkompetentere Urteile liefern als „Generalisten“.³⁷ Dieser Qualitätsgewinn wird im Übrigen für erforderlich gehalten, um die in einigen Bereichen mutmaßlich eingetretene partielle Asymmetrie der Spezialisierung zwischen Anwaltschaft und Justiz zu beseitigen.³⁸ Auf den Bereich der Berufung angewandt, müsste man folglich erwarten, dass spezialisierte Spruchkörper an den Berufsgerichten eine bessere Richtigkeitskontrolle des erstinstanzlichen Urteils leisten können. Wenn also Fehler mit einer höheren Wahrscheinlichkeit gefunden und korrigiert werden, dann müsste die Erfolgsquote von Berufungen in diesen Sachgebieten höher sein als bei den nicht-spezialisierten Berufungskammern und -senaten. Die Ergebnisse der statistischen Analyse in Kapitel 3 (B.II.4.) konnten diese Vermutung nicht eindeutig bestätigen. Für die Berufungen vor den Landgerichten fanden sich nämlich keine beachtenswerten Unterschiede; für die oberlandesgerichtlichen Berufungen ergaben sich überdurchschnittliche Erfolgsquoten vor allem im Bereich des Kartellrechts, wobei es sich dort auch um die Eigenheiten eines einzelnen Sachgebiets handeln könnte. Insgesamt besteht damit aus statistischer Sicht jedenfalls kein Anlass dafür, die Spezialisierung der Berufsgerichte weiter voranzutreiben.

Dafür spricht auch der psychologische Befund, dass die Anfälligkeit für kognitive Verzerrungen mit zunehmender Expertise im betreffenden Fachbereich ansteigen kann (Kapitel 4 A.I.3.a)cc)(2)). In der für die vorliegende Arbeit durchgeführten Studie wurde dieser Zusammenhang zwischen Expertise und *Bias*-Anfälligkeit zwar nicht direkt untersucht, aber es ging immerhin um die Auswirkungen von gerichtlicher und berufsgerichtlicher Berufserfahrung, was mittelbar mit fachlicher Expertise assoziiert sein dürfte. Da sich jedoch kein Effekt dieser Parameter auf das Auftreten berufungsspezifischer

³⁷ S. BT-Drs. 19/13828, S. 14 („Mit der Spezialisierung wird die Qualität richterlicher Arbeit gesteigert [...]“); BT-Drs. 18/11437, S. 44f. Weitere Nachweise s.o. Kap. 3 in Fn. 163.

³⁸ BT-Drs. 19/13828, S. 14; *Meller-Hannich/Nöhre*, NJW 2019, 2522, 2526; *G.-P. Calliess*, Gutachten DJT 2014, S. A 96; *Selk*, ZRP 2019, 125, 125.

kognitiver Verzerrungen gezeigt hatte (Kapitel 4 B. I. 2. b)), ist auch aus dieser Perspektive kein offensichtlicher Vorteil spezialisierter, fachlich erfahrener Spruchkörper zu erkennen. Daher kann man darüber nachdenken, die Einrichtung und den Ausbau von Spezialkammern und -senaten in Berufungssachen nicht weiter zu forcieren. Dasselbe gilt vermutlich auch für die erste Instanz.³⁹

VII. System der Berufungszulassung überdenken

Die statistische Analyse in Kapitel 3 hat ergeben, dass zugelassene Berufungen mit geringerer Wahrscheinlichkeit Erfolg haben als Berufungen, die wegen Überschreitung der Wertgrenze statthaft sind (Kapitel 3 B. II. 7.). Zwar handelt es sich bei dieser Differenz nur um wenige Prozentpunkte, aber trotzdem ist der Befund überraschend – müsste man doch annehmen, dass Rechts-sachen, bei denen sogar der erstinstanzliche Richter von der Notwendigkeit einer Überprüfung ausgeht, eher eine überdurchschnittlich große Chance auf berufungsgerichtliche Korrektur haben. Dabei ist allerdings auch zu bedenken, dass von allen zulassungsbedürftigen Urteilen erster Instanz jedenfalls an den Amtsgerichten nur etwa zehn Prozent zur Berufung zugelassen werden (Kapitel 3 A. VII.). An den Landgerichten werden dagegen fast alle erstinstanzlichen Urteile, für die § 511 Abs. 4 S. 1 ZPO zu prüfen ist, in die nächste Instanz gelassen (Kapitel 3, a. a. O.).

Aus psychologischer Sicht ist es daher nicht auszuschließen, dass bei der Entscheidung für oder gegen die Berufungszulassung irrationale Verzerrungseffekte wirksam werden. Möglicherweise ist der erstinstanzliche Richter erstens so von seinem Urteil überzeugt, dass er die Berufung nicht zulässt, obwohl das im betreffenden Fall angebracht wäre⁴⁰ (sogenannter *Self-Serving Bias*), und möglicherweise lässt er, zweitens, vor allem diejenigen Urteile zur Berufung zu, die er in Erwartung der berufungsgerichtlichen Überprüfung besonders sorgfältig abgefasst hat und für die dann auch eine geringere Chance auf Berufungserfolg bestünde (siehe Kapitel 3 B. II. 7.).

Die Statistiken, zusammen mit den psychologischen Erklärungsansätzen, könnten ein Indiz dafür sein, dass das Berufungszulassungsverfahren nicht hinreichend gut funktioniert. Das System der Berufungszulassung sollte daher überdacht werden. Auf den ersten Blick bieten sich zwei Optionen an: Um die kognitiven Verzerrungen in der Entscheidungsfindung des erstinstanzlichen Richters bei der Entscheidung über die Zulassung zu umgehen, könnte man

³⁹ So auch, aus anderen Gründen, *Neumann*, DRiZ 2018, 59, 59.

⁴⁰ *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 176 f.; vgl. *Kern*, in: Gascón Inchausti/Hess (Hrsg.), *Future of the European Law of Civil Procedure*, 2020, S. 223, 236; vgl. zu parallelen Erwägungen in den Vereinigten Staaten von Amerika *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell L.Rev.* 86 (2001) 777, 815.

nicht mehr das Eingangsgericht, sondern – wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – das Berufungsgericht über die Zulassung der Berufung entscheiden lassen. Abgesehen davon, dass auch beim Berufungsgericht wiederum eigene kognitive Verzerrungen wirksam werden können, etwa der berufungs-spezifische Bestätigungs-*Bias*, wäre diese Maßnahme nicht wirtschaftlich, weil der erhöhte Personalaufwand außer Verhältnis zu den geringen Streitwerten von höchstens 600 Euro stünde. Die zweite Option wäre die vollständige Abschaffung der Wertgrenze, mit der Folge, dass die Entscheidung über die Berufungszulassung ganz entfiere. Das wäre zwar für die erstinstanzlich vor den Landgerichten erledigten Berufungen praktikabel, weil dort ohnehin nahezu alle zulassungsbedürftigen Urteile auch für die Berufung zugelassen werden – aber für die amtsgerichtlichen Urteile wäre das nicht sinnvoll. Zwar ist die Zulassungsberufung für Rechtssachen unterhalb des Berufungsstreitwerts für die Parteien eine Erweiterung ihrer Zugangschancen zum Rechtsmittelgericht,⁴¹ aber sie führt gleichzeitig immerhin dazu, dass an den Amtsgerichten über 92.000 Bagatellverfahren von der berufsgerichtlichen Überprüfung ferngehalten werden (Kapitel 3 A. VII.). Würden diese Rechtssachen doch von vornherein mit der Berufung angreifbar sein, ergäbe sich eine nicht hinnehmbare „Fallflut“ vor den Landgerichten als Berufungsinstanz.

Mithin ist an dieser Stelle keine gute Änderungsmöglichkeit im System der Berufungszulassung auszumachen. Die Ergebnisse aus den statistischen und psychologischen Betrachtungen könnten gleichwohl einen Anlass für künftige Diskussionen zur Zulassungsberufung bieten.

VIII. Berufungsgerichte: Bewusstsein schaffen, zur Reflektion anregen

Als Maßnahme gegen kognitive Verzerrungen reicht es zwar nicht aus, wenn sich Entscheider der Möglichkeit dieser Verzerrungen bewusst sind (siehe Kapitel 4 A. I. 3. a) aa) (3)), aber das Bewusstmachen ist dennoch eine wichtige Grundlage, um weitere *Debiasing*-Maßnahmen sinnvoll durchführen und ermöglichen zu können. Daher sollte weiterhin versucht werden, die Aufmerksamkeit der Gerichte auf kognitive Verzerrungen in der richterlichen Entscheidungsfindung zu richten. Für die Berufungsgerichte ginge es insbesondere um Aufklärung über den berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias*, wie er in dieser Arbeit beschrieben wurde.

Ein weiterer Punkt, der für Berufungsgerichte besonders relevant sein dürfte, ist die Information und Reflektion über die zwei Arten („Systeme“) des menschlichen Denkens. Da bei Berufsrichtern ein größerer Anteil in-

⁴¹ BT-Drs. 14/4722, S. 60, 65.

tuitiven Denkens („System 1“) statt deliberativen Denkens („System 2“) als bei erstinstanzlichen Richtern beobachtbar ist (Kapitel 4 A. II. 1. b)), liegt es gerade für die Arbeit von Berufungsgerichten nahe, über Maßnahmen nachzudenken, die eine Einhegung der intuitiv gefassten Auffassung ermöglichen.⁴² Das soll nicht bedeuten, dass intuitives Denken weniger vorzugswürdig ist. Aber das Vertrauen in die eigene Intuition – als erster Eindruck von einer Rechtssache – könnte vielleicht öfter selbstkritisch hinterfragt werden. Die Verantwortung hierfür liegt zunächst bei jedem Entscheider; gleichzeitig kann das Verfahrensrecht möglicherweise Rahmenbedingungen schaffen, um die Anteile „rationaleren“, unverzerrten Denkens zu erhöhen.⁴³ Ein Indiz dafür, dass die verfahrensrechtliche Ausgestaltung die Wahrscheinlichkeit verzerrter Urteile beeinflussen kann, zeigt sich an dem in Kapitel 4 berichteten Befund, dass niederländische Richter bei entsprechenden Tests besser abschneiden als US-amerikanische Richter – vermutlich, weil sie innerhalb ihres Systems zu mehr deliberativem Denken angehalten werden (Kapitel 4 A. I. 3. d) bb)). Denn auch wenn das Vermeiden kognitiver Verzerrungen keine leichte Aufgabe ist, sind Richter unter bestimmten Bedingungen dazu in der Lage, ihre zuweilen irreführende Intuition und die damit verbundenen kognitiven Verzerrungen zurückzudrängen.⁴⁴

Im Rahmen der Reflektion über den Einfluss kognitiver Verzerrungen auf die Berufungsentscheidung könnte man grundsätzlich auch darüber nachdenken, den Berufsrichtern noch eine bessere Rückmeldung über ihre Entscheidungen zu ermöglichen. Derartiges Feedback kann helfen, das Risiko verzerrter Wahrnehmung und Entscheidung, etwa in Form des prävalenzinduzierten Vorstellungswandels (dazu Kapitel 4 A. II. 1. b)), zu reduzieren.⁴⁵ Über Revisionsentscheidungen werden die jeweiligen Berufungskammern und -senate auch informiert; bloß dürfte das erstens nur sehr zeitversetzt erfolgen und zweitens kann auch das Revisionsgericht keine objektive Rückmeldung dazu geben, ob das ursprünglich in Rede stehende Urteil tatsächlich fehlerhaft und korrekturbedürftig war. Beides ist nachteilhaft, weil Feedback vor allem dann langfristig gegen kognitive Verzerrungen wirksam werden kann, wenn es zeitlich unmittelbar erfolgt und wenn es Fragen betrifft, die sachlich eindeutig zu beantworten sind (Kapitel 4 A. I. 3. a) aa)(2); cc)(1)). Hier könnte jedenfalls ein schnelleres Revisionsverfahren einen kleinen Beitrag leisten.

⁴² Vgl. für Richter im Allgemeinen *Rachlinski/Wistrich*, *Annu.Rev. Law Soc.Sci.* 13 (2017) 203, 223.

⁴³ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 33; vgl. auch *Arntz*, *JR* 2017, 253, 263.

⁴⁴ *Rachlinski*, *Rechtstreeks* 2/2012, 15, 29, 32 mit Verweis auf *Wistrich/Guthrie/Rachlinski*, *U.Pa.L.Rev.* 153 (2005) 1251, 1316 ff. und *Rachlinski/Guthrie/Wistrich*, *JELS* 8 (2011) 72, 72 ff.; s. auch Kap. 4 Fn. 313.

⁴⁵ Vgl. *Lyu/Levari/Nartker/Little/Wolfe*, *Psychon.Bull.Rev.* 28 (2021) 1906, 1908 ff.

Darüber hinaus wären auch freiwillige Supervisionsangebote eine Gelegenheit, um möglichst zeitnah eine externe Rückmeldung zur eigenen Sachentscheidung zu bekommen. Im Kontext der Supervision könnten wiederum Elemente des Vorab-Blindverfahrens eingesetzt werden, beispielsweise, indem die Teilnehmer der Supervisionsgruppe zunächst ebenfalls nicht wüssten, wie erstinstanzlich entschieden wurde und sich daher ein eigenes Vorab-Urteil bilden müssten.

IX. Erstinstanzliche Gerichte: Bewusstsein schaffen, besseres Feedback

Nicht nur bei den Berufungsgerichten, sondern auch bei den erstinstanzlichen Gerichten ist ein Bewusstsein für kognitive Verzerrungen empfehlenswert. Die Richter in der ersten Instanz sollten wissen, dass sie durch ihre Entscheidungen in der Sache, jedenfalls in Rechtsfragen, wegen des berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias* auf irrationale Weise eine gleichlautende Entscheidungstendenz des Berufungsgerichts bewirken können. Daraus entspringt eine Verantwortung, in der Sache ausdrücklich keine Gleichgültigkeit walten zu lassen, sondern im Interesse einer chancengerechten Behandlung der Parteien sorgfältig zu prüfen und sich entsprechend zu positionieren. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen sich das Eingangsgericht möglicherweise also bloße „Durchgangsinstanz“ begreift (siehe dazu Kapitel 3 A. I.).

Auch das soeben angesprochene Feedback zu eigenen Sachentscheidungen könnte für die erste Instanz verbessert werden.⁴⁶ Zwar wird den erstinstanzlichen Gerichten die Akte nach einer Berufungsentscheidung erneut, zur Information, vorgelegt, aber das geschieht wiederum sehr zeitversetzt und erreicht nicht zwingend den Richter, der das erstinstanzliche Urteil erlassen hat. Denn die Vorlage der Akte erfolgt gegenüber demjenigen, der für das jeweilige Dezernat zuständig ist, und das kann gerade bei Proberichtern nach einiger Zeit schon jemand anderes als der bei Urteilerlass zuständige Dezernent sein. Vor diesem Hintergrund könnte entweder eine kürzere Verfahrensdauer in Berufungssachen dazu beitragen, dass das Feedback in Form der Berufungsentscheidung auch beim Richter der Eingangsinstanz ankommt, oder man könnte dieses Ziel dadurch erreichen, dass neben dem aktuellen auch der damalige Dezernatsbearbeiter über Existenz und Inhalt der berufungsgerichtlichen Entscheidung informiert wird. Diese Information kann dazu anregen, über das eigene Urteil erneut zu reflektieren.⁴⁷ Ergänzend könnten auch die statistischen Daten zu den erledigten Berufungsverfahren im Allgemeinen so-

⁴⁶ Vgl. allgemein *Rachlinski/Wistrich*, *Annu.Rev. Law Soc.Sci.* 13 (2017) 203, 223.

⁴⁷ Vgl. *Rachlinski/Wistrich*, *Annu.Rev. Law Soc.Sci.* 13 (2017) 203, 223.

wie zu einzelnen Parametern (siehe Kapitel 3) den Ausgangspunkt für eine „positive Fehlerkultur“⁴⁸ an den Gerichten bilden. Gerade in Anbetracht der systemischen und qualitativen Interdependenz von erster Instanz und Berufungsinstantz⁴⁹ stünde zu erwarten, dass sich daraus gute Bedingungen für eine Verbesserung des Zivilverfahrens insgesamt schaffen lassen.

X. Zusammenfassung

Als Reaktion auf die statistischen und psychologischen Befunde dieser Arbeit kommen mehrere Änderungsmöglichkeiten für die zivilrechtliche Berufung in Betracht. Allen voran könnte die Einführung eines Vorab-Blindverfahrens die berufungsgerichtliche Entscheidungsfindung insofern verbessern, als sie das Auftreten des berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias* voraussichtlich eindämmen würde. Daneben bieten sich weitere konkrete Maßnahmen zur Reduktion kognitiver Verzerrungen an, nämlich die Anonymisierung von personenbezogenen Merkmalen der Parteien und des erstinstanzlichen Richters, außerdem die Randomisierung von Verhandlungsterminen sowie die Unterstützung der Gerichte durch informationstechnische Systeme. Im Allgemeinen haben die Ergebnisse dieser Arbeit darüber hinaus das Einzelrichter-Modell gestärkt und die zunehmende Spezialisierung von Spruchkörpern infrage gestellt. Ebenso könnte man erwägen, das System der Berufungszulassung zu überdenken. Hilfreich dürfte es außerdem sein, wenn sowohl die Berufungsgerichte als auch die erstinstanzlichen Gerichte sich der Anfälligkeit für kognitive Verzerrungen bewusst sind und ihre Entscheidungsfindung entsprechend reflektieren. Insgesamt ergibt sich damit eine größere Zahl an Möglichkeiten, um die Erkenntnisse der Statistik und Psychologie auf der Ebene des Verfahrensrechts und der Verfahrenspraxis zu berücksichtigen.

C. Ergebnis zu Kapitel 5

Dieses Kapitel hat sich den rechtspraktischen und -politischen Implikationen der Befunde aus den Kapiteln 3 und 4 gewidmet. Als Ergebnis steht fest, dass das Rechtsmittel der Berufung als Fehlerkorrektur grundsätzlich gut funktioniert, aber dass es auch Verbesserungspotential gibt. Dieses Verbesserungspotential, sichtbar als Diskrepanz zwischen „Ideal“ und Wirklichkeit, zeigt sich aus der Perspektive von Statistik und Psychologie. Im zweiten Teil dieses Kapitels wurden daher verschiedene Ideen diskutiert, wie man die gewünschten Verbesserungen für die zivilrechtliche Berufung erreichen

⁴⁸ Vgl. *Röhl*, VERW 35 (2002), Beiheft 5, 67, 76 f.

⁴⁹ Vgl. *Shavell*, J. Legal Stud. 24 (1995) 379, 409, 425 f.

könnte. Unter insgesamt neun Änderungsmöglichkeiten im Verfahren nimmt der Vorschlag eines Vorab-Blindverfahrens an den Berufungsgerichten dabei eine zentrale Position ein. Mit diesem Vorab-Blindverfahren soll das Aufkommen des berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias* reduziert werden, was die Treffsicherheit und Qualität der Berufung wiederum erhöhen würde. Für belastbare Aussagen hierzu wäre indes zunächst ein probeweiser Einsatz des Blindverfahrens an mehreren Gerichten erforderlich. Während die übrigen besprochenen Möglichkeiten zwar nicht derart konkret wie das Vorab-Blindverfahren auf eine bestimmte kognitive Verzerrung antworten, können sie aber ihrerseits als allgemeine und umfassende Maßnahmen ebenso dazu beitragen, die zivilrechtliche Berufung bestmöglich den statistischen und psychologischen Befunden anzupassen.

Kapitel 6

Schluss

Die voranstehenden Kapitel haben den Zweck der Berufung als eingeschränkte Fehlerkontrolle für das deutsche Zivilprozessrecht hinterfragt. Konkret ging es darum, ob die Berufungsgerichte ihre Aufgabe unter den gegebenen Voraussetzungen gut erfüllen können oder ob sie in ihrer Entscheidungsfindung vielleicht von irrationalen, kognitiven Verzerrungen betroffen sind.

Das *Ziel* dieser Untersuchung war es, belastbar zu zeigen, welche kognitiven Verzerrungseffekte in der berufungsrichterlichen Entscheidungsfindung wirksam werden und wie diese sich auf die Erfolgswahrscheinlichkeit von Berufungen auswirken können.

Hierfür wurde ein interdisziplinärer *methodischer Ansatz* gewählt. Die zivilrechtliche Berufung wurde unter Zuhilfenahme von quantitativ-statistischen Methoden aus dem Blickwinkel der Statistik (Kapitel 3) und der Psychologie (Kapitel 4) betrachtet. Auch eine eigene empirisch-experimentelle Studie zu berufungsspezifischen kognitiven Verzerrungen wurde im Rahmen dieser Arbeit mit insgesamt 136 Berufsrichtern durchgeführt.

Die quantitativen *Ergebnisse* dieser Studie, zusammen mit den hergeleiteten psychologischen Erklärungsansätzen, legen nahe: Berufsrichter unterliegen bei ihrer Entscheidungsfindung einer kognitiven Verzerrung, und zwar dem berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias*. Das führt zu einer irrationalen Tendenz, das erstinstanzliche Urteil aufrechtzuerhalten. Zwar wirken in der richterlichen Entscheidungsfindung, wie diese Arbeit ebenfalls dargestellt hat, grundsätzlich verschiedene *Biases*, aber hier wurde konkret das Wirksamwerden eines Phänomens, das spezifisch in der Berufung auftritt, herausgearbeitet.

Die psychologischen Befunde werden untermauert durch die statistischen Ergebnisse dieser Arbeit. Nach den Berechnungen aus Kapitel 3 beträgt die Erfolgsquote von Berufungen insgesamt 21,45 Prozent. Die Höhe dieser Quote ist aus zweierlei Gründen negativ zu bewerten: Erstens sollte die Erfolgsquote von Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile laut dem vorgeschlagenen statistischen Modell deutlich größer sein als die Erfolgsquote von Berufungen gegen landgerichtliche Urteile; derzeit sind sie jedoch ungefähr gleich groß. Zweitens sollte die Erfolgsquote generell höher ausfallen, weil der berufungsspezifische Bestätigungs-*Bias* mit einer Verringerung der Er-

folgswahrscheinlichkeit von Berufungen einhergehen dürfte, die nicht gerechtfertigt ist.

Die *Implikationen* dieser Ergebnisse für die zivilrechtliche Berufung betreffen zwei aufeinanderfolgende Ebenen: Erstens ist anzuerkennen, dass die Fehlerkontrolle und -korrektur durch die Berufungsgerichte zwar grundsätzlich gut funktioniert, aber nicht so gut, wie es der gesetzgeberischen Erwartung und dem Selbstverständnis der Justiz entspräche. Die Qualität der Berufung ist umso besser, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie auch Fehler der ersten Instanz findet und korrigiert. Daher ist, zweitens, über konkrete Maßnahmen nachzudenken, die dabei helfen können, die Fehlerfinde- und -korrekturwahrscheinlichkeit der Berufungsgerichte und somit auch die Qualität der Berufung insgesamt zu verbessern. In Kapitel 5 wurden hierfür mehrere Ideen angeboten. Insbesondere könnte ein Vorab-Blindverfahren dazu beitragen, dass ein Berufungsrichter sich nur noch rational am erstinstanzlichen Urteil orientiert und nicht mehr vom berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias* betroffen wäre. So würden zwar nicht alle kognitiven Verzerrungen bei Gericht verhindert werden, aber immerhin wäre es ein aussichtsreicher Versuch, näher an das Ziel unbeeinflusster, objektiver Sachentscheidungen zu gelangen.

Der *Wert* der vorliegenden Untersuchung dürfte vor diesem Hintergrund darin bestehen, einen neuen Blickwinkel auf die Existenzberechtigung und Ausgestaltung der zivilrechtlichen Berufung zu bieten:

Aus statistischer Sicht liefert diese Arbeit erstens neues statistisches Material, u. a. zur Zahl der Berufsrichter, zu Berufungserfolgsquoten in Abhängigkeit von verschiedenen Parametern sowie zu subjektiven Einschätzungen der Berufsrichter selbst; zweitens hat sie Stellung bezogen zur Definition des Berufungserfolgs sowie zur Frage, wie hoch die Berufungserfolgsquote „idealerweise“ sein sollte. Insbesondere zur letzteren Frage gab es bisher keine Literatur. Das hier mithilfe statistischer Annahmen entwickelte heuristische Modell zur erwartbaren Höhe der Erfolgsquote von Berufungen könnte einen Ansatzpunkt für künftige juristische Diskussionen bieten.

Aus psychologischer Sicht bringt diese Arbeit ebenfalls neue Erkenntnisse. Neben einer Aufarbeitung des Forschungsstands zu psychologischen Einflüssen auf Gerichtsentscheidungen, im Allgemeinen sowie für die Berufung im Besonderen, hat sie den berufungsspezifischen Bestätigungs-*Bias*, der bisher nur für die Vereinigten Staaten als *Affirmation Bias* und dort auch nur an Studenten nachgewiesen worden war, nun für das deutsche Zivilverfahren und vor allem mit „echten“ Richtern bestätigen können.

Aus juristischer Sicht trägt die vorliegende Arbeit zur Festigung der Erkenntnis bei, dass Richter nicht vollkommen rational entscheiden. Mit einem

„wache[n] Blick für die Entwicklungen der verhaltenswissenschaftlichen Forschung“¹ konnten nicht nur neue und präzisere Vorstellungen von den Abläufen in der berufsrechtlichen Praxis gewonnen werden, sondern mit ebendiesem Blick wurde das Vorab-Blindverfahren erdacht, das die Berufung näher an ihr Idealbild bringen soll.

Unabhängig von ihren konkreten Ergebnissen kann diese Untersuchung hoffentlich auch insofern einen Mehrwert für die rechtswissenschaftliche Diskussion leisten, indem sie gezeigt hat, dass das Nachdenken über hergebrachte juristische Zusammenhänge aus der Perspektive anderer Wissenschaften neue Erkenntnisse ermöglichen und informierte, neue Standpunkte entstehen lassen kann. Das kann entweder die geltende Rechtspraxis stärken oder sogar zu positiven Veränderungen des Bestehenden führen. Außerdem kann dem Recht, konkret durch die Einbindung von Psychologie als Wissenschaft von menschlichem Erleben und Verhalten, vielleicht sein menschenbezogenes Element zurückgegeben werden, das ihm trotz seiner Kernaufgabe – Beurteilung und Regulierung menschlichen Verhaltens – manchmal zu fehlen scheint.²

Interdisziplinäres Arbeiten ist also gewinnbringend. Es sollte daher zwingender Bestandteil von Prozessen der Rechtsentstehung und -reflektion sein. Dabei sind gegenseitige Offenheit und Akzeptanz gefragt, zumal die genaue Abstimmung von Methoden und Theorien nur in Zusammenarbeit der jeweiligen Disziplinen erfolgen kann. Zwar ist mittlerweile zunehmend anerkannt, dass psychologische Erkenntnisse für die Rechtswissenschaft eine Rolle spielen. Aber die empirische Grundlage, auf die hierzulande verwiesen wird, kommt aus den Vereinigten Staaten von Amerika. Für Deutschland, insbesondere für den deutschen Zivilprozess und die zivilrechtliche Berufung, wurden bisher keine spezifischen Untersuchungen vorgenommen. Gerade deswegen war die Durchführung einer eigenen Studie im Rahmen dieser Arbeit nötig. Damit wird sicherlich keine Lücke gefüllt. Aber mit ihr verbunden ist die Hoffnung, dass wir in Zukunft wieder mehr empirische Rechtsforschung betreiben, dass wir den Raum für statistische und rechtspsychologische Überlegungen öffnen – und dass wir insgesamt den Wert von interdisziplinärer Zusammenarbeit schätzen lernen.

¹ Arntz, JR 2017, 253, 264; vgl. auch Risse, NJW 2018, 2848, 2851 f.

² Biard/Faure, RTDEur 51 (2015) 715, 732: „réintroduire l'élément humain dans un droit souvent désincarné“.

Literaturverzeichnis

- Abrams, David S./Yoon, Albert H.*, The Luck of the Draw: Using Random Case Assignment to Investigate Attorney Ability: University of Chicago Law Review [U.Chi.L.Rev.] 74 (2007) S. 1145–1177.
- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Königstein 1981 (zit.: *Adams, Ökonomische Analyse*).
- Ahrens, Martin*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess, Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung, Tübingen 2007 (zit.: *Ahrens, Prozessreform*).
- Althammer, Christoph*, „Beschwer“ und „Beschwerdegegenstand“ im reformierten Berufungsrecht gem. § 511 II Nrn. 1, 2, IV ZPO unter Einbeziehung der Entscheidung BGH, NJW 2002, 2720: Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2003, S. 1079–1083.
- Anderson, Craig A.*, Inoculation and counterexplanation: Debiasing techniques in the perseverance of social theories: Social Cognition [Soc.Cogn.] 1 (1982) S. 126–139.
- Anderson, Craig A./Lindsay, James J./Bushman, Brad J.*, Research in the Psychological Laboratory: Truth or Triviality?: Current Directions in Psychological Science [Curr.Dir.Psychol.Sci.] 8 (1999) S. 3–9.
- Anderson, John C./Jennings, Marianne M./Lowe, D. Jordan/Reckers, Philip M. J.*, The Mitigation of Hindsight Bias in Judges' Evaluation of Auditor Decisions: Auditing: A Journal of Practice & Theory [AJPT] 16 (1997) S. 20–39.
- Andrews, Neil*, Andrews On Civil Processes, Vol. I: Court Proceedings, Cambridge u. a. 2013 (zit.: *Andrews On Civil Processes I*).
- Arkes, Hal R.*, The Consequences of the Hindsight Bias in Medical Decision Making: Curr.Dir.Psychol.Sci. 22 (2013) S. 356–360.
- Arkes, Hal R.*, Principles in Judgment/Decision Making Research Pertinent to Legal Proceedings: Behavioral Sciences & the Law [Behav.Sci. Law] 7 (1989) S. 429–456.
- Arkes, Hal R./Faust, David/Guilmette, Thomas J./Hart, Kathleen*, Eliminating the Hindsight Bias: Journal of Applied Psychology [J.Appl.Psychol.] 73 (1988) S. 305–307.
- Arkes, Hal R./Schipani, Cindy A.*, Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias: Oregon Law Review [Or.L.Rev.] 73 (1994) S. 587–638.
- Arkes, Hal R./Wortmann, Robert L./Saville, Paul D./Harkness, Allan R.*, Hindsight Bias Among Physicians Weighing the Likelihood of Diagnoses: J.Appl.Psychol. 66 (1981) S. 252–254.

- Arnold, Stefan*, Zur Überprüfung tatrichterlicher Ermessensspielräume in der Berufung: Zeitschrift für Zivilprozess [ZZP] 126 (2013) S. 63–81.
- Arntz, Thomas*, Systematische Urteilsverzerrungen im Rahmen richterlicher Entscheidungsfindung: Juristische Rundschau [JR] 2017, S. 253–264.
- Asch, Solomon E.*, Studies of Independence and Conformity: I. A Minority of One Against a Unanimous Majority: Psychological Monographs: General and Applied [Psychol.Monogr.] 70 (1956) S. 1–70.
- Asch, Solomon E.*, Opinions and Social Pressure: Scientific American [Sci.Am.] 193 (1955) S. 31–35.
- Asch, Solomon E.*, Studies in the Principles of Judgments and Attitudes: II. Determination of Judgments by Group and by Ego Standards: The Journal of Social Psychology [J.Soc.Psychol.] 12 (1940) S. 433–465.
- Ashburn-Nardo, Leslie/Voils, Corrine I./Monteith, Margo J.*, Implicit Associations as the Seeds of Intergroup Bias: How Easily Do They Take Root?: Journal of Personality and Social Psychology [J.Pers.Soc.Psychol.] 81 (2001) S. 789–799.
- Atkins, Burton M.*, Judicial Behavior and Tendencies Towards Conformity in a Three Member Small Group: A Case Study of Dissent Behavior on the U.S. Court of Appeals: Social Science Quarterly [Soc.Sci.Q.] 54 (1973) S. 41–53.
- Axt, Jordan R./Casola, Grace/Nosek, Brian A.*, Reducing Social Judgment Biases May Require Identifying the Potential Source of Bias: Personality and Social Psychology Bulletin [Pers.Soc.Psychol.Bull.] 45 (2019) S. 1232–1251.
- Bahník, Štěpán/Englich, Birte/Strack, Fritz*, Anchoring Effect, in: Rüdiger F. Pohl (Hrsg.), Cognitive Illusions: Intriguing Phenomena in Judgement, Thinking and Memory, 2. Aufl., London/New York 2017, S. 223–241 (zit.: *Bahník/Englich/Strack*, in: Pohl (Hrsg.), Cognitive Illusions²).
- Bahník, Štěpán/Strack, Fritz*, Overlap of accessible information undermines the anchoring effect: Judgment and Decision Making [Judgm.Decis.Mak.] 11 (2016) S. 92–98.
- Balcatis, Emily/Dunning, David*, See What You Want to See: Motivational Influences on Visual Perception: J.Pers.Soc.Psychol. 91 (2006) S. 612–625.
- Bamberger, Heinz Georg*, Die Reform der Zivilprozessordnung – Eine Wirkungskontrolle: Zeitschrift für Rechtspolitik [ZRP] 2004, S. 137–141.
- Barnes Bowie, Jennifer/Songer, Donald R.*, Assessing the Applicability of Strategic Theory to Explain Decision Making on the Courts of Appeals: Political Research Quarterly [Political Res.Q.] 62 (2009) S. 393–407.
- Barocas, Solon/Selbst, Andrew D.*, Big Data’s Disparate Impact: California Law Review [Cal.L.Rev.] 104 (2016) S. 671–732.
- Baron, Jonathan*, Thinking and Deciding, 3. Aufl., Cambridge 2000.
- Baron, Jonathan/Ritov, Ilana*, Reference Points and Omission Bias: Organizational Behavior and Human Decision Processes [Organ.Behav.Hum.Dec.] 59 (1994) S. 475–498.

- Baum*, Lawrence, *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton 2006 (zit.: *Baum*, Judges).
- Baumeister*, Roy F./*Bratslavsky*, Ellen/*Muraven*, Mark/*Tice*, Dianne M., Ego Depletion: Is the Active Self a Limited Resource?: *J.Pers.Soc.Psychol.* 74 (1998) S. 1252–1265.
- Bayen*, Ute J./*Erdfelder*, Edgar/*Bearden*, J. Neil/*Lozito*, Jeffrey P., The Interplay of Memory and Judgment Processes in Effects of Aging on Hindsight Bias: *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* [*J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.*] 32 (2006) S. 1003–1018.
- Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Vereinigung der bayerischen Wirtschaft, Rechtsanwaltskammer München und Rechtsanwaltskammer Bamberg*, Evaluation des Rechts- und Justizstandorts Bayern. Die wesentlichen Ergebnisse, ohne Ortsangabe 2012, abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/projekte/ergebnisse_evaluation.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Evaluation des Rechts- und Justizstandorts Bayern).
- Beck*, James W./*Beatty*, Adam S./*Sackett*, Paul R., On the Distribution of Job Performance: The Role of Measurement Characteristics in Observed Departures From Normality: *Personnel Psychology* [*Pers.Psychol.*] 67 (2014) S. 531–566.
- beck-online.Großkommentar*, Gesamthrg. für das Zivilrecht: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann, München 01.12.2021 (zit.: *BeckOGK/Bearbeiter*).
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, hrsg. von Volkert Vorwerk und Christian Wolf, 43. Ed., München 01.12.2021 (zit.: *BeckOK-ZPO/Bearbeiter*).
- Behrens*, Fritz, Empirische Rechts- und Justizforschung in Nordrhein-Westfalen, in: Jürgen Brand/Dieter Stempel (Hrsg.), *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, Baden-Baden 1998, S. 483–490 (zit.: *Behrens*, in: FS Blankenburg).
- Beiser*, Edward N./*Varrin*, Rene, Six-Member Juries in the Federal Courts: *Judicature* 58 (1975) S. 426–433.
- Berkemann*, Jörg, Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht: *JuristenZeitung* [*JZ*] 1971, S. 537–540.
- Berlin*, Leonard, Malpractice Issues in Radiology. Hindsight Bias: *American Journal of Roentgenology* [*AJR*] 175 (2000) S. 597–601.
- Bernstein*, Daniel M./*Erdfelder*, Edgar/*Meltzoff*, Andrew N./*Peria*, William/*Loftus*, Geoffrey R., Hindsight Bias From 3 to 95 Years of Age: *J.Exp.Psychol. Learn. Mem.Cogn.* 37 (2011) S. 378–391.
- Biard*, Alexandre/*Faure*, Michaël, Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes: illustrations européennes: *Revue trimestrielle de droit européen* [*RTDEur*] 51 (2015) S. 715–735.
- Bierschenk*, Lars, *Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren*, Tübingen 2015 (zit.: *Bierschenk*, Die zweite Instanz).

- Biswas, Abhijit/Burton, Scot*, Consumer Perceptions of Tensile Price Claims in Advertisements: An Assessment of Claim Types Across Different Discount Levels: *Journal of the Academy of Marketing Science [JAMS]* 21 (1993) S. 217–229.
- Blair, Irene V./Judd, Charles M./Chapleau, Kristine M.*, The Influence of Afrocentric Facial Features in Criminal Sentencing: *Psychological Science [Psych.Sci.]* 15 (2004) S. 674–679.
- Blank, Hartmut/Fischer, Volkhard/Erdfelder, Edgar*, Hindsight bias in political elections: *Memory* 11 (2003) S. 491–504.
- Blank, Hartmut/Nestler, Steffen/von Collani, Gernot/Fischer, Volkhard*, How Many Hindsight Biases Are There?: *Cognition* 106 (2008) S. 1408–1440.
- Blankenburg, Erhard/Blankenburg, Viola/Morasch, Hellmut*, Die Rolle des Anwalts auf dem Weg in die Berufung, in: Peter Gilles/Klaus F. Röhl/Paul Schuster/Dieter Stempel (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, Köln 1985, S. 85–91.
- Blendon, Robert J./Des Roches, Catherine M./Brodie, Mollyann/Benson, John M./Rosen, Allison B./Schneider, Eric/Altman, Drew E./Zapert, Kinga/Herrmann, Melissa J./Steffenson, Annie E.*, Views of Practicing Physicians and the Public on Medical Errors: *New England Journal of Medicine [NEJM]* 347 (2002) S. 1933–1940.
- Bodenhausen, Galen V./Gabriel, Shira/Lineberger, Megan*, Sadness and the Susceptibility of Judgmental Bias: The Case of Anchoring: *Psych.Sci.* 11 (2000) S. 320–323.
- Boehme-Neßler, Volker*, Prekäre Balance: Überlegungen zum heiklen Verhältnis von Richtern und Gutachtern: *Rechtswissenschaft [RW]* 2014, S. 189–227.
- Boland, Philip J.*, Majority Systems and the Condorcet Jury Theorem: *Journal of the Royal Statistical Society, Series D (The Statistician) [Statistician]* 38 (1989) S. 181–189.
- Bolger, Fergus/Wright, George*, Assessing the quality of expert judgment, Issues and analysis: *Decision Support Systems [Decis. Support Sys.]* 11 (1994) S. 1–24.
- Bornstein, Brian H.*, The Ecological Validity of Jury Simulations: Is the Jury Still Out: *Law and Human Behavior [Law & Hum.Behav.]* 23 (1999) S. 75–91.
- Bornstein, Brian H.*, From Compassion to Compensation: The Effect of Injury Severity on Mock Jurors' Liability Judgments: *Journal of Applied Social Psychology [J. ppl. Soc.Psychol.]* 28 (1998) S. 1477–1502.
- Bornstein, Brian H./Miller, Monica K.*, Does a Judge's Religion Influence Decision Making?: *Court Review [Ct.Rev.]* 45 (2010) S. 112–115.
- Boyd, Christina L.*, Representation on the Courts? The Effects of Trial Judges' Sex and Race: *Political Res.Q.* 69 (2016) S. 788–799.
- Boyd, Christina L.*, She'll Settle It?: *Journal of Law and Courts [JLC]* 1 (2013) S. 193–219.
- Boyd, Christina L./Epstein, Lee/Martin, Andrew N.*, Untangling the Causal Effects of Sex on Judging: *American Journal of Political Science [AJPS]* 54 (2010) S. 389–411.

- Brady*, Adrian P., Error and discrepancy in radiology: inevitable or avoidable?: Insights into Imaging [Insights Imaging] 8 (2017) S. 171–182.
- Brewer*, Noel T./*Chapman*, Gretchen B., The Fragile Basic Anchoring Effect: Journal of Behavioral Decision Making [J.Behav.Decis.Mak.] 15 (2002) S. 66–77.
- Brinkmann*, Moritz, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadensrechts: AcP 206 (2006) S. 746–768.
- Brückner*, Bettina/*Guhling*, Hartmut, Berufungsentscheidungen aus revisionsrechtlicher Sicht: DRiZ 2021, S. 22–25.
- Bruine de Bruin*, Wändi, Save the last dance II: Unwanted serial position effects in figure skating judgments: Acta Psychologica [Acta Psychol.] 123 (2006) S. 299–311.
- Bundesgerichtshof (BGH)*, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes 2019 – Jahresstatistik –, abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikZivil/jahresstatistikZivilsenate2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: BGH-Jahresstatistik Zivilsenate 2019).
- Bundesgerichtshof (BGH)*, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes 2018 – Jahresstatistik –, abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikZivil/jahresstatistikZivilsenate2018.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: BGH-Jahresstatistik Zivilsenate 2018).
- Bundesgerichtshof (BGH)*, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes 2017 – Jahresstatistik –, abrufbar unter http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikZivil/jahresstatistikZivilsenate2017.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: BGH-Jahresstatistik Zivilsenate 2017).
- Burton*, Jason W./*Stein*, Mari-Klara/*Jensen*, Tina Blegind, A systematic review of algorithm aversion in augmented decision making: J.Behav.Decis.Mak. 33 (2020) S. 220–239.
- Büttner*, Hermann, Berufung und Revision, Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel, Baden-Baden 2010 (zit.: *Büttner*, Berufung und Revision).
- Caldwell*, Charles/*Seamone*, Evan R., Excusable Neglect in Malpractice Suits against Radiologists: A Proposed Jury Instruction to Recognize the Human Condition: Annals of Health Law [Ann. Health L.] 16 (2007) S. 43–77.
- Calliess*, Graf-Peter, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014 Bd. I: Gutachten Teil A: Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, München 2014 (zit.: *G.-P. Calliess*, Gutachten DJT 2014).
- Caplan*, Robert A./*Posner*, Karen L./*Cheney*, Frederick W., Effect of Outcome on Physician Judgments of Appropriateness of Care: Journal of the American Medical Association [JAMA] 265 (1991) S. 1957–1960.
- Cardozo*, Benjamin N., The Nature of the Judicial Process, New Haven 1921 (zit.: *Cardozo*, Judicial Process).

- Carroll, Steven R./Petrușic, William M./Leth-Steensen, Craig*, Anchoring effects in the judgment of confidence: Semantic or numeric priming?: *Attention, Perception & Psychophysics* [Atten.Percept.Psychophys.] 71 (2009) S. 297–307.
- Cassar, Gavin/Craig, Justin B.*, An Investigation of Hindsight Bias in Nascent Venture Activity: *Journal of Business Venturing* [J.Bus.Ventur.] 24 (2009) S. 149–164.
- Chapman, Gretchen B./Bornstein, Brian H.*, The More You Ask for, the More You Get: Anchoring in Personal Injury Verdicts: *Applied Cognitive Psychology* [Appl.Cogn. Psychol.] 10 (1996) S. 519–540.
- Chapman, Gretchen B./Johnson, Eric J.*, Anchoring, Activation, and the Construction of Values: *Organ.Behav.Hum.Dec.* 79 (1999) S. 115–153.
- Chatziathanasiou, Konstantin*, Der hungrige, ein härterer Richter? Zur heiklen Rezeption einer vielzitierten Studie: *JZ* 2019, S. 455–458.
- Cheek, Nathan N./Coe-Odess, Sarah/Schwartz, Barry*, What have I just done? Anchoring, self-knowledge, and judgments of recent behavior: *Judgm.Decis.Mak.* 10 (2015) S. 76–85.
- Chen, Daniel L./Moskowitz, Tobias J./Shue, Kelly*, Decision Making Under the Gambler's Fallacy: Evidence from Asylum Judges, Loan Officers, and Baseball Umpires: *The Quarterly Journal of Economics* [Q.J.Econ.] 131 (2016) S. 1181–1242.
- Cheney, Frederick W./Posner, Karen/Caplan, Robert A./Ward, Richard J.*, Standard of Care and Anesthesia Liability: *JAMA* 261 (1989) S. 1599–1603.
- Chertkoff, Jerome M./Conley, Melinda*, Opening offer and frequency of concession as bargaining strategies: *J.Pers.Soc.Psychol.* 7 (1967) S. 181–185.
- Choi, Incheol/Nisbett, Richard E.*, Cultural Psychology of Surprise: Holistic Theories and Recognition of Contradiction: *J.Pers.Soc.Psychol.* 79 (2000) S. 890–905.
- Choi, Stephen J./Gulati, Mitu/Posner, Eric A.*, What Do Federal District Judges Want? An Analysis of Publications, Citations, and Reversals: *Journal of Law, Economics, & Organization* [JLEO] 28 (2012) S. 518–549.
- Christensen-Szalanski, Jay J./Willham, Cynthia Fobian*, The Hindsight Bias: A Meta-analysis: *Organ.Behav.Hum.Dec.* 48 (1991) S. 147–168.
- Chung, Janne/Monroe, Gary S.*, Gender Differences in Information Processing: An Empirical Test of the Hypothesis-Confirming Strategy in an Audit Context: *Accounting and Finance* [Account. Finance] 38 (1998) S. 256–279.
- Clermont, Kevin M.*, *Litigation Realities Redux*: *Notre Dame Law Review* [Notre Dame L.Rev.] 84 (2008–2009) S. 1919–1974.
- Clermont, Kevin M./Eisenberg, Theodore*, *Litigation Realities*: *Cornell Law Review* [Cornell L.Rev.] 88 (2002) S. 119–154.
- Clermont, Kevin M./Eisenberg, Theodore*, Appeal from Jury or Judge Trial: Defendants' Advantage: *American Law and Economics Review* [Am. Law & Econ.Rev.] 3 (2001) S. 125–164.
- Clermont, Kevin M./Eisenberg, Theodore*, Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism: *Cornell L.Rev.* 77 (1992) S. 1124–1177.

- Cohen*, L. Jonathan, Can human irrationality be experimentally demonstrated?: Behavioral and Brain Sciences [Behav. Brain Sci.] 4 (1981) S. 317–331.
- Cohen*, Alma/*Yang*, Crystal S., Judicial Politics and Sentencing Decisions: American Economic Journal: Economic Policy [AEJ: Econ. Policy] 11 (2019) S. 160–191.
- Caritat*, M. Jean-Antoine-Nicolas de/*Le Marquis de Condorcet*, Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la probabilité des voix, Paris 1785, Volltext abrufbar auf der Internetseite der Bibliothèque nationale de France, Gallica, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417181/f4.image> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: *Condorcet*, Essai).
- Conlisk*, John, Why Bounded Rationality?: Journal of Economic Literature [JEL] 34 (1996) S. 669–700.
- Coolin*, Alisha/*Bernstein*, Daniel M./*Thornton*, Allen E./*Thornton*, Wendy Loken, Age Differences in Hindsight Bias: The Role of Episodic Memory and Inhibition: Experimental Aging Research [Exp. Aging Res.] 40 (2014) S. 357–374.
- Coolin*, Alisha/*Erdfelder*, Edgar/*Bernstein*, Daniel M./*Thornton*, Allen E./*Thornton*, Wendy Loken, Explaining individual differences in cognitive processes underlying hindsight bias: Psychonomic Bulletin & Review [Psychon.Bull.Rev.] 22 (2015) S. 328–348.
- Cosmides*, Leda/*Tooby*, John, Evolutionary Psychology, Moral Heuristics, and the Law, in: Gerd Gigerenzer/Christoph Engel (Hrsg.), Heuristics and the Law, Cambridge 2006, S. 175–206.
- Costa*, Paul T. Jr./*Terracciano*, Antonio/*McCrae*, Robert R., Gender Differences in Personality Traits Across Cultures: Robust and Surprising Findings: J.Pers.Soc. Psychol. 81 (2001) S. 322–331.
- Council of Europe*, European judicial systems, CEPEJ Evaluation Report 2020 Evaluation cycle (2018 data), Part 1, 2020, abrufbar unter <https://rm.coe.int/evaluation-report-part-1-english/16809fc058> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: CEPEJ Evaluation Report 2020).
- Critcher*, Clayton R./*Gilovich*, Thomas, Incidental Environmental Anchors: J.Behav. Decis.Mak. 21 (2008) S. 241–251.
- Cross*, Frank B., Decisionmaking in the U.S. Circuit Courts of Appeals: Cal.L.Rev. 91 (2003) S. 1457–1515.
- Cross*, Frank B./*Tiller*, Emerson H., Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals: The Yale Law Journal [Yale L.J.] 107 (1998) S. 2155–2176.
- Cunliffe*, Emma, Judging, fast and slow: using decision-making theory to explore judicial fact determination: The International Journal of Evidence and Proof [E&P] 18 (2014) S. 139–180.
- Daljord*, Øystein/*Urminsky*, Oleg/*Ureta*, Jose-Manuel, A Test of the Status Quo Theory of Depletion: Evidence from the Israeli Parole Decisions, Working Paper v. 22.08.2019, abrufbar unter [http://web.archive.org/web/20221006203100/https://faculty.chicagobooth.edu/oystein.daljord/Status%20Quo%20Theory%20Revisited%20\(3\).pdf](http://web.archive.org/web/20221006203100/https://faculty.chicagobooth.edu/oystein.daljord/Status%20Quo%20Theory%20Revisited%20(3).pdf) (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: *Daljord/Urminsky/Ureta*, Working Paper v. 22.08.2019).

- Dalton*, Harlon Leigh, Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously: *Yale L.J.* 95 (1985) S. 62–107.
- Danziger*, Shai/*Levav*, Jonathan/*Avnaim-Pesso*, Liora, Extraneous factors in judicial decisions: *Proceedings of the National Academy of Sciences [PNAS]* 108 (2011) S. 6889–6892.
- Danziger*, Shai/*Levav*, Jonathan/*Avnaim-Pesso*, Liora, Reply to Weinshall-Margel and Shapard: Extraneous factors in judicial decisions persist: *PNAS* 108 (2011) S. E834.
- Däubler-Gmelin*, Herta, Reform des Zivilprozesses: *ZRP* 2000, S. 33–38.
- Davies*, Martin F., Reduction of Hindsight Bias by Restoration of Foresight Perspective: Effectiveness of Foresight-Encoding and Hindsight-Retrieval Strategies: *Organ.Behav.Hum.Dec.* 40 (1987) S. 50–68.
- Davis*, James H., Group Decision Making and Quantitative Judgments: A Consensus Model, in: Erich H. Witte/James H. Davis (Hrsg.), *Understanding Group Behavior*, Vol. 1: Consensual Action by Small Groups, Mahwah 1996, S. 35–60.
- Davis*, James H./*Stasson*, Mark F./*Marks*, Craig D./*Hulbert*, Lorne/*Kameda*, Tatsuya/*Zimmerman*, Suzi K./*Ono*, Kaoru, Quantitative Decisions by Groups and Individuals: Voting Procedures and Monetary Awards by Mock Civil Juries: *Journal of Experimental Social Psychology [J.Exp.Soc.Psychol.]* 29 (1993) S. 326–346.
- Davis*, Martha S., A Basic Guide to Standards of Judicial Review: *South Dakota Law Review [S.D.L.Rev.]* 33 (1988) S. 468–483.
- Devine*, Dennis J./*Clayton*, Laura D./*Dunford*, Benjamin B./*Seying*, Rasmy/*Pryce*, Jennifer, Jury Decision Making, 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups: *Psychology, Public Policy, and Law [Psychol. Public Policy Law]* 7 (2001) S. 622–727.
- Devins*, Neal/*Federspiel*, Will, The Supreme Court, Social Psychology, and Group Formation, in: David E. Klein/Gregory Mitchell (Hrsg.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, New York u. a. 2010, S. 85–100.
- Dhmi*, Mandeep K./*Belton*, Ian K., On Getting Inside the Judge’s Mind: *Translational Issues in Psychological Science [TPS]* 3 (2017) S. 214–226.
- Diamond*, Shari Seidman/*Casper*, Jonathan D., Blindfolding the Jury to Verdict Consequences: Damages, Experts, and the Civil Jury: *Law & Society Review [Law & Soc’y Rev.]* 26 (1992) S. 513–563.
- Dietvorst*, Berkeley J./*Simmons*, Joseph P./*Massey*, Cade, Algorithm Aversion: People Erroneously Avoid Algorithms After Seeing Them Err: *Journal of Experimental Psychology: General [J.Exp.Psychol. Gen.]* 144 (2015) S. 114–126.
- Dion*, Karen/*Berscheid*, Ellen/*Walster*, Elaine, What Is Beautiful Is Good: *J.Pers.Soc. Psychol.* 24 (1972) S. 285–290.
- Donald*, Bernice B., Judicial Independence, Collegiality, and the Problem of Dissent in Multi-Member Courts: *New York University Law Review [NYU L.Rev.]* 94 (2019) S. 317–339.

- Dotsch, Ron/Wigboldus, Daniël H.J./Langner, Oliver/van Knippenberg, Ad*, Ethnic Out-Group Faces Are Biased in the Prejudiced Mind: *Psych.Sci.* 19 (2008) S. 987–980.
- Doukoff, Norman*, Beck'sches Mandatshandbuch Zivilrechtliche Berufung, 6. Aufl., München 2018 (zit.: *Doukoff*, Zivilrechtliche Berufung⁶).
- Drummond, Caitlin/Fischhoff, Baruch*, Does „putting on your thinking cap“ reduce myside bias in evaluation of scientific evidence?: *Thinking & Reasoning [Think. Reason.]* 25 (2019) S. 477–505.
- Eberhardt, Jennifer L./Davies, Paul G./Purdie-Vaughns, Valerie J./Johnson, Sheri Lynn*, Looking Deathworthy, Perceived Stereotypicality of Black Defendants Predicts Capital-Sentencing Outcomes: *Psych.Sci.* 17 (2006) S. 383–386.
- Ecker, Alejandro/Ennser-Jedenastik, Laurenz/Haselmayer, Martin*, Gender Bias in Asylum Adjudications: Evidence for Leniency toward Token Women: *Sex Roles* 82 (2020) S. 117–126.
- Edwards, Barry C.*, Why Appeals Courts Rarely Reverse Lower Courts: An Experimental Study to Explore Affirmation Bias: *Emory Law Journal [Emory L.J.]* 68 (2019) S. 1035–1058.
- Effer-Uhe, Daniel*, Die richtige Höhe des Schmerzensgeldantrags – Im Spannungsfeld zwischen Ankereffekt und Kostenrisiko, in: Gregor Christandl/Simon Laimer/Kristin Nemeth/Florian Skarics/Daniel Tamerl/Martin Trenker/Caroline Voithofer/Mathias Walch (Hrsg.), *Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht*, Baden-Baden 2018, S. 71–88.
- Effer-Uhe, Daniel/Mohnert, Alica*, *Psychologie für Juristen*, Baden-Baden 2019 (zit.: *Autor*, in: *Effer-Uhe/Mohnert, Psychologie für Juristen*).
- Efran, Michael G.*, The Effect of Physical Appearance on the Judgment of Guilt, Interpersonal Attraction, and Severity of Recommended Punishment in a Simulated Jury Task: *Journal of Research in Personality [J.Res.Pers.]* 8 (1974) S. 45–54.
- Einhorn, Hillel J./Hogarth, Robin M.*, Behavioral Decision Theory: Processes of Judgment and Choice: *Annual Review of Psychology [Annu.Rev.Psychol.]* 32 (1981) S. 53–88.
- Eisenberg, Theodore/LaFountain, Neil/Ostrom, Brian/Rottman, David/Wells, Martin T.*, Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study: *Cornell L.Rev.* 87 (2002) S. 743–782.
- Elmore, Joann G./Wells, Carolyn K./Howard, Debra H./Feinstein, Alvan R.*, The Impact of Clinical History on Mammographic Interpretations: *JAMA* 227 (1997) S. 49–52.
- Engel, Christoph/Glöckner, Andreas*, Role-Induced Bias in Court: An Experimental Analysis: *J.Behav.Decis.Mak.* 26 (2013) S. 272–284.
- Englich, Birte*, When knowledge matters – differential effects of available knowledge in standard and basic anchoring tasks: *European Journal of Social Psychology [Eur.J.Soc.Psychol.]* 38 (2008) S. 896–904.

- Englich, Birte/Mussweiler, Thomas*, Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom: *J.Appl.Soc.Psychol.* 31 (2001) S. 1535–1551.
- Englich, Birte/Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making: *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 32 (2006) S. 188–200.
- Englich, Birte/Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, The Last Word in Court – A Hidden Disadvantage for the Defense: *Law & Hum.Behav.* 29 (2005) S. 705–722.
- Englich, Birte/Soder, Kirsten*, Moody experts – How mood and expertise influence judgmental anchoring: *Judgm.Decis.Mak.* 4 (2009) S. 41–50.
- Engst, Benjamin G./Gschwend, Thomas/Schaks, Nils/Sternberg, Sebastian/Wittig, Caroline*, Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung: *JZ* 2017, S. 816–826.
- Erdfelder, Edgard/Buchner, Axel*, Decomposing the Hindsight Bias: A Multinomial Processing Tree Model for Separating Recollection and Reconstruction in Hindsight: *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 24 (1998) S. 387–414.
- Ernst, Wolfgang*, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: „group choice“ in europäischen Justiztraditionen, Tübingen 2016 (zit.: *Ernst, Rechtserkenntnis*).
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M. 1970 (zit.: *Esser, Vorverständnis*).
- Estlund, David M.*, Opinion Leaders, Independence, and Condorcet's Jury Theorem: Theory and Decision [Theory Decis.] 36 (1994) S. 131–162.
- Evans, Jonathan St. B. T.*, History of the dual process theory of reasoning, in: Ken Manktelow/Man Cheung Cheung (Hrsg.), *Psychology of Reasoning, Theoretical and Historical Perspectives*, New York 2004, S. 241–266.
- Evelo, Andrew J./Greene, Edie*, Judgments about Felony-Murder in Hindsight: *Appl. Cogn.Psychol.* 27 (2013) S. 277–285.
- Falk, Ulrich*, Rückschaufehler und Fahrlässigkeit – Zivilrechtliche Perspektive: *RW* 2019, S. 204–229.
- Falk, Ulrich/Alles, Matthias*, Verhaltensökonomik und Anwaltsrhetorik: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [ZIP]* 2014, S. 1209–1218.
- Farrington, David P./Morris, Allison M.*, Sex, Sentencing and Reconviction: *British Journal of Criminology [Br.J.Criminol.]* 23 (1983) S. 229–248.
- Fikentscher, Wolfgang*, The Evolutionary and Cultural Origins of Heuristics That Influence Lawmaking, in: Gerd Gigerenzer/Christoph Engel (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, Cambridge 2006, S. 207–237.
- Findley, Keith A./Scott, Michael S.*, The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases: *Wisconsin Law Review [Wis.L.Rev.]* 2006, S. 291–397.
- Fischer, Frank O.*, Akte, Tatbestand – Berufungsgericht, Revisionsgericht: Wer hat was zu lesen?: *Deutsche Richterzeitung [DRiZ]* 1994, S. 461–464.

- Fischer*, Thomas, Denkanstoß: Theorie, Praxis und Fehlerquellen der strafrechtlichen Revision am Bundesgerichtshof, in: Anja Amend-Traut/Ignacio Czeguhn/Peter Oestmann (Hrsg.), Urteiler, Richter, Spruchkörper: Entscheidungsfindung und Entscheidungsmechanismen in der Europäischen Rechtskultur, Weimar 2021, S. 17–34 (zit.: *Fischer*, in: Amend-Traut/Czeguhn/Oestmann (Hrsg.), Urteiler).
- Fischer*, Thomas/*Eschelbach*, Ralf/*Krehl*, Christoph, Das Zehn-Augen-Prinzip – Zur revisionsgerichtlichen Beschlusspraxis in Strafsachen: Strafverteidiger [StV] 2013, S. 395–402.
- Fischhoff*, Baruch, For those condemned to study the past: Heuristics and biases in hindsight, in: Daniel Kahneman/Paul Slovic/Amos Tversky (Hrsg.), Judgment under uncertainty: Heuristics and biases, Cambridge u. a. 1982, S. 335–351 (zit.: *Fischhoff*, Biases, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), Judgment under uncertainty).
- Fischhoff*, Baruch, Debiasing, in: Daniel Kahneman/Paul Slovic/Amos Tversky (Hrsg.), Judgment under uncertainty: Heuristics and biases, Cambridge u. a. 1982, S. 422–444 (zit.: *Fischhoff*, Debiasing, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), Judgment under uncertainty).
- Fischhoff*, Baruch, Perceived Informativeness of Facts: Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance [J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform.] 3 (1977) S. 349–358.
- Fischhoff*, Baruch, Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty: J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform. 1 (1975) S. 288–299.
- Flanagan*, Francis X., Race, Gender, and Juries: Evidence from North Carolina: The Journal of Law & Economics [JLE] 61 (2018) S. 189–214.
- Fleischer*, Holger, Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht [NZG] 2011, S. 521–527.
- Fölsch*, Peter, Mehr Spezialisierung in der Ziviljustiz: DRiZ 2017, S. 166–169.
- Förster*, Jens/*Liberman*, Nira, Knowledge Activation, in: Arie W. Kruglanski/E. Tory Higgins (Hrsg.), Social Psychology: Handbook of Basic Principles, 2. Aufl., New York 2007, S. 201–231.
- Furnham*, Adrian/*Boo*, Hua Chu, A literature review of the anchoring effect: The Journal of Socio-Economics [J.Socio-Econ.] 40 (2011) S. 35–42.
- Gaier*, Reinhard, Richterliche Effizienz, in: Brunhilde Ackermann/Reinhard Gaier/Christian Wolf (Hrsg.), Gelebtes Prozessrecht. Festschrift für Volkert Vorwerk, Köln 2019, S. 79–88 (zit.: *Gaier*, in: FS Vorwerk).
- Gaier*, Reinhard, Der moderne liberale Zivilprozess: NJW 2013, S. 2871–2876.
- Galinsky*, Adam D./*Mussweiler*, Thomas, First Offers as Anchors: The Role of Perspective-Taking and Negotiator Focus: J.Pers.Soc.Psychol. 81 (2001) S. 657–669.
- Galton*, Francis, Letters to the Editor: The Ballot-Box: Nature 75 (1907) S. 509–510.
- Galton*, Francis, Vox Populi: Nature 75 (1907) S. 450–451.

- Geipel, Andreas/Nil, Alexander*, Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften als Taktik der Vergleichsverhandlung: Zeitschrift für Schadensrecht [ZfS] 2007, S. 6–10.
- Gerrig, Richard J.*, Psychologie, 21. Aufl., Hallbergmoos 2018 (Hrsg. u. Bearb. der deutschen Ausgabe: Tobias Dörfler/Jeanette Roos).
- Giard, Raimond W. M.*, When is the practice of pathology malpractice?: Journal of Clinical Pathology [J.Clin.Pathol.] 63 (2010) S. 957–961.
- Gigerenzer, Gerd*, Personal Reflections on Theory and Psychology: Theory & Psychology [Theory Psychol.] 20 (2010) S. 733–743.
- Gigerenzer, Gerd*, Fast and Frugal Heuristics: The Tools of Bounded Rationality, in: Derek J. Koehler/Nigel Harvey (Hrsg.), Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making, Malden/Oxford/Victoria 2004, S. 62–88 (zit.: *Gigerenzer*, in: Blackwell Handbook).
- Gigerenzer, Gerd*, Surrogates for Theories: Theory Psychol. 8 (1998) S. 195–204.
- Gigerenzer, Gerd*, How to Make Cognitive Illusions Disappear: Beyond „Heuristics and Biases“: European Review of Social Psychology [Eur.Rev.Soc.Psychol.] 2 (1991) S. 83–115.
- Gigerenzer, Gerd/Gaissmaier, Wolfgang*, Heuristic Decision Making: Annu.Rev.Psychol. 62 (2011) S. 451–482.
- Gigerenzer, Gerd/Goldstein, Daniel G.*, Reasoning the Fast and Frugal Way: Models of Bounded Rationality: Psychological Review [Psychol.Rev.] 103 (1996) S. 650–669.
- Gigerenzer, Gerd/Todd, Peter M.*, Fast and Frugal Heuristics, The Adaptive Toolbox, in: Gerd Gigerenzer/Peter M. Todd/The ABC Research Group (Hrsg.), Simple Heuristics That Make Us Smart, New York u. a. 1999, S. 3–34 (zit.: *Gigerenzer/Todd*, in: Gigerenzer/Todd/ABC Research Group (Hrsg.), Simple Heuristics).
- Gilovich, Thomas/Griffin, Dale*, Introduction – Heuristics and Biases: Then and Now, in: Thomas Gilovich/Dale Griffin/Daniel Kahneman (Hrsg.), Heuristics and Biases, The Psychology of Intuitive Judgment, Cambridge u. a. 2002, S. 1–18 (zit.: *Gilovich/Griffin*, in: Gilovich/Griffin/Kahneman (Hrsg.), Heuristics and Biases).
- Giner-Sorolla, Roger/Chaiken, Shelly*, Selective Use of Heuristic and Systematic Processing Under Defense Motivation: Pers.Soc.Psychol.Bull. 23 (1997) S. 84–97.
- Giroux, Megan E./Coburn, Patricia I./Harley, Erin M./Connolly, Deborah A./Bernstein, Daniel M.*, Hindsight Bias and Law: Zeitschrift für Psychologie [Z.Psychol.] 224 (2016) S. 190–203.
- Glaser, Jack*, Suspect Race: Causes and Consequences of Racial Profiling, Oxford u. a. 2015 (zit.: *Glaser*, Suspect Race).
- Glöckner, Andreas*, The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated: Judgm.Decis.Mak. 11 (2016) S. 601–610.
- Glöckner, Andreas/Englich, Birte*, When Relevance Matters. Anchoring Effects Can be Larger for Relevant Than for Irrelevant Anchors: Social Psychology [Soc.Psychol.] 46 (2015) S. 4–12.

- Glunz*, Benjamin, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik, Eine empirische und rechtsvergleichende Untersuchung zum US-amerikanischen, australischen und deutschen Zivilprozess, Tübingen 2012 (zit.: *Glunz*, Psychologische Effekte).
- Glynn*, Adam N./*Sen*, Maya, Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues?: *AJPS* 59 (2015) S. 37–54.
- Goddard*, Kate/*Roudsari*, Abdul/*Wyatt*, Jeremy C, Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators: *Journal of the American Medical Informatics Association [J. Am. Med. Inform. Assoc.]* 19 (2012) S. 121–127.
- Goel*, Vinod/*Dolan*, Raymond J., Explaining Modulation of Reasoning by Belief: *Cognition* 87 (2003) S. B11–B22.
- Gogger*, Martin, Elektronische Akte – Richter müssen mitdiskutieren: *DRiZ* 2016, S. 420–423.
- Gommer*, Henrik, Ik ben een rechtswetenschapper!: *Nederlands Juristenblad [NJB]* 2011/975 = *NJB* 82 (2011) S. 1256–1260 (zit.: *Gommer*, *NJB* 2011/975).
- Goodman-Delahunty*, Jane/*Granhag*, Pär Anders/*Hartwig*, Maria/*Loftus*, Elizabeth F., Insightful or Wishful: Lawyers' Ability to Predict Case Outcomes: *Psychol. Public Policy Law* 16 (2010) S. 133–157.
- Gottwald*, Peter, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe im Zivilverfahrensrecht?, Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996, München 1996 (zit.: *Gottwald*, Gutachten DJT 1996).
- Greene*, Edith/*Johns*, Michael/*Bowman*, Jason, The Effects of Injury Severity on Jury Negligence Decisions: *Law & Hum.Behav.* 23 (1999) S. 675–693.
- Greger*, Reinhard, Realität und Reform des Zivilprozesses im Spiegel der Justiz-Statistik: *ZZP* 131 (2018) S. 317–351.
- Grice*, H. Paul, Logic and Conversation, in: Peter Cole/Jerry L. Morgan (Hrsg.), *Syntax and Semantics*, Bd. 3: *Speech Acts*, New York u. a. 1975, S. 41–58.
- Groner*, Rudolf/*Groner*, Marina/*Bischof*, Walter F., Approaches to Heuristics: A Historical Review, in: Rudolf Groner/Marina Groner/Walter F. Bischof (Hrsg.), *Methods of Heuristics*, Hillsdale u. a. 1983, S. 1–18.
- Groß*, Julia/*Bayen*, Ute J., Adult Age Differences in Hindsight Bias: The Role of Recall Ability: *Psychology and Aging [Psychol. Aging]* 30 (2015) S. 253–258.
- Groß*, Julia/*Bayen*, Ute J., Hindsight bias in younger and older adults: The role of access control: *Aging, Neuropsychology, and Cognition [Aging Neuropsychol.Cogn.]* 22 (2015) S. 183–200.
- Gruhl*, John/*Spohn*, Cassia/*Welch*, Susan, Women as Policymakers: The Case of Trial Judges: *AJPS* 25 (1981) S. 308–322.
- Guilbault*, Rebecca L./*Bryant*, Fred B./*Brockway*, Jennifer Howard/*Posavac*, Emil J., Meta-Analysis of Research on Hindsight Bias: Basic and Applied Social Psychology [*Basic Appl.Soc.Psychol.*] 26 (2004) S. 103–117.

- Gundlach, Gregor*, Ein Jahr Elektronische Akte im Zivilsenat – Was folgt daraus?: DRiZ 2020, S. 48–51.
- Guthrie, Chris*, Misjudging: Nevada Law Journal [Nev.L.J.] 7 (2007) S. 420–456.
- Guthrie, Chris/George, Tracey E.*, The Futility of Appeal: Disciplinary Insights Into the „Affirmance Effect“ on the United States Courts of Appeals: Florida State University Law Review [Fla.St.U.L.Rev.] 32 (2004–2005) S. 357–385.
- Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*, The „Hidden Judiciary:“ An Empirical Examination of Executive Branch Justice: Duke Law Journal [Duke L.J.] 58 (2009) S. 1477–1530.
- Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*, Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases: Cornell L.Rev. 93 (2007–2008) S. 1–43.
- Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*, Inside the Judicial Mind: Cornell L.Rev. 86 (2001) S. 777–830.
- Hagan, John/O'Donnel, Nancy*, Sexual Stereotyping and Judicial Sentencing: A Legal Test of the Sociological Wisdom: Canadian Journal of Sociology [CJS] 3 (1978) S. 309–319.
- Hagger, Martin S. et al.*, A Multilab Preregistered Replication of the Ego-Depletion Effect: Perspectives on Psychological Science [Perspect.Psychol.Sci.] 11 (2016) S. 546–573.
- Hahn, Carl/Stegemann, Eduard* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band: Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Erste Abtheilung, 2. Aufl., Berlin 1881 (zit.: *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), Materialien²).
- Hamann, Hanjo/Hoefl, Leonard*, Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht, Lebensnähe und Methodenehrlichkeit für die juristische Analytik?: Archiv für die civilistische Praxis [AcP] 217 (2017) S. 311–336.
- Hanisch, Werner*, Zum Inhalt einer 3. Asylrechtsnovelle: ZRP 1981, S. 9–11.
- Hans, Valerie P./Vidmar, Neil*, The American Jury at Twenty-Five Years: Law & Social Inquiry [L.& Soc.Inquiry] 16 (1991) S. 323–351.
- Hardt, Oliver/Pohl, Rüdiger F.*, Hindsight bias as a function of anchor distance and anchor plausibility: Memory 11 (2003) S. 379–394.
- Harley, Erin M.*, Hindsight Bias in Legal Decision Making: Soc.Cogn. 25 (2007) S. 48–63.
- Harley, Erin M./Carlsen, Keri A./Loftus, Geoffrey R.*, The „Saw-It-All-Along“ Effect: Demonstrations of Visual Hindsight Bias: J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 30 (2004) S. 960–968.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus* (H.L.A.), The Concept of Law, 3. Aufl., Oxford u. a. 2012.
- Hartmann, Peter*, Zivilprozess 2001/2002: Hunderte wichtiger Änderungen – Ein Überblick für Praktiker: NJW 2001, S. 2577–2598.

- Hasher, Lynn/Attig, Mary S./Alba, Joseph W.*, I Knew It All Along: Or, Did I?: Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior [J. Verb. Learn. Verb. Behav.] 20 (1981) S. 86–96.
- Hastie, Reid/Schkade, David A./Payne, John W.*, Juror Judgments in Civil Cases: Effects of Plaintiff's Requests and Plaintiff's Identity on Punitive Damage Awards: Law & Hum. Behav. 23 (1999) S. 445–470.
- Hastie, Reid/Schkade, David A./Payne, John W.*, Juror Judgments in Civil Cases: Hindsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages: Law & Hum. Behav. 23 (1999) S. 597–614.
- Hastorf, Albert H./Cantril, Hadley*, They Saw a Game: A Case Study: The Journal of Abnormal and Social Psychology [J. Abnormal & Soc. Psychol.] 49 (1954) S. 129–134.
- Hathaway, Oona A.*, Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System: Iowa Law Review [Iowa L. Rev.] 86 (2001) S. 101–165.
- Hawkins, Scott A./Hastie, Reid*, Hindsight: Biased Judgments of Past Events After the Outcomes Are Known: Psychological Bulletin [Psychol. Bull.] 107 (1990) S. 311–327.
- Heine, Steven J./Lehman, Darrin R.*, Hindsight Bias: A Cross-Cultural Analysis: The Japanese Journal of Experimental Social Psychology [J. Jpn. Exp. Soc. Psychol.] 35 (1996) S. 317–323.
- Helversen, Bettina von/Rieskamp, Jörg*, Predicting Sentencing for Low-Level Crimes: Comparing Models of Human Judgment: Journal of Experimental Psychology: Applied [J. Exp. Psychol. Appl.] 15 (2009) S. 375–395.
- Hemel, Daniel J./Rozema, Kyle*, Decisionmaking on Multimember Courts: The Assignment Power in the Circuits: University of Chicago Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics No. 822 (2018) S. 1–42, verfügbar unter https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2509&context=law_and_economics (zit.: *Hemel/Rozema*, University of Chicago Coase-Sandor Working Paper 822 (2018)).
- Herbst, Tobias*, Die These der einzig richtigen Entscheidung, Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien von Ronald Dworkin und Jürgen Habermas: JZ 2012, S. 819–900.
- Higgins, Andrew/Levy, Inbar*, Judicial Policy, Public Perception, and the Science of Decision Making: A New Framework for the Law of Apprehended Bias: Civil Justice Quarterly [C.J.Q.] 38 (2019) S. 376–399.
- Higgins, Andrew/Levy, Inbar/Lienart, Thibaut*, The Future of Judging: The Bright but Modest Potential of Algorithms in the Courtroom, in: Rabeea Assy/Andrew Higgins (Hrsg.), Principles, Procedure, and Justice: Essays in honour of Adrian Zuckerman, Oxford 2020, S. 113–131 (zit.: *Higgins/Levy/Lienart*, in: FS Zuckerman).
- Higgins, Richard S./Rubin, Paul H.*, Judicial Discretion: The Journal of Legal Studies [J. Legal Stud.] 9 (1980) S. 129–138.

- Hirtz, Bernd/Oberheim, Rainer/Siebert, Oliver (Hrsg.), *Berufung im Zivilprozess*, 6. Aufl., Hürth 2020 (zit.: Hirtz/Oberheim/Siebert/Bearbeiter⁶).
- Hoch, Stephen J./Loewenstein, George F., *Outcome Feedback: Hindsight and Information*: J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 15 (1989) S. 605–619.
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznapel, Bernd (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, München 57. EL. September 2021 (zit.: Hoeren/Sieber/Holznapel/Bearbeiter⁵⁷).
- Hoffmann, Helmut/Maurer, Frank, *Voraussetzungen und Grenzen anwaltlicher Zeugenvorbereitung*: NJW 2018, S. 257–262.
- Hoffrage, Ulrich/Hertwig, Ralph/Gigerenzer, Gerd, *Hindsight Bias: A By-Product of Knowledge Updating?*: J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn. 26 (2000) S. 566–581.
- Hogarth, Robin M., *Educating Intuition*, Chicago 2001 (zit.: Hogarth, Intuition).
- Hommerich, Christoph/Prütting, Hanns/Ebers, Thomas/Lang, Sonja/Traut, Ludger, *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, Evaluation ZPO-Reform*, Köln 2006 (zit.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Evaluation ZPO-Reform).
- Hoops, Wilfried/Groß, Dominik, *Plädoyer gegen die Aufhebung von § 522 II ZPO*: ZRP 2020, S. 74–76.
- Horowitz, Irwin A./Bordens, Kenneth S., *An Experimental Investigation of Procedural Issues in Complex Tort Trials*: Law & Hum.Behav. 14 (1990) S. 269–285.
- Hunke, Marc/Dübbers, Robert, *Anregung zur konkreten Normenkontrolle des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO*: Neue Justiz [NJ] 2002, S. 184–186.
- Hunter, Philip, *Your decisions are what you eat*: European Molecular Biology Organization Reports [EMBO Rep.] 14 (2013) S. 505–508.
- Hutchinson, John M.C./Gigerenzer, Gerd, *Simple heuristics and rules of thumb: Where psychologists and behavioural biologists might meet*: Behavioural Processes [Behav.Process.] 69 (2005) S. 97–124.
- Idleman, Scott C., *The Role of Religious Values in Judicial Decision Making*: Indiana Law Journal [Ind.L.J.] 68 (1993) S. 433–487.
- Jäger, Kathleen, *Unbewusste Vorurteile und ihre Bedeutung für den Richter*: DRiZ 2018, S. 24–27.
- Janis, Irving, *Groupthink, Psychological Studies of Policy Decisions and Fiascoes*, 2. Aufl., Boston u. a. 1982 (zit.: Janis, Groupthink²).
- Janiszewski, Chris/Uy, Dan, *Precision of the Anchor Influences the Amount of Adjustment*: Psych.Sci. 19 (2008) S. 121–127.
- Jestaedt, Matthias, *Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie. Annäherungen eines Staatsrechtslehrers*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Tübingen 2018, S. 227–255.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R., *Debiasing through Law*: J. Legal Stud. 35 (2006) S. 199–242.

- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard*, A Behavioral Approach to Law and Economics: *Stanford Law Review* [Stan.L.Rev.] 50 (1998) S. 1471–1550.
- Jung, Minah H./Perfecto, Hannah/Nelson, Leif D.*, Anchoring in Payment: Evaluating a Judgmental Heuristic in Field Experimental Settings: *Journal of Marketing Research* [JMR] 53 (2016) S. 354–368.
- Kahan, Dan M./Hoffman, David A./Braman, Donald*, Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism: *Harvard Law Review* [Harv.L.Rev.] 122 (2009) S. 837–906.
- Kahan, Dan M./Hoffman, David A./Braman, Donald/Evans, Danieli/Rachlinski, Jeffrey J.*, „They Saw a Protest“: Cognitive Illiberalism and the Speechconduct Distinction: *Stan.L.Rev.* 64 (2012) S. 851–906.
- Kaheny, Erin B./Brodie Haire, Susan/Benesh, Sara C.*, Change over Tenure: Voting, Variance, and Decision Making on the U.S. Courts of Appeals: *AJPS* 52 (2008) S. 490–503.
- Kähler, Lorenz*, Die asymmetrische Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft, in: Markus Rehberg (Hrsg.), *Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen*, Wiesbaden 2018, S. 105–151 (zit.: *Kähler*, in: Rehberg (Hrsg.), *Erkenntniswert*).
- Kahneman, Daniel*, *Thinking, Fast and Slow*, London 2012.
- Kahneman, Daniel*, Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics: *The American Economic Review* [Am.Econ.Rev.] 93 (2003) S. 1449–1475.
- Kahneman, Daniel*, Reference Points, Anchors, Norms, and Mixed Feelings: *Organ. Behav.Hum.Dec.* 51 (1992) S. 296–312.
- Kahneman, Daniel/Klein, Gary*, Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree: *American Psychologist* [Am.Psychol.] 64 (2009) S. 515–526.
- Kahneman, Daniel/Schkade, David/Sunstein, Cass R.*, Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages: *Journal of Risk and Uncertainty* [J. Risk Uncertain.] 16 (1998) S. 49–86.
- Kahneman, Daniel/Sibony, Olivier/Sunstein, Cass R.*, *Noise, A Flaw in Human Judgment*, London 2021 (zit.: *Kahneman/Sibony/Sunstein, Noise*).
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, On the Reality of Cognitive Illusions: *Psychol.Rev.* 103 (1996) S. 582–591.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, Choices, Values, and Frames: *Am.Psychol.* 39 (1984) S. 341–350.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, The Psychology of Preferences: *Sci.Am.* 246 (1981) S. 160–173.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk: *Econometrica* 47 (1979) S. 263–291.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, Intuitive Prediction: Biases and Corrective Procedures: *Advanced Decision Technology*, Technical Report PTR-1042-77-6, 1977, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20230622110534/https://apps.dtic.mil/>

dtic/tr/fulltext/u2/a047747.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: *Kahneman/Tversky*, *Advanced Decision Technology*, 1977).

Kahneman, Daniel/Tversky, Amos, Subjective Probability: A Judgment of Representativeness: *Cognitive Psychology [Cogn.Psychol.]* 3 (1972) S. 430–454.

Kalven, Harry Jr./Zeisel, Hans, *The American Jury*, Boston 1966.

Kamin, Kim A./Rachlinski, Jeffrey J., Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight: *Law & Hum.Behav.* 19 (1995) S. 89–104.

Kaplan, Martin/Miller, Charles, Group Decision Making and Normative Versus Informational Influence: Effects of Type of Issue and Assigned Decision Rule: *J.Pers. Soc.Psychol.* 53 (1987) S. 306–313.

Kaser, Max, *Das Römische Zivilprozessrecht*, Handbuch der Altertumswissenschaft (Begr.: Iwan von Müller/Erw.: Walter Otto/Fortf.: Hermann Bengtson), 10. Abteilung, 3. Teil, 4. Band, München 1966 (zit.: *Kaser*, *Das Römische Zivilprozessrecht*).

Kassin, Saul M./Dror, Itiel E./Kukucka, Jeff, The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions: *Journal of Applied Research in Memory and Cognition [J.Appl.Res.Mem.Cogn.]* 2 (2013) S. 42–52.

Kaufmann, Arthur, *Der BGH und die Sitzblockade*: NJW 1988, S. 2581–2584.

Kern, Christoph A., Harmonisation of the Rules on Judgments and Appeals in Europe: A Few Remarks from the Inside, in: Fernando Gascón Inchausti/Burkhard Hess (Hrsg.), *The Future of the European Law of Civil Procedure, Coordination or Harmonisation?*, Cambridge 2020, S. 223–238 (zit.: *Kern*, in: Gascón Inchausti/Hess (Hrsg.), *Future of the European Law of Civil Procedure*).

Kern, Christoph A., In der Zange der Zahlen: Rechtsvergleichung und wissenschaftlicher Zeitgeist: *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft [ZVglRWiss]* 116 (2017) S. 419–437.

Kern, Christoph A., Statistical Methods in Comparative Civil Procedure – Chances and Risks, in: Loïc Cadiet/Burkhard Hess/Marta Requejo Isidro (Hrsg.), *Approaches to Procedural Law, The Pluralism of Methods*, Baden-Baden 2017, S. 121–143 (zit.: *Kern*, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro (Hrsg.), *Approaches to Procedural Law*).

Kerr, Norbert/MacCoun, Robert/Kramer, Geoffrey, Bias in Judgment: Comparing Individuals and Groups: *Psychol.Rev.* 103 (1996) S. 687–719.

Klayman, Joshua/Ha, Young-Won, Confirmation, Disconfirmation, and Information in Hypothesis Testing: *Psychol.Rev.* 94 (1987) S. 211–228.

Klein, David E., *Making Law in the U.S. Courts of Appeals*, Cambridge 2002.

Klein, Franz, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*, Dresden 1901 (zit.: *Klein*, *Zeit- und Geistesströmungen*).

Klöhn, Lars/Stephan, Ekkehart, Psychologische Aspekte der Urteilsbildung bei juristischen Experten, in: Stephanie Holzwarth/Ulrich Lambrecht/Sebastian Schalk/Annette Späth/Eva Zech (Hrsg.), *Die Unabhängigkeit des Richters*, Tübingen 2009, S. 65–94.

- Knoll, Melissa A. Z./Arkes, Hal R.*, The Effects of Expertise on the Hindsight Bias: *J.Behav.Decis.Mak.* 30 (2017) S. 389–399.
- Koehler, Jonathan J./Meixner, John*, Decision Making and the Law: Truth Barriers, in: Gideon Keren/George Wu (Hrsg.), *The Wiley-Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Band II, Chichester 2015, S. 749–774 (zit.: *Koehler/Meixner*, in: *Wiley-Blackwell Handbook JDM*).
- Köhler, Denis/Scharmach, Katrin*, Zur Geschichte der Rechtspsychologie in Deutschland unter besonderer Betrachtung der Sektion Rechtspsychologie des BDP: *Praxis der Rechtspsychologie [PdR]* 23 (2013) S. 455–468.
- Korch, Stefan*, Haftung und Verhalten, Tübingen 2015.
- Korobkin, Russell*, Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms: *Vanderbilt Law Review [Vand.L.Rev.]* 51 (1998) S. 1583–1651.
- Korobkin, Russell*, The Status Quo Bias and Contract Default Rules: *Cornell L.Rev.* 83 (1998) S. 608–687.
- Korobkin, Russell/Ulen, Thomas S.*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics: *Cal.L.Rev.* 88 (2000) S. 1051–1144.
- Kozinski, Alex*, What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making: *Loyola of Los Angeles Law Review [Loy.L.A.L.Rev.]* 26 (1993) S. 993–999.
- Kramer, Wolfgang*, Die Berufung in Zivilsachen, 8. Aufl., München 2015.
- Kunda, Ziva*, The Case for Motivated Reasoning: *Psychol.Bull.* 108 (1990) S. 480–498.
- LaBine, Susan J./LaBine, Gary*, Determinations of Negligence and the Hindsight Bias: *Law & Hum.Behav.* 20 (1996) S. 501–516.
- Lamprecht, Rolf*, Von der Subjektivität des Richtens: *DRiZ* 2004, S. 89–94.
- Landsman, Stephan/Rakos, Richard F.*, A Preliminary Inquiry into the Effect of Potentially Biasing Information on Judges and Jurors in Civil Litigation: *Behav.Sci. Law* 12 (1994) S. 113–126.
- Landy, David/Aronson, Elliot*, The Influence of the Character of the Criminal and His Victim on the Decisions of Simulated Jurors: *J.Exp.Soc.Psychol.* 5 (1969) S. 141–152.
- Larrick, Richard P./Feiler, Daniel C.*, Expertise in Decision Making, in: Gideon Keren/George Wu (Hrsg.), *The Wiley-Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Band II, Chichester 2015, S. 696–721 (zit.: *Larrick/Feiler*, in: *Wiley-Blackwell Handbook JDM*).
- Lechner, Herbert*, Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufungsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers: *NJW* 2004, S. 3593–3599.
- Leipold, Dieter*, Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle, in: Peter Gilles/Klaus F. Röhl/Paul Schuster/Dieter Stempel (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, Köln 1985, S. 285–294.

- Lemley, Mark A./Miller, Shawn P.*, If You Can't Beat 'Em, Join 'Em? How Sitting By Designation Affects Judicial Behavior: *Texas Law Review* [Tex.L.Rev.] 94 (2016) S. 451–484.
- Le Texier, Thibault*, Debunking the Stanford Prison Experiment: *Am.Psychol.* 74 (2019) S. 823–839.
- Levari, David E./Gilbert, Daniel T./Wilson, Timothy D./Sievers, Beau/Amodio, David M./Wheatley, Thalia*, Prevalence-induced concept change in human judgment: *Science* 360 (2018) S. 1465–1467.
- Levy, Inbar*, Simplifying Legal Decision: Factor Overload in Civil Procedure Rules: *Melbourne University Law Review* [M.U.L.R.] 41 (2017) S. 727–757.
- Lieberman, Joel D.*, Head Over the Heart or Heart Over the Head? Cognitive Experiential Self-Theory and Extralegal Heuristics in Juror Decision Making: *J.Appl.Soc. Psychol.* 32 (2002) S. 2526–2553.
- Lieder, Falk/Griffiths, Thomas L./Huys, Quentin J. M./Goodman, Noah D.*, The anchoring bias reflects rational use of cognitive resources: *Psychon.Bull.Rev.* 25 (2018) S. 322–439.
- Lindquist, Stefanie A./Haire, Susan B./Songer, Donald R.*, Supreme Court Auditing of the U.S. Courts of Appeals: An Organizational Perspective: *Journal of Public Administration Research and Theory* [J. Public Admin.Res. Theory] 17 (2007) S. 607–624.
- Loewenstein, George/Issacharoff, Samuel/Camerer, Colin/Babcock, Linda*, Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining: *J. Legal Stud.* 22 (1993) S. 135–159.
- Lopes, Lola L.*, The Rhetoric of Irrationality: *Theory Psychol.* 2 (1991) S. 65–82.
- Lord, Charles G./Lepper, Mark R./Preston, Elizabeth*, Considering the Opposite: A Corrective Strategy for Social Judgment: *J.Pers.Soc.Psychol.* 47 (1984) S. 1231–1243.
- Lord, Charles G./Ross, Lee/Lepper, Mark R.*, Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence: *J.Pers. Soc.Psychol.* 37 (1979) S. 2098–2109.
- Loschelder, David D./Stuppi, Johannes/Trötschel, Roman*, „€ 14,875?!“: Precision Boosts the Anchoring Potency of First Offers: *Social Psychological and Personality Science* [Soc.Psychol.Pers.Sci.] 5 (2014) S. 491–499.
- Lotz, Michael*, Qualitätssicherung im Zivilprozess, in: Brunhilde Ackermann/Reinhard Gaier/Christian Wolf (Hrsg.), *Gelebtes Prozessrecht. Festschrift für Volkert Vorwerk*, Köln 2019, S. 231–242 (zit.: *Lotz*, in: FS Vorwerk).
- Ludewig-Kedmi, Revital*, Moraldilemmata von Richtern: *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie* [SZK] 2004, S. 9–22.
- Lunney, Glynn S. Jr./Johnson, Christian T.*, Not So Obvious after All: Patent Law's Nonobviousness Requirement, KSR, and the Fear of Hindsight Bias: *Georgia Law Review* [Ga.L.Rev.] 47 (2012) S. 41–111.

- Lyu, Wanyi/Levari, David E./Nartker, Makaela S./Little, Daniel S./Wolfe, Jeremy M.,* Feedback moderates the effect of prevalence on perceptual decisions: *Psychon. Bull.Rev.* 28 (2021) S. 1906–1914.
- Makowka, Roland,* Effektuiierung der Justiz ohne Bevormundung durch die Legislative oder: Sind Richter Zinnsoldaten der Macht?: *DRiZ* 1992, S. 205–213.
- Malouff, John/Schutte, Nicola S.,* Shaping Juror Attitudes: Effects of Requesting Different Damage Amounts in Personal Injury Trials: *J.Soc.Psychol.* 129 (1989) S. 491–497.
- Mandel, Gregory N.,* Patently Non-Obvious II: Experimental Study on the Hindsight Issue Before the Supreme Court in *KSR v. Teleflex*: *Yale Journal of Law & Technology* [Yale J.L. & Tech.] 9 (2007) S. 1–43.
- Mandel, Gregory N.,* Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational: *Ohio State Law Journal* [Ohio St.L.J.] 67 (2006) S. 1391–1463.
- Mankowski, Peter,* Rechtskultur, Tübingen 2016.
- Marti, Mollie W./Wissler, Roselle L.,* Be Careful What You Ask For: The Effect of Anchors on Personal Injury Damages Awards: *J.Exp.Psychol. Appl.* 6 (2000) S. 91–103.
- Martini, Mario,* Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung: *JZ* 2017, S. 1017–1025.
- Mausz, Irmgard/Dickert, Thomas/Hauser, Alexandra/Kuonath, Angela/Frey, Dieter,* Untersuchung zur Belastung am Richterarbeitsplatz in Bayern: *DRiZ* 2019, S. 254–259.
- McAuliff, Bradley D./Bornstein, Brian H.,* All Anchors Are Not Created Equal: The Effects of Per Diem versus Lump Sum Requests on Pain and Suffering Awards: *Law & Hum.Behav.* 34 (2010) S. 164–174.
- McCorkle, Alena,* Allgemeinkundigkeit, Tübingen 2018.
- McKenzie, Craig R. M.,* Hypothesis Testing and Evaluation, in: *Derek J. Koehler/Nigel Harvey* (Hrsg.), *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Malden/Oxford/Victoria 2004, S. 200–219 (zit.: *McKenzie*, in: *Blackwell Handbook*).
- McNeil, Barbara J./Pauker, Stephen G./Sox, Harold C. Jr./Tversky, Amos,* On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies: *NEJM* 306 (1982) S. 1259–1262.
- Meller-Hannich, Caroline/Nöhre, Monika,* Ein zeitgemäßer Rahmen für Zivilrechtsstreitigkeiten: *NJW* 2019, S. 2522–2527.
- Mendelssohn Bartholdy, Albrecht,* Formalismus und Zivilprozeß, II.: *Juristische Wochenschrift* [JW] 1921, S. 259–260.
- Mercier, Hugo,* Confirmation Bias – Myside Bias, in: *Rüdiger F. Pohl* (Hrsg.), *Cognitive Illusions: Intriguing Phenomena in Judgment, Thinking and Memory*, 2. Aufl., London/New York 2017, S. 99–114 (zit.: *Mercier*, in: *Pohl* (Hrsg.), *Cognitive Illusions*²).

- Mercier, Hugo/Sperber, Dan*, Why do humans reason? Arguments for an argumentative theory: *Behav. Brain Sci.* 34 (2011) S. 54–74.
- Michel, Matthias/Peters, Megan A. K.*, Confirmation bias without rhyme or reason: *Synthese* 199 (2021) S. 2757–2772.
- Miron, Anca M./Branscombe, Nyla R./Biernat, Monica*, Motivated Shifting of Justice Standards: *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 36 (2010) S. 768–779.
- Monnier-Cholley, L./Arrivé, L./Porcel, A./Shehata, K./Dahan, H./Urban, T./Febvre, M./Lebeau, B./Tubiana, J. M.*, Characteristics of missed lung cancer on chest radiographs: a French experience: *European Radiology [Eur.Radiol.]* 11 (2001) S. 597–605.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède de*, *De l'Esprit des Loix, Ou du Rapport que les Loix Doivent Avoir avec la Constitution de Chaque Gouvernement, les Mœurs, le Climat, la Religion, le Commerce, &c.*, Nouvelle Edition, Tome Premier, Genf 1753 (zit: *Montesquieu, De l'Esprit des Loix*).
- Mosbacher, Andreas*, Das Ideal richterlicher Wahrheitsfindung und die Betrübnisse des wirklichen Lebens: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie [FPPK]* 9 (2015) S. 82–91.
- Mousavi, Shabnam/Gigerenzer, Gerd*, Heuristics are Tools for Uncertainty: *Homo Oeconomicus [Homo Oecon.]* 34 (2017) S. 361–379.
- Muhm, John R./Miller, W. Eugene/Fontana, Robert S./Sanderson, David R./Uhlenhopp, Mary Ann*, Lung Cancer Detected During a Screening Program Using Four-Month Chest Radiographs: *Radiology* 148 (1983) S. 609–615.
- Mullen, Brian/Atkins, Jennifer L./Champions, Debbie S./Edwards, Cecelia/Hardy, Dana/Story, John E./Vanderklok, Mary*, The False Consensus Effect: A Meta-analysis of 155 Hypothesis Tests: *J.Exp.Soc.Psychol.* 21 (1985) S. 262–283.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, Bd. 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Aufl., München 2020 (zit.: *MüKoBGB/Bearbeiter*⁸).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, hrsg. von Thomas Rauscher und Wolfgang Krüger, Bd. 1: §§ 1–354, 6. Aufl., München 2020 (zit.: *MüKoZPO/Bearbeiter*⁶).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, hrsg. von Thomas Rauscher und Wolfgang Krüger, Bd. 2: §§ 355–945b, 6. Aufl., München 2020 (zit.: *MüKoZPO/Bearbeiter*⁶).
- Muraven, Mark/Baumeister, Roy F.*, Self-Regulation and Depletion of Limited Resources: Does Self-Control Resemble a Muscle?: *Psychol.Bull.* 126 (2000) S. 247–259.
- Muraven, Mark/Tice, Dianne M./Baumeister, Roy F.*, Self-Control as Limited Resource: Regulatory Depletion Patterns: *J.Pers.Soc.Psychol.* 74 (1998) S. 774–789.
- Musch, Jochen/Wagner, Thomas*, Did Everybody Know It All Along? A Review of Individual Differences in Hindsight Bias: *Soc.Cogn.* 25 (2007) S. 64–82.

- Musiak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 18. Aufl., München 2021 (zit.: *Musiak/Voit/Bearbeiter*¹⁸).
- Müsseler, Jochen/Rieger, Martina* (Hrsg.), *Allgemeine Psychologie*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Müsseler/Rieger* (Hrsg.), *Allgemeine Psychologie*³).
- Mussweiler, Thomas*, The durability of anchoring effects: *Eur.J.Soc.Psychol.* 31 (2001) S. 431–442.
- Mussweiler, Thomas/Englich, Birte*, Subliminal anchoring: Judgmental consequences and underlying mechanisms: *Organ.Behav.Hum.Dec.* 98 (2005) S. 133–143.
- Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, The Use of Category and Exemplar Knowledge in the Solution of Anchoring Tasks: *J.Pers.Soc.Psychol.* 78 (2000) S. 1038–1052.
- Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, Comparing Is Believing: A Selective Accessibility Model of Judgmental Anchoring: *Eur.Rev.Soc.Psychol.* 10 (1999) S. 135–167.
- Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, Hypothesis-Consistent Testing and Semantic Priming in the Anchoring Paradigm: A Selective Accessibility Model: *J.Exp.Soc.Psychol.* 35 (1999) S. 136–164.
- Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz/Pfeiffer, Tim*, Overcoming the Inevitable Anchoring Effect: Considering the Opposite Compensates for Selective Accessibility: *Pers.Soc.Psychol.Bull.* 26 (2000) S. 1142–1150.
- Nagel, Stuart S./Weitzman, Lenore J.*, Double Standard of American Justice: *Society* 9 (1972) S. 18–25.
- Nagel, Stuart S./Weitzman, Lenore J.*, Sex and the Unbiased Jury: *Judicature* 56 (1972) S. 108–111.
- Nassall, Wendt*, Zehn Jahre ZPO-Reform vor dem BGH: *NJW* 2012, S. 113–119.
- Nelson, Gregory S.*, Bias in Artificial Intelligence: *North Carolina Medical Journal [NCML]* 80 (2019) S. 220–222.
- Nelson, Mary Stewart*, The Effect of Attorney Gender on Jury Perception and Decision-Making: *Law & Psychology Review [Law & Psychol.Rev.]* 28 (2004) S. 177–193.
- Nestler, Steffen*, Belief Perseverance, The Role of Accessible Content and Accessibility Experiences: *Soc.Psychol.* 41 (2010) S. 35–41.
- Nestler, Steffen/Blank, Hartmut/von Collani, Gernot*, Hindsight Bias Doesn't Always Come Easy: Causal Models, Cognitive Effort, and Creeping Determinism: *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 34 (2008) S. 1043–1054.
- Nestler, Steffen/Blank, Hartmut/Egloff, Boris*, Hindsight ≠ Hindsight: Experimentally Induced Dissociations Between Hindsight Components: *J.Exp.Psychol. Learn.Mem.Cogn.* 36 (2010) S. 1399–1413.
- Neumann, Ralph*, Mehr Spezialisierung in der Ziviljustiz? – Contra: *DRiZ* 2018, S. 59.
- Newell, Ben R./Shanks, David R.*, Prime numbers: Anchoring and its implications for theories of behavior priming: *Soc.Cogn.* 32 (2014) S. 88–108.

- Nickerson*, Raymond S., Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises: Review of General Psychology [Rev.Gen.Psychol.] 2 (1998) S. 175–220.
- Northcraft*, Gregory B./*Neale*, Margaret A., Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions: Organ.Behav.Hum.Dec. 39 (1987) S. 84–97.
- Nußbaum*, Arthur, Die Rechtstatsachenforschung, Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, Tübingen 1914 (zit.: *Nußbaum*, Rechtstatsachenforschung).
- Oberheim*, Rainer, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 8. Aufl., Köln 2020 (zit.: *Oberheim*, Taktik⁸).
- O'Boyle*, Ernest Jr./*Aguinis*, Herman, The Best and the Rest: Revisiting the Norm of Normality in Individual Performance: Pers.Psychol. 65 (2012) S. 79–119.
- Oeberst*, Aileen, Der Rückschaufehler im juristischen Kontext: Relevante psychologische Forschung, begründete Spekulationen und Schlussfolgerungen für die Praxis: RW 2019, S. 180–203.
- Oeberst*, Aileen/*Goeckenjan*, Ingke, When Being Wise After the Event Results in Injustice: Evidence for Hindsight Bias in Judges' Negligence Assessments: Psychol. Public Policy Law 22 (2016) S. 271–279.
- Oppenheimer*, Daniel M./*LeBoeuf*, Robyn A./*Brewer*, Noel T., Anchors aweigh: A demonstration of cross-modality anchoring and magnitude priming: Cognition 106 (2008) S. 13–26.
- Orazbayev*, Sultan, Sequential order as an extraneous factor in editorial decision: Scientometrics 113 (2017) S. 1573–1592.
- Ostermeier*, Peter, Alte und neue Probleme des Präklusionsrechts nach der ZPO-Reform: ZZZ 120 (2007) S. 219–236.
- Oswald*, Margit E./*Wylter*, Helen, Fallstricke auf dem Weg zur »richtigen« Entscheidung im Strafrecht: Eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: Stephan Barton/Marieke Dubelaar/Ralf Kölbel/Michael Lindemann (Hrsg.), „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“, Fehlerurteile im Strafprozess, Baden-Baden 2018, S. 103–131 (zit.: *Oswald/Wylter*, in: Barton/Dubelaar/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), Fehlerurteile).
- Ott*, Nicolas/*Klein*, Karen, Hindsight Bias bei der Vorstandshaftung wegen Compliance-Verstößen: Die Aktiengesellschaft [AG] 2017, S. 209–221.
- Otten*, Sabine/*Wentura*, Dirk, About the impact of automaticity in the Minimal Group Paradigm: evidence from affective priming tasks: Eur.J.Soc.Psychol. 29 (1999) S. 1049–1071.
- Peer*, Eyal/*Gamliel*, Eyal, Heuristics and Biases in Judicial Decisions: Ct.Rev. 49 (2013) S. 114–118.
- Pennington*, Nancy/*Hastie*, Reid, Evidence Evaluation in Complex Decision Making: J.Pers.Soc.Psychol. 51 (1986) S. 242–258.
- Peresie*, Jennifer L., Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts: Yale L.J. 114 (2005) S. 1759–1790.

- Petersen*, Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?: Der Staat [Staat] 49 (2010) S. 435–455.
- Petersen*, Niels/*Chatziathanasiou*, Konstantin, Empirische Verfassungsrechtswissenschaft, Zu Möglichkeiten und Grenzen quantitativer Verfassungsvergleichung und Richterforschung: Archiv des öffentlichen Rechts [AöR] 114 (2019) S. 501–535.
- Pfeiffer*, Gerd, Knappe Ressource Recht: ZRP 1981, S. 121–125.
- Pflüger*, Almut, Rechtstatsachenforschung in der Praxis, in: Jürgen Brand/Dieter Stempel (Hrsg.), Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 561–568 (zit.: *Pflüger*, in: FS Blankenburg).
- Pilny*, Karin L., Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht, Eine rechtsvergleichende und rechtsmethodologische Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, Baden-Baden 1993 (zit.: *Pilny*, Präjudizienrecht).
- Piorreck*, Heike/*Keilbach*, Michael, Verwerfung und Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO in einem Beschluss, in: Brunhilde Ackermann/Reinhard Gaier/Christian Wolf (Hrsg.), Gelebtes Prozessrecht. Festschrift für Volker Vorwerk, Köln 2019, S. 279–289 (zit.: *Piorreck/Keilbach*, in: FS Vorwerk).
- Plonsky*, Ori/*Chen*, Daniel L./*Netzer*, Liat/*Steiner*, Talya/*Feldman*, Yuval, Best to Be Last: Serial Position Effects in Legal Decisions in the Field and in the Lab: Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 19-15 (March 3, 2021) S. 1–88.
- Pohl*, Rüdiger F. (Hrsg.), Cognitive Illusions: Intriguing Phenomena in Judgement, Thinking and Memory, 2. Aufl., London/New York 2017 (zit.: *Pohl* (Hrsg.), Cognitive Illusions²).
- Pohl*, Rüdiger F./*Bender*, Michael/*Lachmann*, Gregor, Hindsight Bias Around the World: Experimental Psychology [Exp.Psychol.] 49 (2002) S. 270–282.
- Porter*, Stephen/*ten Brinke*, Leanne, Dangerous decisions: A theoretical framework for understanding how judges assess credibility in the courtroom: Legal and Criminological Psychology [Leg.Criminol.Psychol.] 14 (2009) S. 119–134.
- Posner*, Richard A., The Problematics of Moral and Legal Theory, 3. Aufl., Cambridge, Mass., u. a. 2002 (zit.: *Posner*, Problematics³).
- Postel*, Gunnar, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, Baden-Baden 2009 (zit.: *Postel*, Zurückweisung).
- Poythress*, Norman G./*Wiener*, Richard/*Schumacher*, Joseph E., Reframing the Medical Malpractice Tort Reform Debate: Social Science Research Implications for Non-Economic Reforms: Law & Psychol.Rev. 16 (1992) S. 65–112.
- Prentice*, Robert A./*Koehler*, Jonathan J., A Normality Bias in Legal Decision Making: Cornell L.Rev. 88 (2003) S. 583–650.
- Pronin*, Emily/*Gilovich*, Thomas/*Ross*, Lee, Objectivity in the Eye of the Beholder: Perceptions of Bias in Self Versus Others: Psychol.Rev. 111 (2004) S. 781–799.
- Pruitt*, Charles R./*Wilson*, James Q., A Longitudinal Study of the Effect of Race on Sentencing: Law & Soc’y Rev. 17 (1983) S. 613–636.

- Prütting*, Hanns, Rückgang der Klageeingangszahlen bei den staatlichen Gerichten: DRiZ 2018, S. 62–65.
- Prütting*, Hanns/*Gehrlein*, Markus (Hrsg.), ZPO, Kommentar, 13. Aufl., Hürth 2021 (zit.: *Prütting/Gehrlein/Bearbeiter*¹³).
- Quekel*, Lorentz G.B.A./*Kessels*, Alphons G.H./*Goei*, Reginald/*van Engelshoven*, Joseph M.A., Miss Rate of Lung Cancer on the Chest Radiograph in Clinical Practice: *Chest* 115 (1999) S. 720–724.
- Quinn*, Kevin M., The Academic Study of Decision Making on Multimember Courts: *Cal.L.Rev.* 100 (2012) S. 1493–1501.
- Raab*, Monika, Männliche Richter – weibliche Angeklagte, Einstellungen und Alltagstheorien von Strafrichtern, Bonn 1993 (zit.: *Raab*, Männliche Richter).
- Rachlinski*, Jeffrey J., Judicial Psychology: *Rechtstreeks* 2/2012, S. 15–34.
- Rachlinski*, Jeffrey J., The Uncertain Psychological Case for Paternalism: *Northwestern University Law Review* [Nw.U.L.Rev.] 97 (2003) S. 1165–1225.
- Rachlinski*, Jeffrey J., A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight: *U.Chi.L.Rev.* 65 (1998) S. 571–625.
- Rachlinski*, Jeffrey J./*Guthrie*, Chris/*Wistrich*, Andrew J., Probable Cause, Probability, and Hindsight: *Journal of Empirical Legal Studies* [JELS] 8 (2011) S. 72–98.
- Rachlinski*, Jeffrey J./*Wistrich*, Andrew J., Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges: *Annual Review of Law and Social Science* [Annu.Rev. Law Soc.Sci.] 13 (2017) S. 203–229.
- Rath*, Christian, Der analysierte Richter als Geschäftsmodell: DRiZ 2019, S. 330–331.
- Rawls*, John, *A Theory of Justice*, 1971, Revised Edition, Cambridge, Mass., 1999.
- Reitsma-van Rooijen*, Margreet/*Daamen*, Dancker D.L., Subliminal anchoring: The effects of subliminally presented numbers on probability estimates: *J.Exp.Soc. Psychol.* 42 (2006) S. 380–387.
- Revesz*, Richard L., Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit: *Virginia Law Review* [Va.L.Rev.] 83 (1997) S. 1717–1772.
- Reyna*, Valerie F./*Hans*, Valerie P./*Corbin*, Jonathan C./*Yeh*, Ryan/*Lin*, Kelvin/*Royer*, Caissa, The Gist of Juries: Testing a Model of Damage Award Decision Making: *Psychol. Public Policy Law* 21 (2015) S. 280–294.
- Riedl*, Christoph/*Kim*, Young Ji/*Gupta*, Pranav/*Malone*, Thomas W./*Woolley*, Anita Williams, Quantifying collective intelligence in human groups: *PNAS* 118 (2021) e2005737118, S. 1–5.
- Rimmelspacher*, Bruno, Funktion und Ausgestaltung des Berufungsverfahrens im Zivilprozeß, Eine rechtstatsächliche Untersuchung, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Köln 2000 (zit.: *Rimmelspacher*, Berufungsverfahren).
- Risse*, Jörg, Mathematik, Statistik und die Juristerei: *NJW* 2020, S. 2383–2387.
- Risse*, Jörg, Der Homo iuridicus – ein gefährliches Trugbild. Wie Heuristiken richterliche Entscheidungen beeinflussen: *NJW* 2018, S. 2848–2853.

- Ritov, Ilana/Baron, Jonathan*, Status-Quo and Omission Biases: *J. Risk Uncertain.* 5 (1992) S. 49–61.
- Robertson, Christopher Tarver*, Blind Expertise: *NYU L.Rev.* 85 (2010) S. 174–257.
- Roch, Sylvia G./Zhuang, Wie/Hunt, Steven T./Bidwell, Lauren*, Employee Groups and Performance Trends Over Time: Exploring the Value of Performance Ratings for Identifying High Performers and Other Employee Groups: *Psychology of Leaders and Leadership [MGR]* 25 (2022) S. 65–89.
- Roese, Neal J./Fessel, Florian/Summerville, Amy/Kruger, Justin/Dilich, Michael A.*, The Propensity Effect, When Foresight Trumps Hindsight: *Psych.Sci.* 17 (2006) S. 305–310.
- Roese, Neal J./Vohs, Kathleen D.*, Hindsight Bias: *Perspect.Psychol.Sci.* 7 (2012) S. 411–426.
- Röhl, Klaus F.*, Fehler in Gerichtsentscheidungen: Die Verwaltung [VERW] 35 (2002), Beiheft 5, Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, S. 67–97.
- Rollwage, Max/Loosen, Alisa/Hauser, Tobias U./Moran, Rani/Dolan, Raymond J./Fleming, Stephen M.*, Confidence drives a neural confirmation bias: *Nature Communications [Nat.Commun.]* 11 (2020) 2634, S. 1–11.
- Rosenberg, Leo (Begr.)/Schwab, Karl Heinz (Fortf.)/Gottwald, Peter (Bearb.)*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018 (zit.: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁸).
- Rosenstock, Julika/Singelstein, Tobias/Boulanger, Christian*, Versuch über das Sein und Sollen der Rechtsforschung, Bestandsaufnahme eines interdisziplinären Forschungsfeldes, in: Christian Boulanger/Julika Rosenstock/Tobias Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung, Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden 2019, S. 3–29 (zit.: *Rosenstock/Singelstein/Boulanger*, in: *Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.)*, *Interdisziplinäre Rechtsforschung*).
- Ross, Lee/Greene, David/House, Pamela*, The „False Consensus Effect“: An Egocentric Bias in Social Perception and Attribution Processes: *J.Exp.Soc.Psychol.* 13 (1977) S. 279–301.
- Roth, Herbert*, Zur Überwindung gesetzgeberischer Modellvorstellungen im zivilprozessualen Berufungsrecht durch das bessere Argument der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Beate Gsell/Wolfgang Hau (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspacher*, Baden-Baden 2019, S. 19–36 (zit.: *Roth*, in: *Hommage Rimmelspacher*).
- Roth, Herbert*, Entwicklung und Reformen der ZPO: *JR* 2018, S. 159–167.
- Roth, Herbert*, Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit: *JZ* 2006, S. 9–18.
- Rotteck, Karl von/Welcker, Karl (Hrsg.)*, Das Staats-Lexikon: Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände, Band 1, 2. Aufl., Altona 1845 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Rotteck/Welcker (Hrsg.), *Staats-Lexikon*²).

- Rottleuthner*, Hubert/*Böhm*, Ellen/*Gasterstädt*, Daniel, Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters, Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege, Köln 1992 (zit.: *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Einzelrichter).
- Saenger*, Ingo (Hrsg.) Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit.: *Saenger/Bearbeiter*⁹).
- Sagana*, Anna/*van Toor*, D.A. G., The Judge as a Procedural Decision-Maker, Addressing the Disconnect Between Legal Psychology and Legal Practice: *Z.Psychol.* 228 (2020) S. 226–228.
- Samuelson*, William/*Zeckhauser*, Richard, Status Quo Bias in Decision Making: *J. Risk Uncertain.* 1 (1988) S. 7–59.
- Sanfey*, Alan G./*Stallen*, Mirre, Neurosciences Contribution to Judgment and Decision Making: Opportunities and Limitations, in: Gideon Keren/George Wu (Hrsg.), *The Wiley-Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Band II, Chichester 2015, S. 268–294 (zit.: *Sanfey/Stallen*, in: *Wiley-Blackwell Handbook JDM*).
- Santos*, Laurie R./*Rosati*, Alexandra G., The Evolutionary Roots of Human Decision Making: *Annu.Rev.Psychol.* 66 (2015) S. 321–347.
- Saueressig*, Christian, Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz, Köln u. a. 2008 (zit.: *Saueressig*, System).
- Schäfer*, Hans-Bernd, Kein Geld für die Justiz – Was ist uns der Rechtsfrieden wert?: *DRiZ* 1995, S. 461–471.
- Schmidt-Atzert*, Lothar/*Amelang*, Manfred, *Psychologische Diagnostik*, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012.
- Schmolke*, Klaus Ulrich, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht. Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Tübingen 2014 (zit.: *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung).
- Schönfeld*, K. M., Rex, Lex et Judex: Montesquieu and *la bouche de la loi* revisited: *European Constitutional Law Review* [Eur.Const. Law Rev.] 4 (2008) S. 274–301.
- Schröder*, Rainer, Die statistische Realität des Bauprozesses: *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* [NZBau] 2008, S. 1–14.
- Schubert*, Werner, Gerichtliche und nicht gerichtliche Konfliktlösung in zivilrechtlichen Streitigkeiten – Deutschland –, LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“ Arbeitspapier/Working Paper 18 (2014), urn:nbn:de:hebis:30:3-334159, 2014, abrufbar unter <https://d-nb.info/1053012853/34> (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: *Schubert*, Gerichtliche Konfliktlösung).
- Schubert*, Werner, Entstehung und Quellen der Civilprozeßordnung von 1877, Erster Halbband, Frankfurt am Main 1987 (zit.: *Schubert*, Entstehung, 1. Halbband).
- Schubert*, Werner, Entstehung und Quellen der Civilprozeßordnung von 1877, Zweiter Halbband, Frankfurt am Main 1987 (zit.: *Schubert*, Entstehung, 2. Halbband).
- Schulte*, Gerhard, Rechtsmittelpraxis aus der Sicht des Berufungsrichters am Landgericht, in: Peter Gilles/Klaus F. Röhl/Paul Schuster/Dieter Stempel (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, Köln 1985, S. 35–39.

- Schultzky*, Hendrik, Die Kosten der Berufung und Revision im Zivilprozess, Köln u. a. 2003 (zit.: *Schultzky*, Kosten der Berufung).
- Schuster*, Paul, Bemerkungen zur Entwicklung der Zivilprozesse und des Rechtsmittels der Berufung auf der Grundlage des zugänglichen statistischen Materials, in: Peter Gilles/Klaus F. Röhl/Paul Schuster/Dieter Stempel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, Köln 1985, S. 107–115.
- Schuster*, Paul/*Siebert*, Siegfried, Tabellen zum Thema „Rechtsmittelstatistik“, in: Peter Gilles/Klaus F. Röhl/Paul Schuster/Dieter Stempel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß, Köln 1985, S. 333–420.
- Schwaibold*, Matthias, Der Richter und sein Rechner: Rechtsgeschichte – Legal History [Rg] 24 (2016) S. 436–439.
- Schwartz*, Edward P., A Comment on „The Appeals Process as a Means of Error Correction“, by Steven Shavell: Legal Theory [LEG] 1 (1995) S. 361–363.
- Schwartz*, Johann Christoph, Vierhundert Jahre deutscher Civilprocess-Gesetzgebung, Darstellung und Studien zur deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1898 (zit.: *Schwartz*, Vierhundert Jahre Civilprocess).
- Schwarz*, Norbert/*Clore*, Gerald L., Feelings and Phenomenal Experiences, in: Arie W. Kruglanski/E. Tory Higgins (Hrsg.), Social Psychology: Handbook of Basic Principles, 2. Aufl., New York 2007, S. 385–407.
- Schweitzer*, Maurice, Disentangling Status Quo and Omission Effects: Organ.Behav. Hum.Dec. 58 (1994) S. 457–476.
- Schweizer*, Mark, Beweiswürdigung und Beweismaß: Rationalität und Intuition, Tübingen 2015 (zit.: *Schweizer*, Beweiswürdigung).
- Schweizer*, Mark, Loss Aversion, Omission Bias and the Civil Standard of Proof, in: Klaus Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham u. a. 2015, S. 125–145.
- Schweizer*, Mark, Urteilen zwischen Intuition und Reflexion: Betrifft Justiz 2010, S. 239–243.
- Schweizer*, Mark, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Zürich 2005.
- Scopelliti*, Irene/*Morewedge*, Carey K./*McCormick*, Erin/*Min*, H. Lauren/*Lebrecht*, Sophie/*Kassam*, Karim S., Bias Blind Spot: Structure, Measurement, and Consequences: Management Science [Manag.Sci.] 61 (2015) S. 2468–2486.
- Seidl*, Erwin, Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Köln u. a. 1971 (zit.: *Seidl*, Rechtsgeschichte³).
- Seiferth*, Nina/*Thienel*, Renate, Exekutive Funktionen, in: Frank Schneider/Gereon R. Fink (Hrsg.), Funktionelle MRT in Psychiatrie und Neurologie, 2. Aufl., Berlin 2013, S. 359–374.
- Sela*, Ayelet, The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design: Antecedents, Current Trends and Future Directions: Lewis & Clark Law Review [Lewis & Clark L.Rev.] 21 (2017) S. 633–682.
- Selk*, Michael, „Effizienz“ der Gerichtsverfahren: ZRP 2019, S. 125.

- Selten*, Reinhard, Bounded Rationality: Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft [JITE] 146 (1990) S. 649–658.
- Sendler*, Horst, Anspruch auf Gehör und Effizienz richterlicher Tätigkeit, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, München 1993, S. 833–850 (zit.: *Sendler*, in: FS Lerche).
- Servick*, Kelly, Forensic labs explore blind testing to prevent errors: Science 349 (2015) S. 462–463.
- Shadish*, William R./*Cook*, Thomas D./*Campbell*, Donald T., Experimental and quasi-experimental designs for generalized causal inference, Boston u. a. 2002 (zit.: *Shadish/Cook/Campbell*, Experimental Designs).
- Shafir*, Eldar, Choosing versus rejecting: Why some options are both better and worse than others: Memory & Cognition [Mem.Cogn.] 21 (1993) S. 546–556.
- Shah*, Priya Kumar/*Austin*, John H. M./*White*, Charles S./*Patel*, Pavni/*Haramati*, Linda B./*Pearson*, Gregory D. N./*Shiau*, Maria C./*Berkmen*, Yahya M., Missed Non-Small Cell Lung Cancer: Radiographic Findings of Potentially Resectable Lesions Evident Only in Retrospect: Radiology 226 (2003) S. 235–241.
- Shahshahani*, Sepehr/*Liu*, Lawrence J., Religion and Judging on the Federal Courts of Appeals: JELS 14 (2017) S. 716–744.
- Shanteau*, James, Competence in Experts: The Role of Task Characteristics: Organ. Behav.Hum.Dec. 53 (1992) S. 252–266.
- Shavell*, Steven, Reply to a Comment on „The Appeals Process as a Means of Error Correction“: LEG 2 (1996) S. 83–85.
- Shavell*, Steven, The Appeals Process as a Means of Error Correction: J. Legal Stud. 24 (1995) S. 379–426.
- Siems*, Mathias, Numerical Comparative Law – Do We Need Statistical Evidence in Law in Order to Reduce Complexity?: Cardozo Journal of International and Comparative Law [Cardozo J.Int'l & Comp.L.] 13 (2005) S. 521–540.
- Sigall*, Harold/*Ostrove*, Nancy, Beautiful but Dangerous: Effect of Offender Attractiveness and Nature of the Crime on Juridic Judgment: J.Pers.Soc.Psychol. 31 (1975) S. 410–414.
- Simon*, Dan, A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making: U.Chi.L.Rev. 71 (2004) S. 511–586.
- Simon*, Herbert A., Rational Choice and the Structure of the Environment: Psychol. Rev. 63 (1958) S. 129–138.
- Simon*, Herbert A., Models of Man, New York/London 1957.
- Simon*, Herbert A., A Behavioral Model of Rational Choice: Q.J.Econ. 69 (1955) S. 99–118.
- Singelstein*, Tobias, Predictive Policing: Algorithmenbasierte Straftatprognosen zur vorausschauenden Kriminalintervention: Neue Zeitschrift für Strafrecht [NStZ] 2018, S. 1–9.

- Singelstein*, Tobias, Confirmation Bias – Die Bestätigungsneigung als kognitive Verzerrung bei polizeilichen Ermittlungen im Strafverfahren: *StV* 2016, S. 830–836.
- Sleeth-Kepler*, David, Taking the High (or Low) Road: A Quantifier Priming Perspective on Basic Anchoring Effects: *J.Soc.Psychol.* 153 (2013) S. 424–447.
- Smith*, Alison C./*Greene*, Edith, Conduct and its Consequences: Attempts at Debiasing Jury Judgments: *Law & Hum.Behav.* 29 (2005) S. 505–526.
- Smith*, Andrew R./*Windschitl*, Paul D./*Bruchmann*, Kathryn, Knowledge matters: Anchoring effects are moderated by knowledge level: *Eur.J.Soc.Psychol.* 43 (2013) S. 97–108.
- Snyder*, Mark/*Swann*, William B. Jr., Hypothesis-Testing Processes in Social Interaction: *J.Pers.Soc.Psychol.* 36 (1978) S. 1202–1212.
- Snyder*, Mark/*Decker Tanke*, Elizabeth/*Berscheid*, Ellen, Social Perception and Interpersonal Behavior: On the Self-Fulfilling Nature of Social Stereotypes: *J.Pers.Soc.Psychol.* 35 (1977) S. 656–666.
- Soll*, Jack B./*Milkman*, Katherine L./*Payne*, John W., A User’s Guide to Debiasing, in: Gideon Keren/George Wu (Hrsg.), *The Wiley-Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Band II, Chichester 2015, S. 924–951 (zit.: *Soll/Milkman/Payne*, in: *Wiley-Blackwell Handbook JDM*).
- Songer*, Donald R./*Davis*, Sue/*Haire*, Susan, A Reappraisal of Diversification in the Federal Courts: Gender Effects in the Courts of Appeal: *The Journal of Politics [J. Politics]* 56 (1994) S. 425–439.
- Songer*, Donald R./*Sheehan*, Reginald S./*Haire*, Susan B., Continuity and Change on the United States Courts of Appeals, 2000 (zit.: *Songer/Sheehan/Haire*, Continuity and Change).
- Spindler*, Gerald/*Gerdemann*, Simon, *Rechtstatsachenforschung, Grundlagen, Entwicklung und Potentiale*: *AG* 2016, S. 698–703.
- Spranca*, Mark/*Minsk*, Elisa/*Baron*, Jonathan, Omission and Commission in Judgment and Choice: *J.Exp.Soc.Psychol.* 27 (1991) S. 76–105.
- Staake*, Marco, *Werte und Normen*, Baden-Baden 2018.
- Stackmann*, Nikolaus, Fünf Jahre reformiertes Rechtsmittelverfahren im Zivilprozess: *NJW* 2007, S. 9–14.
- Stackmann*, Nikolaus, Anwaltliche Rügepflicht und berufungsgerichtliche Prüfungspflicht: *NJW* 2004, S. 1838–1840.
- Stackmann*, Nikolaus, Die erfolgversprechende Berufungsschrift in Zivilsachen: *NJW* 2003, S. 169–175.
- Stanovich*, Keith E./*West*, Richard F., Natural myside bias is independent of cognitive ability: *Think.Reason.* 13 (2007) S. 225–247.
- Stanovich*, Keith E./*West*, Richard F., Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?: *Behav. Brain Sci.* 23 (2000) S. 645–665.
- Stanovich*, Keith E./*West*, Richard F./*Toplak*, Maggie E., Myside Bias, Rational Thinking, and Intelligence: *Curr.Dir.Psychol.Sci.* 22 (2013) S. 259–264.

- Stark, James H./Milyavsky, Maxim*, Towards a Better Understanding of Lawyers' Judgmental Biases in Client Representation: The Role of Need for Cognitive Closure: *Washington Journal of Law and Policy* [Wash.U.J.L.& Pol'y] 59 (2019) S. 173–216.
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2019, Wiesbaden 2020, abrufbar unter http://web.archive.org/web/20230608081735/https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210197004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2018, Wiesbaden 2019, abrufbar unter http://web.archive.org/web/20220121223929/https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210187004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2017, Wiesbaden 2018, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00037883/2100210177004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2016, Wiesbaden 2017, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00032941/2100210167004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2015, Wiesbaden 2016, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00027207/2100210157004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2014, Wiesbaden 2015, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00018376/2100210147004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2013, Wiesbaden 2014, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00013685/2100210137004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2012, Wiesbaden 2013, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00012135/2100210127004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2011, Wiesbaden 2012, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00010100/2100210117004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2010, Wiesbaden 2011, Tabelle 1.2 korrigiert am 18. Juli 2012, abrufbar unter

- https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00010099/2100210107004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2009, Wiesbaden 2010, Tabelle 1.1 und 1.2 korrigiert am 4.10.2010, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006724/2100210097004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte, korrigierte Ergebnisse 2008, Wiesbaden 2009, Tabellen 1.1, 4.1 und Schaubild korrigiert am 29.06.2010, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006723/2100210087004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2007, Wiesbaden 2008, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006722/2100210077004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2006, Wiesbaden 2008, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006721/2100210067004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2005, Wiesbaden 2007, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006720/2100210057004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2004, Wiesbaden 2006, korrigiert am 09. November 2006, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006719/2100210047004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2003, Wiesbaden 2005, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006718/2100210037004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte, 2002, Wiesbaden 2003, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00006717/2100210027004.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Arbeitsunterlage, Rechtspflege, Zivilgerichte 2001, Wiesbaden 2003, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00031042/FS10_R2_1_2001.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Arbeitsunterlage, Zivilgerichte 2000, Wiesbaden 2001, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00056616/LZ-2000.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).

- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Zivilgerichte 1999, Arbeitsunterlage, Wiesbaden 2001, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00056615/LZ-1999.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Zivilgerichte 1998, Arbeitsunterlage, Wiesbaden 1999, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00056614/LZ-1998.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Zivilgerichte 1997, Arbeitsunterlage, Wiesbaden 1998, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00056613/LZ-1997.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Zivilgerichte 1996, Arbeitsunterlage, Wiesbaden 1997, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00056612/LZ-1996.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Zivilgerichte 1994 und 1995, Arbeitsunterlage, Wiesbaden 1997, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00056611/LZ-1994-1995.pdf (zuletzt abgerufen am 09.10.2024).
- Steffensmeier, Darrell/Hebert, Chris*, Women and Men Policymakers: Does the Judge's Gender Affect the Sentencing of Criminal Defendants?: Social Forces [Soc. Forces] 77 (1999) S. 1163–1196.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1: Einleitung, §§ 1–77, hrsg. von Reinhard Bork und Herbert Roth, 23. Aufl., Tübingen 2014 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter²³).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4: §§ 271–327, hrsg. von Reinhard Bork und Herbert Roth, 23. Aufl., Tübingen 2018 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter²³).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 5, Teilbd. 1: §§ 511–591, hrsg. von Reinhard Bork, 21. Aufl., Tübingen 1994 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter²¹).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 6: §§ 511–703d, hrsg. von Reinhard Bork und Herbert Roth, 23. Aufl., Tübingen 2018 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter²³).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 7: §§ 704–827, hrsg. von Paul Oberhammer, Herbert Roth und Peter Schlosser, 22. Aufl., Tübingen 2002 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter²²).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 9: §§ 916–945b, §§ 960–1024, EGZPO, GVG, hrsg. von Reinhard Bork und Herbert Roth, 23. Aufl., Tübingen 2020 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter²³).
- Steinbeck, Anja/Lachenmaier, Andreas*, Verhaltensökonomik im Gerichtssaal: NJW 2014, S. 2086–2091.

- Stewart, Thomas R./Roebber, Paul J./Bosart, Lance F.*, The Importance of the Task in Analyzing Expert Judgment: *Organ.Behav.Hum.Dec.* 69 (1997) S. 205–219.
- Stöhr, Alexander*, Die Bestimmung der Transparenz im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Ein Plädoyer für eine empirische Herangehensweise: *AcP* 216 (2016) S. 558–583.
- Stosch, Felix von*, Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion im österreichischen und deutschen Recht – de lege lata – de lege ferenda, Berlin 2000 (zit.: *von Stosch, Prozeßförderung*).
- Strack, Fritz/Mussweiler, Thomas*, Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: Mechanisms of Selective Accessibility: *J.Pers.Soc.Psychol.* 73 (1997) S. 437–446.
- Stürner, Rolf*, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?: *AcP* 214 (2014) S. 7–54.
- Sunstein, Cass R.*, Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes: *Yale L.J.* 110 (2000) S. 71–119.
- Sunstein, Cass R./Schkade, David/Ellman, Lisa M./Sawicki, Andres*, Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary, Washington., D.C. 2006 (zit.: *Sunstein/Schkade/Ellman/Sawicki, Are Judges Political?*).
- Surowiecki, James*, The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economics, Societies and Nations, New York 2004 (zit.: *Surowiecki, Wisdom of Crowds*).
- Szego, Bruna*, Inside the Italian Courts of Appeals. Why Reforms Didn't Work, ohne Ortsangabe 2007, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID999321_code111846.pdf?abstractid=999321&mirid=1 (zuletzt abgerufen am 09.10.2024) (zit.: *Szego, Inside the Italian Courts of Appeals*).
- Tarr, G. Alan*, *Judicial Process & Judicial Policymaking*, 7. Aufl., New York 2019 (zit.: *Tarr, Judicial Process*⁷).
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.)/Reichold, Klaus/Hüßtege, Reiner/Seiler, Christian (Hrsg.)*, *Zivilprozessordnung Kommentar*, 42. Aufl., München 2021 (zit.: *Thomas/ Putzo/Bearbeiter, ZPO*⁴²).
- Thornburg, Elizabeth G.*, The Curious Appellate Judge: Ethical Limits on Independent Research: *The Review of Litigation [Rev. Litig.]* 28 (2000) S. 131–201.
- Thorndike, Edward L.*, A Constant Error in Psychological Ratings: *J.Appl.Psychol.* 4 (1920) S. 25–29.
- Toplak, Maggie E./Stanovich, Keith E.*, Associations Between Myside Bias on an Informal Reasoning Task and Amount of Post-Secondary Education: *Appl.Cogn. Psychol.* 17 (2003) S. 851–860.
- Tor, Avishalom*, The Methodology of the Behavioral Analysis of Law: *Haifa Law Review [Haifa L.Rev.]* 4 (2008) S. 237–327.
- Treuer, Wolf-Dieter/Ditten, Dietrich/Hoffmann, Helmut/Gottwald, Walther*, *Arbeitsplatz Gericht, Die Arbeitsweise der Zivilrichter am Oberlandesgericht, Baden-Baden 2002* (zit.: *Treuer/Ditten/Hoffmann/Gottwald, Arbeitsplatz Gericht*).

- Trimbach*, Herbert, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss im Zivilprozess – notwendig und verfassungsgemäß: NJW 2009, S. 401–405.
- Turner*, Marlene E./*Pratkanis*, Anthony R., A Social Identity Maintenance Model of Groupthink: *Organ.Behav.Hum.Dec.* 73 (1998) S. 210–235.
- Tversky*, Amos/*Kahneman*, Daniel, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice: *Science* 211 (1981) S. 453–458.
- Tversky*, Amos/*Kahneman*, Daniel, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: *Science* 185 (1974) S. 1124–1131.
- Uhlmann*, Eric Luis/*Cohen*, Geoffrey L., „I think it, therefore it’s true“: Effects of self-perceived objectivity on hiring discrimination: *Organ.Behav.Hum.Dec.* 104 (2007) S. 207–223.
- Unberath*, Hannes, Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis: *ZZP* 120 (2007) S. 323–345.
- Unkelbach*, Christian/*Memmert*, Daniel, Serial-Position Effects in Evaluative Judgments: *Curr.Dir.Psychol.Sci.* 23 (2014) S. 195–200.
- Van Koppen*, Peter J./*ten Kate*, Jan, Individual Differences in Judicial Behavior: Personal Characteristics and Private Law Decision-Making: *Law & Soc’y Rev.* 18 (1984) S. 225–248.
- Viefhues*, Wolfram, Die Chancen der E-Akte: *DRiZ* 2015, S. 312–317.
- Viscusi*, W. Kip, How Do Judges Think About Risk?: *Am. Law & Econ.Rev.* 1 (1999) S. 26–62.
- Viscusi*, W. Kip, Why There is No Defense of Punitive Damage: *Georgetown Law Journal [Geo.L.J.]* 87 (1998) S. 381–395.
- Vorwerk*, Volkert, Strukturiertes Verfahren im Zivilprozess: NJW 2017, S. 2326–2330.
- Vofßkuhle*, Andreas, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter: NJW 2003, S. 2193–2200.
- Vofßkuhle*, Andreas, Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems: NJW 1995, S. 1377–1384.
- Vreemann*, S./*Gubern-Merida*, A./*Lardenoije*, S./*Bult*, P./*Karssemeijer*, N./*Pinker*, K./*Mann*, R. M., The frequency of missed breast cancers in women participating in a high-risk MRI screening program: *Breast Cancer Research and Treatment [Breast Cancer Res.Treat.]* 169 (2018) S. 323–331.
- Wagner*, Gerhard, Heuristiken und Urteilsverzerrungen in Konfliktsituationen: *ZZP* 121 (2008) S. 5–39.
- Wagner*, Gerhard, Heuristics in Procedural Law, in: Gerd Gigerenzer/Christoph Engel (Hrsg.), *Heuristics and the Law*, Cambridge 2006, S. 281–302.
- Wansink*, Brian/*Kent*, Robert J./*Hoch*, Stephen J., An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions: *JMR* 35 (1998) S. 71–81.
- Warmuth*, Cara, Psychologische Aspekte der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Daniel Sliwiok-Born/Björn Steinrötter (Hrsg.), *Intra- und interdisziplinäre Einflüsse*

- se auf die Rechtsanwendung, Tübingen 2017, S. 54–76 (zit.: *Warmuth*, in: Sliwiok-Born/Steinrötter (Hrsg.), Einflüsse).
- Wason*, P. C., On the Failure To Eliminate Hypotheses in a Conceptual Task: The Quarterly Journal of Experimental Psychology [Q.J.Exp.Psychol.] 12 (1960) S. 129–140.
- Wasserman*, David T./*Robinson*, J. Neil, Extra-Legal Influences, Group Processes, and Jury Decision-Making: A Psychological Perspective: North Carolina Central Law Journal [N.C.Cent.L.J.] 12 (1980) S. 96–159.
- Wassermann*, Rudolf, Der soziale Zivilprozess, Neuwied u. a. 1978.
- Watamura*, Eiichiro/*Wakebe*, Toshihiro/*Karasawa*, Kaori, The Influence of Improper Information on Japanese Lay Judges' Determination of Punishment: Asian Journal of Criminology [Asian J.Criminol.] 9 (2014) S. 285–300.
- Waters*, Nicole L./*Hans*, Valerie P., A Jury of One: Opinion Formation, Conformity and Dissent on Juries: JELS 6 (2009) S. 513–540.
- Watzenberg*, Anja, Der homo oeconomicus und seine Vorurteile, Berlin/Boston 2014 (zit: *Watzenberg*, Der homo oeconomicus).
- Weimar*, Robert, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung, Basel u. a. 1969 (zit.: *Weimar*, Strukturen).
- Weinshall-Margel*, Keren/*Shapard*, John, Overlooked factors in the analysis of parole decisions: PNAS 108 (2011) S. E833.
- Wendell Holmes*, Oliver Jr., The Path of Law: Harv.L.Rev. 10 (1897) S. 457–478.
- Wetzel*, Christopher G./*Wilson*, Timothy D./*Kort*, James, The Halo Effect Revisited: Forewarned Is Not Forearmed: J.Exp.Soc.Psychol. 17 (1981) S. 427–439.
- Wexler*, David B./*Schopp*, Robert F., How and When to Correct for Juror Hindsight Bias in Mental Health Malpractice Litigation: Some Preliminary Observations: Behav.Sci. Law 7 (1989) S. 485–504.
- Weychardt*, Dieter W., Abschaffung der zweiten Tatsacheninstanz: DRiZ 1981, S. 342.
- Wieczorek*, Bernhard (Begr.)/*Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 1/1, §§ 1–23a, 4. Aufl., Berlin/Boston 2015 (zit.: *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*⁴).
- Wieczorek*, Bernhard (Begr.)/*Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 5/1, §§ 300–329, 4. Aufl., Berlin/Boston 2015 (zit.: *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*⁴).
- Wieczorek*, Bernhard (Begr.)/*Schütze*, Rolf A./*Gebauer*, Martin (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 7, §§ 511–591, 5. Aufl., Berlin/Boston 2021 (zit.: *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*⁵).
- Wieczorek*, Bernhard (Begr.)/*Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 8, §§ 592–723, 4. Aufl., Berlin/Boston 2013 (zit.: *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*⁴).

- Wilson, Timothy D./Brekke, Nancy*, Mental Contamination and Mental Correction: Unwanted Influences on Judgments and Evaluations: *Psychol.Bull.* 116 (1994) S. 117–142.
- Wilson, Timothy D./Houston, Christopher E./Etling, Kathryn M./Brekke, Nancy, A* New Look at Anchoring Effects: Basic Anchoring and Its Antecedents: *J.Exp. Psychol. Gen.* 125 (1996) S. 387–402.
- Wischmeyer, Thomas*, Regulierung intelligenter Systeme: *AöR* 143 (2018) S. 1–66.
- Wistrich, Andrew J./Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J.*, Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding: *University of Pennsylvania Law Review [U.Pa.L.Rev.]* 153 (2005) S. 1251–1345.
- Wistrich, Andrew J./Rachlinski, Jeffrey J.*, How Lawyers' Intuitions Prolong Litigation: *Southern California Law Review [S.Cal.L.Rev.]* 86 (2013) S. 101–165.
- Wood, Gordon*, The Knew-It-All-Along Effect: *J.Exp.Psychol. Hum.Percept.Perform.* 4 (1978) S. 345–353.
- Wood, Steve M./DeVault, Alicia/Miller, Monica K./Kimmelmeier, Markus/Summers, Alicia D.*, Decision-making in civil litigation: Effects of attorney credibility, evidence strength, and juror cognitive processing: *J.Appl.Soc.Psychol.* 49 (2019) S. 498–518.
- Wu, Daw-An/Shimojo, Shinsuke/Wang, Stephanie W./Camerer, Colin F.*, Shared Visual Attention Reduces Hindsight Bias: *Psych.Sci.* 23 (2012) S. 1524–1533.
- Yu, Kun-Hsing/Kohane, Isaac S.*, Framing the challenges of artificial intelligence in medicine: *BMJ Quality & Safety [BMJ Qual.Saf.]* 28 (2019) S. 238–241.
- Zamir, Eyal/Teichman, Doron*, Behavioral Law and Economics, New York 2018.
- Zeisel, Hans/Callahan, Thomas*, Split Trials and Time Saving: A Statistical Analysis: *Harv.L.Rev.* 76 (1963) S. 1606–1625.
- Zhang, Y. Charles/Schwarz, Norbert*, The power of precise numbers: A conversational logic analysis: *J.Exp.Soc.Psychol.* 49 (2013) S. 944–946.
- Zimbardo, Philip G.*, The Lucifer Effect, How Good People Turn Evil, London u. a. 2007 (zit.: *Zimbardo, Lucifer Effect*).
- Zimmer, Mark/Stajcic, Sara*, Unbewusste Denkmuster – Sollen Arbeitgeber dagegen mit Unconscious Bias Training vorgehen?: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht [NZA]* 2017, S. 1040–1045.
- Zöller, Richard (Hrsg.)*, Zivilprozessordnung, 34. Aufl., Köln 2022 (zit.: *Zöller/Bearbeiter*³⁴).

Anhang



Berufung im Zivilprozess - Befragung LG/OLG

Studie "Entscheidungspraxis von Richtern in zivilrechtlichen Berufungssachen"

Herzlich willkommen!

Sehr geehrte Teilnehmerin, sehr geehrter Teilnehmer,

ich danke Ihnen herzlich für Ihr Interesse an meiner **Befragung zur Entscheidungspraxis von Richtern in zivilrechtlichen Berufungssachen**, die ich im Rahmen meines Dissertationsvorhabens durchführe. Danke, dass Sie sich hierfür Zeit nehmen!

Die Teilnahme an dieser Studie ist freiwillig. Sie können diese jederzeit und ohne Angabe von Gründen abbrechen. Die erhobenen Daten werden anonym erhoben und ausgewertet und können nicht mit Ihrer Person in Verbindung gebracht werden. Die Bearbeitung wird ca. 25 Minuten in Anspruch nehmen.

Wissenschaftliche Betreuung:

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht

Gottfried-Wilhelm-Leibniz-Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover

www.iri.uni-hannover.de

Im Folgenden werden Sie zwei kurze Sachverhaltszusammenfassungen von Berufungssachen (S- oder U-Sache) lesen und dazu Single-Choice-Fragen beantworten. Ich möchte Sie bitten, diese Kurzfälle so zu bearbeiten, als wenn sie Ihnen auch tatsächlich zur Entscheidung über die Berufung vorliegen würden. Eine Nutzung juristischer Datenbanken oder Kommentarliteratur ist aus Studienzwecken nicht vorgesehen, aber auch nicht erforderlich. Im Anschluss können Sie Schätzangaben zu Ihrer berufsgerichtlichen Praxis machen.

Bitte nutzen Sie zur Navigation nur die "Weiter"-/"Zurück"-Buttons am unteren Ende dieses Fragebogens. Wenn Sie die Schaltflächen Ihres Browsers benutzen, kann es zu Datenverlust kommen.

Bevor es losgeht, beachten Sie bitte die Hinweise zur Freiwilligkeit, Anonymität und Datenschutz sowie die Einverständniserklärung zur Teilnahme auf der nächsten Seite.

Freiwilligkeit, Anonymität und Datenschutz

Die Erhebung der Daten erfolgt anonymisiert, d. h. an keiner Stelle werden personenbezogene Daten erfragt. Im Übrigen sind die Fragen so gestaltet, dass ein Rückschluss von den Antworten auf Ihre Person nicht möglich ist. Die Daten werden nur zu rein wissenschaftlichen Zwecken verwendet. Die Ergebnisse der Studie können als wissenschaftliche Publikation veröffentlicht werden. Dies geschieht in anonymisierter Form, d. h., ohne dass Ihre Daten Ihrer Person zugeordnet werden können. Ihre Antworten im Rahmen der Studie werden nur erhoben und verarbeitet, wenn Sie sich über die untenstehende Einwilligungserklärung mit der Teilnahme einverstanden erklären.

Diese Online-Befragung erfolgt über das Online-Tool Question-Star, Vahrenwalderstr. 253, 30179 Hannover. Zu deren Datenschutzerklärung gelangen Sie [hier](#). Es werden ausschließlich Server mit Standort in Deutschland verwendet. Nach Abschluss der Befragung verbleiben die anonymisierten Daten auf einem passwortgeschützten Server der Leibniz-Universität Hannover und werden nicht an Dritte weitergegeben werden, solange diese nicht zu wissenschaftlichen Zwecken weiterverarbeitet werden. Zu dem Server hat nur Frau Cara Warmuth Zugang.

Die anonymisierten Daten werden für zehn Jahre nach erfolgter Publikation gespeichert, um den Grundsätzen der DFG für gute wissenschaftliche Praxis nachzukommen. Nachdem Sie an der Befragung vollständig teilgenommen haben, ist eine Löschung und Herausgabe Ihrer Daten nicht mehr möglich, da Ihre anonymisierten Daten nicht mehr identifiziert werden können.

Bei Fragen oder anderen Anliegen kontaktieren Sie bitte:

Studienleiterin Cara Warmuth
Leibniz-Universität Hannover, Institut für Rechtsinformatik
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover
warmuth@iri.uni-hannover.de
+49-511/762-8161

Teilnahmeerklärung

Ich bin schriftlich über Zweck und Inhalt der Studie informiert worden. Ich habe alle Informationen vollständig gelesen und verstanden.

Ich bin damit einverstanden, dass die im Rahmen der Befragung erhobenen Daten in anonymisierter Form aufgezeichnet werden. Ein Rückschluss auf meine Person ist nicht möglich. Ich bin darüber informiert worden, dass ich nach Ausfüllen und Absenden des Online-Fragebogens die Löschung oder Herausgabe meiner Daten nicht mehr verlangen kann. Ich bin einverstanden, dass meine anonymisierten Daten zu Forschungszwecken weiterverwendet werden können, im Rahmen von Publikationen veröffentlicht werden können und mindestens zehn Jahre gespeichert bleiben.

Ich hatte genügend Zeit für eine Entscheidung und bin bereit, an der Befragung zur Entscheidungsfindung von Berufsrichtern teilzunehmen. Ich weiß, dass die Teilnahme an der Studie freiwillig ist und ich die Teilnahme jederzeit ohne Angaben von Gründen beenden kann, ohne dass mir daraus Nachteile entstehen.

- Ja,**
ich bin damit einverstanden, an der Studie teilzunehmen.
Es gelten die oben genannten Teilnahmebedingungen und Ausführungen zum Datenschutz.

Die Hinweise zur Studie sowie die Einverständniserklärung für die Teilnahme können Sie [hier](#) herunterladen.

Sie sind Richter in einer Berufungszivilkammer am Landgericht und bekommen folgende Berufung zur Entscheidung vorgelegt. Zunächst sehen Sie die Sachverhaltsdarstellung der ersten Instanz:

Sachverhalt 1

Die Kl. begehrt von der Bekl. Schadensersatz aus einem Verkehrsunfallereignis.

Am 04.05.2017 parkte die Kl. mit ihrem Pkw, Fabrikat Opel Corsa, am rechten Straßenrand der O.-Straße in E. Zwischen 10 und 11 Uhr wollte sie auf der Fahrerseite in ihr Fahrzeug einsteigen. Dazu öffnete sie die Fahrertür, die der Fahrbahnseite zugewandt war. In diesem Moment näherte sich von hinten ein Lkw und fuhr am Auto der Klägerin vorbei. Infolgedessen entstand ein Schaden am klägerischen Fahrzeug, die Fahrertür wurde erheblich beschädigt, Glasscherben der Scheibe fielen heraus (unstreitig angefallene Schadenspositionen: 4.977,40 €). Der Lkw hielt nicht an und fuhr weiter.

Die Kl. hat erstinstanzlich behauptet, der Lkw habe das Kennzeichen MS-[...] getragen. Das hätten zwei Handwerker herausgefunden, die auf der gegenüberliegenden Straßenseite waren und dann nach mehreren Minuten dem Lkw hinterhergefahren seien. Nach etwa 20 Minuten Fahrt hätten sie den unfallverursachenden Lkw ausgemacht und sich dessen Kennzeichen notiert. Bei dem Lkw mit diesem Kennzeichen handelt es sich unstreitig um ein bei der Bekl. versichertes Fahrzeug.

Die Kl. hat erstinstanzlich beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 4.977,40 € nebst Zinsen zu verurteilen. Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt.

Die Bekl. bestreitet den Unfallhergang. Weder sei klar, dass der bei ihr versicherte Lkw wirklich den Unfall verursacht habe, noch, welchen Beitrag in diesem Fall die Kl. trage.

Das erstinstanzliche Gericht hat Beweis erhoben durch persönliche Anhörung der Klägerin und Vernehmung der Zeugin J, die während des Unfalls mit ihrem Pkw hinter dem Lkw gefahren war. Außerdem wurden Fotos der polizeilichen Ermittlungsakte in Augenschein genommen. Weder Kl. noch Zeugin konnten sich an das Kennzeichen des Lkw erinnern. Laut Kl. sei der Lkw „ein doppeltes Fahrzeug mit zwei Containern“ gewesen. Er sei „eventuell grau“ gewesen. Zeugin J gab an, der Lkw sei kein bunter gewesen, „jedenfalls nicht rot oder gelb“. Es habe sich um einen ganz hellen Lkw gehandelt, das Fahrzeug sei eine Art großer Kasten gewesen. Nähere Beschreibungen waren Kl. und Zeugin nicht möglich.

Die Fotos:





Abbildung des Pkw 02, Nahaufnahme des Schadens



Bild 2: rechte Seite vorne Zugmaschine, Schaden im roten Kreis: nicht bekannt ob Alt- oder Neuschaden



Bild 3: rechte Seite Zugmaschine, augenscheinlich nur Altschäden



Bild 11: rechte Seite Anhänger, augenscheinlich keine Schäden

Nachdem Sie den Sachverhalt gelesen haben, klicken Sie bitte auf „weiter“.

Im nächsten Schritt soll Ihnen der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung angezeigt werden. Diesen können Sie durch einen Zufallsgenerator selbst erstellen. Das bedeutet, dass aus verschiedenen möglichen Urteilen eines per Zufall ausgewählt wird.

Klicken Sie jetzt auf „Erstinstanzlichen Tenor per Zufallsgenerator erstellen“, um sich den zufällig erstellten Tenor des amtsgerichtlichen Urteils anzeigen zu lassen. Sie bekommen direkt dazu mehrere kurze Fragen zum Ankreuzen gestellt.

Gruppe Nr.

Zur Erinnerung die Klageanträge:

- Die Kl. hat erstinstanzlich beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 4.977,40 € nebst Zinsen zu verurteilen.
- Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt.

Der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung lautet:

„1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag von 3.500 € nebst Zinsen [...] zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

[...]“

Hiergegen hat die Bekl. Berufung eingelegt. Sie können davon ausgehen, dass die Berufung zulässig ist.

Ferner können Sie davon ausgehen, dass eine etwaig eigene Beweisaufnahme nichts über die erstinstanzliche Beweisaufnahme Hinausgehendes ergeben würde.

Zur Erinnerung die Klageanträge:

- Die Kl. hat erstinstanzlich beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 4.977,40 € nebst Zinsen zu verurteilen.
- Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt.

Der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung lautet:

„1. Die Klage wird abgewiesen.

[...]“

Hiergegen hat die Kl. Berufung eingelegt. Sie können davon ausgehen, dass die Berufung zulässig ist.

Ferner können Sie davon ausgehen, dass eine etwaig eigene Beweisaufnahme nichts über die erstinstanzliche Beweisaufnahme Hinausgehendes ergeben würde.

Frage 1:

Für wie wahrscheinlich halten Sie es, dass Sie nach den Ihnen bisher vorliegenden Informationen das **erstinstanzliche Urteil bestätigen**?

Auf einer Skala von 0 ("auf keinen Fall") bis 5 ("sicher"):

- 5 - sicher
- 4 - sehr wahrscheinlich
- 3 - eher wahrscheinlich
- 2 - eher unwahrscheinlich
- 1 - sehr unwahrscheinlich
- 0 - auf keinen Fall

Frage 2:

Für wie wahrscheinlich halten Sie es, dass Sie nach den Ihnen bisher vorliegenden Informationen das erstinstanzliche Urteil **aufheben oder abändern**?

Auf einer Skala von 0 ("auf keinen Fall") bis 5 ("sicher"):

- 5 - sicher
- 4 - sehr wahrscheinlich
- 3 - eher wahrscheinlich
- 2 - eher unwahrscheinlich
- 1 - sehr unwahrscheinlich
- 0 - auf keinen Fall

Frage 3:

Wie würden Sie im vorliegenden Fall entscheiden (ohne Berücksichtigung des Inhalts einer etwaigen mündlichen Verhandlung und der Berufungsschrift)?

- Volle Zurückweisung der Berufung als unbegründet
- Aufhebung und Zurückverweisung
- Änderung und/oder eigene Sachentscheidung (bitte näher ausführe
- Anderweitige Entscheidung (bitte näher ausführe

Sie haben die Hälfte der Fragen geschafft. Vielen Dank!

Auf der nächsten Seite sehen Sie einen weiteren kurzen Fall.

Sie sind Richter in einer Berufungszivilkammer am Landgericht und bekommen folgende Berufung zur Entscheidung vorgelegt. Zunächst sehen Sie die Sachverhaltsdarstellung der ersten Instanz:

Sachverhalt 2

Klägerin ist die Eigentümerin des Wohnhauses A-Straße/B-Straße in K. Der Beklagte zu 1) ist der Fahrer des Pkw (VW-Bus) mit dem amtlichen Kennzeichen K-..., der in einen Zusammenstoß mit dem zu der Tiefgarage des Objekts der Kl. gehörenden Rolltores verwickelt war. Die Beklagte zu 2) ist die Kfz-Haftpflichtversicherung, bei der der Pkw versichert ist.

Am 30.09.2018 ereignete sich ein Zusammenstoß des Rolltores der besagten Tiefgarage mit dem VW-Bus, als der Beklagte zu 1) in die Tiefgarage einfuhr. Zuvor hatte der Zeuge T, der Vater des Beklagten zu 1) und wohnhaft in der genannten Anlage, dem Beklagten zu 1) das Rolltor zu der Tiefgarage mittels seiner Chipkarte geöffnet. Daraufhin begab sich der Beklagte zu 1), der ebenfalls in der Tiefgarage anwesend war, durch das nunmehr geöffnete Tor zu seinem außerhalb der Tiefgarage am Straßenrand abgestellten VW-Bus, um in die Tiefgarage einzufahren. Beim Einfahren in die Garage kam es zu einer Kollision zwischen VW-Bus und Rolltor.

Das Rolltor der Tiefgarage schließt nach dem Öffnen automatisch nach ca. 3 Minuten. Warnhinweisschilder oder sonstige akustische oder optische Signale oder Einrichtungen, die auf den Schließvorgang aufmerksam machen, gibt es nicht. Allerdings befindet sich hinter dem Rolltor in ca. 60-70 cm Höhe eine Lichtschranke. Zudem gibt es an der Unterkante des Rolltores Sensoren.

Am 03.11.2018 überprüfte die Fa. N. das beschädigte Rolltor. Dafür stellte sie einen Betrag von 228,66 € in Rechnung. Am 22.12.2018 nahm sie die Reparatur des Rolltores vor, wofür sie weitere 3.391,50 € berechnete. Insgesamt sind Kosten iHv 3.620,16 € entstanden.

Die Kl. hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, der Bekl. zu 1) habe die Garage in unüblicher Weise benutzt und müsse für den Schaden einstehen. Sie hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an sie 3.620,16 € zu zahlen.

Die Bekl. haben Klageabweisung beantragt. Der Bekl. zu 1) habe die Garage in nicht unüblicher Weise benutzt; hilfsweise müsse die Klägerin sich ein hälftiges Mitverschulden anrechnen lassen.

Nachdem Sie den Sachverhalt gelesen haben, klicken Sie bitte auf „weiter“.

Im nächsten Schritt soll ihnen der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung angezeigt werden. Diesen können Sie durch einen Zufallsgenerator selbst erstellen. Das bedeutet, dass aus verschiedenen möglichen Urteilen eines per Zufall ausgewählt wird.

Klicken Sie jetzt auf „Erstinstanzlichen Tenor per Zufallsgenerator erstellen“, um sich den zufällig erstellten Tenor des amtsgerichtlichen Urteils anzeigen zu lassen. Sie bekommen direkt dazu mehrere kurze Fragen zum Ankreuzen gestellt.

Zur Erinnerung die Klageanträge:

- Die Kl. hat beantragt, dass die Bekl. verurteilt werden, an sie 3.620,16 € zu zahlen.
- Die Bekl. haben Klageabweisung beantragt.

Der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung lautet:

**„1. Die Beklagten werden verurteilt, an die Kl. 3.260,16 € zu zahlen.
[...]"**

Hiergegen haben die Bekl. Berufung eingelegt. Sie können davon ausgehen, dass die Berufung zulässig ist.

Zur Erinnerung die Klageanträge:

- Die Kl. hat beantragt, dass die Bekl. verurteilt werden, an sie 3.620,16 € zu zahlen.
- Die Bekl. haben Klageabweisung beantragt.

Der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung lautet:

**„1. Die Beklagten werden verurteilt, an die Kl. 1.810,08 € zu zahlen [...], im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
[...]"**

Hiergegen hat die Kl. Berufung eingelegt. Sie können davon ausgehen, dass die Berufung zulässig ist.

Frage 1:

Für wie wahrscheinlich halten Sie es, dass Sie nach den Ihnen bisher vorliegenden Informationen das **erstinstanzliche Urteil bestätigen**?

Auf einer Skala von 0 ("auf keinen Fall") bis 5 ("sicher"):

- 5 - sicher
- 4 - sehr wahrscheinlich
- 3 - eher wahrscheinlich
- 2 - eher unwahrscheinlich
- 1 - sehr unwahrscheinlich
- 0 - auf keinen Fall

Frage 2:

Für wie wahrscheinlich halten Sie es, dass Sie nach den Ihnen bisher vorliegenden Informationen das erstinstanzliche Urteil **aufheben oder abändern**?

Auf einer Skala von 0 ("auf keinen Fall") bis 5 ("sicher"):

- 5 - sicher
- 4 - sehr wahrscheinlich
- 3 - eher wahrscheinlich
- 2 - eher unwahrscheinlich
- 1 - sehr unwahrscheinlich
- 0 - auf keinen Fall

Frage 3:

Wie würden Sie im vorliegenden Fall entscheiden (ohne Berücksichtigung des Inhalts einer etwaigen mündlichen Verhandlung und der Berufungsschrift)?

- Volle Zurückweisung der Berufung als unbegründet
- Aufhebung und Zurückverweisung
- Änderung und/oder eigene Sachentscheidung (bitte näher ausführe
- Anderweitige Entscheidung (bitte näher ausführe

Zum Abschluss möchte ich Sie um die kurze Beantwortung einiger allgemeiner Fragen bitten:

Frage 1:

Sind Sie derzeit oder waren Sie innerhalb der vergangenen drei Jahre für Berufungen in Zivilsachen (allgemeine oder Spezialzuständigkeit) zuständig?

- Ja, in LG-Kammer.
- Ja, in OLG-Senat.
- Nein.

Frage 2:

In welchem Bundesland sind Sie tätig?

-- Bitte wählen --



Frage 3:

Wieviele Jahre (gerundet) haben Sie Berufserfahrung als Richter in Zivilsachen?

-- Bitte wählen --



Frage 4:

Wieviele Jahre (gerundet) haben Sie Berufserfahrung als Berufungsrichter?

-- Bitte wählen --



Frage 5:

Von den Berufungen, über die Sie im Jahr entscheiden – wie hoch ist der Anteil derjenigen, die Sie... (Schätzung in Prozent)

-als unzulässig verwerfen?

123

-als Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO entscheiden?

123

-mit Änderung und/oder eigener Sachentscheidung beenden?

123

-mit Aufhebung und Zurückverweisung entscheiden?

123

-als Vergleich beenden?

123

Frage 6:

Bezogen auf alle pro Jahr in Deutschland erledigten Berufungen in Zivilsachen, wie hoch schätzen Sie den Anteilswert in Prozent, die Erfolg haben im Sinne einer irgendwie gearteten Änderung des erstinstanzlichen Urteils?

Ich schätze die Erfolgsquote von Berufungen in Zivilsachen auf ... %

123

Frage 7:

Meinen Sie, für die Erfolgsquote von Berufungen besteht ein Unterschied zwischen Berufungen, die vor dem Landgericht erledigt werden, und Berufungen, die vor dem Oberlandesgericht erledigt werden?

- Nein, Berufungen vor dem OLG haben ähnlich häufig Erfolg wie vor dem LG
- Berufungen vor dem OLG haben häufiger Erfolg als vor dem LG, weil
- _____
- Berufungen vor dem OLG haben seltener Erfolg als vor dem LG, weil
- _____

Frage 8: - *Beantwortung fakultativ* -

Was denken Sie, was mit dieser Studie untersucht werden soll?

0 Zeichen eingegeben.

Frage 9:

Wie alt sind Sie?

-- Bitte wählen --

Frage 10:

Welchem Geschlecht fühlen Sie sich zugehörig?

- männlich
- weiblich
- anderes

Vielen Dank für die Beantwortung dieser Umfrage. Sie haben mir damit sehr geholfen. Die Umfrage ist nun beendet. Ihre Daten wurden gespeichert.

Nach Abschluss der Datenerhebung informiere ich Sie gerne über den genauen Untersuchungszweck. Sobald die erhobenen Daten ausgewertet und aufbereitet sind, können Sie sich außerdem über die Ergebnisse der Befragung informieren.

Zu diesem Zweck ist unter <https://www.zpo-berufung.de/> eine Internetseite eingerichtet. Dort können Sie:

1. voraussichtlich ab dem 2. Quartal 2020 unter der Rubrik "Login für Teilnehmer" mit dem Passwort "Berufung" nähere Informationen zum Untersuchungszweck erhalten, sowie
2. voraussichtlich ab dem 4. Quartal 2020 eine Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Umfrage einsehen.

Selbstverständlich werde ich zu den jeweiligen Zeitpunkten erneut die Gerichte kontaktieren, sodass diese Ihnen entsprechende Informationen zukommen lassen. So bleibt die Anonymität Ihrer Daten jederzeit gesichert.

Bei Fragen erreichen Sie mich unter den unten angegebenen Kontaktdaten.

Herzlichen Dank für Ihre Unterstützung und Ihre Zeit!

Cara Warmuth
Leibniz-Universität Hannover, Institut für Rechtsinformatik
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover
warmuth@iri.uni-hannover.de
+49-511/762-8161

Stichwortverzeichnis

- Affirmation Bias* 278 ff., 293, 311
Algorithmen 194, 213
Algorithmic Bias 194
Altersunterschiede s. *Lebensalter*
Analytisches Denken 199 f., 206, 209, 270
Anchoring s. *Anker-Effekt*
Anker-Effekt 190 Fn. 30, 209 Fn. 155, 215 ff., 257 f., 262 f., 266, 294, 313
Anonymisierung 340 f., 343
Anzahl Berufungsrichter in Deutschland 116 f., 127
Asch-Effekt 254 f.
Aufhebungseffekt 291 ff., 321
Aufrechterhaltungseffekt 277 ff., 295 f., 309 f.
Automation Bias 213
- Beratung im Kollegium 146, 250, 255, 257 ff., 267, 276 Fn. 515, 345
Berichterstatter 71, 252 f., 259, 274
Berufserfahrung 167 Fn. 182, 171 f., 206, 219 f., 234, 247, 261, 281, 297, 300, 315, 318, 321, 346
Berufungsquote 96 ff., 113, 127, 147, 168, 175, 330, 346
berufungsspezifischer Bestätigungseffekt 32 Fn. 49, 277 ff., 298 ff., 317 ff., 328 f., 332 ff., 337, 344, 346, 348, 350
Berufungssumme 64 f., 119, 337
Bestätigungsfehler 237 ff., 263, 271, 283 ff., 329
Beweisaufnahme und -würdigung 77 f., 83, 155, 173, 212, 240, 266, 316, 336
Bias s. *kognitive Verzerrung*
Bildgebende Studien 200
Bindung an erstinstanzlich festgestellte Tatsachen 45, 48 ff., 77, 144, 155, 174, 189, 281, 289 f., 293 f., 328 f.
- Blindes Vorabverfahren s. *Vorab-Blindverfahren*
Bounded Rationality 184 f., 196, 206
Business Judgment Rule 231
- Computergestützte Entscheidungssysteme 213, 342 f.
Condorcet-Jury-Theorem 251 f., 327
Confirmation Bias s. *Bestätigungsfehler*
Considering the Opposite 211 f., 219, 230, 234 f., 239
- Debiasing* 209 ff., 223 f., 234 f., 239, 261, 317, 345 f., 348
Dissenting Opinions 259, 345
Dokumentation, schriftliche 230, 236, 335 f.
- Effizienz 50, 93 Fn. 8, 110, 343
Ego-Depletion Theory 243 ff., 246 f.
Einstweiliger Rechtsschutz 241
Einzelrichter 70 f., 82, 111 ff., 118, 156 ff., 249 ff., 259, 274, 276, 330, 343 f.
Erfolgsquote von Berufungen 129 f., 134 ff., 141 ff., 162 ff., 269, 273, 276 ff., 294 f., 314 f., 324 f., 330, 344, 353 f.
Erledigungsdruck 145 f.
Ermessen, richterliches 64, 75 f., 78, 83, 189, 290
Ethnie 186, 191 ff., 195 Fn. 58, 221 Fn. 232
Experiment 31 ff., 205, 227, 234, 253, 260 ff.
Experten als Entscheider 22, 163 f. Fn. 175, 194 Fn. 56, 206 f., 219, 227 f., 234, 258, 294, 346 f.

- Fahrlässigkeit** 231 Fn. 287, 232 f.
False Consensus Effect 292 f.
Fear of Reversal 176
Feedback 207, 227, 273, 349 f.
 Frankreich 50, 110
- Geschlecht** 186 f., 189, 190 f., 195
 Fn. 58, 259, 269 f., 274 f., 307, 310,
 314, 340 f.
Googeln 241
Gruppendruck (*Peer Pressure*) 254
Gruppeneffekte 248 ff., 264, 273 ff.,
 343 ff.
Gruppenharmonie 255 f., 295
Gruppenintelligenz 259 f. Fn. 445
Gruppenpolarisierung 255 f., 275 f., 295
- Haloeffekt** 192 f., 270, 341
Heuristik 195 ff., 270 ff.
Hindsight Bias s. *Rückschaufehler*
Hunger 243
hypothesenkonformes Testen 218 f.,
 223, 285, 288
- Informationstechnische Systeme** 213,
 342 f.
In-Group Bias 283 f., 291, 293, 295
- Jury, Juries* 175 Fn. 203, 206 Fn. 132,
 208 Fn. 154, 234 Fn. 306, 235 Fn. 310
 u. 312, 255, 257 f., 261 f., 264 f., 290
 Fn. 579, 335
- Kognitive Verzerrung** 196 ff., 270 ff.
Kollegialentscheidung 71, 157, 249 ff.,
 256 ff., 327 Fn. 9, 330, 343 ff.
Kollegialprinzip 146, 154 Fn. 163
Korpsgeist 176 f., 180
Kosten der Berufung 84 ff., 96 Fn. 18,
 100, 129, 131 ff., 136 ff., 338
Künstliche Intelligenz s. *Informations-
 technische Systeme*
- Laborkontext** 205, 260, 262
Lebensalter 229, 234, 271, 315
- Materielle Gerechtigkeit** 43, 46, 51 ff.,
 326, 332
Mehrheitsprinzip 252, 259, 265
Methodenbewusstsein 26, 31, 35
Mock Juries 235, 261
- Need for Cognitive Closure* 208
Noise 294 f.
Novenverbot 49 f., 189
Novum Iudicium 44 ff., 329
- Omission Bias* s. *Unterlassungseffekt*
- Panel Effect* 270, 274 f.
Patentrecht 188, 209, 234
Peer Pressure s. *Gruppendruck*
Perseveranz-Effekt 336
persönliche Bekanntheit 213, 317 ff.,
 332 ff., 342, 350
Persönlichkeitsmerkmale 96, 109, 167,
 186, 208, 237, 254, 269
politische Orientierung 186, 188 f.,
 191, 274 f.
Positives Hypothesentesten 218, 238 f.
Präjudizienrecht 286 Fn. 556, 289
Prevalence-Induced Concept Change
 272 f.
Prozessbevollmächtigte 98, 146,
 166 ff., 195, 211, 214, 220 Fn. 228,
 240 Fn. 340, 329, 344
Prozessvergleich 84 ff., 121 ff., 131 ff.
Punitive Damages 221, 257 Fn. 434,
 264
- Radiologie** 228, 231 Fn. 287, 318
Rechtsschutzversicherung 96 Fn. 18,
 100, 109, 137, 166
Reihenfolge-Effekte 242 ff., 252, 273,
 342
Revision 40, 84 Fn. 288, 87, 174, 273,
 328, 337
Rückschaufehler 224 ff., 258, 260
 Fn. 447, 262 Fn. 458, 271, 336
- Sachnähe** 46 f., 177

- Sachverständige/Sachverständigen-
gutachten 78, 212, 232, 236, 255,
305, 308, 316
- Schmerzensgeld 28, 193, 220 ff., 251,
255, 262 f.
- Spezialisierung 95, 153 ff., 234, 346 f.
- Spezialkammern und -senate gem.
§§ 72a, 119 GVG 153 ff., 161 f.,
346 f.
- Status Quo Bias* 285 ff.
- Stimmung 209
- Streitwert 64 f., 67, 100 ff., 113, 119,
146, 157, 159, 222, 348
- Supervision 350
- Sympathie 180, 193, 256, 283, 295,
341
- Tatsachenfeststellungen s. *Bindung an
erstinstanzlich festgestellte Tatsachen
Trial Bifurcation* 235, 318, 335
- Unterlassungseffekt 287 f.
- Validität, externe 260 ff., 281
- Verfahrensdauer 51, 93 Fn. 8, 99 ff.,
167, 247 Fn. 385, 350
- Verfahrenssimulation 261 f.
- Vorab-Blindverfahren 213, 317 ff.,
332 ff., 342, 350
- Zeitdruck 208, 253
- Zufallsgenerator 299, 303, 313, 319,
342
- Zulassung der Berufung 63 ff., 119 f.,
159 ff., 347 f.