

Johannes Kruse

# Ökonomik vor Gericht

Richterliche Sachverhaltsfeststellung und ökonomischer Sachvortrag  
am Beispiel des kartellgerichtlichen Verfahrens



**Nomos**

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –  
Neue Folge

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Ingo Saenger

Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 81

Johannes Kruse

# Ökonomik vor Gericht

Richterliche Sachverhaltsfeststellung und ökonomischer Sachvortrag  
am Beispiel des kartellgerichtlichen Verfahrens



**Nomos**

Die Veröffentlichung erfolgt mit Unterstützung des  
Freundeskreises Rechtswissenschaft, Verein zur Förderung  
der juristischen Ausbildung an der Universität Münster e. V.  
[www.freundeskreis-rechtswissenschaft.de](http://www.freundeskreis-rechtswissenschaft.de)



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

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2023

u.d.T.: Ökonomik vor Gericht – Über das Scheitern ökonomischen Sachvortrags  
am Beispiel des kartellverwaltungsgerichtlichen Verfahrens

ISBN 978-3-7560-1546-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-4351-8 (ePDF)



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**D6**

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck  
und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch  
die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Über-  
setzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Für Julia*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen.

Frau *Prof. Dr. Petra Pohlmann* danke ich für die großartige Betreuung der Arbeit und die vielfältige Unterstützung, mit der sie mich seit Beginn des Dissertationsprojekts begleitet hat und nach wie vor begleitet. Herrn *Prof. Dr. Niels Petersen* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und einige wertvolle Hinweise insbesondere zu der von mir entwickelten Filtertheorie richterlicher Sachverhaltsarbeit. Dem Freundeskreis Rechtswissenschaft e.V. danke ich für den gewährten Druckkostenzuschuss.

Die vorliegende Arbeit, gerade in ihrem praxisorientierten Zuschnitt, wäre nicht möglich gewesen, ohne die vielfältige Unterstützung, die ich von Seiten der (Kartell-)Rechtspraxis erfahren habe. Stellvertretend für diese Unterstützung und überhaupt möchte ich Herrn *Prof. Dr. Jürgen Kühnen* (Vors. Richter am OLG), dem langjährigen Vorsitzenden des 1. Kartellsenats des OLG Düsseldorf, danken. Er hat die Arbeit nicht nur von Anfang bis Ende begleitet, mir während der Aktenauswertung in den Räumen des OLG Düsseldorf jede meiner Fragen beantwortet und mir wertvolle Einblicke in die Arbeits- und Denkweise des Senats gewährt, sondern mir auch außerhalb meines Dissertationsprojekts stets mit Rat und Tat zur Seite gestanden.

Herrn *Simon Becker, M.Jur. (Oxford)* danke ich für die gewissenhafte Durchsicht des Manuskripts und für zahlreiche hilfreiche Anmerkungen. Herrn *Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann* danke ich für die hilfreichen Anmerkungen zur Filtertheorie sowie für die vielfältige Unterstützung, mit der er mich und meine Arbeit in den letzten Jahren begleitet hat.

Die Dissertation, als Projekt und Lebensabschnitt, wäre nicht möglich gewesen, ohne die großartige Unterstützung durch meine Familie sowie Freunde. Dank gebührt insoweit an erster Stelle *Julia Rosenthal*. Sie hat mich in den letzten Jahren auf alle erdenkliche Weise unterstützt und mich (bisweilen) ausgehalten, mir stets den Rücken freigehalten und mich immer wieder auch an all die schönen Dinge „da draußen“ erinnert. Ein besonderer Dank gebührt weiterhin meinen Eltern (*Brigitte* und *Dr. Michael Kruse*); dafür, dass sie stets an mich geglaubt und mich fortwährend unterstützt haben. Ferner meinen Geschwistern (*Christiane Kruse* und *Dr.*

*Vorwort*

*Stefan Kruse*), meinem besten Freund *Dr. Christian Langner* sowie *Maike Brockmeier*, *Simon Becker*, *M.Jur. (Oxford)*, *Dr. Jan Höft*, *Felix Beckmann*, *Simón Maturana* und *Dr. Arne le Dandek*.

Die eigene Promotion stellt ohne Frage ein bedeutsames (Lebens-)Ereignis dar. Geradezu unbedeutend erscheint dieses indes im Vergleich zu einem anderen Ereignis, das sich während meiner Promotionszeit ereignete: Das Glück *Julia* zu treffen. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Januar 2024

*Johannes Kruse*

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abbildungsverzeichnis  | 21 |
| <b>Einleitung</b>  | 23 |
| § 1 Ziel und Motivation  | 23 |
| A. Funktionsweise richterlicher Sachverhaltsarbeit                         | 23 |
| B. Interdisziplinäre Suche nach Antworten                                  | 25 |
| C. Die Filtertheorie richterlicher Sachverhaltsarbeit                      | 27 |
| § 2 Gang der Untersuchung  | 29 |
| <b>Erster Teil</b>   | 31 |
| § 3 Modelltheoretische Maßstabsbildung                                     | 31 |
| A. Grundlagen  | 31 |
| I. Geeignete Werkzeuge   | 31 |
| II. Was eine gute Theorie ausmacht   | 32 |
| III. Typisierung der richterlichen Sachverhaltsarbeit                      | 33 |
| 1. Sachverhaltsarbeit und Rechtsanwendung                                  | 33 |
| 2. Menschliche Informationsverarbeitung unter besonderen Rahmenbedingungen | 34 |
| 3. Informationeller Input  | 35 |
| 4. Der lesende Richter   | 37 |
| IV. Auswahlkriterien   | 38 |
| B. Funktionsweise der Informationsverarbeitung                             | 40 |
| I. Überblick   | 40 |
| II. Untersuchungstiefe   | 41 |
| 1. Kognitionspsychologie   | 41 |
| a) Plädoyer für eine kognitive Wende                                       | 41 |
| b) Grenzen kognitionspsychologischer Ansätze                               | 44 |
| 2. Kognitive Neurowissenschaften   | 44 |
| 3. Der mentale Dreiklang   | 46 |

|  |    |
|--|----|
| 4. Zwischenergebnis (1. und 2. Baustein zur Maßstabsbildung) | 47 |
| III. Kognition   | 48 |
| 1. Überblick   | 48 |
| 2. Informationsverarbeitung                                  | 49 |
| a) Wahrnehmung   | 49 |
| b) Lesen   | 50 |
| c) Gedächtnis  | 52 |
| d) Zwischenergebnis (3. Baustein)                            | 54 |
| 3. Unbewusste Prozesse                                       | 55 |
| a) Nur die Spitze des Eisbergs                               | 55 |
| b) Grenzen der Introspektion                                 | 56 |
| c) Zwischenergebnis (4. und 5. Baustein)                     | 58 |
| IV. Die neurowissenschaftliche Perspektive                   | 61 |
| 1. Überblick   | 61 |
| 2. Thalamus (inkl. 6. Baustein)                              | 62 |
| 3. Neuronale Plastizität (inkl. 7. Baustein)                 | 64 |
| V. Emotionale und motivationale Einflüsse                    | 67 |
| 1. Emotionen   | 67 |
| a) Einführung in die Emotionspsychologie                     | 67 |
| b) Emotionale Einflüsse auf die Informationsverarbeitung     | 72 |
| c) Zwischenergebnis (8. Baustein)                            | 75 |
| 2. Motivation (inkl. 9. Baustein)                            | 76 |
| C. Rahmenbedingungen richterlicher Informationsverarbeitung  | 78 |
| I. Konzeptioneller Ausgangspunkt                             | 78 |
| II. Richterliche Informationsentscheidungen                  | 79 |
| 1. Erkenntnisse  | 79 |
| a) Urteile und Entscheidungen                                | 79 |
| b) Zwei Entscheidungsebenen                                  | 80 |
| 2. Konzeptionelle Schlussfolgerungen                         | 81 |
| a) Vielzahl von Einzelentscheidungen                         | 81 |
| b) Mehr als bloße Beweiswürdigung                            | 81 |
| 3. Zwischenergebnis (10. Baustein)                           | 84 |
| III. Normativ-faktische Rahmenbedingungen                    | 85 |
| 1. Das Gebot rechtlichen Gehörs (normativ)                   | 85 |
| 2. Begrenzte kognitive Ressourcen (faktisch)                 | 86 |
| 3. Zwischenergebnis (11. Baustein)                           | 87 |

|  |     |
|--|-----|
| IV. Lernumgebung und richterliche Intuition              | 88  |
| 1. Ausgangspunkt   | 88  |
| a) Rahmenbedingungen der richterlichen Intuition         | 88  |
| b) Lernumgebungen nach Hogarth                           | 89  |
| 2. Die richterliche Lernumgebung im Test                 | 90  |
| a) Die allgemeine Lernumgebung ist besser als ihr Ruf    | 90  |
| b) Lernbedingungen im Beschwerdeverfahren                | 94  |
| 3. Zwischenergebnis (12. Baustein)                       | 97  |
| V. Emotionale Rahmenbedingungen                          | 98  |
| 1. Richterliche Emotionsnormen                           | 98  |
| 2. Richterliche Emotionsregulationsstrategien            | 100 |
| 3. Zwischenergebnis (13. Baustein)                       | 101 |
| VI. Die richterliche Motivation                          | 101 |
| 1. Streben nach interner Konsistenz (personenbezogen)    | 102 |
| a) Intraverfahrens-Dissonanz                             | 104 |
| b) Interverfahrens-Dissonanz                             | 107 |
| 2. Karriere- und Prestigemotivation (situationsbezogen)  | 108 |
| a) Personenbezogener Ausgangspunkt                       | 108 |
| b) Situationsabhängigkeit                                | 109 |
| c) Interne Einflüsse                                     | 111 |
| 3. Motivationale Einflüsse auf die Sachverhaltsarbeit    | 113 |
| a) Qualitative und quantitative Anforderungen            | 113 |
| b) Qualitative Anforderungen im Einzelnen                | 114 |
| c) Die Motivation, Gehörsrügen zu vermeiden              | 116 |
| 4. Das Sorgfaltsmotiv                                    | 118 |
| a) Fortsetzung des Karriere- und Prestigemotivs          | 118 |
| b) Kohärenzstreben vs. Sorgfaltsmotiv                    | 119 |
| 5. Zwischenergebnis (14. Baustein)                       | 120 |
| D. Maßstabsbildung                                       | 121 |
| I. Grundlagen  | 121 |
| II. Bausteine und Maßstabsgebilde                        | 121 |
| § 4 Die Filtertheorie (Erstes Werkzeug)                  | 123 |
| A. Bisherige Ansätze                                     | 123 |
| I. Funktionsweise richterlicher Informationsverarbeitung | 124 |
| 1. Überblick   | 124 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Sachverhaltsfeststellung als komplexer Informationsverarbeitungsvorgang | 127 |
| 3. Notwendigkeit der Informationsreduktion                                 | 128 |
| 4. Informationsfilterung als Modus richterlicher Informationsreduktion     | 129 |
| a) Informationsvermeidung vs. Informationsfilterung                        | 129 |
| b) Die Informationsfilterung in der richterlichen Praxis                   | 130 |
| c) Neuroanatomische und normative Vorgaben                                 | 131 |
| aa) Der Thalamus als neuroanatomisches Vorbild                             | 131 |
| bb) Normative Vorgaben   | 131 |
| d) Konstruktivistische Ansätze   | 132 |
| II. Lernumgebung und richterliche Intuition                                | 134 |
| III. Berücksichtigung emotionaler Einflüsse                                | 136 |
| 1. Law-and-Emotion-Forschung   | 137 |
| 2. Notwendigkeit einer evidenzbasierten Forschung                          | 139 |
| 3. Grundlagen der psychologischen Emotionsforschung                        | 140 |
| 4. Kritische Würdigung der Studienlage                                     | 143 |
| a) Das Untersuchungsdesign im Überblick                                    | 143 |
| b) <i>Wistrich/Rachlinski/Guthrie</i> (2015)                               | 144 |
| c) <i>Spamann et al.</i> (2016-2021)                                       | 146 |
| d) <i>Klerman/Spamann</i> (2022)   | 147 |
| e) Kritische Analyse der Untersuchungen                                    | 149 |
| aa) Untersuchungsdesign: „Law-and-emotion without emotions“?               | 149 |
| bb) Ursächlichkeitszweifel   | 150 |
| cc) Alternative Erklärungen  | 152 |
| IV. Unzureichende Berücksichtigung des Sorgfaltsmotivs                     | 158 |
| 1. Das wirkmächtige Sorgfaltsmotiv (Praxis)                                | 158 |
| a) Im Allgemeinen  | 158 |
| b) Auslöser einer Sorgfaltsmotivation                                      | 159 |
| c) Das wirkmächtige Sorgfaltsmotiv des Richters                            | 160 |
| 2. Das unterschätzte Sorgfaltsmotiv (Theorie)                              | 161 |
| a) <i>Engel/Glückner</i> (2013)  | 162 |
| aa) Die Untersuchung im Überblick  | 162 |
| bb) Unwirksamkeit des Sorgfaltsmotivs?                                     | 164 |
| b) <i>Spamann</i> (2019)   | 167 |
| 3. Weitergehende Überlegungen zum Sorgfaltsmotiv                           | 168 |

|   |     |
|---|-----|
| V. Schlussfolgerungen                                       | 169 |
| B. Die Filtertheorie richterlicher Informationsverarbeitung | 170 |
| I. Herleitung   | 170 |
| II. Wie Richter Informationen filtern                       | 172 |
| 1. Grundmechanismus   | 172 |
| a) Filterprozess und Filtermedium                           | 173 |
| b) Aufgabenspezifische Filterung                            | 173 |
| c) Richterliche Filtersouveränität                          | 175 |
| 2. Details zum Filterprozess                                | 176 |
| a) Emotionsbasierte Filterung                               | 176 |
| b) Filterkriterien  | 177 |
| 3. Die Filter im Überblick                                  | 178 |
| a) Allgemeine Filter (erste Filterebene)                    | 178 |
| b) Spezielle Filter (zweite Filterebene)                    | 180 |
| c) Zusammenspiel von allgemeinen und speziellen Filtern     | 181 |
| III. Allgemeine Filter (erste Filterebene)                  | 184 |
| 1. Leichtigkeitfilter                                       | 184 |
| a) Vermeidung kognitiven Aufwandes                          | 184 |
| b) Besondere Filtergefahren für ökonomischen Sachvortrag    | 186 |
| 2. Vertrautheitsfilter                                      | 189 |
| 3. Kohärenzfilter   | 190 |
| IV. Spezielle Filter (zweite Filterebene)                   | 192 |
| 1. Grundmechanismus   | 192 |
| 2. Relevanzfilter   | 194 |
| a) Fehlende Entscheidungserheblichkeit                      | 194 |
| b) Fehlende Beweisbedürftigkeit                             | 195 |
| c) Unsubstantiiertes Vortrag                                | 195 |
| d) Wissens- und Erfahrungsabhängigkeit                      | 196 |
| 3. Plausibilitätsfilter                                     | 197 |
| 4. Akzeptanzfilter  | 199 |
| a) Informationelle Konformität                              | 199 |
| b) Der Bundesgerichtshof als Gatekeeper                     | 201 |
| V. Bewertung  | 202 |
| 1. Modelltheoretische Güte (die eigenen Maßstäbe)           | 203 |
| 2. Erklärungsgehalt   | 205 |
| a) Kollektive Filterkriterien                               | 205 |

|   |     |
|---|-----|
| b) Vorliegende empirische Evidenz                         | 206 |
| aa) Richter vs. juristische Laien                         | 206 |
| bb) Richter vs. Jurastudenten                             | 207 |
| cc) Richter sind auch nur Menschen                        | 208 |
| dd) Zwischenergebnis                                      | 209 |
| c) Richterliche Emotionen                                 | 210 |
| aa) Der emotionssensible Relevanzfilter                   | 210 |
| bb) Relevanzfilter „Funktionsfähigkeit des<br>Verfahrens“ | 212 |
| cc) Empirische Belege                                     | 213 |
| C. Zusammenfassung und Ausblick                           | 214 |
| § 5 Methodik (Zweites Werkzeug)                           | 217 |
| A. Methodologischer Ausgangspunkt                         | 217 |
| B. Untersuchungsansätze im Überblick                      | 218 |
| I. Experimentelle Ansätze                                 | 218 |
| II. Beobachtung   | 220 |
| C. Die qualitative Analyse der Gerichtsakten              | 222 |
| I. Methodische Bedenken                                   | 222 |
| II. Methodische Eignung für die vorliegende Untersuchung  | 223 |
| III. Qualitative Inhaltsanalyse                           | 225 |
| <b>Zweiter Teil</b>                                       | 229 |
| § 6 Vorbereitung der Aktenauswertung                      | 229 |
| A. Überblick  | 229 |
| B. Prozedurale Filterungsmöglichkeiten                    | 230 |
| I. Verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen                 | 230 |
| 1. Überblick  | 230 |
| 2. Anwendbares Verfahrensrecht                            | 230 |
| 3. Zuständiges Beschwerdegericht                          | 232 |
| 4. Rechtsbeschwerde                                       | 233 |
| II. Filterungsmöglichkeiten und Prüfprogramm              | 233 |
| 1. Überblick  | 233 |
| 2. Kontrollumfang   | 234 |

|   |     |
|---|-----|
| 3. Kontrolldichte   | 234 |
| a) Zweckmäßigkeitkontrolle vs.<br>Rechtmäßigkeitkontrolle                                 | 234 |
| b) Zweckmäßigkeitkontrolle  | 236 |
| c) Filtertheoretisches Zwischenergebnis   | 237 |
| III. Weitere Filterungsmöglichkeiten durch den Relevanzfilter                             | 238 |
| IV. Rückgriff auf die kartellbehördliche<br>Sachverhaltsermittlung als mittelbarer Filter | 239 |
| 1. Überblick  | 239 |
| 2. Erhöhte Darlegungspflichten des Beschwerdeführers                                      | 240 |
| 3. Fortwirken der verfahrensrechtlichen<br>Rahmenbedingungen                              | 240 |
| 4. Nachermittlungen   | 242 |
| V. Filterspielräume und kartellrechtliche Erfahrungssätze                                 | 243 |
| 1. Erfahrungssätze im Rahmen der Marktabgrenzung  | 244 |
| 2. Fehlen zwingender Erfahrungssätze im Kartellrecht                                      | 248 |
| 3. Kontrolle ökonomischer Erfahrungssätze im Rahmen<br>der Rechtsbeschwerde               | 250 |
| 4. Filterspielräume bei der Marktabgrenzung   | 251 |
| VI. Ökonomische Parteigutachten   | 253 |
| C. Auswahl des Untersuchungsmaterials   | 255 |
| I. Ausgangspunkt  | 255 |
| II. Auswahlkriterien  | 255 |
| 1. Faktische Bedeutung des ökonomischen Sachvortrags                                      | 256 |
| 2. Rechtliche Bedeutung des ökonomischen Sachvortrags                                     | 256 |
| 3. Auswahlvorgang   | 257 |
| a) Erster Auswahlschritt (Erklärungsgehalt)   | 257 |
| b) Zweiter Auswahlschritt<br>(Praktikabilitätserwägungen)                                 | 258 |
| c) Dritter Auswahlschritt (Konzeptionelle Gründe)   | 259 |
| 4. Zwischenauswahlergebnis  | 260 |
| III. Einschränkung im Lichte des Untersuchungskontexts                                    | 260 |
| 1. Konkretisierung des Untersuchungskontexts  | 261 |
| 2. Marktabgrenzung als Untersuchungskontext   | 261 |
| 3. Nachjustierung des Auswahlkriteriums   | 262 |
| IV. Auswahlergebnis   | 263 |
| V. Erweiterung des Samples: Kurzanalysen  | 263 |

|   |     |
|---|-----|
| § 7 Aktenauswertung                                   | 267 |
| A. „Cargotec“ (2008)                                  | 267 |
| I. Grundlagen   | 267 |
| 1. Das Verfahren im Überblick                         | 267 |
| 2. Einführung in den Analyseansatz                    | 272 |
| II. Quantitative Sachverhaltsbilanzierung             | 273 |
| 1. Grundstruktur                                      | 273 |
| 2. Bilanzierung im konkreten Fall                     | 275 |
| III. Qualitativer Input-Output-Vergleich              | 276 |
| 1. Konzeptioneller Ausgangspunkt                      | 277 |
| 2. Qualitative Bilanzierung im konkreten Fall         | 278 |
| IV. Filtertheoretische Erklärung                      | 281 |
| 1. Relevanz- und Plausibilitätsfilter                 | 281 |
| 2. Akzeptanzfilter und mittelbare Filterung           | 283 |
| 3. Hypothetische Relevanz                             | 283 |
| B. „Sauermilchkäse“ (2009)                            | 285 |
| I. Überblick  | 285 |
| II. Quantitative Sachverhaltsbilanzierung             | 287 |
| III. Qualitativer Input-Output-Vergleich              | 288 |
| IV. Filtertheoretische Erklärung                      | 291 |
| 1. Die Lebenserfahrung des Senats                     | 292 |
| 2. Relevanzfilter „Funktionsfähigkeit des Verfahrens“ | 295 |
| 3. Hypothetische Relevanz                             | 296 |
| C. „HRS“ (2015)                                       | 297 |
| I. Überblick  | 297 |
| 1. Bestpreisklauseln auf Hotelbuchungsportalen        | 297 |
| 2. Nicht freistellungsfähige Wettbewerbsbeschränkung  | 299 |
| 3. Entscheidungserheblichkeit der Marktabgrenzung     | 301 |
| 4. Ungenutzte Vorteile der Beschwerdeführerin         | 301 |
| II. Quantitative Sachverhaltsbilanzierung             | 304 |
| III. Qualitativer Input-Output-Vergleich              | 305 |
| 1. Marktabgrenzung                                    | 305 |
| 2. Wettbewerbsbeschränkung                            | 308 |
| 3. Freistellung                                       | 310 |
| IV. Filtertheoretische Erklärung                      | 310 |
| 1. Relevanzfilter                                     | 311 |
| 2. Plausibilitätsfilter                               | 312 |

|   |     |
|---|-----|
| 3. Relevanzfilter „Funktionsfähigkeit des Verfahrens“               | 313 |
| 4. Hypothetische Relevanz   | 314 |
| D. „EDEKA/Kaisers Tengelman“ (2017)                                 | 316 |
| I. Überblick  | 316 |
| II. Quantitative Sachverhaltsbilanzierung                           | 324 |
| III. Qualitativer Input-Output-Vergleich                            | 325 |
| 1. Formelle Rechtmäßigkeit der Untersagung                          | 325 |
| 2. Sachliche Marktabgrenzung  | 326 |
| 3. Räumliche Marktabgrenzung  | 328 |
| 4. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung                     | 330 |
| IV. Filtertheoretische Erklärung                                    | 332 |
| 1. Relevanzfilter   | 332 |
| 2. Plausibilitätsfilter   | 334 |
| 3. Prognose   | 335 |
| 4. Hypothetische Relevanz   | 337 |
| E. Vier Kurzanalysen  | 339 |
| F. Zentrale Befunde   | 342 |
| I. Quantitative Sachverhaltsbilanzierung                            | 342 |
| II. Qualitativer Befund   | 342 |
| III. Abschließende Anmerkungen                                      | 344 |
| <b>Dritter Teil</b>   | 347 |
| § 8 Filtermodifikationen  | 347 |
| A. Hinführung   | 347 |
| B. Filterspielräume einschränken                                    | 347 |
| I. Hintergrund  | 348 |
| II. Beschwerdegerichtliche Filterspielräume                         | 348 |
| III. Wissensvorsprung der Kartellbehörde                            | 350 |
| IV. Fortwirken der verfahrensrechtlichen<br>Rahmenbedingungen       | 352 |
| V. Geheimnisschutz und fehlender Zugang zu<br>ökonometrischen Daten | 355 |
| VI. Praxistauglichkeit (Zwischenergebnis)                           | 360 |
| 1. Mögliche Einschränkungen der Filterspielräume                    | 360 |
| 2. Praxistest   | 361 |

|  |     |
|--|-----|
| C. Filterbedarfsreduktion                            | 362 |
| I. Interner ökonomischer Sachverstand                | 363 |
| 1. Ökonomen auf der Richterbank                      | 363 |
| 2. Fort- und Weiterbildungen                         | 364 |
| II. Externer Sachverstand                            | 365 |
| 1. Ausgangspunkt                                     | 365 |
| 2. Nachermittlungen und Filtersteuerungsungleichheit | 366 |
| a) Bisherige Praxis                                  | 366 |
| b) Dogmatische Bedenken                              | 368 |
| 3. Gerichtssachverständige                           | 371 |
| 4. Monopolkommission als amicus curiae               | 373 |
| a) Hintergrund                                       | 373 |
| b) Unabhängigkeit und Sachkunde                      | 374 |
| c) Die Rechtsfigur des amicus curiae                 | 376 |
| d) § 99 VwGO als Rechtsgrundlage                     | 378 |
| e) Geheimnisschutz nach § 70 Abs. 2 GWB              | 380 |
| III. Praxistauglichkeit (Zwischenergebnis)           | 381 |
| § 9 Filterbeständiger ökonomischer Sachvortrag       | 387 |
| A. Ausgangspunkt                                     | 387 |
| B. Beweisanträge als vorbereitendes Instrument       | 389 |
| I. § 86 Abs. 2 VwGO                                  | 389 |
| II. Filtertheoretische Potentiale                    | 389 |
| III. Anwendbarkeit im Beschwerdeverfahren            | 391 |
| IV. Das Beweisantragsrecht im Überblick              | 396 |
| 1. Einleitung  | 396 |
| 2. Stellung eines Beweisantrags                      | 397 |
| 3. Reaktion des Gerichts                             | 399 |
| 4. Ablehnungsgründe                                  | 400 |
| 5. Die Sachkunde des Beschwerdegerichts              | 404 |
| V. Fazit (Praxistauglichkeit)                        | 406 |
| C. Wege zu filterbeständigerem Sachvortrag           | 408 |
| I. Grundlagen  | 408 |
| 1. Richter mit Ökonomik überzeugen                   | 408 |
| 2. Konzeptionelles Fundament                         | 409 |
| II. Grundeinstellungen                               | 413 |
| 1. Sachverhaltsfilter überwinden                     | 413 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Wichtige Erkenntnisse aus dem ersten Teil  | 414 |
| a) Adressatenorientierung (Richter sind keine Ökonomen)                                     | 414 |
| b) Weniger ist mehr   | 418 |
| III. Den Leichtigkeitfilter überwinden  | 420 |
| 1. Ausgangspunkt  | 420 |
| 2. So viel wie nötig, so wenig wie möglich  | 420 |
| 3. Einfachheit und Verständlichkeit – keep it (sophisticatedly) simple (2. Antifilter-Tool) | 423 |
| 4. Visueller Sachvortrag (3. Antifilter-Tool)   | 426 |
| IV. Den Relevanzfilter überwinden   | 429 |
| 1. Juristische Relevanz (4. Antifilter-Tool)  | 429 |
| 2. Wettbewerbsökonomische Gutachten sind keine Rechtsgutachten (5. Antifilter-Tool)         | 430 |
| 3. Rechtliche Relevanz erzeugen (6. Antifilter-Tool)  | 432 |
| V. Den Plausibilitätsfilter überwinden  | 435 |
| 1. Umgang mit der richterlichen Lebenserfahrung (7. Antifilter-Tool)                        | 435 |
| a) Funktion im Rahmen der Marktabgrenzung   | 436 |
| b) Der False-consensus-Effekt und die Verfügbarkeitsheuristik                               | 437 |
| c) Realitätscheck   | 439 |
| 2. Das ökonomische Alltagswissen des Gerichts widerlegen (8. Antifilter-Tool)               | 441 |
| 3. Visuelle Plausibilität (9. Antifilter-Tool)  | 444 |
| § 10 Generalisierbarkeit  | 447 |
| Ergebnisse in Thesenform  | 451 |
| Literaturverzeichnis  | 459 |
| Materialien   | 523 |



## Abbildungsverzeichnis

|  |     |
|--|-----|
| Abbildung 1: Die vier Schritte richterlicher Informationsverarbeitung              | 48  |
| Abbildung 2: Die vier Komponenten der Emotionen                                    | 68  |
| Abbildung 3: Untersuchungsansätze im Überblick                                     | 218 |
| Abbildung 4: Zwischenauswahlergebnis   | 260 |
| Abbildung 5: Eingehend untersuchte Verfahren                                       | 263 |
| Abbildung 6: Gegenstand der Kurzanalyse  | 265 |
| Abbildung 7: Gabel- und Containerstapler   | 268 |
| Abbildung 8: Reach Stacker   | 269 |
| Abbildung 9: Straddle Carrier  | 270 |
| Abbildung 10: Gegenüberstellung der Tatsachengrundlage („EDEKA7KaisersTengelmann“) | 323 |
| Abbildung 11: Relevante Spielarten einer praxisorientierten Rechtswissenschaft     | 410 |
| Abbildung 12: Relevante Spielarten einer praxisorientierten Rechtswissenschaft     | 428 |



# Einleitung

„Die wahre Entdeckungsreise [...] besteht nicht darin, neue Landschaften zu suchen, sondern mit anderen Augen zu sehen.“

Proust (1946), S. 1.

## § 1 Ziel und Motivation

### A. Funktionsweise richterlicher Sachverhaltsarbeit

Jede Erkenntnis beginnt mit einer Frage. Und jede Frage ist, wie auch das Leben selbst, der Beginn einer Suche nach Antworten. Antworten führen zunächst zu neuen, weitergehenden Fragen. Erst nach und nach verdichten sich die einzelnen Antworten zu einer handfesten Erkenntnis. Am Anfang der vorliegenden Arbeit stand die Frage nach der praktischen Wirksamkeit ökonomischer Erkenntnisse im kartellverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren. Anlass zu dieser Frage gab folgende Beobachtung, die zunächst der anekdotischen Anschauung des Verfassers entstammte und im Laufe der vorliegenden Untersuchung empirisch an Kontur gewann. Obwohl der ökonomische Sachvortrag im Beschwerdeverfahren, insbesondere durch Einbringung ökonomischer Parteigutachten, im Zuge der zunehmenden Ökonomisierung des Kartellrechts (Stichwort: *more economic approach*) in den letzten fünfzehn Jahren kontinuierlich zunahm,<sup>1</sup> haben ökonomische Argumente in den Entscheidungen des Beschwerdegerichts bislang kaum Niederschlag gefunden. In keinem einzigen der hier untersuchten Verfahren hatte das entsprechende Vorbringen Einfluss auf die

---

1 BKartA, TB 2013/14, BT-Drucks. 18/5210 (2014), S. 37; Monopolkommission, XXI. HG (2016), Rn. 1104; BKartA, Jahresbericht 2014 (2015), S. 9; Begr. RegE 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852, S. 28 f.; für das US-amerikanische Kartellrechtsregime etwa *Baye/Wright*, J. Law Econ. 54 (2011), 1.

Entscheidung des Senats. Diejenigen Verfahren, in denen sich der Senat dem Vorbringen zumindest hinsichtlich einzelner Feststellungen und in nicht entscheidungserheblicher Weise angeschlossen hat, lassen sich an einer Hand abzählen. In allen anderen Verfahren wurde das ökonomische Vorbringen erst gar nicht im Beschluss erwähnt oder dort stakkatoartig verworfen. Die nachstehende Passage zeigt dies mit besonderer Deutlichkeit: *„Das Privatgutachten ist zu verwerfen, weil es mit der Lebenswirklichkeit nicht in Einklang steht und deshalb die wahren Wettbewerbsverhältnisse nicht abbildet.“*<sup>2</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Diskrepanz zwischen ökonomischem Input und Output erscheint erklärungsbedürftig und bildet den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung. Die Suche nach Erklärungen für die Beobachtungen führte dabei zunächst einmal zu weiteren Fragen.

Die hier interessierende richterliche Würdigung des ökonomischen Sachvortrags ist Teil desjenigen Vorgangs, der rechtstheoretisch als Sachverhaltsfeststellung oder Sachverhaltsarbeit bezeichnet wird. Die Würdigung des ökonomischen Sachvortrags lässt sich daher nicht enthüllen, ohne der Funktionsweise richterlicher Sachverhaltsarbeit nachzugehen. Vor diesem Hintergrund geht unserer Ausgangsfrage die nachstehende Fragestellung notwendigerweise voraus: Wie funktioniert die richterliche Sachverhaltsverarbeitung? Die kaum zu überschätzende Bedeutung, die diese Frage für die vorliegende Untersuchung hat, wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es die als „Sachverhaltsarbeit“ bezeichneten Prozesse sind, die zwischen dem Parteivortrag (Input) und dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt (Output) liegen. Dies vor Augen, bedarf die zentrale Bedeutung der richterlichen Sachverhaltsarbeit für den Ausgang eines Prozesses keiner weiteren Begründung.<sup>3</sup> Dies zeigen im Übrigen auch die hier untersuchten Verfahren, die allesamt primär auf Tatsachenebene verloren wurden. Aus dem Vorstehenden ergeben sich zwei Schlussfolgerungen, die gerade für eine um Praxisnähe bemühte Arbeit von Interesse sind: (i) Der Erfolg als Prozessanwalt (Litigator) hängt maßgeblich davon ab, inwieweit man über die Funktionsweise richterlicher Sachverhaltsarbeit im Bilde ist und wie virtuos man auf der Klaviatur des Sachverhaltes zu spielen vermag. Steht einem Prozessgewinn ein höchstrichterliches Judikat

---

2 OLG Düsseldorf, 23.8.2017, VI-Kart 5/16 (V), Rn. 76, juris – „EDEKA/Tengelmann“.

3 Siehe nur Döhring, S. 1; Schweizer, S. 1; Hilden, S. 218; Fliegauf, S. 21; Neupert, JuS 2018, 1257, 1258; Bender, ZIP 1985, 451; Nink, S. 177 f.; W. Wolf, in: Juristische Methodenlehre, S. 75, 81 f.

des Bundesgerichtshofs „im Wege“, so lässt sich dieses Hindernis durch rechtliche Argumentation kaum überwinden. Man muss schon sehr gute Argumente auf seiner Seite haben, um Richter am Land- oder am Oberlandesgericht dazu zu bringen, gegen die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entscheiden. Auf Sachverhaltsebene ergeben sich hingegen gewisse Spielräume.<sup>4</sup> Man muss den Richter lediglich davon überzeugen, dass sich der streitgegenständliche Fall so von dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrundeliegenden Sachverhalt unterscheidet, dass die Rechtsauffassung des BGH vorliegend nicht einschlägig ist. (ii) Was die Funktionsweise richterlicher Sachverhaltsarbeit anbelangt, so zeigen sich in der Litigation-Praxis allzu oft Wissensdefizite.<sup>5</sup>

### B. Interdisziplinäre Suche nach Antworten

Insbesondere im Interesse der Praxis begibt sich die vorliegende Untersuchung daher auf die Suche nach Antworten. Dieses Unterfangen war - um mit *Proust* zu sprechen - keine Suche nach neuen Landschaften. Die Themen „Ökonomik im Kartellprozess“ und „richterliche Sachverhaltsarbeit“ sind keineswegs neu. Das Gegenteil ist der Fall. Über die Anwendungsmöglichkeiten volkswirtschaftlicher Erkenntnisse im Kartellprozess wurde bereits in den 70er Jahren engagiert diskutiert.<sup>6</sup> Die Funktionsweise der richterlichen Sachverhaltsarbeit weckte spätestens in den 1960er Jahren das rechtswissenschaftliche Interesse.<sup>7</sup> So war es vielmehr es die Suche nach einem neuen Blickwinkel, nach einem Perspektivenwechsel, um die bekannten Phänomene mit anderen Augen zu sehen. Was diese Suche so mühsam machte, waren Wissen und Nichtwissen zugleich. Zu Beginn fehlte es an dem Wissen, wo die Suche zu beginnen sei. Rasch ergab sich zumindest insoweit Klarheit, als dass man innerhalb der disziplinären Grenzen der Rechtswissenschaft gar nicht erst zu suchen brauchte. Unabhängig davon, dass die Sachverhaltsarbeit im Vergleich zur Rechtsanwendung in der deutschsprachigen juristischen Literatur (insb. von Seiten der Rechtstheorie sowie Methodenlehre) und Ausbildung seit jeher eine gewis-

---

4 So auch *Kriele*, ZRP 2008, 51, 52; *Payandeh*, S. 470.

5 Siehe *Lepsius*, S. 44 f.; *Röhl/H. Röhl* (2008) S. 567; *Hartwig*, S. 16.

6 Vgl. nur *Hintze*, WuW 1970, 571, 577 ff.; *Griesbach*, WuW 1971, 813, 818 f.; *Hintze*, in: FS Hartmann, S. 187; *Erlinghagen*, in: FS Hartmann, S. 95, 97 ff.

7 Vgl. nur *Schreiber*, S. 1 ff.; *Döhring*, passim.

se Vernachlässigung erfährt,<sup>8</sup> kann eine juristisch-normative Sichtweise die hier verfolgte Frage nach der Faktizität richterlicher Sachverhaltsarbeit ohnehin nicht beantworten.<sup>9</sup> Die interdisziplinäre Erweiterung unserer Suche erweist sich vor diesem Hintergrund als bloße Notwendigkeit.<sup>10</sup> An dieser Stelle wäre zunächst an die interdisziplinäre Rechtswissenschaft zu denken. Und in der Tat, zumindest die tatsächlich interdisziplinär forschende Rechtswissenschaft (fast ausschließlich) US-amerikanischer Provenienz ermöglicht es, die richterliche Sachverhaltsarbeit aus einem neuen Blickwinkel zu betrachten. Wagt man nun allerdings einen ersten Blick, so zeigt sich, dass diese Sicht allzu sehr getrübt ist. Wie noch zu zeigen sein wird, stehen methodische sowie konzeptionelle Mängel einem Durchblick allzu oft entgegen.<sup>11</sup> Da sich somit auch die interdisziplinäre Rechtswissenschaft als unzureichend erwies, bedurfte es eines Perspektivwechsels, der jenseits der juristisch-(rechts-)theoretischen Kategorien von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung nach Antworten suchte. Er lag in der Erkenntnis, dass es sich bei der richterlichen Sachverhaltsarbeit dem Grunde nach um menschliche Informationsverarbeitung handelt. Dessen eingedenk traten die weiteren Forschungsfelder offen zutage: kognitive Psychologie und Neurowissenschaften, Emotions- und Motivationspsychologie. Diese umfassende, disziplinenübergreifende Herangehensweise geht mit einem doppelten Wagnis einher, wie es charakteristisch für interdisziplinäre Arbeiten ist. Wer interdisziplinär arbeitet, der wagt sich auf unbekanntes Gebiet vor.<sup>12</sup> In dem Dickicht fremder Disziplinen findet man sich erst mit der Zeit zurecht. Stets bleibt die Gefahr, Erkenntnisse bloß ausschnittsweise aufzunehmen. Dabei ist der interdisziplinäre Gang auf unbekanntes Gebiet, nach dem hiesigen Verständnis, kein Selbstzweck, sondern dient stets und in erster Linie dem Erkenntnisfortschritt der eigenen (Ursprungs-)Disziplin. Demnach ist die interdisziplinäre Forschung weniger die Suche nach unbekanntem Landschaften als vielmehr die Suche nach neuen Perspektiven auf die bereits bekannten disziplinären Gefilde. Hieraus ergibt sich das zweite Wagnis. Die interdisziplinären Erkenntnisse, der neue Blickwinkel müssen von der Ursprungsdisziplin schließlich auch angenommen werden.

---

8 Vgl. *Schweizer*, S. 2; *Hartwig/Hesse*, S. 59; *Schellhammer*, Rn. 12; *Hartwig*, S. 16; *Baufmann/Wettner*, in: *Juristische Methodenlehre* (2016), S. 143; *W. Wolf*, in: *Juristische Methodenlehre*, S. 75, 81.

9 So bereits *Hartwig*, S. 18 ff.; *Schweizer*, S. 2; *Barry*, S. 1.

10 Vgl. *Weimar*, S. 4; *Schweizer*, S. 2.

11 Siehe unten § 4 A II, III und IV, S. 132 ff.

12 Vgl. nur *Burke*, S. 15.

Insoweit ist die interdisziplinäre Forschung stets ein Changieren zwischen der eigenen und den fremden Disziplinen. Bei der Erkenntnisgewinnung muss man im Interesse der Anschlussfähigkeit gewisse Abstriche machen. Zugleich muss man der eigenen Disziplin im Interesse des Erkenntnisfortschritts ein gewisses Maß an Offenheit und Flexibilität abverlangen.<sup>13</sup> Interdisziplinäre Forscher sind stets Mittler, Übersetzer und Botschafter.<sup>14</sup>

### C. Die Filtertheorie richterlicher Sachverhaltsarbeit

Das Ergebnis des gewählten interdisziplinären Ansatzes ist die Filtertheorie richterlicher Sachverhaltsarbeit. Sie dient dazu, ein besseres Verständnis der richterlichen Sachverhaltsarbeit zu schaffen und ist - soweit ersichtlich - der erste modelltheoretische Ansatz, der die richterliche Sachverhaltsarbeit umfassend zu erklären sucht. Für die vorliegende Arbeit ist gerade der mit der Filtertheorie verbundene Perspektivenwechsel von Bedeutung. Dabei zeigt sich, dass uns ein „bloßer“ Wechsel der Perspektive dazu befähigen kann, (vermeintlich) Bekanntes mit anderen Augen zu sehen. Betrachtet man die richterliche Sachverhaltsarbeit durch die Filtertheorie mit anderen Augen, so kommen Erkenntnisse und Einsichten ans Licht, die bislang gänzlich im Dunkeln lagen. So kann die Filtertheorie hinsichtlich realer Fälle, die im Wege einer qualitativen Aktenanalyse ausgewertet wurden, erklären, weshalb dem ökonomischen Sachvortrag dort kein Erfolg beschieden war. In einem weiteren Schritt werden auf Grundlage der Filtertheorie praxistaugliche Verbesserungsvorschläge erarbeitet. Dass dies gerade anhand des kartellrechtlichen Beschwerdeverfahrens geschieht, in dem sich Unternehmen gegen eine kartellverwaltungsbehördliche Verfügung wenden, ist zunächst einem entsprechenden Hintergrund des Verfassers geschuldet. Unabhängig davon eignet sich das Beschwerdeverfahren aber auch in besonderem Maße, um ökonomischen Sachvortrag vor Gericht zu untersuchen. Zum einen spielen ökonomische Gesetzmäßigkeiten und Erkenntnisse im (materiellen) Kartellrecht naturgemäß eine besondere Rolle.<sup>15</sup> Zum anderen stehen sich im Beschwerdeverfahren große Unternehmen, zumeist vertreten durch internationale Großkanzleien und wettbewerbsökonomische Berater, und das Bundeskartellamt, welches über

---

13 *Kirste*, in: *Interdisziplinarität*, S. 35, 75.

14 Ähnlich *Eidenmüller*, S. 15.

15 Vgl. nur *Pohlmann*, in: *FS Stürner*, S. 435, 439.

*§ 1 Ziel und Motivation*

substanzielle wettbewerbsökonomische Expertise verfügt, ergo besonders sachkundige Parteien, gegenüber. Vor diesem Hintergrund tritt die ökonomische Herausforderung für die Richter besonders deutlich hervor.

## § 2 Gang der Untersuchung

Wie am Beispiel des kartellverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens deutlich werden wird, ist ökonomischer Sachvortrag vor deutschen Gerichten allzu oft zum Scheitern verurteilt. Ausgehend von diesem Befund verfolgt die vorliegende Untersuchung im Wesentlichen drei Ziele: Einerseits will sie erklären, weshalb dem umfangreichen ökonomischen Sachvortrag bislang kein entscheidungserhebliche Bedeutung zukam. Andererseits will sie einen Ausweg aus der zugrundeliegenden Input-Output-Diskrepanz weisen; d.h. aufzeigen, wie man Richter mit ökonomischem Sachvortrag überzeugen kann. Bevor wir diese beiden Ziele in Angriff nehmen können, sind indes Vorarbeiten nötig. Neben einem Modell richterlicher Sachverhaltsarbeit, welches den Besonderheiten ökonomischem Sachvortrags Rechnung trägt, benötigen wir auch eine Methode, um die bisherige Praxis zu untersuchen. Vor diesem Hintergrund ergibt sich die dritte Zielsetzung der Arbeit, die den beiden vorstehenden notwendigerweise vorausgeht: Die Funktionsweise richterlicher Sachverhaltsarbeit soll entschlüsselt und zugleich untersuchbar gemacht werden. Diese drei Zielsetzungen spiegeln sich auch in der Struktur der Arbeit wider, die aus drei Hauptteilen besteht, und geben den Gang der Untersuchung vor.

Im **ersten Teil** werden wir die Funktionsweise richterlicher Sachverhaltsarbeit entschlüsseln und ein geeigneten Untersuchungsansatz entwickeln. Hierzu sind im Wesentlichen vier Schritte erforderlich. Zunächst wird, unter Rückgriff auf kognitionspsychologische sowie neurowissenschaftliche Erkenntnisse, der Maßstab definiert, an dem modelltheoretische Ansätze zur Beschreibung der richterlichen Sachverhaltsarbeit zu messen sind. Anhand dieses Maßstabes werden, in einem zweiten Schritt, die bereits vorliegenden modelltheoretischen Ansätze gewürdigt. Dabei wird sich zeigen, dass sie dem Maßstab in wesentlichen Punkten nicht erfüllen. Vor diesem Hintergrund wird die Filtertheorie als der, soweit ersichtlich, erste umfassende Erklärungsansatz entwickelt. Anschließend identifizieren wir die qualitative Aktenanalyse als geeigneten Untersuchungsansatz.

Der **zweite Teil** rückt die forensische Praxis in den Mittelpunkt. Im Wege einer qualitativen Auswertung der Gerichtsakten wird der Umgang des Beschwerdegerichts (1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf) mit ökonomischem Sachvortrag untersucht und Gründe für dessen Nichtberücksichtigung aufgezeigt. Zur Vorbereitung der Aktenauswertung betrachten wir zunächst die

verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen (im Lichte filtertheoretischer Überlegungen). Weiterhin wird das Untersuchungsmaterial ausgewählt und die Auswahlentscheidungen begründet. Hiervon ausgehend werden vier Beschwerdeverfahren einer eingehenden Analyse und vier weitere einer Kurzanalyse unterzogen.

Da dem ökonomischem Sachvortrag in sämtlichen hier untersuchten Verfahren kein Erfolg beschieden war, geht der **dritte Teil** der Frage nach, wie sich die gerichtliche Rezeption ökonomischer Erkenntnisse verbessern ließe. Dabei werden wir zunächst Änderungen der verfahrensrechtlichen bzw. organisatorischen Rahmenbedingungen erörtern und unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten bewerten. Weiterhin werden Wege diskutiert, wie sich die Überzeugungskraft ökonomischen Sachvortrags in der forensischen Praxis verbessern ließe. Damit nimmt die Untersuchung, einer generellen Praxisorientierung folgend, in erster Linie die Perspektive der konkreten Verfahrensbeteiligten (die Mikroperspektive) ein. Ausdrücklich unberücksichtigt bleibt demgegenüber die auf einer generellen Ebene zu verortende Frage (die Makroperspektive), inwieweit es überhaupt erstrebenswert ist, wenn der Ökonomik in kartellgerichtlichen Verfahren eine größere Relevanz zukäme. Insbesondere werden wir uns nicht näher mit der Frage befassen, inwieweit die untersuchten Verfahren, hätte der ökonomische Sachvortrag umfassender Berücksichtigung gefunden, „besser“ respektive „richtiger“ ausgefallen wären. Die darin liegende Beschränkung ist notwendig, da eine Erweiterung um die Makroperspektive den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen würde und im Sinne der verfolgten Praxisorientierung auch sachgerecht.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse in The-  
senform.

## Erster Teil

### § 3 Modelltheoretische Maßstabsbildung

#### A. Grundlagen

##### I. Geeignete Werkzeuge

Das wohl wichtigste Anliegen der vorliegenden Arbeit ist es, die richterliche Sachverhaltsarbeit anhand des Beschwerdeverfahrens zu untersuchen und zu erklären. Um die Untersuchung anhand von Gerichtsakten - im zweiten Teil - durchführen zu können, bedarf es zunächst einer geeigneten Methode (Werkzeug II). Aber was ist die geeignete Methode? Wonach bestimmt sich deren Eignung? Diesen und weiteren methodologischen Fragen werden wir uns noch eingehend zuwenden; insoweit vorgreifend lässt sich allerdings bereits hier festhalten, dass es insbesondere auf den Erklärungswert für den konkreten Untersuchungsgegenstand ankommt. Auf das hier verfolgte Untersuchungsziel gewendet: Welche Methode erscheint, unter Berücksichtigung von Praktikabilitätsabwägungen, am besten geeignet, um die richterliche Sachverhaltsarbeit im Beschwerdeverfahren, genauer den Umgang des Beschwerdegerichts mit ökonomischem Sachvortrag, zu erklären und für die Praxis ein Stück weit prognostizierbar zu machen?

Dies wiederum lässt sich erst beurteilen, wenn wir zumindest eine generelle Vorstellung davon haben, wie die richterliche Sachverhaltsarbeit im Beschwerdeverfahren funktioniert.<sup>16</sup> Dazu bedarf es zunächst einer geeigneten Theorie, die die grundlegenden Funktionsmechanismen offenlegt und den Untersuchungsgegenstand fassbar und erforschbar, d.h. untersuchbar macht. Unter einer Theorie wollen wir dabei ein Instrument zur Beschreibung und Erklärung von Realphänomenen (hier: der richterlichen Sachverhaltsarbeit) verstehen.<sup>17</sup> Oder um es mit *Popper* zu sagen: Eine Theorie ist „das Netz, das wir auswerfen, um ›die Welt‹ einzufangen — sie

---

16 Vgl. *Chalmers*, S. 14.

17 *Eisend/Kuß*, S. 28 ff.

zu rationalisieren, zu erklären und zu beherrschen. Wir arbeiten daran, die Maschen des Netzes immer enger zu machen.<sup>18</sup> Die Auswahl eines solchen Erklärungstools müssen wir zunächst in Angriff nehmen. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit wir auf bereits existierende Erklärungsansätze zurückgreifen können oder aber neuartige Ansätze benötigen. Letztere sind nur dann notwendig, wenn sich die bereits vorliegenden Ansätze allesamt als unzureichend erweisen. Für eine der Praxisnähe verpflichtete Arbeit gilt dies in besonderem Maße. Im Interesse des praktischen Nutzens wäre es nicht gerechtfertigt, bereits vorliegende Werkzeuge durch neue, ebenso geeignete, aber möglicherweise theoretisch-dogmatisch „elegantere“ zu ersetzen. Für ein solches akademischen Glasperlenspiel ist in der vorliegenden Arbeit kein Raum. Oder um es mit *Thomas S. Kuhn* zu sagen: „Solange [...] Hilfsmittel sich als fähig erweisen, die [...] Probleme zu lösen, schreitet die Wissenschaft dann am schnellsten voran und dringt am tiefsten ein, wenn diese Hilfsmittel voll Überzeugung gebraucht werden. Der Grund ist klar. Wie bei der Fabrikation, so auch in der Wissenschaft – ein Wechsel der Ausrüstung ist eine Extravaganz, die auf die unbedingt notwendigen Fälle beschränkt bleiben soll.“<sup>19</sup> Dass wir es hier mit einem unbedingt notwendigen Fall in diesem Sinne zu tun haben, wird noch zu zeigen sein.

## II. Was eine gute Theorie ausmacht

Eine Suche nach etwas ist denknotwendig erst möglich, wenn man weiß, wonach man sucht. Wir benötigen also zunächst einen Maßstab, um die Güte einer Theorie bemessen zu können. Insoweit bestimmt die hier in Anspruch genommene Praxisnähe auch die wissenschaftstheoretische Grundhaltung der vorliegenden Arbeit. In Abgrenzung zum wissenschaftlichen Realismus<sup>20</sup> liegt ihr ein pragmatisches bzw. instrumentelles Verständnis von Wissenschaft zugrunde. Demnach ist Wissenschaft eher ein Problemlösen als eine Wahrheitssuche.<sup>21</sup> Eine gute Theorie zeichnet sich vor diesem Hintergrund dadurch aus, dass sie den Untersuchungsgegenstand erklären,

---

18 *Popper* (2005), S. 31; *Ders.* (2012), S. 81 f.

19 *Kuhn*, S. 89; ähnlich *Krämer*, in: *Grizelj/Jahraus*, S. 181, 192.

20 Vgl. nur *Eisend/Kuß*, S. 14 ff.

21 *Saatsi*, in: *Ders.*, S. 1; *Niiniluoto*, in: *Saatsi.*, S. 187, 196 f.; *Laudan* (1984), S. 96 f.; *Noveck*, S. 1 ff.; *Laudan* (1990), S. 93 ff.; *Levy*, in: *Saatsi.*, S. 237, 238 ff. *Laudan* (2006), S. 1 ff.

prognostizieren, steuern und manipulieren kann.<sup>22</sup> Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung bemisst sich die Güte einer Theorie mithin danach, inwieweit sie die richterliche Sachverhaltsarbeit in einer für die Praxis verständlichen und vor allem nutzbaren Weise erklären und prognostizieren kann. Die Anforderungen, die an einen solchen Erklärungsansatz zu stellen sind, hängen dabei maßgeblich von dem zu erklärenden Phänomen ab. Daher müssen wir die Theoriesuche an dieser Stelle unterbrechen und uns zunächst einer Typisierung der richterlichen Sachverhaltsarbeit zuwenden. Erst die damit verbundene Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes ermöglicht es, weitere und konkretere Auswahlkriterien zu definieren.

### III. Typisierung der richterlichen Sachverhaltsarbeit

#### 1. Sachverhaltsarbeit und Rechtsanwendung

Die richterliche Sachverhaltsarbeit als Prozess ist Teil der richterlichen Entscheidung. Eine richterliche Entscheidung beginnt mit der Anrufung des Gerichts (hier: Einlegung der Beschwerde) und endet mit einer gerichtlichen Entscheidung (hier: Beschluss des Beschwerdegerichts). Der Eingang der Beschwerde beim Beschwerdegericht auf der einen und die Verkündung des beschwerdegerichtlichen Beschlusses auf der anderen Seite bestimmen also den zeitlichen Rahmen, in dem sich die richterliche Sachverhaltsarbeit abspielt. Als idealtypischer Prozess verstanden, bedeutet die richterliche Entscheidung von Tatsachen und Normen (Gesetzesvorschriften, höchst-richterliche Rechtsprechung etc.) ausgehend zu einem Urteil zu gelangen. Dabei definieren die Tatsachen die zu beurteilende Situation und die Normen den Beurteilungsmaßstab.<sup>23</sup> Lässt sich mithin theoretisch zwischen der Sachverhaltsarbeit („was ist passiert“) auf der einen und der Rechtsfindung („wie ist das Geschehene rechtlich zu bewerten“) auf der anderen Seite unterscheiden, sind in der Praxis stets beide Ebenen beteiligt.<sup>24</sup> Es handelt sich demnach um keine Anwendung des Rechts auf einen feststehenden Sachverhalt, sondern um ein ständiges Changieren zwischen bei-

---

22 Vgl. *H. Douglas*, *Studies in History and Philosophy of Science Part A* 46 (2014), 55, 62; *Niiniluoto*, in: *Saatsi*, S. 187, 197.

23 Vgl. *Lautmann* (2011), S. 33.

24 Siehe etwa *Ubertis*, S. 55 f.

den Ebenen („Hin- und Herwandern des Blickes“)<sup>25</sup>. Tatsachenfeststellung und Rechtsatzermittlung sind so eng miteinander verbunden, dass die eine nicht ohne die andere gedacht werden kann.<sup>26</sup> Welche Umstände des Einzelfalls der Richter für relevant erachtet, hängt maßgeblich von den potenziell anwendbaren Rechtsnormen ab. Das anwendbare Normprogramm wiederum hängt wesentlich von dem gegebenen Sachverhalt ab.<sup>27</sup>

## 2. Menschliche Informationsverarbeitung unter besonderen Rahmenbedingungen

Betrachtet man die richterliche Sachverhaltsarbeit aus Sicht der Prozessparteien, so lässt sich der Richter modellhaft als informationsverarbeitendes System verstehen.<sup>28</sup> Da Richter auch „nur“ Menschen sind,<sup>29</sup> funktioniert die richterliche Informationsverarbeitung in grundlegender Hinsicht nicht anders als die Informationsverarbeitung beliebiger anderer Menschen. Dies mag man als Binsenweisheit abtun, kann zumindest als methodologisches Postulat aber kaum überschätzt werden.<sup>30</sup> Wie im weiteren Verlauf der Untersuchung deutlich werden wird, laufen insbesondere die basalen Wahrnehmungs- und Gedächtnisprozesse bei nahezu allen Menschen nach demselben Muster ab. Hieraus sollte nun allerdings nicht vorschnell geschlossen werden, die richterliche Sachverhaltsarbeit unterscheide sich nur unwesentlich von anderen Formen menschlicher Informationsverarbeitung.<sup>31</sup> Bei näherer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass gerade die richterliche Informationsverarbeitung maßgeblich durch die jeweils geltenden Rahmenbedingungen beeinflusst wird.<sup>32</sup> Dies werden wir noch eingehend betrachten.

---

25 Grundlegend *Engisch* (1943), S. 15; *Esser*, S. 79; *Larenz* (1979), S. 262 f; *Lautmann* (1972), S. 61; *Upmeyer*, S. 24 ff.

26 *Weimar*, S. 64; *Mantzari*, S. 84 [speziell in Bezug auf ökonomischen Sachvortrag].

27 Vgl. *Hartwig*, S. 83 m.w.N.

28 Vgl. auch *Simon*, *Univ. Chic. Law Rev.* 71 (2004), 511.

29 *Gageler*, *Syd. Law Rev.* 36 (2014), 189, 198; *Ders.*, *Univ. Pa. Law Rev.* 80 (1931), 233; *Burns*, *Griffith Law Review* 25 (2016), 319, 320 ff.; *Frank*, *Univ. Pa. Law Rev.* 80 (1931), 17; *Kissel*, *NJW* 1982, 1777, 1778; *Lampe*, in: *FS Pfeiffer*, S. 353, 377; *Larenz*, *Richtiges Recht* (1979), S. 169; *Guthrie*, *Nevada Law Journal* 7 (2007), 420, 421 ff.; *Wistrich/Rachlinski/Guthrie*, *Tex. L. Rev.* 93 (2015), 855, 857.

30 Vgl. *Prentice/Koehler*, *Cornell L. Rev.* 88 (2002), 583, 638

31 So aber *Gibson*, *Political Behavior* 5 (1983), 7, 9.

32 Siehe nur *Engel/Strack*, in: *Court procedure*, S. 9; *Geismann*, S. 39 f. m.w.N.

### 3. Informationeller Input

Im Laufe des Verfahrens nimmt der Richter kontinuierlich Informationen aus seiner Umwelt auf, verarbeitet diese und gibt letztlich Informationen an seine Umgebung ab.<sup>33</sup> Als primäre Informationsquelle fungieren dabei die Parteien bzw. deren Prozessvertreter. Während die Informationen insoweit aktiv an den Richter herangetragen werden, die Initiative also von den Parteien ausgeht, kann sich der Richter auch selbst auf Informationssuche begeben, etwa durch eine Onlinerecherche oder den Austausch mit Kollegen. Was umfasst der informationelle Input mit Blick auf den Sachverhalt aber genau? Insoweit bietet sich eine negative Eingrenzung an: Gegenstand der Sachverhaltsarbeit ist das, was nicht Gegenstand der Rechtsanwendung ist, d.h. sämtliche Informationen, die nicht originär rechtlicher Natur sind. Der informationelle Input setzt sich mithin aus Tatsachen sowie (kartellrechtlichen) Erfahrungssätzen zusammen. Unter **Tatsachen** wollen wir sämtliche Aussagen über tatsächliche Zusammenhänge verstehen,<sup>34</sup> die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zur Sprache kommen. Ob Tatsachen zutreffen, lässt sich zumindest theoretisch allein auf Grundlage der eigenen Erfahrung (anekdotische Evidenz) oder unter Rückgriff auf empirische Erkenntnisse (kumulative Evidenz) beurteilen. Ein Rückgriff auf rechtliches Wissen ist hingegen nicht erforderlich. Damit sind neben den konkreten Tatsachen (A und B haben am 23. Juni die Einkaufspreise abgesprochen) auch die abstrakten Erfahrungssätze erfasst. **Erfahrungssätze** sind Aussagen über Zusammenhänge zwischen bestimmten Tatsachen, die über den Einzelfall hinaus Geltung beanspruchen.<sup>35</sup> Während Tatsachen stets konkret wahrgenommen werden können, sind Erfahrungssätze der (unmittelbaren) Wahrnehmung nicht zugänglich. Vielmehr müssen sie im Wege des induktiven Schließens gewonnen werden.<sup>36</sup> Anders ausgedrückt sind Erfahrungssätze generalisierende Schlussfolgerungen oder auch „Einsichten und Regeln“, die aus tatsächlichen Vorgängen aufgrund bestimmter Erfahrung oder auch empirisch aus der Beobachtung und Verallgemeinerung von Einzelfällen gezogen werden.<sup>37</sup> Dazu gehören neben den Regeln der allgemeinen Le-

---

33 Vgl. *Samaha/Heise/Sisk*, J. Empir. Leg. Stud. 17 (2020), 519, 520; *Mangold*, S. 11; *Ders.*, in: Sühl-Strohmeier, Informationskompetenz, S. 74.

34 *Lautmann* (2011), S. 33.

35 *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, § 284, Rn. 6; *Beutel*, WRP 2017, 513, 514; *McCorkle*, S. 27; *Pohlmann*, in: FS Stürner, S. 435, 447 f.

36 *McCorkle*, S. 27 m.w.N.; *Stein*, S. 16 ff.

37 *Ott*, in: KK-StPO, § 261, Rn. 52; *Schilken* (2002), Rn. 477.

benserfahrung (aus der Beobachtung des Leben, Tuns und Treibens der Menschen) sowie einer besonderen Fachkunde (etwa in Wissenschaft oder Kunst) auch allgemeine Erkenntnisse über übliche Verhaltensweisen oder Kenntnisse in bestimmten Lebensbereichen (bspw. Verkehrssitte, Handelsbräuche oder die Verkehrsauffassung).<sup>38</sup> Ist eine immer gleich wahrgenommene Tatsache („Das Kartell hat zu einem Preisanstieg geführt“) hinreichend oft beobachtet worden, lässt sich die darin liegende Regelmäßigkeit als Erfahrungssatz formulieren („Kartelle führen zu einem Preisanstieg“). Dieser Erfahrungssatz ermöglicht es in der Folge, auch für weitere, nicht beobachtete Fälle auf die entsprechende Tatsache zu schließen („Auch das Kartell X hat zu einem Preisanstieg geführt“).<sup>39</sup> Die dem Erfahrungssatz zugrundeliegenden Einzeltatsachen verlieren ihre eigenständige Bedeutung in dem Moment, in dem sie zum Erfahrungssatz erstarken.<sup>40</sup> Wie das Beispiel zeigt, weisen Erfahrungssätze – ähnlich wie Rechtssätze – stets eine Wenn-Dann-Struktur auf („Wenn Kartell, dann Schaden“).<sup>41</sup> Abschließend sei mit den sog. Normtatsachen noch auf eine weitere Rechtsfigur der (zivil-)prozessualen Dogmatik hingewiesen, die hier nicht näher behandelt werden soll.<sup>42</sup> Darunter sind solche nicht einzelfallbezogenen Tatsachen zu verstehen, die für die Bildung des Obersatzes einer Norm notwendig sind.<sup>43</sup> Die darin liegende Beschränkung ist nicht zuletzt im Lichte der hier verfolgten Praxisnähe gerechtfertigt. Wie sich auf Grundlage einer quantitativen Auswertung zeigen lässt, spielen Normtatsachen als prozessuale Kategorie zumindest in der gerichtlichen Praxis keine maßgebliche Rolle. Betrachtet man die über juris zugänglichen circa 1.7 Mio. Gerichtsentscheidungen, so haben bislang weder die Zivil- noch die Verwaltungsgerichte explizit auf diese Rechtsfigur Bezug genommenen.<sup>44</sup> Hinzu kommt, dass sich Normtatsachen und Erfahrungssätze, trotz prinzipieller Unterscheid-

---

38 Bacher, in: BeckOK-ZPO, § 284, Rn. 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 112, Rn. 10; BGH, 24.2.1970, X ZB 3/69 = NJW 1970, 1367, 1369 f.

39 Vgl. auch McCorkle, S. 28.

40 Beutel, WRP 2017, 513, 514; McCorkle, S. 27 f.; Stein, S. 21.

41 McCorkle, S. 29.

42 Siehe hierzu nur Pohlmann, in: FS Stürner, S. 435, 445-453 m.w.N. sowie aus einem kartellrechtlichen Blickwinkel; weiterhin etwa Schweizer, S. 372-374.

43 Pohlmann, in: FS Stürner, S. 435, 447.

44 In den 1.657.874 Entscheidungen, die sich über juris abrufen lassen (Stand: 7. Juli 2022), hat allein das BAG (in fünf Entscheidungen) auf „Normtatsachen“ Bezug genommen; für „Rechtsfortbildungstatsachen“ findet sich keine Bezugnahme.

barkeit, vielfach überschneiden dürften<sup>45</sup> und etwaige Unterschiede unter Geltung des Untersuchungsgrundsatzes zusätzlich relativiert werden<sup>46</sup>.

#### 4. Der lesende Richter

Da die Art der Informationsaufnahme schließlich auch von der Natur des Informationsmediums abhängt, muss dieser Gesichtspunkt ebenfalls beleuchtet werden. Dabei wollen wir von folgender Frage ausgehen: In welcher Form werden die Sachverhaltsinformationen dem Beschwerdegericht dargeboten? Die Beschwerde(-begründung) sowie sämtliche weiteren Schriftsätze werden schriftlich und bislang in Papierform eingereicht.<sup>47</sup> Dies gilt auch für ökonomische Parteigutachten sowie sonstige Anlagen zu den Schriftsätzen. Lediglich in einem der hier untersuchten Verfahren wurde überdies auch ein USB-Stick mit Daten beigelegt. Im Beschwerdeverfahren findet nach zwei bis drei Schriftsatzrunden üblicherweise eine dem nachstehenden Schema folgende mündliche Verhandlung statt, vgl. § 65 I Halbs. 1 GWB (§ 69 I Halbs. 1 a.F.).<sup>48</sup> Nach der Eröffnung durch den Vorsitzenden stellen die Parteien zunächst unter Verweis auf die Beschwerdebegründung bzw. -erwidern ihre Anträge. Anschließend referiert der Vorsitzende die „Überlegungen des Senats“, die vielfach bereits der endgültigen Entscheidung entsprechen. Sodann haben die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme. Das rechtliche Gehör wird allerdings nicht selten für „bloße Wiederholungen“ des bereits schriftsätzlich Vorgetragenen und nicht dazu genutzt, auf die Überlegungen des Senats einzugehen. Von der Möglichkeit einer kurzen Unterbrechung der Verhandlung, um den eigenen Standpunkt mit Blick auf die Ausführungen des Senats überprüfen und eine gezielte Erwiderung vorbereiten zu können, wird kaum Gebrauch gemacht. Der vorstehende Befund legt den Schluss nahe, dass von Seiten

---

45 *Schweizer*, S. 373 f.; *Pohlmann*, in: FS Stürner, S. 435, 448.

46 Vgl. *Kern*, in: Stein/Jonas, Vorb. § 128 Rn. 214.

47 Dies hat sich Anfang 2022 mit in Krafttreten der verpflichtenden Nutzung von elektronischen Schriftsätzen im Beschwerdeverfahren geändert, vgl. Art. 26 Abs. 7 Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten wonach Art. 1 Nr. 4, der mit § 130d ZPO eine Nutzungspflicht für Anwälte und Behörden einfügt, am 1. Januar 2022 in Kraft tritt.

48 Die folgenden Angaben beruhen auf zwei Quellen: Zum einen auf den Verhandlungsprotokollen, die im Rahmen der Aktenanalyse ausgewertet wurden. Zum anderen auf mehreren Gesprächen, die zwischen 2018 und 2020 mit dem damaligen Vorsitzenden des I. Kartellsenats *Prof. Dr. Jürgen Kühnen* geführt wurden.

der Parteien (bzw. deren Prozessvertretern) offenbar kein allzu großes Interesse daran besteht, in einen mündlichen Diskurs vis-a-vis mit dem Senat einzutreten. Hinzu kommt, dass - zumindest in den hier untersuchten Verfahren - keine Beweisaufnahme durch den Senat stattgefunden hat.<sup>49</sup> Es wurden weder Zeugen befragt noch ein Gerichtssachverständiger gehört. Das Vorstehende zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Sachverhalt dem Richter im Rahmen des Beschwerdeverfahrens fast ausschließlich schriftlich dargeboten wird (zunächst in analoger und inzwischen in digitaler Form). Auch hinsichtlich der eigenen Sachverhaltsermittlung bzw. -würdigung des Senats dominiert der lesende Richter. Die Lektüre der einschlägigen Fachliteratur vollzieht sich ebenso lesend wie eine Onlinerecherche<sup>50</sup> oder eine Auseinandersetzung mit den eigenen Aufzeichnungen. Zumindest eine gewisse Bedeutung kommt allerdings auch der auditiven Informationsaufnahme zu. Neben die Beratungen innerhalb des Senats treten Gespräche mit dem über den Senat hinausreichenden Kollegenkreis.<sup>51</sup>

#### IV. Auswahlkriterien

Nach der vorangegangenen Typisierung richterlicher Sachverhaltsarbeit können wir unsere Theoriesuche nun wieder aufnehmen und konkrete Auswahlkriterien definieren. Dabei zeichnet sich eine für unsere Zwecke geeignete Theorie dadurch aus, dass sie die richterliche Sachverhaltsarbeit (Untersuchungsgegenstand) auf eine praxistaugliche Weise erklären kann (Untersuchungsziel). Die vorangegangenen Überlegungen zusammenfassend halten wir zunächst die zentralen Charakteristika des Untersuchungsgegenstandes fest. Bei der richterlichen Sachverhaltsarbeit handelt es sich letztlich um menschliche Informationsverarbeitung. Im Laufe des Verfahrens werden die in Verfahrensschriftstücken enthaltenen Informationen eingebracht (Input), vom Richter lesend aufgenommen und weiterverarbeitet. Darüber hinaus kann der Richter auch selbst Informationen „ein-speisen“, die er etwa im Wege einer Onlinerecherche generiert hat. Diejenigen Informationen, die den Verarbeitungsvorgang erfolgreich durchlaufen haben (Output), legt der Richter seiner Entscheidung zugrunde; ihnen

---

49 Allg. auch *Jüntgen*, WuW 2011, 340, 341.

50 So etwa im Verfahren Edeka/Tengelmann – OLG Düsseldorf, 23.8.2017, VI-Kart 5/16 (V) – zur Lage und Einwohnerzahl einzelner Ortsteile von Berlin.

51 Hierzu auch *Lee*, S. 260 ff.

kommt mithin rechtliche Relevanz zu. Der Informationsverarbeitungsvorgang vollzieht sich unter besonderen Rahmenbedingungen, die die einzelnen Verarbeitungsschritte ebenso beeinflussen (können) wie den Vorgang als Ganzes. Der damit umrissene Untersuchungsgegenstand soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit verständlich gemacht werden. Inwieweit dies tatsächlich gelingt, muss mit Blick auf die in Anspruch genommene Praxisnähe aus Sicht ebendieser Praxis beurteilt werden. Hieraus ergibt sich ein erstes Auswahlkriterium für unsere Theoriesuche. Es muss sich um eine Erklärung handeln, die insbesondere einen praktischen Mehrwert verspricht. Was für die Praxis von „Wert“ ist, lässt sich nur mit Blick auf deren Bedürfnisse und Ziele beantworten. Jeder Parteivortrag vor Gericht dient dazu, den Richter von einer bestimmten Position zu überzeugen und so einen bestimmten Prozessausgang herbeizuführen. Ökonomischer Sachvortrag ist demnach immer dann erfolgreich, wenn er Eingang in die richterliche Entscheidung findet und diese zugunsten des Vortragenden beeinflussen kann. In informationstheoretischen Kategorien gedacht, will man mit einem Input X einen näher definierten Output Y erreichen. Zwischen Input und Output liegt die richterliche Informationsverarbeitung, die für Wissenschaft und Praxis bislang weitgehend eine Black Box darstellt.<sup>52</sup> Dabei ist gerade die Praxis auf Erkenntnisse zur Funktionsweise richterlicher Informationsverarbeitung angewiesen. Um nämlich, wie von den Prozessbeteiligten bezweckt, mit einem Input X einen Output Y erreichen zu können, benötigt man Einblicke in diese Black Box. Von den darin verborgenen Informationsverarbeitungsprozessen hängt es nämlich ab, wie ein Input X beschaffen sein muss, um zu dem gewünschten Output Y zu führen. Oder allgemeiner ausgedrückt: Bevor man einen Informationsverarbeitungsprozess nicht verstanden hat, wird es kaum gelingen, dessen Ergebnis planmäßig in eine bestimmte Richtung zu lenken.<sup>53</sup> Um das Ergebnis der richterlichen Informationsverarbeitung tatsächlich zu beeinflussen, können wir an diesem Punkt aber noch nicht stehen bleiben. Die Kenntnis der dabei ablaufenden Informationsverarbeitungsprozesse ist zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für erfolgreichen Sachvortrag. Darüber hinaus müssen die besonderen Rahmenbedingungen Berücksichtigung finden, innerhalb derer die richterliche Sachverhaltsar-

---

52 Vgl. insbesondere *Simon*, Univ. Chic. Law Rev. 71 (2004), 511; *Spamann/Klöhn*, J. Leg. Stud. 45 (2016), 255, 277; *Posner* (2016), S. 6: „*The tendency of the law schools is to treat judges [...] as black boxes.*“; *Kirstein*, in: *Effizienz*, S. 137, 138.

53 Vgl. auch *Mangold*, in: *Sühl-Strohmeier*, S. 74, 75.

beit stattfindet. Aus den vorstehenden Überlegungen lassen sich nun zwei Voraussetzungen destillieren, die eine Theorie erfüllen muss, um uns als Werkzeug dienen zu können. Sie muss die Funktionsweise menschlicher Informationsverarbeitung sachgerecht erklären können und zugleich den besonderen Rahmenbedingungen richterlicher Informationsverarbeitung (dazu unter III.) hinreichend Rechnung tragen. Hieraus ergeben sich zwei Anschlussfragen, die den Rahmen der weiteren modelltheoretischen Überlegungen abstecken. Zum einen stellt sich die Frage, wie weit bzw. tief eine Theorie der menschlichen Informationsverarbeitung gehen muss und welche Erkenntnisse dabei zu berücksichtigen sind (Erklärungsumfang und -tiefe, dazu unter II.). Klärungsbedürftig ist weiterhin, welche Rahmenbedingungen der richterlichen Sachverhaltsarbeit nicht außer Acht gelassen werden können, ohne den Erklärungsgehalt einer Theorie erheblich zu schmälern (hierzu unter IV.). Zur Beantwortung der ersten Frage können rechtswissenschaftliche Erkenntnisse kaum beitragen. Demgegenüber lässt sich unsere zweite Frage nicht ohne sie beantworten; rechtswissenschaftliche Erkenntnisse allein genügen aber auch hier nicht.

## *B. Funktionsweise der Informationsverarbeitung*

### I. Überblick

Im Folgenden richten wir den Blick zunächst auf Erkenntnisse zur Funktionsweise der menschlichen Informationsverarbeitung. Dies geschieht nicht mit dem Anspruch, einen umfassenden Überblick des aktuellen Forschungsstandes vorzulegen. Angesichts der unzähligen dazu forschenden Disziplinen, der weltweiten Wissenschaftscommunity, der nicht überschaubaren Vielzahl von Publikationsmedien sowie der geringen Halbwertszeit neuer Erkenntnisse in diesem Bereich, wäre ein entsprechendes Unterfangen kaum durchführbar. Unabhängig davon würde die Darstellung des aktuellen Forschungsstandes jedenfalls den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Hinzu kommt, dass diesen praktischen Schwierigkeiten, kein substantieller Erkenntnisgewinn gegenüberstünde. Zum einen, ist die einschlägige Forschung vielfach zu speziell und lässt allenfalls mit großer Vorsicht auf die richterliche Sachverhaltsarbeit übertragen. Zum anderen ändern sich die wesentlichen Grundlinien der Forschung, die für uns vorrangig von Interesse sind, ohnehin eher in längeren Zyklen (10-20 Jahre). Vor diesem Hintergrund kann sich die vorliegende Untersuchung darauf

beschränken, die genannten Grundlinien zu vermitteln und die für die Funktionsweise richterlicher Informationsverarbeitung relevanten Erkenntnisse zumindest überblicksartig darzustellen. Soweit dabei einzelne Fragestellungen relevant werden, deren Erforschung sich noch „im Fluss“ befindet, sollen nach Möglichkeit auch neuere Forschungsergebnisse mitgeteilt werden. Bevor wir den aktuellen Forschungsstand zur Funktionsweise der menschlichen Informationsverarbeitung Schritt für Schritt herausarbeiten und die Anforderungen festhalten, die sich für eine geeignete Theorie ergeben, ist zunächst nach der erforderlichen Untersuchungstiefe zu fragen.

## II. Untersuchungstiefe

*„Wir träumen von Reisen in das Weltall  
– ist denn das Weltall nicht in uns?  
Die Tiefen unseres Geistes kennen wir nicht  
– nach innen geht der geheimnisvolle Weg.“  
Novalis (2008), S. 392f.*

Die vorangestellte Frage wollen wir in einem doppelten Sinne verstehen. Zum einen bedarf der Klärung, wie weit eine Theorie der richterlichen Sachverhaltsarbeit in Psychologie und Neurowissenschaften eintauchen muss, um zu einem Grundverständnis richterlicher Informationsverarbeitung zu gelangen. Zum anderen ist in einem wörtlichen Sinne danach zu fragen, wie weit wir in die Black Box blicken müssen, um die darin ablaufenden Prozesse zu verstehen. Was letztere Frage anbelangt, so gibt das vorstehende Novalis-Zitat bereits die Richtung vor: *„nach innen geht der geheimnisvolle Weg.“* Beginnen wir aber am Anfang.

### 1. Kognitionspsychologie

#### a) Plädoyer für eine kognitive Wende

Zunächst ließe sich die Frage aufwerfen, ob eine nähere Betrachtung der Black Box überhaupt erforderlich ist. Genügt es nicht, wenn wir uns auf In- und Output kaprizieren und dabei insbesondere deren Verhältnis zueinander analysieren? Für zur menschlichen Informationsverarbeitung forschende Psychologen dürfte schon die Ernsthaftigkeit der Frage zweifelhaft

erscheinen. Sie verweist nämlich auf einen psychologischen Ansatz, den Behaviorismus, der sich ausschließlich mit dem äußeren, beobachtbaren Verhalten des Menschen befasst und - um im Bilde zu bleiben - einen Blick in die Black Box kategorisch ablehnt. Nun wurde diese Auffassung aber bereits vor mehr als einem halben Jahrhundert im Zuge der kognitiven Wende (engl. cognitive revolution) aufgegeben.<sup>54</sup> Hinter der kognitiven Wende steht die mittlerweile allgemein konsentierete Einsicht, dass rein behavioristische Ansätze unzureichend sind, um komplexes menschliches Verhalten zu erklären. Gerade die menschliche Informationsverarbeitung lässt sich nicht ergründen, ohne auch die als kognitiv bezeichneten internen Zustände in die Betrachtung mit einzubeziehen. Dass der Behaviorismus insoweit keinerlei Erkenntnisse hervorbringen konnte, ist demnach wenig überraschend.<sup>55</sup> So konnte man wichtige Einsichten in die Funktionsweise menschlicher Informationsverarbeitung erst gewinnen, nachdem die behavioristische Auffassung von der Kognitiven Psychologie (auch Kognitionspsychologie) widerlegt wurde. Diese Spielart der Allgemeinen Psychologie betrachtet kognitive Prozesse gerade unter dem Blickwinkel der Informationsverarbeitung.<sup>56</sup> Kognition ist dabei ein Sammelbegriff für bewusste und unbewusste mentale Prozesse, die von B wie Beurteilen bis W wie Wahrnehmung reichen.<sup>57</sup> Dabei gilt das Forschungsinteresse der kognitiven Psychologie gerade denjenigen Prozessen, die in der Black Box ablaufen und daher keiner direkten Beobachtung zugänglich sind.<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund verwundert es umso mehr, dass sich juristische Untersuchungen der richterlichen Informationsverarbeitung nach wie vor vielfach auf eine Input-Output-Analyse beschränken und die dazwischenliegenden Informationsverarbeitungsprozesse - in behavioristischer Manier - gänzlich außer Acht lassen.<sup>59</sup> Dies nimmt sich die vorliegende Untersuchung zum Anlass, für eine kognitive Wende in der interdisziplinären Richterforschung zu werben. Erst infolge einer Überwindung der Black-Box-Modelle lassen

---

54 Vgl. *Dember*, Am. Psychol. 29 (1974), 161; *Eysenck/Keane*, S. 3 f.; *Goldstein/van Hooff*, S. 12 ff.; *Barsalou*, S. 6

55 Vgl. *Bargh*, S. 378; *Beyer/Gerlach* (2018) S. 84; *Mangold*, S. 20.

56 *Funke*, in: *Wirtz*, Lexikon der Psychologie, S. 51; *Goldstein/van Hooff*, S. 14 ff.; *Anderson*, S. 6 ff.; *Noveck*, S. 42 ff.

57 Vgl. *Gigerenzer*, in: *Wirtz*, Lexikon der Psychologie, S. 898; *Barsalou*, S. 8 f.; *Wentura/Frings*, S. 9.

58 Vgl. nur *Anderson*, S. 6 f.; *Wentura/Frings*, S. 9 f.

59 Siehe auch *Simon*, Univ. Chic. Law Rev. 71 (2004), 511, 512 ff.; *Spamann/Klöhn*, J. Leg. Stud. 45 (2016), 255, 277; *Posner* (2016), S. 6; *Kirstein*, in: *Effizienz*, S. 137, 138

sich wertvolle Einsichten zur Funktionsweise richterlicher Informationsverarbeitung gewinnen.<sup>60</sup> Dies darf nun aber nicht dahin gehend missverstanden werden, die entsprechenden Untersuchungen müssten selbst in die Black Box blicken, also kognitionspsychologisch forschen. Dies ist gerade nicht erforderlich. Notwendig aber auch ausreichend ist es, wenn man sich die Einblicke anderer, namentlich von Kognitionspsychologen sowie Neurowissenschaftlern, in die Black Box zu Nutze macht. Dementsprechend kommt es mit Blick auf die richterliche Entscheidungsforschung weniger auf den disziplinären Hintergrund (innerhalb der Rechtswissenschaften) einer Untersuchung, sondern vielmehr darauf an, inwieweit kognitionspsychologische Erkenntnisse Berücksichtigung finden. Führen wir uns dies anhand zweier Untersuchungen vor Augen, die sich auf unterschiedliche Weise mit richterlichen Emotionen befassen und deren Relevanz im Rahmen der richterlichen Entscheidung nachgehen. Die Frage nach den emotionalen Einflüssen richterlichen Entscheidens über den Sachverhalt ist auch für die vorliegende Untersuchung von großem Interesse und wird dementsprechend noch eingehend behandelt werden. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass einer emotionalen Beeinflussung notwendigerweise zwei kognitive Vorgänge vorausgehen müssen, die sich beide in der Black Box abspielen. Zunächst muss der Richter mit einem Reiz (Stimulus) konfrontiert werden, der bei ihm auch tatsächlich zu einer Emotion führt (in der emotionspsychologischen Terminologie: induziert). Diese Emotion muss in einem zweiten Schritt zu einer Beeinflussung der richterlichen Entscheidung führen. Wenn man nun mit *Wistrich/Rachlinski/Guthrie*<sup>61</sup> behauptet, Unterschiede in der Person des Angeklagten hätten bei den Richtern zu unterschiedlichen Emotionen und diese wiederum zu Unterschieden in der rechtlichen Beurteilung geführt, so nimmt man – im Sinne eines klassischen Black-Box-Modells – einen bloßen Input-Output-Vergleich vor. Auf diese Weise lässt man grundlegende Erkenntnisse der Emotionspsychologie außer Acht und unterliegt dem Fehlschluss der Scheinkausalität (*cum hoc ergo propter hoc*). Aus dem gemeinsamen Auftreten von Ereignissen (Koinzidenz) oder der Korrelation zwischen Merkmalen lässt sich nicht ohne Weiteres auf einen Kausalzusammenhang schließen, mag der Zusammenhang auch prima vista kausal erscheinen. Ohne kausalen Zusammenhang bleibt jede Zuordnung von Ursache und Wirkung willkürlich unwissen-

---

60 So auch *Bartels*, in: Klein/Mitchell, S. 41; *Bieneck* (2006) S. 78.

61 *Wistrich/Rachlinski/Guthrie*, Tex. L. Rev. 93 (2015), 855.

schaftlich;<sup>62</sup> hierauf werden wir noch zu sprechen kommen.<sup>63</sup> Als Gegenbeispiel kann die soziologisch orientierte Untersuchung von *Bergman/Blix/Wettergren*<sup>64</sup> dienen, die bei ihrer Untersuchung auch emotionspsychologische Erkenntnisse berücksichtigt.

## b) Grenzen kognitionspsychologischer Ansätze

Zwar gewährt auch die kognitive Psychologie keinen direkten Blick in die Blackbox, erlaubt aber zumindest mittelbare Schlussfolgerungen auf die darin ablaufenden Informationsverarbeitungsprozesse. Solche Schlussfolgerungen ergeben sich aus kognitionspsychologischen Experimenten, bei denen Leistungsindikatoren (wie Reaktionszeiten) in Abhängigkeit von einfachen Variationen der Stimulusvorgaben erhoben werden.<sup>65</sup> Der experimentelle Ansatz der kognitiven Psychologie stößt allerdings an seine Grenzen, wenn sich bestimmte kognitive Prozesse durch Unterschiede in Reaktionszeit oder Genauigkeit der Verhaltensantwort allein nicht auseinanderhalten lassen. Einzelne Phänomene - zu nennen ist hier insbesondere die unbewusste Wahrnehmung - lassen sich mit konventionellen experimentalpsychologischen Methoden überhaupt nicht untersuchen.<sup>66</sup> Auch das Zusammenspiel von Kognition und Emotion lässt sich mit dem kognitionspsychologischen Ansatz nicht befriedigend aufklären.<sup>67</sup>

## 2. Kognitive Neurowissenschaften

Mit ihrem Ansinnen, der menschlichen Informationsverarbeitung näher zu kommen, kann die vorliegende Untersuchung folglich nicht bei der kognitiven Psychologie stehen bleiben, sondern muss eine weitere Beobachtungsebene hinzunehmen. Hier kommen die kognitiven Neurowissenschaften ins Spiel.<sup>68</sup> Darunter wollen wir den interdisziplinären Ansatz verstehen, der sich mit den neuronalen Prozessen befasst, die kognitiven und psy-

---

62 Vgl. nur *Aldrich*, *Stat. Sci.* 10 (1995), 364; anschaulich auch *Vigen*, *passim*.

63 Näher hierzu noch unten, § 4 A III 4 e) bb), S. 150 ff.

64 *Bergman Blix/Wettergren* (2016).

65 *Wentura/Frings*, S. 44; *Eysenck/Keane*, S. 17 f.; *Goldstein/van Hooff*, S. 14 ff.; *Milnik*, S. 211 ff.; *Carter/Shieh*, S. 89 ff.

66 *Brem/Maurer*, in: *Rautenberg/Schneider*, S. 3, 6; *Eysenck/Keane*, S. 6 f.

67 Vgl. *Jäncke* (2021), S. 28.

68 Siehe *Gazzaniga/Mangun/Blakemore*, S. 74 ff.; *Hartje*, in: *Karnath/Thier*, S. 1, 6 f.

chischen Funktionen zugrunde liegen.<sup>69</sup> Kognitiv-neurowissenschaftliche Untersuchungen zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass sie - über die kognitive Psychologie hinausgehend - eine weitere Beobachtungsebene ermöglichen.<sup>70</sup> So werden nicht nur Verhalten und Erleben eines Individuums mittels psychologischer Ansätze systematisch erfasst und gemessen, sondern zusätzlich - zumeist gleichzeitig - auch dessen Gehirntätigkeit untersucht.<sup>71</sup> Zu diesem Zwecke werden strukturelle sowie funktionelle Verfahren eingesetzt.<sup>72</sup> Mit strukturellen Verfahren - wie der Magnetresonanztomographie (MRT) -<sup>73</sup> lässt sich die Anatomie des Gehirns darstellen und untersuchen.<sup>74</sup> Dabei erlaubt die neueste Generation der MRT-Scanner mittlerweile Aufnahmen, die unser Gehirn bis auf 1/10 mm genau abbilden können.<sup>75</sup> Durch strukturelle Verfahren gewonnene Daten werden für uns insbesondere zur Frage der neuronalen Plastizität noch von Bedeutung sein. Auf die Frage, was in einer konkreten Situation in unserem Kopf passiert, hat die (klassische) MRT allerdings keine Antwort.<sup>76</sup> Dazu benötigt man funktionelle Methoden, wobei insbesondere die Elektroenzephalografie (EEG) sowie die funktionelle Magnetresonanztomografie (fMRT) Verwendung finden.<sup>77</sup> Mittels EEG können Veränderungen der neuronalen Aktivität gemessen und damit unsere kognitive Anstrengung bestimmt werden.<sup>78</sup> EEG-Untersuchungen zeichnen sich durch ihre zeitliche Genauigkeit aus, können den Ort der Aktivität aber nur sehr unpräzise bestimmen.<sup>79</sup> Um nicht nur zu erfahren, dass wir sehr intensiv denken, sondern auch in welchen Hirnregionen die zugrunde liegenden neuronalen Prozesse stattfinden, benötigt man daher die funktionelle Magnetresonanztomografie

---

69 Myers, in: Ders., *Psychologie*, S. 1, 6; Anderson, S. 9 f.; Jäncke (2021), S. 23 f.; Ward, S. 2; Eysenck/Keane, S. 12.

70 Goldstein/van Hooff, S. 24.

71 Eysenck/Keane, S. 22 f.; Hoppe, in: Walkowiak/Erber-Schropp, S. 171, 172.

72 Anderson, S. 17 ff.

73 Hierzu etwa Jäncke (2021), 115 ff.; Ladd et al., in: Schlegel/Karger/Jäkel, S. 205.

74 Jäncke (2005), S. 23 ff.; Gazzaniga/Mangun/Blakemore, S. 91 ff.; Jäncke (2021), S. 113 ff.

75 Vgl. Nowogrodzki, *Nature* 563 (2018), 24.

76 Gazzaniga/Mangun/Blakemore, S. 98 ff.

77 Büchel/Karnath/Thier, in: Karnath/Thier, S. 9, 10 ff.; Gazzaniga/Mangun/Blakemore, S. 95 ff.

78 Siehe etwa Jäncke (2021), S. 125 ff.; Milnik, S. 211 ff.; Jäncke (2005), S. 152 ff.; Büchel/Karnath/Thier, in: Karnath/Thier, S. 9, 24 ff.; Carter/Shieh, S. 93 ff.; Malik/Amin, S. 1 ff.; Scholz, S. 18 ff.

79 Eysenck/Keane, S. 17 f.; Jäncke (2021), S. 134; Goldstein/van Hooff, S. 39 ff.; Gage/Baars, S. 78 f.; Witte/Hagemann/Hauweisen, in: Ebner/Deuschl/Bast, *EEG*, S. 1, 8; Wellach, S. 20 ff.

(fMRT).<sup>80</sup> Aufgrund der unterschiedlichen magnetischen Eigenschaften von sauerstoffarmem und sauerstoffreichem Blut lässt sich mit der fMRT zeigen, in welche Hirnregionen gerade besonders viel sauerstoffreiches Blut fließt (sog. BOLD-Effekt).<sup>81</sup> In diesen Hirnregionen findet also eine erhöhte neuronale Aktivität statt – so jedenfalls die Vermutung. Zwar dürften die Neurowissenschaftler damit grundsätzlich richtig liegen,<sup>82</sup> allerdings ist die fMRT mehreren Einschränkungen ausgesetzt.<sup>83</sup> Inwieweit sich einzelne Informationsverarbeitungsvorgänge tatsächlich konkreten Hirnregionen zuordnen lassen, hängt maßgeblich vom jeweiligen Versuchsdesign ab. Ein aussagekräftiges Versuchsdesign mit robusten experimentellen Parametern und einer passenden Kontrollbedingung zu entwickeln, stellt die zentrale Herausforderung bei der Durchführung von fMRT-Studien dar.<sup>84</sup> Im Übrigen handelt es sich bei dem aufgezeichneten Signal lediglich um ein indirektes Maß für neuronale Aktivität.<sup>85</sup> Gleichwohl hat gerade die funktionelle Bildgebung im Allgemeinen und die fMRT im Besonderen die Neurowissenschaften enorm voran gebracht und das Wissen zur Funktionsweise des Gehirns auf eine ganz neue Stufe gehoben.<sup>86</sup> Wichtige Einsichten zur Beteiligung unbewusster Prozesse oder zu den emotionalen Einflüssen auf die Informationsverarbeitung etwa waren erst durch bildgebende Verfahren möglich.<sup>87</sup>

### 3. Der mentale Dreiklang

Dies leitet über zu unserer dritten Weichenstellung. Nicht zuletzt im Lichte neurowissenschaftlicher Erkenntnisse kann heute kein Zweifel mehr bestehen, dass die Funktionsweise der menschlichen Informationsverarbei-

---

80 Für eine Einführung siehe etwa *Huettel/Song/McCarthy*, S. 1 ff.; *Büchel/Karnath/Thier*, in: *Karnath/Thier*, S. 9, 11 ff.

81 Blood-oxygenation-level-dependent (auf Deutsch etwa: abhängig vom Blutsauerstoffgehalt) - Effekt, vgl. insb. *Ogawa et al.*, PNAS 87 (1990), 9868; *Logothetis*, Nature 453 (2008), 869; *Huettel/Song/McCarthy*, S. 211 ff.; *Gage/Baars*, S. 69 ff.

82 Siehe etwa *Chatham/Badre*, in: *Spieler/Schumacher*, S. 86.

83 *Eysenck/Keane*, S. 22 ff.; *Sommer*, in: *Hermeijer et al.* S. 209, 241; *Gazzaniga/Mangun/Blakemore*, S. 110.

84 Vgl. nur *G. Müller, Greg*, Science 320 (2008), 1412; *Büchel/Karnath/Thier*, in: *Karnath/Thier*, S. 9, 13 ff.

85 Vgl. etwa *Fitsch*, S. 235; *Eysenck/Keane*, S. 24 f.

86 Siehe bereits *Huettel/Song/McCarthy*, S. 463 ff.; *Kruse*, NJW 2020, 137, 138; *Eysenck/Keane*, S. 22; *Gage/Baars*, S. 72.

87 *Jäncke* (2021), S. 28.

tung nicht entschlüsseln kann, wer allein kognitive Vorgänge in den Blick nimmt. Im Sinne eines mentalen Dreiklangs<sup>88</sup> müssen neben der Kognition nämlich auch Emotion und Motivation Berücksichtigung finden.<sup>89</sup> Dies ist besonders hervorzuheben, weil kognitionspsychologische Ansätze bzw. die Kognitionswissenschaften im Allgemeinen dazu neigen, die Kognition zulasten von Motivation und Emotion in den Fokus zu rücken.<sup>90</sup>

#### 4. Zwischenergebnis (1. und 2. Baustein zur Maßstabsbildung)

Kommen wir, die vorstehenden Ausführungen zusammenfassend, zu einem Zwischenergebnis. Bei der richterlichen Sachverhaltsarbeit handelt es sich dem Grunde nach um menschliche Informationsverarbeitung. Oder anders ausgedrückt: Zwischen dem Input auf der einen und dem Output auf der anderen Seite finden Informationsverarbeitungsprozesse statt. Vor diesem Hintergrund kann ein Vergleich von Input und Output allenfalls dann zu aussagekräftigen Schlussfolgerungen führen, wenn man die Funktion der Informationsverarbeitungsprozesse berücksichtigt und diese nicht - wie die Black-Box-Ansätze - außen vorlässt. Um die Black Box ausleuchten und die darin ablaufenden Informationsverarbeitungsprozesse ans Licht holen zu können, muss man zwei Schritte in die Vertikale (Untersuchungstiefe) und einen in die Horizontale (Untersuchungsumfang) tun. Da die Informationsverarbeitung auf kognitiven Prozessen beruht, müssen wir mit der Kognitionspsychologie hinab auf diese unterhalb des beobachtbaren Verhaltens liegende Ebene steigen. Da kognitive Vorgänge wiederum auf neuronalen Prozessen beruhen, ist die menschliche Informationsverarbeitung untrennbar mit den (anatomischen) Strukturen und Funktionen unseres Gehirns verbunden.<sup>91</sup> Um kognitive Prozesse verstehen zu können müssen wir daher mit den kognitiven Neurowissenschaften noch weiter nach „Innen“ bzw. tiefer gehen und die zugrundeliegenden neuronalen Mechanismen sowie neuroanatomische Erkenntnisse berücksichtigen. Schließlich müssen wir unseren Blickwinkel auch horizontal ausweiten und motivationale und emotionale Einflüsse in den Blick nehmen. Aus dem Vorstehenden erge-

---

88 Der Begriff stammt ursprünglich von *Hilgard*, J. *Hist. Behav. Sci.* 16 (1980), 107 und wurde von *LeDoux* (2003), S. 233 übernommen.

89 *LeDoux* (2003), S. 233; *Jäncke* (2021), S. 617 ff.

90 *Eckardt*, S. 398, Fn. 8; *Funke*, in: *Wirtz*, *Lexikon der Psychologie*, S. 51; *LeDoux* (1998), S. 39.

91 Vgl. etwa *Jäncke* (2021), S. 27 ff. *Roth* (2008), S. 33; *Hoppe*, in: *Walkowiak/Erber-Schropp*, S. 171, 177; *Pöppel*, *APuZ* 42-43 (2009), 40, 41.

ben sich die ersten beiden Bausteine für unsere Maßstabsbildung: Jede Theorie zur richterlichen Sachverhaltsermittlung hat kognitionspsychologische Erkenntnisse zu berücksichtigen und darf sich jedenfalls nicht in Widerspruch zu grundlegenden neurowissenschaftlichen Einsichten (insb. neuroanatomischer Provenienz) setzen (**1. Baustein**). Neben kognitiven Prozessen sind auch emotionale sowie motivationale Einflüsse zumindest in genereller Hinsicht zu berücksichtigen (**2. Baustein**).

### III. Kognition

#### 1. Überblick

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich u.a. mit der Frage, wie man Richter mit ökonomischem Sachvortrag überzeugen kann. Dabei ist Überzeugen weniger in einem intellektuellen als vielmehr in einem handlungsbezogenen Sinne zu verstehen. Man will den Richter überzeugen, seiner Entscheidungen einen bestimmten Sachvortrag zugrunde zu legen. Übersetzt man dies nun in informationspsychologische Kategorien, so gelangt man zu vier Schritten, die der Sachvortrag durchlaufen muss, um Teil der Entscheidung zu werden und diese beeinflussen zu können.<sup>92</sup>



Abbildung 1: Die vier Schritte richterlicher Informationsverarbeitung

Hiervon ausgehend wollen wir nun Kognitionspsychologie und kognitive Neurowissenschaften nach Erkenntnissen durchforsten, die von einer Theorie richterlicher Sachverhaltsarbeit zwingend zu berücksichtigen sind. Eine solche disziplinenübergreifende Rezeption erscheint zulässig, da die menschliche Informationsverarbeitung, insbesondere auf einer basalen Ebene, im Wesentlichen universellen Mustern folgt.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Vgl. Mangold, S. 14; Bak, S. 17 f.

<sup>93</sup> Siehe auch Goldstein/van Hooff, S. 80 f.; Helfrich, S. 75 ff.; dazu bereits oben § 1 D, S. 8 f.

## 2. Informationsverarbeitung

### a) Wahrnehmung

Am Anfang der Informationsaufnahme steht die Wahrnehmung.<sup>94</sup> Unter Wahrnehmung wollen wir hier und im Folgenden eine sequenzielle Abfolge von Prozessen verstehen, die mit einem äußeren Reiz (Umwelt) beginnt und mit einem Verstehensprozess des wahrnehmenden Individuum endet.<sup>95</sup> Bei der Wahrnehmung handelt es sich um einen aktiven Vorgang. Entgegen dem cartesischen Modell der Informationsverarbeitung erschöpft sich unser Erleben keineswegs in einer passiven Rezeption unserer Umwelt: Wir konstruieren – besser wir rekonstruieren – die Welt.<sup>96</sup> Im Grunde sind die Sinne ein mechanisches Mittel, das im Rahmen unserer Wahrnehmung nur eine begrenzte Rolle spielt. Betrachtet man etwa die Anzahl der Nervenverbindungen, die unser Gehirn beim Sehen benutzt, kommen tatsächlich nur zehn Prozent der Informationen von den Augen, den Rest liefern andere Bereiche des Gehirns.<sup>97</sup> Aus dem aktiven Charakter der Wahrnehmung (Funktion) folgt zwangsläufig die Subjektivität der Wahrnehmung (Ergebnis). Wenn uns im Rahmen der Wahrnehmung eine gestaltende Kraft zukommt, wird deren Ergebnis zwangsläufig durch unseren individuellen Kontext (intern wie extern) beeinflusst.<sup>98</sup> Vor diesem Hintergrund bezeichnet der Neurowissenschaftler *Gerhard Roth* das Gedächtnis treffend als „*unser wichtigstes Sinnesorgan*“.<sup>99</sup> Der Einfluss unseres Erfahrungswissens auf die Wahrnehmung lässt sich am Beispiel des Lesens besonders nachdrücklich illustrieren. Die Bedeutung, die in den aneinander gereihten Zeichen steckt, die wir Buchstaben nennen, können wir erst und nur dann wahrnehmen, wenn wir uns das entsprechende Erfahrungswissen angeeignet, d.h. lesen gelernt haben.

---

94 *Anderson*, S. 27 ff.; *Gazzaniga/Mangun/Blakemore*, S. 162 ff.; *Siegel/Sapru*, S. 293 ff.

95 *Bak*, S. 18.

96 *Eysenck/Keane*, S. 41; *Pöppel*, *Informatik-Spektrum* 25 (2002), 427, 431; *Goldstein/van Hooff*, S. 80 f.; *Kotsoglou*, S. 49 f.; *Geismann*, S. 104; *Milnik*, S. 211 f.; *Gage/Baars*, S. 115 ff.

97 *Eysenck/Keane*, S. 44 ff.; *Lotto*, S. 16

98 Vgl. auch *Goldstein/van Hooff*, S. 80 f.; *Lotto*, S. 143; *Bak*, S. 22.

99 *Roth* (1996), S. 261; *Greifeneder/Bless/Fiedler*, S. 37 ff.; *Strauch*, S. 214.

b) Lesen

Lesen ist mehr als lediglich ein primär visueller Wahrnehmungsprozess.<sup>100</sup> Wie wir mittlerweile wissen, handelt es sich um einen hochkomplexen kognitiven Vorgang, der es ermöglicht, visuelle Informationen aus graphischen Zeichenfolgen zu entnehmen und deren Bedeutung zu verstehen.<sup>101</sup> Der Lesevorgang lässt sich nach der Komplexität seiner Teilprozesse in mehrere Ebenen gliedern:<sup>102</sup> Von der Buchstaben- und Worterkennung, über die syntaktische und semantische Analyse von Wortfolgen und Sätzen sowie dem Aufbau einer kohärenten Textbedeutungsstruktur bis hin zum Erfassen rhetorischer Stilmittel und zur Bewertung/Interpretation des Gelesenen.<sup>103</sup> Die Verarbeitung der Schrift beginnt im Auge, genauer in der sog. Fovea (Sehgrube) im Zentrum unserer Retina.<sup>104</sup> Dabei „hüpft“ der Blick in einzelnen kleinen Sprüngen, den Sakkaden, über die Seite. Beim Lesen eines Textes geschieht dies vier bis fünf Mal pro Sekunde.<sup>105</sup> Nach jeder Sakkade (Dauer: 20-40 ms.) verharren wir für Sekundenbruchteile (200-250 ms.) um ein oder zwei Wörter identifizieren zu können (das Innehalten nennt man Fixation).<sup>106</sup> Gerade beim Lesen komplexer Texte werden Wörter kaum isoliert, sondern in einem größeren Satzzusammenhang gelesen.<sup>107</sup> Um die Bedeutung eines Satzes zu verstehen genügt die Wortidentifikation allein noch nicht. Vielmehr müssen wir die Wörter mithilfe der semantischen und syntaktischen Analyse in einen sinnvollen Zusammenhang bringen.<sup>108</sup> Bei der syntaktischen Analyse müssen Wörter und Wortgruppen identifiziert werden, denen eine syntaktische Funktion (z. B. Subjekt, Prädikat, Objekt) zugewiesen wird und die bestimmten Abfolgeregeln gehorchen. Zu diesem Zweck greifen wir auf unser implizites grammatikalisches Wissen zurück, wonach im Deutschen etwa das Subjekt in der Regel am Satzanfang steht, das Verb in der Mitte und das Objekt

---

100 Vgl. nur *Eysenck/Keane*, S. 433.

101 *Gazzaniga/Mangun/Blakemore*, S. 484 ff.; *Eysenck/Keane*, S. 432 ff.

102 *Goldstein/van Hooff*, S. 329 ff.

103 *Christmann*, in: *Rautenberg/Schneider*, S. 21, 22.

104 *Ilg/Thier*, in: *Karnath/Thier*, S. 35, 36 ff.; *Frotscher/Kahle/Schmitz*, S. 364 f.

105 *Dehaene*, *Lesen* (2012), S. 21 ff.; *Eysenck/Keane*, S. 453 f.

106 *Christmann*, in: *Rautenberg/Schneider*, S. 21, 34.

107 *Gazzaniga/Mangun/Blakemore*, S. 490.

108 *Goldstein/van Hooff*, S. 335 ff.; *Hillert*, S. 109 ff.; *Gazzaniga/Mangun/Blakemore*, S. 476 ff.

am Ende des Satzes.<sup>109</sup> Beim Lesen eines zusammenhängenden Textes müssen die Inhalte von Sätzen und Textabschnitten nun aufeinander bezogen und zu einer kohärenten Textdeutung verknüpft werden.<sup>110</sup> Dies geschieht sowohl auf lokaler Ebene zwischen einzelnen Sätzen als auch auf globaler Ebene zwischen einzelnen Textteilen. Zur Herstellung lokaler Kohärenz dienen dem Leser vor allem die Hinweise, die der Text selbst gibt. Dazu gehören neben verschiedenen Formen von Koreferenzen (bei denen aufeinanderfolgende Sätze denselben Bezugspunkt aufweisen) auch kausale, temporale oder konzessive Konnektiva (wie deshalb, darum, danach, hinterher, trotzdem oder dennoch).<sup>111</sup> Empirisch konnte man vielfach zeigen, dass Texte mit solchen Angaben schneller und reibungsloser gelesen werden als Texte ohne Relationen. Beim Lesen längerer Texte muss überdies auf globaler Ebene Kohärenz hergestellt werden. Hierzu werden Textabschnitte hinsichtlich ihrer Funktion im Gesamttext (Definition, Erklärung, Beispiel etc.) verbunden und zu sog. Makropropositionen verdichtet. Dies geschieht regelmäßig unter Rückgriff auf Signale der Textoberfläche wie z. B. Überschriften, Hervorhebungen, Überblicke etc. Daneben spielen freilich auch Leseziele oder Vorkenntnisse des Lesers eine zentrale Rolle.<sup>112</sup> Hier wird deutlich, dass sich die Verarbeitung sprachlichen Materials nicht in einer passiven Bedeutungsentnahme erschöpft, sondern einen konstruktiven Akt der Sinngebung darstellt.<sup>113</sup> Lesen und Textverstehen sind also als Interaktion zwischen dem vorgegebenen Text und der Kognitionsstruktur des Rezipienten (Vorwissen, Ziele, Erwartungen und Interessen) zu verstehen.<sup>114</sup> Am Ende des Lesevorgangs hat der Leser im Optimalfall ein mentales Modell des im Text vermittelten Sachverhalts entwickelt, in dem Text- und Weltwissen integriert und weitgehend losgelöst von sprachlichen Strukturen enthalten sind.<sup>115</sup>

---

109 Christmann, in: Rautenberg/Schneider, S. 21, 28.

110 Goldstein/van Hooff, S. 345 ff.; Eysenck/Keane, S. 472 ff.

111 Siehe nur Brehm-Jurish, S. 30 ff.

112 Christmann, in: Rautenberg/Schneider, S. 21, 31.

113 Eysenck/Keane, S. 498 ff.; Gazzaniga/Mangun/Blakemore, S. 475 ff.

114 Gazzaniga/Mangun/Blakemore, S. 489 f.

115 Christmann, in: Rautenberg/Schneider, S. 21, 32 f.; Dietrich/Gerwien, S. 215 f.

c) Gedächtnis

Um Informationen auch dann noch verarbeiten zu können, wenn die ursprüngliche Informationsquelle nicht mehr vorhanden ist, benötigen wir neben dem Wahrnehmungsapparat auch ein Speichersystem (Gedächtnis), wo Information zwischengespeichert und langfristig abgelegt werden können.<sup>116</sup> Dabei dient uns „Gedächtnis“ als Sammelbegriff für unterschiedliche Speichersysteme (Gedächtnissysteme), die sich u.a. nach ihrer Speicherdauer (also danach, wie lange eine bestimmte Erinnerung präsent gehalten wird) einteilen lassen.<sup>117</sup> Damit gelangen wir zu einem handhabbaren Drei-Speicher-Modell. Dieses unterscheidet Ultrakurz-, Kurzzeit- und Langzeitgedächtnis (im Folgenden auch LZG).<sup>118</sup> Kurzzeit- sowie Arbeitsgedächtnis werden als einheitliches System verstanden. Wenn im Folgenden von Arbeitsgedächtnis gesprochen wird, ist damit nicht die Speicherstruktur (Kurzzeitgedächtnis) gemeint, sondern das zugehörige System zur Informationsverarbeitung.<sup>119</sup> Über unseren Wahrnehmungsapparat gelangen Umweltreize zunächst in das Ultrakurzzeitgedächtnis (auch sensorischer Speicher).<sup>120</sup> Dabei ist die Speicherdauer sehr kurz: Sämtliche Informationen, die nicht innerhalb weniger Sekunden ins Kurzzeitgedächtnis übertragen werden, gehen verloren bzw. werden durch nachfolgend aufgenommene Informationen überlagert und gelöscht.<sup>121</sup> Ob es zu einem Übergang vom Ultrakurzzeit- in das Arbeits-/Kurzzeitgedächtnis kommt, hängt maßgeblich von unserer Aufmerksamkeit ab. Wenn unsere Aufmerksamkeitssteuerung auch keinem Alles-oder-nichts-Prinzip folgt lässt sich doch als Grundsatz festhalten, dass eine Information aus dem Ultrakurzzeitgedächtnis umso eher in das Kurzzeitgedächtnis übertragen wird, je mehr Aufmerksamkeit dieser zuteil wird.<sup>122</sup> Im Kurzzeitgedächtnis werden die Informationen für wenige Sekunden gespeichert.<sup>123</sup> Anschließend werden sie entweder in das Langzeitgedächtnis überführt, dem Arbeitsgedächtnis bereitgestellt oder sie gehen verloren.<sup>124</sup> Das Langzeitgedächtnis verfügt

---

116 Jäncke (2021), S. 425; Heidler, S. 3; Goldstein/van Hooff, S. 123 ff.; Anderson, S. 117 ff.

117 Bak, S. 86 ff.

118 Siegel/Sapru, S. 530; Buchner, in: Karnath/Thier, S. 541, 542 ff.

119 Vgl. etwa Mangold, S. 118 ff.; Jäncke (2021), S. 426.

120 Jäncke (2021), S. 426.

121 Gazzaniga/Mangun/Blakemore, S. 384 ff.

122 Mangold, S. 120 ff.

123 Gazzaniga/Mangun/Blakemore, S. 386.

124 Goldstein/van Hooff, S. 130 ff.

über eine unbegrenzte Speicherkapazität und eine lebenslange Speicherdauer.<sup>125</sup> Ein wirkliches Vergessen findet hier nur selten statt.<sup>126</sup> Wenn wir uns an eine bestimmte Information nicht mehr erinnern können, ist dies zumeist nicht mit einem Vergessen, sondern damit zu erklären, dass die jeweilige Information gerade nicht aus dem LZG abgerufen werden kann.<sup>127</sup> Als Bindeglied zwischen Kurzzeit- und Langzeitgedächtnis kommt dem Arbeitsgedächtnis zentrale Bedeutung zu.<sup>128</sup> So hat es zum einen die Funktion, neue Informationen aufzunehmen, vorübergehend verfügbar zu halten und simultan mit diesen Informationen umzugehen.<sup>129</sup> Zum anderen werden bereits gespeicherte Informationen aus dem LZG aktiviert und präsent gehalten.<sup>130</sup> Ohne Arbeitsgedächtnis könnten wir weder eine Akte noch einen Roman lesen, keiner mündlichen Verhandlung folgen und wären auch nicht in der Lage, einen komplexen Sachverhalt auf dem Gebiet des Kartellrechts zu erfassen.<sup>131</sup> Die Kapazität des Arbeitsgedächtnisses ist in zweierlei Hinsicht beschränkt.<sup>132</sup> Zunächst können Informationen hier nur für kurze Zeit gespeichert werden. Nach circa 10 Sekunden müssen die Informationen (um nicht „verloren“ zu gehen) wieder aufgefrischt (refreshing) oder mit kognitivem Aufwand stabilisiert werden (rehearsal). Auch die Informationsmenge, die wir gleichzeitig im Arbeitsgedächtnis halten können, ist begrenzt.<sup>133</sup> Das LZG kann auf unterschiedliche Weise unterteilt werden. Am weitesten verbreitet ist die Unterteilung nach dem Bewusstsein der jeweiligen Gedächtnisprozesse. Demnach lässt sich das LZG grob in das bewusste (deklarative) und das unbewusste (implizite) Gedächtnis einteilen. Dabei kann man den Unterschied zwischen dem bewussten und dem unbewussten Gedächtnis auch als Unterschied zwischen Wissen und Können bezeichnen. Das bewusste (deklarative) Gedächtnis besteht aus drei untergeordneten Systemen:<sup>134</sup> dem Faktenwissen, dem episodischen Gedächtnis und dem autobiografischen Gedächtnis. Das un-

---

125 *Gazzaniga/Mangun/Blakemore*, S. 389 ff.

126 *Buchner*, in: *Karnath/Thier*, S. 541, 547 f.

127 *Mangold*, S. 125; *Eysenck/Keane*, S. 296 ff.

128 Siehe nur *Buchner*, in: *Karnath/Thier*, S. 541, 549 f.; *Eysenck/Keane*, S. 246 ff.; *Nee/D'Esposito*, in: *Toga, Brain Mapping*, S. 589, 392 f.

129 *Goldstein/van Hooff*, S. 137 ff.; *Nee/D'Esposito*, in: *Toga, Brain Mapping*, S. 589.

130 *Heidler*, S. 74; *Eysenck/Keane*, S. 246 f.

131 Siehe nur *Hillert*, S. 165 ff.

132 *Cowan*, S. 1 ff.; *Tamber-Rosenau/Marois*, in: *Toga, Brain Mapping*, S. 281, 282 f.

133 Grundlegend *Miller*, *George*, *Psychol. Rev.* 63 (1956), 81; *Cowan*, S. 118 ff.; *Ders. Behav. Brain Sci.* 24 (2001), 87; *Ders.*, *Behav. Brain Sci.* 24 (2001), 87.

134 *Jäncke* (2021), S. 451 ff.