Beiträge zur juristischen Informatik
herausgegeben von
Hans Brinkmann und Wolfgang Kilian

Band 3

Wolfgang Kilian

Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung

Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung

Methodenorientierte Vorstudie

Wolfgang Kilian

TOECHE-MITTLER-VERLAG

Auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Johann-Wolfgang-von-Goethe-Universität Frankfurt am Main
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Nds. LANDESBIBLIOTHEK
RECHTSWISSENSCHAFTL. FAKULTÄTSBIBLIOTHEK
HANNOVER

jur 021.5
mk 5-845
Entleihe in Lbr

(jur 024.7 mk2)
(Elektronische Datenverarbeitung)

75 M 845

© 1974 S. Toeche-Mittler Verlag ISBN 3-87820-016-1

Alle Rechte, insbesondere die der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Vorwort

Gegenstand dieser Arbeit ist die Analyse von Bedingungen, die den Einsatz von Computern im Rahmen juristischer Entscheidungsprozesse erschweren oder erleichtern. Auf der Grundlage der bestehenden juristischen Entscheidungstechnik wird versucht, einen traditionell ausgebildeten Juristen schrittweise an die methodologischen Probleme heranzuführen und bestimmte systemimmanente Lösungsstrategien aufzuzeigen.

Zahlreichen Personen, die mich durch Rat und Tat, Anregung und Kritik, Diskussion und Ermunterung bei der Arbeit unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle herzlich danken. Sie alle zu erwähnen ist nicht möglich, und nur einige zu nennen wäre ungerecht. Außerdem danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die gewährte finanzielle Unterstützung: Ein Habilitationsstipendium hat die völlige Konzentration auf die Arbeit ermöglicht, eine Reisebeihilfe die Teilnahme an einem Spezialkursus am Massachusetts Institute of Technology in Cambridge/Massachusetts/USA eröffnet und ein Druckkostenzuschuß die Drucklegung dieser Vorstudie sichergestellt.

Die Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main im Sommersemester 1973 als Habilitationsschrift angenommen. Wissenschaftliche Veröffentlichungen sind darin im wesentlichen bis April 1973 berücksichtigt.

Frankfurt am Main, im August 1973

WOLFGANG KILIAN

Inhaltsverzeichnis

Einleitung:

I. Motivation, Ziel und Abgrenzung der Vorstudie; Arbeitsmethode 1

II. Arbeitsbegriff „juristische Entscheidung" 11

III. Begriff „Datenverarbeitung" 12

1. Teil:

EDV als Instrument bei der Organisation und Kontrolle juristischer Entscheidungsprozesse 15

I. EDV-bedingter Denkansatz 15

II. Arbeitsweise des Computers 16

III. Kritik der formalen Entscheidungsrationalität 22

1. Rationalitätsbegriff 22

2. Positivismusvorwurf 22

3. Technokratieverdacht 24

2. Teil:

Die Methodik juristischer Entscheidungen 27

I. Analyse rechtsdogmatischer Entscheidungsmodelle 27

1. Betti 28

2. Esser 31

3. Kriele 33

4. Larenz 36

5. Viehweg 39

II. Prinzipien rechtsdogmatischer Modelle 41

III. Praxismodell der juristischen Entscheidung 44

1. Relationstechnik 44

2. Gerichtsentscheidungen 50

3. Teil:

Die juristische Entscheidung aus EDV-Sicht 55

I. Kritik der Methodik juristischer Entscheidungen 55

1. Justizsyllogismus 55
a) Obersatz 56
Normbegriff; Konditional- und Zweckprogramm . . . 64
Auslegungsmethoden; Leistung der Rechtsdogmatik . . . 71
b) Untersatz 74
Verknüpfung von Sachverhalt und Norm mit Hilfe der „juristischen Logik“ 75
c) Schlußsatz 78

2. Gesamtbeurteilung 79

II. Änderungsbedingungen bei angestrebtem Computereinsatz . . 82

1. Veränderung prinzipieller Einstellungen 82
a) Wissenschaftsbegriff 83
b) Normbegriff 86

2. Einzelheiten 97
a) Präzisierung des funktionalen Normbegriffs 97
b) Informationsbegriff 99
c) Bewertung von Informationen 105
d) Normzielmodell 107

III. Juristische Entscheidung als sequentieller Informationsgewinnungs- und Informationsverarbeitungsprozeß 109

1. Entscheidungstheoretische Definition der juristischen Entscheidung 109

2. Kritik des entscheidungstheoretischen Ansatzes 115

IV. Analyse bisheriger Vorschläge zur Anwendung von EDV im juristischen Entscheidungsprozeß 127

1. Haft/Müller-Krumbhaar 127
2. Knapp 131
3. Pircher 134
4. Popp/Schlink 136
5. Reisinger 140
6. Suhr/Schramm 142

4. Teil:

Grundzüge eines auf Computerunterstützung hinzielenden juristischen Entscheidungsmodells 149

I. Die ökonomische Entscheidungstheorie als Modell für die Strukturierung juristischer Entscheidungen 150

1. Klassische und moderne Entscheidungstheorien 150

2. Normative Entscheidungstheorien 151
a) moderne ökonomische Entscheidungstheorie 151
b) Spieltheorie 152

3. Deskriptive Entscheidungstheorien 156

4. Hypothese zum Anwendungsbereich der modernen normativen ökonomischen Entscheidungstheorie als juristisches Interpretationsmodell 158

II. Der Formalaufbau einer juristischen Entscheidung als informationelle Entscheidung unter Ungewißheit 162

1. Juristische Normsatzauslegung als Entscheidung unter Ungewißheit 163

2. Suche nach Entscheidungsalternativen 167
a) „Alternative" als Unterschied innerhalb der Syntax eines Rechtssatzes 168
b) „Alternative" als Unterschied innerhalb der Semantik eines Rechtssatzes 173
c) „Alternative" als Unterschied innerhalb der Pragmatik eines Rechtssatzes 180

3. Strukturelle Beschreibung der Informationen über bewertete Anwendungsbedingungen 187

4. Darstellung der Anwendungsbedingungen; Abhängigkeit vom Normsatzziel und vom Sachverhalt 193

5. Darstellung der Bewertung von Anwendungsbedingungen; Abhängigkeit vom Normsatzziel und von den Entscheidungsfolgen 207
a) Entscheidungsfolgen 211
b) Wahrscheinlichkeit der Entscheidungsfolgen 219
c) Wünschbarkeit der Entscheidungsfolgen 228

d) Auswahl der relativ besten Entscheidungsalternative . . 235
e) Gewichtung und Reorganisation der Anwendungsbedingungen 237

6. Gesamteinschätzung des entscheidungstheoretischen Modells für die Strukturierung juristischer Auslegungsentscheidungen 244

III. Anknüpfungsmöglichkeiten für EDV 252

1. Entscheidungstheoretische Strukturierung und hypothetische Modellierung juristischer Auslegungsentscheidungen . . . 252

2. Das generelle Informationsverarbeitungsmodell 254
a) Sammlung, Speicherung, Verarbeitung und Wiedergewinnung von Informationen 254
b) Lineare, stochastische, dynamische und heuristische Programmierung 256

3. Programmierbare Zusammenhänge innerhalb juristischer Auslegungsphasen 259
a) Informationen über den Gesetzestext 259
b) Informationen über den Sachverhalt 261
c) Informationen über das Rechtssatzziel 262
d) Informationen über die Folgen von Entscheidungsalternativen 263
e) Informationen über die Anwendungsbedingungen . . . 267
f) Informationen über die Gewichtung von Anwendungsbedingungen 268

4. Computersimulationen auf der Grundlage entscheidungstheoretisch bestimmter Auslegungselemente 269
a) Simulation als juristische Entscheidungshilfe 269
b) Juristisches Simulationsmodell AGAIS (Allgemeines Gesetzesauslegungsinformationssystem) 271
c) Programmierung von Simulationsmodellen 273

5. Teil:

Skizze einer entscheidungstheoretischen Problemanalyse für die Auslegung von § 17 Abs. 1 GWB (Eignung, gebundene Waren zu verteuern) 277

1. Vertikale Preisbindung von Markenwaren 278

2. Allgemeine entscheidungstheoretische Beurteilung des Rechtssatzes 280

3. Informationen über den Sachverhalt 281

4. Informationen über das Ziel 281

5. Informationen über die Folgen 283

6. Wahrscheinlichkeit der Folgen 284

7. Wünschbarkeit der Folgen 285

8. Anwendungsbedingungen 286

9. Gewichtung der Anwendungsbedingungen und Auswahl der Entscheidungsalternative 291

10. Reorganisation der Anwendungsbedingungen und Simulation in einem Modell 293

Schluß:

Rückwirkungen auf das richterliche Entscheidungsverhalten 297

Literaturverzeichnis 301

Sachverzeichnis 321

Einleitung

I. Motivation, Ziel und Abgrenzung der Vorstudie; Arbeitsmethode

Der Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen bei juristisch relevanten Arbeitsprozessen wächst ständig. Die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung in der Bundesrepublik hat im Jahre 1970 eine Liste von mehr als 150 bereits automatisierbaren Funktionen und Funktionsgruppen zusammengestellt[1]. Bei näherer Betrachtung stellt man allerdings fest, daß bis jetzt alle rechtlichen Anwendungsmöglichkeiten auf der Ebene der unteren Verwaltung, der Geschäftsstelle und des Rechtspflegers, nicht auf derjenigen des Richters liegen, obwohl auch in diese Richtung schon relativ früh Überlegungen angestellt worden sind[2]. Daraus lassen sich Rückschlüsse auf den Schwierigkeitsgrad derjenigen Probleme ziehen, die bei angestrebtem Computereinsatz zuvor gelöst werden müssen. Nicht zuletzt deshalb haben die Justizminister und Justizsenatoren der Länder im Jahre 1969 und die Datenverarbeitungskommission des Deutschen Juristentages im Jahre 1970 Prioritäten empfohlen und vor allem der Errichtung einer Juristischen Datenbank Vorrang gegeben vor Arbeiten, die auf Einschaltung von Datenverarbeitungsanlagen in juristische Entscheidungsprozesse hinzielen[3]. So gilt das Hauptinteresse gegenwärtig der Planung von großen

1 Der Katalog nach dem Stand vom 1. 1. 1971 ist abgedruckt bei *Jähnig*, Automatisierte Datenverarbeitung, S. 27—34. Ende 1971 wurden im Bereich der hessischen Landesverwaltung mit Hilfe von Computern 157 Aufgaben voll und 87 teilweise erledigt; weitere rund 250 Aufgaben sollen demnächst erfaßt werden: Erster Tätigkeitsbericht des Datenschutzbeauftragten vom 29. 3. 1972, Hessischer Landtag, Drucks. 7/1495, S. 8; vgl. auch Zweiter Tätigkeitsbericht des Datenschutzbeauftragten vom 29. 3. 1973, Hessischer Landtag, Drucks. 7/3137, S. 17.

2 *Knapp*, Anwendung kybernetischer Methoden in Gesetzgebung und Rechtsanwendung, in: ARSP 1963, S. 45 ff.; *Knapp*, Aspekte automatischer Rechtsfindung, in: Ostprobleme 1963, S. 394 ff.; *Spengler*, Machine-made Justice, S. 36 ff.; *Allen/Caldwell*, Modern Logic and Judicial Decision Making, S. 213 ff.; *Pircher*, Durchführung von juristischen Entscheidungsvorgängen mit Hilfe elektronischer Rechenmaschinen, Wien 1967. — Zum gegenwärtigen Stand: *Voth*, Rationalisierung von gerichtlichen Verfahren, in: DRiZ 1972, S. 85—88.

3 Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages Mainz 1970, Band II (Sitzungsberichte), Teil T, S. 44. Eine Kommission für Datenverarbeitung der Justizminister und Justizsenatoren ist beauftragt, vorrangig das Grundbuchwesen,

Dokumentationssystemen, die wirtschaftlich, politisch, sozial und rechtlich interessant wie brisant erscheinen[4]. Die Juristische Datenbank soll beispielsweise die Aufgabe haben, alle Gesetze des Bundes und der Länder, die Gerichtsentscheidungen der oberen Gerichte sowie juristische Fachliteratur zu speichern und auf Anfrage zur Verfügung zu stellen[5]. Selbst bei weniger optimistischer Einschätzung des technologischen Fortschritts, der ja meist auf höheren Speicherkapazitäten und Verarbeitungsgeschwindigkeiten beruht[6] und noch nichts über die Menge oder den Inhalt künftiger Problembehandlungen aussagt, bestehen im Bereich des Rechts immerhin Aussichten, zahlreiche Fragen der Dokumentation sowie der Automatisierung schematisch abzuwickelnder Routineverfahren lösen zu können, wodurch sich die Grenze zwischen menschlicher und maschineller Entscheidungskompetenz verschieben wird.

Die wachsende Bedeutung der EDV auch im Recht steht in keinem Verhältnis zur rechtstheoretischen Erfassung und Strukturierung dieses Phänomens. Fast in allen erprobten Fällen handelt es sich um pragmatische Versuche interdisziplinärer Arbeitsgruppen. Es ist kein Projekt bekannt, bei dem allein Juristen, allein Mathematiker oder allein Datenverarbeitungsfachleute juristische Probleme angemessen umsetzen konnten. Dafür gibt es viele noch näher zu kennzeichnende Gründe, von denen die meisten in der Eigenart des juristischen Problemlösungsverhaltens liegen. Das Problemlösungsverhalten

das Mahnverfahren, das Kosten- und Kassenwesen, die Juristische Dokumentation und das Zentrale Strafregister auf ihre Datenverarbeitungsfähigkeit hin zu untersuchen und Vorschläge von Rechtsvorschriften machen, vgl. *Knauber*, Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung, in: Justizverwaltungsblatt 1970, S. 25. Es liegen bereits zwei ausgearbeitete Pläne vor, um das Grundbuch aus Papier durch ein EDV-System zu ersetzen: *Rattel/Göttlinger/Kobes/Miller*, Rahmen-Soll-Konzept Grundstücksdatenbank, München 1971; *Göttlinger/Schneider*, Elektronische Datenverarbeitung im Grundbuch, München 1972.

4 Bundeszentralregister (Strafregister), Informationssystem Patentwesen, Verkehrsdatenbank, Juristische Datenbank, Sozialversicherungsdatenbank, Statistische Datenbank und kriminalpolizeiliches Informationssystem; vgl. Zweiter Bericht der Bundesregierung über die Anwendung der elektronischen Datenverarbeitung in der Bundesverwaltung, S. 11 ff. (BT-Drucks. VI/648 vom 17. 4. 1970); Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1972, Kapitel VII: EDV, Kybernetik und Recht, S. 323—339 (Deutscher Bundestag, Drucks. VI/3080 v. 8. 2. 1972). Bericht der Interministeriellen Arbeitsgruppe beim Bundesministerium des Innern an die Bundesregierung: Das Informationsbankensystem, Köln/Berlin/Bonn/München Bd. I und II 1971, Bd. III 1972; *Brackmann/Heußner/Schroeder-Printzen/Richter/Geinitz/Hebebrand*, Datenbank beim Bundessozialgericht, Berlin 1972.

5 *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Das Juristische Informationssystem, S. 63 ff.

6 Dazu *Kargl*, Stand und Entwicklungstendenzen, in: DB 1971, S. 2025 (2026 ff.).

läßt sich an der verwendeten Entscheidungsmethodik erkennen. Deshalb vor allem sind Überlegungen in methodischer Hinsicht erforderlich, um die Bedingungen der Möglichkeit von Operationalisierungen aufschlüsseln zu können. Solche Überlegungen betreffen allerdings nicht nur die unmittelbare Technik der Computeranwendung, sondern zielen in zunehmendem Maße auf Grundlagenfragen. Politische, soziale und rechtliche Implikate werden allmählich bewußt, nachdem die Computereuphorie der Entdeckerjahre[7] einem mehr realistisch gedämpften Optimismus Platz zu machen scheint, der einerseits auf dem relativ geringen theoretischen Erkenntniszuwachs, andererseits auf dem hohen, durch anspruchsvollere Datenorganisation erreichten Wissensstand an praktischen Problemen beruht.

Grundlagenfragen werden am ehesten einbezogen, wenn man die zahlreichen Voraussetzungen zurückverfolgt, die gemacht werden müssen, um EDV in einem Objektbereich anwenden zu können. Auf den ersten Blick scheint es sich nur darum zu handeln, die bestehende Methodik der Informationssammlung und der Informationsverarbeitung zu analysieren und möglichst getreu umzuorganisieren. Ein entsprechendes Vorgehen schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß ein vorgefundenes Verfahren, ob es „gut" oder „schlecht" ist, einfach in EDV-Techniken übersetzt und perfektioniert wird, ohne zuvor die Wünschbarkeit dieses Vorgehens zu reflektieren. Übertragen auf die juristische Entscheidungstechnik bedeutet dies: Es müssen zunächst einmal die Grundannahmen, Voraussetzungen und Konsequenzen der klassischen juristischen Entscheidungsmethodik gekennzeichnet und beurteilt werden, um eine Grundlage für begründete Aussagen im Hinblick auf eine Computerverwendung zu gewinnen.

Die Methodendiskussion in der deutschen Rechtswissenschaft klammert bisher EDV-Aspekte meist ausdrücklich oder stillschweigend aus, weil sie darin nach wie vor eine „Mischung von Utopie und Barbarei"[8] erblickt und Max

7 Aufschlußreich sind die Versuche zur Entwicklung einer automatischen Sprachübersetzung. „Die Geschichte der maschinellen Sprachübersetzung ist eine Geschichte der negativen Einsichten" *(Wolfgang Klein,* Parsing, S. 7). Den erheblich gedämpften Optimismus gegenüber vor etwa 10 Jahren beschreiben auch *Schnelle/Engelien,* Maschinelle Sprachübersetzung, S. 314—330. Für die Parallelentwicklung im juristischen Bereich: *Boyd,* Law in Computers, in: Arizona Law Review Bd. 14 (1972), S. 267 (272 ff.); *Fraenkel,* Legal Information Retrieval, S. 113 (115 f.).

8 *Haft,* Elektronische Datenverarbeitung im Recht, S. 2 f. — Beispielsweise zeichnet *Arthur Kaufmann,* Rechtstheorie, S. 81 (91) das Schreckgespenst eines „Rechtsprechungs-Computers", der das Gleichheitsprinzip mechanisch manipuliert und blind, ungeschichtlich und apersonal richtet. Ähnlich auch *Fischerhof,* Technologie und Jurisprudenz, in: NJW 1969, S. 1193 (1197): „Das Urteil aus dem Computer wäre nicht der Triumph der Gerechtigkeit, sondern der Inhumanität und Unzulänglichkeit."

Webers Bild des modernen Richters als eines Automaten, „in welchen oben die Akten nebst Kosten hineingeworfen werden, damit er unten das Urteil nebst den mechanisch aus Paragraphen abgelesenen Gründen ausspeie"[9], noch wenig von seiner abschreckenden Wirkung verloren hat. Diese Vorstellung ist sowohl als Beschreibung der möglichen Tätigkeit eines künftigen Richters als auch als Beschreibung der Leistungen eines Computers polemisch und falsch, weil sie nicht die Voraussetzungen des Verarbeitungsprozesses analysiert, sondern nur die Eingangs- und Ausgangsgrößen berücksichtigt und das übrige als „black box"[10] auffaßt, die es gerade aufzuhellen gilt. Eine moderne Rechtsmethodik sollte aber angesichts der wachsenden Steuerungsfunktion des Rechts in der Lage sein, Problemlösungen zu strukturieren und zu antizipieren, die eine technologisch ausgerichtete Gesellschaft benötigt. Solche Strategien, die den Einfluß von Informationen auf das Entscheidungsverhalten einzubeziehen hätten, fehlen in der bisherigen juristischen Entscheidungstechnik. Eigentlich müßte die Rechtstheorie dafür eine Begründung geben. Hier bestehen aber insoweit nur unverbundene philosophische, politische, soziologische oder lebenspraktische Ansätze, die noch nicht zu einer Argumentations- oder Kommunikationstheorie ausgebaut sind. Deshalb bleiben unter dem EDV-Aspekt zunächst Überlegungen auf methodologischer Ebene nötig, ehe man daran denken kann, diese ihrerseits rechtstheoretisch zu strukturieren.

Nun gibt es nicht wenige Juristen, die von vornherein EDV im Rahmen von Entscheidungsverfahren für ausgeschlossen halten, sowie andere, die EDV auch außerhalb der Entscheidungsdokumentation für die juristische Praxis propagieren. Die einen gehen von der bestehenden Entscheidungstechnik aus und ziehen Veränderungsmöglichkeiten außerhalb von Rationalisierungsbestrebungen nicht in Betracht[11], die anderen glauben bereits an

9 Wirtschaft und Gesellschaft, S. 720. — Der Vergleich zwischen einem Richter und einem Automaten war schon vor Max Weber beliebt. So wandte sich im Jahre 1903 *Zitelmann* (Lücken im Recht, S. 30) gegen die Meinung, das Gesetz enthalte alle Entscheidungen, „so daß der Richter nur ein juristischer Automat wäre — man steckt den Fall hinein und zieht die Entscheidung heraus". *Radbruch* (Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, S. 355 [358]) bezeichnete den nichtschöpferischen Richter, wie ihn sich der Rationalismus der Aufklärungszeit vorstellt, im Jahre 1906 als „ein Subsumtionsapparat, eine Urteilsmaschine, ein Rechtsautomat" und *Kantorowicz* (= Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 7, gebrauchte den Ausdruck „Denkmaschine".

10 Der Begriff „black box" kennzeichnet ein System, von dem nur die Eingangs- und Ausgangsgrößen, nicht aber der innere Aufbau und die Funktionsweise bekannt sind; vgl. Stichwort „black-box-Methode", in: *Klaus*, Wörterbuch der Kybernetik, S. 107.

11 *Betti*, Allgemeine Auslegungslehre, S. 135; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 70 Anm. 45; *Haag*, Formalisierung und Kybernetisierung, S. 171

neue Methoden, die aber noch fehlen[12]. Ein wesentlicher Mangel solcher Einschätzungen liegt in der undifferenzierten Betrachtungsweise der juristischen Entscheidung: Datenverarbeitung kann sich nämlich sowohl auf einzelne Entscheidungsphasen als auch auf den gesamten Entscheidungsprozeß qualitativ, quantitativ und methodisch-strukturell auswirken. Es liegt auf der Hand, daß die Aussicht, Entscheidungsteilprozesse zu automatisieren, größer ist als die Aussicht, Entscheidungen vollkommen zu automatisieren. Aber selbst wenn weder das eine noch das andere — aus welchen Gründen auch immer — möglich oder sinnvoll erscheinen sollte, dürften doch Überlegungen zur Methodik unter dem EDV-Aspekt dazu beitragen, eine begründete Ablehnung des EDV-Einsatzes zu formulieren oder Näherungsverfahren zu entwerfen und den juristischen Denkprozeß aufzuhellen.

Die Theorie und Methode von Entscheidungsverfahren steht gegenwärtig in mehreren Wissensbereichen im Brennpunkt der Forschung; es gibt eine Tendenz zur „Mathematisierung", die durch die EDV neuen Auftrieb bekommen hat. Bei den Ökonomen, Statistikern, Soziologen, Politologen, Psychologen und Linguisten bildet die Thematik bereits Grundprobleme, während die eigentliche Entscheidungswissenschaft, die Rechtswissenschaft, bisher mit einer „Kunst" der Rechtsfindung auskommt, die außerhalb ihrer Gren-

(175 f.); *Kaufmann,* Geschichtlichkeit des Rechts, S. 243 (257 f.); *Larenz,* Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (450); *Thieme,* Rationalisierung, in: DRiZ 1969, S. 237 (238); *Wieacker,* Recht und Automation, S. 383 (387 f.); *Zippelius,* Einführung, S. 126. — Im Aufsatz „Recht und Automation" prüft Wieacker auf der Grundlage der juristischen Dogmatik skeptisch die Bedingungen und Möglichkeiten der Automaten. Er will vor allem dem Richter die pragmatische Entscheidung ermöglichen und nur in der Rechtstheorie weitergehende Möglichkeiten eröffnen. Wieacker sieht die Problematik weniger in der Rationalität als in der Effektivität solcher Verfahren und deren Gefahren.

12 *Anderson,* Opening Comments, in: Jurimetrics Journal Bd. 12 (1972), S. 195 (197): „The Court of Tomorrow and its judges will hear disputes, use electronic recording devices and video tape trials, weigh only scientific evidence, employ computers for data storage and retrieval for both organizing the law and legal research, and render carefully reasoned judicial decisions adjusting social disputes in justiciable controversies only. The function will be the advancing of the science of jurisprudence." — Ähnlich: *Ellscheid,* Zur Forschungsidee der Rechtstheorie, S. 5 (15): „Rechtsordnung als Computer"; *Frhr. von der Heydte,* Elektronische Datenverarbeitung, S. 157 (162 f.); *Losano,* The Legal System, S. 485 (501 f.); *Podlech,* Anforderungen der Kybernetik, in: RuP 1967, S. 84 (86); *Luhmann,* Verfassungsmäßige Auswirkungen, in: ÖVD 1972, S. 44 (45): EDV = „Instrument der Entscheidungskalkulation bei hohen Interdependenzen"; *Schröpfer,* Der Digital-Computer als juristisches Hilfsmittel, in: Anwaltsblatt 1969, S. 145 ff.; *Viehweg,* Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 83 (96). Nachweise ferner bei *Rave,* Datenverarbeitung und Recht, in: KJ 1970, S. 470 (471 Anm. 1).

zen selten einsichtig erscheint. Es ist deshalb zu fragen, ob und inwieweit sich die Rechtswissenschaft sinnvoll von einer konstatierend-historisch-pragmatischen in Richtung auf eine zukunftsorientiert-operationale Wissenschaft entwickeln läßt[13], die wenigstens in einigen Bereichen ihre vorindustrielle Entscheidungsproduktion modernisiert.

In außerjuristischen Bereichen verstärkt sich schon länger die Tendenz, über die Erledigung von massenhaft anfallenden Routineangelegenheiten hinaus Computer für entscheidungsunterstützende Teilaufgaben einzusetzen[14]. Faßt man die hierfür notwendigen analytischen Verfahren als Empfehlung für das Treffen von juristischen Entscheidungen auf, dann kann allerdings die Gefahr nicht geleugnet werden, daß sich die Gewichte der Legitimationskriterien juristischer Entscheidungen verschieben: Unter dem Methodenaspekt legitimiert vor allem der Rechtsfindungsprozeß das Ergebnis, dagegen weniger das Ergebnis den Rechtsfindungsprozeß. Ob der dadurch erreichbare Rationalitätsgewinn andere Nachteile kompensiert, muß sich allerdings erst erweisen. Jedenfalls braucht ein formaler Rationalitätsgewinn bei juristischen Entscheidungen nicht zu einem Gerechtigkeitsverlust zu führen. Vielmehr gerät auch die Gerechtigkeitsfunktion des Rechts in Abhängigkeit vom Verfahren und verlangt nach Rationalmaximen[15].

Das erkenntnisleitende Interesse dieser Arbeit ist keineswegs „die technizistische Hoffnung, den menschlichen Geist durch Algorithmen[16] zu substituieren"[17], den Juristen zu ersetzen, juristische Probleme schneller, reibungsloser, wirtschaftlicher zu lösen, sondern vielmehr der denkökonomische Nutzen und die Erwartung, durch eine methodenorientierte Untersuchung Vorbedingungen für Formalisierungen aufzeigen, den instrumentellen Beitrag der EDV für rationale Entscheidungsverfahren eingrenzen sowie die Dezisionsschwelle zurückverlegen zu können. Ein zeitangemessenes rationales Entscheidungsverfahren muß die wachsende Zahl der Entscheidungsfaktoren zuverlässig berücksichtigen und darf interdisziplinäre Verknüpfungsmöglichkeiten nicht ausschließen. Beides läßt sich kaum auf der Grundlage der schulmäßigen Rechtsfindungsmethoden erreichen, sondern nur in

13 *Leibnitz* hat dies bereits mit seiner „ars combinatoria" als methodische Neuorientierung versucht, aber aufgrund der Vieldeutigkeit der Umgangssprache nicht verwirklichen können; vgl. *Viehweg*, Topik, S. 59; v. *Stephanitz*, Exakte Wissenschaft, S. 78 ff.; *Erik Wolf*, Leibnitz, S. 465 (467).

14 *Herbold*, Internationaler Entwicklungsstand, S. 207 (209).

15 *Denninger*, Herausforderung, in: Universitas 1970, S. 1135 (1151).

16 Algorithmus = Verfahren zur schrittweisen Umformung von Zeichenreihen oder (im Bereich der Arithmetik) ein schematisches Rechenverfahren zur Lösung eines bestimmten Problems.

17 *Kunz/Rittel*, Systemanalyse, S. 40.

einem Verfahren unter Zuhilfenahme formaler Techniken. Ziel dieser Studie kann es jedoch nicht schon sein, bereits ein kalkülisiertes Entscheidungsmodell anzubieten, sondern erst einmal unter dem Blickwinkel der Informationsverarbeitung den juristischen Entscheidungsprozeß verbal zu beschreiben und dabei einige strukturelle, technologisch umsetzbare Entscheidungskriterien mit der herkömmlichen Methodik zu vergleichen.

Im Mittelpunkt soll die Entscheidungsbegründung des Richters stehen. Ausschlaggebend dafür ist der Gesichtspunkt, daß für diesen Prototyp einer juristischen Entscheidung eine historisch gewachsene Entscheidungstechnik besteht und Gerichtsentscheidungen rechtlich-sozial bedeutsam, verbindlich und erzwingbar sind[18]. Sinnvoll erscheinen zwei Ansätze: Man könnte überlegen, entweder über eine Strukturierung von Sachverhalten oder aber über die Strukturierung von Rechtsnormen zu teilformalisierbaren Aussagen zu kommen. Damit wird nicht schon von vornherein eine Trennung von Sachverhalt und Norm, von Sein und Sollen vorausgesetzt, sondern lediglich eine vereinfachende Bedingung für die Problemanalyse geschaffen. Die eindeutige wechselseitige Verknüpfung beider Bereiche bleibt das Fernziel.

Bei einer Strukturierung vom Sachverhalt her muß so getan werden, als ob noch kein Normsatz vorläge und sich die Normsatzbestandteile wie von selbst aus der „Natur der Sache" ergäben. Die jeweiligen Ziele bleiben dabei unklar. Deshalb liegt mir die Analyse des Entscheidungsprozesses vom Normsatz her näher, weil der Normsatz die Menge der Strukturierungs- und Entscheidungsmöglichkeiten begrenzt und eine unmittelbare Beziehung zur praktizierten gerichtlichen Entscheidungstechnik herstellt. Die Analyse stößt jedoch sofort auf die syntaktischen, semantischen und pragmatischen Eigenschaften der Rechtssprache, von denen die semantischen und pragmatischen hier deshalb im Vordergrund stehen, weil syntaktisch-normlogische Überlegungen erst nach Klärung der semantischen und pragmatischen Vorbedingungen möglich sind. Die einseitige logische Sicht verleitet dazu, nur den Kalkulationsmechanismus vorzuführen, der für eine exakte Problemlösung erforderlich ist, die Bedeutung der Voraussetzungen für diesen Mechanismus aber zu vernachlässigen. Die Voraussetzungen juristischer Entscheidungen hängen dagegen von bestimmten informationellen Anwendungsbedingungen der Rechtssätze und Rechtsbegriffe ab. Gliedert man diese Anwendungsbedingungen systematisch auf, dann erscheint es nicht ausgeschlossen, sie als Summe von Informationen aufzufassen, die ihrerseits wieder Informationen voraussetzen. Eine dahingehende Untersuchung erbringt dann keine vorweg-

18 Das moderne Recht verstärkt sogar die Richterstellung, weil die Bedeutung vom Recht als Instrument sozialer Kontrolle wächst; vgl. *Friedmann*, Legal Theory, S. 514.

genommene Lösungen für bestimmte Entscheidungssituationen, sondern nur eine methodische Strukturierung des Entscheidungsprozesses. Sie macht den Rahmen, die Bedingungen, die Richtung und die Grenzen von Einzelfalllösungen sichtbar, markiert den Übergang von unbewußten zu bewußten Auswahlschritten und deckt die Schlüssigkeit des Begründungszusammenhangs auf.

In der Rechtswissenschaft besteht die fast einhellige Meinung, daß sich Entscheidungsprobleme stets nur mit Hilfe einer speziellen Rechtsdogmatik lebenspraktisch organisieren ließen. Auf eine empirische Kontrolle dieser Behauptung auf der Grundlage der entschiedenen Einzelfälle wird jedoch verzichtet. Dies wiederum scheint den Wahrheitsanspruch der Rechtsdogmatik zu verstärken, die dahinterstehenden Interessen zu verdecken und die Rechtswissenschaft von anderen Wissenschaftsbereichen zu isolieren.

Faßt man dagegen richterliche Entscheidungen wenigstens in einigen Bereichen als Lösungsvorschläge für soziale Konflikte aufgrund einer antizipierten Folgenberücksichtigung und nicht als Deduktion der „einen richtigen Entscheidung" auf, dann lassen sich Rationalität und Kontrollierbarkeit in größerem Umfang erreichen. Möglicherweise gilt dies nicht für alle, sondern nur für einige Normtypen, insbesondere Rechtsnormen mit Planungskomponenten.

Bei der Suche nach Entscheidungsmodellen, die gegenüber dem Justizsyllogismus einen höheren Grad an potentieller Formalisierbarkeit aufweisen, stößt man bald auf die modernen wirtschaftstheoretischen Entscheidungsverfahren, die spezielle Techniken der sequentiellen Zerlegung von komplexen Problemen entwickelt haben. Solche Arbeiten knüpfen vor allem an v. Neumann/Morgenstern, Luce/Raiffa, Jeffrey, Arrow und Simon an und sind im deutschsprachigen Schrifttum von Gäfgen, Griem, Kirsch, Klein, Krelle, Menges und Schneeweiß ausgearbeitet worden. Mein Vorhaben besteht unter anderem in dem Versuch, diese Methoden der Problembehandlung für juristische Entscheidungsverfahren nutzbar zu machen.

Der hier angestrebte methodische Ansatz berücksichtigt nicht die sozialpsychologischen Komponenten der Vorurteilsbildung, die Sozialisationsprozesse sowie die Aktionen und Reaktionen der Entscheidungsbetroffenen, welche zweifellos die *Entstehung* von Entscheidungen beeinflussen, sondern beschränkt sich vorwiegend auf Kriterien, die eine methodenbewußt-rationale, also intersubjektiv nachprüfbare *Begründung* von Entscheidungen eingehen müßten, denn nur die Entscheidungsbegründung eröffnet eine zuverlässige direkte Kontrollmöglichkeit des Entscheidungsverfahrens[19]. Auch

19 Zur näheren Rechtfertigung der Begründungspflicht ausführlich *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, S. 91—109. Die weitere legitime Aufgabe

wenn solche Rationalität den aktuellen Entscheidungsprozeß bisher nur teilweise beeinflußt, ist doch die Frage zu stellen, welchen Einfluß sie haben könnte. In eine umfassend verstandene Theorie des richterlichen Handelns, die hier nicht vorgelegt werden kann, müßten allerdings auch die sehr aufschlußreichen neueren Forschungen auf dem Gebiet der Organisationstheorie[20], der Konfliktsbewältigung[21], der Richtersoziologie und der Richterattitüden[22] eingehen, die eine Reihe von wichtigen Abhängigkeiten nachgewiesen haben. Diese Faktoren sind bisher eher für eine systemtheoretisch-funktionale Betrachtungsweise und für die Prognose künftiger Entscheidungsergebnisse[23] von Bedeutung als für den Teilaspekt der Entscheidungsmethode und können deshalb zunächst vernachlässigt werden.

der Entscheidungsbegründung, nämlich die Parteien von der Richtigkeit der Entscheidung zu überzeugen, hängt mehr von der rhetorisch-stilistischen Darstellungsweise der Gesichtspunkte ab, die zuvor gefunden werden müssen. — Sehr bedenklich erscheint der Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung der ZPO (dazu: *Rogge*, Zur neuen ZPO-Novelle, in: DRiZ 1971, S. 195), wonach Tatbestand und Urteilsgründe „in bündiger Kürze" abgefaßt werden sollen (§ 313 Abs. 3) und eine schriftliche Urteilsbegründung ganz entfallen kann, wenn die Parteien verzichten (§ 313a). Sollten diese, einem Effektivitätsstreben entspringenden Pläne Gesetz werden, bedeutete dies eine weitere Verstümmelung der ohnehin schon stark kondensierten Entscheidungen, eine verstärkte Ritualisierung und eine Machterweiterung der Rechtsprechung. Entgegen *Lautmann* (Justiz — die stille Gewalt, S. 177 ff.) kann die heute übliche Begründung in Gerichtsentscheidungen nicht als „bewußt diffus" bezeichnet werden.

20 *Arrow*, Social Choice, S. 3 ff.; *Atthowe*, Interpersonal Decision Making, S. 383 ff.; *Collins/Guetzkow*, Social Psychology of Group Processes, New York/London/Sydney 1970; *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. III, Wiesbaden 1971; *Leu/Werner*, Der Einzelne und die Gruppe im juristischen Entscheidungsprozeß, S. 127—142; *Mayntz*, Soziologie der Organisation, S. 125 ff.

21 *Boulding*, Conflict and Defense, S. 320 f., hält den richterlichen Entscheidungsprozeß für einen prozeduralen Konfliktstyp, auf den seine formale Theorie der Konfliktlösung prinzipiell zutreffe. Eine konkrete Übertragung fehlt aber bisher.

22 Dazu gehören z. B. Elemente wie die soziale Herkunft, die religiöse Überzeugung, das Geschlecht, das Alter, die Sozialisation, die Berufsrolle: *Lautmann*, Rolle und Entscheidung, S. 381 (389 ff.); *Richter*, Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft, Stuttgart 1968; *Böhme*, Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, Karlsruhe 1968; *Kaupen*, Hüter von Recht und Ordnung, Neuwied/Berlin 1969; *Zwingmann*, Zur Soziologie des Richters, Berlin 1966; *Kaupen/Rasehorn*, Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, Neuwied/Berlin 1971; *Weimar*, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidungen, Basel/Stuttgart 1969.

23 Mit der Prognose beschäftigt sich vor allem die behavioristische Richtung des legal realism in den Vereinigten Staaten. Sie erschöpft sich in kausalen Analysen und Hochrechnungen künftiger Entscheidungen auf der Grundlage bekannter Entscheidungen. Diese Richtung muß Konsistenz des persönlichen Verhal-

Eine weitere Vereinfachung besteht darin, daß die Studie nur Individualentscheidungen und nicht Kollegialentscheidungen behandelt. Dies verkürzt zwar die Tragweite der Aussagen, läßt sich aber rechtfertigen, weil sich Individual- und Kollegialentscheidungen nicht prinzipiell, sondern vor allem in der Technik der Angleichung und der Kommunikation unterscheiden. Die Herstellung von Rationalität in Entscheidungsgremien ist hauptsächlich Gegenstand der Organisationstheorie.

Außerdem knüpft die Studie an die derzeit bestehende juristische Entscheidungsmethode sowie an die jetzige Funktion der Gesetzgebung an und geht nicht von einer vielleicht in Zukunft veränderten Lage aus. Diese Einschränkung ermöglicht eine Kritik des Bestehenden, ohne Zukünftiges auszuschließen. Demgegenüber sind in der neueren Rechtstheorie starke Tendenzen erkennbar, eine exakte Rechtssprache aufzubauen, die sich leichter in die Form einer künstlichen Sprache bringen ließe, dann Mehrdeutigkeiten ausschlösse und damit prinzipiell automatisierbar wäre[24]. Diese Entwicklung steht im Einklang mit den Voraussetzungen der mathematischen Logik, aber es erscheint zweifelhaft, ob eine künstliche Sprache notwendig oder gar wünschenswert ist. Die Forderung nach einer präzisen Fachsprache unterschätzt die inhaltlichen Probleme, die vorab zur Gewinnung eindeutiger Begriffe gelöst werden müßten, und hat gegenüber einer semantisch-pragmatischen Explikation der bestehenden Rechtssprache mehrere Nachteile: Der Sprachpurismus muß ein statisches Weltverständnis voraussetzen; er kann nicht angeben, wann und wie Fortentwicklungen möglich sein sollen; er läßt den sozialen Kontext außer Betracht; er glaubt an die Möglichkeit einer lückenlosen Gesetzgebung; er schwächt die Rechtsprechung zugunsten der Gesetzgebung.

Solange aber die Gesetze selbst nicht aufgrund rationaler Durchdringung, überlegter Prognose und optimaler Konfliktslösung von einem perfektionisti-

tens, also praktisch Lernunfähigkeit unterstellen. — Primärliteratur: *Schubert,* Judicial Behavior, Chicago 1964; *Baade* (Hrsg.), Jurimetrics, S. 100 ff.; *Gore/Dyson,* Making of Decisions, S. 199 ff.; *Lawlor,* Personal Stare Decisis, in: Southern California Law Review, Bd. 41 (1967), S. 73—118. — Sekundärliteratur: *Koch,* Zur Analyse richterlicher Entscheidungen, S. 42 ff.; *Reich,* Sociological Jurisprudence, Frankfurt 1967; *Weiss,* Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit, Frankfurt a. M. 1971; *Rottleuthner,* Soziologie des richterlichen Handelns, in: KJ 1970, S. 283—306; 1971, S. 60—88.

24 *Adomeit,* Gestaltungsrecht, S. 9 („Postulat nach einem widerspruchsfreien, vollständigen und einem Minimum von Elementen operierenden Begriffsnetz"); *Brinckemann,* Juristische Fachsprache und Umgangssprache, in: ÖVD 1972, S. 60 (67 ff.); *Podlech,* Rechtskybernetik, S. 157 (162); *Podlech,* Gehalt und Funktionen, S. 26; *Wagner/Haag,* Moderne Logik, S. 105 ff. Vieles spricht für eine Aufgliederung in funktional abgestufte und präzisierte juristische Teilsprachen, wie es *Jürgen Schmidt,* Präzision der Rechtssprache, S. 390 (398 ff.) vorschlägt.

schen Gesetzgeber in exakter Sprache erlassen werden — und aus Gründen der Generalität wohl auch nicht erlassen werden können, weil sie andernfalls eine Identität von Wirklichkeit und Kalkül voraussetzen müßten — bleibt das Entscheidungsproblem vorrangig und weist dem Richter die Ausfüllung des Entscheidungsspielraums zu.

Aufgrund meiner verkürzten Problemstellung besteht allerdings die Gefahr, daß Besonderheiten verallgemeinert werden. Die Alternative, eine umfassende, fächerübergreifende Analyse zu liefern, kann jedoch nicht im Alleingang zuverlässig geleistet werden, sondern erfordert interdisziplinäres teamwork. Die Studie enthält deshalb nur ein Rohkonzept, und ihre Lücken sind als künftiges Programm aufzufassen.

Schließlich eine Bemerkung zur Arbeitsmethode: Viele Aussagen dieser Vorstudie hätten sich mit Hilfe der Gruppen-, Graphen-, Mengen- und Vektortheorie mathematisch exakt darstellen lassen. Das hätte aber die Lesbarkeit für Juristen erschwert. Da kein Aussagesystem in Form eines mathematischen Kalkülmodells beabsichtigt ist, werden mathematische Formulierungen weitgehend durch verbale Beschreibungen ersetzt.

II. Vorläufiger Arbeitsbegriff der „juristischen Entscheidung"

Der übliche juristische Begriff der „Entscheidung" wird vom Prozeßrecht geprägt und umfaßt „Urteile, Beschlüsse und Verfügungen" (§ 160 Abs. 2 Ziff. 5 ZPO). Im Vordergrund steht der formale Akt der Rechtsfolgenanordnung. Die Rechtsfolge ist allerdings „das Ergebnis einer Denktätigkeit, die in der Feststellung des Tatbestandes und der Anwendung des objektiven Rechts auf ihn besteht"[25]. Da sich die „Denktätigkeit", die unter dem Methodenaspekt besonders interessiert, nicht unmittelbar feststellen läßt, sondern nur indirekt mit Hilfe der Entscheidungsgründe, gewinnen diese an Gewicht. Sie können „unrichtig" sein und führen dann zu einer „unrichtigen" Entscheidung (§ 563 ZPO), sie können auch fehlen und dadurch einen absoluten Revisionsgrund hervorrufen (§§ 551 Ziff. 7 ZPO, 338 Ziff. 7 StPO).

Der anscheinend enge Zusammenhang zwischen der Denktätigkeit, die sich in den Entscheidungsgründen niederschlägt und notwendiger Bestandteil des Urteils wird, und dem Urteil ist jedoch bei näherem Hinsehen nicht so eng, denn mangelhafte Entscheidungsgründe berechtigen zwar zur Einlegung eines

25 *Rosenberg*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 237. Zum verwaltungsrechtlichen Entscheidungsbegriff: *Schmidt*, Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, in: AöR Bd. 96 (1971), S. 321 (326).

Rechtsmittels, brauchen aber dann nicht zur Aufhebung des Urteils zu führen, wenn das Rechtsmittelgericht die Entscheidung aus anderen Gründen für richtig hält (§ 563 ZPO). Dahinter steckt die etatistische Überlegung, auch fehlerhafte Hoheitsakte nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten. Dieser Grundsatz ist bezeichnenderweise stärker als die Überlegung, den Bestand der Entscheidung allein von der Qualität der konkreten Entscheidungsgründe abhängig zu machen.

Die Entscheidungsgründe haben damit weniger die Aufgabe, die Entscheidungsfindung zu begründen, als die Aufgabe, eine bereits vorgängig „gefundene" Entscheidung abzusichern[26]. Gleichzeitig bleiben dadurch die vorgängigen Entscheidungen in einem halbdunklen Vorfeld, in welchem trotz seiner Bedeutung hauptsächlich pragmatische Prinzipien gelten. Auch § 550 ZPO, der für den gesamten Entscheidungsprozeß lapidar sagt: „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist", ermöglicht hierbei keine zuverlässige Kontrolle. Was nämlich als Gesetzesverletzung oder dazugehörige Verletzung von „Denkgesetzen" angesehen wird, richtet sich ausschließlich nach dogmatischen Standards[27], die ihrerseits Wertungen und damit Wandlungen unterliegen. Da im Entscheidungsvorfeld aber die wichtigen Vorentscheidungen getroffen werden, ist es nicht sinnvoll, den prozessualen Entscheidungsbegriff zu übernehmen und mit ihm den Untersuchungsgegenstand auf die Endentscheidung zu beschränken. Im Rahmen dieser Vorstudie umfaßt der Begriff „juristische Entscheidung" deshalb alle notwendigen Phasen und Denkschritte, die einer Rechtsfolgenanordnung vorausgehen. Wie sich diese Vorstufen aus der Sicht von Rechtsmethodik, Rechtspraxis, Datenverarbeitung und Entscheidungstheorie präzisieren lassen, sollen die nachfolgenden Erörterungen zeigen.

III. Begriff „Datenverarbeitung"

Der Begriff „Datenverarbeitung" (data processing) umfaßt als Teilgebiet der Informations- oder Nachrichtenverarbeitung alle Erkenntnisse und Verfahren, die sich auf die Auswahl, Speicherung, Verarbeitung und Wieder-

26 *Thomas/Putzo*, Zivilprozeßordnung, § 313 Anm. V A (S. 407). Sogar auf die Absicherung wurde in der Geschichte oft verzichtet. Bis zum Jahre 1850 hat beispielsweise die österreichische oberste Justizstelle (= Gericht) die Entscheidungen nicht mit Gründen versehen, vgl. *Ehrlich*, Juristische Logik, S. 117.

27 „Falsche" Anwendung von Rechtsbegriffen wie „Treu und Glauben" (RGZ 145, S. 26 [32]), „grobe Fahrlässigkeit" (BGHZ 10, S. 14 [17]), „unheilbare Ehezerrüttung" (RGZ 161, S. 398 [399]); Übergehung bisheriger Erfahrungsgrundsätze; „unrichtige" Wertung der festgestellten Tatsachen als „grobe Fahrlässigkeit" usw.

gewinnung von Daten beziehen[28]. Die kontrollierte Verknüpfung vieler Daten geschieht heute elektronisch mit Hilfe von „digitalen" oder „analogen" Datenverarbeitungsanlagen[29] (Computern), die nach bestimmten Anweisungen (Programmen) eine große Menge arithmetischer Kalkulationen in kürzester Zeit durchführen. Grundlage dafür ist die Fähigkeit des Computers, logische Symbolisierungen in arithmetische Rechenschritte umwandeln zu können. Da logische Symbolisierungen am leichtesten für numerische Objekte möglich sind, dient die elektronische Datenverarbeitung bisher ganz überwiegend der numerischen und nur selten der nichtnumerischen Datenverarbeitung. Soweit sich allerdings nichtnumerische Objekte, beispielsweise durch das Verfahren der „Gödelisierung"[30], als numerische Informationen darstellen lassen und dann in mathematische Aufgabenstellungen eingehen können, kommen auch hierfür logische Symbolisierungen und damit automatisierte Verarbeitungsprozesse in Betracht.

28 *Klaus*, Wörterbuch, Stichwort „Datenverarbeitung", S. 123 f.

29 Bei Digitalrechnern erfolgt die Steuerung der Arbeitsprozesse über Ziffern, bei Analogrechnern über stetige Parameter auf der Grundlage des Analogprinzips. Entsprechend ihrer Bedeutung bezieht sich die folgende Darstellung stets auf Digitalrechner.
Für die Bearbeitung nichtnumerischer Probleme könnten sich allerdings auf lange Sicht Analogrechner oder Kombinationen von Digital- und Analogrechnern, sogenannte Hybridrechner, durchaus als geeigneter erweisen, vor allem deshalb, weil Programmierungen einfacher, Parametervariationen schneller erkennbar und Simulationen komplexer Systeme besser möglich sind. Entsprechende Forschungen stecken aber erst in den Anfängen.

30 Dieses nach dem Mathematiker Gödel benannte Verfahren charakterisiert unter bestimmten Bedingungen nichtnumerische Objekte durch Zuordnung einer ganzen arithmetischen Zahl, die als Basis für weitere Operationen dient. Einzelheiten bei *Gross/Lentin*, Mathematische Linguistik, S. 65 ff.

1. Teil

EDV als mögliches Instrument bei der Organisation und Kontrolle juristischer Entscheidungsprozesse

I. EDV-bedingter Denkansatz

In welchem Umfang künftig Datenverarbeitungsanlagen bei juristischen Entscheidungsprozessen eingesetzt werden können[1], hängt in erster Linie davon ab, ob es gelingt, juristische Entscheidungen oder Teile davon sinnvoll im Hinblick auf die technologischen Voraussetzungen der Datenverarbeitung zu organisieren und abzubilden. Der umgekehrte Weg, nämlich die Datenverarbeitungstechnologie der bestehenden juristischen Entscheidungspraxis anzupassen, scheitert zumindest vorläufig an den Realisierungsbedingungen von EDV. Es gibt also nur die Alternative zwischen der Orientierung der juristischen Entscheidungspraxis an Datenverarbeitungsbedingungen oder den weitgehenden Verzicht auf Datenverarbeitung.

Um die methodischen Probleme einsichtig zu machen, die mit der Datenverarbeitung bei juristischen Entscheidungsprozessen verknüpft sind, sollen für diejenigen, die noch keinen Einblick in den Aufbau und die Arbeitsweise einer EDV-Anlage haben, kurz einige Prinzipien skizziert werden, die zum Verständnis der späteren Ausführungen erforderlich erscheinen. Computertechnische Einzelheiten treten dabei zugunsten der informationellen Grundladen in den Hintergrund.

1 Nach Vorausschätzungen soll im Jahre 1978 die automatische Auswertung juristischer Informationen möglich sein *(Steinbuch,* Die informierte Gesellschaft, S. 229). Zur gleichen Zeit soll es in der Bundesrepublik 24 600 EDV-Anlagen geben (Schätzung der Diebold Deutschland GmbH, zit. in BT-Drucks. VI/648 vom 17. 4. 1970, S. 5). — Zum Vergleich: Am 1. 1. 1968 gab es 3863 Anlagen (BT-Drucks. VI/648) und am 1. 7. 1972 waren es bereits 11 943 Großcomputer (+ 29% innerhalb eines Jahres) sowie 35 400 Anlagen der Mittleren Datentechnik (Diebold-Statistik, abgedruckt in: Computerpraxis 1972, S. 376 ff.).

II. Arbeitsweise des Computers

Datenverarbeitung ist Informationsverarbeitung. Entscheidungen unter Verwendung von Datenverarbeitungsanlagen erfordern Informationen sowie Verfahren zur Organisation und Verkettung dieser Informationen. Ganz allgemein formuliert: Anfangsinformationen werden durch maschinelle Umformungen aufgrund aussagenlogischer Verknüpfungen zu einer neuen Information verarbeitet. Als Anfangsinformation kommt alles in Betracht, was durch Zeichen symbolisiert werden kann. Die Zeichen dienen lediglich als Zwischenträger der Informationen, denn die eigentliche Verarbeitung erfolgt aufgrund elektrischer Signale, die Träger der Zeichen und damit der verschlüsselten Informationen sind. Jedes elektrische Signal kann zwei Aussagen treffen: eine konkrete Information liegt vor oder sie liegt nicht vor. Schematisch läßt sich dieser grundlegende Vorgang gut mit Hilfe der Booleschen Algebra[2] verdeutlichen, die als Modell der Aussagenlogik eine Verbindung zur Technik der Datenverarbeitung herstellt.

Die Boolesche Algebra arbeitet mit Variablen (Aussagenvariablen) und Funktionen (Aussagefunktionen). Die Variablen repräsentieren eindeutig definierte Aussagen, denen als Funktionen entweder die Eigenschaft „wahr" oder die Eigenschaft „falsch" zukommt[3]. Jede Aussage kann Bestandteil einer neuen Aussage sein und die neue Aussage wiederum Bestandteil einer anderen Aussage, so daß sich Funktionen von Mengen (= Klassen) von Aussagen bilden lassen, die durch die Grundoperationen Konjunktion, Disjunktion und Negation verknüpfbar sind.

2 Genannt nach dem englischen Mathematiker George Boole (1815—1864). Einzelheiten: *J. Eldon Whitesitt*, Boolesche Algebra und ihre Anwendungen, Braunschweig 1964.

3 Sogenannte „zweistellige Wahrheitsfunktoren". — Die ontologischen Probleme der Eigenschaften interessieren in diesem Zusammenhang nicht. Man könnte die Eigenschaften auch mit „liegt vor/liegt nicht vor" oder „+/—" oder „1/0" bezeichnen.

Beispiele:

Grundaussagen	Recht ist eine Wissenschaft a		Recht dient der Gerechtigkeit b
Negation (~)	Recht ist keine Wissenschaft ~ a		Recht dient nicht der Gerechtigkeit ~ b
Konjunktion (∧)	Recht ist eine Wissenschaft a	und ∧	Recht dient der Gerechtigkeit b
Disjunktion (∨)	Recht ist eine Wissenschaft a	oder ∨	Recht dient der Gerechtigkeit b

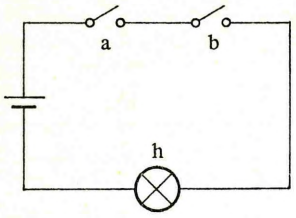
Nehmen a und b die möglichen Funktionswerte „wahr" (1) oder „falsch" (0) an, dann ergibt sich folgende „Wahrheitstafel":

a	b	a ∧ b	a ∨ b
1	1	1	1
1	0	0	1
0	1	0	1
0	0	0	0

Diese Wahrheitstafel der Aussagenlogik läßt sich nun zugleich als Schaltalgebra der Datenverarbeitungsanlage interpretieren, die angibt, ob in der Datenverarbeitungsanlage ein elektrischer Kontakt geschlossen oder geöffnet ist und deshalb Strom fließen kann oder kein Strom fließen kann. Nach der Verarbeitungsstruktur einer Datenverarbeitungsanlage besorgen nämlich elektronische Schaltelemente durch ihren elektrischen Zustand ohne grobmechanische Bewegungen den Transport und die Verarbeitung von Zeichen. Die Stromregulierung erfolgt durch binäre Elemente[4] wie Lochkarten (gelocht/nicht gelocht), Schalter (ein/aus), Magnetkerne und Magnetbänder (linksmagnetisiert/rechtsmagnetisiert), Spannungsimpulse (vorhanden/nicht vorhanden) oder Transistoren (leitend/nichtleitend).

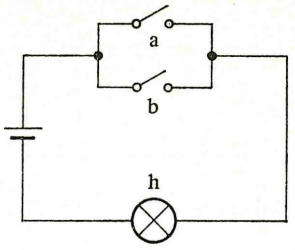
4 Binäre Elemente signalisieren stets einen von zwei möglichen Zuständen.

Beispiel einer „UND"-Schaltung ($a \wedge b$)



Die Lampe „h" brennt nur dann, wenn sowohl Kontakt a wie auch Kontakt b geschlossen sind.

Beispiel einer „ODER"-Schaltung ($a \vee b$)



Die Lampe „h" brennt nur dann, wenn entweder Kontakt a oder Kontakt b geschlossen ist.

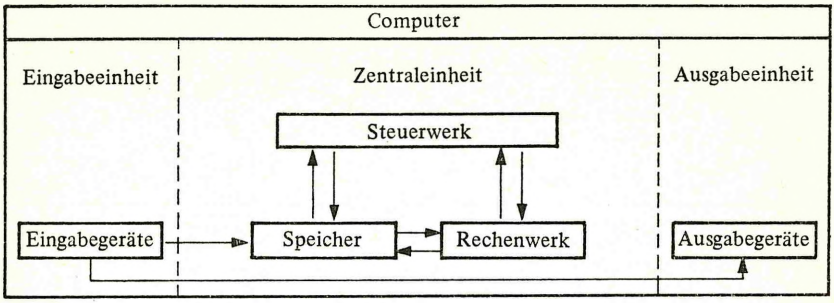
Hiermit sind im Prinzip auch die Schalt- und Speicherelemente eines Computers beschrieben, die hintereinander, parallel und hierarchisch zu Netzwerken gekoppelt der Durchführung von Operationen dienen, die millionenfach pro Sekunde durchgeführt werden können und an deren Anfang und Ende Informationen stehen[5]. Zugleich macht die Schaltstruktur deutlich, warum Informationen binär verschlüsselt werden müssen, um operationabel zu sein.

Auf der Metaebene zur Aussagenebene lassen sich Feststellungen in bezug auf die Wahrheitswerte der Aussagen treffen. Die Metaebene ist mit der Programmierungsebene identisch. Feststellungen in bezug auf die Wahrheitswerte der Aussagen und die Konsequenzen der Feststellungen repräsentieren die Bedingungen für die Organisation der Informationsverarbeitung, vor allem die wichtigen wenn-dann-Beziehungen (materielle Implikationen) und verwandte Relationen, auf die hier nicht eingegangen werden kann[6].

Verfolgt man grob den gesamten Datenverarbeitungsprozeß, dann ergibt sich schematisch folgender Ablauf:

5 Der leistungsfähigste europäische Computer stand 1969 im Max-Planck-Institut für Plasmaphysik in München; er kann 16,6 Millionen Operationen pro Sekunde ausführen (vgl. IBM-Nachrichten, Heft 195 [Juni 1969], S. 729).

6 Einzelheiten enthalten alle Lehrbücher zur Aussagenlogik oder zur Programmiertechnik. Kurze Zusammenfassungen finden sich bei *Klaus*, Wörterbuch der Kybernetik, Stichwort „Aussagenlogik", S. 48 ff. sowie bei *Klug*, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, S. 190 ff.



Alle durch Eingabegeräte vermittelte Anfangsinformationen müssen zunächst in eine maschinenlesbare Form umgestaltet werden. Dies bietet keine Schwierigkeiten, da für jeden Computertyp ein Binärcode die Transformation aller Buchstaben, Ziffern und Sonderzeichen in Kombinationen aus den Ziffern 1 und 0 ermöglicht[7]. Es gibt heute bereits Lesegeräte, die gedruckte Texte automatisch erkennen und nach dem Binärcode verschlüsseln. Nach dem „Einlesen" der Anfangsdaten findet die eigentliche Datenverarbeitung in den verschiedenen Teilen der „Zentraleinheit" (Steuerwerk, Rechenwerk, Speicher) statt, und zwar durch die geschilderten Ketten von elektrischen Impulsen, die Magnetisierungseffekte im Speicher herbeiführen und auf diese Weise die verschlüsselten Daten abspeichern. Dies geschieht unter Adressierung der Speicherzellen, so daß alle Daten jederzeit durch Vermittlung des Steuerwerks mit Befehlen des Bearbeitungsprogramms zur Bearbeitung ins Rechenwerk abgerufen werden können. Das Ergebnis des Verarbeitungsprozesses erscheint je nach Benutzerbedarf auf Ausgabegeräten (Schnelldrucker, Bildschirm, Fernschreiber, Schreibmaschine, Lochkarten- und Lochstreifenleser). Alle Ausgabegeräte bilden zusammen eine Datenendstation (terminal). Diese braucht sich nicht in räumlicher Nähe der Zentraleinheit zu befinden, sondern kann von beliebigen Stellen aus durch Standleitungen mit dem Computer verbunden werden. Das erleichtert die gleichzeitige Benutzung durch mehrere Teilnehmer.

Von der Dateneingabe bis zur Datenausgabe hängen alle Verarbeitungsprozesse von Steuerbefehlen ab, die das Bearbeitungsprogramm enthält. Ein Computer ist nämlich „dumm", aber außerordentlich reaktionsschnell, wenn er in einer ihm verständlichen Sprache gesagt bekommt, was er machen soll.

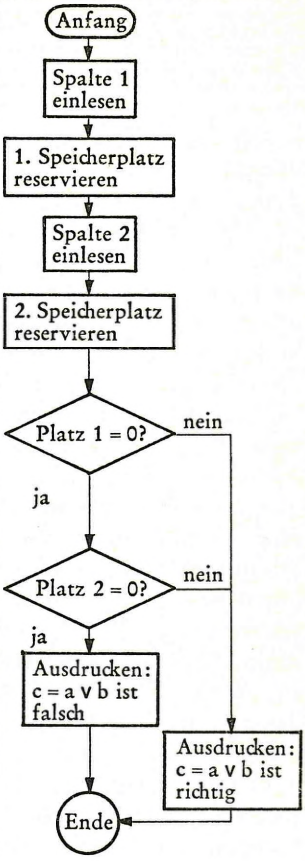
7 Dem Buchstaben A entspricht beispielsweise im IBM-BCD-Code die siebenstellige binäre Zahl 0110001. — Durch Verkettung von Buchstaben lassen sich Wörter und Texte in Zahlen verschlüsseln, so daß sprachliche Probleme nicht prinzipiell von der elektronischen Datenverarbeitung ausgeschlossen sind, vgl. *Zimmermann*, Technische Notwendigkeiten, S. 49 (50 ff.).

Beispiel:

Es soll der Wahrheitswert der Disjunktion c = a v b ermittelt werden. (Die Wahrheitswerte der Aussagen a und b sind zuvor mit „0" und „1" in den beiden ersten Spalten der Datenkarte abgelocht worden.)

Befehl	Inhalt
1	Bringe die Datenkarte am Eingabegerät in Leseposition
2	Lies die Zahl, die in Spalte 1 der Datenkarte abgelocht ist
3	Bringe die Zahl von Spalte 1 der Datenkarte (Wahrheitswert der Aussage a) auf den Speicherplatz Nr. 1
4	Lies die Zahl, die in Spalte 2 der Datenkarte abgelocht ist
5	Bringe die Zahl von Spalte 2 der Datenkarte (Wahrheitswert der Aussage b) auf den Speicherplatz Nr. 2
6	Wenn die Zahl auf dem Speicherplatz Nr. 1 eine „0" ist, dann führe den nächsten Befehl aus (in diesem Fall hängt nämlich der Wahrheitswert von c vom Speicherplatz Nr. 2 ab); andernfalls gehe zu Befehl Nr. 9
7	Wenn die Zahl auf dem Speicherplatz Nr. 2 eine „0" ist, dann gehe zu Befehl Nr. 8 (denn c hat dann den Wahrheitswert „falsch")
8	Schreibe am Ausgabegerät: „Die Aussage ‚c = a v b' hat den Wahrheitswert ‚falsch'"
9	Schreibe am Ausgabegerät: „Die Aussage ‚c = a v b' hat den Wahrheitswert ‚richtig'"
10	Stop — Programmende

Flußdiagramm



(Statt Befehl 8 oder 9 könnte man das Ergebnis auf einen neuen Speicherplatz bringen und im Rahmen eines größeren Programms weiterverwenden.)

Normalerweise wird das Bearbeitungsprogramm in einer der mehr als 800 problemorientierten Symbolsprachen abgefaßt, beispielsweise FORTRAN (Formula Translation), COBOL (Common Business oriented Language), ALGOL (Algorithmic Language) oder PL 1 (Programming Lan-

guage No. 1)[8]. Jede dieser Programmiersprachen ermöglicht eine logisch geordnete Abfolge verschiedener Befehle (Einlese-, Transport-, Abfrage-, bedingte Sprung- und Ausgabebefehle usw.), die maschinell in Steuerbefehle umgewandelt werden. Das Hauptproblem der Programmierung besteht darin, die Befehlsabfolge so aufzubauen, daß an jeder Stelle des Programms eindeutig festliegt, was unter welchen Bedingungen zu tun ist. Die Ermittlung einer Bedingung kann ihrerseits von Unterprogrammen oder geschachtelten (rekursiven) Unterprogrammen (Subroutinen) abhängen. Die Befehlsabfolge enthält also ein Modell der logisch notwendigen Denkschritte für die Problemlösung und für die zweckgerichtete Transformation von Informationen. Dies setzt den Entwurf eines Algorithmus für die Problemlösung voraus, der das Problem in eine endliche Zahl von logischen Denkschritten zerlegt. Nur algorithmisch formalisierte Probleme sind maschinell lösbar. Hier zeigt sich der Vorteil eines axiomatisierten Logikkalküls: Da alle Aussagen tautologische Umformungen der Axiome sind, läßt sich innerhalb eines axiomatischen Systems stets ein Algorithmus entwickeln. Bei nichtaxiomatischen Systemen muß entweder der „infinite Regreß", also das weitere Hinterfragen, abgebrochen oder auf einen Algorithmus und damit auf eine maschinelle Lösung verzichtet werden[9].

Die wichtigsten Schritte für eine Programmierung bilden die genaue Formulierung des Problems, die Datensammlung, die Zerlegung des Problems in eine endliche Zahl logisch aufeinanderfolgender Schritte (Formalisierung, Algorithmisierung) sowie die Festlegung der Entscheidungskriterien einschließlich ihrer Entscheidungsrelevanz. Dieser Katalog von Anforderungen zeigt deutlich, wie bereits die Vorentscheidungen der Programmierung ein Problem strukturieren und das spätere Verarbeitungsergebnis determinieren. In methodischer Hinsicht sekundär ist die Eigentümlichkeit der Datenverarbeitung, logische Regeln des Schließens in Rechenregeln zu verwandeln.

Dem Zwang zu methodenbewußtem Vorgehen als Anwendungsvoraussetzung für Elektronische Datenverarbeitung entspricht umgekehrt die Möglichkeit, die Programmierung als Strukturierungsmodell und zuverlässiges Hilfsmittel für geistige Tätigkeiten einzusetzen. Innerhalb des skizzierten

8 Daneben gibt es spezielle Programmiersprachen für nichtnumerische Probleme, wie COMIT, LISP, IPL, SNOBOL, für die aber in der Bundesrepublik gegenwärtig kaum Verwendungsmöglichkeiten bestehen; vgl. *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 87, sowie die Bibliographie bei *Schnelle/Engelin*, Maschinelle Sprachübersetzung, S. 328—330.

9 Auf die mathematischen Unvollständigkeits- und Unentscheidbarkeitstheoreme von Gödel, Church, Kleene und Rosser sowie die Eigenschaften sogenannter „rekursiver Funktionen" bzw. der äquivalenten Turing-Berechenbarkeit und die Zusammenhänge mit der Entscheidbarkeit von Problemen kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu *Hermes*, Einführung, S. 50 ff., 104 ff.

Rahmens vermeidet die Elektronische Datenverarbeitung Unvollständigkeit, Unsorgfältigkeit, Überflüssigkeit, Ungenauigkeit und Weitschweifigkeit. Da man jede logisch präzisierbare Aufgabe, die der Mensch lösen kann, auch mit einer Maschine lösen kann, müssen die Schwierigkeiten und Grenzen bei der Übertragung dieses Lösungsmodells zugleich den Wertungsspielraum und die analytische Rationalität des Verfahrens offenbaren. Dies dürfte sowohl die Organisation als auch für die Kontrolle juristischer Entscheidungsprozesse aufschlußreich sein und Rückwirkungen für unsere Ansichten vom „Wesen" des Rechts haben[10].

III. Kritik der formalen Entscheidungsrationalität

1. Rationalitätsbegriff

Es liegt auf der Hand, daß die für Datenverarbeitung erforderliche Methode ein ganz bestimmtes Rationalitätsverständnis bedingt, nämlich eine analytisch-logisch-formale Entscheidungsrationalität[11]. Wohl die meisten Juristen halten diese für unangemessen und sachfremd, weil im traditionellen richterlichen Entscheidungsprozeß eine dialektisch-hermeneutisch-objektive Rationalität vorausgesetzt wird.

Die Kritik am analytischen Rationalitätsbegriff, die überwiegend aus philosophischer und soziologischer, aber selten aus rechtstheoretischer Sicht vorgetragen wird, kreist um die Attribute „(neo-)positivistisch", „technokratisch" und „ideologisch".

2. Positivismusvorwurf

Am weitesten verbreitet ist der Positivismusvorwurf. Positivistisch, so wird argumentiert, sei die formale Rationalität deshalb, weil sie nur eine Beschreibungstechnik liefere, die Prämissen aber nicht reflektiere und Veränderungen nicht erfasse; sie erfülle eine normative Funktion, obwohl ihre Rationalität „positivistisch halbiert" sei[12]. Daran scheint zunächst richtig, daß keine Methodik wertneutral sein kann, sondern theoretische Implikate

10 Ähnlich *Podlech*, Recht und Politik 1968, S. 21 (23); *Klug*, Juristische Logik, S. 175.

11 Übersichten über verschiedene Rationalitätsbegriffe geben *Hartfiel*, Rationalität, S. 146 ff.; *Priester*, Rationalität, S. 457 (459 ff.).

12 Vgl. *Habermas*, Positivismusstreit, S. 235 ff. Habermas gesteht allerdings der analytischen Theorie große methodische Bedeutung zu.

hat. Der widerspruchsfreie Ableitungs- und Begründungszusammenhang kann nichts über die allgemeine Gültigkeit der Prämissen aussagen und bedeutet insoweit keine zureichende Wirklichkeitserfassung oder Objektivierung. In der Tat findet innerhalb der Programmierung nur eine beschränkte Zieldiskussion statt, beispielsweise bei bewußter Festlegung von Entscheidungspräferenzen. Im Regelfall liegen die Ziele bereits fest, denn Elektronische Datenverarbeitung ist vor allem ein Instrument der Zielverwirklichung. Das unterscheidet die Programmierung aber keineswegs von anderen Methodologien und heuristischen Praktiken, weil auch diese (meist stillschweigend) vorgängige Auffassungen über die „richtige Problemlösung" operationalisieren. Deshalb läßt sich auch nicht folgern, Programmierziele blieben undiskutiert, willkürlich oder irrational.

Die Trennung zwischen Zielfestlegung und Zielverwirklichung erschwert allerdings die Möglichkeit, fortlaufend die zeitbedingten Wandlungen und kritischen Überlegungen zu berücksichtigen und zu gesellschaftlichen Fragestellungen vorzudringen. Die Möglichkeit wird aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen, da die nachträgliche pragmatische Einbeziehung neuer Gesichtspunkte jederzeit realisierbar bleibt. Trotz dieses Nachteils hat die analytisch-rationale Methodik gegenüber allen anderen Methoden den unbestreitbaren Vorteil, eine kontrollierbare Begründung zu ermöglichen. Nur soweit sie darüber hinaus als Erkenntnistheorie aufgefaßt wird[13], die alle Ziele entweder dem freien Spiel der Kräfte oder der individuellen Intuition überläßt, wird sie zur Ideologie: ein Vorwurf, den doch gerade der zugrunde liegende „kritische Rationalismus" durch die Offenlegung von Strukturen, Kriterien und Argumentationsmustern abzubauen versucht.

Viele Positivismuskritiker unterscheiden nicht zwischen dem logischen Positivismus und anderen Erscheinungsformen[14], sondern verdächtigen polemisch schon jede exakte Erklärung als positivistisch. Diese Kritik überzeugt nicht, weil zumindest die Programmierung zwischen Erkenntnis und Entscheidung trennt und sich der Anspruch auf Exaktheit nur auf die Folgerichtigkeit der Entscheidungen, nicht aber auf die Objektivität der Erkenntnis bezieht. Die bei der EDV als Voraussetzung für die Formalisierung notwendige Offenlegung der Bezugsebene erhebt weder einen positivistischen Wahrheitsanspruch noch beschränkt sie Wissenschaft auf Empirie. Die An-

13 *Wellmer*, Methodologie als Erkenntnistheorie, S. 13 (der allerdings diesen Gesichtspunkt gegenüber Popper strapaziert); *Böhler*, Rechtstheorie, S. 62 (98 f.).

14 So wendet sich *Apel*, Szientistik, Hermeneutik und Ideologiekritik, S. 14 Anm. 9 gegen die formale Logik des Neopositivismus, gesteht aber zu, daß sein Bild vom Neopositivismus seit *Poppers* „Logik der Forschung" „kaum noch vertreten wird". Vgl. auch *Kamlah/Lorenzen*, Logische Propädeutik, S. 189; *Albert*, Plädoyer, S. 52.

gabe der Bezugsebene reduziert lediglich den Zufall auf genau angebbare Punkte und konstituiert mit seinen Prämissen eine Struktur mit wohldefinierten Elementen[15]. Formale Entscheidungsrationalität ist deshalb nicht bloß ein Mittel zur Realisierung von beliebigen Werten, sondern besitzt selbst Eigenwert[16].

3. Technokratieverdacht

Die Entscheidungsrationalität wird verschiedentlich als „technokratisch" oder „technologisch" kritisiert und einer Objektivität gegenübergestellt, die aus einem vernünftigen Konsens zwischen Bürgern entstehen soll[17]. „Technologie" gilt dabei nicht als angewandte Wissenschaft, sondern als beschränkte Erkenntnisverwertung zur Lösung von Problemen in der Gesellschaft[18]. Dahinter verbirgt sich die Meinung, daß die formale Methodik das erkennende Subjekt eliminiere und methodische Entscheidungen daher im Gegensatz zu vernünftigen Diskussionen und Entscheidungen stünden[19]. Vernünftige Entscheidungen zeichnen sich durch „Reflexion", „Interaktion" und sprachvermittelte „Kommunikation" aus.

In dieser Kritik liegt sicherlich mehr als eine nicht ernstzunehmende „transzendentalphilosophische Einkleidung der Argumentation"[20], denn sie zielt

15 *Eckhoff/Jacobsen,* Rationality, S. 8; *v. Neumann/Morgenstern,* Spieltheorie, S. 9. — Selbst Hegel betont in seiner Vorrede zu den „Grundlinien der Philosophie des Rechts" die Notwendigkeit einer möglichst genauen Strukturierung: „Man hat wohl die Unzulänglichkeit der Formen und Regeln der vormaligen Logik, des Definierens, Einteilens und Schließens, welche die Regeln der Verstandeserkenntnis enthalten, für die spekulative Wissenschaft erkannt, oder mehr nur gefühlt als erkannt, und dann diese Regeln nur als Fesseln weggeworfen, um aus dem Herzen, der Phantasie, der zufälligen Anschauung willkürlich zu sprechen; und da denn doch auch Reflexion und Gedankenverhältnisse eintreten müssen, verfährt man bewußtlos in der verachteten Methode des ganz gewöhnlichen Folgerns und Räsonnements" *(Hegel,* Philosophie des Rechts, S. 12).

16 So können Inkonsistenzen ausgeschlossen sowie Relationen zwischen Entscheidungsprinzipien und Informationsgrundlagen aufgezeigt werden, vgl. *Brusiin,* Das Deduktive im juristischen Denken, in: ARSP Bd. 39 (1950/51), S. 324 (334 ff.); *Gäfgen,* Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 88; *Stegmüller,* Probleme und Resultate Bd. I, S. 395, 415, 421.

17 Vgl. insbesondere die Entfaltung von vier Stufen technischer Rationalisierung, die *Habermas* (Theorie und Praxis, S. 246—251) als „beschränkte Rationalität" mit „verschwiegener Geschichtsphilosophie" kennzeichnet.

18 *Luhmann,* Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1 (11).

19 *Habermas,* Theorie und Praxis, S. 117 und 239; *ders.,* Erkenntnis und Interesse, S. 176.

20 *Albert,* Plädoyer, S. 121 Anm. 35.

auf eine metahermeneutische Theorie der „kommunikativen Kompetenz" und auf Ideologiekritik[21]. Bei der Technokratiediskussion geht es im Kern um das Problem der Rechtfertigung von Entscheidungen und Entscheidungsprämissen aus dem gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang. Dieses Anliegen ist berechtigt, denn insbesondere die Prämissenwahl geschieht bei formalen Methoden oft unreflektiert. Mustert man jedoch die ideologiekritischen Gegenvorschläge durch, stößt man bald auf die dogmatische Bedingung der Anerkennung einer politischen Gesellschaftstheorie[22], deren Bevorzugung ebenfalls auf einer bestimmten Auswahlentscheidung beruhen muß. Erst nach dieser Vorentscheidung kann eine Argumentation auch für Außenstehende fruchtbar erscheinen, obwohl selbst dann die Intersubjektivität nur Subjektivität und keine objektive Wahrheit garantiert. Im Prinzip weist deshalb die Technokratiediskussion keinen Weg, objektive und formale Rationalität zu verknüpfen, sondern höchstens Möglichkeiten, technokratisch bedingte Verkürzungen der formalen Rationalität zu erkennen und zu entschärfen. Zumindest verfügt die Ideologiekritik über kein eigenes methodisches Verfahren, das den Einsatz von EDV ermöglichte[23].

Technologisch bedingte Verkürzungen formalrationaler Entscheidungen lassen sich systemimmanent aufheben, sobald eine Verkürzung als „Verkürzung" erkannt ist und eine stillschweigende Voraussetzung in eine bewußte Voraussetzung umgewandelt wird. Der Anstoß dazu muß von außen kommen. Es gibt eine Skala von verschiedenen Ansatzpunkten zur Verbesserung der Objektivität. Sie reicht von bestimmten Definitionen der Begriffe „Ideologie", „Wissenschaft", „Methode" — ein vielgeübtes Verfahren, um die Anerkennung von Aussagen als Argumente zu vergrößern[24] — über verstärkte intersubjektive Zieldiskussionen mit vereinbarter Verbindlichkeit bis (im rechtlichen Bereich) zur Rückbeziehung der Normbedeutung auf soziale Gruppenansprüche und bestmögliche Rechtsfolgenzuordnung in einer bestimmten Situation.

21 *Gadamer,* Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik, S. 303; *Habermas,* in: *Habermas/Luhmann,* Theorie der Gesellschaft, S. 107, 180, 213, 220, 225, 242.

22 *Loos,* Wert- und Rechtslehre, S. 68; *Gadamer,* Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik, S. 308 ff. Im Gegensatz dazu will Popper eine „Ethik aus dem Sein" entwickeln, vgl. dazu *Müller-Schmid,* Philosophie, in: ARSP Bd. 56 (1970), S. 123 (133).

23 Gleiches gilt auch für den Funktionalismus (Systemtheorie), der die „Systemrationalität" (als Gegensatz zur Einzelfallrationalität, vgl. *Luhmann,* Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 7) ebenfalls nicht operationalisierbar definiert. Deshalb scheint es wenigstens unter dem EDV-Aspekt keinen anderen Ausweg zu geben, als grundsätzlich auf die Methodologie Poppers zurückzugreifen und sich auf deren Kritik zu beschränken.

24 Vgl. *Gil-Cremades,* Rechtstheorie, in: ARSP Bd. 56 (1970), S. 1 (24 f.); *Stegmüller,* Probleme und Resultate, Bd. I, S. 187 Anm. 23.

Formale Entscheidungsrationalität bleibt eine notwendige Voraussetzung für EDV. Sieht man ihre Grenzen und betrachtet man den Computer nicht bloß als Instrument technokratischer Herrschaft, sondern als Instrument „sozialen Ehrgeizes", das der Verwirklichung rechts- und sozialstaatlicher Prinzipien dienen und mittelbar die Interessen- und Machteinflüsse offenlegen kann[25], dann ist schwerlich einzusehen, warum die maschinelle Unterstützung rechtlicher Entscheidungsfindung als ideologisch, positivistisch oder technokratisch gelten soll. Die Schwierigkeit besteht vielmehr darin, entscheidungsfähige Prinzipien auch für das Wert- und Informationssystem zu entwickeln. Dabei soll nicht verkannt werden, daß formal-rationale Entscheidungen „objektiv falsch" und formal-irrationale (zufällige, gewohnheitsmäßige, reaktive, adaptive) Entscheidungen „objektiv richtig" sein können; das Gegenteil ist allerdings wahrscheinlicher.

Für rationales Entscheidungsverhalten gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Man kann entweder das Wissen vertiefen und die Einsichtsfähigkeit erhöhen oder den Weg kennzeichnen und die Methode offenlegen[26]. Der Datenverarbeitungsaspekt betrifft vor allem die zweite Alternative. Wenn juristische Entscheidungen wegen ihrer Bedeutung und Erzwingbarkeit methodisch-rational und nicht gefühlsmäßig-intuitiv getroffen werden sollen, stellt sich die Frage, ob dies zu einem Neodezisionismus mit technokratischen Komponenten führt. Das muß vor allem im Vergleich zur gegenwärtig praktizierten Methode juristischer Entscheidungsfindung beantwortet werden.

25 *Fiedler*, Automatisierung im Recht, in: JuS 1971, S. 67 (71).
26 *v. Neumann/Morgenstern*, Spieltheorie, S. 9.

2. Teil

Die Methodik juristischer Entscheidungen

I. Analyse rechtsdogmatischer Entscheidungsmodelle

Ebenso wie eine allgemein anerkannte Rechtstheorie fehlt als ihr Bestandteil ein geschlossenes Entscheidungsmodell, das präskriptiv oder deskriptiv als Muster für die Rechtspraxis gelten könnte. Es gibt vielmehr ein ganzes Arsenal von Grundsätzen, Prinzipien, Ratschlägen und Methoden, die sich ergänzen und nicht selten widersprechen. Die Ursachen scheinen im Verständnis von Recht als „verstehende" Geisteswissenschaft und in einer besonderen Auffassung über die Aufgabe einer „Theorie" zu liegen. Im Recht hat „Theorie" vor allem die Bedeutung von heuristischem Explikationsversuch[1], von nachträglicher Systematisierung der Praxis, von beliebig austauschbaren, „vorfabrizierten Qualifikationen"[2], nicht aber, wie in anderen Wissenschaften, die Bedeutung von genereller Strukturierung verschiedener Erkenntnisstufen und schöperisch-geistiger Konstruktion[3]. Da sich Rechtswissenschaftler wenig für Theoriebildung und Theoriestruktur[4] interessieren, gibt es fast so viele Entscheidungsmodelle wie Rechtstheoretiker, die sich mit dem Problem beschäftigen.

Ein historischer Rückblick könnte sehr leicht die engen Abhängigkeiten zwischen juristischen Entscheidungsmethoden, instrumentellen Rechtsfindungstechniken und den politisch-sozialen Verhältnissen aufzeigen[5], Unterschiede

1 Beispielsweise die Willens-, Erklärungs-, Täter-, Teilnahmetheorie oder — besonders eindrucksvoll — die „Theorien" zum Begriff „Wegnahme" in § 242 StGB: Kontrektations-, Apprehensions-, Ablations- und Illationstheorie.

2 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 53. Ferner *v. Hippel*, Rechtstheorie, S. 40; *Wagner*, Theorie der Rechtswissenschaft, in: JuS 1963, S. 457 f.

3 Dies gilt unabhängig davon, ob die anderen Wissenschaften einen ontologisch-normativen, einen deduktiv-empirischen oder einen dialektisch-historischen Theoriebegriff haben; vgl. *Klaus*, Semiotik, S. 155; *Narr*, Theoriebegriffe, S. 41 ff.; *Popper*, Logik der Forschung, S. 31, 198 ff.; *Topitsch*, Logik der Sozialwissenschaften, S. 294. — Interessant erscheint vor allem ein Vorschlag von *Hartmann* (in: Linguistische Berichte, Heft 11 (1971), S. 61 [63]) zu sein, die levelspezifischen Theoretica in vier Strukturierungsstufen zu erarbeiten.

4 Vgl. vor allem *Bocheński*, Denkmethoden, S. 109; *Habermas*, Analytische Wissenschaftstheorie, S. 155 (157 ff.); *Leinfellner*, Struktur und Aufbau, S. 5, 27, 98, 176 f.; *Popper*, Logik der Forschung, S. 31, 76, 198 ff.

5 Dazu *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 568 ff.; *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 75 ff.; *Klüver/Priester/Schmidt/Wolf*, Rechtstheorie, S. 4 ff.; *Troje*, Wissenschaftlichkeit und System, S. 63 (69 ff.).

mit den jeweiligen Auffassungen von Recht und den Staatsfunktionen und der Betonung von historischem oder aktuellem, subjektivem oder objektivem, dogmatischem oder sozialem, semantischem oder pragmatischem Entscheidungsverhalten begründen. Hier sollen aber nur die „wichtigsten", also meistzitierten gegenwärtigen Aussagen zur Methodik der juristischen Entscheidung auf ihre Implikate hinsichtlich des Wissenschaftsbegriffs, der Entscheidungsprinzipien sowie der Rolle des Entscheidungsträgers untersucht werden.

1. Betti

Der italienische Jurist Betti hat in Anlehnung an die Phänomenologie (Husserl) und die materiale Wertethik (Hartmann, Scheler) eine juristische Hermeneutik entwickelt, die Verstehen, Auslegung und Anwenden als Bestandteile eines einheitlichen hermeneutischen Vorgangs auffaßt[6]. In Deutschland gilt Gadamer[7] als Hauptverfechter dieser Ansicht, die besonders nach dem zweiten Weltkrieg als Reaktion gegen den Gesetzespositivismus großen Einfluß auf die Methodenlehre gewann[8] und noch heute den „Nährboden"[9] für die juristischen Auslegungsmethoden abgibt.

Am aufschlußreichsten für die Beurteilung der juristischen Hermeneutik als Methode ist die Rolle des Entscheidungsträgers (des „Interpreten"). Von ihm wird „Sinn für Objektivität" verlangt, die es verbiete, „vom geltenden

6 Zitiert wird hauptsächlich die neueste Veröffentlichung *Bettis* „Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft" in der Engisch-Festschrift (1969), die das Hauptwerk „Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften (italienisch 1955, deutsch 1967) zusammenfaßt. — Sekundärliteratur: *Gil-Cremades*, Rechtstheorie und Rechtspraxis, in: ARSP 1970, S. 1 (35—38); *Hinderling*, Rechtsnorm und Verstehen, S. 32—54.

7 Wahrheit und Methode, 2. A. Tübingen 1965.

8 Anhänger sind u. a. *Canaris* (Systemdenken, S. 147: Recht ist keine Handlungswissenschaft, sondern eine Wissenschaft vom Verstehen); *Coing* (Juristische Auslegungsmethoden, S. 25: Die Hermeneutik ist eine echte Theorie, weil sie „die Voraussetzungen der juristischen Interpretationsmethode klärt und den Charakter der Jurisprudenz als angewandte Geisteswissenschaft mit ihren Besonderheiten deutlich macht"); *Engisch* (Einführung, S. 85 ff.); einschränkend *Esser* (Vorverständnis und Methodenwahl, S. 118 und 136 f.); *Larenz* (Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (450): „Einen Text verstehen heißt den darin ausgedrückten Gedanken in seiner vollen Reichweite und Begrenzung erfassen und präzisieren"). — Umfangreiche Nachweise zur juristischen Hermeneutik finden sich bei *Henrichs*, Bibliographie der Hermeneutik, Spalten 365—416.

9 *Raisch*, Verwendung von Datenverarbeitungsanlagen, in: JZ 1970, S. 433 (435).

Recht abzusehen" und von normativen auf soziale Wertungen überzugehen[10]. Dem Interpreten obliegt es, „die Interessentypen zu ermitteln, die Gegenstand der gesetzlichen Regelungen wurden". Derartige Interessen bilden zum großen Teil „Sinnformen", die eigenen Gesetzen unterworfen sind und die noch vor der rechtlichen Regelung wirken[11]. Also muß vor allem durch historische Auslegung der „ursprüngliche" oder „subjektive" Sinn zurückverfolgt werden und stets den Ausgangspunkt bilden. „Auslegung", sagt Betti, „ist eine Geistesbemühung, die darauf abzielt, sinnhaltige Formen zu ermitteln, die Quellen rechtlicher Wertungen sind oder die den Gegenstand solcher Wertungen bilden"[12]. Da nach Betti Handlungsmaximen durch Auslegungen der Gesetze gewonnen werden, Handlungsmaximen aber ihrerseits auf dem Weg der „Applikation" ausgelegt werden, ergibt sich ein hermeneutischer Zirkel, der durch „Verstehen" der Anforderungen einer sozialen Ordnung und — was einigermaßen überrascht und in der Rezeption von Bettis Hermeneutik unerwähnt bleibt — durch Berücksichtigung der praktischen Rückwirkungen und Reaktionen aufgelöst werden soll[13]. Wie die praktischen Rückwirkungen festgestellt werden können, sagt Betti allerdings nicht. Der „immerwährende Wandel" der Rechtsordnung findet zwar statt, scheint sich aber prinzipiell unabhängig von menschlichen Entscheidungen über Ansichten, Interessen, Motive, Handlungen und Konflikte zu vollziehen. Der Wandel setzt hauptsächlich Interesse am Verstehen sowie Aufmerksamkeit, Aufgeschlossenheit und Selbstverleugnung[14], also eine psychologische Identifizierung mit dem Text voraus.

Dogmatische Hilfsoperationen dienen der „begrifflichen Darstellung des Rechtsphänomens", der Aufdeckung des „Wirkungszusammenhangs" und der „Konstruktion" der Entscheidungsbegründung. Betti meint, „kein Rechtssystem wäre ohne Rechtsdogmatik für einen Juristen vorstellbar und kein Urteil einleuchtend"[15]. Die Frage, worauf es beruht, daß ein dogmatisch begründetes Urteil nur Juristen(!) einleuchtet, vertieft Betti ebensowenig wie das Problem, woran man erkennt, ob sich dogmatische „Leitbegriffe" als Operatoren „bewähren" und sich als „geeignet erweisen, den normativen

10 *Betti*, Problematik der Auslegung, S. 205. — Für *Coing* (Juristische Auslegungsmethoden, S. 18) bildet „die Objektivität der Einstellung, jener erste Canon der Hermeneutik", „ganz sicher die Grundlage der Jurisprudenz als Wissenschaft".

11 Problematik der Auslegung, S. 206.

12 Problematik der Auslegung, S. 208.

13 Problematik der Auslegung, S. 209 f.

14 Allgemeine Auslegungslehre, S. 191 ff. Diese Haltung („kongeniale Geistesanlage") wird durch Erziehung und Erfahrung ausgebildet, Allgemeine Auslegungslehre, S. 603.

15 Problematik der Auslegung, S. 213.

Gehalt und den Stil der erforschten Rechtsordnung ins Licht zu rücken, also die richtige Qualifikation der typischen Tatbestände zu ergeben"[16]. Lediglich die „unvollendbare Auseinandersetzung unter den Juristen"[17] scheint eine gewisse Schranke für den Subjektivismus zu bilden.

Im wesentlichen bietet also die juristische Hermeneutik, die Betti parallel zur theologischen Hermeneutik entwickelt, keine Methode, sondern eine „Kunst" der Auslegung oder Gedanken zur Theorie einer Methode mit einem unsystematisierten Katalog von Forderung und Rezepten für das „richtige Verstehen", ohne aber überprüfbare Kriterien für die Richtigkeit des Verstehens festzulegen. Betti verlangt vom Interpreten das Einrücken in ein intersubjektiv nicht nachprüfbares Überlieferungsgeschehen:

„Bei der immerwährenden Dialektik zwischen dem ewigen Bestand der Werte in ihrer Kontinuität und der Zufälligkeit der historischen Zeitlagen, die zur Grundlage für die gesamte Dynamik des Rechts wird, obliegt es heute den Pflegern der Rechtswissenschaften, mit dem Beispiel der Toleranz voranzugehen, also eine moralische Aufgeschlossenheit und Weite der Gesinnung zu bewahren, die sie einerseits vor jeder kritiklosen Willfährigkeit gegenüber herrschenden offiziellen Auffassungen und zufälligen Modeströmungen behütet, die andererseits das Rechtsstudium auch der freien Bewegung der entgegengesetzten Bestrebungen und Interessenwertung zugänglich macht, ebenso in der Einstellung auf Bewahrung der historischen Kontinuität, als auch im Sinne der Entwicklung nach Forderungen der Zukunft"[18].

Diese Zusammenfassung des Programms der „verstehenden Rechtsauslegung" macht die Unmöglichkeit deutlich, die abstrakten Gesichtspunkte des hermeneutischen Verfahren in einen formallogischen Begründungszusammenhang zu bringen. Konsequent lehnt Betti denn auch das „Informationsinstrumentar der Kybernetik" ausdrücklich ab und betrachtet sie als „eine symptomatische Erscheinung des physikalisch-mathematischen Materialismus, die im Dienste der Massenzivilisation steht" und lediglich ein Verfahren außerhalb der „höheren Sphäre des Geistes" bereitstellt[19].

Bettis juristische Hermeneutik bleibt insgesamt eine „Kunstlehre des Verstehens schriftlich fixierter Lebensäußerungen"[20], die historische Überlieferung als Hauptobjekt wissenschaftlicher Betätigung ansieht, die das wirkliche Geschehen im Auslegungsprozeß kaum erfaßt und die den Einfluß von Informationen auf den Auslegungsprozeß überhaupt nicht relativieren kann.

16 Problematik der Auslegung, S. 213.
17 Problematik der Auslegung, S. 222.
18 Problematik der Auslegung, S. 219.
19 Allgemeine Auslegungslehre, S. 135 f. — Auf die Kritik bezüglich der Anwendbarkeit der philosophisch-theologischen Hermeneutik auf juristische Probleme (dazu vor allem: *Radbruch,* Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, S. 355 ff.) geht Betti nicht ein.
20 *Dilthey,* Entstehung der Hermeneutik, S. 332 f.; ebenso *Habermas,* Universalitätsanspruch, S. 82 (hermeneutisches Verstehen läßt sich nicht zu einer wis-

2. Esser

Wie kaum ein anderer hat Esser mit seinen beiden Monographien „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts" sowie „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung" zur Methodendiskussion innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft beigetragen und die „hergebrachten Vorstellungen über juristische Rationalität schockiert"[21]. Im Mittelpunkt seiner Kritik an der akademischen Methodenlehre stehen zwei Thesen: Erstens die Untrennbarkeit von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung und zweitens die Steuerungsfunktion des subjektiven Vorverständnisses für die Vernünftigkeit einer Entscheidung.

Die These von der qualitativen Identität von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung richtet sich gegen diejenige Auffassung von Dogmatik, die jede Entscheidung im begrifflich geschlossenen Rechtssystem deduzierbar verankert sieht. Anhand zahlreicher, im Gesetz nicht festgelegter, aber von Juristen „entdeckter" Prinzipien zeigt Esser, daß nicht der Gesetzestext, sondern die von der „communis opinio doctorum" anerkannten Gerechtigkeitsprinzipien das Entscheidungsverhalten steuern[22]. Nicht die formale Norm, sondern ihr Prinzipiengehalt sei das Wesentliche[23]. Esser unterscheidet axiomatische Prinzipien (Beispiel: Vertragsfreiheit), problemorientierte Prinzipien (Beispiel: Vertrauensprinzip) und dogmatisierte Prinzipien (Beispiel: Abstraktheit des Erfüllungsgeschäfts)[24]. Alle Prinzipien haben „keinerlei deduktiv brauchbaren Systemgehalt" und können der „konkreten Interessenwertung in nichts vorgreifen"[25].

Der praktische Vorrang von Prinzipien gegenüber Gesetzen begründet zugleich die allseitige Notwendigkeit von Richterrecht, denn nur eine „recht kurzsichtige positivistische Taktik" unterschiebe den Gesetzen alle Ergebnisse der „heimlichen Rechtsfortbildung" als „unerkannte Weisheit des Gesetz-

senschaftlichen Methode, sondern höchstens zu einer Kunst ausbilden); *Lorenzen*, Normative Logics, S. 21 (Hermeneutik hält nicht nach Theorien Ausschau, sondern versucht zu verstehen: die Menschen, die Welt, die Kunst, die Sprache, eigentlich alles); *Stegmüller*, Probleme und Resultate Bd. I, S. 362 ff. (Hermeneutik ist ein „heuristisches Verfahren, um zu gewissen psychologischen Hypothesen zu gelangen, die man dann als Prämisse eines erklärenden Argumentes verwenden kann"). Vgl. ferner einerseits *Albert*, Plädoyer, S. 140; andererseits *Apel*, Szientismus, S. 17, 29; *Böhler*, Rechtstheorie, S. 104.

21 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 8.

22 Grundsatz und Norm, S. 24 f.

23 Grundsatz und Norm, S. 50 f.

24 Grundsatz und Norm, S. 48. — „Axiomatisch" versteht er allerdings nicht im Sinne der mathematischen Logik, wodurch die Abgrenzung zu den problemorientierten Prinzipien unklar erscheint.

25 Grundsatz und Norm, S. 308.

gebers"[26]. Richterrecht ist für Esser „ein funktionell normaler und notwendiger Teil der Rechtssatzbildung"[27].

In der Tat bestehen keine überzeugenden Kriterien für die eindeutige Zuordnung von Rechtsproblemen entweder zur Klasse der Fälle, für die das Gesetz eine fertige Lösung bereithält, oder zur Klasse der Fälle, in denen dies nicht möglich ist, in denen also eine „Gesetzeslücke" besteht. Eine Lücke entdeckt deshalb nur, wer sich bereits zuvor gegen die Subsumierbarkeit entschieden hat. Ohne Zuordnungskriterien läßt sich jedoch auch keine Grenze zur Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung markieren, so daß zwischen beiden Entscheidungstypen kein qualitativer, sondern höchstens ein gradueller Unterschied festgestellt werden kann.

Insoweit argumentiert Esser überzeugend. Problematisch erscheint jedoch das Verfahren, wie es zur Aufstellung und Berücksichtigung von Entscheidungsprinzipien als „geschützte Elemente des positiven Rechts"[28] kommt. Darüber macht Esser nur kurze Ausführungen: Die Prinzipien sind nur dann positives Recht und nicht bloß unverbindliche Maximen, wenn sie sich durch rechtsbindende Akte „der Legislative, der Jurisprudenz oder des Rechtslebens" Geltung verschafft haben[29]. Nun kann die Legislative die Prinzipien nur durch Transformation in Gesetze aufnehmen, mit denen die Prinzipien aber gerade konkurrieren sollen. Ferner dürften die Prinzipien der Jurisprudenz und des Rechtslebens sich weitgehend mit den dogmatischen Systematisierungsversuchen und den Leitsätzen der Rechtsprechung decken. Wenn dies aber zutrifft, sind Essers Prinzipien bereits voll im dogmatischen System integriert und — wie er selbst sagt — von der Rechtsfindungsmethode in einer gegebenen Rechtsverfassung abhängig[30]. Im Kern handelt es sich also um eine veränderte Begründung der unveränderten Dogmatik. Die Veränderung besteht, wie Esser vor allem in „Vorverständnis und Methodenwahl" ausführt, in der topischen Konsensbegründung bezüglich der Prinzipien im Rahmen einer autonomen Dogmatik[31].

Bleibt für Esser „Dogmatik" eine notwendige „heuristische Methode der Entscheidungsfindung", die Entscheidungen nicht vorab steuern kann[32], so verwundert es nicht, wenn er formale Entscheidungsmethoden einschließlich

26 Grundsatz und Norm, S. 10 f.
27 Grundsatz und Norm, S. 23.
28 Grundsatz und Norm, S. 132.
29 Grundsatz und Norm, S. 132 ff.
30 Grundsatz und Norm, S. 69.
31 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 154 Anm. 33. — Esser spricht auch vom „Kreislauf zwischen topischem und doktrinärem Denken" (Vorverständnis und Methodenwahl, S. 156).
32 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 16, 92, 147.

der formalen Logik für die von ihm geforderte[33] rationale richterliche Überzeugungsbildung ablehnt[34], den aristotelischen Syllogismus als juristische Schlußweise allein anerkennt[35] und eine spezielle „juristische Sachlogik" als Richtigkeitskontrolle fordert. Als Vernunftinstanz fungiert das innerjuristische „Vorverständnis"[36], in welchem Esser die Wertungsproblematik, die rechtspolitischen Überlegungen und die Konsensbildung ansiedelt. Das Vorverständnis relativiert in der Tat die scheinbar vorhandene Eigengesetzlichkeit juristischer Denkfiguren und führt damit zur nächsthöheren Rationalitätsstufe. Darin liegt ein anerkennenswerter Vorzug. Mit der Kategorie „Vorverständnis" läßt sich jedoch nur eine Abhängigkeit benennen, nicht aber rechtfertigen. Esser macht zwar die Tragweite des Vorverständnisses einsichtig, schlüsselt aber weder dessen Komponenten auf noch hinterfragt er deren Berechtigung noch erklärt er, wie es zu Veränderungen im Vorverständnis kommt[37] oder — dogmatisch ausgedrückt — wie „Fehler" in der Normanwendung feststellbar sind[38]. Im Grunde vertraut Esser auf einen hermeneutischen Kommunikationsprozeß der Entscheidungsträger, in welchem sich das Sachargument durchsetzt. Qualität und Kontrolle der Sachargumente lassen sich deshalb auch nur hermeneutisch, nicht aber analytisch begründen.

Esser gebührt das Verdienst, die unrealistische Rechtsfindungsdoktrin auf eine erste Reflexionsstufe gebracht zu haben, von der aus Entscheidungen relativiert werden können. Für die Analyse des gesamten Entscheidungsprozesses bedarf es jedoch wesentlicher Ergänzungen.

3. Kriele

Krieles Konzept der juristischen Entscheidung, wie er es in seiner Habilitationsschrift „Theorie der Rechtsgewinnung" entwickelt, soll zur Theorie der juristischen Interpretationsmethoden beitragen. Die gründliche Analyse des bestehenden Entscheidungssystems bleibt allerdings im Ertrag für ein bewußtrationales Entscheidungsverhalten gering, weil Kriele die juristische Methodik als „Kunstlehre" und nicht als „Wissenschaft" auffaßt[39]. Ihn inter-

33 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 145, 151.
34 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 20, 31, 47, 51, 60, 66, 70, 102, 104 ff., 108.
35 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 45 ff., 59 ff., 71, 76 (einschränkend), 102, 103 (einschränkend).
36 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 12.
37 Mit „Zeitwandel" (Vorverständnis und Methodenwahl, S. 51 Anm. 15) läßt sich eine Veränderung nicht erklären.
38 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 56.
39 „Die juristische Methodenlehre ist eine Kunstlehre und keine abstrakte Wissenschaft" (Rechtsgewinnung, S. 46), und die Verantwortung des Richters „ist nicht

essieren nicht Fragen der Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Kontrollierbarkeit von Entscheidungen, sondern die kunstgerechte Bildung von „Normhypothesen" und „richtigen Obersätzen". Seine Betonung der Präjudizien weist starke Parallelen zu Essers Entscheidungsprinzipien auf[40].

Kriele geht zutreffend davon aus, daß in der Rechtsordnung nicht nur eine, sondern „mehrere juristische Entscheidungsmöglichkeiten bestehen"[41] und beispielsweise die Kodifikation des BGB „mehr Probleme offen läßt als löst"[42]. Nachdem Krieles Versuch, die verschiedenen Interpretationselemente (grammatische, logische, historische, systematische, genetische, komparative und teleologische Auslegung) in eine hierarchische Ordnung zu bringen, fehlschlagen mußte, weil sich auf diese Weise die jeweils dazwischentretenden rechtspolitischen Wertungen nicht ausklammern und keine „Algorithmen" für eine „richtige Entscheidungen" auffinden lassen[43], präzisiert er die Stadien der Rechtsgewinnung auf dem Hintergrund der Verfassungsinterpretation. Allerdings versucht er zuvor, die juristische von der politischen Argumentation abzugrenzen, was deshalb überrascht, weil an der Untrennbarkeit bereits sein Interpretationsstufenkatalog gescheitert war. Auch hier gelingt keine eindeutige Trennung, sondern höchstens eine Gewichteverteilung: Das Kriterium der verfassungsmäßigen Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz ist zwar unbestreitbar, aber weder intensional noch extensional gesichert, und die „präsumptive Bindung an Präjudizien"[44] erscheint — abgesehen von der mangelnden gesetzlichen Verankerung — deshalb zweifelhaft, weil die Anerkennung einer Präjudizienbindung bereits eine Entscheidung über die Anerkennung als Präjudiz voraussetzt. Solange dafür aber kein Maßstab besteht, lassen sich stets wahlweise die Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit des gerade zu entscheidenden Falles hervorkehren, wodurch die Bindungsthese leerläuft.

Zutreffend sieht Kriele die „zielgerichtete Festlegung der Begriffe" für die Gewinnung des Obersatzes als Hauptproblem der Rechtsgewinnung an[45]. Er versucht dies „rational" durch Bildung von Rechtsnormen-Hypothesen

an der wissenschaftlichen Richtigkeit, sondern an der Gerechtigkeit orientiert" (Rechtsgewinnung, S. 41).

40 Das hebt *Esser* selbst mehrfach hervor: Vorverständnis und Methodenwahl, S. 12, 24 f.

41 Rechtsgewinnung, S. 53.

42 Rechtsgewinnung, S. 209.

43 Rechtsgewinnung, S. 85, 96. — Kriele verknüpft den Begriff „Algorithmus" merkwürdigerweise mit dem Dogma der einzig richtigen Entscheidung, während er exakt nur die (ethisch neutrale) schrittweise, formale Umformung einer abgeschlossenen Zeichenreihe bedeutet.

44 Rechtsgewinnung, S. 195.

45 Rechtsgewinnung, S. 197.

aufgrund des berühmten „Hin- und Herwanderns des Blickes“[46] zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnorm zu erreichen. Aber auch mehrfaches „Hin- und Herwandern“ mit Hilfe der Normhypothese steigert nicht die Rationalität der Begriffsfestlegung, sondern bleibt ein Appell an die intuitiv-assoziative Erfahrung des Juristen, ohne die entscheidenden Denkschritte aufzuschlüsseln.

Das Problem der Denkschritte „löst sich“ keineswegs schon durch Abwägung der „Gefahren für das Allgemeininteresse oder für das relativ fundamentalere von konkurrierenden Gruppeninteressen“, also durch teleologische rechtspolitische Argumentation, für die sich „möglichst viele gemeinsame Merkmale“ in einem Normssatz auffinden lassen müssen[47]. Abgesehen von der Schwierigkeit, solche Fundamentalziele festzustellen[48], strukturieren diese den Denkprozeß um so geringer, je fundamentaler sie sind. Wie Müller[49] bereits festgestellt hat, drängt Kriele damit die Detailprobleme der Rechtsgewinnung zugunsten einer sekundären Legitimation der Normbehandlung und der Ergebnisse zurück. Das wird besonders deutlich in der Zusammenfassung der Richtigkeitskriterien einer (verfassungsrechtlich) „methodisch richtigen“ Entscheidung; die Kriterien sind so umfassend oder vage, daß sich schwerlich ein Fall finden lassen dürfte, der ihnen nicht genügte[50].

Die entscheidungstheoretische Relevanz von Krieles Beitrag scheint gerade darin zu liegen, was Forsthoff und Larenz an ihm kritisieren[51]: Die Betonung der rechtspolitisch-teleologischen, nur von der Rechtsetzungsprärogative der Legislative begrenzten Entscheidungstätigkeit der Rechtsprechung sowie der Einbeziehung der erwarteten Konsequenzen eines „Normvorschlags“. Dagegen vernachlässigt Kriele die vorauszusetzenden methodischen Einzelschritte des Entscheidungsverfahrens.

46 *Engisch*, Logische Studien, S. 15. — Krieles Ausdruck „Normhypothese“ ist mißverständlich; es handelt sich nämlich nicht um eine Hypothese bezüglich einer Norm, sondern um eine Hypothese über die Relevanz des Sachverhalts, also um eine Sachverhaltshypothese. Sie scheint für Kriele Verknüpfungsfunktion zwischen Sein und Sollen zu haben, vgl. Rechtsgewinnung, S. 200, 204.

47 Rechtsgewinnung, S. 207 f.

48 Vgl. *Schwerdtner*, Rechtswissenschaft, S. 67 (77); *Arrow*, Social Choice, S. 9 ff.

49 *Friedrich Müller*, Theorie der Praxis, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 154 (160); ähnlich *Adomeit*, Methodenlehre, in: ZRP 1970, S. 176 (177).

50 Vgl. Rechtsgewinnung, S. 315, Leitsatz 21. — Vor allem ist der methodische Abgrenzungswert der Präjudizien zweifelhaft, wenn die Entscheidung unabhängig davon methodisch richtig sein soll, ob die präjudizielle Rechtsauffassung zugrunde gelegt, abgeändert oder preisgegeben wird.

51 *Forsthoff*, Besprechung von Kriele, in: Der Staat 1969, S. 523 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 325.

4. Larenz

Als repräsentativ für die praktizierte Methode der juristischen Entscheidung im deutschen Recht kann die Methodenlehre von Larenz gelten. Sie wird in der höchstrichterlichen Rechtsprechung am meisten zitiert und sieht sich dadurch ihrerseits bestätigt. Die zahlreichen sozialwissenschaftlichen Methodenbeiträge der letzten Jahre haben bei ihr höchstens zu Akzentverschiebungen, dogmatischen Verfeinerungen und Abgrenzungsversuchen, nicht aber zu inhaltlichen Neuüberlegungen geführt. Dies wird nicht nur bei einem Vergleich der ersten und zweiten Auflage seiner „Methodenlehre" (1960 und 1969) deutlich, sondern auch in seinem jüngsten Aufsatz „Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz" (1971) und durch die Arbeiten seiner Schüler Canaris und Diederichsen[52].

Die juristische Entscheidung ist für Larenz das methodologisch uninteressante Nebenprodukt von Interpretation und Subsumtion, das allenfalls in den — angeblich seltenen — Fällen der Lückenschließung und Rechtsfortbildung etwas in den Blick kommt. „Im dialektischen Prozeß der Rechtsanwendung" liefert normalerweise das Gesetz „als bereits Fertiges" dem Anwender die Anwendung als bloße „Subsumtion" der im Gesetz enthaltenen Norm[53]. Der „typische" Fall läßt sich im syllogistischen Schlußverfahren durch gesetzesanwendende Interpretation mit Hilfe der juristischen Auslegungsmethoden lösen[54]. Einen Fall als „typisch" oder „atypisch" zu erkennen, „verlangt eine sorgfältige Prüfung, Vergleichung, Vermittlung und Verknüpfung verschiedener Gesichtspunkte, der sich in umfassender Weise nur eine besondere Wissenschaft, eben die Jurisprudenz annehmen kann, die dazu ihre eigenen Methoden entwickeln und sie ständig verfeinern muß"[55]. Normanwendung bedeutet, „die ihr zugrundeliegende Bewertung unbewußt oder aber bewußt nachzuvollziehen"[56]. Für Larenz bleibt der Richter unabhängig von seinen persönlichen Wertungen im Interesse der Rechtssicherheit

52 *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964; *ders.*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969; *Uwe Diederichsen*, Traditionelle Logik für Juristen, in: Juristische Analysen 1970, S. 765—783.

53 Methodenlehre, S. 227 und 343; zur Kritik auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 190.

54 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (450).

55 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (451); Methodenlehre, S. 423 ff. Den Begriff „Jurisprudenz" verwendet Larenz synonym mit „Dogmatik" oder „dogmatischer Rechtswissenschaft" (vgl. Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (450), wobei auffällt, daß sich eine außerdogmatische Rechtswissenschaft oder Rechtstheorie anscheinend erübrigt und Rechtssoziologie, Rechtspolitik, Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte außerhalb der Jurisprudenz stehen.

56 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (452).

und Rechtsgleichheit an die vorgezeichneten Wertungen gebunden. „Zu selbständiger Eigenwertung ist er nur dort berufen, wo solcher Nachvollzug im Einzelfall nicht mehr möglich ist oder zur Entscheidung nicht ausreicht"[57]. Woran man erkennen kann, wann ein Nachvollzug unmöglich oder unzureichend sein soll, sagt Larenz allerdings nicht. Gerade davon hängt aber der Umfang der zulässigen Eigenwertung ab, weil sich die „vorgegebenen Bewertungsmaßstäbe" nicht selten sogar auf verfassungsrechtlicher Ebene widersprechen.

Larenz vertraut auf das „reiche Arsenal von Denkformen und methodischen Schritten", worunter er Savignys Elemente der Gesetzesauslegung sowie die typologische und die innersystematische Methode versteht[58], die alle „wenigstens bis zu einer gewissen Grenze eine rationale Nachprüfbarkeit ermöglichen". Die beliebige Auswahl unter diesen Methoden hält er geradezu für einen Garanten für möglichst „fallgerechte" Lösungen angesichts der sich immer weiter komplizierenden Lebensverhältnisse. Nur „Grenzfälle" überantwortet er „dem weithin irrationalen, nicht weiter zu begründenden Urteilsermessen des je zur Entscheidung berufenen Richters"[59].

Wie lassen sich aber Grenzfälle herausfinden? Hängen Rationalität und Irrationalität wirklich von der (wahlfreien) Berücksichtigung irgendeiner anerkannten dogmatischen Methode ab? Inwieweit sind diese Methoden überhaupt ergebnisrelevant? Solche Fragen, die nach der Stringenz von Ergebnissen zielen und für das Entscheidungsverfahren aufschlußreich wären, verfolgt Larenz nicht weiter, sondern umgeht sie mit einem Durchgriff auf den besonderen Charakter der Jurisprudenz als Wissenschaft.

Die Jurisprudenz (nicht etwa: ihre Theorie oder Methode) fungiert als rationale Komponente im Prozeß der Rechtsverwirklichung[60]. Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz beruht auf der Zugehörigkeit zu den hermeneutisch verfahrenden Geisteswissenschaften und auf ihrem methodenbewußten Erkenntnisstreben. Beide Argumente bieten schwerlich allgemein überzeugende Begründungen, sondern eher Nachrationalisierungen, um dem bekannten Verdikt Julius von Kirchmanns[61] zu entgehen.

Unter Berufung auf Betti, Coing und Gadamer schildert Larenz den hermeneutischen Prozeß so:

„Die einzelne Entscheidung ist rechtlich legitimiert, wenn sie ‚normgemäß' ist. Was ‚normgemäß' ist, sagt uns die Rechtswissenschaft. Deren Aussage ist rechtlich

57 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (452); Methodenlehre, S. 228 ff.

58 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (451); Methodenlehre, S. 423 ff., 450 ff. (Systembildung aufgrund „rechtlicher" Funktionszusammenhänge und Prinzipien).

59 Alle Zitate: Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (451).

60 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (450).

61 Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 25: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur".

legitimiert, wenn sie ‚wertungsgerecht' ist, d. h. übereinstimmt mit den der Regelung zugrunde liegenden Bewertungsmaßstäben. Welches diese Maßstäbe sind, wie weit sie eine bestimmte Auslegung und Entscheidung zu tragen vermögen, das sagt uns wiederum die Rechtswissenschaft"[62].

Woher „die Rechtswissenschaft" dieses Wissen nimmt, erklärt Larenz an der „Kreisbewegung des Denkens" im Prozeß des Verstehens von Rechtsnormen, der bei ihm eine Synthese zwischen Hegels Lehre vom „konkret-allgemeinen Begriff" und Savignys Methodenlehre darstellt[63]. „Wir haben den Text verstanden, wenn jedes Wort in seiner Bedeutung an dieser Stelle aus dem Zusammenhang eben dadurch vollkommen zu belegen ist"[64].

Das hermeneutische Verfahren wird nach Larenz ganz „offenbar von der Sache gefordert"[65]. Wie sich trotz der damit notwendig verbundenen, nie voraussehbaren und selten nachvollziehbaren subjektiven Wertungen seine zweite Begründung für den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz rechtfertigen läßt, bleibt offen: Larenz stellt einfach fest, daß die Jurisprudenz „in einem rational nachvollziehbaren Denkverfahren, planmäßig und methodisch, bestimmte Erkenntnisse zu erzielen strebt"[66] und zieht damit Parallelen zu formalen Entscheidungstechniken. Gleichzeitig wehrt er aber alle Bestrebungen ab, die in Richtung eines entsprechenden Rationalitätsgewinns gehen könnten. Ebenso verwirft er soziologische Erkenntnisse und Methoden als „sachfremd" und befürchtet von ihnen gar die Abschaffung der Jurisprudenz und einen Irrationalismus in der Rechtsfindung.

Für Larenz verfährt die praktizierte dogmatische Jurisprudenz optimal. Verbale Zugeständnisse an neuere Strömungen bleiben weitgehend konsequenzlos und werden in dogmatische Kategorien eingefangen[67]. Dadurch vermag Larenz an keiner Stelle zu Einsichten über den Einfluß von Informationen und Informationsverarbeitungsprozessen auf das Entscheidungsverhalten des Juristen vorzudringen. Die Redeweise von einem Problem, das „ein neues Aussehen" „bekommt", wenn „sich" in den Lebensverhältnissen „etwas Bedeutendes" geändert habe[68], übergeht schlicht die dazwischentretende Entscheidungstätigkeit des Juristen über das Wie, Wann und Warum.

62 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (452).
63 *Larenz*, Methodenlehre, S. 476.
64 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (453).
65 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (453).
66 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (452); Methodenlehre, S. 6.
67 Beispielsweise verschwindet die Forderung, die erwarteten Auswirkungen einer Entscheidung in Rechnung zu stellen, in der Kategorie der „teleologischen Auslegung": vgl. Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (454); ähnlich: Methodenlehre, S. 324 f. (gegen Kriele).
68 Aufgabe und Eigenart, in: JuS 1971, S. 449 (453).

5. Viehweg

Viehweg will in seiner vieldiskutierten[69] Abhandlung „Topik und Jurisprudenz" die Topik als geeignete „Techne des Problemdenkens"[70] für die Jurisprudenz nachweisen. Anknüpfend an die antike Disputierkunst und die „Topika" von Aristoteles versteht Viehweg unter „Topik" ein Verfahren, das „mehr oder weniger zufällige Gesichtspunkte in beliebiger Auswahl versuchsweise aufgreift", sobald der Jurist „auf ein Problem stößt"[71]. „Man sucht auf diese Weise sachlich passende und ergiebige Prämissen, um Folgerungen ziehen zu können, die uns etwas einleuchtend erschließen"[72]. Topoi dienen also der Problemerörterung und können der jeweiligen Situation entsprechend „helfend eingreifen"[73]. Die enge Problemgebundenheit verhindert allerdings „das ruhige logische Ausdenken nach rückwärts und vorwärts, also das Reduzieren und Deduzieren"[74]. „Hat sich ein Katalog zulässiger Topoi gebildet, ergibt sich für die weitere Gedankenführung, wie angestrebt, eine logische Bindung"[75]. Diese führt aber wegen der Problemabhängigkeit nur zu geringen Ableitungszusammenhängen[76]. Die Rechtfertigung der ausgewählten Topoi liegt für Viehweg in der Anerkennung durch einen „vernünftigen" Gesprächspartner; alles, „was in der Disputation durch Annahme ausgewiesen ist, ist als Prämisse zugelassen"[77].

Viehweg hält seinen „Denkstil" auch in der „Rechtsanwendung" und bei der „Interpretation des schlichten Sachverhalts" für brauchbar[78]. Bei der Rechtsanwendung ist es Aufgabe der Topik, die Menge der „nicht lösbaren" Fälle zugunsten der „lösbaren Fälle" zu verringern[79], bei der Interpretation des Sachverhalts soll sie die wechselseitige Annäherung zwischen Sachverhalt und Rechtsordnung ermöglichen und den Fall „im juristischen Sinne handlich machen"[80].

69 Umfangreiche Nachweise bei *Gil-Cremades*, Rechtstheorie und Rechtspraxis, in: ARSP Bd. 56 (1970), S. 1 (28 f.) und bei *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 311 (326 ff.).
70 Topik, S. 1, 17.
71 Topik, S. 20.
72 Topik, S. 20.
73 Topik, S. 20.
74 Topik, S. 23. Die Begriffe werden nicht in dem strengen Sinn der formalen Logik gebraucht; dazu: *Bocheński*, Denkmethoden, S. 75 und 101 (bei Bocheński geht die Induktion in der Reduktion auf, die Parallelen zur Abduktion i. S. von Peirce hat, vgl. *Habermas*, Erkenntnis und Interesse, S. 146 f.).
75 Topik, S. 25.
76 Topik, S. 25.
77 Topik, S. 26.
78 Topik, S. 61 ff.
79 Topik, S. 62.
80 Topik, S. 62.

Viehwegs „Denkstil" geht von einer Reihe ausgeklammerter Voraussetzungen aus, die mit einer phänomenologischen Sicht zusammenhängen. Er untersucht kaum, wie und warum sich ein juristisches Problem konstituiert, sondern beschreibt die Behandlung eines vorhandenen Problems aufgrund zufälliger Topoi, die sich im Gespräch mit zufälligen Partnern „bilden". Das juristische Problemlösungsverhalten gleicht so einem Prozeß, der nach nicht angebbaren, aber dennoch vorhandenen und auch brauchbaren Regeln abläuft. Außer der Zustimmung eines „vernünftigen" Gesprächspartners, die als Rechtfertigung von Topoi fraglich erscheint[81], gibt es keine Kontrollkriterien dafür, ob und in welchem Umfang ein „versuchsweise" aufgegriffener Gesichtspunkt durchdringt oder nicht.

Weiter gesteht Viehweg zwar zu, daß es für jedes Problem mehr als eine Antwort gebe[82], dennoch sieht er an keiner Stelle Entscheidungsprobleme, weil er jeden „Fall" anscheinend intuitiv für „lösbar" oder „nicht lösbar" hält. Tatsächlich liegt aber bereits in der Zuordnung eines Falles zur Menge der lösbaren oder nicht lösbaren Fälle eine Entscheidung. Wonach die sich richtet, bleibt bei ihm offen. Die Zuordnung geschieht jedenfalls nicht aufgrund von Topoi, denn sie dienen nicht als Entscheidungskriterien oder tragende Begründungselemente (Argumente), sondern nur als „griffbereites Repertoire" akzeptierter, rhetorisch-inventorischer Gesichtspunkte „ohne jede Systemabsicht und in lässiger Anordnung"[83]. Wieacker hebt deshalb treffend die Untauglichkeit der Topik im richterlichen Entscheidungsprozeß hervor und billigt ihr höchstens Bedeutung im advokatorischen Argumentieren zu[84].

Viehweg betrachtet die Topik — und nur sie[85] — als angemessenes Problemdenken und stellt ihr das Systemdenken gegenüber, das er verkürzend mit logisch-deduktiver Wissenschaft identifiziert[86]. Ein „deduktives System" hat seiner Meinung nach für die Jurisprudenz deshalb kaum Bedeutung, weil es die juristischen Problemstellungen nicht problemnah bewältigen könne[87].

81 Vgl. *Gil-Cremades*, Rechtstheorie und Rechtspraxis, in: ARSP Bd. 56 (1970), S. 1 (29). — Inwieweit die „Logische Propädeutik" von Kamlah/Lorenzen Ansätze für kontrollfähige Aussagen bieten kann, läßt sich derzeit noch nicht beurteilen.

82 Topik, S. 18.

83 Topik, S. 36.

84 Rechtsdogmatik, S. 311 (329).

85 Vgl. Topik, S. 61: „Das interpretative Denken muß sich im Stile der Topik bewegen".

86 Topik, S. 18. — Die Angriffe von *Canaris* (Systemdenken, S. 141 ff.) betreffen — entgegen dessen Meinung — nicht den Wissensaspekt, sondern nur den „System"-Aspekt (i. S. von Canaris).

87 Topik, S. 34, 77. — Unverständlich ist daher die Auffassung *Edelmanns* (Entwicklung der Interessenjurisprudenz, S. 79 Anm. 520), der in Viehwegs Topik

Offenbar denkt er vor allem an große axiomatische Systeme und weniger an kleine Teilsysteme. Allerdings beansprucht Viehweg nicht, mit der Topik eine wissenschaftliche Methode anzubieten. Er spricht stets von „prudentia", „techne", „ars", also von einer lebenspraktischen Kunst, die mit Sätzen operiert und nur unzulänglich logisch nachprüfbar, wenn auch immerhin diskutierbar sei[88].

Im Rahmen von kontrollierten Entscheidungsverfahren kann der Topik deshalb nur eine begrenzte Hilfsfunktion in der allerersten Phase zukommen. Sie kann bestenfalls Denkstarts für hermeneutische Problembehandlungen geben, aber wenig für beliebig nachvollziehbare Begründungszusammenhänge leisten. Sie verhindert sie geradezu. Darin mag derjenige einen Vorteil sehen, der die bestehende Fungibilität des Rechts erhalten will. Wer jedoch eine analysierbare wissenschaftliche Methode und nicht lediglich einen Denkstil sucht, kann bei der Topik nicht stehenbleiben. Viehwegs Ansicht, der topische Denkstil sei „bei einiger Beanlagung" „nachvollziehbar und trainierbar" und erreiche „als eingeübte geistige Attitüde hohe Grade von Verläßlichkeit"[89], vertraut zu sehr auf die einheitliche Sozialisation der Juristen und beurteilt die Ausgleichsmöglichkeit widerstrebender Interessen mit Hilfe der Topik zu optimistisch.

II. Prinzipien rechtsdogmatischer Entscheidungsmodelle

Die skizzierten Methodikvorschläge von Betti, Esser, Kriele, Larenz und Viehweg markieren einigermaßen repräsentativ den Spielraum für zahlreiche Varianten, die entweder einzelne Aspekte stärker hervorheben (Coing, Engisch, Müller)[90] oder einen bestimmten Objektsbereich betreffen (Adomeit, Hesse, Forsthoff)[91] oder verschiedene methodische Elemente verknüpfen

eine Reduktion auf „formallogische Richtigkeit" sieht und ihr „Logizismus" vorwirft. Mißverständlich auch *Klug* (Juristische Logik, S. 174 Anm. 461), der hinter der Topik logische und teleologische Axiome vermutet, die Viehweg nicht erwähnt. Unbewußte Axiome könnte man wahrscheinlich schlecht rekonstruieren.

88 Topik, S. 28, 63.

89 Topik, S. 53.

90 *Coing*, Rechtsphilosophie, S. 303 ff. sowie *Engisch*, Einführung, S. 77 ff. stützen sich auf die Methodenlehre Savignys; *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität, S. 170 f. hebt das typologische Normverständnis hervor.

91 *Adomeit* (Rechtsquellenfragen, S. 16 ff.) untersucht Rechtsbildungsfaktoren im Arbeitsrecht; *Hesse* (Grundzüge des Verfassungsrecht, S. 20 ff.) widmet sich den Prinzipien der Verfassungsauslegung und *Forsthoff* (Verwaltungsrecht, S. 151 ff.) behandelt die Auslegungsgrundsätze im Verwaltungsrecht. Forsthoff kann als letzter namhafter Vertreter einer absolutistischen Doktrin gelten. Er meint, die

(Wieacker, Zippelius)[92]. Alle Beiträge zur Methodik schließen Vorstellungen über die Funktion von Recht und Rechtswissenschaft meist stillschweigend ein, während die ausdrücklich darauf bezogenen rechtstheoretischen Auffassungen den Gesichtspunkt der methodischen Umsetzungen vernachlässigen[93] und deshalb die Entscheidungspraxis kaum beeinflussen. Die führenden rechtsdogmatischen Entscheidungsmodelle suchen induktiv-pragmatisch, nicht deduktiv-formal nach dem Begründungszusammenhang, obwohl sie die Norm und nicht den Sachverhalt in den Mittelpunkt stellen.

Zusammenfassend erscheinen fünf Monate für das Wissenschaftsverständnis der herrschenden Methodenlehre kennzeichnend: Der geisteswissenschaftliche Charakter der Jurisprudenz wird behauptet, aber nicht zwingend begründet; die Methodenvielfalt gilt nicht als Nachteil, sondern als Beweis für die unüberwindlichen Schwierigkeiten und die Vielfalt der Gesichtspunkte; die Gefahr widersprüchlicher Ergebnisse wird zwar gesehen, aber als in der Natur der Sache liegend betrachtet; die vorgeschlagenen Methoden verfügen weder über Anwendungs- noch über Kontrollbedingungen; die Relevanz neuer Informationen für den Entscheidungsprozeß bleibt dem Zufall überlassen. Daraus resultiert eine scheinbare neutralisierte Rolle des Entscheiders; denn wenn die Methode grundsätzlich die Ergebnisse determiniert und eine Kontvergenz von subjektiver und objektiver Wahrheit (Gerechtigkeit) vermutet wird, bleibt für individuelle Entscheidungen wenig Spielraum.

Wissenschaftstheoretisch aufschlußreich sind auch die allgemein verwendeten argumentativen Variablen ohne festen Stellenwert, die in juristischen Begründungszusammenhängen auftauchen und für Juristen überzeugend, für Nichtjuristen aber formalhaft und zufällig wirken. Dazu gehört die wahlweise Bezugnahme auf die objektive und subjektive Auslegungstheorie (Wille des Gesetzes oder Wille des Gesetzgebers), die Berufung auf die seit Savigny[94] und der Gemeinrechtswissenschaft herangezogenen vier Elemente der Auslegung (grammatische, logische[95], historische, systematische Auslegung), die Verwendung von jederzeit einfügbaren Standardschlüssen wie Analogie

Anerkennung eines Urteils als rechtmäßig „wird vermittelt durch die Autorität des Richters. Die Autorität des Richters ist die Autorität des Staates" (Der Staat der Industriegesellschaft, S. 130).

92 *Wieacker,* Rechtsdogmatik, S. 311 (316 ff.); *Wieacker,* Recht und Automation, S. 383 (397 ff.); *Zippelius,* Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971.

93 Dies gilt vor allem für die Ansätze zu einer politökonomischen Rechtstheorie *Wiethölters,* vgl. Funkkolleg, vor allem S. 26—41, 182—200, 246—321.

94 *Schulte,* Methodenlehre des jungen Savigny, S. 88 ff.

95 Das „logische" Element zielt auf die Gliederung des Gedankens im Normsatz, nicht auf formallogische Zusammenhänge.

(argumentum a simile), Umkehrschluß (argumentum e contrario), Erst-recht-Argumente (argumentum a maiore ad minus; argumentum a minore ad maius), das Kann-nicht-sein-Argument (argumentum ad absurdum) sowie verschiedene inhaltsleere technische Formulierungen (es ist kein Grund ersichtlich; einschränkende oder erweiternde Auslegung; Auslegung secundum, praeter, extra oder contra legem). Als Legitimation für eine beliebige Entscheidung eignet sich insbesondere die Klassifizierung einer Rechtsfrage als gesetzlich nicht geregelte „Lücke".

Teilweise wird versucht, die Rechtsdogmatik als kombinierten Theorie- und Methodikersatz in Anspruch zu nehmen. Dies geschieht durch Propagierung eines „axiologischen" Systems allgemeiner Rechtsprinzipien, für das die formale Logik aber nicht gilt und das dennoch konkrete Lösungen ermöglichen soll[96]. Damit scheinen die Anforderungen der Wissenschaftlichkeit erfüllt zu sein. Das dogmatische System als ein Theorieersatz erreicht allerdings weder die Vorteile einer rationalen Wissenschaft (Widerspruchsfreiheit, Kontrollierbarkeit, Evidenz der Begründung) noch schließt es deren Nachteile aus (mangelnde Berücksichtigung ethischer, moralischer und politischer Gesichtspunkte). Wieacker definiert Rechtsdogmatik deshalb zutreffend als „unwissenschaftliche Rechtswissenschaft", „Kunstlehre" und „Lehrgebäude"[97] mit der Aufgabe, überprüfbare und einsichtige Kriterien für die Handhabung des stets vorhandenen Beurteilungsspielraums bei der Normanwendung bereitzustellen[98].

Die Bereitstellung von Kriterien allein reicht jedoch noch nicht aus, um eine richterliche Entscheidung zu finden, zu begründen oder zu rechtfertigen; die Kriterien müssen durch irgendeine Methode vermittelt und verknüpft werden, wenn der Entscheidungsprozeß nicht ganz zufällig verlaufen soll. Wieacker meint nun, die Rechtsdogmatik könne „praktisch richtige Entscheidungen" aus einer „objektivierbaren Konvention" heraus mit beliebiger Methode vorauszusetzen[99]. Wenn aber die Rechtsdogmatik einerseits die „richtigen Entscheidungen" ermöglicht, andererseits verschiedene Methoden bestehen, welche die Ergebnisse verschieden beeinflussen können, dann muß entweder der Begründungsvorrat der Rechtsdogmatik so umfassend sein, daß

96 Vgl. *Canaris*, Systemdenken, S. 43 und 47.

97 *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 333, 336, 319.

98 *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 316.

99 *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 322 und 336: die „objektivierbare Konvention" muß als unerkannter Methodenersatz angesehen werden. Ähnlich *Engisch*, Einführung, S. 94: „Eine rein wissenschaftlich orientierte Auslegung kann sich freilich jeder Methode bedienen und soll dies wohl auch tun". *Naucke*, Relevanz der Sozialwissenschaften, S. 46: „Dieses juristische Verfahren zeichnet sich nicht durch methodische Genauigkeit aus, ist aber überprüfbar, wenn man es distanziert handhabt."

er sogar für die Rechtfertigung widersprüchlicher Entscheidungen ausreicht, oder verschiedene Methoden müssen zufällig zum gleichen Ergebnis führen. Der letztere Fall ist nicht sehr wahrscheinlich. Kommen deshalb bei beliebiger Methode dennoch „richtige" Entscheidungen zustande, dann beweist das nicht die Einflußlosigkeit der Methoden auf das Ergebnis, sondern regelmäßig den geringen Abgrenzungswert dogmatischer Aussagen. Der konkrete Entscheidungsprozeß verläuft in diesen Fällen genauso zufällig wie die Verwendung einer konkreten Methode. Was bei der so verstandenen juristischen Dogmatik oft zu kurz kommt, ist die Möglichkeit, die Deutungsvorschläge zur Interpretation von Rechtssätzen in einen größeren Bezugnahme einzubetten und dadurch durchsichtiger zu machen.

III. Praxismodell der juristischen Entscheidung

Wie das Modell der praktischen juristischen Entscheidung aussieht, läßt sich am besten aus den Anleitungsbüchern zur „Relationstechnik" und aus Gerichtsentscheidungen erschließen.

1. Relationstechnik

Die Relationstechnik zur Anfertigung von juristischen Gutachten und Urteilen hat eine Tradition, die bis auf die Rhetoren der Antike zurückgeht[100]. Von Praktikern für Praktiker überliefert, will diese Technik alle Vorschriften und Erfahrungssätze über das Prozeßverfahren in Verhaltensanweisungen für den unter Entscheidungszwang stehenden Gutachter oder Urteilenden umsetzen. Die Verhaltensanweisungen sollen Fragen vorwegnehmen, die von der Klageerhebung bis zur Urteilsverkündung auftreten, außerdem alle Schwierigkeiten erläutern, die im Entscheidungsverfahren vorkommen und die „richtige" Prüfung von Behauptungs- und Beweislast sicherstellen.

Eine Analyse unter dem eingeschränkten methodischen Aspekt der vorliegenden Arbeit, die sich nicht von Versicherungen „über die Unentbehrlichkeit von Relationstechnik und Relation"[101] beeinflussen läßt, muß deshalb die Frage stellen, ob die Relationstechnik eine zuverlässige Strukturierung des Entscheidungsverfahrens ermöglicht.

100 Vgl. *Otte*, Topik-Diskussion, S. 183 (191).

101 So zuletzt *Collasius*, Relationstechnik, in: DRiZ 1971, S. 73 ff. Abschwächend, aber durchaus positiv *Grunsky*, Wert und Unwert, in: JuS 1972, S. 29 ff., der über die gesetzliche Grundlage der Relationstechnik (§§ 313, 314, 320 ZPO) nachdenkt und der Relationstechnik „Erstarren in einem Schema" und „begriffliches Denken" vorwirft (S. 30).

Wichtig für die Erfassung und Bewertung des Streitstoffs ist nach der Relationstechnik die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Tatsachen und Rechtsansichten. Als „Tatsachen" gelten alle Informationen, die sich auf einen empirischen Geschehensablauf beziehen, als „Rechtsansichten" alle Begriffe und Rechtsverhältnisse, die eine rechtliche Beurteilung der Tatsachen ermöglichen. Informationstheoretisch lassen sich die Begriffe und Rechtsverhältnisse ebenfalls als Informationen auffassen, und zwar als Informationen über die Behandlung von Informationen (Metainformationen). Es liegt auf der Hand, daß einerseits die Breite der empirischen Informationen den Bereich der Metainformationen absteckt und umgekehrt die Metainformationen bereits die Auswahl der empirischen Informationen steuern.

Wie werden nun die Tatsachen (Basisinformationen) im Rahmen der Relationstechnik ermittelt? Der Richter soll „zunächst durch Ordnungs- und Ausscheidungsarbeit aus dem gesamten Parteivorbringen den Kern der wirklich rechtserheblichen Tatsachen herausschälen und unter Umständen auch mit Hilfe des Fragerechts nach § 139 ZPO für die Aufklärung undurchsichtiger Tatsachenbehauptungen und für die Ergänzung des Tatsachenmaterials sorgen"[102]. Die Ergänzung geschieht durch Erörterung des Sach- und Streitverhältnisses[103], wobei der Richter Freiheiten in der Tatsachen- und Beweiswürdigung hat, die er umsetzen soll, um die Entscheidungen nach dem allgemeinen Rechtsempfinden auszurichten[104]. Statt nun Kriterien dafür anzugeben, wie rechtserhebliche, undurchsichtige oder ergänzungsbedürftige Tatsachen aufzuspüren sind, wie man das Streitverhältnis erörtern kann, wie das allgemeine Rechtsempfinden zu ermitteln ist, verweist beispielsweise Sattelmacher auf die individuellen Eigenschaften zur Feststellung dieser Voraussetzungen, nämlich auf „gediegene Rechtskenntnisse und praktische Erfahrung, soziales Denken und Verständnis für die Bedürfnisse der streitenden Parteien, ein offener Blick für das praktische Leben, Wirklichkeitssinn und Geschicklichkeit"[105].

Der Abstraktheitsgrad dieser Anforderungen dürfte eine Anwendung im Einzelfall sehr erschweren, so daß regelmäßig nur ein unvermittelt-intuitiver

102 *Sattelmacher*, Bericht, S. 27; ähnlich *Brauer/Schneider*, Zivilrechtsfall, S. 94.

103 *Sattelmacher*, Bericht, S. 34: Die Aufgabe des Richters, „dahin zu wirken, daß die Parteien sich über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklären, ungenügende Angaben ergänzen und sachdienliche — d. h. einer sachlich richtigen Entscheidung dienende — Anträge stellen, wird ihn aber vielfach dazu veranlassen, das Sach- und Streitverhältnis nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin mit den Parteien zu erörtern".

104 *Sattelmacher*, Bericht, S. 28: „Eine einsichtsvolle Auslegung des Gesetzes und die richtig verstandene Freiheit in der Tatsachen- und Beweiswürdigung geben dem Richter die Möglichkeit, seine Urteile mit dem allgemeinen Rechtsempfinden in Einklang zu bringen".

105 *Sattelmacher*, Bericht, S. 27.

Schluß von den Tatsachen auf bestimmte Tatbestandsmerkmale möglich ist und die Verhaltensanweisungen eher Appelle an Erfahrung, Ausbildung und guten Willen darstellen.

Eine Zwischenform zwischen Basis- und Metainformationen bilden die sogenannten „juristischen Tatsachen". Dies sind Parteibehauptungen, die ein empirisches Geschehen nach seiner rechtlichen Bedeutung benennen[106], beispielsweise „Kauf", „Verkauf", „Darlehn", „Miete", „Verlöbnis". Diese juristischen Tatsachen gelten als Basisinformationen, weil es sich um jedermann geläufige Rechtsbegriffe handeln soll und man den Parteien den Umgang damit zutraut[107]. Nur vereinzelt wird diesbezüglich zur gebotenen Vorsicht geraten[108], und es erscheint ja auch bereits zweifelhaft, ob eine gleichförmige Bewertung sozialen Geschehens durch jedermann möglich ist. Fritz v. Hippel[109] hat darüber hinaus in einer scharfsinnigen Untersuchung überzeugende Kritik an dieser Doktrin geübt und sie als Ergebnis einer Pseudowissenschaft rechtsdogmatischer Forschung im 19. Jahrhundert geschildert. Seine Einwände richten sich gegen die von ihr implizierte Erklärung von Normsätzen und die Schematisierung der Lebenswirklichkeit. Die Lehre von der juristischen Tatsache übergeht nämlich die natürlichen Lebenszusammenhänge, indem sie nicht auf das tatsächliche Geschehen abstellt, sondern auf juristische Bestandteile der juristischen Tatsachen, also auf Teilrechtsbegriffe[110]. Die Teilrechtsbegriffe und juristischen Tatsachen werden ihrerseits auf juristische Grundtatsachen zurückgeschraubt (beispielsweise die rechtsgeschäftlichen Verkehrssätze auf die „Willenstheorie" oder die „Erklärungstheorie") und mit Rechtswirkungen verknüpft[111]. Weil zwischen der Benennung der Tatsachen und der Benennung von Rechtsverhältnissen kein Unterschied gemacht wird, vermischen sich in der Rechtssprache Basis- und

106 *Sattelmacher,* Bericht, S. 130.

107 *Brauer/Schneider,* Zivilrechtsfall, S. 49, schlagen dafür bestimmte „Faustregeln" vor.

108 *Kroschel/Doerner,* Abfassung der Urteile, S. 86.

109 Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, S. 37—46. — Vgl. dazu auch: *Ehrlich,* Juristische Logik, S. 192 f.; *Emge,* Die Bedeutung rechtssoziologischer Sachverhalte, S. 183 ff.; *Hruschka,* Konstitution des Rechtsfalls, S. 14 ff.

110 *v. Hippel* gibt dafür anschauliche Beispiele: „Es heißt nicht mehr: ‚Rechtsgenossen, die unter diesen und jenen Umständen diese oder jene Sozialordnung freiwillig vereinbaren, sollen Wort halten' —, sondern es heißt: ‚Die juristische Tatsache Willenserklärung erzeugt als Rechtswirkung eine Forderung'. Und es heißt nicht: ‚Eine Sache, die bisher von Gesellschaftswegen dem A zugeteilt war, soll unter diesen und jenen Umständen fortan dem B zugeteilt werden', sondern es heißt: ‚Diese oder jene juristische Tatsache, z. B. das Verfügungsgeschäft, bewirkt den Übergang des Eigentums von A auf den B'." (Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, S. 38 f.).

111 „Das" Eigentum, „das" Pfandrecht, „die" Forderung entstehen, ändern sich, gehen unter; vgl. *v. Hippel,* Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, S. 41; *Engisch,* Einführung, S. 18 ff.

Metainformationen, so daß insoweit nicht mehr zwischen Informationen und der Bewertung von Informationen, also nicht mehr zwischen empirischen Tatsachen und Rechtsansichten getrennt werden kann.

Die rechtliche Qualifizierung der empirischen Tatsachen obliegt nach der Relationstechnik allein dem Richter. Er braucht weder den — meist von Rechtsanwälten vorgetragenen — Rechtsansichten der Parteien zu folgen noch muß er sich damit auseinandersetzen[112]. Die Richter versuchen deshalb, die Benennungen von Tatsachen durch die Prozeßparteien „untechnisch" zu umschreiben, um für die eigene juristische Qualifizierung freie Hand zu haben.

Wie nun der Schluß von empirischen Tatsachen auf Rechtsbegriffe und Rechtsverhältnisse oder umgekehrt von Rechtsbegriffen und Rechtsverhältnissen auf empirische Tatsachen aussieht, wird in Anleitungsbüchern nur kurz mit allgemein üblichen, selten generalisierbaren Standardbeispielen erklärt und im übrigen dem Erfahrungswissen des Entscheiders überlassen[113].

Als Grundmuster für einen juristischen Schluß dient der sogenannte „Justizsyllogismus", der unter Rückgriff auf die klassische (aristotelische) Logik eine richterliche Entscheidung oder Teilentscheidung hauptsächlich als Anwendungsfall des „modus barbara" oder des „modus ponens" auffaßt.

modus barbara

Obersatz:	M a P	(alle M sind P)
Untersatz:	S a M	(alle S sind M)
		(daraus folgt)
Schlußsatz:	S a P	(alle S sind P)

modus ponens

Obersatz:	S o P	(wenn S ist, ist P)
Untersatz:	S	(S ist)
		(daraus folgt)
Schlußsatz:	P	(P ist)

Wieso diese Schlußformen die richtigen Modelle für einen juristischen Schluß abgeben, wird nicht begründet, sondern unterstellt. Während die mathematische Logik auf beweisbare Implikationsformeln zurückgreifen kann, ist die klassische Logik und damit auch der Justizsyllogismus auf

112 *Sattelmacher*, Bericht, S. 33 f.

113 Z. B. *Brauer/Schneider*, Zivilrechtsfall, S. 52 ff.; *Diederichsen*, Traditionelle Logik, S. 765 (775 ff.). — Vgl. dazu auch die Kritik aus semantischer Sicht bei *Horn*, Rechtssprache und Kommunikation, S. 145 f.

psychologische Evidenz angewiesen. Dies erleichtert seine Fungibilität, so daß es nicht verwundert, wenn er für Forsthoff bis zu Kriele als Garant des rechtsstaatlichen Systems gilt[114]. Die Ursache der Fungibilität des Justizsyllogismus liegt in der Bewertungsfähigkeit seiner Prämissen: Obersatz (Rechtsbegriff, Rechtsfrage) und Untersatz (Sachverhalt, Tatfrage) werden durch subjektive semantische Operationen so lange angeglichen, bis eine teilweise Identität hergestellt ist und logische Folgerungsbeziehungen möglich erscheinen. Die semantischen Operationen gelten jedoch nicht als analytische Denk- und Entscheidungsvorgänge, sondern als hermeneutische Verstehensprozesse.

Der juristische Obersatz, dessen Vorauswahl bereits von einem bestimmten Verständnis des Sachverhalts abhängt, wird stets als existent vorausgesetzt und durch Auslegung von Rechtsbegriffen als Prämisse formuliert. Zwar sind die Rechtsbegriffe und Rechtssätze der Idee nach bereits auf Rechtsanwendung zugeschnitten; da sie jedoch keine zuverlässige Abstraktion der Wirklichkeit enthalten, muß eine Zubereitung durch den Entscheider stattfinden. Juristische Auslegungen, beispielsweise der Rechtsbegriff „Eigentum", enthält eine Abstraktion von Merkmalkombinationen, die soziokulturell in Raum und Zeit differieren. Merkmalskombinationen wiederum können unterschiedliche Ansprüche begünstigen; so wird durch die Einordnung des Sachverhalts „Maschinen auf einem Grundstück" als „Bestandteil" (§ 93 BGB) oder als „Zubehör" (§ 97 BGB) im ersten Fall der Hypothekengläubiger, im zweiten Fall der Maschinenhersteller geschützt. Jede Auslegung erfolgt deshalb unter zwei Aspekten: Erstens die Suche einer inhaltlich überzeugenden Prämisse, die eine „gerechte" Konfliktentscheidung ermöglicht. Diese Festlegung wurzelt letztlich in dem Gerechtigkeitsgefühl und der Folgenverantwortung (oder soziologisch ausgedrückt: in dem politischen Bewußtsein) des Richters, denn er kann durch beliebiges Heranziehen verschiedener Auslegungselemente die Kriterien bestimmen, welche die Reichweite eines Rechtsbegriffs oder Rechtssatzes festlegen[115]. Zweitens versucht

114 *Forsthoff*, Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 35 (41): „Die Jurisprudenz vernichtet sich selbst, wenn sie nicht unbedingt daran festhält, daß die Gesetzesauslegung die Ermittlung der richtigen Subsumtion im Sinne des syllogistischen Schlusses ist"; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 49: „Man hat also allen Grund, eine so tief eingewurzelte Doktrin wie die Subsumtionslehre nur mit größter Zurückhaltung in Frage zu stellen und nach Möglichkeit an ihr festzuhalten. Sie ist eine Säule unseres staatsrechtlichen Systems, dessen Einsturz unabsehbare Folgen nach sich ziehen könnte." Ähnlich: *Flume*, Richter und Recht, S. 29; *Larenz*, Methodenlehre, S. 230 f.

115 Berühmtes Beispiel ist der „Badewannenfall" (RGStr. 74, S. 84—86), und zwar deshalb, weil hier, 14 Jahre nach der Urteilsverkündung, ein mitwirkender Richter einmal die wirklichen Auslegungsmotive bekanntgegeben hat (*Hartung*, Der „Badewannenfall", in: JZ 1954, S. 430 f.).

die Auslegung, eine formal tragfähige Prämisse zu formulieren, um einen Begründungszusammenhang für die Endentscheidung herstellen zu können. Hierbei finden dogmatische Konstruktionen Verwendung, die als hinreichend anerkannt sind.

Der Untersatz des Justizsyllogismus ist das Ergebnis einer Operation, die den Sachverhalt mit dem Rechtssatz in Einklang bringen soll. Diese „Subsumtion" wird selten als selbständiger Entscheidungsprozeß erkannt, weil nach der Doktrin die vorausgesetzte Entscheidbarkeit aus dem Obersatz eine sichere Entscheidung über die Subsumtionsfähigkeit des Sachverhalts zu verbürgen scheint. Die Identität fehlt aber in den meisten Fällen und muß deshalb bewußt erreicht werden. Da fast jeder Rechtsbegriff zweckgerichtet Situationsbeschreibung und Verhaltensanweisung verknüpft[116], ermöglicht es dieser Umstand dem Richter, den Sachverhalt als Feststellung solcher Tatsachen auszugeben, die der Rechtsbegriff, also der Mittelbegriff im Justizsyllogismus, als Situationsbeschreibung erfassen soll. Die „semantisch vermittelte Identität"[117] zwischen Obersatz und Sachverhalt wird in der Praxis assoziativ hergestellt, und zwar überwiegend durch unbewußtes engagiertes „Verstehen" des Sachverhalts, nicht aber durch zwingende Subsumtion unter vorgegebene Rechtssätze. Das „Verstehen" richtet sich in Wirklichkeit bis zu einem gewissen Grad danach, was und wie man etwas von welchem Standpunkt aus betrachtet[118]. Die Auswahl von Merkmalen als relevante Gesichtspunkte ermöglicht dann die Subsumtion. Mit dem Untersatz des Syllogismus steht aber auch schon die Lösung des Problems fest. Der syllogistische Schlußsatz kann dies höchstens noch bekräftigen.

In der Konsequenz der in Deutschland noch weithin herrschenden Subsumtionsideologie liegt es, daß es nur eine richtige Entscheidung geben kann[119]. Wie sich damit die Existenz einander widersprechender Gerichtsentscheidungen in derselben Sache vereinbaren läßt, bleibt offen, wenn man nichts stets an die bessere Einsicht des höheren Gerichts glaubt.

116 *Horn*, Rechtssprache und Kommunikation, S. 147.

117 *Zippelius*, Methodenlehre, S. 108.

118 *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 23.

119 So neuestens *Gessner*, Probleme, in: JZ 1971, S., 324 (325): Der Jurist hat „richtige" Entscheidungen aufgrund logischer Deduktion zu fällen. Ähnliche Nachweise finden sich bei *Podlech*, Wertungen und Werte, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 185 (190). Eine bemerkenswerte Abkehr von diesem Grundsatz hat die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. 12. 1971 (JZ 1972, S. 204 (206) vollzogen: „Die Vorstellung, daß bei der Anwendung des Begriffs der Eignung zur Jugendgefährdung nur eine richtige Lösung möglich sei, erweist sich als Fiktion. Von der Sache her sind mehrere Lösungen, ist eine „Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten" (*Redeker* DÖV 1971, S. 757 [762]) denkbar, die das Recht in gleicher Weise als vertretbar ansehen kann."

Ein Endurteil als Gesamtergebnis richterlicher Überlegungen deckt die tatsächlich bestehenden Schwierigkeiten mancher Denkschritte deshalb nicht auf, weil die Relationstechnik noch folgende Anweisung gibt:

„Die Entscheidungsgründe dürfen nur das enthalten, was zur Begründung der Entscheidung notwendig ist, denn sie haben ihrer ganzen Zweckbestimmung nach nicht den langen Weg aufzuzeigen, auf dem die Entscheidung gefunden ist, sondern lediglich die Erwägungen, die sie rechtfertigen"[120].

Dieser gesetzlich nicht verankerte Grundsatz führt zum Ausschluß von Argumenten, die dem Urteil zuwiderlaufen oder es abschwächen könnten sowie zur Konstruktion eines „deduktiven" Begründungszusammenhangs. Der Grundsatz entspricht der Auffassung, daß ein autoritativer Staatsakt, wie die Gerichtsentscheidung, abgeschwächt wäre, wenn er das Wenn und Aber, Für und Wider enthielte. Erst neuerdings scheint sich mit der Möglichkeit zu abweichenden Stellungnahmen im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht[121] eine Abkehr von diesen spätabsolutistischen Vorstellungen anzubahnen.

2. Gerichtsentscheidungen

Weil Gerichtsentscheidungen oft relationstechnisch entwickelt sind und nur die tragenden Urteilsgründe enthalten, bestehen sie im Kern oft aus einem Syllogismus, dessen Schlußsatz mit „also", „demnach", „folglich", „daher", „deshalb", „damit", „somit" eingeleitet wird. Die Auffindung der Obersatzprämisse und ihre methodische Absicherung unter Berufung auf die subjektive oder objektive Auslegungstheorie oder auf Savignys grammatisches, logisches, historisches oder systematisches Auslegungselement nimmt dabei regelmäßig den größten Raum in Anspruch. Eine Hierarchie dieser Elemente wird allgemein mit der Begründung abgelehnt, daß alle Auslegungsmittel gleichberechtigte Gesichtspunkte enthielten[122]. Deshalb stehen die Auslegungs-

120 *Sattelmacher*, Bericht, S. 4. — In früheren Zeiten reichte sogar die Urteilsformel; so hat bis um 1850 die österreichische oberste Justizstelle (= Gericht) die Entscheidungen nicht mit Gründen versehen; vgl. *Ehrlich*, Juristische Logik, S. 117.

121 § 30 Abs. 2 BVerfGG i. d. F. vom 3. 2. 1971. Die dissenting opinion führt zu eingehenderen Auseinandersetzungen mit den Argumenten der Entscheidung. So wird die dissenting opinion in BVerfGE 31, S. 314 (334 ff.) in BGHZ 57, S. 191 (202 ff.) eingehend diskutiert.

122 *Coing*, Rechtsphilosophie, S. 316 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 320; BGHZ 49, S. 222 (223): „Dem Zweck, den objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, dienen die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Sinnzusammenhang sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte."

theorien und Auslegungselemente zur freien Disposition des Richters, der seine Auslegungspräferenzen durch geeignete Auswahl durchzusetzen vermag. Selbst wenn man die Auslegungstheorien und Auslegungselemente mangels Anwendungsbedingungen und wegen eigner Interpretationsbedürftigkeit nicht als handlungsleitend für eine methodische Bestimmung der zutreffenden Wortbedeutung und für eine bewußtrationale Argumentation anerkennen will, so legt die jeweilige Auswahl doch eine bestimmte Argumentationsebene fest, deren Bevorzugung durchaus zu tragenden Argumenten und damit zu inhaltlichen Entscheidungen führen kann.

Schon bei flüchtiger Durchsicht der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts zeigen sich als Folge der freigestellten Auswahl methodischer Gesichtspunkte widersprüchliche Präferenzen. Einmal soll allein der „klare Wortlaut des Gesetzes"[123], das „natürliche Wortverständnis und der allgemeine Sprachgebrauch"[124], der „objektivierte Wille des Gesetzes, wie er im Wortlaut und dem Sinnzusammenhang zum Ausdruck kommt"[125], maßgebend sein und der Wille des historischen Gesetzgebers zurücktreten[126], dann soll umgekehrt nicht am „buchstäblichen Sinn" gehaftet, sondern „der wirkliche Wille des Gesetzgebers" berücksichtigt[127] und vor allem die „besonders bedeutsame Entstehungsgeschichte" herangezogen werden[128], auch wenn die amtliche Begründung zu einem Gesetz die Gerichte nicht bindet[129]. Die Auslegung nach dem „Sinn und Zweck" einer Vorschrift muß sogar „gegenüber einem sprachlich eindeutigen Gesetzeswortlaut" Vorrang haben, wenn ein Interessenkonflikt durch Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse neu aufgetreten ist[130].

Fast wörtlich übereinstimmend damit BVerfGE 11, S. 126 (130). Anderer Ansicht wohl nur *Zweigert,* Juristische Interpretation, in: Studium Generale, 7. Jgg. (1954), S. 384. Schon *Thibaut* (Theorie der logischen Auslegung, hrsg. von Geldsetzer, S. 124—126) hat ein festes Rangverhältnis herzustellen versucht. Aus formalrationaler Sicht läßt sich nur die Auslegung nach dem Zweck als oberste Methode rechtfertigen. Alle anderen erscheinen als Unterfälle.

123 BVerfGE 25, S. 296 (305) zu § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO (Beschaffung von Informationen).

124 BVerfGE 12, S. 205 (226) zum Begriff „Fernmeldewesen" (Fernsehurteil); ähnlich BVerfGE 26, S. 16 (29) zum Begriff „Berufsgruppe".

125 BGHZ 47, S. 324 (336) zur Ehetrennung nach ausländischem Recht; ähnlich BGHZ 37, S. 58 (60) zu §§ 1371, 2303 BGB; BGHZ 36, S. 370 (377) zu § 16 GWB; BGHZ 33, S. 321 (330) zu § 196 BGB.

126 BVerfGE 13, S. 261 (268) zu § 19 Abs. 1 KStG.

127 BGHZ 3, S. 82 (84) zu Art. 7 Abs. 1 Berliner Vereinheitlichungsgesetz; ähnlich: BVerfGE 13, S. 331 (347) zu § 8 Ziff. 6 GewStG.

128 BVerfGE 27, S. 71 (84) zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

129 BGHZ 16, S. 31 (37) zu § 57c ZVG.

130 BGHZ 33, S. 1 (6) zu § 2 LitUrhG; ähnlich: BGHZ 2, S. 176 (187) zu § 11 Einheitsmietvertrag für Baugeräte; BGHZ 17, S. 266 (275 f.) — Magnettonauf-

Oft werden auch mehrere der hergebrachten Auslegungselemente verknüpft: Wortlaut und Entstehungsgeschichte[131]; Wortlaut, Sinn und Zweck[132]; Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte[133]. Im „Schallplattenurteil I" beruft sich der Bundesgerichtshof sogar auf sämtliche Auslegungsmethoden, um die Rechtsfrage zu lösen, ob Schallplattenverlage „Verlage" im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind: Der Wortlaut wird durch den Sinnzusammenhang, der Sinnzusammenhang durch den Zweck, der Zweck durch die Entstehungsgeschichte interpretiert, das Ergebnis dann an der Rechtsentwicklung und an der verfassungskonformen Auslegung kontrolliert.

Die nachfolgende Begründungskette des Schallplattenurteils[134] zeigt deutlich, wie scheinbar durch Kombination methodischer Gesichtspunkte das „richtige" Ergebnis erzielt werden kann:

0 Sind Schallplatten Verlagserzeugnisse eines Verlagsunternehmens im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB?

1 nein

Begründung:

2 Maßgebend ist die Auslegung einer Vorschrift.

2.1 Auslegungsmethoden sind: der Wortlaut, der Zusammenhang, der Zweck und die Entstehungsgeschichte.

21.1 Mit dem Wortlaut ist zu beginnen.

211.1 Das sprachlich Mögliche — der mögliche Wortsinn bildet die Grenze für eine juristische Begriffsbildung.

211.2 Der Wortlaut führt hier zu keinem sicheren Ergebnis.

211.21 Das GWB definiert den Begriff „Verlag" nicht.

211.22 Andere Gesetze verwenden den Begriff „Verlag" uneinheitlich.

211.23 Die Umgangssprache und der Geschäftsverkehr verwenden den Begriff „Schallplattenverlag".

211.3 Der „mögliche" Wortsinn (nämlich die Umgangssprache) geht zu weit und ist für das GWB nicht maßgebend.

nahme; BGHZ 18, S. 44 (49) — Fotomechanische Vervielfältigung; BGHZ 34, S. 64 (70) — Erfolgshonorar eines Rechtsanwalts; BVerfGE 22, S. 28 (37) zu § 7 Abs. 6 BKGG. Auch in der Schweiz verstärkt sich die Kritik an der „grundsätzlichen Grundsatzlosigkeit" der Methodenwahl und der Auslegungspraxis, siehe *Hinderling*, Rechtsnorm und Verstehen, S. 241 ff.

131 BVerfGE 9, S. 237 (246) zu § 26a Abs. 1 S. 2 EStG 1957; BVerfGE 12, S. 45 (54) zu Art. 4 GG („Gewissen"); BVerfGE 19, S. 248 (253) zu § 4 KirchensteuerO.

132 BVerfGE 23, S. 288 (316) zu Art. 100 Abs. 2 GG (Besteuerung von Ausländern); BSozGE 11, S. 185 (188) zu §§ 40, 41 BVG.

133 BVerfGE 27, S. 142 (150) zu § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BBesG 1963 (entgegen der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Frage).

134 Ausführliche Auseinandersetzung: *Kilian*, Zum „Schallplattenurteil I", S. 75 (76 ff.).

211.4 Der Sinnzusammenhang gebietet eine einschränkende Auslegung (argumentum ad absurdum; „Bierverleger").

211.5 Im Rahmen der einschränkenden Auslegung ist eine Auslegung nach dem Zweck notwendig.

211.51 Der Zweck läßt sich nur aus der Entstehungsgeschichte entnehmen.

211.6 Über die Bedeutung der Entstehungsgeschichte im allgemeinen.

211.61 Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte im konkreten Fall (wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers).

211.62 Nach der Entstehungsgeschichte sollen nur Buchverlage privilegiert werden.

211.7 Der festgestellte Wille des Gesetzgebers wird durch die weitere Rechtsentwicklung bestätigt.

211.71 Die seitherigen Gesetzesänderungen haben nichts Neues gebracht.

211.72 Das hier zu entscheidende Problem war dem Gesetzgeber aber aus dem Schrifttum bekannt.

211.8 Die festgestellte rechtspolitische Grundentscheidung des Gesetzgebers bindet das Gericht; das Gericht hat keine Rechtsgestaltungsfunktion.

211.9 Verfassungskonforme Auslegung ergibt keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz, da urheberrechtliche Unterschiede zwischen Buchverlegern und Schallplattenverlegern bestehen.

3 Also sind Schallplatten keine Verlagserzeugnisse im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Obwohl sich das Gericht alle Mühe gibt, das Ergebnis als zwingende Ableitung aus einer gesetzgeberischen Grundentscheidung hinzustellen und obwohl 153 Zitate die Berechtigung der Entscheidungsfindung untermauern sollen, kann die Begründung kaum die eigene wirtschaftspolitische Vorentscheidung verbergen, die sich aufgrund der Schritte 211.3 bis 211.51 anbahnt und die genau umgekehrt ausfällt wie im vorinstanzlichen Urteil und im Gutachten von „Professor Dr. F."[135]. Da die Begründungskette des Gutachtens genauso wie die des Revisionsurteils verläuft, beweisen die widersprüchlichen Ergebnisse zumindest die Unzuverlässigkeit der juristischen Auslegungsmethoden als Mittel der Entscheidungsfindung.

135 *Fikentscher*, Die Schallplatte als Verlagserzeugnis, in: UFITA Bd. 44 (1965), S. 257—295 (dieses Rechtsgutachten wurde ein Jahr vor Verkündung der BGH-Entscheidung veröffentlicht).

3. Teil

Die juristische Entscheidung aus EDV-Sicht

I. Kritik der Methodik juristischer Entscheidungen

Eine Kritik der Methodik juristischer Entscheidungen aus EDV-Sicht zielt notwendig auf die strukturellen Bedingungen der Entscheidungsmethode und der Entscheidungsbegründung. Unter „struktureller Bedingung" soll die Menge der Prinzipien, Maßstäbe, Kriterien und Elemente sowie deren Verknüpfungen verstanden werden[1]. Notwendig ist diese Betrachtungsweise deshalb, weil aufgrund der dargestellten Arbeitsprinzipien eines Computers von der Strukturierbarkeit des Objektbereichs die Programmierbarkeit und damit die Möglichkeiten für Datenverarbeitungsprozesse abhängen. Bei EDV-Einsatz könnten juristische Entscheidungskriterien und Problemzerlegungen schneller, leichter, zuverlässiger und rationaler, wenn auch nicht ohne weiteres gerechter und objektiver getroffen werden, obwohl letzteres durchaus als erwünschter Nebeneffekt verbesserter Denk- und Entscheidungsverfahren zu erwarten ist. Außerdem ermöglichen strukturanalytische Untersuchung wertvolle Einsichten in System- und Theoriebildungen und Hinweise für die Ausnutzung wachsender Informationsmöglichkeiten.

1. Justizsyllogismus

Da die juristische Methodenlehre in der Bundesrepublik trotz gelegentlicher Abschwächungsversuche nach wie vor grundsätzlich am Modell des Justizsyllogismus festhält und sich Theorie und Praxis darin nur in der Betonung der einzelnen Phasen unterscheiden, knüpft eine strukturelle Kritik am besten an die Kriterien dieses Modells an.

1 Der Begriff „Struktur" kann dreierlei bedeuten: 1. Kennzeichnung von Eigenschaften der Wirklichkeit, 2. methodische Prozeduren, um Eigenschaften zu kennzeichnen und 3. Kennzeichnung der Eigenschaften von Theorien (vgl. dazu: *Wunderlich*, Terminologie des Strukturbegriffs, S. 91 ff.). Der vorliegend verwendete Strukturbegriff deckt sich im wesentlichen mit der unter 2. genannten Bedeutung. — In der Linguistik bevorzugt man statt „Struktur" den anschaulichen Begriff „Grammatik" (vgl. *Lyons*, Theoretical Linguistics. S. 133 f.), in der modernen Logik den Begriff „Syntax" (vgl. *Carnap*, Symbolische Logik, S. 78).

a) Obersatz

Der Gehalt eines Normsatzes ordnet nach herkömmlicher Auffassung einem Sachverhalt eine Rechtsfolge zu. Dieses Verfahren wäre problemlos, wenn es für jeden Sachverhalt genau einen Normsatz gäbe und sich beides mit Hilfe des syllogistischen Mittelbegriffs so schlicht zur Deckung bringen ließe, wie es den Anschein hat. Normsätze sind jedoch generelle Sätze, die nicht aus exakten Abstraktionen einer bekannten und definierten (geordneten) Menge von Sachverhalten entstanden sind, sondern für eine noch undefinierte künftige Menge von Sachverhalten gelten sollen. Schwierigkeiten entstehen deshalb, weil im Konfliktsfall für jeden auftretenden Sachverhalt neu entschieden werden muß, welchem Normsatz die Rechtsfolge entnommen werden soll. Die Entscheidungen darüber und über die Folgefragen hängt von zahlreichen Vorentscheidungen ab, die von der Auswahl des Normsatzes über die Festlegung seines Inhalts bis zum Ausspruch der Rechtsfolgen reichen.

Für die Auswahl der Entscheidungsnorm wird außerhalb des Strafprozesses regelmäßig auf das „Begehren" des Klägers abgestellt. Dieses Kriterium engt zwar die Menge der möglichen Entscheidungsnormen ein, beschränkt ihre Zahl aus mehreren Gründen keineswegs immer auf eine einzige: Oft gibt es verschiedene Entscheidungsnormen mit identischen Rechtsfolgen (besonders im Zivilrecht), oder die Entscheidungsnorm muß erst gebildet werden (Verfassungsrecht, Arbeitsrecht), oder das „Begehren" ist seinerseits interpretationsfähig oder sogar interpretationsbedürftig. Jede dieser Vorentscheidungen hat eigene Konsequenzen für den weiteren Prozeßverlauf.

Die Festlegung der Entscheidungsnorm folgt deshalb nicht schon zwangsläufig aus dem „Begehren" und ebensowenig bereits aus einer Anwendung der Entscheidungsnorm[2], sondern erfordert eine Auswahlentscheidung des Richters innerhalb der vom „Begehren" reduzierten Menge von Entscheidungsnormen. Die Tatsache, daß in der Praxis nur geringe Unsicherheiten bei der Festlegung der Entscheidungsnorm vorkommen, beruht neben einer gewissen Vorstrukturierung durch den Klagebegehren auf dem richterlichen Erfahrungswissen und „Assoziationsvermögen". Nach welchen Kriterien diese netzwerkartigen gedanklichen Verknüpfungen zustandekommen, läßt sich bis jetzt nur vermuten. Ansätze zu einem Simulationsmodell gibt es insoweit noch nicht.

Ist die Entscheidung für eine bestimmte Entscheidungsnorm getroffen, dann konzentriert sich das weitere Verfahren auf eine Art „Paraphrasie-

2 So aber unzutreffend *Engisch*, Konkretisierung, S. 191 Anm. 43, der nicht zwischen der Normanwendung und der Entscheidung über die Normanwendung (Metaebene) differenzieren will.

rung"[3] des Textes auf dem Hintergrund des Sachverhalts, bis am Ende dieses gedanklichen Umformungsprozesses die Rechtsfolge der Entscheidungsnorm angeordnet oder abgelehnt wird. Die Textbehandlung enthält nach allgemeiner juristischer Auffassung das eigentlich „Juristische" am Entscheidungsprozeß. Bei struktureller Betrachtung dieser Zwischenschritte müßte man entweder auf Kriterien stoßen, die den Umformungsprozeß steuern, oder müßte, falls sie fehlen, zur Ansicht kommen, daß in Wirklichkeit gar keine nachprüfbare Textbearbeitung mit rationaler Strategie stattfindet und damit EDV ausscheidet.

Wie aus der Analyse der gängigen Methodenlehren und höchstrichterlicher Entscheidungen hervorgeht, gibt es zwar gewisse Kriterien für die Textbearbeitung; es handelt sich dabei jedoch nicht um steuerungsfähige Kriterien, sondern um dogmatisierte Kürzel, die der jeweils nachfolgenden Argumentation die Zustimmung in Fachkreisen sichern sollen. Da andere Juristen ebenso verfahren, ist zwischen ihnen Kommunikation aufgrund hermeneutischer Vorverständigung möglich. Gleichzeitig aber schließt diese Vorverständigung Außenstehende vom Kommunikationsprozeß aus, erschwert den Zugang zu Nachbardisziplinen, macht die juristische Textbehandlung zu einer Art Geheimwissenschaft und verhindern insbesondere formalrationale Entscheidungsverfahren.

Ein Beispiel für viele: Larenz beschreibt im Kapitel „Auslegung der Gesetze" in seiner Methodenlehre auch die „enge" und „weite" Auslegung als zulässige Auslegungskriterien[4]. Dabei sagt er nicht, unter welchen Bedingungen „eng" oder „weit" auszulegen ist, sondern stellt nur dar, was geschieht, wenn jemand „eng" oder „weit" auslegt: dann wird nämlich der Rechtsbegriff entweder auf den „Vorstellungskern" beschränkt oder bis zur „Grenze des möglichen Wortsinns" erstreckt. Wenn jemand noch enger als „eng" auslegt, handelt es sich um eine „teleologische Reduktion", wenn jemand weiter als „weit" auslegt, um eine „Analogie". Da Larenz noch nicht einmal bei den Kriterien „eng" oder „weit" Anwendungsbedingungen gibt, bleibt auch die Relevanz der anderen Kriterien dunkel. Er benennt also lediglich Textbearbeitungsvorgänge, die scheinbar aus der Natur der Sache folgen, und zählt keine entscheidbaren Anwendungs- und Abgrenzungsbedingungen auf, die allein etwas über Steuerungsmöglichkeiten aussagen könnten. Aus EDV-Sicht sind seine „Kriterien" irrelevant.

3 „Paraphrase" bezeichnet in der Linguistik die Klärung, Präzisierung und semantische Umschreibung eines Begriffs (vgl. *Ungeheuer*, Paraphrase und syntaktische Tiefenstruktur, S. 178 [212]) bis hin zur Formalisierung von Textbehandlungen. Vgl. auch die Beiträge in: *Rave/Brinckmann/Grimmer* (Hrsg.), Paraphrasen juristischer Texte, Darmstadt 1971.

4 *Larenz*, Methodenlehre, S. 301 (328).

Ähnlich verhält es sich bei der Verwendung formaljuristischer Standardargumente wie Analogie und Umkehrschluß. Klug[5] hat in seiner „Juristischen Logik" die Gründe für ihre Unzuverlässigkeit genannt und das Schema der exakten Formulierung mit Hilfe der extensiven und intensiven Implikation im Rahmen der Prädikatenlogik entwickelt. Die mangelnde Sicherheit bei traditioneller Verwendung dieser Standardargumente liegt vor allem darin, daß der Ähnlichkeitsgrad zweier Aussagen nicht präzisiert wird und nicht zum Ausdruck kommt, ob die jeweiligen Voraussetzungen entweder notwendige oder hinreichende oder aber notwendige und hinreichende Bedingung für eine bestimmte Auslegung sein sollen. Genau von dieser Präzisierung hängt die für den EDV-Einsatz entscheidende Frage ab, ob insofern die Menge der zulässigen Auslegungen exakt abgegrenzt werden kann.

Auch die bereits aufgezeigte Beliebigkeit der juristischen Auslegungsmethoden und Auslegungselemente, die besonders in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorkommt, beruht auf mangelhafter theoretischer Strukturierung der Anwendungs-, Abgrenzungs- und Kontrollbedingungen. Ein Richter hat nämlich nicht nur freie Wahl, durch welche Methode und Elemente er das Ergebnis finden oder begründen will, sondern er kann sogar die jeweilige Methode und herangezogenen Elemente ihrerseits interpretieren und heuristisch festlegen, ob und wann sich beispielsweise der maßgebende „Wille des Gesetzgebers" aus der Äußerung des Abgeordneten X oder Y oder aus der amtlichen Begründung ergibt, ob und wann ein „objektivierter Wille" im Gesetz zum Ausdruck kommt, ob und wann die Entscheidungsnorm überholt oder aktuell, ergänzungsbedüftig oder klar, zweckmäßig oder unzureichend erscheint und ob und wann ein Begriff in einer bestimmten Art und Weise ausgelegt werden darf, kann, soll oder muß. Die Kritik soll nicht ausdrücken, daß dem Richter jeweils das Ob und Wann vorgeschrieben werden müßte; die Beispiele sollen nur Abhängigkeiten benennen, über die bei jedem Rückgriff auf solche Techniken stillschweigend mitentschieden wird und deren mangelnde Explikation verhindert, solchen „Methoden" aus EDV-Sicht einen erkenntnistheoretischen oder verfahrensmäßigen Wert zuzusprechen.

Schließlich läßt sich auch am Problem der „Gesetzeslücken" zeigen, wie unreflektiert die Berufung auf eine „Lücke" den Weg für ein unkontrolliertes Entscheidungsverfahren freimacht.

Nach Larenz, dessen umfangreiche Darstellung wiederum als repräsentativ gelten kann, dient der Lückenbegriff zur Abgrenzung einer grundsätzlich zulässigen Rechtsfortbildung „praeter legem" von einer grundsätzlich

5 *Klug*, Juristische Logik, S. 97 ff.; *Kalinowski*, Introduction à la logique juridique, S. 167 ff.

unzulässigen Rechtsfortbildung „contra legem" und der nur ausnahmsweise zulässigen Rechtsfortbildung „extra legem"[6]. Unzulässig sind Rechtsfortbildung „contra legem" und „extra legem" überwiegend deshalb, weil sie in die Kompetenz des Gesetzgebers eingreifen. Der Lückenbegriff bildet also letztlich das Kriterium, um die Rechtsfortbildungskompetenz der Judikative von der Rechtsfortbildungskompetenz der Legislative zu trennen; er gewinnt damit zentrale Bedeutung für das Gesetzes- und Rechtsverständnis.

Eine Gesetzeslücke soll „überall und nur da" vorliegen, wo das Gesetz, „gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung" (auf bestimmte Tatbestände) widerspricht[7]. Diese zusammenfassende Definition gewinnt Larenz scheinbar induktiv anhand einiger Beispiele:

§ 6 BGB zählt Entmündigungsgründe auf. Larenz fragt, ob es weitere Entmündigungsgründe geben könne und verneint das, weil es sich um ein „beredtes Schweigen"[8] des Gesetzes und deshalb nicht um eine „Lücke" handele. Der Terminus „beredtes Schweigen" als Begründung für die Verneinung weiterer Entmündigungsgründe ist jedoch eine Scheinbegründung, denn das Problem wird nur auf die Frage verschoben, wann ein „Schweigen" vorliegt, das „beredt" ist und was daraus folgen soll. Dies alles sind Fragen der Bewertung, nicht der Erkenntnis, und die Bewertung hängt allein davon ab, ob der Entscheider aufgrund präjudizieller ethischer, religiöser, politischer, subjektiver oder sonstiger Prämissen die Meinung vertritt, die Entmündigungsgründe reichten aus oder müßten erweitert werden. Reichen sie ihm aus, dann verhilft die dogmatische Figur des „beredten Schweigens" dazu, die Frage nach weiteren Entmündigungsgründen verneinen zu können, reichen sie ihm nicht aus, dann verhilft die dogmatische Figur der „Lücke" dazu, eine Ergänzung vornehmen zu dürfen. Der Bewertungsakt liegt also bereits in der jeweiligen Kategorisierung, und es ist aus rationaler Sicht unmöglich, dessen Existenz mit Hilfe dogmatischer Figuren zu verschleiern. Die Kategorisierung hat hier lediglich die Funktion, die eigene Vorentscheidung, wie immer sie ausfällt, als bereits getroffene und lediglich noch aufzuspürende Vorentscheidung des Gesetzgebers fingieren zu können.

Mit Hilfe der modernen Logik läßt sich das Entscheidungsproblem in § 6 BGB einfach kennzeichnen: Liegt eine intensive Implikation vor, dann gibt

6 *Larenz*, Methodenlehre, S. 350 (unter häufiger Berücksichtigung der Arbeit seines Schülers *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.

7 *Larenz*, Methodenlehre, S. 357 f. — An anderer Stelle (Richterliche Rechtsfortbildung, in: NJW 1965, S. 1 [10]) bezeichnet Larenz die Lückenfüllung sogar als „wissenschaftliche Erkenntnismethode".

8 *Larenz*, Methodenlehre, S. 350 f. und 357.

es keine weiteren Entmündigungsgründe, liegt eine extensive Implikation vor, dann kann es weitere Entmündigungsgründe geben. Da § 6 BGB mit einer extensiven Implikation („entmündigt werden kann ...") und nicht mit einer intensiven Implikation („entmündigt werden kann nur ...") beginnt, muß auf jeden Fall eine Bewertung stattfinden, ob weitere Entmündigungsgründe zulässig sein sollen[9].

Als Hauptbeispiel einer „echten Lücke" verweist Larenz auf § 904 Satz 2 BGB. Die Vorschrift sagt nicht, ob der Eigentümer einer Sache, die zur Abwendung eines Notstand benutzt oder beeinträchtigt worden ist, Schadenersatz von dem Einwirkenden oder von dem Begünstigenden verlangen kann, wenn beide verschiedene Personen sind. Müßte § 904 Satz 2 BGB dies aber überhaupt festlegen? Regelmäßig wird der Begünstigte selbst tätig und kommt allein als Schadenersatzpflichtiger in Betracht. Ein zureichender Grund dafür, warum ein Dritter deshalb Schadenersatz leisten sollte, weil er in einem Notstand hilft, läßt sich schwerlich finden, und in der Tat halten denn auch Rechtsprechung und Lehre den Begünstigten für den eigentlich Schadenersatzpflichtigen. Während allerdings die herrschende Meinung dem einwirkenden Dritten nur einen Rückgriffsanspruch gegenüber dem Begünstigten gibt, läßt eine Mindermeinung den Begünstigten unmittelbar haften[10]. Die „echte Lücke" reduziert sich somit auf die dogmatische Konstruktionsfrage, ob der Begünstigte unmittelbar oder mittelbar in Anspruch genommen werden kann. Die Beantwortung hängt allein von der Vorentscheidung ab, ob der einwirkende Dritte das Risiko der Zahlung durch den Begünstigten tragen soll, und diese Vorentscheidung wiederum richtet sich nach der jeweiligen Präferenz des Entscheiders. Daher handelt es sich im Fall des § 904 Satz 2 BGB um eine Bewertung, die nicht deshalb nötig wird, weil eine „echte Lücke" vorliegt, sondern deshalb, weil die herrschende Meinung dem Einwirkenden das Rückgriffsrisiko aufbürden möchte und als Voraussetzung dafür eine Lücke entdeckt.

Ein letztes Beispiel zum Lückenproblem: Eine Lücke soll auch dann vorliegen, wenn bei einer allgemeinen Norm eine Beschränkung fehlt, „die durch den Sinn und Zweck entweder dieser oder auch einer anderen Regel und damit durch den teleologischen Zusammenhang gefordert wird"[11]. Dies soll bei § 167 Abs. 2 BGB der Fall sein, weil die Bestimmung keine Schriftform

9 Daß es hier tatsächlich um eine Bewertung und nur vordergründig um eine Kategorisierung als „Lücke" oder „beredtes Schweigen" geht, zeigt auch die Ansicht von *Canaris* (Feststellung von Lücken, S. 185 f.), der entgegen Larenz für § 6 BGB gerade eine „Lücke" annimmt.

10 Nachweise bei *Kraffert*, Der Ersatzpflichtige im Falle des § 904 BGB, in: AcP 165 (1965), S. 453 ff.

11 *Larenz*, Methodenlehre, S. 355.

für die Vollmachterteilung zur Veräußerung eines Grundstückes vorsieht, was dem „rechtspolitischen Zweck" des § 813 BGB widerspreche, den Veräußernden vor Übereilung zu schützen.

Der „rechtspolitische Zweck" eines Normsatzes als Kriterium für die Nichtanwendbarkeit eines anderen Normsatzes bildet nun offensichtlich ein sehr vages, stark wert- und zielbezogenes Merkmal zum Auffinden und Rechtfertigen einer Lücke. Gerade im Verhältnis von § 167 Abs. 2 zu § 313 BGB bestehen eher rechtspolitische Zweifel, ob bei dem heute allgemein verbreiteten Bewußtsein für wirtschaftliche Werte selbst der kleinste Grundstückseigentümer noch eine Sperre vor übereiltem Verkauf nötig hat, ganz abgesehen davon, daß die Sperrwirkung der Schriftform bei der Vollmachterteilung zum Verkauf eines Grundstücks sehr zweifelhaft zu sein scheint. Aber das konkrete Problem soll gar nicht weiter vertieft werden. Was hieran strukturell interessiert, ist die Möglichkeit, eine Lücke mit rechtspolitischen Überlegungen begründen zu können[12]. Dieser Aspekt eignet sich besonders gut als Anknüpfung für eine funktionale Betrachtung richterlicher Entscheidungsmethoden. An dieser Stelle läßt sich nämlich leicht einsehbar die allgemeine These aufstellen, daß neben den erwähnten Auslegungsmethoden und Auslegungselementen vor allem die Lückendoktrin dem Richter zu einem Bewertungsspielraum verhilft, der die Anwendung formalrationaler Verfahren erschwert, die Entscheidungskompetenzen der Judikative erweitert und das klassisch-liberale Gesetzesverständnis fragwürdig macht.

Die Lückendoktrin ist ein Korrelat des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, und der Systemgedanke ist „das formale Konstituens der Dogmatik"[13]. Ohne die Vorstellung eines „äußeren" oder „inneren" Rechtssatzsystems als Erkenntnisgegenstand käme niemand auf die Idee, „Lücken" entdecken zu können[14]. Man sollte nun annehmen, daß mit Verblassen des

12 Von den „rechtspolitischen Lücken" versucht *Larenz* die „rechtspolitischen Fehler" des Gesetzes abzugrenzen, die nur der Gesetzgeber künftig entscheiden könne (Methodenlehre, S. 353 f., 363). Das fiktive Beispiel (S. 382) überzeugt jedoch nicht: Wenn ein Gesetz den Verkauf von Warenlagern ab einem bestimmten Stichtag registerpflichtig machen würde, aber keine Vorschriften über Ort und Art der Registrierung erließe, dann käme doch kein Gericht auf den Gedanken, die fehlenden Vorschriften von sich aus zu ergänzen, sondern würde ohne Registrierung und trotz Stichtag den Verkauf für wirksam ansehen.

13 *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 319 Anm. 22.

14 Ebenso *Adomeit*, Rechtsquellen im Arbeitsrecht, S. 27 Anm. 86a. — Nicht zufällig beschäftigen sich die „Systematiker" unter Verwendung des kantianisch-neukantianischen Systembegriffs (dazu: *Liebert*, Das Problem der Geltung, S. 108—142) mit „Lückenproblemen", vgl. *Canaris*, Systemdenken, S. 19 ff.; *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 97. Kritische Besprechungen siehe *Gursky*, in: Juristische Analysen 1970, S. 813—818 und *Wieacker*, Besprechung von Canaris, in: Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 107—119. — Dogmatisch wird das Lückenproblem durch die Konstruktion eines „offenen Systems" integriert.

Systemgedankens[15] seit den großen Kodifikationen am Ende des 19. Jahrhunderts auch die Lückendoktrin an Bedeutung verloren haben müsse. Aber genau das Gegenteil ist der Fall.

Noch nie gab es so viele offene, verdeckte, echte, unechte, Norm-, Regelungs-, Prinzipien-, Wert-, Rechtsverweigerungs- oder sonstige „Lücken" wie gerade heute. Da nur derjenige eine Lücke entdeckt, der sie auch schließen will, beruht die Feststellung einer Lücke auf denselben Erwägungen, mit denen sie geschlossen wird. Die eigentliche Bedeutung der Lückendoktrin kann also nicht in der Lückenschließung, sondern muß in der Lückenerschließung liegen. Jeder richterlichen Lückenfeststellung geht eine Wertentscheidung voraus[16], von der in einem demokratischen Rechtsstaat lediglich gilt, daß sie auf einen Rechtssatz zurückführbar sein muß. Die Kategorisierung als „Lücke" hat die Funktion, die dogmatische Anerkennung einer offenen Bewertung zu sichern. Von einer verdeckten Bewertung, wie sie bei jeder Auslegung vorgenommen wird, unterscheidet sich eine Lücke nur graduell. Jedes Lückenproblem läßt sich also auf ein Auslegungsproblem zurückführen und umgekehrt. Deshalb gilt die Kritik aus EDV-Sicht gegenüber den juristischen Auslegungsmethoden für das Lückenproblem entsprechend. Alle diese Entscheidungen erfolgen regelmäßig nicht aufgrund einer Textbearbeitung mit rationaler Strategie und nach eindeutigen Kriterien, sondern aufgrund von vielfältigen Wertungen im Rahmen hermeneutischer Verfahren. Während bei Wertungen eine Rangordnung entwickelt werden könnte, lassen sich hermeneutische Verfahren nicht in formalrationale Techniken transformieren, weil hermeneutisch die auszulegende Norm zugleich als Maßstab der Auslegung dient und weil Verstehensprozesse assoziativ verlaufen.

Die Konsequenzen liegen auf der Hand: Der bestehende Zwang zum Erlaß einer positiven oder einer — logisch gleichwertigen — negativen Ent-

15 Ein geschlossenes Rechtssystem, wie es besonders im 19. Jahrhundert angestrebt worden ist, käme bei strikter Durchführungsmöglichkeit den Automatisierungstendenzen sehr entgegen. Die Entwicklungsgeschichte des Systemgedankens als methodisches Prinzip seit dem 16. Jahrhundert (vgl. dazu die Darstellungen von Troje, Kambartel, Wilhelm und Coing, in: *Blühdorn/Ritter*, Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 63 ff.; ferner: *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 44 ff.; *Jung*, Von der „logischen Geschlossenheit", in: Dernburg-Festgabe, S. 131 [154]) zeigen die großen Schwierigkeiten, wenn nicht die Unmöglichkeit auf, ein axiomatisch-deduktives Gesamtsystem zu entwickeln. Nicht ausgeschlossen, obwohl von Rechtswissenschaftlern unbeachtet, erscheint jedoch die Möglichkeit, deduktive Teilsysteme für abgrenzbare Rechtsgebiete wie Wechsel-, Scheck-, Patent- oder Warenzeichenrecht aufzustellen. Zur Kritik des Systembegriffs vgl. auch *Adomeit*, Rechtsquellen, S. 14 ff.; *Viehweg*, Topik, S. 61; *Wieacker*, Besprechung von Canaris, in: Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 107 (115).

16 Ähnlich *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 252 Anm. 56; *Schreiber*, Allgemeine Rechtslehre, S. 56 Anm. 18.

scheidung setzt stets eine Entscheidung der Alternative voraus, ob der Klageanspruch zur Menge der positiv oder zur Menge der negativ zu entscheidenden Fälle gehört. Eine dritte Möglichkeit besteht nicht. Da weder die Auslegungsmethoden noch die Lückendoktrin noch sonstige Techniken eindeutige Kriterien zur Auswahl der „richtigen" Alternative bieten, kommt es letztlich auf die subjektive Bewertung des Entscheidungsträgers an, wodurch die Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung hinfällig wird[17].

Das Ergebnis ist zwar nicht sonderlich neu, aber bisher theoretisch, dogmatisch und praktisch weitgehend konsequenzlos geblieben. Aus ihm folgt für die Organisation von Entscheidungsprozessen: Man kann grundsätzlich nicht von einer Determination der juristischen Entscheidung durch einen Gesetzestext ausgehen und schon gar nicht von einer „einzig richtigen Entscheidung", die es bloß zu erkennen gilt[18]. In der Mehrzahl aller Revisionsfälle[19] muß der Richter mindestens zwischen zwei gegensätzlichen, jeweils „richtigen" Entscheidungsmöglichkeiten wählen. Diese Behauptung läßt sich

17 Dies wird in der neueren Rechtsprechung und Lehre zunehmend anerkannt, z. B. BGHZ 3, S. 308 (315): „Die richtige, d. h. dem Rechte gemäße Anwendung des positiven Rechts gestattet dem Richter nicht nur, das Recht im Sinne seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern sie verpflichtet ihn sogar hierzu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert." BVerfG NJW 1973, S. 1221 (1225) — „Soraya": „Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden." — Ferner *Adomeit*, Rechtsquellen, S. 22 ff.; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 198 ff.; *Schneider*, Richterrecht, S. 22 f.; *Simitis*, Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten, S. 351 (357); *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 311 (326). Sogar *Larenz*, Methodenlehre, S. 343, macht gewisse Zugeständnisse in dieser Richtung, während *Canaris*, Systemdenken, S. 146 f., einen „fundamentalen Unterschied" zwischen Rechtsanwendung und Rechtspolitik sieht, und *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung, S. 21, ausführt: „Der richterlichen Unabhängigkeit entspricht die distanzierte, kompromißlose und unparteiische Gesetzesanwendung, nicht aber eine rechtsschöpferische, gestaltende Tätigkeit."

18 Dieses dogmatische Prinzip wurde noch kürzlich im Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte vom 19. 10. 1971 NJW 1972, S. 1411 (1413) zu § 131 Abs. 1 S. 1 AO verteidigt. Ähnlich: *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, S. 83; *Mennicken*, Ziel der Gesetzesauslegung, S. 106. Typisch auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 379: „Lückenhaft ist strenggenommen gar nicht das Gesetz, sondern unser Wissen vom Gesetz." — Zur Kritik: *v. Hippel*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 322; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 53; *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 207 ff.

19 Die Beschränkung auf Revisionsfälle soll ausschließen, daß die Streitfrage überwiegend in der Ermittlung des empirischen Sachverhalts wurzelt und es sich um eine massenhaft vorkommende Routineentscheidung (wie Straßenverkehrsrecht, Steuerrecht) handelt.

leicht anhand divergierender Entscheidungen im Instanzenzug beweisen, steht aber im Widerspruch zum klassisch-liberalen Gesetzesverständnis, wonach nicht Gesetz ist, was nicht unmittelbar dem Gesetz entnommen werden kann[20], und entnommen werden kann nur „die" richtige Lösung.

Der Gesetzespositivismus geht prinzipiell von der Lückenlosigkeit der Gesetze aus und betrachtet die Entscheidung als einen Erkenntnisakt, der sich durch Subsumtion unter ein hypothetisches Urteil vollzieht[21]. Voraussetzung dafür sind die Fiktionen der Vollständigkeit, der Allgemeinheit und der Richtigkeit des Gesetzes, was unerkannt eine Rechtstheorie und eine Werttheorie einschließt[22]. Den geistigen Hintergrund für die Hochschätzung des Gesetzes bildet vor allem der politische Aufstieg des Bürgertums im 19. Jahrhundert und die Durchsetzung neuer Rechte in den alten Rechtsformen. Insbesondere die Forderungen nach „Allgemeinheit" und dem „Vorbehalt" des Gesetzes bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum kam den Bedürfnissen des Besitzbürgertums nach Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit entgegen. Dieselben Errungenschaften führten allerdings in der Folge auch zu einer „kritiklosen Akzeptierung eines gehorsamen Relativismus"[23] und zur gesetzespositivistischen Perversion im Nationalsozialismus.

Die Entwicklung vom Lasalleschen „Nachtwächterstaat" zum Staat der modernen Industriegesellschaft legt die Unhaltbarkeit der klassischen Gesetzesanwendungsdoktrin offen. Der vorsorgende, verteilende und verwaltende Staat kommt nämlich nicht mehr mit allgemeinen Gesetzen aus, sondern muß für bestimmte Ziel an soziale Tatbestände, bestimmte Personengruppen und bestimmte Situationen anknüpfen[24]. Zumindest im weiten Bereich des Wirtschaftsrechts ist die Unterscheidung zwischen allgemeinem Gesetz und Maßnahmegesetz entfallen und das Gesetz überwiegend zum Instrument der Zielverwirklichung geworden. Unter diesem Aspekt enthält die Verweisung des Richters auf die Wertungen des Gesetzes meist eine positivistische Verschleierung aktueller Wertungen, die im Konfliktsfall vor-

20 RGZ 27, S. 409 (411): „Was nicht aus dem Gesetze entnommen werden kann, ist nicht gesetzliches Recht."

21 Ganz herrschende Meinung, vgl. *Dubischar*, Grundbegriffe, S. 94; *Engisch*, Einführung, S. 21 und 49; *Forsthoff*, Staat der Industriegesellschaft, S. 130 und 133; *Larenz*, Methodenlehre, S. 180 ff.; kritisch: *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 241; *Hassemer*, Rechtstheorie, S. 30; *Müller*, Normstruktur, S. 23. — Zur historischen Entwicklung vgl. *Starck*, Gesetzesbegriff, S. 143 ff.

22 Vgl. *Baratta*, Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus, in: ARSP 1968, S. 325 (330); *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 196; *Neumann*, Funktionswandel des Gesetzes, S. 53.

23 *Bockelmann*, Richter und Gesetz, S. 23 (27 ff.); *Neumann*, Funktionswandel des Gesetzes, S. 54.

24 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 196 f.

zunehmen sind. Wenn alle richterlichen Entscheidungen Recht sein sollen, dann läßt sich das nur mit einem weiten Gesetzesbegriff decken, der sowohl den geplanten Inhalt wie auch den hineingelegten Inhalt umfaßt[25] und die Anwendungsproblematik zugunsten einer Rechtfertigungsproblematik überwindet.

Die hiergegen erhobenen Bedenken gehen meist von einem verabsolutierten Gewaltenteilungsmodell aus, das in strikter Form praktisch nie bestanden hat, und verweisen auf Art. 20 Abs. 3 GG, der die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht" bindet. Ohne auf die bekannte Streitfrage einzugehen, ob es sich bei der Formel „Gesetz und Recht" um eine Tautologie handelt oder nicht, führen beide Bedenken nicht viel weiter als zu den rechtsstaatlichen Postulaten, Machtmißbrauch zu vermeiden und das Unrechtsbewußtsein zu entwickeln[26]. Die Berechtigung der Postulate zweifelt niemand an. Für die Frage, nach welchen Kriterien dies im konkreten Fall verwirklicht und die Bindung an Gesetz und Recht sichergestellt werden kann, enthalten die Bedenken allerdings keine Hinweise.

Aus der gegenwärtig bestehenden Unmöglichkeit, zuverlässige Kriterien für die Unterscheidung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung anführen zu können, ergeben sich nicht nur Rückwirkungen für den Gesetzesbegriff, sondern auch für den Rechtsbegriff und die Funktion[27] einer Rechtsentscheidung. Wenn es zutrifft, daß jeder Richter bewußt oder unbewußt durch Auslegung Rechtsfortbildung und durch Rechtsfortbildung Auslegung betreibt, dann integrieren Rechtsentscheidungen nicht nur Gesetze in einem Regelsystem von Geboten, Verboten und Erlaubnissen, sondern berücksichtigen und beeinflussen innerhalb des normativen Rahmens die dahinterstehenden politischen Ziele und die soziale Entwicklung. Dadurch wird die schon immer vorhandene soziale Gestaltungs- und Kontrollfunktion des Rechts evident und die juristische Entscheidung zum „anpassungsfähigen Instrument der sozialen Ordnung", das von den „politischen Wertvorstellungen in der jeweiligen Gesellschaft" getragen wird[28]. Diese realistische Betrachtung der

25 *Esser*, Nachwort zu: Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 228.

26 Vgl. *Maunz/Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 72; *Schreiber*, Die Geltung von Rechtsnormen, S. 221.

27 „Funktion" verstanden als zu erfüllende Aufgabe, nicht (systemtheoretisch) als „Leistung" aufgrund der Aufgabenerfüllung; zu den verschiedenen Bedeutungen vgl. *Krawietz*, Das positive Recht, S. 39 ff.

28 So *Friedmann*, Recht und sozialer Wandel, S. 10. — Die Gesellschaftsbezogenheit und den instrumentellen Charakter des Rechts betonen von verschiedenen Grundpositionen her vor allem: *Böhler*, Rechtstheorie, S. 106; *Kaufmann*, ontologische Struktur, S. 507; *Krawietz*, Das positive Recht, S. 45; *Schreiber*, Geltung von Rechtsnormen, S. 106 Anm. 220; *Simitis*, Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten, S. 354; *Wiethölter*, Recht und Politik, in: ZRP 1969, S. 155

vielleicht folgenreichsten Rechtsfunktion muß unter den Bedingungen der heutigen hochdifferenzierten Gesellschaft dazu führen, bestehende Divergenzen zwischen den Gesetzen, den allgemeinen Zielen und der Gesellschaftsentwicklung mit modernen Methoden auszugleichen[29]. Die modernen Methoden können sowohl in einer besseren Planung der Gesetze als auch in einer besseren Organisation der Entscheidung bestehen.

In juristischen Fachkreisen scheint es festzustehen, daß in einer parlamentarischen Demokratie Verbesserungen im Bereich der Gesetzgebung Vorrang vor Verbesserungen in der Rechtsanwendung haben müssen. Soweit damit die Einrichtung eines teilautomatisierten Informationssystems oder eine wissenschaftliche Politikberatung gemeint sind, erscheint dies möglich und sinnvoll. Soweit dagegen die Forderung nach „automationsgerechten Gesetzen"[30] erhoben wird, interessiert unter strukturellem Aspekt, ob jetzt oder künftig die Gesetze als programmierende Entscheidungen und die richter-

(156). Die Forderung nach Gesellschaftsbezogenheit darf nicht als Forderung nach einer „Kadi-Justiz" (*Max Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband, S. 718) oder nach „politischer Justiz" mißverstanden werden; wohl aber setzt sie politisches Verständnis und politische Urteilskraft voraus (vgl. *Jescheck,* Strafprozeß, in: JZ 1970, S. 201 (203).

29 Dem widerspricht vor allem ein unmittelbarer Durchgriff auf unverrückbare, vom menschlichen Willen unabhängige Normen, die (scheinbar) nur „richtig" erkannt zu werden brauchen, in Wirklichkeit aber manipulativ verwendbar sind, wenn keine Prämissenfestlegung stattfindet. — Zur „idealen" und zur „realen" Grundauffassung von „Recht" vgl. *Fechner,* Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft, S. 257 (258 ff.); *Goldschmidt,* Beziehungen zwischen Ontologie und Logik, S. 244 (245 ff.).

30 Diese Forderung ging ursprünglich lediglich in Richtung einer optimalen Abfassung von Dokumenten zu Dokumentationszwecken, vgl. *v. Berg,* Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Köln/Berlin 1968. Inzwischen knüpfen sich daran jedoch Konsequenzen für die Entscheidungsfähigkeit. Bei der Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung (GMD) in Birlinghofen (einer GmbH, an der das Land Nordrhein-Westfalen zu 25% und der Bund zu 75% beteiligt sind) werden u. a. Computerprogramme zum Zweiten Krankenversicherungsänderungsgesetz und zur Kostenberechnung für ein künftiges automationsgerechtes Gerichtskostengesetz entwickelt. Außerdem erstellt die GMD Analysen und Flußdiagramme für Berechnungsabläufe nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (vgl. Begleitbrief zum Jahresbericht 1970 der GMD, Anhang S. 1 und 2). In allen Fällen handelt es sich allerdings um numerische Abwicklungsprobleme.
Bekannt ist auch die Gesetzesänderung zum EStG vom 18. 7. 1958 (BGBl. I S. 473), wonach § 9a EStG i. d. F. vom 13. 11. 1957 (BGBl. I S. 1793) aus technischen Gründen so geändert wurde, daß statt 562,— DM jetzt 564,— DM als Pauschalbetrag für Werbungskosten festgesetzt wurde, um die Teilbarkeit durch 12 zu erreichen. Zum neuesten Stand: *Fiedler,* Wandlungen der „Automationsgerechten Rechtssetzung", in: Datenverarbeitung im Recht Bd. 1 (1972), S. 41—55.

lichen Entscheidungen als programmierte Entscheidungen verstanden werden können.

Wohl im Anschluß an Simon, Eckhoff und Jacobsen[31] vertritt Luhmann[32] diese Ansicht mit seiner Unterscheidung von „Konditionalprogramm" und „Zweckprogramm":

„In der Tat findet der heutige Jurist seine Entscheidungsaufgabe typisch konditional programmiert vor und nicht primär durch Zwecke oder Funktionen festgelegt. Sein Programm hat die Form „Wenn-Dann", und seine Aufgabe ist es herauszufinden, ob die „Wenn"-Bedingungen erfüllt sind, die das „Dann" auslösen. Dazu muß er zuweilen hoch abstrakt formulierte Konditionen „auslegen" und zugleich Informationen prüfen, ob sie diese Bedingungen erfüllen. Zwecke haben in solchen Konditionalprogrammen keine wesentliche Funktion, sie sind vielmehr Programm eines andersartigen, entgegengesetzten Stils, da sie nicht auslösende Ursachen, sondern zu bewirkende Wirkungen konstant setzen. Bei konditional programmiertem Entscheiden können daher Zweckerwägungen nur sekundär zur Ausräumung von Auslegungszweifeln herangezogen werden. Unser Recht ist nicht mehr wie das alteuropäische Naturrecht als Darstellung guter Zwecke des Handelns konzipiert, also nicht mehr inhärent ethisch-teleologisch gebaut, sondern von Zweckerwägungen und daher auch von Zweckverantwortung weitgehend entlastet. Die finale Struktur ist nur noch für die Setzung und die Auslegung von Normen relevant"[33].

Luhmanns Thesen entsprechen voll dem herrschenden juristischen Gesetzesanwendungsverständnis, das die richterliche Entscheidung im wesentlichen als neutralisierte „Wenn-Dann"-Automatik auffaßt. Luhmann vergleicht Gesetze an anderer Stelle auch mit „Algorithmen"[34], was die engen Beziehungen seines konditionalen Entscheidungstyps mit den Voraussetzungen von EDV ausdrückt.

Die Frage ist allerdings, ob Gesetze heute tatsächlich Algorithmen darstellen, die unabhängig vom Entscheidungsträger in einer endlichen Anzahl genau definierter Lösungsschritte die „richtige" Entscheidung garantieren. Wäre dies der Fall, dann bliebe es unverständlich, warum die EDV-Anwen-

31 *Simon*, Perspektiven der Automation, S. 74. (Simon versteht die Unterscheidung allerdings nicht als Gegensatzpaar, sondern als „Kontinuum"); *Eckhoff/Jacobsen*, Rationality and Responsibility, S. 9.

32 Aus den zahlreichen Veröffentlichungen *Luhmanns* vor allem: Zweckprogramm und Systemrationalität, S. 68 ff.; Positivität des Rechts, S. 175 (193); Funktionale Methode, in: AöR 94 (1969), S. 1 (3); Evolution des Rechts, S. 193 ff.; Theorie der Verwaltung, S. 87; Legitimation durch Verfahren, S. 130; Rechtssoziologie Bd. 2, S. 227 ff. — An Luhmann anknüpfend: *Krawietz*, Funktion, in: RuP 1970, S. 150 (155); *v. Oertzen*, Automationsgerechte Gesetze, in: DVBl. 1969, S. 61 (62); *Podlech*, Gehalt und Funktionen, S. 106 ff. — Zur Kritik: *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 141 ff.; *Münstermann*, Zur Rechtstheorie Niklas Luhmanns, in: KJ 1969, S. 325 (329); *Rottleuthner*, Soziologie des richterlichen Handelns, in: KJ 1970, S. 283 (305 Anm. 51).

33 *Luhmann*, Funktionale Methode, in: AöR 94 (1969), S. 1 (3).

34 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 69.

dung außer in kleinsten Bereichen der untersten Verwaltung bislang vor unüberwindlichen Schwierigkeiten steht.

Folgende strukturelle Bedenken sprechen gegen die Einstufung von Gesetzen als Konditionalprogramme:

— Alle Bedingungen, Situationen und Ziele der Anwendung des Gesetzes müßten im Gesetz enthalten oder aus ihm generierbar sein. Dies verhinderte beispielsweise die Berufung auf höherrangiges Verfassungsrecht, wenn sich das anzuwendende Gesetz nicht ausdrücklich darauf bezieht.

— Rechtsbegriffe müßten als bereits operationalisiert vorausgesetzt werden. Operationalisierungen werden aber nur selten in Gesetzen vorgenommen und fast nie durch Bezugnahmen auf die juristische Dogmatik erreicht, weil die Dogmatik gegensätzliche Operationalisierungen nicht ausschließt[35].

— Da jede Auslegung bereits die Annahme eines Konditionalprogramms verhindert[36], Auslegungen aber für die meisten juristischen Entscheidungen erforderlich sind, kann das Konditionalprogramm nicht den Normaltyp des Gesetzes darstellen.

— Es gibt kein Verfahren, um festzustellen, ob ein Konditionalprogramm oder ein Zweckprogramm vorliegt. Die Zuordnung eines Rechtsproblems zur einen oder zur anderen Kategorie determiniert bereits die Lösung, obwohl die Entscheidung über die Zuordnung aufgrund einer Wertung erfolgt, also Zwecke einbezieht.

— Zweckprogramme lassen sich als Spezialfälle von Konditionalprogrammen auffassen[37].

Die analytische Trennung von Konditional- und Zweckprogrammen bietet zwar Vorteile, ist jedoch weder empirisch zutreffend noch zwingend durchführbar noch rechtspolitisch wünschenswert. Luhmann verallgemeinert unkritisch Bedingungen, die vor allem in begrenzten Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts vorkommen[38], mit Bedingungen im sonstigen Recht, und

35 So aber *Luhmann*, Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1 (24) unter Bezugnahme auf die Funktion der juristischen Dogmatik: „Es muß etwas Übersehbares und Entscheidbares bedeuten, wenn in einem Programm Begriffe wie subjektives Recht, Plan, Widerruf, Anfechtung, Eigentum, Ermessen usw. eingesetzt werden." Incidenter auch *Podlech*, Gehalt und Funktionen, S. 107: Der Begriff „Gesundheit" soll in § 12 Abs. 1 S. 1 BSeuchG ein Zweckbegriff sein, in § 823 Abs. 1 BGB dagegen ein Konditionalbegriff.

36 *Luhmann*, Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1 (3).

37 Vgl. *Stegmüller*, Probleme und Resultate Bd. I, S. 533 (535) mit dem einleuchtenden Beispiel des juristischen Paukkurses, der besucht wird, um die juristische Staatsprüfung zu bestehen.

38 Vgl. dazu *Schmidt*, Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, S. 332 ff. Schmidt spricht von der „Verwaltungsaktbegründung mit überschießender

zwar deshalb unkritisch, weil er zumindest die dogmatische Eindeutigkeit von Regelungen unterstellt. In Wirklichkeit herrschen kombinierte Konditional-Zweckprogramme vor, weil Normsätze auslegungsfähige oder auslegungsbedürftige Begriffe enthalten, angefangen von anscheinend im Gesetz hinreichend definierten Begriffen wie „Sache", „Irrtum" oder „Fahrlässigkeit" über wirtschaftsrechtliche Begriffe wie „Wettbewerb", „Marktbeherrschung", „Preisempfehlung" bis hin zu Allgemeinbegriffen wie „öffentliche Sicherheit", „ruhestörender Lärm" oder „ordentlicher Kaufmann". Alle bisherigen Beispiele für ausschließlich konditionalprogrammierte Normsätze vermögen nicht zu überzeugen, weil sie stillschweigend die rechtssemantische Eindeutigkeit unterstellen[39]. Das rechtspolitische Hauptbedenken gegen die Auffassung, Gesetze besäßen eine Konditionalstruktur, ist der damit gerechtfertigte Wegfall der richterlichen Folgenverantwortung für eine gerechte Entscheidung. Aus Luhmanns systemtheoretisch-funktionaler Sicht mag die Folgenverantwortung ausschließlich Aufgabe des Gesetzgebers sein und zur „funktionalen Differenzierung", zur „Entlastung" und zur „Reduktion von Komplexität" beitragen[40]; aus rechtsethischer und rechtspolitischer Sicht führt die Ausklammerung richterlicher Eigenverantwortung zu einer Scheinneutralität im Sinne des gesetzespositivistischen Ideals.

Luhmanns Unterscheidung von „Konditionalprogramm" und „Zweckprogramm" liefert keine Kriterien für automatisionsgerechte Gesetze, wie die Benennungen „Programm" und „programmiert" zu suggerieren scheinen[41].

Programmierungsfunktion" hinsichtlich der „Vollzugsmaxime" (S. 338). Er strebt damit zutreffend die funktionale Kennzeichnung der präjudiziellen Wirkung von praktischen Entscheidungsgrundsätzen innerhalb der Verwaltungsrechtslehre an. Ob man dafür allerdings den Terminus „Programmierung" benötigt, mag dahingestellt bleiben.

39 *Luhmanns* „Prüfungskandidatenbeispiel" (vgl. Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 [1969], S. 1 [3 f.]) ist bereits von *Esser* (Vorverständnis und Methodenwahl, S. 144) zutreffend kritisiert worden. Podlechs Beispiel aus dem Unfallversicherungsrecht (vgl. Gehalt und Funktionen, S. 106) geht davon aus, daß die Begriffe „Arbeitsunfall" und „gleichgestellter Gegenstand" operationabel sind. Ebensowenig führt Podlechs syntaktische Umformulierung des § 823 Abs. 1 BGB in: „Für jedes geordnete Personenpaar x und y gilt: Immer dann, wenn x eine oder mehrere im Eigentum des y stehende Sachen oder ... widerrechtlich oder schuldhaft verletzt hat, ist x verpflichtet, y den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (vgl. *Podlech*, Logische Anforderungen, in: BB 1968, S. 106 [107]) zu einem konditional entscheidungsfähigen Prozeß, der ohne weitere Bedingungen strittige Auslegungsfragen überbrücken könnte.

40 So lauten die zentralen Stichwörter bei *Luhmann:* Grundrechte als Institution, S. 19; Legitimation durch Verfahren, S. 41; Luhmann, in: *Habermas/Luhmann* (Hrsg.), Theorie der Gesellschaft, S. 25 (61).

41 *Luhmann* verwendet den Begriff „Programm" untechnisch, teilweise im Sinne von „Planung", teilweise anstelle von „Norm", teilweise aber auch wie in der

Die Einsatzmöglichkeit von EDV im juristischen Entscheidungsprozeß hängt allein davon ab, ob und in welchem Umfang ein algorithmisches (also schrittweises und in sich abgeschlossenes) Problemlösungsverfahren vorliegt. Dieses erscheint bei formalisierten Zweckprogrammen ebenso denkbar wie bei Konditionalprogrammen, weil es nur auf den Grad der Formalisierbarkeit ankommt. Allerdings lassen sich auf der Grundlage der heutigen juristischen Entscheidungsmethoden für beide Programmtypen bisher keine Algorithmen angeben[42].

Programmierende Normsätze im Sinne der EDV sind nur insoweit möglich, als es gelingt, künftig auftretende Lebenssachverhalte hypothetisch schon vorab strukturell eindeutig zu erfassen und ihnen jeweils bestimmte Rechtsfolgen zuzuordnen. Das ist bisher im wesentlichen nur für numerische, also nichtsemantische Probleme gelungen. Bei semantischen Problemen bliebe nämlich, selbst wenn alle Determinanden für ein formalisiertes Verfahren vorlägen, bei unverändertem Aufgabenbereich der Rechtsprechung jedem Richter im konkreten Konfliktsfall doch die Kompetenz, durch Zuordnung oder Nichtzuordnung eines empirischen Sachverhalts zu den Kriterien eines Normsatzes mittelbar auch über die Angemessenheit der Kriterien des programmierenden Normsatzes zu entscheiden, weil es noch kein Verfahren gibt, um exakte semantische Transformationen von ontologischen in normative Sätze vornehmen zu können. Die richterliche Übersetzungs- und Kontrollfunktion führte bei der konkreten Entscheidung also weiterhin zu einer verdeckten Rechtsfortbildung, so daß selbst in diesem utopischen Zustand kein Rechtsetzungsmonopol (Programmierfunktion), sondern nur eine — allerdings faktisch verstärkte — Rechtsetzungsprärogative[43] des Gesetzgebers bestünde.

Entgegen ihrem Anspruch können weder der positivistische Gesetzesbegriff noch Luhmanns technologische Variante die richterlichen Bewertungsakte im Entscheidungsprozeß ausschließen. Insoweit fehlt eine algorithmisierbare Wenn-Dann-Rechtsanwendungsautomatik. Wenn es sie aber bisher praktisch nicht gibt, dann hat die juristische Dogmatik nicht die Funktion, logisch eindeutige, sondern bloß fachlich akzeptierbare Entscheidungen zu ermöglichen;

EDV; vgl.: Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1 (S. 23 Anm. 47); Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 177 und 182; Legitimation durch Verfahren, S. 53; Theorie der Verwaltungswissenschaft, S. 88 f. In seiner „Rechtssoziologie" (Bd. 2, S. 227 Anm. 40) faßt Luhmann den „Programm"-Begriff als „Bindeglied zwischen Systemtheorie und Entscheidungstheorie" auf und hält ihn für „allgemeiner als der des Computerprogramms".

42 Ausnahmen bestehen für scharf abgrenzbare Teilsysteme mit numerischen Problemen, z. B. die Ermittlung des zu versteuernden Einkommensbetrages im Einkommensteuerrecht.

43 So *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 60 ff. (für den heutigen Zustand).

dann beruht die Doktrin der „einzig richtigen Entscheidung" auf einer gesetzespositivistischen Ideologie; dann bestehen Entscheidungsalternativen, deren Kriterien dogmatisch nicht mehr harmonisiert werden können, sondern einer anderen Rechtfertigung bedürfen.

Die bisherige Kritik des justizsyllogistischen Obersatzes macht deutlich, daß ein Normsatz höchstens in extremen Ausnahmefällen heute ein konditionales hypothetisches Urteil darstellt. In der Regel besteht er aus semantischen Kombinationen von Zwecken und Bedingungen, deren potentielle Formalisierung in den einzelnen Rechtsgebieten graduell differiert. Es gibt im Recht Objektbereiche, die sich aufgrund ihrer Durchstrukturierung besser für eine algorithmische Erfassung eignen als andere: Verfahrensrecht besser als materielles Recht, Straßenverkehrsrecht besser als Bürgerliches Recht, Bürgerliches Recht besser als Verfassungsrecht. Allgemein gilt, daß die Möglichkeit der Formalisierung eines Normsatzes im umgekehrten Verhältnis zur Ausdehnung seines Objektbereichs steht, weil mit der Ausdehnung seines Objektbereichs regelmäßig die Abstraktheit der semantisch verschlüsselten Zwecke und Anwendungsbedingungen steigt. Die „Bindung" an das Gesetz bedeutet insofern lediglich die Ausrichtung an der bisherigen Auslegung[44], ohne daß sämtliche Bedingungen dieser Ausrichtung aufzählbar festliegen. Ohne diese Aufzählbarkeit, die aus erkenntnistheoretischen Gründen nicht schon durch die Menge der Tatbestandsmerkmale eines Normsatzes, sondern erst mit Hilfe von Metaregeln über die Behandlung der Tatbestandsmerkmale erreicht wird, bleibt Rechtsanwendung ein dogmatisch befangener und nur vordergründig auf Erkenntnis des „rein Rechtlichen"[45] hinzielender Prozeß.

Die juristische Dogmatik vermindert zwar in gewissem Umfang durch Aussagen über Anwendungsvoraussetzungen einer Norm Willkür und Rechtsunsicherheit[46], doch vermeidet sie folgende Nachteile nicht:

44 Vgl. *Brinckmann,* Das entscheidungserhebliche Gesetz, S. 74 f.; *Hassemer,* Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform, S. 27 (31): Das Gesetz beherrscht nicht die Auslegung, sondern die Auslegung beherrscht das Gesetz.

45 So *Ramm,* Einführung in das Privatrecht, Bd. II, S. 494. — „Rein rechtliche Fragestellungen zeichnen sich allgemein dadurch aus, daß die wirklichen Entscheidungskriterien hinter rechtssemantischen Operationen verborgen bleiben. So hängt z. B. die Beantwortung der Frage: Ist die OHG eine juristische Person? weniger von der ohnehin vagen Definition einer juristischen Person (vgl. z. B. die Abgrenzung zur Teilrechtsfähigkeit) als von der Bewertung der Rechte und Pflichten der OHG im Wirtschaftsleben ab. Solange die Rechtssprache keine Wissenschaftssprache, sondern dogmatisierte Umgangssprache ist, täuscht sie Eindeutigkeit nur vor.

46 Der Umfang läßt sich nur behavioristisch-statistisch, nicht theoretisch angeben. In den Vereinigten Staaten hat sich daraus eine eigene juristische Forschungsrichtung entwickelt („Jurimetrics"), die sich vor allem mit Prognosen künftiger Entscheidungen aufgrund von Präjudizien und sozialpsychologischen Analysen

— Juristische Entscheidungsargumente werden pragmatisch zur freien Auswahl gestellt, ohne theoretisch strukturiert zu sein.
— Die Relativität jeder Interpretation bildet keine Rationalitätsvoraussetzung für Entscheidungen. Dadurch bleiben Abhängigkeiten, Voraussetzungen und Interessensteuerungen der Argumente nebensächlich.
— Es sind widersprüchliche Interpretationen und Aussagen möglich.
— Auswahlprobleme und Widersprüche bei Entscheidungen werden überspielt, indem jede rechtskräftige Gerichtsentscheidung gleichermaßen verbindlich ist.
— Die Verbindlichkeit von Gerichtsentscheidungen beruht nicht auf (wenigstens relativierter) Erkenntnis, Wahrheit und Objektivität, sondern auf Sanktionen bei Nichtbefolgung.
— Der Mangel einer logisch zwingenden Ableitbarkeit der meisten Entscheidungen müßten eigentlich dazu führen, der Rechtsprechung rechtsschöpferische Aufgaben zuzubilligen. Diese Funktion bleibt aber deshalb unbeachtet, weil die Rechtsfortbildungselemente dogmatisch integriert werden.
— Richterliche Entscheidungen gelten nicht als Wahl[47] innerhalb einer Klasse von mindestens zwei möglichen Aussagen. Deshalb bleibt die meist vorhandene Wertungsproblematik hinter dogmatischen Konstruktionen verborgen.
— Dogmatische Auslegungsgebote stehen auf derselben Erkenntnisstufe wie die historischen Auslegungsverbote[48].

Diese Nachteile, die zugleich einem EDV-Einsatz entgegenstehen, werden mehr und mehr als Nachteile offenbar[49], ohne daß ein Gegenkonzept ersichtlich ist.

Wenn man nicht von der Vorstellung einer strikten „konditionalen Programmierung" juristischer Entscheidungen durch Gesetze ausgeht, sondern anerkennt, daß es bei der Auslegung vor allem der wichtigen Normsätze

der beteiligten Richterpersönlichkeiten beschäftigt; vgl. dazu die Beiträge von Loevinger, Schubert, Kort und Ulmer, in: *Baade,* Jurimetrics, S. 5 ff., 100 ff., 143 ff., 164 ff.

47 Zutreffend dagegen *Wieacker,* Gesetz und Richterkunst, S. 7: „Jede Interpretation ist eine Entscheidung, nämlich (eine) Wahl zwischen mehreren möglichen Bewertungen." Ebenso *Horn,* Rechtssprache und Kommunikation, S. 162. Vgl. auch *Leoni,* Meaning, S. 93 (95): Eine Entscheidung ohne vorgängige Wahl beschreibt lediglich ein psychologisches Verhalten, eine Attitüde.

48 Umfangreiches historisches Material berücksichtigt *Schumann,* Das Rechtsverweigerungsverbot, in: ZZP 1968, S. 79 (83 ff.); zu den Auslegungsverboten vgl. auch *Jürgen Schmidt,* System und Systembildung, S. 384 (406 f.).

49 Vgl. *André,* Was heißt rechtswissenschaftliche Forschung? in: JZ 1970, S. 396 (400).

nicht nur „eine richtige" Entscheidung gibt, die bloß „erkannt" werden muß[50], dann ist es nur ein kleiner Schritt, zur Kontrolle der getroffenen und zur Verbesserung künftiger Entscheidungen die Konsequenzen von Entscheidungen zu berücksichtigen. Eine Behandlung der Entscheidungsfolgen scheint in juristischen Methodenlehren deshalb zu fehlen, weil richterliche Entscheidungen überwiegend als schlichter Gesetzesvollzug gelten und sich die Entscheidungsfolgen daraus scheinbar zwangsläufig ergeben. Zugelassen wird lediglich, innerhalb dogmatischer Kategorien wie: zumutbar-unzumutbar, billig-unbillig, gerecht-ungerecht, angemessen-unangemessen oder mit Hilfe der „teleologischen Auslegung" Entscheidungsfolgen mittelbar einzubeziehen. In der Regel zeigen die genannten dogmatischen Ausdrücke an, daß sie als Gerechtigkeitsvermutungen bereits die Norminterpretation und damit den Inhalt der getroffenen Entscheidung beeinflußt haben, auch wenn dies bestritten oder sorgsam verschwiegen wird[51]. Da eine Widerlegung dieser Gerechtigkeitsvermutungen ohnehin praktisch unmöglich ist, verzichtet man darauf, überhaupt Maßstäbe anzugeben. Dadurch wirken die Gerechtigkeitsvermutungen eher als Bekräftigung der jeweiligen Entscheidungsgründe und nicht als kontrollfähige Entscheidungskriterien für die Entscheidung. Würde die praktische, intuitiv vermutete Vernünftigkeit durch sozialwissenschaftlich ermittelte Vernünftigkeit auf der Grundlage von Aussagen- und Ereigniswahrscheinlichkeiten ersetzt, so wäre es nicht nur möglich, den Zeitfaktor zwischen Gesetzesplanung und einer späteren Gesetzesauslegung bewußt einzubeziehen und so den Wandlungen der Lebensverhältnisse Rechnung zu tragen, sondern auch die entscheidungserheblichen Zielperspektiven offenzulegen. Dies bedeutete einen Realitätsgewinn, der letztlich erst die EDV-Anwendung für diesen kleinen Teilbereich sinnvoll erscheinen ließe.

50 Eine ausführliche und überzeugende Kritik dieser Doktrin findet sich bei *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 213 ff.

51 Die berühmte Ausnahme im „Badewannenfall" des Reichsgerichts (RGStr. 74, S. 84—86) wurde bereits erwähnt (oben S. 48 Anm. 115). In den USA haben vor allem Holmes und Dewey eine offene Folgendiskussion gefordert, vgl. dazu *Weiss*, Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit, S. 43 und 58. In der Bundesrepublik Deutschland vertreten *Adomeit*, Rechtsquellen, S. 32 Anm. 108 und *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 175 diese Ansicht. *Scheuerle*, Finale Subsumtionen, in: AcP Bd. 167 (1967), S. 305 (324 f.) führt eine ganze Reihe von Beispielen aus der Gerichtspraxis an. — Der Widerstand gegen diese Auffassung dürfte nicht zuletzt aus dem Bestreben resultieren, die juristische Argumentation von Willenselementen und politischen Auffassungen freizuhalten. Dabei wird übersehen, daß die Argumentationslehren sich ihrerseits an politischen Zielvorstellungen orientieren, vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 36.

b) Untersatz

Die Durchleuchtung von Kriterien für die Bildung des „Untersatzes" im Justizsyllogismus aus der EDV-Perspektive betrifft vor allem die Funktionen des Untersatzes sowie die jeweiligen Maßstäbe zur Ermittlung des Sachverhalts, zur Feststellung seiner Vollständigkeit und zur Begründung seiner Wahrheit. Es liegt die Vermutung nahe, daß die bereits dargestellte Unterscheidung zwischen Tatsachen und Rechtsansichten ebensowenig den Rationalitätserfordernissen der EDV entspricht wie die Ermittlung und die Qualifizierung von Tatsachen.

Die juristische Subsumtion durch Untersatzbildung hat die Funktion, Problemlösungen zu ermöglichen, indem soziale Sachverhalte festgestellt und in einen Normkontext mit den gewünschten Folgen übersetzt werden. Die relationstechnische Formulierung dieses Umsetzungsprozesses trivalisiert mit dem allgemein üblichen Bild des „Hin- und Herwandern des Blickes" zwischen Sachverhalt und Norm die dabei zu überwindenden Schwierigkeiten, weil nichts über die dabei ablaufenden Denkprozesse ausgesagt wird. Solange die Angabe von Kriterien für das „Hin- und Herwandern" fehlt, bleibt das Bild eine bloße Hoffnung auf den richtigen Verlauf subjektiver Assoziationen und bietet keine objektivierbaren Kontrollmöglichkeiten.

Eine differenziertere Analyse des „Hin- und Herwanderns" versucht Kriele[52], indem er verschiedene funktionale Stufen unterscheidet. Aber auch seine Aufgliederung strukturiert die Denkprozesse nicht derart, daß sich EDV-fähige Bearbeitungskriterien für den Vollzug und die Vollständigkeit der einzelnen Phasen ergeben. Das wäre auch nur dann überhaupt möglich, wenn theoretisch eine scharfe Grenze zwischen Sachverhaltsermittlung und Normhypothesenbildung, also letztlich zwischen „Sein" und „Sollen" bestünde. Ohne diese philosophische Streitfrage behandeln zu wollen, läßt sich feststellen, daß jedenfalls für die Behandlung von Rechtsproblemen eine generalisierbare Trennungsmöglichkeit bisher fehlt.

In der Fachliteratur wird die Untersatzbildung nicht strukturell, sondern exemplarisch behandelt, wobei oft nicht erkennbar ist, worauf die Generalisierbarkeit beruhen soll und wo ihre Grenzen liegen. Vielzitiertes Paradebeispiel, an dem Larenz[53] die Problematik des Untersatzes überhaupt klarzumachen versucht, bildet die Frage, ob „Hund" ohne weiteres unter den Begriff „Tier" in § 833 BGB subsumiert werden kann. Das dürfte regelmäßig in der Tat deshalb möglich sein, weil die konstituierenden Bedeutungs-

52 Theorie der Rechtsgewinnung, S. 197 ff.

53 Methodenlehre, S. 256; vgl. dazu auch *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 21.

elemente von „Tier" auch den Begriff „Hund" umfassen, oder, logisch ausgedrückt, „Hund" eine Teilklasse innerhalb der Klasse „Tier" bildet. Ob „Hund" deshalb stets eine Grundtatsache darstellt, ist damit jedoch keineswegs geklärt. Beispielsweise kann die Entscheidung, ob „Hund" ein „gefährliches Werkzeug" nach § 223a StGB sein kann, von der Feststellung der Eingeschaften des Hundes abhängen, die Feststellung „Hund" allein also möglicherweise noch nicht ausreichen. Die Frage, wann etwas als Tatsache anzusehen ist, hängt deshalb von den Anwendungsbedingungen des herangezogenen Normsatzes ab, und die Anwendungsbedingungen ergeben sich aus der Auslegung des Normsatzes aufgrund übergeordneter Gesichtspunkte. Keinesfalls kann das „Hunde"-Beispiel als Grundmuster für Subsumtionen gelten, denn in der weit überwiegenden Zahl der Fälle liegt der Sachverhalt nicht schon als Teilklasse fest, sondern muß, weil die Normsätze regelmäßig Bewertungen voraussetzen, erst durch Vorentscheidungen gebildet werden.

Statt genereller Kriterien gibt es für juristische Entscheidungen zwei Techniken zur Feststellung der „Tatsachen". Die erste Technik besteht darin, Präjudizien zu finden, von denen entweder nach allgemeiner Überzeugung in Fachkreisen oder aufgrund rechtskräftiger Entscheidungen feststeht, daß etwas als Tatsache im Sinne eines bestimmten Rechtssatzbegriffs anzusehen ist. Die Tatsachenfeststellung beruht hierbei entweder auf Konsens, dessen Voraussetzungen unaufgeschlüsselt bleiben[54], oder auf Gerichtsentscheidungen, die als Muster anerkannt werden, ohne daß zuvor der Grad an Übereinstimmung mit dem Streitfall ermittelt wird. Dadurch ergeben sich jeweils Entscheidungsspielräume, die gegensätzliche Entscheidungen nicht ausschließen.

Die zweite, besonders im Zivilprozeß befolgte Technik, reduziert pragmatisch die Unsicherheiten bei der Feststellung von Tatsachen, indem sie die Aussagen der streitenden Parteien korreliert und Übereinstimmungen als „Tatsachen" unterstellt, für Nichtübereinstimmungen dagegen Beweise fordert, falls das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Tatsachen für die gewünschte Rechtsfolge erheblich sein sollte. Die Annahme einer Tatsache hängt damit erstens von der Annahme einer Übereinstimmung ab, ohne daß nach der Methodenlehre ein Korrelationsgrad zuvor festgelegt und ermittelt werden müßte, und zweitens von Bedingungen, die für den konkreten Fall durch Auslegung des Normsatzes ausgewählt werden. Auch diese zweite Technik ermöglicht Entscheidungsspielraum für gegensätzliche Entscheidungen, weil mangels Kriterien die Feststellung einer Übereinstimmung bei nichtübereinstimmenden Aussagen und die Feststellung einer Nichtüberein-

54 Es gibt beispielsweise keine Maßstäbe dafür, wann ein allgemeiner Konsens vorliegt, wie er festgestellt werden kann, was geschieht, wenn unterschiedliche Ansichten bestehen, wonach sich die Präferenzen richten, ob Harmonisierungsmöglichkeiten denkbar sind, ob diese angestrebt werden sollen usw.

stimmung bei übereinstimmenden Aussagen nicht ausgeschlossen ist. Außerdem hat der Richter immer die Möglichkeit, die Beweiserheblichkeit einer Aussage anzunehmen oder abzulehnen und dadurch aufgrund der Beweislastverteilung die Endentscheidung zu beeinflussen.

Den Kern der juristischen Sachverhaltsproblematik bildet also der Tatsachenbegriff selbst: Sind Tatsachen im juristischen Sinne nur raum-zeitliche Ereignisse oder darüber hinaus auch Beschreibungen und Bewertungen solcher Ereignisse? Im ersten Fall wäre wahrscheinlichkeitstheoretische, statistische und andere empirische Techniken möglich, im zweiten Fall müßten vor allem Kriterien für Beschreibungen und Bewertungen entwickelt werden, um zu kontrollierbaren Ergebnissen zu gelangen.

Als „Tatsache" gilt nach einer allgemein übernommenen Definition Rosenbergs[55]

„alles, was zum Tatbestande der anzuwendenden Rechtssätze gehört und den Untersatz des richterlichen Syllogismus bildet: es sind die konkreten, nach Raum und Zeit bestimmten, vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse und Zustände der Außenwelt und des menschlichen Seelenlebens, die das objektive Recht zur Voraussetzung einer Rechtswirkung gemacht hat".

Nach dieser Definition scheinen „Tatsachen" nur raum-zeitliche Ereignisse zu sein, auch wenn Rosenberg keine scharfe Grenze zwischen empirischen Tatsachen („nackte Tatsachen") und der Bewertung empirischer Tatsachen („Urteile", „reine Urteile", „Tatsachenurteile") feststellen kann. Bei genauerer Analyse läßt sich aber nachweisen, daß der syllogistische Untersatz fast ausschließlich aus Bewertungen von Tatsachenaussagen besteht[56] und auch bestehen muß: Denn wenn Normsatzbegriffe den Maßstab für die Berücksichtigung empirischer Tatsachen abgeben, dann bedarf es stets einer transformierenden Entscheidung über die Anwendungsbedingungen und über deren Vorliegen im konkreten Aussagenzusammenhang. Die Entscheidung über die Festlegung der Anwendungsbedingungen („Normhypothese") steuert bereits die Auswahl unter den möglichen Tatsachen sowie eine Bewertung der ausgewählten Tatsachen. Anders wäre es nur, wenn in

55 *Rosenberg*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 545. Den rechtshistorischen Zusammenhang von „Tatsache" und „Sache" macht *Horn*, Rechtssprache und Kommunikation, S. 151 f., deutlich.

56 Schon in den Gesetzen gehen beide Kategorien ineinander über: Das StGB kennt „erweislich wahre" (§ 186), „unwahre" (§ 187), „wahre" und „falsche" Tatsachen (§ 263), die ZPO erwähnt Vernehmungen und Erklärungen „über" (§§ 445, 531) oder das Vorbringen „von" Tatsachen (§ 529). Der Bewertungsumfang ist freilich unterschiedlich, je nach dem, ob es sich um singuläre Tatsachen (Ereignisse) oder um generelle Tatsachen (Erfahrungssätze, Gerichtsurteile, hypothetische Kausalverläufe usw.) handelt; dazu *Stegmüller*, Probleme und Resultate, Bd. I, S. 251 ff.

Normsätzen „deskriptive" Tatbestandsmerkmale den gedanklichen Umformungsprozeß überflüssig machten und einen unmittelbaren Wirklichkeitsbezug herbeiführten. Die Lehre von den deskriptiven und den normativen Tatbestandsmerkmalen ist jedoch aus erkenntnistheoretischen Gründen äußerst fragwürdig[57]. Im Prinzip muß also der Richter erst entscheiden, was als Tatsache anerkannt werden soll. Solange er die Entscheidung in einem intuitiv verlaufenden Einfühlungsprozeß trifft, bleibt das Ergebnis nicht vom Zufall unabhängig und schließt EVD deshalb aus. Erst wenn es gelänge, den Einfühlungsprozeß strukturell in einem Modell mit abzählbar vielen, gewichteten Variablen zu verfestigen, wären Computersimulationen denkbar.

Neben den juristischen Methoden zur Ermittlung und Bewertung von Tatsachen und den allgemein wissenschaftstheoretisch ungelösten Fragen der Vollständigkeit (Abgeschlossenheit) eines Sachverhalts[58] enthält vor allem das juristische Verfahren zur Feststellung der „Wahrheit" von Tatsachen zahlreiche Probleme. Dabei soll nicht verkannt werden, daß es eine „objektive Wahrheit" nicht gibt, sondern alle empirischen Tatsachen und Tatsachenaussagen auf einen bestimmten Zeitpunkt T, eine bestimmte politische Theorie P und bestimmte Vorentscheidungen V bezogen sind[59]. Die „relativierte Wahrheit" bietet allerdings gegenüber einer beanspruchten „objektiven Wahrheit" den Vorteil der Kontrollierbarkeit: Jede Veränderung des Bezugsrahmens verändert auch die Wahrheitsbewertung. Da die Relativität von Aussagen zugleich ein beherrschendes Arbeitsprinzip der EDV ist, interessieren im vorliegenden Zusammenhang besonders die Wahrheitsbewertungskriterien für die juristische Feststellung von Tatsachen.

Gesetzliche Beweisregeln gibt es kaum. Als Grundsatz gilt im Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsverfahren die „freie Beweiswürdigung" (§§ 286 ZPO, 261 StPO, 108 VwGO). „Frei" heißt, daß der Richter keinerlei Bindung unterliegt:

57 Überzeugend *Horn*, Rechtssprache und Kommunikation, S. 148 f.; vgl. auch *Schroth*, Zum Problem der Wertneutralität, S. 103 (108); a. A. *Schreiber*, Geltung von Rechtsnormen, S. 22 f.

58 Das betrifft Fragestellungen wie: Unter welchen Bedingungen ist ein Sachverhalt vollständig? Gehören Handlungsmotive und Handlungsziele zu den Tatsachen? Haben subjektive Präferenzen des Entscheidungsträgers Einfluß auf den Tatsachenrahmen? In welchem Umfang hängt die Vollständigkeit eines Sachverhalts von den Wahrnehmungstechniken ab?

59 Auf die Problematik des empiristischen Wahrheitsbegriffes kann hier nicht eingegangen werden. *Popper* (Logik der Forschung, S. 219 Anm. 1) definiert „Wahrheit" in Anlehnung an Tarski als „Übereinstimmung mit den Tatsachen (mit der Wirklichkeit)". Die Übereinstimmung soll durch Basissätze (Protokollsätze) festgestellt werden können. Basissätze sind aber ihrerseits theoriegeprägt und können deshalb nur relativiert aufgrund einer Vorentscheidung („Anerkennung") wahr sein (vgl. *Popper*, Logik der Forschung, S. 69).

„Völlig frei beurteilt (er) den Wert der einzelnen Beweismittel, legt Zeugenaussagen aus, folgert von bestrittenen auf unbestrittene Behauptungen, zieht Schlüsse aus Indizien, aus dem Verhalten von Zeugen und Parteien, darf einer Partei mehr glauben als einem beeideten Zeugen" usw.[60].

Zwar müssen die „leitenden Gründe" (§§ 286 S. 2 ZPO, 108 Abs. 2 VwGO) angegeben werden, die Rechtsprechung läßt aber pauschale Zusammenfassungen genügen[61].

Es bestehen freilich große Schwierigkeiten, angesichts der Vielfalt von Gesichtspunkten, Faktoren und Beweismittel (Augenschein, Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Parteivernehmung) generelle Kriterien anzugeben und diese auch noch in einen aussagenlogischen Zusammenhang zu bringen. Dennoch scheint es nicht ausgeschlossen, daß sich die Menge der Gesichtspunkte annäherungsweise auflisten und strukturieren läßt und Teilmengen durch relativierte (komparative) numerische Werte erfaßbar werden. Ein solches Verfahren würde es ermöglichen, innerhalb festzulegender Toleranzgrenzen Beweiswerte zu quantifizieren und die ungeregelte — wenn auch nicht willkürliche — nach gesundem Menschenverstand ablaufende Beweiswürdigung durch kontrollierbare Verfahren in Richtung einer Objektivierung zu verbessern. Dann erst wäre es auch sinnvoll, vage Klassifizierungen von Beweisergebnissen, die von „ausgeschlossen" bis „mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" reichen, durch Skalierungen zu definieren und bei Zusammentreffen mehrerer Beweismittel eindeutige Beweiswerte nach der Wahrscheinlichkeit der „Wahrheit" eines Beweisergebnisses zu ermitteln[62].

c) Schlußsatz

Der Schlußsatz im Justizsyllogismus besitzt keine Eigenbedeutung, sondern beruht vollständig auf den Vorentscheidungen der Untersatzbildung. Un-

60 *Thomas/Putzo*, Zivilprozeßordnung, § 286 Anm. 2 (S. 367 f.).

61 BGHZ 3, S. 162 (175): „Für eine einwandfreie Würdigung der Sach- und Rechtslage durch das Berufungsgericht bedarf es keineswegs eines ausdrücklichen Eingehens auf jedes einzelne Vorbringen der Partei oder jede einzelne Zeugenaussage oder jedes einzelnen Beweismittels und einer ausdrücklichen Auseinandersetzung damit, wenn sich nur ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat."

62 Letzteres versucht *Schreiber* in seiner kleinen, unbeachtet gebliebenen Monographie „Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß" (Berlin/Heidelberg/New York 1968). Als „Theorie" bezeichnet er etwas zu anspruchsvoll bereits seine (zutreffende) mathematische Verrechnung der Beweiswerte mehrerer Beweismittel, ohne die Hauptschwierigkeit zu bedenken, wie die dazu nötigen Beweiswerte der einzelnen Beweismittel festgestellt werden können. — Vgl. auch *Lawlor*, Analysis and Prediction, S. 174 (176), der „schwierige" und „leichte" Fälle numerisch erfassen will.

tersatz und Schlußsatz fallen praktisch zusammen, und die kümmerliche Behandlung des Schlußsatzes innerhalb der juristischen Methodenlehre beweist dies indirekt. Dort taucht als Problem höchstens noch der Gesichtspunkt des „Urteilsermessens" auf, vor allem bei der Strafzumessung.

Formallogisch läßt sich der Schlußsatz leicht kritisieren: Er formuliert lediglich deklaratorisch das Entscheidungsergebnis des syllogistischen Untersatzes und nichts mehr, weil die zu Grunde liegende klassische (Aristotelische) Logik keine genaue Beschreibung dessen geben kann, was im Schließen eigentlich geschieht. Erst die mathematische („moderne", „formale", „symbolische") Logik hat den Folgerungsbegriff der klassischen Logik durch den kalkülisierten Ableitungsbegriff ersetzt[63] und damit die schrittweise Umformung der Prämissen durchsichtig gemacht. Der Unterschied zwischen klassischer und mathematischer Logik wirkt sich dahin aus, daß die juristische Folgerungstechnik Schlüsse zuläßt, für welche die Prämissen fehlen, während die formale Ableitung diese Möglichkeit verhindert und stets zwingende Schlüsse garantiert[64].

2. Gesamtbeurteilung

Die Beurteilung des Justizsyllogismus ändert sich mit dem jeweiligen Bezugspunkt: Aus formallogischer Sicht bleibt es unverständlich, wie man den Syllogismus als „bewußtes logisches Denken"[65] oder als eine „auf strenge Logik ausgerichtete Denkweise"[66] bezeichnen kann. Rechtsdogmatisch gilt der Justizsyllogismus entweder gerade wegen des Beurteilungsspielraums als vorteilhaft, weil er Besonderheiten des Einzelfalls schnell zu berücksichtigen erlaubt, oder deshalb, weil die Existenz des Beurteilungsspielraums gar nicht

63 *Hermes*, Einführung in die mathematische Logik, S. 3; *Scholz*, Abriß der Geschichte der Logik, S. 60.

64 Deshalb hielt schon *Ehrlich* (Juristische Logik, S. 299) juristische Schlüsse für Trugschlüsse. Ähnlich: *Brusiin*, Das Deduktive im juristischen Denken, in: ARSP Bd. 39 (1950/51), S. 324 ff.; *Jørgensen*, Norm und Wirklichkeit, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 1 (11).

65 *Diederichsen*, Traditionelle Logik, in: Juristische Analysen 1970, S. 765 (im Anschluß an Egon Schneider).

66 Der willkürliche Gebrauch des Begriffs „Logik" hat allerdings im Recht Tradition. Er steht für die „saubere Trennung von Recht und Politik" (*Hofacker*, Der logische Aufbau des Deutschen Rechts, S. 43 f.), oder für die eigenständige juristische Methode, insbesondere bei Laband (dazu ausführlich *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre, S. 7 [9 f.]), für Hermeneutik (vgl. dazu *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, S. 19) oder für verschiedene andere Bedeutungen (Nachweise bei *Ehrlich*, Juristische Logik, S. 198 und 423 ff.).

erst erkannt wird. Es spricht einiges dafür, diese positive rechtsdogmatische Einschätzung historisch zu erklären[67]. Rechtssoziologisch dürfte schließlich die Funktion des Justizsyllogismus darin bestehen, durch den Anschein zwingender Deduktion Kritikmöglichkeiten zu verringern, die Neutralität des Richters bezüglich des Ergebnisses zu dokumentieren und die staatliche Autorität wirkungsvoll zur Geltung zu bringen.

Die Konsequenzen für die Aussichten einer Verwendung von EDV bei juristischen Entscheidungsprozessen liegen auf der Hand. Je mehr die formale Logik als Methode der Problemdarstellung Berücksichtigung findet, um so größer wird die Chance für EDV, um so weniger kann es zu widersprüchlichen Entscheidungsbegründungen kommen, um so stärker wächst der Gegensatz zur traditionellen Arbeitsmethode, um so mehr müssen die Entscheidungsmotive und Entscheidungsziele offenbart werden, um so leichter dürften juristische Argumentationen nachprüfbar sein. Für gerechtere Entscheidungen enthält die formale Arbeitstechnik allerdings ebensowenig eine Garantie wie der Justizsyllogismus, denn Gegenstand ist in beiden Fällen nur das Rechtfertigen, nicht das Finden von Deduktionen. Genau deshalb aber läßt sich diese ausdrückliche Einschränkung nicht als Argument nur gegen die formale Methode verwenden[68].

Auf der Grundlage des Justizsyllogismus sind Automatisierungen von Gerichtsentscheidungen nicht möglich. Die juristische Methodenlehre und die Dogmatik als Substrat des Syllogismus bieten bisher nur eine Sammlung von gleichberechtigten, nebeneinander anwendbaren, in der Wirkung oft durchaus gegensätzlicher Argumentationstopoi, die nicht geeignet sind, Prämissen und Endentscheidungen in einem konsistenten Verfahren in Einklang zu bringen und durchsichtig zu machen. Die sogenannten Auslegungsmethoden bieten eher Begründungsgesichtspunkte als Ableitungszusammenhänge. Insofern ist es wenig aussichtsreich, eine Kalkülisierung des Justizsyllogismus zu versuchen[69] oder Überlegungen anzustellen, ob Analog- und Umkehrschluß, restriktive und extensive Interpretation, Rechtsschöpfung und ähnliche juristische Hilfskonstruktionen, die alle im Rahmen einer „Logik für Ju-

67 Vgl. *Brusiin*, Das Deduktive im juristischen Denken, in: ARSP Bd. 39 (1950/51), S. 324 (336): „Eine so offensichtlich unrichtige Theorie wie diejenige, daß ein richterliches Urteil ein Syllogismus sei, wäre wohl kaum entstanden und hätte sich jedenfalls nicht so lange und zäh behauptet, wenn sie nicht der Ausfluß einer liberalen Rechtsideologie gewesen wäre. Eine Kritik der Syllogismustheorie wird als etwas Gemeinschädliches, etwas, was die Rechtssicherheit der Staatsbürger gefährdet, abgelehnt."

68 Vgl. *E. v. Savigny*, Rolle der deduktiv-axiomatischen Methode, S. 315 (340).

69 Ebenso *Wagner/Haag*, Die moderne Logik, S. 7.

risten"[70] angeboten werden, programmierbar sein könnten[71]. Die Hoffnung auf eine eigenständige „juristische Methode" bleibt insbesondere deshalb eine Hoffnung, weil die Voraussetzungen der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen nicht, wie die Begriffsjurisprudenz unterstellt[72], allein mit den Mitteln des gerade auszulegenden und anzuwendenden positiven Rechts erreicht werden können. Wer annimmt, der anzuwendende Rechtssatz enthalte seinen Anwendungsmaßstab, gerät in einen hermeneutischen Zirkel, denn das Auszulegende kann nicht zugleich den Auslegungsmaßstab und vielleicht sogar noch die richtige Methode zum Auffinden des Auslegungsmaßstabs enthalten.

Die Tatsache, daß die Juristen die kritisierten Methoden täglich „anwenden" und auch zu Ergebnissen kommen, steht dazu nur scheinbar im Widerspruch. Bei genauerer Untersuchung „methodenbewußter" Gerichtsentscheidungen lassen sich die Entscheidungen stets als interessen- und zielgesteuert erklären[73]. Die Berufung auf anerkannte Auslegungsmethoden oder Subsumtionsevidenzen erfolgt weniger im Hinblick auf deren handlungsleitende Eigenschaften, als vor allem zur dogmatischen Absicherung der Ergebnisse. Ermöglicht wird der Justizsyllogismus, der interdisziplinäre Verständigung zumindest stark erschwert, durch eine im Sinne der analytischen Wissenschaftstheorie alogische, autoritativ-intuitive Dogmatik[74]. Die juristische Dogmatik hält für die meisten erstrebten Entscheidungen im voraus Ent-

70 So der Titel des vielgelesenen Werkes von *Egon Schneider*, das von *Diederichsen* (Traditionelle Logik, in: Juristische Analysen 1970, S. 765 [783]) als „gelungen", von *Wagner/Haag* dagegen mit Recht als „Kuriosum" bezeichnet wird (Die moderne Logik, S. 17 Anm. 15). Schneiders „Logik" ist eine dem pragmatischen Handeln angepaßte Standeskunstlehre, deren Tragfähigkeit idealistisch überschätzt wird, aber noch heute die herrschende Meinung von der „völlig berechtigten Annahme eines besonders juristischen Denkens" (*Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 172) wiedergibt.

71 In dieser Richtung stellt *Hammerbacher*, Computer in der Rechtsanwendung, S. 663 (667) Überlegungen an. Die Techniken bekäme man aber nur dann in den Griff, wenn die Kriterien für die Anwendung dieser Techniken eindeutig wären.

72 Zur „Begriffsjurisprudenz" bietet insbesondere die sehr klare dogmengeschichtliche Zusammenfassung durch *Wilhelm* (Zur juristischen Methodenlehre, S. 7 ff.) viele Hinweise; ferner: *Eckmann*, Rechtspositivismus, S. 50 f.; *Krawietz*, Methodenlehre, in: JuS 1970, S. 425 (426 ff.); *Llompart*, Gesetz dem Juristen, in: JZ 1970, S. 273 (275); *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 311 (315).

73 Zumindest für die wichtigen und die folgenreichen Gerichtsentscheidungen trifft die Bemerkung *Wiethölters* zu, die Interpretation von Normen sei heute in Wirklichkeit eine „Applikation" von Normen zu politisch-rechtlichen Vorentscheidungen (Recht und Politik, in: ZRP 1969, S. 155 [158]).

74 Vgl. *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 219; *Philipps*, Recht und Information, S. 125.

scheidungsgesichtspunkte bereit, fingiert stets die Entscheidungsfähigkeit[75] und klammert scheinbar die Entscheidungsinteressen und Entscheidungsfolgen aus, indem sie beides vorab in dogmatischen Figuren verarbeitet. Durch Verwendung dieser dogmatischen Figuren können die Präferenzen des Entscheiders für die konkrete Auswahl seiner Argumente meist im Dunkeln bleiben.

Angesichts der kritischen Beurteilung der Organisation juristischer Entscheidungen ergibt sich folgende Alternative: Entweder unterstellt man die bisherige juristische Entscheidungstechnik trotz ihrer Schwächen als optimal; dann scheidet schon an dieser Stelle die Möglichkeit einer nichttrivialen EDV-Anwendung aus. Oder man versucht, der Kritik nachzugehen und durch Veränderungen der Entscheidungstechnik die Entscheidungsorganisation zu verbessern; dann bleibt die Möglichkeit eines künftigen EDV-Einsatzes offen. Nachfolgend soll der zweite Weg beschritten werden in der Hoffnung, daß die Vor- und Nachteile der hier zu erörternden Veränderungsstrategie zu einem begründeten Urteil über die Annahme oder Ablehnung moderner Entscheidungstechniken beitragen werden.

II. Änderungsbedingungen bei angestrebtem Computereinsatz

Die bisherige Kritik am juristischen Entscheidungsverfahren bezeichnet genau diejenigen Punkte, die der EDV entgegenstehen; als Änderungsbedingungen aufgefaßt bringen sie wegen ihrer großen Zahl und Tragweite erhebliche theoretische und praktische Schwierigkeiten mit sich. Immerhin erscheint es nicht ausgeschlossen, daß zumindest einige der Bedingungen erfüllt werden könnten, wenn sich das Erkenntnisinteresse weniger auf die Zwangsvorstellung einer vollautomatisierten Gerichtsentscheidung und mehr auf notwendige Teilentscheidungsprozesse richtet.

1. Veränderungen prinzipieller Einstellungen

Alle Änderungsbedingungen betreffen letzlich das juristische Verständnis von „Wissenschaft", „Recht" und „Norm". Als juristische Kategorien sind diese

75 Typisch z. B. *Luhmann*, Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1 (24): „Es muß etwas Übersehbares und Entscheidbares bedeuten, wenn in einem Programm Begriffe wie subjektives Recht, Plan, Widerruf, Anfechtung, Eigentum, Ermessen usw. eingesetzt werden.

Begriffe mit Vorurteilen belastet, die auch unabhängig von EDV-Gesichtspunkten in der neueren Rechtstheorie kritisiert werden.

a) Wissenschaftsbegriff

Das juristische Selbstverständnis als Wissenschaft scheint sich aufgrund der Einteilung in hermeneutisch verfahrende Geisteswissenschaften und analytisch verfahrende Naturwissenschaften sowie der Zurechnung der Rechtswissenschaft zu den Geisteswissenschaften zu legitimieren. Dieses Vorurteil beruht auf mehreren Annahmen: dem Vorhandensein eines strikten Gegensatzes von Geisteswissenschaften und Naturwissenschaften, der Festlegbarkeit des eigenen Wissenschaftscharakters unabhängig von den Kriterien anderer Wissenschaften sowie der Existenz einer besonderen „juristischen Methode". Sämtliche Annahmen erscheinen heute sehr zweifelhaft, wenn nicht gar widerlegt. Sie lassen sich aus dem Bemühen erklären, die „Kunst" (ars, techne, prudentia) der Rechtsfindung durch formale Übernahme anerkannter Wissenschaftskriterien, aber ohne entsprechende inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsfindungsprozesses, zu einer „Wissenschaft" (scientia) zu machen. Nicht zuletzt deshalb sind Problemlösungen mit Hilfe analytischer Methoden kaum ernsthaft erwogen worden. Auch die von Ihering als „Begriffsjurisprudenz" bezeichnete Pandektistik, von Juristen als „mechanistisches Rechtsdenken", „naturwissenschaftliche Methode" und „mathematischer Rationalismus"[76] eingestuft, obwohl zwischen dieser „naturwissenschaftlichen Methode" und der Methode in den Naturwissenschaften „ein Abgrund gähnt"[77], hat nie den Versuch einer Annäherung bedeutet.

Die übliche Gegenüberstellung von Geisteswissenschaften (Kulturwissenschaften) und Naturwissenschaften[78] ist das Ergebnis der historisierend-

76 Nachweise bei *v. Stephanitz*, Exakte Wissenschaft und Recht, S. 10, und *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, S. 125 ff.

77 So *Ehrlich*, Juristische Logik, S. 131. — Aus rechtslogischer Sicht hält *Tammelo* (Rechtslogik, S. 47) die Begriffsjurisprudenz für eine ungeeignete Form der Anwendung der Logik im Recht.

78 *Rumpf*, Gesetz und Richter, S. 58: „Diese größere Wärme, dies gemäßigte Pathos in der wertenden Betrachtungsweise des Juristen und des Jüngers der der Jurisprudenz verwandten Wissenschaften, ein Pathos, das freilich nichts mehr an sich hat von dem heißen Staub und Schweiß des praktischen Lebens, wird die Jurisprudenz immer von den Naturwissenschaften trennen. Daß sie mit Werten arbeitet, charakterisiert die Rechtswissenschaft gegenüber den Naturwissenschaften". Ähnlich *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 166 (unter ausdrücklicher Anlehnung an Rickert). *Coing*, Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, S. 1 f. (Rechtswissenschaft ist angewandte Geisteswissen-

philosophischen Wert- und Methodendiskussion der Neukantianer Windelband und Rickert gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Die Wurzeln reichen allerdings bis auf die antike Unterscheidung von „Geist" und „Natur" zurück, die von Decartes, Spinoza bis zu Schelling und Hegel übernommen wurde[79]. Ohne den naturwissenschaftlichen Erkenntnisbegriff mit gesellschaftlicher Erfahrung gleichsetzen zu wollen, lassen sich heute doch zahlreiche methodische Querverbindungen nachweisen. Insbesondere auf struktureller Ebene, also im Bereich von Theoriebildung, Theoriekontrolle, Kybernetik, Informatik und Didaktik bestehen zwischen Geisteswissenschaften und Naturwissenschaften kaum qualitative, sondern vielmehr quantitative Unterschiede[80]. Auch der Wertungsvorgang bildet kein Charakteristikum der Geisteswissenschaften, denn einmal werden Forschungen in den Naturwissenschaften nicht wertungsfrei, ja oft sogar spekulativ[81] betrieben, und zum anderen ist es möglich, auch geisteswissenschaftliche Wertungsvorgänge aus dem Bereich des Zufälligen herauszulösen[82]. Es gibt keine Wissenschaft — und die Rechtswissenschaft macht keine Ausnahme — in der aus prinzipiellen Gründen formale Methoden unanwendbar wären[83]. Die gegenteilige Meinung geht von einem Methodenideal der Naturwissenschaften aus, das so nie bestanden hat, und reduziert vor allem die moderne Mathematik auf die Wissenschaft von Raum und Zahl, ohne ihre fast ausschließliche Bedeutung in der Behandlung abstrakt-logischer Strukturen zu bemerken[84]. Wenn man

schaft, keine Sozialwissenschaft); *Friedrich Müller*, Normenstruktur und Normativität, S. 14, 38 f., 73 (Recht ist eine normative Geisteswissenschaft). Über die „Begriffsgeschichte" und das „Wesen" der Geisteswissenschaft vgl. die Nachweise bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 205 Anm. 60.

79 *Windelband*, Geschichte und Naturwissenschaft, abgedruckt bei *Gadamer*, Philosophisches Lesebuch 3, S. 219 (222); *Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, S. 17; *Hartfiel*, Rationalität, S. 218; *Riedel*, Das erkenntniskritische Motiv in Diltheys Theorie der Geisteswissenschaften, S. 233 (234).

80 *Lenk*, Philosophie im technologischen Zeitalter, S. 21 und 33; *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 221.

81 *Einstein/Infeld*, Evolution der Physik, S. 193 ff.

82 *Leinfellner*, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, S. 200 f.; *Podlech*, Werte und Wertungen im Recht, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 185 (201) mit Nachweisen. — Es erscheint heute fragwürdig, beispielsweise den strafrechtlichen Beweis als „geisteswissenschaftliches Erkennen" auszugeben, wie dies der Contergan-Beschluß unternimmt (JZ 1971, S. 507 [510]). Zum Beweisproblem vgl. die sehr gründliche Diskussion bei *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 (1350 ff.).

83 Ebenso *Podlech*, Anforderungen der Kybernetik, in: Recht und Politik 1967, S. 21 f.; *Wissenschaftsrat* (Hrsg.), Empfehlungen, S. 37 (incidenter).

84 *Ackermann*, Philosophische Bemerkungen, in: Ratio 1957, S. 1 (8). — Der Begriff „Menge" umfaßt Objekte wie „Regenschirme und Radioapparate, aber auch Begriffe wie Anmut und Wahlgeheimnis" (*Meschkowski*, Einführung in

jedoch anerkennt, daß für die moderne Mathematik nicht der Gegenstand, sondern die Art der Behandlung des Gegenstandes charakteristisch ist, braucht man keine Befürchtung vor dem Eindringen sachfremder Gehalte zu haben.

Allerdings mag der methodische Formalismus viele „Geisteswissenschaftler" nicht zuletzt deshalb abschrecken, weil er weniger brillant und rhetorisch verwendbar, „less glamorous"[85] ist; das dürfte aber dann kein ernsthaftes Hindernis darstellen, wenn seine Überlegenheit gegenüber undurchsichtigen dogmatischen Verfahren feststeht.

Das zweite Element für die bezweifelbare Selbsteinschätzung als „Wissenschaft" beruht auf der Ansicht, man könne aufgrund selbstgewählter Merkmale unabhängig von einer Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie den Wissenschaftscharakter des eigenen Faches legitimieren, ohne an den Diskussionsstand innerhalb und zwischen den heute vorherrschenden theoretischen Richtungen, der kritisch-dialektisch-hermeneutischen (Horkheimer, Adorno, Habermas, Apel, Negt, Wellmer) und der analytischen Wissenschaftstheorie (Carnap, Russell, Wittgenstein, Popper, Topisch, Albert, Stegmüller) anknüpfen zu müssen[86]. Diese Selbstgenügsamkeit führt zu einem unreflektierten Wissenschaftsbegriff, der hauptsächlich die pragmatische Bearbeitung von Problemen umfaßt, kaum die Bearbeitung von Gedanken über die Probleme und schon gar nicht die Zuverlässigkeit von Problembehandlungsmethoden und ihre Substituierbarkeit durch Zeichenoperationen. Dieser Mangel erschwert zugleich die Feststellung eines „Fortschritts" innerhalb der Rechtswissenschaft sowie eine interdisziplinäre Verständigung. Außerdem erwächst

die moderne Mathematik, S. 23). Hilbert kennzeichnete den formalistischen Standpunkt in einem Brief an Frege so: „Wenn ich unter meinen Punkten irgendwelche Systeme von Dingen, z. B. das System: Liebe, Gesetz, Schornsteinfeger ... denke und dann nur meine sämtlichen Axiome als Beziehungen zwischen diesen Dingen annehme, so gelten meine Sätze, z. B. der Pythagoras, auch von diesen Dingen" (zitiert nach *Meschkowski*, Einführung in die moderne Mathematik, S. 16).

85 *Kaplan*, Limitations on Rationality, S. 55 (62).

86 *Adorno* u. a. (Hrsg.), Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, Neuwied/Berlin 1969. Zum Wissenschaftsbegriff: *Popper*, Logik der Forschung, S. 96, 225, 258 (Das Ziel der Wissenschaft besteht im Wachsen unseres Wissens; absolut sicheres Wissen gibt es nicht; Wissenschaft ist ein System von Hypothesen, mit denen wir arbeiten); *Albert*, Plädoyer, S. 76, 115 ff.; *Habermas*, Erkenntnis und Interesse, S. 115 (Wissenschaft ist das Ergebnis einer Interaktion des erkennenden Subjekts mit der Wirklichkeit); *Wellmer*, Methodologie als Erkenntnistheorie, S. 15 f. — Sekundärliteratur zum Wissenschaftsbegriff: *Bocheński*, Denkmethoden, S. 20; *Luhmann*, Zweckbegriff, S. 214 f., 236; *Narr*, Theoriebegriffe und Systemtheorie, S. 84 ff.; *Dreier*, Selbstverständnis der Jurisprudenz, S. 37 (38); *Leinfellner*, Struktur und Aufbau, S. 2; *Haag*, Messung wertrationaler Komponenten, S. 417 (438 f.).

der Rechtswissenschaft daraus die Gefahr, daß im Hinblick auf die Anwendungsbedingungen von EDV und der insoweit ganz offensichtlichen Eignung analytischer Techniken diese Techniken unkritisch als Erkenntnistheorie übernommen[87] und die gesellschaftlichen Implikate von Entscheidungsprämissen noch weniger als heute diskutiert werden[88].

Das schwächste Argument bei der Legitimation des juristischen Wissenschaftsverständnisses bildet die Behauptung, es gäbe eine eigenständige „juristische Methode". Wie die vorausgehenden Erörterungen gezeigt haben, beruht ihre scheinbare Eigenständigkeit eher auf ihrer Undurchsichtigkeit als auf strukturellen Besonderheiten. Aussagen über die Unentbehrlichkeit von Intuition, Erfahrung, Rechtsgefühl und sich überschneidenden Regeln bleiben so lange Behauptungen, wie nicht die Eignung anderer Verfahren bei der Behandlung juristischer Probleme widerlegt ist.

b) Normbegriff

Keineswegs so eindeutig wie das juristische Wissenschaftsselbstverständnis erscheinen die herrschenden, auf der „Imperativentheorie" beruhenden Auffassungen von „Recht" und „Norm" (Normsatz)[89] aus EDV-Sicht veränderungsbedürftig. Es spricht im Gegenteil zunächst vieles dafür, daß eine weiterentwickelte Imperativentheorie die Anwendung von EDV begünstigen könnte; die Frage ist nur, ob dies eine sinnvolle Entwicklung wäre.

Nach der „Imperativentheorie" hat jeder Normsatz unmittelbar oder mittelbar den Charakter eines Befehls an einen bestimmten Adressaten[90],

87 Im EDV-Schrifttum wird die Rechtsnorm überwiegend als normatives Modell für erwünschtes soziales Verhalten interpretiert und ihr Vollzug als determinierter oder stochastischer Prozeß gedeutet, der von „Muß-Bestimmungen" oder „Kann-Bestimmungen" abhängt, vgl. *Steinmüller,* EDV und Recht, S. 54.

88 Das heißt: Verfahrensweisen, die eine Rekonstruktion des Wissens ermöglichen, werden allein als „Wissenschaft" definiert, vgl. *Habermas,* Erkenntnis und Interesse, S. 13 und 24; *Wellmer,* Methodologie als Erkenntnistheorie, S. 15 f., stellt mit Recht fest, daß der Poppersche Ansatz Ausschließlichkeitscharakter besitzt.

89 Alle drei Begriffe werden in der juristischen Literatur synonym gebraucht und sollen deshalb in diesem Zusammenhang nicht unterschieden werden; umfangreiche Definitionslisten bietet *Lautmann,* Wert und Norm, S. 54 ff.

90 Zusammenfassungen und Nachweise bei *Engisch,* Einführung in das juristische Denken, S. 22 ff.; *Keuth,* Zur Logik der Normen, S. 24 ff.; *Larenz,* Methodenlehre, S. 180—188. An dem statischen Charakter der Imperativentheorie ändert sich nichts dadurch, daß es unter bestimmten Bedingungen möglich ist, Verbote in Gebote oder Erlaubnisse zu verwandeln und aus einer „strengen Pflichtethik" eine „freundliche Erlaubnisethik" zu machen; dazu *Klug,* Bemerkungen zur logischen Analyse, S. 115 (116 ff.).

obwohl eine große Zahl von Normsätzen entweder keinen bestimmten Befehl oder keinen bestimmten Adressaten oder weder einen Befehl noch einen Adressaten enthalten. Ebenso wie bei der deshalb vorgenommenen Differenzierung in Verhaltens-, Zustands- und Organisationsnormen oder noch weitergehende Aufgliederungen[91] wird fast immer ein geschlossenes Rechtssystem unterstellt, das die Möglichkeit eröffnen soll, für jedes menschliche Verhalten eindeutig zu entscheiden, ob es rechtmäßig oder rechtswidrig (wahr/falsch, übereinstimmend/nicht übereinstimmend, rechtens/nicht rechtens, vereinbarungsfähig/nicht vereinbarungsfähig, haltbar/nicht haltbar) ist. Ein derartig starres System festliegender Rechte und Pflichten entspricht noch ganz der Philosophie Kants[92]. Es stimmt aber weder mit der heutigen Rechtswirklichkeit überein noch berücksichtigt es die informationstheoretisch-semantischen oder die kommunikations- und verhaltenssoziologischen Aspekte der Normanwendung.

Die Imperativentheorie bildet am ehesten ein Modell für den strafrechtlichen Normbegriff. Soweit sich das heute übersehen läßt, dürfte aber gerade insoweit EDV ausscheiden, weil die strafrechtlichen Probleme weniger im Normbegriff, als in der Ermittlung und dem Beweis empirischer Tatsachen sowie in der Beurteilung der Täterpersönlichkeit liegen. Außerhalb des Strafrechts, besonders im Wirtschaftsrecht und im öffentlichen Recht, beschreibt die Imperativentheorie jedenfalls nicht die reale Situation, weil hier der Normbegriff meist nicht mehr ohne Zweck-, Ziel- und Handlungselemente adäquat gekennzeichnet werden kann, deren Berücksichtigung aber wertende Entscheidungen voraussetzt.

Es erscheint deshalb sinnvoller, für die EDV-Anwendung von einem „funktionalen" („dynamischen") Normbegriff auszugehen, der den Entscheidungsprozeß des Richters bei der Normanwendung einschließt, nicht umgekehrt ausschließt. Jedenfalls entspricht ein statischer Normbegriff in wichtigen Teilbereichen heute nicht mehr dem interdisziplinären Wissenstand.

Das Mißverständnis, die Imperativentheorie als allgemein gültiges EDV-Modell für die Rechtsanwendung zu betrachten, beruht nicht zuletzt im Rückgriff auf Arbeiten zur mathematischen Logik. Diese wurden ursprünglich ausschließlich als rechtstheoretische Grundlagenforschung, nicht im Hinblick auf EDV unternommen. Der Zusammenhang zwischen mathematischer

91 *Podlech*, Gehalt und Funktionen, S. 25. — Wenn im folgenden Text die Ausdrücke „Normsatz" oder „Normbegriff" verwendet werden, stehen sie regelmäßig für den „Verhaltensnormsatz" bzw. den „Verhaltensnormbegriff".

92 *Nakamura*, Die methodologische Beziehung, in: ZZP 1968, S. 401 (402) vergleicht das System darüber hinaus mit dem Raum-Zeit-Denken der klassischen Mechanik.

Logik und EDV ergibt sich jedoch daraus, daß alles, was axiomatisiert werden kann, unmittelbar EDV-fähig ist. Keineswegs eignen sich aber nur axiomatische Systeme für EDV. Die mathematische Logik bildet keine notwendige, sondern lediglich eine (elegante) hinreichende Bedingung für EDV, und in der Tat beruhen alle bisher bekannten EDV-Anwendungsversuche im Recht nicht auf Axiomatisierungen, sondern auf einfachen Formalisierungen, nämlich aussagenlogischen Verknüpfungen (Booleschen Operatoren).

Wenn man Systeme der mathematischen Logik auf ihre Eignung als Rechtslogik und als computerfähige Modelle der Rechtsanwendung auf dem Hintergrund des vorausgesetzten Normbegriffs betrachtet, stellen sich vor allem folgende drei Probleme: Gibt es einen allgemeinen Kalkül[93], der sich für juristische Zwecke angemessen interpretieren läßt, oder muß erst eine besondere Normlogik entwickelt werden? Worin liegen die Schwierigkeiten der bisherigen Vorschläge zur Normlogik? Welche rechtspolitischen Implikate haben insbesondere axiomatische Systeme?

Ein allgemeiner Kalkül besteht regelmäßig aus der Klasse logisch-wahrer Aussagenformen A, B, ..., für die mit Hilfe zuvor aufgestellter Kalkülregeln die Operationen, Relationssymbole und Objektvariablen definiert werden. Eine Aussagenform ist dann „wahr" im logischen Sinne, wenn sie mit Hilfe der Kalkülregeln in endlich vielen Schritten aufgebaut werden kann. Aus diesem Grunde enthalten alle Schlüsse tautologische Umformungen mit Hilfe von Kalkülregeln. Die Grundannahmen und Kalkülregeln beruhen auf einer Metatheorie[94].

Es gibt zahlreiche allgemeine Kalküle („formale Sprachen", „symbolische Sprachen", „Formelsprachen"), die gewissermaßen „auf Vorrat" entwickelt worden sind und auf Deutungsmöglichkeiten harren. So hat beispielsweise Carnap juristische Verwandtschaftsbegriffe (Eltern, Kind, Schwager, Stiefvater usw.) in seiner „C-Sprache" dargestellt[95], die Podlech auch für andere

93 Der mathematische Begriff „Kalkül" wird synonym zum automatentheoretischen (= Theorie der Turingmaschinen) Begriff „Algorithmus" verwendet; beide Begriffe kennzeichnen ein in sich abgeschlossenes Verfahren zur schrittweisen Umformung von Zeichenreihen, die als Repräsentation von Inhalten interpretiert werden können. Die exakte mengentheoretische Formulierung des Kalkülbegriffs findet sich bei *Klaus*, Semiotik und Erkenntnistheorie, S. 146.

94 Insofern ist, worauf *Apel* (Szientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik, S. 7[28]) zutreffend hinweist, auch für Kalkülsprachen eine Vorverständigung nötig.

95 *Carnap*, Symbolische Logik, S. 223—226. — Gerade das Problem der Verwandtschaft hat schon Leibnitz in seiner „ars combinatoria" beschäftigt, vgl. Dissertatio de arte combinatoria, in: C. *J. Gerhardt*, Die philosophischen Schriften, Bd. IV, S. 27 (79), wo er die Relation „Vater—Sohn" betrachtet, um „Bruder" zu definieren. Über Leibnitz besonders eindrucksvoll: *Viehweg*, Die

juristische Zwecke als geeignet ansieht[96]. Bei Rechtslogikern herrscht jedoch der Eindruck vor, daß die bisherigen allgemeinen Kalküle, abgesehen von ihren wenig entwickelten Ausdrucksformen, nicht als Modelle für Schlüsse aus Normsätzen paßten, da den Normsätzen nicht sinnvoll die Eigenschaften „wahr" oder „falsch" zugesprochen werden könnten[97].

Weil die übliche Kalkülinterpretation für juristische Probleme zu versagen scheint, andererseits Formalisierungen von positivem Recht für möglich oder nötig gehalten werden[98], versuchen einige Rechtslogiker, besondere normlogische Kalküle in einer „deontischen Logik" zu entwickeln. Dies geschieht regelmäßig durch Einführung deontischer Operatoren, die „Recht", „Pflicht", „Befehl", „Erlaubnis" und „Verbot" symbolisieren[99] und dadurch den besonderen Bedingungen der Rechtsanwendung genügen wollen.

Auch gegen die Verwendung deontischer Modalitätenkalküle bestehen verschiedene Bedenken: Die eigentliche Ethik („Deontik") des Kalküls bleibt hinter den Operatoren versteckt; sie muß als bereits bekannt und gültig vorausgesetzt werden. Das läuft auf die Übernahme eines statischen Normbegriffs hinaus, der für jeden nur denkbaren Fall eindeutig definiert zu sein scheint, was nur auf der Grundlage der Imperativentheorie ver-

juristischen Beispielsfälle in Leibnitzens ars combinatoria, S. 88—95; *Viehweg*, Topik, S. 53 f. und 59; *Scholz*, Geschichte der Logik, S. 48, 51, 55 ff.
Die Verwandteneigenschaft scheint seither das besondere Interesse der Logiker zu finden, vgl. zuletzt *Klüver*, Begriffsbildung in den Sozialwissenschaften, S. 369 (380 f.).

96 Recht und Politik 1968, S. 21 (23). Allerdings gibt *Podlech* keine Beispiele.

97 Vor allem *Tammelo*, Logical Structure, S. 143. — Vereinzelt wird auch die Meinung vertreten, die Prädikatenlogik lasse sich „umdeuten", der Wahrheitswert „wahr" zeige dann, daß die Bedeutung des Prädikats (das Sollen) auf die Bedeutung des Subjekts (Verhalten einer Person) zutrifft, vgl. *Philipps*, Braucht die Rechtswissenschaft eine deontische Logik?, S. 352 (361); *Rödig*, Zur Alternativstruktur des juristischen Kausalitätsbegriffs, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 100 (103). Fraglich ist hierbei, ob die Synchronisation von Sein und Sollen auf einer „Bedeutungsebene" (Verhalten = Bedeutung eines Subjekts?) so möglich ist. — Gegen diese Umdeutung der Prädikatslogik zuletzt *Weinberger*, Pluralität der Normensysteme, in: ARSP Bd. 57 (1971), S. 399 (400 f.).

98 In der Bundesrepublik vor allem: *Klug*, Juristische Logik, S. 175 f.; *Philipps*, Rechtliche Regelung, in: ARSP 1964, S. 317 (326); *Podlech*, Anforderungen der Kybernetik, in: Recht und Politik 1967, S. 84 (85); *E. v. Savigny*, Zur Rolle der deduktiv-axiomatischen Methode, S. 315 ff.

99 Insbesondere *v. Wright*, Logic of Preference, S. 7; *Ziembinski*, Le Charactère, S. 54 (65). — Die „deontische" Logik wird teilweise als Weiterentwicklung der „ontischen" (modalen) Logik aufgefaßt, welche Operatoren für Modi wie „sollen", „dürfen", „können", „müssen" verwendet. Sekundärliteratur: *Lorenzen*, Normative Logic and Ethics, S. 61 ff.; *Wagner/Haag*, Die moderne Logik, S. 88 ff. Kritisch: *Heinz/Ungeheuer*, Kommunikationswissenschaftliche und linguistische Probleme, S. 38.

stehbar ist. Außerdem muß so getan werden, als ob die Ermittlung und Bewertung von Lebenssachverhalten keine Schwierigkeiten verursachten und dabei keine Wertungskonflikte aufträten. Schließlich beschränkt sich der deontische Kalkül auf vollständige Normsätze und erfaßt nicht Hilfsnormsätze.

Mit einer wichtigen Weiterentwicklung hat v. Wright[100] einen Teil der genannten Bedenken ausgeräumt. Von ihm stammt der Vorschlag, einen deontischen Modalitätenkalkül zu formulieren, der auf einer Logik des Verhaltens aufbaut, die ihrerseits auf einer Logik der Veränderung beruht. Seine Vorschläge führen dazu, die Normanwendung variabel zu halten und von hypothetischen Bedingungen abhängig zu machen. Die Anregungen v. Wrights hat Rescher[101] aufgegriffen und zu einer axiomatischen Theorie des hypothetischen Räsonierens ausgebaut, in der Normsätze irreale (bedingte) Konditionalsätze darstellen. Damit besteht prinzipiell erstmals die Möglichkeit, Bedingungen der Normanwendung zu berücksichtigen und dadurch Normen nicht statisch, sondern funktional zu behandeln.

Entsprechend der Reichweite eines schematischen Verfahrens muß allerdings auch bei dieser Weiterentwicklung offenbleiben, wie die Bedingungen inhaltlich aussehen und von welchen inhaltlichen Prämissen sie abhängen. Bisher deutet alles darauf hin, daß für Normsätze dieses Problem auf der Stufe der logischen Syntax erst gelöst werden kann, wenn eine Semantik und vielleicht sogar eine Pragmatik der Rechtsbegriffe vorliegt. Speziell für die Rechtslogik fehlt es weiterhin noch an der Möglichkeit, Sachverhaltsaussagen als Normanwendungsbedingungen in den Schematismus zu integrieren.

Deshalb bestehen gegenwärtig auch noch Bedenken hinsichtlich einer Axiomatisierung[102]. Demgegenüber wird im Schlußbericht über die Errichtung einer juristischen Datenbank[103] eine Axiomatisierung in Teilbereichen des Verwaltungsrechts, des Steuerrechts, des Grundbuchrechts, des Mahnverfahrens, des Patent- und Warenzeichenrechts, des Verfahrensrechts — mit Ausnahme des Vollstreckungsschutzes — und im Bereich sozialer Gesetzgebung für möglich gehalten. Ein Hauptbefürworter dieser Richtung ist Rödig, der vor allem an eine Axiomatisierung des Wechselrechts und der

100 Norm and Action, S. 168 f.; The Logic of Action, S. 121 ff. — Sekundärliteratur: *Klug*, Bemerkungen zur logischen Analyse, S. 115 (116 ff.); *Wagner/Haag*, Die moderne Logik, S. 96 ff.

101 Axiom System, in: Philosophical Studies Bd. 9 (1958), S. 24—30; Semantic Foundations for Conditional Permission, in: Philosophical Studies Bd. 18 (1967), S. 56—61; Semantic Foundations for the Logic of Preference, S. 37 ff.

102 Dazu *Kilian*, Mathematische Logik und Recht, in: DB 1971, S. 273—277.

103 *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Das Juristische Informationssystem, S. 40.

ersten drei Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuches denkt[104]. Seine Argumente sollen deshalb kurz analysiert werden.

Rödig beschreibt sehr klar, was die axiomatische Methode kann und will, klammert dagegen manches aus, was sie nicht kann und nicht will. Die nur scheinbar kleinlichen Zweifel von Juristen gegenüber der Axiomatisierung betreffen kaum oder gar nicht die Regeln ihrer exakten Durchführung, die Rödig präzise behandelt, sondern vor allem die Vorfrage, ob die Implikate der Axiomatisierung überhaupt den Aufwand im Verhältnis zum möglichen Ertrag sinnvoll erscheinen lassen.

Nach Rödig kann und muß ein Rechtsgebiet durch eine Menge von widerspruchsfreien Sätzen (Axiomen) abgebildet werden, die aus inhaltsleeren Elementen bestehen. Unter „Sätzen" versteht er sowohl Aussagen, die sich auf Normsätze beziehen, als auch Aussagen, die sich auf Sachverhalte beziehen[105]. Die Elemente der Sätze sind durch Eigenschaften charakterisierbar. Welche Sätze sich für ein Axiomensystem eignen, ist allerdings nicht logisch entscheidbar, sondern muß vorab geklärt werden. Wie die Sätze zustandekommen, interessiert Logiker daher auch nicht. Wenn die Sätze aber vorliegen, dann treten sie an die Stelle des zu axiomatisierenden Gebietes. „Das zu axiomatisierende Gebiet hört auf, mit dem tatsächlich axiomatisierten Satzsystem identisch zu sein. Das tatsächlich axiomatisierte Satzsystem ist sozusagen von störenden Sätzen gereinigt. Welche Sätze stören, läßt sich natürlich logisch nicht entscheiden"[106].

Aufschlußreich sind Rödigs Ausführungen zur „Beweglichkeit" des Axiomensystems. Da er „Axiom" im Anschluß an die moderne Logik mit „austauschbarer Annahme" gleichsetzt, ist es für ihn eine Selbstverständlichkeit, „daß man die Aussage der für das zu beweisende Urteil erforderlichen normativen und faktischen Aussagesätze verschieden bestimmt"[107]. Nun erfordert praktisch aber jede Entscheidungssituation andere Aussagesätze mit unterschiedlichen Schwerpunkten. Das logische System der erforderlichen leeren Variablen und Formungsregeln wird deshalb sehr schnell hochkompliziert, ohne aber zugleich eine Garantie zu erhalten, daß es sich für alle künftigen

104 *Rödig*, Axiomatisierbarkeit, S. 173, 189 f., 205.

105 Axiomatisierbarkeit, S. 193 f. Damit unterstellt Rödig die prinzipielle Harmonisierbarkeit von „Sein" und „Sollen".

106 Axiomatisierbarkeit, S. 184.

107 Axiomatisierbarkeit, S. 194. Diese sehr vage Formulierung versucht den eigentlich schwierigen Punkt, nämlich die Voraussetzungen zur Feststellung der Aussagesätze, auszuklammern. Schon frühere Formulierungen Rödigs (Denkform der Alternative, S. 179) erwecken den Eindruck, als bestehe eine Verwandtschaft und eine Vergleichbarkeit zwischen der primären inventorischen Argumentation (beispielsweise den „Sätzen" der Topik) und der sekundären, logischen Argumentation (den prädikatenlogischen Sätzen).

Konfliktsfälle auch eignet. Die Verwendbarkeit des konkreten Axiomensystems ist stets von der Interpretation der Entscheidungssituation abhängig. Deshalb kann die axiomatische Methode nur den jeweils beweisvollständigen Deduktionszusammenhang sichern, nachdem alle Vorentscheidungen vom Entscheidungssubjekt bereits irgendwie getroffen und alle verwendbaren Aussagesätze festgestellt worden sind. Sie leistet nichts, um die Entscheidungslage selbst zu bewältigen und um die „nichtstörenden" Sätze herauszufinden. Deshalb erscheinen Axiomatisierungsversuche möglicherweise im Rahmen einer „reinen" Theorie der Gesetzgebung bedeutsam[108]; im Rahmen einer Theorie der Entscheidung auf der Grundlage bestehender Kodifikate geht die axiomatische Methode jedoch aufgrund ihrer Prämissen an den lösenden Problemen der Entscheidungsfindung glatt vorbei, weil das ganze logische Interesse nur der Beweisvollständigkeit und der Widerspruchsfreiheit gilt und alle diejenigen Probleme ausgeklammert bleiben, die damit zusammenhängen, wie die vorausgesetzten Aussagesätze zustandekommen. Ein Axiomensystem kann den praktischen Entscheidungsprozeß nicht determinieren, sondern höchstens nachrationalisieren. Die Hoffnung auf vollautomatisierte Gerichtsentscheidungen, die zumindest auch hinter den Axiomatisierungsbestrebungen mitschwingt, schmilzt damit zur Hoffnung auf logisch standardisierbare Begründungsabläufe zusammen.

Darüber hinaus wird das Bestreben eines informierten juristischen Verwenders eines künftig vielleicht vorhandenen Axiomensystems dahin gehen, von vornherein nur solche Aussagesätze aufzustellen, die ihm die Vorteile des axiomatisierten Begründungszusammenhangs sichern. Aus einem methodischen „Sachzwang" heraus erwächst so die Gefahr, daß Besonderheiten des Einzelfalls verschwinden, um die Identität von Wirklichkeit und Kalkülprämissen annehmen zu können. Eine solche Entwicklung bedeutete sicher keinen Fortschritt für das juristische Entscheidungsverfahren.

Dennoch erscheint es verfrüht, mit Wieacker[109] zu unterstellen, daß „wegen der unausschöpfbaren Individualität mitmenschlicher Konfliktsitua-

108 Das hebt *Rödig* (Axiomatisierbarkeit, S. 189) selbst hervor.

109 Rechtsdogmatik, S. 311 (331). — Diese Meinung ist in der Rechtswissenschaft verbreitet, vor allem deshalb, weil Juristen Axiome für endgültig halten: *Binder*, Philosophie des Rechts, S. 885 f. (keine Analogie zwischen Rechtserzeugungsmethode und formaler Logik denkbar); *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, S. 26 (mathematische Logik ist „mit dem Wesen der Jurisprudenz unvereinbar"); *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 221 („Utopie des juristischen Kalküls nach Art moderner Logik"); *Germann*, Probleme und Methoden, S. 64 (Logistik hat „andere Grundtendenz"); *Kininger*, Realität der Rechtsnorm, S. 190 („Diese Rationalität gibt es nicht und wird es auch nie geben können"); *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, S. 63 („Sichtbehinderung"). Auch nach

tionen die Entscheidung des Einzelfalls niemals axiomatisierbar" sei. Wenn alle Vorausstezungen offenliegen und eine rationale Begründung erreicht werden soll, läßt sich jeder Einzelfall axiomatisieren; die Frage ist nur, ob die konkrete Axiomatisierung auf einen anderen Einzelfall paßt und sich der Aufwand lohnt. Beides hängt davon ab, ob hinreichend detaillierte Reduktionen aller maßgebenden Gesichtspunkte in einem Modell für einen bestimmten Problemkreis gelingen. Man könnte auch versuchen, verschiedene Axiomensysteme als Modelle für denselben Problemkreis auf der Grundlage verschiedener Wertungen und rechtspolitischer Anschauungen zu entwickeln. Bisher beschäftigen sich Logiker freilich nur mit der Konstruktion abstrakter Kalküle und mit generellen Kalkülinterpretationen, die nicht bis zur Stufe juristischer Einzelfallentscheidungen hinabreichen.

Verschiedentlich wird in der mathematischen Logik eine Parallele zur Begriffjurisprudenz gesehen[110]. Die Verwendung von Begriffen im Rahmen der positivistischen Begriffsjurisprudenz und die Verwendung im Rahmen axiomatischer Modelle unterscheiden sich jedoch grundlegend. Während begriffsjuristisch die Begriffe dazu dienen, das teleologische Element zugunsten der Konstruktion einer „Begriffspyramide" auszuklammern[111] und aus Begriffen materiale Aussagen zu deduzieren[112], ohne zuvor widerspruchsfreie Verwendungsregeln aufzustellen, haben die Symbole des axiomatischen Modells keinen bestimmten Gehalt, sondern nur eine operative Funktion. Die jeweiligen Grundannahmen und Wertungen können mit ihrer Hilfe offengelegt und unter bestimmbaren Voraussetzungen ausgewechselt werden. Innerhalb des Kalküls haben Symbole zwar stets die definierte Bedeutung; das hat aber genau jene Eindeutigkeit und Kontrollierbarkeit zur Folge, welche die Begriffsjurisprudenz erreichen will, aber nicht erreichen kann. Die Einwände gegen die Begriffsjurisprudenz richten sich ja meist nicht gegen das Ziel, mit „klaren Begriffen" zu arbeiten und eindeutige Aussagen zu erzielen, sondern

Ansicht *Luhmanns* (Rechtssoziologie Bd. 2, S. 229) ist logische Konsistenz „im Recht weder erforderlich noch erreichbar".

110 *Bucher*, Traditionelle und analytische Betrachtungsweise, in: Rechtstheorie Bd. 1 (1970), S. 23 (36); *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 123; *Simitis*, Zum Problem einer juristischen Logik, in: Ratio 1960, S. 52 (76); *Luhmann*, Positivität des Rechts, S. 175 (194 f. Anm. 63). Luhmann sieht allerdings in der Begriffsjurisprudenz einen Vorteil gegenüber der Interessenjurisprudenz, was mit seiner systemtheoretischen Grundauffassung zusammenhängt.

111 Ihering nannte das ganze System „Rechtskörper", vgl. dazu ausführlich *Coing*, Der juristische Systembegriff, S. 149 (168). Allgemein zur Begriffsjurisprudenz: *Krawietz*, Funktion und Grenze, in: Recht und Politik 1970, S. 150 (152).

112 Über die prädikatenlogische Unmöglichkeit vgl. *Rödig*, Denkform der Alternative, S. 163 ff.

nur gegen die Methode und die Hoffnung, das Ziel sei mit Hilfe der Begriffsjurisprudenz zu erreichen[113].

Die genannten Schwierigkeiten bei der Ausarbeitung und der Interpretation axiomatischer Kalküle und der jetzige Entwicklungsstand lassen es sehr fraglich erscheinen, ob man in absehbarer Zeit geeignete Anwendungen erwarten kann. Schon deshalb müssen sich Automatisierungsbestrebungen im Entscheidungsprozeß auch auf andere Formalisierungsmöglichkeiten richten. Hierfür könnten sich die Modelle der ökonomischen Entscheidungstheorie anbieten, die Entscheidungen als Wahl zwischen Alternativen auffassen und so einen Formalismus mit der Beweglichkeit des Entscheidungssystems verbinden.

Deshalb erscheint es auch nicht zwingend, im Hinblick auf Automatisierungen im juristischen Entscheidungsprozeß nur von der statisch wirkenden „Imperativentheorie" als Erklärungsmuster für Normsätze auszugehen.

Die Gegenüberstellung von „statischem" und „funktionalem" Normbegriff, die auch als Gegenüberstellung von „imperativem" und „entscheidungsorientiertem" Normbegriff gekennzeichnet werden könnte, mag den Verdacht wecken, als handele es sich eigentlich um den listigen Versuch, rechtsstaatliche Prinzipien wie Parlamentarismus, Gewaltenteilung, Gesetzesbindung und Rechtssicherheit anzugreifen. Das ist jedoch weder beabsichtigt noch tatsächlich der Fall. Es werden nur solche Konsequenzen gezogen, die sich aufgrund der Analyse der bestehenden richterlichen Entscheidungsmethoden für einen Computereinsatz ergeben. Wenn es zutrifft, daß der Justizsyllogismus und die juristischen Auslegungsmethoden keine Grundlage für automatisierte richterliche Entscheidungsverfahren bieten, dann kann nur eine Änderung ihrer Voraussetzungen die Aussichten verbessern.

Die angestrebte „Änderung" liegt nun hier nicht in der Formulierung veränderter Anforderungen an die Normbestimmtheit, wie sie ganz sicher auch möglich sind, aber dann zu der skizzierten Verstärkung statischer Elemente führten, sondern in der Richtigstellung und konsequenten Berücksichtigung bisher meist irrig als vorhanden oder nichtvorhanden unterstellter Voraussetzungen der gegenwärtigen Rechtsanwendung. Während die Formulierung von Bedingungen für die Normbestimmtheit heute ziemlich deutlich auf die Forderung nach der Entwicklung einer kalkülisierbaren juristischen Wissenschaftssprache hinausläuft, was im Falle ihrer Verwirklichung politisch zu einer Schwächung der Judikative, zu einer Stärkung der Legislative und zu

113 *Forsthoff*, Staat der Industriegesellschaft, S. 69, beklagt die „Auflösung klarer Begrifflichkeit", und *Diederichsen*, Traditionelle Logik für Juristen, S. 765 (766) warnt davor, aufgrund fachfremder Einflüsse „genaue und scharfe Begriffe zu verachten".

einem riesigen, zentralistisch organisierten Informationsdienst führen muß, ändert die konsequente Berücksichtigung der gegenwärtig vorliegenden Normanwendungsvoraussetzungen nichts an der politischen Machtverteilung. Es muß mit anderen Worten versucht werden, den derzeit vorhandenen richterlichen Entscheidungsvorgang strukturell genauer zu erfassen, um auf der Grundlage seiner Determinanten Verknüpfungsmöglichkeiten für EDV herauszufinden.

Nachvollziehbar wird aber dieses Vorgehen erst, wenn die Eigenbedeutung der richterlichen Entscheidung im Rahmen der Normanwendung nicht länger durch einen dogmatisierten Normbegriff überspielt, sondern entsprechend dem empirischen Befund, wie er sich längst in den Beispielen zum „Richterrecht"[114], zur „finalen Subsumtion"[115], zum „Ermessen"[116], zu „Scheinbegründungen"[117], zum „Lückenproblem"[118], zur „rechtspolitischen Interpretation"[119] und zu den „juristischen Auslegungsmethoden"[120] nieder-

114 *Adomeit,* Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, S. 37—50; *Arndt/Heinrich/Weber-Lortsch,* Richterliche Rechtsfortbildung, Köln/Berlin/Bonn/München 1970 (Entscheidungen zum Disziplinar-, Sozial- und Beamtenrecht); *Biedenkopf,* Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, S. 11 f. (Beispiele für die Zeit nach 1945); *Fischer,* Die Weiterbildung des Rechts, S. 15 ff. (Beispiele aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung); *Forsthoff,* Der Staat der Industriegesellschaft, S. 134 ff. (zahlreiche Beispiele, die nach Forsthoff „eklatante Durchbrechungen der Gewaltenteilung" enthalten); *Hartz,* Überlegungen, in: DB 1973, S. 22 (25) (Überblick über Entscheidungen des Bundesfinanzhofs und der Finanzgerichte; „es gibt kaum eine steuerrechtliche Vorschrift, die man nicht verschieden auslegen kann"); *Carl Schmitt,* Gesetz und Urteil, S. 101 Anm. 1 (Nachweise über die ältere Literatur zum Richterrecht); *H. P. Schneider,* Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, S. 9 ff. (verfassungsrechtliche Gesichtspunkte einer demokratischen Rechtsprechung); *Wieacker,* Gesetz und Richterkunst, S. 7 ff. (Beispiele aus dem Privatrecht). Weitere Nachweise bei *Scholz,* Arbeitsverfassung und Richterrecht, in: DB 1972, S. 1771 Anm. 2. — Richterrecht gibt es de facto auch in den sozialistischen Ländern, obwohl die Doktrin dies leugnet, vgl. *Knapp,* La création du droit par le juge dans les pays socialistes, S. 67 (83 f.). Zur Behandlung des Problems im angloamerikanischen Rechtskreis: *Clark/Trubek,* The Creative Role of the Judge, in: Yale Law Journal Bd. 71 (1961), S. 255—276.

115 *Scheuerle,* Finale Subsumtionen, in: AcP Bd. 167 (1967), S. 305 ff. mit Nachweisen.

116 *Larenz,* Methodenlehre, 267 ff. mit Nachweisen.

117 *Brecher,* Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit, S. 227 (247).

118 *Canaris,* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964 (mit vielen Nachweisen).

119 *Winter,* Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtsfindung, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 171 (172 f.). *Schwerdtner,* Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus, S. 224 (233).

120 *Larenz,* Methodenlehre, S. 9 ff., 291 ff. mit Nachweisen.

geschlagen hat, zuvor anerkannt wird. Davon ausgehend besteht dann zwischen Norm und Entscheidung nicht funktional eine scharfe Trennung, sondern nur formal; Subsumtion kann dann nicht längert als objektiv verlaufender Erkenntnisprozeß und als Ergebnis „intensiven Denkens"[121] gelten, sondern muß zumindest auch als Handlungsprozeß gesehen werden.

Aufgrund politologischer und empirischer Forschungen über juristische Argumentationen[122] rückt diese rechts- und sozialgestaltende „politische"[123] Aufgabe der Rechtsprechung neuerdings ins juristische Bewußtsein. Eine alle Faktoren einbeziehende Theorie der richterlichen Entscheidung fehlt allerdings bisher. Anders als nach den Bestrebungen der „Freien Rechtsschule" werden in juristischen Untersuchungen heute kaum noch die Bedeutung und der Einfluß von Rechtssätzen auf die richterliche Entscheidung überhaupt geleugnet, sondern mehr die Konsequenzen aus der unzulänglichen Bindungsmöglichkeit durch Normsätze und Ermittlungsmethoden betrachtet. Während aus rechtsdogmatischer Sicht der Anteil von Richterrecht gering zu sein

121 Ebenso *Tammelo*, Rechtslogik, S. 14.

122 *Rüdiger Lautmann*, Justiz — die stille Gewalt, Frankfurt 1972; *Hubert Rottleuthner*, Richterliches Handeln. Zur Kritik der richterlichen Dogmatik, Diss. Frankfurt 1972.

123 Die Verwendung des Begriffs „politisch" oder „rechtspolitisch" ist meist deshalb Anlaß zu Mißverständnissen und Polemiken, weil er im Sinne von „parteipolitisch" oder „machtpolitisch" aufgefaßt und nicht — wie hier — im Hinblick auf die Entscheidungsfolgen in der Gesellschaft, also politologisch-soziologisch, gekennzeichnet wird; vgl. dazu *Wiethölter*, Recht und Politik, in: ZRP 1969, S. 155 (157) sowie grundlegend *Kirchheimer*, Politische Justiz, S. 278. — Die Polemik gegen die Verwendung des Begriffs bei Wiethölter (u. a. *Mayer-Maly*, Brauchen wir eine politische Rechtstheorie? in: ZRP 1970, S. 265—267; *Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 67 (88 f.); *Zöllner*, Arbeitsrecht und Politik, in: DB 1970, S. 54 (56) geht im Kern auf die traditionelle positivistische Auffassung einer Trennung von Recht und Politik zurück, die sich von Savigny und Windscheid über Laband und Kelsen bis zu Forsthoff und Larenz fortpflanzt. Sogar die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sollen fast ausschließlich juristisch-technische, nicht politische Fragen betreffen, meint z. B. *Wittig*, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts? in: Der Staat 1969, S. 137 (139). Für den BGH sind rechtspolitische Erwägungen und Rechtsanwendung zwei verschiedene Entscheidungsmethoden: „Rechtspolitische Erwägungen befreien aber den Richter nicht von der Verpflichtung, das geltende Recht anzuwenden" (BGHZ 50, S. 45 [51]).
Die ganz eindeutig herrschende Meinung faßt *Fischer* (Die Weiterbildung des Rechts, S. 32) wie folgt zusammen: „Der Richter ist m. E. nicht dazu berufen, in einem offenen Streit der politischen Meinungen über Grundsatzfragen unserer Rechtsordnung durch eine richterliche Entscheidung für eine dieser Meinungen Partei zu ergreifen und sie bei der Rechtsanwendung seiner Entscheidung zugrunde zu legen."

scheint und sich auf die Beilegung höchstrichterlicher Divergenzen (§§ 121 Abs. 2, 136, 137 GVG; 546 Abs. 2 ZPO; 28 Abs. 2 FGG; 79 Abs. 2 GBO; 69 Abs. 3, 72 Abs. 1 ArbGG) beschränkt, stellen empirische Untersuchungen den praktischen Vorrang von Gerichtsentscheidungen gegenüber den Normen fest, was sich in der Ausrichtung an Entscheidungsmaximen, Standards und Präjudizien äußert und zumindest im Bereich der Generalklauseln auch für die juristische Dogmatik selbstverständlich sein sollte. Eine moderne Entscheidungstechnik darf diese Gesichtspunkte nicht übersehen, sondern muß die richterliche Entscheidung als Normdurchführung und Sozialgestaltung betrachten. Zahlreiche Juristen halten sogar die ausdrückliche rechtspolitische Begründung jeder Entscheidung für unumgänglich[124].

Für die Strukturierung einer rationalen Entscheidung wäre dies insofern vorteilhaft, als die Bewertungsgesichtspunkte offengelegt werden müßten. Die Auswahl hat in einem Rechtsstaat unter denjenigen Zielen zu erfolgen, die ihren Ausdruck in Gesetzen gefunden haben. Insofern enthalten richterliche Entscheidungen Aussagen über Rechtfertigungsprinzipien in Normsätzen auf dem Hintergrund sozialer Konflikte. Innerhalb dieses Deutungsschemas kann versucht werden, EDV unter Einbeziehung der rechtsfortbildenden Eigenschaft richterlicher Entscheidungen als technisches Hilfsmittel zur Lösung von Einzelproblemen einzusetzen.

Während vom Standpunkt des formalen Logikers aus das Ideal eines Normsatzes dann vorläge, wenn dieser logisch korrekt und semantisch eindeutig formuliert wäre, keine Werte enthielte oder bei Vagheiten einen entscheidungsfähigen Gehalt bekäme[125], muß sich ein entscheidungstheoretischer Ansatz, der an die gegenwärtig vorliegenden Realitäten anknüpft, von vornherein mit Näherungs- und Teilverfahren begnügen.

2. Einzelheiten

a) Präzisierung des funktionalen Normbegriffs

Der funktionale (entscheidungstheoretische) Normbegriff zeichnet sich gegenüber anderen Normbegriffen dadurch aus, daß er zwei längst anerkannte Elemente stärker ins Bewußtsein rückt und genauer aufschlüsselt: die Ab-

124 *Esser,* Vorverständnis und Methodenwahl, S. 174, 183, 190 f.; *F. v. Hippel,* Rechtstheorie, S. 44; *Luhmann,* Positivität des Rechts, S. 175 (198 f.); *Podlech,* Rechtskybernetik, S. 157 (169); *Schwerdtner,* Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus, S. 224 (232 ff.); *Wiethölter,* Rechtswissenschaft, S. 292.

125 *Podlech,* Logische Anforderungen kybernetischer Systeme, in: BB 1968, S. 106 ff.

hängigkeit der Normsatzanwendung von der Zielbestimmung des Normsatzes und die Abhängigkeit der Normsatzanwendung von der Menge aller verfügbaren Informationen. Wer die beiden Elemente als unwesentlich ansieht, muß auf die Möglichkeit rationaler Entscheidungen verzichten.

Eine rationale Entscheidung aufgrund eines Normsatzes setzt eine veränderte Fragestellung voraus. Es darf nicht gefragt werden, was der Inhalt eines bestimmten Normsatzes „ist", sondern es muß gefragt werden, was der Normsatz „bewirken soll"[126]. In die Zielbestimmung, in das „Sollen", gehen freilich auch Elemente ein, die das „Ist" konstituieren; der Unterschied liegt in ihrer Gewichtung. Wenn es zutrifft, daß die Gesetze nicht alle Konflikte vorentschieden haben, sondern nur die Möglichkeit geben, alle Konflikte zu entscheiden, dann gewinnt die Zielbeziehung an Bedeutung. Der juristische Entscheidungsprozeß braucht so nicht notwendig „das Ergebnis seines Ergebnisses" darzustellen, also zufällig zu verlaufen, sondern kann in gewissem Umfang das Ergebnis einer methodenbewußten Strategie sein. Die Strategie besteht in der Berücksichtigung bestimmter Methoden zur Informationsermittlung und Informationsverknüpfung, die zugleich die Transformationsleistungen des Richters offenbaren. Auf diese Weise fallen Verbindlichkeit und Wahrheit juristischer Entscheidungen nicht länger zusammen, wie das die irrige Doktrin der „einzig richtigen Entscheidung" unterstellt.

Entsprechend dem Ziel eines Normsatzes können Entscheidungen Elemente der funktionalen Kategorien „Ausführung" und „Planung" enthalten, je nachdem, ob die Entscheidung sich mehr auf vergangene und gegenwärtige oder auch auf zukünftige Lebenssachverhalte auswirken wird. Der quantitative Anteil jeder funktionalen Kategorie in der konkreten Entscheidung hängt vom Gesetzestyp, vom Entscheidungsspielraum aufgrund des Normsatzes, von der Sachverhaltsermittlung und von der Tragweite der Entscheidung ab. Hypothetisch läßt sich die funktionale Bedeutung richterlicher Entscheidungen bei einigen zufällig herausgegriffenen Gesetzen ungefähr wie folgt einschätzen:

126 Ähnlich schon *Engisch*, Einführung, S. 98: „Das, was als objektiv vernünftig, gerecht, zweckmäßig, zeitgemäß, gegenwartsnahe dem Gesetzestext zu entnehmen ist, kann ihm nur abgewonnen werden, wenn wir wissen, was wir wollen". Methodisches Umdenken vom Ziel her fordern auch *Fiedler*, Automatisierung im Recht, in: JuS 1971, S. 67 (68 f.) und *Simitis*, Chancen und Gefahren, in: NJW 1971, S. 673 (Die Rechtsordnung braucht eine „zukunftsorientierte Interpretation ihrer gegenwartsbezogenen Normen"). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung von BVerfG, BGH, BAG gibt es zahlreiche Beispiele für zielbestimmte Auslegungen, vgl. dazu *Hopt*, Finale Regelungen, in: JZ 1972, S. 65 (67 ff.).

Funktion / Gesetz	Ausführung			Planung		
	stark	mittel	schwach	stark	mittel	schwach
GG	—	×	—	×	—	—
BGB	—	×	—	—	—	—
StGB	×	—	—	—	—	—
GWB	—	×	—	—	×	—
UWG	—	×	—	—	×	—
PatG	—	×	—	—	×	—
StabG	—	—	×	×	—	—
BBauG	—	×	—	—	×	—
KSchG	—	×	—	—	—	—
ZPO	×	—	—	—	—	—

Tab. 1: Funktionale Abstufungen richterlicher Entscheidungen

Planungselemente dürften besonders stark bei Entscheidungen nach der Verfassung oder dem Stabilitätsgesetz, in beachtlichem Umfang auch bei wirtschaftsrechtlichen Gesetzen (GWB, UWG, PatG) eine Rolle spielen, während bei hochdogmatisierten Gesetzen (StGB, ZPO) die Ausführungsfunktion dominiert. Je mehr Planungselemente in eine Entscheidung eingehen, um so größer wird die Menge der Informationen, die für eine rationale Entscheidung erforderlich sind. Außerdem steigt die Rationalität einer Entscheidung, wenn die Folgen bereits getroffener Entscheidungen als Informationen bei zu treffenden Entscheidungen berücksichtigt werden.

Insgesamt zeichnet sich ein entscheidungsorientierter Normbegriff dadurch aus, daß er Informationen zur zielbezogenen Ausfüllung des jeweiligen Entscheidungsspielraums voraussetzt, enthält und verlangt. Ein Normsatz bietet dadurch den Beurteilungsrahmen sowohl für Informationen, die verwendet werden dürfen, als auch für solche, die verwendet werden müssen. Kurzgefaßt könnte man sagen: Ein Normsatz enthält Informationen über die Behandlung von anderen Informationen.

b) Informationsbegriff

Für denjenigen, der die juristische Entscheidung als Ergebnis eines bewußten Informationsgewinnungs- und Informationsverarbeitungsprozesses und nicht als einen unbewußt-gewohnheitsmäßig verlaufenden Vorgang betrachtet, rückt die Erfassung der „Informationen" in den Mittelpunkt.

„Information" bedeutet unterschiedliches, je nachdem, ob der Begriff im Sinne der mathematischen Informationstheorie (Shannon, Hartley), der

Kybernetik (Wiener), der logischen Semantik (Bar-Hillel, Carnap) oder der Pragmatik (Charkewitsch) verwendet wird[127]. Exakt definiert ist der Informationsbegriff nur für die mathematische Informationstheorie. Hier kennzeichnet „Information" ein logarithmisches Maß für die Unwahrscheinlichkeit des Auftretens einer Nachricht in einer gegebenen Situation[128]. Erfaßt wird nur der syntaktische[129] Aspekt von Zeichen, nämlich die Wahrscheinlichkeit der Auswahlschritte. Als Maßeinheit für den „Informationsgehalt" (eigentlich: die Informationsmenge) dient der Auswahlvorgang der Entscheidung zwischen zwei Möglichkeiten (1 bit)[130].

Man könnte vermuten, daß zwischen der mathematischen Informationstheorie und der Arbeitsstruktur eines Computers wegen der jeweils syntak-

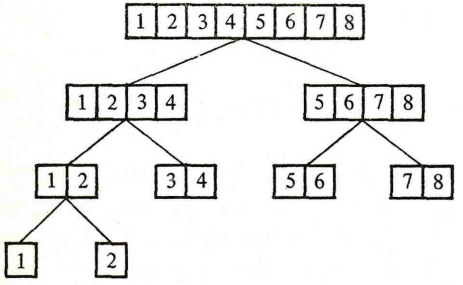
127 Zur Geschichte des Informationsbegriffs allgemein: *Cherry*, Kommunikationsforschung, S. 216 ff.; *Ducrocq*, Entdeckung der Kybernetik, S. 171 ff.; *Neidhardt*, Informationstheorie, S. 62 ff.; *Zemanek*, Elementare Informationstheorie, S. 11 f.

128 $I(Z_i) = \text{ld} \frac{1}{p_i}$ bit

Erläuterung: I = Informationsgehalt, Z_i = Zeichen i, ld = logarithmus dualis (Logarithmus zur Basis 2), p_i = Wahrscheinlichkeit des Auftretens des Zeichens Z_i, bit = binary digit (Maßeinheit). Der Informationsgehalt für ein Zeichen Z_i mit der Wahrscheinlichkeit p_i des Auftretens beträgt also $\text{ld} \frac{1}{p_i}$ bit.

129 Es wird von der üblichen Einteilung der Sprachdimensionen (Semiotik) in Syntax, Semantik und Pragmatik ausgegangen, wie sie sich im Anschluß an Morris und Peirce entwickelt hat, vgl. *Apel*, Sprache und Wahrheit, S. 161 (163 ff.); *Cherry*, Kommunikationsforschung, S. 260 ff. Abweichend davon nennt *Klaus* (Semiotik und Erkenntnistheorie, S. 57 ff.) die „Sigmatik", welche die Beziehungen zwischen Zeichen und dem, was sie bezeichnen, behandelt, als vierte Dimension.

130 Beispiel:



Um die Zahl „2" aus einem Zahlenvorrat von 8 Ziffern eindeutig herauszufinden, sind also 3 Binärentscheidungen (3 bit) erforderlich.

tischen Bezugsebene enge Verbindungsmöglichkeiten bestehen[131]. Dies trifft aber deshalb nicht zu, weil die mathematische Informationstheorie eigentlich eine statistische Theorie der Informationsübertragung darstellt und nur die Wirkung von Informationen behandelt. Die elektronische Informationsverarbeitung dagegen betrifft das Problem, bestimmte Zeichen, die zuvor auf dem Weg über Codierungen von Bedeutungen und Bewertungen bestimmter Ereignisse oder Aussagen gewonnen worden sind, nach einem Bearbeitungsschema umzuformen. Dafür braucht man eine Informationstheorie, die sich vor allem mit dem Gewinnungvorgang von Daten beschäftigt.

Mit diesem Ziel ist zunächst versucht worden, die mathematische Informationstheorie über die statistischen Begriffe der „Redundanz" (Weitschweifigkeit) oder der „negativen Entropie" (Maß des Grades der Unordnung) semantisch zu interpretieren, was aber zu nichts weiter als zu praktisch unbrauchbaren Definitionen führt. Auch die sogenannte „semantische" Informationstheorie, die Bar-Hillel zusammen mit Carnap entwickelte, ist keine Theorie über Eigenschaften von Objektsprachen, sondern über statistische Eigenschaften von Metasprachen (reinen Sprachen, Wissenschaftssprachen), in der subjektive Momente überhaupt keine Rolle spielen. „Information" wird dort als Auswahl zwischen gleichwahrscheinlichen Möglichkeiten definiert; je unwahrscheinlicher das Eintreffen eines Ereignisses ist, um so mehr Information liegt vor[132]. Information gilt als Eigenschaft, die ein Satz selbst oder in bezug auf andere Sätze enthält, unabhängig von dem, was der Autor oder der Empfänger auszudrücken beabsichtigte, also unabhängig von der Kommunikationssituation. Bar-Hillel und Carnap reduzieren damit Semantik auf eine extensionale Logik.

Soweit vereinzelt Ansätze zu einer pragmatischen Informationstheorie bestehen, werden Teilaspekte der Kommunikationssituation untersucht, vor allem individualpsychologische Faktoren wie Motivation, Wahrnehmung und

131 Diese Versuche gehen auf *Wiener* (Kybernetik, S. 38, 104 f.) zurück und haben trotz überzeugenden Widerspruchs vor allem von *Bar-Hillel* (Language and Information, S. 12 und 222) Anklang bei Kybernetikern gefunden, vgl. *Steinbuch* (Automat und Mensch, S. 354 f.) für die Psychologie; *Podlech* (Rechtskybernetik, S. 157[165]) verwendet den Redundanz-Begriff; *Klug* (Elektronische Datenverarbeitungsmaschinen, S. 189 [197]) bringt den Shannonschen Informationsbegriff mit EDV und mit „Kommunikation" in Verbindung; *Wieacker* (Recht und Automation, S. 383 [385 f.]) spricht von „der" Informationstheorie, meint aber offenbar nicht die mathematische, sondern eine noch nicht existente Theorie, die computerrelevante Informationen kennzeichnen soll. — Eine für Juristen leicht verständliche Darstellung der mathematischen Informationstheorie bietet *Horn*, Rechtssprache und Kommunikation, S. 48—51.

132 *Bar-Hillel*, Language and Information, S. 44; *Bar-Hillel*, Wesen und Bedeutung, S. 13 (17).

Bewertung[133]. Eine brauchbare Definition eines pragmatischen Informationsbegriffs oder Informationsgehalts ist jedoch ebenfalls noch nicht gelungen.

Damit bleibt für den Bereich der juristischen Entscheidung nur die Möglichkeit, den Informationsbegriff heuristisch für die Bedürfnisse der Rechtsanwendung zu umschreiben. Zwei Klassen von Informationen sind dabei zu unterscheiden: Informationen, die sich auf einen Normsatz beziehen und Informationen, die sich auf einen Lebenssachverhalt beziehen. Hier interessieren vor allem die Normsatzinformationen.

Normsätze sollen im Entscheidungsprozeß zur Beurteilung der Wirklichkeit dienen. Die Wirklichkeitserfassung und die Bewertung durch den Richter ist nur von bestimmten Aspekten her möglich, nämlich von seinen erkenntnisleitenden Interessen. Diese Interessen müssen im Rechtsstaat auf Normsätze zurückführbar sein, denn jeder Normsatz enthält generelle, bewertende Aussagen, die zu beachten sind.

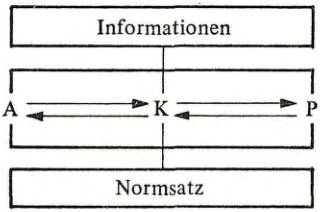
Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nicht viel gewonnen. Es fehlen nämlich befolgbare Anweisungen darüber, wie der Richter die Normsatzaussagen mit seinen erkenntnisleitenden Interessen in Einklang bringen und als Informationen erkennen, ordnen und verwerten kann. Eine unmittelbar objektive Möglichkeit hierfür besteht deshalb nicht, weil jedes Erkennen, Einordnen und Verwerten von Aussagen als „Information" Bewertungen voraussetzt. Während die Notwendigkeit eines Bewertungsakts bei widersprüchlichen oder sich überschneidenden Normsatzaussagen auf der Hand liegt, soll dazu in Fällen, in denen ein Normsatz „unmittelbar" angewandt wird, scheinbar keine Notwendigkeit bestehen. Alle Normsatzaussagen, auch die Behauptung einer „unmittelbaren" Anwendbarkeit, werden aber nur dadurch für den Richter zu Informationen, daß er sie im Hinblick auf das Normsatzziel ausdrücklich oder stillschweigend bewertet. Das Problem besteht somit stets darin, die Menge der zulässigen Bewertungen vom Normsatzziel her zu begrenzen.

Damit verschiebt sich die Frage, wie sich Normsatzinformationen feststellen lassen, weiter auf die Frage, wie das Normsatzziel ermittelt werden kann. Das Normsatzziel ist regelmäßig keine Eigenschaft der Norm selbst, sondern eine *über* die Norm zu treffende Aussage. Die Aussage über die Norm läßt sich zumindest derzeit nicht als Eigenschaft von Eigenschaften („Prädikatenprädikat") durch formallogische Umformungen gewinnen, denn ein solches Verfahren setzte bereits eine formallogische Formulierung der Normsätze voraus. Deshalb kann es sich bei Auslegungen nicht einfach dar-

133 *Charkewitsch*, Über den Wert einer Information, S. 59 ff.; *Gäng*, Pragmatische Information, S. 77 (78 ff.); *Bernstein/Jetzschmann*, Informations- und spieltheoretische Aspekte, S. 77 ff.

um handeln, die „vorgegebene" Bedeutung des Normsatzes oder eines darin enthaltenen Begriffs festzustellen, sondern darum, jeweils in einem Näherungsverfahren aufgrund von Bewertungen eine Bedeutung zuzuordnen, zu „verleihen"[134]. Das darf in einem Rechtsstaat zwar nicht willkürlich, kann aber auch nicht ausschließlich objektiv geschehen, da sich in keinem Entscheidungsprozeß subjektives Verhalten aufgrund subjektiver Erfahrung verhindern, sondern höchstens verbergen läßt. Die Entscheidung hängt also von objektiven und subjektiven Komponenten ab, die noch näher zu kennzeichnen sind.

„Informationen", die sich auf Normsätze beziehen, stellen somit alle diejenigen Aussagen dar, die der Richter im Hinblick auf das objektiv und subjektiv konstituierte Normsatzziel in einem bestimmten Zeitpunkt als relevant bewertet[135]. Dies müssen nicht notwendig substantielle, sondern können auch formale Daten sein. Während beispielsweise im herkömmlichen juristischen Entscheidungsprozeß das erworbene Verfahrenswissen als latent vorhandenes und frei verfügbares Sekundärwissen vorausgesetzt wird, erhält es unter dem Informationsverarbeitungsaspekt gleichen Rang wie das substantielle Wissen. In vielen Fällen kann man drei Kategorien von Informationen über die Anwendung von Normsätzen unterscheiden, nämlich Ausführungs-, Planungs- und Kontrollinformationen.



Tab. 2 Informationstypen für Normsätze

134 Ebenso *Makkonen*, Zur Problematik der juridischen Entscheidung, S. 111.

135 Ein allgemeineres, über Normsatzinformationen hinausgehendes Konzept von Informationstypen hat Fiedler in einem Rundgespräch über Juristische Struktur- und Informationstheorie vom 12.—15. 7. 1971 in Falkenstein/Ts. dargelegt (unveröffentlichtes Protokoll, S. 17). Er versteht unter „Information" jede Sachverhaltsbeschreibung (als Struktur oder Prozeß), die sich auf Ziele (Z), Tatsachen (T), Normen (N) oder Gesetze, Hypothesen (G) erstreckt und durch Kombinationen der vier Kriterien „bestehend", „seinsollend", „individuell" und „allgemein" gekennzeichnet werden kann. Für Z, T, N, G ergebenen sich dann folgende Kombinationen: Z = individuell, seinsollend; T = individuell, bestehend; N = allgemein, seinsollend; G = allgemein, bestehend. In der

Ausführungsinformationen (A) enthalten Anwendungsbedingungen von Normsätzen (ausgewählte Präjudizien und Kriterien, eigene Präferenzen); Planungsinformationen (P) betreffen prognostische Daten (Hypothesen über vermutete Auswirkungen, Statistiken, Sozialdaten, Ziele, Programme, strategische Informationen); Kontrollfunktionen (K) repräsentieren Daten über das normbezogene Entscheidungssystem selbst, über den Entscheider und über die angewandten Methoden (Zustands-, Ablaufs- und Koordinationsdaten).

Liegt aus der Menge aller für die Lösung eines Problems möglichen Informationen die Teilmenge aller aufgrund der Normsatzinformationen als relevant bewerteten empirischen Sachverhaltsinformationen entscheidbar[136] vor, dann hängt die Verarbeitung aller Informationen allein von der Methode ab. Als Grenzfall läßt sich so zwar vorstellen, daß eine Entscheidung durch methodische Zuordnung und algorithmische Verknüpfung von Informationen automatisch hergestellt werden könnte; praktisch scheitert diese Möglichkeit jedoch regelmäßig[137] an der Schwierigkeit, abstrakt gültige Kriterien für die Festlegung des notwendigen Informationsrahmens und für die Bewertung der Informationen anzugeben. Für Näherungsverfahren mit dem Ziel, den Festlegungs- und Bewertungsvorgang zu unterstützen, also Vorkriterien für die eigentlichen Bewertungskriterien aufzustellen, um dadurch die Automatisierungsschwelle herabzusetzen, besteht allerdings keine theoretisch angebbare Schranke, so daß die prinzipielle Möglichkeit diskussionswürdig bleibt.

Diskussion wurde allerdings die Vagheit der Kriterien bemängelt. Noch allgemeiner *Kunz/Rittel,* Die Informationswissenschaften, S. 42, wo „Information" I als Menge des Wissens W über das Objekt A zum Zeitpunkt t definiert wird: $I = W^{A}_{t}$.

136 Eine Klasse M von Sätzen ist entsprechend den mathematischen Gesetzen von Gödel und Church genau dann entscheidbar, wenn es ein Verfahren gibt, mit dessen Hilfe für jeden Satz nach endlich vielen Schritten geezigt werden kann, daß er ein Element von M ist (vgl. dazu *Essler,* Einführung in die Logik, S. 248). Entscheidbare Sätze sind aufzählbar, aufzählbare Sätze aber nicht immer entscheidbar. Die Entscheidbarkeit hängt von der Existenz eines Algorithmus ab, die Nichtentscheidbarkeit kann im Rahmen einer (formalisierten) Theorie durch „Gödelisierung", d. h. Zuordnung von Zahlen zu Aussagen, nachgewiesen werden (*Meschkowski,* Mathematisches Begriffswörterbuch, Stichwort „Gödel-Nummer", S. 100).

137 Der vielbeschriebene automatisierte Steuerbescheid bildet nur eine Scheinausnahme. Er verknüpft aufgrund festliegender Kriterien interpretationsunfähige numerische Daten. Die Ebene des Richters wird aber überhaupt erst erreicht, wenn die Bewertungskriterien umstritten sind, also ohne besondere Vorentscheidung nicht automatisiert werden können.

c) Bewertung von Informationen

Informationen über Normsätze werden ebenso wie die empirischen Informationen nicht unmittelbar, sondern erst nach vorgängiger „Bewertung" vor allem im Hinblick auf das objektiv und subjektiv konstituierte Normziel entscheidungsrelevant. Die Bewertung einer Normzielhypothese bildet logisch den ersten Entscheidungsschritt, denn empirische Informationen können nicht ohne entsprechende Zielvorgaben ermittelt werden.

Das vorherrschende „iudex non calculat"-Denken möchte die Notwendigkeit einer Wertung leugnen und einen juristischen Normsatz stets als konditionalprogrammiert und unmittelbar anwendungsreif ansehen. Meist gilt sogar das „wertungsfreie" Treffen einer Entscheidung als Kriterium der Wissenschaftlichkeit und Kennzeichnung einer objektiven, nicht engagierten Rechtsanwendung.

Juristen, welche diese naive Vorstellung von der Voraussetzungslosigkeit der Rechtsanwendung nicht teilen und in der Nichterwähnung von Wertprämissen noch keinen Beweis für ein wertungsfreies Entscheiden sehen, stoßen auf die Schwierigkeit, juristische Wertungen bewußt vornehmen und rechtfertigen zu müssen. Ein Rückgriff auf gesetzliche „Werte" oder auf die „Wertordung des Grundgesetzes" entspricht zwar dem Legalitätsstreben, kann aber aus formalrationaler Sicht nicht befriedigen, weil die dort genannten Werte selbst interpretationsfähig sind und eine „Ordnung" der Werte kaum erkennbar ist; nicht selten bestehen gleichrangige Wertgegensätze: so bei der Lehrfreiheit im Verhältnis zur Verfassungstreue, der Garantie des Eigentums im Verhältnis zur Sozialbindung des Eigentums, der freien Entfaltung der Persönlichkeit im Verhältnis zur verfassungsmäßigen Ordnung.

Bis zur Abhandlung Podlechs über „Wertungen und Werte im Recht"[138] galt es unter deutschen Juristen als ausgemacht, daß eine rationale Behandlung des Wertungsvorgangs im Recht ausgeschlossen sei[139]. Das Problem

138 AöR Bd. 95 (1970), S. 185—223 und ansatzweise schon vorher in: Grundrechte und Staat, in: Der Staat 1967, S. 341 (346 ff.); Anforderungen der Kybernetik, in: Recht und Politik 1967, S. 84 ff.; Rechtskybernetik, S. 157 (164). *Podlech* wendet das Rationalitätskonzept in seiner Habilitationsschrift auf den Gleichheitssatz an (vgl. Gehalt und Funktionen, S. 167).

139 Umfangreiche Nachweise zu dieser Frage bei *Podlech*, Gehalt und Funktionen, S. 41 Anm. 37. Podlech will dort zweierlei „Wertungen" unterscheiden: 1) Subsumtion unter vage Rechtssätze, 2) Anwendung von wertenden Ausdrücken, wie „billig", „sittenwidrig". Solange aber juristischen Entscheidungen die Umgangssprache zugrunde liegt und „Werte" nicht von „Nichtwerten" abgegrenzt, also auch keine unterschiedlichen logischen Regeln angewendet werden können, handelt es sich um eine graduell verschiedene Subsumtionsproblematik und nicht um zwei Klassen von Wertungen. Werte können auch „Vorstellungsinhalte" sein (vgl. *Leinfellner*, Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, S. 200).

wurde der Rechtsphilosophie zugeschlagen, die es — nach den Erfahrungen der Nationalsozialistischen Zeit verständlich — in Anlehnung an die materiale Wertethik Nicolai Hartmanns und Max Schelers intuitiv abhandelte[140]. Podlech durchleuchtet in seinem Beitrag die formale Struktur des juristischen Wertens und ermöglicht dadurch den Anschluß an die formale Präferenztheorie. Die Präferenztheorie[141] zielt darauf ab, apriorisch-emotionale Wertdiskussionen durch intersubjektiv nachprüfbare Präferenzen zu ersetzen. Als „Wert" gilt dabei die Vorzugsrelation zwischen zwei Größen a und b. Diese Vorzugsrelation, die in der ökonomischen Entscheidungstheorie „Wahl zwischen Alternativen" genannt wird, lautet im Prinzip: „a wird b vorgezogen" oder „b wird a vorgezogen". Ein „Wert" ist also das Ergebnis eines relativen Vergleichs. Der Trick, materiale Werte operationalisieren zu können, besteht also darin, den materialen Werten subjektive Präferenzen zuzuordnen und anschließend nur noch die Zuordnungsergebnisse, nicht aber die Ausgangswerte als „Werte" zu berücksichtigen. Worauf allerdings die Vorzugswürdigkeit beruht, vermag die formale Präferenztheorie nicht selbst zu begründen. Podlech verweist diese Frage auf eine „Metabewertung gesellschaftlicher Zustände", die nach seiner Ansicht auf einer Diskussion der Folgen bereits getroffener Wertungen beruhen sollte[142]. Er verlagert dadurch das materiale Problem in eine Metawertediskussion, für die ebenfalls materiale Werte maßgebend sein müssen, wodurch ein unendlicher Regreß entsteht. Deshalb kann ein pragmatischer Konsens höchstens die Vernünftigkeit, nicht aber die Richtigkeit von Präferenzen feststellen. Letzlich hängen formale Bewertungen doch von vorgängigen materialen Wertoptionen ab, die an irgendeiner Stelle nicht weiter hinterfragt werden.

140 *Coing*, Rechtsphilosophie, S. 206 ff. und die Beiträge von Radbruch, Wolf, Coing, Spranger, Arndt, Topitsch, Weinkauff, Fechner, del Vecchio, Verdroß, Welzer, Hubmann, Friedmann und Ryffel in: *Maihofer* (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, Darmstadt 1962.

141 Dazu vor allem *Arrow*, Social Choice and Individual Values, New York/London/Sydney 1966; *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, Tübingen 1968; *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, Tübingen 1968; *Leinfellner*, Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, S. 197—213; *v. Neumann/Morgenstern*, Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten, Würzburg 1967; *Rescher*, Logic of Decision and Action, Pittsburgh 1967; *v. Wright*, The Logic of Preference, Edinburgh 1963.

142 Werte und Wertungen, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 185 (208). Damit wird zwar ein Realitätsbezug hergestellt, aber noch nicht festgelegt, welcher Sachverhalt eine Realitätsbasis für die „Anwendung" einer Norm abgibt. Dies kann erst vom Normzielmodell aus funktional geklärt werden; ebenso: *Hassemer*, Tatbestand und Typus, S. 100 und 112 f.

Die formalen Strukturbeschreibungen von Präferenzordnungen[143] verdeutlichen das Problem. Sie gehen nämlich stets von der Annahme aus, daß sich die Präferenzen überhaupt feststellen und harmonisieren lassen, was keineswegs selbstverständlich erscheint. Trotz dieses praktischen Nachteils läßt sich durch ein solches methodisches Verfahren eine Rationalitätsstufe erreichen, die eine intersubjektive Diskutierbarkeit in Kenntnis, aber ohne Anerkenntnisverpflichtung der jeweiligen Prämissen ermöglicht. Im Gegensatz zum heutigen juristischen Bewertungsverfahren, das kein Ordnen der Werte voraussetzt und das Vorverständnisse selten aufdeckt, ist dieser Relativismus vor allem unter dem EDV-Aspekt geeignet, als Anknüpfung für formalrationale Entscheidungen zu dienen. Es besteht nämlich dadurch die Möglichkeit, Aussagen als relevante Informationen festzustellen und als Elemente von Handlungsalternativen komparativ zu bewerten. Jede rationale Entscheidung, die als Informationsgewinnungs- und Informationsverarbeitungsprozeß verstanden wird, muß deshalb auf Präferenzen aufbauen. Andernfalls bleibt nur das Eingeständnis, Entscheidungen nichtrational treffen zu wollen, was die Gefahr der Irrationalität einschließt und EDV weitgehend verhindert.

d) Normzielmodell

Erst wenn sich das Zusammenwirken relevanter Normsatzinformationen in einem Modell abbilden läßt, sind insoweit genauere Aussagen hinsichtlich einer EDV-Anwendung möglich. „Modell" heißt jedes künstlich geschaffene System, das für den Benutzer bezüglich gewisser perzeptiver oder operativer Funktionen innerhalb einer gewissen Zeitspanne ein kategoriales Denkschema darstellt[144].

Modelle für Entscheidungen können Erklärungsmodelle oder Kalkülmodelle sein[145]. Kalkülmodelle haben den Vorteil, daß sie im mathematischen Sinn entscheidbar sind und daher über einen Algorithmus verfügen, der EDV ermöglicht. Der Nachteil von Kalkülmodellen liegt in ihrer Abgeschlossenheit. Nur die im Modell niedergelegten Entscheidungsprämissen werden als gegebene Größen unterstellt. Deshalb impliziert bereits die Aufstellung des Modells für ein Entscheidungsproblem die Lösung des Problems.

143 Strukturbeschreibungen in symbolisierter Form finden sich bei *Leinfellner*, Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, S. 197—213 und (noch allgemeiner) bei *v. Wright*, Logic of Preference, S. 26 f.

144 Ähnlich: *Wunderlich*, Terminologie des Strukturbegriffs, S. 91 (120); *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 33.

145 *Haag*, Rationale Strafzumessung, S. 44 f.

Dennoch ist dieses Ziel nicht abwegig, denn erstens gibt es Techniken, um geschlossene Modelle durch Beschreibung der Denkgewohnheiten, des Suchverhaltens oder der Entscheidungsfolgen in offene Modelle zu überführen, und zweitens kann das Modell selbst zum Gegenstand der Forschung gemacht werden[146]. Die Grenze zwischen geschlossenen und offenen Modellen ist auch deshalb nicht scharf zu ziehen, weil sich möglicherweise Teilbereiche von offenen Modellen als geschlossene Subsysteme algorithmisieren lassen.

Ein fach- und problembezogenes Normzielmodell, das einer beliebig vorgelegten Aussage die Eigenschaft einer entscheidungsrelevanten Information zuzuordnen erlaubt, hat im Idealfall verschiedene Bedingungen zu erfüllen: Es muß das Normziel einschließlich der Entscheidungsmethode und der Bewertungsregeln formulieren, die Ausgangssituation, die Wirkungszusammenhänge und die künftige Situation erfassen und unter Berücksichtigung des Ziels eine Wahl zwischen Alternativen ermöglichen. Günstig wäre es außerdem, wenn die Erfüllung von Kontrollbedingungen für getroffene Entscheidungen sich auf die Abänderbarkeit des Modells auswirken könnte. Falls nicht alle diese Bedingungen erfüllbar sind, kann das Normzielmodell als Grundlage für Teilautomatisierungen in Betracht kommen.

Jeder Richter hat aufgrund der Rechtsprechung, der Fachliteratur, der persönlichen Erfahrung, seines Kritikbewußtseins und seiner persönlichen Präferenzen zu bestimmten Normsätzen ein internes Modell ihrer Funktion und Anwendungsbedingungen aufgebaut. Schon daraus geht hervor, daß weniger das Gesetz, als vielmehr die Einstellung gegenüber dem Gesetz zu den eigentlichen Prämissen der juristischen Entscheidung führt. So gibt es zahlreiche Beispiele für gegensätzliche Entscheidungen zu demselben Normsatz, und zwar nicht nur auf der Grundlage desselben Sachverhalts im Instanzenzug, sondern auch bei verschiedenen Sachverhalten vor verschiedenen Senaten des gleichen Bundesgerichts, ja sogar aufgrund von Abweichungen eines Senats von einer kurz zuvor ergangenen Entscheidung des Großen Senats des eigenen Gerichts[147]. Dieses Phänomen wäre unverständlich, wenn

146 Letzteres betont *Frank*, Kybernetik und Philosophie, S. 121. — Veränderungen im Modell unter dem Einfluß der Veränderungen seiner Variablen festzustellen, ist Gegenstand einer wichtigen Forschungsrichtung, die sich mit der Computersimulation beschäftigt. Umfangreiche Nachweise dazu bei *Kirsch*, Entscheidungsprozesse, Bd. II, S. 32 ff.; *Hopt*, Finale Regelungen, in: JZ 1972, S. 65 (73 ff.).

147 So hat der Große Senat des BFH am 8. 11. 1971 (DB 1972, S. 24) die Frage verneint, ob bei Betriebsaufspaltungen in ein Besitzunternehmen und eine Betriebsgesellschaft als Voraussetzung der Gewerbesteuerpflicht des Besitzunternehmens die gleichen oder überwiegende Beteiligungen derselben Person bestehen müssen. Am 19. 4. 1972 (DB 1972, S. 1465) schränkte der 1. Senat des BFH diese Grundsätze wieder ein, am 2. 8. 1972 (DB 1972, S. 2140) bestätigte der 4. Senat des gleichen Gerichts die Entscheidung des Großen Senats und am

die Normsätze selbst bereits ihre Anwendungsbedingungen enthielten; dann müßte nämlich die Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) zu konsistenten Entscheidungen führen. Die erforderliche Brücke zwischen dem internen Entscheidungsmodell und dem externen, formalisierten, zur EDV-Anwendung hinführenden Normzielmodell besteht nun darin, daß alle internen Prämissen als externe Kriterien benannt und in angebbare Abhängigkeit gebracht werden. Ein derart formuliertes Normzielmodell offenbart nicht nur die Abhängigkeit aller Informationen und Ergebnisse von vorausgehenden Bewertungen, sondern markiert auch eindeutig solche Stellen, an denen Bewertungen stattfinden. Damit liegen genau diejenigen Punkte der Entscheidung offen, über die es sich zu diskutieren lohnt.

Der optimale Informationsstand und der Rationalitätsgrad für eine Entscheidung läßt sich mit einem Normzielmodell zwar nur relativ zu den Zielkriterien und dem durch sie festgelegten Informationsniveau beurteilen; er kann aber auf diese Weise wenigstens überhaupt in etwa festgelegt werden und braucht nicht Zufällen überlassen bleiben.

Die Menge aller modellierten Normsatzinformationen bietet so ein System zielgerichteten Wissens, das nicht nur die vorhandenen Informationen über einen Normsatz nachweist, sondern auch „Argumente" von bloßen „Äußerungen" unterscheiden hilft sowie die Einwirkungen neuer Informationen auf das Entscheidungsverhalten und Entscheidungswissen jeweils kennzeichnet. Das ermöglicht es, zufälliges und daher intersubjektiv nicht nachvollziehbares Handeln bewußt zu reduzieren.

III. Juristische Entscheidung als sequentieller Informationsgewinnungs- und Informationsverarbeitungsprozeß

1. Entscheidungstheoretische Definition der juristischen Entscheidung

Um den Anforderungen des Normzielmodells zu genügen, muß der oben eingeführte vorläufige Arbeitsbegriff der „juristischen Entscheidung" präzisiert werden. Unter dem Informationsverarbeitungsaspekt enthalten nämlich

18. 10. 1972 (DB 1972, S. 2286) widersprach der 1. Senat des BFH seinem 4. Senat und meinte, „Beherrschung" einer Betriebs-GmbH liege i. d. R. nur vor, wenn dem Gesellschafter mindestens 75% der Anteile der Betriebs-GmbH gehören. — Senatspräsident am BFH Hartz (Überlegungen, in: DB 1973, S. 22 [25 f.]) meint dazu, Änderungen von Rechtsansichten kämen eben heute viel häufiger vor als früher.

diejenigen Phasen und Denkschritte, die jeder Entscheidung notwendig vorausgehen, ebenfalls Entscheidungen. Sie betreffen zwar nur Vor- und Teilfragen innerhalb des Hauptentscheidungsproblems; ohne Entscheidung dieser Vor- und Teilfragen und der Berücksichtigung der Ergebnisse als Informationen für weitere Entscheidungen wäre aber keine Endentscheidung möglich. Eine zureichende Definition muß deshalb jede Endentscheidung als Ergebnis einer Kette von Vorentscheidungen erfassen. Das Problem besteht somit darin, die Vorentscheidungskette als Kette sichtbar zu machen und auf die Endentscheidung hinführend zu kennzeichnen.

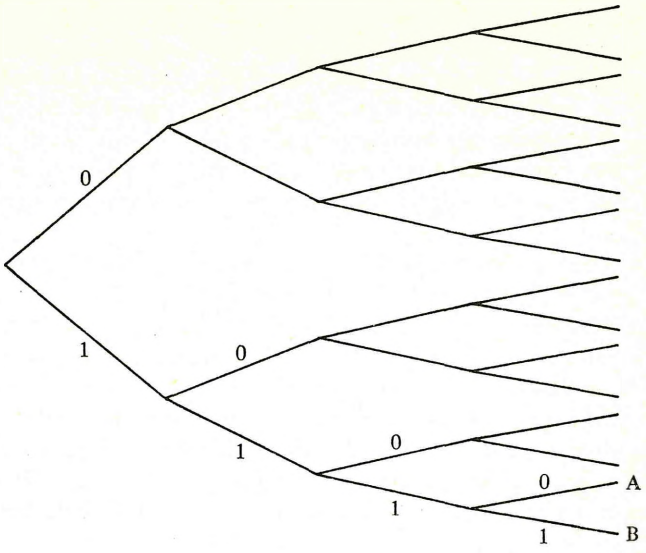
Nicht jeder Denkvorgang erbringt schon eine Entscheidung, die näher zur Endentscheidung hinführt. Viele Denkvorgänge lassen sich nur als unorganisiertes, assoziatives Suchverhalten beschreiben, in dessen Aufmerksamkeitsbereich Problemgesichtspunkte aufgeworfen, diskutiert, geprüft, abgeändert, verworfen oder zu einem Gedankennetz verknüpft werden. Jedes kleinste Element dieses notwendigen Problemlösungsverhaltens könnte man bereits als Entscheidung für ein Ziel bezeichnen. Ein solcher Entscheidungsbegriff ist jedoch zu vage, weil er bewußte und unbewußte Gedankengänge einschließt und dadurch keine brauchbare Grundlage für eine Informationsverarbeitung bietet. Unter dem Informationsverarbeitungsaspekt interessieren nur solche Knotenpunkte des Suchverhaltens, die bewußt eine von mindestens zwei Möglichkeiten als Anknüpfung für das weitere Suchverhalten bevorzugen und die anderen nicht mehr berücksichtigen. Die Menge dieser aufeinanderfolgenden Knotenpunkte bildet dann die zur Endentscheidung hinführende Kette, wenn das Entscheidungsverhalten denkökonomisch verläuft.

Die „Kette" kann verschieden gedeutet werden: In der Terminologie der mathematischen Informationstheorie, der mathematischen Graphentheorie, der Spieltheorie und der Klassenlogik handelt es sich um einen „Baum"[148], in der Linguistik um einen „Pfad"[149], nach der Entscheidungstheorie um „Wahlakte"[150]. Das Grundschema sieht stets so aus:

148 *Luce/Raiffa,* Games and Decisions, S. 39; *Zemanek,* Elementare Informationstheorie, S. 39 ff.; *Podlech,* Gehalt und Funktionen, S. 67 ff. und 262 ff. *Podlech* macht anhand von § 1 des nordrhein-westfälischen Enttrümmerungsgesetzes vom 2. 5. 1949 die Nützlichkeit des Verfahrens bei der Rechtsanwendung deutlich; er setzt dabei allerdings das hier interessierende Auslegungsproblem insoweit als gelöst voraus.

149 *Weinreich,* Erkundungen zur Theorie der Semantik, S. 18.

150 *Gäfgen,* Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 2 f.



Tab. 3: Entscheidungsbaum

Die Endentscheidungen A und B sind durch jeweils vier Vorentscheidungen festgelegt; A durch die Entscheidungskette 1-1-1-0, B durch die Entscheidungskette 1-1-1-1.

Der Zusammenhang zwischen dem Entscheidungsbaum und einem automatisierten Informationsverarbeitungsprozeß besteht darin, daß die einzelnen Verzweigungen als Zweierschritte „binarisiert" und in einen aussagenlogischen Formalismus übersetzt werden können. Jede Entscheidung an einem der Verzweigungspunkte hängt natürlich ihrerseits von Faktoren und Bedingungen ab, die sich ebenfalls als Informationen auffassen und baumartig verzweigt darstellen lassen. Um EDV an irgendeiner Stelle des Entscheidungsbaumes zu ermöglichen, besteht die Notwendigkeit, alle Faktoren und Bedingungselemente an dieser Stelle im Verhältnis zueinander zu definieren. Diesen Definitionsprozeß versucht die Entscheidungstheorie zu strukturieren.

Bei rationaler Informationsverarbeitung haben nicht nur die juristischen Endentscheidungen (Urteile, Beschlüsse, Verfügungen) den Charakter von Entscheidungen, sondern auch die Festlegung der notwendig vorgelagerten Determinanten. Als juristische Entscheidung im Sinne der EDV muß deshalb jede bewußte Wahl[151] zwischen Alternativen gelten, die ein Gericht in einer

151 *Leoni*, The Meaning of „Political", S. 93 (95) weist zutreffend auf den teilweise synonymen Gebrauch von „Entscheidung" und „Wahl" hin. Man kann sagen:

Phase des Rechtsstreits durch viel- und methodenbewußte Informationsverarbeitung vornimmt. Der EDV-Aspekt führt damit zu einer Aufwertung der Vorentscheidungskette und derjenigen Kriterien, die den Vorentscheidungen zugrunde liegen. Eine Theorie der juristischen Entscheidungen hat insofern die Aufgabe, Problembereiche abzugrenzen sowie für die Problembereiche Strukturmodelle zu entwickeln, die eine Auswahl zwischen Informationen ermöglichen und den Informationsverarbeitungsprozeß nachvollziehbar machen.

Kennzeichen juristischer Entscheidungen sind vor allem zwei Eigenschaften: Erstens muß in einem Rechtsstaat eine auf Normsätzen beruhende Begründung gegeben werden, und zweitens erfolgt diese Begründung unter Entscheidungszwang. Den traditionellen Schwerpunkt der Rechtswissenschaft bildet daher die Auslegung von Normsätzen. Deshalb wird aus dem gesamten juristischen Entscheidungsprozeß, wie ihn Allen und Caldwell[152] schematisch dargestellt haben (vgl. Tab. 4), hier nur der kleine Ausschnitt untersucht, auf welche Weise sich Normsätze als Grundlage für rationale Wahlentscheidungen auffassen lassen, wenn der Sachverhalt bereits feststeht[153].

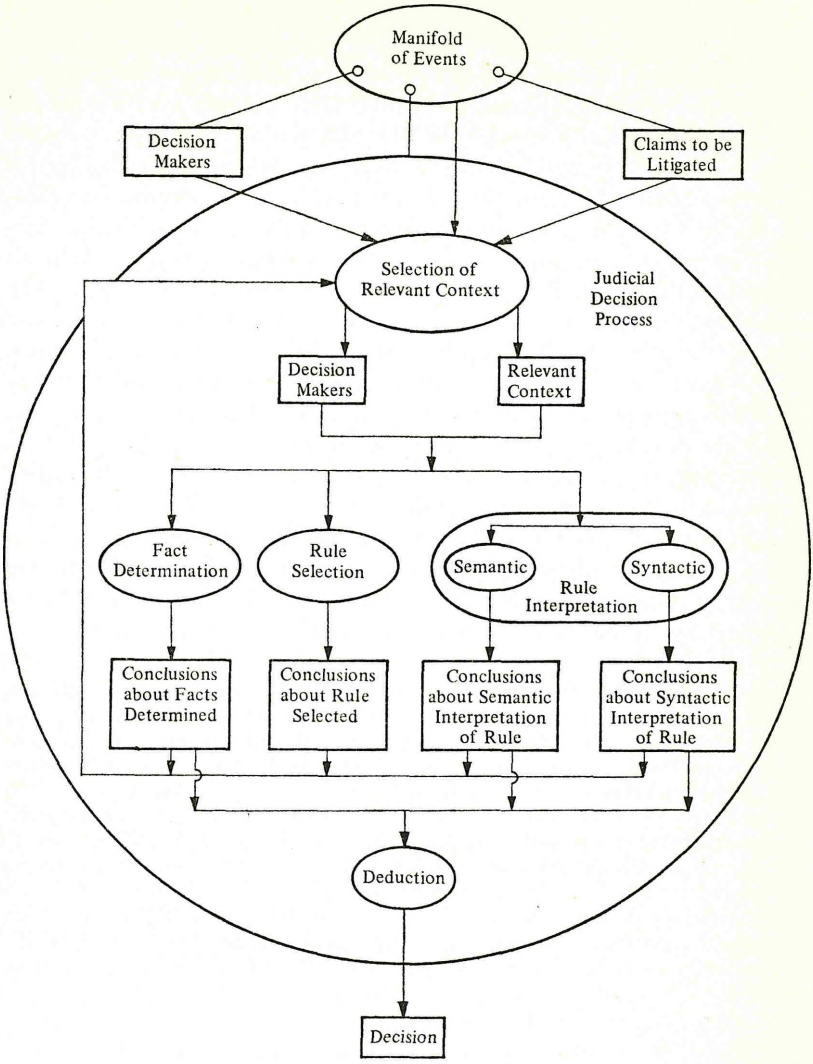
Im Gegensatz zum behavioristischen entscheidungstheoretischen Ansatz, der das tatsächliche Entscheidungsverhalten des Richters betrachtet und das jeweilige Entscheidungsverhalten damit implizit billigt, entwirft die normative Entscheidungstheorie ein Modell für Wahlakte aufgrund der Bewertung von Normsatzinformationen. Hinsichtlich juristischer Entscheidungen ist zunächst zu fragen, ob es sich bei Normsatzauslegungen überhaupt um Entscheidungen mit Alternativenwahl handelt.

Wenn es zutrifft, daß die Rechtsordnung kein geschlossenes System mit Vorablösungen für jeden auftretenden Konfliktsfall bietet, dann hängt die Normsatzanwendung offenbar davon ab, welche Informationen mit einem Normsatz verbunden und als relevante Kriterien für die Zuordnung von Sachverhaltsinformationen festgelegt werden. Dieses Problem kann wissenschaftlich nur annäherungsweise gelöst werden, da die Extension eines um-

ich entscheide mich für eine Wahl, aber auch: ich wähle diese Entscheidung. Die erste Formulierung betont stärker den Alternativcharakter.

152 Modern Logic and Judicial Decision Making, S. 213 (227). — In dem Schema fehlt allerdings neben der syntaktischen und semantischen Normsatzauslegung noch die pragmatische Dimension.

153 Zu den Möglichkeiten, Sachverhalts- und Beweiselemente rational zu erfassen, vgl. vor allem *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 (1332 ff.); *Lawlor*, Analysis and Prediction, S. 174 (176). Lawlor schlägt vor, Tatsachenelemente (fact patterns) mit positiven gegensätzlichen Tatsachen-Deskriptoren zu erfassen. Damit will er Inkonsistenzen bei der Tatsachenermittlung vermeiden.



Tab. 4: Juristischer Entscheidungsprozeß nach Allen/Caldwell

gangssprachlich formulierten Normsatzbegriffs historisch variabel ist und von mehreren Faktoren abhängt. Während sich nun die juristische Dogmatik darum bemüht, die „wahre" Auslegung zu finden, und auf der Grundlage der strikten Gesetzesanwendungsdoktrin nicht überzeugend erklären kann,

warum vielleicht eine bisher „wahre" Auslegung künftig „falsch" sein soll, deutet die Entscheidungstheorie diesen Vorrang prinzipiell als Ergebnis eines Entscheidungsakts, der in Abhängigkeit von angebbaren Faktoren erfolgt. Die entscheidungstheoretische Erwartung, zwischen Alternativen der Auslegung wählen zu können, ist also praktisch eine methodische Konsequenz sowohl aus der umgangs- oder fachsprachlichen Formulierung der Normsätze, die ohne Interpretation nur selten einen eindeutig entscheidungsfähigen Inhalt[154] besitzen, als auch dem justiziellen Zwang, dennoch eine Entscheidung treffen zu müssen. Die Deutung der Normsatzinterpretation als Wahlakt enthält deshalb kein neuartiges theoretisches Postulat, sondern kennzeichnet lediglich schärfer, was bei der Auslegung von Normsätzen in vielen Fällen heute eigentlich geschieht. Gleichzeitig erlaubt diese Deutung, das Instrumentarium der Entscheidungstheorie zur näheren Aufgliederung des Wahlvorgangs zu verwenden, und schließlich hat diese Deutung aus EDV-Sicht den Vorteil, daß für Auswahlentscheidungen in gewissem Umfang Binarisierungen innerhalb der Entscheidungskette und in Teilentscheidungsphasen erreicht werden können: Die generelle ja/nein-Entscheidung über die Anwendbarkeit eines Normsatzes, die über den Bestand eines Anspruchs oder die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens entscheidet, hängt von zahlreichen ja/nein-Vorentscheidungen über Anwendungskriterien für Normbegriffe entsprechend den alternativen Normzielinformationen ab.

Beispiel: Der Erfolg der Klage eines Schallplattenverlages gegen einen Händler, der die Preisbindung nicht einhält, beruht auf der Entscheidung über die Frage, ob Schallplattenverlage ohne Anmeldung beim Bundeskartellamt vertikale Preisbindungen vornehmen können. Die Antwort hängt von der Entscheidung der Alternative ab, ob Schallplattenverlage „Verlage" im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind oder ob sie es nicht sind; diese Entscheidung wiederum setzt eine Entscheidung über die Verwendung des Begriffs „Verlag" in § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB voraus. Je nachdem, ob das Gericht solche Informationen höher bewertet, die als Normsatzziel ein Privileg nur für die Buchverlage beschreiben, oder solche Informationen, die als Normsatzziel ein Privileg sowohl für literarische als auch für musikalische Produkte beschreiben, kann die Entscheidung getroffen und begründet werden, daß Schallplattenverlage „Verlage" im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind oder daß sie es nicht sind.

154 Es wird hier bewußt der Ausdruck „Gehalt" vermieden, der in der Klassenlogik eine Eigenschaft von Sätzen kennzeichnet, nämlich die Klasse der Fälle, die mit den Sätzen *nicht* vereinbar sind. *Podlech* (Gehalt und Funktionen, S. 27) meint, es entspreche dem juristischen Sprachgebrauch, „den Gehalt einer Rechtsnorm als Ausschluß möglicher Verhalten zu bestimmen". Im juristischen Schrifttum ist mir aber keine derartige Definition bekannt, und Podlech selbst beruft sich hierfür nur auf Topitsch und Albert. Die klassenlogische Negativformulierung bringt freilich den Vorteil mit sich, die logisch-semantische Informationstheorie Bar-Hillels und Carnaps anwenden zu können.

Der Grund für die Höherbewertung des einen Normsatzziels gegenüber dem anderen läßt sich mit einer hierarchischen Kette von formalen Wertentscheidungen erklären und rechtfertigen: Mit der Entscheidung über die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung bestimmter Präjudizien; mit der Entscheidung über die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der Entstehungsgeschichte von § 16 GWB; mit der Entscheidung über die positive oder negative Einschätzung des voraussehbaren Entscheidungserfolges (z. B.: die Verkaufspreise für Schallplatten steigen oder fallen) in Verbindung mit dem jeweiligen Wettbewerbsmodell usw.

2. Kritik des entscheidungstheoretischen Ansatzes

Eine entscheidungstheoretische Definition der juristischen Entscheidung[155] steht im Gegensatz zu einigen anderen: So zur Auffassung, juristische Entscheidungen seien notwendig irrational und vom Rechtsgefühl bestimmt[156], pure Dezisionen[157], „von der Staatsgewalt erlassene Rechtswillenserklärungen"[158], die Feststellung der „Wahrheit"[159], der „Richtigkeit"[160] oder des richtigen Assoziierens[161]. Diese Auffassungen betonen das Zufällige, Vorgegebene, Unabänderliche, Schicksalhafte, Unkontrollierbare der juristischen Entscheidungsfindung. Soweit darin zugleich eine Garantie für Einzelfallgerechtigkeit gesehen wird, kommt eine emotionale Einstellung zum Ausdruck, die jede rationale Betrachtung von vornherein abwertet. Es ist aber

155 Ähnlich: *Jørgensen*, Recht und Gesellschaft, S. 107; *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 118. Einige Elemente finden sich auch bei *Adomeit*, Methodenlehre und Juristenausbildung, in: ZRP 1970, S. 176 (178 ff.), allerdings von pragmatischen Erwägungen (Plädoyer, Prognose der höchstrichterlichen Entscheidung) durchsetzt.

156 *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 40: „Das Wesen der Entscheidung läßt sich nicht rational erfassen".

157 Vor allem bei Carl Schmitt. Zu dessen Entscheidungsbegriff: *v. Krockow*, Die Entscheidung, S. 56 f.; *Loos*, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, S. 88 ff.

158 *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 6.

159 *Brüggemann*, Richterliche Begründungspflicht, S. 166; *Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus, in: Rechtstheorie, Bd. 2 (1971), S. 67 (86). Das Streben nach „Wahrheit" und „Harmonie" findet sich im übrigen in fast allen philosophischen Abhandlungen.

160 *Stammler*, (Die Lehre vom richtigen Rechte) bezeichnet seine Lehre mehrfach sogar als „Methode" (z. B. S. 145, 203 ff.). *Carl Schmitt* (Gesetz und Urteil, S. 1, 71) bringt in seinem Frühwerk die richterliche Entscheidung mit der Richtigkeit der Entscheidung dadurch in enge Verbindung, daß er als Kriterium der Richtigkeit herausstellt, ob „ein anderer Richter" ebenso entschieden hätte. „Ein anderer Richter" wird als „empirischer Typus" fingiert. Grundsteine für seine spätere, schärfer dezisionistische Auffassung legt *Schmitt* mit der Trennung der Frage, wann richtig entschieden ist, von der Frage, wann richtig interpretiert ist (Gesetz und Urteil, S. 11). Das führt zur folgenreichen Ansicht, die Praxis rechtfertige sich durch sich selber (Gesetz und Urteil, S. 86).

161 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 97.

nicht einsichtig, warum eine methodenbewußt vorgenommene Reduktion von Entscheidungsgesichtspunkten ungerechter sein soll als eine zufällige Reduktion. Das Problem liegt mehr darin, das Entscheidungsmodell trotz Festlegung in methodischer Hinsicht genügend flexibel zu halten, damit nicht Einzelfälle nur deshalb dem Modell untergeordnet werden, weil es die Begründung einer Entscheidung erleichtert.

Die letztgenannte Befürchtung ist unter Juristen verbreitet. Vor allem Wieackers Argumente gegen eine Computerisierung der Rechtsfindung[162] beruhen auf der Erwartung, es werde künftig starr axiomatisierte, vollautomatische Gerichtsentscheidungen geben, welche die „unausschöpfliche Individualität mitmenschlicher Konfliktssituationen"[163] nicht erfaßten. Diese besondere Gefahr besteht aus zwei Gründen kaum: Einmal ist das utopische Schreckbild „axiomatisierter" Gerichtsentscheidungen wenig realistischer als vor 65 Jahren Radbruchs „Urteilsmaschine" oder Max Webers „Richterautomat". Wenn überhaupt, dann sind veränderungsfähige, der richterlichen Verantwortung unterliegende Teiloperationalisierungen wahrscheinlicher. Außerdem erreicht auch heute der Richter die Individualgerechtigkeit nur näherungsweise. Jeder Einzelfall kann gar nicht eine besondere Lösung zur Folge haben, sondern muß in die abstrakten Lösungen der Normsätze eingeordnet, also letztlich als Allgemeinfall behandelt werden. Jede Entscheidung setzt damit immer schon eine brauchbare Reduktion und Verknüpfung von Informationen voraus.

Die Festlegung einer Methode der Strukturierung von Entscheidungen[164] scheint jedenfalls nicht unbedingt nachteilig oder nach den Prozeßordnungen unmöglich zu sein[165]. Ein solches Vorgehen hat immerhin den großen Vor-

162 *Wieacker*, Recht und Automation, S. 383 (399 ff.). Wieacker trennt in seinem Aufsatz zwischen der theoretischen und der praktischen Zulässigkeit der Automation bei der Rechtsfindung. Die praktische Entscheidung will er im Hinblick auf die Gefahren der Automation dem Richter vorbehalten.

163 *Wieacker*, Rechtsdogmatik, S. 311 (331). — Auch *Simitis* (Informationskrise des Rechts, S. 102) betont unter Hinweis auf Wieacker, daß jede Mechanisierung zwingend zu Regelungen führe, „die auf individuelle Besonderheiten und Interessen nicht eingehen". Das trifft zwar zu, aber von der Automatisierung her sind der strukturellen Differenzierung keine Grenzen gesetzt.

164 *Arrow* (Social Choice, S. 90) weist zutreffend darauf hin, daß die Festlegung einer Methode formallogisch eine übergeordnete diesbezügliche Entscheidung voraussetzt.

165 Anderer Ansicht: *Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 224 (243): „Methode ist nicht dekretiert und auch nicht dekretierbar". — Die dürftigen Vorschriften der ZPO enthalten bezüglich der Entscheidungsmethode außerhalb der Fristen und Formen praktisch Generalklauseln, z. B.: „Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht sie durch Endurteil zu erlassen" (§ 300 Abs. 1 ZPO). Wie der Richter positiv feststellen kann, ob der Rechtsstreit zur Endentscheidung „reif"

teil, daß Entscheidungsakte, soweit die Strukturierung des Modells reicht, als Aufeinanderfolge genau definierter informationsverarbeitender Schritte[166] analysiert, dargestellt, begründet, diskutiert, nachgeprüft und geändert werden können. Dieses unter dem EDV-Aspekt anzustrebende Verfahren setzt keineswegs einen totalen Umbau des Bestehenden voraus. Es unterscheidet sich allerdings von der heute weithin üblichen Entscheidungstechnik durch die überlegte Einbeziehung von Vorentscheidungen, von der Begriffsjurisprudenz durch die Berücksichtigung von Ziel- und Folgeaspekten und insgesamt durch die Möglichkeit zu einigen formallogischen Operationen. Am ehesten läßt sich der entscheidungstheoretische Ansatz als moderne Fortentwicklung der Leibnitzschen „ars combinatoria" kennzeichnen.

Gegen ein methodenbewußt-kombinatorisches Entscheiden sind im Prinzip alle Einwände möglich, die gegen die neopositivistische Wissenschaftsauffassung und die Falsifikationsthese Poppers als Erkenntnistheorieersatz zu Recht bestehen. Sie brauchen an dieser Stelle nicht wiederholt zu werden. Lediglich die Kritik aus der Sicht zweier Konkurrenzauffassungen, die selbst allerdings wenig oder keine Ansätze für EDV-unterstützte Entscheidungsverfahren bieten, nämlich die systemtheoretisch-funktionale Luhmanns und die dialektisch-hermeneutisch-kommunikative von Habermas, sollen zur besseren Kennzeichnung der Grenzen eines formalrationalen Entscheidungskonzepts erwähnt werden.

Luhmann lehnt die Entscheidungstheorie als Methodologie für juristische Entscheidungen aufgrund seiner rechtstheoretischen und systemtheoretischen Grundauffassungen ab. „Recht" bedeutet für Luhmann ein „konditionales Entscheidungsprogramm"[167], das ohne besondere Zielaspekte das Gesellschaftssystem strukturiert[168]. Die richterliche Entscheidung ist für ihn ein programmierter Auslegungsakt[169], der innerhalb eines sozialen Subsystems[170]

ist, wird nicht festgelegt. Ähnlich fehlen methodische Anweisungen bei der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO), der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO), der freien Schadensschätzung (§ 287 ZPO) und bei zahlreichen anderen Vorschriften. Neuartige Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten, die den Informationsgrad und die Informationstätigkeit beeinflussen, sind nicht berücksichtigt.

166 Eine schrittweise Informationsverarbeitung setzt dreierlei voraus: 1) der Ablauf muß sukzessiv, 2) die Struktur muß rekursiv (berechenbar) und 3) der Aufbau der Entscheidungskriterien muß hierarchisch sein.

167 Positivität des Rechts, S. 175 (193).

168 Legitimation durch Verfahren, S. 221; Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 223; Evolution des Rechts, S. 3 (4).

169 Funktionale Methode, S. 1 (5). Auf den untechnischen Gebrauch des Ausdrucks „programmiert" bei Luhmann wurde oben (S. 81) bereits hingewiesen. Mißverständliche Verwendung auch bei *Dreier*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz, S. 42; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 34.

170 Grundrechte als Institution, S. 216.

grundsätzlich ohne eigenen Entscheidungsspielraum des Entscheiders aufgrund einer „ausgefeilten" Entscheidungstechnik[171] „Komplexität reduziert". Luhmann gibt allerdings nicht an, woran man die Komplexität und die Möglichkeiten ihrer Reduktion allgemein oder im Einzelfall erkennt. Die Folgewirkungen von Entscheidungen interessieren jedenfalls nicht[172], ja dürfen nicht interessieren, damit Unabhängigkeit und Neutralität des Richters gewahrt bleiben. Die Legitimation der Entscheidung liegt in ihrer Anerkennung durch die Verfahrensbeteiligten[173], also in außerrechtlichen Mechanismen.

Luhmann unterstellt der Entscheidungstheorie, sie wolle „zu einer garantiert-richtigen Entscheidung kommen"[174] und gehe von bereits gelösten Problemen[175] oder bereits „reduzierter Komplexität"[176] aus. Demgegenüber begnüge sich die Systemtheorie mit einer befriedigenden Entscheidung[177] bei umfassender Komplexität. Beide Behauptungen treffen jedoch nur insofern zu, als damit abstrakt der jeweils unterschiedliche Aussagenbereich gekennzeichnet werden soll. Im konkreten Fall dagegen führt die Entscheidungstheorie nicht zur garantiert „richtigen", sondern nur zu der unter angebbaren, durchaus veränderungsfähigen Bedingung relativ besten Entscheidung. Einen vergleichbaren Maßstab gibt es für die Systemtheorie nicht. Sie berück-

171 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 169; Funktionale Methode, S. 1 (4).

172 Funktionale Methode, S. 1 (3 f.). Dort wird als Beispiel der Ausschluß eines Prüfungskandidaten von der mündlichen Prüfung erwähnt, weil dieser zwei schriftliche Arbeiten mangelhaft geschrieben hat. „Selbst wenn der Kandidat sich das Leben nimmt, hat nicht das Prüfungsamt die Schuld, obwohl es den Tod bewirkt hat." Betrachtet man nicht die Schuld, sondern die Entscheidung über den Ausschluß, dann zeigt sich, daß die denkbare Alternative „Ausschluß" — „kein Ausschluß" nach der Prüfungsordnung wahrscheinlich auf die erste Möglichkeit eingeschränkt war. Die „Folgenverantwortung" für die Entscheidung fehlt dennoch nicht ganz, sondern verlagert sich in solchen Fällen auf Vorstadien (Auswahl und Benotung der Arbeit, Beratung des Kandidaten, Nachfrage wegen Krankheiten) oder Nachstadien (umsichtige Mitteilung, Beratung, Betreuung). Auch *Esser* (Vorverständnis und Methodenwahl, S. 143 f.) verneint in seiner Stellungnahme zum Prüfungsbeispiel Luhmanns allerdings irgendeine Folgenverantwortung, weil es nur auf die „Richtigkeit der getroffenen Lösung" ankomme. Esser hält im übrigen den Ausschluß gar nicht für eine „Entscheidung", sondern nur für eine „Verwaltungshandlung", und konstruiert eine wirkliche Entscheidungslage durch unterstellte mündliche Änderung der Prüfungsordnung. „Entscheidung" ist für Esser also nicht die Alternativenwahl, sondern nur das gerichtliche Urteil, das irgendwelche Unklarheiten beseitigt.

173 Legitimation durch Verfahren, S. 31 f., 79; Grundrechte als Institution, S. 216.

174 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 73

175 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 215.

176 Soziologische Aufklärung, S. 82.

177 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 80.

sichtigt weder den tatsächlich oft bestehenden Entscheidungsspielraum noch die präjudizielle Wirkung von Einzelentscheidungen noch den Geltungsanspruch des Rechts, der unabhängig von der Anerkennung einer Entscheidung durch die Verfahrensbeteiligten besteht, noch die antizipierte Folgenberücksichtigung bei der Entscheidungsfindung. Außerdem betrachtet die Systemtheorie nicht die Handlungsrationalität, sondern die Systemrationalität[178], obwohl sich Systemrationalität ohne Handlungsrationalität schwerlich herstellen lassen dürfte. Ähnlich werden die entscheidungstheoretischen Ziele (nach Luhmann „Zwecke") durch die „Systemfunktion" verdrängt[179]. Da jemand nach der Systemtheorie durchaus einmal diesen, einmal jenen Zweck verfolgen kann[180], muß Luhmann den strikten Rationalitätsbegriff der Entscheidungstheorie konsequent ablehnen[181]. Sogar irrationale oder zufällige Entscheidungen können systemtheoretisch noch funktionsgerecht sein: Weil sie unkontrollierbar sind und dadurch Kritikmöglichkeiten verschließen[182], verstärken sie die Unabhängigkeit der Richter.

Entscheidungstheorie und Systemtheorie haben also unterschiedliche Ziele. Wer richterliche Entscheidungsverfahren entritualisieren[183] und durchschaubar machen will, kann von der Entscheidungsrationalität nicht völlig absehen. Auch Luhmann möchte auf die Vorteile der Entscheidungstheorie trotz der von ihm betonten Überlegenheit der Systemtheorie[184] nicht ganz verzichten, sondern tritt mehrfach dafür ein, die Entscheidungstheorie beizubehalten, auszubauen und in die Systemtheorie zu integrieren[185].

Ganz anders Habermas. Er deutet keinen Kompromiß mit der Entscheidungstheorie an, sondern hält sie ebenso wie die Systemtheorie Luhmanns für eine Methode zur „positivistischen Isolierung von Vernunft und Entscheidung"[186].

Habermas erblickt in der ökonomischen Entscheidungstheorie die zweite und in Luhmanns Systemtheorie die vierte und gefährlichste Stufe eines

178 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 6.
179 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 68.
180 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 157.
181 Den Angelpunkt dafür bietet das sogenannte Transitivitätspostulat, vgl. *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 26 ff., 57 f., 157.
182 Wohl im Anschluß an *Eckhoff/Jacobsen* (Rationality and Responsibility, S. 43) hebt *Luhmann* (Legitimation durch Verfahren, S. 132 ff.) die Immunisierung gegen Kritik als besonderen Vorteil hervor.
183 Das Gegenteil wirft *Rasehorn*, Rechtsfindung und Gerichtspraxis, in: NJW 1972, S. 81 (84) Luhmann vor.
184 Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 164 f.
185 Evolution des Rechts, S. 3 (20); Soziologische Aufklärung, S. 82; Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 215.
186 Theorie und Praxis, S. 239 ff.

fortschreitenden Rationalisierungsprozesses[187], der lediglich die technische Verfügungsgewalt, nicht aber das vernünftige Handeln der Menschen verbessere. Nach Habermas hängt die erste Stufe der Rationalisierung von der technologischen Verwertung bewährter Hypothesen ab, die zweite Stufe beruht auf der Auswahl zwischen „technisch" gleich geeigneten Entscheidungen bei bestimmten Informationen und Zielen, die dritte Stufe betrifft das strategische Entscheiden bei unterschiedlichen Wertpräferenzen, und die vierte Stufe ermöglicht eine „Selbstprogrammierung" maschinell rückgekoppelter Systeme.

Sieht man einmal von diesen übersteigerten sozialkybernetischen Erwartungen der frühen sechziger Jahre sowie von der verkürzenden Gleichsetzung von Technologie und Technokratie ab, dann bleibt vor allem sein Vorwurf, die Entscheidungstheorie sei unreflektiert-dezisionistisch. Habermas verwendet dabei einen umfassenderen Entscheidungsbegriff als den in der Entscheidungstheorie üblichen. Nach der ökonomischen Entscheidungstheorie kennzeichnet jede Entscheidung eine Wahl zwischen Alternativen und damit einen Spielraum zwischen Handlungsmöglichkeiten. Die vorausgehende Festlegung der Kriterien und Grenzen des Spielraums muß keineswegs dezisionistisch erfolgen, sondern kann durchaus das Ergebnis sorgfältiger Grundentscheidungen, Erfahrungen, Überlegungen, Informationen, Meinungsbildungsprozesse und Interessenausgleichsversuche sein. Habermas rechnet diese Vorentscheidungen jedoch nicht zur Entscheidungstheorie, wodurch sie ihm als purer Dezisionismus erscheint. Die beschränkte Aussagefähigkeit der Entscheidungstheorie ist aber nicht die Konsequenz einer bestimmten Technologie, sondern die beschränkten Möglichkeiten der Technologie sind die Konsequenz nur beschränkt rationalisierbarer Aussagenzusammenhänge.

In der Auseinandersetzung mit Luhmann empfiehlt Habermas, juristische Entscheidungen nicht „dezisionistisch", sondern „kommunikativ" oder „diskursiv" zu rechtfertigen[188]. Grundlage müßte dann eine vernünftige, zwanglose Diskussion mündiger Menschen sein, welche zu einem verbindlichen Konsens führt. Im Rahmen der Interpretation von Rechtssätzen sind jedoch die Möglichkeiten zu kommunikativem oder diskursivem Handeln theoretisch und praktisch beschränkt. Die theoretische Beschränkung liegt darin, daß in einem demokratischen Rechtsstaat eine Diskussion der prinzipiellen Geltung von Rechtssätzen, für die sich Habermas vor allem interessiert[189],

187 Theorie und Praxis, S. 246 ff.; Theorie der Gesellschaft, S. 145 Anm. 7.

188 Theorie der Gesellschaft, S. 145.

189 „Es ist das fundamentale Mißverständnis einer selbst ideologieverdächtigen Rechtslehre, eben des Dezisionismus, daß die von Rechtsnormen auf Entscheidung und nur auf Entscheidung gegründet werden könnte. Denn der naive Geltungsanspruch von Handlungsnormen verweist (mindestens implizit) in

nur ganz ausnahmsweise zulässig ist. Bestehende Rechtssätze können im gerichtlichen Entscheidungsprozeß zwar modifiziert, aber nicht beliebig verändert werden. Realistischer wäre schon eine Diskussion der Entscheidungsprämissen und Entscheidungsfolgen aufgrund eines Normsatzes im konkreten Einzelfall. Aus der Prozeßsituation ergeben sich insoweit aber praktische Beschränkungen. Die Parteien und Angeklagten müßten vernünftige, mündige, kommunikationswillige und kommunikationsfähige Menschen mit Weitblick für das Gemeinwohl sein, deren Interessengegensätze sich kommunikativ ausgleichen ließen. Derartig elitäre Ausnahmezustände dürften äußerst selten tatsächlich vorliegen und in den verschiedenen Rechtsgebieten sehr unterschiedlich zu verwirklichen sein. Soll außerdem ein gerichtliches Verfahren nicht bloß eine zufällige Reduktion von Prozeßerwartungen der Parteien darstellen, wie es Luhmann beschreibt[190], sondern durch rationale Argumentationen Geltungsansprüche erzeugen, wie es Habermas verlangt[191], dann benötigt man eine Methode, die alle Spielregeln dieser Kommunikation oder des Diskurses enthält. Hierfür beruft sich Habermas[192] auf die Vorschläge, die Kamlah und Lorenzen in ihrer „Logischen Propädeutik" vorgelegt haben. Allerdings überschätzt Habermas die Möglichkeiten der Logischen Propädeutik. Nach ihrem derzeitigen Entwicklungsstand lassen sich mit ihrer Hilfe keinesfalls anspruchsvolle Diskurse bewältigen, sondern nur tautologische Aussagen aufdecken, was für eine intersubjektive Verständi-

jedem Fall auf dikursive Begründbarkeit. Wenn bindende Entscheidungen legitim sind, d. h. wenn sie unabhängig von konkret ausgeübtem Zwang und manifest angedrohter Sanktion gefällt und gleichwohl regelmäßig auch gegen das Interesse der Betroffenen durchgesetzt werden können, dann müssen sie als die Erfüllung anerkannter Normen gelten dürfen. Diese gewaltlose normative Geltung beruht auf der Unterstellung, daß man gegebenenfalls die Norm rechtfertigen und gegen Kritik verteidigen kann. Diese Unterstellung wiederum ergibt sich nicht von selbst. Sie ist die Folge einer konsensfähigen Deutung mit Rechtfertigungsfunktion, mit anderen Worten: eines herrschaftslegitimierenden Weltbildes" (Theorie der Gesellschaft, S. 244).

190 Legitimation durch Verfahren, S. 237. — Richter sind aber keineswegs zu Entscheidungen verpflichtet, welche die Parteien möglichst wenig „enttäuschen", sondern auch zu Entscheidungen, welche die Parteien wünschen sollten, vgl. *Kaplan,* Some Limitations on Rationality, S. 55 (57).

191 Theorie der Gesellschaft, S. 225; Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 21 ff., S. 144 ff.

192 *Habermas,* Theorie der Gesellschaft, S. 130; *ders.,* Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 149 f. — Kamlah und Lorenzen gelten als Hauptvertreter der Erlanger Schule des „Konstruktivismus", der starke Parallelen zur intuitionistischen Logik aufweist. Als erste juristische Schrift knüpft *Glaser* (Sprachkritische Untersuchungen zum Strafrecht) an den Konstruktivismus an.
Zum Konstruktivismus vgl. vor allem die kritische Darstellung bei *Seiffert,* Marxismus und bürgerliche Wissenschaft, S. 159—197.

gung keinesfalls ausreicht. Eine bessere Methodik der Kommunikation gibt es allerdings noch nicht. Die Situation gleicht derjenigen im EDV-Bereich. Dort hat man bisher mit wenig Erfolg versucht, das kognitive Verhalten eines Menschen zu modellieren[193]. So wichtig der Versuch ist, Dezisionen durch Kommunikation zurückzudrängen, so wenig ist es bisher möglich, einen Konsens zu organisieren, der persönliche Werthaltungen und Grundentscheidungen überwindet. Dezisionen lassen sich also nie ganz vermeiden.

Insofern bilden die genannten Bedenken nicht nur Einwände gegenüber der Entscheidungstheorie, sondern ebenso gegenüber der heutigen juristischen Entscheidungspraxis.

Bereits die Bezugnahme auf die Entscheidungstheorie im Zusammenhang mit der richterlichen Entscheidungstätigkeit deutet ein verändertes Verständnis der Funktion von Rechtssprechung an. Unter den Bedingungen einer sich wandelnden industriellen Gesellschaft verliert die juristische Doktrin, die das gerichtliche Urteil als Ergebnis einer gebundenen, determinierten, wahren, neutralen „Anwendung" eines Normsatzes ansieht, gegenüber einer Auffassung an Einfluß, die der Rechtsprechung die bewußte Herstellung von Entscheidungen unter Berücksichtigung der Normsätze und des Entscheidungsspielraums zuweist. Die traditionelle juristische Lehre vom „Urteil" mit ihren zahlreichen philosophischen Vorurteilen und ihrer Selbstgenügsamkeit gegenüber empirischem, psychologischem und soziologischem Wissen, ist deshalb auch unabhängig von EDV im Begriff, in eine Lehre vom juristischen Entscheiden überzugehen. Für die methodische Strukturierung juristischer Entscheidungen bietet die ökonomische Entscheidungstheorie ein Modell an, das näher zur EDV hinführt. Es muß allerdings weder das alleinige Schema noch die zwingende Folge der gekennzeichneten Entwicklung sein.

Die Existenz justizieller Beurteilungs- und Handlungsspielräume, vor allem im Verfassungs-, Wirtschafts-, Arbeits- und Planungsrecht, deutet keine Abdankung des Gesetzgebers an. Die bedingten Spielräume machen nur deutlich, daß die Rechtsprechung nicht länger im Sinne Montesquieus „en quelque façon nulle" ist, sondern politische Relevanz besitzt. Diese Aussage enthält keine naive Gleichsetzung von Recht und Politik, weist aber doch auf

193 Dies geschieht unter dem Stichwort „künstliche Intelligenz" mit Hilfe von Computersimulationen, vgl. die Beiträge in: *Banerji-Mesarovic* (Hrsg.), Theoretical Approaches to Non-Numerical Problem Solving, Berlin/Heidelberg/New York 1970; *Marvin Minsky* (Hrsg.), Semantic Information Processing, Cambridge/Mass. 1968; *Massachusetts Institute of Technology* (Hrsg.), Project MAC, Progress Report VIII, July 1970 to July 1971, S. 129—224 sowie *Kirsch,* Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 32. — Auch in der Linguistik liegen erst sehr spärliche Ansätze in Richtung EDV vor, vgl. *Ungeheuer,* Linguistische Datenverarbeitung, in: IBM-Nachrichten Nr. 206, April 1971, S. 688—694.

die enge Verzahnung von politischen und rechtlichen Erwägungen hin, die in vielen Fällen besteht. Windscheids Meinung, politische Erwägungen seien „nicht Sache des Juristen als solchen"[194], hat bis heute noch viele Anhänger[195], obwohl schon Bülow[196] sie zutreffend als „tief eingewurzeltes Vorurteil ... aus den Zeiten des übertriebenen Gesetzescultus" markiert hat. Die Ansicht von der politischen Abstinenz wirkt heute als positivistische Verschleierung des wirklichen Geschehens. Wer immer die Zusammenhänge näher untersucht, entdeckt die enge Verzahnung von Rechtsanwendung und Rechtspolitik[197].

Für traditionell denkende Juristen bildet das „Richterrecht" die Brücke zu dieser Einsicht. Wer Richterrecht für unvermeidbar hält, bezeichnet es meist auch als legitime „Rechtsquelle". Qualifiziert man diese Rechtsquelle inhaltlich, dann läßt sich ihr politischer Charakter als Rechtssetzung kaum leugnen. Alle Bestrebungen, Gesetzesrecht und Richterrecht als Gegensätze aufzufassen oder Legitimations- und Abgrenzungskriterien zu finden[198], haben bisher keinen Erfolg gehabt und können auch so lange keinen Erfolg haben, wie nicht der richterliche Entscheidungsprozeß genauer analysiert und die

194 Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, S. 100 (111). — Die noch heute vorherrschende historisch-systematische Methode Savignys ist scheinbar politisch neutralisiert, obwohl gerade Savigny die politische Funktion der Wissenschaft sah (vgl. *Coing*, in: *Blühdorn/Ritter*, Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 141). Beachtlich ist der Hinweis *Krieles* (in: *Blühdorn/Ritter*, Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 139), daß die von Savigny abgelehnte Kodifikationsidee mit der nationalliberalen- demokratischen Bewegung verknüpft war, der Savigny feindlich gegenüberstand.

195 *Geldsetzer* (Einleitung zu: *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Theorie, S. XXV) weist zutreffend darauf hin, daß Dogmatiker politische Interpretationen schon immer deshalb mit Argwohn betrachten, weil der Richter das nach seiner Meinung mit den politischen Zuständen unvereinbare Recht nicht oder mit verändertem Inhalt anwendet, während die dogmatische Interpolationskunst gerade diese stets auftretende Diskrepanz zwischen politisch-sozialen Lagen und veralteten Gesetzen interpretatorisch überspielt.

196 *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 41.

197 *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, S. 159; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 150; *Friedmann*, Recht und sozialer Wandel, S. 29; *Kirchheimer*, Politische Justiz, S. 279; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 96; *Kübler*, Juristenausbildung, S. 15; *Podlech*, Rechtskybernetik, S. 157 (170); *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 431 ff.; *Schroth*, Zum Problem der Wertneutralität, S. 103 (104 ff.: politische Rechtsprechung zu Demonstrationsdelikten).

198 Zuletzt *Redeker*, Legitimation und Grenzen, in: NJW 1972, S. 409 ff., der den „Erkenntnisakt" als Kriterium der Gesetzesanwendung einführen will. Es gibt aber keine Methode, um das Vorliegen eines Erkenntnisakts feststellen und von anderen Akten abgrenzen zu können.

These von der Unmöglichkeit einer exakten Bindung an fachsprachlich formulierte Gesetze widerlegt ist[199].

Wer Recht als Mischung von Gesetzes- und Richterrecht auffaßt, stellt die Rechtsprechung allerdings vor Legalitäts- und Legitimitätsprobleme. Sie muß nämlich dann zu einem gewissen Teil soziale Folgenverantwortung übernehmen, die eine „wertfreie" und „wahrheitsverpflichtete" juristische Dogmatik bislang ausschließlich dem „Gesetzgeber" zuordnen konnte.

Das Legalitätsproblem wurzelt in der rechtsstaatlichen Forderung, juristische Entscheidungen an Gesetze zu binden. Die juristische Methodenlehre kann diese Forderung im strengen Sinn nicht erfüllen, weil ihre Methodik widersprüchliche Ergebnisse nicht ausschließt. Eine strikte Bindung läßt sich derzeit auch nicht mit Hilfe der Linguistik, der mathematischen Logik oder anderen Methoden herstellen. „Bindung" bedeutet unter diesen Umständen in Wirklichkeit nur eine rahmenmäßige Abhängigkeit und nicht eine völlige Determination der Entscheidung. Die juristische Entscheidung ergeht unter Berufung auf einen Normsatz, der zuvor ausgelegt, angepaßt und fortgebildet worden ist. Schneider[200] hat die Situation mit dem Schlagwort „gebundene richterliche Rechtsschöpfung" gekennzeichnet und dadurch das Verhältnis zwischen Rechtsbindung und Rechtsschöpfung treffend charakterisiert.

Eine bewußte Ausfüllung des Interpretationsspielraums bringt es mit sich, daß ein Richter je nach der Art und dem Abstraktionsgrad des Gesetzes eine mehr oder weniger starke rechts- und sozialpolitische Gestaltungsfunktion bei der Rechtsanwendung übernehmen muß. Damit rückt die Streitfrage des „social engineering"[201], des Richters als „Sozialingenieurs" in das Blickfeld,

199 Vgl. vor allem die Referate und Protokolle der Arbeitstagungen einer interdisziplinären Arbeitsgruppe im Deutschen Rechenzentrum Darmstadt vom 1. bis 3. 10. 1970 und vom 24. bis 26. 6. 1971, hrsg. von *Rave/Brinckmann/Grimmer.*

200 Richterrecht, S. 10 Anm. 18. Ähnlich: *Esser,* Grundsatz und Norm, S. 120 und 287; *Esser,* Vorverständnis und Methodenwahl, S. 189 ff.; *Lautmann,* Rolle und Entscheidung, S. 381 (397); *Raisch,* Überlegungen zur Verwendung von Datenverarbeitungsanlagen, in: JZ 1970, S. 433 (440 f.); *Starck,* Gesetzesbegriff, S. 147 ff.

201 Die Bezeichnung geht auf *Roscoe Pound,* The Theory of Judicial Decision, in: Harvard Law Review 1923, S. 940—959, zurück: „In such a conception of judicial decision as part of a larger process of social engeneering, in a sense legislation and judicial decision are put on the same basis" (S. 955). In der Bundesrepublik haben sich vor allem *Viehweg,* Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 83 (95) dafür ausgesprochen („Der Jurist ist insoweit in der Tat instrumental gesonnen und hat Ingenieurinteressen") sowie *Wieacker,* Vom Beruf des Juristen, S. 467 (468): Der gelehrte Jurist ist seit dem späten Mittelalter der Techniker des modernen Staates selbst geworden"; *Wiethölter,* Recht und Politik, in: ZRP 1969, S. 155 (157): Es ist ein System sozialer Technologie unter Wissenschaftsvermittlung erforderlich.

eine Vorstellung, die aus gesetzespositivistischer Sicht dem Prinzip der Rechtssicherheit widerspricht. Der scheinbare Gegensatz beruht auf einer doppelten Unterstellung: Man vergleicht nämlich die bewußt mitgestaltende richterliche Entscheidung mit einer „Kadi-Justiz"[202], ohne die sonst hochgehaltene Verantwortungsethik des Richters zu erwähnen, und verwechselt außerdem „Rechtssicherheit" mit „materialer Gerechtigkeit", obwohl die Rechtssicherheit doch auch unrichtige Entscheidungen deckt[203]. Der Gegensatz verflüchtigt sich für denjenigen, der die dogmatischen Verkürzungen der heutigen juristischen Urteilslehre durchschaut und daraus Konsequenzen zieht. Allerdings führt dieser Schritt dann zum Legitimitätsproblem der Rechtsprechung, denn die Frage, wie der Interpretationsrahmen eines Gesetzes konkret ausgefüllt wird, hängt offensichtlich nicht zuletzt von den subjektiven Motiven, Interessen und Zielen des Richters sowie den gesellschaftlichen Auffassungen ab. Auf diesem Zusammenhang beruht die gegenwärtige Aktualität von Untersuchungen zur Richtersoziologie[204]. Wenn alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), dann spricht vieles dafür, die Rechtsprechung insoweit als „politisch nicht legitimierte Obergewalt"[205] anzusehen und eine Demokratisierung durch Neuorganisation der Richterbestellung[206] oder durch die Pflicht zu Meinungsumfragen bei bestimmten Problemen anzustreben[207]. Vor allem eine Politisierung der Richterwahl wird vielfach diskutiert. Ein schwieriges Problem enthält auch die Frage, ob die Zusammensetzung der Richterschaft ein Spiegelbild der gerade bestehenden gesellschaftlichen Auffassungen sein muß oder ob schon in die Richterwahl Vorstellungen über eine Gesellschaft der Zukunft eingehen dürfen.

202 *Max Weber* (Wirtschaft und Gesellschaft, S. 718) verstand darunter eine Justiz, die keine rationalen Urteilsgründe kennt.

203 Zur Kritik vgl. *Fechner*, Ideologie und Rechtspositivismus, S. 97 (110 f.); *Kaufmann*, Rechtstheorie, S. 93.

204 Nachweise bei *Weiss*, Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit, S. 138.

205 *Wiethölter*, Anforderungen an den Juristen heute, S. 1 (25).

206 *Baur*, Richterwahl und Gewaltenteilung, in: DRiZ 1971, S. 401 (402 f.) fordert einen „gemischten Ausschuß"; *Rasehorn*, Der Richterwahlausschuß, in: RuP 1972, S. 7—12 macht dafür konkrete Vorschläge und schildert die Schwierigkeiten. Weitere Nachweise zum Diskussionsstand bei *Redeker*, Legitimation und und Grenzen, in: NJW 1972, S. 409 (414) und *Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus, S. 224 (234 f.). Vgl. ferner insgesamt: *Uwe Kaiser*, Die Auswahl der Richter in der englischen und amerikanischen Rechtspraxis, Berlin 1969.

207 *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung, S. 45 ff.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 113.

Zur Lösung der ganzen Problematik sind enge Verknüpfungen zwischen Rechtstheorie, Sozialwissenschaften und Politikwissenschaften nötig und möglich. Wenn ein Richter „mit vollkommener Einsicht in die Realität seiner Gesellschaft handeln" soll[208], dann setzt das entgegen der herrschenden Meinung[209] objektiv und subjektiv motivierte Zielvorstellungen, Situationsforschungen und Funktionsanalysen voraus, die nicht durch schlichte Subsumtionen überspielt werden können. Eine Rechtswissenschaft, die sich als juristische Entscheidungswissenschaft versteht, muß die richterlichen Entscheidungen als sozial bedingte und sozial wirkende Handlungen erfassen. Deshalb darf die Gestaltungsfunktion juristischer Entscheidungen nicht verdeckt oder als „Verlegenheitslösung"[210] betrachtet werden. Die Bemühungen müssen vielmehr auf eine Strukturierung dieser Entscheidungen hinzielen. Als zeitangemessenes Hilfsinstrument sollte dafür EDV in Betracht gezogen werden, allerdings nur insoweit, als EDV die skizzierte Entwicklung nicht hemmt, sondern die Bemühungen um mehr Rationalität und Sozialgerechtigkeit fördert.

Es sind bereits verschiedene Vorschläge gemacht worden, wie für Teilprobleme unter Verwendung von EDV juristische Entscheidungen erzielt werden könnten. Die nachfolgende kritische Beurteilung soll Vorzüge und Nachteile dieser Konzeptionen aufzeigen.

208 *Wieacker*, Vom Beruf des Juristen, S. 467 (473); ähnlich *Simitis*, Informationskrise des Rechts, S. 40 und 103.

209 *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung, S. 21, 31; *Engisch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 192 („ohne Eigensinn muß er sich als Diener der herrschenden sozialen, ethischen und kulturellen Anschauungen fühlen, darf nicht Reaktionär und nicht Revolutionär sein wollen") und S. 242 (rechtspolitische Erwägungen sprengen den Rahmen der Auslegung); *Flume*, Richter und Recht, S. 24 ff. (subjektive Urteile des Richters sind nicht Recht; der Richter darf keine Sachziele verfolgen); *Mayer-Maly*, Brauchen wir eine politische Rechtstheorie, in: ZRP 1970, S. 265 (266); *Schneider*, Richterrecht, S. 32 (Es ist dem Richter verwehrt, „über den anhängigen Rechtsstreit hinaus konkrete Sachziele zu verfolgen, politische Alternativen zu formulieren oder im Streit verschiedener Interessen den sozialen Ausgleich anzustreben"; *Zippelius*, Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, in: JZ 1970, S. 241 (244): Richter muß sich nach dem herrschenden Rechtsethos richten; OLG Celle NJW 1970, S. 206 (207): Richter darf keine gesellschaftspolitischen Anliegen unterstützen; BGH NJW 1969, S. 98 (100): Die Auslegung des § 1542 RVO kann nicht deshalb geändert werden, um ihn an § 67 VVG anzugleichen; die schwer abschätzbaren wirtschaftlichen Folgen können nur durch Sachverständige im Gesetzgebungsverfahren geklärt werden.

210 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 238; ähnlich: *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, S. 119 („Rechtsfortbildungsverbot").

IV. Analyse bisheriger Vorschläge zur Anwendung von EDV im juristischen Entscheidungsprozeß

1. Haft/Müller-Krumbhaar

Der Jurist Haft hat zusammen mit dem Diplomphysiker Müller-Krumbhaar das Sequenzbild-Dokumentationsverfahren (SEDOC) ausgearbeitet[211]. SEDOC ist eine Methode zur EDV-unterstützten Erkennung juristischer Fallähnlichkeiten. Die juristische Entscheidung wird von der Entscheidung der Vorfrage abhängig gemacht, welcher der bereits entschiedenen Fälle dem neu zu entscheidenden Fall am ähnlichsten ist. Das Lösungsmuster des ähnlichsten Falls wird sodann als Lösung des neuen Falls übernommen.

Drei Thesen liegen SEDOC zugrunde:

a) Der „ähnlichste" Fall führt zur hilfreichsten Lösung.
b) Es genügt, den jeweiligen Fall durch Kennzeichnung juristisch relevanter „Bilder" zu erfassen.
c) Es genügt, die „Bilder" chronologisch zu gliedern.

Die Thesen machen den Versuch deutlich, das juristische Entscheidungsproblem auf ein Analogieproblem zurückzuführen. Dieses Ziel setzt unter anderem das traditionell juristische Vorverständnis voraus, daß alle Lebenssachverhalte bereits vorreguliert sind und es nur noch darauf ankommt, die „richtigen" Entscheidungen wiederzuentdecken.

Die SEDOC-Methode der Wiederentdeckung verläuft in drei Phasen. In der ersten Phase muß der Entscheider die „soziale Konfliktsituation" „registrieren", ohne aber die Situation zu „deuten".

Schon dieser Schritt enthält eine schwer erfüllbare Forderung, denn bislang gibt es kein zuverlässiges Unterscheidungsverfahren für eine Trennung von Tatsachenwahrnehmung und Tatsachendeutung. Die Autoren meinen

211 SEDOC — ein Verfahrensvorschlag zur Erschließung juristischer Literatur mit Computern, in: JA 1970, S. 566—577. Die Verfasser sprechen meist von „Dokumentationsverfahren", nicht von Entscheidungsverfahren, obwohl ihr Ziel nicht die Dokumentation, sondern die Entscheidungsfindung ist. In bezug auf EDV bestehen allerdings zwischen Dokumentations- und Entscheidungsverfahren keine qualitativen Unterschiede. In einem späteren Aufsatz (Juristisches Informationssystem, in: NJW 1973, S. 85 ff.) rechtfertigen die Verfasser ihren Standpunkt nochmals durch Verweis auf die heutige Rechtssprache, indem sie behaupten: „Eine eindeutige juristische Fachsprache hat es bisher nicht gegeben und wird es auch in Zukunft nicht geben. Daran kann auch der Einsatz der Datenverarbeitung nichts ändern" (S. 87).

allerdings, es ließen sich jeweils kleinste begriffliche Elemente markieren (z. B. „Tier", „Person", „verletzt"), welche operationsfähige juristische Beschreibungen von Lebenssachverhalten (Tatbeständen) ergäben. „Der Tatbestand braucht lediglich auf das Vorhandensein solcher Elemente hin untersucht zu werden"[212]. In Wirklichkeit liegt aber in der Markierung kleinster begrifflicher Elemente nicht lediglich eine Registrierung empirischer Fakten, sondern stets auch schon eine interessengesteuerte, fachspezifische Deutung dieser Fakten. Gerade in wichtigen Fällen geschieht die Auswahl, Zuordnung oder Nichtzuordnung begrifflicher Elemente nicht gleichförmig, was sich leicht durch widersprüchliche Urteile in derselben Sache beweisen läßt. Das außerdem vorgeschlagene Synonymenlexikon zur Kennzeichnung der begrifflichen Elemente vermag nur die prinzipiell gleichwertigen Einordnungen zu harmonisieren und ist deshalb nur von beschränktem Wert.

Als zweite Phase schlagen die Verfasser vor, den empirischen Sachverhalt durch eine hierarchische Begriffspyramide als „juristisch relevantes Bild" zu erfassen, etwa: „Herstellung einer Ware" — „einwandfrei" — „Forschung". Einem Sachverhalt werden also umgangssprachliche Begriffe zugeordnet. Nach welchen Regeln sich Begriffswahl und Begriffszuordnung vollziehen, bleibt unklar. Art und Ausmaß der Begriffsbildung sollen allein von den „praktischen Erfordernissen" abhängen. „Es muß dabei lediglich beachtet werden, daß die Beschreibung nicht zur juristischen Auslegung wird"[213]. SEDOC enthält aber kein Verfahren, um „Beschreibung" und „Auslegung" trennen zu können. Da außerdem die Menge der zuzuordnenden Begriffe unabgeschlossen ist, lassen sich durch hinreichende Differenzierungen beliebig viele Deskriptoren und damit Fallunterschiede produzieren. Deshalb schließt das Verfahren auch nicht aus, daß die begriffliche Erfassung des Sachverhalts bereits im Hinblick auf die spätere juristische Lösung erfolgt.

In der dritten Phase werden die Begriffe in chronologischer Reihenfolge ihres Auftretens zu „Sequenzbildern" verknüpft. Die chronologische Verknüpfung dient dabei nicht nur der Problemdarstellung, sondern auch als Grundlage für das ergänzende Problemlösungsverfahren INTEC.

Schon an dem von Haft/Müller-Krumbhaar gewählten Beispiel für das SEDOC-Verfahren zeigen sich die skizzierten Schwierigkeiten. Die Autoren

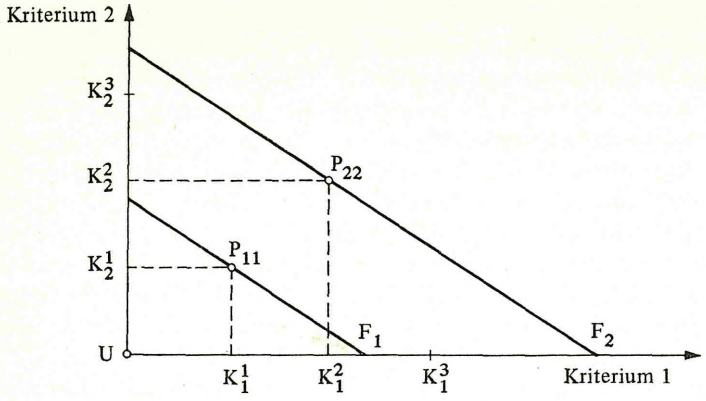
212 JA 1970, S. 566 (568).

213 JA 1970, S. 566 (569). — Als Beweis für die Möglichkeit, empirische Sachverhalte begrifflich zu erfassen, erwähnen die Verfasser das Klassifikationsschema des Deutschen Patentamts, wonach alle Erfindungen in 80 Klassen eingeordnet werden. Dieser Vergleich hinkt deshalb, weil die patentrechtliche Einordnung wohldefinierte, abgeschlossene Beschreibungsklauseln benutzt, während die SEDOC-Kennzeichnung undefiniert-assoziativ erfolgt und dennoch juristisch relevant sein soll.

vergleichen den Hühnerpest-Fall[214] mit dem Eugynon-Fall[215]. Als „Sequenzbilder" und zugleich Oberbegriffe zur Erfassung dieser Sachverhalte dienen acht begriffliche Kategorien (Entwicklung, Erprobung, Herstellung, Anpreisung, Vertrieb, Verwendung, Auswirkung, Klagebegehren), die durch allgemeine und spezielle Unterbegriffe weiter aufgefächert sind. Hinsichtlich der Oberbegriffe stimmen beide Sachverhalte in vier, hinsichtlich der allgemeinen Unterbegriff in zwei Fällen überein, und hinsichtlich der speziellen Unterbegriffe deckt sich nichts. Aus drei Gründen erscheint es sehr kühn, einen solchen Befund zum Ausgangspunkt für eine Entscheidung über die Frage zu nehmen, ob die Ähnlichkeit der Fälle für oder gegen die Übernahme der Vergleichslösung spricht. Erstens sind die Oberbegriffe zu allgemein, die Unterbegriffe zu speziell und die Konstitution der Begriffe zu heuristisch, um das Problem der Produkthaftung generell erfassen zu können; die „Sequenzbilder" passen ebenso auf vertragliche Mängelansprüche, die nach der Rechtsprechung bei der Produkthaftung gerade ausscheiden. Zweitens hängt die Ähnlichkeit von der Wertung ab, ob die Ähnlichkeit für eine identische Falllösung ausreicht, wofür aber inhaltliche Kriterien fehlen, und drittens überspielt das SEDOC-Verfahren das konkrete juristische Einzelfallproblem: Im Eugynon-Fall bestand die Hauptschwierigkeit nicht in der Frage, ob die Grundsätze der Produkthaftung überhaupt eingreifen, sondern in der Frage, ob ein „Schaden" vorliegt. SEDOC deutet aber nicht auf das Einzelfallproblem hin, sondern hilft nur, die Anspruchsgrundlage zu ermitteln. Diese zu finden bietet höchstens bei Grundsatzentscheidungen Schwierigkeiten, für die SEDOC aber gerade nicht gedacht ist[216].

Im Hinblick auf EDV interessanter ist die theoretische Konzeption des Ähnlichkeitsvergleichs. Zwei Fälle gelten immer dann als ähnlich, wenn sie derselben, durch Beurteilungskriterien festgelegten Ähnlichkeitsklasse angehören. In graphischer Darstellung ergeben die n-Beurteilungskriterien einen n-dimensionalen Entscheidungsraum, dessen Ursprung der Bezugsfall bildet. Jeder Testfall läßt sich als bestimmter Punkt im Entscheidungsraum vektoriell darstellen, weil die Komponenten des Vektors diejenigen Ähnlichkeitsklassen sind, die auf den Testfall zutreffen. Das eigentliche Entscheidungsproblem besteht nun darin, eine Beziehung zwischen den verschiedenen Ähnlichkeitsklassen herzustellen. Dies geschieht durch Festlegung von „Hyperflächen gleicher Ähnlichkeit" im Entscheidungsraum, wobei die Ähnlichkeit zunimmt, je näher sich die Hyperfläche zum Ursprung des Entscheidungsraums befindet.

214 BGHZ 51, S. 91.
215 LG Limburg NJW 1969, S. 1574.
216 Das betonen die Verfasser ausdrücklich, vgl. JA 1970, S. 566 (570).



Tab. 5: Beispiel für die Beziehungen zwischen Ähnlichkeitsklassen, Hyperflächen und Testfällen

P_{11} und P_{22} repräsentieren die Testfälle, deren Ähnlichkeit mit dem Bezugsfall U geprüft werden soll. Die Testfälle sind als Punkte im zweidimensionalen, durch die Kriterien 1 und 2 gebildeten Entscheidungsraum dadurch festgelegt, daß auf den Fall P_{11} die Ähnlichkeitsklasse 1 zum Entscheidungskriterium 1 (K_1^1) sowie die Ähnlichkeitsklasse 1 zum Entscheidungskriterium 2 (K_2^1) zutrifft, auf P_{22} die Ähnlichkeitsklasse 2 zum Entscheidungskriterium 1 (K_1^2) sowie die Ähnlichkeitsklasse 2 zum Entscheidungskriterium 2 (K_2^2). Die Hyperfläche F_1 liegt näher zu U als die Hyperfläche F_2, so daß der Testfall P_{11} dem Vergleichsfall U ähnlicher ist als der Testfall P_{22}.

Der juristisch entscheidende Vorgang besteht in der Festlegung der „Hyperflächen", denn ihr Verlauf determiniert das Ergebnis des Ähnlichkeitsvergleichs. Haft/Müller-Krumbhaar stellen hierfür keine Regeln auf, sondern verweisen darauf, daß die Beziehungen zwischen Ähnlichkeitsklassen „von außen her fest vorgegeben werden, da es sich hierbei um eine Wertung handelt"[217]. Welche inhaltlichen Gesichtspunkte für den Wertungsvorgang maßgeblich sind, interessiert im SEDOC-Verfahren nicht. Nach Meinung der Autoren lassen sich allerdings Anhaltspunkte für diese Wertung mit dem Hilfsverfahren INTEC (Interdependenz der Entscheidungskriterien) gewinnen.

INTEC beruht auf einem Vergleich des Vorkommens sowie der Reihenfolge des Vorkommens der Ober- und Unterbegriffe, die einen Fall kennzeichnen. Je mehr Begriffe zur Beschreibung des Bezugsfalls auch in der Beschreibung des Vergleichsfalls vorkommen und je mehr die Reihenfolge

217 JA 1970, S. 566 (573).

der Begriffe übereinstimmt, um so größer ist die daraus entstehende Ähnlichkeitsmaßzahl. Auf diese Weise können Ähnlichkeitsklassen in Abhängigkeit von der Größe der Ähnlichkeitsmaßzahl gebildet werden. INTEC geht damit von drei Voraussetzungen aus: Jeder Lebenssachverhalt läßt sich in juristisch neutralen Begriffen juristisch relevant beschreiben; die Reihenfolge der Beschreibungsbegriffe sagt etwas über den Inhalt des Entscheidungsproblems aus; die Ähnlichkeitsklasseneinteilung ermöglicht eine Bewertung. Alle drei Voraussetzungen erscheinen als Bewertungsgrundlage sehr fragwürdig. Die Möglichkeit der unbefangenen Begriffszuordnung wurde bereits kritisiert, die Reihenfolge der Begriffe steht zumindest nicht immer in Korrelation zum inhaltlichen Entscheidungsproblem, und die Bildung von Ähnlichkeitsklassen aufgrund statistischer Verfahren überspielt den in der Klasseneinteilung liegenden Wertungsvorgang. Die „Hyperflächen gleicher Ähnlichkeit" entstehen, ohne daß man weiß, warum gerade der jeweilige Ähnlichkeitskoeffizient für die inhaltliche Entscheidung des Vergleichsfalls maßgebend sein soll. Außerdem fehlen die Bedingungen für eine Veränderung von Entscheidungskriterien. In erkenntnistheoretischer Hinsicht bleibt das SEDOC-INTEC-Verfahren völlig im Bereich der Objektsprache und klammert die Metasprachebene aus; ein Konstitutionssystem[218] von Definitions- und Formungsregeln für das Aussagesystem fehlt.

In der Konsequenz führt das von Haft/Müller-Krumbhaar vorgeschlagene Verfahren deshalb zu einem geschlossenen Entscheidungssystem, in welchem nur noch zwischen bereits ergangenen Gerichtsentscheidungen interpoliert wird. Es dürfte sich deshalb höchstens als heuristisches, allerdings gegenüber den bisher bekannten Deskriptorverfahren[219] weniger zuverlässiges Textsuchmodell, nicht aber als Modell für EDV-unterstützte juristische Entscheidungen eignen.

2. Knapp

Als einer der ersten Juristen untersuchte Knapp bereits im Jahre 1963 die Möglichkeiten des Einsatzes von „kybernetischen Maschinen"[220] im Recht. In diesem frühen Diskussionsstadium standen verständlicherweise Global-

218 *Bocheński*, Denkmethoden, S. 81.

219 Übersicht in: *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Das juristische Informationssystem, Anhang J, S. 401—443.

220 In den sozialistischen Ländern umfaßt das Wort „Kybernetik" sämtliche Regelungsvorgänge einschließlich der EDV, während in den westlichen Ländern die Bezeichnung „Kybernetik" zunehmend auf Rückkopplungssysteme (Systeme mit feedback) beschränkt wird. Eine repräsentative Zusammenfassung für die sozialistischen Länder bringt *Klaus*, Wörterbuch der Kybernetik, Stichwort „Kybernetik", S. 324—329.

betrachtungen im Vordergrund (z. B. formallogische Untersuchungen der Gesamtrechtsordnung, absolute Grenzen für EDV-Anwendungsmöglichkeiten). Knapp geht aber auch auf methodische Voraussetzungen automatisierter Gerichtsentscheidungen ein.

Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet das Erfordernis, einerseits eine endliche Folge generell festgelegter Operationen definieren zu müssen, andererseits einen sozialen Sachverhalt einigermaßen zutreffend zu erfassen. Knapp hält eine vollständige Modellierung des „dialektischen Rechtsdenkens" für unmöglich, schließt aber Näherungsverfahren nicht aus[221]. Seine Vorstellungen skizziert er mit Hilfe der mathematischen Vektoranalyse[222] am Beispiel der Schadenersatzpflicht nach tschechoslowakischem Recht.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung der Schadenersatzpflicht sind: ein Schaden (a), ein bestimmtes menschliches Verhalten oder schädigendes Ereignis (b), ein Kausalzusammenhang (c) zwischen (a) und (b) und ein Verschulden (d). Da der Parameter (c) praktisch konstant bleibt, läßt ihn Knapp weg und erhält dadurch den Vektor (a b d). Jeder Schadenersatztatbestand läßt sich so als Vektor darstellen, wenn für die Variablen „Werte" eingesetzt werden[223]. „Bezeichnen wir auf diese Weise z. B. den Vermögensschaden mit dem Symbol (a_1), verursacht durch eine Verletzung eines Wirtschaftsvertrages (b_{121}) aus grober Fahrlässigkeit (d_{21}), so erhalten wir den Vektor (a_1 b_{121} d_{21}). Die auf diese Weise erhaltenen Vektoren können wir dann einfach bezeichnen mit (a b d)1 . . . n"[224]. Bis hierhin enthält die Beschreibung von gesetzlichen Schadenersatzmerkmalen als Vektorkomponenten nichts substantiell neues. Es werden lediglich auf syntaktischer Ebene gesetzliche Tatbestandsmerkmale aufgezählt und mathematisch verknüpft.

221 Aspekte automatischer Rechtsfindung, in: Ost-Probleme 1963, S. 394 (397). Dieser Aufsatz ist größtenteils identisch mit *Knapps* Veröffentlichung: Anwendung kybernetischer Methoden, in: ARSP Bd. 49 (1963), S. 45—56. — Ganz ähnlich wie Knapp gehen *Dejew/Galperin/Iwanow*, Kybernetik, in: Staat und Recht 1965, S. 289 ff. vor. Sie untersuchen die Algorithmisierbarkeit der Kündigung eines Arbeitsvertrages nach sowjetischem Recht.

222 „Vektor" im mathematischen Sinne ist eine geordnete Menge von Variablen, deren Funktion eine Rechtsfolge ist, vgl. *Hadley*, Nichtlineare und lineare Programmierung, S. 36 ff.; *Wittig*, Einführung in die Vektorrechnung, S. 1 ff. — Die Vektorrechnung und die damit zusammenhängende Matritzenrechnung hat als analytische Darstellungsform innerhalb der EDV-Literatur große Bedeutung gewonnen.

223 Eine bemerkenswerte Parallele zu dieser mathematischen Formulierung liegt in dem juristischen Versuch von *Wilburg* (Elemente des Schadensrechts, S. 28 ff.), die Schadenshaftung auf mehrere bewegliche Elemente zurückzuführen, „die in verschiedenen Verbindungen und Stärkegraden sich zur Begründung der Ersatzpflicht vereinigen".

224 Ost-Probleme 1963, S. 394 (398).

Juristische Relevanz gewinnt dieses Verfahren erst durch die nachfolgende Deutung, die allerdings eine bedenkliche Vereinfachung darstellt: Der Vektor (a b d)1 . . . n soll nicht nur die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen, sondern zugleich auch einen bestimmten Lebenssachverhalt beschreiben. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht, repräsentiert durch den Vektor (a b d)1 . . .n, werden auf diese Weise zu einer Funktion f des identischen Sachverhaltsvektors (a b d)1 . . . n. Nun besteht aber das juristische Problem gerade darin, die Vektorkomponente (a) oder (b) oder (d) des Lebenssachverhalts derart festzustellen, daß sie mit der Vektorkomponente (a) oder (b) oder (d) des gesetzlichen Tatbestands völlig übereinstimmen. Die Gleichbenennung der Vektorkomponenten von Sachverhalt und Tatbestand hebt über dieses Problem hinweg, weil sie bereits eine Identität voraussetzt, deren Feststellung juristisch gerade die Hauptschwierigkeit ausmacht. Eine Verwendung von EDV ist nach diesem Schema nur dann möglich, wenn die Identität der Komponenten aufgrund eines vorgängigen, nicht genannten anderen Verfahrens[225] bereits feststeht. Entgegen der Meinung von Knapp dürfte deshalb die Schadenersatzpflicht, die „mit einem beliebigen Sachverhalt verbunden ist"[226], aufgrund einer schlichten Vektorzerlegung praktisch nicht automatisierbar sein. Denkbar wären allerdings verallgemeinernde Typisierungen oder vorgeschaltete Angleichungsverfahren, durch welche die Vektorkomponenten von Tatbestand und Sachverhalt ihrerseits weiter aufgeschlüsselt würden. Diese Denkmöglichkeit scheitert bisher aber regelmäßig an ungelösten sprachwissenschaftlichen Problemen, vor allem am Problem der linguistischen „Referenz"-Beziehung[227].

Referenzprobleme tauchen allerdings nur bei nicht-numerischen Fragestellungen auf. Soweit die Lösung einer Rechtsfrage von einer endlichen Zahl quantifizierbarer Faktoren abhängt, kann die Vektoranalyse weiterhelfen. Knapp zeigt das am Beispiel der richterlichen Entscheidung über die Festsetzung des Unterhalts eines minderjährigen Kindes[228]. Die Festsetzung ist ausschließlich eine Funktion f der maßgebenden Faktoren a, b . . . (z. B. Höhe des Einkommens des Unterhaltsverpflichteten, Einkommen des Kindes, Zahl der Unterhaltsberechtigten usw.). Nicht anders als heute bei der Ermittlung der Steuerschuld kann die Maschine den Unterhalt aufgrund der zuvor quantitativ gewichteten Faktoren berechnen. Knapp will ein so ermitteltes

225 In anderem Zusammenhang (Ost-Probleme 1963, S. 394 [397]) erwähnt *Knapp* den Aristotelischen Syllogismus.

226 Ost-Probleme 1963, S. 394 (398 f.). Auf S. 404 schränkt *Knapp* diese Aussage leicht ein.

227 Das Verhältnis der Referenz (reference) ist ein Verhältnis zwischen Wörtern und Dingen, vgl. *Lyons*, Theoretical Linguistics, S. 404.

228 Ost-Probleme 1963, S. 394 (406).

Ergebnis allerdings nur als „Ausgangspunkt für die endgültige Entscheidung", als einen nach den besonderen Umständen des Falles modifizierbaren Vorschlag an den Richter verstanden wissen[229]. Diese Einschränkung ermöglicht zwar, atypische Faktoren und die Wertungsproblematik generalklauselartig nachzuschieben, verhindert aber in gleichem Umfang die automatisierte Entscheidung.

Die Vektordarstellung ist eine brauchbare analytische Methode, um Problemzusammenhänge aufzuzeigen[230]. Als Vorstufe der Programmierung juristischer Entscheidungen reicht sie jedoch in der Form, wie sie Knapp entwickelt, nur dann aus, wenn Wertungen entweder nicht vorkommen oder wenn die Wertungsergebnisse bereits feststehen.

3. Pircher

Ziel der Untersuchung von Pircher[231] ist die Formalisierung des traditionellen juristischen Subsumtionsschlusses auf der Grundlage der Aussagenlogik. Pircher erhofft sich davon die Möglichkeit, juristische Entscheidungen unter Anwendung der Booleschen Algebra mit Hilfe von EDV automatisieren zu können. Diese Hoffnung wird von der tatsächlichen Entwicklung bisher allerdings nicht bestätigt. Einige Gründe dafür lassen sich deutlich an den Schwächen in Pirchers Subsumtionsmodell nachweisen, das vor allem deshalb interessant ist, weil es indirekt ein Indiz für die Unzulänglichkeit darstellt, den Justizsyllogismus allein zum Ausgangspunkt automatisierter Gerichtsentscheidungen zu machen.

Die Anknüpfung an den Justizsyllogismus erfolgt bei Pircher unter drei Annahmen: Er trennt strikt zwischen Sachverhalt und Rechtssatz, obwohl er zugeben muß, daß „normalerweise" beides „eng miteinander verfilzt"[232] ist; die relevanten empirischen Fakten werden nicht erst in Abhängigkeit vom Rechtssatz ermittelt, sondern als bereits bekannt vorausgesetzt; der

229 Ost-Probleme 1963, S. 394 (406); ähnlich *Simitis*, Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, S. 351 (358).

230 In der neuesten Veröffentlichung (*Knapp/Vrecion*, L'applicabilité des méthodes de la cybernétique, in: Revue internationale des sciences sociales. Vol. 22 (1970), S. 501 (502 ff.) weisen Knapp/Vrecion zutreffend auch auf die mögliche methodologische Bedeutung der mathematischen Graphentheorie, der Theorie der Verbände und der Spieltheorie für die Rechtswissenschaft hin, ohne dafür aber Anwendungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

231 *Hans Pircher*, Die Durchführung von juristischen Entscheidungsvorgängen mit Hilfe elektronischer Rechenmaschinen. Ein Modell des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung, Diss. Wien 1967.

232 *Pircher*, Durchführung, S. 3.

anzuwendende Rechtssatz steht bereits fest und enthält keine semantischen Vagheiten. Diese Restriktionen ermöglichen es, den „Entscheidungsvorgang im eigentlichen Sinne"[233] aussagenlogisch zu erfassen, führen aber zu unwirklichen Voraussetzungen, weil die juristische Problematik der juristischen Entscheidung auf formale Verknüpfungen im Endstadium des eigentlichen Entscheidungsprozesses verkürzt wird.

Pircher deutet den Justizsyllogismus mengentheoretisch. Der Obersatz wird aufgefaßt als „Menge aller Elemente mit der charakteristischen Eigenschaft, daß sie den Tatbestand des Rechtssatzes verwirklichen"[234]. Diese etwas gekünstelte Formulierung („verwirklichen") soll die Möglichkeit eröffnen, den Tatbestandselementen Wahrheitswerte zuordnen und ohne weiteres mit Sachverhaltselementen harmonisieren zu können. Regeln dafür, wie sich die Tatbestands- und Sachverhaltselemente gewinnen und abgrenzen lassen, entwickelt Pircher dagegen nicht. Deshalb muß er stillschweigend die gesamte Auslegungsproblematik als gelöst voraussetzen und von bereits feststehenden Sachverhalten ausgehen. Auf diese Weise bleiben alle inhaltlichen Probleme ausgeklammert.

Als Ergebnis entwickelt Pircher eine systematische 4-Phasen-Methode[235] zur Ermittlung von Entscheidungen, die zu einem Rechtssatz in Abhängigkeit von allen möglichen Konstellationen der Ausgangsgrößen denkbar sind. In der ersten Phase werden die Sachverhaltselemente auf einer Liste a_1 erfaßt und sämtliche Aussagen, welche die Tatbestandsmenge eines Rechtssatzes definieren, auf n Listen b_1 festgehalten. Die a_1-Liste enthält das rechtlich relevante Konzentrat des Sachverhalts. Die b_1-Listen erfassen die abgeschlossenen Mengen aller zulässigen Entscheidungskriterien. Eine Liste c_1 enthält die Verknüpfungsvorschriften. Methodische Überlegungen, wie es zur Festlegung der wichtigen Ausgangsgrößen für beide Listen und zu den Verknüpfungsregeln kommt, stellt Pircher nicht an.

Alle weiteren Phasen dienen dem Ziel, a_1- und b_1-Listen so einander anzugleichen, daß für jeden rechtlichen Konfliktsfall schließlich eine einzige Liste als Grundlage für die Programmierung entsteht. In der zweiten Phase werden deshalb die Elemente der a_1-Liste verglichen und Übereinstimmungen

233 *Pircher*, Durchführung, S. 3. — Eigentlich handelt es sich beim syllogistischen Schluß nicht um „Entscheidungen" im Sinne alternativer Wahlmöglichkeiten, sondern um das Ergebnis solcher Entscheidungen.

234 *Pircher*, Durchführung, S. 8. — Eine ähnliche Formulierung wählt *Rödig*, Alternativstruktur des juristischen Kausalitätsbegriffs, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 100 (103): Eine Norm ist dann wahr, „wenn die Bedeutung des Prädikats (z. B. das Sollen) auf die Bedeutung des Subjekts (z. B. des Verhalts V) zutrifft". Hier wird das Wort „Bedeutung" strapaziert, um Übereinstimmungen zu erreichen.

235 *Pircher*, Durchführung, S. 67 ff.

durch positive „Wahrheitswerte" gekennzeichnet. Bei Nichtübereinstimmungen müssen die Aussagen der b_1-Liste durch „ähnliche" Aussagen einer b_2-Liste ersetzt und mit Hilfe einer c_2-Liste verknüpft werden. Auch hierfür stellt Pircher weder Kriterien noch Methoden zur Ermittlung von Kriterien zur Verfügung, welche die Ähnlichkeitsbeziehungen und Verknüpfungen herstellen könnten. Die dritte Phase dient der Vereinigung aller b_2-Listen zu einer b_3-Liste, der Ergänzung der a_2-Liste um m begründende Aussagen zu einer a_3-Liste und der Herstellung der Liste c_3 mit n+m Verknüpfungsvorschriften in der Form einer Wahrheitstabelle. Aufgrund dieser Schritte erfolgt schließlich in der vierten Phase die Programmierung. Deren Ergebnis bildet die konkrete juristische Entscheidung.

Pircher erreicht mit seinem Vorschlag nichts mehr als eine exakte Verarbeitung unsicherer Ausgangsgrößen zu einer formularmäßigen Entscheidung aus dem Begründungsvorrat der a_3-Liste. Eine solche Entscheidung ist aber vor allem deshalb von zweifelhaftem Wert, weil die Abhängigkeit der Listenelemente von den jeweiligen inhaltlichen Zielvorstellungen und dem Verfahren der Sachverhaltsermittlung nicht offengelegt wird, sondern unkontrollierbar und manipulationsfähig bleibt. Um Willkür auszuschalten, hätte Pircher Regeln für das Zustandekommen der Listen und der Ähnlichkeitsbeziehungen aufstellen müssen. Lediglich für den seltenen Fall, daß eine juristische Entscheidung vollständig von eindeutig definierten Faktoren und numerischen Informationen abhängt, entfallen die Bedenken[236]. Es handelt sich dann allerdings mehr um routinemäßige Verwaltungsakte und nicht um die hier interessierenden Entscheidungen bei alternativen Wahlmöglichkeiten.

4. Popp/Schlink

Ebenfalls vom traditionellen juristischen Subsumtionsmodell des „Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Sachverhalt und Norm" (Engisch) ausgehend, versuchen Popp und Schlink mit ihrem Programm JUDITH (Juristischer Dialog)[237], ein allgemein verwendbares Schema für einen Subsumtionsdialog zwischen Computer und Benutzer zu programmieren. Ziel des Dialogs ist dabei die „Erleichterung und Effektivierung des juristischen Arbeitens"[238]. Die Beschreibung der Arbeitsweise von JUDITH führt weit

236 Nur deshalb gelingt *Pircher* (Durchführung, S. 62 und 117—134) die Programmierung des österreichischen Studienbeihilfegesetzes vom 16. Oktober 1963.

237 *Walter Popp / Bernhard Schlink*, JUDITH. Konzept und Simulation eines dialogischen Subsumtionshilfeprogramms mittleren Abstraktionsgrades, in: *Dieter Suhr* (Hrsg.), Computer als juristischer Gesprächspartner, Berlin 1970, S. 1—20 und 127—133.

238 *Popp/Schlink*, JUDITH, S. 19.

in die Probleme der Handhabung der verwendeten Programmiersprache FORTRAN IV und in die interne Datenorganisation hinein. In unserem Zusammenhang interessieren jedoch weniger diese programmtechnischen Einzelheiten als die zugrunde liegenden methodischen Prämissen.

Bei vielen Juristen wird allein schon die Vorstellung, eine Entscheidung von einem Dialog mit einem Computer abhängig machen zu müssen, intuitiv Mißtrauen wecken. Wer die oben[239] beschriebene Arbeitsstruktur eines Computers berücksichtigt, durchschaut jedoch sehr schnell die Bedingungen der Möglichkeit eines solchen Dialogs: Der Computer stellt, beantwortet und verarbeitet nur solche Fragen, für die ihm zuvor Befehle im Rahmen eines algorithmischen Arbeitsprogramms erteilt worden sind. Mißtrauen kann sich daher sinnvollerweise nur auf die Organisation der Programmbefehle für den Dialog beziehen. Die Organisation der Befehle offenbart zugleich die dahinterstehende Methodik jeder Problemlösung.

JUDITH besteht aus einem Haupt- und mehreren Unterprogrammen und ermöglicht dadurch geschachtelte Fragestellungen. Das Hauptprogramm dient dazu, den einschlägigen Problembereich aufzufinden und die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage zu ermitteln. Zu diesem Zweck enthält das Hauptprogramm Befehle, welche das Ausdrücken der Fragen an den Dialogpartner über mögliche Anspruchsgrundlagen veranlassen. Die Menge der Fragen ist dabei mit der Liste derjenigen Fragen identisch, die der Programmierer zum Bestandteil des Programms gemacht hat. Irgend jemand muß sich also vorher bereits überlegt haben, welche Anspruchsgrundlagen für einen bestimmten Problembereich eingreifen könnten. Jede der vorgelegten Fragen kann der Befragte dann nacheinander mit „ja", „nein" oder „problematisch" beantworten; jede Antwortmöglichkeit führt zu unterschiedlichen Konsequenzen. Bei der Antwort „ja" wird ein Unterprogramm aufgerufen, das dem Befragten die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen der bejahten Anspruchsgrundlage präsentiert. Bei der Antwort „nein" geht das Hauptprogramm zur nächsten Anspruchsgrundlage über. Bei der Antwort „problematisch" werden Hilfsfragen gestellt, die letztlich zu einer „ja"- oder „nein"-Antwort zurückführen müssen. Warum der Befragte jeweils so und nicht anders antwortet und wonach sich eine Entscheidung richtet, interessiert JUDITH nicht. JUDITH muß sich demnach auch mit einer „falschen" Antwort zufriedengeben, weil das Programm keine Problematisierung der Antworten ermöglicht.

Hat eine „ja"-Antwort die Anspruchsgrundlage festgelegt und daraufhin das 1. Unterprogramm die Präsentation der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale veranlaßt, dann wiederholt sich auf dieser 1. Unterprogrammebene der beschriebene Dialog. Eine „ja"-Antwort führt zum nächsten Tatbestands-

239 S. 17 ff.

merkmal, eine „nein"-Antwort zum Hauptprogramm zurück und damit zur Prüfung der nächsten Anspruchsgrundlage, eine „problematisch"-Antwort zur 2. Unterprogrammebene, auf der mit Hilfe eines zweiten Unterprogramms durch festgelegte Ergänzungsfragen versucht wird, die für „problematisch" angesehene Ausgangsfrage eindeutig mit „ja" oder „nein" zu beantworten. Eine „ja"-Antwort auf der 2. Unterprogrammebene führt zur 1. Unterprogrammebene zurück, eine „nein"-Antwort führt zum Hauptprogramm, das dann die Befragung zu der jeweiligen Anspruchsgrundlage beendet und mit der Befragung nach der nächsten Anspruchsgrundlage beginnt[240].

Der Ablauf des Dialogs zwischen Computer und Benutzer wird von einem angeschlossenen Schreibgerät in Form von Aussagesätzen protokolliert. Aus der Abfolge im Protokoll ergibt sich nach Meinung der Verfasser zugleich „das Gerüst einer Urteilsbegründung oder eines Gutachtens"[241].

Die Dialog-Simulation hat im programmierten Beispielsfall folgendes Aussehen[242]:

Fragen	*Antworten/Protokoll*
Kommen in Frage ...	
Ansprüche aus Vertrag (1) Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB (2) Dingliche Ansprüche (3) Deliktische Ansprüche (4)	Ja In Frage kommen Ansprüche aus Vertrag
Um welchen der folgenden Vertragstypen handelt es sich ...	
Kauf (1) Schenkung (2) Werkvertrag (3) Dienstvertrag (4) Auftrag (5) Miete (6) Sonstiges (7) Problematisch (0)	Ja Es handelt sich um einen Kaufvertrag.

240 Nach dem derzeitigen Entwicklungsstand des Programms sind allerdings weder „nein"- noch „problematisch"-Antworten vorgesehen (letzteres mit einer Ausnahme) noch sind widersprüchliche Antworten kontrollierbar. Die Verfasser halten allerdings ihr Programm für ausbaufähig. Interessant wäre vor allem der angedeutete Übergang zum Dokumentationsprogramm (*Popp/Schlink*, JUDITH, S. 5).

241 *Popp/Schlink*, JUDITH, S. 1.

242 *Popp/Schlink*, JUDITH, S. 133 (wörtlich übernommener Ausschnitt).

Ist der Vertrag zustandegekommen?	Problematisch
Sind die möglichen Vertragspartner voll geschäftsfähig bzw. beschränkt geschäftsfähig bei vorliegender Genehmigung?	Ja Die möglichen Vertragspartner sind voll geschäftsfähig bzw. beschränkt geschäftsfähig bei vorliegender Genehmigung.
Liegen übereinstimmende Willenserklärungen der möglichen Vertragspartner vor?	Ja Übereinstimmende Willenserklärungen der möglichen Vertragspartner liegen vor.
Sind die Formerfordernisse gewahrt?	Ja Die für den Vertragsabschluß maßgeblichen Formvorschriften wurden beachtet.
Blieb die Wirksamkeit der Willenserklärungen der Beteiligten unbeeinträchtigt von Widerruf oder Anfechtung?	Ja Die Willenserklärungen der Beteiligten wurden weder wirksam angefochten noch wirksam widerrufen.

Gegen das Dialogprogramm JUDITH bestehen in methodischer Hinsicht folgende Bedenken: JUDITH unterstellt ein geschlossenes System von Rechtssätzen, das für jedes auftretende Problem durch rechtsdogmatische Begriffsauffächerung fertige Lösungen bereithält. Diese Lösung wird nur scheinbar erst aufgrund des „Dialogs" gefunden; in Wirklichkeit stehen Menge und Inhalt der Fragen fest, der Benutzer steuert lediglich die Auswahl. Der „Dialog" dient somit nicht der Überzeugungsbildung im kommunikationswissenschaftlichen Sinn, sondern einem formularmäßigen Durchlaufen vorgegebener Fragen, deren Relevanz der Urheber der Problemlösung sich ausgedacht hat. Da sich bei jeder Antwort eine vorausbedachte Konsequenz für den Fortgang des Dialogs und der Fallösung ergibt, ist es fraglich, wie bei Streitfragen „äußerste Objektivität"[243] gewahrt werden kann, obwohl doch eine Meinung durch die Art der Fragestellung bereits vorgezogen

243 *Popp/Schlink*, JUDITH, S. 5.

worden sein muß. Bei hochdogmatisierten Problemen, wie im obigen Musterbeispiel die Prüfung der formalen Voraussetzungen des Abschlusses eines Kaufvertrags, mag über die zu stellenden Fragen und ihre Reihenfolge Einigkeit bestehen.

In den meisten Fällen, vor allem in den wichtigeren, hängt die Endentscheidung jedoch von der Lösung eines Angelpunkts im weiten Vorfeld der Tatbestandsmerkmale ab. Gesichtspunkte und Voraussetzungen der speziellen Problematik kann JUDITH kaum erfassen. Das Programm beruht auf der stillschweigenden Hoffnung, daß der Benutzer diese kritische Stelle selbst herausfindet und nach beliebig langen, unkontrollierbaren Eigenüberlegungen das Ergebnis mitteilt. Im Grund beschränkt sich JUDITH auf ein Erinnerungsgerüst für die Abfolge dogmatischer Fragen im Repetitorstil, ohne den Entscheidungsprozeß für die besondere Fallgestaltung inhaltlich zu unterstützen. JUDITH verhindert, daß die Prüfung von Tatbestandsmerkmalen übersehen wird. Ob dies schon zu einer „Erleichterung und Effektivierung des juristischen Arbeitens" beitragen kann, erscheint zweifelhaft. Auch das Dialogprotokoll bringt wenig Vorteile. Niemand benötigt ein Gutachten oder ein Urteil, das sämtliche abstrakt denkbaren Gesichtspunkte behandelt, sondern jeder Entscheider benötigt Argumente, die für die Lösung des konkreten Problem relevant sind.

Der ursprüngliche Plan von Popp/Schlink, nämlich individuelle Unterprogramme für bestimmte Problembereiche zu entwerfen, hätte wahrscheinlich weniger methodische Bedenken gegen sich gehabt als das allgemeinere, angeblich in allen Rechtsgebieten verwendbare Programm JUDITH.

5. Reisinger

Reisingers „Modell" einer automatisierten Normanwendung (ANA)[244] versucht, den gesamten juristischen Subsumtionsprozeß unmittelbar so zu automatisieren, wie ihn die juristische Methodenlehre beschreibt: Tatbestandsmerkmale auf der einen und Sachverhaltsmerkmale auf der anderen Seite werden nacheinander verglichen und bewertet; „wenn" beide Seiten übereinstimmen, tritt die generelle Rechtsfolge ein, die für zwei Fälle, nämlich bei der Festlegung der Höhe des Strafmaßes oder des Schadenersatzes noch weiter konkretisierbar ist. „Die Anwendbarkeit des Modells in der Praxis", sagt Reisinger, „halten wir daher grundsätzlich für gegeben"[245]. Schon die

244 *Leo Reisinger,* Automatisierte Normanalyse und Normanwendung, Berlin 1972, S. 92—122. — Das Modell weist (unerwähnt) zahlreiche Parallelen zu den Vorschlägen Pirchers (vgl. oben S. 158) auf.

245 S. 122.

Übereinstimmung mit der praktizierten juristischen Methode scheint diese Erwartung zu bestätigen. Zudem erwecken Überangebote an mengentheoretischen Formeln und zahlreiche optimistische Formulierungen im Text[246] teilweise den Eindruck, als ließen sich juristische Entscheidungsprobleme mit neuen Hilfsmitteln nicht nur darstellen, sondern auch einwandfrei lösen. Erst eine nähere Analyse zeigt das Fehlen der meisten Bedingungen der „wenn-dann"-Formulierungen sowie die vorher noch zu überwindenden Schwierigkeiten, so daß sich die potentiell vollautomatische Gerichtsentscheidung schnell auf bekannte kleine Bruchstücke reduziert. Im wesentlichen sind das aussagenlogische Verknüpfungen der Tatbestandsmerkmale eines Rechtssatzes. Darauf bezieht sich auch das einzige praktische Beispiel Reisingers[247]. Selbst diesen aussagenlogischen Verknüpfungen müssen im Normalfall noch „händische Formalisierungen" vorausgehen, wodurch „die bereinigende Interpretation" in die „Aufbereitung des Gesetzestextes" verlegt wird[248]. Linguistische Verfahren, die Reisinger zuvor sehr ausführlich als „Vorbedingung der automatisierten Normanwendung" schildert[249], spielen in seinem Modell keine Rolle mehr.

Von den zahlreichen Einzelheiten, die allerdings teilweise auf zweifelhaften Annahmen beruhen[250], erscheint vor allem die vorgeschlagene mengentheoretische Formulierung für die Entscheidung über das Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen einleuchtend. Reisinger erörtert das Problem zwar hauptsächlich für Fälle, in denen der gesamte Tatbestand als erfüllt gilt, wenn die einzelnen Tatbestandsmerkmale „mehr oder minder" erfüllt sind[251],

246 Die Zuordnung von Sachverhalt und Tatbestand ist „durch die ANA prinzipiell lösbar" (S. 99); „auch wenn die Elemente nicht (oder nicht ausschließlich) logisch verknüpft sind, ist ein Entscheidungsalgorithmus möglich" (S. 99) usw.

247 S. 118 ff. Außerdem skizziert er noch den „Verbrechensbegriff", dessen Tatbestandsvoraussetzungen jedoch gesetzlich nicht geregelt, sondern nur dogmatisch entwickelt sind.

248 S. 101.

249 S. 9—47 und 93.

250 Z. B. werden gesetzliche Tatbestandsmerkmale als Untermengen von Sachverhaltsmerkmalen definiert, was natürlich voraussetzt, daß alle Zuordnungsprobleme bereits gelöst sind (S. 107); eine „Tatbestand-Tatbestand-Matrix" soll als „Methode" „aus kostentechnischen Gründen einer vollständigen Untersuchung der Sachverhalt-Tatbestand-Matrix vorzuziehen sein" (S. 108); „oft" könne nur eine größere oder geringere „Wahrscheinlichkeit" für das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals angenommen werden (S. 107 f.), wobei Reisinger nicht zwischen Hypothesenwahrscheinlichkeit und Ereigniswahrscheinlichkeit trennt.

251 Darunter versteht Reisinger Rechtssätze, die unbestimmte Rechtsbegriffe oder Ermessensbegriffe enthalten (S. 101 f.). Dort soll der Tatbestand als „System" im Sinn der Systemtheorie aufzufassen sein und es auf die „Relationen" zwischen den Tatbestandsmerkmalen ankommen. Wieso in den anderen Fällen

hält aber zutreffend die Darstellung auch dann für brauchbar, wenn es auf die Feststellung nur eines Tatbestandsmerkmals ankommt. Der Tatbestand im erstgenannten Fall gilt als erfüllt, wenn die Summe der Gewichtungen (Bedeutungskoeffizienten) der einzelnen Tatbestandsmerkmale einen „Schwellenwert" erreicht oder überschreitet, der zuvor als Erfüllung bewertet und entsprechend festgelegt worden ist[252].

Der Vorteil dieses Verfahrens gegenüber den heutigen globalen Abwägungen besteht in der Möglichkeit, die Erfüllung eines Tatbestandes zuverlässiger kalkulieren zu können.

6. Suhr/Schramm

Suhr und Schramm haben mit ihrem Programm DISUM (Dialogische Subsumtion) das Konzept für ein Dialog-Subsumtionshilfeprogramm mit höherem Abstraktionsgrad als JUDITH vorgelegt[253]. DISUM ist derzeit das detailliertest beschriebene und zugleich besterprobte Projekt für EDV-Anwendungen bei juristischen Entscheidungsprozessen.

Ziel von DISUM und seinen zahlreichen, in der Programmiersprache FORTRAN abgefaßten Unterprogrammen ist es, einen „Dialog" zwischen dem Juristen und dem Computer zu ermöglichen. Vorerst hat der Dialog die Form eines Simulationsprogramms, da sämtliche Antworten des Dialogpartners als bereits vorliegend fingiert werden. Die Verfasser halten DISUM für einen erfolgversprechenden ersten Ansatz, um zu programmierten dialogischen Denkhilfen für Juristen zu kommen[254]. Im folgenden soll weniger auf Einzelheiten der von Schramm sehr klar dargestellten Programmierung des Konzepts eingegangen werden, als auf die zugrunde liegende methodologische Strategie des dialogischen Entscheidungsverfahrens.

Relationen zwischen Tatbestandsmerkmalen nicht interessieren und nach welchen Regeln sich die zwei Mengen von Rechtssätzen unterscheiden lassen, bleibt allerdings offen.

252 Formalisiert lautet die Bedingung (S. 104).: b*(T) = a1.w(t1) + a2.w(t2) + . . . + qm.w(tm). Verbal: Der bewertete Tatbestand von T(= b*T) ist gleich dem Wahrheitswert t1 des Tatbestandselements a2 (= a1.w[t1]) plus dem Wahrheitswert des Tatbestandselements a2 (= a2.w[t2]) usw. Dabei muß der Wahrheitswert aller Tatbestandselemente (= w[ti]) ein Element aus der Menge 0 oder 1 sein und die Tatbestandselemente a zwischen 0 und 1 liegen. Der bewertete Tatbestand (= b[T]) nimmt den Wert 1 an, falls b*(T) größer oder gleich einem vorgegebenen Schwellenwert b_0^* ist, andernfalls den Wert O.

253 DISUM, Konzept eines dialogischen Subsumtionshilfeprogramms höheren Abstraktionsgrades, in: *Dieter Suhr* (Hrsg.), Computer als juristischer Gesprächspartner, Berlin 1970, S. 21—46 (Suhr), 47—126 (Schramm), 134—178 (Programmabdruck).

254 *Suhr*, DISUM, S. 45.

DISUM funktioniert nach Meinung der Verfasser schon „auf dem derzeitigen Stand juristischer Systematisierungen"[255]. Angesichts der Vagheiten in der juristischen Fachsprache und der Schwierigkeiten ihrer Präzisierung ist es von methodischem Interesse, wie die für jede Programmierung vorauszusetzende Formalisierung ermöglicht wird. Letzteres wollen die Verfasser durch eine formallogisch-syntaktische Verknüpfung von Rechtsbegriffen und durch eine formallogische Auswertung der Antworten des Dialogpartners erreichen. Ein solches Verfahren hat theoretische Implikate und praktische Konsequenzen, die nur teilweise im Konzept deutlich zum Ausdruck kommen.

In theoretischer Hinsicht setzt DISUM ein Rechtsanwendungsmodell mit folgenden Eigenschaften voraus: Erstens Rechtssätze, die ausschließlich konditional aufgebaut sind; zweitens ein hierarchisches, konsistentes Begriffsnetz; drittens eindeutige Referenzbeziehungen für die Rechtsbegriffe; viertens Regeln für die eindeutige Zuordnung von Lebenssachverhalten zu Rechtssätzen. Keine der genannten Bedingungen ist im geltenden Recht voll verwirklicht. Dennoch machen Suhr/Schramm dieses Rechtsanwendungsmodell im Hinblick auf das in Teilbereichen „relativ gut logisch-systematisch aufbereitete" „Begriffsrepertoire" zur Grundlage ihres Subsumtionsprogramms. Suhr führt aus:

„Zwischen einer Rechtsfolge und ihren normativen und tatsächlichen Voraussetzungen bestehen relativ strenge wenn-dann-Beziehungen. Die Voraussetzungen untereinander sind logisch verknüpft, auch wenn diese Verknüpfung in der fachsprachlichen Formulierung nicht immer sogleich ins Auge fällt. Eine ‚unwiderrufene, unangefochtene Willenserklärung' z. B. liegt vor, wenn die drei begrifflichen Variablen sämtlich zugleich ‚vorliegen', d. h. wenn ‚unwiderrufen' vorliegt ‚und' wenn ‚unangefochten' vorliegt ‚und' wenn ‚Willenserklärung' vorliegt"[256].

Ob und wann etwas „vorliegt", entscheidet der Dialogpartner autonom und unkontrollierbar. DISUM interessiert sich jeweils nur für das Ergebnis und nimmt dieses zum Ausgangspunkt der eigentlichen maschinellen Operationen. Grundlage dafür bildet die Aufteilung des Rechtsanwendungsprozesses in eine Such-, Prüf- und Problemebene[257]. Die Suchebene betrifft die Suche nach einer Anspruchsgrundlage, die Prüfebene den Subsumtionsprozeß und die Problemebene alles übrige. DISUM greift erst ein, wenn Lebenssach-

255 *Suhr*, DISUM, S. 40. Kritisch dazu *Zielinski*, Rechtsinformatik, in: JuS 1971, S. 215 (218), der die Notwendigkeit der Vor-Organisation des juristischen Materials betont. *Horn*, Aspekte der Informationsgewinnung, in: NJW 1971, S. 1588 (1593) übt mehr Kritik aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht.

256 DISUM, S. 30.

257 *Suhr*, DISUM, S. 27 f. — Kritisch dazu *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 70 Anm. 45.

verhalt[258] und Anspruchsgrundlage feststehen; das Konzept beschränkt sich also auf die „Prüfebene".

Die Operationalisierung der Subsumtionsphase geschieht in mehreren Abschnitten. Zunächst präsentiert DISUM dem Dialogpartner auf einem Bildschirm nacheinander die Rechtsbegriffe der festgestellten Anspruchsgrundlage und die zur Spezifizierung der Rechtsbegriffe herangezogenen, teilweise zuvor umformulierten Unterbegriffe („Text-Apparat") sowie die zwischen ihnen bestehenden logischen Beziehungen („Logischer Apparat"). Im simulierten Musterbeispiel hat das folgendes Aussehen[259]:

Präsentation Nr. 1

1 Erfüllung, Kaufvertrag

(	01	Abgabe eines Angebotes
UND	02	und Annahme des Angebotes
UND	03	über einen Kauf
UND NICHT	04	Objektive Unmöglichkeit der Leistung
UND NICHT	05)	Einwendungen gegen den Anspruch

Präsentation Nr. 2

2 Abgabe eines Angebots, Kaufvertrag

(	01	Abgabe
UND	02	einer unwiderrufenen
UND	03	unangefochtenen
UND	04	Willenserklärung
UND		
((	05	im eigenen Namen
UND	06)	mit Geschäftsfähigkeit
ODER		
(	07	in fremdem Namen
UND	08))	mit Vollmacht
UND	09)	Attrappe

Der „logische Apparat" (im Musterbeispiel auf der linken Seite) besteht aus den logischen Operationen UND/ UND NICHT/ ODER, die als Grundlage für die maschinelle Verarbeitung dienen, der „Text-Apparat" (im Musterbeispiel auf der rechten Seite) enthält die Fragen an den Dialogpartner, die er nacheinander mit JA, NEIN oder GENAU mit Hilfe eines Licht-

258 Die Verfasser bezeichnen ihn als „juristisches Material", vgl. *Suhr*, DISUM, S. 39 f., 77.

259 *Schramm*, DISUM, S. 163.

griffels am Bildschirmgerät beantworten muß. Die Antwort GENAU entspricht der Antwort PROBLEMATISCH im JUDITH-Programm und führt wie dort zu einer Aufschlüsselung des entsprechenden Rechtsbegriffs. Die Aufschlüsselung wird ebenfalls präsentiert und soll im Ergebnis ein JA oder ein NEIN hinsichtlich der geprüften Anspruchsvoraussetzung ermöglichen. Dieses Präsentations- und Aufschlüsselungsverfahren setzt natürlich Begriffspyramiden voraus, die nur ganz selten bestehen und noch seltener so deutlich abzugrenzen sind wie im Beispielsfall.

Erst anschließend beginnt der Hauptteil der von DISUM bezweckten automatischen Datenverarbeitung. Das Unterprogramm LOGBAU baut einen logischen Satz auf, der nur aus den obengenannten logischen Operatoren des „logischen Apparates" besteht, und wandelt die Antworten des Dialogpartners in Wahrheitswerte um (WAHR für JA, FALSCH für NEIN). Ein weiteres, ebenfalls von den Verfassern entwickeltes Unterprogramm LOGGI führt den logischen Satz dann auf einen einzigen Wahrheitswert zurück. Wären beispielsweise die Antworten der Präsentation Nr. 1 nacheinander NEIN-JA-JA-NEIN-NEIN gewesen, dann entstünde entsprechend dem dortigen logischen Text 01 bis 05 der logische Satz: NEIN-UND-JA-UND-JA-UND-NICHT NEIN-UND-NICHT NEIN, den das Unterprogramm LOGBAU in den Wahrheitswerte-Satz: FALSCH-UND-WAHR-UND-WAHR-UND-NICHT FALSCH-UND-NICHT FALSCH umwandelt und den dann das Unterprogramm LOGGI wie folgt auf einen einzigen Wahrheitswert „wahr" (w) oder „falsch" (f) reduziert[260]:

(	f	UND	w	UND	w	UND	NICHT	f	UND	NICHT	f	)
(	f	UND	w	UND	w	UND	—	w	UND	NICHT	f	)
(	f	UND	w	UND	w	UND	—	w	UND	—	w	)
(	f	—	—	UND	w	UND	—	w	UND	—	w	)
(	f	—	—	—	—	UND	—	w	UND	—	w	)
(	f	—	—	—	—	—	—	—	UND	—	w	)
(	f	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	)
—	f	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—

— LOGGI meldet den Wert „falsch" zurück —

Der von LOGGI für den ganzen logischen Satz ermittelte Wahrheitswert FALSCH ist so zu deuten, daß die vom Computer in der Präsentation Nr. 1 abgefragten Anspruchsvoraussetzungen nicht alle vorliegen, wobei offenbleibt, welche spezielle Voraussetzung den Subsumtionsversuch ausgeschlossen hat.

260 DISUM, S. 166.

Das erzielte Ergebnis ist trivial, was Suhr allerdings zumindest für geschachtelte logische Sätze, die durch Auffächerung von Rechtsbegriffen entstehen, nicht anzunehmen scheint[261].

Eine Kritik des DISUM-Konzepts darf die Selbstkritik der Verfasser nicht unerwähnt lassen. Für Suhr und Schramm ist DISUM „ein mit zahlreichen Schwächen behafteter, grobschlächtiger Anfang"[262]. Da die Verfasser andererseits jedoch fest mit aussichtsreichen Programmverfeinerungen rechnen, vermag ihre Selbstkritik eine kritische Analyse des erstaunlich wenig reflektierten methodischen Grundkonzepts nicht zu verhindern.

Das methodische Grundkonzept beruht auf einem Modell der juristischen Entscheidungstätigkeit, das von der Dogmatik und dem Systemdenken der Larenz-Schule geprägt ist und das kritische Einwände kaum kennt. Diese These läßt sich an vielen Stellen belegen. Der Angelpunkt steckt in der Einschätzung der Tragweite der Juristensprache und der Rechtsbegriffe. Suhr/Schramm gehen von der eindeutigen Definiertheit und Determiniertheit aller Rechtsbegriffe, der prinzipiell universellen Verwendbarkeit, der Verknüpfungsmöglichkeit zu Begriffsnetzen und der hierarchischen Gliederung aus, obwohl zumindest Suhr die Juristensprache als Fachsprache und nicht als exakte Wissenschaftssprache auffaßt, ja sogar Parallelen zur „Alltagssprache" zieht[263]. Dennoch weist er den Vorwurf, er treibe Begriffsjurisprudenz, entschieden zurück, weil niemand ohne Begriffe argumentierten und etwas systematisieren könne. Das stimmt zwar, nur hängt die Überzeugungskraft der Argumentation und der Systematisierung nicht von den verwendeten Begriffen, sondern von den begriffsverbundenen Inhalten ab. Dieses Problem klammert Suhr dadurch aus, daß er Rechtsbegriffe überwiegend kontext-, interesse-, zweck- und wertfrei auffaßt.

Ähnlich angreifbar erscheint die verkürzende Darstellung der semantischen Referenzbeziehung, die zwischen einem Normsatzbegriff und der Wirklichkeit besteht. „Realität muß zur Bewußtwerdung immer auf den Begriff gebracht werden", sagt Schramm[264]. Die vorher zu lösende Frage ist aber, welche Realität auf welchen Begriff gebracht wird. Bei DISUM bleibt die dazu notwendige Denkarbeit des Dialogpartners verborgen; Rechtsbegriffe dienen hier lediglich als „Aufhänger" der aussagenlogischen Verknüpfungen, obwohl nicht die logischen Verknüpfungen, sondern die Referenzbeziehungen

261 *Suhr*, DISUM, S. 28 und 34. — Soweit gerade in der logischen Verknüpfung inhaltliche Probleme liegen (z. B. die Frage, ob eine intensive oder extensive Implikation vorliegt, dazu *Klug*, Juristische Logik, S. 26 ff.), muß diese Frage bereits vor Beginn des Dialogs gelöst sein.

262 *Schramm*, DISUM, S. 87.

263 *Suhr*, Begriffsnetze, S. 15.

264 DISUM, S. 94.

die eigentlichen Schwierigkeiten enthalten. In formaler Hinsicht werden Verzahnungsprobleme von Normsatz und Wirklichkeit dadurch umgangen, daß die Antworten JA/NEIN bezüglich des Sachverhalts zugleich in die Wahrheitswerte WAHR/FALSCH bezüglich der Rechtssatzvoraussetzungen umgedeutet werden. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens ist unter Normlogikern umstritten[265].

DISUM setzt ferner ein statisches Begriffssystem voraus, das analytisch aufgeschlüsselt werden muß[266]. Recht wird dadurch zu einem geschlossenen Begriffsnetz, Rechtsanwendung zur „Netzpflege" denaturiert. Suhr hat seine Begriffsvorstellungen in einer späteren Arbeit präzisiert[267], ohne allerdings die hier angeschnittenen deskriptiv-semantischen Fragen einzubeziehen. Deshalb trifft nach wie vor die selbstkritische Aussage zu, daß DISUM mit den Daten „steht und fällt"[268]. Von einem auf praktische Verwendung zielenden Programm müßte man aber auch Anstrengungen verlangen, um die Abhängigkeit von Datenkonstellationen besser steuern zu können. Die Verfasser deuten insoweit auch interessante Fortentwicklungsmöglichkeiten ihres Konzepts für die Such- und Problemebene an, die einen Teil der Kritik entschärfen könnten[269].

Nach dem derzeitigen Entwicklungsstand erscheint die entscheidungstheoretische und praktische Bedeutung von DISUM wegen der methodischen Vorurteile und Selbstbeschränkungen gering, was allerdings die geleistete, sehr beachtliche programmierungstechnische Pionierarbeit keineswegs schmälert.

265 Nachweise bei *Wagner/Haag*, Die moderne Logik, S. 78. Der Grund: „wahr" oder „falsch" kann nicht der Normsatz, sondern wohl nur die Behauptung über den Inhalt eines Normsatzes, bezogen auf eine bestimmte Anwendungstheorie sein; a. A. *Rödig*, Alternativstruktur des juristischen Kausalitätsbegriffs, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 100 (103) und in: *Rave/Brinckmann/Grimmer* (Hrsg.), Logische Struktur von Normensystemen, S. 66 (Diskussionsbeitrag).

266 So ausdrücklich: *Suhr*, DISUM, S. 45.

267 *Suhr*, Begriffsnetze, Invarianten, Routinen der Kritik, Berlin 1971. Suhr propagiert darin Buchstabennetze, die das begriffsgebundene Kombinieren, Assoziieren und Wahrnehmen unterstützen sollen, also eine „programmierte ars combinatoria" (S. 15). Das Buchstabennetz kann aufgrund von Rekursivitäten die Buchstabenfolgen offenlegen und statistische Häufigkeitsverteilungen im Netz nachweisen. Man erkennt dann mit Hilfe des Computers bestimmte Zusammenhänge.

268 *Schramm*, DISUM, S. 109 und 119.

269 Beispielsweise Unterprogramme zur Dokumentation, Konfliktsanalyse, Assoziation, vgl. DISUM, S. 43, 88 f., 94 ff. Allerdings teilte Suhr inzwischen mit, daß an dem Projekt DISUM „so gut wie gar nicht weitergearbeitet worden ist" (*Suhr*, Begriffsnetze, S. 4).

4. Teil

Grundzüge eines auf Computerunterstützung hinzielenden Entscheidungsmodells

Die bisherige Analyse der juristischen Entscheidungstechnik hat unter dem EDV-Aspekt die Schwierigkeiten aufzuzeigen versucht, die einer EDV-Verwendung im Rahmen juristischer Entscheidungsprozesse entgegenstehen. Mit den juristischen „Methoden" läßt sich vor allem keine formale Rationalität und eindeutige Kontrollierbarkeit des Entscheidungsverfahrens erreichen. Dieselben Bedenken bestehen gegenüber den dargestellten automatisierbaren Subsumtionshilfe- und Dialogverfahren, weil diese stillschweigend die juristischen Methoden integrieren. Wer nach einem zuverlässigeren Entscheidungsverfahren sucht, das Wertungsprobleme als Wertungsprobleme kennzeichnet, Problemlösungen durchsichtig macht und die intersubjektive Verständigung erleichtert, muß methodische Prozeduren aufzeigen, mit deren Hilfe ein Entscheidungsproblem strukturiert und in allgemeinere Komponenten zerlegt werden kann. Da die bisherige Rechtshermeneutik keine entscheidbaren Alternativen entwickelt, sondern immer neue Aspekte hinzugewinnt und die Rechtsprobleme meist innerhalb der psychologischen Kategorie des „Verstehens"[1] löst, muß als Voraussetzung für EDV zumindest ergänzend ein Verfahren eingreifen, das Alternativen isolieren, begründen und insgesamt oder teilweise durch eine Abfolge definierter Schritte entscheidbar machen kann. Eine solche Problemstrukturierung bildet nicht nur eine notwendige Vorstufe für einen Algorithmus, sondern fördert auch die Eingrenzung von Teilproblembereichen, in denen der Einsatz von EDV als Instrument der Informationsbeschaffung oder der Alternativenentwicklung sinnvoll erscheint.

Nachfolgend ist deshalb die Frage zu untersuchen, inwieweit das Instrumentarium der ökonomischen Entscheidungstheorie Strukturkomponenten enthält, die auch bei der Lösung juristischer Probleme relevant sind.

1 *Gil-Cremades,* Rechtstheorie und Rechtspraxis, in: ARSP Bd. 56 (1970), S. 1 (33 f.); *Kriele,* Theorie der Rechtsgewinnung, S. 196; *Krüger,* Über das Verhältnis, S. 3 (20 f.).

I. Die ökonomische Entscheidungstheorie als Modell für die Strukturierung juristischer Entscheidungen

Die Bezeichnung „Entscheidungstheorie" umfaßt in der Ökonomie mehrere Entscheidungstypen mit unterschiedlichen Bedingungen für Rationalität. Allen Varianten ist gemeinsam, daß sie keine fertigen Lösungen anbieten, sondern als Hilfsmittel für die Strukturierung eines künftigen Entscheidungsprozesses dienen können. Die Erwartungen im Falle der Übertragbarkeit eines Entscheidungstyps auf bestimmte juristische Problembereiche dürfen sich daher von vornherein nur auf die formale Strukturierung juristischer Entscheidungen beziehen. Im Hinblick auf EDV liegt aber gerade darin ein Vorteil, denn für die Beurteilung der Möglichkeit des EDV-Einsatzes interessieren die formalen Zusammenhänge der Informationsverarbeitung mehr als der Inhalt einer konkreten Entscheidung. Die Entscheidungstheorie ist deshalb im Kern eine EDV-freundliche Theorie der Entscheidungshilfen; man gewinnt Informationen über die Lösung eines Problems, ohne das Problem selbst zu lösen.

1. Klassische und moderne Entscheidungstheorien

Die verschiedenen Typen der ökonomischen Entscheidungstheorie lassen sich zeitlich in „klassische" und „moderne", inhaltlich in „normative" (präskriptive) und „deskriptive" (empirische, sozialpsychologische) Theorien einteilen.

Kennzeichen der klassischen Entscheidungstheorien ist die Modellvorstellung vom „homo oeconomicus", eines Wirtschaftssubjekts, das rational und in Kenntnis der Alternativen sowie mit vollkommener Information seine Wahl trifft[2]. Hinter dieser optimistischen Idealvorstellung verbirgt sich die klassische Wirtschaftstheorie mit ihren Gleichgewichts-, Marginal- und Gewinnmaximierungskonzepten, die insbesondere seit Morgenstern[3] als widerlegt gelten müssen. Demgegenüber treten in der modernen Entscheidungstheorie an die Stelle sicherer Informationen, Alternativen und Konsequenzen lediglich Annahmen und statistische Wahrscheinlichkeiten. Die moderne Entscheidungstheorie in der heutigen Gestalt hat sich aus der Theorie der strategischen Spiele (Spieltheorie) entwickelt. Diese wiederum geht auf die statistischen Entscheidungstheorien von Bayes, Savage und Ramsey zurück, deren gemeinsames Kennzeichen die Berücksichtigung der subjektiven Wahrschein-

2 *Heinen*, Problembezogenheit von Entscheidungsmodellen, in: WiSt 1972, S. 3 (4).
3 Dazu: *Menges*, Grundmodelle wirtschaftlicher Entscheidungen, S. 248.

lichkeiten und des subjektiven Nutzens im Rahmen einer Theorie konsistenter Präferenzen darstellt[4].

2. Normative Entscheidungstheorien

Eine scharfe Trennung zwischen den modernen normativen und deskriptiven Entscheidungstheorien besteht nicht; die normative Theorie läßt sich auch als Mittel der Analyse, die deskriptive auch als Mittel der Normierung einsetzen: Man kann nämlich aus der Erklärung des faktischen Entscheidungsverhaltens Anhaltspunkte für rationales Handeln gewinnen und umgekehrt bei den Ratschlägen für rationales Handeln faktisches Verhalten berücksichtigen. Gleichwohl haben beide Entscheidungstypen unterschiedliche Schwerpunkte.

a) Moderne normative Entscheidungstheorie

Schwerpunkt der normativen Entscheidungstheorie ist die Aufgliederung von Handlungsalternativen in eine Menge von Konsequenzen mit unterschiedlichen Wahrscheinlichkeiten und Präferenzen. Die Entscheidungsprozesse werden in Phasen zerlegt (Problemstellung, Ziele, Alternativensammlung, Informationssammlung, Alternativenauswahl, Alternativenausführung, Lernprozesse), um die wechselseitige Abhängigkeit der Entscheidungen von Informationen und Nebenbedingungen untersuchen zu können. Auf diese Weise erzeugt die Entscheidungstheorie geradezu ein „Bedürfnis nach Daten"[5].

Als generelle Handlungsorientierung für die Entscheidungsfindung dient die Frage, wie sich ein erwünschtes Ziel optimal erreichen läßt. Der Entscheider versucht, sich die Konsequenzen der möglichen Handlungsalternativen zu vergegenwärtigen, um dann die Alternative mit der günstigsten Folge auszuwählen[6]. Dadurch strukturiert die normative Entscheidungstheorie einen Annäherungsprozeß für eine zielgerichtete Entscheidung unter expliziten Bedingungen und normiert zugleich das Entscheidungsverhalten. Mit diesem Vorgehen wird nicht behauptet, daß die getroffene Entscheidung dann die „richtige" oder die „wahre" darstellt, sondern lediglich, daß sie zu der unter den angegebenen Bedingungen optimalen Entscheidung führt. Die

4 *Anscombe*, Remarks on Bayesian Statistics, S. 155 (160 f.); *Borch*, Wirtschaftliches Verhalten, S. 171; *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 117 ff. (mit Nachweisen).

5 *Deutsch*, Politische Kybernetik, S. 19.

6 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 23.

Bedingungen selbst sind variabel und können abgeändert werden. Trotz des normativen Aspekts ist es also prinzipiell möglich, ein zielgerichtetes und dennoch anpassungsfähiges Beschreibungsschema für das Treffen von Entscheidungen zu entwickeln. Allerdings steigt der normative Gehalt mit der Anzahl der Bedingungen, die als feststehend vorausgesetzt werden, was in der Tendenz zu der Gefahr führen kann, möglichst viele Bedingungen als unproblematisch zu unterstellen.

b) Spieltheorie

Eine mathematisch hochentwickelte besondere Erscheinungsform der normativen Entscheidungstheorie bildet die „Spieltheorie" in der Fassung, in die sie v. Neumann und Morgenstern[7] gebracht haben. Die Spieltheorie[8] repräsentiert aufgrund ihres axiomatischen Aufbaus eine programmierbare Methode zum Treffen von Entscheidungen in solchen Konfliktsituationen, in denen Entscheidungssubjekte mit verschiedenen Zielen taktieren müssen. Die Beteiligten handeln rational[9] und verfolgen jeder für sich eine Strategie, über die der Gegenspieler keine volle Kenntnis besitzt. Alle Regeln des Spiels sind den Spielern dagegen bekannt und werden von ihnen auch beachtet. Der

7 *John von Neumann/Oskar Morgenstern,* Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten, 2. A. Würzburg 1967; *Morgenstern,* Theorie der Spiele, S. 437—464 (knappe Zusammenfassung der Grundgedanken). — Sekundärliteratur: *Borch,* Wirtschaftliches Verhalten bei Unsicherheit, S. 232 ff.; *Krelle,* Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 117 ff.; 206 f., 266 ff., 326 ff., 344 ff.; *Lange,* Optimale Entscheidungen, S. 321 ff.; *Luce/Raiffa,* Games and Decisions, S. 2 ff.; *Shubik,* Spieltheorie, S. 18 ff. (Die Darstellungen bei Shubik und Lange sind auch für Nichtmathematiker leicht verständlich.)

8 Der Name „Spieltheorie" leitet sich von den Theorien über Gesellschafts- und Glücksspiele ab, die ihrerseits mit der mathematischen Wahrscheinlichkeitsrechnung zusammenhängen; *v. Neumann/Morgenstern* definieren „Spiel" einfach als „Gesamtheit aller Regeln, die es beschreiben" (Spieltheorie, S. 48). Der Name ist nicht glücklich gewählt, weil Assoziationen zur älteren sozialwissenschaftlichen Bedeutung (z. B. „Sprachspiel") ebensowenig zutreffen wie die Beschränkung auf den Objektbereich „Gesellschaftsspiele".

9 „Rational" handelt ein Individuum, „wenn es versucht, die jeweiligen Maxima zu erreichen" (*v. Neumann/Morgenstern,* Spieltheorie, S. 9). Dieses „jeweilige" Maximum ist abhängig von der Strategie, also einem vollständig planvollen Wahlverhalten in allen nur möglichen Spielsituationen (*v. Neumann/Morgenstern,* Spieltheorie, S. 79) und braucht nicht das absolut beste Ergebnis zu sein, sondern kann bei einer pessimistischen Strategie beispielsweise das beste der schlechtestmöglichen Ergebnisse (sogenanntes „Maximin"-Prinzip) sein.

Spielausgang, der anhand der „Auszahlungen"[10] an die Spieler meßbar ist, hängt von den befolgten Strategien ab.

Es gibt nun verschiedene Arten solcher strategischer „Spiele". Die Grundform bildet ein Spiel, bei dem die Gesamthöhe der Auszahlungen „null" beträgt, also ein Spieler dasjenige gewinnt, was ein anderer Spieler verliert („Nullsummenspiel"). Dann liegt ein reines Verteilungsproblem vor, das sich durch Matritzenrechnungen lösen läßt[11]. Es gibt aber auch Spiele mit konstanter Summe („Konstantsummenspiele") sowie „Nichtsummenspiele" oder „Spiele gegen die Natur". Letzteres ist dann der Fall, wenn ein Spieler gegen völlig unbekannte Zufälle spielt[12]. Hierbei wird die „Natur" als fiktiver Gegenspieler betrachtet, „als formales Hilfsmittel für einen formalen Zweck"[13]. Der formale Zweck besteht lediglich darin, den Anwendungsbereich der Theorie der Nullsummenspiele erweitern zu können.

Die komplizierten mathematischen Zusammenhänge und Analysemethoden der Spieltheorie, insbesondere diejenigen bei Spielerkoalitionen und bei Strategiewechsel, können hier nicht dargestellt werden. Vielmehr sollen nur einige der verbal beschriebenen Grundannahmen der Spieltheorie daraufhin untersucht werden, ob sie sich für ein methodisches Modell juristischer Entscheidungen im Hinblick auf EDV eignen.

Auffällig ist zunächst die numerische Bewertung der Güte einer Strategie. Die Spieltheorie unterstellt die Möglichkeit des Spielers, eine kardinale Nutzenmessung vornehmen zu können, oder genauer: sie geht davon aus,

10 Die Bezeichnung „Auszahlung" deckt sich im wesentlichen mit „Gewinn", „Geld" oder „Nutzen", vgl. *v. Neumann/Morgenstern*, S. 47.

11 Beispiel für ein vereinfachtes 2-Personen-Nullsummenspiel:

		Strategie der Guerillas	
		1	2
Strategie der Polizei	1	—5/+5	—7/+7
	2	+8/—8	+1/—1

Wählen beispielsweise die Polizisten ihre Strategie 1 (z. B. offener Kampf) und die Guerillas ihre Strategie 2, dann beträgt „die Auszahlung" (was immer das sein mag, z. B. Prügel) an die Polizei —7 (das Ergebnis ist für sie also relativ schlecht) und die Auszahlung an die Guerillas beträgt +7 (das Ergebnis ist für sie also relativ gut). Je nachdem, ob die Polizei (oder die Guerillas) eine vorsichtige Strategie anwenden, die ihnen jeweils bestimmte Mindestauszahlungen bringen werden, oder eine riskante Strategie, die eine optimale Auszahlung bringen kann, aber nicht muß, ergeben sich verschiedene Kombinationsmöglichkeiten und strategische Überlegungen, die — wie das Beispiel auch — bei *Shubik*, Spieltheorie und Sozialwissenschaften, S. 25 ff., ausführlich dargestellt sind.

12 Die Bezeichnung „Natur" dient insofern als Personifizierung zufälliger Strategien (z. B. Roulette, Erdbeben, Sturmflut).

13 *v. Neumann/Morgenstern*, Spieltheorie, S. 526.

daß eine zahlenmäßige Gewichtung der Strategie möglich ist und bereits stattgefunden hat, bevor das mathematische Kalkül einsetzt. Die Zahlen einer Matrix repräsentieren sowohl die Präferenzordnung der Ergebnisse als auch den mathematischen Erwartungswert des Nutzens einer Strategie.

Wie ein Spieler zu diesen vollkommenen Informationen über die Auszahlungen kommt, interessiert die Spieltheorie nicht; solche Informationen werden vielmehr unterstellt. Ebensowenig gibt es „unsichere" Auszahlungen. Ein Zustand der Unvollkommenheit der Informationen kann sich in der Spieltheorie nur auf vorhergehende Zufallszüge von Spielern beziehen. Verschiedentlich ist versucht worden, die Auszahlungen als Ergebnis einer vorgängigen Wahrscheinlichkeitsverteilung zu deuten[14]. Einen Zusammenhang mit der Wahrscheinlichkeitsrechnung lehnen aber v. Neumann/Morgenstern ausdrücklich ab[15], und man sollte ihn deshalb auch nicht in die Spieltheorie hineininterpretieren.

Die Spieltheorie behandelt strategische Entscheidungen, aber nicht die Elemente der ausgewählten Strategie oder Zusammenhänge zwischen den Elementen. In den Annahmen der Spieltheorie wird also bereits die Kenntnis unterstellt, welche Informationen ein Spieler zu einem bestimmten Zeitpunkt hat. Alle Probleme der Informationsbeschaffung und der Informationsverarbeitung gelten bereits als gelöst[16].

Außerdem liefert die Spieltheorie zwar unter angebbaren Bedingungen ein mathematisches Modell für die Auswahl einer Strategie, die bestimmte Eigenschaften aufweist; sie liefert aber kein praktisch anwendbares Verfahren, um eine „gute" Strategie herauszufinden. Insoweit muß die Spieltheorie auf heuristische Techniken verweisen[17]. Es bleibt also offen, wovon das Präferenzsystem eines Spielers abhängt und wie sich die Vorstellungen anderer „Spieler" in ein soziales System integrieren lassen. Für rechtsstaatlich-juristische Entscheidungen ist dies ein wichtiges Bedenken, denn ein Richter kann gerade nicht willkürlich entscheiden, sondern ist an Gesetze gebunden, die ihm zwar selten eine Präferenzordnung, aber immer einen Präferenzrahmen vorgeben.

Um die Spieltheorie als Methode für juristische Entscheidungen anwenden zu können, müßten juristische Entscheidungen als besondere Art strategischer Entscheidungen aufgefaßt werden. Definiert man juristische Entscheidungen, wie in der vorliegenden Vorstudie, als rechtssatzabhängige informationelle Entscheidungen, dann bleibt für strategische Entscheidungen im Sinne der

14 *Kirsch,* Entscheidungsprozesse Bd. I, S. 35 f.; *Krelle,* Präferenz- und Entscheidungstheorie, Vorwort S. VI f.; *Raiffa,* Decision Analysis, S. 288 ff.

15 Spieltheorie, S. 87.

16 Ebenso *Gäfgen,* Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 128 Anm. 8.

17 So *v. Neumann/Morgenstern,* Spieltheorie, S. 127.

Spieltheorie kaum Platz. Ein Gerichtsverfahren läßt sich allenfalls aus der Perspektive der Parteien oder der Anwälte als strategisches Spiel auffassen, nicht aber aus der Sicht des Richters. Selbst wer große Möglichkeiten für eine planerisch-gestaltende richterliche Rechtsfortbildung unterstellt, kommt nicht daran vorbei, daß die Rolle des Richters nicht die Taktik der Durchsetzung eines Plans gegenüber einem bewußt handelnden Gegenspieler umfaßt. Strategisches Taktieren ist für einen Richter überflüssig, denn wie er auch entscheidet, die Entscheidungsdurchsetzung wird durch prozeßrechtliche Vorschriften garantiert. Ebensowenig können die Parteien oder ihre Anwälte als „Gegner" des Richters eingeordnet werden. Eher schon wären Personen oder Organisationen, die hinter bestimmten Rechtsauffassungen stehen, die der Richter in bestimmten Fällen nicht teilt, als „Gegner" zu betrachten. Aber dies wäre eine sehr kühne Konstruktion, die als juristische Entscheidungsproblem von Fragen der Informationssammlung und der Informationsverarbeitung auf die bloße Auswahl einer bereits festliegenden Strategie verlagerte. Faßt man das Gerichtsverfahren als strategisches Spiel höchstens zwischen Rechtsanwälten auf, die bestimmte Mandanteninteressen durchsetzen wollen, dann nimmt der Richter insoweit mehr eine Schiedsrichterrolle ein; für seine Entscheidung benötigt er eine Theorie über die Klasse ähnlicher Konflikte, wofür die Spieltheorie auch nicht in der Form des „Spiels gegen die Natur", das keinen direkten Gegenspieler kennt, eine Grundlage bieten kann; die „Natur" ist nämlich ein fiktiver Gegenspieler, der indirekt doch Einfluß auf die strategische Entscheidung des Spielers (Richters) nimmt[18].

Eignet sich die Spieltheorie nicht als Modell zur Organisation des richterlichen Entscheidungsprozesses, so schließt das nicht aus, daß es kleinere Bereiche oder Situationen, besonders im „Vorfeld" rechtssatzabhängiger Entscheidungen gibt, in denen strategische Erwägungen sinnvoll sein können: beispielsweise Meinungsbildungsdiskussionen innerhalb eines Richterkollegiums, verwaltungspolitische Grundentscheidungen, Taktieren zwischen Anwälten, Güterabwägungsfragen, Lohnkämpfe, außergerichtliche Schiedsverfahren, Planspiele und ähnliches[19]. Solche Einzelprobleme sind jedoch nicht Gegenstand dieser methodenorientierten Vorstudie.

18 Vgl. *v. Neumann/Morgenstern*, Spieltheorie, S. 520. Demgegenüber fassen *Luce/Raiffa* das Problem der individuellen Entscheidung unter Ungewißheit als Einpersonen-Nullsummenspiel gegen eine neutrale „Natur" i. S. der Spieltheorie auf (Games and Decisions, S. 306).

19 Beispiele für denkbare juristische Anwendungen der Spieltheorie bringen *Allen*, Games Bargaining, in: The Yale Law Journal Bd. 65 (1956), S. 660—693 (allgemeine Überlegungen); *Birmingham*, A Model of Criminal Process, in: Cornell Law Review Bd. 56/57 (1970), S. 57—73 (Überlegungen, die ein potentieller Straftäter anstellt); *Menges*, Grundmodelle wirtschaftlicher Ent-

Der Zusammenhang zwischen der Spieltheorie und der modernen ökonomischen Entscheidungstheorie besteht in folgendem: Die Spieltheorie bezieht sich jeweils auf die einmalige Wahl zwischen Alternativen von Strategien, nicht aber auf die Kette von Alternativen, die einen informationellen Entscheidungsprozeß steuern. Die Spieltheorie beschränkt sich also auf einen Ausschnitt und konzentriert die Aufmerksamkeit unter Ausblendung des Informationsaspekts auf die Phase, die in der ökonomischen Entscheidungstheorie die Festlegung der „Entscheidungsregel" betrifft. Deshalb läßt sich jede Situation, die mit der Spieltheorie erfaßt werden kann, grundsätzlich auch mit Hilfe der normativen ökonomischen Entscheidungstheorie analysieren: Man braucht nur den Standpunkt eines Spielbeobachters einzunehmen, der den Grund einer Strategie aufdecken möchte.

Auch diese Einsicht legt eine rechtsmethodische Betrachtung der umfassenderen modernen ökonomischen Entscheidungstheorie nahe. Doch vor einer genaueren Untersuchung ihrer Entscheidungsphasen ist noch der Ansatz der deskriptiven ökonomischen Entscheidungstheorie zu betrachten.

3. Deskriptive Entscheidungstheorien

Die Modelle der deskriptiven ökonomischen Entscheidungstheorie definieren sich selbst als Weiterentwicklung der normativen Entscheidungstheorie[20]. Vergleicht man jedoch die Ziele, dann bestehen zwischen beiden Typen markante Unterschiede. Die deskriptive Entscheidungstheorie will nämlich ein Modell anbieten, das menschliches Verhalten und Entscheidungen erklärt oder vorhersagt. Als wesentlicher Bestandteil einer noch unfertigen soziologischen Handlungstheorie (theory of action) bezieht sie sozialpsychologische Aspekte ein. Die deskriptive Entscheidungstheorie muß deshalb zur behavio-

scheidungen, S. 230—237 (Tarifkonflikte im Arbeitsrecht); *Schlink*, Entscheidungstheorie, S. 326 f. (Auseinandersetzung zwischen Polizei und demonstrierenden Studenten); *Shubik*, A Game Theorist Looks at the Antitrust Laws, in: Stanford Law Review Bd. 8 (1956), S. 594—630 (Strategisches Wettbewerbsverhalten konkurrierender Automobilhersteller). — Bemerkenswert erscheint allerdings, daß das Interesse an der Spieltheorie für juristische Anwendungen in einem Zeitpunkt zuzunehmen scheint, in dem die Anwendbarkeit in den Sozialwissenschaften zunehmend skeptischer beurteilt wird. Einige Anwendungsbeispiele finden sich bei *Festinger*, Bedeutung der Mathematik, S. 337 (338 ff.) und in den Beiträgen von *Rapoport, Orwant, Schelling, Deutsch* u. a. in: *Shubik*, Spieltheorie und Sozialwissenschaften, S. 296 ff. *Luce/Raiffa* (Games and Decisions, S. 10) meinen: „We have the historical fact that many social scientists have become disillusioned with game theory" und *Shubik* (Approaches, S. 31 [38]) glaubt sogar, daß die Spieltheorie mehr Probleme geschaffen als gelöst habe.

20 *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 47.

ristischen Psychologie gerechnet werden, die an die Stelle der „Entscheidungslogik" die „Psycho-Logik" des Entscheidungsverhaltens setzt[21].

Ausgangspunkt für die Propagierung deskriptiver Entscheidungsmodelle bildet neben den behavioristischen Interessen vor allem die Kritik an dem „geschlossenen" Entscheidungsmodell der normativen Entscheidungstheorie. Aus der Sicht des „offenen" Entscheidungsmodells der deskriptiven Entscheidungstheorie, das lediglich „befriedigende" und keine „optimalen" Lösungen anstrebt, berücksichtigt das „geschlossene" Modell nicht, wie Entscheidungsprobleme entstehen, wie Informationen gewonnen werden und wie die Umwelt den Ablauf des Entscheidungsprozesses beeinflußt[22].

Die Gegensätze erscheinen überbetont. Wenn es nämlich gelingen sollte, die kritisierten Punkte als Informationsprozesse zu erfassen und als Variablen des Entscheidungsrahmens darzustellen, wie es auch die deskriptive Entscheidungstheorie letztlich in ihren Computer-Simulationsprogrammen versucht, dann steht prinzipiell nichts entgegen, das normative Modell durch entsprechende Faktoren (Kriterien, Matrizen, Gewichtungen) ebenfalls zu erweitern. Die Grundfrage lautet vielmehr, ob das Entscheidungsverhalten deshalb empirisch beobachtet wird, um es besser nachahmen und vorhersagen und dann zur Basis künftiger Entscheidungen machen zu können, oder ob das Entscheidungsverhalten beobachtet wird, um die Einflußfaktoren aufzudecken, die rationale Entscheidungen erschweren. Bezogen auf juristische Entscheidungen würde der Nachahmungs- und Vorhersagezweck bedeuten, daß die Beibehaltung der Zufälligkeiten der bisherigen Entscheidungstechnik und der bisherigen juristischen Entscheidungsmethoden verstärkt würde[23], während bei Aufdeckung und Einbeziehung von Einflußfaktoren ein Rationalitätsgewinn einträte. Gegenwärtig steht der erstgenannte behavioristische Aspekt im Vordergrund, weil die deskriptive Theorie vor allem auf die Beschreibung des individuellen kognitiven Problemlösungsverhaltens abstellt.

Außerdem scheinen die genannten Kritikpunkte an der normativen Theorie im Hinblick auf juristische Entscheidungen nicht in vollem Umfang zuzutreffen: Bei juristischen Entscheidungen wäre eine Konzentrierung auf das

21 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 141 Anm. 9 (mit Nachweisen). — Den gegenwärtig besten Einblick in die psychologischen Aspekte des Entscheidungsprozesses bietet das Buch von *Edwards/Tversky*, Decision Making, Harmondsworth 1967.

22 Die ersten Kritiken gehen auf *Simon* zurück: Models of Man, S. 242 ff.; Logic of Heuristic Decision Making, S. 1 (3); Perspektiven der Automation, S. 91 ff. Eine sehr ausführliche Kritik enthält auch das Buch von *Braybrooke/Lindblom*, A Strategy of Decision, besonders S. 48 ff. Fast alle Argumente sind verwertet bei *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. I, S. 25 ff.

23 Kirsch, Vorwort in: *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 22, spricht ausdrücklich von der Notwendigkeit, auch die „Tricks" und „Kniffe" für brauchbare Lösungen zu imitieren.

Verhalten des Entscheidungssubjekts ohne gleichzeitige Einbeziehung der gesetzlichen Entscheidungsgrundlage unzureichend; die gesetzliche Entscheidungsgrundlage schränkt den möglichen Aktionsradius und den Aufmerksamkeitsbereich des Entscheidungssubjekts stets ein. Ferner ist die Frage, wie juristische Entscheidungsprobleme entstehen, nicht primär verhaltenspsychologisch zu erklären, sondern aus der Perspektive der Prozeßanträge zu sehen; nur innerhalb dieses Rahmens interessieren die verhaltenspsychologischen Überlegungen. Lediglich die Problematik der persönlichkeits- und umweltbedingten Entscheidungsgesichtspunkte geraten bei der normativen Entscheidungstheorie tatsächlich zuwenig ins Blickfeld. Insoweit weist die deskriptive Entscheidungstheorie auf eine notwendige Ergänzung hin, die in der vorliegenden Arbeit keineswegs geleugnet, aber zusammen mit der Richterpsychologie ausgeklammert wird, da zunächst der methodische Bezugsrahmen für die Einordnung solcher Informationen untersucht werden soll. Eine spätere Zusammenfassung der normativen Entscheidungsphasen zur „Suchphase" der deskriptiven Entscheidungstheorie[24] mit dem Ziel, die Simulation dynamischer Modelle zu ermöglichen und EDV-Programme zu entwickeln[25], erscheint durchaus wünschenswert. Allerdings sind solche heuristischen Ansätze entgegen den optimistischen Voraussagen von Simon[26] bisher noch nicht weit gediehen. Zumindest unter dem Methodenaspekt spricht mehr dafür, die normative ökonomische Entscheidungstheorie zur Grundlage zu nehmen, weil sie Aussagen über die mathematische Entscheidbarkeit einer ganzen Klasse von Fällen ermöglicht und ein methodenbewußtes Entscheidungsgerüst bietet.

4. Hypothese zum Anwendungsbereich der normativen ökonomischen Entscheidungstheorie als juristisches Interpretationsmodell

Die normative Entscheidungstheorie[27] zwingt dazu, das Entscheidungsobjekt genau zu beschreiben, das Entscheidungsproblem zu definieren, die Um-

24 Eine Übersicht über die Phasen des deskriptiven Entscheidungsmodells bringt *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 124 f.

25 *Cherryholmes/Shapiro*, Representatives and Roll Calls, S. 19 ff., 163 ff. — Die Simulation verhaltenswissenschaftlicher Modelle in normativer Absicht wird neurdings oft als „künstliche Intelligenz" (artificial intelligence) bezeichnet, vgl. *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 38 f.; *Minsky*, Semantic Information Processing, S. 2.

26 *Simon*, Perspektiven der Automation für Entscheider, S. 104; zu den Schwierigkeiten einer umfassenden Entscheidungstheorie: *Rittel*, Bedeutung der Entscheidungstheorie, S. 110 (124).

27 Die Querverbindungen und Überschneidungen zu den Gebieten von Systems Analysis, Operations Research, Systems Engineering, Management Science,

stände zu klären, das Entscheidungsproblem in Komponenten zu zerlegen, die Komponenten zu kennzeichnen und die Rahmenbedingungen zu offenbaren. Sie verringert durch eine Typologie von Kriterien impulsiv-instinktives Handeln[28] und führt nachweislich zu einer besseren Informationsverarbeitung[29]. Im folgenden soll die Hypothese untersucht werden, daß die normative Entscheidungstheorie als Entscheidungsmodell in bestimmten Auslegungssituationen den juristischen Interpretationsmethoden überlegen ist, daß sie besser den Rückgriff auf automatisierte Informationssysteme steuern kann und daß sie eine potentiell günstigere Grundlage für Operationalisierungen von Normsatzinterpretationen bietet. Entscheidungstheoretisch interessante Auslegungssituationen können vor allem vorliegen:

1. wenn ein Rechtssatz Entscheidungsspielraum läßt;
   Dies ist der Fall, wenn Rechtssätze unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Gemeinwohl", „öffentliches Interesse", „drohende Gefahr", „gesamtwirtschaftliches Bedürfnis", „Gemeinnützigkeit", „Treu und Glauben" und ähnliche Klauseln enthalten oder durch dogmatische Festlegung als „lückenhaft", „vage", „ausfüllungsbedürftig" eingestuft werden. Darüber hinaus können auch „überdefinierte" Rechtsbegriffe inhaltsleer werden[30].
2. wenn ein Rechtssatz ein Normziel benennt;
   Die Zahl der Rechtssätze, die nicht konditional formuliert sind, sondern Ziele angeben, steigt ständig. Im modernen Industriestaat besteht außer-

input/output-Modellen, Welfare-Economics und EDV-Programmierung können hier nicht dargestellt werden; dazu: *Gäfgen*, Beziehungen, S. 159—163; *Raiffa*, Decision Analysis, S. 296.

28 So *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 31.

29 Das haben vor allem Experimente des amerikanischen Psychologen Edwards ergeben, über die *Krelle* (Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 344—347) mit folgendem Ergebnis berichtet: „Entscheidungstheoretische Verfahren arbeiten erheblich besser als das intuitive Urteil erfahrener Personen, wobei das eigene Wahrscheinlichkeitsurteil dieser Personen selbst dem Test zugrunde gelegt wird. Der Mensch kann eben recht gut einfache Wahrscheinlichkeiten und relative Bedeutungen verschiedener Ereignisse abschätzen, er kann aber diese Urteile nicht mehr richtig verarbeiten. Der Versuch, aus zahlreichen richtig erkannten Einzelphänomenen intuitiv ein Gesamturteil zu bilden, führt im allgemeinen zu ziemlich schlechten Ergebnissen, wenn die einzelnen Elemente in komplizierter Weise zusammenhängen und zum Teil einander widersprechen. Der Mensch ist nach Edwards ein konservativer Datenverarbeiter: sein Gesamturteil reagiert viel zu wenig empfindlich gegenüber wirklich erheblichen Veränderungen der Lage; er bleibt im allgemeinen bei einem „normalen", „mittleren", „bisher akzeptierten" Urteil, auch wenn er alle Einzelheiten der veränderten Lage richtig erkannt hat" (*Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 344).

30 Zu den letzteren: *Streißler*, Anwendbarkeit, von Gemeinwohlvorstellungen, S. 6 mit Nachweisen.

halb der klassischen Bereiche des Zivil- und Strafrechts geradezu eine Notwendigkeit, den Typ des „Maßnahmegesetzes" zur zeitangemessenen Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben einzusetzen. Viele höchstrichterliche Entscheidungen müssen nachträglich Zielgesichtspunkte entwickeln oder ordnen.

3. wenn ein Rechtssatz Zielkonflikte verursacht;
   Nur wenige Rechtssätze schließen Zielkonflikte aus. Oft muß ein Richter, der widerspruchsfrei entscheiden will, erst die Zielrangordnung herstellen.
4. wenn ein Rechtssatz überindividuelle Folgen herbeiführen kann;
   Diese Situation herrscht vor allem bei arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Entscheidungen vor.

Bisher ist die normative Entscheidungstheorie weder als Interpretationsmodell für Rechtssätze noch als Vorstufe eines Organisationsmodells für juristische Entscheidungen mit EDV-Unterstützung untersucht worden. Lediglich für kleine Ausschnitte aus dem gesamten richterlichen Entscheidungsprozeß, die ja in sich wiederum Entscheidungsprozesse darstellen, liegen einige wenige Abhandlungen vor. Alle konkreten bisherigen Anwendungsversuche betreffen erstaunlicherweise den Strafprozeß, obwohl gerade dort die nichtrationalen Einflüsse (persönlichkeitsabhängige Unsicherheitsfaktoren, „Ritual" des Strafverfahrens) besonders stark ausgeprägt sind: Kaplan[31] tritt für die Verwendung der normativen Entscheidungstheorie bei der strafrichterlichen Feststellung des Täters aufgrund von Indizien ein, wobei die Wahrscheinlichkeitsrechnung sowie die Erörterung der zu berücksichtigenden Elemente im Vordergrund stehen. Kaplan erwähnt dabei auch die Möglichkeit, Computer einzusetzen[32]. Finkelstein und Fairley versuchen, die Identifikation des Täters durch die Gewichtung von tatsächlichen Anhaltspunkten und durch Kombination von mathematischer und nichtmathematischer Evidenz zu erreichen. Mathematische Berechnungen halten sie für ein zuverlässigeres Bewertungsverfahren, zumal dadurch der Angeklagte wegen des hoch anzusetzenden Wahrscheinlichkeitsgrades regelmäßig begünstigt werde[33]. Die zu beiden Vorschlägen geäußerte, sehr beachtenswerte Kritik von Tribe[34], der den Zusammenhang zwischen mathematischem Beweis und vernünftigen Zweifeln erörtert und statistische

31 *Kaplan*, Decision Theory, in: Stanford Law Review Bd. 20 (1968), S. 1065—1092.

32 Decision Theory, S. 1065 (1091).

33 *Finkelstein/Fairley*, Identification Evidence, in: Harvard Law Review Bd. 83 (1970), S. 489—517.

34 *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329—1393.

Wahrscheinlichkeiten wenigstens für zurückliegende Ereignisse ablehnt, rechtfertigt starke Bedenken gegen die Verwendbarkeit von Wahrscheinlichkeitsberechnungen bei der Täterfeststellung. Für einen anderen Teil des Strafprozesses möchte Haag die Rationalität erhöhen; er versucht, das Problem der Strafzumessung entscheidungstheoretisch zu lösen, indem er statt des üblichen Taxsystems die Aktionsmöglichkeiten des Strafrichters (den Strafzumessungsspielraum) als Variable definiert und bestimmte Ziele mathematisch optimiert[35]. Hier scheint sich in der Tat eine aussichtsreiche Anwendung zu bieten, wenn es zuvor gelingt, über die keineswegs eindeutigen Ziele der Strafzumessung Einigkeit zu erzielen.

Allgemeinere Überlegungen stellen Lasswell/McDougal, Priester, Schlink und Lautmann an. Lasswell/McDougal[36] verwenden entscheidungstheoretische Kategorien als Grundlage rechtstheoretischer Fragestellungen, Priester[37] versucht mit Hilfe der normativen Entscheidungstheorie die notwendigen Bestandteile des strafrechtlichen Rationalitätsbegriffs herauszuarbeiten, Schlink[38] erörtert, mehr von der Spieltheorie ausgehend, ihre Verwendbarkeit als Problemfindungs- und Problemlösungstechnik, Lautmann[39] verknüpft die deskriptive Entscheidungstheorie mit einer soziologischen Rollentheorie des Richters. Insgesamt dürften also entscheidungstheoretische Un-

35 Rationale Strafzumessung, Köln 1970. Die Seiten 59—112 stimmen größtenteils wörtlich mit seinem Beitrag: Messung wertrationaler Komponenten, S. 417—456 überein. — Außerhalb des entscheidungstheoretischen Formalismus liegen Vorentscheidungen, die großen Einfluß auf den Inhalt der Entscheidungen haben. So berücksichtigt Haag nicht die sozialen Ursachen der Kriminalität (S. 11), optimiert als Strafziel nur die Vermeidung künftigen strafrechtlichen Unrechts (S. 115) und verwendet als Entscheidungskriterium „die Minimierung des Erwartungswertes der Schwere der Rechtsgutverletzung" (S. 174). Ferner meint Haag, es komme nicht auf die subjektiven Präferenzen des Strafrichters an, sondern auf „vom Recht gesetzte und damit allgemeinverbindliche Ziele" (S. 206). Haag erörtert nicht das Problem, wie die heute sich überschneidenden Ziele des Strafrechts objektiv geordnet werden können.

36 *Lasswell/McDougal,* Jurisprudence, in: University of Florida Law Review Bd. 19 (1966/67), S. 486 (507 ff.).

37 *Priester,* Rationalität und funktionale Analyse, S. 457—497.

38 *Schlink,* Juristische Entscheidungen, S. 322—346. Schlink trennt in seiner guten Übersicht nicht zwischen den strategischen Überlegungen der Spieltheorie und den mehr methodischen Überlegungen der normativen Entscheidungstheorie. Er sieht mit Luhmann fast alles Recht als konditionalprogrammiert an, räumt Zweck- und Folgeerwägungen geringen Raum ein und lehnt nicht zuletzt deshalb entscheidungstheoretische Problemlösungen im Recht ab.

39 *Lautmann,* Rolle und Entscheidung des Richters, S. 381—416; *Lautmann,* Justiz — die stille Gewalt, Frankfurt a. M. 1972. Ähnlich: *Luhmann,* Legitimation durch Verfahren, S. 82 ff.; *Weimar,* Psychologische Strukturen, soweit er von „Richterrecht" spricht, das er dem „Gesetzesrecht" entgegensetzt (S. 163, 171, 173).

tersuchungen für juristische Entscheidungen, wie sie im Jahre 1963 erstmals wohl Cowan[40] angestellt hat und 1964 Kaplan[41] und Stützel[42] vorgeschlagen haben, nicht länger als „Spekulation"[43] gelten.

II. Der Formalaufbau einer juristischen Entscheidung als informationelle Entscheidung unter Ungewißheit

Die moderne normative ökonomische Entscheidungstheorie will in Situationen, in denen trotz unvollkommener Informationen Entscheidungen getroffen werden müssen, Bedingungen für eine überlegte Wahl zwischen Handlungsalternativen angeben. Die Alternativenwahl hängt von informationsverarbeitenden Schritten ab, die ihrerseits wieder Informationsentscheidungen voraussetzen. Der methodische Aufwand dient dem Ziel, in intersubjektiv eindeutiger Weise den Entscheidungsprozeß zu strukturieren und Entscheidungen trotz mangelnder Informationen, aber mit Hilfe von Informationen über das Ausmaß der Unwissenheit zu treffen[44]. Damit ist die Erwartung verbunden, daß ein Entscheidungssubjekt rationaler entscheidet, wenn es Informationslücken bewußt einkalkuliert, als wenn es Informationslücken gar nicht erst wahrnimmt oder diese zwar wahrnimmt, aber heuristisch durch Routinen und verfestigte Verhaltensmuster überbrückt. Im Hinblick auf juristische Entscheidungen könnte die Entscheidungstheorie in bestimmten Situationen eine Methode darstellen, die einen Mittelweg zwischen dem bisher unerfüllten Juristentraum einer exakten Deduktion der Entscheidung aus Rechtssätzen und dem intuitiven Finden von Entscheidungen mit nachträglicher Rationalisierung aufzeigt.

Die wichtigste Eigenschaft der Entscheidungstheorie ist die Reduktion von Beliebigkeit[45]. Die Leistungsgrenzen einer solchen Methode liegen auf der Hand: Zielformulierungen des Entscheidungssubjekts müssen als Entscheidungsprämissen übernommen werden. Um nämlich auch Prämissen fin-

40 Decision Theory, in: Rutgers Law Review Bd. 17 (1963), S. 499—530. Einige entscheidungstheoretische Elemente tauchen bereits bei *Dewey*, Logical Method and Law, in: Cornell Law Quaterly Bd. 10 (1924), S. 17—27 auf.

41 *Kaplan*, Some Limitations on Rationality, S. 54—64.

42 *Stützel*, Entscheidungstheoretische Elementarkategorien, S. 27 (43). Ähnlich (ohne Bezugnahme auf die ökonomische Entscheidungstheorie): *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 207 ff. (Rechtssatzauslegung als alternative Wahlakte).

43 *Otte*, Topik-Diskussion, in: Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 183 (197). Zurückhaltender in der Ablehnung: *Luhmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, S. 60.

44 *Menges*, Entscheidung und Information, S. 12.

45 *Rittel*, Bedeutung der Entscheidungstheorie, S. 110 (128).

den und normieren zu können, wäre zuvor eine Entscheidung für eine bestimmte Erkenntnistheorie erforderlich. Eine solche Verbindlichkeitserklärung liegt jedoch außerhalb methodologischer Fragestellungen[46]. Aus demselben Grund liefern entscheidungstheoretische Verfahren nicht sofort einen Entscheidungsvorschlag, sondern zunächst nur einen systematischen Überblick über zielabhängige Problemzusammenhänge, die zu einem Entscheidungsvorschlag führen können. Die normative Entscheidungstheorie ist also weit davon entfernt, alle Probleme der juristischen Entscheidung zu lösen. Selbst als Methode enthält sie zahlreiche Vereinfachungen und berücksichtigt nur einige Faktoren, diese Faktoren aber wenigstens zuverlässig. Der Einbau in größere Zusammenhänge (Rechtstheorie, Gesellschafttheorie, Systemtheorie, politische Theorie) bleibt erforderlich und ermöglicht erst eine materiale Richtigkeitskontrolle der zu treffenden Entscheidung[47]. Allerdings — und darin liegt ihr Vorteil — deckt sich die Beschränkung auf Methodik mit den notwendigen Bedingungen für den Einsatz von EDV: Datenverarbeitung bedeutet Informationsverarbeitung und Informationsverarbeitung ist nur möglich, wenn ein zuverlässiges methodisches Konzept für die Steuerung von Informationen besteht. Ein solches Konzept bietet die juristische Entscheidungstechnik nur ganz ausnahmsweise, weil sie in der Regel nur den Zugang zu einem Arsenal zugriffsbereiter Begründungen eröffnet und nicht, wie die Entscheidungstheorie, eindeutig zusammenhängende Kriterien für die Auswahl der Begründungen angeben kann.

1. Juristische Normsatzauslegung als Entscheidung unter Ungewißheit

„Ungewißheit" bezieht sich in der Entscheidungstheorie darauf, wie das Entscheidungssubjekt das Wissen von den Folgen seiner Alternativenwahl einschätzt[48]. Diese Einschätzung hängt von zwei prinzipiellen Merkmalen

46 Der methodische Aspekt wird auch aus der Sicht der Kritischen Theorie als eigenständiges Erkenntnisinteresse anerkannt, vgl. *Habermas*, in: *Adorno*, Positivismusstreit, S. 235: „Ich bestreite nicht, daß die analytische Wissenschaftstheorie die Forschungspraxis gefördert und zur Klärung methodologischer Entscheidungen beigetragen hat"; *Böhler*, Rechtstheorie, S. 62 (112); einschränkend dagegen *Lüderssen* (Rechtstheorie, S. 350 ff.), der analytische und wirtschaftswissenschaftliche Methoden weitgehend ablehnt und „die" Hermeneutik als Verknüpfung von Theorie und Methode empfiehlt (S. 353).

47 Besonders *Wasserstrom*, Judicial Decision, S. 160, unterscheidet zutreffend diese zwei Ebenen der Entscheidung.

48 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 134. — Alternativenwahl, Wahl, Wahlhandlung, Wahlakt sind Synonyma zu „Entscheidung", weil man sowohl sagen kann: „ich entscheide mich für eine Wahl (zwischen verschiedenen

ab: vom Informationsgrad („schwach" bis „vollkommen") und von der Entscheidungssituation („indeterminiert", „statistisch unsicher" bis „sicher"). Die Entscheidungstheorie trennt also künstlich zwischen dem Informationsproblem und dem Entscheidungsproblem, um die Zusammenhänge besser analysieren zu können. „Entscheidung unter Ungewißheit heißen alle Entscheidungen, in denen die Entscheidungssituation unsicher und die Informationen unvollständig sind oder eines dieser Kennzeichen vorliegt[49].

Bei der Untersuchung, ob juristische Normsatzauslegungen wie Entscheidungen unter Ungewißheit behandelt werden können, geht es nicht darum, durch Anwendung der ökonomischen Entscheidungstheorie auf juristische Auslegungsentscheidungen sachfremde Inhalte zu übertragen, sondern allein um das Ziel, die Brauchbarkeit der methodologischen Kategorien für Auslegungsentscheidungen zu prüfen. Für die Beurteilung der Brauchbarkeit als methodisches Konzept ist zwischen einer rechtsmethodischen und einer wissenschaftstheoretischen Einstellung zu unterscheiden. Aus rechtsmethodischer Sicht dürfte es keine richterlichen Entscheidungen unter Ungewißheit geben, weil das Problem der Ungewißheit über Entscheidungsfolgen gar nicht erst entsteht: Der Richter hat einen Rechtssatz unabhängig von den Folgen der Entscheidung nach dem Grundsatz der Bindung an „Gesetz und Recht" (Art. 20 Abs. 3 GG) „anzuwenden". Selbst als „Auslegungen" gekennzeichnete Entscheidungen haben nach der Methodenlehre keine Alternativen, sondern vollziehen jeweils eindeutige Erkenntnisse mit sicheren Konsequenzen, gehören also zum Typ der „Entscheidungen unter Gewißheit". Wissenschaftstheoretische Untersuchungen deuten demgegenüber darauf hin, daß zumindest die logischen und semantischen Bedingungen für die Einlösung dieses Anspruchs regelmäßig fehlen und daß die juristische Entscheidungstechnik auf diese Weise widersprüchliche Entscheidungen und Zufälle nicht ausschließen kann. Zudem verweisen viele „Sinn- und Zweck"- oder „Natur der Sache"-Formeln in Gerichtsentscheidungen[50] sehr wohl auf Rückwirkungen der erwarteten Folgen für die Auslegungsentscheidung; nur werden die Folgen meist nicht erwähnt oder nachprüfbar beschrieben, sondern stillschweigend in den Vorgang der Normsatzauslegung integriert. Weil aber

Möglichkeiten)", oder: „ich wähle (zwischen verschiedenen Möglichkeiten) eine Entscheidung".

49 Öfters auftretende, gleichartige Ungewißheitsentscheidungen werden oft auch als „Entscheidungen unter Risiko" bezeichnet, weil die Ungewißheit dann wahrscheinlichkeitstheoretisch kalkulierbar ist. Diese Fallgruppe wird hier nicht besonders unterschieden, vgl. *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 327. Zur Abgrenzung zwischen Unsicherheit, Risiko und Sicherheit: *Griem*, Prozeß der Unternehmensentscheidung, S. 19.

50 BGHZ 50, S. 325 (328 f.) — „Gewerkschaft II": Natur der Sache entsprechender körperschaftlicher Charakter des nichtrechtsfähigen Vereins.

dadurch subjektive Entscheidungselemente Einfluß gewinnen, scheinen juristische Entscheidungen wissenschaftstheoretisch nicht ausschließlich das Ergebnis schlicht subsumierender, objektiver „Normanwendung" und Erkenntnisakte zu sein, sondern auch das Ergebnis eines informationsverarbeitenden, situationsbezogenen, subjektiven Handlungsprozesses. Dann aber dürfte es wichtiger werden zu wissen, wie der Richter Informationen beschafft und verarbeitet oder wie er Informationen beschaffen und verarbeiten sollte und weniger wichtig, wie die juristische Methodenlehre den Entscheidungsprozeß mit der Rechtsdogmatik verknüpft. Ohne die praktische Leistung von Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik zu verkennen, die in der heuristischen Überbrückung fehlender Voraussetzungen, in der Harmonisierung von Widersprüchen und in der Anpassung an gewandelte soziale Verhältnisse besteht, muß versucht werden, diese praktische Leistung wissenschaftstheoretisch genauer zu analysieren, um sie vielleicht in einigen Fällen in Richtung größerer Rationalität verbessern zu können. Richter entscheiden zwar auch heute keineswegs willkürlich, sondern verantwortlich; nur ermöglicht es die juristische Methodik selten, das Ausmaß des verantwortlichen Handelns intersubjektiv auch für Nichtjuristen zu kennzeichnen, abzugrenzen und einsichtig zu machen.

Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß sich das juristische Subsumtionsmodell durch Einbeziehung verschiedenartiger Informationen, die für juristische Entscheidungen wichtig sind, für einige Falltypen zu einem informationsabhängigen Entscheidungsmodell umgestalten läßt. In der analytischen Auffächerung der Umgestaltungsvoraussetzungen liegt noch keine Aussage über die erwartete Praktikabilität eines solchen Verfahrens, so daß der mögliche Einwand entfällt, die Methode des juristischen Denkens und Entscheidens werde überfordert; ob dies zutrifft, können erst praktische Versuche zeigen.

Prinzipiell läßt sich jede richterliche Entscheidung mehr oder weniger als Auslegungsentscheidung auffassen. Wenig oder kein Auslegungsspielraum besteht nur dann, wenn sich entweder Gesetzessprache und Umgangssprache zu decken scheinen, was bei Spezialgesetzen für kleine Teilbereiche öfters vorkommt[51], oder wenn die Anwendbarkeit eines Normsatzes aufgrund von

51 Z. B. § 60 Abs. 2 S. 4 StVZO: „Bei allen Fahrzeugen mit Ausnahme von Elektrokarren und ihren Anhängern darf der untere Rand des vorderen Kennzeichens nicht weniger als 200 mm, der des hinteren Kennzeichens nicht weniger als 300 mm — bei Kraftrollern nicht weniger als 200 mm — über der Fahrbahn liegen"; § 1 Abs. 1 S. 2 Verordnung über die Datenübermittlung in den gesetzlichen Rentenversicherungen (DÜVO) vom 21. 4. 1971 (BGBl. I S. 362): „Die Darstellung der Zeichen auf dem Magnetband erfolgt im 9-Kanal-Code (EBCDIC — ungepackt); die Zeichendichte beträgt 800 bpi (320 Zeichen/cm) oder 1600 bpi (640 Zeichen/cm)."

Präjudizien, die den Gesetzestext „paraphrasieren", nach Ansicht des Richters feststeht. Selbst diese Fälle erfordern entsprechende Vorentscheidungen. Um die Entscheidungssituation deutlich hervortreten zu lassen, sollen im folgenden nicht Spezialgesetze im Vordergrund stehen, sondern allgemeinere Gesetze und nichtverfestigte Auslegungen.

Nach der üblichen Darstellung der ökonomischen Ungewißheitsentscheidung muß das Entscheidungssubjekt folgende Phasen gedanklich durchlaufen, um eine rationale Entscheidung treffen zu können:

— Suche nach Entscheidungsalternativen
— Analyse der Ausgangssituation
— Gewinnung von Informationen über Konsequenzen der Entscheidungsalternativen
— Auswahl einer Alternative
— Entscheidung

Diese Phasen des Entscheidungsprozesses, die zeitlich austauschbar sind, zeigen den methodischen Rahmen für die schrittweise Entwicklung informationsabhängiger Entscheidungen auf. Alle Phasen setzen das Entscheidungssubjekt unter den Zwang, Informationen zu beschaffen oder zu verwerten, um systematisch die optimale Entscheidungsalternative herauszufinden.

Grundsätzlich bilden die Phasen ein Beziehungsgefüge für beliebige, nicht auf ökonomische Situationen beschränkte Entscheidungen mit beliebigen Umweltsbedingungen, beliebigen Konsequenzen und beliebigen Entscheidungszielen. Für juristische Auslegungsentscheidungen bestehen allerdings von vornherein zahlreiche Restriktionen, weil nicht allein die Abhängigkeit der Entscheidungsphasen vom Entscheidungssubjekt, sondern zugleich auch die Abhängigkeit von Normsätzen und Lebenssachverhalten berücksichtigt werden muß; jeder Normsatz schließt Beliebigkeiten bei der Entscheidung aus oder schränkt sie doch stark ein. Die Verwendbarkeit entscheidungstheoretischer Kategorien für juristische Auslegungsentscheidungen hängt also davon ab, ob es gelingt, Normsatzauslegungen sinnvoll mit den genannten Entscheidungsphasen zu verknüpfen. Mit der Hoffnung auf eine Verknüpfungsmöglichkeit verbindet sich das methodische Ziel, Ungewißheiten der Entscheidungssituation kontrollierbar zu vermindern[52], Fehlentscheidungen zu verringern, die beste Alternative auszuwählen und Teiloperationalisierungen zu erleichtern.

52 Dem methodischen Ziel widerspricht nicht, daß die Situation der „Ungewißheit der richterlichen Entscheidung" selbst manchmal als wertvoll bezeichnet wird, weil sie die Chance gebe, „mit der gesellschaftlichen Entwicklung Schritt zu halten" (*Simitis*, Informationskrise, S. 95, mit Nachweisen in Anm. 110). Zu dieser Auffassung besteht kein sachlicher, sondern nur ein terminologischer

2. Suche nach Entscheidungsalternativen

Entscheidungsalternativen sind Handlungsmöglichkeiten, die jeweils unterschiedliche Folgen (Konsequenzen) mit sich bringen und die je nach der Bewertung dieser Konsequenzen einen bestimmten Platz in der Wertrangordnung einnehmen, der dann für die Auswahl der Alternative maßgebend ist[53]. Die Suche nach Methoden zur Ermittlung von „guten" Entscheidungsalternativen beherrscht die moderne Entscheidungstheorie, ganz gleich, ob statt „Alternative" von „Handlung" (activity), „Auszahlung" (outcome, prize), „Warenkorb", „Handlungsvektor" (activity vector) oder „Lösungshypothese" die Rede ist. Aus EDV-Sicht lassen sich die Alternativen als mathematische Entscheidungsfunktionen mit abhängigen und unabhängigen Variablen, also als Regeln auffassen, die angeben, welche Entscheidung zu treffen ist, wenn bestimmte Informationen vorliegen. Das Problem besteht stets darin, eine vollständige Liste von Alternativen zu entwickeln und möglichst alle Konsequenzen jeder Alternative zu beschreiben. Da dies bei Ungewißheitsentscheidungen nur im Rahmen von Wahrscheinlichkeitsaussagen möglich ist, verlagert sich das Interesse auf die methodische Kontrolle der Näherungs- und Restriktionsverfahren.

Die Denkform der Alternative, von Schlink[54] treffend als „Prophylaxe gegen nachlassendes Problembewußtsein" gekennzeichnet, entspricht nicht der traditionellen Methode der juristischen Entscheidungsgewinnung aus Rechtssätzen. Im Gegenteil, als Nachwirkung des strengen Gesetzespositivismus ist die Meinung von der Feststellbarkeit der „einen richtigen" Entscheidung noch weit verbreitet. Deshalb müssen die Voraussetzungen der Möglichkeit, juristische Auslegungsentscheidungen aus Alternativen zu entwickeln, besonders sorgfältig geprüft werden. Vor allem ist dabei die Leistungsfähigkeit eines juristensprachlich formulierten Gesetzestextes, auf den die Alternativenbildung bezogen sein muß, genauer zu analysieren. Gefragt wird im Rahmen dieser Vorstudie allerdings nur nach Alternativen bei der Auslegung *eines* Rechtssatzes, nicht nach Alternativen bei der Wahl zwischen zwei oder mehr Rechtssätzen mit identischen oder verschiedenen Rechtsfolgen und auch nicht nach Alternativen bei der Feststellung von Lebenssachverhalten[55].

Gegensatz; „Ungewißheit" im Zitat bezieht sich nicht auf die Folgen der Entscheidung, sondern auf den Beurteilungsspielraum bei der Auslegung. Sachlich bleibt die Notwendigkeit, ein Verfahren für die Auswahl der „besten" Entscheidung innerhalb des Beurteilungsspielraums zu finden, was nur möglich ist, wenn zuvor die Ungewißheit der Entscheidungsfolgen reduziert wird.

53 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 105.

54 In: Rechtstheorie Bd. 1 (1970), S. 213 (217).

55 Letzteres strebt *Rödig*, Denkform der Alternative, durchgängig in axiomatisierter Form an.

Als juristische „Alternativen" für die Entscheidung über die Auslegung eines Rechtssatzes kommen in Betracht:
— Unterschiede innerhalb der Syntax
— Unterschiede innerhalb der Semantik
— Unterschiede innerhalb der Pragmatik
eines Rechtssatzes.

Alle drei Bereiche sind Stufen der sogenannten „Semiotik", der Lehre von den sprachlichen Zeichen, man könnte auch sagen: der Lehre von den symbolisierten Informationen. Die Semiotik geht in der heutigen Fassung auf Charles W. Morris zurück[56] und gilt als wesentlicher Bestandteil sowohl der analytischen Wissenschaftstheorie als auch der analytischen Sprachphilosophie[57]. Die Syntax betrifft die Zeichen und deren Beziehungen zu anderen Zeichen, die Semantik die Zeichen und deren Beziehungen zur Außenwelt, die Pragmatik die Zeichen und deren Beziehungen zu ihren Benutzern[58]. Im Hinblick auf EDV ist die Beschäftigung mit der Semiotik deshalb wichtig, weil sie sich nicht nur mit natürlichen Sprachen, sondern mit Sprachen schlechthin, vor allem mit formalisierten Sprachen, befaßt.

a) „Alternative" als Unterschied innerhalb der Syntax eines Rechtssatzes

Als symbolisierte Informationen (Zeichen) auf syntaktischer Stufe lassen sich die Tatbestandsvoraussetzungen eines Rechtssatzes auffassen. Die Beziehungen zwischen diesen Zeichen hängen von den logischen Verknüpfungen: und/ und nicht/ oder, also den bereits dargestellten „Booleschen Operatoren" ab. Deshalb liegt es nahe, diese Verknüpfungen und die dabei entstehenden, kombinatorisch gewonnenen Ergebnisse immer dann als „Alternativen" zu bezeichnen, wenn sich die logischen Aussagewerte in der Wahrheitstafel unterscheiden. Der Aussagewert „wahr" für den Satz bedeutete dann die Alternative: die Rechtsfolge soll eintreten, „falsch" die Alternative: die Rechtsfolge soll nicht eintreten.

56 *Morris*, Signs, Language, and Behavior, New York 1946. Schon Charles S. Peirce hatte im 19. Jahrhundert unter der Bezeichnung „Pragmatismus" wesentliche Grundlagen geschaffen.

57 Aus der umfangreichen Literatur: *Apel*, Szientismus oder transzendentale Hermeneutik, S. 105 ff.; *Bocheński*, Denkmethoden, S. 37 ff.; *Carnap*, Symbolische Logik, S. 77 ff.; *Klaus*, Semiotik und Erkenntnistheorie, S. 51 (ausführlich aus marxistischer Sicht); *Resnikow*, Erkenntnistheoretische Fragen, S. 9 f.; *Stegmüller*, Probleme und Resultate Bd. I, S. 33.

58 *Cherry*, Kommunikationsforschung, S. 262 ff. *Klaus* (Wörterbuch der Kybernetik, S. 565) unterscheidet als 4. Dimension noch die „Sigmatik" als „Beziehungen zwischen den Zeichen und dem, was sie bezeichnen".

Für eine solche Deutung von „Alternative" scheint zunächst der Vorteil zu sprechen, daß logische Alternativen auf der Satzebene einwandfrei isolierbar und unmittelbar programmierbar sind. Diese Voraussetzung bildet eine notwendige Bedingung, wenn angestrebt wird, eine juristische Entscheidung vollautomatisch zu treffen. Sämtliche Verknüpfungen müssen zu diesem Zweck mit ihren Aussagewerten zuvor feststehen. Richtet man dagegen in Kenntnis der praktischen Schwierigkeiten, die einer Vollautomatisierung juristischer Entscheidungen in vieler Hinsicht entgegenstehen, das Augenmerk mehr auf Teilentscheidungen, dann kommt es weniger auf die Ermittlung der logischen Aussagewerte auf der Satzebene an, als auf die Erfüllung der Voraussetzungen, die zur Annahme oder Ablehnung einzelner Satzteile oder Begriffe führen. Die anschließende Kalkulation der logischen Aussagewerte auf der Satzebene erscheint demgegenüber als eine für juristische Entscheidungen zweitrangige und weniger problematische Angelegenheit. Es ist kein Fall bekannt, in dem ein Richter die Konjunktion „und" mit der Disjunktion „oder" verwechselt hat, es sei denn, das konkrete Entscheidungsproblem habe gerade in der Frage bestanden, ob eine Konjunktion „juristisch" wie eine Disjunktion aufzufassen ist und umgekehrt[59]. Aber selbst in diesem Sonderfall müßte die Frage vor Beginn einer logischen Berechnung der Wahrheitswerte außerhalb des logischen Kalküls geklärt werden.

Deshalb interessieren aus entscheidungstheoretischer Sicht die logischen Alternativen für ganze Rechtssätze weniger als die Alternativen für Rechtssatzteile, weil logische Alternativen auf der Satzebene gar keine Optimierungsprobleme mehr aufgeben. Sobald es nämlich gelingt, das inhaltliche Entscheidungsproblem prädikatenlogisch zu erfassen, verliert die Entwicklung und Bewertung von Vorstufen der logischen Syntax ihren Sinn. Angesichts der zunehmenden Versuche, Rechtssätze unmittelbar prädikatenlogisch darzustellen, mag man entscheidungstheoretische Näherungsverfahren für einen überflüssigen Umweg halten. Es gibt beispielsweise schon prädikatenlogische Einzelanalysen zu den §§ 433 BGB[60], 812 Abs. 1 BGB[61], 812/

59 Beispiel: BGHZ 54, S. 311 (313) zu § 23 Abs. 1 Nr. 1 GWB. — Syntaktische Überlegungen sind allerdings nicht schon deshalb überflüssig, weil Schwierigkeiten „beiläufig bei der Auslegung miterledigt" werden, wie *Walter G. Becker*, Ausweitung der Auslegung, in: AcP Bd. 171 (1971), S. 510 (518) meint.

60 *Suhr*, Computer als juristischer Gesprächspartner, S. 163 f.

61 *Hilgenheger*, Logische Analyse von § 812 Abs. 1 BGB, S. 103—107; *Schreiber*, Logik des Rechts, S. 28 ff.

814 BGB[62], 823 Abs. 1 BGB[63], 929 BGB[64], 985 BGB[65], 986 BGB[66], 263 Abs. 1 StGB[67], 125—129 österreichisches StG[68]. Bei genauerer Betrachtung kommen allerdings erhebliche Zweifel an der Tragfähigkeit einer unmittelbaren „Lösung" des Entscheidungsproblems allein auf syntaktischer Ebene. In allen Einzeluntersuchungen wird nämlich stets entweder die Entscheidbarkeit aufgrund von Tatbestandsmerkmalen stillschweigend vorausgesetzt oder die Existenz eines nicht näher beschriebenen, vorgeschalteten Verfahrens zur Herstellung der Entscheidbarkeit unterstellt[69]. Beides sind Verkürzungen, die meist auf der Ansicht beruhen, daß juristische Tatbestandsmerkmale bereits unmittelbar als Eingabeinformationen für den Computer dienen und logische Verknüpfungen dann die juristische Subsumtion ersetzen könnten[70]. Das mag für die Lösung numerisch faßbarer Entscheidungsprobleme, wie die Berechnung von Steuern, Renten, Beihilfen, Schadensposten, Schmerzensgeld, Bußgeld, Unterhaltszahlungen usw. zutreffen, weil hier die Voraussetzungen mehr oder weniger entscheidungsfähig beschrieben sind; nichtnumerische Tatbestandselemente dagegen, wie sie bei juristischen Auslegungsentscheidungen stets zugrunde liegen, können ohne vorausgehende semantische oder pragmatische Analyse und Transformation in definierte Größen nicht sinnvoll durch logische Verknüpfungen entscheidungsfähig gemacht werden.

Wie die nachfolgenden Beispiele zeigen, gelten die Bedenken unabhängig vom Grad der erreichten prädikatenlogischen Verfeinerung. Eine „grobe" junktorenlogisch-syntaktische Darstellung eines Rechtssatzes hebt nur die logischen Verknüpfungen hervor, verwendet die Tatbestandsmerkmale unmittelbar als Zeichen oder ordnet jedem Tatbestandsmerkmal ein neues Zeichen zu.

62 *Rödig*, Axiomatisierbarkeit, in: DVR Bd. 1 (1972), S. 170 (202 f.).
63 *Podlech*, Logische Anforderungen an kybernetische Systeme, in: BB 1968, S. 106 (107); *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 42.
64 *Keuth*, Zur Logik der Normen, S. 55.
65 *Keuth*, Zur Logik der Normen, S. 50; *Schreiber*, Logik des Rechts, S. 31. — Die Darstellung von Keuth bietet wohl die derzeit ausführlichste Formalisierung, weil sie Schachtelungen durch Hilfsnormen sowie Zeitvariablen berücksichtigt.
66 *Schreiber*, Logik des Rechts, S. 31 f.
67 *Hassemer*, Tatbestand und Typus, S. 28.
68 *Reisinger*, Automatisierte Normanalyse, S. 118 f.
69 *Reisinger*, Automatisierte Normanalyse, S. 119, z. B. durch Verweis auf „Judikatur"; *Suhr*, Computer als juristischer Gesprächspartner, S. 77 auf die „Antworten des Benutzers". — Zur Bedeutung der Entscheidungsfähigkeit vgl. *Podlech*, Logische Anforderungen kybernetischer Systeme, in: BB 1968, S. 106 (108).
70 So *v. Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, S. 27.

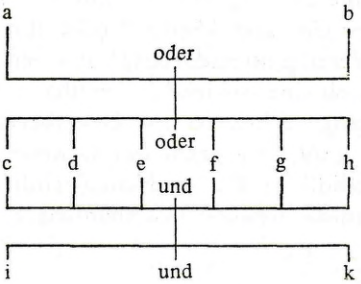
§ 823 Abs. 1 BGB läßt sich so wie folgt umformen:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper,
a b c d
die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges
e f g h
Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist ... (Rechtsfolge).
i k

In der Fassung kommt nur zweimal die Disjunktion „oder" vor, obwohl sie offensichtlich[71] aus zwischen c, d, e, f, g, h stehen müßte und sich die Satzteile i, k stets auch auf c, d, e, f, g, h beziehen. Entsprechend umformuliert lautet der Rechtssatz:

Wer vorsätzlich oder wer fahrlässig das Leben eines anderen
a b c i
widerrechtlich verletzt oder den Körper eines anderen wider-
k d i
rechtlich verletzt oder die Gesundheit eines anderen widerrechtlich
k e i k
verletzt oder die Freiheit eines anderen widerrechtlich verletzt
f i k
oder das Eigentum eines anderen widerrechtlich verletzt oder
g i k
ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist ...
h i k

In Form eines Diagramms zeigen sich die in § 823 Abs. 1 BGB enthaltenen logischen Verknüpfungen am deutlichsten:



Tab. 6: Diagramm der logischen Verknüpfungen in § 823 Abs. 1 BGB

71 Diese Behauptung birgt bereits eine inhaltliche Vorentscheidung, die aber hier nicht weiter begründet wird.

Folgende 12 Kombinationen sind dann denkbar:

1	a — c — i — k	7	b — c — i — k
2	a — d — i — k	8	b — d — i — k
3	a — e — i — k	9	b — e — i — k
4	a — f — i — k	10	b — f — i — k
5	a — g — i — k	11	b — g — i — k
6	a — h — i — k	12	b — h — i — k

Jede der 12 Kombinationen kann vorliegen oder kann nicht vorliegen. Es ergibt sich dann jeweils der logische Aussagewert „wahr" oder „falsch". Alle „wahren" Aussagen führen zum Eintritt der Rechtsfolge, alle „falschen" Aussagen zum Nichteintritt der Rechtsfolge.

Durch Einführung von Quantoren, Gegenstandsbereichen, Klammern und anderen Symbolen läßt sich die logisch-syntaktische Darstellung verfeinern[72]. Der § 812 Abs. 1 BGB lautet in einer prädikatenlogisch korrekten Fassung[73]:

$$\forall x \forall y \forall z (z \neq y) \; (V_w \; (E \; (x, y, z, w) \wedge w = l_0) \vee (V_w \; (E \; (x, y, z, w) \wedge w \neq l_0 \longrightarrow H \; (x, y, z))$$

Erläuterung:

$\forall x \forall y \forall z$	=	für alle x, y, z gilt
E (x, y, z, w)	=	x erlangt z von y auf die Art und Weise w auf Kosten von y ohne rechtlichen Grund
l_0	=	die Art und Weise des Erhalts durch „Leistung"
H (x, y, z)	=	x ist y zur Herausgabe von z verpflichtet.

Sowohl in der „groben" als auch in der „verfeinerten" Fassung wird deutlich, daß die logische Formulierung nicht ohne Vorgriff auf die Semantik und Pragmatik des Rechtssatzes auskommt. Beispielsweise kann die logische Formalisierung von § 812 Abs. 1 BGB nicht klären helfen, unter welchen Voraussetzungen für die Leistung von z durch x an y kein „rechtlicher Grund" besteht, warum eine „Bereicherung" oder „Entreicherung" eintritt, ob und wann eine „Vermögensverschiebung" stattfindet, ob die „Herausgabe" entfallen kann, ob eine empirische Tatsache X zur Annahme einer „Gesundheitsbeschädigung" führt, ob ein Gewerbebetrieb ein „sonstiges Recht" darstellt oder wann eine gegen den Gewerbebetrieb G gerichtete Maßnahme „widerrechtlich" ist. Die prädikatenlogische Analyse von § 812 BGB zeigt zwar sämtliche logischen Verknüpfungen in der Syntax des

72 Für § 823 Abs. 1 BGB gibt *Podlech*, Logische Anforderungen kybernetischer Systeme, in: BB 1968, S. 106 (107 Anm. 19) entsprechende Hinweise.

73 Vgl. *Hilgenheger*, Logische Analyse von § 812 Abs. 1 BGB, S. 103 ff. mit ausführlicher Diskussion der Probleme.

Satzes an, sagt auch, daß die Darstellung für alle Fälle gilt, in denen die genannten Bedingungen vorliegen, erfaßt sogar mit Hilfe einer Variablen die Art und Weise der Leistung; dennoch müssen, um den Formalismus anwenden zu können, alle juristischen Fragen der Auslegung und Bewertung zuvor gelöst sein. Auch die Zuordnung empirischer Ereignisse zum gesetzlichen Tatbestand vollzieht sich unkontrollierbar außerhalb des logischen Systems. Unberücksichtigt bleibt ferner, wie und wodurch Streitfragen bei Auslegungsentscheidungen markiert und einbezogen werden können. Es läßt sich deshalb mit Recht die Frage stellen, ob sich der syntaktische Aufwand für die bestehende Rechtssprache überhaupt lohnt[74]. Die logische Syntax kann die Schwierigkeiten der Rechtssprache nur deshalb scheinbar überwinden, weil sie die Rechtsbegriffe schon wie Terme einer formalisierten Sprache verwendet.

Während entscheidungstheoretische Alternativen innerhalb eines Systems von Fern- und Nahzielen miteinander konkurrieren, Entscheidungsbedingungen konstituieren und nur möglicherweise zu einem logischen Formalismus führen, sind logische Alternativen bereits vollständig determiniert und schließen sich wechselseitig aus. Deshalb kommen sie nicht als entscheidungstheoretisch umgedeutete Alternativen für Entscheidungen über die Auslegung eines Rechtssatzes oder Teilrechtssatzes in Betracht.

b) „Alternative" als Unterschied innerhalb der Semantik eines Rechtssatzes

Ob sich entscheidungstheoretische Alternativen auf der Ebene der Semantik entwickeln lassen, hängt zunächst von der Vorfrage ab, was man unter einer auf den Rechtssatz bezogenen Semantik überhaupt versteht. „Semantik" heißt soviel wie „Erfahrung der Bedeutung"[75]. Schon der Versuch, die Bedeutung der „Bedeutung" etwas genauer zu beschreiben, ist nicht möglich, ohne die sehr verschiedenen Ansätze der Semantik nach Struktur, Funktion und Reflexionsgrad zu unterscheiden.

74 Dies verneinen *Wagner/Haag*, Die moderne Logik, S. 27. Ein bisher noch nicht beschrittener Ausweg wäre der Versuch einer Axiomatisierung kleinerer Rechtsgebiete anstelle der wenig zufriedenstellenden Logifizierung einzelner Rechtssätze. Das hat als erster *Ackermann*, in: Ratio 1957, S. 1 (10) für Eheerlaubnisse und Eheverbote vorgeschlagen.

75 *Lyons*, Einführung in die moderne Linguistik, S. 408 ff. Lyons stellt auch fest: „Noch niemand hat auch nur in Umrissen eine befriedigende und umfassende Semantiktheorie angeboten" (S. 411).
Zahlreiche Literaturnachweise über die verschiedenen Forschungseinrichtungen finden sich bei *Lampe*, Juristische Semantik, S. 11 Anm. 1 und *Eggers*, Elektronische Syntaxanalyse, S. 163 f.

Die Beschäftigung mit Semantik bildet zunächst einen Bestandteil der Sprachphilosophie mit ihren drei Richtungen: der sprachanalytischen Philosophie (Russell, Schlick, Carnap, Wittgenstein, Austin), der philosophischen Hermeneutik (Heidegger, Gadamer, Apel) und der Transzendentalphilosophie (Cassirer, Heintel)[76]. Die unter formalrational-methodischem Aspekt besonders interessierende sprachanalytische Philosophie zerfällt in den logischen Empirismus des Wiener Kreises und in die ordinary language philosophy der „Oxford Schule". Während sich der logische Empirismus vor allem um ein analytisches Beschreibungsgerüst bemüht und sprachwissenschaftliche Methoden entwickeln will, reflektiert die ordinary language philosophy über die natürliche Sprache und unternimmt zu diesem Zweck eine „naturalistische" Sprachanalyse[77]. Ansätze für formalrationale Verfahrensweisen, wie sie sowohl EDV als auch die ökonomische Entscheidungstheorie voraussetzen, sind vor allem von der sprachanalytischen, hier besonders von der logisch-empiristischen Richtung zu erwarten. Auf diese beschränkt sich deshalb die Untersuchung der Ausgangsfrage.

Aus logisch-empiristischer Sicht lassen sich die konstruktive („reine", „moderne", „strukturelle", „mathematische", „extensionale") und die deskriptive („intensionale") Semantik unterscheiden. Während die konstruktive Semantik vor allem als theoretische Linguistik betrieben wird und durch die Werke von Chomsky, Fodor, Katz, Lakoff und Lyons[78] derzeit starke Beachtung findet, wird die deskriptive Semantik vernachlässigt; ihre Grenze zur Pragmatik verschwimmt. Pragmatik aber gilt weitgehend als metho-

76 Dazu mit Nachweisen: *Fahrenbach*, Die logisch-hermeneutische Problemstellung, S. 25 ff.

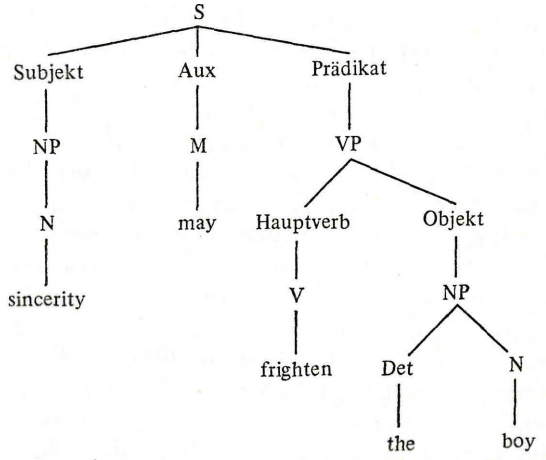
77 Typisch *Austin*, How to do Things with Words, 2. A. London 1963. Austin knüpft allerdings mehrfach an die Sprachwissenschaft (Linguistik) an, z. B. mit der Unterscheidung lexigraphical-grammatical (S. 45) und sense-reference (S. 147), obwohl er der Linguistik vorwirft, sie schaue zu sehr auf die Wörter und ihre Bedeutung und nicht auf die Realitäten, über die zu sprechen wir die Wörter gebrauchen (Philosophical Papers, Oxford 1962, S. 130).

78 *Noam Chomsky*, Aspekte der Syntax-Theorie, Frankfurt a. M. 1970; *J. A. Fodor/Jerrold J. Katz*, The Structure of Language: Readings in the Philosophy of Language, Englewood Cliffs, N. J. 1964; *George Lakoff*, Linguistik und natürliche Logik, hrsg. von Werner Abraham, Frankfurt a. M. 1971; *John Lyons*, Einführung in die moderne Linguistik, München 1971. — Eine Zusammenfassung der Bestrebungen für eine nichtlinguistische Semantik im Bereich der Rechtssprache unternimmt Lampe in seiner „Juristischen Semantik". Anknüpfend an Ross, v. Wright und andere versteht Lampe unter „juristischer Semantik" die „logische Theorie von der Geltung der Rechtsbegriffe, der Rechtssätze und der Rechtssatzmodi". Der Zweck und der Grund der Geltung werden der Pragmatik zugeordnet (S. 13 Anm. 6).

disch unkontrollierbar, und nach Ansicht mancher Logiker sollte man sie überhaupt „eliminieren"[79].

Die theoretische Linguistik versucht, die Semantik als eine empirische Wissenschaft zu fundieren und den subjektiven und unsystematischen Ansatz der traditionellen Semantik zu überwinden[80]. An die Stelle einer Untersuchung des einzelnen Wortes und der Erforschung seiner Bedeutung tritt heute die Untersuchung des Satzes und die Erforschung seines Sinns mit Hilfe von „Referenz"-Beziehungen[81].Referenzbeziehungen ermöglichen durch zahlreiche semantische Klassifikationen die eindeutige Zuordnung von lexikalischen Elementen (Wörterbucheintragungen) und grammatikalischen Elementen (Wort- und Satztypen). Die Tiefenstruktur (deep structure) eines Satzes soll garantieren, daß alle Elemente eindeutig aufeinander beziehbar sind.

An einem einfachen Beispiel, das Chomsky[82] verwendet und das er schrittweise ausbaut, läßt sich der Kern der linguistischen Methode erklären:



Tab. 7: Beispiel eines linguistischen Baum-Diagramms

79 So *Wagner/Haag*, Die moderne Logik, S. 69; ähnlich auch *Weinberger*, Fundamental Problems, in: ARSP Bd. 58 (1972), S. 305 (308).

80 Zur Kritik des traditionellen Ansatzes: *Lyons*, Einführung in die moderne Linguistik, S. 412 ff.

81 „Referenz" (reference)-Beziehungen kennzeichnen das Verhältnis zwischen Wörtern einerseits und Dingen, Handlungen, Situationen, Ereignissen, Eigenschaften andererseits, ohne diese zu „bezeichnen" oder zu „benennen", vgl. *Lyons*, Einführung in die moderne Linguistik, S. 413 f.

82 *Chomsky*, Aspekte der Syntax-Theorie, S. 95.

Das Baum-Diagramm für den Satz S: „sincerity may frighten the boy" zeigt grammatische Funktionen (Subjekt, Auxiliar, Prädikat), grammatische Kategoriensymbole (NP = Nominal-Komplex, M = Modalverb, VP = Verbal-Komplex, N = Nomen, V = Verb, Det = Determinator) und Lexikonelemente (sincerity, boy usw.). Durch die Folge von Ersetzungsregeln

I	$S \longrightarrow NP \frown Aux \frown VP$	II	$M \longrightarrow$ may
	$VP \longrightarrow V \frown NP$		$N \longrightarrow$ sincerity
	$NP \longrightarrow Det \frown N$		$N \longrightarrow$ boy
	$Det \longrightarrow$ the		$V \longrightarrow$ frighten
	$Aux \longrightarrow M$		

läßt sich das wiedergegebene Baum-Diagramm gewinnen. Abweichende Sätze wie: „the boy may frighten sincerity" sind allerdings damit noch nicht ausgeschlossen. Um nur eindeutige Sätze erzeugen zu können, muß eine generative Grammatik aufgebaut werden, die in der Lage ist, ein Modell der Sprachkompetenz (im Unterschied zur Sprachverwendung, der performance) zu erstellen. Außerdem kann ein Wörterbuch (Lexikon) die Ersetzungsregeln zu II ergänzen und beispielsweise statt „boy" auch „girl" zulassen.

Mit Hilfe von Ersetzungsregeln, Transformationen und Grammatiken werden also Bedingungen festgelegt, „die eine Struktur erfüllen muß, wenn sie als Tiefenstruktur dienen soll, die den semantischen Gehalt eines wohlgeformten Satzes ausdrückt"[83]. Die Grammatik kann sich nur auf Elemente beziehen, die im Lexikon stehen. „Semantik" wird somit als Interpretation der logischen Strukturen und Feststellung des Wahrheitswertes von Aussagen verstanden. Nicht die „Bedeutung" der Lexikoneintragung selbst interessiert, oder ihr Zustandekommen, oder ein bestimmter Kontext, sondern nur die „Bedeutung" der syntaktischen Komponente der Grammatik. Bei Verwendung dieser Technik lassen sich rekursive Sätze erzeugen, und das ist nicht nur ein Hauptanliegen der Linguisten, sondern zugleich eine notwendige Voraussetzung für die Entwicklung eines Algorithmus und damit notwendige Voraussetzung für die Verwendung von EDV bei der Erzeugung von sprachlichen Sätzen. Der Umstand aber, daß ein sprachlich fixierter Satz nicht eindeutig ist, sondern zwei oder mehr Auslegungen zuläßt, interessiert Linguisten nur insofern, als dies als Anzeichen dafür gilt, daß dem Satz

83 *Chomsky*, Aspekte der Syntax-Theorie, S. 178. An anderer Stelle (Einleitung zu *Gross/Lentin*, Mathematische Linguistik, S. VII) formuliert Chomsky das Ziel wie folgt: „Die generative Grammatik einer Sprache wird als System von Regeln und Prozessen aufgefaßt, die die potentiell unendliche Klasse von Sätzen einer natürlichen Sprache charakterisieren und jedem dieser Objekte eine Strukturbeschreibung zuordnen, in der die signifikanten phonetischen, syntaktischen und semantischen Eigenschaften repräsentiert sind." Zugleich wird damit behauptet, die grammatische Struktur eines Satzes sei die logische Form des Satzes, vgl. *Lakoff*, Linguistik und natürliche Logik, S. 23.

zwei oder mehr grammatische Analysen zugeordnet werden können[84]. Für Juristen in der Entscheidungssituation ist aber genau der umgekehrte Vorgang wichtig: nicht Techniken über die eindeutige Formung von Rechtssätzen, sondern Techniken über die eindeutige Verwendbarkeit bereits geformter Rechtssätze interessieren.

Ohne nähere Begründung meint Reisinger[85] dennoch, es liege nahe und sei vielversprechend, „die von den linguistischen Disziplinen entwickelten Methoden zur automatisierten Normanalyse heranzuziehen". In der Tat gibt es Modelle von Rieser und Petöfi für den Aufbau einer generativen Grammatik der juristischen Sprache[86]. Wegen möglicher Rückwirkungen auch auf die juristische Entscheidungstechnik sollen beide Modelle in stark vereinfachter Form kurz skizziert werden.

Rieser will eine Grammatik entwickeln, die aus vier Mengen von Elementen besteht: 1) aus der Menge syntaktischer Kategorien, die aufgrund eines operationalisierten Verfahrens aus der juristischen Teilsprache gewonnen werden; 2) aus einer aufzählbaren Menge von Wörtern dieser Sprache; 3) aus einer Menge von zulässigen syntaktischen Regeln über 1); 4) aus einer Menge von zulässigen semantischen Regeln über 1) und 2). Eine solche Grammatik gestattet eine analytische und synthetische Behandlung der Sätze aus der juristischen Teilsprache dann, wenn in einem Lexikon für diese Teilsprache alle Sinn-Relationen (Synonyma, Hyperonyma, Antonyma usw.) aufgezählt, außerdem Angaben über die Rückführbarkeit komplexer Begriffe (Semanteme) auf einfache Begriffe gemacht und durch besondere Merkmale Zuordnungen von Begriffen zu Lebenssachverhalten garantiert werden.

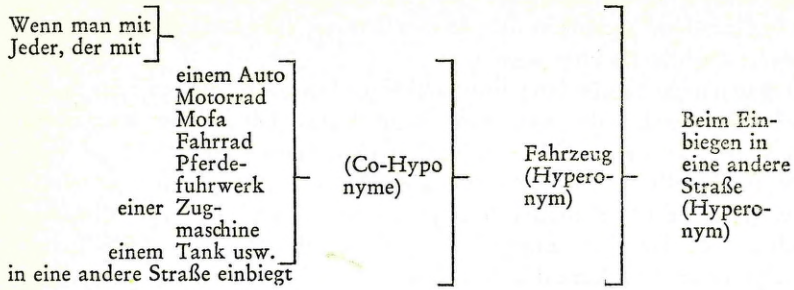
Die Verwendung dieser Grammatik setzt allerdings voraus, daß alle Begriffe klar festgelegte Bedeutungen besitzen, die vom Gesetzgeber und von allen Juristen identisch verwendet werden. Das läßt sich nach Ansicht Riesers durch operationale Definitionen erreichen, die Antwort auf die Frage geben, welche Merkmale vorhanden sein müssen, damit einer grammatischen Funktion im Gegenstandsbereich eines bestimmten Prädikats eine bestimmte Relation zugeordnet werden kann. Die Anwendung der Rieser-Grammatik auf den Beispielssatz: „Beim Einbiegen in eine andere Straße

84 Vgl. *Lyons*, Einführung in die moderne Linguistik, S. 138.

85 Automatisierte Normanalyse, S. 9. Zurückhaltender: *Heinz/Ungeheuer*, Kommunikationswissenschaftliche und linguistische Probleme, S. 70 f.

86 *Rieser*, Analyse eines Rechtssatzes, S. 17—43; *Petöfi*, Juristische Texte, S. 45—65. Beide Modelle sind als eigenständige Ansätze sowohl neben der juristisch-semantischen Interpretation bestehender allgemeiner logischer Kalküle, wie es *Lampe* (Juristische Semantik, S. 13 Anm. 6) versucht, als auch neben den Entwürfen zu einer Normlogik aufzufassen.

ist nach rechts ein enger, nach links ein weiter Bogen auszuführen" (§ 8 Abs. 3 S. 1 StVO a. F.) hat folgendes Aussehen[87]:



ist nach rechts ein enger, nach links ein weiter Bogen

auszuführen
zu machen
zu fahren
Synonyma

Die Leistung dieses Grammatiktyps besteht folglich darin, unter angebbaren Bedingungen grammatikgerechte Sätze erzeugen zu können, die rekursiv, aufzählbar und widerspruchsfrei sind, ferner darin, für beliebig vorgelegte Sätze eine eindeutige Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob sie mit dem aufgestellten System vereinbar sind oder nicht. Die sehr optimistischen Annahmen in den Modellbedingungen hinsichtlich der Voraussetzungen, eine juristische Teilsprache abgrenzen, operationale Definitionen erarbeiten, ein Lexikon aller verwendbaren Begriffe aufstellen, Merkmale für die Zuordnung von Begriffen und Lebenssachverhalten finden und Regeln für die Kontrolle der Bedingungen angeben zu können, setzen allerdings Handlungen und Entscheidungen voraus, die gerade im Recht die eigentliche Problematik darstellen und nicht ohne weiteres erfüllbar sind.

Der von Petöfi entwickelte Grammatiktyp scheint der juristischen Entscheidungssituation insofern etwas besser zu entsprechen, als keine abgeschlossene Text-Basis vorausgesetzt wird und es möglich sein soll, semanti-

87 *Rieser*, Analyse eines Rechtssatzes, S. 17 (38).

sche Relationen zwischen zwei verschiedenen Texten herzustellen, von denen der eine Text ein Gesetzestext sein kann. Der Aufbau eines Lexikons, das ebenfalls erforderlich ist, gründet sich auf die Hypothese, daß eine Grundmenge der Sprache als „elementare semantische Repräsentation" abgrenzbar sein muß und sich auf diese Grundmenge hin andere Texte durch besondere Transformationsregeln umformen lassen. Auf die Darstellung der komplizierten Umformungsvorgänge mit linguistischen Hilfsmitteln, die in mancher Hinsicht juristisch (noch) nicht befriedigen, wird hier verzichtet. Die Schwierigkeiten der praktischen Anwendung dieses Grammatiktyps sind allerdings durchaus mit denen des zuvor erwähnten Typs vergleichbar: Um beispielsweise entscheiden zu können, ob ein „Kinderwagen" ein „Fahrzeug" im Sinne der Straßenverkehrsordnung ist, müßte anhand einer Liste festgestellt werden, ob „Kinderwagen" in der Kategorie „Fahrzeug" des Lexikons und seiner listenmäßigen Beschreibung vorkommt. Die Entwicklung eines Thesaurus für die Aufnahme von Merkmalen in die Liste sowie die Abänderung und Ergänzung der Liste erfordern weiterhin jeweils „pragmatische" juristische Entscheidungen, die nicht durch linguistische Techniken erübrigt werden können.

Beide Grammatikmodelle erscheinen insofern interessant, als sie neue Aspekte einer Theoretisierung des Rechts und der Rechtssprache eröffnen[88], was als notwendiger Bestandteil einer künftigen modernen Gesetzgebungstechnik angesehen werden muß. Als Hilfe zur Lösung juristischer Entscheidungsprobleme auf der Grundlage der heutigen Rechtssprache kommen sie jedoch deshalb kaum in Betracht, weil die logische Semantik (Textlinguistik) alle Handlungsvorgänge ausklammert, obwohl diese doch die Grundlage für die Semantik darstellen. Die Fiktion des „kompetenten Sprechers"[89] bildet eine schwache Brücke zum zum Symbolwert des Textes. Mit Hilfe der Textlinguistik lassen sich zwar bereits getroffene Entscheidungen oder inhaltlich bereits „verstandene" Texte strukturell beschreiben, Beschreibungen formalisieren und Beschreibungsverfahren operationalisieren, aber die zugrundeliegenden inhaltlichen Entscheidungsprobleme werden lediglich benannt und nicht gelöst, sondern nur nach ihrer Lösung außerhalb der Linguistik nachträglich wieder unter linguistische Kontrolle gebracht[90]. Lingui-

88 Darauf hat vor allem *Hartmann*, Sprachwissenschaft und Rechtswissenschaft, in: Rechtstheorie Bd. 1 (1970), S. 45 (50 ff.) eindringlich hingewiesen.

89 *Chomsky*, Aspekte der Syntax-Theorie, S. 14.

90 Treffend scheint eine Aussage von W. S. Allen zu sein, die *Uriel Weinreich* (Erkundungen, S. 1) zitiert: „Das Evangelium des Linguisten umfaßt jedes Wort, das aus dem Munde seines Informanten kommt — welcher, per definitionem, nichts Falsches sagen kann; dagegen ... muß prinzipiell alles, was der Informant ü b e r seine Sprache (im Gegensatz zu: i n ihr) vorbringt, als falsch betrachtet werden."

stische Verfahren können möglicherweise einiges zur Klärung logisch-semantischer Relationen der Rechtssprache beitragen; ob am Ende eine „bessere" Rechtsanwendungsmethode steht, weiß man damit aber noch nicht[91].

Auf diesem Hintergrund läßt sich nun auch die Frage beantworten, ob Unterschiede in der (logischen) Semantik eines Rechtssatzes sinnvoll als entscheidungstheoretische Alternativen im Hinblick auf Auslegungsentscheidungen angesehen werden können; Lyons[92] definiert die Bedeutung von „Bedeutung" geradezu als Alternative, wenn er sagt, daß „Bedeutung haben Wahlmöglichkeit voraussetzt". Unter „Wahl" versteht Lyons allerdings die Wahl zwischen verbalen und adjektivischen Ausdrücken oder zwischen synonymen Begriffen, also die Wahl zwischen Eigenschaften und nicht zwischen Handlungsmöglichkeiten. Ein Richter steht bei Auslegungsentscheidungen jedoch nicht vor einer Wahl zwischen linguistischen Eigenschaften der Sprache, also vor Alternativen in der Sprachkonstruktion oder in der Sprachgrammatik, sondern vor Alternativen in der Sprachverwendung. Dafür aber bietet die logische Semantik, vielleicht mit Ausnahme der lexikalischen Sinn-Relationen, wenig Hilfe. Um die tatsächliche Sprachverwendung alternativ strukturieren zu können, bleibt eine deskriptive Semantik oder eine Pragmatik erforderlich.

c) *„Alternative" als Unterschied innerhalb der Pragmatik eines Rechtssatzes*

Entscheidungsalternativen bei der Sprachverwendung stellen auf die Beziehung zwischen dem Entscheidungssubjekt und dem Zeichen (Begriff, Wort) ab, betreffen also die pragmatische Sprachebene. Richterliche Entscheidungen beruhen in der Endphase des Entscheidungsprozesses auf der Art und Weise der Verwendung eines bestimmten Rechtssatzes. Das Hauptproblem bildet meist die Vorfrage, ob die Erfüllung eines Satzteils oder Begriffs unterstellt werden kann oder nicht; die anschließende Verknüpfung mit dem übrigen Rechtssatz bietet dagegen selten Schwierigkeiten. Deshalb liegt folgende These nahe: Die juristische Alternative in der Entscheidungssituation besteht regelmäßig in der Entscheidung über die Frage, ob ein bestimmter Rechtsbegriff als vorliegend („erfüllt") angesehen werden kann oder nicht. Die bejahende oder verneinende Antwort hängt weniger von der sprach-

91 Die Gefahr einer „linguistischen Jurisprudenz", vor der *Rodingen* (Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie, in: ARSP Bd. 58 [1972], S. 161 [162]) warnt, gibt es insofern jedenfalls nicht. Zwar werden Beziehungen zwischen linguistischen Beschreibungen und juristischer „Bedeutung" vermutet *(Gallizia/Mollame/Bardone*, Theoretical Considerations, in: Law and Computer Technology 1970, S. 133—138), aber die dabei zu überwindenden Schwierigkeiten sind sehr groß.

92 Einführung in die moderne Linguistik, S. 447.

lichen Gestalt oder den lexikalischen oder den grammatikalischen Relationen des Begriffs oder des Satzes als vielmehr davon ab, welche Folgen die bejahende oder verneinende Antwort auslösen wird und ob die jeweilige Folge, gemessen an den Normzielen, aus der Sicht des juristischen Entscheiders, der die Macht zur authentischen Interpretation des Begriffs hat, wünschenswert erscheint oder nicht.

Die These setzt zunächst den Rechtsbegriff als eine analytisch-informationelle Kategorie voraus und faßt ihn nicht als einen philosophischen topos etwa im Sinne Kants oder Hegels auf. Als informationelle Kategorie verstanden hat ein Rechtsbegriff nicht nur die Eigenschaft, Träger von Informationen über Objekte, Zustände und Ereignisse der Außenwelt zu sein, sondern hat auch die Eigenschaft, in Abhängigkeit von Normzielen und den Entscheidungsfolgen eine Bewertung dieser Informationen zu vermitteln. Die Art und Weise der Informationssammlung und Informationsverarbeitung wird sehr stark von der Persönlichkeit des Entscheidungssubjekts sowie der unpräzisen Formulierung von Gesetzestexten und der ungenauen Beschreibung vorhandener Informationen beeinflußt. Eine zeitangemessene juristische Entscheidungstheorie darf diese Faktoren nicht länger als unerhebliche Grenzfälle ausklammern, sondern muß sie entsprechend dem Gewicht, das ihnen nach empirischen Untersuchungen zukommt, zum Ausgangspunkt nehmen. Wer so den juristischen Entscheidungsprozeß realistisch betrachtet, dem fällt der kleine gedankliche Schritt nicht schwer, in vielen Entscheidungssituationen das Vorhandensein von Entscheidungsalternativen anzuerkennen.

Diese nicht nur für EDV-Anwendungen folgenreichen Zusammenhänge gehen bei dogmatischen Begriffskonstruktionen regelmäßig deshalb verloren, weil weder genügend auf die Konsistenz der Begründung noch auf das Zusammenspiel der Informationskategorien noch auf die Beschreibung der Informationen geachtet wird. In der Tradition der Pandektistik und des Gesetzespositivismus liegt es ja gerade, die Leistung darin zu sehen, juristische Entscheidungen von einer Konfrontation mit Alternativen zu befreien[93] und die Begriffe unmittelbar wie präzis feststehende Rechenelemente[94] zu benutzen. Dies ist aber regelmäßig nur dann möglich, wenn unbemerkt eine vom Entscheidungssubjekt vorgängig getroffene Auslegung verabsolutiert wird, denn die Rechtssprache ist selten exakt genug, um eindeutige Schlußfolgerungen zu erlauben. Demgegenüber halten viele Juristen, die sich mit

93 *Esser*, Möglichkeiten und Grenzen, in: AcP Bd. 172 (1972), S. 97 (104).

94 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 111. Die Wandlungsfähigkeit von Begriffen erkennt dagegen Windscheids Zeitgenosse Peirce an: „Jedes Anwachsen der Information eines Menschen impliziert und wird impliziert von einem entsprechenden Anwachsen der Information eines Wortes" (Schriften I, S. 223).

dem „Wesen" der Rechtssprache beschäftigt und einzelne Aspekte herausgearbeitet haben[95], sogar Generalklauseln wie „Freiheit" und „Demokratie" für „klare Begrifflichkeit"[96]. Zur Sprache des Bürgerlichen Gesetzbuchs lautet das optimistische Gesamturteil von Oplatka-Steinlin[97]:

„Vorzüglich logisch, sprachlich genau, gedrängt, bis zum äußersten schriftsprachlich und hochsprachlich, korrekt und irritierend deutlich."

Die Ansicht von der vorhandenen Exaktheit der Rechtssprache wird von allen logischen, linguistischen, methodenkritischen und wissenschaftstheoretischen Untersuchungen widerlegt[98]. Danach erreicht die Rechtssprache keineswegs die Präzision einer Wissenschaftssprache, sondern ist lediglich eine standesinterne Umgangssprache, deren scheinbare Eindeutigkeit auf dem durch Sozialisation erworbenen gemeinsamen Vorverständnis der Juristen beruht. Andererseits gibt es bisher auch keinen Weg, um die hohen Anforderungen der Wissenschaftstheorie für die Entwicklung einer fachbezogenen Wissenschaftssprache zu erfüllen. Es fehlen dafür sowohl genügend reichhaltige Kalkülsprachen, die interpretiert werden könnten, als auch eine Beobachtungssprache, die Ereignisse und Objekte deskriptiv bezeichnete, als auch Meßtheorien, die Zuweisungen von Ereignissen und Objekten (Sachverhalte) zu Wörtern und Sätzen der Beobachtungssprache ermöglichten. Lediglich eine sprachtheoretische Forderung[99] dürfte sich derzeit annäherungsweise erfüllen lassen, nämlich: zwischen Rechtssprache und derjenigen Sprache zu differenzieren, in der *über* die Rechtssprache gesprochen wird (Metasprache).

95 Die fast unübersehbare Literatur zu diesem Thema ist weitgehend aphoristisch-lebensphilosophisch gefärbt und kommt ohne Rückgriff auf die Spezialwissenschaften aus: *Hans Dölle*, Vom Stil der Rechtssprache, Tübingen 1949; *Ernst Forsthoff*, Recht und Sprache, Halle 1940; *Helmut Hatz*, Rechtssprache und juristischer Begriff, Stuttgart 1963; *Walter Merk*, Werdegang und Wandlungen der deutschen Rechtssprache, Marburg 1933; *Horst Neumann-Duesberg*, Sprache im Recht, Regensburg/Münster 1949; *Els Oksaar*, Sprache als Problem und Werkzeug des Juristen, in: ARSP Bd. 53 (1967), S. 91—132. Zahlreiche weitere Nachweise finden sich bei *Brinckmann*, Juristische Fachsprache und Umgangssprache, in: ÖVD 1972, S. 60 (63 Anm. 19). Auf diesem Hintergrund verwundert dann folgende Gerichtsentscheidung kaum: „Bereits rein sprachlich läßt sich die Dialyse nicht als Heilmittel bezeichnen" (SozG Berlin v. 30. 9. 1970 JZ 1971, S. 422 [423]).

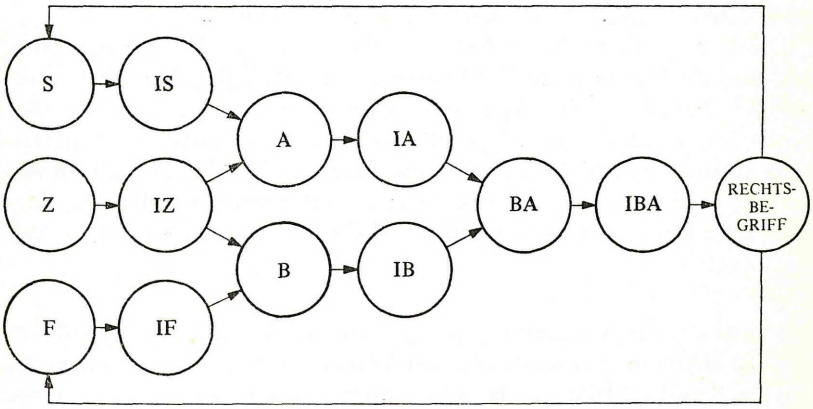
96 *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 69. Forsthoff nennt es dort auch eine „Kuriosität", wenn sich ein Politologe mit Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftige.

97 Untersuchungen zur neuhochdeutschen Gesetzessprache, S. 120.

98 *Brinckmann*, Juristische Fachsprache und Umgangssprache, in: ÖVD 1972, S. 60—69; *Lautmann*, Justiz — die stille Gewalt, S. 150 ff.

99 *Podlech*, Gehalt und Funktionen, S. 49 Anm. 4; *Wagner/Haag*, Die moderne Logik, S. 19; *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, S. 176.

Damit entsteht die Frage, ob und wie sich juristische Alternativen in der Entscheidungssituation überhaupt in Richtung einer Operationalisierung strukturieren lassen. Fest steht im Gerichtsverfahren lediglich, daß über einen Antrag letztlich mit „ja" oder „nein" entschieden werden muß. Um die dafür notwendigen Vorentscheidungen über die Anwendung eines Rechtssatzes oder Rechtsbegriffs nicht als intuitiv-zufällig einstufen zu müssen, sondern so weit wie möglich intersubjektiv nachprüfbar zu machen, ist es nötig, Wandlungen bei der Begriffsverwendung als Konsequenzen von Wandlungen in der zugrunde liegenden Informationsbasis nachzuweisen. Hierfür den Rechtsbegriff unmittelbar selbst gebrauchen zu wollen, bedeutete nichts anderes, als die informationsverarbeitenden Schritte und die daraus folgenden Vorentscheidungen nicht zu benennen. Wenn und soweit also rationale Informationsverarbeitungsprozesse bei juristischen Entscheidungen stattfinden sollen, ist es aus analytischer Sicht notwendig, eine vorgelagerte Kategorie von Informationen zu isolieren, welche die Relationen zu den übrigen Informationskategorien (Sachverhalts-, Ziel- und Folgeninformationen) zusammenfaßt und aufgrund einer ausdrücklichen Bewertung die „Bedingungen"[100] für die Anwendung eines Rechtsbegriffs repräsentiert. Die Menge der Bedingungen bildet dann eine Metaebene zur Sprachstufe der Rechtsbegriffe und ist geeignet, die Alternativenwahl im juristischen Entscheidungsprozeß zu steuern.



Tab. 8: Zusammenhänge zwischen Anwendungsbedingungen eines Rechtsbegriffs und Informationskategorien

Erläuterung:
Die Anwendungsbedingungen (A) relativieren die Informationen über den konkreten Sachverhalt (IS) gegenüber den Informationen über die Ziele für die Anwendung des Rechtsbegriffs (IZ); die Bewertung der Anwendungsbedingungen (B) hängt von den Informationen über die Ziele (IZ) und den Informationen über die Folgen der Entscheidung (IF) ab. Aus den Informationen über die bewerteten An-

wendungsbedingungen (IBA) ergibt sich die auszuwählende Alternative bezüglich der Anwendung des Rechtsbegriffs.

Beispiel:
Um die Alternative, ob ein Streik gegen die Stillegung eines Betriebes „Gewalt" im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB ist, mit „ja" oder „nein" entscheiden zu können, müssen die Informationen über die bewerteten Anwendungsbedingungen (IBA) verschieden aussehen. Die „ja"-Alternative (Streik = Gewalt) wird gewählt, wenn die wirtschaftliche Lage des Betriebs (A_1) höher bewertet wird (B_1) als die wirtschaftliche Lage der Arbeitnehmer (A_2B_2); die „nein"-Alternative (Streik = Gewalt) wird gewählt, wenn die wirtschaftliche Lage der Arbeitnehmer (A_2) höher bewertet wird (B_2) als die wirtschaftliche Lage des Betriebes (A_1B_1). Der Ausdruck „wirtschaftliche Lage" umfaßt jeweils ein ganzes Bündel von Gesichtspunkten. Bei der Alternative A_2B_2 (Streik = Gewalt) ist als Folge (F) nicht auszuschließen, daß sich solche Streiks künftig wiederholen werden. Das könnte je nach der Einstellung des Entscheidungssubjekts gegenüber der Folge (F) die Bewertung (B) und damit die bewerteten Anwendungsbedingungen (BA) für die Alternativenwahl verändern[101].

Je genauer die informationelle Beschreibung ausfällt, um so wohlstrukturierter und damit operationaler wird das Entscheidungsproblem. Wenn es gelingt, Anwendungsbedingungen zu ermitteln und ihre Einflüsse auf die Begriffsverwendung in einer Liste (Matrix) anzugeben, dann bietet die Liste eine rationalere Argumentationsgrundlage als der Begriff selbst. Ein weiterer Vorteil liegt darin, daß der Vorgang der Auslegung (Interpretation) eines Rechtsbegriffs nunmehr als Wahl zwischen Anwendungsbedingungen und deren Bewertung eindeutig nachvollziehbar wird.

Die hier skizzierte Auffassung über eine informationsbedingt-rekursive, pragmatische Alternativenbildung unterstellt den Rechtsbegriffen eine instrumentelle Funktion. Diese läßt sich insofern kaum leugnen, als in vielen neueren Spezialgesetzen direkt oder indirekt die anzustrebenden Gesetzesziele genannt sind, der Gesetzestext also dazu dienen soll, diese Ziele zu verwirklichen. Fehlt eine Zielangabe, dann wird der instrumentelle Charakter nicht etwa beseitigt, sondern oft nur verdeckt: Entweder läßt sich eine Ziel-

100 Es wird bewußt von „Bedingungen" (etwa im Sinn mathematischer „Variablen") und nicht von „Faktoren", „Elementen" oder „Deskriptoren" gesprochen, um die Kausalbeziehung zur Begriffsverwendung besser hervortreten zu lassen. Für die Zusammenhänge zwischen „Bedeutung" und „Begriff" oder „Zeichen" vgl. *Chomsky*, Syntax-Theorie, S. 403 und *Kamlah/Lorenzen*, Logische Propädeutik, S. 86.

101 Dieses Streik-Beispiel verwendet *Lüderssen*, Rechtstheorie, S. 350 (352 f.) gerade, um die Überlegenheit der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik gegenüber analytischen Verfahren zu zeigen. Dahinter dürfte die verbreitete Auffassung stehen, daß sich Bewertungen analytisch überhaupt nicht erfassen lassen.

orientierung noch nachtäglich ermitteln oder der Gesetzestext dient unrelativiert und unmittelbar der Durchsetzung der stärkeren Interessen[102].

Eine gewisse Verwandtschaft mit dem Versuch einer informationsbedingt-rekursiven Alternativenbildung scheinen auch einige andere pragmatische Verfahren aufzuweisen:

— Auffächerung von Begriffen in einer Begriffspyramide
— Legaldefinitionen
— Sonstige Definitionen
— Kommunikative Techniken.

Die Nachteile und Zufälligkeiten von juristischen *Begriffspyramiden* sind in den Kritiken zur Begriffsjurisprudenz schon oft dargestellt worden und brauchen deshalb nicht wiederholt zu werden; für den Nachvollzug begriffsjuristischer Alternativen fehlt es regelmäßig am invarianten Wortgebrauch. Die von Juristen hochgeschätzten *Legaldefinitionen* verringern zwar die Möglichkeiten des Wortgebrauchs, reduzieren diesen allerdings nicht auf einen einzigen, weil Legaldefinitionen mit allen anderen Real- und Nominaldefinitionen[103] folgende Nachteile aufweisen: Die definierende Umschreibung steht auf derselben Sprachstufe wie der zu definierende Begriff; die definierende Umschreibung bleibt interpretationsfähig; für die Interpretation bestehen keine zuverlässigen Regeln. Das Begriffsverwendungsproblem wird durch solche Definitionen also nicht gelöst, sondern nur verlagert.

Definitionen unter Einschluß von Verwendungsregeln kommen in der *modernen Definitionstheorie* vor. Podlech[104] unternimmt den entsprechenden Versuch, die Rechtsbegriffe „Wald" und „Anwesenheit" durch logische Implikationen von empirischen Bedeutungskomponenten festzulegen. Die Vorteile aus formalrationaler Sicht liegen auf der Hand. Der Nachteil besteht

102 Beispiele für Ziel- und Interesseabhängigkeit juristischer Begriffe finden sich schon bei *Müller-Erzbach*, Relativität der Begriffe, S. 31. In der rechtssoziologischen Literatur werden diese Abhängigkeiten allgemein anerkannt: *Klüver*, Begriffsbildung, S. 369 (370 f.).

103 Dazu: *Bocheński*, Denkmethoden, S. 90—96; *Kamlah/Lorenzen*, Logische Propädeutik, S. 89; *Klug*, Juristische Logik, S. 85—96; *Otte*, Dialektik und Jurisprudenz, S. 98 ff. (historisch).

104 *Podlech*, Wertungen und Werte, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 185 (210—215). Podlech beschränkt sich allerdings auf „vage" (= mehrdeutige), durch Zerlegung konkretisierbare Ausdrücke und unterscheidet davon die „wertausfüllungsbedürftigen" Ausdrücke. Diese Abgrenzung ist nicht überzeugend, weil sie letztlich die Trennungsmöglichkeit von bewahrender Rechtsdogmatik und veränderungsfähiger Rechtspolitik unterstellt. Zur Kritik auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 51 Anm. 13.

darin, daß die formale Definitionstheorie keine Kriterien anbietet, um die Bedeutungskomponenten aufzufinden und zu bewerten. Dies setzte nämlich die Einbeziehung des Entscheidungssubjekts und die Angabe von Rahmenbedingungen voraus, und das geschieht bisher nur innerhalb der ökonomischen Entscheidungstheorie.

Schließlich werden in jüngster Zeit verschiedentlich *„kommunikative" Techniken* empfohlen, um die beste Entscheidung herauszufinden. Alle auf Kommunikation zielenden Vorschläge, gleichgültig, ob sie auf eine Institutionalisierung[105] oder auf eine Dialogisierung[106] abstellen, vernachlässigen den Geltungsanspruch der Rechtssätze und beruhen nicht auf formal folgerichtiger Alternativenbildung, sondern auf einem zufallsabhängigen und daher EDV ausschließenden Meinungs- und Interessenausgleich.

Deshalb soll hier die Frage untersucht werden, ob sich pragmatische Sprachverwendungsalternativen entscheidungstheoretisch so strukturieren lassen, daß sich informationsbedingt-rekursive Entscheidungsalternativen ergeben. Um das Verfahren offenzulegen, welche Bedingungen auf welche Weise die Entscheidungsalternativen steuern, muß man mehr über die vorausgehenden Phasen der Informationssammlung und der Informationsverarbeitung wissen. Der juristische Entscheidungsprozeß ist zu diesem Zweck nach „rückwärts" aufzurollen. Die unterschiedlichen Phasen dienen dabei nur als Stationen für den insgesamt linear verlaufenden Informationsprozeß, der zur abschließenden Alternativenwahl führt. Sie zwingen weder zu einer strikten Reihenfolge noch verhindern oder erschweren sie die notwendigen informationellen Such- und Lernprozesse an Schnittstellen innerhalb der Phasen.

105 *Heinz/Ungeheuer,* Kommunikationswissenschaftliche und linguistische Probleme, S. 84 ff.

106 *Habermas* sieht im kommunikativen Handeln („Interaktion") und im „Diskurs" (anspruchsvolle Problematisierung) zwei Formen umgangssprachlicher Verständigung (vgl. Theorie der Gesellschaft, S. 114 f.). Habermas ist auf der Suche nach einer metahermeneutischen Theorie der „kommunikativen Kompetenz" (Theorie der Gesellschaft, S. 107, 180, 213, 220, 242) und verwendet zur Darstellung erstaunlicherweise pragmatisch umgedeutete Begriffe aus der strukturalistischen Syntaxtheorie Chomskys, z. B. „sprachliche Kompetenz" und „Sprecher".
Mit sprachlicher Kommunikation in bezug auf Interpretation beschäftigt sich auch Apel. Er vertritt eine „vorsprachanalytische Theorie des Verstehens" (Szientistik, S. 20), die „Geisteswissenschaftler" zu einer „semiotischen Interpretationsgemeinschaft" zusammenschließen soll (S. 26). Apel entwickelt dafür aber keine intersubjektiv überprüfbare Methode. Von juristischer Seite hat *Viehweg* neuerdings den kommunikativen Aspekt mit der Topiklehre zu verbinden versucht (Historische Perspektiven, S. 63 [72]).

3. Strukturelle Beschreibung der Informationen über bewertete Anwendungsbedingungen

Nach dem oben[107] skizzierten Modell der Zusammenhänge zwischen den Anwendungsbedingungen eines Rechtsbegriffs und den Informationskategorien hängt die Verwendung eines Rechtsbegriffs zunächst von Anwendungsbedingungen ab, die das Entscheidungssubjekt zuvor bewertet hat. Eine strukturelle Beschreibung muß diese Abhängigkeit noch näher kennzeichnen.

Betrachtet man die Informationen über die bewerteten Anwendungsbedingungen als allein maßgebende Operationsgrundlage für die Alternativenwahl, dann spiegelt sich in der Teilmenge, von der ein Richter bei seiner Alternativenwahl ausgeht, die pragmatische Bedeutung des in Frage stehenden Rechtsbegriffs. Die pragmatische Bedeutung ist also gleichzusetzen mit der Gesamtheit derjenigen bewerteten Anwendungsbedingungen, die in einer bestimmten Situation im Hinblick auf die Alternativenwahl verknüpft werden. Im Grunde handelt es sich um eine mittelbare Bedeutungsfeststellung. Sie verläuft kontrollierbarer als die mit der üblichen juristischen Auslegung verbundene und besteht in der Umkehrung des Vorgangs, wie ihn eine Interpretation formaler Sprachen (Kalküle) in natürliche Sprachen erforderte: Dort wird nämlich zunächst ein axiomatisches System errichtet, das einen Deduktionszusammenhang garantiert; dann wird nachträglich versucht, dem Formalismus durch Übersetzung in eine natürliche Sprache einen Sinn zu verleihen. Da es aber bisher kein so reichhaltiges axiomatisches System gibt, das in der Lage wäre, Begriffsverwendungen zu generieren, ist zu fragen, ob eine entscheidungstheoretisch strukturierte Problemzerlegung bei zielorientierten Begriffsauslegungen einen brauchbaren Ersatz bieten kann. Es liegt auf der Hand, daß die Genauigkeit der Beschreibung der informationellen Verknüpfungen stark vom Typus des Rechtsbegriffs oder Rechtssatzes (Grad der Zielorienierung, Festlegbarkeit des Entscheidungsbereichs) und seinem Abstraktionsgrad (technisierter Rechtsbegriff, Ermessensbegriff) abhängt.

Aus EDV-Sicht interessiert nur die Frage, wie man substantielles Wissen über die Verwendung eines Rechtsbegriffs in ein entscheidungstheoretisches Verfahren einbetten kann. Für die Beantwortung ist es günstig, die Informationen über bewertete Anwendungsbedingungen (IBA) nach ihren Bestandteilen, nämlich den Anwendungsbedingungen (A) und deren Bewertungen (B) getrennt zu untersuchen.

Anwendungsbedingungen repräsentieren Sätze über Ereignisse oder Eigenschaften, die Einfluß auf die Verwendung eines Rechtsbegriffs haben. An dieser Stelle ist nicht wichtig, wie diese Sätze zustandekommen, sondern nur,

107 S. 183.

was mit bereits vorhandenen Sätzen geschieht. Es gibt zwei Möglichkeiten, ihren Einfluß auf die Alternativenwahl formal zu konkretisieren. Einmal läßt sich ein additives Verfahren denken, wonach eine bestimmte Zahl von Anwendungsbedingungen vorzuliegen hat, um eine positive Alternativenwahl zu implizieren. Folgende beiden Regeln wären sinnvoll:

— Vetoregel: Alle Anwendungsbedingungen müssen vorliegen.

— Mehrheitsregel: Die Mehrheit aller Anwendungsbedingungen muß vorliegen.

Die Brauchbarkeit sowohl der Mehrheits- als auch der Vetoregel für die juristische Alternativenbildung erscheint aber zweifelhaft, denn um den Einzelfall zu erfassen, kommt es weniger auf die Anzahl, als auf die quantitative Einschätzung dieser Anwendungsbedingungen an. Deshalb muß zumindest ein ergänzendes Verfahren hinzutreten, das den Anwendungsbedingungen Einflußgrößen zuordnet. Dafür ist eine Bewertung Voraussetzung. Die Menge aller Bewertungen gibt an, welcher Vorrat an Gewichtungen den Anwendungsbedingungen zugeordnet werden kann. Juristische Auslegungsalternativen resultieren dann aus Kombinationen von gewichteten Anwendungsbedingungen.

Damit erhebt sich die wichtige Frage, wie man zu der „richtigen" Kombination von gewichteten Anwendungsbedingungen kommt. Im Rahmen der normativen Entscheidungstheorie zielt dies nicht auf die behavioristisch-psychologischen Faktoren der Vor-Urteilsbildung, die nicht normierbar, sondern nur beschreibbar sind, sondern auf das Problem, ob sich eine generell nachprüfbare Regel für die Begründung einer Auslegungsalternative angeben läßt. Das vorauszusetzende Zusammenspiel behavioristischer, psychologischer und kommunikativer Faktoren im Entscheidungsverfahren kann insoweit als informationelles Subsystem aufgefaßt werden, dessen Endzustand eine wichtige Einflußgröße auf diese generelle Regel darstellt. Als generelle Regel kommt folgender Satz in Betracht:

— Grenzregel: Wenn die Summe der Bewertungen von Anwendungsbedingungen einen bestimmten Gewichtungsgrad erreicht, erfolgt die Wahl der positiven Alternative, andernfalls der negativen Alternative.

„Richtigkeit" der Alternativenwahl wird auf diese Weise als relatives Verhältnis beschreibbar, nämlich als eine Aussage, die auf den zuvor festgelegten Gewichtungsgrad bezogen ist. Die Festlegung des Gewichtungsgrades selbst läßt sich freilich nicht auf der normativen Entscheidungstheorie „ableiten", da diese nur ein analytisches Instrumentarium zur Verfügung stellt. Möglich sind jedoch unterstützende Hilfsverfahren, die Argumente dafür liefern können, welcher Gewichtungsgrad zugrunde gelegt werden sollte. Beispielsweise hält die bisherige Auslegungspraxis zu einem Rechtsproblem eine Argumentensammlung bereit, die entscheidungstheoretisch aufzuarbeiten wäre.

Die „Grenzregel" bietet ein verhältnismäßig grobes Raster und ist weder für alle zielorientierten juristischen Entscheidungen sinnvoll noch stets praktisch anwendbar. Sie dürfte aber vor allem in Fällen Bedeutung haben, bei denen zahlreiche Argumente miteinander verglichen und gegeneinander abgewogen werden müssen[108]. Ihr Vorteil besteht darin, daß sie ein kontrollfähiges Verfahren ermöglicht und überhaupt einmal eine Grundlage für beliebige Verfeinerungen hinsichtlich der Festlegung von Anwendungsbedingungen und der Gewichtungen schafft.

Eine denkbare Verfeinerung läge in einer Klassifizierung der Anwendungsbedingungen in notwendige und hinreichende, positive und negative Kriterien[109] der Alternativenwahl. Freilich erfordert diese Klassifizierung zusätzliche Informationen über den Einfluß der Anwendungsbedingungen auf die Alternativenwahl und führt darüber hinaus zu einem stärker verfestigten Entscheidungsmodell, weil die Zahl der Kombinationsmöglichkeiten sinkt.

Eine anschauliche Übersicht über Wechselbeziehungen zwischen bewerteten Anwendungsbedingungen und Entscheidungsalternativen liefert die Darstellung in einer Matrix, bei der die Entscheidungsalternativen in den Spalten, die bewerteten Anwendungsbedingungen in den Zeilen stehen. In der normativen ökonomischen Entscheidungstheorie einschließlich der Spieltheorie sind solche Matrizendarstellungen üblich[110].

	bewertete Anwendungsbedingungen				
Entscheidungs-alternativen	BAB_1	BAB_2	. . .	BAB_{n-1}	BAB_n
E_1	f_{11}	f_{12}	. . .	$f_{1(n-1)}$	$f_{1(n)}$
E_2	f_{21}	f_{22}	. . .	$f_{2(n-1)}$	$f_{2(n)}$

Tab. 9: Matrix von Entscheidungsalternativen und bewerteten Anwendungsbedingungen

108 Ein Beispiel enthält BAG DB 1970, S. 1492 f. zur Frage, wann eine Lohndruckerei Tendenzcharakter hat (§ 81 BetrVG a. F.). Das BAG zählt eine ganze Reihe von Kriterien auf, von denen einige als wichtig, andere als unwichtig für die Entscheidung über die Tendenzeigenschaft eingestuft werden, ohne daß ersichtlich wird, wovon diese Einstufung abhängt.

109 Zu derartigen Subkategorisierungen: *Chomsky*, Aspekte der Syntax-Theorie, S. 144; *Kort*, Simultaneus Equations, S. 143 (156); *Lawlor*, Fact Content of Cases, in: Jurimetrics Journal Bd. 12 (1972), S. 245 (255 f.).

110 *Borch*, Wirtschaftliches Verhalten bei Unsicherheit, S. 126 ff.; *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 114; *Jeffrey*, Logik der Entscheidungen, S. 10 ff.

Jeder Schnittpunkt f in der Matrix repräsentiert einen Faktor, nämlich das Ergebnis der bewerteten Anwendungsbedingung in bezug auf die jeweilige Entscheidungsalternative. Ähnlich läßt sich die vorausgehende Zuordnung von Anwendungsbedingungen zu ihren Bewertungen in Matrizenform bringen.

Für die formale Darstellung zielgerichteter juristischer Entscheidungsprobleme eignen sich Matrizen deshalb besser als dogmatisierte Begriffszergliederungen, weil matrizenhaft umschriebene Entscheidungssituationen beliebig weit aufgefächert werden können, ohne daß die Zuordnung zu Entscheidungsalternativen verloren geht. Traditionelle rechtsdogmatische Entscheidungsmethoden leisten dies weniger zuverlässig oder gar nicht. Matrizen und Untermatrizen lassen sich außerdem netzartig erweitern, wenn einige Kriterien auch für die Verwendung anderer Rechtsbegriffe in Betracht kommen. Insgesamt liegen die Vorteile einer Matrizendarstellung in folgendem:

— Eine Matrizendarstellung verbessert die Möglichkeiten der Analyse.
— Sie offenbart Begriffsveränderungen und Anwendungsverschiebungen.
— Sie ermöglicht eine Kontrolle der Begriffsverwendung.
— Die Matrix markiert ein Wortbedeutungsprofil.
— Das Entscheidungssubjekt erhält einen unbeschränkt differenzierbaren Problemaufriß.
— Das Entscheidungssubjekt wird herausgefordert, die Matrix zu verbessern.
— Untermatrizen sind als Bausteine für andere Matrizen brauchbar.
— Die formale Rationalität der Entscheidung erhöht sich.
— Eine Konzentration auf kritische Punkte ist leichter.
— Eine Diskussion mit Dritten über Entscheidungsfaktoren ist einfacher.
— Die Simulation von Alternativen wird möglich.
— Es läßt sich besser abschätzen, welche Alternativenwahl im Hinblick auf bestimmte Rahmenbedingungen vorzuziehen ist.

Eine Matrix für eine juristische Auslegungsentscheidung darf nicht als starres, geschlossenes System aufgefaßt, sondern muß eher im Sinn einer „Lernmatrix“[111] stets änderungs- und ergänzungsfähig gehalten werden. Andernfalls führte die Aufstellung einer Matrix zur Versteinerung einer bestimmten Auslegung in einem bestimmten Zeitpunkt, und das war gerade ein Hauptbedenken gegen den Vorschlag, eine reine Rechtssprache zu entwickeln. Änderungen von Matrizen setzen allerdings sachverhalts-, ziel- und folgenbezogene Informationen voraus, deren Berücksichtigung stets von

111 Das Prinzip der Lernmatrix beruht auf bedingten Verknüpfungen, die sich stufenweise ausbilden: *Steinbuch*, Automat und Mensch, S. 215 ff.; *Klaus*, Stichwort „Lernmatrix“, in: Wörterbuch der Kybernetik, S. 353—359.

einem Entscheidungsakt abhängt. Eine Matrizendarstellung bietet ja nur die Möglichkeit, auf der Grundlage vorhandener Informationen Verknüpfungen vornehmen und Aussagen machen zu können; sie eignet sich nicht dazu, neue Informationen finden zu helfen, die nicht schon wenigstens elementar in der Matrix enthalten sind. Immerhin besteht die Erwartung, daß die zuverlässigere Informationsdarstellung in einer Matrix Rückwirkungen auf die inhaltliche Qualität der Entscheidung hat: Wenn nämlich die Relativität der Auslegungsgesichtspunkte offenliegt, dürfte sich die Aufmerksamkeit stärker auf die Bezugskategorien der Aussagen richten.

Die Mathematik verfügt über eine Anzahl weiterer Beschreibungstechniken, mit denen sich die bisher erwähnten Zusammenhänge verdeutlichen ließen. So könnte man die Entscheidungsalternativen als Vektoren[112] darstellen und die „Grenzregel" mehrerer Entscheidungssubjekte hinsichtlich einer Auslegungsalternative in einer Indifferenzkurve[113] abbilden. Als Brücke zur Programmiertechnik kommen neben den Booleschen Operatoren vor allem Entscheidungstabellen[114] in Betracht. Darauf soll jedoch hier nicht weiter eingegangen werden, weil die prinzipielle Verwendungsmöglichkeit der ökonomischen Entscheidungstheorie als EDV-nähere Entscheidungsmethode im Vordergrund steht und nicht die mathematische Präzisierung von Teilaussagen.

Es darf nicht verschwiegen werden, daß es in der Rechtspraxis oft erhebliche Schwierigkeiten bereiten wird, Entscheidungsalternativen matrizenartig zu strukturieren. Dafür muß nämlich der Entscheidungsraum, auf den sich die Alternativenbildung bezieht, zeitlich und sachlich feststehen, weil sonst die Berücksichtigung empirischer Tatsachen leerläuft. Andererseits enthält die Festlegung eines Entscheidungsraums meist schon die Problemlösung. Da

112 Jede Alternative E ist als Vektor $(f_1, f_2, \ldots f_n)$ darstellbar. Bei juristischen ja/nein-Entscheidungsalternativen handelt es sich um Vektoren in einem zweidimensionalen Entscheidungsraum, bei denen die bewerteten Anwendungsbedingungen als Komponenten des Vektors die Länge einer Strecke festlegen. Verschiebungen in den Komponenten verändern die Länge der Strecke sowie die Lage des Punkts im Entscheidungsraum und offenbaren dadurch Verschiebungen in den Anwendungsbedingungen oder ihren Bewertungen. Literatur: *Arrow*, Social Choice, S. 12; *Hadley*, Nichtlineare und dynamische Programmierung, S. 39 f. In der Rechtswissenschaft hat, soweit ersichtlich, erstmals *Knapp* (Anwendung kybernetischer Methoden, in: ARSP Bd. 49 (1963), S. 45 [49 ff.]) die Vektoranalyse als geeignetes Hilfsverfahren empfohlen.

113 Indifferenzkurven verbinden gleichwertige Punkte, die Aussagen repräsentieren. Einen ersten Anwendungsversuch auf juristische Entscheidungen unternimmt *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 (1387 ff.).

114 Entscheidungstabellen enthalten implizit Entscheidungsregeln, die das Verhältnis zwischen Bedingungen und Ergebnissen nachweisen: *Amarel*, Representation of Problems, S. 179 (202).

die normative ökonomische Entscheidungstheorie nur Hinweise für die Bildung entsprechender Regeln gibt, die Regeln selbst aber nicht liefert, bleibt selten etwas anderes übrig, als die Anwendungsbedingungen, Bewertungen und Verknüpfungen für ein bestimmtes Entscheidungsproblem jeweils ad hoc aufzuzählen und dadurch mittelbar zugleich den Entscheidungsraum für die Verwendung von Rechtsbegriffen festzulegen. Dieses heuristische Hilfsverfahren ist zwar weniger elegant als eine allgemeine Regel oder gar ein axiomatisches Aussagensystem, bietet dafür aber den Vorteil, daß sich soziale Entwicklungen und Veränderungen schneller und individueller abbilden und in Auslegungsalternativen berücksichtigen lassen.

Wenn eine Matrix alle Informationen über bewertete Anwendungsbedingungen enthalten soll, die sich auf den vom Rechtsbegriff erfaßten Entscheidungsraum beziehen, dann müssen auch Anwendungsbedingungen Eingang finden können, die künftige Veränderungen betreffen. In einer hochindustrialisierten Gesellschaft sind solche Veränderungen alltäglich. Für die Rückbeziehung der unabgeschlossenen Menge von Konfliktsituationen auf eine Matrix sind drei Wege denkbar: Entweder werden zwei Sachverhalte identisch behandelt, oder die Matrix wird durch nachträgliche Einfügung oder Umbewertung von Anwendungsbedingungen verändert, oder die zu erwartenden künftigen Veränderungen werden vorsorglich durch entsprechende Leerstellen im Modell einbezogen. Die letztgenannte Möglichkeit verlangt zuverlässige Prognosen über künftige Entwicklungen und dürfte deshalb im Gegensatz zu den beiden anderen Verfahren nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen.

Einen Entscheidungsalgorithmus liefert das beschriebene Matrizenverfahren für künftige Fälle nur, wenn die Matrix selbst unverändert bleibt. Bei Veränderungen der Matrix müssen zuvor die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen den Entscheidungsfaktoren neu festgelegt werden, was methodisch eine ranghöhere Entscheidung voraussetzt als diejenige der Alternativenwahl. Natürlich bestünde jeweils die Möglichkeit, eine getroffene Entscheidung nachträglich zu algorithmisieren; das aber wäre bloße Spielerei. Glücklicherweise ist eine Matrixänderung nicht schon für jeden neuen Sachverhalt notwendig, da juristische Entscheidungen stets auf einer Reduktion von Entscheidungsgesichtspunkten beruhen und der individuelle Konflikt präjudizielle Wirkung hat. Dieselbe Matrix kann als Entscheidungsgrundlage für verschiedene Sachverhalte dienen, wenn es in einem vorgeschalteten Verfahren gelingt, die vorhandenen Differenzen festzustellen und zu beseitigen. Wie das Beispiel des GENERAL PROBLEM SOLVER (GPS)[115] zeigt, läßt sich manchmal eine Angleichung mit Hilfe zusätzlich

115 *George W. Ernst/Allen Newell*, GPS: A Case Study in Generality and Problem Solving, New York/London 1969. Zum GPS vgl. auch *Kirsch*, Entschei-

eingeführter Operatoren automatisch durchführen. Aber gerade die Definition genereller Operatoren bereitet für juristische Entscheidungen große Schwierigkeiten. Höhere Praktikabilität versprechen dialogisch aufgebaute Hilfsverfahren, die einzelne Matrixelemente weiter auffächern und diese dadurch den Sachverhaltselementen annähern.

4. Darstellung der Anwendungsbedingungen; Abhängigkeit von Normsatzziel und Sachverhalt

Ein Aufrollen des juristischen Entscheidungsprozesses von den bewerteten Anwendungsbedingungen her nach „rückwärts" lenkt die Aufmerksamkeit auf die unbewerteten Anwendungsbedingungen. Die Menge der unbewerteten Anwendungsbedingungen zu einem Rechtsbegriff enthält im Idealfall alle Gesichtspunkte, die für die Auslegung erheblich sein können. Sie stellen den Versuch dar, in der Oberflächenstruktur der Rechtssprache Regelmäßigkeiten für den Ablauf entscheidungsorientierter Informationsprozesse zu verankern.

Rechtsbegriffe werden hier verstanden als Argumentationsrahmen für die Austragung gesellschaftlich bedingter rechtlicher Konflikte. Wenn sich die Konflikte ändern, müssen sich auch die Begründungselemente innerhalb der Rechtsbegriffe ändern. Der Zwang zur Veränderbarkeit von Rechtsbegriffen im Entscheidungsverfahren ergibt sich schon daraus, daß Gesetze auch für die Zukunft wirken, also soziale Lagen erfassen sollen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens noch nicht regelbar waren. Im Idealbild des Juristen hat ein Rechtsbegriff die Eigenschaft, invariant zu sein. Dieses Bild ist verzerrt und trifft in keinem materiell wichtigen Bereich zu, weil es die Unabhängigkeit von der Wirklichkeit impliziert. Die Formulierung von Anwendungsbedingungen scheint den Wandlungsprozeß deutlicher machen zu können als dogmatische Gebrauchsdefinitionen und eingespielte Standardbegründungen im Fachjargon, die oft nur der nachträglichen Absicherung bereits getroffener Entscheidungen dienen. Dogmatische Standards haben zwar insoweit eine Entlastungsfunktion, als sie ganze Bündel von Argumenten zusammenfassen. Da sich aber unter der Oberfläche die fachsprachlich zusammengehaltenen Begründungselemente ändern — man denke nur an die Rechts-

dungsprozesse Bd. II, S. 171 ff. Zum heuristischen Programmieren: *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 100. Eine Anwendung des GPS auf juristische Auslegungsentscheidungen mit dem Ziel einer Vollautomatisierung scheitert jedoch wenigstens gegenwärtig daran, daß für kein Problem die nötigen Informationen über die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Fern- und Nahzielen, Lebenssachverhalt und Entscheidungskonsequenzen vollständig beschafft und quantifiziert werden können.

begriffe wie „Schaden", „Wettbewerb", „Eigentum", „ungerechtfertigte Bereicherung" — erschwert eine Nichtbenennung der detaillierten Anwendungsbedingungen den Durchblick für die Entscheidungszusammenhänge. Demgegenüber läßt ein Rückgriff auf Anwendungsbedingungen erkennen, warum und aufgrund welcher Informationen eine bestimmte Auslegung als berechtigte Konfliktlösung gilt. Anwendungsbedingungen eignen sich besser zur Abbildung von Informationsverschiebungen und ermöglichen außerdem eine erste Rationalitätsstufe, weil sie die Bedeutung eines Rechtsbegriffs auf einen Entscheidungsraum relativieren. Durch Produktion und Kontrolle von Anwendungsbedingungen wird also die Überzeugungskraft von Interpretationen genauer überprüfbar. Die für eine juristische Entscheidung tatsächlich herangezogenen Anwendungsbedingungen sind Bestandteil der Definition der Konfliktsituation. Auf diese Weise bilden Auslegung und Entscheidung keine zeitlich getrennten Vorgänge mehr, sondern fallen zusammen[116].

Anwendungsbedingungen machen zugleich deutlich, daß es bei der Auslegung von Rechtsbegriffen weniger um Akte der Erkenntnis als um die Verleihung eines Bedeutungsinhalts geht[117]. Vor allem die generellen und nicht auf physikalische Objekte bezogenen Rechtsbegriffe sind als eine Ermächtigung aufzufassen, ihnen durch die Anwendung auf Dinge und Situationen eine Bedeutung zu geben. Hält man „richtige" oder „wahre" Auslegungen eines Rechtsbegriffs nicht abstrakt, sondern nur relativ zu einer angebbaren Bezugsbasis für möglich, dann lassen sich Anwendungsbedingungen auch als Verkörperung des Vorrats an Vorverständnissen für die Auslegungsentscheidung auffassen.

Entscheidungstheoretisch bieten die Anwendungsbedingungen den Vorteil, daß sie das Entscheidungsmodell mit einem Informationsermittlungsmodell verflechten. Wie schon in der Phase der Alternativenwahl lassen sich auch in dieser Phase keine allgemeingültigen Regeln dafür ableiten, wie es zu den

116 Diese Auffassung vertrat schon *Brusiin*, Objektivität der Rechtsprechung, S. 61.

117 Ebenso *Curtis*, Theory of Legal Interpretation, in: Vanderbilt Law Review Bd. 3 (1950), S. 407 (425); *Jørgensen*, Norm und Wirklichkeit, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 1 (13): „Die Rechtsentscheidung entsteht nicht durch einen Schluß, sondern durch einen Entschluß"; *Makkonen*, Problematik der juridischen Entscheidung, S. 111: „Auslegung ist Verleihung des Bedeutungsinhalts, nicht seine Feststellung." Diese Aussage gilt nach Makkonen selbst dann, wenn das Gericht Schriftsätze, Urkunden, Zeugenaussagen usw. prüft (S. 115).
In der analytischen Sprachphilosophie hat die zugrunde liegende Einstellung Tradition. *Austin*, How to do Things with Words, S. 65: „When we use the formula ‚I define x as y' we have a transition to a performative utterance from suiting the action to the word."

Anwendungsbedingungen kommt, da es sich bei der Sprachverwendung nicht um ein axiomatisches System handelt, sondern um das Ergebnis vielfach bedingter Verhaltensprozesse. Anders als bei den linguistischen Transformationsgrammatiken gibt es auch kein Verfahren, um zu entscheiden, ob die Menge der Anwendungsbedingungen abgeschlossen ist oder nicht. Es kann lediglich heuristisch versucht werden, durch Anwendungsbedingungen den von einem Rechtsbegriff abgedeckten Entscheidungsraum einzugrenzen. Das setzt freilich weitere Informationen voraus.

Zunächst einmal ist ein plausibler Entwurf eines vorläufigen Bedingungsfeldes erforderlich. Auch wenn dieser erste Entwurf „noch so rudimentär und unbedeutend"[118] ausfällt, kann er bei nichtaxiomatisierten Rechtssätzen nicht unter der ausschließlichen Herrschaft rationaler Kriterien zustandekommen. Er muß vielmehr nichtrational-hermeneutisch erfolgen, weil es unmöglich ist, die menschliche Intuition und das menschliche Assoziationsvermögen von vornherein zu verdrängen. Allerdings dient das hermeneutisch entwickelte Bedingungsfeld dann nicht, wie bei rechtsdogmatischen Entscheidungsverfahren, als alleinige Entscheidungsgrundlage, sondern nur als veränderungsfähiger Ausgangspunkt, bei dem die kontrollierbare Informationsermittlung und Informationsverarbeitung erst ansetzt. Das Bedingungsfeld kennzeichnet insoweit die Richtung für die Informationsaktivitäten des Entscheiders. Auf der Grundlage der Anwendungsbedingungen läßt sich nämlich fragen, welche Informationen die Überzeugungskraft der Argumentation erhöhen würden. Es macht hierfür einen Unterschied, ob man einige Anwendungsbedingungen eines Rechtsbegriffs kennt und zu objektivieren versucht oder ob man auf zufällige Kenntnis angewiesen bleibt. Der Wunsch nach einer zuverlässigeren Entscheidungsbasis bildet die Voraussetzung für ein verbessertes Wahrnehmungs- und Beurteilungsvermögen und stimuliert nicht nur die Nachfrage nach Informationen, sondern klärt auch den Stellenwert zusätzlicher Informationen[119]. Entscheidungstheoretische Überlegungen in Richtung eines eventuellen EDV-Einsatzes führen somit zu einer „analytischen Problemerzeugung"[120], weil die Probleme zunächst weiter aufgefächert werden müssen, um dadurch nachher insgesamt besser gelöst werden zu können. Aufgrund eines Bedingungsfeldes ist es leichter zu entscheiden, ob eine Aussage eine zielerhebliche Information darstellt oder nicht. Anwendungsbedingungen ersparen allerdings keine Wertungen, sondern erleichtern sie nur. So bleibt auch regelmäßig die Wertung erforderlich, welcher Sachverhalt aufgrund welcher Anwendungsbedingungen als unter den Normsatz fallend angesehen wird.

118 *Gäfgen,* Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 129.

119 Empirische Belege bei *Witte,* Informationsverhalten in Entscheidungsprozessen, S. 20 ff.

120 *Luhmann,* Verfassungsmäßige Auswirkungen, in: ÖVD 1972, S. 44 (46).

Eine Matrix für Anwendungsbedingungen bildet nicht den einzigen pragmatischen Weg, einen fachsprachlich formulierten Rechtssatz wenigstens zum Teil in ein formales Entscheidungsverfahren einzubetten. Zur Präzisierung von Begriffsverwendungen können beispielsweise auch linguistische Typologisierungen beitragen. Eine entsprechende Methode, die normativrechtliche Klassifikationszusammenhänge aufzeigt, hat Hartmann[121] vorgeschlagen. Seine Typologie krankt jedoch daran, daß die Angaben des jeweils befragten Juristen unbesehen als zutreffend unterstellt werden müssen. Demgegenüber reichen Anwendungsbedingungen, die ihrerseits von verschiedenen anderen Informationskategorien abhängen, insofern weiter, als sie auch die linguistisch benötigten Angaben zunächst vorstrukturieren.

An das vorläufige Bedingungsfeld knüpft der weitere Informationsermittlungs- und Informationsverarbeitungsprozeß an. Das Problem, wodurch diese weiteren Vorgänge überhaupt ausgelöst werden, stellt sich bei Gerichtsentscheidungen im Gegensatz zu ökonomischen Entscheidungen nicht. Der gerichtliche Entscheidungsprozeß kommt durch den Antrag eines Außenstehenden in Gang. Dieser Antrag, der unterbreitete Lebenssachverhalt und der herangezogene Rechtssatz zwingen den Richter zum Tätigwerden und zu einer begründeten Entscheidung, beispielsweise bei einer Verhaltensnorm zu der Entscheidung, ob ein bestimmtes Verhalten mit der Verhaltensnorm übereinstimmt oder nicht übereinstimmt. Gleichzeitig konkretisiert die Entscheidung den Inhalt des Normsatzes und hat Rückwirkungen auf künftige eigene oder fremde Entscheidungen.

Für jeden neuen Lebenssachverhalt muß geprüft werden, ob ein bestimmter Normsatz den vorgelegten Lebenssachverhalt erfassen soll oder nicht. Diese Prüfung kann der Richter auf verschiedenen Stufen abbrechen. Da kein neuer Sachverhalt in allen Einzelheiten mit einem bereits bekannten alten Sachverhalt übereinstimmt, sind Typisierungen[122] (Teilklassenbildungen) erforderlich. Dabei besteht fast immer die Möglichkeit, den neuen Sachverhalt so zu behandeln, als ob es ein alter, bekannter Sachverhalt wäre. Es besteht aber auch die Möglichkeit, die stets feststellbaren Unterschiede höher zu bewerten und dann in weiteren Schritten zu versuchen, den Anwendungsbereich eines Normsatzes zu konkretisieren, den Normsatz „auszulegen"[123]. Hier interessiert nur der informationelle Prozeß der Aus-

121 Diskussionsbeitrag in: *Rave/Brinckmann/Grimmer*, Logische Struktur von Normensystem, S. 93 f.

122 *Hassemer*, Tatbestand und Typus, S. 112 ff.

123 Die Bezeichnung „auslegen" wird aus Verständigungsgründen beibehalten, obwohl sie die erforderliche Sichtweite verkürzt; es geht nämlich nicht nur, wie es *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre Bd. IV, S. 198, meint, um „herauslegen, auseinander-legen, also sichtbar machen, was drinnen steckt", sondern um ziel- und folgenbezogenes Argumentieren, um eine immer bessere Verwirklichung der Normanwendungsziele.

legungssituation bei feststehendem „neuen" Sachverhalt, also die typische Sicht des Revisionsrichters.

Ein ideales, aber regelmäßig nicht zu verwirklichendes Modell, würde jede juristische Entscheidung in Abhängigkeit von einer bestimmten Situation darstellen, oder mathematisch formuliert: als mathematische Funktion einer Menge von Variablen, die Situationselemente repräsentieren. Dieses Modell läßt sich deshalb nicht leicht verwirklichen, weil die Menge der Situationselemente unabgeschlossen ist und die Gewichtigung der Variablen in Abhängigkeit vom Normsatz und vom Zeitablauf schwankt. Um in Auslegungssituationen den „rudimentären Informationsstand" zu erlangen und um nicht stets so tun zu müssen, als ob der Rechtssatz zum ersten Mal „auszulegen" sei, empfiehlt es sich, zunächst Informationen über die bisherigen Anwendungsbedingungen einzuholen[124]. Diese Informationen sind allerdings unzuverlässig, weil die veröffentlichten Präjudizien nur unvollständig erkennen lassen, welche Sachverhaltselemente mit dem Normsatz auf welche Weise und warum verknüpft worden sind. Präjudizien präsentieren den Sachverhalt bereits in juristisch vorbewerteter Form und führen Anwendungs- und Bewertungskriterien meist unvermittelt ein. Um die Ausgangslage einer zu treffenden Auslegungsentscheidung auf dem Hintergrund eines neuen Sachverhalts informationell verbessern zu können, muß die Differenz zwischen Anwendungsbedingungen, die bereits vorliegen, und Anwendungsbedingungen, die nicht vorliegen, aber erforderlich sind, verringert werden.

Damit stellt sich die Frage, woher Anhaltspunkte dafür kommen, welche Anwendungsbedingungen erforderlich sind. Solche Anhaltspunkte lassen sich gewinnen, wenn man das oben[125] dargestellte Normzielmodell kennt. Normsätze, für die keine Aussagen über Anwendungsziele möglich sind, können weder die Ermittlung noch die Verarbeitung von Anwendungsbedingungen strukturieren. Sie eignen sich deshalb auch nicht für informationell-entscheidungstheoretische, sondern ausschließlich für hermeneutische Verfahren.

Als Zielkategorien in Normsätzen kommen beispielsweise ethische, rechtspolitische, objektive, subjektive, inhaltliche, formale, realistische und idealisierte Vorstellungen in Betracht. Ziel einer Normsatzauslegung kann demnach prinzipiell jeder beschriebene oder beschreibbare Zustand sein, der mit einem konkreten Normsatz unmittelbar erreicht werden soll. Ein konkretes Normsatzziel schließt ein abstrakteres Ziel nicht aus, sondern kann je nach dem Rang und der Abhängigkeit des Normsatzes (Erlaß, Verordnung, Lan-

124 *Gäfgen* nennt die Vorstellungen des Entscheidungssubjekts über die Ausgangssituation „ontologisches Wissen" (Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 97).

125 S. 107 ff.

desgesetz, Bundesgesetz, Verfassung) eine Vorstufe darstellen. Da sich eine Entscheidung leichter an einem Nahziel als an einem Fernziel ausrichten läßt, eignet sich ein Nahziel regelmäßig besser für die Feststellung der erforderlichen Informationen.

Beispiel

1. Sachverhalt
   Ein Lastzug mit Anhänger biegt nach rechts in eine zweispurige Straße ein und stößt auf der linken Straßenseite mit einem entgegenkommenden Fahrzeug zusammen.
2. Normsatz
   „Beim Einbiegen in eine andere Straße ist nach rechts ein enger, nach links ein weiter Bogen auszuführen" (§ 8 Abs. 3 S. 1 StVO a. F.)[126].
3. Nahziel
   Unfälle müssen (unter anderem) durch Rechtsfahren vermieden werden (§ 2 StVO).
4. Fernziel
   Jeder Verkehrsteilnehmer hat sich so zu verhalten, daß kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird" (§ 1 Abs. 2 StVO).
5. Ausgangsinformation
   „Enger Bogen nach rechts" heißt nach der Rechtsprechung „der nach den Umständen engste Bogen nach rechts".
6. Normsatzauslegungsentscheidung
   „Enger" Bogen kann bei einem Lastzug mit Anhänger auch ein objektiv „weiter" Bogen sein.
7. Erläuterung
   Die verkürzt dargestellte Auslegungsentscheidung (6) läßt sich besser vom Nahziel (3) und der Ausgangsinformation (5) als vom Fernziel (4) und von der Ausgangsinformation (5) aus gewinnen, weil ohne das Rechtsfahrgebot die allgemeine Rücksichtspflicht beim Einbiegen in eine andere Straße auch anders erfüllt werden könnte (Anhalten, Hupen usw.). Das Beispiel deutet außerdem die enge Verflechtung zwischen dem Nahziel (3) und dem Sachverhalt (1) durch die Entscheidung über eine bestimmte Normsatzauslegung (6) an.
   Als vorteilhaft für die Möglichkeit einer rationalen Entscheidungsfindung im Rahmen der StVO muß es ferner gelten, daß § 1 Abs. 1 StVO generelle Verhaltensziele nennt („Die Teilnahme am Straßenverkehr erfordert ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht"), die zwar ebenso wie die Ziele in der früheren Präambel zur StVO (u. a. „Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs") sehr allgemein gehalten sind, aber immerhin als Fernziele gewisse Auslegungsrichtlinien bieten, die hypothetisch angesteuert werden können.

Zielangaben, Zielhierarchien oder Präambeln in Gesetzen werden allerdings von Juristen bisher noch zu wenig kontrollierbar angesteuert, denn andernfalls müßten die Bemühungen, Informationen über Ziele zu gewin-

126 Am Beispiel dieses scheinbar problemlosen Normsatzes hat ein interdisziplinärer Arbeitskreis von Juristen und Sprachwissenschaftlern im Mai 1972 versucht, eine linguistische Analyse durchzuführen: *Rave/Brinckmann/Grimmer*, Syntax und Semantik, S. 38 ff.

nen und diese mit juristischen Entscheidungen zu verknüpfen, nachhaltiger ausfallen und zu methodischen Regeln führen. Vor allem Präambeln zu Gesetzen gelten mehr oder weniger als programmatische Erklärungen ohne praktische Relevanz[127].

Allgemein lassen sich im geltenden Recht hinsichtlich der Information über Ziele drei Informationslagen unterscheiden:
— ein Ziel wird in einem Normsatz definiert
— ein Ziel wird in mindestens einem Normsatz erschließbar angedeutet
— ein Ziel wird weder definiert noch erschließbar angedeutet.

Zieldefinitionen durch Normsätze, also normativ beschriebene oder beschreibbare Zustände, die bei der Anwendung eines Normsatzes erreicht werden sollen, dürften im Wirtschaftsrecht und im Öffentlichen Recht häufiger vorkommen als im Bürgerlichen Recht, ferner in jüngeren Gesetzen häufiger als in älteren Gesetzen[128]. Als Ursache dafür läßt sich das Vordringen von planerisch-funktional ausgerichteten Gesetzen und der Rückgang von klassisch-konditional aufgebauten Gesetzen vermuten. Im Bürgerlichen Recht überwiegen aus historisch verständlichen Gründen die klassisch-konditionalen Regelungen, bei denen ein planerisches Moment fehlt.

Beispiele für Zieldefinitionen bieten:

§ 1 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (Stabilitätsgesetz) vom 8. 6. 1967 (BGBl. I S. 582)

„Bund und Länder haben bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten. Die Maßnahmen sind so zu treffen, daß sie im Rahmen der markt-

127 Die Bezeichnung „programmatisch" wird im Recht im Sinne von „unverbindlicher Zielsetzung" verwendet; der BGH wehrt sich beispielsweise gegen einen „nur programmatischen Charakter" von § 85 Abs. 1 Güterkraftverkehrsgesetz, weil die Vorschrift „schon jetzt, nicht erst künftig" das Verbot enthalte, die Haftung nach den §§ 429 ff. HGB auszuschließen (BGHZ 49, S. 221 [224]). — Nur ausnahmsweise gewinnen Präambeln rechtliche Bedeutung: BVerfGE 11, S. 50 (54, 70) betr. Präambel zum Lastenausgleichsgesetz; BVerfGE 11, S. 168 (185) betr. Präambel zum Personenbeförderungsgesetz von 1934; BVerfGE 13, S. 46 (49) betr. Präambel zum Bundesentschädigungsgesetz; BVerfGE 13, S. 54 (73) betr. Präambel zum Grundgesetz; BVerfGE 14, S. 263 (265 f.) betr. Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften von 1934.

128 Diese Hypothese stützt sich auf zufällig herausgegriffene Gesetze und müßte noch empirisch abgesichert werden. Der Katalog läßt sich beliebig verlängern: §§ 4, 5 Abs. 2 GWB; 1 Abs. 2 BJagdG; 1 Abs. 2 SchutzbereichsG; 2 RaumordungsG; 1 StädtebaufördG; 85 BBauG; 3 BBankG; 1 JWG. Unzutreffend ist jedenfalls die Meinung von *Hafl/Müller-Krumbhaar*, Juristisches Informationssystem, in: NJW 1973, S. 85 (87), die meinen, „daß im Recht Finalnormen praktisch nicht vorkommen". Weitere Beispiele für Zielnormen im Bereich der Wirtschaft bringen *Ott*, Effektivität des Rechts, S. 345 (394 f.); *Selmer*, Steuerinterventionismus, S. 83 ff.

wirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen."

§ 1 Abs. 1 S. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) in der Fassung vom 3. 1. 1966 (BGBl. I S. 37)
„Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."

§ 1 Abs. 2 Bundessozialhilfegesetz i. d. F. vom 18. 9. 1969 (BGBl. I S. 1688)
„Aufgabe der Sozialhilfe ist es, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. Die Hilfe soll ihn soweit wie möglich befähigen, unabhängig von ihr zu leben; hierbei muß er nach seinen Kräften mitwirken."

§ 1 Abs. 4 Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960 (BGBl. I S. 341)
„Die Bauleitpläne haben sich nach den sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Bevölkerung, ihrer Sicherheit und Gesundheit zu richten. Dabei sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Die Bauleitpläne sollen den Wohnbedürfnissen der Bevölkerung dienen und die Eigentumsbildung im Wohnungswesen fördern."

§ 1 Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23. 12. 1959 (BGBl. I S. 814)
„Zweck dieses Gesetzes ist,
1 . . .
2. Leben, Gesundheit und Sachgüter vor den Gefahren der Kernenergie und der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlen zu schützen und durch Kernenergie oder ionisierende Strahlen verursachte Schäden auszugleichen."

§ 1 Arbeitsförderungsgesetz vom 25. 6. 1969 (BGBl. I S. 582)
„Die Maßnahmen nach diesem Gesetz sind im Rahmen der Sozial- und Wirtschaftspolitik der Bundesregierung darauf auszurichten, daß ein hoher Beschäftigungsstand erzielt und aufrechterhalten, die Beschäftigungsstruktur ständig verbessert und damit das Wachstum der Wirtschaft gefördert wird."

Alle zufällig ausgewählten Beispiele betreffen Fernziele von unterschiedlichem Abstraktionsgrad. Diese ermöglichen nicht etwa schon die Operationalisierung einer konkreten Entscheidung, sondern beschreiben zunächst nur den Anwendungs- und Bewertungsrahmen der im Gesetz zusammengefaßten Normsätze. Fernziele sind für die Tragweite rationaler Entscheidungen wichtig, auch wenn mit wachsendem Abstraktionsgrad die überprüfbare Entscheidungsrelevanz sinkt. Da es für eine rationale Methodik des Entscheidungsprozesses nicht ausreicht, nur Fernziele zu benennen[129], oder sich un-

129 *Zippelius*, Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, in: JZ 1970, S. 241 (242) nennt als Auslegungsziele „den herrschenden Geist in der Rechtsgemeinschaft" und das „herrschende Sozialethos".

vermittelt auf „Gerechtigkeit", „Freiheit", „Würde", „Gleichheit", „Ordnung", „Sicherheit" zu berufen, müssen als Vorstufen der Verwirklichung von Fernzielen hypothetisch Teilziele entwickelt werden, welche die aktuellen Bedingungen der Informationsermittlung und der Informationsverarbeitung eindeutiger zu steuern vermögen. Selbst dann garantieren Zielangaben noch keine rationalen Entscheidungen, weil die Teil- oder Fernziele noch zu allgemein oder sogar widersprüchlich sein können. Beispielsweise wird in der ökonomischen Literatur überwiegend die Möglichkeit verneint, daß sich alle vier Ziele von § 1 Stabilitätsgesetz, das sogenannte „magische Viereck", gleichzeitig voll erfüllen lassen. Ähnliches dürfte auch für die in § 1 Abs. 5 Bundesbaugesetz genannten 11 Ziele für die Aufstellung von Bauleitplänen (Flächennutzungs- und Bebauungspläne) gelten:

§ 1 Abs. 5 Bundesbaugesetz
„Die Bauleitpläne haben die von den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts festgestellten Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge zu berücksichtigen, die Bedürfnisse der Wirtschaft, der Landwirtschaft, der Jugendförderung, des Verkehrs und der Verteidigung zu beachten sowie den Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes und der Gestaltung des Orts- und Landschaftbildes zu dienen. Landwirtschaftlich genutzte Flächen sollen nur in dem notwendigen Umfang für andere Nutzungsarten vorgesehen und in Anspruch genommen werden[130]."

Die Existenz von Normsatzanwendungszielen gibt nicht mehr als die Chance, eine Differenz zwischen vorhandenen und erforderlichen Normsatzinformationen in bezug auf einen feststehenden Lebenssachverhalt durch Formulierung, Untergliederung, Ergänzung oder Streichung von Anwendungsbedingungen kontrollierbar zu verringern[131]. Gedanklich läuft der Prozeß so ab, daß Fern- und Nahziele als Maßstäbe für die Feststellung und Beseitigung der Unterschiede zwischen bisherigen Auslegungsentscheidungen und der konkreten Auslegungssituation aufgrund des neuen Lebenssachverhalts dienen. Alle weiteren, noch zu behandelnden entscheidungstheoretischen Phasen, verfeinern im Grunde nur dieses methodische Verfahren.

Überwiegend fehlen allerdings im geltenden Recht ausdrücklich vorgegebene Ziele für Auslegungsentscheidungen, oder genauer formuliert: es fehlen

130 Für das Bundesbaugesetz gliedert die ergänzende Baunutzungsverordnung i. d. F. vom 26. 11. 1968 (BGBl. I S. 1237) die Fernziele in Teilziele für bestimmte Sachbereiche auf.

131 Mathematisch läßt sich der Vorgang so umformulieren: Das Normziel bildet ein System S, das durch die Menge der zugehörigen Entscheidungen gekennzeichnet ist. Stellt man S als Ortsvektor p dar, dann ist eine Entscheidung innerhalb des Entscheidungsraums D eine Transformation, die p in einen neuen Ortsvektor p_1 umwandelt; vgl. dazu *Bellman*, Dynamic Programming, S. 274 (276).

Informationen über Ziele, die Bedingungen für die Ermittlung und Verarbeitung anderer Informationen angeben. Dieser Befund ist eine Konsequenz der noch immer vorherrschenden liberalstaatlichen Doktrin von der reaktiven Funktion des Rechts und des Richters: Steuerungs- und Planungsaufgaben passen nicht in dieses Konzept, obwohl in einer modernen Industriegesellschaft gerade die Aufgaben der Daseinsvorsorge ständig zunehmen. Gerichtsentscheidungen können diese Entwicklung nicht ganz ignorieren. Das Bundesverfassungsgericht hat im „Apothekenurteil" schon festgestellt:

BVerfGE 7, S. 377 (411 f.)
„Dabei kann sich das Gericht freilich nicht damit zufrieden geben, daß Ziel und Zweck der gesetzlichen Regelung nur allgemein und schlagwortartig bezeichnet werden und der freiheitsbeschränkende Eingriff als Mittel zur Erreichung dieser Ziele nicht völlig ungeeignet erscheint. Der Inhalt des zur Prüfung anstehenden Gesetzes und die für seine Gestaltung maßgebend gewesenen Erwägungen des Gesetzgebers müssen vielmehr im einzelnen analysierbar werden."

Zu fragen ist deshalb, ob die juristische Methodenlehre wenigstens Regeln kennt, um solche Informationen über Ziele nachträglich zu beschaffen. Rechtsprechung und Lehre gehen wie selbstverständlich von dieser Möglichkeit aus. In der Praxis erfolgt die nachträgliche Zielfestlegung nach denselben „Regeln", die für die inhaltliche Auslegung eines Gesetzes, eines Rechtssatzes oder eines Rechtsbegriffs gelten, nämlich mit Hilfe der juristischen Auslegungsmethoden.

BVerfGE 13, S. 181 (199) zu § 7 GewO
„Die Zielrichtung ergibt sich auch eindeutig aus der Entstehungsgeschichte der Gewerbeordnung."

BVerfGE 16, S. 306 (327) zum Hessischen Gesetz über Getränke- und Speiseeissteuer
„Der aus der Entstehungsgeschichte erhellte Wortlaut, die durch sie bestätigte verfassungspolitische Zielsetzung des Art. 105 GG und die systematische Stellung der Ausnahme im Rahmen des Art. 105 Abs. 2 Nr. 1 GG ergeben ..."

BVerfGE 13, S. 261 (268) zu § 5 Einkommen- und Körperschaftssteuergesetz
„Zweifel über den Inhalt der Vorschrift sind nur verständlich, wenn man ihre Entstehungsgeschichte ungebührlich in den Vordergrund rückt ... Der Gesetzgeber mag die Absicht gehabt haben, den Steuersatz auch für die vergleichbaren beschränkt Steuerpflichtigen zu erhöhen; diese Absicht ist aber nicht im Wortlaut zum Ausdruck gekommen. Da dies nicht geschehen ist, muß eine solche Absicht bei der Auslegung des Gesetzes unbeachtet bleiben."

Die nachträgliche Feststellung von Zielen mit Hilfe der juristischen Auslegungsmethoden ist sogar bei gesetzesdurchführenden Verordnungen üblich, obwohl nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden" müssen.

BVerfGE 24, S. 1 (15) zu § 12 Milch- und Fettgesetz
„Der Zweck der Ermächtigung läßt sich aus dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm nicht ausdrücklich entnehmen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gelten aber auch für die Interpretation von Ermächtigungsnormen die allgemeinen Auslegungsgrundsätze. Zur Klärung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung können also der Sinnzusammenhang der Norm mit anderen Vorschriften und das Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, berücksichtigt werden."

BVerfGE 19, S. 354 (362) zu Art. 80 Abs. 1 GG
„Es genügt, wenn sich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung aus dem Gesetz ermitteln lassen. Maßgebend ist der in der Bestimmung zum Ausdruck kommende objektive Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Ermächtigung gestellt ist. Auch die Entstehungsgeschichte kann — vor allem zur Bestätigung des Ergebnisses der Auslegung — herangezogen werden."

Die Sonderstellung, welche die Entstehungsgeschichte für den Vorgang der Zielfestlegung einnimmt, überrascht nicht, weil vor allem die amtlichen Begründungen oft ausführlich die Ziele und Motive darstellen, die nachher im Gesetz nicht erwähnt werden.

Aus entscheidungstheoretischer und formallogischer Sicht ist die nachträgliche Zielfestlegung mit Hilfe der juristischen Entscheidungsmethoden unzuverlässig und zirkelschlüssig; unzuverlässig deshalb, weil die juristischen Entscheidungsmethoden keine eindeutigen methodischen Regeln, sondern nur austauschbare Argumentationshilfen darstellen, zirkelschlüssig deshalb, weil dieses Verfahren nicht zwischen der Ebene der Aussagen über Inhalte von Rechtssätzen sowie der Ebene der Aussagen über Ziele als Voraussetzung für Aussagen über Inhalte trennt. Ein und derselbe Rechtssatz kann aber nicht zugleich Ziel und Mittel zur Erreichung dieses Ziels sein. Wenn also ein Ziel nachträglich durch „Auslegung" eines Rechtssatzes gewonnen wird und das Ergebnis dieser Auslegung anschließend als Maßstab für die Auslegung desselben Rechtssatzes dient, dann entsteht die bekannte Gefahr, daß ein Richter bewußt oder unbewußt deshalb etwas als Ziel ausgibt, weil er später eine bestimmte Aussage machen möchte. Die synonyme Verwendung von „Ziel", „Sinn", „Grund", „Zweck", „Inhalt", „Motiv" in der juristischen Sprache[132] deutet unmittelbar auf das Vorliegen dieses

132 So bestimmt § 6 AbzG, daß „Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts (§ 1) in einer anderen Rechtsform ... zu erreichen, denselben Vorschriften unterstehen". § 1 AbzG nennt aber gar keine Zwecke, sondern regelt nur die wechselseitige Rückgewährpflicht bei Rücktritt des Verkäufers. Der Jurist muß den „Zweck" also erst einmal interpretativ feststellen. Viele höchstrichterliche Entscheidungen bieten ähnliche Beispiele: BVerfGE 13, S. 331 (343) zu § 8 Ziff. 6 GewStG: „Motiv des Gesetzgebers ... ist hier die Vereitelung von Gewinnverschleierungen"; BVerfGE 7, S. 18 (26) zum Bayerischen Ärztegesetz: „Art. 125 Nr. 2 verfolgt das Ziel, für die Zukunft weitere

Zirkels hin und verwundert deshalb nicht. Da es unmöglich ist, durch logisch korrekte Operationen dieses Dilemma aufzuheben, andererseits Zielvorgaben für die Aufstellung von Anwendungsbedingungen notwendig sind, muß man insoweit die Mitwirkung subjektiver Vorstellungen schon bei der Prämissensuche eingestehen. In den genannten Fällen scheint Krieles berechtigte Forderung, das „teleologische Element ... seines subjektiven Charakters zu entkleiden"[133], unerfüllbar zu sein. Man könnte zwar einwenden, der Richter suche bei der Auslegung ja nicht, wie das Entscheidungssubjekt in der ökonomischen Entscheidungstheorie, persönliche Ziele[134], sondern fremde Ziele, nämlich Ziele des Gesetzgebers. Dieser Aussage haftet jedoch etwas Doktrinäres an, solange sich keine Kriterien für eine exakte Abgrenzung zwischen eigenen und fremden Zielen angeben lassen. Wenn aber Kriterien dafür fehlen, dann widerspricht es nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn als Ziel alles in Betracht kommt, was ein Richter willkürfrei feststellt und mit Rechtssätzen verbindet. Auf die Eingrenzung und annähernde Rationalisierung des darauf folgenden Entscheidungsprozesses hat sich dann das ganze weitere methodische Interesse zu konzentrieren. Wer gegen dieses Verfahren Bedenken hat, dem bleibt nur die Alternative, rechtspolitisch die möglichst unmißverständliche Niederlegung von Nah- und Fernzielen zu fordern, die mit dem Gesetz erreicht werden sollen[135]. Dadurch könnte der Interpretationsspielraum des Richters beschränkt werden. Exakt durchgeführt setzt

Rechtszersplitterung zu verhindern"; BGHZ 54, S. 311 (314) zu § 23 Abs. 1 GWB: „Die erwähnten Worte behalten auch bei der Auslegung des Bundeskartellamts einen Sinn: Zur Anzeigepflicht genügt es, wenn ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil in der genannten Höhe ‚bereits ohne den Zusammenschluß' hat"; BVerfGE 17, S. 38 (46) zur Witwen- und Waisenrente nach dem BVersG: Das Bundesversorgungsgesetz „ist bestimmt von dem Ziel des Ausgleichs für die Opfer, die der Krieg dem Leistungsempfänger auferlegt hat"; BVerfGE 15, S. 337 (342) zur Höfeordnung: § 4 HöfO dient „dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien, um die Volksernährung sicherzustellen"; BGHZ 18, S. 44 (49) zu §§ 11, 15 LitUrhG: „Auch gegenüber einem sprachlich eindeutigen Wortlaut muß eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greifen, wenn ..."; ferner: BAG NJW 1957, S. 319 zu § 1 TarifVG; BVerfGE 14, S. 105 (114) zu § 74 BranntweinmonopolG.

133 Theorie der Rechtsgewinnung, S. 175.

134 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 99; *Griem*, Prozeß der Unternehmungsentscheidung, S. 66 ff.; *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 28.

135 Ob die Ziele auch erreicht werden können, hängt von der Wahl der Mittel ab. Ziel des englischen Markenschutzgesetzes vom 23. 8. 1887 (Merchandise Marks Act) war es, der einheimischen Wirtschaft einen Wettbewerbsvorsprung zu geben. Deshalb mußten alle ausländischen Waren ihre Herkunft kennzeichnen. Es trat aber genau der entgegengesetzte Erfolg ein (Beispiel bei *Clauß*, General Semantics Bd. II, S. 80 f.).

das allerdings die Axiomatisierung von Gesetzen voraus. Dieser bisher nicht erreichte Idealfall hätte aber den Nachteil, daß kein Lösungsverfahren für alle künftig auftretenden, sondern nur für die mit den Grundannahmen bereits erfaßten Entscheidungssituationen geschaffen würde.

Folgt man der skeptischen Beurteilung der Möglichkeit einer völlig rationalen Formulierung juristischer Entscheidungsziele in Gesetzen, dann bleibt aus EDV-Sicht nur die Forderung an den Richter übrig, seine Zielprämissen offenzulegen, um einen Angelpunkt für die Strukturierung des Entscheidungsprozesses und der informationsverarbeitenden Schritte zu gewinnen. Diese Zielprämissen implizieren, als Hypothesen aufgefaßt, eine lange Reihe von Bedingungen im Entscheidungsprozeß[136]. Wie Zielprämissen dagegen zustande kommen, ist vor allem ein persönlichkeitsabhängiges Problem, das die deskriptive Entscheidungstheorie faktoriell zu beschreiben versucht. Die Beschränkung auf die subjektive Festlegung objektiver Zielprämissen verkürzt zwar die Untersuchung der zureichenden Begründung, bringt aber für die entscheidungstheoretischen Ausgangssituation bei juristischen Auslegungsentscheidungen einen erreichbaren Rationalitätsfortschritt. Von der Zielprämisse her lassen sich dann nämlich die heuristisch gewonnenen Anwendungsbedingungen für einen Rechtsbegriff rational kontrollieren, die Zuordnung einer Konfliktslösung zu einem Rechtsbegriff durchschaubar machen und die Änderung einer Begriffsverwendung auf Änderungen im Bedingungsfeld zurückführen.

Hebt man das subjektive Element bei der Feststellung des Entscheidungsziels hervor, dann erscheint es fraglich, ob es im Recht überhaupt Rechtssätze gibt, für die ein Ziel weder definiert noch erschließbar angedeutet wird. Selbst für Rechtssätze wie:

1. „Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen" (§ 769 BGB).
2. „Der Mietzins ist am Ende der Mietzeit zu entrichten (§ 551 Abs. 1 S. 1 BGB).
3. „Die Frist für die Berufungsbegründung beträgt einen Monat" (§ 519 Abs. 2 ZPO).

läßt sich jeweils ein „Ziel" angeben:

1. Kein Bürge soll allein einen Vorteil daraus ziehen, daß unabhängig von ihm noch jemand gebürgt hat.
2. Der Mietzins soll das Entgelt für eine bereits erbrachte Sachleistung sein.
3. Das Berufungsverfahren soll möglichst schnell abgewickelt werden.

Nur unterscheiden sich diese Ziele von denjenigen, die oben für die Strukturierung des Entscheidungsprozesses für erforderlich gehalten wurden. Die

136 *Rittel*, Bedeutung der Entscheidungstheorie, S. 124.

„Ziele" in den zuletzt genannten Beispielen haben einen instrumentalen Charakter und bedeuten so viel wie „dogmatisch-konstruktive Begründung" einer Entscheidung oder „hermeneutisch ermittelter Rechtsgrundsatz"[137], nicht aber unbedingt, wie in den zuvor erwähnten Fällen, „Maßstab" für eine Entscheidung. Fast jede dogmatische Begründung läßt sich freilich auch als „Maßstab" auffassen, nur unterscheidet sich dann die Zielqualität zweifach von den finalen Zielen: das hermeneutisch aus dem auszulegenden Rechtssatz gewonnene Ziel ist schneller wandelbar und mit mehr subjektiven Entstehungsfaktoren belastet als das in einem Rechtssatz für einen anderen Rechtssatz genannte Ziel. Je mehr subjektive Entstehungsfaktoren bei der Zielfestlegung beteiligt sind, um so mehr verschlechtert sich das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag der Anwendung formaler Techniken, ohne solche allerdings auszuschließen. Entscheidungstheoretisch interessieren jedenfalls objektiv finale Ziele mehr[138]. Für sie besteht die Chance, Auslegungsentscheidungen informationell eindeutig strukturieren und möglicherweise den Grad der Zielerreichung empirisch feststellen zu können. Ein „Ziel" verfolgen heißt dann so viel wie: Ein bestimmtes Auslegungssystem von Auslegungsbedingungen im Hinblick auf das Ziel für dieses Auslegungssystem verbessern, oder, auf Informationen bezogen: Die Informationslage über eine bestimmte Normsatzauslegung im Hinblick auf Informationen über die Ziele für die Normsatzauslegung verbessern.

Anwendungsbedingungen eines Normsatzes oder eines Rechtsbegriffs lassen sich um so leichter aufzählen, je genauer das unmittelbare Normsatzziel feststeht. Im Vergleich mit dogmatischen Konstrukten beruht der Vorteil von Anwendungsbedingungen auf ihrer problembezogenen Wirkung: Entscheidungsprobleme werden aufgefächert und die Informationsanforderungen erhöht, nicht aber, wie oft bei der jetzigen juristischen Entscheidungstechnik, Probleme in ihrer Komplexität reduziert, ehe die Komplexität befriedigend erfaßt ist. Die Auffächerung führt natürlich zu einer größeren Zahl von Kriterien, die zu berücksichtigen sind[139]. Andererseits kann es nur dann überhaupt zu einer anspruchsvolleren Informationsversorgung kommen, wenn die Informationsnachfrage durch mehr Anwendungsbedingungen gesteigert wird. Anwendungsbedingungen haben einen anderen Status als inhaltliche Sprachkomponenten, weil sie in die Zukunft weisen, unabge-

137 Die Entwicklung von Rechtsgrundsätzen gehört zu den herkömmlichen Aufgaben des Richters, so: BVerfGE 13, S. 318 (328).

138 *Stegmüller* (Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie, Bd. I, S. 526) unterscheidet zwischen zielintendiertem Verhalten und nicht zielintendiertem, aber zielgerichtetem Verhalten.

139 Zutreffend sagt *Luhmann* (Verfassungsmäßige Auswirkungen, in: ÖVD 1972, S. 44 [46]), daß mehr Kriterien den Status von „Regeln", d. h. von zu beachtenden Entscheidungselementen erhielten als vorher.

schlossene Mengen von Kriterien konstituieren und den Entscheidungsprozeß strukturieren. Nur strukturierte, also auf eine Bezugsebene relativierte Probleme sind kontrollfähig und eignen sich potentiell für EDV. Freilich darf der EDV-Aspekt nicht den Blick dafür verstellen, daß eine Strukturierung nur die methodischen Schritte betrifft und sich auf diese Weise keineswegs die Legitimation der Anwendungsbedingungen erübrigt. Nichts spricht jedoch dagegen, eine zielgerichtete Auswahl von Anwendungsbedingungen, die im Einklang mit nicht weiter rationalisierbaren rechtsstaatlichen Prinzipien erfolgt, für ebenso legitim zu halten wie eine Subsumtion, die auf mangelhafter Prämissengrundlage erfolgt. Vor allem führen zielgerichtete Anwendungsbedingungen nicht zu einem Gerechtigkeitsverlust[140]. Wer die Meinung vertritt, zwischen Zielorientierung und Einzelfallgerechtigkeit bestehe eine Antinomie, möchte in Wirklichkeit eine zufällig eintretende Individualgerechtigkeit vorziehen, ohne diese Konsequenz zu sehen oder einzugestehen.

5. Darstellung der Bewertung von Anwendungsbedingungen; Abhängigkeit vom Normsatzziel und von den Entscheidungsfolgen

Jeder Versuch einer Strukturierung des Vorgangs der Bewertung von Anwendungsbedingungen im Rahmen des juristischen Entscheidungsprozesses begegnet großen Schwierigkeiten. Zu viele Einflußfaktoren sind noch unbekannt oder wenig erforscht, um zuverlässige Aussagen machen zu können. Ferner beschränken sich juristische Wertungen selten auf eine konkrete Entscheidungsphase, sondern durchziehen den gesamten Entscheidungsprozeß. Wertungen dienen auch nicht lediglich dazu, Entscheidungen zustande zu bringen, sondern sind ihrerseits Bestandteile der Folgen von Entscheidungen. Außerdem lassen sich Situationselemente und Wertsysteme nicht so klar trennen, wie es die ökonomische Entscheidungstheorie üblicherweise voraussetzt[141]. Angesichts dieser Schwierigkeiten könnte man versucht sein, auf eine entscheidungstheoretische Darstellung zu verzichten und auf ein kybernetisches[142] oder systemtheoretisches Modell des Entscheidungsprozesses auszuweichen. Entsprechende Entwürfe hätten jedoch gegenüber der entscheidungstheoretischen Analyse den Nachteil, daß sie nur in der Lage wären, vermutete Beziehungen zwischen Entscheidungsfaktoren zu beschreiben, nicht aber einen konkreten Entscheidungsprozeß zu strukturieren und vor allem dessen Abschluß zu markieren. Eine rational aufgebaute juristische

140 So *Bachof*, Neue Tendenzen, in: JZ 1972, S. 641 (642); Bachof spricht von „gerechtigkeitsneutralen" Zweckerwägungen.
141 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 57.
142 Ansätze bei *Garstka*, Regelungsmodell der Rechtsanwendung, S. 347 (349 ff.).

Entscheidungstheorie darf sich nicht darauf beschränken, nur Beziehungen zu beschreiben, sondern muß auch Kriterien für den Weg angeben, auf dem eine konkrete Konfliktsituation informationell erfaßt und zu einer abschließenden Entscheidung gebracht werden kann.

Nach herkömmlicher juristischer Auffassung entzieht sich der gesamte juristische Wertungsvorgang überhaupt einer rationalen Kontrolle. Das würde bedeuten, daß juristische Wertungen stets nichtrational oder gar irrational vor sich gehen. Andererseits gibt es durchaus Rechtsbereiche, in denen bestimmte Ziele aufgrund von Entscheidungen bewußt durchgesetzt werden. Man muß deshalb die Frage aufwerfen, ob das situative „Wertgefühl", über das jeder Richter gleichermaßen verfügen soll, als Legitimation von Bewertungsakten allein ausreicht oder ob nicht darüber hinaus wenigstens für einige Typen von juristischen Entscheidungen das Bewertungsverfahren mit Hilfe von Rationalmaximen gebunden werden kann, um den Wertungsvorgang transparenter zu machen.

Aus formalrationaler Sicht bedeutet „Bewertung" so viel wie: vergleichende Einstufung von Elementen einer Menge von Handlungsmöglichkeiten[143]. Die Handlungsmöglichkeiten bei juristischen Auslegungsentscheidungen liegen in der Wahl der „Ja"- oder der „Nein"-Alternative über die Frage, ob ein Rechtsbegriff oder Rechtssatz auf einen Sachverhalt angewandt wird oder nicht. Die Wahl hängt ihrerseits vom Feld der Anwendungsbedingungen des Rechtsbegriffs oder Rechtssatzes ab. Um dieses Feld ordnen und den Einfluß jeder Anwendungsbedingung auf die Alternativenwahl angeben zu können, ist eine vorgängige Bewertung notwendig. Wenn diese Bewertung kein Zufall bleiben soll, muß sie von den Folgen der Entscheidung abhängig gemacht werden. Letztlich entscheidet die Wünschbarkeit einer Folge aufgrund des Normsatzzieles über die Bewertung der Entscheidungsalternative und damit der Anwendungsbedingungen. Die Verschiebung des Blickwinkels von den Entscheidungsalternativen auf die vorgelagerten Anwendungsbedingungen rechtfertigt sich bei juristischen Entscheidungen daraus, daß jeder Richter eine schriftliche Begründung geben muß, warum er diese und keine andere Entscheidung gewählt hat. Die bloße Berufung auf die Entscheidungsfolgen und auf das Normsatzziel reicht nicht aus. Es sind vielmehr eine Reihe von Einzelaussagen nötig, um argumentativ die Glaubwürdigkeit einer Entscheidung zu erhöhen. Das Gewicht der Einzelaussagen muß sich entscheidungstheoretisch als Ergebnis einer Bewertungsoperation ergeben. Die normative Entscheidungstheorie rät dem Entscheidungssubjekt dann, stets nach dem Ergebnis solcher Bewertungsoperationen zu handeln.

143 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 140.

Regeln für die Organisation von Bewertungsoperationen liefert die sogenannte „Präferenztheorie"[144]. Als Bestandteil der Entscheidungstheorie beschreibt sie den Weg, wie man vorhandene „Werte" ordnen kann. Durch ihre formalen Eigenschaften unterscheidet sich die Präferenztheorie völlig sowohl von Schelers materialer Wertethik, die bei uns allein als Grundlage juristischer Entscheidungen dient, als auch von der formal-transzendentalen Wertlehre Kants als auch von den utilitaristischen Nutzentheorien von Bentham, Mill und Smith.

Wie Podlech[145] überzeugend nachgewiesen hat, bietet die materiale Wertethik vor allem deshalb keine allein ausreichende Basis für formalrational ablaufende juristische Entscheidungen, weil die „Werte" emotional und apriorisch, nicht aber durch ordnende Relationen in ein Entscheidungsverfahren eingebracht werden. Dadurch bleibt nur der Akt der Bewertung eines Wertes sozialisationsabhängig und rollenvermittelt, was sich letztlich nicht vermeiden läßt; auch der Weg, um verschiedene Bevorzugungen vergleichen und angemessen berücksichtigen zu können, wird zufälligen subjektiven Einschätzungen überlassen. Demgegenüber versucht die Präferenztheorie, die empirischen Grundlagen des Wertungsverfahrens zu strukturieren. Freilich läßt sich hierfür keine absolut gültige Menge rechtlich anerkannter sozialer Werte als Operationsbasis ausmachen[146]. Das schließt aber nicht schon den Versuch aus, in abgrenzbaren Konfliktsbereichen Wertungen in ihren Voraussetzungen und Konsequenzen zu analysieren. Für ein solches Verfahren eignet sich auch die alte utilitaristische Nutzentheorie nicht, weil sie lediglich die Nützlichkeit von Dingen darstellt, von denen die Autoren meinen, sie ermöglichten den Menschen Glückseligkeit[147]. Die moderne Nutzentheorie, die sich mit der Präferenztheorie deckt, verwendet anstelle des historisch vorbelasteten Begriffs „Nutzen" lieber den eindeutigeren Begriff „Präferenz". Wer heute jedenfalls als Ökonom von „Nutzen" spricht, meint einen von objektiver „Nützlichkeit" losgelösten Nutzen. So definiert Gäfgen „Nutzen" als „Wert einer Alternative" und „Bewertungsmaß", das durch

144 *Arrow*, Social Choice and Individual Values, S. 2 ff.; *Jeffrey*, Logik der Entscheidungen, S. 86 ff.; *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 6 ff.; *Leinfellner*, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, S. 197 ff.; *v. Wright*, Logic of Preference, Edinburgh 1963.

145 Wertungen und Werte im Recht, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 185 (202 ff.). Podlechs Unterscheidung von drei Klassen wertungsbedürftiger juristischer Begriffe (vage, wertausfüllungsbedürftige, rechtspolitische) ist dagegen nicht durchzuhalten.

146 Anders BVerfGE 7, S. 198 (215), wonach der Grundrechtsabschnitt „zugleich eine Wertrangordnung" darstellt. Bei vielen Gerichtsentscheidungen ist jedoch mit „Wertordnung" keine Wertehierarchie gemeint, sondern ein zugriffsbereites Repertoire gleichrangiger, obwohl teilweise konkurrierender Werte.

147 Historischer Abriß bei *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 5 f.

unterschiedliche Operationen entsteht[148], und v. Neumann/Morgenstern fassen „Nutzen" als eine „numerische, substituierbare und transferierbare Größe" auf[149]. Der Unterschied beider Definitionen beruht auf abweichenden Annahmen über die Meßbarkeit der Präferenz. Gäfgen unterstellt eine direkte Meßbarkeit, v. Neumann/Morgenstern gehen von einer indirekten Meßbarkeit aus. Auf juristische Entscheidungen übertragen könnte eine brauchbare Definition etwa lauten: „Nutzen" („Präferenz") ist das Ausmaß der Wirksamkeit, das einer Entscheidungsalternative im Hinblick auf die Erreichung des Normsatzzieles zukommt. „Nutzen" im Sinne von „Präferenz" kann sich selbstverständlich auf ein ganzes Bündel von Inhalten beziehen, die das Entscheidungssubjekt mit der Entscheidung zu verwirklichen hofft. Um die Güte einer Entscheidungsalternative zu bestimmen, muß der Betreffende grundsätzlich versuchen, die Wahrscheinlichkeit der Erreichung des Zieles zu maximieren. Die Maximierung braucht hierbei nicht auf den absolut höchsten Erwartungswert gerichtet zu werden, sondern kann durchaus eine davorliegende Erwartungsschwelle ansteuern. Sobald sie erreicht ist, mag sich das Entscheidungssubjekt zufriedengeben. Diese sogenannte Theorie des „Befriedigungsniveaus"[150] geht davon aus, daß es oft sinnlos ist, nach der „besten" Entscheidungsalternative zu suchen. Vielmehr soll es in den meisten Fällen ausreichen, eine Grenze zwischen zufriedenstellenden und nicht zufriedenstellenden Alternativen zu formulieren. Als entscheidungstheoretische Variante eignet sich die Theorie des Befriedigungsniveaus besonders gut, auf einfache Weise Veränderungen in der Informationsbasis sichtbar zu machen und zu praktisch brauchbaren Ergebnissen zu kommen.

Um den Erwartungswert oder auch das Befriedigungsniveau festlegen zu können, wird in jedem Fall mindestens ein Bezugskriterium im Bereich der Entscheidungsfolgen benötigt. Dieses Kriterium repräsentiert gewissermaßen

148 *Gäfgen,* Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 142. Der Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Nutzen wird durch diese Formulierung etwas verwischt.

149 Spieltheorie, S. 8, 16 ff., 628. „Numerisch" nennen sie den Nutzen im Gegensatz zu anderen Ökonomen deshalb, weil v. Neumann/Morgenstern die „Empfindung der Präferenz" mit der statistischen Wahrscheinlichkeit hypothetisch angenommener künftiger Ereignisse verknüpfen. Dieser „Trick" läßt sich freilich nicht überall, sondern nur in „Lotteriesituationen" anwenden.

150 Ihre Übernahme in die ökonomische Entscheidungstheorie geht auf *Herbert A. Simon,* Models of Man, New York/London 1955, zurück. Die Theorie selbst wurde schon in den vierziger Jahren innerhalb der psychologischen Lerntheorie und in der Motivationsforschung (Lewin, Festinger, Atkinson, McClelland) entwickelt. Eine sehr gründliche Übersicht sowie eine Darstellung der formalen Grundlagen enthält der Aufsatz von *McWhinney,* Aspiration Levels and Utility Theory, in der Zeitschrift „General Systems" 1965, S. 131—143.

einen Indikator für das verbindlich vorgegebene Entscheidungsziel. Ähnlich zeigt sich im Erwartungswert der Wünschbarkeit ein Indikator für den Zielerreichungsgrad. Das Kriterium für die Bewertung der Entscheidungsfolge ist nicht mit dem Entscheidungsziel identisch, sondern stellt eine aktuelle, praxisbezogene Konkretisierung des Entscheidungsziels dar.

Mehrere Punkte des soeben grob geschilderten entscheidungstheoretischen Nutzenkonzepts, das den Weg eines Bewertungsverfahrens abbilden will, bedürfen einer Präzisierung, bevor man seine Brauchbarkeit für juristische Entscheidungen abschätzen kann. Vor allem die Annahmen über die Möglichkeit der Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen, die Feststellung von Wahrscheinlichkeiten, der Spielraum für Wünschbarkeiten und die implizierten axiomatischen Grundlagen der Nutzenmessung haben weitreichende theoretische und praktische Konsequenzen für die juristische Entscheidungsmethodik. Es ist auch die Frage zu stellen, ob und inwieweit die Aufgliederung des Entscheidungsprozesses in empirische Informationen, Wertungen und Projektionen, wie es die normative Entscheidungstheorie fordert, überhaupt einem juristischen Entscheidungsstil überlegen ist, der nicht zwischen Informationsbedarf und Informationsnachfrage differenziert, sondern alle Gesichtspunkte zugleich verarbeitet. Die zweifellos mit der Präferenztheorie verknüpfte bessere Strukturierung des Bewertungsverfahrens darf sicherlich nicht zur Übernahme dieser Entscheidungstechnik nur deshalb führen, weil sie den Bedingungen für den Einsatz von EDV eher entspricht; es müssen sich vielmehr auch im Vergleich zur bisherigen juristischen Entscheidungstechnik Vorteile ergeben.

a) Entscheidungsfolgen

Zunächst rät die Entscheidungstheorie dazu, als Hilfskriterien einer Bewertung die Folgen der Wahl einer Alternative systematisch zu berücksichtigen. „Folge" kann grundsätzlich jeder Zustand und jede Handlung, Bedingung, Eigenschaft oder Relation sein[151], „systematisch" bedeutet dabei die Einbettung entsprechender Überlegungen in ein Beziehungsgefüge von Bewertungskriterien im Rahmen des Entscheidungsprozesses. Ließe sich dieser Vorschlag in eine juristische Methodik der Entscheidung integrieren, ohne mit dem Geltungsanspruch des Rechts in Konflikt zu geraten, dann könnte man erstmals den Einfluß der Entscheidungsfolgen auf die konkrete

151 *Lawlor,* Excerpts from Fact Content, in: Jurimetrics Journal Bd. 12 (1972), S. 245 (257): „Event" includes any act or property or condition or relation capable of occuring or existing or not occuring or not existing in relationship to a case."

juristische Endentscheidung zuverlässig sichtbar machen. Hinter diesem Untersuchungsinteresse steht die Vermutung, daß sich formale Rationalität im Recht nicht nur und ausschließlich durch formallogische Schlüsse unter vorab exakt definierte Rechtssätze, sondern auch durch konsequentes Abwägen und Aufrollen der Entscheidungsschritte von den Zielen des Rechtssatzes und den Folgen der Entscheidung her erreichen läßt. Als erster Jurist hat diese Forderung schon im Jahre 1924 der amerikanische Rechtsphilosoph John Dewey aufgestellt, ohne sie aber mit damaligen Hilfsmitteln verwirklichen zu können. Dewey sagte:

„It must be a logic relative to consequences rather than to antecedents, a logic of prediction of probalilities rather than one of deduction of certainties"[152].

Für die juristische Methodik bedeutet dies: Nicht die zufällige Individualerkenntnis gibt dem Richter die Legitimation zu einer konkreten Endentscheidung, sondern die durch Folgenberücksichtigung regulierte Individualerkenntnis. Durch die Folgenberücksichtigung kann und soll keineswegs der subjektive Akt des richterlichen Wertens eliminiert werden. Lediglich dessen Voraussetzungen und Konsequenzen sind durch empirische Informationen zu erhellen. Im Rahmen des hier zu untersuchenden entscheidungstheoretisch organisierten Modells sähe der Zusammenhang von Folgenberücksichtigung, Alternativenwahl und Anwendungsbedingungen eines Rechtssatzes wie folgt aus: Aufgrund der methodisch entwickelten Wahl einer Entscheidungsalternative erhalten die Anwendungsbedingungen der „Ja"- und „Nein"-Alternative unterschiedliche Einflußgrößen zugeordnet. Dadurch wird der Bewertungsakt hinsichtlich der Anwendungsbedingungen in einen angebbaren Zusammenhang mit den Informationen über das Normsatzziel und den Informationen über die Entscheidungsfolgen gebracht. Bevor die entscheidungstheoretische Konzeption, wie man zu genauen oder annähernd genauen Kenntnissen über die Entscheidungsfolgen für juristische Entscheidungen kommt, weiter analysiert wird, soll die bisherige Einstellung der juristischen Theorie und Praxis zur Einbeziehung der Entscheidungsfolgen geklärt werden.

Eine Durchsicht des zufällig herausgegriffenen 57. Bandes der amtlichen Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zeigt, daß juristische Auslegungsentscheidungen auch heute nicht unabhängig von den konkreten Folgen ergehen. Von den dort abgedruckten 54 Urteilen machen allein 21 die Auslegung eines Normsatzes mehr oder weniger ausdrücklich von den Folgen einer bestimmten Auslegung abhängig[153]. Darüber

152 *John Dewey*, Logical Method and Law, in: The Cornell Law Quarterly Bd. 10 (1924), S. 17 (26).

153 In BGHZ 57 die Nummern: 1, 3—5, 7, 9, 11, 15, 23, 29, 30, 32 (abgedruckt in BGHStr. 24, S. 235), 33, 35—38, 42, 45 und 50.

hinaus finden sich in den restlichen Entscheidungen dieses Bandes mittelbar Hinweise auf positive oder negative Folgen, und zwar durch Berufung auf „Sinn und Zweck", „Gesetzeszweck", „natürliche Betrachtungsweise", „öffentliches Interesse", „Vertrauen der Allgemeinheit", „allgemeines Rechtsgefühl", „Billigkeit", „Sachgerechtigkeit", „wirtschaftliche Gesichtspunkte" und das „Gebotensein"[154]. Auch hypothetische oder konditional formulierte Sätze deuten mehrfach auf den Einfluß von Folgenerwägungen hin. Die ausdrücklich von den Folgen abgeleiteten Auslegungsentscheidungen betreffen keineswegs nur ausgesprochen zielorientierte Rechtssätze, sondern reichen von §§ 1, 8 Patentgesetz[155], §§ 1, 249, 252, 319, 459, 463, 480, 823, 1610, 1615 BGB[156], Art. 5 Menschenrechtskonvention[157], §§ 3, 43, 113 Bundesrechtsanwaltsordnung[158], § 47 Personenstandsgesetz[159], § 193 Konkursordnung[160], § 640 Reichsversicherungsordnung[161], § 13 Gerichtsverfassungsgesetz und § 51 Sozialgerichtsgesetz[162], § 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb[163], Art. 14 Grundgesetz[164], §§ 91a, 263, 511 Zivilprozeßordnung[165], § 22 Wasserhaushaltsgesetz[166], Art. 11, 12 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch[167] bis zu § 12 Schutzbereichsgesetz[168]. Auch wenn

154 Für eine Reihe anderer Entscheidungen macht *Ecker*, Gesetzesauslegung, in: JZ 1967, S. 265 ff. ähnliche Beobachtungen.

155 BGHZ 57, S. 1 (8): „Würde man von den Erfindern neuer makromolekularer Stoffe eine vollständige und exakte Strukturaufklärung verlangen, dann könnte deren Patentanmeldung in aller Regel erst erfolgen, nachdem die wissenschaftliche Struktur der neuen Stoffe gelungen ist."

156 BGHZ 57, S. 45 (51): „Die vom Oberlandesgericht für notwendig erachtete Handhabung würde im vorliegenden Fall zu schwerwiegenden, mit dem Gebot der Prozeßwirtschaftlichkeit und Sicherheit im Rechtsverkehr kaum zu vereinbarenden Folgen führen"; ferner BGHZ 57, S. 63 (69); S. 78 (83); S. 116 (120); S. 229 (237); S. 292 (299).

157 BGHZ 57, S. 33 (41): „Der Senat hat dagegen schon vom Ergebnis her Bedenken."

158 BGHZ 57, S. 53 (58); BGHZ 57, S. 241 = BGHStr. 24, S. 235 (238): Die Bezeichnung „Sozialistisches Anwaltskollektiv" rufe zumindest bei einem Teil der Bevölkerung den Anschein hervor, als ob die Anwälte nicht den freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat anerkennen wollten.

159 BGHZ 57, S. 63 (69).

160 BGHZ 57, S. 78 (82 f.). Ähnlich BGHZ 3, S. 189 (193): „Eine andere Auslegung dieser Bestimmung würde im übrigen zu unbilligen Ergebnissen führen"; BGHZ 5, S. 251 (256): „Das entspricht auch der Billigkeit."

161 BGHZ 57, S. 96 (97), S. 314 (323).

162 BGHZ 57, S. 96 (97).

163 BGHZ 57, S. 116 (120).

164 BGHZ 57, S. 178 (185); S. 359 (366).

165 BGHZ 57, S. 224 (226); S. 242 (244).

166 BGHZ 57, S. 257 (262).

167 BGHZ 57, S. 265 (273); S. 337 (340).

168 BGHZ 57, S. 278 (289).

ein zufällig ausgewählter Band keine repräsentative Aussage zuläßt, so wirkt er doch als ein Indiz für die Relevanz solcher Überlegungen. Den berühmten „Badewannenfall" des Reichsgerichts könnte man noch für eine historisch bedingte extreme Ausnahme halten, die Vielzahl der anderen Fälle dagegen wohl nicht.

Versteckte oder stillschweigende Folgenberücksichtigungen lassen sich schwerer nachweisen, vor allem dann, wenn sie sich hinter Formeln wie „Treu und Glauben" oder „Billigkeit" verbergen[169]. Beliebt und oft verwendet ist auch das sogenannte „argumentum ad absurdum", mit dessen Hilfe eine bestimmte Auslegung als richtig dargetan werden soll, indem zur Diffamierung der Auslegungsalternative nicht nur eine allgemein als unannehmbar geltende Konsequenz geschildert, sondern darüber hinaus noch deren logischer Zusammenhang mit der abzulehnenden Alternative behauptet wird[170].

Die Rechtslehre leugnet den Einfluß von Folgenerwägungen auf juristische Entscheidungen nicht schlechthin, sondern schätzt nur den Stellenwert unterschiedlich ein. Betti[171] mahnt den Interpreten, neben anderen Überlegungen auch die Reaktionen und praktischen Rückwirkungen seiner Auslegungen zu bedenken. Als Anhänger der philologischen Hermeneutik macht er freilich weder Angaben über die analytische Bedeutung solcher Überlegungen noch gibt er an, auf welchem Weg man zu den notwendigen Informationen kommt. Coing[172] bekennt sich zur „teleologischen Auslegung", bezieht in den „Zweck" jedoch nicht die Folge der Entscheidung, sondern nur die Bewertung „des Gesetzgebers" oder (anscheinend gleichbedeutend) „des

169 Oft verstecken sich die Billigkeitserwägungen auch hinter Praktikabilitätserwägungen, so in BVerfGE 12, S. 151 (161) zu § 29 LAG und § 7 StAnpG: „Eine Verdoppelung der Freibeträge für Ehepaare würde finanziell kaum tragbar sein"; BVerfGE 16, S. 6 (16) zu Art. 122, 123 GG: „Diese Auslegung würde jedoch zu praktischen Schwierigkeiten führen"; BSGE 22, S. 278 (281) zu Art. 2 § 41 AnVNG: „Mitunter werden auch die Folgen verkannt, welche bei der vorübergehenden Berufsunfähigkeit die eine oder andere Auslegung des „Versicherungsfalles" hat. — Zum Thema „Treu und Glauben als Vielzweckformel" liefert *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 231 ff. genügend Anschauungsmaterial.

170 BGHZ 46, S. 74 (78): „Schallplattenverlag" ist kein „Verlag" im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB, weil sonst auch ein „Bierverlag" unter die Vorschrift fiele. Vgl. auch RGZ 81, S. 250 (252): Die vom Gesetz unmöglich gewollte Folge ...

171 Allgemeine Auslegungslehre, S. 615: „Außerdem soll der Interpret ... das Ergebnis der Auslegung, die er vorschlagen möchte, nach dessen Reaktionen und praktischen Rückwirkungen ermessen und es sich in diesem Sinn dramatisieren (realize)."

172 Rechtsphilosophie, S. 333.

Gesetzes" ein, ohne zu sagen, wie man diese Bewertung zuverlässig trotz Nichtberücksichtigung der Folgen ermitteln kann. Im Grunde deutet Coing die „Teleologie" als moderne Version von Savignys historischem Element der Auslegung. Nach Engisch[173] gehört zur teleologischen Auslegung der „Wert des Ergebnisses", jedoch nur als ein Gesichtspunkt unter vielen. Larenz[174] faßt „Teleologie" als Argument im juristischen Systemdenken auf und hält insoweit die „Richtigkeitskontrolle vom Ergebnis her", welche die Harmonie im „inneren System" garantieren soll, für „nicht zu entbehren und durchaus legitim". Insgesamt bleibt es nach der vorherrschenden Rechtsdogmatik[175] dem Richter überlassen, ob er das Ergebnis der Auslegungsentscheidung überhaupt in seine Überlegungen einbezieht und, wenn ja, ob er das vor, während oder nach der Auslegung tut. Gegen die Berücksichtigung der möglichen Folgen vorher und nachher werden weniger Bedenken geltend gemacht als gegen die Berücksichtigung während der Auslegungsentscheidung. Das ist verständlich, denn nach gesetzespositivistischer Auffassung liegt ja in der „Beurteilung des Ergebnisses stets ein Element subjektiver Willkür" und „ein Übergriff des Juristen in den Bereich des rechtssetzenden Politikers"[176]. Diese Auffassung hält sich nur deshalb bis heute, weil die Tragweite juristischer Interpretationsmittel erheblich überschätzt und der Anschein erweckt wird, als vermöchten die Interpretationsmittel stets eine im Gesetz antizipierte, nur für den konkreten Konflikt noch verborgene Bewertung mit Sicherheit zu ermitteln. In Wirklichkeit ist das eine Fiktion, die auf dem Umstand beruht, daß die juristischen Informationsmittel nach ihrem Inhalt, ihren Anwendungsvoraussetzungen und ihrem wechselseitigen Verhältnis nur vage formuliert sind. Auf dieser Grundlage kann von einem Richter kein methodisches Vorgehen erwartet werden, das Transparenz und intersubjektiv beliebig nachprüfbare Entscheidungsschritte ermöglicht. Bezieht man dagegen die voraussichtlichen Folgen der möglichen Auslegung während des gesamten Entscheidungsprozesses antizipatorisch mit ein, so läßt sich daraus ein Strukturierungskriterium für den Entscheidungsprozeß gewinnen.

173 *Engisch*, Einführung, S. 77 sowie S. 82: Gerichte können „von Fall zu Fall diejenige Auslegungsmethode wählen, die zum befriedigenden Ergebnis führt".

174 Methodenlehre, S. 315, 326, 371.

175 *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, S. 334; *Friedrich Müller*, Juristische Methodik, S. 149; *Winter*, Tatsachenurteile, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 171 (zahlreiche Nachweise S. 179 Anm. 32).

176 So die zutreffende Charakterisierung bei *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 174. — Unbeachtet bleiben im übrigen bei dem Vorwurf, das Gewaltenteilungsprinzip werde verletzt, die durchaus nicht seltenen Selbstbeschränkungen der Rechtsprechung und die Rückverweisung an die politischen Instanzen: BGHZ 1, S. 360 (362) zu §§ 34, 39 BayRAO; BGHZ 4, S. 208 (215) zu §§ 23, 24 UmstG; BGHZ 4, S. 219 (223) zu §§ 24, 32 UmstG.

Eine Steuerungsfunktion und nicht lediglich eine mehr oder weniger zufällige Berücksichtigung der erwarteten Folgen vor oder nach der eigentlichen Auslegungsentscheidung erkennen bisher nur wenige Juristen an. Ecker[177] hält den „Gedanken an die möglichen Folgen" für einen notwendigen „Bestandteil schulgerechter Gesetzesinterpretation". Den Versuch einer methodischen Konkretisierung seiner Aussage unternimmt er allerdings nicht. Esser[178] wendet sich am heftigsten gegen die Scheinrationalität oberflächlicher Begriffszergliederungen und sagt: „Der vermeintlich eigene Zeichenwert der Begriffe ist vielmehr abhängig von den Rückinformationen aus dem vorgestellten gesetzlichen Ergebnis, welche den Rechtsanwender in die Lage setzt, die Begriffsbedeutungen des Tatbestandes befriedigend zu verstehen". Trotz zutreffender Isolierung der Folgen als steuerndes Element im Entscheidungsprozeß versucht Esser nicht, dieses Element in ein methodisch kontrollierbares Entscheidungsverfahren einzubetten, sondern überläßt dies einer zufälligen Berücksichtigung im „Verstehensprozeß". Esser beschränkt sich auf Aussagen darüber, was man mit Rückinformationen machen kann, falls man sie hat, und stellt weniger die Frage, auf welchem Weg man überhaupt zu Informationen kommt, die später als Rückinformationen dienen sollen. Ähnlich zieht Kriele[179] keine eindeutigen methodischen Konsequenzen aus seiner Einsicht in die Notwendigkeit einer „ständigen Berücksichtigung des Ergebnisses". Krieles Interesse gilt allerdings auch nicht der Suche nach einem rationalen Zusammenhang zwischen Normsatzziel, Entscheidungsfolgen und Normsatzauslegung, sondern beschränkt sich auf eine kunstgerechtere Gewinnung des syllogistischen Obersatzes.

Der entscheidungstheoretische Versuch, die Folgen- und Zielaspekte konsequent in eine Methodik des juristischen Entscheidungsprozesses einzugliedern, wird von Podlechs wissenschaftstheoretischer Begründung der Notwendigkeit einer Folgenberücksichtigung am meisten unterstützt. In seiner Auseinandersetzung mit der materialen Wertethik weist Podlech überzeugend nach, daß Wertungen ausschließlich durch Folgenerwägungen relativ zu den gesellschaftlichen Zuständen diskutierbar sind[180]. Wer an Podlechs Überlegungen zur formalrationalen Strukturierung des juristischen Entscheidungsprozesses anknüpft, braucht nicht in den Verdacht zu geraten, er wolle in Wirklichkeit eine oberflächlich-instrumentale und keine gerechtigkeitsorientierte Entscheidungspraxis propagieren. Als „Folge", über die durch Wahl einer Alternative zu entscheiden ist, läßt sich auch „die Gerechtigkeit" erfas-

177 Gesetzesauslegung, in: JZ 1967, S. 265 (271).
178 Vorverständnis und Methodenwahl, S. 38; ähnlich auch S. 66 Anm. 38 und 164.
179 Rechtsgewinnung, S. 173.
180 Wertungen und Werte, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 201 ff.; 208.

sen, dann nämlich, wenn Aussagen über einen Zustand oder ein Verhalten gemacht und an offengelegten, Gerechtigkeit konkretisierenden Zielen gemessen werden. Eine auf diese Weise erreichte Gerechtigkeit dürfte sogar gerechter sein als eine schematisierte, die auf Leerformeln beruht und darauf hinausläuft, die Verantwortlichkeit für das Ergebnis zu verneinen[181].

Dennoch sind zwei Einwände methodischer Art gegen eine Folgenberücksichtigung bei juristischen Entscheidungen denkbar. Einmal läßt sich behaupten, die Berücksichtigung künftig erwarteter Folgen der Wahl einer Entscheidungsalternative widerspreche der enger aufzufassenden Auslegungskompetenz des Richters. Der Einwand unterstellt eine strukturelle Verschiedenheit von erklärenden und prognostischen Argumenten. Aus methodischer Sicht trifft der Einwand jedoch nicht zu, weil jede adäquate Voraussage eine potentielle Erklärung und jede adäquate Erklärung eine potentielle Voraussage darstellt. Strukturell besteht zwischen Erklärung und Voraussage also Gleichartigkeit[182]. Zweitens könnte man einwenden, prognostische Argumente seien nur dann sinnvoll, wenn eine Kontrolle der tatsächlichen Entwicklung stattfinde und die Möglichkeit vorhanden sei, die tatsächliche Entwicklung in einer späteren Entscheidung angemessen zu berücksichtigen. Dieser Einwand ist in der Tat grundsätzlicher, weil er auf eine Differenz zwischen der traditionellen Beschreibung der Aufgaben des Richters im Entscheidungsprozeß und den entscheidungstheoretischen Erfordernissen hindeutet. Heute geschieht die Rückkopplung mit den Informationen über die Folgen einer Entscheidung entweder gar nicht oder nur zufällig, jedenfalls nicht verfahrensmäßig-institutionalisiert. Das scheint aber nur zum geringeren Teil an der Struktur juristischer Entscheidungen und mehr an den eingeübten Verhaltensweisen des Entscheidungssubjekts zu liegen. Ein Gerichtsurteil besiegelt in erster Linie den Streit zwischen Parteien. Obwohl höchstrichterliche Entscheidungen präjudizielle Wirkung haben,

181 *Curtis*, Theory of Legal Interpretation, in: Vanderbilt Law Review Bd. 3 (1949/50), S. 407 (415): „Better that the courts should set their decisions up against the possibility of correction than make them under the shadow of a fiction which amounts to a denial of any responsibility for the result." — Das häufig verwendete Argument der notwendigen „Einzelfallgerechtigkeit" (z. B. Gemeinsamer Senat der obersten Bundesgerichte NJW 1972, S. 1411 [1414]) scheint zu unterstellen, daß intuitive Gerechtigkeitsentscheidungen zu besseren Ergebnissen führen als eine Entscheidung, die auf der Diskussion von Bedingungen für diese Einzelentscheidung abhängt und dadurch den Entscheidungsspielraum ausweist.

182 *Stegmüller*, Probleme und Resultate, Bd. I, S. 153 und 155. Voraussetzung ist allerdings, daß man den Ausdruck „Erklärung" auch dort anwendet, wo die Antecedensbedingungen keine Ursachen darstellen und das Explanans nur Erkenntnisgründe für die Annahme des Explanandums liefert (S. 198).

wird nicht deutlich zwischen den einmaligen Folgen für die Parteien und denjenigen Folgen unterschieden, die aufgrund des Gerichtsurteils für künftige Entscheidungen und für das Rechtssystem eintreten[183]. Informell mag der Richter zwar von den Folgen seiner Entscheidung Kenntnis erhalten, und es läßt sich weder verhindern noch ist es verboten, solche Kenntnisse in einem ähnlich gelagerten Fall zu verwenden. Verfahrensmäßig wirkt sich das nur rein zufällig aus. Vor allem deshalb gilt es bei Gerichtsentscheidungen auch selten als Nachteil, daß Vermutungen und Behauptungen aufgestellt werden, die empirisch nicht überprüft worden sind, und Formulierungen gewählt werden, denen sogar von vornherein jede Überprüfbarkeit fehlt.

Dabei sind für das Treffen zahlreicher zukunftsrelevanter Entscheidungen schon heute zusätzliche Informationsquellen vorhanden. Sie reichen von der Presse, dem Rundfunk, dem Fernsehen, den Statistiken, den Rechenschafts-, Tätigkeits- und Prüfungsberichten von Behörden und Gutachtergremien bis zu parlamentarischen Anhörungsverfahren und Debatten. Nach dem Stabilitätsgesetz besteht für die Regierung beispielsweise eine Pflicht, Daten zur Verfügung zu stellen, die der Verwirklichung von Zielen in § 1 StabG dienen; diese Orientierungsdaten müssen die „gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge im Hinblick auf die gegebene Situation" spiegeln (§ 3 Abs. 1 S. 1 StabG). Zudem entstehen neue Informationstechniken. Das für die Bundesrepublik geplante Juristische Informationssystem, auf das jeder Richter Zugriff haben wird, soll künftig unter anderem auch eine Rechtsfolgenanalyse ermöglichen und an definierbaren Schnittstellen im Entscheidungsprozeß Sozialdaten bereithalten[184].

Das Hessische Planungsinformations- und Analysesystem HEPAS wird Daten über Produktion, Produktivität, Investitionstätigkeit, Auftragsbestände, Exporte, Importe und den Energieverbrauch liefern[185]. Voraussetzung für den Gebrauch solcher Informationen ist freilich die entsprechende Nachfrage und diese setzt vor allem ein Entscheidungsverfahren voraus, bei welchem die Entscheidungskriterien offengelegt, in ihrem Verhältnis zueinander geklärt und in ihrem Einfluß auf die Wahl einer Entscheidungsalternative angebbar sind. Andernfalls bleibt es im Dunkeln, wann und wo

183 Zu dieser Unterscheidung: *Lawlor*, Fact Content of Cases, in: Jurimetrics Journal Bd. 12 (1972), S. 245 (257).

184 *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Das Juristische Informationssystem, S. 35 und 55. Es wird bereits die weitergehende Forderung erhoben, die Folgen *aller* Entscheidungen als relevante Daten der Gesetze zu computerisieren: *Wróblewski*, Law, Cybernetics, and Computers, in: Law and Computer Technology 1970, S. 9 (12).

185 *Fischer/Hahn/Stumpf*, Politische Entscheidungshilfe, S. 25.

zusätzliche Informationen benötigt werden. Das gilt nicht nur für Wiederholungsentscheidungen, sondern auch für wichtige Einmalentscheidungen und vor allem für den praktisch bedeutsamen Zwischenbereich, in dem Entscheidungen, von einer Teilübernahme, Fortentwicklung, Bestätigung, Umbewertung oder Abänderung von Entscheidungskriterien abhängen. Freilich besteht weder in allen Rechtsgebieten die Notwendigkeit noch die Chance, die Auswirkungen früherer Entscheidungen festzustellen, bevor die neue Entscheidung ergeht. Im Sachenrecht haben Folgenerwägungen fast keine, im Wirtschaftsrecht dagegen große Bedeutung. Auf jeden Fall ist die Meinung Böhlers[186], der die Überprüfung eines Naturwissenschaftlers stets für etwas grundsätzlich anderes hält als der „sinndeutende Vorgang einer Beziehung von Normen auf eine Situation", in dieser generellen Form nicht haltbar. Es gibt keinen Unterschied zwischen Erfahrung und Experiment außer dem Grad der Präzision[187]. Böhler vertraut zu sehr darauf, daß der Richter alle Voraussetzungen und Folgen bereits kennt. Eine solche Auffassung eignet sich nicht dazu, internalisierte rollen- und institutionsabhängige Aussagen zugunsten informationsabhängiger Aussagen im Interesse der Transparenz zurückzudrängen. Ebensowenig überzeugt die Ansicht Luhmanns[188], der die Ablehnung der Folgenverantwortung als fortschrittliche Leistung der Ausdifferenzierung komplexer Systeme deutet und damit die in Wirklichkeit abgestuft vorhandene, aber unzureichend verwirklichte Folgenveranwortung leugnet. Die Nichterwähnung von Entscheidungsfolgen bringt lediglich den psychologischen Vorteil, daß sich bei Außenstehenden der Eindruck über die Unparteilichkeit des Entscheidungssubjekts nicht abschwächt.

b) Wahrscheinlichkeit der Entscheidungsfolgen

Es wäre sinnlos, die Berücksichtigung von Folgen einer beabsichtigten Auslegung als Hilfskriterien für die Alternativenwahl zu fordern, wenn man solche Folgen praktisch nicht ermitteln und antizipierend einbeziehen könnte. Da „Folgen" künftige Ereignisse darstellen, muß das Entscheidungssubjekt nach Anhaltspunkten suchen, die darauf schließen lassen, welche Folgen wahrscheinlich eintreten werden. Außerdem sind Aussagen darüber nötig,

186 Rechtstheorie als kritische Reflexion, S. 110 f. Ähnlich: *Gottlieb*, Logic of Choice, S. 22.

187 *Cowan*, Postulate Set, S. 3. Diese Einsicht steht auch hinter der Analyse von *Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, S. 110 ff.

188 Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1 (4); Verfassungsmäßige Auswirkungen, in: ÖVD 1972, S. 44 (46); Rechtssoziologie Bd. 2, S. 232 (allerdings im Widerspruch zu S. 292: Der Jurist „sucht seine Entscheidung im Rahmen des Möglichen mit Rückkehr auf die Folgen auszuarbeiten").

wie diese wahrscheinliche Umweltsituation einzuschätzen ist, wenn man sie an den Normsatzzielen mißt. Die Feststellung der Wahrscheinlichkeit des künftigen Ereignisses bildet mit anderen Worten eine notwendige Vorstufe für die Ermittlung zielgerichteter Auslegungspräferenzen.

Moderne Entscheidungsverfahren sind Ausdruck einer Zeit, die nicht mehr Urteile über Realitäten fällt, sondern Urteile über „Tatsachen" unter bewußtem Einschluß des Unwissens. „Gewißheit" bedeutet nicht mehr absolute Gewißheit, sondern relativierte Gewißheit. Die normative Entscheidungstheorie bietet für diese Relativierung verschiedene Techniken an, die sich überwiegend auf Wahrscheinlichkeitsaussagen gründen.

Zwei Klassen von „Wahrscheinlichkeiten" sind zu unterscheiden: die statistische Wahrscheinlichkeit (Ereigniswahrscheinlichkeit oder stochastische Wahrscheinlichkeit) und die induktive Wahrscheinlichkeit (Hypothesenwahrscheinlichkeit oder logische Wahrscheinlichkeit)[189]. Die statistische Wahrscheinlichkeit bezieht sich auf die Eigenschaft des Vorkommens eines Ereignisses und will die relative Häufigkeit abbilden, die induktive Wahrscheinlichkeit kennzeichnet den Grad des Vertrauens in eine Hypothese *über* das Vorkommen eines Ereignisses. Es handelt sich also um Wahrscheinlichkeiten mit verschiedenen Objektbereichen und verschiedenen Abstraktionsstufen.

Der von Carnap entwickelte induktive Wahrscheinlichkeitsbegriff ist für die benötigte Feststellung und Relativierung der Folgen von juristischen Entscheidungen deshalb unbrauchbar, weil diese Art von Wahrscheinlichkeit sich nicht auf empirische Informationen bezieht, sondern lediglich die logische Relation zwischen einer Hypothese und einer Menge von Sätzen kennzeichnet, in die bereits vorher alle empirischen Informationen eingegangen sein müssen. Von der logischen Relation, die den Bestätigungsgrad einer Hypothese ausdrückt und die dazu verhilft, der Hypothese eine reelle Zahl zwischen 0 (Hypothese nicht bestätigt) und 1 (Hypothese voll bestätigt) zuordnen zu können, hängt jedoch nichts ab, was für die Einschätzung der Folgen einer Entscheidung wichtig wäre. Vielmehr sind zu diesem Zweck Wahrscheinlichkeitsaussagen nötig, welche die künftigen Folgen einer beabsichtigten Entscheidung faßbar machen und die Berücksichtigung in der zu treffenden Entscheidung erlauben. Wenn überhaupt, dann lassen sich nur durch Angabe von Ereigniswahrscheinlichkeiten die Auslegungsentscheidungen zuverlässiger mit dem Normsatzziel in Einklang bringen und die zugrundeliegenden Auslegungshypothesen allmählich verfeinern, weil dann der Sicherheitsgrad der Wahrscheinlichkeitsaussagen zunimmt.

189 *Popper*, Logik der Forschung, S. 82 f., 106 ff., 165, 313, 359; *Stegmüller*, Probleme und Resultate Bd. I, S. 624 ff.; *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 326—338; *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 82 ff. Allgemeinverständlich: *Cherry*, Kommunikationsforschung, S. 277 ff.

Nun wird es einem Richter praktisch kaum möglich sein, objektive Wahrscheinlichkeiten für den Eintritt bestimmter Folgen einer Entscheidungsalternative anzugeben, da sich die konkrete Situation zu stark ändert. Auch wenn es bereits einige wenige Beispiele in der Rechtsprechung gibt, in denen die statistische Wahrscheinlichkeitsrechnung auf der Sachverhaltsseite als Grundlage dient[190], kann man nicht ohne weiteres die Beachtung solcher Regeln ebenso für die Rechtsfolgeseite fordern. Denkbar sind jedoch Präzisierungsversuche mit Hilfe subjektiver Wahrscheinlichkeiten, falls sich das Entscheidungssubjekt überhaupt bewußte Vorstellungen über die Auswirkungen der Entscheidung macht.

In der Ökonomie und in den psychologischen Verhaltens- und Lerntheorien werden im Anschluß an Bayes, Bernoulli, Laplace, Ramsey und Savage seit langem subjektivistische Theorien der Wahrscheinlichkeit vorgeschlagen[191], weil die strengen Anforderungen der statistischen Wahrscheinlichkeitstheorie für praktische Entscheidungen meist unerfüllbar sind. Subjektive Wahrscheinlichkeiten werden als quasi-logische Bestätigungsgrade von Hypothesen im Hinblick auf eine subjektive Erfahrungsbasis oder als subjektive Aussagen über das Eintreten von Ereignissen aufgefaßt. Der Bestätigungsgrad kann einen Wert zwischen 0 und 1 annehmen. Die Verteilung des Wertes hängt von den Mengen der aufeinander bezogenen Aussagen ab. In der praktischen Anwendung ergeben sich freilich Schwierigkeiten aus der Tatsache, daß für die Entscheidung über die Wahl einer Alternative

190 Feststellung des Blutalkohols; Feststellung des biologischen Vaters eines außerehelichen Kindes. Viele Nachweise zum amerikanischen Recht liefern *Broun/Kelly*, Playing the Percentages, in: Law Forum Bd. 1970, S. 23 ff. Den bisher wohl interessantesten praktischen Fall diskutiert am ausführlichsten *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 ff.: Der California Supreme Court hatte im Fall People v. Collins über den Versuch der Vorinstanz zu entscheiden, ob mit Hilfe einer wahrscheinlichkeitstheoretischen Kombination von 6 charakteristischen Kriterien der Beweis für die Täterschaft eines gemischtrassigen Paares bei einem Straßenraub in Los Angeles erbracht werden kann. Verschiedene Zeugenaussagen hatten zu den 6 Merkmalen geführt: 1) teilweise gelbes Auto, 2) Mann mit Schnurrbart, 3) Mädchen mit Pferdeschwanz, 4) Mädchen mit blondem Haar, 5) Neger mit Bart, 6) gemischtrassiges Paar im Auto. Durch angenommene Ereigniswahrscheinlichkeiten war man zu dem Ergebnis gekommen, daß nur eine Chance von 1:12 Mio. bestand, daß ein in Los Angeles gefaßtes Paar, auf das die Beschreibung paßte, unschuldig sei. Der Supreme Court folgte dem statistischen Beweis nicht.

191 Einen sehr übersichtlichen Abriß der historischen Entwicklung der subjektiven Entscheidungstheorie bietet *Raiffa*, Decision Analysis, S. 273—288. Eine Kurzfassung findet sich bei *Anscombe*, Some Remarks on Bayesian Statistics, S. 155 (160 f.). Wichtige Aufsätze zur Entscheidungspsychologie enthält das Penguin-Taschenbuch von *Ward Edwards/Amos Tversky* (Hrsg.), Decision Making, Harmondsworth 1967. Vorbehalte gegenüber der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie äußert *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 333 ff.

letztlich nicht die subjektive Wahrscheinlichkeit, sondern die Maximierung des erwarteten Nutzens als Grundlage dient. Die Feststellung des Nutzens setzt allerdings die Feststellung der Wahrscheinlichkeit voraus. Deshalb muß die subjektive Wahrscheinlichkeit als Vorstufe untersucht werden.

Der Entscheider kommt zur subjektiven Wahrscheinlichkeit einer Entscheidungsfolge, indem er folgende Hilfsüberlegung anstellt: Bin ich bereit, für die Berechtigung, bei Eintritt der jetzt noch ungewissen Entscheidungsfolge E die Geldsumme X zu erhalten, einen Preis w_1X oder w_2X zu zahlen? Je nach dem, ob er w_1 oder w_2 anbietet, ist w_1 oder w_2 die subjektive Wahrscheinlichkeit, daß er die Geldsumme X erhält. Der Entscheider wird einen um so höheren Preis zu zahlen bereit sein, je sicherer die Chance auf die Geldsumme X ist. Der Geldbetrag drückt in dem Beispiel nur einen formalen Nutzen mit beliebigem Inhalt aus. Verhält sich das Entscheidungssubjekt widerspruchsfrei, dann lassen sich aufgrund mehrfacher Befragung auf diese Weise die subjektiven Grade der Gewißheit für den Eintritt einer Folge ermitteln und in einer Wahrscheinlichkeitsskala abbilden. Im günstigsten Fall kann die Skala numerisch aufgegliedert werden[192].

Für die Einschätzung der wahrscheinlichen Folgen einer Wahl zwischen juristischen Entscheidungsalternativen wird eine feingestufte kardinale Skala praktisch selten aufzustellen sein, weil die Eindimensionalität des Nutzens („Geld") fehlt und oft konkurrierende inhaltliche Ziele zu berücksichtigen sind. Auch mangelt es meist an genauen Informationen als Voraussetzung für Abstufungen, und aus psychologischer Sicht ist es überhaupt zweifelhaft, ob Menschen zwischen kleinen Unterschieden in den Wahrscheinlichkeitsgraden hinreichend gut differenzieren können[193]. Brauchbarer erscheinen deshalb grobe kardinale, ordinale oder nominale Skalen, beispielsweise[194]:

nominal	ziemlich wahrscheinlich	möglich	wenig wahrscheinlich
ordinal	$w_1 > w_2$	$w_2 > w_3 \quad w_3 > w_4$	$\left.\begin{matrix} w_1 \\ w_2 \\ w_3 \end{matrix}\right\} > w_4$
kardinal	0,5	0,3 0,2	0,1

192 *Krelle,* Unsicherheit und Risiko, S. 632 (637).

193 *Kaplan,* Decision Theory, in: Stanford Law Review Bd. 20 (1968), S. 1065 (1067).

194 Zu diesen anderen Möglichkeiten von Skalierungen: *Gäfgen,* Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 338 ff. — Das Zeichen „>" bedeutet so viel wie: „wird vorgezogen" oder „wird bevorzugt gegenüber".

Die Wahl der kritischen Wahrscheinlichkeitsgrenze ist freilich selbst ein Entscheidungsproblem. Man kann dafür einige Restriktionen einführen und die wenig wahrscheinlichen Folgen aussondern oder bestimmte Sicherheitsmargen einhalten. Dadurch wird das Verfahren auf Kosten der Genauigkeit praktikabler. Die Bemühungen, trotz der bestenfalls erreichbaren Annäherungswerte überhaupt subjektive Wahrscheinlichkeitsaussagen über künftige Folgen anstreben zu wollen, rechtfertigen sich daraus, daß überzeugendere Techniken bislang fehlen und sich immerhin die Qualität der Entscheidungen verbessern sowie die Genauigkeit der Einschätzung steigern lassen.

Wollte man bei juristischen Entscheidungen stets die Ermittlung subjektiver Wahrscheinlichkeiten über den Eintritt bestimmter Entscheidungsfolgen fordern, wäre das aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und Ertrag undurchführbar. Andererseits gibt es zahlreiche Situationen, in denen ein entsprechendes Vorgehen unreflektiert und stillschweigend bereits heute vorausgesetzt wird, denn praktisch müssen zumindest subjektive Wahrscheinlichkeiten bei allen Entscheidungen eine Rolle spielen, deren Ergebnisse auf Folgenerwägungen beruhen[195]. Das Bundesverfassungsgericht hat im „Apothekenurteil" ein solches Vorgehen ausdrücklich gebilligt und es in die richterliche Kompetenz fallend angesehen:

„Die Beurteilung hypothetischer Kausalverläufe, die den Normierungen des Gesetzgebers zugrunde liegen, auf ihre größere oder geringere Wahrscheinlichkeit hin ist eine Aufgabe, die ihrer Art nach auch vom Richter erfüllbar ist"[196].

Zur Methode, mit deren Hilfe ein Richter die Aufgabe tatsächlich erfüllen soll, nahm das Gericht allerdings keine Stellung.

Jede bewußt verlaufende subjektive Einschätzung von Ereigniswahrscheinlichkeiten im Entscheidungsprozeß liefert nicht nur Informationen, sondern setzt ihrerseits bereits Informationen voraus. Sind objektive Wahrscheinlichkeiten bekannt und müssen diese Informationen nur für die anstehende Entscheidung subjektiv präzisiert werden, dann handelt es sich um konditionierte Wahrscheinlichkeiten, die sich durch Anwendung der Bayes-Regel[197]

195 Beispiele: BGHZ 43, S. 278 (283) — „Kleenex"; BGHZ 23, S. 365 (373) — „Suwa".

196 BVerfGE 7, S. 377 (412).

197 Der englische Mathematiker und Prediger *Thomas Bayes* (1702—1761) gilt als Begründer der modernen Entscheidungslehre überhaupt, gleichgültig, ob sie statistisch oder subjektivistisch aufgefaßt wird. Seine maßgebliche Schrift: An Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chance, Philosophical Transactions, Royal Society, London 1763/64 ist in Deutsch unter dem Titel erschienenen: Versuch zur Lösung eines Problems der Wahrscheinlichkeitsrechnung, in: Ostwald's Klassiker der exakten Wissenschaften Nr. 169, Leipzig 1908. Der Bayessche Satz ist oft erörtert und abgeleitet worden, u. a. bei

zu einleuchtenden Informationen verdichten lassen. Insoweit besteht das Problem darin, eine bekannte Wahrscheinlichkeit P des Ereignisses A mit der unbekannten, aber mit A zusammenhängenden Wahrscheinlichkeit P des Ereignisses B zusammenzubringen. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß laufende wiederholte Beobachtungen, mindestens eine a priori-Wahrscheinlichkeit und das Verhältnis der bekannten zur unbekannten Wahrscheinlichkeit im Entscheidungsraum feststeht. Diese Bedingungen können bei juristischen Entscheidungen nicht ohne weiteres erfüllt werden[198].

Aber selbst dann, wenn überhaupt keine objektiven oder subjektiven Wahrscheinlichkeitsaussagen über die Folgen der Wahl einer Entscheidungsalternative möglich sind, also vollständige Unsicherheit herrscht, bietet die normative Entscheidungstheorie mit den sogenannten „Entscheidungsregeln" noch Hilfen für rationale Entscheidungsverfahren an.

Entscheidungsregeln sind Vorschriften, die eindeutige Vorzugsrelationen zwischen alternativen Möglichkeiten abzuleiten erlauben. Im Fall der Anwendung von Entscheidungsregeln lenkt das Entscheidungssubjekt sein Interesse nicht unmittelbar auf die exakte Ermittlung der Entscheidungsfolgen und die Auswahl der günstigsten Folge, sondern geht von ungefähren Folgeerwartungen aus und sucht nach einem Prinzip, das dem persönlichen Entscheidungsverhalten am ehesten entspricht. Das Informationsproblem verschiebt sich dadurch von der Ermittlung der Folgen auf die Ermittlung der richtigen Entscheidungsregel. Diese bildet ein „objektiviertes Surrogat für die autonomen Bewertungsakte des Entscheidungsträgers"[199], und zwar sowohl in Teilphasen der Entscheidung als auch für die endgültige Entscheidung[200].

Die zahlreich vorgeschlagenen Entscheidungsregeln unterscheiden sich darin, welche Aspekte betont und welche vernachlässigt werden und differieren hauptsächlich in der Wertungsgrundlage, dem Wertmaßstab und den Feststellbarkeitserfordernissen. Je nach der gewählten Entscheidungsregel kann es also zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Der Vorteil bei Verwendung einer Entscheidungsregel liegt in der erreichbaren Transparenz

Jeffrey, Logik der Entscheidungen, S. 9 ff.; *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, S. 201 ff.; *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 (1351 ff.).

198 Einige Gerichtsentscheidungen auf der Grundlage der Bayes-Regel nennen *Finkelstein/Fairley*, Bayesian Approach, in: Harvard Law Review Bd. 83 (1970), S. 489 Anm. 2.

199 *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 57. In der Wahl einer Entscheidungsregel drückt sich die Einstellung (Attitüde) des Entscheidungsträgers gegenüber der Entscheidungssituation aus, vgl. *Rittel*, Bedeutung der Entscheidungstheorie, S. 121.

200 *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 365.

des jeweiligen Entscheidungsschritts und in der Nachprüfbarkeit des erzielten Ergebnisses entsprechend der Reichweite der gewählten Entscheidungsregel.

Die für juristische Entscheidungen wohl interessanteste Entscheidungsregel über die Berücksichtigung von Folgen einer Alternativenwahl bietet das sogenannte „Minimax"-Prinzip. Nach dieser Regel bevorzugt das Entscheidungssubjekt diejenige Alternative, deren Realisierung die ungefährlichsten Folgen hat, falls sich die gewählte Alternative als falsch erweisen sollte[201]. Der Entscheider neigt also einer „pessimistischen" oder „risikofeindlichen" Grundhaltung zu, da er sich auf den schlechtesten Fall einstellt, den er für möglich hält. Die relativen Vor- und Nachteile, die bei Anwendung der Regel entstehen, lassen sich in einer Matrix darstellen, die zugleich die Grundlage für alle ableitbaren Ergebnisse bildet. Eine solche Matrix sagt allerdings nur etwas über die in Erwägung gezogenen und nichts über künftig etwa hinzukommende neue Folgen aus. Wenig vorteilhaft ist auch, daß eine sinnvolle Anwendung des Minimax-Prinzips eine kardinale Einstufung vorauszusetzen scheint, denn andernfalls ist eine „Minimierung maximaler Risiken" (Minimax) zumindest zwischen mehreren alternativen Folgen sehr schwierig. Immerhin ermöglicht das Minimax-Prinzip eine präzisere Fassung einer bereits allgemein anerkannten rechtlichen Entscheidungsregel, nämlich des Grundsatzes, bei Eingriffen in Rechtspositionen das schonendste Mittel anzuwenden (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Auf die große praktische Bedeutung dieses „Vorsichtsprinzips" im Recht hat Hubmann[202] hingewiesen.

Demgegenüber unterstellt das „Maximax"-Prinzip („Regel des maximalen Maximums") als gegensätzliches Extrem eine „optimistische" und „risikofreundliche" Grundhaltung. Ermittelt wird die relativ günstigste Folge, und zwar unabhängig davon, wie groß die Chance ihres Eintritts ist. Die Maximax-Regel erfordert lediglich eine komparative, keine zahlenmäßige Ordnung der Folgen einer Alternativenwahl. Insofern wäre die Regel im Recht leichter anwendbar als das Minimax-Prinzip. Bedenken erwachsen jedoch aus der lotterieartigen Risikohaltung, die vorausgesetzt werden muß. Eine so extreme Risikoneigung bei der Rechtsanwendung widerspricht der Selbst- und Fremdeinschätzung richterlicher Entscheidungen, dem Postulat der Berechenbarkeit, den Sozialisationsvoraussetzungen des Richterstandes sowie der Ausgleichs- und Stabilisierungsfunktion des Rechts. Aber auch die instru-

201 *Lange*, Optimale Entscheidung, S. 337; *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 385. Die mathematische Formulierung des Minimax-Prinzips geht auf Leonard J. Savage zurück.

202 *Hubmann*, Grundsätze der Interessenabwägung, in: AcP Bd. 155 (1956), S. 85 (127 ff.).

mentelle Funktion des Rechts läßt sich mit dem Maximax-Prinzip schwerlich vereinbaren, denn eine extreme Risikoneigung riefe zu große Unsicherheiten hervor.

Von den zahlreichen weiteren Entscheidungsregeln, die im Rahmen der normativen Entscheidungstheorie zur Verfügung stehen, kommen außer der Regel des subjektiven Befriedigungsniveaus von Simon[203] andere für das juristische Entscheidungsverfahren kaum in Betracht. Es handelt sich meist um kompliziert konstruierte Varianten zwischen „Minimax" und „Maximax", die schwer erfüllbare Informationsermittlungs- und Informationsverarbeitungsanforderungen an den Entscheider stellen. Das betrifft vor allem die Kompromißregel von Hurwicz, der einen arithmetischen Mittelwert zwischen optimistischer und pessimistischer Einschätzung vorschlägt[204]. Bemerkenswert bleibt lediglich noch der Versuch Bernoullis[205], in Fällen, in denen keine Wahrscheinlichkeitsaussagen über die Folgen einer Alternativenwahl möglich sind, alle in Betracht kommenden Folgen als gleichwahrscheinlich anzusehen, wodurch wieder die Wahrscheinlichkeitsrechnung anwendbar wäre. Dieser originelle Gedanke vermischt aber die Aussagenebene mit der Metaaussagenebene, wodurch der Eindruck entsteht, als sei der Grad an Unsicherheit gleich groß, wenn man positiv weiß, daß bestimmte Folgen gleichwahrscheinlich eintreten, wie wenn man nur fingiert, daß bestimmte Folgen gleichwahrscheinlich sind. Positive Kenntnis führt aber zu größerer Sicherheit als fiktive Kenntnis.

Insgesamt erscheint es schwierig, aber zumindest in Teilbereichen des Rechts nicht unmöglich, die Folgen juristischer Entscheidungsalternativen mit Hilfe von kontrollfähigen Entscheidungsregeln zuverlässig ins Entscheidungskalkül einzubeziehen. Als beste Entscheidungsregeln eignen sich hierfür die Simon-Regel und das Minimax-Prinzip, in Ausnahmefällen auch die Bayes-Regel. Diese drei Entscheidungsregeln kombinieren objektive und subjektive Entscheidungselemente nachprüfbarer, als es mit traditionellen heuristischen Methoden möglich wäre. Eine Verwendung dieser Entscheidungsregeln führte nicht zu sachfremden Überlegungen, denn bei vielen juristischen Entscheidungen muß ohnehin die Frage implizit vorentschieden werden, welches Verhalten oder welcher Zustand künftig als zulässig oder unzulässig, rechtmäßig oder rechtswidrig, tragbar oder untragbar, gerecht oder ungerecht gelten soll. Bisher dienen ausschließlich informelle Erfah-

203 *Simon*, Models of Man, S. 242 ff. Ähnliche Vorstellungen auch bei *Braybrooke/Lindblom*, Strategy of Decision, S. 81 ff.

204 Dazu mit Nachweisen: *Lange*, Optimale Entscheidung, S. 331 ff.

205 *Jacob Bernoulli*, Wahrscheinlichkeitsrechnung, in: Ostwald's Klassiker der exakten Wissenschaften Nr. 108, Leipzig 1899.

rungssätze dazu, Unsicherheiten in den jeweiligen Aussagen zu verringern[206]. Das Neuartige im Fall einer Verwendung von Entscheidungsregeln und Wahrscheinlichkeitsaussagen bestünde darin, daß sie ausdrücklich in die Rahmenbedingungen einer konkreten Entscheidung einbezogen und miterörtert werden müßten, um ein Ergebnis einsichtig und nachvollziehbar zu machen. Vermutlich lassen sich bestimmte Problemsituationen und Normsatztypen im Verfassungs-, Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht abgrenzen, bei denen die Verwendung der Simon-, der Minimax- oder der Bayes-Regel durchaus eine sinnvolle Rationalisierung der Entscheidungsbegründung darstellen würde.

Tritt der Einfluß von Entscheidungsregeln auf das Ergebnis juristischer Entscheidungen so augenfällig in Erscheinung, dann darf man das Problem der Legitimation der jeweiligen Auswahl nicht länger wie bei der Verwendung traditioneller Interpretationsmethoden stillschweigend ausklammern. Entscheidungsregeln engen den Spielraum für die Festlegung der Entscheidungsalternative stärker ein als die bisher üblichen Verfahren. Gleichzeitig verlagern sie das Schwergewicht der Informationssammlung und der Informationsverarbeitung in die Phase der Vorauswahl der Entscheidungsregel. Bei der Vorauswahl fallen bereits die steuernden Vorentscheidungen, so daß funktional gesehen die Entscheidungsregeln als quasi-Rechtssätze an die Stelle nicht konditionierungsfähiger Rechtssätze treten. Nach demokratischen Legitimationsprinzipien müßte in erster Linie dem Parlament die Kompetenz der Auswahl einer Entscheidungsregel für eine gewisse Fallgruppe zustehen. Es kann aber nur dann sinnvoll auswählen, wenn eine Abschätzung künftiger Entwicklungen einschließlich der Methode ihrer Steuerung bereits im Stadium der Formulierung des Gesetzestextes stattfände. Gerade das wird kaum möglich sein, denn andernfalls hätte ja schon bereits der Rechtssatz, auf den sich die Entscheidungsregel bezieht, genauer formuliert werden können. Die Auswahl von Entscheidungsregeln durch Richter ist also legitim. Sie verändert nicht die vorhandene Gewaltenbalance und dient lediglich einer im Vergleich zur traditionellen Rechtssatzinterpretation anspruchsvolleren Form der Konkretisierung.

206 Ähnlich *Stützel*, Entscheidungstheoretische Elementarkategorien, S. 27 (43): „Ob die Rechtswissenschaft die nach den Grundsätzen ordentlicher kaufmännischer Geschäftsführung von bestimmten Personen in bestimmten Stellungen vertretbare Übernahme von Risiken erörtert, ob sie sonst allgemein oder kasuistisch die Sorgfaltspflichten von Personen bei der Vermögensverwaltung definiert oder ob sie schließlich die Grenzen der rechtlich vertretbaren Risikoübernahme für bestimmte Unternehmen, wie Banken oder Versicherungen, im Interesse des Gläubigerschutzes durch Kodifizierung von Anlagevorschriften, Solvenz- und Liquiditätsrichtsätzen regelt — überall ist sie dabei, dem Prinzip nach ähnliches zu tun wie die Ökonomen, die sich überlegen, ob es sinnvoller sei, Minimax-Prinzip oder focus-gain und focus-loss zugrunde zu legen."

c) Wünschbarkeit der Entscheidungsfolgen

Die „Wünschbarkeit" betrifft in der normativen Entscheidungstheorie die Einstellung des Entscheidungssubjekts gegenüber den Entscheidungsfolgen, oder aussagenlogisch formuliert: die Einstellung gegenüber Aussagen, die sich auf Entscheidungsfolgen beziehen. Der Spielraum für die Wünschbarkeit der Folgen von Entscheidungsalternativen ist in der Entscheidungstheorie grundsätzlich unbegrenzt; er hängt lediglich von den persönlichen Zielen des Entscheiders ab. Als Maß für die Wünschbarkeit und als Objekt für die Optimierung dient vor allem der zu erreichende „Geldbetrag".

„Wünschbarkeit" deckt sich nur zum Teil mit dem, was Juristen „Bewertung" oder „Wertung" nennen. Die Unterschiede zwischen beiden Konzeptionen zeigen sich deutlicher, wenn man das jeweilige Verfahren kennzeichnet. Wenn ein Jurist „wertet", setzt er eine Menge von „Werten" als gegeben voraus. Aus dieser Menge kann er für einen konkreten Fall frei auswählen. Wertehierarchien gibt es im Recht nur ganz ausnahmsweise. Am Ergebnis der Entscheidung zeigt sich schließlich mittelbar, welcher Wert berücksichtigt oder höher eingeschätzt worden ist als ein anderer Wert. Die Formulierungen im Text von Gerichtsentscheidungen erwecken allerdings fast immer den Eindruck, als sei die Art und Weise der Berücksichtigung von Werten stets gesetzlich determiniert und unabhängig von der Person des Entscheiders. Demgegenüber unterstellen entscheidungstheoretische Wünschbarkeiten von vornherein keinen festen Wertevorrat, sondern verlangen ohne besondere Bedingungen bewußte persönliche Beurteilungen, die sich auf die konkreten Folgen der Entscheidungsalternativen beziehen. Mit Bekanntgabe der Einstellung des Entscheidungssubjekts gegenüber diesen Entscheidungsfolgen werden die angestrebten Werte mittelbar erschlossen. Das Übereinstimmende beider Bewertungsverfahren liegt also in der Notwendigkeit subjektiver Bewertungsakte, der Unterschied in dem, was als Bewertungsgrundlage dient.

Nun besteht bei juristischen Auslegungsentscheidungen weder ein unbeschränkter Spielraum für Wünschbarkeiten noch läßt sich die Wünschbarkeit einer bestimmten Alternativenwahl anhand eines einheitlichen Maßgutes wie „Geld" feststellen. Der Spielraum für Wünschbarkeiten ist durch den Entscheidungsbereich eines Rechtssatzes und durch die Existenz anderer Rechtssätze begrenzt und hängt vom Vagheitsgrad des Gesetzestextes ab. Es interessiert außerdem nicht der tatsächliche oder angenommene persönliche Geldgewinn[207] des Entscheidungssubjekts als Maßstab, sondern die Sozialgerech-

207 Davon gehen die Ökonomen aber regelmäßig aus, z. B. *Jeffrey*, Logik der Entscheidungen, S. 60; *Raiffa*, Decision Analysis, S. 8 ff.

tigkeit[208] der Entscheidung. Schon daher ist es im Recht ungleich schwieriger, wenn auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen, zu kardinalen oder ordinalen Informationen über Wünschbarkeiten als Voraussetzung für die Anwendung des methodischen Instrumentariums der Entscheidungstheorie zu kommen. Auch die höhere oder geringere Sozialgerechtigkeit läßt sich relativieren, und zwar um so eher, je mehr sie auf sozialen Präferenzen und genauen Zielvorstellungen in Rechtssätzen sowie auf die dahinterstehenden politischen Theorien zurückgeht und je weniger sie auf davon losgelöste, unverbunden nebeneinanderstehende und dadurch oft widersprüchliche Rechtsprinzipien gegründet wird.

Sieht man einmal von denjenigen rechtsideologischen Ansichten ab, die dem Richter überhaupt keinen Handlungsspielraum zubilligen und höchstens „objektiv" ausfüllbare „Lücken" anerkennen, dann stellt sich die juristische Problematik der Wünschbarkeit so dar: Wenn bei der Wahl zwischen den juristischen Auslegungsalternativen A_1 und A_2 zu einer bestimmten Zeit die Folgen F_1 und F_2 eintreten können und die Folge F_2 nach Auffassung des Richters entweder aufgrund empirischer Kontrollen in ähnlichen Situationen oder aufgrund weniger zuverlässiger subjektiver „erfahrungsmäßiger" Einsichten dem Normsatzziel näherkommt als F_1, also entsprechend „wünschenswerter" ist, muß er je nach der herangezogenen Entscheidungsregel entweder diejenige Alternative A und damit diejenige Auslegungselemente wählen, bei der die Folge F_2 wahrscheinlicher eintreten wird (Bayes) oder diejenige Alternative, bei der das Risiko einer falschen Wahl geringer ist (Minimax) oder diejenige Alternative, die ihn bezüglich F_2 am ehesten zufriedenstellt (Simon). Keine Schwierigkeit besteht darin, eine entscheidungstheoretische Wünschbarkeit ohne Erörterung der entscheidungstheoretischen Rahmenbedingungen im traditionellen juristischen Sprachgebrauch verbal zu begründen, weil die ungeordnete Vielfalt der Argumentationstopoi dazu verhilft, fast jede Wünschbarkeit zu rechtfertigen; der Richter kann ja auf eine passende juristische Auslegungsmethode, auf die „Billigkeit", den „Sachzusammenhang" oder die „Natur der Sache" verweisen, ohne die Motive nennen zu müssen, die für diese Vorauswahl bestimmend waren. Er braucht auch nicht anzugeben, warum er denkbare Argumente vernachlässigt hat, die für andere Wünschbarkeiten sprechen. Während allerdings der Wertungsvorgang im traditionellen Verfahren rational nicht weiter einsichtig oder

208 Man könnte statt dessen mit den Ökonomen auch von „Wohlfahrtsfunktion" (Entscheidung über die Wünschbarkeit sozialer Zustände) sprechen: *Gäfgen*, Beziehungen zwischen welfare economics und politischer Theorie, S. 159 ff.; Zusammenhänge zwischen juristischen Gemeinwohlvorstellungen und der ökonomischen Wohlfahrtsfunktion weist sehr ausführlich *Streißler* (Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen, S. 2 ff.) nach.

intersubjektiv kontrollfähig gemacht werden kann, sondern pauschal ins „Vorverständnis" verwiesen werden muß und als „Entscheidungsverhalten" nachträglich noch einige Rechtssoziologen interessiert, bietet das entscheidungstheoretische Vorgehen den Vorteil, daß die stets anzugebenden Rahmenbedingungen das Informationsbedürfnis und die Informationen über den Bewertungsakt erweitern, das Vorverständnis aufschlüsseln und das Ergebnis dadurch potentiell kritik- und kontrollfähig halten[209].

Unter dem formalen EDV-Aspekt ist es wichtig zu wissen, ob man die Wünschbarkeit von Entscheidungsfolgen für mehrere juristische Entscheidungen so ordnen kann, daß eine widerspruchsfreie Präferenzordnung entsteht. Wäre dies möglich, dann ließen sich die Wünschbarkeiten einer ganzen Klasse von Situationen, für welche die Präferenzordnung Gültigkeit hätte, in gleicher Weise programmieren[210].

Formallogisch bedeutet „Präferenz" so viel wie Vorzugsrelation (R) zwischen alternativen Wahlmöglichkeiten (a, b), und die übliche Abkürzung „a R b" demnach: „a wird b vorgezogen". Die erforderlichen Axiome zur Konstruktion einer formalen Logik für Präferenzordnungen sind schon lange bekannt und bewiesen. Es handelt sich um mindestens zwei, höchstens drei Postulate, je nach dem, ob man den Fall ausschließen will, daß jemand zwischen a und b indifferent ist. Wird Indifferenz zugelassen, dann entsteht eine „schwache", andernfalls eine „strenge" Präferenzordnung. Die Postulate der „Konnektivität" und der „Transitivität" müssen stets vorliegen, das Postulat der „Assymetrie" nur dann, wenn eine „strenge" Präferenzordnung erreicht werden soll[211].

Rechtslogiker interessieren sich bisher noch nicht für die Frage, ob die genannten Postulate bei praktischen Entscheidungen sinnvoll berücksichtigt und ob vor allem juristische Entscheidungen entsprechend organisiert werden können. Podlech[212] scheint von dieser Möglichkeit auszugehen, denn er weist Entscheidungen, für die keine Präferenzordnung im Gesetz besteht, als „politische" Entscheidungen „aus staatsrechtlichen Gründen" der Legislative zu. Dem kann auf dem Hintergrund der gegenwärtigen Entscheidungspraxis deshalb nicht gefolgt werden, weil andernfalls nur axiomatisierte Entschei-

209 Habermas meint (in: *Habermas/Luhmann,* Theorie der Gesellschaft, S. 225), „Wünschbarkeit" schließe „Kritisierbarkeit" aus. Dies trifft nicht zu, weil die Rahmenbedingungen für die Wünschbarkeit durchaus kritisiert, abgeändert und ersetzt werden können, während Geltungsansprüche, die auf „umgangssprachlicher Kommunikation" beruhen, an das konkrete Kommunikationsverhältnis gebunden bleiben und nicht ersichtlich ist, auf welche Weise sie transsubjektive Geltung beanspruchen können.

210 Dazu: *Aumann,* Subjective Programming, S. 217 (220 ff.).

211 Einzelheiten am klarsten bei *Arrow,* Social Choice, S. 12 ff.

212 Gehalt und Funktionen, S. 202, 207, 274.

dungen zulässig wären und fast alle bedeutsamen höchstrichterlichen Entscheidungen als verfassungswidrig bezeichnet werden müßten, denn sie erfüllen die Bedingung keineswegs. Der Angelpunkt des Problems liegt darin, ob man für juristische Entscheidungen das Postulat der Transitivität voraussetzen und erfüllen kann. „Transitiv" heißt eine Präferenzordnung für die alternativen Wahlmöglichkeiten a, b, c dann, wenn das Entscheidungssubjekt, falls es a gegenüber b und b gegenüber c vorzieht, stets auch a gegenüber c bevorzugt, oder abgekürzt formuliert: wenn a R b und b R c auch a R c impliziert.

Es erscheint keineswegs selbstverständlich, daß die hinter dieser Betrachtungsweise stehende „Entdeckung des Komparativs für die wissenschaftliche Methodenlehre"[213] im Recht notwendig mit der Übernahme des Transitivitätspostulats verknüpft sein muß. Zwar läßt sich „Rationalität" entsprechend eng definieren und alles andere als „nichtrational" abqualifizieren[214]. Im Hinblick auf EDV wäre diese Einstellung sogar vorteilhaft, weil die Existenz einer Präferenzordnung die Einsatzmöglichkeiten erhöhte. Es gibt aber verschiedene Argumente, die gegen die Forderung nach Transitivität bei juristischen Entscheidungen sprechen.

Einmal kommt in juristischen Entscheidungsprozessen den Veränderungen der tatsächlichen oder der rechtlichen Situation im Zeitablauf eine große Bedeutung zu. Die Präferenzenlogik kann den Einfluß des Zeitfaktors auf den Inhalt der Entscheidung nicht angemessen abbilden, sondern muß bei Verschiebungen das vorhandene Präferenzsystem erst wieder abändern. Selbst die von v. Wright entwickelte sogenannte „Logic of Change"[215] vermag diesen Zwang nicht aufzuheben, sondern nur abzumildern.

Ferner lassen sich die Objekte und Situationen, auf die sich die Wünschbarkeiten beziehen, fast nie in sämtlichen, sondern nur in einigen Aspekten vergleichen. Da Transitivität eine formale Eigenschaft von Präferenzbeziehungen darstellt und es meist nicht möglich ist, alle Präferenzbeziehungen vollständig zu erfassen, können subjektive Präferenzen nur für den jeweils betrachteten Ausschnitt aus dem gesamten Präferenzraum gemacht werden. Verschiebungen darin müssen deshalb notwendig zu Intransitivitäten führen[216].

213 *Radbruch,* Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe, S. 46 (für einen anderen Zusammenhang).

214 So *Leinfellner,* Einführung, S. 208; *Podlech,* Gehalt und Funktionen, S. 274.

215 *Georg Henrik von Wright,* Norm and Action, London/New York 1963.

216 Beispiel: Jemand hat die Wahl zwischen längeren Ferien, höherer Bezahlung oder weniger Arbeitsstunden pro Tag. Wenn er längere Ferien einer höheren Bezahlung und die höhere Bezahlung den weniger Arbeitsstunden vorzieht, braucht er nicht notwendig auch die längeren Ferien den weniger Arbeitsstunden pro Tag vorzuziehen *(v. Wright,* Logic of Preference, S. 22).

Bemerkenswert ist die behavioristische Kritik am Transitivitätspostulat. Sie rückt die übersteigerten Anforderungen an die Denkleistungen des Entscheidungssubjekts in den Mittelpunkt. Wie empirisch kontrollierte Experimente zeigen, kann der Mensch nur in einfachen Situationen transitive Ordnungen herstellen. In komplexeren Situationen ist er dagegen überfordert. Dort gruppiert er seine Wünschbarkeiten und Entscheidungen um einen Hauptgesichtspunkt und vernachlässigt die anderen[217]. Daraus läßt sich schließen, daß die Forderung, Wünschbarkeiten transitiv zu ordnen, nur ausnahmsweise und nur bei sehr einfachen Entscheidungsproblemen überhaupt erfüllt werden kann.

Das mehr denk- und lernpsychologische Problem, ob die Beachtung des Transitivitätspostulats und die dadurch erzielbaren widerspruchsfreien Aussagen die menschliche Denk- und Assoziationsfähigkeit uneingeschränkt sichern oder sie gerade umgekehrt behindern, ist bisher noch ungeklärt. Der amerikanische Rechtsphilosoph Thomas A. Cowan, der als erster Jurist die Frage in bezug auf juristische Entscheidungen erörter hat[218], glaubt eher an eine Behinderung des schöpferischen Denkens. Cowan möchte Raum für Intuition, Emotion und Gefühle bei der Auswahl von Entscheidungsalternativen lassen. Deshalb will er an der Dialektik nichttransitiver Präferenzketten festhalten und sie nicht durch abgeschlossene Präferenzhierarchien ersetzen, die nicht mehr den Akt des Wählens, sondern nur noch den Zustand nach erfolgter Wahl betreffen. Der nötige Entscheidungsspielraum kann nach seiner Meinung nur gesichert werden, wenn sich die Wünschbarkeiten den nicht voraussehbaren Situationen anpassen. Falls sich überhaupt auf der Grundlage oft widersprüchlicher Rechtssätze ein System transitiver Präferenzen entwickeln ließe, was Cowan anzunehmen scheint, würde dadurch in der Tat der subjektive Entscheidungsspielraum für die Zukunft begrenzt und nur auf dem Umweg über die Abänderung des Präferenzsystems nachträglich legalisierbar. Andererseits ist zu fragen, ob die starke Betonung des intuitiven Elements nicht das individuell verschiedene Einfühlungsvermögen überschätzt und ein Alibi für solche Entscheidungen schafft, die ohne weiteres mit zuverlässigeren Methoden hätten getroffen werden können.

217 Beschreibung und Nachweis zu den verschiedenen Experimenten bei *Edwards/Tversky*, Decision Making, S. 13 (44 ff.). Zur Informationspsychologie und Informationskapazität des Menschen: *Bernstein/Jetzschmann*, Informations- und spieltheoretische Aspekte, S. 70 ff.

218 Non-Rationality in Decision Theory, Berkeley 1965 (unveröffentlichtes Arbeitspapier im Rahmen des Social Sciences Project, University of California). Ähnliche Ansätze finden sich auch bei *Priester*, Rationalität, S. 457 (472 f.).

Das wohl überzeugendste Argument gegen das Transitivitätspostulat geht auf Arrow[219] zurück. Bei Entscheidungen von Gruppen, beispielsweise einer Zivilkammer, ergeben sich bei mehrgliedrigen Präferenzrelationen intransitive Gruppenpräferenzen sogar dann, wenn das einzelne Gruppenmitglied für sich transitiv ordnet. In vereinfachter Darstellung und auf eine juristische Situation übertragen lautet das Arrowsche Theorem wie folgt:

Rangordnung zwischen den Wünschbarkeiten a, b, c

Richter A	a R b	b R c	a R c
Richter B	b R c	c R a	b R a
Richter C	c R a	a R b	c R b

Richter A zieht am meisten a gegenüber c, Richter B am meisten b gegenüber a und Richter C am meisten c gegenüber b vor. Die einzelnen ordinalen Vorzugsrelationen ergeben insgesamt kein gemeinsames Präferenzprofil.

Wenn es dennoch in der Praxis zu einstimmigen oder zu mehrheitlichen Entscheidungen in Zivilkammern kommt und notwendig auch kommen muß, dann beruht dieses Phänomen weniger auf formalen Angleichungstechniken als auf persönlichkeits- und rollenabhängigen Faktoren, wie wechselseitige Einschätzung, Koalitionsbildung, Überbetonung einer Wünschbarkeit, Überredungsgeschick oder Taktik. Weil die eigentlichen Ursachen des Angleichungsprozesses unbewußte Reaktionen sind, läßt sich auch nicht einfach fordern, daß sie explizit gemacht werden sollten, um das Gesamtergebnis als Konsequens transitiver Präferenzen darstellen zu können. Die nichtrationalen Faktoren machen darüberhinaus deutlich, warum die Suche nach einer „sozialen Wohlfahrtsfunktion", also einer allgemein akzeptierten Rangordnung aufgrund summierter individueller Wünschbarkeitspräferenzen, nicht auf formallogischer Grundlage gelingen kann, sondern höchstens durch eine politische Theorie lösbar ist, welche Gewichtungen auf bestimmte Wünschbarkeiten verteilt und dadurch andere Wünschbarkeiten zwangs-

219 *Arrow*, Social Choice, S. 22 ff.; *Luce/Raiffa*, Games and Decisions, S. 328 ff. — Zu Arrow: *Podlech*, Gehalt und Funktionen, S. 274—279 (formallogischer Beweis); *v. Wright*, Logic of Preference, S. 40 ff. (aussagenlogische Teilaspekte). Im Zusammenhang mit richterlichen Entscheidungen zu Gemeinwohlklauseln weist *Streißler* (Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen, S. 9 ff.) zutreffend darauf hin, daß Gemeinwohlentscheidungen aufgrund von Präferenzrelationen nur sinnvoll sind, wenn entweder leidlich homogene Gerechtigkeitsvorstellungen vorhanden sind oder die soziale Wertung nur auf die Teilrechtsgebiete oder auf Gruppenansprüche (z. B. der „Kaufmann" im Handelsrecht) bezogen wird. Den Inhalt der sozialen Präferenzfunktion setzen die Richter insoweit „diktatorisch" i. S. Arrows fest *(Streißler*, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen, S. 37 Anm. 80).

läufig zurückdrängt. Jede politische Theorie ruft andererseits den Widerstand von denjenigen hervor, die andere Wünschbarkeiten vertreten oder Wünschbarkeiten anders bewertet haben wollen.

Die vorstehenden Überlegungen machen deutlich, daß die Gleichsetzung von Rationalität und Transitivität für juristische Entscheidungen zu eng ist. In komplexen Situationen sind im Recht regelmäßig nur einfache Präferenzordnungen wie „gut—befriedigend—schlecht" und keine transitiven Ordnungen erreichbar[220]. Es wäre deshalb sinnlos, prinzipiell transitive Ordnungen in einer normativen juristischen Entscheidungstheorie zu fordern. Die einfacheren intransitiven Präferenzordnungen lassen einen Wünschbarkeitsspielraum, können aber gerade deshalb nicht zu allein optimalen, sondern eben nur zu guten, befriedigenden oder schlechten Entscheidungen führen.

Schon immer betonen Richter aufgrund ihrer unterschiedlichen Sozialisation und Persönlichkeitsstruktur die gesetzlich zulässigen Wünschbarkeiten unterschiedlich. In Entscheidungskollegien muß deshalb eine kommunikative Verständigung stattfinden, die den Mangel rationaler Techniken heuristisch überbrückt. Durch den Versuch, die Angleichungsvorgänge bewußt zu machen und die Wünschbarkeiten zu benennen, lassen sich in gewissem Umfang immerhin die Fachdiskussionen schneller auf die entscheidenden Punkte der unterschiedlichen Wünschbarkeitsordnungen lenken. Dadurch müßten sich eigentlich viele doktrinäre Scheingefechte erübrigen, die vordergründig um „die richtige" Auslegung eines Rechtssatzes geführt werden, in Wirklichkeit aber darauf hinauslaufen, individuelle Wünschbarkeiten mehr oder weniger bewußt dogmatisch zu verpacken. Ob eine Offenlegung zu anderen Konflikten im Justizsystem führt und welche Nachteile daraus entstehen, kann nicht entscheidungstheoretisch, sondern muß rechtssoziologisch geklärt werden.

Aus rechtssoziologischer Sicht hat Luhmann zum Transitivitätspostulat Stellung genommen und es mit der juristischen Doktrin von der „einzig richtigen Entscheidung" geschickt verknüpft[221]. Dadurch entsprechen sich die leicht nachweisbare Undurchführbarkeit der Doktrin und die Undurchführbarkeit des Transitivitätspostulats. Für Luhmann bildet das Transitivitätspostulat eine kritikwürdige „Strategie der Absorption von Unsicherheit in bezug auf Werte"[222]. Er schlägt statt dessen ebenfalls vor, einen gewissen „Befriedigungsstand" anzustreben. Seine systemtheoretische Beschreibung geht nicht auf mögliche Konflikte innerhalb des Systems ein.

220 *Rescher,* Semantic Foundations, S. 37 (39 ff.) weist nach, daß es sich um verschiedene Stufen der Präferenz handelt.

221 *Luhmann,* Zweckbegriff, S. 22.

222 *Luhmann,* Zweckbegriff, S. 25.

Die Konstruktionsprinzipien der Systemtheorie entheben Luhmann auch der Frage, ob und wie sich der Vorgang, einen gemeinsamen „Befriedigungsstand" zu erreichen, methodisch genauer beschreiben und in Handlungsanweisungen übersetzen läßt. Es ergeben sich daher keine neuen Gesichtspunkte für die hier interessierende entscheidungstheoretische Problematik.

d) Auswahl der relativ besten Entscheidungsalternative

Das entscheidungstheoretische Bewertungsverfahren endet mit der Auswahl der relativ besten Entscheidungsalternative, und zwar relativ entweder zu einer kombinierten Wünschbarkeits- und Wahrscheinlichkeitsbeurteilung (Bayes), oder zu einer Wünschbarkeitsbeurteilung mit Risikoabneigung (Minimax) oder lediglich zu einer Wünschbarkeitsverteilung (Simon). Mathematisch gesehen ist das Bewertungsverfahren normalerweise als Nutzungsfunktion (= Zielfunktion, Präferenzfunktion, utility function) über Konsequenzen abbildbar, denn der Nutzen läßt sich empirisch als Endergebnis von Beziehungen zwischen Kriterien kennzeichnen. Die Dimensionen der Nutzenfunktion entsprechen der Anzahl der Kriterien. Man kann den Einfluß eines Kriteriums auf den Verlauf der Nutzenfunktion normalerweise durch einen Vektor darstellen und mit Hilfe mathematischer Techniken manchmal auch den kardinalen Wert von Nutzenfunktionen ermitteln[223].

Eine Übertragung dieses Konzepts auf juristische Auslegungsentscheidungen ist aus mehreren Gründen nicht einfach: Die Ziele der Optimierungsrichtung sind nicht freigestellt, die Folgen von Entscheidungsalternativen lassen sich im Recht schwieriger ausmachen als in der Ökonomie. Fast alle Konsequenzen ökonomischer Überlegungen drücken sich in quantitativen Größen wie Umsatz, Gewinn, Marktanteil und Absatzquoten, im Recht dagegen in qualitativen Größen wie Schaden, Eigentumsverletzung, Gesundheitsbeschädigung, ungerechtfertigte Bereicherung und unlauterer Wettbewerb aus. Eine Transformation von qualitativen in quantitative Größen ist freilich verfahrensmäßig nicht grundsätzlich ausgeschlossen; sie läßt sich oft durch Subkategorisierungen vorbereiten: „Schaden" wird quantitativ faßbar, wenn man Kriterien aufzählen kann, die anzeigen, ob und in welcher Höhe ein Schaden vorliegt. Die Schwierigkeit bei der Transformation qualitativer Größen beruht vor allem auf der mangelnden Kontrollfähigkeit der vorauszusetzenden Bewertungs*akte*, welche die Art, die Anzahl und den Einfluß von Kriterien für das Bewertungs*verfahren* festlegen. Diese Bewertungsakte hängen von der Situation ab und ändern sich mit ihr, so daß kein statisches, sondern ein im Zeitablauf veränderliches System von Kriterien entsteht.

223 Zur Technik der Ermittlung: *Raiffa*, Decision Analysis, S. 246 ff.

Die Auswahl einer „besten" Entscheidungsalternative bei Ungewißheit über die Entscheidungsfolgen ist im Rahmen einer Nutzenfunktion nur möglich, wenn dafür die Bayes-Regel zugrunde gelegt und mit ihrer Hilfe diejenige Alternative ermittelt wird, für die sich ein maximaler Erwartungswert der Wünschbarkeit ergibt[224]. Bei Anwendung der Simon-Regel sind mehrere gleich gute Entscheidungen nicht ausgeschlossen. Der Zusammenhang zwischen Entscheidungsregeln und den erörterten juristischen Entscheidungsphasen läßt sich folgendermaßen darstellen:

juristische Anknüpfung	Bezugspunkte	Bayes	Minimax	Simon
zielorientierte Normsatz-auslegungs-hypothese	A_1 (ja) A_2 (nein)	Alter-nativen	Alter-nativen	Alter-nativen
Folgen der Auslegung	F_1 F_2	Wünsch-barkeit	Wünsch-barkeit + Risiko-abneigung	Wünsch-barkeit
Indizien für den Eintritt der Folgen	I_1 I_2 I_3 I_4	Wahrschein-lichkeit	—	—

Tab. 10: Beziehungen zwischen Entscheidungsregeln und juristischen Entscheidungsphasen

Bei der Bayes-Regel bezieht sich die Wahrscheinlichkeitsaussage auf die Indizien für den Eintritt der Folgen, die Wünschbarkeitsaussage auf die Folgen der Auslegungsalternativen. Der Bayessche Erwartungswert der Wünschbarkeit ist gleich dem Produkt aus Wahrscheinlichkeit und Wünschbarkeit ($I \times F$). Die beste Entscheidung erreicht den höchsten Erwartungswert.

224 *Finkelstein/Fairley*, Bayesian Approach, in: Harvard Law Review Bd. 83 (1970), S. 489 (498 ff.) versuchen, die Bayes-Regel auf Identifikation eines Straftäters anzuwenden und verweisen auf andere Versuche im Recht (S. 490 Anm. 4). Gegen ihren Rückgriff auf die Bayes-Regel für zurückliegende anstelle zukünftiger Ereignisse wendet sich mit Recht *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 ff. Der Aufsatz von *Broun/Kelly*, Playing the Percentages, in: Law Forum 1970, 23 (32) kritisiert vor allem die Unterschätzung nichtrationaler Komponenten. Für die Anwendung der Bayes-Regel auf strafrechtliche Tatsachenfeststellungen tritt auch *Kaplan*, Decision Theory, in: Stanford Law Review Bd. 20 (1968), S. 1065 (1084 ff.) ein. — Einfache und praktische Beispiele für die Anwendung der Bayes-Regel bringt *Jeffrey*, Logik der Entscheidungen, S. 9 ff.

Berechnungen zur Ermittlung des höchsten Erwartungswertes scheitern bei juristischen Auslegungsentscheidungen sehr oft an der Unmöglichkeit oder an der Sinnlosigkeit von Wahrscheinlichkeitsaussagen. Entweder räumt schon die Fassung des Gesetzestextes keinen Auslegungsspielraum ein oder sie läßt ihn zwar zu, aber die konkreten Auslegungsziele liegen nicht fest, die Folgen sind nicht angebbar oder eindeutige Indizien für den Eintritt der Folgen fehlen. In allen diesen Fällen kommt es zu keiner optimalen Entscheidung. Mit Hilfe der Simon- und der Minimax-Regel können lediglich die schlechteren Entscheidungsmöglichkeiten ausgeschaltet und die besseren ermittelt werden. Da mehr als eine intransitive nominale oder ordinale Präferenzordnung bei juristischen Auslegungsentscheidungen selten erreichbar sein dürfte, beschränkt sich die Kontrollierbarkeit der Entscheidung auf die Wahl und die richtige Anwendung der Entscheidungsregel bei bekannter Präferenz (Simon-Regel) oder bekannter Risikopräferenz (Minimax-Regel) des Entscheidungssubjekts. Dadurch entsteht bei der Anwendung der Simon-Regel oder der Minimax-Regel etwas ähnliches wie ein „Ermessensspielraum" für die Auswahl der Entscheidungsalternative, der sich aber mindestens durch eine wichtige Eigenschaft von dem bekannten juristischen Entscheidungsspielraum bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe unter Verwendung traditioneller Auslegungsmethoden unterscheidet: Die vom Entscheidungssubjekt zu treffende und durch analytische Techniken, nämlich durch Hineindrängen des Entscheidungssubjekts in eine Kette von bewußten Auswahlsituationen zu ermittelnde Präferenzschwelle[225], jenseits derer alle Entscheidungen entweder „befriedigend" oder „unbefriedigend" sind, läßt sich auf diese Weise exakter kennzeichnen, nachprüfen, organisieren und abändern. Ob damit ein Schritt in Richtung einer allmählichen Öffnung bestimmter Rechtsbereiche für operationale Mehoden getan werden kann, muß die Praxis zeigen.

e) Gewichtung und Reorganisation der Anwendungsbedingungen

Für den Abschluß des juristischen Entscheidungsprozesses reicht es allerdings nicht, die Entscheidungsphasen lediglich zu durchlaufen und eine Alternative mit Hilfe einer Entscheidungsregel fehlerfrei auszuwählen. Eine rechtsstaat-

225 Mathematisch läßt sich die Grenze als „Indifferenzkurve" darstellen, welche die Präferenzkonturen nachzeichnet. Einzelheiten: *Borch,* Wirtschaftliches Verhalten, S. 42 ff.; *Gäfgen,* Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 153 f.; *Raiffa,* Decision Analysis, S. 89 ff.

liche Gerichtsentscheidung muß darüber hinaus noch den Zusammenhang mit einem Rechtssatz öffentlich herstellen. Darauf verschiebt sich sogar der Schwerpunkt des Interesses, denn nicht die interne Auswahl der günstigsten Entscheidungsalternative, sondern die externe Begründung der getroffenen Auswahl kennzeichnet den Abschluß des juristischen Entscheidungsprozesses. Begründungen dienen heute nicht mehr vor allem der Begrenzung der Staatsmacht, um bürgerliche Freiheitsrechte zu schützen, sondern um die rechtsgestaltende Funktion der Entscheidungen zu legalisieren und zu legitimieren.

Wie oben bereits dargestellt, wird der Zusammenhang zwischen Sachverhalt, Normsatzziel und Entscheidungsfolgen pragmatisch durch Anwendungsbedingungen vermittelt, die vom situativen Kontext des Rechtssatzes abhängen. Um das Feld der Anwendungsbedingungen für gegenwärtige und zukünftige Sachverhalte in Abhängigkeit von Informationen erfassen und schrittweise verbessern zu können, müssen die Informationen aus den einzelnen Phasen des Entscheidungsprozesses in bewertete Anwendungsbedingungen transformiert werden. Die Zuordnung gelingt um so eindeutiger, je zuverlässiger die vorausgesetzten Informationen ausfallen.

Jedes zunächst intuitiv entworfene Feld von Anwendungsbedingungen läßt sich verbessern, indem man

— den Einfluß der Anwendungsbedingungen auf die Alternativenwahl jeweils durch Gewichtungen festlegt;
— die Liste der Anwendungsbedingungen kürzt oder ergänzt und dadurch das Bedingungsfeld reorganisiert.

Nichts anderes geschieht im Grunde bei einem rechtsdogmatischen Auslegungsverfahren, allerdings mit einem im Hinblick auf EDV entscheidenden Nachteil: Die Bewertung und Reorganisation der Anwendungsbedingungen wird nicht von kontrollierbaren Informationen, sondern von mehr oder weniger bewußten Erfahrungen, Assoziationen, Gefühlen, Affekten und Interessen des Entscheidungssubjekts gesteuert. Wenn der Bundesgerichtshof beispielsweise im „Schallplattenurteil I" dem Landgericht Berlin vorwirft, es habe die Unterschiede zwischen Schallplatte und Buch „zu gering bewertet", dann handelt es sich bei dieser Aussage in Wirklichkeit um eine unterschiedliche Auswahl und Gewichtung von Anwendungsbedingungen für den Rechtsbegriff „Verlag" in § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB und nicht, wie der Bundesgerichtshof es darstellt, um das Aussprechen einer angeblich wirtschaftspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers, die kein Abwägen mehr erfordere[226]. Als Anwendungsbedingungen für den Rechtsbegriff „Verlag" wären in Betracht gekommen: der Organisationstyp des Unternehmens

226 BGHZ 46, S. 74 (86 f.).

(Kapitalgesellschaft, Personalgesellschaft), der Objektsbereich (Werke der bildenden Kunst, der Musik), der Inhalt des Produkts (ernst, heiter, unterhaltsam, populär, wissenschaftlich), die Vervielfältigungsmittel (Papier, Schallplatten, Kassetten, Magnetband), die Verkaufspolitik (Herstellung, Vertrieb, Absatzrisiko), die wirtschaftliche Bedeutung (Zahl der Verlage, Beschäftigungszahl, Umsatz, Gewinn), die rechtliche Stellung nach dem Urheberrecht (ausschließliches oder beschränktes Nutzungsrecht) und nach dem Verlagsrecht (Gleichbehandlung, Ungleichbehandlung), die bisherige Lösung des Problems (in den letzten 10 Jahren, vorher) und einiges mehr. Tatsächlich aber hat der Bundesgerichtshof aus der großen Zahl der möglichen Anwendungsbedingungen nur ganz wenige herausgegriffen, ohne eine Begründung dafür zu geben, und hat diese Anwendungsbedingungen bewertet, ohne einen überzeugenden Maßstab dafür zu haben. Nur wenn das Gericht die informationelle Voraussetzungen sowohl für die Auswahl als auch für die Bewertung der Anwendungsbedingungen explizit gemacht hätte, wären die Folgerungen relativierbar und überprüfbar gewesen. So bleibt das Urteil eine zufallsabhängige Dezision und erweckt nur den Anschein einer logischen Schlußfolgerung.

Das entscheidungstheoretische und für eine automatisierte Informationsverarbeitung wichtige Problem besteht zunächst darin, ein Verfahren anzugeben, das die Informationen aus den vorausgegangenen Entscheidungsphasen in Anwendungsbedingungen umsetzt und ihnen Gewichtungen zuordnet. In dem Vorgang einer solchen Operationalisierung „steckt" bereits die endgültige Lösung der Rechtsfrage, denn wenn die gewichteten Anwendungsbedingungen zusammen mit der Entscheidungsregel das Endergebnis determinieren sollen, dann müssen sie sich in feststellbarer Weise auf die Auswahl einer Entscheidungsalternative auswirken. Im Vergleich zu bisherigen Lösungstechniken erfordert das nicht weniger, sondern mehr Überlegungen. Das Mehr liegt in dem Bestreben, alle zu treffenden Entscheidungen möglichst zuverlässig auf einen informationellen Bezugsrahmen hin zu relativieren.

Unterstellt man einmal, Rechtswissenschaft und Praxis stimmten darin überein, welche Anwendungsbedingungen bei der Auslegung eines Rechtssatzes zu berücksichtigen seien, hielten also beispielsweise die genannte Liste der Gesichtspunkte im eben erwähnten Schallplattenurteil für abschließend und maßgeblich, dann hinge die Auswahl der Entscheidungsalternative noch davon ab, welchen Anwendungsbedingungen welche Einflußgrößen zugeordnet würden. Dies wiederum richtete sich bei entscheidungstheoretischem Vorgehen danach, welche Informationen über die Wünschbarkeit der Folgen einer Entscheidungsalternative aufgrund der Informationen über das Normsatzziel und des Sachverhalts bestünden. Wenn die ermittelte Präferenz lautete: „Schallplattenverlage sollen diesselben Vorteile haben wie Buch-

verlage", dann wäre zu enscheiden, welche der listenmäßig aufgeschlüsselten Anwendungsbedingungen hoch und welche niedrig gewichtet werden sollten, damit im Ergebnis die ja-Alternative (Schallplattenverlage sind „Verlage" nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB) einträfe und die verbale Begründung mit Hilfe dieser Anwendungsbedingungen überzeugte. Die Zuordnung der Gewichtungen verlangt also bereits eine Antizipation des Ergebnisses und die Kenntnis der Präferenzschwelle. Im Rahmen eines anderen Rechtsstreits ließe sich auf dieser Grundlage dann gedanklich durchspielen, was geschehen würde, wenn man eine oder mehrere Gewichtungen oder die Liste der Anwendungsbedingungen abänderte und ob dieses Ergebnis ebenfalls mit den verschiedenen Informationen in Einklang gebracht werden kann. Die Beschreibung des Verfahrens klingt umständlicher als es tatsächlich ist. Daraus darf man jedoch nicht schon dessen Überflüssigkeit folgern, denn immerhin läßt sich so in der schriftlichen Begründung besser ausweisen, wie das Zusammenspiel der Anwendungsbedingungen genau aussieht. Jeder, der Rang und Bedeutung der verwendeten Argumente in ihrer Abstufung erkennen und eine offene Diskussion darüber nicht ausschließen möchte, hat entsprechend schrittweise und relativierend vorzugehen.

Muß sich ein Entscheidungsgremium erst noch über die Liste der in Frage kommenden Anwendungsbedingungen, über die Gewichtungen oder über beides verständigen, dann ermöglicht das entscheidungstheoretische Vorgehen immerhin, die schwierigen Punkte genauer zu markieren und den darauf bezogenen Informationen auch in vergleichbaren künftigen Situationen größere Aufmerksamkeit zu sichern. Oft hängen Entscheidungen allerdings nur von wenigen Anwendungsbedingungen, manchmal sogar nur von einer einzigen Anwendungsbedingung ab, deren Einfluß sich leicht festlegen läßt. In allen Fällen kann freilich der *Akt* der Festlegung und Gewichtung einer Anwendungsbedingung nur vorstrukturiert, nicht aber vollkommen determiniert werden, und zwar unabhängig davon, ob die Strukturierung durch ein axiomatisiertes Logiksystem, durch eine textlinguistische Transformationsgrammatik oder durch ein entscheidungstheoretisch-informationelles Verfahren erfolgt. Im Fall der Axiomatisierung liegt der Handlungsakt in der Auswahl der Prämissen und Formungsregeln, im Fall der Transformationsgrammatik in der Aufstellung der Vorschriften über die Zuordnung der Elemente der syntaktisch-semantischen Repräsentation eines Rechtssatzes zu den Elementen der Sachverhaltsbeschreibung, bei einem entscheidungstheoretisch-informationellen Verfahren in dem Vorgang der pragmatischen Verknüpfung oder der Festlegung von Regeln über die Verknüpfung der verschiedenen Informationskategorien zu bewerteten Anwendungsbedingungen. Das entscheidungstheoretische Vorgehen bringt gegenüber den logischen und linguistischen Sturkturierungsverfahren den großen Vorzug, einen rechtlichen Konflikt flexibler und problemnäher strukturieren zu können. Die Notwen-

digkeit dazwischentretender Handlungsakte bildet jedoch in allen Fällen das unüberbrückbare Hindernis für vollautomatisierte juristische Entscheidungsverfahren. Aufgrund einer Hierarchie von Determinanten, die durch informationsabhängige Vorentscheidungen festgelegt werden müssen, ist es zwar möglich, den richterlichen Assoziations- und Handlungsspielraum beliebig weit einzuengen; völlig aufheben läßt er sich letztlich nicht, wenn die Judikative funktionsfähig bleiben soll. Durch entscheidungstheoretische Techniken wird im Grunde also „nur" das Verfahren der Ermittlung und Weiterverarbeitung von Informationen und der verbalen Begründung der Entscheidung zuverlässiger und durchsichtiger. Diese Vorteile sollte man allerdings für juristische Entscheidungen nicht unterschätzen und so weit wie möglich nutzen.

Anwendungsbedingungen umschreiben die zielorientierte Normsatzauslegungshypothese durch Aussagen über Ereignisse und Zustände, die in einigen Fällen fehlen, in anderen vorhanden sind, und bilden dadurch eine abstraktere Entscheidungsgrundlage im Vergleich zu Einzelaussagen, die nur einmal vorkommen können. Da Anwendungsbedingungen hier als Begriffe (Zeichen) der juristischen Fachsprache und nicht als Terme einer künstlichen Metasprache aufgefaßt werden, heben sie sich nicht eindeutig von umgangssprachlichen Ausdrücken ab und enthalten damit ihrerseits Vagheiten. Dieser Nachteil im Hinblick auf EDV wirkt sich jedoch auf die Alternativenwahl weniger stark aus als vage Rechtsbegriffe, die unmittelbar und nicht relativiert verwendet werden. Zudem gestatten logisch-semantisch unvollkommen determinierte Anwendungsbedingungen, da sie leichter abzuändern sind, die konkrete Informationslage besser zu berücksichtigen, als dies mit Hilfe von wohldefinierten und daher statischen Elementen innerhalb eines logischen Kalküls möglich wäre.

Durch pragmatische Untergliederungen von Anwendungsbedingungen und durch Zuordnung von Indikatoren in Form von Aussagesätzen läßt sich der Determinationsgrad für die Verwendung der Anwendungsbedingungen erhöhen. In die Überlegungen hinsichtlich der Ermittlung und Verarbeitung von Informationen muß dann allerdings außer den Anwendungsbedingungen auch die vorgelagerte Stufe der Indikatoren mit einbezogen werden. Dadurch entsteht eine weitere Abhängigkeit: Wenn bestimmte Indikatoren vorliegen, ergibt sich eine bestimmte Anwendungsbedingung; nur wenn eine bestimmte Anwendungsbedingung zutrifft, folgt daraus eine bestimmte Konsequenz für die Auslegung des zugehörigen Rechtssatzes und die Auswahl der Entscheidungsalternative. Indikatoren bieten also ein verfeinertes pragmatisches Hilfsmittel, um die Informationskategorien (Sachverhalts-, Ziel- und Folgeninformationen) in Anwendungsbedingungen zu transformieren. Eine Präzisierung von Indikatoren durch Übernahme von Postulaten der mathematischen Wahrscheinlichkeitstheorie wäre zwar „computergerecht",

dürfte aber entgegen der Ansicht von Lawlor[227] praktisch nicht durchführbar sein.

Das Verfahren der Zuordnung von Gewichtungen zu den Anwendungsbedingungen hängt davon ab, wie genau das Wissen um die Folgen und das Ziel der Wahl einer bestimmten Entscheidungsalternative ist und wie genau die beabsichtigte skalenmäßige Abstufung der Gewichtungen ausfällt. Je mehr eine Anwendungsbedingung entsprechend der zuvor festgestellten Wünschbarkeit (oder gegebenenfalls: des Erwartungswertes der Wünschbarkeit) zur Wahl einer Entscheidungsalternative beitragen soll, um so größer muß ihr Gewicht sein. Wird lediglich eine dreistufige Nominalskala zugrunde gelegt, die nur die Kategorien „groß/gering/indifferent" vorsieht, dann läßt sich die jeweilige Einflußgröße relativ einfach einschätzen. Schwieriger gestaltet sich das Verfahren bei einer Kardinalskala. Insofern muß nämlich das Entscheidungssubjekt zunächst aus einer hypothetischen Wahlsituation heraus nacheinander jeweils zwei Anwendungsbedingungen X und Y vergleichen und entscheiden, ob es X gegenüber Y oder Y gegenüber X vorzieht oder ob es beide gleichrangig einschätzt. Wegen der zu erwartenden intransitiven Ordnung kommen beim Vergleich mehrerer Anwendungsbedingungen nur ausnahmsweise eindeutige Abstufungen vor, welche die Möglichkeit bieten, unterschiedliche Zahlengrößen zuzuordnen. Immerhin sind auch intransitive Skalen keineswegs sinnlos, sondern bleiben noch stets genauer als stillschweigende oder sporadische Zufallseinschätzungen. Bei jeder Skalierung ist anzugeben, von welchem Punkt ab oder jenseits welchen Rahmens die eine oder andere Entscheidungsalternative gewählt werden soll: Nominalskalen erfordern demnach die Angabe, wieviele der als „groß" oder „gering" an Einfluß gewichteten Anwendungsbedingungen für die Wahl einer bestimmten Alternative vorliegen müssen; und Kardinalskalen setzen eine Festlegung voraus, welcher zahlenmäßige Betrag oder welcher Betragsrahmen insgesamt erreicht werden soll. Die Zusammenhänge machen deutlich, daß Verschiebungen in der Gewichtung nicht immer auf das Ergebnis durchschlagen, oder rechtsdogmatisch formuliert: daß unterschiedliche Begründungen zum gleichen Ergebnis führen können.

Weder die Zahl der Anwendungsbedingungen noch die Art der Gewichtungen dürfen bei juristischen Entscheidungen für alle Zukunft festliegen, sondern können nur so lange gelten, bis das Entscheidungssubjekt aufgrund neuer Sachverhalts-, Ziel- und Folgeninformationen eine Reorganisation für notwendig hält. Die Reorganisation vollzieht sich in der Regel schrittweise

227 *Lawlor*, Excerpts from Fact Content, in: Jurimetrics Journal Bd. 12 (1972), S. 245 (264). Lawlor nennt die Indikatoren „Tatsachendeskriptoren" (fact descriptors).

und knüpft an frühere Anwendungsbedingungen und Gewichtungen an, so daß der organisatorische Aufwand nicht stets in vollem Umfang neu entsteht. Vermutlich sind Änderungen in der Liste der Anwendungsbedingungen seltener erforderlich als Änderungen von Gewichtungen. Grundsätzlich bietet jeder Gerichtsprozeß die Möglichkeit, vorhandene Anwendungsbedingungen zu streichen, neue Anwendungsbedingungen einzufügen oder die Gewichtungen zu verändern. Freilich bleibt zuvor aufgrund der neuen Informationslage immer die erkenntnistheoretisch höherrangige Überlegung erforderlich, ob denn eine Reorganisation überhaupt vorgenommen werden sollte. Ein Zwang, alle Fälle gleichartig zu entscheiden[228], entsteht jedenfalls nicht. Anders wäre es nur, wenn ein verbindlicher Lösungsalgorithmus beanspruchte, alle künftig denkbaren Informationen bereits jetzt berücksichtigen zu können. Da dies entweder eine sichere Beherrschung der Zukunft oder eine statische Umwelt voraussetzte, beides aber irreale Annahmen sind, kommt jeder Vorschlag in diese Richtung einer im Rechtssystem unannehmbaren Festschreibung des status quo gleich. Demgegenüber muß eine moderne juristische Entscheidungstheorie von vornherein die Möglichkeit einschließen, die sozialen Entwicklungen und rechtlichen Veränderungen fortlaufend zu berücksichtigen. Sowohl in der heutigen juristischen Methodenlehre als auch in der ökonomischen Entscheidungstheorie wird dieser „Zeitfaktor" vernachlässigt.

Die analytische Aufschlüsselung einer juristischen Auslegungsentscheidung auf der Grundlage der ökonomischen Entscheidungstheorie muß einem mit der herkömmlichen Entscheidungstechnik vertrauen Juristen recht kompliziert erscheinen und in der Tat ist es offen, ob ein allgemeiner Kosten-Nutzen-Vergleich stets zugunsten des entscheidungstheoretischen Vorgehens und gegen die traditionelle Methodik sprechen würde. Andererseits bietet die Entscheidungstheorie die bisher einfachste Möglichkeit, ein Ergebnis in Abhängigkeit von Informationen schrittweise und kontrollierbar zu entwickeln. Jeder, der dies anstrebt, muß den damit verbundenen höheren Denkaufwand in Kauf nehmen. Es kommt also darauf an, was man erreichen will: Eine autoritativ-gültige, gewohnheitsmäßige, nicht-rationale, assoziative, vom Können abhängige und vielleicht rhetorisch elegantere "Reduktion von Komplexität" oder eine systematische, durchsichtige, kritisierbare, den Bezugsrahmen und die Einflußgrößen offenlegende, vom Wissen abhängige und daher prinzipiell durch empirische Informationen verbesserungsfähige Entscheidung. Für Alltagsentscheidungen mit geringen Auswirkungen für die Allgemeinheit wäre ein entscheidungstheoretisches Vorgehen sicher unange-

228 Das unterstellt *Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens, in: AcP Bd. 172 (1972), S. 97 (113 f.) für jede Art der Formalisierung.

bracht, weil hier das Problem mehr im „Aushandeln"[229] einer Lösung liegt. Für zukunftsgestaltende Leitentscheidungen, die erhebliche rechtliche und soziale Rückwirkungen haben, dürften sich die Bemühungen um eine sorgfältigere Informationsermittlung und Informationsverarbeitung dagegen lohnen. Nur für solche Entscheidungsverfahren scheint auch der Einsatz von EDV neben den massenhaft vorkommenden Routineabwicklungen echte Vorteile zu bringen.

6. Gesamteinschätzung des entscheidungstheoretischen Modells für die Strukturierung juristischer Auslegungsentscheidungen

An verschiedenen Stellen der bisherigen Erörterungen ist bereits betont worden, daß die konstitutiven Elemente der Entscheidungstheorie weder alle Unzulänglichkeiten der juristischen Methodik ausräumen können noch einen Lösungsalgorithmus oder einen vollständigen „Entscheidungsbaum" für juristische Auslegungsentscheidungen erzeugen. Entscheidungstheoretische Überlegungen strukturieren lediglich Einzelphasen des Begründungszusammenhangs und müssen durch nichtalgorithmisierbare Handlungsakte des Entscheidungssubjekts eingeleitet und verknüpft werden. Die vollständig rationale Entscheidung bleibt also weiterhin eine Wunschvorstellung. Allerdings kann die Entscheidungstheorie aufgrund ihrer Eigenschaft, Beliebigkeiten zu verringern und Verfahrensschritte genauer zu beschreiben, im Gegensatz zur herkömmlichen juristischen Entscheidungstechnik die Einsatzvoraussetzungen für EDV erheblich verbessern helfen. An die Stelle der schlichten Auslegung durch unmittelbaren Zugriff auf Begriffsbedeutungen mit Hilfe des „Wesens", der „Natur der Sache" und zufällig herausgegriffener Gesichtspunkte oder Leerformel tritt ein Verfahren, das die Informationsnachfrage und das Informationsangebot in den Mittelpunkt rückt und beides zur Lösung der Entscheidungsproblematik in einen systematischen Zusammenhang bringt. Soll ein Computer auch nur in Teilphasen des juristischen Entscheidungsprozesses überhaupt unterstützend Verwendung finden können, dann müssen die Juristen zuvor die Entscheidungsmethode und den gedanklichen Lösungsweg in Abhängigkeit von Informationen artikulieren[230].

229 *Baur*, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, in: JZ 1957, S. 193 ff.; *Eckhoff*, Die Rolle des Vermittelnden, S. 243 (248 ff.); *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 45 ff.

230 Dazu: *Buchanan/Headrick*, Some Speculations, in: Stanford Law Review Bd. 23 (1970), S. 40 (45 f.).

Darauf lenkt die Entscheidungstheorie konsequent hin, ohne bereits, wie textlinguistische Transformationsgrammatiken oder logische Kalküle, sämtliche Entscheidungsprämissen in den Systemvoraussetzungen zu implizieren. Insofern bildet sie eine praxisnähere Zwischenstufe zwischen der Utopie eines axiomatisch-deduktiven Entscheidungssystems und der „Kunst" der heuristischen Rechtsfindung bei Verwendung „juristischer Methoden". Die Entscheidungstheorie schafft Haltepunkte im Verlauf der Problemlösung, die nicht in einer bestimmten zeitlichen Reihenfolge berührt werden müssen, sondern die Schnittstellen für beliebig ausbau- und verfeinerungsfähige Problemnetze und Subsysteme definieren. Hinter dem Vorschlag, das entscheidungstheoretische Vorgehen als Interpretationsmodell für besonders weitreichende juristische Auslegungsentscheidungen zu empfehlen, steht freilich bereits eine persönliche Präferenz: die Meinung nämlich, daß bewußt getroffene Entscheidungen regelmäßig durchsichtiger und verbesserungsfähiger und deshalb demokratischer und rechtsstaatlicher sind als unbewußte oder gewohnheitsmäßige Entscheidungen.

Falls juristische Auslegungsentscheidungen, wie versucht wurde nachzuweisen, tatsächlich die Wahl zwischen Alternativen lassen, dann muß sich die Aufmerksamkeit stärker als bisher auf das Verfahren der Auswahl richten. Die Chancen dafür erhöhen sich, wenn Juristen beginnen, den Begründungszusammenhang und den Informationshaushalt zu strukturieren. Je mehr entscheidungstheoretische Elemente (Präferenzen, Entscheidungsregeln, Anwendungsbedingungen, Gewichtungen) herangezogen werden, um so mehr steigt der Grad der formalen Entscheidungsrationalität[231], um so mehr wächst allerdings auch der normative Entscheidungsgehalt des jeweiligen Interpretationsmodells. Deshalb muß man versuchen, für jeden Rechtssatztyp einen günstigen Gleichgewichtsstand zwischen Verfestigung und Beweglichkeit des Auslegungssystems zu finden.

Da der justizsyllogistische Subsumtionsschluß nur scheinbar eine Entscheidungsbegründung logisch-konsistent zu rechtfertigen vermag, muß die Subsumtionsvorstellung einer Betrachtungsweise Platz machen, die den Vorgang als einen informationsabhängigen Operationalisierungsversuch aufgrund einer entscheidungstheoretisch-pragmatischen Strukturierung von Rechtssätzen auffaßt. Diese Deutung scheint auch deshalb sinnvoll zu sein, weil viele Rechtsbegriffe eine wenig beachtete Doppelfunktion besitzen: Sie dienen nicht bloß als Medien, sondern auch als Instrumente der Entscheidung. Wie exakte Urteilsanalysen zeigen, überdecken die klassischen Auslegungsmethoden diesen instrumentellen Charakter. Ohne die instrumentelle Komponente ließen sich aber beispielsweise nicht die unbestreitbaren Wand-

231 Vgl. *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 87 ff.

lungen des Anwendungsbereichs vieler Rechtsbegriffe und Rechtssätze erklären. Schon deshalb liegt es nahe, die instrumentelle Funktion der Juristensprache nicht zu vernachlässigen oder lediglich im Zusammenhang mit der angeblichen Ausnahmekategorie des „Richterrechts" anzuerkennen, sondern als festen Bestandteil des individuellen Entscheidungsverhaltens und der gesellschaftlichen Interaktions- und Kommunikationsvorgänge aufzufassen[232].

Um die Zeitbezogenheit und die Abänderungsfähigkeit von Auslegungsentscheidungen zu sichern[233], sind richterliche Entscheidungen möglichst als tentativ oder experimentell in bezug auf die Entscheidungsfolgen zu deuten. Das läßt sich freilich nicht stets, sondern im wesentlichen nur bei zielabhängigen Entscheidungen durchführen. Diese kommen in allen Rechtsgebieten vor, vornehmlich aber im Wirtschaftsrecht, und zeichnen sich dadurch aus, daß sie sowohl Sozialbeziehungen gestalten als auch über den zugrundeliegenden Sachverhalt in zeitlicher und sachlicher Hinsicht hinauswirken.

Die Entscheidungstheorie lenkt auf die rationalen Grundlagen der Methodik juristischer Auslegungsentscheidungen hin, indem sie Entscheidungsschritte formal analysiert und aufgrund einer Zerlegung der Probleme eine nachfolgende Optimierung erleichtert. Dadurch entsteht zwar kein Zuwachs an empirischen Informationen, sondern nur an Informationen über die Methodik von Problemlösungen. Aber gerade daraus lassen sich Rückschlüsse ziehen, warum die klassische juristische Methodik den Einsatz von Computern verhindert: Der Grund liegt darin, daß die juristische Entscheidungstechnik nicht hinreichend exakt die Verknüpfungsstellen zwischen der Endentscheidung und den vorgelagerten Teilentscheidungen sowie ihre Abhängigkeit von einem durchgängigen Informationsprozeß kennzeichnen kann. Nur soweit solche Abhängigkeiten markierbar sind, lassen sich punktuelle Teilformalisierungen erreichen. Innerhalb eines entscheidungstheoretischen Interpretationsmodells erscheinen deshalb Computerunterstützungen für Teilschritte nicht ausgeschlossen. Aber auch unabhängig davon bietet die entscheidungstheoretische Denkweise methodische Vorteile: Sie legt Entschei-

232 Allgemein: *Schaff*, Sprache und Erkenntnis, S. 169 ff. Für juristische Entscheidungen: *Rottleuthner*, Richterliches Handeln, S. 152 ff. Rottleuthner will das gerichtliche Verfahren aus Interaktionen „rekonstruieren", sagt aber wenig darüber, wie man diesen „neuen Kommunikationsstil in Gerichtsverhandlungen" (S. 155) überhaupt konstruieren kann. Es hilft wenig, das gerichtliche Verfahren (gemeint: Strafverfahren) als gewaltsam „verzerrte Kommunikation" (S. 213) zu bezeichnen, wenn es keine Regeln gibt, den besseren kommunikativen Stil herbeizuführen.

233 Beides ist nicht identisch. „Wertungs"verschiebungen bei Auslegungsentscheidungen lassen sich nicht eindimensional mit dem „Zeitabstand" seit Erlaß des Gesetzes begründen (so *Mennicken*, Ziel der Gesetzesauslegung, S. 98), sondern mit Verschiebungen in den Sachverhalts-, Ziel- und Folgeninformationen.

dungsbedingungen im juristischen Problemlösungsvorgang offen, relativiert Eigenschaften des Entscheidungssubjekts wie „Weitblick", „Verantwortungsbewußtsein", „Gerechtigkeitsgefühl" und „Vernunft", zwingt zur Offenbarung des „Vorverständnisses[234] und kanalisiert durch bewußte Abschichtung der Entscheidungsproblematik die kognitiven Leistungen des Entscheidungssubjekts. Auf jeden Fall liefert die normative Entscheidungstheorie eine Basis, um die Zuverlässigkeit der heutigen Entscheidungsmethodik aus einer rationalen Sicht besser beurteilen zu können. Für zielorientierte Auslegungsentscheidungen führt die Entscheidungstheorie darüber hinaus zu einer ersten Stufe der Entscheidungsrationalität, weil unbestimmte Komplexität in entscheidungsfähige Komplexität umgewandet wird, und regt zur Modellierung des Informationshaushalts an. Dadurch verstärkt sich zwangsläufig auch die Informationsnachfrage.

Die aufgezählten Vorteile dürfen allerdings nicht über die Grenzen jeder analytischen Technik hinwegtäuschen. Handlungsakte und intuitive Lösungseinfälle können nicht antizipiert, sondern nur in ihren Voraussetzungen und Folgen beschrieben, beurteilt und höchstens mittelbar angeregt werden. Die normative Entscheidungstheorie macht keine Aussagen über die Realität oder die Motive des Entscheidungssubjekts, sondern hilft nur, diese besser darzustellen und ein waches Bewußtsein dafür zu schaffen. Sie liefert ein Gerüst aus strukturellen Komponenten, das die volle Eigentümlichkeit der Entscheidungssituation nur unvollkommen abbildet, sie aber immerhin zuverlässiger aufschlüsselt, als es mit der klassischen Methodik möglich wäre. Dennoch führt die Entscheidungstheorie nicht zu einem standardisierten Begründungszwang, weil unterschiedliche Informationen auf unterschiedliche Alternativen hin relativiert werden können. Je mehr Routinekomponenten allerdings erfüllbar sind, um so leistungsfähiger wird die Entscheidungstechnik. Teilformalisierungen bleiben selbst dann möglich, wenn kreative Handlungen dazwischentreten und einen weitergespannten Formalisierungszusammenhang unterbrechen. Im Gegensatz zu einem Axiomensystem läßt sich die entscheidungstheoretische Formalisierung auch nachträglich noch ohne weiteres auf Teilphasen des Entscheidungsprozesses beschränken, beispielsweise auf die Festlegung des Befriedigungsniveaus oder auf eine Entscheidungsregel für eine bestimmte Situation. Andererseits schließen Teilformalisierungen

234 Damit eröffnet sich eine Möglichkeit, die entsprechende Forderung *Essers* (Vorverständnis und Methodenwahl, S. 33) zu verwirklichen. Schon *Tribe* (Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 (1384 f.) hat zutreffend vermutet, daß die informationelle Bewertung antizipierter Konsequenzen von Entscheidungsalternativen mehr dem „lawmaker" als dem „factfinder" helfe.

eine vollständige Programmierung oder Optimierung der Gesamtentscheidung aus, weil insoweit alle Variablen, von denen das Ergebnis abhängt, kontrollierbar sein müßten.

Jede Entscheidungsphase ist mehr oder weniger den Zielen des Entscheidungssystems unterstellt. Daraus ergeben sich für juristische Entscheidungen Schwierigkeiten, wenn beim Vorliegen mehrerer Ziele eine Zielhierarchie fehlt. Die ökonomische Entscheidungstheorie behandelt Mehrfachziele überhaupt nicht, im Recht kommen sie aber häufig vor. Um Zielabstufungen herstellen zu können, müssen Informationen über alle wichtigen Ziele vorhanden sein. Daran mangelt es oft ebenso wie an eindeutigen Maßstäben. Außerdem kann sich, wie Hopt[235] zutreffend ausgeführt hat, ein bereits festgestelltes Rechtssatzziel nachträglich wieder ändern, wenn es sich als „unrichtig" herausstellt oder wenn die Informationen sich wandeln, auf die sich das Ziel bezieht, oder wenn sich die Ziel-Mittel-Relation als unzureichend erweist. Nur in wenigen Teilrechtsgebieten stehen die Ziele heute präzisiert, abgestuft und für einen längeren Zeitraum eindeutig fest.

Soweit ausnahmsweise subjektive Wahrscheinlichkeitsaussagen bezüglich der Entscheidungsfolgen möglich erscheinen, bildet die Messung und die mehr oder weniger grobe Skalierung ein bisher noch unzureichend gelöstes Problem. Voraussetzung für eine genaue Aussage ist ein zeitlich und sachlich begrenzter Entscheidungsraum, in dem sich die Folgen der Entscheidung auswirken. In zeitlicher Hinsicht läßt sich für juristische Entscheidungen keine „Wirkungsperiode"[236] angeben, weil der Entscheidungsraum solange gleichbleibt, bis eine spätere Entscheidung die Bedingungen der früheren Entscheidung verändert, genauer: bis eine spätere Entscheidung eine Veränderung der Bedingungen feststellt, die sich in der Zeit zwischen den Entscheidungen vollzogen hat und die mit der neuen Entscheidung ins Bewußtsein tritt. Grundsätzlich bleibt also die Wirkungsperiode in Raum und Zeit offen. Diese Feststellung liefert natürlich nur eine ungünstige Grundlage für zuverlässige Wahrscheinlichkeitsaussagen. Andererseits wäre aber auch die Annahme irreal, jede höchstrichterliche Entscheidung verändere schon den Entscheidungszeitraum. In den meisten Fällen handelt es sich um sehr geringe schrittweise Verschiebungen in den Anwendungsbedingungen oder den Gewichtungen, deren Folgen sich erst innerhalb größerer Zeitabstände zeigen, so daß im Regelfall der absehbare Entscheidungsraum nahezu konstant bleibt, solange nur ein Rechtssatz textlich unverändert gilt. Zumindest in

235 Rechtssoziologische und rechtsinformatorische Aspekte, in: BB 1972, S. 1017 (1021). Ähnlich auch *Reese*, Choice of Law, in: Cornell Law Review Bd. 57 (1972), S. 315 (317).

236 *Griem*, Prozeß der Unternehmungsentscheidung, S. 87 ff.

aktuellen Rechtsgebieten, in denen in kurzer Zeit mehrere Entscheidungen ergehen, lassen sich Änderungen des Entscheidungsraums vernachlässigen.

Will man nicht stets gezwungen sein, die Existenz einer zeitunabhängig „richtigen" Auslegungsentscheidung zu unterstellen und jede Entscheidungssituation als statistisch faßbare Abweichung von einem irgendwie definierten Aussagenzusammenhang einzustufen, dann gibt es trotz der geschilderten Schwierigkeiten derzeit kein besseres Näherungsverfahren als das der normativen Entscheidungstheorie, um wenigstens Teilphasen des Entscheidungsprozesses bei folgenreichen juristischen Auslegungsentscheidungen ad hoc nachvollziehbar strukturieren und die Sachverhalts-, Ziel- und Folgeninformationen besser sammeln, ordnen und aufeinander beziehen zu können[237].

Man muß allerdings die Gefahr sehen, daß unter dem EDV-Aspekt das verengte Bild des „homo oeconomicus" der klassischen ökonomischen Entscheidungstheorie zu voreilig gegen das moderne Bild des „homo informaticus" ausgewechselt werden könnte, also gegen ein idealisiertes Entscheidungssubjekt, das seinen problembezogenen Informationsbedarf kennt, die fehlenden Informationen ohne Verhaltensbarrieren nachfragt, die angelieferten Informationen ohne Widerstand übernimmt, keine Präferenzen gegenüber bestimmten Informationen, Formen oder Quellen von Informationen hat und alle Informationen schließlich zu einer „optimalen" Entscheidung verarbeitet. Für juristische Entscheidungen würde eine solche Sicht den Anteil der individuellen Fähigkeiten und persönlichkeitsabhängigen Komponente beim Zustandekommen der Entscheidungsprämissen vernachlässigen. Darauf hat wohl zuerst am eindringlichsten Simon[238] in seiner Kritik an der normativen ökonomischen Entscheidungstheorie hingewiesen. Im deutschsprachigen Schrifttum ist die Kritik vor allem von Kirsch, Klein und Heinen[239] aufgenommen und zu einer rein deskriptiven Entscheidungstheorie ausgebaut worden. Sie richtet sich vornehmlich gegen unrealistische Annahmen[240] einer anscheinend grenzenlosen Fähigkeit des Menschen, zwischen rationalen Al-

237 Zur Frage, ob nicht die (sozialen) Kosten der Rationalität die Rationalität „irrational" machen: *Homans,* Elementarformen, S. 70.

238 Models of Man, New York/London 1957.

239 *Kirsch,* Entscheidungsprozesse, Bd. I—III; *Klein,* Heuristische Entscheidungsmodelle; *Edmund Heinen,* Problembezogenheit von Entscheidungsmodellen, in: WiSt 1972, S. 3—7.

240 Es liegen zahlreiche empirische Untersuchungen vor. Beispielsweise besteht eine Tendenz, alle Informationen zu bevorzugen, die eine Hypothese stützen, und alle zu vernachlässigen, die einer Hypothese widersprechen (Nachweise bei *Grabitz,* Experimentelle Untersuchungen, S. 22 ff., 57 ff.); es gibt Abweichungen zwischen subjektiven und objektiven Wahrscheinlichkeiten (Nachweise bei

ternativen global auswählen zu können. Das unterstellte die ältere normative Entscheidungstheorie, während die moderne Konzeption, wie sie etwa die Werke von Gäfgen und Krelle repräsentieren, zahlreiche der genannten Bedenken bereits berücksichtigt.

Simon geht von den beobachtbaren Fähigkeiten eines Entscheidungssubjekts aus und stellt daran anknüpfend fest, was an „rationalem" Verhalten gefordert werden kann[241]. Angesichts der psychologischen Grenzen intellektueller Fähigkeiten sowie der immerhin bestehenden Denkmöglichkeit, daß der unbewußt Entscheidende „besser" entscheidet als der bewußt Entscheidende[242], entwirft er das vereinfachte Alternativenwahlmodell des sogenannten „Befriedigungsniveaus" (aspiration level), das bereits als möglicher Bestandteil einer juristischen Entscheidungstheorie qualifiziert worden ist. Simons Theorie des Befriedigungsniveaus läßt sich als besondere Methode zur Festlegung einer Entscheidungsregel auffassen und in die moderne normative Entscheidungstheorie einbauen. Er selbst betont die normative wie deskriptive Verwendbarkeit seiner Vorschläge[243]. Was die kritischen Ausgangspunkte seiner Theorie betrifft, so geht Simon zeitbedingt (1957) noch nicht auf mögliche Verstärkungen der intellektuellen Fähigkeiten des Menschen durch Computer ein. Sein späterer, fast übertriebener Optimismus in diese Richtung[244] deutet jedoch an, daß einige seiner Einwände, die gleichermaßen gegenüber anderen, beispielsweise gegenüber den klassischen juristischen Entscheidungsmethoden gelten würden, sich dadurch erledigen oder zumindest abschwächen werden.

Ein zwangsläufig von der normativen Entscheidungstheorie vernachlässigter, aber für juristische Entscheidungsverfahren wesentlicher Aspekt betrifft schließlich das Zusammenspiel von Entscheidungsmethodik und ethischen, sozialen oder politischen Gesichtspunkten. Rüthers[245] hat die Steuerung von Gerichtsentscheidungen auf dem scheinbar „neutralen" Gebiet des Ehescheidungsrechts durch verschiedenartige Erwägungen bei unverändertem Gesetzestext und unveränderter Methodik eindrucksvoll belegt. Andere Beispiele gibt es tagtäglich auf vielen Rechtsgebieten. Aus entscheidungstheoretischer

Edwards/Tversky, Decision Making, S. 38 ff.); die Additivität subjektiver Wahrscheinlichkeiten ist fragwürdig (Nachweise bei *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 341 f.).

241 Models of Man, S. 242.

242 Models of Man, S. 246.

243 Models of Man, S. 256.

244 Perspektiven der Automation für Entscheider, S. 91, 104 ff.; The Architecture of Complexity, in: General Systems 1965/66, S. 63 (68).

245 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 400.

Sicht stellt sich nun nicht die Frage, welche der Gesichtspunkte zulässig oder unzulässig sein sollen, sondern lediglich die Frage, wie sich die vorauszusetzenden Abhängigkeiten erfassen lassen. Mit Hilfe entscheidungstheoretischer Kategorien und Verfahren werden die politischen, religiösen, ethischen oder sonstigen inhaltlichen Aspekte, die bei der Festlegung subjektiver Präferenzen bei der Auswahl von Anwendungsbedingungen und in die Zuordnung von Gewichtigungen eine Rolle spielen, in die entsprechenden Variablen transformiert. Die Entscheidungstheorie muß also von dem Vorhandensein und dem tatsächlichen Einfluß solcher erkenntnisleitender Interessen ausgehen und vermag nicht selbst die Funktionen der inhaltsbegründenden Gesichtspunkte zu übernehmen. Gleiches gilt für den Computereinsatz: Jede EDV-Verwendung in Entscheidungsprozessen erfordert und liefert Angaben über den Weg, wie eine Entscheidung strukturiert ist, ersetzt aber nicht die Handlungsakte, die zur inhaltlichen Ausfüllung der Struktur nötig sind. Es bleibt nur übrig, schon bei der Modellierung des Weges möglichst genau die Abhängigkeit der Alternativenwahl von inhaltlichen Entscheidungsprämissen zu kennzeichnen und das Zustandekommen der Entscheidungsprämissen möglicherweise als Ergebnis kommunikativer Untersysteme oder heuristischer Annäherungsverfahren abzubilden. Dadurch verkümmert die Entscheidungstheorie aber keineswegs zu einer abstrakten, fungiblen Methodik, sondern trägt durch Vorgabe von austauschbaren Variablen, die positiv oder negativ besetzt, auf jeden Fall aber nicht übergangen werden können, wenigstens mittelbar dazu bei, die Macht- und Herrschaftskomponenten jeder Entscheidungstätigkeit zu kennzeichnen oder aufzudecken und das Bewußtsein für die fachliche Verständigungsbedürftigkeit aller inhaltlicher Aussagen wachzuhalten.

Durch ausdrückliche Markierung inhaltlicher Gesichtspunkte und durch möglichst genaue Darstellung ihres Einflusses auf das Endergebnis läßt sich am ehesten, wenn auch nur indirekt, einer unmerklichen Einbringung subjektiver Wertvorstellungen entgegenwirken und die Entwicklung pluraler Präferenzen fördern. Die aufgezählten Möglichkeiten und Grenzen entscheidungstheoretischer Verfahren hängen stets vom Zusammenspiel formaler Kriterien ab. Deshalb bleibt die Einbettung des entscheidungstheoretischen Formalismus in umfassendere Handlungsmodelle erforderlich. Die damit verknüpften Probleme führen tief in mehrere Nachbarwissenschaften, vor allem in die Verhaltenspsychologie und in die Organisationsforschung hinein[246] und müssen entsprechend dem begrenzten Ziel dieser Vorstudie ausgeklammert bleiben.

246 Dazu: *Feather*, Subjective Probability, S. 339 (344); *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. I, S. 45 ff.

III. Anknüpfungsmöglichkeiten für EDV

1. Entscheidungstheoretische Strukturierung und hypothetische Modellierung juristischer Auslegungsentscheidungen

Eine Strukturierung von Entscheidungsprozessen mit Hilfe der normativen Entscheidungstheorie erleichtert den Einsatz von EDV[247]. Der Grund liegt darin, daß die Entscheidungstheorie Rahmenbedingungen benennt und in Zusammenhänge bringt, die sich manchmal mathematisch beschreiben und dann programieren lassen. Da die Rahmenbedingungen nicht den gesamten juristischen Entscheidungsprozeß durchgängig strukturieren, sind Computerunterstützungen nur für Teilphasen und nur insoweit überhaupt denkbar, als formale Zusammenhänge für die Lösung eines Sachproblems durch Funktionen, Relationen, Eigenschaften und Ableitungsregeln „modelliert", also in einen Lösungsplan umgesetzt werden können. Untersuchungen über die methodische Verwendbarkeit der normativen Entscheidungstheorie laufen also darauf hinaus, Lösungen für praktische Entscheidungen zu systematisieren und die juristische Entscheidungsmethodik in Richtung auf eine *Theorie* der juristischen Entscheidungsmethodik zu erweitern. Eine solche analytische Theorie des Problemlösens muß die Jurisprudenz entwickeln, wenn sie Zusammenhänge genauer erfassen will[248]. Nur innerhalb eines theoretischen Rahmens kann EDV sinnvoll dazu beitragen, als wissenschaftliches Instrument Interdependenzen zuverlässiger zu kalkulieren und Vorinformationen für die Entscheidungsbegründung einsichtig aufzubereiten. EDV kommt als Hilfsmittel nicht nur in Betracht, wenn sich das gleiche Entscheidungsverfahren für eine große Zahl von Fällen eignet, sondern auch dann, wenn bei bedeutenden Entscheidungsverfahren zahlreiche Variablen zu berücksichtigen sind und die Endentscheidung von vielen Gesichtspunkten abhängt oder weitreichende Folgen nach sich ziehen kann. Die möglichen Vorteile einer Computerunterstützung im Zusammenhang mit juristischen Auslegungsentscheidungen liegen in der durchsichtigeren, schnelleren, umfassenderen und zuverlässigeren kalkulatorischen Entscheidungshilfe sowie in der Aussicht, den Einfluß beabsichtigter Änderungen im Auslegungssystem hypothetisch testen zu können. Manche der heute ver-

247 So auch *Gäfgen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 125 f.; *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 39; *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, Vorwort S. VI und 313 ff.; *Shephard*, On Subjectively Optimum Selection, S. 257 (260 ff.); *Schlaifer*, Analysis of Decisions, Vorwort S. VII Anm. 2.

248 *Lasswell/McDougal*, Jurisprudence, in: University of Florida Law Review Bd. 19 (1966/67), S. 486 (496).

wendeten methodisch-juristischen Faustregeln[249] sind angesichts der noch ungenutzten Möglichkeiten der modernen Informationstechnologie mit den Bemühungen im mittelalterlichen Recht vergleichbar, Irrationalitäten durch Festlegung der Zeugenzahl oder durch vorweggenommene Deutungen zu beschränken. Exaktere Verfahren haben zwar stets strengere und schwieriger zu erfüllende Voraussetzungen; der erforderliche Aufwand für die vorher zu leistende Modellbildung wird aber oft durch die freiwerdende Zeit für schöpferische Tätigkeit kompensiert.

Überraschenderweise ist in den Vereinigten Staaten die Frage der Computerverwendung bei richterlichen Auslegungsentscheidungen bisher noch nicht untersucht worden, weil entweder das Präjudizienrecht den Blick auf die Probleme der maschinellen Dokumentation verengt hat oder weil andere Gesichtspunkte, vor allem die Tatsachenfeststellung im Strafprozeß und die Voraussage künftiger Entscheidungsergebnisse, mehr interessiert haben. In Deutschland muß sich demgegenüber die Fragestellung verschieben, wenn man das Prinzip des kodifizierten Rechtssystems zugrunde legt. Bisher hat der technologische Nachholbedarf in der Bundesrepublik aber mehr dazu geführt, die Dokumentations- und Datenbankprobleme aufzugreifen, ohne nach den möglichen Stellen für ihre Integration im juristischen Entscheidungsprozeß zu forschen.

Geht man von der Ansicht aus, daß bei der heutigen Gesetzgebungstechnik meist keine „einzig richtige" Entscheidung existiert, dann ist nach der „relativ besseren" Entscheidung zu suchen. Dieser Suchprozeß braucht nicht stets und ausschließlich zufällig zu verlaufen, sondern kann systematischer erfolgen, wenn das Informationsangebot und die Informationsnachfrage mehr in den Mittelpunkt rücken. Insoweit reicht die entscheidungstheoretische Strukturierung von Auslegungsentscheidungen weiter als eine unmittelbar prädikatenlogische Formalisierung des mehr oder weniger vagen Gesetzestextes. Bei einer prädikatenlogischen Formalisierung bleibt der Symbol- oder Zeichencharakter der Wörter im Gesetzestext verborgen, weil der Regelungsbereich als eindeutig vorausgesetzt wird und nach einer gesetzespositivistisch verengten Dogmatik wohl auch vorausgesetzt werden muß. Dagegen zeigt sich die informationsabhängige Eigenschaft der Schlüsselwörter im Gesetzestext deutlich, wenn man versucht, den Regelungsbereich schärfer abzugrenzen und ein Modell der informationellen Gesamtsituation eines Rechtsbegriffs zu entwerfen, um dadurch die inhaltlichen Bedingt-

249 Beispiele: Beweisrecht, freie Schadensschätzung, Festlegung des Ermessensspielraums, Fallähnlichkeiten, Abweichungen oder Übereinstimmungen mit Vorentscheidungen (Bestätigung, Aufgabe, Weiterentwicklung früherer Begründungselemente), Folgenberücksichtigung, Einbeziehung und Verwertung von Literatur und Rechtsprechung.

heiten zu kennzeichnen. Durch dieses Verfahren ändert sich qualitativ nichts gegenüber dogmatischen Konkretisierungsversuchen. Der Unterschied liegt lediglich darin, daß der Präzisionsgrad derjenigen Aussagen wächst, die sich auf den im Modell erfaßten Ausschnitt der Wirklichkeit beziehen. Die anschließende Umsetzung des informationellen Modells in ein prädikatenlogisches Aussagensystem, das erst die maschinellen Verknüpfungen ermöglicht, ist eine zweitrangige, mehr handwerklich-technische Angelegenheit. Sie erfolgt durch Überführung aller Aussagenelemente in Metaaussagen der Form: „Es ist wahr, daß ... / es ist nicht wahr, daß ..." Eine solche Umsetzung entscheidungstheoretischer Grundelemente in der Prädikatenlogik unternimmt Jeffrey[250]. Bei entsprechenden Zielvorgaben ist es sogar möglich, einen Computer die logischen Beziehungen selbst herstellen, korrigieren und erweitern zu lassen. Die Zielvorgaben hängen aber wiederum von entscheidungstheoretischen Rahmenbedingungen ab. Somit ergeben sich Einsatzchancen für Computer bei Auslegungsentscheidungen nur in dem Umfang, wie Phasen des juristischen Entscheidungsprozesses strukturiert und entsprechend abgebildet werden können.

2. Das generelle Informationsverarbeitungsmodell

Jedes Informationsverarbeitungsmodell läßt sich unabhängig von dem konkreten Objektsbereich, den es abbilden soll, generell als informationsverarbeitendes System betrachten, das aus den Teilen Erfassung, Speicherung, Verarbeitung und Wiedergewinnung von Informationen besteht und durch Programme zu beschreiben ist.

a) Sammlung, Speicherung, Verarbeitung und Wiedergewinnung von Informationen

Der Erfassung von Informationen müssen Überlegungen und Hypothesen über die Relevanz und den Umfang dieser Information vorausgehen. Davon hängt die Leistungsfähigkeit des Systems ab. Werden beispielsweise nur Ergebnisdaten wie Gerichtsentscheidungen erfaßt, so ist das Informationssystem nicht in der Lage, Auskunft über den Aufbau und die Änderungen der Verarbeitungs- und Verknüpfungskategorien zu geben. Der Systemzweck beschränkt sich auf die Wiedergewinnung dieser Ergebnisdaten sowie auf vorgelagerte Datenbankfunktionen wie Kontroll-, Umspeicherungs-,

250 Logik der Entscheidungen, S. 73 ff.

Analyse- und Klassifikationsvorgänge. Eine Abbildung und Ermittlung von Entscheidungsfaktoren und Handlungszusammenhängen ist praktisch ausgeschlossen. Dagegen können problemlösende Systeme angeben, welche Informationen wann und unter welchen Bedingungen mit welchen anderen Informationen zu verknüpfen sind; sie liefern nicht nur Antworten, sondern schlagen bestimmte Handlungen oder Entscheidungen vor.

Im Mittelpunkt jedes Informationssystems stehen die Verarbeitung und Wiedergewinnung von empirischen oder methodischen Informationen. Ziel einer Datenbank ist es, den Informationsbestand so aufzubauen, „daß die Elemente dieser Datenbank beliebig in Auswertungen einbezogen werden können und daß man das Aufsuchen ihrer Datenelemente (retrieval) von unterschiedlichen Identifizierungsmerkmalen (Ordnungskriterien) abhängig machen kann, unabhängig davon, wie die Datenbestände selbst aufgebaut und organisiert sind[251]".

Für Dokumentationssysteme hat sich inzwischen wohl herausgestellt, daß die vollständige Einspeicherung eines Dokumentes („full text"-Methode) trotz des damit verbundenen höheren Speicherbedarfs erhebliche Vorzüge im Vergleich zu einem manuell hergestellten Extrakt *über* ein Dokument aufweist[252]. Das gilt allerdings nicht für die Technik des Wiederauffindens der Dokumente. Es bereitet nämlich mehr Schwierigkeiten, ein vollständig gespeichertes Dokument als relevant zu klassifizieren und wiederaufzufinden, als ein Konzentrat über das Dokument zu ermitteln, weil für das Konzentrat die Ordnungskriterien, die als Grundlage für seine Herstellung gedient haben, zugleich als Anknüpfungen für Suchvorgänge in Frage kommen (Indexmethode), während bei Volltextspeicherungen zunächst bestimmte Schlüsselwörter im Kontext des Dokumentes („keyword in context"), Deskriptorenlisten, Anforderungsprofile oder statistische Häufigkeiten als Anknüpfungen ermittelt werden müssen. Der Nachteil aller Techniken für die Dokumentensuche besteht darin, daß sie lediglich an das *Vorkommen* bestimmter Begriffe anknüpfen, nicht aber an deren *Bedeutungen.* Durch eine Dokumentation von Gerichtsentscheidungen läßt sich also beispielsweise nicht besser als auch sonst möglich erkennen, welche Annahmen gemacht und

251 *Lutz,* Generalized Information System, S. 714.

252 Über den international neuesten Stand verschiedener Volltext speichernder Systeme für juristische Zwecke informieren: *American Bar Association* (Hrsg.), Automated Law Research, Chicago 1973. Ferner die Länderberichte und Systembeschreibungen in den von *Simitis/Voss-Eckermann/Dammann* herausgegebenen „Materialien zur Rechtsinformatik", Frankfurt a. M. 1971 (Folge 1), 1972 (Folge 2). Kurzgefaßte technische Beschreibungen über die wichtigsten Dokumentationssysteme enthält der Bericht: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Das Juristische Informationssystem, S. 444—458. Lesenswert auch *Fraenkel,* Legal Information Retrieval, S. 113 (150 ff.).

welche Bedingungen jeweils jeweils für eine bestimmte Auslegung als gegeben angesehen worden sind.

Problemlösende Systeme, die es bisher außerhalb von Management-Informationssystemen allerdings kaum gibt, verlagern die Systemleistung vom bloßen Wiederauffinden bestimmter Dokumente auf das Durchprüfen von Handlungsmöglichkeiten unter sich wandelnden Bedingungen, auf die Analyse von Entscheidungssituationen sowie auf die Art, den Umfang, das Zusammenspiel und die Qualität von Informationen. Problemlösende Systeme bieten auf diese Weise einen gewissen Antwortenservice. Die für juristische Auslegungsentscheidungen benötigten Entscheidungshilfen stehen diesem Datenverarbeitungstyp wesentlich näher als dem reinen Dokumentationstyp. Querverbindungen zwischen problemlösenden und dokumentierenden Systemen erscheinen jedoch möglich und sinnvoll.

b) Lineare, stochastische, dynamische und heuristische Programmierung

Die Ergebnisse eines datenverarbeitenden Systems hängen von den Eigenschaften des Bearbeitungsprogramms ab. Die Eigenschaften zeigen sich in der Art und in der Abfolge von Steuerungs- und Bearbeitungsbefehlen der verwendeten Programmiersprache. Zwei Klassen von Programmierungsmethoden lassen sich unterscheiden: Computerprogramme, die einen Lösungsalgorithmus aufweisen (das ist bei linearer, stochastischer und dynamischer Programmierung der Fall) und Computerprogramme, die keinen Lösungsalgorithmus aufweisen (heuristische Programmierung). Der Unterschied zwischen beiden Klassen liegt darin, daß nur die algorithmischen Programme eine Lösungsgarantie enthalten. Nun ist es oft schwierig zu entscheiden, ob das Programm für einen bestimmten Anwendungsbereich nach einer endlichen Anzahl aufeinanderfolgender Operationen zu einem Ergebnis führt, also entweder eine Lösung nachweist oder das Fehlen einer Lösung anzeigt. Es gibt insoweit noch keine befriedigende theoretische Abgrenzung, sondern nur eine pragmatische: Man prüft, ob ein Verfahren in einer bestimmten Zeit zu einem Ergebnis führt oder nicht, geht also von dem Wirkungsgrad (der Schnelligkeit) des Problemlösungsverfahrens aus. Als Maß dafür gilt die sogenannte „heuristische Kraft" (heuristic power) des Programms[253], die auf einem Stichprobenvergleich zwischen zwei Verfahren beruht.

253 Einzelheiten bei: *Simon*, The Logic of Heuristic Decision Making, S. 1 (16 ff.); *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 154 ff.; *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 39 ff. — Zum Algorithmusproblem in juristischen Zusammenhängen: *Andrejew/Kerimov*, Der Paragraphenautomat als Rechtsinstanz, in: Ostprobleme 1960, S. 593 (595); *Dejew/Galperin/Iwanow/Iwanow*, Kybernetik,

Die klassische und gebräuchlichste Methode der Programmierung ist die lineare Programmierung. Sie findet auf Entscheidungssituationen Anwendung, die sich in bestimmte Problembestandteile zerlegen und als lineares Zusammenspiel von Bedingungen und Ergebnissen in Matrizen oder Entscheidungstabellen darstellen lassen, etwa: die Bedingungen a und b bewirken das Ergebnis c. Die Relevanz jeder Bedingung auf das Ergebnis steht also deterministisch fest und zeigt sich in der Art und Weise der Matrixaufstellung oder in der Konstruktion der Entscheidungstabelle[254]. Stets wird dadurch die Ziel- oder Nutzenfunktion optimiert[255], in welcher sich die Präferenzordnung des Entscheidungssubjekts niederschlägt, die als Voraussetzung für die Einordnung der Folgen von Handlungsalternativen dient. In der Sprache der Entscheidungstheorie betrifft die lineare Programmierung also Entscheidungen unter Gewißheit.

Soweit Ungewißheitsentscheidungen mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung in quasi-Gewißheitsentscheidungen (Risikoentscheidungen) umgewandelt werden können, besteht die Möglichkeit, sie durch eine gewisse Umdefinition der Zielfunktion als berechenbar-fehlerhafte Maßnahmen zu kennzeichnen und stochastisch-linear zu programmieren[256]. Auf diese Weise läßt sich die Bayes-Regel methodisch erfassen[257].

Für Entscheidungen unter vollständiger Ungewißheit scheint die dynamische Programmierung[258] vom Namen her die nötige Anpassungsfähigkeit zu versprechen. Das trifft aber deshalb nicht zu, weil sich die „Dynamik" nicht auf unvorhersehbare Wandlungen der Umweltbedingungen bezieht, sondern auf mathematische Eigenschaften der Entscheidungssituation. Die Entscheidungssituation muß so beschaffen sein, daß sie eindeutige Zerlegungen des Entscheidungsprozesses in lückenlos aufeinanderfolgende mehrstufige

in: Staat und Recht 1965, S. 289 (296); *Fiedler*, Automatisierung im Recht, in: JuS 1971, S. 67 (68); *Knapp/Vrecion*, L'applicabilité des méthodes de la cybernétique, in: Revue internationale des sciences sociales Bd. 22 (1970), S. 501 (507); *Steinmüller*, EDV und Recht, S. 28.

254 Gute Beschreibungen von linearen Programmierungen bei der automatisierten Gesetzesanwendung im Steuerrecht geben *Klug*, Juristische Logik, S. 164 und *Podlech*, Verfassungsrechtliche Probleme, in: DVR Bd. 1 (1972), S. 149 (160).

255 Exakte mathematische Formulierungen finden sich bei *Hadley*, Nichtlineare und dynamische Programmierung, S. 47 ff. und bei *Griem*, Prozeß der Unternehmungsentscheidung, S. 149 ff. — Programmierungsbeispiel („Diät-Problem"): Gegeben sind die Preise für bestimmte Nahrungsmittel, ihr unterschiedlicher Gehalt an Nährstoffen und die benötigten Nährstoffe eines Menschen; zu finden ist die billigste Diät, die alle benötigten Nährstoffe enthält.

256 *Lord*, Human Judgements, S. 57 (65 f.).

257 *Kaplan*, Decision Theory, in: Stanford Law Review Bd. 20 (1968), S. 1065 (1091); *Tribe*, Trial by Mathematics, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329 (1353).

Teilphasen erlaubt, die jeweils nur aus einer einzigen Variablen bestehen. Man kann sich das Gesamtproblem dann durch ein Netzwerk repräsentiert vorstellen, dessen Knoten die Zustandsvariablen der Teilphasen bilden. Die Lösung wird erreicht, indem man den günstigsten „Pfad" vom Anfang des Netzwerkes (beispielsweise linker Rand) zum Ende des Netzwerkes (rechter Rand) ausfindig macht. Durch anschließende Zusammenfassung der Teillösungen ergeben sich rekursive Lösungsketten, die den optimalen (kürzesten) Lösungsweg aufzeigen. Dynamische Programmierung ist also gleichbedeutend mit rekursiver Optimierung. Sie ist auch stochastisch möglich, wenn kein deterministisches, sondern ein wahrscheinlichkeitsorientiertes Netzwerk vorliegt.

Für dynamische Programmierungsverfahren gibt es erst wenig praktische Anwendungsbeispiele. Sie beschäftigen sich sämtlich mit der Minimierung bestimmter Kosten und tragen mehr den Charakter strategischer Entscheidungen. Es erscheint deshalb sehr fraglich, ob nichtnumerische Probleme sinnvoll derart umgeformt werden können, daß sie den Anwendungsbedingungen der dynamischen Programmierung entsprechen. Für die Analyse von Entscheidungen unter Ungewißheit bringt die dynamische Programmierung jedenfalls keine Vorteile.

„Heuristische" im Sinne von „erkenntnisfördernde" Programme schließlich haben keinen Lösungsalgorithmus, weil eine Regel fehlt, die angibt, wann die Anwendung des Verfahrens auf ein Problem aus dem definierten Entscheidungsbereich abbricht und die gesuchte Lösung ergibt[259]. Andererseits bringt diese negative Eigenschaft den Vorteil, daß sich zielorientierte Suchverfahren simulieren lassen, die flexibler und dem menschlichen Problemlösungsprozeß ähnlicher sind als die formalisierten Verfahren für wohlstrukturierte Probleme. Kirsch[260] setzt daher „heuristische" mit „innovativen" Entscheidungen gleich und stellt sie den adaptiven, algorithmischen Entscheidungen gegenüber.

Heuristische Programme sind anwendbar auf Denkvorgänge wie: Rückwärtsschreiten von bestimmten Zielen zu bestimmten Voraussetzungen, Lösungsentwürfe für Planungsverfahren, Mittel-Zweck-Analysen oder auf das schlichte „Durchwursteln" (muddling through) durch ein Problem[261]. Am

258 *Bellman*, Dynamic Programming, S. 274—280.

259 *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 155 ff.

260 *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 145.

261 In den USA wird der gesamte Bereich gern mit dem wenig glücklichen Ausdruck „künstliche Intelligenz" (artificial intelligence) belegt. Innerhalb des Großprojekts MAC (Man and Computer) am Massachusetts Institute of Technology beschäftigt sich eine spezielle Abteilung mit den Prinzipien des intelligenten Verstehens und Lernens. Einzelheiten enthält der Bericht: Massachusetts Institute of Technology (Hrsg.), Project MAC, S. 129—224. Erste Querver-

besten erprobt erscheinen bisher Schachprogramme sowie Simulationsprogramme für verschiedene Unternehmensentscheidungen[262].

3. Programmierbare Zusammenhänge innerhalb juristischer Auslegungsphasen

Auf der Grundlage der gegenwärtigen Gesetzgebungstechnik und der bestehenden Kompetenzverteilung im Staat kann es keine vollautomatisierten Gerichtsentscheidungen geben. Wohl aber sind für Teilphasen des juristischen Entscheidungsprozesses Computerunterstützungen denkbar. Jede Gesamtentscheidungsproblematik muß zu diesem Zweck in Einzelbestandteile zerlegt, genau analysiert und dann wieder zusammengefügt werden[263]. Die normative Entscheidungstheorie bietet einen Weg, um den juristischen Entscheidungsprozeß in Phasen aufzugliedern, bestimmte Rahmenbedingungen zu definieren und in bezug darauf zum Sammeln und Aufbereiten von Informationen anzuregen. Es soll nunmehr untersucht werden, inwieweit sich innerhalb der festgestellten Entscheidungsphasen Informationsmengen für bestimmte Zusammenhänge sinnvoll programmieren lassen.

a) Informationen über den Gesetzestext

Der Gesetzestext bildet den Angelpunkt für juristische Auslegungsentscheidungen. Wie bereits festgestellt, läßt sich eine Auslegungsproblematik nicht schon dadurch lösen, daß lediglich eine prädikatenlogische Verschlüsselung der einzelnen Rechtsbegriffe des Rechtssatzes vorgenommen wird. Eine entsprechende Programmierung wäre zwar möglich, führte aber nicht weiter, wenn man das Ziel verfolgt, die Bedingungen der Möglichkeit einer bestimmten Entscheidung bei gegebenem Sachverhalt zu analysieren. Die lineare Wort-für-Wort-Programmierung eines singulären Rechtssatzes erfaßt nur die Wortverknüpfungen und damit die Oberflächenstruktur dieses Rechts-

bindungen zu juristischen Zusammenhängen bietet der Artikel von *Buchanan/Headrick*, Some Speculations about Artificial Intelligence, in: Stanford Law Review Bd. 23 (1970), S. 40—62.

262 Zahlreiche praktische Beispiele bei *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 137 ff.

263 Diese Technik der Annäherung hat viele Namen: Modul-, Baukasten-, Mosaik- oder Blocktechnik; modular approach. Das spätere nahtlose Zusammenfügen der Bausteine wird zwar meist als Fernziel angesteuert (vgl. *Dejew/Galperin/Iwanow/Iwanow*, Kybernetik, in: Staat und Recht 1965, S. 289 [300]), bleibt aber regelmäßig unerreicht.

satzes. Das bringt keine Hilfe für seine Auslegung, weil der engere und weitere Kontext sowie die Untergliederungen und Verfeinerungen des Verknüpfungssystems unberücksichtigt bleiben. Vor allem deshalb wurde hier die Auffassung von der „konditionalen Programmierung"[264] juristischer Entscheidungen schon unmittelbar durch den Rechtssatztext als unzureichendes Erklärungsmuster angesehen.

Das schließt Programmierungen *in Richtung* auf eine Konditionierung von Entscheidungen durch den Gesetzestext keineswegs aus. Man könnte zunächst Rechtsbegriffe, Rechtssätze und Kodifikate numerieren, auflisten, in einer Datenbank speichern und durch Übertragungsalgorithmen wieder abrufen[265]. Das Ergebnis wäre ein Lexikon mit Rechtsbegriffen, das den Nachweis erbringen kann, welches Wort in welchem Gesetz an welcher Stelle vorkommt. Für die konkrete Entscheidung ist damit noch nicht viel gewonnen. Der Anfragende erhält lediglich einen Überblick über den Wortschatz und dadurch vielleicht einen Hinweis zur Prüfung eines bestimmten Rechtssatzes. Es erscheint aber fraglich, ob der Aufwand zu diesem Zweck lohnt. Zumindest den ersten Einstieg zur Entscheidung eines Problems sollten Juristen von sich aus vornehmen können. Vorteile aus der Speicherung von Gesetzestexten ergeben sich dagegen für die Technik der Gesetzgebung. Schon in einem frühen Stadium der Gesetzesformulierung können Widersprüche und Formulierungsunterschiede innerhalb des Gesetzes und im Verhältnis zu anderen Gesetzen erkannt werden. Das setzt freilich eine linguistische Bearbeitung der Gesetzestexte voraus, welche die Synonyme, Antonyme, Hyperonyme und andere linguistische Relationen aufdeckt.

Eine programmierte Übersetzung des entscheidungserheblichen Suchverfahrens zwischen Rechtssatz und Sachverhalt läßt sich jedoch auf einer textlinguistisch geklärten Basis ebensowenig erreichen wie auf der Basis des „Hin- und Herwanderns" des Blickes. Textlinguistische Kategorien erfassen lediglich die sprachlichen Eigenschaften von Texten, nicht aber Aussagen über die Verwendung der Texte. Transformationsgrammatiken versuchen zwar,

264 *Luhmann*, Programmierung von Entscheidungen, S. 324 (330): „Die zwingende Norm ist ein Entscheidungsprogramm, das regelt, welcher Tatbestand welche Entscheidung auslöst. Dadurch werden Entscheidungen fest auf Tatbestände montiert. Die rechtsanwendende Tätigkeit des Juristen unter den Systembedingungen des positiven Rechts ist Routinearbeit"; *Luhmann*, Funktionale Methode, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1 (3): Juristische Entscheidungsaufgaben sind „typisch konditional programmiert".

265 Die Firma IBM bietet das Dokumentationsprogramm SIR an, um Gesetzestexte zu speichern *(Burhenne*, Informationstechnik, S. 2—7). Sämtliche Gesetze der Staaten Iowa, Kansas, New Jersey, New York und Pennsylvania sind bereits gespeichert *(Kreuzer*, Verwendung datenverarbeitender Maschinen, in: JZ 1968, S. 138 [141]).

programmierbare Modellalgorithmen für die Zuordnung verschiedener sprachlicher Texte zu entwerfen. Für die Zuordnung des Rechtssatztextes zu einer Sachverhaltsbeschreibung mit Hilfe einer Transformationsgrammatik müßte aber das Auslegungsproblem bereits gelöst sein. Das setzt Kenntnisse über die Verwendungsmöglichkeiten des Rechtssatztextes voraus, die durch die vorgeschlagenen entscheidungstheoretische Phasendifferenzierung gerade erst vorbereitet werden sollen. Transformationsgrammatiken bieten deshalb nur eine gewisse Hilfe, um Textzuordnungen, die in der Vergangenheit vorgenommen worden sind, ins Gedächtnis zu rufen, ohne etwas Verbindliches über die Relevanz dieser Zuordnung für Gegenwart und Zukunft aussagen zu können.

Gesetzestexte oder Kurzformen von Gesetzestexten (Paragraphennummern) kommen als Anknüpfungskriterien zum Auffinden von Gerichtsentscheidungen in Betracht, falls die Entscheidungen nach entsprechenden Prinzipien gespeichert werden. Dafür gibt es bereits verschiedene Verfahren. Jedermann kann sich auf diese Weise einen Überblick über die bisherigen Auslegungen eines Rechtssatzes verschaffen. Das zu lösende Programmierungsproblem besteht darin, einen Übertragungsalgorithmus zu entwickeln, der alle, aber auch nur diejenigen Präjudizien aus der Datenbank auswählt, die als Hintergrund für den gerade zu bewältigenden Konflikt erheblich sind. Andernfalls entsteht gerade *wegen* des Rückgriffs auf eine Datenbank eine „Informationslawine", die viel schneller anwächst, als es beim Fehlen einer Datenbank der Fall wäre. Freilich ist die bewußte Auswahl in Kenntnis einer vollständigen Dokumentation grundsätzlich einer lückenhaften oder zufälligen Auswahl vorzuziehen. Nachteilig bei dem Rückgriff auf eine Gerichtsentscheidungs-Datenbank wirkt sich aus, daß die automatisch nachgewiesenen Präjudizien die Tendenz verstärken, nur noch zwischen diesen Präjudizien zu interpolieren, das Auslegungssystem also nicht mehr zeitangemessen weiterzuentwickeln, sondern praktisch „einzufrieren".

b) Informationen über den Sachverhalt

Die Problematik der Sachverhaltsfeststellung wurde in dieser Vorstudie durch die Annahme eines feststehenden Sachverhalts (Sicht des Revisionsrichters) zugunsten der Auslegungsproblematik bewußt vernachlässigt. Es sollen deshalb auch keine Überlegungen über die Möglichkeiten für Teilprogrammierungen von Sachverhalten angestellt werden. Einiges deutet jedoch darauf hin, daß im Falle von Teilprogrammierungen eines Problemzusammenhangs auf der Rechtssatzseite wegen des schnell steigenden Komplexitätsgrades und wegen Strukturierungsschwierigkeiten nicht zugleich Teilprogrammierungen auf der Sachverhaltsseite sinnvoll erscheinen.

c) *Informationen über das Rechtssatzziel*

Eindeutig definierte oder abgestufte Rechtssatzziele gibt es selten. Meist werden Ziele nur indirekt angedeutet oder fehlen ganz, was nicht verwundert, wenn man den Kompromißcharakter vieler Gesetze berücksichtigt. Die Konfliktslösungen werden damit in verstärktem Maße auf die Judikative verlagert. Soweit Auslegungsentscheidungen ausnahmsweise doch im Hinblick auf ein einziges finales Auslegungsziel hin erfolgen können, ist ein Modellalgorithmus denkbar, der die Eigenschaften des Auslegungszieles aufzählt und den anzustrebenden Zustand beschreibt. Die in Bedingungsform gebrachten Eigenschaften und Beschreibungen des Ziels eignen sich zugleich als Indikatoren dafür, wann das Ziel erreicht wird. Da sich Ziele gewöhnlich langsamer verändern als die Textauslegungen, auf die sie sich beziehen, erscheinen solche Zielsysteme stabil genug, um den Programmieraufwand zu rechtfertigen.

Meist ist das Ziel jedoch nicht eindeutig im Gesetzestext festgelegt, sondern das Entscheidungssubjekt muß erst versuchen, zu Aussagen über das Ziel oder über die Ziele zu gelangen. Oft handelt es sich darum, eine Zielrangordnung aufzustellen oder Teilziele für einen Problemkreis zu entwickeln. Für den darauf gerichteten Suchprozeß kommen keine allgemeinen Lösungsalgorithmen in Betracht, sondern bestenfalls Dokumentationen über bisher angenommene Zielhierarchien. Die Ergebnisse dürften sich aber derart widersprechen und die potentiellen Veränderungen des betrachteten Auslegungszieles so hoch liegen, daß Zieldokumentationen keine Hilfe bringen, solange nicht als Vorstufe hinreichend viele Faktoren in Richtung einer Zielhierarchie analysiert und festgestellt werden können[266]. Selbst dann ist es noch sehr schwierig zu bestimmen, bis zu welchem Punkt die Zielanalyse vorangetrieben werden muß, damit man für künftige Sachverhalte darauf zurückgreifen kann[267]. Die Möglichkeiten einer maschinellen Unterstützung der exakten Festlegung des maßgeblichen Auslegungsziels oder der Zielzusammenhänge sind deshalb äußerst gering einzuschätzen.

266 *Lasswell/McDougal*, Jurisprudence, in: University of Florida Law Review Bd. 19 (1966/67), S. 486 (511 f.) nennen dafür eine Reihe analytischer Schritte, die zur Zielklärung notwendig erscheinen. Aus mathematisch-logischer Sicht: *Ijiri*, Management Goals, S. 138 ff.

267 So zutreffend: *Reese*, Choice of Law, in: Cornell Law Review Bd. 57 (1972), S. 315 (317). Weit pessimistischer sind *Braybrooke/Lindblom*, Strategy of Decision, S. 6 ff.

d) Informationen über die Folgen von Entscheidungsalternativen

Das Entscheidungsproblem bei juristischen Auslegungsentscheidungen besteht in der Wahl der positiven oder negativen Auslegungsalternative, mit der ein Anspruch anerkannt oder verneint und ein Präjudiz für den jeweiligen Entscheidungskomplex geschaffen wird. Jede der alternativen Handlungsmöglichkeiten hat auf diese Weise bestimmte unmittelbare (zwischenparteiliche) und mittelbare (soziale) Folgen. Die unmittelbaren Folgen für die beteiligten Parteien sind, zumal bei Revisionsentscheidungen, ohne die mittelbaren, weiterreichenden sozialen Folgen der Entscheidung nicht richtig einzuordnen. Jede Folgeneinschätzung wirkt auf die Wahl der Auslegungsalternative voraus. Da im Zeitpunkt, in dem ein Richter seine Wahl zu treffen hat, vor allem die mittelbaren Folgen ungewiß sind, hängt seine Aussage bei rationalem Vorgehen grundsätzlich von seinem Wissensstand über die Wahrscheinlichkeit des Eintritts bestimmter mittelbarer Folgen sowie von den Präferenzen gegenüber diesen Folgen ab. Sind keine Wahrscheinlichkeitsaussagen möglich, dann kommt es auf die Wahl der Entscheidungsregel auf der Grundlage der Präferenzen an.

Entscheidungsfolgen lassen sich durch ihre Eigenschaften beschreiben. Unter dem EDV-Aspekt ist zu fragen, ob und wie Computer helfen können, den jeweiligen Wissensstand über die möglichen Folgen zu verbessern. Diese Fragestellung geht davon aus, daß ein veränderter Wissensstand grundsätzlich auch die Wahl der Alternative und die Einschätzung der Präferenzen beeinflußt.

EDV könnte in verschiedenen Phasen der Folgenberücksichtigung als Hilfsinstrument dienen: um die Menge der in Betracht kommenden Folgen aufzuzählen, um das Vorliegen bestimmter Eigenschaften von Folgen zu analysieren, um Hinweise auf bereits bekannte Informationen über Eigenschaften von Folgen zu geben oder um den Einfluß hypothetisch angenommener Folgen auf die Alternativenwahl zu testen.

Alle in Betracht kommenden Entscheidungsfolgen lassen sich nur relativ zu einem bestimmten Entscheidungsraum angeben. Dieser kann zeitlich eng oder weit, inhaltlich eindimensional oder mehrdimensional beschaffen sein. Seine scharfe Abgrenzung ist bei juristischen Entscheidungen wegen der unbegrenzten Vielfalt der zu beurteilenden Sachverhalte kaum möglich. Oft, vielleicht sogar überwiegend, interessiert allerdings als Folge kurzfristig oder langfristig nur ein einziger Gesichtspunkt. Welche Folgen in der Vergangenheit als Beurteilungskriterien für die Entscheidung gedient haben, läßt sich aus den bisherigen Gerichtsentscheidungen erschließen. Ein Computerprogramm könnte bei Vorgabe eines bestimmten Rechtsbegriffs oder Rechtssatzes die entsprechend dokumentierten Gesichtspunkte nachweisen. Auf diese Weise würden bei aktuell zu treffenden Entscheidungen die bereits bekannten Ge-

sichtspunkte nicht übersehen und die allmähliche Präzisierung erleichtert. Dem Richter bliebe dennoch die Freiheit, bestimmte Folgen unberücksichtigt zu lassen oder andere Folgen zusätzlich einzubeziehen. Das setzt aber dann jeweils bewußte Entschlüsse voraus. Da ein Richter stets die Verfügungsmacht darüber besitzt, ob er seine Entscheidung aufschiebt, um weitere Informationen zu beschaffen, ergeben sich gute Chancen, ihn durch systematische Hinweise auf zusätzliche Informationsangebote aufmerksam zu machen. Das erscheint vor allem bei weitreichenden und komplizierten Entscheidungen vorteilhaft.

Manchmal sind die Folgen mehrschichtig und nicht direkt erfaßbar. Um pauschale Aussagen zu vermeiden, läßt sich ein Kunstgriff anwenden: Man sucht nach Eigenschaften von Teilaspekten einer Folge. Diese können leichter unter Kontrolle gebracht werden als die Folge selbst. Das inhaltliche Problem verlagert sich dadurch auf die Vorfrage, welche Eigenschaften vorliegen. Falls eine Datenbank die bereits anerkannten oder die ad hoc vorgenommenen Verknüpfungen dokumentiert, sind Übertragungsalgorithmen denkbar, welche die gewünschten Informationen erschließen.

Die ausdrückliche Benennung von Folgen, Folgenbestandteilen und beschreibenden Eigenschaften bringt einen weiteren Vorteil: Es lassen sich an diesen Schnittstellen sogenannte „Sozialdaten" integrieren, die Angaben über soziale Zusammenhänge vermitteln[268]. Zu diesem Zweck müssen bei der Bezeichnung der Folgen oder der Eigenschaften von Folgen Hinweise auf den Inhalt der statistischen Datenbanken, empirischen Untersuchungen, Gutachten, Prognosen oder sonstigen sachdienlichen Informationen angebracht oder entsprechende Informationen selbst unmittelbar bereitgestellt werden. Im letzteren Fall nimmt der Informationszusammenhang allerdings einen stark interpretierenden Charakter an, denn aufgrund der Auswahlprinzipien und der Ermittlungsmethoden bieten die Sozialdaten keine absolut „neutrale"

268 Der Begriff „Sozialdaten" bürgert sich gegenwärtig im Zusammenhang mit der Planung eines Juristischen Informationssystems zur Bezeichnung von Informationen über den sozialen Bereich ein. Die Bezeichnung weist bisher noch keine scharfen Konturen auf, soll aber vor allem einer selbstgenügsamen, empiriefreien, rechtsdogmatischen Verengung entgegenwirken. Einen ersten Präzisierungsversuch unternehmen *Hasselkuß/Kaminski* (Sozialdaten, in: DVR Bd. 1 (1972), S. 237 ff. Sie verstehen Sozialdaten als Mittel, um die Richtigkeit von Aussagen zu überprüfen oder zusätzliche Informationen zu gewinnen (S. 239). Die Verwendung der Sozialdaten soll allerdings vom jeweiligen Entscheidungsverhalten abhängen (S. 238). Damit überlassen Hasselkuß/Kaminski die Einbeziehung neuer Techniken doch dem Zufall, obwohl sie eine automatisierte Verknüpfung mit Normtexten — das Verfahren bleibt allerdings offen — für möglich halten (S. 252).

Informationsbasis. Wenn sich in Kenntnis dieser Relativität das Bestreben dennoch auf die Möglichkeit richtet, an bestimmten Stellen bestimmte Sozialdaten zu bewerten, dann ist das eine Entscheidung, die nicht anders auch bei jeder anderen Auswahl von Informationen getroffen werden muß. Bei automatisch bereitgestellten Daten dürfte der Aussagenbereich größer und die Fehlerquoten geringer sein. Außerdem braucht der Richter nicht zugleich das Verfahren zu beherrschen, das zur Ermittlung der Sozialdaten geführt hat[269].

Die komplizierte Sozialordnung der modernen Industriegesellschaft läßt sich freilich nur unvollständig erfassen und in Sozialdaten einfangen. Deshalb werden auch künftig die meisten Rechtsfolgen nicht exakt berechenbar sein. Je nach dem Informationsgrad erscheinen nur Hypothesen mit verschiedener Plausibilität möglich. Dadurch bleibt eine gewisse schöpferisch-dialektische Ausnutzung des betreffenden Rechtssatzes und eine Korrektur vom Einzelfall her[270] erhalten. Sowohl in der Bereitschaft, Sozialdaten zu berücksichtigen, als auch in der Bereitschaft, Korrekturen vom Einzelfall her vorzunehmen, zeigt sich die legitime Aufgabe des Richters, bei der Auslegung zielorientierter Rechtssätze die Risiken einer bestimmten Alternativenwahl in seine Überlegungen mit einzubeziehen und die jeweils ungünstigere Folge zu vermeiden. Ein Verfahren, das solche Überlegungen systematisch unterstützt, dürfte einem Verfahren vorzuziehen sein, das dies nur unbewußt-zufällig ermöglicht.

Eine computergestützte Analyse von Wahrscheinlichkeiten des Eintritts bestimmter Folgen zum Zweck der Wahl der juristischen Entscheidungsalternative ist praktisch ausgeschlossen. Hierfür wären Aussagen über Ereigniswahrscheinlichkeiten, deren Quantifizierung sowie die Konstruktion einer mathematischen Nutzenfunktion über alle Folgen erforderlich. Nur wenn alle drei Voraussetzungen vorlägen, ließe sich von der Folgenbeurteilung ausgehend die beste Alternative automatisch ermitteln. Für objektive Wahrscheinlichkeitsaussagen fehlt es aber an der Wiederholungssituation, für subjektive Wahrscheinlichkeitsaussagen an der Überschaubarkeit der Entscheidungszusammenhänge. Subjektive Wahrscheinlichkeitsaussagen sind zudem nur sinnvoll, wenn nicht mehr als zwei oder drei Kriterien zugleich berücksichtigt werden müssen und außerdem eine sehr grobe Einstufung der Folgen stattfindet. Zwar reicht grundsätzlich schon eine dreigliedrige Nominalskala „wahrscheinlich"/„unwahrscheinlich"/„weder wahrscheinlich noch unwahr-

269 Auf den letztgenannten Gesichtspunkt weist *Boyd*, Law in Computers, in: Arizona Law Review Bd. 14 (1972), S. 267 (291) hin.

270 Dazu: *Fiedler*, Rechenautomaten, in: Deutsche Rentenversicherung 1962, S. 149 (154).

scheinlich" als Programmierungsgrundlage[271]. Mehrere solcher Einstufungen erschweren jedoch eindeutige Ergebnisse. Unzureichend gelöst ist schließlich auch das Problem der Konstruktion einer mathematischen Nutzenfunktion über alle Folgen, weil sich schon die einzelne Folge jeweils durch mehrere „Nutzen" im Sinne der Entscheidungstheorie auszeichnet. Bisher hat man deshalb versucht, im Rahmen von Ungewißheitsentscheidungen sogenannte „additive Nutzenfunktionen" zu konstruieren. Nach den Ergebnissen verschiedener empirisch-psychologischer Untersuchungen muß dieses Vorgehen als äußerst fragwürdig gelten, weil es zu strenge Anforderungen an das rationale Verhalten des Entscheidungssubjekts stellt[272]. Ein Gegenvorschlag, der die Entscheidungsfolgen mit mehreren Eigenschaften schrittweise auf eine Entscheidungsfolge mit wenigen Eigenschaften reduzieren will[273], setzt für jeden einzelnen Reduktionsschritt die Befragung des Entscheidungssubjekts voraus, so daß sich ein Computereinsatz nicht lohnt.

Dagegen kommt eine computergestützte Analyse der Folgen einer bereits getroffenen gerichtlichen Endentscheidung in Betracht[274]. Die Analyse kann dazu beitragen, empirisch herauszufinden, ob die erwarteten Folgen tatsächlich eingetreten sind oder welche Faktoren den Eintritt verhindert haben. Voraussetzung für eine solche Analyse ist allerdings, daß die Annahmen hinsichtlich der Folgenerwartungen in der Urteilsbegründung entsprechend nachprüfbar dargestellt werden. Daran anknüpfend kann dann die Analyse die Schlüssigkeit des Aussagenzusammenhangs nachweisen oder bei Divergenzen Rückkopplungsmöglichkeiten für künftig zu fällende Entscheidungen eröffnen. Das Verfahren für die Rückkopplung bleibt offen. Da eine nachträgliche Korrektur einer rechtskräftigen Entscheidung aus rechtsstaatlichen Gründen nicht in Betracht kommt und die Entscheidung über die Verwendung der Analyseergebnisse weiterhin dem Richter obliegen muß, bestehen gegen eine systematisierte Folgenanalyse keine Bedenken im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit.

Um den Computer auch als Testinstrument zur Feststellung des Einflusses von hypothetisch angenommenen Entscheidungsfolgen auf die Alter-

271 *MacCrimmon*, Decisionmaking, S. 21; *Rescher*, Logic of Decision and Action, S. 46.

272 Dazu: *Edwards/Tversky*, Decision Making, S. 37 ff., 208 ff.

273 *Keeney*, Assessment of Multiattributive Preferences, in: Science Bd. 168 (1970), S. 1491 f. Ausführliche Darstellungen verschiedener Verfahren bei *MacCrimmon*, Decisionmaking, S. 7 ff.

274 Der Schlußbericht zum Aufbau einer Juristischen Datenbank geht ebenfalls davon aus: *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Das Juristische Informationssystem, S. 55.

nativenwahl benutzen zu können, benötigt man ein vollständiges Modell der Entscheidungssituation. Ein solches Modell darf jedoch für eine juristische Entscheidung nicht lediglich die Relationen zwischen Entscheidungsfolgen und der Wahl von Entscheidungsalternativen abbilden, sondern muß außerdem die Ziel- und Sachverhaltsinformationen einbeziehen. Sämtliche Teilinformationen schlagen sich nach der hier vorgenommenen Strukturierung in den Anwendungsbedingungen und deren Gewichtungen nieder. Computersimulationen sind deshalb am ehesten auf der Grundlage gewichteter Anwendungsbedingungen möglich.

e) Informationen über die Anwendungsbedingungen

Ebensowenig wie eine Folgenanalyse reicht eine Analyse der Anwendungsbedingungen aus, um die Entscheidungsalternative festzulegen. Die Menge der Anwendungsbedingungen ist nämlich unabgeschlossen, weil die Kenntnis aller möglichen sozialen Situationen (Sachverhaltsgestaltungen) fehlt. Außerdem schwankt der Einfluß der einzelnen Anwendungsbedingungen auf die Alternativenwahl, da er von wandlungsfähigen Faktoren abhängt. Somit bleiben unter dem EDV-Aspekt lediglich solche Verfahren erwägenswert, welche die Verwendung der Anwendungsbedingungen nachträglich kontrollieren.

Ein Dokumentationsprogramm könnte die Liste der Anwendungsbedingungen eines Rechtsbegriffs nachweisen. Jede Präsentation der Liste regt dazu an, die nachgewiesenen Anwendungsbedingungen gedanklich zu durchlaufen und keine zu vergessen. Die Liste bleibt jederzeit abänderungsfähig. Sie ermöglicht darüber hinaus automatisierte Vergleiche zwischen Anwendungsbedingungen verschiedener Rechtsbegriffe, um Ähnlichkeiten und Überschneidungen herauszufinden.

Weiter ist ein Kontrollprogramm denkbar, das nachprüfen hilft, ob die Indikatoren, die den Anwendungsbedingungen zugrunde liegen und die den Zusammenhang zum Sachverhalt herstellen, den Schluß auf die Anwendungsbedingungen zulassen. Das setzt freilich eine wohlstrukturierte Verknüpfung zwischen Indikatoren und Anwendungsbedingungen voraus, die wahrscheinlich so gut wie immer fehlt. Eher schon zeigt sich das Feld der Anwendungsbedingungen wohlstrukturiert. Insoweit mag es dann lohnend sein, durch ein Hilfsprogramm die notwendigen und hinreichenden sowie die konstanten und schnellwechselnden Anwendungsbedingungen als solche zu kennzeichnen. Dadurch treten die jeweiligen Eigenschaften der Anwendungsbedingungen schärfer hervor, was den Überblick über Entwicklungstendenzen und über künftig zu erwartende Wertungswidersprüche erleichtert.

f) Informationen über die Gewichtung von Anwendungsbedingungen

Gewichtungen von Anwendungsbedingungen sind als zielgerichtete Bedeutungskoeffizienten aufzufassen[275]. Sie enthalten das Maß dafür, wie stark die jeweiligen Anwendungsbedingungen zur Auslegung eines Rechtsbegriffs oder Rechtssatz beitragen und kennzeichnen dadurch den Einfluß der Anwendungsbedingungen auf die Wahl der Entscheidungsalternative.

Programmierungsversuche in bezug auf die Gewichtungen hängen von zwei Komponenten ab: Von der Art der Skalierung der Anwendungsbedingungen, also davon, ob die Gewichtungen in numerischen, nominalen oder komparativen Wertbezeichnungen ausgedrückt sind, sowie von der Art der Art der verwendeten Entscheidungsregel, also davon, ob die Simon-Regel des Befriedigungsniveaus, die Minimax-, die Bayes- oder eine andere Entscheidungsregel für die Auswahl der Entscheidungsalternative zugrunde gelegt wird. Numerische Werte sind bei der Simon-Regel nicht notwendig, dagegen erforderlich bei einem Auswahlprinzip, das auf der Addition der Gewichtungen beruht. Von der Entscheidungsregel hängt auch die zu berücksichtigende Menge der Anwendungsbedingungen ab: Bei der Simon-Regel müssen alle Anwendungsbedingungen einbezogen werden, bei der Minimax-Regel kann bereits eine Anwendungsbedingung reichen.

Außer einem Dokumentationsprogramm, das über den bisherigen Zustand des Gewichtungssystems zu einem Rechtbegriff Auskunft gibt, kommen verschiedene Programme in Betracht, die durch Analyse von Gewichtungen eine erst bevorstehende Entscheidung zu unterstützen vermögen.

Sieht man einmal von Optimierungsprogrammen ab, die eine mathematische Präferenzfunktion und eine kardinale Nutzenmessung voraussetzen und deshalb für juristische Entscheidungen mehr oder weniger ausscheiden, läßt sich zunächst ein Programm denken, das von einer „geeigneten", also dem Normsatzziel näher kommenden Entscheidungsalternative ausgeht und entsprechend der verwendeten Entscheidungsregel Gewichtungen vergleicht. Bei einem solchen Vorgehen steht das Ergebnis fest, die Begründung des Ergebnisses wird noch gesucht. Umgekehrt kommt aber auch ein Programm in Frage, das zunächst die Gewichtungen vergleicht und entsprechend der herangezogenen Entscheidungsregel eine bestimmte Alternativenwahl vorschlägt. Ein weiteres Programm könnte helfen, notwendig werdende Änderungen im Gewichtungssystem durchzuführen. Als mathematische Grundlage eignet sich hierfür die„Regressionsanalyse". Dieses Verfahren ermöglicht, durch schrittweises Zurückgehen (also „rekursiv") Veränderungen der Gewichtungen und der Relationen zwischen den Gewichtungen herzustellen[276].

275 Juristische Beispiele bei *Haag*, Rationale Strafzumessung, S. 45 f.

276 *Afifi/Azen*, Statistical Analysis, S. 87 ff. Die Fa. IBM bietet als software bereits ein entsprechendes Computerprogramm an (IBM-Form Nr. 72 140), das bis zu

Zusammenfassend gilt für sämtliche der hier informationell untersuchten juristischen Auslegungsphasen: Es läßt sich kein Computerprogramm denken, das die erforderlichen Handlungs*akte* des Richters ersetzen könnte. Alle in Erwägung gezogenen Programmierungen eignen sich lediglich als verfahrensmäßige Hilfsmitel, um punktweise die informationellen *Voraussetzungen* der Handlungsakte zu verbessern oder um die *Konsequenzen* der Handlungsakte kontrollfähig zu halten. Hinter jedem Versuch, inhaltliche Teilüberlegungenen und Wertungen innerhalb juristischer Entscheidungen in formale Verfahren einzubetten, muß das Bestreben stehen, die jeweils betrachteten Zusammenhänge besser zu strukturieren und transparenter zu machen, nicht die Absicht, einen unangebrachten Entscheidungsautomatismus zu fördern.

4. Computersimulationen auf der Grundlage entscheidungstheoretisch bestimmter Auslegungselemente

a) Simulation als juristische Entscheidungshilfe

Soweit es sich heute überhaupt abschätzen läßt, dürfen als juristische Entscheidungshilfen neben Programmierungen zum Zweck der Dokumentation am ehesten Simulationsprogramme in Frage kommen.

„Simulationen" sind Verfahren, in denen vereinfachte Abbilder der Wirklichkeit verwendet werden, um den Ablauf von Prozessen und von Strukturveränderungen in der Zeit zu untersuchen sowie durch experimentelle Veränderungen einzelner Faktoren deren Bedeutung für den betrachteten Zusammenhang zu ermitteln[277]. Die Experimente finden also nicht in der Wirklichkeit, sondern am kontrollfähigen Modell, gleichsam im „Sandkasten" statt. Um eine Simulation durchführen zu können, sind Überlegungen erforderlich, wie man einen bestimmten Zusammenhang strukturieren und in einem Modell abbilden kann. Wenn es zutrifft, daß auch im Recht das

100 Einflußgrößen und davon bis zu 9 abhängigen Variablen korreliert und nicht signifikante Variablen ausschaltet. Eine sehr kurze, auch für Juristen verständliche Beschreibung der Regressionsanalyse findet sich bei *Reisinger*, Automatisierte Normanalyse, S. 104 f.

277 In Anlehnung an *Gantzel*, Vorwort zu: *Kern/Rönsch*, Simulation internationaler Prozesse, S. 8. Die zahlreichen Definitionen schwanken je nach dem verfolgten Zweck. Eine allgemeine Bibliographie zu Simulationsproblemen bringt *Guetzkow*, Realität und Simulationen, S. 261 (311—317). Den Forschungsstand zu verhaltenswissenschaftlichen Simulationen referiert *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 60 ff. Allgemeine Nachweise auch bei *Böhret*, Entscheidungshilfen, S. 126 ff.; *Cherryholmes/Shapiro*, Representatives and Roll Calls, S. 2 ff.

Denken in Modellen vordringt[278], dann müßte sich die Simulation als brauchbares Instrument sowohl für Probleme der Entscheidungsfindung als auch für Probleme der Theoriebildung (Systementwürfe) und der Lehre (Planspiele) erweisen.

Simulationen berücksichtigen den ständigen Wechsel zwischen Problemerkennen und Problemlösen. Bei jedem Erkennen werden Probleme konkretisiert und modifiziert. Da es oft unmöglich ist, praktische Probleme bis in die Einzelheiten zu determinieren oder gar einen Lösungsalgorithmus dafür zu entwickeln, sind vorgelagerte Entwürfe erforderlich, um die informationellen Abhängigkeiten zu klären. Die heuristische Programmiertechnik und besondere Programmiersprachen kommen diesem Bedürfnis nach größerer Beweglichkeit entgegen.

Gegenwärtig finden entscheidungsstützende Simulationen in vielen Bereichen Verwendung, vor allem für Planungsaufgaben[279], in der militärischen Logistik[280], bei der Lösung internationaler Konflikte[281] und als Entscheidungshilfe im Management von Großunternehmen[282]. Computersimulationen im Recht beschränken sich bisher auf wenige Versuche im Bereich der planenden Verwaltung und bei der Vorbereitung und Abfassung von Gesetzen[283]. Die Überlegungen von Juristen befinden sich allerdings noch im Spekulationsstadium[284].

Der Übergang von Simulationen zu einfacher strukturierten Frage-Antworten-Dialogen mit einem Computer ist fließend. Charakteristisch für Dialoge, wie sie beispielsweise Suhr[285] und in anspruchsvollerer Absicht auch der Schlußbericht zum Aufbau einer juristischen Datenbank vorschlagen, sind vor allem das stärkere Ausmaß an expliziten Programmierungen. Das

278 *Hopt*, Finale Regelungen, in: JZ 1972, S. 65 (72); *Strömholm*, Zur Frage der juristischen Argumentationstechnik, in: ARSP Bd. 58 (1972), S. 303 (351).

279 Zahlreiche Gebiete nennen *Emshoff/Sisson*, Simulation, S. 306.

280 Hier liegt der älteste Anwendungsbereich und bis heute das Schwergewicht der Forschungen. So wurde beispielsweise der japanische Angriff auf Pearl Harbor durch eine Simulation vorausgesagt (aber nicht beachtet), vgl. *Gantzel*, Vorwort, in: *Kern/Rönsch* (Hrsg.), Simulation internationaler Prozesse, S. 7.

281 *Guetzkow*, Realität und Simulationen, S. 261 ff.; zahlreiche Nachweise auch bei *Böhret*, Entscheidungshilfen, S. 135 f.

282 *Emshoff/Sisson*, Simulation mit dem Computer, S. 19 ff.; *Mertens/Kress*, Mensch-Maschinen-Kommunikation, S. 1—9.

283 Aktuelles Beispiel: Das Planning-Programming-Budgeting System (PPBS) der USA ist Grundlage für die gesamte Haushalts- und Steuerpolitik. Zahlreiche analytische Modelle und Simulationen dienen hierfür als Entscheidungshilfen, vgl. *Böhret*, Entscheidungshilfen, S. 174—223.

284 Nachweise vor allem bei *Boyd*, Computers and Law, in: Arizona Law Review Bd. 14 (1972), S. 267 (298—310).

285 Computer als juristischer Gesprächspartner, S. 99 (dazu oben S. 144 f.).

führt zu einer größeren Starrheit der Regelungszusammenhänge und vernachlässigt die Dynamik der Verschiebungen im Zeitablauf. Simulationen dagegen eignen sich besser, um noch unbekannte Zusammenhänge entweder in komplexen Programmiersprachen oder in der Person des Simulationsteilnehmers zu verbergen. Der Lösungsweg ist bei Simulationen weniger stark vorgezeichnet und kann vor allem noch während der Simulation durch Modifizierung von Verfahrenselementen verändert werden.

b) Juristisches Simulationsmodell AGAIS (Allgemeines Gesetzesauslegungsinformationssystem)

Das ideale, umfassende Allgemeine Gesetzesauslegungsinformationssystem (AGAIS) könnte im Anschluß an die bisherigen Erörterungen etwa wie folgt aussehen[286]: AGAIS unterstützt folgenreiche richterliche Entscheidungen, durch welche bestimmte Rechtssätze auf unterbreitete Sachverhalte angewendet werden. Es erleichtert schrittweise die Antwort, ob eine Rechtsfrage positiv oder negativ entschieden werden soll. Die Anwendungsbedingungen repräsentieren relevante Auslegungsgesichtspunkte. Den Einfluß der Anwendungsbedingungen auf die Alternativenwahl zeigen Gewichtungen an, die durch informationelle Berücksichtigung des Normsatzzieles und der antizipierten Entscheidungsfolgen zustandekommen. Indikatoren zu den Anwendungsbedingungen stellen die Verknüpfungen zu den Sachverhaltselementen her. Anwendungsbedingungen und Indikatoren sind wenig standardisiert und erlauben deshalb Assoziationen. Das ganze Auslegungssystem ist hierarchisch aufgebaut und verzweigt sich nach unten immer mehr. Es modelliert den Zusammenhang zwischen Rechtsbegriff, Anwendungsbedingungen, Indikatoren, Gewichtungen und Entscheidungsregel.

Ein Richter kann die Modellelemente mit Ausnahme des Rechtssatztextes verändern. Jeder neue Sachverhalt gibt grundsätzlich die Möglichkeit, das Modell zu überprüfen. Modelländerungen erfordern explizite Eingriffe sowie die Dokumentation der Ursachen für diese Eingriffe, damit der Vorgang transparent bleibt. Wissenschaftliche Kritiken an dem Modell oder an Abänderungen des Modells werden nach Verfasser, Zeitpunkt und Fundstelle dokumentiert. Zusatzinformationen aufgrund empirischer Untersuchungen, Statistiken oder sonstiger Quellen sind überall möglich. Sie können durch Querverweise bei dem Gesetzestext, bei den Anwendungsbedingungen, den Gewichtungen, Indikatoren und Entscheidungsregeln angezeigt oder durch Hinweisblöcke an diesen Stellen unmittelbar gekoppelt sein.

286 Es hat Verwandtschaft mit dem von *Kunz/Rittel,* Informationswissenschaften, S. 61 f. vorgeschlagenen administrativen Informationssystem ADIS.

Ein Zugriff auf das Modell erfordert an vielen Stellen assoziative Fähigkeiten des Richters, beispielsweise bei der Angabe des mutmaßlichen Gesetzesparagraphen. Anfragen und Abrufe sind auf allen Ebenen und in jeder Phase des Entscheidungsprozesses möglich.

Auf der Grundlage dieses oder eines ähnlich aufgebauten Modells läßt sich durch Simulationen verfolgen, wie Informationsänderungen auf die Indikatoren, auf die Anwendungsbedingungen, auf den Bewertungsrahmen für Gewichtungen, auf die Gewichtungen selbst, auf die Entscheidungsregeln sowie auf die jeweiligen Verknüpfungen einwirken. Der Richter erhält also eine Chance, durch die Arbeit am Modell die theoretischen Einsichten und subjektiven Lösungseinfälle mit einer bewußten und verantwortlichen praktikablen Entscheidung zu verbinden: Er kann die Gültigkeit des von ihm oder von anderen aufgestellten Modells testen, Modellelemente während der Simulation verändern oder ein anderes Gleichgewicht zwischen den Elementen herzustellen versuchen. Nichts zwingt ihn, die Simulationsergebnisse auch zu übernehmen. Ein anderer Richter kann zu einem anderen Ergebnis kommen. Simulationsergebnisse lassen sich im Verbindlichkeitsgrad am ehesten mit dem Votum des Berichterstatters im Gerichtsverfahren vergleichen, besitzen aber zusätzlich die vorteilhafte Eigenschaft, daß sie den logisch korrekt zustandegekommenen Entscheidungsvorschlag auf der Grundlage der jeweils vom Richter eingeführten Entscheidungselemente und der von ihm vorgenommenen Verknüpfungen anbieten. Die simulierten Entscheidungsvorschläge sind in hohem Maße transparent, aber auch durch den gerade erwähnten Zusammenhang begrenzt. Kommt es zu keinem brauchbaren Vorschlag, dann gestattet diese Tatsache immerhin Rückschlüsse auf die Komplexität und den Strukturierungsgrad des Entscheidungsproblems. Simulationen beziehen also Lernprozesse von vornherein mit ein. Mit Sicherheit verhilft eine Simulation nicht dazu, den menschlichen Problemlösungsprozeß exakt nachzuahmen oder gar zu ersetzen. Dafür unterscheiden sich die elementaren Formen der menschlichen und der maschinellen Informationsverarbeitung zu sehr; der formallogische Aufbau von Computerprogrammen und der Verarbeitungsstruktur des Computers ermöglichen es selbst mit Hilfe von Simulationen nicht, so etwas wie ein Randbewußtsein für Problemzusammenhänge zu entwickeln, Wesentliches von Unwesentlichem zu unterscheiden oder mit Vagheiten der Sprache unmittelbar zu arbeiten. Das aber bleiben vorläufig nicht zu eliminierende Bestandteile des juristischen Entscheidungsprozesses. Andererseits erreicht kein Richter die besondere kalkulatorische Fähigkeit eines Computers, viele Faktoren oder große Dimensionen planvoll zu verknüpfen. Es spricht deshalb einiges dafür, zwischen Richter und Computer eine sinnvolle Arbeitsteilung zu versuchen. Zu diesem Zweck kommen für schwierige juristische Entscheidungen neben einem Rückgriff auf Datenbanken vor allem Mensch-Computer-Simulatio-

nen in Betracht. Günstig wirkt sich dabei aus, daß juristische Entscheidungen regelmäßig nicht unter Zeitdruck ergehen müssen, sondern die Vorbereitungsphase so lange ausgedehnt werden kann, bis der Richter glaubt, eine optimale Informationslage erreicht zu haben.

Man kann natürlich fragen, ob denn für das Treffen von juristischen Auslegungsentscheidungen überhaupt der geschilderte Aufwand lohnt, den eine Modellbildung für Simulationszwecke erfordert, wenn der Richter die komplexen Entscheidungssituationen doch zunächst entwirren und beispielsweise auf gewichtete Anwendungsbedingungen zurückführen muß, und wenn außerdem die gefundenen Teillösungen unverbindlich bleiben, ja sogar unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Abänderung stehen. Dieses Vorgehen ist in der Tat aufwendig. Andererseits gibt es keinen anderen Weg als den der Reduktion und Strukturierung informationeller Zusammenhänge, um die vielfältigen Gesichtspunkte jedes Rechtsstreits in Abhängigkeit von einem Rechtssatz angemessen berücksichtigen zu können. Auch rechtsdogmatische Erörterungen kommen prinzipiell daran nicht vorbei. Der Unterschied und der für die Computerverwendung wesentliche Aspekt besteht darin, ob man wenigstens versuchen will, bei weitreichenden juristischen Entscheidungen umfangreichere Informationszusammenhänge in die Überlegungen mit einzubeziehen oder Teilzusammenhänge genauer und durchschaubarer zu analysieren, oder ob man in Erwartung unüberwindlicher Schwierigkeiten lieber von vornherein darauf verzichten und sich auf dogmatisierte Aussagen beschränken möchte. Angesichts der bisher mageren Hypothesen- und Erfahrungsgrundlage läßt sich die Frage nur insofern beantworten, als jeder Versuch in Richtung einer expliziten Modellbildung stets Vorteile bringt, selbst wenn die formale Strukturierung für eine Computerverwendung nicht ausreicht.

c) Programmierung von Simulationsmodellen

Eine Computersimulation für ein Modell setzt ein Computerprogramm voraus. Dessen Struktur hängt davon ab, in welchem Umfang die Beziehungen zwischen den Programmelementen explizit gemacht und was damit erreicht werden soll. Grundsätzlich läßt sich jede beliebige Programmiersprache verwenden. Da aber der Programmieraufwand und der Speicherbedarf oft zu groß würden, hat man problemorientierte Programmiersprachen entwickelt, die besondere Transformationen ermöglichen und dadurch Simulationen erleichtern[287].

287 Eine aktuelle Übersicht über Simulationssprachen bringen *Emshoff/Sisson*, Simulation, S. 178 f.

Die bekanntesten und am meisten verwendeten Simulationssprachen GPSS und SIMSCRIPT setzen einen Zustand der vollkommenen Information, also Entscheidungen unter Gewißheit voraus und eignen sich deshalb nur schlecht für interpretative Verfahren. Mehr Flexibilität bieten SNOBOL oder SIMULA[288] sowie insgesamt die Gruppe der sogenannten Listenverarbeitungssprachen, zu denen vor allem noch LISP (List Processing)[289] und IPL (Information Processing Language)[290] zählen. Listenverarbeitungssprachen leisten mehr für nichtmathematische, verhaltensabhängige Entscheidungsprozesse, weil sie vollkommene Informationszusammenhänge erfassen und analysieren können, die von bestimmten Lösungshypothesen abhängen. Technisch geschieht dies durch Verwendung von numerischen und nichtnumerischen Symbolen, Listen von Symbolen, Listen solcher Listen und rekursiven Unterprogrammaufrufen. Mit Hilfe von Merkmalslisten lassen sich Beschreibungen von Zeichen (Begriffen) herstellen, die „in deskriptiver Weise Objekte oder Ereignisse der Umwelt repräsentieren, eine positiv oder negativ bewertete Klasse von Objekten angeben und/oder eine Menge von Informationen für eine Handhabung beinhalten"[291].

Die strukturelle Verwandschaft zwischen dem Aufbau einer Listenverarbeitungssprache und dem vorgeschlagenen Näherungsverfahren für juristische Auslegungsentscheidungen liegt auf der Hand. Eine Weiterverfolgung dieses Gesichtspunktes hat ergeben, daß mindestens zwei neuentwickelte, in der Bundesrepublik noch unbekannte Programmiersprachen auf Listenverarbeitungsbasis vorliegen, die sich möglicherweise vom Aufbau her für eine Simulation zielorientierter juristischer Auslegungsentscheidungen besonders gut eignen. Diese Programmiersprachen heißen PLANNER und CONNIVER.

PLANNER bietet einen Formalismus an, der Modelle in einem Computer unter dem Informationsaspekt behandelt und Lösungszusammenhänge auf

288 Nachweise bei *Boyd*, Law in Computers, in: Arizona Law Review Bd. 14 (1972), S. 267 (306 f. Anm. 244 und 247).

289 *Edmund C. Berkeley/Daniel G. Bobrow* (Hrsg.), The Programming Language LISP: Its Operation and Applications, 2. A. Cambridge/Mass. 1966.

290 *Allen Newell* (Hrsg.), Information Processing Language-V Manual, 2. A. Englewood Cliffs 1964. Eine ausführliche und leichtverständliche Beschreibung mit vielen Nachweisen findet sich bei *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 45 ff. und 110 ff.

291 *Kirsch*, Entscheidungsprozesse Bd. II, S. 118. Auf die Bedeutung der Listenverarbeitungssprachen für nichtnumerische Problemlösungen weisen auch hin: *Boyd*, Law in Computers, in: Arizona Law Review Bd. 14 (1972), S. 267 (290); *Klein*, Heuristische Entscheidungsmodelle, S. 93; *Minsky*, Semantic Information Processing, S. 17; *Schnelle/Engelien*, Maschinelle Sprachübersetzung, S. 314 (328 ff.); *Robert F. Simmons*, Storage and Retrieval, in: Communications of the Association for computing machinery Bd. 9, Baltimore 1966, S. 211 (213).

hypothetisch angestrebte Ziele hin und unter Berücksichtigung der Folgen ausarbeitet, ohne viel Angaben darüber vorauszusetzen, *wie* man das machen kann. Kernstück ist eine hierarchisch aufgebaute vielfältige Lösungsweg-Kontrolle (backtrack control), die es erlaubt, Lösungselemente zu bekräftigen oder zu entfernen. Außerdem lassen sich Folgerungen ziehen und Teilziele konstruieren. Statt die Verfassungsschritte durch ausdrückliche Befehle zu beschreiben, werden die Verfahrensschritte *implizit* über solche Modelle oder Ziele angesteuert, von denen man annimmt, daß sie durch das gewählte Verfahren zustandekommen[292]. Auf diese Weise gestattet PLANNER, die Konsequenzen von Lösungshypothesen zu erforschen, ohne die Fähigkeit zu verbauen, die Hypothesen und ihre Konsequenzen wieder verwerfen zu können[293]. PLANNER bezieht also von vornherein Lernprozesse in das Verfahren mit ein. Freilich kann PLANNER nicht den inhaltlichen Wissenszuwachs erzeugen, sondern ihn nur in Verfahren einbetten und aufgrund dieser verfahrensmäßigen Abbildung analysieren helfen. Die Zielorientierung des Verfahrens bringt es mit sich, daß sich der Lernprozeß auch auf das Verfahren für das künftig zu erwerbende Wissen erstreckt[294]. Deshalb ermöglicht PLANNER, Aussagen zu interpretieren, Teilziele zu finden und Problemlösungen zu verfeinern. Die Eigenschaft dieser Programmiersprache, Ausdrücke zu bewerten, die von empirischen Informationen und von Zielinformationen abhängen und die Möglichkeit, das jeweilige Ergebnis für die Kontrolle nachfolgender Schritte weiterzuverwenden, enspricht weitgehend dem entscheidungstheoretischen Vorgehen, wie es sich bei juristischen Auslegungsentscheidungen in dem Begründungszusammenhang aus Anwendungsbedingungen und Gewichtungen niederschlägt. Ein weiterer wichtiger Vorzug von PLANNER ist die unmittelbare Übersetzungsmöglichkeit in natürliche Sprachen[295], also grundsätzlich auch in die Rechtssprache. Freilich sind noch etliche theoretische und praktische Vorarbeiten erforderlich, ehe man für die Anwendung in bezug auf die Rechtssprache zuverlässigere Aussagen machen kann.

Die Programmiersprache CONNIVER zeichnet sich vor allem durch zwei Eigenschaften aus: Die Informationsbasis wird systematischer berücksichtigt,

292 *Hewitt*, PLANNER, S. 2. Die Besonderheit des impliziten Verfahrens definiert Hewitt wie folgt: „Implicit processing (e. g. problems) is the ability to specify the end result desired and not to say much about how it should be achieved" (S. 22).

293 *Hewitt*, PLANNER, S. 24 und S. 242 f.

294 *Hewitt*, PLANNER, S. 28.

295 *Hewitt*, PLANNER, S. 277 f. — Prof. Winograd (M.I.T.) hat inzwischen ein Computermodell entwickelt, das für einen kleinen Bereich mit Hilfe von PLANNER Diskurse über Feststellungen, Fragen und Befehle auf der Basis der englischen Umgangssprache durchzuführen erlaubt, vgl. *Massachusetts Institute of Technology* (Hrsg.), Project MAC, S. 194 (198 ff.).

und die Kontrollstruktur ist flexibler als in anderen Listenverarbeitungssprachen[296]. Hypothetische Modelle können mit CONNIVER leicht durch Kontext-, Subkontext- oder Superkontextmodelle erzeugt und verändert werden. Jedes typische CONNIVER-Programm führt zu einem „Baum" aus Kontexten, die untereinander verknüpft sind und entweder vorliegen oder fehlen können. Listen von Verknüpfungsmöglichkeiten (Lösungpläne, Teilziele usw.) erleichtern den Entwurf von problemlösenden Programmen. Das ganze Modellgebäude gleicht einem Netzwerk, an dessen Knoten die verschiedenen Verknüpfungsmöglichkeiten offenliegen. Nach Meinung der Verfasser von CONNIVER eignet sich diese Art der Modellbildung und Modellkontrolle auch, um sprachliche Probleme zu lösen[297]. Für weitere Einzelheiten dieser sehr eleganten Programmierungsmethode muß auf die Programmbeschreibung verwiesen werden.

Da im Rahmen dieser Vorstudie nur auf zwei allgemeinere Methoden hingewiesen werden sollte, die möglicherweise eine Computersimulation zielgerichteter juristischer Entscheidungen erleichtern, bleiben die zahlreichen Hilfstechniken ausgeklammert, die beispielsweise Entscheidungsbäume entwerfen[298], alle vorhandenen aussagenlogischen Verknüpfungen aufspüren[299] oder die Zusammenarbeit zwischen Mensch und Computer organisieren helfen[300]. Simulationen und heuristische Programmierungen stehen in den Einzelheiten vor manchen Schwierigkeiten. Ungelöst sind vor allem noch die Fragen, welche Kriterien das Ende eines Simulationsprogramms anzuzeigen („stopping rules")[301] und welche Probleme sich gut oder schlecht für Simulationen eignen.

So falsch es wäre, große Erwartungen in Simulationsverfahren zu setzen, um Lösungsvorschläge für juristische Alltagsfälle zu gewinnen, so falsch wäre es auch, bei weitreichenden Musterentscheidungen die Möglichkeit völlig auszuschließen. Zuverlässige Prognosen sind allerdings heute noch verfrüht.

296 *McDermott/Sussmann,* CONNIVER, S. 5.

297 *McDermott/Sussmann,* CONNIVER, S. 9, 32.

298 *Patrick Winston,* A Heuristic Program that constructs Decision Trees, M.I.T. Project MAC, Artificial Intelligence Memo. No. 173 (March 1969); *Roger Banks,* Construction of Decision Trees, M.I.T. Project MAC, Artificial Intelligence Memo. No. 189 (February 1970).

299 *P. Hájek/I. Havel/M. Chytil,* The GUHA Method of Automatic Hypotheses Determination, in: Computing Bd. 1 (1966), S. 293—308.

300 *Douglas M. Wells,* Transmission of Information between a Man — Machine Decision System and its Enviroment, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge April 1971 (MAC Technical Memorandum No. 22).

301 Nachweise bei *Boyd,* Law in Computers, in: Arizona Law Review Bd. 14 (1972), S. 267 (305 Anm. 233).

5. Teil

Skizze einer entscheidungstheoretischen Problemanalyse für die Auslegung von § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB (Eignung, gebundene Waren zu verteuern)

Es gibt zahlreiche juristische Problembereiche, in denen das entscheidungstheoretische Vorgehen unabhängig von einer eventuellen Computerunterstützung sinnvoll erscheint: So im Kartellrecht, Warenzeichenrecht, Recht des unlauteren Wettbewerbs, Patentrecht (Begriffe „Neuheit", „technischer Fortschritt"), Abzahlungsrecht, Zivilrecht („Schaden"), Arbeitsrecht, Versicherungsrecht („Versicherungsfall"), Steuerrecht, EWG-Recht, Verfassungsrecht, Planungsrecht, Umweltschutzrecht oder Verbraucherschutzrecht. Besonders gut eignet sich offenbar das Wirtschaftsrecht. Das überrascht kaum, denn der Bereich „Wirtschaft" bildet das interessanteste Subsystem der Gesellschaft und gilt zu Recht als Motor der sozialen Entwicklung. Die richterlichen Gestaltungsmöglichkeiten sind hier größer als in anderen Rechtsgebieten. Nicht selten erwartet die Öffentlichkeit geradezu richtungsweisende Entscheidungen[1], ja Prozesse werden oft von vornherein in dieser Absicht angestrengt. Derartige „Musterprozesse", die unter dem Mantel eines individuellen Konflikts handfeste Gruppeninteressen austragen, dienen als Testfälle für die jeweiligen rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen und bieten gewissermaßen einen Ersatz für die fehlende Gelegenheit, eine vom Einzelfall losgelöste verbindliche Feststellung zu erreichen[2]. Die Entscheidungsbegründung eines Musterprozesses wird meist als generelle Aussage zu einem ganzen Problembereich aufgefaßt und entsprechend beachtet.

Friedmann[3] hat einmal zutreffend bemerkt, daß sich mit den Prinzipien der Vertragsfreiheit, des Eigentumsrechts und der Wettbewerbsfreiheit die Entstehung einer sozialen Gesetzgebung und Rechtsprechung fördern oder auch verhindern ließe. Vor allem das Kartellrecht enthält an vielen Stellen deutliche Kompromisse und Abgrenzungsversuche zwischen den Prinzipien. Schon deshalb liegt es nahe, eine kartellrechtliche Vorschrift mit Hilfe des

1 Dazu: *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 167.

2 Im Frankfurter U-Bahn-Prozeß (BGHZ 57, S. 359—370) über die Höhe der Entschädigung für geschäftliche Nachteile, die durch Arbeiten für den Bau der U-Bahn entstanden waren, hat der Drogistenverband bewußt einen mittelschwer Geschädigten als Testfall ausgesucht und diesen prozessual und publizistisch „aufgebaut", um die Möglichkeiten und Grenzen für weitere Verfahren zu erkunden. Allen Beteiligten und dem Gericht war diese Situation bekannt.

3 Übergesetzliche Rechtsgrundsätze, in: ARSP Bd. 56 (1954/55), S. 348 (349).

Instrumentariums der normativen ökonomischen Entscheidungstheorie zu analysieren, um Aussagen über die Rationalität derjenigen Begründungszusammenhänge zu ermöglichen, die aufgrund juristischer Interpretationen erreicht werden. Für ein solches Vorgehen gibt es bisher noch kein Vorbild. Lediglich außerhalb richterlicher Entscheidungen ist die Entscheidungstheorie zweimal mit dem Kartellrecht in Verbindung gebracht worden: Raisch[4] hat entscheidungstheoretische Überlegungen im Hinblick auf die Kartellgesetzgebung wenigstens angeregt, und Shubik[5] hat die oligopolistische Wettbewerbssituation auf dem amerikanischen Automobilmarkt spieltheoretisch dargestellt. Die Arbeitshypothese für die nachfolgende exemplarische Skizze lautet, daß die entscheidungstheoretische Analyse einer kartellrechtlichen Vorschrift die methodischen Abhängigkeiten zwischen den Begründungselementen und den dahinterstehenden Interessen zuverlässiger aufzeigen sowie die jeweilige Informationsverwertung deutlicher machen kann als die klassischen juristischen Auslegungstechniken.

1. Vertikale Preisbindung von Markenwaren

Zu dem abgrenzbaren Gebiet der vertikalen Preisbildung für Markenwaren (§§ 15—17 GWB) gibt es eine unübersehbare Fülle von Büchern, Aufsätzen, Entscheidungen, Gutachten und sonstigen Stellungnahmen[6]. In seinem Jahresbericht 1960[7] hat das Bundeskartellamt die Argumente der Befürworter und Gegner der Preisbindung gegenübergestellt. Den überwiegend einzelwirtschaftlich begründeten Vorteilen (vor allem: Überschaubarkeit der Märkte, Kontinuität, Kalkulationserleichterung, Rationalisierung, gesicherte Handelsspannen, keine „Lockvogel-Angebote") stehen schwerwiegende gesamtwirtschaftliche Nachteile gegenüber (Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf der Verteilerstufe, Rabattkrieg, Förderung gleichförmigen Marktverhaltens, Einschränkung der Händlerfreiheit, Verteuerungseffekt, Begünstigung großer Unternehmen). Die gesetzlichen Regelungen waren von Anfang an und sind noch heute heftig umstritten. Trotz mehrfacher Bestrebungen, die Preisbindungsvorschriften ganz oder teilweise aufzuheben, sah auch der neueste Entwurf zur Änderung des Kartellgesetzes vom 25. 1. 1973 insoweit keine

4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1971, S. 229 (232).

5 A Game Theorist Looks at the Antitrust Laws, in: Stanford Law Review Bd. 8 (1956), S. 594 ff.

6 Umfangreiche Nachweise bei *Müller-Henneberg/Schwartz*, Gemeinschaftskommentar, § 15 S. 8; § 16 S. 9 f., 14; § 17 S. 3.

7 Bundestags-Drucks. III/2734 S. 112 ff. Eine Auseinandersetzung mit diesen Argumenten findet sich bei *Wilhelm*, Preisbindung, S. 8 ff.

Änderung vor[8]. Am 31. 3. 1973 gab es in der Bundesrepublik 806 Unternehmen, die für 172 991 Verkaufseinheiten Preisbindungen angemeldet hatten[9].

In den Preisbindungsvorschriften überschneiden sich zivilrechtliche und kartellrechtliche Gesichtspunkte und Beurteilungen. Zivilrechtlich steht der Preisbindungsvertrag mit den Rechten und Pflichten der Beteiligten im Mittelpunkt, kartellrechtlich interessiert vor allem der Mißbrauch der Preisbindungsmöglichkeit. In zunehmendem Maße werden allerdings zivilrechtliche Voraussetzungen in kartellrechtliche Beurteilungen einbezogen: So verwendet das Bundeskartellamt die lückenhaft gewordene Preisbindung über die Konstruktion eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage als Hebel für die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, obwohl § 17 GWB diese Voraussetzung nicht ausdrücklich nennt und der Bundesgerichtshof sie ablehnt[10]; die theoretische Lückenlosigkeit der Preisbindung dient immer weniger dazu, Beweiserleichterungen für das preisbindende Unternehmen bei Klagen gegen untreue Preisbindungspartner aus dem Preisbindungsvertrag sowie bei Klagen nach §§ 1 UWG, 826 BGB gegen Außenseiter zu schaffen, sondern mehr als Indiz dafür, daß die Preise überhöht sind; die vertragliche Selbstbindung des Preisbinders hinsichtlich bestimmter Konditionen, beispielsweise der Rabattgewährung, führen über den Grundsatz der Gleichbehandlung zum kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot. Zudem überlagern sich verschiedene Wettbewerbskonzeptionen und Gestaltungsprinzipien: Der Schutz der Warenhersteller, der Händler und der Verbraucher. Preisbindungsvorschriften bieten also genügend Konfliktstoff, um die Relevanz der Auslegungsargumente entscheidungstheoretisch zu analysieren.

Nach § 15 GWB sind Preis- und Konditionenvereinbarungen zwischen Unternehmen und ihren Wettbewerbern grundsätzlich nichtig. § 16 GWB macht von dem grundsätzlichen Verbot, die Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen zu beschränken, dann gewisse Ausnahmen, wenn ein Unternehmen „die Abnehmer seiner Markenwaren, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Preiswettbewerb stehen" (§ 16 Abs. 1 Nr. 1) oder wenn „ein Verlagsunternehmen die Abnehmer seiner Verlagserzeugnisse" (§ 16 Abs. 1 Nr. 2) rechtlich und wirt-

8 Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, Drucks. 7/76. — Die am 3. 8. 1973 (BGBl. I S. 917) in Kraft getretene Endfassung beschränkt die Möglichkeit der Preisbindung mit Wirkung vom 1. 1. 1974 auf Verlagserzeugnisse.

9 Presseinformation des Bundeskartellamts vom 3. 4. 1973 WRP 1973, S. 206 (207).

10 Nachweise bei *Müller-Henneberg/Schwartz*, Gemeinschaftskommentar, § 16 Rdnr. 125; *Krasser*, Preis- und Vertriebsbindungen, S. 179.

schaftlich bindet. Eine genehmigte Preisbindung kann aber unter anderem dann wieder aufgehoben werden, wenn

„die Preisbindung oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken" (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Mißbrauchstatbestand: eine Preisbindung ist geeignet, „in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Preise zu verteuern".

2. Allgemeine entscheidungstheoretische Beurteilung des Rechtssatzes

Die zu untersuchende Vorschrift läßt einigen Entscheidungsspielraum. Er beruht technisch auf der unklaren Abgrenzung im Kontext, beispielsweise gegenüber der Mißbrauchsklausel in § 17 Abs. 1 Nr. 2, auf der Verwendung allgemeiner Rechtsbegriffe (Eignung, gesamtwirtschaftliche Verhältnisse, nicht gerechtfertigte Weise, verteuern) und auf sprachliche Vagheiten innerhalb der gesetzlichen Vermutung in § 17 Abs. 1 S. 2. Inhaltlich bietet die weite Fassung einen typischen Formelkompromiß des Gesetzgebers, der Detaillösungen der voraussehbaren Interessenkollisionen auf die Judikative verlagert. Es läßt sich vermuten, daß eine rechtstheoretisch denkbare Forderung nach größerer sprachlicher Klarheit und nach genaueren Definitionen praktisch unerfüllbar wäre, weil die dazu vorauszusetzenden wirtschaftspolitischen Grundsatzdiskussionen den Rahmen parlamentarischer Auseinandersetzungen sprengen würden. Gerade bei dieser Lage wird es notwendig, für die Entscheidung über die Auslegung im Einzelfall Ziel- und Folgegesichtspunkte einzubeziehen. Die Qualität jeder Auslegungsentscheidung nach § 17 GWB steht und fällt mit der Informationsnachfrage und dem Informationsangebot.

Seit Inkrafttreten des Kartellgesetzes hat sich der Bundesgerichtshof in ungefähr 40 Fällen[11] mit kartellrechtlichen Vorschriften zur Preisbindung

11 In der amtlichen Sammlung sind bis einschließlich Bd. 59 folgende 25 Entscheidungen veröffentlicht: BGHZ 28, S. 208—225 („4711"); 30, S. 186—195; 31, S. 105—114 („Glasglühkörper"); 33, S. 222—230; 36, S. 91—105 („Gummistrümpfe"); 36, S. 370—379 („Rollfilme"); 37, S. 30—37 („Selbstbedienungsgroßhandel"); 38, S. 90—103 („Grote-Revers"); 39, S. 370—384 („Osco-Parat"); 40, S. 135—147 („Trockenrasierer II"); 42, S. 134—151; 43, S. 359—368 („Warnschild"); 44, S. 279—286 („Brotkrieg"); 46, S. 74—87 („Schall-

beschäftigt. Die Zahl der rechtskräftigen Entscheidungen bei den Instanzgerichten und der Verfügungen des Bundeskartellamts beträgt ein Vielfaches. Im vorliegenden Zusammenhang kommt es auf die Auslegung der Rechtsbegriffe „Eignung", „gesamtwirtschaftliche Verhältnisse", „nicht gerechtfertigte Weise" und „Verteuerung gebundener Waren" an. Als Entscheidungsalternative ergibt sich jeweils, daß eine konkrete Preisbindung geeignet oder nicht geeignet ist, die gebundenen Waren zu verteuern und dementsprechend die Preisbindung entfallen muß oder bestehen bleiben kann.

3. Informationen über den Sachverhalt

Der Mißbrauchsaufsicht über Preisbindungen liegen regelmäßig mindestens eine der folgenden Sachverhaltsgestaltungen zugrunde:

a) ein *gebundener* Inlandhändler unterbietet den gebundenen Verkaufspreis, *ohne Reimporte* vorzunehmen;
b) ein *gebundener* Inlandhändler unterbietet den gebundenen Verkaufspreis *aufgrund von Reimporten;*
c) ein *nichtgebundener* Inlandhändler („Außenseiter") unterbietet *mit oder ohne Reimport.*

Einzelheiten hinsichtlich der Sammlung entsprechender Sachverhaltsinformationen (Testkäufe, Bucheinsichten, Marktanalysen) interessieren hier nicht weiter, weil es mehr auf den Bewertungsvorgang ankommt. Zu diesem Zweck müssen die Informationen über das Ziel des Rechtssatzes, über die Folgen der Auslegungsalternativen, über die ziel- und folgeabhängigen Anwendungsbedingungen sowie über deren Gewichtungen analysiert und aufeinander bezogen werden.

4. Informationen über das Ziel

Wie bei den meisten Rechtssätzen fehlt auch für die betrachtete Vorschrift eine ausdrückliche Angabe darüber, welchem konkreten Ziel sie dient. Das ist kein Zufall, denn jedes Ziel setzt eine Beschreibung des anzustrebenden Zustandes voraus und gerade darin liegt der Hauptstreitpunkt des Kartellrechts. Der gesetzgeberische Kompromiß besteht darin, nicht positiv zu

platten I"); 46, S. 365—380 („Schweißbolzen"); 49, S. 90—99 („Jägermeister"); 51, S. 21—27 („Zahncreme"); 51, S. 61—69; 51, S. 163—174 („Farbumkehrfilm"); 51, S. 263—269 („Silobehälter"); 51, S. 371—378 („Melitta"); 53, S. 76—88 („Schallplatten II"); 53, S. 298—304 („Tennisbälle") und 54, S. 227—235 („Zigarettenhersteller"); 59, S. 294—303 („VW-Ersatzteile").

formulieren, was mit der Preisbindung erreicht werden soll, sondern negativ zu beschreiben, welche Begleiterscheinungen der Preisbindung als Mißbrauch gelten. Ebenso macht das ganze Gesetz keine Aussagen über den Inhalt des Wettbewerbs, sondern richtet sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen und setzt eine undefiniert gebliebene Wettbewerbsvorstellung voraus. Freilich liegt darin kein Versehen. Die Regelungen wurzeln vor allem in der neoliberalen Wettbewerbs- und Gesellschaftstheorie, die den Schutz privater Rechte auf Gewerbefreiheit betont, einer Globalsteuerung zurückhaltend gegenübersteht und vor allem nach einer Rahmenordnung verlangt, die „den Wettbewerb" schützt. In den notwendig undefinierten Raum zwischen dem, was verboten ist, und dem, was jeweils als Ziel erstrebenswert erscheint und worüber das Gesetz keine genauen Aussagen macht, dringen die wettbewerbspolitischen Grundvorstellungen ein, die Rückwirkungen auf die Auslegung auch der Verbote haben. So nimmt es nicht wunder, daß schon der Begriff „Wettbewerb" als Aufhänger für unterschiedliche Grundvorstellungen dient und sein „Wesen" je nach dem wettbewerbspolitischen Standort und den beteiligten Interessen der damit befaßten Juristen als Individualschutz, Institutionenschutz, Instrument oder als Mischung mehrerer Gesichtspunkte bestimmt wird. Für die Preisbindung ist allerdings selbst aus neoliberaler Sicht fraglich, ob sie den Wettbewerb fördert[12], denn der Preiswettbewerb, auf den § 16 Abs. 1 Nr. 1 GWB abstellt, fehlt jedenfalls auf der Händlerstufe, und ob er auf der Herstellerstufe vorliegt, läßt sich nicht schon am Preis ablesen, weil dieser durch Veränderung einzelner Preisbildungsfaktoren (Qualität, Quantität, Reklameaufwand, Service, Marktform) leicht gesteuert werden kann: Weder zeigen gleichbleibende Warenpreise das Fehlen von Wettbewerb an noch sprechen Preissenkungen für eine lebhafte Wettbewerbssituation.

Immerhin bringt § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB mit der Aufzählung von Mißbrauchsgesichtspunkten zum Ausdruck, welche Eigenschaften die Preisbindung jedenfalls *nicht* haben darf. Positiv gewendet lassen sich daraus gewisse Anhaltspunkte für Teilziele isolieren, die freilich durch den übergeordneten Wettbewerbsbegriff relativiert werden. Nach herrschender Meinung ist es Teilziel des betrachteten Mißbrauchstatbestandes, eine gesamtwirtschaftlich ungerechtfertigte Verteuerung aufgrund der Preisbindung zu vermeiden. Es soll vielmehr ein Zustand erhalten oder geschaffen werden, in welchem ein Marktprozeß stattfindet, der sich in Vorstoß und Verfolgung von Wettbewerbern bei der Preisgestaltung äußert und der dadurch dynamische Funk-

12 Nach der gemeinschaftlichen Erklärung von 14 Professoren in: *Mestmäcker*, Wettbewerb als Aufgabe, S. 23, hat sich die Vorstellung eines Preiswettbewerbs trotz Preisbindung „als theoretisch und praktisch verfehlt erwiesen".

tionen (höhere Anpassungsfähigkeit an gewandelte Verhältnisse, Förderung des technischen Fortschritts) erfüllt. Auf diese Weise steht das Teilziel mit dem übergeordneten Ziel eines „vorstoßenden", „funktionsfähigen" Wettbewerbs im Einklang, der die Märkte für den möglichen Wettbewerb offenhält[13]. Die genaue Festlegung der Teil- und Endziele unterliegt allerdings selbst Wandlungen durch die jeweilige Wettbewerbspolitik. Deshalb hilft es wenig, wenn der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Fensterglas"[14] feststellt:

„soweit es dabei auch auf die Zielsetzung des Gesetzes ankommt, hat der Senat diese als gegeben hinzunehmen; die Abwägung von Vor- und Nachteilen der dem Gesetz zugrunde liegenden wettbewerbspolitischen Konzeption ist Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte",

denn das Gericht muß diese Ziele ja gerade erst interpretativ gewinnen, also selbst die Entscheidung über konkurrierende Zielgesichtspunkte treffen. Nur so ist es auch verständlich, daß einmal der Schutz kleinerer Unternehmen[15], ein anderes Mal der Schutz der Verbraucher[16] als Ziel der Preisbindungsvorschriften stärker in den Mittelpunkt rückt. Je nachdem, welcher Gesichtspunkt mehr herausgestellt wird, ändert sich der weitere Entscheidungsprozeß. Bei entscheidungstheoretischer Betrachtung kommt es allerdings nicht darauf an, eine bestimmte Festlegung für „richtig" zu erklären, sondern darauf, den informationellen Zusammenhang der jeweiligen Argumentation aufzuzeigen.

5. Informationen über die Folgen

Jede Entscheidung über die Alternative, ob eine bestimmte Preisbindung aufgehoben werden muß oder nicht, setzt Informationen über die jeweiligen Folgen der Alternativenwahl in bezug auf das Ziel voraus. Auf einem anderen Weg läßt sich nicht beurteilen, ob eine bestimmte Preisbindung die Ware im Sinne der Vorschrift ungerechtfertigt verteuert. Alle Entscheidungen zu § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB berücksichtigen deshalb ausdrücklich die möglichen Folgen der Preisentwicklung schon bei der Auslegung. Bestandteil der Erwägungen ist es aber bisher noch nicht, den Präzisionsgrad der Folgenbeurteilung zu erhöhen, sondern lediglich, die Auslegungsprinzipien („An-

13 *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 32 ff.; *Kartte*, Ein neues Leitbild, S. 40 ff. („workable competition"); a. A. *Steindorff*, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 14 f.

14 BGHZ 49, S. 367 (374).

15 BGHZ 51, S. 61 (68).

16 BGHZ 51, S. 21 (23) — „Zahncreme".

wendungsbedingungen") für die Alternativenwahl zu suchen. Die Erfahrungen über Konsequenzen früherer Entscheidungen fließen dabei verschiedentlich in die anstehende Entscheidung ein, wobei der jährlich vom Bundeskartellamt vorzulegende Tätigkeitsbericht (§ 50 GWB) die Informationssammlung erleichtert. So haben Marktanalysen des Bundeskartellamtes nach Aufhebung der Preisbindungen für Fotoartikel Preissenkungen bis zu 11,8%, bei Farbfernsehgeräten Preissenkungen zwischen 300,— bis 600,— DM (30%) pro Gerät ergeben[17], was nachträglich die Richtigkeit der vorgenommenen Interpretation bestätigte. Die naheliegende Vermutung, daß schon jede Preisbindung einen Verteuerungeffekt einschließt, trifft allerdings nicht zu, wie die jüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs[18] zeigt.

Um die Unwirksamkeitserklärung einer Preisbindung zu rechtfertigen, kommen im Rahmen des § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB auch Informationen über Konsequenzen für die Markt- und Vertriebsformen in Betracht. Wie auch immer die entsprechenden Informationen berücksichtigt werden: in der Art ihrer Einbeziehung liegt ein Stück Wirtschaftsgestaltung. Zwar hat der Bundesgerichtshof in der „Zahncreme"-Entscheidung[19] die Meinung zurückgewiesen, eine bestimmte, vom Beschwerdeführer bekämpfte Auslegung sei als „Strukturpolitik" zu qualifizieren. Hätte das Gericht im Sinne des Beschwerdeführers entschieden, dann wäre der verbrauchergünstigere Vertrieb preisgebundener Waren über Supermärkte und Ladenketten unmöglich geworden. Die gewählte Auslegung ermöglichte dagegen diesen Vertrieb auch weiterhin. Das Gericht hatte es also in der Hand, mit Hilfe der Auslegung bestimmte Betriebswege zu legalisieren oder zu verbieten. Strukturpolitik oder nicht — jedenfalls klingt es nicht sehr überzeugend, wenn das Gericht seine sicher nicht unabhängig von dieser voraussehbaren Entscheidungsfolge getroffene Entscheidung als zwangsläufig und unvermeidbar hinstellt.

6. Wahrscheinlichkeit der Folgen

Die Entscheidung der Frage, ob sich eine Preisbindung „eignet", die Ware zu verteuern, erfordert eine zukunftsbezogene Wahrscheinlichkeitsaussage[20]. Es handelt sich um eine der relativ seltenen Möglichkeiten, in denen die Bayes-Entscheidungsregel zu einer präzisen juristischen Aussage verhelfen kann. Denkbar wäre es nämlich, einen bestimmbaren, aus objektiven Erfahrungs-

17 Jahresbericht 1970, Bundestags-Drucks. VI/2380 S. 22 f.
18 NJW 1973, S. 243 = DB 1973, S. 123 — „Original-VW-Ersatzteile".
19 BGHZ 51, S. 21 (24 f.).
20 WuW/E BGH 852 (856) — „Großgebinde IV" = „Dixan"; *Steindorff*, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 26.

werten aufgrund aufgehobener Preisbindungen und dem subjektiven Prognosewert im konkreten Fall den zusammengesetzten Wahrscheinlichkeitsgrad zu ermitteln und von einer festzulegenden Schnittstelle an die „Eignung" zu einer Verteuerung zu bejahen.

Die juristische Entscheidungspraxis begnügt sich allerdings mit einer geringeren Aussagenschärfe. Als Auslegungsmaßstab dient der hypothetische Marktpreis, der sich aus einem „Spannungsverhältnis" zwischen der Höhe des gebundenen Preises und des unter dem Druck des Wettbewerbs gebildeten Preises ergeben soll[21]. Eine solche Differenz ist schwierig zu ermitteln. Es gibt nämlich gar keinen in der Zukunft feststellbaren Marktpreis, solange die Preisbindung besteht, weil der vorauszusetzende Preiswettbewerb auf der Verteilerstufe gerade fehlt. Nach anfänglichen, meist vergeblichen Versuchen des Bundeskartellamts, einen Verteuerungseffekt über das Indiz überhöhter Handelsspannen nachzuweisen, wurde durch die Kartellnovelle 1965 eine gesetzliche Vermutung eingeführt, wonach die Eignung, Waren zu verteuern, zumindest dann angenommen werden soll, wenn der gebundene Preis auf dem gesamten Markt oder auf einem Teil des Marktes in einer erheblichen Zahl von Fällen unterschritten wird oder wenn ein Parallelvertrieb der Ware stattfindet (§ 17 Abs. 1 S. 2 GWB). Seitdem hat sich die Informationsnachfrage der Kontrollinstanzen verändert. Die hypothetische Aussage über den Verteuerungseffekt stützt sich nicht mehr auf eine geschätzte Wahrscheinlichkeit, sondern eine hinreichende Wahrscheinlichkeit wird bei Nachweis der Lückenhaftigkeit der Preisbindung vermutet[22]. Man ist der Präzisierung der Wahrscheinlichkeit also aus dem Weg gegangen.

7. Wünschbarkeit der Folgen

Der Auslegungsspielraum, den § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB einräumt, impliziert einen Wünschbarkeitsspielraum hinsichtlich der Entscheidungsfolgen, denn je nachdem, welche Auslegung gewählt wird, begünstigt oder erschwert diese zumindest indirekt das Institut der Preisbindung. Kein Gerichtsurteil würde so etwas aussprechen, denn das verstieße gegen die vorherrschende dogmatische Ausgestaltung der Lehre von der Gesetzesbindung. Andererseits läßt sich ein Wünschbarkeitsspielraum kaum leugnen, wenn man die Entscheidungsbegründung nicht als einzig denkbare Möglichkeit oder als reinen Zufall, sondern als Ergebnis einer bewußten Informationsauswahl auffaßt.

Informationell betrachtet hängt die Wünschbarkeit der Entscheidungsfolge vom wettbewerbspolitisch interpretierten Rechtssatzziel ab. Während die

21 WuW/E BGH 852 (857 f.) — „Großgebinde IV".

22 Nachweise bei *Müller-Henneberg/Schwartz*, Gemeinschaftskommentar, § 17 Rdnr. 22.

Präferenz des Bundeskartellamts insoweit klar in Richtung einer Abschaffung der Preisbindung geht, was grundsätzlich auf eine Bevorzugung der Verbraucherinteressen gegenüber den Herstellerinteressen hinausläuft und den offenen Wettbewerb stärkt, sind die Präferenzen der Gerichte uneinheitlich. Ob und wieweit sich Gerichtsentscheidungen der Schranke nähern, die das Gesetz mit der grundsätzlichen Anerkennung der Preisbindungsmöglichkeiten zieht, läßt sich incidenter an der Auswahl der Argumente in vielen Entscheidungsbegründungen ablesen.

8. Anwendungsbedingungen

Die Wahl zwischen der jeweils möglichen Auslegungsalternative, nämlich der Feststellung, daß sich eine bestimmte Preisbindung eignet oder nicht eignet, die Ware zu verteuern, hängt maßgeblich davon ab, welche Kriterien den Rang von Anwendungsbedingungen für eine der Alternativen zugesprochen bekommen. Die Analyse der einschlägigen Gerichtsentscheidungen zu § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB ergibt ein buntes Bild. Es spiegelt den Einfluß der jeweiligen Wettbewerbspolitik sowie die jeweilige Einschätzung des Strukturwandels im Handelsbereich wider. Seit sich Mitte der sechziger Jahre der klassische Vertriebsweg vom Hersteller über den Großhandel zum Einzelhandel durch Errichtung von Discount-Läden, cash-and-carry-Betrieben, Supermärkten, Einkaufsgenossenschaften und Handelsketten aufzulockern begann und die kumulierten Groß- und Einzelhandelsspannen sowie die Funktions- und Mengenrabatte teilweise an die Verbraucher weitergegeben wurden, kam es zu Durchbrechungen des Festpreissystems. Eine weitere Gefahr erwuchs der Preisbindung aus der zunehmenden Integration der europäischen Märkte durch den Abbau der Zollschranken. Diese Entwicklung begünstigte den Export und den Import und ließ wegen des Verbots transnationaler Preisbindungen (Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag) manchmal den Reimport, ja sogar noch den Reexport preisgebundener deutscher Waren lukrativ erscheinen.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs erfassen die §§ 15—21 GWB nicht die Preisbindungsverträge, sondern die „in solchen Verträgen enthaltenen, als wettbewerbsbeschränkend mißbilligten Vertragsklauseln“[23]. Das Auslegungsproblem hinsichtlich § 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB besteht mit anderen Worten in der Festlegung, was kartellrechtlich mißbilligt wird.

23 BGHZ 51, S. 263 (265) — „Silobehälter“. Noch präziser *Wiethölter*, Die Position des Wirtschaftsrechts, S. 41 (48): „Preisbindungsverträge sind nicht Probleme von Verträgen, sondern der Preisbindung“.

Mustert man die Gerichtsenscheidungen durch, dan fällt zunächst auf, daß mit Ausnahme der „Zahncreme"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs[24] kein Urteil sorgfältig zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen: „geeignet", in einer durch die „gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse" „nicht gerechtfertigten Weise" „die gebundenen Waren zu verteuern" trennt. Vielmehr dient der Rechtssatz ingesamt als Bezugsbasis. Es besteht eine gewisse Tendenz, bei dem Merkmal „Eignung" zur Verteuerung alle übrigen Voraussetzungen schon mit einzubeziehen. Darüber hinaus sieht das Bundeskartellamt in jedem Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Nr. 3 regelmäßig zugleich einen „Mißbrauch" nach Nr. 2.

Als „geeignet", die gebundenen Waren zu verteuern, gilt eine „weit", „bedeutsam" oder „wesentlich" überhöhte Handelsspanne (Anwendungsbedingung 1 = *AB 1*)[25]. Die Voraussetzung soll erfüllt sein, wenn etwa 40—50% des Gesamtabsatzes über gebundene Fachhändler und der Rest über billiger verkaufende Nichtfachgeschäfte vertrieben wird (*AB 1.1*). Das Bundeskartellamt nimmt weitergehend eine Verteuerung an, wenn ein bestimmter Artikel nur über eine bestimmte Fachhändlergruppe (Friseure) vertrieben wird (*AB 1.2*)[26]. Auf eine Verteuerung läßt ferner schließen, wenn der Unterschied zwischen einem fiktiven „freien" oder „hypothetischen" Marktpreis und dem gebundenen Marktpreis „größere Ausmaße" (*AB 2*) annimmt[27]. Auch ein „monopolistischer Druck" (*AB 3*) des Preisbinders auf die Vertragshändler weist auf eine Verteuerung hin[28]. Die bereits erwähnten, durch die Kartellnovelle 1965 als § 17 Abs. 1 S. 2 eingefügten gesetzlichen Vermutungen, wonach Preisunterschreitungen (*AB 4*) und Preisspaltung (Parallelvertrieb, zweigleisiger Vertrieb, *AB 5*) Verteuerungseffekt besitzen, haben zur völligen Übernahme der historisch mit den genannten Vermutungen eng verknüpften „Lückenlosigkeitslehre" des Reichsgerichts geführt. Das Reichsgericht hat bei theoretischer (gedanklicher) oder praktischer (tatsächlicher) Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems dem gebundenen Händler den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegen den auf Einhaltung des Preisbindungsvertrages klagenden Preisbinder eingeräumt[29]. Im Rahmen des Kartellrechts verwandelt sich diese Vertragserfüllungslehre durch Abheben auf die überindividuellen Folgen in eine Verteuerungseffekt-Doktrin.

Theoretische Lückenlosigkeit (*AB 6*) soll vorliegen, wenn der gedankliche Aufbau des Preisbindungssystems alle Endverkäufer verpflichtet, den fest-

24 BGHZ 51, S. 21—27 — „Zahncreme".
25 BGHZ 51, S. 21 (22 ff.) — „Zahncreme".
26 BKartA DB 1971, S. 808 — „Goldwell".
27 WuW/E BGH 852 (857) — „Großgebinde IV".
28 WuW/E OLG 624 (625) / „Ölofen".
29 RGZ 133, S. 51 (61); 133, S. 330 (336); 136, S. 65 (71); 151, S. 239 (243 f.).

gesetzten Preis einzuhalten. Weigert sich nur ein Teil der Endverkäufer (*AB 6.1*), einen Preisbindungsvertrag zu schließen, so kann der Hersteller „keinen einzigen Abnehmer wirksam binden"[30]. Vereinzelte, unvermeidliche Fehlschläge (*AB 6.2*), vor allem im Einführungsstadium der Preisbindung, machen nicht lückenhaft[31]. Zur Überwachung der theoretischen Lückenlosigkeit sind von vornherein und allgemein keine bestimmte Kontrollmaßnahmen (*AB 6.3*) nötig[32]. Rabatte außerhalb von Skonti, die für vorzeitige Zahlungen gewährt werden, nehmen dem Preis das Merkmal der Bestimmtheit (*AB 6.4*) und führen zur Lückenhaftigkeit[33]. Nach einer rechtskräftigen Entscheidung des OLG Frankfurt gehört es nicht zum „Begriff der theoretischen Lückenlosigkeit", daß für sämtliche räumlich und sachlich abgrenzbaren Teilmärkte (*AB 6.5*) Preisbindungen bestehen[34]. Dem scheint allerdings die gesetzliche Vermutung (§ 17 Abs. 1 S. 2 GWB) zu widersprechen, wonach Preisunterschreitungen auch auf einem „Teil des Marktes" einen Verteuerungseffekt der Preisbindung anzeigen (*AB 6.6*) und ebenso wie ein zweigleisiger Vertrieb, unabhängig von der mengenmäßigen Aufteilung (*AB 5.1*), zur Lückenhaftigkeit führen[35].

Eine Gefahr für die gedankliche Organisation eines lückenlosen Preisbindungssystems erwächst vor allem aus dem Reimport (*AB 6.7*) exportierter, in der Bundesrepublik preisgebundener Waren, die trotz der Export- und Reimportkosten im Inland noch unter dem gebundenen Preis verkauft werden. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften sieht Export- oder Reimportpreisbindungen als Verstöße gegen Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag an[36]. Auch gewerbliche Schutzrechte (*AB 6.8*), wie Warenzeichen oder Verbreitungsrechte, bieten kein Mittel, um die theoretische Lückenlosigkeit im EG-Handel durchzusetzen[37]. Wenn aber für inländische „Außenseiter" ohne weiteres die Möglichkeit zum Reimport von Waren besteht, die im Inland preisgebunden wären, dann fehlt nach Ansicht des Bundesgerichts-

30 BGHZ 39, S. 370 (379) — „Osco-Parat". Diese Ansicht führte dazu, daß es entweder keine Außenseiter oder keine Preisbindung gäbe.

31 BGHZ 40, S. 135 (139) — „Trockenrasierer II" in weitgehender Übereinstimmung insoweit mit RGZ 151, S. 239 (252) für Unterlassungsklage gegen Außenseiter.

32 BGHZ 43, S. 359 (362) — „Warnschild".

33 BGHZ 36, S. 370 (375) — „Rollfilme".

34 WuW/E OLG 624 (626) — „Ölofen". Ebenso *Müller-Henneberg/Schwartz*, Gemeinschaftskommentar, § 16 Rdnr. 128.

35 BGHZ 53, S. 76 (84 f., 88) — „Schallplatten II".

36 AWD 1971, S. 289—291 — „Saba".

37 EuGHE 17, S. 69—93 — „Sirena"; EuGH WuW/E EWG/MUV 263 — „Deutsche Grammophon Gesellschaft". Zu beiden Entscheidungen: Jahresbericht des BKartA 1971, Bundestags-Drucks. VI/3570 S. 32 ff.

hofs und zahlreicher Instanzgerichte die theoretische Lückenlosigkeit[38]. Lediglich dann, wenn nur eine vorübergehende Lücke (*AB 6.71*) auftritt[39] oder wenn der Reimport „gegen jede wirtschaftliche Vernunft" (*AB 6.72*) verstoßen würde[40], weil kostspielige Umbauten an der Ware erforderlich sind, oder wenn der Reimport nur zum Zweck erfolgt, die Lückenhaftigkeit herbeizuführen (*AB 6.73*)[41], bleibt die gedankliche Lückenhaftigkeit erhalten.

Neben dem gedanklich lückenlosen Aufbau forderte das Reichsgericht die praktisch lückenlose Überwachung des Preisbindungssystems. Auch diese ursprünglich rein vertragliche Pflicht, die als Voraussetzung dafür diente, die Preisbindung zivilrechtlich durchsetzen zu können, wurde im Kartellrecht in eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Preisbindung umgemünzt (*AB 7*). Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs reichen wenige Durchbrechungen (*AB 7.1*)[42] der Preisbindung oder vereinzelte unvermeidliche Überwachungsfehler (*AB 7.2*)[43] noch nicht aus, um die praktische Lückenhaftigkeit herbeizuführen. Dagegen macht ein „grauer Markt" (*AB 7.3*)[44] die Preisbindung tatsächlich lückenhaft.

Der Preisbinder muß sein Bindungssystem durch geeignete Maßnahmen überwachen (*AB 7.4*), Verstöße alsbald verfolgen (*AB 7.5*) und für die Zukunft unterbinden (*AB 7.6*). Als geeignete Überwachungsmaßnahmen gelten beispielweise Testkäufe (*AB 7.41*)[45], Bucheinsichten (*AB 7.42*)[46] oder die vertragliche Verpflichtung der Großhändler, die Wiederverkäufereigenschaft ihrer Kunden zu prüfen (*AB 7.43*)[47]. Umstritten ist, ob sich der Einzelhändler durch Hausverbote gegen Testkäufer oder gegen die Bucheinsicht wehren kann (*AB 7.431*).

38 BGHZ 40, S. 135 (140) — „Trockenrasierer II". Weitere Rechtsprechungsnachweise im Jahresbericht des BKartA 1971, Bundestags-Drucks. VI/3570 S. 34; *Müller-Henneberg/Schwartz*, Gemeinschaftskommentar, § 16 Rdnr. 130.

39 BGHZ 40, S. 135 (146 f.) — „Trockenrasierer II".

40 WuW/E OLG 1039 (1040) — „Waschmaschine".

41 LG Frankfurt, zitiert bei *Müller-Henneberg/Schwartz*, Gemeinschaftskommentar, § 16 Rdnr. 130.

42 WuW/E BGH 293 (295) — „Fliegender Händler". Es handelte sich um Preisdurchbrechungen bei 14 von 3000 Einzelhändlern *(AB 7.11)*.

43 BGHZ 40, S. 135 (139) — „Trockenrasierer II".

44 WuW/E BGH 623 (627) — „Grauer Markt". Die *Behauptung*, es bestehe ein grauer Markt, reicht noch nicht *(AB 7.31)*.

45 Alle zuletzt genannten Kriterien nennt BGHZ 40, S. 135 (141) — „Trockenrasierer II".

46 WuW/E OLG 844 (847) — „Pharmazeutische Industrie". Der BGH hält Bucheinsichten allgemein nicht für erforderlich: BGHZ 43, S. 359 (362 f.) — „Warnschild".

47 WuW/E BGH 623 (628) — „Grauer Markt"; BGHZ 49, S. 90 (98) — „Jägermeister", insoweit ausführlicher in GRUR 1967, S. 611 (612) abgedruckt.

Faßt man die dargestellte Kasuistik als Anwendungsbedingungen für die Wahl der positiven oder negativen Auslegungsalternative auf, dann ergibt sich für den untersuchten Rechtsatz:

Die vertikale Preisbindung ist aufzuheben, wenn sie „geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern" (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 GWB)

die positive Entscheidungsalternative dann, wenn zutrifft:

AB 1 es besteht eine „weit", „bedeutsam", „wesentlich" überhöhte Handelsspanne
AB 1.1 40—50% des Gesamtabsatzes wird über gebundene Fachhändler, der Rest über Nichtfachhändler vertrieben
AB 1.2 Ware wird ausschließlich über eine bestimmte Fachhändlergruppe vertrieben
AB 2 Unterschied zwischen dem „freien" und dem „hypothetischen" Marktpreis nimmt „größere Ausmaße" an
AB 3 ein monopolistischer Druck des Preisbinders besteht
AB 4 Preisunterschreitungen kommen vor
AB 5 ein zweigleisiger Vertrieb findet statt
AB 5.1 mengenmäßige Aufteilung auf verschiedene Vertriebswege ist irrelevant
AB 6 die theoretische Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems fehlt
AB 6.1 ein Teil der Endverkäufer weigert sich, Preisbindungsverträge zu schließen
AB 6.2 vereinzelte, unvermeidliche Fehlschläge machen nicht lückenhaft
AB 6.3 bestimmte Kontrollmaßnahmen von vornherein und allgemein nicht nötig
AB 6.4 Rabatte werden gewährt, die dem gebundenen Preis das Merkmal der Bestimmtheit nehmen
AB 6.5 räumlich und sachlich abgrenzbare Teilmärkte ohne Preisbindung verhindern nicht die gedankliche Lückenlosigkeit
AB 6.6 es kommen Preisunterschreitungen auf einem Teil des Marktes vor
AB 6.7 Möglichkeit zum Reimport besteht
AB 6.71 eine vorübergehende Lücke infolge Reimports ist unschädlich
AB 6.72 keine Lückenlosigkeit, wenn Reimport gegen die wirtschaftliche Vernunft verstößt
AB 6.73 ein Reimport zum Zweck, die Lückenhaftigkeit herbeizuführen, beeinträchtigt Preisbindungssystem nicht
AB 6.8 gewerbliche Schutzrechte bieten keinen Schutz vor Lückenhaftigkeit
AB 7 die praktische Lückenlosigkeit der Preisbindung fehlt
AB 7.1 wenige Durchbrechungen machen nicht lückenhaft
AB 7.11 Durchbrechungen bei 14 von 3000 Händlern sind unschädlich
AB 7.2 vereinzelte, unvermeidliche Überwachungsfehler sind unschädlich
AB 7.3 „grauer Markt" besteht
AB 7.31 Behauptung, es bestehe ein „grauer Markt", reicht nicht für Lückenhaftigkeit
AB 7.4 keine Überwachung durch geeignete Maßnahmen wie:
AB 7.41 Testkäufe
AB 7.42 Bucheinsichten

AB 7.43	vertragliche Verpflichtung der Großhändler, die Wiederverkäufereigenschaft ihrer Kunden zu prüfen
AB 7.431	Hausverbot gegen Testkäufer als Gegenmaßnahme
AB 7.5	baldige Verfolgung von Verstößen findet nicht statt
AB 7.6	Vorkehrungen gegen künftige Verstöße werden nicht getroffen

Die Liste der Anwendungsbedingungen ist weder vollständig, denn dann müßten auch alle Entscheidungskriterien der Instanzgerichte und das Bundeskartellamts einschließlich der Gegenmeinungen enthalten sein, noch ist sie abgeschlossen in dem Sinne, daß nicht künftig neue Anwendungsbedingungen eingeführt oder vorhandene verändert werden könnten. Die Aufzählung repräsentiert lediglich das System der gegenwärtig verwendeten höchstrichterlichen Kriterien für die Auslegung des untersuchten Rechtssatzes, wobei fast jede einzelne Hauptanwendungsbedingung eine bestimmte Alternativenwahl impliziert und die Unter-Anwendungsbedingungen die sachverhaltsverknüpfenden Indizien für das Vorliegen der Hauptanwendungsbedingungen darstellen. Innerhalb gewisser Grenzen besteht durch diese Darstellungsweise eine Chance, für wichtige Rechtsfragen das kasuistische und oft widersprüchliche Aneinanderreihen von Auslegungsgesichtspunkten in Richtung einer informationsabhängigen Stabilisierung und Fortentwicklung des Auslegungssystems zu verbessern. So liegt es beispielsweise auf der Hand, daß die bisher unterschiedlich beantwortete Frage, ob sich ein gebundener Händler oder ein Außenseiter durch ein Hausverbot (*AB 7.431*) gegenüber Testkäufern des Herstellers (*AB 7.41*) wehren und damit die vom Bundesgerichtshof verlangte Überwachung der praktischen Lückenlosigkeit (*AB 7.4*) erschweren oder verhindern darf, nur dann einsichtig beantworten läßt, wenn der Richter weiß, ob der wegen der Preisbindungsfolgen die Preisbindungsmöglichkeit in der Tendenz erschweren oder erleichtern will. Neigt er mehr zu einer Erschwerung, wird er ein Hausverbot für unzulässig halten und mehr diejenigen Argumente hervorheben, die den freien Zugang zu einem Ladengeschäft betonen. Jede von solchen Ziel- und Folgeinformationen losgelöste Differenzierung führt nur zu unfruchtbarer Rabulistik.

9. Gewichtung der Anwendungsbedingungen und Auswahl der Entscheidungsalternative

Nachteilig aus entscheidungstheoretischer Sicht wirkt sich die Praxis der Gerichte aus, in einer Entscheidungsbegründung nicht alle Gesichtspunkte zu erwähnen, sondern nur die jeweils tragenden zu benennen. Das erschwert oder verhindert die Präzisierung des relativen Gewichts der Anwendungsbedingungen auf die Wahl der positiven oder negativen Entscheidungsalter-

native. Immerhin versucht der Bundesgerichtshof in der hier analysierten Rechtssprechung, die Hauptanwendungsbedingungen (*AB 1 bis AB 7*) so zu ordnen, daß mit der jeweiligen Bejahung oder Verneinung der Einfluß auf die Alternativenwahl feststeht[48]. Bereits Steindorff[49] hat die Auslegung der Preisbindungsvorschriften als Versuch beschrieben, „die Vielzahl der urteilserheblichen Tatsachen und Erwägungen einzuschränken, die Entscheidungen zu generalisieren und damit von der Urteilsbildung von Fall zu Fall unabhängiger zu werden". Freilich sind mit einer Generalisierung die Auslegungsprobleme noch nicht gelöst, sondern nur auf die tieferliegende Ebene der Unteranwendungsbedingungen und beobachtbaren Indizien (*AB 1.1, 1.2* usw.) verschoben. Auf dieser vorgelagerten Ebene besteht nämlich für jede kleinste Differenz bei den Sachverhaltsinformationen die Möglichkeit, wenn auch nicht die Notwendigkeit, den Einfluß der Anwendungsbedingungen zu steuern. Beispielsweise ist es denkbar, die Entscheidung der Frage, ob eine Handelsspanne „weit" überhöht ist (*AB 1*), von anderen als den in *AB 1.1* genannten Prozentanteilen oder von festen Höchstgrenzen für bestimmte Warengruppen abhängig zu machen[50] oder die „Bestimmtheit" des gebundenen Preises (*AB 6.4*) auch dann noch anzunehmen, wenn ein festes Preisintervall (eine „Preismarge") eingehalten wird. Die eigentliche Gewichtung liegt jeweils in dem Vorgang, der zu einer solchen Annahme führt. Das Ergebnis wirkt sich auf der übergeordneten Ebene der Hauptanwendungsbedingungen aus. Wie hier fallen auch bei anderen juristischen Auslegungsentscheidungen die Aufstellung und die Bewertung von Anwendungsbedingungen regelmäßig zusammen.

Das Gewichtungssystem der Hauptanwendungsbedingungen sieht wie folgt aus:

AB 1	ist unabhängig von *AB 2, 3, 6* und *7; AB 4* und *5* können, müssen aber nicht im Verhältnis zu *AB 1* Indiziencharakter besitzen.
AB 2	ist unabhängig von *AB 1, 3, 6* und *7; AB 4* und *5* können für *AB 2* Indiziencharakter besitzen.
AB 3	ist unabhängig von allen anderen Anwendungsbedingungen.
AB 4	ist unabhängig von *AB 3* und *5; AB 1, 2, 6* und *7* können für *AB 4* Indiziencharakter besitzen.
AB 5	ist unabhängig von allen anderen Anwendungsbedingungen.
AB 6	ist unabhängig von *AB 1, 2, 3* und *7; AB 4* und *5* können für *AB 6* Indiziencharakter besitzen.
AB 7	ist unabhängig von *AB 1, 2* und *3; AB 4* und *5* können, *AB 6* muß für *AB 7* Indiziencharakter besitzen.

48 „Nominalskala" i. S. *Gäfgens* (Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, S. 144 f.).

49 Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 43.

50 Letzteres versucht das BKartA: Jahresbericht 1971, Bundestags-Drucks. VI/3570 S. 71 und 76.

Die Analyse zeigt, daß bis auf *AB 7* alle Hauptanwendungsbedingungen unabhängig von einer anderen Hauptanwendungsbedingung zu einer Alternativenwahl führen. *AB 6* impliziert notwendig *AB 7*, denn wenn schon keine gedankliche Lückenlosigkeit besteht, kann auch keine praktische Lückenlosigkeit vorliegen. Die Umkehrung des Satzes gilt nach der Lückenlosigkeitslehre dagegen nicht. Erheblich abgestufter und komplizierter sieht das System der Anwendungsbedingungen in vertikaler Richtung aus, beispielsweise für den Einfluß, den die Unteranwendungsbedingungen *6.1* bis *6.8* auf das Vorliegen von *AB 6* haben. Das soll hier nicht näher dargestellt werden, da es nur um den Nachweis der prinzipiellen Möglichkeit einer entscheidungstheoretischen Analyse geht.

Da jede Hauptanwendungsbedingung für sich allein zu einer bestimmten Alternativenwahl führt, liegt mit der jeweiligen Verwendung auch schon die Schnittstelle fest, von der an die positive oder negative Alternativenwahl zu erfolgen hat. Einer besonderen Entscheidungsregel bedarf es nicht mehr. Dagegen kommt im Hinblick auf den vertikalen Zusammenhang von Anwendungsbedingungen und Indizien eine Entscheidungsregel in Betracht, um in Abhängigkeit von den jeweiligen Ziel- und Folgeinformationen beispielsweise festlegen zu können, ob für *AB 7.4* das „Befriedigungsniveau" als erreicht gilt, wenn *AB 7.41* (Testkäufe) und/oder *AB 7.42* (Bucheinsichten) und/oder *AB 7.43* (Ausweiskontrolle) vorgenommen werden.

10. Reorganisation der Anwendungsbedingungen und Simulation in einem Modell

Das Auslegungssystem zum Recht der vertikalen Preisbindung wandelt sich ständig. Schon ein beliebig feiner Unterschied in den Sachverhaltsinformationen bietet die Möglichkeit zu Änderungen und Umbewertungen im Hinblick auf die Ziel- und Folgeninformationen. Tatsächliche Einflußgrößen für das Informationsangebot sind neben empirischen Daten vor allem Interpretationsvorschläge, die in wissenschaftlichen Veröffentlichungen, Gutachten und sonstigen Stellungnahmen „auf Vorrat" gemacht werden und auf die jedes Gericht zugreifen kann.

Knöpfle[51] meint, die Lückenlosigkeit der Preisbindung sei nur dann zu gewährleisten, wenn der Preisbindungsvertrag dies ausdrücklich vorsehe. Außerdem käme es darauf an, ob reimportierte Ware „in hinreichendem Umfang" in das Inland gelange und zu Unterbietungen des betreffenden Händlers diene[52]. Knöpfle wendet sich damit gegen die kartellrechtliche

51 Gewährleistung, in: NJW 1972, S. 1393 f.
52 Gewährleistung, in: NJW 1972, S. 1393 (1396).

Übernahme der zivilrechtlichen Lückenlosigkeitslehre. Er möchte die Annahme der Lückenhaftigkeit (*AB 6*) erschweren, indem er sie von drei neuen, zwingenden Unteranwendungsbedingungen abhängig macht: besondere vertragliche Zusicherung der Lückenlosigkeit; Reimport in hinreichendem Umfang; Unterbietung gerade des vertraglich abgesicherten Händlers. Die wahrscheinliche, von Knöpfle allerdings nicht ausdrücklich erwähnte Folge seines Auslegungsvorschlags wäre, daß Preisbindungen kaum noch an der praktischen Lückenlosigkeit scheitern müßten, denn erstens würde der Hersteller in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Lückenlosigkeit voraussichtlich nicht ausdrücklich garantieren, zweitens träfe das Kriterium des „hinreichend umfangreichen" Reimports selten zu und drittens könnte der Reimport nicht zur Unterbietung eines durch die Lückenlosigkeitsgarantie gesicherten Händlers führen, wenn die entsprechende Vertragsklausel fehlte.

Nach Krasser[53] handelt es sich um eine „rechtserhebliche Lückenhaftigkeit", wenn die Preisbindung tatsächlich durchbrochen wird. Würde diese Ansicht übernommen, dann entfiele *AB 7* überhaupt, und es käme nur noch auf die theoretische Lückenlosigkeit an.

Genau umgekehrt argumentiert der Markenverband e.V., die Interessenvereinigung der Markenartikelindustrie[54]: Die theoretische Lückenlosigkeit (*AB 6*) rechtfertige den Mißbrauchsvorwurf überhaupt nicht; vielmehr müßten „tatsächliche Preisunterbietungen mit reimportierter Ware in erheblichem Umfang" vorkommen und der Hersteller darüber hinaus außerstande sein, seine vertragstreuen Abnehmer vor solchen Unterbietungen zu schützen. Die Ablehnung des Kriteriums der theoretischen Lückenlosigkeit (*AB 6*) und die Neueinführung zweier erschwerender Unteranwendungsbedingungen für die Annahme der praktischen Lückenhaftigkeit (*AB 7*) dienen offensichtlich als Mittel, das Institut der Preisbindung abzusichern und der Meinung des Bundeskartellamts sowie des Bundesgerichtshofs entgegenzuwirken.

Die genannten Auslegungsvorschläge erwecken wie viele andere den Anschein, als ob sie objektiv und zwingend die „richtige" Interpretation des untersuchten Rechtssatzes darstellten. Nur selten wird ausgesprochen, daß richterliche Veränderungen von Bedingungen, unter denen sie einen Verteuerungseffekt annehmen, in Wirklichkeit das Preisbindungsprivileg steuern[55]. Es kommt nämlich vor allem darauf an, nach welchen Kriterien sich die Auslegung richtet. Die normative Entscheidungstheorie bietet ein Instrument, um diese vorhandenen oder entstehenden Bedingungszusammenhänge

53 Preis- und Vertriebsbindungen, S. 8 und 180.

54 DB 1973, S. 122 f.

55 *Harms,* Lückenlosigkeit der Preisbindung, S. 62. — Die weitgehende Abschaffung der Preisbindung durch die 2. Kartellnovelle erscheint insoweit nur als konsequente Reaktion auf die Rechtsprechungstendenz.

aufzuschlüsseln und zu strukturieren. Auslegungskriterien können so hypothetisch in ihrem informationellen Ziel- und Folgenzusammenhang untersucht werden, in den sie stets eingebettet sind. Nur wenn eine Relativierung und Strukturierung wenigstens annäherungsweise gelingt, besteht die Chance, Auslegungselemente in einem Modell abzubilden, aussagenlogisch zu verknüpfen, durch Simulation in einem Computer zu präzisieren und die Auswirkungen neuer Informationen zu testen, um so eine zuverlässigere Grundlage und eine Begründungshilfe für juristische Auslegungsentscheidungen zu gewinnen. Aber auch dann, wenn die Möglichkeit zu einer Computersimulation nicht besteht, schärft das entscheidungstheoretische Vorgehen jedenfalls das Bewußtsein für Problemzusammenhänge, die unter der Oberfläche der juristischen Dogmatik liegen.

Schluß

Rückwirkungen auf das richterliche Entscheidungsverhalten

Diese Vorstudie hat die Methodik in den Mittelpunkt zu rücken versucht, mit der ein Richter zu Kriterien gelangt, die er für die Auslegung mehr oder minder ausfüllungsbedürftiger Gesetze benötigt, wenn er günstigere Voraussetzungen für eine EDV-Unterstützung schaffen will. Entscheidungstheoretisch hängen die Kriterien unmittelbar von seinem Informationshaushalt, mittelbar von seinen steuernden Handlungsakten ab. Die für die Auslegung der Gesetze vorauszusetzenden Handlungsakte beruhen ihrerseits auf lebensgeschichtlich bedingten soziologischen, psychologischen und anderen Faktoren und können letztlich durch nichts, auch nicht durch einen Computer, ersetzt werden. Ein Computer kommt lediglich dann als wissenschaftliches Hilfsmittel für das Sammeln, Verarbeiten und Wiederauffinden von Informationen sowie für das Modellieren und Simulieren von Entscheidungszusammenhängen in Betracht, wenn die Schnittstellen und Kriterien dafür innerhalb des Entscheidungsprozesses genau feststehen. Der Richter bleibt also auch in Zukunft unentbehrlich. Allerdings wird sich voraussichtlich der Inhalt seiner Tätigkeit mit der zunehmend instrumentellen Funktion des Rechts im modernen Industriestaat von der Formulierung singulärer Entscheidungsergebnisse etwas mehr in Richtung einer bewußten Formulierung der Entscheidungsstruktur, nämlich des Informationsfeldes, der Anwendungsbedingungen und der Gewichtungen verschieben.

Bereits der Gebrauch automatisierter Entscheidungshilfen zwingt zu einem Umdenken in der Methodik der juristischen Fallbearbeitung. Computerunterstützungen verlangen nicht einen geringeren, sondern einen höheren Denkaufwand im Vergleich zur traditionellen juristischen Entscheidungstechnik. Vor allem für Computersimulationen müssen die Elemente zuvor bewußt entwickelt und die Relationen zwischen den Elementen wenigstens in etwa explizit gemacht werden, weil sich nur dann die Stellen für weitere Informationen und deren Relevanz kennzeichnen lassen.

Es erscheint sehr fraglich, ob das entscheidungstheoretische Vorgehen von einem herkömmlich ausgebildeten Juristen schon heute ohne weiteres erwartet oder gefordert werden darf. Empirische Untersuchungen des Informationsverhaltens von Richtern weisen eher auf das Gegenteil hin. Nach einer

Umfrage, die im Jahre 1972 von einer Arbeitsgruppe der Universität Bielefeld durchgeführt worden ist[1], hielten von den Justizjuristen auf die Frage, auf welche Fähigkeiten es in ihrem Beruf entscheidend ankomme, 61,2% die Subsumtionstechnik und andere juristische Kunstlehren für „unbedingt notwendig", 28% für „notwendig" und 10,8% für „nützlich", während vorausplanendes Denken und Erfassen zukünftiger Entwicklungsabläufe nur 14,1% als „unbedingt notwendig", 32,6% als „notwendig", dagegen 53,3% lediglich als „nützlich" einstuften. Im Katalog der drei wichtigsten Fähigkeiten tauchte die „Informationsbeschaffung" bei den 98 Befragten nie an erster, nur einmal an zweiter und dreimal an dritter Stelle auf. Immerhin benötigten bereits 12,1% der Justizjuristen Kenntnisse in EDV, und 44,2% meinten, solche Kenntnisse gewännen zunehmend an Bedeutung[2].

Nach einer anderen, im Jahre 1969 veranstalteten Umfrage des Richterrats am Landgericht Düsseldorf[3] wird auf allgemeines und spezielles Literaturstudium nur 5%, auf das Absetzen und Durcharbeiten der Entscheidungen dagegen 36% der Gesamtarbeitszeit verwendet. Ein ähnlich ungünstiges Bild ergibt sich nach der bisher umfangreichsten Arbeitszeit-Studie, die über 90 Tage vom Oktober 1969 bis Februar 1970 an den Bundesgerichten (Federal Districts Courts) der Vereinigten Staaten für knapp 20000 Arbeitstage von Bundesrichtern durchgeführt worden ist. Danach dienen im Durchschnitt 18,9% der Gesamtarbeitszeit für die fallbezogene Forschung *einschließlich* der Urteilsbegründung[4].

Die Annahmen im Schlußbericht für den Aufbau einer juristischen Datenbank in der Bundesrepublik[5] erscheinen deshalb sehr optimistisch. Da sogar weit konventionellere Hilfsmittel als ein Computer, beispielsweise Tonträger, im Gerichtsverfahren praktisch ungenutzt bleiben[6], wird man ohne den Einbau rechtsinformatorischer Aspekte innerhalb der juristischen Aus-

1 Die noch unveröffentlichte Grundauszählung hat mir Herr Prof. Dr. Eckard Rehbinder (Frankfurt a. M.) freundlicherweise zur Verfügung gestellt.

2 Wirtschaftsjuristen und Rechtsanwälte hielten dagegen die Subsumtionstechnik für weit weniger wichtig und planerisches Denken sowie die Informationsbeschaffung für erheblich wichtiger.

3 *Deutscher Richterbund,* Information Nr. 8/1969 vom 1. 8. 1969. Dazu auch *Lautmann,* Justiz — die stille Gewalt, S. 175 ff.

4 *The Federal Judical Center* (Hrsg.), The 1969—70 Federal District Court Time Study, June 1971, S. 62.

5 *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Das Juristische Informationssystem, S. 60 f.

6 Nach den von *Baumgärtel/Mes* (Rechtstatsachen, S. 242) analysierten 5500 Zivilprozeßakten betrug die Quote etwa 1%.

bildung das juristische Entscheidungsverhalten nicht nachhaltig verbessern können. Veränderungen in der juristischen Ausbildung dürften auch am ehesten der Gefahr entgegenwirken, daß die Arbeitsstruktur des Computers nur die Vorurteile über das Recht hinsichtlich seines Charakters als „statisch", seiner Funktion als „unpolitisch" (im Sinne von „folgenneutral") und seiner Auslegung durch „einzig richtige Entscheidungen" verstärken hilft. Vielmehr sollte im Computer ein Instrument gesehen werden, das bei entsprechendem Entscheidungsverhalten die Informationen umfassender, zuverlässiger und schneller als ein Richter erschließt und verarbeitet und das dazu dienen kann, die juristische Lern- und Verantwortungsfähigkeit zu erhöhen.

Literaturverzeichnis

Die verwendeten Abkürzungen entsprechen der Zusammenstellung bei *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. A. Berlin 1968.

Ackermann, Wilhelm, Philosophische Bemerkungen zur mathematischen Logik und zur mathematischen Grundlagenforschung, in: Ratio 1957, S. 1—20.

Adorno, Theodor W. u. a. (Hrsg.), Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, Neuwied/Berlin 1969.

Adomeit, Klaus, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem, Berlin 1969.

— Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969.

— Methodenlehre und Juristenausbildung, in: ZRP 1970, S. 176—180.

Afifi, A. A./Azen, S. P., Statistical Analysis. A Computer Oriented Approach, New York/London 1972.

Albert, Hans, Plädoyer für kritischen Rationalismus, München 1971.

Allen, Layman E., Games Bargaining: A Proposed Application of the Theory of Games to Collective Bargaining, in: The Yale Law Journal Bd. 65 (1956), S. 660—693.

Allen, Layman E./Caldwell, Mary E., Modern Logic and Judicial Decision Making: A Sketch of One View, in: Hans W. Baade (Hrsg.), Jurimetrics, S. 213—270.

Allen, Layman E./Tomoyuki, Okta, Better Organisation of Legal Knowledge, in: The University of Toledo Law Review Bd. 1 (1969), S. 491—537.

Amarel, Saul, On the Representation of Problems and Goal-Directed Procedures for Computers, in: Banerji/Mesarovic (Hrsg.), Theoretical Approaches, S. 179—244.

American Bar Association (Hrsg.), Automated Law Research. A Collection of Presentations Delivered at the First National Conference on Automated Law Research, Chicago 1973.

Anderson, Alan Ross, The Formal Analysis of Normative Systems, New Haven 1956, abgedruckt in: Nicholas Rescher (Hrsg.), The Logic of Decision and Aciton, Pittsburgh 1967, S. 147—213.

Anderson, Charles A., Opening Comments as Panelist for Symposium on „Court of Tomorrow", in: Jurimetrics Journal Bd. 12 (1972), S. 195—197.

André, Achim, Was heißt rechtswissenschaftliche Forschung? in: JZ 1970, S. 396—401.

Andrejew, N. D./Kerimov, D. A., Der Paragraphenautomat als Rechtsinstanz, in: Ostprobleme 1960, S. 593—596.

Anscombe, Francis J., Some Remarks on Bayesian Statistics, in: Shelly/Bryan, Human Judgements, S. 155—177.

Apel, Karl-Otto, Szientismus oder transzendentale Hermeneutik? in: Hermeneutik und Dialektik, hrsg. von Rüdiger Bubner/Konrad Cramer/Reiner Wiehl (Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag) Bd. I, Tübingen 1970, S. 105—144.

— Szientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik, in: Apel, Karl-Otto u. a. (Hrsg.), Hermeneutik und Ideologiekritik, Frankfurt a. M. 1971, S. 7—44.

— *(Hrsg.)*, Charles Sanders Peirce, Schriften I, Frankfurt 1967.

Arndt, Horst/Heinrich, Herbert/Weber-Lortsch, Rudolf, Richterliche Rechtsfortbildung, Köln/Berlin/Bonn/München 1970.

Arrow, Kenneth J., Social Choice and Individual Values, 3. A. New York/London/Sydney 1966.

Atthowe, John M., Interpersonal Decision Making, in: Gore/Dyson, Making of Decisions, S. 383—392.

Aumann, Robert J., Subjective Programming, in: Shelly/Bryan (Hrsg.), Human Judgements, S. 217—233.

Austin, John L., Philosophical Papers, Oxford 1962.

— How to do Things with Words, 2. ed., London 1963.

Baade, Hans W. (Hrsg.), Jurimetrics, New York/London 1963.

Banerji, Ranan B./Mesarovic, Mihajlo D. (Hrsg.), Theoretical Approaches to Non-Numerical Problem Solving, Berlin/Heidelberg/New York 1970.

Bar-Hillel, Yehoshua, Language and Information, Reading, Mass./Palo Alto/London 1964.

— Wesen und Bedeutung der Informationstheorie, in: Hoimar von Ditfurth *(Hrsg.)*, Informationen über Informationen, Hamburg 1969, S. 13—42.

Baratta, Alessandro, Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus, in: ARSP Bd. 54 (1968), S. 325—349.

Baumgärtel, Gottfried/Mes, Peter, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz). Modell einer Gesetzesvorbereitung mittels elektronischer Datenverarbeitungsanlagen, Köln/Berlin/Bonn/München 1971.

Baur, Fritz, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, in: JZ 1957, S. 193—197.

— Richterwahl und Gewaltenteilung, in: DRiZ 1971, S. 401—405.

Becker, Walter G., Die Ausweitung der Auslegung durch Linguistik, Kommunikationstheorie, Semiotik, Semantik und Dialektik, in: AcP Bd. 171 (1971), S. 510—523.

Bellman, Richard, Dynamic Programming and Problem Solving, in: Banerji/Mesarovic (Hrsg.), Theoretical Approaches, S. 274—280.

Bender, Rolf, Tatsachenforschung in der Justiz, Tübingen 1972.

von Berg, Malte, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Köln/Berlin 1968.

Bergbohm, Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, Leipzig 1892.

Bernstein, Peter/Jetzschmann, Horst, Informations- und spieltheoretische Aspekte in der soziologischen Forschung, Berlin 1969.

Betti, Emilio, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen 1967.

Biedenkopf, Kurt H., Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1970.

Bierling, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV (Neudruck der Auflage von 1894—1917), Aalen 1961.

Bigelow, Robert P. (Hrsg.), Computers and the Law. An Introductory Handbook, 2. A. New York 1969.

Binder, Julius, Philosophie des Rechts, Berlin 1925.

Birke, Wolfgang, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, Köln 1968.

Birmingham, Robert R., A Model of Criminal Process: Game Theory and Law, in: Cornell Law Review Bd. 56/57 (1970), S. 57—73.

Blühdorn, J./Ritter, J., Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1969.

Bocheński, I. M., Die zeitgenössischen Denkmethoden, 4. A. Bern/München 1969.

Bockelmann, Paul, Richter und Gesetz, in: Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 23—39.

Böhler, Dietrich, Rechtstheorie als kritische Reflexion, in: Jahr/Maihofer (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 62—120.

Böhret, Carl, Entscheidungshilfen für die Regierung, Opladen 1970.

Borch, Karl Henrik, Wirtschaftliches Verhalten bei Unsicherheit, München 1969.

Boulding Kenneth E., Conflict and Defense, New York/Evanston/London 1963.

Boyd, William E., Law in Computers and Computers in Law: A Lawyer's View of the State of the Art, in: Arizona Law Review Bd. 14 (1972), S. 267—311.

Brauer, Helmut/Schneider, Egon, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 5. A. Berlin/Frankfurt a. M. 1970.

Braybrooke, David/Lindblom, Charles E., A Strategy of Decision, Glrencoe 1963.

Brecher, Fritz, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 227—247.

Brinckmann, Hans, Das entscheidungserhebliche Gesetz, Berlin 1970.

— Juristische Fachsprache und Umgangssprache. Vorüberlegungen zu einer Formalisierung der Rechtssprache, in: ÖVD 1972, S. 60—69.

Broun, Kenneth S./Kelly, Douglas G., Playing the Percentages and the Law of Evidence, in: Law Forum Bd. 1970, S. 23—48.

Brusiin, Otto, Das Deduktive im juristischen Denken, in: ARSP Bd. 39 (1950/51), S. 324—337.

— Über die Objektivität der Rechtsprechung, Helsinki 1949.

Brüggemann, Jürgen, Die richterliche Begründungspflicht, Berlin 1971.

Bubner, Rüdiger/Cramer, Konrad/Wiehl, Reiner (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik, Bd. I und II, Tübingen 1970 (Hans Georg Gadamer zum 70. Geburtstag).

Buchanan, Bruce G./Headrick, Thomas E., Some Speculations About Artificial Intelligence and Legal Reasoning, in: Stanford Law Review Bd. 23 (1970), S. 40—62.

Bucher, Eugen, Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht, in: Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 23—44.

Bülow, Oskar, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Das Juristische Informationssystem — Analyse, Planung, Vorschläge, Karlsruhe 1972.

Burhenne, Wolfgang E., Informationstechnik für den Juristen. Elektronische Datenverarbeitungsanlagen helfen internationaler Kommission, in: IBM-Nachrichten Nr. 187 (1968), S. 2—7.

Canaris, Claus-Wilhelm, Systemgedanken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969.

— Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.

Carnap, Rudolf, Einführung in die symbolische Logik, 3. A. Wien/New York 1968.

Charkewitsch, A. A., Über den Wert einer Information, in: Wilhelm Kämmerer/Helmut Thiele (Hrsg.), Probleme der Kybernetik, Bd. 4, Berlin 1964, S. 59—65.

Cherry, Colin, Kommunikationsforschung — eine neue Wissenschaft, 2. A. Hamburg 1967.

Cherryholmes, Cleo H./Shapiro, Michael J., Representatives and Roll Calls. A Computer Simulation of Voting in the Eigthyeighth Congress, Indianapolis/New York 1969.

Chomsky, Noam, Aspekte der Syntax-Theorie, Frankfurt a. M. 1970.

Churchman, C. West, The Systems Approach, 11. A. New York 1968.
— The Role of Weltanschauung in Problem Solving and Inquiry, in: Banerji/Mesarovic (Hrsg.), Theoretical Approaches to Non-Numerical Problem Solving, S. 141—151.
Clark, Charles E./Trubek, David M., The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition, in: Yale Law Journal Bd. 71 (1961), S. 255—276.
Clauß, Karl, General Semantics Teil II: Studien im Recht, Berlin 1970.
Coing, Helmut, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, ohne Ortsangabe 1959.
— Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 33 N. F. Berlin 1964, S. 1—7.
— Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Jhering, in: J. Blühdorn/J. Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 149—171.
— Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. A. Berlin 1969.
Collasius, Hans-Jürgen, Die Unentbehrlichkeit von Relationstechnik und Relation in der Justizausbildung, in: DRiZ 1971, S. 73—77.
Collins, Barry E./Guetzkow, Harold, A Social Psychology of Group Processes for Decision-Making, 4. A. New York/London/Sydney 1970.
Cowan, Thomas A., A Postulate Set for experimental Jurisprudence, in: Philosophy of Science, Vol. 18 No. 1 (1951), S. 1—15.
— Decision Theory in Law, Science, and Technology, in: Rutgers Law Review Bd. 17 (1963), S. 499—530.
— Law and Technology, in: Case Western Law Review Bd. 19 (1967), S. 120—124.
Curtis, Charles, A Better Theory of Legal Interpretation, in: Vanderbilt Law Review Bd. 3 (1950), S. 407—437.

Dawson, Richard E., Simulation in the Social Sciences, in: Harold Guetzkow (Hrsg.), Simulation in Social Science, S. 1—15.
Dejew, A. F. / Galperin, L. B. / Iwanow, J. / Iwanow, T., Die Kybernetik und die Erfahrungen bei der Lösung einiger rechtlicher Aufgaben, in: Staat und Recht 1965, S. 289—300.
Denninger, Erhard, Die Herausforderung der Technik an das Recht der technologischen Gesellschaft, in: Universitas 1970, S. 1135—1158.
Deutsch, Karl W., Politische Kybernetik. Modelle und Perspektiven, 2. A. Freiburg/Br. 1970.
Diederichsen, Uwe, Traditionelle Logik für Juristen, in: Juristische Analysen 1970, S. 765—783.
Dilthey, Wilhelm, Die Entstehung der Hermeneutik, in: Gesammelte Schriften Bd. V, 2. A. Stuttgart 1957, S. 317—338.
Dreier, Ralf, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1970), S. 37—54.
Dubischar, Roland, Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968.
Ducrocq, Albert, Die Entdeckung der Kybernetik, Frankfurt 1959.

Ecker, Walther, Gesetzesauslegung vom Ergebnis her, in: JZ 1967, S. 265—271.
Eckhoff, Torstein, Die Rolle des Vermittelnden, des Richtenden und des Anordnenden bei der Lösung von Konflikten, in: Ernst E. Hirsch/Manfred Rehbinder (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Köln 1967, S. 243—270.

Eckhoff, Torstein/Jacobsen, Knut Dahl, Rationality and Responsibility in Administrative and Judical Decision-making, Copenhagen 1960.
Edelmann, Johann, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1967.
Edwards, Ward/Tversky, Amos, Decision Making, Harmondsworth 1967.
Eggers, Hans (u. a.), Elektronische Syntaxanalyse der deutschen Gegenwartssprache, Tübingen 1969.
Ehrlich, Eugen, Die juristische Logik, Neudruck, Neudruck der 2. A. 1925, Aalen 1966.
Einstein, Albert/Infeld, Leopold, Die Evolution der Physik, Hamburg 1956.
Ellscheid, Günter, Zur Forschungsidee der Rechtstheorie, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 5—17.
Emshoff, James R./Sisson, Roger L., Simulation mit dem Computer, München 1972.
Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. A. Heidelberg 1960.
— Einführung in das juristische Denken, 4. A. Stuttgart 1968.
— Die Idee der Konkretisierung des Rechts in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. A. Heidelberg 1968.
Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. A. Bd. I, Tübingen 1959.
Esser, Josef, Die Interpretation im Recht, in: Studium Generale 1954, S. 372—379.
— Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. A. Tübingen 1964.
— Nachwort zu: Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, Nachdruck Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968, S. 213—229.
— Das Bewußtwerden wissenschaftlichen Arbeitens im Recht, Nachwort zu Roland Dubischar, Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969, S. 95—102.
— Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätskriterien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a. M. 1970.
— Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens, in: AcP Bd. 172 (1972), S. 97—130.
Essler, Wilhelm K., Einführung in die Logik, 2. A. Stuttgart 1969.

Fahrenbach, Helmut, Die logisch-hermeneutische Problemstellung in Wittgensteins „Tractatus", in: Bubner/Cramer/Wiehl (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik Bd. II, S. 25—54.
Feather, N. T., Subjective Probability and Decision under Uncertainty, in: Gore/Dyson (Hrsg.), The Making of Decisions, S. 339—355.
Fechner, Erich, Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, Darmstadt 1962, S. 257—280.
— Ideologie und Rechtspositivismus, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, S. 97—120.
Festinger, Leon, Die Bedeutung der Mathematik für kontrollierte Experimente in der Soziologie, in: Ernst Topitsch (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften, S. 337—344.
Fiedler, Herbert, Rechenautomaten als Hilfsmittel der Gesetzesanwendung, in: Deutsche Rentenversicherung 1962, S. 149—155.
— Automatisierung im Recht und juristische Informatik, in: JuS 1970, S. 432—436, 552—556, 603—607; 1971, S. 67—71, 228—233.
— Wandlungen der „Automationsgerechten Rechtssetzung", in: DVR Bd. 1, S. 41—55.

Finkelstein, Michael O./Fairley, William B., A Bayesian Approach to Identification Evidence, in: Harvard Law Review Bd. 83 (1970), S. 489—517.

Fischer, Hans-Lothar/Hahn, Otto/Stumpf, Willi, Politische Entscheidungshilfe und Dokumentation. Hessisches Planungsinformations- und Analyse-System (HEPAS) Konzeption, Wiesbaden 1971.

Fischer, Robert, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971.

Fischerhof, Hans, Technologie und Jurisprudenz, in: NJW 1969, S. 1193—1197.

Forsthoff, Ernst, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35—62.

— Besprechung von Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, in: Der Staat 1969, S. 523—526.

— Der Staat der Industriegesellschaft, 2. A. München 1971.

Fraenkel, Aviezri, Legal Information Retrieval, in: Franz L. Alt/Morris Rubinoff (Hrsg.), Advances in Computers Bd. 9, New York/London 1968, S. 113—178.

Frank, Helmar, Kybernetik und Philosophie, Berlin 1966.

Friedmann, Wolfgang, Übergesetzliche Rechtsgrundsätze und die Lösung von Rechtsproblemen, in: ARSP Bd. 56 (1954/55), S. 348—371.

— Legal Theory, 5. A. London 1967.

— Recht und sozialer Wandel, Frankfurt 1969.

Friedrich, Carl J. (Hrsg.), Rational Decision, New York 1964.

Gadamer, Hans Georg, Philosophisches Lesebuch 3, Frankfurt a. M. 1970.

— Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik, in: Karl-Otto Apel u. a., Hermeneutik und Ideologiekritik, Frankfurt a. M. 1971, S. 57—82.

Gäfgen, Gérad, Die Beziehungen zwischen welfare economics und politischer Theorie, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Band 29 N. F., Berlin 1963, S. 159—163.

— Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung. Untersuchungen zur Logik und ökonomischen Bedeutung des rationalen Handelns, 2. A. Tübingen 1968.

Gäng, Peter, Pragmatische Information, in: Grundlagenstudien aus Kybernetik und Geisteswissenschaft 1967, S. 77—90.

Gallizia, Angelo/Mollame, Flora/Bardone, Guiseppe, Some Theoretical Considerations and an Experimental Approach to the Problem of Legal Information Retrieval, in: Law and Computer Technology 1970, S. 133—138.

Garstka, Hansjürgen, Ein Regelungsmodell der Rechtsanwendung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. II (1972), S. 347—360.

Geldsetzer, Lutz (Hrsg.), Anton Friedrich Justus Thibaut: Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, Düsseldorf 1966 (Nachdruck).

Germann, Oskar Adolf, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965.

Gessner, Volkmar, Probleme der Zusammenarbeit zwischen Juristen und Sozialwissenschaftlern, in: JZ 1971, S. 324—327.

Gil-Cremades, Juan-José, Rechtstheorie und Rechtspraxis, in: ARSP Bd. 56 (1970), S. 1—42.

Glaser, Ivan, Sprachkritische Untersuchungen zum Strafrecht am Beispiel der Zurechnungsfähigkeit, Mannheim/Wien/Zürich 1970.

Gore, William J./Dyson J. W., The Making of Decisions. A Reader in Administrative Behavior, Glencoe 1964.

Gottlieb, Gidon, The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality, London 1968.

Grabitz, Hans-Joachim, Experimentelle Untersuchungen zur Bewertung von Information vor Entscheidungen, Diss. Mannheim 1969.

Griem, Heinrich, Der Prozeß der Unternehmungsentscheidung bei unvollkommener Information, Berlin 1968.

Grochla, Erwin, Computer-gestützte Entscheidungen in Unternehmen, Wiesbaden 1971.

Gross, Maurice/Lentin, André, Mathematische Linguistik, Berlin/Heidelberg/New York 1971.

Grunsky, Wolfgang, Wert und Unwert der Relationstechnik, in: JuS 1972, S. 29—35 und S. 137—141.

Guetzkow, Harold (Hrsg.), Simulation in Social Science, Englewood Cliffs 1962.

— Die Frage der Übereinstimmung von Realität und Simulationen internationaler Beziehungen, in: Lucian Kern/Horst-Dieter Rönsch (Hrsg.), Simulation internationaler Prozesse, S. 261—317.

Gunzenhäuser, Rul, Nicht-numerische Informationsverarbeitung, Wien/New York 1968.

Haag, Karl, Rationale Strafzumessung. Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung, Köln/Berlin/Bonn/München 1970.

— Messung wertrationaler Komponenten der strafrichterlichen Entscheidung mittels sozialwissenschaftlicher Skalierungsverfahren, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. I (1970), S. 417—456.

— Formalisierung und Kybernetisierung im Recht. Versuch einer soziologischen Analyse, in: Rechtstheorie Bd. 3 (1972), S. 171—190.

Habermas, Jürgen, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt 1968.

— Technik und Wissenschaft als „Ideologie", Frankfurt 1968.

— Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik, in: Adorno u. a. (Hrsg.), Positivismusstreit, S. 155—191.

— Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt a. M. 1973.

Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt a. M. 1971.

Hadley, George, Nichtlineare und dynamische Programmierung, Würzburg/Wien 1969.

Haft, Fritjof, Elektronische Datenverarbeitung im Recht, Berlin 1970.

Haft, Fritjof/Müller-Krumbhaar, Heiner, Juristisches Informationssystem. Erwartungen und Perspektiven, in: NJW 1973, S. 85—89.

— SEDOC — ein Verfahrensvorschlag zur Erschließung juristischer Literatur mit Computern, in: JA 1970, S. 566—577.

Hammerbacher, Gerhard, Computer in der Rechtsanwendung. Ein Beitrag zur Frage: Können Computer im Rechtswesen wirtschaftlich eingesetzt werden? in: IBM-Nachrichten Nr. 195 (Juni 1969), S. 663—668.

Harms, Wolfgang, Lückenlosigkeit der Preisbindung ohne Re-Importverbote, Stuttgart 1973.

Hartfiel, Günter, Wirtschaftliche und soziale Rationalität, Stuttgart 1968.

Hartmann, Peter, Sprache und Recht — System und Verwendung, in: Rave/Brinckmann/Grimmer (Hrsg.), Paraphrasen juristischer Texte, S. 141—147.

— Sprachwissenschaft und Rechtswissenschaft. Eine vergleichende Konfrontation, in: Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 45—68.

Hartung, Fritz, Der „Badewannenfall", in: JZ 1954, S. 430—431.

Hartz, W., Überlegungen zur Rechtsprechungspraxis des Bundesfinanzhofs und der Finanzgerichte, in: DB 1973, S. 22—27.

Hasselkuß, Andrea/Kaminski, Claus-Jürgen, Sozialdaten in einem Informationssystem für den Rechtsanwender, in: DVR Bd. 1 (1972), S. 237—256.

Hassemer, Winfried, Tatbestand und Typus, Köln/Berlin/Bonn/München 1968.

Hax, Herbert (Hrsg.), Entscheidung bei unsicheren Erwartungen. Beiträge zur Theorie der Unternehmung, Opladen 1970.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Frankfurt a. M. 1970 (Suhrkamp-Ausgabe Bd. 7).

Heinen, Edmund, Zur Problembezogenheit von Entscheidungsmodellen, in: WiSt 1972, S. 3—7.

Heinz, Eckhart/Ungeheuer, Gerold, Kommunikationswissenschaftliche und linguistische Probleme beim Aufbau eines juristischen Informationssystems. Gutachten für das Bundesministerium der Justiz 1969/70 (unveröffentlichtes Manuskript).

Henrichs, Norbert, Bibliographie der Hermeneutik und ihrer Anwendungsbereiche seit Schleiermacher, Düsseldorf 1968.

Herbold, R., Internationaler Entwicklungsstand und Tendenzen auf dem Gebiet computer-gestützter Entscheidungssysteme, in: Erwin Grochla (Hrsg.), Computer-gestützte Entscheidungen, S. 207—217.

Hermes, Hans, Einführung in die mathematische Logik, 2. A. Stuttgart 1969.

Hewitt, Carl, Description and Theoretical Analysis (Using Schemata) of PLANNER: A Language for proving Theorems and Manipulating Models in a Robot, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, April 1972 (Artificial Intelligence Laboratory A/TR-258).

von der Heydte, Friedrich Freiherr, Elektronische Datenverarbeitung und parlamentarische Demokratie, in: Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, S. 157—171.

Hilgenheger, Norbert, Logische Analyse von § 812 Abs. 1 BGB, in: Rave/Brinckmann/Grimmer (Hrsg.), Logische Struktur von Normensystemen, S. 103—107.

Hinderling, Hans Georg, Rechtsnorm und Verstehen, Bern 1971.

von Hippel, Fritz, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Bd. II, Frankfurt 1964.

Hofacker, W., Der logische Aufbau des Deutschen Rechts, Stuttgart 1924.

Homans, George C., Elementarformen sozialen Verhaltens, Köln/Opladen 1968.

Hopt, Klaus J., Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, in: BB 1972, S. 1017—1024.

Hopt, Klaus, Finale Regelungen, Experiment und Datenverarbeitung in Recht und Gesetzgebung, in: JZ 1972, S. 67—75.

Horn, Dieter, Rechtssprache und Kommunikation, Berlin 1966.

Hruschka, Joachim, Die Konstitution des Rechtsfalles, Berlin 1965.

Hubmann, Heinrich, Grundsätze der Interessenabwägung, in: AcP Bd. 155 (1956), S. 85—134.

Hughes, Graham, Rules, Policy and Decision Making, in: The Yale Law Journal Bd. 77 (1967/68), S. 411—439.

Ijiri, Yuji, Management Goals and Accounting for Control, Amsterdam 1965.

Isay, Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung. Neudruck der Ausgabe Berlin 1929, Aalen 1970.

Jähnig, Werner, Automatisierte Datenverarbeitung, Köln/Berlin 1971.

Jahr Günther/Maihofer, Werner (Hrsg.), Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion, Frankfurt a. M. 1971.

Jeffrey, Richard C., Logik der Entscheidungen, Wien/München 1967.

Jørgensen, Stig, Argumentation and Decision, in: Festkrift til Alf Ross 10. Juni 1969, hrsg. von Mogens Blegvad u. a., Kopenhagen 1969, S. 261—284.
— Norm und Wirklichkeit, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 1—16.
— Recht und Gesellschaft, Göttingen 1971.
Jung, Erich, Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts, in: Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg, Berlin 1900, S. 131—157.

Kalinowski, G., Introduction à la logique juridique. Eléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique, Paris 1965.
Kamlah, Wilhelm/Lorenzen, Paul, Logische Propädeutik, Mannheim 1967.
Kantorowicz, Hermann Ulrich, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.
Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966.
Kaplan, Abraham, Some Limitations on Rationality, in: Carl J. Friedrich (Hrsg.), Rational Decision, S. 55—64.
Kaplan, John, Decision Theory and the Factfinding Process, in: Stanford Law Review Bd. 20 (1968), S. 1065—1092.
Kargl, Herbert, Stand und Entwicklungstendenzen der automatisierten Datenverarbeitung, in: DB 1971, S. 2025—2028.
Kartte, Wolfgang, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln/Berlin/Bonn/München 1969.
Kaufmann, Arthur, Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 81—102.
— (Hrsg.), Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, Karlsruhe 1971.
Keeney, Ralph L., Assessment of Multiattribute Preferences, in: Science Bd. 168 (1970), S. 1491—1492.
Kern, Lucian/Rönsch, Horst-Dieter (Hrsg.), Simulation internationaler Prozesse, Opladen 1972.
Keuth, Hans Herbert, Zur Logik der Normen, Berlin 1972.
Kilian, Wolfgang, Mathematische Logik und Recht, in: DB 1971, S. 273—277.
— Zum „Schallplattenurteil I" des Bundesgerichtshofs, in: Rave/Brinckmann/Grimmer (Hrsg.), Paraphrasen juristischer Texte, S. 75—85.
Kininger, Ewald, Die Realität der Rechtsnorm, Berlin 1971.
Kirchheimer, Otto, Politische Justiz — Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Neuwied/Berlin 1965.
von Kirchmann, Julius, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848, Nachdruck Darmstadt 1969.
Kirsch, Werner, Entscheidungsprozesse, Wiesbaden Bd. I 1970, Bd. II und III 1971.
Klaus, Georg, Semiotik und Erkenntnistheorie, 2. A. Berlin 1969.
— Wörterbuch der Kybernetik, Berlin 1968.
Klein, Heinz Karl, Heuristische Entscheidungsmodelle. Neue Techniken des Programmierens und Entscheidens für das Management, Wiesbaden 1971.
Klein, Wolfgang, Parsing. Studien zur maschinellen Satzanalyse mit Abhängigkeitsgrammatiken und Transformationsgrammatiken, Frankfurt a. M. 1971.
Klüver, Jürgen, Begriffsbildung in den Sozialwissenschaften und in der Rechtswissenschaft, in: Jahr/Maihofer, Rechtstheorie, S. 369—383.
Klüver, Jürgen/Priester, Jens-Michael/Schmidt, Jürgen/Wolf, Friedrich-O., Rechtstheorie — Wissenschaftstheorie des Rechts, in: Jahr/Maihofer (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 1—10.

Klug, Ulrich, Bemerkungen zur logischen Analyse einiger rechtstheoretischer Begriffe und Behauptungen, in: Festschrift für Wilhelm Britzelmayr, Freiburg/München 1962, S. 115—125.
— Juristische Logik, 3. A. Heidelberg 1966.
— Elektronische Datenverarbeitung im Recht, in: Festschrift Hermann Jahrreiß zu seinem 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, S. 189—199.
Knapp, Viktor, Über die Möglichkeit der Anwendung kybernetischer Methoden in Gesetzgebung und Rechtsanwendung, in: ARSP 1963, S. 45—56.
— Aspekte automatischer Rechtsfindung, in: Ost-Probleme Bd. 13 (1963), S. 394—406.
— La création du droit par le juge dans les pays socialistes, in: Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag, Bd. I, Tübingen 1969, S. 67—84.
Knapp, Viktor/Vrecion, Vladimir, L'applicabilité des méthodes de la cybernétique au droit et à l'administration, in: Revue internationale des sciences sociales; Tendances de la science juridique Bd. 22 (1970), S. 501—508.
Knauber, Einsatz elektronischer Datenverarbeitung im Bereich der Justiz, in: Justizverwaltungsblatt 1970, S. 25.
Knöpfle, Robert, Gewährleistung der theoretischen Lückenlosigkeit des Preissystems, in: NJW 1972, S. 1393—1397.
Koch, Hans-Joachim, Zur Analyse richterlicher Entscheidungen, Diss. Frankfurt a. M. 1971.
Kort, Fred, Simultaneous Equations and Boolean Algebra in the Analysis of Judicial Decisions, in: Hans W. Baade (Hrsg), Jurimetrics, S. 143—163.
Kraffert, Wolfram, Der Ersatzpflichtige im Falle des § 904 BGB, in: AcP Bd. 165 (1965), S. 453—462.
Krasser, Rudolf, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Außenseitern, Köln/Berlin/Bonn/München 1972.
Kraus, Herbert, Entscheidung und moderne Informationstechnologie, in: Herbert Hax (Hrsg.), Entscheidung bei unsicheren Erwartungen, Opladen 1970, S. 189—201.
Krawietz, Werner, Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie, Berlin 1967.
— Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft, in: RuP 1967, S. 150—158.
— Welche Methode lehrt die juristische Methodenlehre? in: JuS 1970, S. 425—432.
— Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis? in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. 23 (1972), S. 47—80.
Krelle, Wilhelm, Präferenz- und Entscheidungstheorie, Tübingen 1968.
Kreuzer, Karl, Zur Verwendung von datenverarbeitenden Maschinen im Dienste der Rechtswissenschaft, in: JZ 1968, S. 138—141.
Kriele, Martin, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967.
von Krockow, Christian Graf, Die Entscheidung. Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger, Stuttgart 1958.
Kroschel/Doerner, Karl, Die Abfassung der Urteile in Strafsachen. Ein Wegweiser für die Praxis, 20. A. Berlin/Frankfurt a. M. 1964.
Krüger, Lorenz, Über das Verhältnis der hermeneutischen Philosophie zu den Wissenschaften, in: Bubner/Cramer/Wiehl (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik Bd. I, S. 3—30.
Kübler, Friedrich, Juristenausbildung im Zielkonflikt, Konstanz 1971.

Kunz, Werner/Rittel, Horst, Systemanalyse eines Forschungsprozesses, Heidelberg 1968.

— Die Informationswissenschaften. Ihre Ansätze, Probleme und Methoden und ihr Ausbau in der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg/Berkeley 1969.

Lakoff, George, Linguistik und natürliche Logik, hrsg. von Werner Abraham, Frankfurt a. M. 1971.

Lampe, Ernst-Joachim, Juristische Semantik, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1970.

Lange, Oskar, Optimale Entscheidungen. Grundriß der Optimierungsrechnung, Warszawa 1964 (deutsche Übersetzung von Klaus Zeitz, Berlin 1968).

Larenz, Karl, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, S. 1—10.

— Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. A. Berlin/Heidelberg/New York 1969.

— Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz, in: JuS 1971, S. 449—455.

Lasswell, Harold D./McDougal, Myres S., Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective, in: University of Florida Law Review Bd. 19 (1966/67), S. 486—513.

Lautmann, Rüdiger, Wert und Norm, Köln/Opladen 1969.

— Rolle und Entscheidung des Richters — Ein soziologischer Problemkatalog, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 381—416.

— Justiz — die stille Gewalt, Frankfurt 1972.

Lawlor, Reed C., Excerpts from Fact Content of Cases and Precedent. A Modern Theory of Precedent, in: Jurimetrics Journal Bd. 12 (1972), S. 245—270.

— Analysis and Predictions of Judicial Decisions, in: R. P. Bigelow (Hrsg.) Computers and the Law, S. 174—178.

Leinfeller, Werner, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, Mannheim 1965.

Lenk, Hans, Philosophie im technologischen Zeitalter, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1971.

Leoni, Bruno, The Meaning of „Political" in Political Decisions, in: Gore/Dyson (Hrsg.), The Making of Decisions, S. 93—107.

Leu, Hans R./Werner, Ekkehard, Der Einzelne und die Gruppe im juristischen Entscheidungsprozeß, in: Rolf Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz, Tübingen 1972, S. 127—142.

Liebert, Arthur, Das Problem der Geltung, in: Kantstudien Bd. 29, Berlin 1914, S. 108—142.

Llompart, José, Gesetz dem Juristen, Recht dem Rechtsphilosophen, in: JZ 1970, S. 273—278.

Loos, Fritz, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, Tübingen 1970.

Lord, Frederic M., Human Judgements considered as fallible measures, in: Shelly/Bryan (Hrsg.), Human Judgements, S. 57—71.

Lorenzen, Paul, Normative Logic and Ethics, Mannheim/Zürich 1969.

Losano, Mario G., The Legal System from Theology to Technology, in: ARSP Bd. 57 (1971), S. 485—502.

Luce, R. Duncan/Raiffa, Howard, Games and Decisions, 7. A. New York/London/Sydney 1967.

Lüderitz, Alexander, Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966.

Lüderssen, Klaus, Stichwort „Rechtstheorie", in: Axel Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München 1972, S. 350—356.

— Erfahrung als Rechtsquelle. Abduktion und Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozeß. Eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht, Frankfurt 1972.

Luhmann, Niklas, Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandsaufnahme und Entwurf, Köln/Berlin 1966.

— Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1966.

— Zweckbegriff und Systemrationalität, Tübingen 1968.

— Die Programmierung von Entscheidungen und das Problem der Flexibilität, in: Renate Mayntz (Hrsg.), Bürokratische Organisation, Köln/Berlin 1968, S. 324—341.

— Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 1—31.

— Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Köln/Opladen 1970.

— Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 175—202.

— Evolution des Rechts, in: Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 3—22.

— Legitimation durch Verfahren, Neuwied/Berlin 1969.

— Rechtssoziologie, Bd. 1 und 2, Hamburg 1972.

— Verfassungsmäßige Auswirkungen der elektronischen Datenverarbeitung, in: ÖVD 1972, S. 44—47.

Lutz, Theo, Generalized Information System (GIS) — ein Exekutivsystem für Datenbankprobleme, in: IBM-Nachrichten Heft 195 (Juni 1969), S. 714—719.

Lyons, John, Introduction to Theoretical Linguistics, Cambridge 1971 (deutsche Ausgabe: Einführung in die moderne Linguistik, München 1971).

MacCrimmon, K. R., Decisionmaking among multiple-attribute Alternatives: A Survey and consolidated Approach, The Rand Corporation Memorandum RM-4823-ARPA Santa Monica 1968.

Maihofer, Werner (Hrsg.), Ideologie und Recht, Frankfurt a. M. 1969.

Makkonen, Kaarle, Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie, Turku 1965.

Massachusetts Institute of Technology (Hrsg.), Project MAC. Progress Report VIII July 1970 to July 1971.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz. Kommentar, München 1971.

Mayer-Maly, Theo, Brauchen wir eine politische Rechtstheorie? in: ZRP 1970, S. 265—267.

Mayntz, Renate, Soziologie der Organisation, Hamburg 1963.

McDaniel, Hermann, Entscheidungstabellen. Eine Einführung, Stuttgart 1970.

McDermott, Drew V./Sussman, Gerald Jay, The CONNIVER Reference Manual, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, May 1972 (Artifical Intelligence Memo No. 259).

McWhinney, W. H., Aspiration Levels and Utility Theory, in: General Systems 1965, S. 131—144.

Menges, Günter (Hrsg.), Entscheidung und Information. Einführung in moderne Entscheidungskalküle und elektronische Informationssysteme, Frankfurt a. M./Berlin 1968.

— Grundmodelle wirtschaftlicher Entscheidungen. Einführung in moderne Entscheidungstheorien, Köln/Opladen 1969.

Mennicken, Axel, Das Ziel der Gesetzesauslegung, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1970.

Mertens, Peter, Der Einfluß der elektronischen Datenverarbeitung auf Entscheidungsfindung und Entscheidungsprozeß, in: Zielprogramm und Entscheidungsprozeß in der Unternehmung. Schriften zur Unternehmensführung Bd. 11, Wiesbaden 1970, S. 81—103.

Mertens, Peter/Kress, Heinz, Mensch-Maschinen-Kommunikation als Hilfe bei Entscheidungsvorbereitung und Planung, in: Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 1970, Heft 1, S. 1—21.

Meschkowski, Herbert, Einführung in die moderne Mathematik, 2. A. Mannheim 1966.

— Mathematisches Begriffswörterbuch, 2. A. Mannheim/Zürich 1966.

Minsky, Marvin (Hrsg.), Semantic Information Processing, Cambridge/Massachusetts 1968.

Morgenstern, Oskar, Die Theorie der Spiele und des wirtschaftlichen Verhaltens, in: Alfred Eugen Ott (Hrsg.), Preistheorie, 3. A. Köln/Berlin 1968, S. 437—464.

Müller, Friedrich, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966.

— Fragen einer Theorie der Praxis, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 154—168.

Müller-Erzbach, Rudolf, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck, Jena 1913.

Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäischen Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), 3. A. Köln/Berlin/Bonn/München 1972.

Müller-Schmid, Peter Paul, Die Philosophie des „kritischen Rationalismus" in K. R. Poppers Konzeption der „offenen Gesellschaft", in: ARSP Bd. 56 (1970), S. 123—148.

Münstermann, Jörg, Zur Rechtstheorie Niklas Luhmanns, in: Kritische Justiz 1969, S. 325—338.

Nakamura, Muneo, Die methodologische Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft. Entwurf einer von der Naturwissenschaft angeregten neuen Ordnung im System der Rechtswissenschaft, in: ZZP Bd. 68 (1955), S. 401—425.

Narr, Wolf-Dieter, Theoriebegriffe und Systemtheorie, Stuttgart 1969.

Naucke, Wolfgang, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, Frankfurt a. M. 1972.

Neumann, Franz, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt a. M. 1967.

von Neumann, John/Morgenstern, Oskar, Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten, 2. A. Würzburg 1967.

Neidhardt, Peter, Informationstheorie und automatische Informationsverarbeitung, 2. A. Stuttgart 1964.

von Oertzen, Hans-Joachim, Automationsgerechte Gesetze als Voraussetzung der Automation, in: DVBl. 1969, S. 61—67.

Oplatka-Steinlin, Helen, Untersuchungen zur neuhochdeutschen Gesetzessprache. Befehlsintensität und Satzstruktur im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Zürich 1971.

Ott, Claus, Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. III (1972), S. 345—408.

Otte, Gerhard, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, in: Rechtstheorie Bd. I (1971), S. 183—197.

— Dialektik und Jurisprudenz, Frankfurt a. M. 1971.

Petöfi, János S., Juristische Texte und eine Textgrammatik mit linear nicht festgelegter Text-Basis, in: Rave/Brinckmann/Grimmer (Hrsg.), Syntax und Semantik, S. 45—65.

Philipps, Lothar, Rechtliche Regelung und formale Logik, in: ARSP Bd. 50 (1964), S. 317—329.

— Recht und Information, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 125—133.

Pircher, Hans, Die Durchführung von juristischen Entscheidungsvorgängen mit Hilfe elektronischer Rechenmaschinen. Ein Modell des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung, Diss. Wien (Hochschule für Welthandel) 1967.

Podlech, Adalbert, Anforderungen der Kybernetik an die Rechtswissenschaft, in: RuP 1967, S. 84—87.

— Logische Anforderungen kybernetischer Systeme an ihre Anwendung auf Rechtssätze, in: BB 1968, S. 106—110.

— Anforderungen der Kybernetik, in: RuP 1968, S. 21—28.

— Rechtskybernetik — eine juristische Disziplin der Zukunft, in: Juristen-Jahrbuch Bd. 10 (1969/70), S. 157—170.

— Wertungen und Werte im Recht, in: AöR Bd. 95 (1970), S. 185—223.

— Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971.

— Verfassungsrechtliche Probleme öffentlicher Informationssysteme, in: DVR Bd. 1 (1972), S. 149—169.

Popp, Walter/Schlink, Bernhard, JUDITH. Konzept und Simulation eines dialogischen Subsumtionshilfeprogramms mittleren Abstraktionsgrades, in: Dieter Suhr (Hrsg.), Computer als juristischer Gesprächspartner, S. 1—20 und 127—133.

Popper, Karl R., Logik der Forschung, 3. A. Tübingen 1969.

Pound, Roscoe, The Theory of Judicial Decision, in: Harvard Law Review Bd. 36 (1923), S. 940—959.

Priester, Jens-Michael, Rechtstheorie als analytische Wissenschaftstheorie, in: Jahr/Maihofer (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 13—61.

— Rationalität und funktionale Analyse, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 457—497.

Radbruch, Gustav, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1938, S. 46—54.

— Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, in: Archiv für Socialwissenschaft und Socialpolitik Bd. 22 (1906), S. 355—370.

Raiffa, Howard, Decision Analysis. Introductory Lectures on Choices under Uncertainty, Reading/Mass. 1970.

Raisch, Peter, Überlegungen zur Verwendung von Datenverarbeitungsanlagen in der Gesetzgebung und im Rechtsfindungsprozeß, in: JZ 1970, S. 433—441.

Ramm, Thilo, Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB Bd. I, München 1969.

Rasehorn, Theo, Rechtsfindung und Gerichtspraxis, in: NJW 1972, S. 81—86.

Rave, Dieter, „Datenverarbeitung und Recht" — Industrialisierung der Justiz? in: KJ 1970, S. 470—473.

Rave, Dieter/Brinckmann, Hans/Grimmer, Klaus (Hrsg.), Logische Struktur von Normensystemen am Beispiel der Rechtsordnung. Referate und Protokolle der Arbeitstagung im Deutschen Rechenzentrum Darmstadt vom 1.—3. Oktober 1970, Darmstadt 1971.

— Paraphrasen juristischer Texte. Referate und Protokolle der Arbeitstagung im Deutschen Rechenzentrum Darmstadt vom 24.—26. Juni 1971, Darmstadt 1971.
— Syntax und Semantik juristischer Texte. Referate und Protokolle der Arbeitstagung im Deutschen Rechenzentrum Darmstadt vom 11.—13. Mai 1972, Darmstadt 1972.
Redeker, Konrad, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: NJW 1972, S. 409—415.
Reese, Willis L. M., Choice of Law: Rules or Approach, in: Cornell Law Review Bd. 57 (1972), S. 315—334.
Reisinger, Leo, Automatisierte Normanalyse und Normanwendung, Berlin 1972.
Rescher, Nicholas (Hrsg.), The Logic of Decision and Action, Pittsburgh 1967.
— Semantic Foundations for the Logic of Preference, in: Nicholas Rescher (Hrsg.), Logic of Decision and Action, S. 37—79.
Resnikow, Lasar Ossipowitsch, Erkenntnistheoretische Fragen der Semiotik, Berlin 1968.
Rickert, Heinrich, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, Freiburg i. Br./Leipzig/Tübingen 1899.
Riedel, Manfred, Das erkenntniskritische Motiv in Diltheys Theorie der Geisteswissenschaften, in: Bubner/Cramer/Wiehl (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik Bd. I, S. 233—255.
Rieser, Hannes, Zur syntaktisch-semantischen Analyse eines Rechtssatzes, in: Rave/Brinckmann/Grimmer (Hrsg.), Syntax und Semantik juristischer Texte, S. 17—43.
Rittel, Horst, Zur wissenschaftlichen und politischen Bedeutung der Entscheidungstheorie, in: Helmut Krauch u. a. (Hrsg.), Forschungsplanung. Eine Studie über Ziele und Strukturen amerikanischer Forschungsinstitute, München/Wien 1966, S. 110—129.
Rodingen, Hubert, Ansätze zu einer sprachlichen Rechtstheorie, in: ARSP Bd. 58 (1972), S. 161—183.
Rödig, Jürgen, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin/Heidelberg/New York 1969.
— Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme, in: DVR Bd. 1 (1972), S. 170—208.
Rosenberg, Leo, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. A. München/Berlin 1960.
Rottleuthner, Hubert, Zur Soziologie des richterlichen Handelns, in: Kritische Justiz 1970, S. 283—306; 1971, S. 60—88.
— Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Diss. phil. Frankfurt a. M. 1972.
Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968.
Rumpf, Max, Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, Berlin 1906.

Sattelmacher, Paul, Bericht, Gutachten und Urteil, 24. A. Berlin/Frankfurt a. M. 1963.
von Savigny, Eike, Zur Rolle der deduktiv-axiomatischen Methode in der Rechtswissenschaft, in: Jahr/Maihofer (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 315—348.
Schaff, Adam, Sprache und Erkenntnis, Wien 1964.
Scheuerle, Wilhelm, Finale Subsumtionen. Studien über Tricks und Schleichwege in der Rechtsanwendung, in: AcP Bd. 167 (1967), S. 305—349.
Schlaifer, Robert, Analysis of Decisions under Uncertainty, New York 1969.

Schlink, Bernhard, Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen theoretisch zu erfassen und praktisch zu bewältigen? in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. II (1972), S. 322—346.

Schmidt, Jürgen, Einige Bemerkungen zur Präzision der Rechtssprache, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. II (1972), S. 390—437.

Schmidt, Walter, Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, in: AöR Bd. 96 (1971), S. 321—354.

Schmitt, Carl, Gesetz und Urteil, 2. A. München 1969.

Schneider, Hans Peter, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1969.

Schnelle, Helmut/Engelien, G., Maschinelle Sprachübersetzung, in: Rul Gunzenhäuser (Hrsg.), Nicht-numerische Informationsverarbeitung, S. 314—330.

Scholz, Heinrich, Abriß der Geschichte der Logik, 3. A. Freiburg/München 1967.

Scholz, Rupert, Arbeitsverfassung und Richterrecht, in: DB 1972, S. 1771—1780.

Schramm, Hanswalter, DISUM. Ein Dialog-Subsumtionsprogramm in FORTRAN, in: Dieter Suhr (Hrsg.), Computer als juristischer Gesprächspartner, S. 47—124.

Schreiber, Rupert, Logik des Rechts, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1962.

— Allgemeine Rechtslehre. Berlin/Heidelberg/New York 1969.

Schroth, Ulrich, Zum Problem der Wertneutralität richterlicher Tatbestandsfestlegung im Strafrecht, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Rechtstheorie, S. 103—110.

Schulte, Erich, Die juristische Methodenlehre des jungen Savigny, Diss. Kiel 1954.

Schumann, Ekkehard, Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, in: ZZP Bd. 81 (1968), S. 79—102.

Schwerdtner, Peter, Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 67—94 und 224—244.

Seiffert, Helmut, Marxismus und bürgerliche Wissenschaft, München 1971.

Selmer, Peter, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1972.

Shelly, Maynard W./Bryan, Glenn L. (Hrsg.), Human Judgements and Optimality, New York/London/Sydney 1964.

Shephard, Roger N., On Subjectively Optimum Selection among Multiattribute Alternatives, in: Shelly/Bryan (Hrsg.), Human Judgements, S. 257—264.

Shubik, Martin, A Game Theorist Looks at the Antitrust Laws and the Automobile Industry, in: Stanford Law Review Bd. 8 (1956), S. 594—630.

— *(Hrsg.),* Spieltheorie und Sozialwissenschaften, Hamburg 1965.

Simitis, Spiros, Zum Problem einer juristischen Logik, in: Ratio 1960, S. 52—82.

— Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, in: Helmar Frank (Hrsg.), Kybernetische Maschinen, Frankfurt a. M. 1964, S. 351—367.

— Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, Karlsruhe 1970.

— Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung, in: NJW 1971, S. 673—682.

Simitis, Spiros/Voss-Eckermann, Helga/Dammann, Ulrich (Hrsg.), Materialien zur Rechtsinformatik, Folge 1 (Länderberichte: USA, Schweden; Dokumentationssysteme, Bibliographie), Frankfurt a. M. 1971. Folge 2 (Dokumentationssysteme CELEX, DOCILIS, JRETIJ; Bibliographie) Frankfurt a. M. 1972.

Simon, Herbert A., Models of Man, New York/London 1957.

— The Architecture of Complexity, in: General Systems 1965/66, S. 63—76.

— Perspektiven der Automation für Entscheider, Quickborn 1966.

— The Logic of Heuristic Decision Making, in: Nicholas Rescher (Hrsg.), The Logic of Decision and Action, S. 1—35.

Stammler, Rudolf, Die Lehre vom richtigen Rechte, 2. A. Halle 1926.

Starck, Christian, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970.

Stegmüller, Wolfgang, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. I: Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Berlin/Heidelberg/New York 1969.

Steinbuch, Karl, Automat und Mensch. Kybernetische Tatsachen und Hypothesen, 3. A. Berlin/Heidelberg/New York 1965.

— Die informierte Gesellschaft, Hamburg 1966.

Steindorff, Ernst, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a. M. 1959.

Steinmüller, Wilhelm, EDV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik, Berlin 1970.

von Stephanitz, Dieter, Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß, Berlin 1970.

Streißler, Erich, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften. Ringvorlesung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Br. Wintersemester 1966/67, Karlsruhe 1967, S. 1—47.

Strömholm, Stig, Zur Frage nach der juristischen Argumentationstechnik, in: ARSP Bd. 58 (1972), S. 337—362.

Stützel, Wolfgang, Entscheidungstheoretische Elementarkategorien als Grundlage einer Begegnung von Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik N. F. Bd. 33, Berlin 1964, S. 27—50.

Suhr, Dieter (Hrsg.), Computer als juristischer Gesprächspartner, Berlin 1970.

Tammelo, Ilmar, Logical Structure of the Legal Norm and of Legal States of Affairs, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1969, S. 143—149.

— Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1971.

Teubner, Gunther, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a. M. 1971.

Thieme, Werner, Rationalisierung der Rechtspflege, in: DRiZ 1969, S. 237—239.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 3. A. München 1968.

Thrall, R. M./Coombs, C. H./Davies, R. L., Decision Processes, 2. A. New York/London 1957.

Topitsch, Ernst (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften, 5. A. Köln/Berlin 1968.

Tribe, Lawrence, H., Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, in: Harvard Law Review Bd. 84 (1971), S. 1329—1393.

Troje, Hans Erich, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in: J. Blühdorn/J. Ritter, Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 63—88.

Viehweg, Theodor, Die juristischen Beispielsfälle in Leibnitzens ars combinatoria, in: Beiträge zur Leibnitz-Forschung, hrsg. von Georgi Schischkoff, Bd. I, Reutlingen 1947, S. 88—95.

— Ideologie und Rechtsdogmatik, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, S. 83—96.

— Topik und Jurisprudenz, 4. A. München 1969.

— Historische Perspektiven der juristischen Argumentation: II. Neuzeit, in: ARSP Beiheft Neue Folge Nr. 7, Wiesbaden 1972, S. 63.

Voth, Willfried, Rationalisierung von gerichtlichen Verfahren mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung, in: DRiZ 1972, S. 85—88.

Wagner, Heinz, Die Theorie der Rechtswissenschaft, in: JuS 1963, S. 457—465.

Wagner, Heinz/Haag, Karl, Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft, Bad Homburg 1970.

Wasserstrom, Richard A., The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification. Stanford University Press 1961.

Watzlawick, Paul/Beavin, Janet H./Jackson, Don D., Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, Bern/Stuttgart 1969.

Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, Köln/Berlin 1964 (Nachdruck).

Weimar, Robert, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung, Basel/Stuttgart 1969.

Weinberger, Ota, Die Pluralität der Normensysteme, in: ARSP Bd. 57 (1971), S. 399—427.

— Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning, in: ARSP Bd. 58 (1972), S. 305—336.

Weiss, Manfred, Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt a. M. 1971.

Wellmer, Albrecht, Methodologie als Erkenntnistheorie, Frankfurt a. M. 1967.

Wieacker, Franz, Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1958.

— Recht und Automation, in: Festschrift für E. Böttticher 1969, S. 383—404.

— Der Beruf des Juristen in unserer Zeit, in: Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 467—476.

— Besprechung von Canaris, Systemdenken und Systembegriff, in: Rechtstheorie Bd. I (1970), S. 107—119.

— Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Bubner/Cramer/Wiehl (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik Bd. II, S. 311—336.

Wiener, Norbert, Kybernetik, 2. A. 1963.

Wiethölter, Rudolf, Anforderungen an den Juristen heute, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Erziehung zum Establishment, Karlsruhe 1969, S. 1—31.

— Recht und Politik, in: ZRP 1969, S. 155—158.

— Rechtswissenschaft (Funk-Kolleg 4), Frankfurt a. M. 1968.

— Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 42—62.

Wilhelm, Herbert, Preisbindung und Wettbewerbsordnung, München/Berlin 1962.

Windscheid, Bernhard, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Leipziger Rektoratsrede 1884, in: Paul Oertmann (Hrsg.), Gesammelte Reden und Abhandlungen, Leipzig 1904.

— Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. A. Bd. I, Neudruck Aalen 1963.

Winter, Gerd, Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtssetzung, in: Rechtstheorie Bd. 2 (1971), S. 171—192.

Wissenschaftsrat (Hrsg.), Empfehlungen zur Struktur und zum Ausbau des Bildungswesens im Hochschulbereich nach 1970, Band 1 Empfehlungen, Bonn 1970.

Witte, Eberhard, Das Informationsverhalten in Entscheidungsprozessen, Tübingen 1972.

Wittig, Alfred, Einführung in die Vektorrechnung, Braunschweig 1969.

Wittig, Peter, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts? in: Der Staat 1969, S. 137—158.

von Wright, Georg Henrik, The Logic of Preference. An Essay. Edinburgh 1963.

— The Logic of Action — A Sketch, in: Nicholas Rescher (Hrsg.), Logic of Decision and Action, S. 121—146.

Wolf, Erik, Leibnitz als Rechtsphilosoph, in: Wilhelm Totok/Carl Haase (Hrsg.), Leibnitz, Hannover 1966, S. 465—488.

Wróblewski, Jerzy, Law, Cybernetics, and Computers in Poland, in: Law and Computer Technology 1970, Heft 1, S. 9—12.

Wunderlich, Dieter, Terminologie des Strukturbegriffs, in: Jens Ihwe, Literaturwissenschaft und Linguistik. Ergebnisse und Perspektiven, Frankfurt a. M. 1971, S. 91—140.

Zemanek, Heinz, Elementare Informationstheorie, Wien/München 1959.

Zielinski, Diethart, Rechtsinformatik, in: JuS 1971, S. 215—219.

Ziembinski, Zygmut, Le caractère sémantique des normes juridiques, in: Logique et Analyse, Bd. 5 N. F., S. 54—65.

Zimmermann, Harald, Technische Notwendigkeiten bei der Verwendung eines Elektronenrechners, in: Hans Eggers u. a. (Hrsg.), Elektronische Syntaxanalyse der deutschen Gegenwartssprache, S. 49—54.

Zippelius, Reinhold, Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, in: JZ 1970, S. 241—245.

— Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971.

Zitelmann, Ernst, Lücken im Recht, Leipzig 1903.

Zöllner, Wolfgang, Arbeitsrecht und Politik, in: DB 1970, S. 54—62.

Zweigert, Konrad, Juristische Interpretation, in: Studium Generale, 7. Jgg. (1954), S. 380—385.

Sachverzeichnis

Algorithmus 6, 21, 107, 149
— Entwicklung und EDV 176
Alternative
als juristische Denkform 167 ff.
Alternativen
Skalierung 222
Alternativenwahl
Begriff 163 f.
Anwendungsbedingungen
— Abhängigkeit von Normsatzziel und Sachverhalt 193 ff.
— Begriff 187, 238
— eines Rechtssatzes und Informationskategorien 183 f.
— Einfluß auf die Alternativenwahl 188
— Gewichtung und Reorganisation 237 ff.
— Skalierung von 268
— Strukturierung in einem juristischen Beispiel 287 ff.
— und Entscheidungsalternativen 189, 194
— und Informationshaushalt 196
— und Wertung 195
Auslegung 28 f., 63
— Aspekte der 48
— und Rechtsfortbildung 64 f.
Auslegungsmethoden
— juristische 36, 51 ff.
— juristische, Eignung zur Entscheidungskontrolle 94
— mangelhafte Strukturierung durch 58
Aussagen
Wahrheitswert 18, 20
Aussagenlogik 17
Automatisierung
Voraussetzungen bezüglich juristischer Entscheidungen 94
Axiomatisierung
— im Recht 173
— und Formalisierung 88
— und Handlungsakt 240
— von Rechtssätzen 90 ff.

Befriedigungsniveau 250
— als Entscheidungsregel 226
— Begriff 210
Begriffsjurisprudenz
— keine exakte Methode 83
— und mathematische Logik 93
Begründungszusammenhang 49 f.
— Schlüssigkeit 8
Bewertung
— Abhängigkeit von den Entscheidungsfolgen 208
— Notwendigkeit 70
Bindung
an das Gesetz 124
Boolesche Operatoren 16, 168
black box 4

Computer
— als juristisches Hilfsinstrument 266, 299
— Arbeitsstruktur 16 ff.
— Schalt- und Speicherelemente 18
— Teile 19
— Verwendung im juristischen Entscheidungsprozeß 244
— und juristische Tatbestandsmerkmale 170
(siehe auch „EDV"; „Datenverarbeitung")
Computereinsatz
Probleme im Recht 3
Computersimulation 276
— Voraussetzungen 77
Computerunterstützung
für juristische Entscheidungen 149 ff.

Datenbank 264, 272
juristische 1 f.
Datenverarbeitung
— Begriff 12 f.
— nichtnumerische 13
— numerische 13
Datenverarbeitungsanlagen
Einsatz bei juristischen Fragen 1

Datenverarbeitungsprozeß
schematischer Ablauf 18 f.
Datenverknüpfung
durch Computer 13
Definitionen
Reichweite von 185
Determination
der juristischen Entscheidung 63
Dialog
— automatisierte Subsumtionshilfe 142
— zwischen Computer und Benutzer 136 ff.
Dokumentation 267 f.
— Methoden der 255 f.
— und Entscheidung 127
Dokumentationssystem 2

EDV
— als Entscheidungshilfe 256
— Anknüpfungsmöglichkeiten im Recht 259 ff.
— Bedeutung im Recht 2
— bei juristischen Entscheidungsprozessen 1
— Beurteilung durch Juristen 4 f.
— Entscheidungstheorie 252
— Hilfsinstrument bei der Folgenberücksichtigung 263
— juristische Anknüpfungsmöglichkeiten 252 ff.
— methodischer Aufwand für 273
— Modellierung der Entscheidung 251
— und Entscheidungsverfahren 4, 6
— und Handlungsakte 241
— und Informationsverhalten 249
— und juristischer Denkprozeß 5
— und Richter 1
— Verwendung bei juristischen Entscheidungsprozessen 80
— Verwendungsvorschläge für juristischen Entscheidungsprozeß 127
— Voraussetzungen des Einsatzes bei juristischen Entscheidungsprozessen 15
— Vorteile bei Auslegungsentscheidungen 252
(siehe auch unter „Computer"; „Datenverarbeitung")

Entscheidbarkeit 104
Entscheidung
— als Erkenntnisakt 64
— Arten juristischer 219
— Begründung 8
— einzig richtige 8, 63, 71, 73
— Entstehung 8
— juristische, als Entscheidung mit Alternativenwahl 109 ff.
— juristische, als informationelle Entscheidung unter Ungewißheit 162 ff.
— juristische, Arbeitsbegriff 11
— juristische, aus informationeller Sicht 7, 186 ff., 245
— juristische, aus wissenschaftstheoretischer Sicht 164 f.
— juristische, unter Methodenaspekt 6
— Kontrolle über 73
— Methodik juristischer 27 ff.
— Praxismodell der juristischen 44 ff.
— Strukturierung 97
— Theorie der juristischen 111 f.
— unrichtige 11
Entscheidungsalternative
— Auswahl 166, 235 ff.
— Suche nach 167 ff.
Entscheidungsbegriff
prozessualer 12
Entscheidungsbaum 111
Entscheidungsfolgen
— Begriff 211
— einer juristischen Entscheidung 212 ff.
— in der juristischen Theorie und Praxis 212 ff.
— Steuerungsfunktion 216
— Wahrscheinlichkeit von 219 f.
Entscheidungsgründe
und Denktätigkeit 11 f.
Entscheidungsmethodik
juristische und Problemlösungsverhalten 2 f.
Entscheidungsmodell
— Grundzüge für ein computergesteuertes juristisches 271 ff.
— Prinzipien des rechtdogmatischen 41 ff.
— rechtsdogmatisches 27 ff.

Entscheidungsproblem
Organisation durch Rechtsdogmatik 8
Entscheidungsprozeß
— juristischer, als Informationsverarbeitung 98
— juristischer, schematische Darstellung 113
— juristischer, und Informationsverarbeitung 7
— Strukturierung 8
Entscheidungsrationalität
— formale 22
— formale, als Voraussetzung für EDV 26
— formale, und Technokratieverdacht 24
Entscheidungsregel
Begriff und Arten 224 ff.
Entscheidungsregeln
im Recht 226 f.
Entscheidungsspielraum
— des Richters 204
— Ursachen 75, 98 f., 122, 124 f.
— Vorliegen 159
Entscheidungstheorie
— als Methodologie 117
— bisherige Anwendungsversuche im Recht 160 ff., 278
— deskriptive 156 ff.
— EDV, Konsequenzen 195
— Gesamteinschätzung als juristisches Strukturierungsmodell 244 ff.
— Grenzen 247, 251
— juristisches Anwendungsbeispiel 277 ff.
— Kritik an der 199 ff.
— normative 151 f.
— normative, als EDV-Modell 122, 160, 244
— normative, Verwendbarkeit als juristisches Interpretationsmodell 158 ff.
— ökonomische, als Strukturierungsmodell für juristische Entscheidungen 150 ff.
— praktischer Anwendungsbereich im Recht 243
— schafft günstige Voraussetzungen für EDV 297
— Typen 150 ff.
— und allgemeine Handlungstheorie 251
— und Rechtsdogmatik 115 ff.
— Vorteile im Recht 240, 246 f.
— Ziel 111
Entscheidungsverfahren
— Änderungsbedingungen bei angestrebtem Computereinsatz 82 ff.
— Kontrolle über 8
— Strukturierung durch Relationstechnik 44
— Theorie und Methode 5
— wirtschaftstheoretische 8
Entscheidungsverhalten
— Einfluß von Information auf 4
— Möglichkeiten für rationales 26
— Steuerung von 31

Folgen
— getroffener Entscheidungen 99, 263
— mittelbare und unmittelbare 218
Folgenberücksichtigung
— im Recht 212 ff., 218
— rechtsmethodische Einwände gegen 217
Folgenverantwortung
des Richters 48
Fortschritt
technologischer 2

Geisteswissenschaft
und Naturwissenschaft 83 ff.
Gerechtigkeit
und Alternativenwahl 216 f.
Gerichtsentscheidung
— methodische Analyse 50 ff.
— Utopie einer vollautomatisierten 116
Gesetz
— automationsgerechtes 66, 69
— Bindung an das 71
— Eignung für EDV 70
(siehe auch unter „Rechtssatz"; „Normsatz")
Gewaltenteilungsmodell 65
Grammatik
der juristischen Sprache 176 ff.

Hermeneutik
juristische 28, 30 f.

Imperativentheorie
und EDV 86 f., 89, 94
Individualentscheidung
und Kollegialentscheidung 10
Informationen
— Bewertung von 105
— Sammlung, Speicherung, Verarbeitung, Wiedergewinnung 254 ff.
— über den Normsatz 102 f.
— und Zeichen 16 f.
— Verfahren zur Organisation von 16
Informationsbegriff 99 ff.
Informationstheorie
— mathematische 100 f., 110
— pragmatische 101 f.
— semantische 101
Intelligenz
künstliche 122
Interpret
Rolle 28
Interpretationselemente 34, 42

Juristen
— Informationsverhalten 298
— Methodenbewußtsein 298
Justizsyllogismus
— aus EDV-Sicht 74 f., 78 ff.
— Formalisierbarkeit 8, 80 f.
— und formale Logik 81, 134 ff.
— Zuverlässigkeit 55 ff.

Kalkül
— Begriff 88 f.
— und Wirklichkeit 11
Kommunikation 10, 24 f., 33, 57, 186, 246
Kommunikationstheorie 4
Konditionalprogramm
und Zweckprogramm 66 ff., 72
Konsens
— pragmatischer 106
— verbindlicher 120 ff.
Kritische Theorie 25 ff., 85, 163

Linguistik
— Anliegen der 175 ff.
— Leistung der 179
Logik
deontische 89
Lücke
und Rechtsfortbildung 58 ff.

Matrix
Vorteile der Darstellung in einer 190 ff.
Messung
von Wahrscheinlichkeitsaussagen 248
Methode
— Eigenständigkeit der juristischen 86
— formale, im Recht 84
Methodenlehre 28
— Leistung der juristischen 80 f.
Methodik
— juristischer Entscheidungen 28, 33
— Kritik 55 ff.
— nicht wertneutral 22
Modell
— Begriff 107
— Erklärungsmodell und Kalkülmodell 107 f.

Normanwendung
automatisierte 140 ff.
Normbegriff
— funktionaler 97 f.
— im Recht 86 ff.
Normlogik 177
Normsatz
Formalisierung 71
Normsatzauslegung
als Entscheidung unter Ungewißheit 164
Normziel
Modell 107 ff.
Nutzen
Begriff 209 f.

Objektivität
Verbesserungsmöglichkeiten 25
Operationalisierung 144
— von Informationen 239
Organisationstheorie 10

Paraphrase 57
Phasen
der Entscheidung unter Ungewißheit 166
Prädikatenlogik
und Entscheidungstheorie 254
Präferenz
Begriff und Voraussetzungen 230 ff.

Präferenzen
des Entscheidungssubjekts 82
Präferenztheorie
— Gegenstand der 209 f.
— und juristisches Bewertungsverfahren 107
Präjudizien
— Bindung an 34
— Tragweite von 197
Prämissen
Legitimation 23
Pragmatik
eines Rechtssatzes 180 f.
Programmiersprache 20 f.
Programmierung
— in Bezug auf Gesetzestexte 259 ff.
— in Bezug auf Sachverhalte 261
— Methoden der 256 ff.
— und Zieldiskussion 23
— von Simulationsmodellen 273 ff.
Rationalisierung
des Entscheidungsprozesses 204 ff.
Rationalismus
kritischer 23
Rationalität
— Begriff 22
— durch Folgenberücksichtigung 8
— im juristischen Entscheidungsprozeß 9
— in Entscheidungsgremien 10
Rationalitätsgewinn
durch methodenbewußtes Vorgehen 6
Recht
und Politik 215
Rechtsanwendung
und Rechtspolitik 123
Rechtsbegriff
— Zusammenhänge zwischen Anwendungsbedingungen und Informationskategorien 183
— entscheidungstheoretische Einbettung 187 ff.
Rechtsdogmatik 29, 32
— als Theorieersatz 43, 81 f.
— Nachteile 71 f.
Rechtsmethodik
Anforderungen an eine moderne 4
Rechtsprechung
— Funktion 122
— Grenzen der 35
Rechtssatz
— Anwendungsbedingungen 7
— prädikatenlogische Darstellung 169 ff.
— Semantik 173 ff.
Rechtssicherheit
und materiale Gerechtigkeit 125
Rechtssprache
— Automatisierbarkeit 10
— Eigenschaften 7
— instrumentelle Funktion 246
— Nachteile einer exakten 10
— Probleme einer exakten 10 f., 143, 181 f.
Rechtstheorie 4
— Fehlen einer 27
— neuere Tendenzen 10
Rechtswissenschaft
als Entscheidungswissenschaft 5 f., 126
Regressionsanalyse 269
Richter
— als Automat 4
— -attitüden 9
— Aufgabe 45
— als Sozialingenieur 124
— soziologie 9
Richterrecht 31 f., 95 f., 123

Sachverhalt
— Typisierung 196
— und Rechtssatz 56, 197
Semantik
Begriff und Richtungen 173 f.
Simulation
— als juristische Entscheidungshilfe 269 ff.
— Begriff 269
— und Dialog 270
— von Anwendungsbedingungen 293 ff.
Simulationsmodell
Vorschlag für ein 271 ff.
Skalierung
von Gewichtungen 242
Sozialdaten
— Begriff 264
— Bewertung von 265
Spieltheorie 110, 150, 152 ff.
— und juristischer Entscheidungsprozeß 155 f.

Sprache
— juristische 94
— künstliche 10
Sprachen
formale und natürliche 187
Sprachübersetzung
automatische 3
Strukturierung
— als notwendige Bedingungen für EDV 21, 207
— durch Entscheidungstheorie 240
— von Auslegungsentscheidungen 253
— von Sachverhalt und Rechtssatz 7
Subsumtion
und Erkenntnisprozeß 96
Syllogismus
aristotelischer 33, 36, 47 ff.
Syntax
eines Rechtssatzes 168 f.
Systemgedanke
und Dogmatik 61 f.
Systemrationalität 25
Systemtheorie
— und Entscheidungstheorie 118 f.
— und Transitivitätspostulat 234

Tatsachen
— Bewertung 76
— Probleme der Feststellung 75 ff.
— und Rechtsansichten 45 f.
Topik
als Problemlösungsmethode 39 ff.
Transitivität
— Begriff 231
— Kritik am Postulat 232 f.

Verhalten
Grenzen der Rationalität 250
Verstehen 28, 49
Vorverständnis 31, 33, 127

Wahrheitstafel 17
Wahrscheinlichkeit
— Begriffe 220
— objektive und subjektive 223
— und Wünschbarkeit 236
Wahrscheinlichkeitsaussagen
durch Richter 221, 237
Wertung
— Notwendigkeit 130
— vorgegebene 37
Wertungsspielraum 22
Wertungsvorgang
— als Wahl zwischen Alternativen 106
— rationale Behandlung 105 ff.
Wissenschaft
rationale 43
Wissenschaftsbegriff
— allgemein 23, 25
— im Recht 83 ff.
Wissenschaftstheorie
analytische 85 f.
Wissenschaftsverständnis
der juristischen Methodenlehre 42
Wünschbarkeit
— Begriff 228
— juristische Problematik 271 ff.
— und politische Theorie 233 f.
— und Wertung 228
— von Auslegungen 228
— von Folgen 181

Ziel
— Arten 199
— Feststellung durch Auslegungsmethoden 202 f., 205 f.
Zielangaben
in Gesetzen 198 ff., 262
Zielfestlegung
und Zielverwirklichung 23
Zirkel
hermeneutischer 29, 81