

Engel, Christoph

Working Paper

Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit

Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2001/9

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2001) : Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2001/9, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn

This Version is available at:

<http://hdl.handle.net/10419/85107>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
2001/9

Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit

von
Christoph Engel



Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit

Christoph Engel

July 2001

Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit

Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit.....	1
I. Einleitung.....	2
II. Ökonomische Einsichten.....	3
1. Einleitung.....	3
2. Regelanwendung.....	4
a) Wissensbegriff.....	4
b) Informationsasymmetrie zwischen Regelanwender und Adressat.....	9
3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale.....	15
4. Auffinden der Anlässe für die Regelanwendung.....	17
5. Regelbildung.....	18
a) Wissen über den Regelungsgegenstand.....	18
b) Lenkungswissen.....	21
III. Psychologische Einsichten.....	22
1. Einleitung.....	22
2. Regelanwendung.....	23
a) Entscheiden versus Erkennen.....	23
b) Entscheidungspraxis versus gesollte Entscheidung.....	25
c) Grenzen individueller Entscheidungen versus Grenzen der Entscheidung des Rechts.....	26
d) Individuelles Entscheiden versus Entscheiden des Rechts.....	27
3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale.....	30
4. Auffinden der Anlässe für die Regelanwendung.....	32
5. Regelbildung.....	33
IV. Systemtheoretische Einsichten.....	35
1. Einleitung.....	35
2. Regelanwendung.....	36
3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale.....	37
4. Auswahl der Anlässe für die Regelanwendung.....	38
5. Regelbildung.....	39
V. Kulturtheoretische Einsichten.....	41
1. Einleitung.....	41
2. Regelanwendung.....	42
3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale.....	44
4. Auswahl der Anlässe für die Regelanwendung.....	45
5. Regelbildung.....	46
VI. Möglichkeiten und Grenzen der Interdisziplinarität.....	47

* Henry Farrell, Adrienne Héritier und Indra Spiecker gen. Döhmman danke ich für wertvolle Anregungen.

I. Einleitung

Wer zu lang im Ausland lebt, kann schließlich heimatlos werden. Mit der fremden Sprache und Kultur wird er nie wirklich heimisch, aber zuhause findet er sich auch nicht mehr zurecht. Wer interdisziplinär arbeitet, steht in der gleichen Gefahr. Das fremde Fach nimmt ihn nicht wirklich ernst, das eigene Fach hält ihn für einen Fremdling. Als Jurist muss man dieses Risiko manchmal in Kauf nehmen. Denn die eigentliche Aufgabe dieses Fachs ist keine wissenschaftliche, sondern eine praktische. Juristen müssen entscheiden. Durch ihre Entscheidungen gestalten sie die soziale Wirklichkeit. Für diese Entscheidungen tragen sie Verantwortung. Deshalb ist Urteilkraft letztlich wichtiger als Stringenz oder gar Originalität. Der Akzent liegt jedoch auf dem Wort letztlich. Natürlich werden Entscheidungen besser, je besser der Jurist seinen Gegenstand durchdrungen hat. Dabei können ihm die Nachbarwissenschaften oft helfen. Auch für den juristischen Wissenschaftler gilt grundsätzlich deshalb: Wer sich in fremde Länder aufmacht, muss wissen, wo er herkommt. Und er muss beständig darüber nachdenken, ob und wie er die fremden Erfahrungen zuhause nutzen kann.

Beim Thema dieses Symposiums ist das Bemühen um die kontrollierte Integration fremder Einsichten in die eigene Wissenschaft besonders wichtig. Schon die Fülle disziplinärer Methoden und Kulturen zwingt dazu, die bei dieser Gelegenheit aufeinanderstoßen. Außerdem sind Wissen, Nichtwissen und unsicheres Wissen nicht einfach zufällige Gegenstände, deren sich die beteiligten Fächer annehmen können. Vielmehr nötig das Thema dazu, sich mit den Erkenntnismöglichkeiten und den Erkenntnisgrenzen der jeweiligen Disziplin auseinanderzusetzen. Das soll im Folgenden für das Recht geschehen. Die Fragestellung ist aber in doppelter Weise begrenzt und dadurch kontrolliert: Die interdisziplinäre Reise führt nicht in alle, sondern nur in vier fremde Lande. Der Forschungsreisende stellt an die Bewohner dieser Lande jeweils ein und dieselbe Frage: Was kann das Recht für den Fall lernen, dass es selbst unter Unsicherheit entscheiden muss?

Der Disput ist das Lebenselixier jeder Wissenschaft. Zu den Merkwürdigkeiten der Interdisziplinarität gehört, wie oft diese Grunderfahrung beim Überschreiten der Grenze zu einer fremden Disziplin verdrängt wird. Man glaubt, wenn man einen Vertreter gehört hat, kenne man die Position der ganzen Disziplin. Ein Symposium, das acht verschiedene Fächer zusammenbringt, muss mit diesem Problem leben. Es kann nicht den Kosmos jedes Fachs sichtbar machen. Daraus folgt unvermeidlich, dass die Aussagen beschränkt sind. Konkret: Im Folgenden geht es nur darum, was das Recht aus den benachbarten Fächern lernen kann, so wie ihre anwesenden Vertreter sie sehen. Der gleiche Vorbehalt gilt natürlich auch in umgekehrter Richtung. Hätte sich ein anderer

Jurist auf die folgenden vier Expeditionen aufgemacht, hätte er wahrscheinlich andere Nachrichten für das Recht mitgebracht. Aber in diesem Band kommen ja noch zwei andere Juristen zu Worte¹, und die Reiseführer sind mitveröffentlicht, so dass weitere Juristen Expeditionen unternehmen können.

Eine weitere Einschränkung ist unvermeidlich. Die vier hier betrachteten Nachbardisziplinen haben sich auch untereinander viel zu sagen². Davon wird im folgenden nur dann ausnahmsweise die Rede sein, wenn sich gerade in den Kategorien einer dritten Wissenschaft sagen lässt, warum das Recht sich mit einem intellektuellen Instrument der gerade untersuchten Nachbarwissenschaft schwer tut.

Unser Reisender war neugierig, aber vorsichtig. Seine erste Reise führt ihn ins Nachbarland der Ökonomie (II). Mal für Mal wird er mutiger. In der Psychologie geht es wenigstens noch um Individuen, aber nicht mehr um Rationalität (III). Die Systemtheorie wechselt vom Individuum zur Gesellschaft, aber sie beschränkt sich wenigstens noch auf einen einzigen theoretischen Rahmen (IV). Die Kulturtheorie macht dagegen gerade die Koexistenz konzeptionell unvereinbarer sozialer Konstruktionen zu ihrem Programm (V).

II. Ökonomische Einsichten

1. Einleitung

Law and Economics ist nicht ohne Grund ein boomender Wissenschaftszweig. Recht und Ökonomie haben einander viel zu sagen. Das Recht kann sich allerdings nicht gänzlich auf den methodologischen Individualismus zurückziehen. Es kann nicht alle Steuerungsaufgaben auf Anreizkompatibilität reduzieren. Steuerung ist nicht die einzige Aufgabe des Rechts. Aber wenn man Rechtsregeln als Institutionen begreift, und Institutionen als Restriktionen, die sich abweichenden Präferenzen in den Weg stellen, hat man oft doch schon sehr viel verstanden. Ökonomische Einsichten kann das Recht deshalb oft ganz unmittelbar für seine eigenen Zwecke verwenden. Die disziplinäre Korrektur kann sich oft darauf beschränken, die ökonomischen Aussagen nachträglich in Perspektive zu rücken. Das gilt gerade auch für unser Thema.

1 *Arno Scherzberg* Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in diesem Band ***; *Martin Schulte* Zum Umgang mit Wissen, Nichtwissen und Unsicherem Wissen im Recht – dargestellt am Beispiel des BSE- und MKS-Konflikts, in diesem Band ***.

2 Ein Beispiel muss genügen, das ich *Henry Farrell* verdanke. Die Heuristiken, von denen in Teil III die Rede sein wird, können als Instrumente zur Gleichgewichtsauswahl in das ökonomische Modell integriert werden: *John Schiemann*. Meeting Halfway Between Rochester and Frankfurt. Generative Saliency, Focal Points, and Strategic Interaction, in: *American Journal of Political Sciences* 44 (2000) 1-16.

Wir leben in einem Rechtsstaat. Wann immer der Staat von hoher Hand in Freiheit oder Eigentum der Bürger eingreift, braucht er deshalb eine gesetzliche Grundlage. Mit der sogenannten Wesentlichkeitstheorie hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzesvorbehalt sogar noch erweitert. Ein Gesetz ist auch dann vonnöten, wenn eine staatliche Maßnahme die Grundrechte der Bürger zwar unberührt lässt, gleichwohl aber wesentlich für den Staat ist³. Wann immer der Staat Geld ausgeben will, muss das Haushaltsgesetz ihn dazu ermächtigen. Tatsächlich sind deshalb große Teile des staatlichen Handelns gesetzlich und damit rechtlich vorgeformt⁴. Der Steuerungserfolg wird deshalb aber nicht gerade mit den Mitteln des Rechts bewirkt. Das Recht gebietet oder verbietet dem Bürger also nicht stets selbst ein Verhalten. Nur um diese deutlich kleinere Klasse von Fällen soll es im Folgenden gehen. Dann wird die Rechtsordnung zweimal tätig: Bei der Regelbildung (5) und bei der Regelanwendung (2). Die ökonomischen Einsichten über Entscheidungen unter Unsicherheit wirken sich auf beide Tätigkeiten aus. Das Recht kann sie außerdem verwenden, wenn es die Plastizität der Tatbestandsmerkmale einer Norm nutzt (3) und wenn es darum geht, die Anlässe für die Regelanwendung überhaupt erst aufzufinden (4).

2. Regelanwendung

Wodurch sich das Erkenntnisinteresse beider Wissenschaften unterscheidet, wird deutlich, wenn man ihre Wissensbegriffe nebeneinander hält (a). Das Erkenntnisinteresse der Ökonomie ist enger als das des Rechts. Das zentrale ökonomische Wissensproblem stellt sich aber häufig auch für das Recht. Zwischen Regelanwender und Adressat besteht nämlich regelmäßig eine Informationsasymmetrie (b).

a) Wissensbegriff

Der Wissensbegriff macht deutlich, welches Erkenntnisinteresse eine Wissenschaft verfolgt. Man kann auch sagen, es wird deutlich, von welchem Rationalitätskonzept sie ausgeht⁵. In ihrer Mehrheit definiert sich die Ökonomie durch eine Methode, nämlich den methodologischen Individualismus.

3 Leitentscheidung BVerfGE 40 137, 248 ff.

4 Zusammenfassend *Christoph Engel*: Die Grammatik des Rechts, in: *Hans-Werner Rengeling/Hagen Hof (Hrsg.): Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund*, Baden-Baden 2001, 17-49 (19-23).

5 Anregend: *Lorraine Daston*: Objectivity versus Truth, in: *Hans Erich Bödeker/Peter Hanns Reill/Jürgen Schlumbohm (Hrsg.): Wissenschaft als kulturelle Praxis, 1750-1900*. Göttingen 1990, 17-32.

Sie analysiert soziale Vorgänge aus der Perspektive von Individuen, die ihren Nutzen maximieren wollen. Sie unterstellt dabei das Verhaltensmodell des Homo Oeconomicus⁶.

Dazu gehört die Annahme, dass jedes Individuum eine in sich geschlossene Nutzenfunktion hat. Diesen Nutzen verwirklicht das Individuum in dem Ausmaß, in dem die Restriktionen das zulassen, unter denen es zu entscheiden hat. Das Recht ist, wie alle anderen Institutionen, eine dieser Restriktion. Ändert sich das Recht, optimieren die Individuen ihr Verhalten neu. Indem es diese Anpassungsreaktionen voraussieht, kann das Recht Verhalten steuern⁷.

In diesem konzeptionellen Rahmen reduziert sich das Wissensproblem auf den Zugang zu Informationen⁸. Der Bedarf nach Information steht fest, bevor das Individuum diese Information sucht. Wissen hat seine Plastizität also bereits eingebüßt⁹. Information hat kein Theorie- oder Ideenelement¹⁰. Information ist kontextfrei¹¹. Die Informationsverteilung gilt als prinzipiell veränderbar. Information ist also explizit, oder sie kann jedenfalls explizit gemacht werden¹². Außerdem ist vorausgesetzt, dass der Adressat die Information auch korrekt verwerten kann, dass also keine kognitiven Probleme bestehen¹³. Die Informationsverteilung reduziert sich dann auf ein Anreizproblem. Es liegt den Prinzipal-Agent-Modellen zugrunde. Derjenige, dem die Information fehlt, wird als Prinzipal modelliert, derjenige, der sie hat, als Agent. Der rationale Prinzipal sieht die Informationsasymmetrie voraus. Er sucht nach Mechanismen, um die Anreizstruktur so zu verändern, dass der Agent die Information offenbart. Die Wirtschaftstheorie spricht dann von Mechanism Design oder von (ökonomischer) Vertragstheorie¹⁴.

Auch die Regelanwendung hat ein Wissensproblem. Es ist strukturell verwandt. Damit die Regel die gewünschte Wirkung tun kann, muss der Regelanwender den Sachverhalt kennen. Regelmäßig weiß

-
- 6 Grundlegend: *Gebhard Kirchgässner*: Homo Oeconomicus. Das Ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 74) Tübingen 1991.
 - 7 Grundlegend: *Karl Homann/Andreas Suchanek*: Ökonomik. Eine Einführung, Tübingen 2000.
 - 8 Konsequenz spricht *Eichenberger* (im ersten Teil seines Beitrags) dann auch stets von Informationen. *Reiner Eichenberger*: Wissen und Information in ökonomischer Perspektive, in diesem Band ***.
 - 9 Dazu sogleich näher aus juristischer Perspektive.
 - 10 Näher zu der Unterscheidung von Interessen und Ideen *Viktor Vanberg / James M. Buchanan*: Interests and Theories in Constitutional Choice: In: *Journal of Theoretical Politics* 1 (1989) 49 – 62; *Albert S. Yee*: The Causal Effects of Ideas on Politics, in: *International Organization* 50 (1996) 66-108.
 - 11 Zu dieser Kritik am ökonomischen Modell grundlegend *Mark Granovetter*: Economic Action and Social Structure. The Problem of Embeddedness, in: *American Journal of Sociology* 96 (1985) 481–510.
 - 12 Dazu näher *Robin Cowan / Paul A. David / Dominique Foray*: The Explicit Economics of Knowledge Codification and Tacitness, in: *Industrial and Corporate Change* 9 (2000) 211–253; klassisch *Michael Polanyi*: *The Tacit Dimension*, New York 1967.
 - 13 Eine ebenso knappe wie konzise Zusammenfassung findet sich bei *Roger G. Noll / James E. Krier*: Some Implications of Cognitive Psychology for Regulation: in: *Cass R. Sunstein* (ed.): *Behavioural Law and Economics*, Cambridge 2000, 325–354 (326–336).
 - 14 Grundlegend *Urs Schweizer*: *Vertragstheorie*, Tübingen 1999.

der Regeladressat mehr als der Regelanwender. Schon die Begriffe zeigen aber, dass das ökonomische und das juristische Wissensproblem nicht identisch sind. Im Recht geht es um Tatsachen, nicht um Informationen. Der Begriff der Tatsache ist hermeneutisch gedacht. Er unterstellt den Syllogismus, also die Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter eine abstrakte Norm. Das kann niemals ein rein mechanischer Vorgang sein. Regelanwendung ist vielmehr ein gedanklicher Prozess. Das Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Sachverhalt und Norm ist für ihn charakteristisch. Erst im Laufe dieses Prozesses schält sich heraus, welche Elemente der Wirklichkeit für diese juristische Entscheidung relevant sind. Erst im Lichte dieses Versuchs, die Wirklichkeit zum Sachverhalt zu reduzieren, wird außerdem deutlich, wie die Norm wirklich zu verstehen ist. Der juristische Begriff der Tatsache impliziert also eine (durch den Text der Norm begrenzte) Plastizität. Erst am Ende dieses Prozesses steht fest, welche Rechtsfrage genau zu beantworten ist, und auf welche Tatsachen es dafür ankommt. Ob die Norm den Sachverhalt wirklich erfasst, hängt letztlich an ihrem Telos. Der juristische Begriff der Tatsache enthält dadurch auch ein Ideenelement¹⁵.

Die juristische Regelanwendung stellt die Informationsgewinnung in einen allgemeinen und einen besonderen Kontext. Der allgemeine Kontext ergibt sich aus der Einbindung der angewandten Regel in die Rechtsordnung. Die Norm ist deshalb nicht nur teleologisch, sondern auch systematisch zu interpretieren. Das ist nicht nur ein Erkenntnismittel bei Auslegungszweifeln. Vielmehr ist Konsistenz ein normatives Gebot. Die Einheit der Rechtsordnung gilt zwar nicht absolut. Logische Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche haben aber die Vermutung gegen sich¹⁶. Außerdem gewinnt das Recht Informationen für einen ganz bestimmten Zweck, nämlich zur Lösung des konkreten Falls. Das juristische Wissensproblem ist deshalb zugleich in den Kontext der Lebenswirklichkeit gestellt, der dieser Fall entnommen ist.

Das Recht gewinnt Informationen zur Vorbereitung einer förmlichen Entscheidung. Diese Entscheidung interveniert von hoher Hand in Freiheit und Eigentum ihrer Adressaten. Der Vorgang der Informationsgewinnung und der Schritt von der Information zur Entscheidung sind deshalb rechtsstaatlich kontrolliert und begrenzt. Das Recht kennt Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote¹⁷.

15 Anschaulich zur hermeneutischen Seite der Rechtsanwendung *Karl Engisch*. Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1983.

16 Anregend *Joachim Schulz*. Methoden der Juristen – eine ahistorische Skizze, in: *Rainer Künzel / Jörn Ipsen / Chryssoula Kambas / Heinz W. Trapp* (Hrsg.): Profile der Wissenschaft, Osnabrück 1999, 185–213.

Das ökonomische Modell hat nur ein Instrument, um die Informationsverteilung zu ändern: Es muss an das Eigeninteresse dessen heran, der die Information besitzt. Die Rechtsordnung ist freier gestellt. Sie kann die mangelnde Bereitschaft zur Preisgabe der Information mit staatlichem Zwang überspielen. Davon handelt jeder Kriminalroman. Bei der Hausdurchsuchung findet die Polizei enthüllende Schriftstücke. Die Kriminaltechnik beweist, wer am Tatort war. Aus Zeugenaussagen setzt sich ein Mosaik des Tatgeschehens zusammen. In der Sprache des ökonomischen Mechanism Design: Mit seiner Hoheitsgewalt kann der Staat die Teilnahmebedingung überspielen¹⁸.

Die zweite Handlungsoption des Rechts zur Veränderung der Informationsverteilung lässt sich nicht so leicht in ökonomischer Sprache reformulieren. Verhaltenserwartungen des Rechts sind mehr als bloße Wünsche. Normgeltung ist mehr als ein rechtsinternes Konstrukt. Normativität hat einen Einfluss auf Verhalten. Das heißt natürlich nicht, dass jeder Adressat die Norm schon deshalb befolgt, weil sie gilt. Dann wäre ja jedes Vollstreckungsrecht entbehrlich. Aber die Normbefolgung geht weit über das rationaltheoretisch erklärbares Maß hinaus. Das gilt grundsätzlich auch für die normative Erwartung der Preisgabe privater Information. Der Gegensatz zum Rationalmodell der Ökonomen lenkt den Blick auf zwei gegenteilige Extreme. Beide kommen in der Wirklichkeit durchaus vor. Sie können deshalb einen Teil der Normbefolgung erklären, die dem Rationalmodell unverständlich bleibt.

Die eine Erklärung setzt beim Individuum an. Manchmal gelingt es der Norm nämlich, ökonomisch gesprochen, die Präferenzen ihrer Adressaten zu verändern. Das geschieht offen, wenn es der Norm gelingt, den Adressaten zu überzeugen. Das ist gar nicht so selten. Denn die abstrakte Regel wird ja in einem zweiten, rechtsstaatlichen Verfahren angewendet. In diesem Verfahren tritt die Rechtsordnung in den offenen Diskurs mit dem Adressaten¹⁹. Die Psychologie macht deutlich, wie der Diskurs Wirkungen zeitigen kann. Er setzt einen Vorgang des kognitiven Lernens in Gang. Die Ergebnisse dieses Lernvorgangs sind besonders stabil. Denn auch der Verlust der neuen Präferenz ist psychologisch wieder ein Lernvorgang. Er muss die feste Verankerung des alten Lernvorgangs erst wieder lockern²⁰.

17 Weil das Strafurteil am intensivsten in die Freiheit eingreift, sind die Beweiserhebungs- und –verwertungsverbote dort auch am stärksten entfaltet, zusammenfassend *Claus Roxin*: Strafrecht, München 25 § 24 D, R 13 ff.

18 Näher *Schweizer* (FN 14) 62–65; aus dieser Präzisierung folgt zugleich, dass auch der Staat an die Anreizverträglichkeitsbedingung gebunden bleibt, näher ebd. 52.

19 *Renate Mayntz*: Implementation von regulativer Politik, in: *dies.* (Hrsg): Implementation politischer Programme II, Opladen 1983, 50–74 (65–69).

20 Diesen Hinweis verdanke ich *Eva Jonas*. Eine umfassende Darstellung der psychologischen Erkenntnisse über Lernvorgänge findet sich bei *Michael Domjan*: *The Principles of Learning and Behaviour*, Pacific Grove 1998.

Der zweite Mechanismus ist indirekter, deshalb aber nicht weniger wirkungsvoll. Er dient dem Schutz des Selbstwertgefühls. Niemand lebt gerne dauerhaft mit der Vorstellung, sein Verhalten sei fremdbestimmt. Kann er sich dem Druck einer Norm nicht entziehen, ist die Anpassung der Präferenzen deshalb ein Mittel, das Selbstwertgefühl zu stabilisieren. Die Psychologen sprechen dann vom Abbau kognitiver Dissonanz²¹. Dieser Mechanismus ist dann besonders wahrscheinlich, wenn der äußere Druck zwar fühlbar, aber nicht unüberwindlich war²². Dann hätte das Individuum dem Druck ja widerstehen können. Es trägt mit anderen Worten vor sich selbst die Verantwortung für seine Handlung.

Die zweite extreme Gegenposition zum Rationalmodell überschreitet nicht die Grenze zwischen Präferenzen und Restriktionen, sondern sie gibt den methodologischen Individualismus auf. Sie erklärt Normativität damit, dass sie an die soziale Identität des Individuums appellieren kann²³.

Beide Wirkungen sind real, sie erklären aber nur einen Teil der Abweichungen vom Rationalmodell. Praktisch wichtiger ist ein weniger extremer Wirkungszusammenhang. Es ist der Zusammenhang zwischen Legitimation und Akzeptanz. Legitimation ist für einen Juristen im Ausgangspunkt ein normatives Konzept. Er braucht eine Legitimationstheorie, um staatliche Zwangsgewalt zu begründen²⁴. Das gilt auch dann, wenn die Rechtsordnung ein Individuum zwingen will, private Information offenzulegen. Meist kommt es jedoch gar nicht so weit. Der Adressat befolgt die Norm, obwohl er an seinen abweichenden Präferenzen und Gerechtigkeitsvorstellungen festhält. Er akzeptiert den Normbefehl, weil er die Norm für einen legitimen Akt staatlicher Herrschaft hält. Die Brücke von Legalität zu Legitimität zu schlagen, ist die zentrale Aufgabe des Verfassungsstaats. Er begrenzt die Zuständigkeit und das Verfahren für Regelbildung und Regelanwendung. Dadurch vermittelt er der Norm formale Legitimität. Das Grundgesetz ist noch einen Schritt weiter gegangen. Mit den Grundrechten zieht es der Staatsgewalt auch materielle Grenzen. Im letzten muss sie die abweichende Individualität des Normadressaten respektieren. Vor allem muss sie sich für ihre Interventionen in Freiheit und Eigentum sowie für Ungleichbehandlungen aber vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rechtfertigen.

21 Klassisch *Leon Festinger*. A Theory of Cognitive Dissonance, Evanstone 1957; zusammenfassend *Dieter Frey / Anne Gaska*: Die Theorie der kognitiven Dissonanz, in: *Dieter Frey / Martin Irlé* (Hrsg): Theorien der Sozialpsychologie I Kognitive Theorien, Bern 2 1994, 275-326.

22 Das klassische Experiment stammt von *Leon Festinger/J.Merrill Carlsmith*. Cognitive Consequences of Forced Compliance, in: *Journal of Abnormal and Social Psychology* 58 (1959) 203-210.

23 Anregend, aber auch sehr weitgehend *Günther Jakobs*: Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie (Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte 23) Berlin 2 1999, insbesondere 51-58 und 63-70.

24 Näher *Stefan Tontrup*. Ökonomie in der dogmatischen Jurisprudenz, in: *Christoph Engel* (Hrsg): Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter (Common Goods: Law, Politics and Economics 1) Baden Baden 1998, 41-120 (vor allem 90-103).

All diese Überlegungen passen zunächst einmal für das materielle Recht. Darum geht es an dieser Stelle jedoch nur ganz ausnahmsweise. Manchmal will die Rechtsordnung allein durch die Offenlegung von Informationen ihr Regelungsziel erreichen. Die Publizitätsregeln für den Kapitalmarkt sind ein Beispiel²⁵. Ein weiteres Beispiel sind die parlamentsrechtlichen Pflichten der Abgeordneten zur Offenlegung von Beraterverhältnissen²⁶. Typischerweise verlangt das Recht die Offenbarung von Informationen aber deshalb, weil andere Normen an den offengelegten Sachverhalt Rechtsfolgen knüpfen. Die Pflicht, als Zeuge zur Verfügung zu stehen, ist das offensichtlichste Beispiel. Man stellt an die Normgläubigkeit der Adressaten schon hohe Anforderungen, wenn auch das zu ihren eigenen Präferenzen oder zum Teil ihrer sozialen Identität werden soll. Sehr viel eher werden die Individuen die Offenlegung aber für ihre Bürgerpflicht halten und ihr deshalb genügen.

b) Informationsasymmetrie zwischen Regelanwender und Adressat

Auch wenn das Recht mehr Möglichkeiten hat, als das Rationalmodell abbilden kann, sind Informationsasymmetrien zwischen dem regelanwendenden Juristen und dem Adressaten doch häufig. Das liegt auch an einem Selektionseffekt. Nur wenige Ge- und Verbote schützt die Rechtsordnung durch ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die wichtigsten Ausnahmen finden sich im Recht industrieller Anlagen und im Verkehrsrecht. Potentiell gefährliche Anlagen darf nur betreiben, wer dafür vorab die Genehmigung bekommen hat²⁷. Wer Auto fahren will, braucht einen Führerschein²⁸. Sein Kraftfahrzeug muss durch Einzelentscheidung zum Straßenverkehr zugelassen sein²⁹. Wenn sich die Rechtsordnung auf die nachträgliche Intervention beschränkt, hat die autoritative Regelanwendung ausschließlich mit vermuteten Normverletzungen zu tun. Dann ist zugleich wahrscheinlich, dass der Adressat versucht, ihm schädliche Informationen geheim zu halten. Es ist also nicht unwahrscheinlich, dass sich der Adressat, ökonomisch gesprochen, strategisch verhält. An sich liegt es deshalb nahe, dass die Rechtsordnung reagiert wie der Prinzipal ökonomischer Modelle.

25 Einzelheiten etwa bei *Merritt B. Fox*: Required Disclosure and Corporate Governance, in: *Klaus J. Hopt et al.* (Ed): Comparative Corporate Governance. The State of the Art and Emerging Research, Oxford 1998, 701–718; *Jörg Baetge / Stefan Thiele* Disclosure and Auditing as Affecting Corporate Governance, ebd. 719 – 741.

26 Näher § 44 a Abgeordnetengesetz.

27 Idealtypisch § 4 I 1 Bundesimmissionsschutzgesetz. Im Gegensatz dazu ermächtigen die §§ 24 und 25 BImSchG die Immissionsschutzbehörde bei weniger gefährlichen Anlagen nur, nachträglich einzuschreiten.

28 §§ 2–4 Straßenverkehrsgesetz.

29 Einzelheiten §§ 16–29 Straßenverkehrszulassungsordnung.

Er nimmt zunächst einmal Rücksicht auf die Höhe der Informationsgewinnungskosten³⁰. Sind die Kosten höher als der erwartete Nutzen, ist es rational, dem Agenten seine Informationsrente zu lassen. Der Rechtspraxis sind solche Überlegungen nicht fern. Für die Aufklärung eines Ladendiebstahls treibt die Polizei nicht den gleichen Aufwand wie für die Aufklärung eines Mordes. Bei bloßen Ordnungswidrigkeiten gilt das Opportunitätsprinzip. Die Ordnungsbehörde kann sie verfolgen, muss das aber nicht³¹. Auch in diesen Fällen geht es aber nicht allein um die Informationsgewinnungskosten. Der Rechtsanwender nimmt vielmehr auch die Folgen für Parallelfälle in den Blick. Spricht sich nämlich herum, dass eine bestimmte Norm kaum je vollzogen wird, schlägt das auf die Normbefolgung zurück.

Scheinbar steht das im Widerspruch zu der These vom Eigengewicht der Normativität. Folgt daraus nicht doch, dass die scheinbar autonome Normbefolgung nur das Ergebnis der glaubhaften Sanktionsdrohung ist? Dann wäre man zurück im reinen Rationalmodell. Doch die Erosion von Normen, die nicht vollzogen werden, dürfte einen anderen, psychologischen Grund haben. Wer die Norm befolgt, will nicht der Dumme sein. Es geht also um ein Fairness-Argument. Wenn sich andere in vergleichbarer Lage befinden, sollen sie auch vergleichbar belastet sein³².

Die Rechtsanwender müssen deshalb darauf achten, wie andere Adressaten die Nichtdurchsetzung der Regel wahrnehmen. Das legt zunächst einmal katholische Lösungen nahe nach dem Motto: In der Predigt den Standard hochhalten, in der Beichte Barmherzigkeit üben. Je weniger die Ausnahme publik wird, desto leichter fällt sie dem Regelanwender. In aller Öffentlichkeit kann er im Normalfall nicht allein auf die hohen Informationsgewinnungskosten abstellen. Vielmehr braucht er andere Gründe für die Unterscheidung. Er mag darauf hinweisen, dass die Rechtsdurchsetzung im konkreten Fall weniger wichtig ist, weil das Schutzgut weniger beeinträchtigt wird. Notfalls muss er darauf verweisen, dass die Informationsgewinnungskosten im konkreten Fall nicht nur hoch, sondern prohibitiv wären.

Etwas freier ist manchmal das Zivilrecht gestellt. Sein Ziel ist nämlich nicht das Gemeinwohl³³, sondern der Ausgleich zwischen den Parteien. Auch diese Funktion kann es allerdings nur erfüllen, wenn die machtlose Partei auf den Schutz der Rechtsordnung vertrauen kann. Nur dann wird es für

30 *Eichenberger* (FN 8) ***.

31 § 47 I 1 Ordnungswidrigkeitengesetz.

32 *Daniel Kahneman*. Fairness as a Constraint on Profit Seeking. Entitlements in the Market, in: American Economic Review 76 (1986) 728-741; aus ökonomischer Perspektive grundlegend *Ken Binmore*. Playing Fair. Game Theory and the Social Contract I, Cambridge 1994; *ders.*: Just Playing. Game theory and the Social contract II, Cambridge 1998.

33 *Genauer*: Dem Zivilrecht geht es nicht um die Korrektur individuellen Verhaltens. Vielmehr will es den individuellen Entscheidungen einen Ordnungsrahmen zur Verfügung stellen.

sie nämlich rational, auf vorbeugende Sicherungen zu verzichten. Im Zivilprozess kann der Richter die Verantwortung für die Berücksichtigung der Informationsgewinnungskosten aber auf die Parteien verlagern. Er kann im Vergleichsgespräch darauf hinweisen, wie teuer die Beweiserhebung würde. Nach deutschem Kostenrecht kann das dem Kläger an sich allerdings gleichgültig sein. Wenn er den Prozess nach der teuren Beweiserhebung schließlich gewinnt, trägt der Beklagte auch dafür die Kosten. Schätzt der Beklagte die Erfolgsaussichten genauso ein, wird er sich aber gerade deshalb auf ein Vergleichsangebot einlassen. Weil man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand ist, hat auch der Kläger Grund zur Vergleichsbereitschaft³⁴.

Man muss nicht alles selbst können. Kann es ein anderer, liegt aus ökonomischer Perspektive Arbeitsteilung nahe. Das gilt auch für die Informationsgewinnung. Man kann einen Informationsintermediär damit beschäftigen, eine Detektei etwa oder Auskunftsdienste nach Art der Schufa. Die Einschaltung von Intermediären kann selbst dann sinnvoll sein, wenn man sich die Informationen an sich auch selbst beschaffen könnte. Denn der Intermediär kann sich spezialisieren und dabei Größen- oder Verbundvorteile ausschöpfen. Vielleicht sind auch einfach nur seine Opportunitätskosten niedriger. Man selbst kann in anderen Worten in der gleichen Zeit auf andere Art mehr Geld verdienen³⁵. All das gilt an sich auch für den staatlichen Regelanwender. Konsequenz gehört zu den Beweismitteln auch der vom Gericht bestellte Sachverständige³⁶.

Darf der Staat aber stattdessen einfach auf das Angebot zurückgreifen, das Informationsintermediäre am Markt machen? Im Gerichtsverfahren ist die Antwort regelmäßig eindeutig nein. Denn der Katalog der Beweismittel ist abschließend. Es gilt also der Grundsatz des Strengbeweises³⁷. Schwieriger ist die Entscheidung insbesondere im Verwaltungsverfahren. Hier gilt nämlich der Grundsatz des Freibeweises. Es gibt also keinen Numerus Clausus der Beweismittel³⁸. Unter Berufung auf diesen Grundsatz hat Nordrhein Westfalen eine Zeitlang die Regelüberwachung

34 Auch diese Überlegungen sind allerdings noch zu stark von Rationalität geprägt. Die Menschen neigen dazu, ihre eigene Lage rosiger einzuschätzen als sie ist. Näher *Linda Babcock / George Loewenstein*. Explaining Bargaining Impasse. The Role of Self-Serving Bias, in: *Cass Sunstein* (ed.): *Behavioural Law and Economics*, Cambridge 2000, 355–373. Wenn sie sich vor dem Prozess ineinander verbissen haben, spielt ökonomischer Vorteil für ihr Verhalten kaum noch eine Rolle, näher *Ward Farnsworth*. Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement? A Glimpse Inside the Cathedral, ebd. 302–322.

35 Wegen des schon eingeführten Prinzipal Agenten Problems ist das rationale Kalkül in Wahrheit allerdings komplizierter. Denn auch der Informationsmediär ist wieder ein Agent. Auch er kann seinen Informationsvorsprung also im Eigeninteresse missbrauchen, näher *Jean Tirole*. Hierarchies and Bureaucracies. On the Role of Collusion in Organizations: in *Journal of Law, Economics and Organization* 2 (1986) 18–214; *Jean Jacques Laffont*. Politic Economy, Information and Incentives, in: *European Economic Review* 43 (1999) 649–669. Häufig ist der Intermediär aber im Eigeninteresse auf seine Reputation bedacht. Dann vermindert sich das Problem.

36 Alle Prozessordnungen sehen das vor, siehe nur §§ 72–93 Strafprozessordnung.

37 Die Einzelheiten sind kompliziert. Insbesondere die Tatsachen für prozessleitende Entscheidungen dürfen regelmäßig im Freibeweis erhoben werden, *Ulrich Eisenberg* *Strafprozessrecht*, Heidelberg 3 1999, R 35 ff.

38 26 I 1 *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

im Immissionsschutzrecht einem privaten Anbieter überlassen. Die Kosten hat es dem Genehmigungsinhaber als Verwaltungsauslagen in Rechnung gestellt³⁹. Ein Sturm der Entrüstung war die Folge. Nordrhein Westfalen hat die Entscheidung schnell wieder zurückgenommen.

Im Vordergrund steht ein rechtsstaatliches Problem. Private Informationsintermediäre können frei von den rechtsstaatlichen Sicherungen handeln, denen die staatliche Informationsgewinnung unterworfen ist. Sie agieren am Markt und nehmen dabei die Freiheit eines Privatmannes in Anspruch⁴⁰. Im Hintergrund steht ein noch schwierigeres Problem. Wenn der Staat private Informationsintermediäre einsetzt, erweitert er seine Vollzugsressourcen quantitativ und qualitativ. Quantitativ setzt er sich über den Stellenplan und damit über die Vorgaben des Haushaltsrechts hinweg. Haushaltsrecht ist auch Machtbegrenzungsrecht. Im nordrhein-westfälischen Fall war der Effekt sogar noch deutlicher, weil das Land die Kosten ja den Genehmigungsinhabern auferlegen wollte. Der qualitative Effekt beruht auf dem Wettbewerbsdruck, unter dem die privaten Anbieter stehen. Er zwingt sie, ausschließlich auf die immer größere Effektivität der Informationsgewinnung zu achten. Denn nur dafür werden sie von ihrem Auftraggeber ja bezahlt. Das führt zu einer heiklen Rechtsfrage: sind die quantitativen und qualitativen Beschränkungen der eigenen staatlichen Informationsgewinnung nicht bloß ein Reflex, sondern ein von der Verfassung gewollter Schutz der Regeladressaten?

Willkürliches oder unsinniges Recht ist gottlob selten. Von gelegentlichen Ausreißern abgesehen dienen Rechtsnormen einem vernünftigen Zweck. Sie wollen das Verhalten der Adressaten in einer Weise beeinflussen, die es sozial erträglicher, vielleicht auch nützlicher macht. Deshalb knüpfen die Tatbestandsmerkmale vieler Normen unmittelbar an Tatsachen aus der Sphäre des Adressaten an. Informationstheoretisch ist das ein Problem. Denn solche Tatsachen sind oft private Information. Der Staat kann sie bestenfalls mühevoll indirekt ermitteln. Oft kann der Adressat sie einfach geheim halten und dadurch die Norm stumpf machen. Das braucht kein Kunstfehler des Gesetzgebers zu sein. Denn wir hatten ja bereits gesehen, dass Normen nicht nur wegen der staatlichen Sanktionsdrohung befolgt werden. Zumindest muss sich der Staat dann aber Gedanken darüber machen, wie er die Informationen einem widerspenstigen Adressaten doch entlocken kann. Die ökonomische Lehre vom Mechanism Design bietet eine elegante Lösung an. Der Staat gestaltet den institutionellen Rahmen so aus, dass der Adressat sich selbst am meisten schaden würde, wenn er die Information geheim hält. Der Staat hat es dabei sogar einfacher als eine Privatperson in gleicher

39 Diesen Hinweis verdanke ich *Heike Holst*.

40 Dieses Hindernis wäre für die Rechtsordnung letztlich überwindlich. Sie könnte den Informationsintermediär mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe „beleihen“ und sein Handeln dadurch rechtsstaatlich domestizieren, vgl. *Rupert Scholz*: Verkehrsüberwachung durch Private ?, in: NJW 1997, 14-18.

Lage. Der Privatperson genügt die bloße Anreizkompatibilität des Vertrags nämlich nicht, wenn die andere Seite dann nicht mehr zum Vertragsschluss bereit ist. Diese zweite Restriktion der Teilnahmebedingung kann der Staat mit seiner souveränen Zwangsgewalt überspielen⁴¹.

Lupenreine Beispiele aus der Verwaltungspraxis sind schwer zu finden⁴². Am nächsten kommt das Telekommunikationsgesetz. Es lässt die Versteigerung von Frequenzen zu⁴³. Davon hat die Regulierungsbehörde bei den UMTS-Lizenzen ja auch spektakulären Gebrauch gemacht⁴⁴. So ganz passt das Beispiel allerdings nicht. Die Auktion veranlasst die Teilnehmer, die private Information über ihre Zahlungsbereitschaft zu offenbaren. Das Telekommunikationsgesetz macht die Zahlungsbereitschaft aber nicht selbst zum Tatbestandsmerkmal. Das ist anders, wenn die Errichtung oder der Betrieb einer Anlage davon abhängig gemacht wird, dass sie die Standards eines Umweltgesetzes einhält. Wenn der Betreiber dafür eine Genehmigung braucht, kommt er genau in die Situation, an die beim Mechanism Design gedacht ist. Solange er die Behörde nicht von der Rechtmäßigkeit der Anlage überzeugen kann, erhält er keine Genehmigung. Er wird deshalb im Eigeninteresse dafür sorgen, dass die Behörde die Sicherheit der Anlage beurteilen kann⁴⁵. Befürchtet die Rechtsordnung, dass der Betreiber die Anlage später verändert, kann sie diese Genehmigung befristen. Dann wiederholt sich die Ausgangssituation. Wieder liegt es im Eigeninteresse des Betreibers, seine privaten Informationen offen zu legen⁴⁶.

Geht der Staat diesen indirekten Weg, umgeht er die verfahrensrechtlichen Schranken der Informationsgewinnung. Die Übertragung von Vorstellungen des Mechanism Design auf das Verwaltungsverfahren ist deshalb rechtsstaatlich bedenklich. Außerdem gibt sie dem Verhältnis von Staat und Bürger eine problematische Färbung. Denn der konzeptionelle Hintergrund all dieser Mechanismen ist die strikte Eigennutzannahme. Zur Offenlegung kommt es nur, wenn und weil der Adressat seine Umgebung beständig auf Gelegenheiten absucht, seine eigene Situation zu verbessern. Deshalb passt er sein Verhalten auch an neue Restriktionen sofort an. Darf der Staat aber wirklich unterstellen, dass die Bürger das Recht brechen werden, wo immer sie das ungesüht tun können?

41 Siehe erneut *Schweizer Vertragstheorie* (FN 14).

42 Diese Einsicht verdanke ich *Melanie Bitter*, die über diese Frage promoviert.

43 § 47 V 2 Telekommunikationsgesetz.

44 Zusammenfassend zu der ökonomischen Grundlage Philippe Jehiel/Benny Moldovanu: The European UMTS/IMT-2000 Licence Auctions, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=270732 (26.6.2001).

45 Perfektion darf man dabei natürlich nicht erwarten. Der Antragsteller wird oft versuchen, den Sachverhalt rosiger zu zeichnen. Aber durch den Genehmigungsvorbehalt erfährt die Behörde doch viel mehr als in Parallelfällen, in denen sie nur nachträglich intervenieren darf.

46 *Gertrude Lübke-Wolff*: Modernisierung des Umweltordnungsrecht. Vollziehbarkeit – Deregulierung – Effizienz, Bonn 1996.

Solche rationaltheoretische Schlauheit kann sich schließlich sogar gegen ihren Urheber kehren. Wem die Rechtsordnung Nutzenmaximierung unterstellt, der verhält sich schließlich vielleicht wirklich so. Warum das nicht unwahrscheinlich ist, lässt sich auf verschiedene Arten begründen. Extrinsische Anreize können intrinsische Motivation zerstören, ist die erste Erklärung⁴⁷. In dieser Vorstellung wird die ursprüngliche Bereitschaft verdrängt, auf das Allgemeinwohl Rücksicht zu nehmen. Eigennutz wird zur einzigen, jedenfalls aber zur beherrschenden Motivation. Ein etwas zynischer Satz macht den Unterschied deutlich: Jedermann ist bestechlich, es kommt nur auf den Preis an. Darin ist impliziert: Solange kein riesiger Gewinn winkt oder kein großer Schaden droht, denken die meisten Menschen nicht rücksichtslos allein an ihren Vorteil.

Die zweite Erklärung geht noch weiter. Psychologisch ist nämlich keineswegs ausgemacht, dass der Adressat den sozial wohltuenden Handlungsantrieb durch eine rationale Anpassungsreaktion ersetzt. Er kann sich durch die Unterstellung selbstsüchtiger Motive vielmehr in seinem Selbstwert verletzt fühlen. Dann antwortet er mit Reaktanz. Darunter verstehen Psychologen die Bereitschaft, sich selbst zu schaden, wenn man dadurch auch dem Dritten schaden kann, der das eigene Selbstwertgefühl verletzt hat⁴⁸.

Reaktanz ist allerdings keine automatische Reaktion auf Anreizsteuerung. Der Zusammenhang ist uns aus eigenem Erleben bewusst: Bekommen wir die Quittung für eine Regelübertretung, reagieren wir für gewöhnlich mit schlechtem Gewissen. Erhalten wir eine Belohnung für gute Leistung, nehmen wir das als Ansporn. Außenanreize können die schon vorhandene intrinsische Motivation also auch aktualisieren und verstärken. Ob der Außenreiz eine wohltuende oder eine zerstörerische Wirkung hat, hängt also vor allem davon ab, wie der Adressat ihn wahrnimmt. Erscheint er ihm als berechtigte Verstärkung der intrinsischen Motivation⁴⁹? Das ist nicht nur eine Frage der Verhältnismäßigkeit. Was als angemessen erscheint, hängt vielmehr auch von dem sozialen Kontext ab.

Für die Rechtsordnung bedeutet das praktisch: Die Beibehaltung von Außenanreizen zur Informationsgewinnung ist viel weniger problematisch als ihre Einführung. Solange sie bei der Anwendung nicht überzieht, kann die Rechtsordnung deshalb vermutlich ohne sonderliche Gefahr an der etablierten Praxis des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt festhalten. Die

47 Ihr prominentester Vertreter ist *Bruno S. Frey*: *Not Just for Money. An Economic Theory of Personal Motivation*, Cheltenham 1997.

48 Einzelheiten bei *Dorothee Dickenberger/Gisla Gniech/Hans-Joachim Grabitz*: *Die Theorie der psychologischen Reaktanz*, in: *Dieter Frey/Martin Irle* (Hrsg): *Theorien der Sozialpsychologie I: Kognitive Theorien*, Bern² 1993, 243-274.

konsequente Umstellung des öffentlichen Rechts auf die normativen Empfehlungen des Mechanism Design wäre dagegen eine riskante Angelegenheit. Vermutlich braucht das Recht dafür einen anderen, in der Sache liegenden offensichtlichen Grund zur Verschärfung der Maßstäbe. Als das Waldsterben vor aller Leute Augen stand, hat auch die Industrie keinen ernstlichen Widerstand gegen Änderungen des Verwaltungsverfahrens geleistet, die die Informationsgrundlage der Behörden verbessert haben⁵⁰.

Sieht man genauer hin, sollte die Rechtsordnung sogar noch vorsichtiger bei der Übernahme von normativen Empfehlungen des Mechanism Design sein. Denn ihre nachteiligen Wirkungen lassen sich im Normalfall nicht auf die Fälle beschränken, in denen das Instrument Nutzen stiftet. Eine erste Ausweitung betrifft den Adressaten selbst. Er kann bei dieser Gelegenheit nämlich lernen, auch sonst im Verhältnis zum Staat rational seinen Nutzen zu kalkulieren. Oder enger: Er kann sich daran gewöhnen, private Information nur noch dann offen zu legen, wenn es irrational wäre, das nicht zu tun. Die zweite Ausweitung der Wirkungen ist noch kritischer. Die meisten Normen werden gottlob ja befolgt, ohne dass es dafür einer Sanktion bedarf. Die normativen Empfehlungen des Mechanism Design mögen dem Staat helfen, mit den wenigen pathologischen Fällen besser fertig zu werden. Er kann sich dafür aber ein Crowding Out oder gar die Reaktanz von anderen Adressaten ein und derselben allgemeinen Regel einhandeln. Auch diese Effekte treten allerdings nicht automatisch ein. Es kann sein, dass andere Adressaten die veränderte verfahrensrechtliche Situation gar nicht wahrnehmen, weil sie die Norm ohnehin befolgen. Die meisten Menschen sind keine ausgebildeten Rationaltheoretiker. Sie gewinnen aus neuer Anschauung deshalb nicht sofort eine neue allgemeine Maxime ihres Verhaltens. Schließlich und vor allem: was den Adressaten problematischer Fälle legitim erscheint, mag auch anderen akzeptabel scheinen. Bevor er an eine Umgestaltung des Mechanismen zur Informationsgewinnung geht, sollte der Staat aber die Fernwirkungen der Änderung abschätzen.

3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale

Im letzten Abschnitt haben wir deutlich gemacht, warum sich das Recht mit der direkten Übernahme ökonomischer Empfehlungen zur rationalen Informationsgewinnung schwer tut. Das heißt aber nicht, dass das Recht blind wäre für die Höhe der Informationsgewinnungskosten oder für die Möglichkeit zur Entscheidung auf der Grundlage bloßer (rational gebildeter) Erwartungen.

49 Anregend das Konzept der Entitlements and Obligations bei *Ekkehart Schlicht*: *On Custom in the Economy*, Oxford 1998, 22-40.

Das Recht tut das typischerweise nur auf einem indirekten Wege. Es formt die Tatbestandsmerkmale in geeigneter Weise. Das materiellen Recht erhält einen Inhalt, für den die Informationsanforderungen zu bewältigen sind. Wegen der unvermeidlichen Plastizität der Tatbestandsmerkmale⁵¹ bringen oft auch erst die Rechtsanwender die erforderlichen Korrekturen am Tatbestand an, nachdem sie einschlägige Erfahrungen gesammelt haben. Beispiele illustrieren die Möglichkeiten.

Für das deutsche Umweltrecht sind Grenzwerte charakteristisch. In den einschlägigen technischen Anleitungen wird typischerweise gleich auch das Messverfahren genau festgelegt⁵². Dann wird die Informationsgewinnung in der Tat ziemlich einfach. Im Genehmigungsbescheid verpflichtet die Behörde den Adressaten zu kontinuierlichen oder periodischen Messungen. Sie kann sich darauf beschränken, die Messergebnisse zu prüfen und durch gelegentliche Stichproben sicherzustellen, dass sie dabei nicht betrogen wird.

Auch rationale Erwartungen haben im Recht ihren Platz. Sie liegen den abstrakten Gefährdungsdelikten des Strafrechts zugrunde. Straftat ist etwa schon der unerlaubte Waffenbesitz, nicht erst die Verwendung der Waffe. Auch das Polizeirecht macht von dieser Möglichkeit Gebrauch. Für den Erlass einer Polizeiverordnung genügt eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Vor allem gehört aber das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip hierher. Es erlaubt umweltrechtliche Interventionen schon dann, wenn Umweltbeeinträchtigungen nicht ganz unwahrscheinlich sind. Es enthebt den Gesetz- und Verordnungsgeber des Nachweises, dass diese Beeinträchtigungen im Einzelfall auch wirklich zu erwarten sind⁵³.

Schließlich lässt sich das Recht so ausgestalten, dass es für die nachträgliche Korrektur von Erwartungen offen bleibt. Auch hierfür ist das Umweltrecht ein anschauliches Beispiel. An sich ist das erwähnte präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ein zweischneidiges Schwert. Das Verbot veranlasst den Adressaten zwar dazu, der Genehmigungsbehörde von sich aus die nötigen Informationen zur Verfügung zu stellen. Ist die Genehmigung einmal erteilt, genießt sie aber Bestandskraft. Strengere Anforderungen kann der Staat nachträglich nur noch unter den relativ

50 Eindringlich zu der Parallellfrage von Erhöhungen des Spitzensatzes in der Einkommensteuer *Edward J. McCaffery*. Cognitive Theory and Tax, in: *Cass R. Sunstein* (ed.): *Behavioural Law and Economics*, Cambridge 2000, 398-421 (408-412).

51 S.o. 2 a).

52 Anregend zu den Hintergründen in der deutschen Verwaltungskultur *Adrienne Héritier/Susanne Mingers/Christoph Knill/Martin Becka*. Die Veränderung von Staatlichkeit in Europa. Ein regulativer Wettbewerb: Deutschland, Großbritannien und Frankreich in der Europäischen Union (Gesellschaftspolitik und Staatstätigkeit 2) Opladen 1994, 27-80; siehe zum Vergleich auch ebd 80-113 zur ganz anderen britischen Verwaltungskultur und ihren Folgen für die Wahl von Regulierungsinstrumenten.

53 Zusammenfassend etwa *Michael Kloepfer*. Umweltrecht, München 1998, § 4, R 5-27.

engen Voraussetzungen der Rücknahme oder des Widerrufs von Verwaltungsakten stellen. Die meisten umweltrechtlichen Gesetze schwächen die Bestandskraft jedoch vorbeugend. Sie erlauben der Behörde, nachträgliche Anordnungen zu formulieren. Damit wird es einfacher, ursprüngliche Fehler zu korrigieren, auf geänderte Verhältnisse zu reagieren und neuen Einsichten in Art und Ausmaß der Umweltbeeinträchtigung zu entsprechen⁵⁴.

4. Auffinden der Anlässe für die Regelanwendung

In der Tradition von Otto Meyer ist das Deutsche Verwaltungsrecht vor allem rechtsstaatlich gedacht. Das ist ein hohes Gut. Historisch war es alles andere als selbstverständlich, dass der Staat nach Form und Inhalt gebunden ist, wenn er seine souveräne Macht gegenüber seinen Bürgern ausspielt. Auch die modische Rhetorik vom Bürger als dem Kunden in der Verwaltung bietet keine Sicherheit gegen solche Übergriffe. Die rechtsstaatliche Tradition lenkt den Blick des Juristen aber auf die Fälle, in denen der Staat tatsächlich interveniert oder das jedenfalls beabsichtigt. Die Steuerungsperspektive der Ökonomen kommt vom anderen Ende. Ihr Ausgangspunkt ist das Marktversagen⁵⁵. Die Ökonomie ist deshalb weniger am einzelnen Steuerungsakt interessiert als an der Gesamtwirkung eines Steuerungsinstruments. Beruht die Steuerungswirkung gerade auf der Intervention im Einzelfall, ist diese Wirkung nur zu erreichen, wenn der Staat auf diese Fälle aufmerksam wird. Das Recht ist zwar nicht blind gegenüber diesem Problem. Die Rechtswissenschaft hat es bislang aber eher stiefmütterlich behandelt.

Die Suche nach Anlässen zur Regelanwendung bewegt sich meist nur im Vorfeld des Grundrechtseingriffs⁵⁶. Deshalb ist das Recht hier grundsätzlich freier gestellt. Es kann Anregungen der Ökonomie leichter aufnehmen. Der Rechtsanwender kann natürlich eigene Ermittlungen anstellen. Das tun Staatsanwaltschaft oder Gewerbeaufsicht, wenn sie von sich aus tätig werden. Rechtlich sind diese Behörden aber normalerweise nicht zur flächendeckenden Suche verpflichtet. Sie können das Ausmaß des Suchaufwands deshalb an der Höhe der Informationsgewinnungskosten ausrichten. Auch die Hilfe von Informationsintermediären ist hier leichter zu rechtfertigen. Juristisch ist diese Suche den Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren nämlich vorgelagert. Sie unterliegt deshalb nicht den Beschränkungen des Beweisrechts. Es bleibt allein die Frage, ob das Verfassungs- oder

54 Näher, auch zu den Nachteilen dieser Offenheit, *Christoph Engel*: Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, Tübingen 1992.

55 Wie alle idealtypischen Aussagen ist auch diese verkürzt. Meist versagen die Märkte nicht wirklich, kommen mit einem Steuerungsproblem nur nicht ganz selbstverständlich zurecht. Zum anderen rechtfertigt Marktversagen nicht notwendig staatliche Interventionen. Denn das Staatsversagen kann noch schlimmer sein.

56 Anders ist es vor allem dann, wenn bereits die Suchtechnik in ein Grundrecht eingreift.

Haushaltsrecht eine übermäßig effektive Suche verhindern wollen⁵⁷. Schließlich lässt es sich hier leichter rechtfertigen, wenn die Rechtsordnung die Bürger durch Anreize zur Offenlegung privater Information veranlassen will. Ein klassisches Beispiel ist die Selbstanzeige im Steuerrecht. Wer Steuern hinterzogen hat, kann auf diese Weise ein Steuerstrafverfahren vermeiden⁵⁸. Ein anderes Instrument sind Kronzeugenregelungen⁵⁹.

5. Regelbildung

Das Recht braucht nicht nur zur Anwendung der geltenden Regeln Wissen, sondern auch zu ihrer Bildung. Es muss den Regelungsgegenstand verstehen (a) und die Wirkung von Lenkungsinstrumenten einschätzen (b).

a) Wissen über den Regelungsgegenstand

Die Wissensverteilung hat nicht nur Bedeutung für die Regelanwendung, sondern bereits für die Regelbildung. Regelmäßig wissen die potentiellen Adressaten neuer rechtlicher Interventionen mehr über den Gegenstand als der Gesetzgeber und die Ministerialbürokratie. Auch hier spielt asymmetrisch verteilte Information also eine Rolle. Die private Information der potentiellen Adressaten kann den Staat daran hindern, die besten Regeln zu schreiben. Grundsätzlich stellen sich dann die selben Fragen wie zwischen dem regelanwendenden Staat und dem einzelnen Adressaten⁶⁰. Die Lösung ist oft aber aus einem praktischen und aus einem juristischen Grunde einfacher.

Der praktische Grund ist liegt auf der Hand: Die meisten Informationen, die der Gesetzgeber benötigt, sind viel schwerer geheim zu halten. Worin das Regelungsproblem besteht und was man dagegen tun könnte, weiß meistens die ganze Branche. Dann genügt es, wenn ein Unternehmen bereit ist, mit dem zuständigen Ministerialbeamten zu reden. Man braucht schon das sprichwörtliche Schweigekartell der OBERINGENIEURE, um den Gesetzgeber für dumm zu verkaufen. Der juristische Grund entsteht aus unterschiedlich strikten Vorgaben für das Verfahren. Das Verwaltungs- und erst recht das Gerichtsverfahren sind streng reguliert. Der Gesetzgeber ist dagegen viel freier gestellt.

57 Siehe oben bb.

58 § 371 I Abgabenordnung.

59 Siehe dazu näher *Roswitha A. Kleinedam/Markus A. Lehmann*. Das Problem der Altlastenentdeckung – Anreize zur Informationsenthüllung durch eine Kronzeugenregelung? (Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 2000/17).

60 Siehe oben II.

Versuche, eine Ermessenslehre für den Gesetzgeber zu entwickeln, waren bislang nicht erfolgreich⁶¹. Etwas, aber nicht sehr verkürzt: Nur das Ergebnis der Gesetzgebung muss dem Rechtsstaatsprinzip genügen, nicht das Verfahren der Regelbildung. Denn strikte Vorgaben für das Verfahren würden die demokratisch gewählten Politiker entmachten. Dem Verfassungsgericht würden sie eine Rolle zuweisen, die es mangels unmittelbarer demokratischer Legitimation kaum bewältigen könnte. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der konkrete Akt der Informationserhebung in ein Grundrecht eingreift. Das war etwa bei der Volkszählung der Fall⁶².

Private Information ist nicht das einzige, oft nicht einmal das wichtigste Wissensproblem bei der Regelbildung. Idealtypisch lassen sich sechs Gründe unterscheiden, warum der Gesetzgeber jedenfalls zunächst einmal mit Nicht-Wissen konfrontiert ist. Ihm fehlt die Kenntnis naturwissenschaftlich-technisch beschreibbarer Tatsachen. Er hat naturwissenschaftlich erfassbare Zusammenhänge noch nicht verstanden. Er kennt die Wirkung menschlicher Interventionen auf solche naturwissenschaftlich erfassbaren Zusammenhänge noch nicht. Meist muss er überdies das Handeln anderer Akteure kennen, sozialwissenschaftlich erfassbare Zusammenhänge verstehen und die Wirkung von Interventionen auf das Handeln solcher Akteure abschätzen⁶³. Manche dieser Tatsachen und Zusammenhänge werden auch am Ende des Gesetzgebungsprozesses unklar bleiben. Dann muss der Gesetzgeber unter Unsicherheit entscheiden⁶⁴. Zunächst wird der Gesetzgeber jedoch darum bemüht sein, die Unsicherheit zu verkleinern. Er wird also Wissensproduktion betreiben⁶⁵.

Das kann der Staat selbst tun. Wissensproduktion ist die eigentliche Aufgabe der Ministerialbürokratie, aber etwa auch der Geheimdienste. Drängt das Regelungsproblem nicht allzu sehr, kann der Staat zu diesem Zweck auch Experimente durchführen⁶⁶. So erproben im Augenblick mehrere Bundesländer in einem Pilotversuch, die Sozialhilfe durch einen staatlichen Zuschlag zum Arbeitslohn zu ersetzen⁶⁷. Vor allem verwertet der Gesetzgeber aber die Experimente des Lebens. Allgemeine Regeln sind nämlich nicht nur ein Gebot der Gleichheit vor dem Recht und der

61 Grundlegend, aber auch sehr zurückhaltend, *Klaus Messerschmidt*: Gesetzgeberisches Ermessen [*** bislang unveröffentlichte Habilitationsschrift].

62 BVerfGE 65, 1.

63 *Indra Spiecker genannt Döhmann*: Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Juristische und ökonomische Vorgaben, in: *Jochim Lege (Hrsg.): Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln?*, Berlin 2001, 51-85 (59-63).

64 Näher *Spiecker* (FN 63) 73-83.

65 Vgl. *Eichenberger* (FN 8) [*** III].

66 Zusammenfassend *Messerschmidt* (FN 61) [926-948 im Manuskript ***].

67 Nachweise können abgerufen werden unter [www.http://www.masqt.nrw.de/soziales/soziale_sicherung/sozialhilfe/sozialhilfe_06.html](http://www.masqt.nrw.de/soziales/soziale_sicherung/sozialhilfe/sozialhilfe_06.html) (25.3.2001).

Vorhersehbarkeit seiner Wirkungen. Vielmehr bereitet die Anwendungspraxis dann die Erfahrungen des Lebens systematisch auf. Auf diese Kasuistik greift der Gesetzgeber oft zurück.

Weil ihn die Verfassung freier stellt, spricht regelmäßig nichts dagegen, dass sich der Gesetzgeber der Hilfe von Informationsintermediären bedient. Anders als bei der Regelanwendung schadet es nicht einmal, wenn ein Informationsintermediär erkennbar parteiisch ist. Denn der Gesetzgeber hört ja nicht nur diesen einen Intermediär. Wenn er sich eine geeignete gesetzliche Grundlage schafft, kann der Gesetzgeber an sich auch Zwang als Mittel der Wissensproduktion einsetzen. Er sucht ja aber nach Einsichten in bislang unverstandene Zusammenhänge, oder gar nach kreativen Lösungen. Beides kann man nicht sinnvoll befehlen. Dadurch erklärt sich, dass der Gesetzgeber in der Praxis lieber Anreize setzt. Ein nicht ganz passendes, aber wissenschaftlich breit diskutiertes Beispiel ist die Gefährdungshaftung. Sie wird von ihren Anhängern vor allem als Instrument gepriesen, um die Unternehmen zur Verbesserung der Produktsicherheit anzuhalten. Da sie dann ohnehin für jeden Schaden haften, liegt das nämlich in ihrem Interesse⁶⁸. Ein unmittelbar passendes Beispiel stammt aus dem Rundfunkrecht. Das Recht der Medienkonzentrationskontrolle war ursprünglich in einer Weise geregelt, die nach allgemeiner Einschätzung offensichtlich sachwidrig geworden war⁶⁹. Aus diesem Grunde haben sich die Rundfunkveranstalter an den Arbeiten einer Reform dieser Regel nicht nur intensiv beteiligt⁷⁰. Vielmehr haben sie sogar eigene Anstrengungen unternommen, die geplante Neuregelung wasserdicht zu machen⁷¹. Schließlich kann der Gesetzgeber die eigene Rechtsordnung auch bewusst für den Regulierungswettbewerb öffnen. Das geschieht etwa, wenn das europäische Gemeinschaftsrecht das Ursprungslandsprinzip vorschreibt. Denn wie jeder Wettbewerb wirkt auch Regulierungswettbewerb als Entdeckungsverfahren⁷².

68 Siehe aus der umfangreichen Literatur nur *Michael Adams*: Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985.

69 Einzelheiten bei *Christoph Engel*: Vorsorge gegen die Konzentration im privaten Rundfunk mit den Mitteln des Rundfunkrechts. Eine Analyse von § 21 Rundfunkstaatsvertrag 1991, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1993, 557-585.

70 Siehe dazu vor allem Die Sicherung der Meinungsvielfalt. Berichte, Gutachten und Vorschläge zur Fortentwicklung des Rechts der Medienkonzentrationskontrolle (Schriftenreihe der Landesmedienanstalten 4) Berlin 1995, 221-285.

71 An dieser Aufgabe war ich selbst beteiligt, siehe *Christoph Engel*: Die Messung der Fernsehnutzung als Voraussetzung eines Marktanteilmodells zur Kontrolle der Medienkonzentration, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1995, 653-666.

72 Näher *Christoph Engel*: Legal Experiences of Competition Among Institutions, in *Lüder Gerken* (ed.): Competition Among Institutions, Houndmills 1995, 89-118.

b) Lenkungswissen

Nur ein Teil des Wissens, das der Gesetzgeber benötigt, ist gegenstandsspezifisch. Vor allem das Lenkungswissen ist regelmäßig generisch. Letztlich bestimmt zwar der konkrete Regelungsgegenstand, welche Lenkungsinstrumente geeignet sind, das Steuerungsziel zu erreichen. Die meisten Lenkungsinstrumente passen aber nicht nur für einen einzigen Regelungsgegenstand. Die eigentliche intellektuelle Aufgabe besteht in der Prüfung, ob die allgemeinen Einsichten über die Lenkungswirkung auch für den konkreten Gegenstand passen.

Bei der Produktion von Lenkungswissen sind die rechtsstaatlichen Probleme noch kleiner. Der Staat braucht diese Aufgabe deshalb nicht selbst zu erfüllen. Er kann sich der Hilfe interessierter Parteien bedienen. Vor allem liegt hier aber die wichtigste Aufgabe der Wissenschaft.

Weil Lenkungswissen regelmäßig abstrakt ist, hat hier eine letzte ökonomische Beobachtung am häufigsten praktische Bedeutung: Es gilt den Wissenstransfer von einer Materie zur anderen, aber auch von einer Regulierungsinstanz der nächsten zu organisieren⁷³. Soweit sich dieses Wissen abstrahieren lässt, sind hier zunächst einmal wissenschaftliche Anstrengungen gefordert. Die Wissenschaft kann auch bei der Suche nach schon vorhandenem, bislang aber ungenutzten Lenkungswissen helfen. Das ist eine wichtige Aufgabe der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. Besonders anspruchsvoll wird der Transfer, wenn das Lenkungswissen implizit ist. Manchmal gelingt es mit erheblicher intellektueller Anstrengung, dieses implizite Wissen explizit zu machen⁷⁴. Wenn das einstweilen scheitert, muss die Rechtsordnung über Mechanismen für das Tradieren impliziten Wissens nachdenken. Ein offensichtliches Beispiel ist gerade die Juristenausbildung. In ihrem Kern ist sie ja die Erziehung zur Lösung unbekannter Fälle, zur Bewältigung pathologischer Konstellationen mit einem dafür eigentlich nicht geeigneten Normenmaterial, und sie ist eine Schule der Urteilskraft. Zu all diesen Elementen der juristischen Tätigkeit gibt es zwar theoretische Arbeiten. Manche dieser theoretischen Einsichten werden an der Universität auch gelehrt. Vor allem ist das Jurastudium und noch mehr die Referendarzeit aber ein Weitergeben impliziten Wissens von einer Generation an die nächste.

73 Vgl. *Eichenberger* (FN 8) [*** IV].

74 Das ist das zentrale Anliegen von *Cowan/David/Foray* (FN 12).

III. Psychologische Einsichten

1. Einleitung

In der Auseinandersetzung mit der ökonomischen Sicht auf das Wissensproblem haben psychologische Einsichten bereits eine erhebliche Rolle gespielt. Dabei ist bereits deutlich geworden, dass die Zusammenarbeit mit der Psychologie für einen rechtstheoretisch interessierten Juristen attraktiv ist. In diesem Abschnitt geht es um eine noch radikalere Psychologie. Sie stellt die Rationalität des ökonomischen Modells nicht nur in den Zusammenhang von Kognition und Motivation, von Lernvorgängen und von der Differenz zwischen Einstellung und Verhalten⁷⁵. Vielmehr verweist sie darauf, dass wir Menschen die meisten Entscheidungen überhaupt nicht rational treffen. Im Gegenteil nutzen wir dafür ganz einfache Heuristiken. Wir nehmen nur einen ganz kleinen Teil der Wirklichkeit wahr. Einige wenige Kriterien genügen uns zur Entscheidung. Oft haben wir diese Kriterien sogar lexikographisch geordnet. Der Begriff ist eine Metapher. Wer ein Wort im Lexikon nachschlagen will, interessiert sich zunächst ausschließlich für dessen ersten Buchstaben. Ist er einmal in dem fraglichen Abschnitt angelangt, interessiert er sich ausschließlich für den zweiten Buchstaben und so weiter. Nach dem gleichen Muster bewältigen wir große Teile unseres Alltags⁷⁶. Psychologische Untersuchungen belegen, dass diese archaisch wirkende Technik höchst erfolgreich ist. Die meisten Heuristiken sind kaum schlechter als die angestrengteste Rationalität, aber viel schneller und billiger. Manche sind sogar besser⁷⁷.

Die Rechtsordnung kann mit diesen Erkenntnissen viel anfangen. Handelt fahrlässig im Sinne des Delikts- oder Vertragsrechts, wer die Möglichkeiten der Rationalität beiseite lässt und nach Maßgabe einer Heuristik entscheidet⁷⁸? Ist der Rechtsordnung umgekehrt eine Pflicht zur Verwendung von Heuristiken zu entnehmen, wo ihr größerer Erfolg feststeht oder die Geschwindigkeit der Entscheidung den Ausschlag gibt? Könnten die Parteien eines Vertrages das Problem außer Streit stellen, indem sie das Recht oder die Pflicht zur Verwendung von Heuristiken ausdrücklich festlegen? Welche Art von Nachweis müsste die Gegenpartei in Händen halten, damit die Rechtsordnung ihr die freiwillige Zustimmung zu dieser Lösung abnimmt? Wie kann die Rechtsordnung schließlich verhindern, dass die besser informierte Partei ihr überlegenes Wissen über das Wirken von Heuristiken zu ihrem Vorteil missbraucht?

75 S. dazu etwa den Überblicksaufsatz von *Gerhard Bohner*: Attitudes, in: *Miles Hewstone/Wolfgang Stroebe (eds.): Introduction to Social Psychology*, Oxford 2001, 239-282.

76 Näher *Gigerenzer* [*** in diesem Band] und ausführlicher *Gerd Gigerenzer/Peter M. Todd*: Simple Heuristics that Make us Smart, New York 1999.

77 *Gigerenzer* (FN 76) ***.

78 Ein Beispiel habe ich in meiner Besprechung von *Gigerenzer/Todd* (FN 76) durchgespielt, *Christoph Engel*: Psychological Research on Heuristics Meets the Law, in: *Behavioral and Brain Sciences* 23 (2000) 747-747.

Unmittelbar passen diese Fragen jedoch nicht auf den Gegenstand dieses Aufsatzes. Denn er interessiert sich ja für das Verhalten des Staats, nicht von Privatpersonen. Grundsätzlich stellen sich dann dieselben Fragen, die schon an das ökonomische Verständnis des Wissensproblems zu richten waren. Wie kann der regelanwendende Staat die psychologischen Einsichten rezipieren (2)? Werden die – nicht unerheblichen – Rezeptionshindernisse kleiner, wenn Gesetzgeber und Regelanwender die Plastizität der Tatbestandsmerkmale nutzen (3)? Können Heuristiken dem Staat bei der Suche nach Anlässen für die Regelanwendung helfen (4)? Können sie schließlich die Tätigkeit der Regelbildung beeinflussen (5)?

2. Regelanwendung

Der letzte Abschnitt hat die juristische Kritik am ökonomischen Modell zu einem erheblichen Teil mit psychologischen Argumenten geführt. Das könnte die Vermutung nahelegen, die Ökonomie sei eben die falsche Nachbarwissenschaft für die Juristen; sie sollten sich stattdessen der Psychologie zuwenden. Doch so einfach ist es nicht. Die Argumente gegen eine direkte Rezeption psychologischer Einsichten sind beinahe noch stärker, jedenfalls dann, wenn sie auf die Anwendung des geltenden Rechts durch Behörden und Gerichte erstreckt werden. Der Ausgangspunkt ist allerdings derselbe. Psychologen wie Juristen geht es um Entscheiden, nicht um Erkennen (a). Für den Juristen steht neben der tatsächlichen staatlichen Entscheidungspraxis aber eine normative Vorstellung von der gesollten Entscheidung (b). Viele der Begrenztheiten des menschlichen Verstands sind für die komplex organisierten staatlichen Entscheidungsverfahren überwindlich. Sie allein können die Verwendung von Heuristiken deshalb nicht rechtfertigen (c). Vor allem ist individuelles Entscheiden normativ aber aus einer ganzen Fülle von Gründen etwas anderes als die Entscheidungen des Rechts (d).

a) Entscheiden versus Erkennen

Die Ökonomie ist auch eine normative Wissenschaft. Ihre normativen Aussagen gewinnt sie jedoch aus Modellen. Das macht die Empfehlungen angreifbar, denn Modelle leben von der Reduktion. Das methodische Ideal ist Einfachheit. Modelle machen explizite Annahmen. Die zentrale Annahme des ökonomischen Modells gilt dem Verhalten. Es ist der erwähnte Homo Oeconomicus⁷⁹. Die Erkenntnistheorie macht deutlich, dass solche Vereinfachungen die Voraussetzung dafür sind, um

überhaupt etwas erkennen zu können. Wer die Wirklichkeit ganz sehen will, sieht schließlich gar nichts mehr⁸⁰. Letztlich gibt es deshalb einen Zielkonflikt zwischen Erkennen und Entscheiden. Er wird gerade am Beispiel der Ökonomie deutlich. Sie hat in den vergangenen Jahrzehnten ihre Fähigkeit zur Erkenntnis immer weiter geschärft. Mit ihrem Instrumentarium kann sie immer komplexere Zusammenhänge präzise benennen. Dafür bezahlt sie aber einen Preis. Viele Elemente der sozialen und politischen Wirklichkeit lassen sich mit diesem Instrumentarium nämlich nicht angemessen erfassen. Deshalb wird das Fach im normativen Diskurs immer schweigsamer. Seine Bedeutung für die Beratung der Politik geht zurück.

Auch die Psychologie ist eine Wissenschaft mit harten methodischen Standards. Auch sie will erkennen. Nur wenige Teile des Fachs stellen überhaupt normative Fragen. Gleichwohl steht die gegenwärtige Ausrichtung des Fachs dem Juristen viel näher. Denn ihr Erkenntnisgegenstand ist gerade menschliches Handeln. Ihr zentrales Erkenntnisinteresse ist empirisch, nicht theoretisch. Auch sie entwickelt natürlich Modelle. Aber sie will nicht alles menschliche Verhalten mit einem einzigen Modell erklären. Vielmehr will sie die reiche Vielfalt der Mechanismen verstehen, mit denen Menschen ihre Umwelt wahrnehmen und auf sie einwirken.

Die Psychologie und der regelanwendende Jurist haben deshalb einen gemeinsamen Ausgangspunkt. Beide suchen nach guten Entscheidungen. Die Psychologie will wissen, wie es den Menschen tatsächlich gelingt, erfolgreich mit ihrer Umwelt fertig zu werden. Der praktisch tätige regelanwendende Jurist hat dieselbe Aufgabe. Der juristische Wissenschaftler will ihm raten, wie er seine Sache besser machen kann. Das Verständnis des jeweils lösungsbedürftigen Problems kann dabei natürlich helfen. Letztlich ist es für Psychologie wie Juristerei aber kein Dogma. Beide sind für die Einsicht offen, dass gute Entscheidungen nicht notwendig das tiefe Verständnis des Problems voraussetzen. Im Konfliktfall sind die Qualität des Entscheidungsergebnisses und die Entscheidungskosten wichtiger. Beide Wissenschaften sind für eine Trennung von Problemstruktur und Lösung offen.

Für das Recht ist diese Trennung oft sogar unausweichlich. Wenn ein soziales Problem drängt, kann das Recht manchmal nicht warten, bis das Problem vollständig verstanden ist. Es muss auf der Basis vorläufiger Einschätzungen handeln. Das erwähnte Vorsorgeprinzip des Umweltrechts hat hier seinen Kern⁸¹. Der Rechtsanwender darf seine Entscheidung im Normalfall nicht verweigern. Sonst

79 Siehe oben II 2.

80 Eindringlich *Hans Albert*: Traktat über rationale Praxis (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 22) Tübingen 1978.

81 Siehe oben II 3.

würde die Friedensfunktion des Rechts verfehlt. Im Verfassungsstaat der Bundesrepublik steht den Parteien außerdem der grundrechtliche Justizgewährungsanspruch zur Seite⁸². Alle Prozessordnungen sehen deshalb Lösungsmechanismen für Non-Liquet-Situationen vor. Kurz: Das Recht muß sich oft mit der bloßen Wahrscheinlichkeit zufrieden geben, dass es sein Ziel erreicht. Deutlicher: Es muss mit dem Risiko leben, dass die Entscheidung notfalls ihr Ziel verfehlt. All das passt gut zu den psychologischen Einsichten über die Wirksamkeit von Heuristiken. Der (implizite) Wissensbegriff beider Wissenschaften liegt eng beieinander. Das Interesse am Wissenserwerb ist instrumentell. Wissen ist nur insoweit von Interesse, als es die Voraussetzung für Entscheidungen schafft oder verbessert.

b) Entscheidungspraxis versus gesollte Entscheidung

Wer sich die juristische Entscheidungspraxis ansieht, braucht nicht lange nach der Verwendung von Heuristiken zu suchen. Der schmunzelnd vorgetragene Verwaltungsgrundsatz: „Haben wir schon immer so gemacht“, ist der Heuristik mit dem Namen „Take the Last“ eng verwandt⁸³. Andere dieser sprichwörtlichen Grundsätze lassen sich als Anwendungsfälle der Heuristik „Take the Best“ interpretieren: „Haben wir noch nie so gemacht. Wo kämen wir denn da hin. Da könnte ja der kommen“. Strafrichtern sagt man nach, sie würden manchmal schlicht verurteilen, wen sie für einen Schweinehund halten. Und wenn häufige Straftaten angeklagt sind, treten die meisten Gerichte nicht in langwierige Abwägungen über das angemessene Strafmaß ein. Das Gericht hat vielmehr eine unausgesprochene Taxe. Es vergleicht den Fall mit seinen Vorgängern und geht je nach der Schwere der Verfehlung mit dem Strafmaß etwas herauf oder herunter.

All das sind zunächst aber nur Beobachtungen aus der Praxis der Regelanwendung. Sie werden unter Juristen meist hinter vorgehaltener Hand kolportiert. In der Stimme schwingt Empörung oder Resignation mit. Selbst der hartgesottenste Regelanwender wird nicht in die Begründung schreiben, dass er seine Entscheidung auf einem der gerade geschilderten Wege gefunden hat. Denn die Verwendung von Heuristiken ist nicht die gesollte Entscheidung. In die Entscheidungspraxis kann sie nur durch die Trennung zwischen der Herstellung und der Darstellung der Entscheidung Eingang finden. Diese Trennung sollte man nicht als Zynismus missdeuten. Entscheidungsregel und Begründungssemantik erfüllen unterschiedliche Funktionen⁸⁴. Die Trennung ist sogar ganz unvermeidlich, wo das Recht auf die persönliche Überzeugung des Amtswalters von der Richtigkeit

82 Abgeleitet aus Art. 2 I GG, ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 54, 277, 291.

83 Gigerenzer (FN 76) [*** Gigerenzer/Todd, 80 ***]

84 Näher Bora in diesem Band [*** Teil 1].

seiner Entscheidung abstellt. Denn diese Überzeugung lässt sich kategorial weder in allgemeine Regeln auflösen noch durch Dritte nachprüfen⁸⁵. Und das Ringen um eine vermittelbare Darstellung ist mehr als eine nachträgliche Pflichtübung. Es dient zunächst einmal der nachträglichen Selbstkontrolle. Wichtiger sind noch die Vorwirkungen. Der Amtswalter weiß ja vorher, dass er seine Entscheidung später wird nachvollziehbar begründen müssen. Das lenkt bereits die Entscheidung selbst. Das ursprüngliche Bauchgefühl verschiebt sich dabei meist in den Kopf⁸⁶.

c) Grenzen individueller Entscheidungen versus Grenzen der Entscheidung des Rechts

Die Verwendung von Heuristiken ist für das Individuum oft mehr als ein Akt der Klugheit. Die Begrenztheit des menschlichen Verstands lässt ihm keine andere Wahl⁸⁷. Nicht alle aber doch viele dieser Begrenzungen sind für den Staat überwindlich. Auch für den Staat entscheiden letztlich Menschen. Der Staat kann diese Menschen aber so auswählen und das Entscheidungsverfahren so organisieren, dass die Begrenztheit des individuellen Verstandes eine geringere Rolle spielt. Das beginnt bei der Selektion und beim Training der Amtswalter. Sie können sich auf solche Aufgaben spezialisieren, die ihren Fähigkeiten und ihrer Erfahrung besonders angemessen sind⁸⁸. Im Verfahren der Regelanwendung ringen die Parteien um die richtige Lösung. Was die eine übersieht, trägt die andere im Eigeninteresse desto wirkungsvoller vor. Viele Entscheidungssituationen des Staats wiederholen sich. Der Staat kann deshalb Erfahrungen sammeln und systematisch aufbereiten. Wir hatten schon gesehen, dass allgemeine Regeln diese Aufgaben wahrnehmen⁸⁹. Der Staat kann sich der Hilfe von Technik und von Informationsintermediären bedienen. Schließlich lassen sich die meisten rechtlichen Entscheidungen zumindest in Grenzen herauszögern. Dass das Bemühen um mehr Rationalität auch mehr Entscheidungszeit in Anspruch nimmt, braucht deshalb nicht unbedingt ein Hindernis zu sein.

Aus all diesen Gründen ist der Staat aber bloß in einer komfortableren Lage als das isolierte Individuum. Frei von Beschränkungen ist er deshalb nicht. Auch für den Staat dürfen die Entscheidungskosten nicht ins Unermessliche wachsen. *Summum ius Summa iniuria*, haben schon die alten Römer gewusst. Das gilt auch für den Aufwand, den der Staat zur Vorbereitung der Entscheidung treibt. Mehr Aufwand macht die Entscheidung nicht automatisch besser. Außerdem

85 Eindrücklich *Joachim Schulz*. Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 28) Köln 1992, 42-78.

86 Diese plastische Formulierung verdanke ich *Elke Fiebig-Bauer*.

87 *Gigerenzer* (FN 76) [*** *Gigerenzer/Todd*, 6/32/327].

88 Vergleiche *Gigerenzer* (FN 76) [*** *Gigerenzer/Todd*, 165] zum Entscheidungsverhalten von Experten.

89 Siehe oben II 5 a.

bringt mehr Entscheidungsaufwand meist auch größere Verfahrenslasten für die Verfahrensbeteiligten mit sich. Diese Lasten können schließlich sogar schwerer wiegen als eine falsche Entscheidung. Unternehmen klagen oft, dass nicht das Entscheidungsergebnis ihr Problem ist, sondern die Unsicherheit und die Dauer des Verfahrens. Im Strafverfahren gilt das erst recht. Schließlich stößt auch der Staat oft an absolute Grenzen. Die Komplexität eines Sachverhalts kann so groß sein, dass sie vollständig nicht zu enträtseln ist, jedenfalls nicht mit rechtsstaatlichen Mitteln. Das ist in den vielen Fällen offensichtlich, in denen die Entscheidung dem Staat eine Prognose abverlangt. Dann bleibt dem Regelanwender nichts übrig, als unter Unsicherheit zu entscheiden⁹⁰.

d) Individuelles Entscheiden versus Entscheiden des Rechts

Das Individuum ist Herr seiner eigenen Entscheidungen. Meist muss es sich für sein Entscheidungsverhalten überhaupt niemanden gegenüber rechtfertigen. Wenn doch, interessiert typischerweise nur das Entscheidungsergebnis. Der regelanwendende Staat ist nicht so frei gestellt. Denn der Amtswalter entscheidet ja nicht für sich selbst. Vielmehr ist er ein Agent der Rechtsordnung. Und die Rechtsordnung ist ihrerseits wieder nur ein Agent der Bürger, in deren Namen alle Staatsgewalt ausgeübt wird⁹¹. Das Recht hat deshalb ein Interesse an der Transparenz des Entscheidungsverfahrens und an verifizierbarer Information über die Entscheidungsgrundlagen.

Bei der Entscheidung nach Heuristiken ist dieses Interesse des Rechts nur schwer zu befriedigen. Denn die Entscheidungsregel leitet sich ja nicht logisch aus dem Problem ab. Wer eine Heuristik einsetzt, kann das nur mit guten Erfahrungen in vergleichbaren Fällen begründen. Das rechtsstaatliche Problem wird noch drängender, wenn man sich in Erinnerung ruft, worauf die Leistungsfähigkeit von Heuristiken beruht. Sie sind gerade nicht allgemein, sondern situativ. Die Leistungsfähigkeit einer Heuristik kann deshalb nur einschätzen, wer Situationswissen hat. Er muss die aktuelle mit früheren Situationen vergleichen und abschätzen, ob sich die relevanten Elemente der Situation gleichen. Die ökonomische Spieltheorie hat für ein strukturell gleiches Problem ein präzises Begriffspaar entwickelt. Es macht deutlich, warum sich die juristische Regelanwendung mit diesem Entscheidungsverfahren schwer tut. Situationswissen ist meistens nämlich nur beobachtbar, nicht verifizierbar⁹². Man muss also in der Situation dabei gewesen sein, um die Information

90 Vgl. zu staatlichen Entscheidungen unter Unsicherheit bereits oben II 5 a.

91 Zur konzeptionellen Struktur von Prinzipal-Agent-Modellen siehe oben II 2 b.

92 Näher zu dieser Unterscheidung in einer auf juristische Interessen zugeschnittenen Darstellung *Douglas G. Baird/Robert H Gertner/Randal Picker: Game Theory and the Law, Cambridge 1994, 109-112 und passim.*

verstehen oder einschätzen zu können. Die direkte Kontrolle des Amtswalters durch die Rechtsordnung und der Rechtsordnung durch die Bürger scheidet dann aus.

Der Rechtfertigungsbedarf im Verhältnis zwischen Rechtsordnung und Bürgern ist sogar noch stärker als in einem gewöhnlichen Prinzipal-Agent-Verhältnis. Man kann den Staat zwar mit gutem Grund als den Agenten seiner Bürger deuten. Er existiert ja nicht um seiner selbst willen, und er verdankt all seine Macht dem souveränen Volk. Diese Rede darf aber einen wichtigen Unterschied zu gewöhnlichen Prinzipal-Agent-Verhältnissen nicht verwischen. Die Rechtsordnung handelt nicht nur für die Bürger, sie herrscht auch über sie. Die Bürger können diese Herrschaft nur durch das abschütteln, was die Allgemeine Staatslehre als eine Revolution bezeichnet: die Ablösung der bisherigen durch eine neue Verfassung. Trennt die Rechtsordnung zwischen Regelbildung und Regelanwendung, wiegt das Problem gerade bei der Regelanwendung schwer. In ihr aktualisiert sich die zuvor bloß latente Herrschaft der allgemeinen Regel nämlich.

Wer Herrschaft ausübt, braucht Legitimation. Er muss begründen können, warum er sich notfalls mit seiner souveränen Macht über den entgegenstehenden tatsächlichen Willen des Adressaten hinwegsetzt⁹³. Wenn er klug ist, bricht er den Willen des Adressaten aber möglichst nicht. Er strebt vornehmlich danach, im Einverständnis mit dem Adressaten zu handeln. Wenn das nicht gelingt, versucht er wenigstens, den Adressaten zur Akzeptanz der ungeliebten Entscheidung zu bewegen. Beides ist schwierig, wenn der staatliche Regelanwender nach Maßgabe einer Heuristik entscheidet. Denn sie zerschneidet ja den Zusammenhang zur Problemstruktur. Der Diskurs mit dem Adressaten über die Begründetheit der Heuristik ist schwer. Zu dem kognitiven kommt ein kulturelles Problem. Für unsere durch die Aufklärung geprägte Kultur ist die Entscheidung nach Heuristiken kontra-intuitiv.

Der Rechtsstaat macht nicht bloß Vorgaben für das Entscheidungsergebnis, sondern auch für das Entscheidungsverfahren. Um ein typisch juristisches argumentum ad absurdum zu verwenden: Wenn es in einer Rechtsnorm auf die Größe einer Stadt ankäme, dürfte der Richter nicht danach entscheiden, wie präsent ihm der Name der Stadt ist. Er würde dann zwar die Recognition Heuristic verwenden. Psychologische Untersuchungen zeigen, dass sie erstaunlich leistungsfähig ist⁹⁴. Trotzdem erspart die Rechtsordnung dem Rechtsanwender nicht den Gang in die Bibliothek oder die Suche im Internet nach der exakten Zahl⁹⁵.

93 Vgl. bereits oben II 2 b.

94 Näher *Gigerenzer* (FN 76) ***.

95 Wie so oft in der Rechtsanwendung ist zwar das Ergebnis offensichtlich. Für die Begründung braucht man dagegen einen gewissen Aufwand. Im Zivilprozess kann die Frage für den Richter nur Bedeutung erlangen, wenn

Schließlich ist das Recht nicht ausschließlich utilitaristisch gedacht. Der Utilitarismus strebt, wie es in der amerikanischen Verfassung so plastisch heißt, nach dem „größten Glück der größten Zahl“. Dieser Gedanke liegt dem Recht natürlich nicht fern. Wer Recht funktional interpretiert, geht normalerweise von dieser Prämisse aus. Sie liegt der gesamten Law and Economics - Literatur zugrunde⁹⁶. Weil das Recht Herrschaft ist, muss es aber auch dem ungewöhnlichen Einzelfall gerecht werden. Was im allgemeinen utilitaristisch begründet werden kann, kann hier offensichtlich unverhältnismäßig sein. Die ökonomische Last oder die Freiheitsbeschränkung kann außer Verhältnis stehen. Um im typischen Fall leistungsfähig zu sein, blendet eine Heuristik solche Sonderfälle aber gerade aus.

Die ausschließliche Ausrichtung auf die Entscheidungsqualität ist dem Recht auch in einer zweiten Hinsicht nicht gemäss. Das Recht will nicht nur, dass der konkrete Fall richtig entschieden wird. Vielmehr will die Rechtsordnung bei dieser Gelegenheit auch ihre normativen Erwartungen aktualisieren und konkretisieren. Die eine Entscheidung soll also auch auf das übrige Verhalten dieses Adressaten ausstrahlen, möglichst zugleich auch auf das Verhalten anderer Adressaten derselben Norm⁹⁷.

Auch den konkreten Fall bewältigt eine Heuristik nur zum Teil. Die Psychologie kann den Nachweis erbringen, wann die Heuristik zu einer guten Entscheidung führt. Aber vor Gericht ziehen die Menschen oft zugleich auch aus einem zweiten Grund: Ein Konflikt ist so eskaliert, dass sie ihn alleine nicht mehr bewältigen können. Das kann kognitive und motivationale Gründe haben. Zum Schutz unseres Selbstvertrauens neigen wir dazu, uns die Welt rosiger zu zeichnen als sie ist. Tun das beide Parteien, wird sie die objektiv richtige Entscheidung wenig befriedigen⁹⁸. Der motivationale Grund entspricht einer Alltagserfahrung. Wenn sich zwei lang genug gestritten haben, fruchten rationale Argumente nicht mehr viel⁹⁹. Auch einem Regelanwender, der in den offenen Diskurs über die angemessene Problemlösung eintreten kann, gelingt die Befriedung aus diesem motivationalen Grunde oft nicht. Eine Entscheidung nach Heuristiken hat es noch viel schwerer. Der

die eine Partei eine Zahl behauptet, die andere sie bestritten hat. Das Gericht braucht nach § 291 ZPO trotzdem keinen Beweis zu erheben, wenn die Tatsache „bei dem Gericht offenkundig ist“. Diesen Umstand muss es im Urteil belegen. Bei der Verwendung der Recognition Heuristic könnte das Gericht aber nur auf seine persönliche Überzeugung rekurrieren. Sie genügt nach § 286 I ZPO nur für die Würdigung der tatsächlich erhobenen Beweise. Aus dem Zusammenhang beider Vorschriften folgt, dass Offenkundigkeit objektifizierbare Grundlagen verlangt.

96 Umfassend zur utilitaristischen Perspektive auf das Recht *Homann/Suchanek* (FN 7), insbesondere 58-183 zur Realisierung von Kooperationsgewinnen als zentraler Aufgabe von Rechtsregeln.

97 Sie oben II 2 a.

98 Diese Neigung nennen die Psychologen Overoptimism, näher *Donald C. Langevoort*. Organized Illusions. A Behavioural Theory of Why Corporations Miscalculate Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms), in: *Cass R. Sunstein* (ed): Behavioural Law and Economics, Cambridge 2000, 144-167 (149-153).

99 Siehe erneut *Farnsworth* in *Sunstein* (FN 34).

Regelanwender kann die Heuristiken bestenfalls beschreiben, aber nicht erklären. Er kann deshalb auch die kognitiven Barrieren nicht aus dem Weg zur Einsicht in die Entscheidung räumen.

Schließlich tragen Entscheidungen nach Maßgabe von Heuristiken nichts zur Fortentwicklung des Rechts bei. Denn sie würden den Regelanwender ja gerade nicht dazu veranlassen, den konkreten Fall an einer abstrakten Regel zu messen. Die Anwendung von Heuristiken taugt deshalb nicht zur Prüfung einer Regel an den Experimenten des Lebens. Sie stellt der Rechtsfortbildung keine systematisch aufbereiteten Erfahrungen zur Verfügung¹⁰⁰.

3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale

Im Ausgangspunkt ist die deutsche Rechtsvorstellung positivistisch. Die zentrale Rechtsquelle ist das Gesetz. Gesetz ist, was das Parlament als Gesetz beschlossen hat. Rechtstechnisch wäre es deshalb denkbar, dass der Gesetzgeber auf die psychologischen Einsichten über die Leistungsfähigkeit von Heuristiken reagiert. Er könnte die Beachtung einer Heuristik zum Tatbestandsmerkmal einer Norm machen. Genauer in unserem Zusammenhang: Er könnte die Regelanwender anweisen, nach Maßgabe einer bestimmten Heuristik zu verfahren. Das deutsche Recht ist aber nicht ausschließlich positivistisch. Der Gesetzgeber ist an die Verfassung gebunden. Sie enthält nicht nur Vorgaben für die Organisation und das Verfahren der Gesetzgebung. Vielmehr zieht sie auch dem Inhalt der Gesetze Grenzen. Die wichtigsten Grenzen sind die Grundrechte¹⁰¹. Jedes Gesetz, das in ein Grundrecht eingreift, bedarf der Rechtfertigung. Wenn eine Heuristik weniger leistungsfähig ist als ein angestrebteres Verfahren der Entscheidungsfindung, steigt das Risiko von Fehlentscheidungen. Außerdem leitet das Bundesverfassungsgericht aus den materiellen Grundrechten auch Vorgaben für das staatliche Entscheidungsverfahren ab. Wer Grundrechtseinschränkungen hinnehmen muss, soll wenigstens sicher sein, dass der Staat seine Argumente ernst genommen hat¹⁰². Im Ergebnis wird eine gesetzliche Pflicht zur Entscheidung nach Heuristiken aus beiden Gründen regelmäßig nur dann zu rechtfertigen sein, wenn die Qualität, Schnelligkeit oder die Kosten der Entscheidung zentrale Bedeutung haben. Wenn der Polizist dem flüchtenden Täter auf der Spur ist, soll er keine langen Abwägungsprozesse durchlaufen, bevor er einen Warnschuss abgibt. Wenn Heuristiken nicht nur (beinahe) so gut wie eine rationale Entscheidung sind, sondern deutlich besser, mag ihre Verwendung zum Schutz eines Rechtsguts geboten oder jedenfalls erlaubt sein. Wenn das Recht

100 Siehe bereits oben II 2 a.

101 Hier ist nicht der Ort für die Frage, ob im Grundgesetz auch eine objektivrechtliche Entscheidung zugunsten der Steuerung durch Recht zu entnehmen ist, dazu näher *Christoph Engel: A Constitutional Framework for Private Governance*, [*** III 2]. Nimmt man das an, folgt daraus ein weiterer Vorbehalt gegen die Umstellung auf Heuristiken.

massenhafte Vorgänge durch Einzelinterventionen steuern muss, lässt sich eine Heuristik vielleicht als Form der Typisierung rechtfertigen¹⁰³.

Das Recht ist freier gestellt, wenn es die Verwendung einer Heuristik nicht endgültig, sondern nur vorläufig vorsieht. Zwei Figuren aus dem Zivilprozessrecht illustrieren den Gedanken. Im Zivilprozess ermittelt das Gericht den Sachverhalt im Prinzip nicht von Amts wegen. Es überlässt den Parteien, den Streitfall vorzutragen. Aus den vom Kläger vorgetragene(n) Tatsachen muss sich der geltend gemachte Anspruch ableiten lassen. Sonst wird die Klage abgewiesen, weil sie nicht schlüssig ist. Beweis erhebt das Gericht nur in dem Ausmaß, in dem der Beklagte dem Tatsachenvortrag des Klägers widerspricht. Hat der Kläger eine ihm günstige Tatsache nur schlicht behauptet, kann der Beklagte ihm ebenso schlicht widersprechen. Je mehr Hilfstatsachen der Kläger zur Unterstützung der Haupttatsache vorgetragen hat, desto substantiierter muss der Beklagte jedoch widersprechen¹⁰⁴. Dahinter stecken zwei Heuristiken. Wenn der Beklagte einer ihm schädlichen Tatsache nicht widerspricht, ist diese Tatsache im Normalfall richtig. Wenn der Beklagte einen anschaulich vorgetragene(n) Sachverhalt nur schlicht bestreiten kann, trifft der Sachverhalt zu.

Dieselbe Logik findet sich auch im Beweisrecht. Wer die Beweislast trägt, ist oft in Beweisnot. Er kann sich helfen, wenn er Hilfstatsachen beweist und es einen Erfahrungssatz gibt, dass diese Hilfstatsachen auf die Haupttatsachen schließen lassen. Dieser Prima Facie - Beweis ist allerdings nicht endgültig. Der Gegner kann ihn erschüttern. Dazu muss er seinerseits Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich die Unanwendbarkeit des Erfahrungssatzes auf den konkreten Fall ergibt¹⁰⁵. Diese Erfahrungssätze sind den Heuristiken zumindest eng verwandt. Insbesondere sind auch sie gerade nicht generell, sondern situativ.

Während Darlegungslast und Prima Facie - Beweis wohl etablierte und offen eingesetzte Instrumente sind, wird dieselbe Logik in einem verwandten Fall möglichst nicht offen diskutiert. Die Gerichte erster Instanz müssen sehr viele Fälle bearbeiten. Besonders sichtbar ist das bei den Amtsgerichten, die für Zivil- und Strafsachen zuständig sind. Natürlich sind darunter auch viele ganz einfache Fälle. Aber viele Amtsrichter räumen ein, dass sie nur wenigen, ungewöhnlichen Fällen in ihrem ganzen dogmatischen und prozessualen Reichtum nachgehen können. Der Instanzenzug funktioniert deshalb nach einer ähnlichen Logik wie der Prima Facie - Beweis. Der Fall wird zunächst einmal

102 Zum Grundrechtsschutz durch Verfahren s. etwa BVerfGE 65, 1, 44.

103 Zu den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen von Typisierungen näher *Monika Böhm*. Der Normmensch. Materielle und Prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen (Jus Publicum 16) Tübingen 1996.

104 *Eberhard Schilken*. Zivilprozessrecht, Köln 2000, R 411 f.

105 *Schilken* (FN 104) R 498.

nach den Gesichtspunkten entschieden, die offensichtlich scheinen. Nur wenn der Verlierer mit dem Ergebnis so unzufrieden ist, dass er in Berufung oder Revision geht, kommt die volle juristische Rationalität zum Einsatz¹⁰⁶.

Die bisherigen Überlegungen sind von einem starken Gegensatz bestimmt. Den radikal einfachen und situativen Heuristiken steht das volle aufklärerische Rationalprogramm gegenüber. Ein Blick in die Rechtspraxis macht deutlich, dass die Mitte zwischen den beiden Extremen nicht leer ist. Im Grunde kann man sogar sagen: Die ganze Juristenausbildung bemüht sich darum, diese Mitte zu füllen. Natürlich müssen die Studenten die Architektur der Rechtsordnung durchdringen und viele Rechtsfiguren kennenlernen. Das eigentliche Ziel der Ausbildung ist jedoch die Lösung unbekannter Fälle. Nichts erbost einen Korrektor so sehr wie intelligente Ausführungen „neben dem Fall“. Nur den einen Fall soll der Kandidat lösen, den er vor sich hat. Die Normen, aus denen er die Lösung entnimmt, bemühen sich zwar um Abstraktion und Systematik. In ihrem Kern sind sie aber geronnene Erfahrung. Das Systematisieren geschieht in praktischer Absicht. Es soll dem Rechtsanwender erlauben, Punkt für Punkt zur Lösung vorzuschreiten. Dadurch zerschneidet das Recht komplexe Sachverhalte in kleine Teile, die je für sich als Entscheidungsprogramm abgearbeitet werden können. Hinzu treten implizite Regeln über die Argumentationslast. Ist eine Rechtsfrage bislang kaum erörtert, lebhaft umstritten oder gibt es gute Gründe für verschiedene Lösungen, hat der Regelanwender einen großen Spielraum. Tritt er gegen eine ständige Rechtssprechung, eine ganz herrschende Meinung oder einen gerade erst geschaffenen klaren Gesetzestext an, braucht er dagegen schon sehr gute Argumente. Solche Entscheidungen überlassen die Untergerichte gern höheren Instanzen. Auch sie greifen oft erst ein, nachdem eine längere wissenschaftliche Diskussion die Schwächen der bisherigen Lösung deutlich gemacht hat¹⁰⁷.

4. Auffinden der Anlässe für die Regelanwendung

Wir wissen schon, dass die Rechtsordnung den Regelanwender beim Auffinden der Anlässe deutlich freier stellt¹⁰⁸. Gegen die tatsächliche Verwendung von Suchheuristiken schreitet die Rechtsordnung deshalb regelmäßig nicht ein. Ein anschauliches Beispiel sind Grenzkontrollen. Was den Betroffenen wie der siebte Sinn der Grenzbeamten erscheinen mag, sind im Zweifel Suchheuristiken. Ihre professionelle Erfahrung hat sie gelehrt, auf bestimmte Merkmale der Person, des Kraftfahrzeugs

106 Diesen Gedanken verdanke ich *Joachim Schulz*.

107 Zu weiteren Folgen einer Deutung der Rechtspraxis als Mechanismus der sozialen Problemlösung *Christoph Engel*: Offene Gemeinwohldefinitionen, in: *Rechtstheorie* 2001 [*** V 2].

108 Siehe oben II 4.

oder des Verhaltens besonders zu achten. Treffen mehrere dieser Signale zusammen, greifen sie ein – gar nicht so selten erfolgreich.

Nicht ganz so leicht tut sich die Rechtsordnung, wenn dieses Verfahren explizit gemacht oder gar formalisiert wird. Darf der Vorgesetzte den Grenzbeamten anweisen, jeden vierten türkisch aussehenden Reisenden zu kontrollieren, Asiaten dagegen nicht? Darf die Bundesdruckerei Personalausweis-Nummern so vergeben, dass typischerweise auffällige Personengruppen eine Art elektronisches Kainsmal tragen? Ein drittes Beispiel belegt noch deutlicher, warum es hierbei Grenzen geben muss. An sich ist die Tatsache, dass eine Person schon einmal strafrechtlich verurteilt worden ist, eine kraftvolle Suchheuristik. Es ist sehr viel wahrscheinlicher, dass gerade diese und nicht irgendeine beliebige dritte Person ähnliche Regeln erneut brechen wird. Strafurteile werden deshalb ja auch im Bundeszentralregister systematisch erfasst. Das einschlägige Gesetz enthält aber komplizierte Regeln darüber, wer unter welchen Voraussetzungen auf diese Daten zugreifen darf. Abhängig von der Schwere der Tat ordnet es einen Zeitpunkt an, zu dem die Verurteilung aus dem Register zu löschen ist. Danach darf sie auch für Suchzwecke nicht mehr verwendet werden. Die Rechtsordnung opfert also immer wieder potentielle Sucherfolge dem Persönlichkeitsschutz.

5. Regelbildung

Unmittelbar passen Heuristiken und Regelbildung schlecht zusammen. Denn die Trennung von Regelbildung und Regelanwendung macht nur Sinn, wenn die Regel für eine ganze Klasse von Fällen gebildet wird. Sie muss deshalb nicht unbedingt rational aus einer normativen Grundposition nach Art des Utilitarismus abgeleitet sein. Der Prozess der Regelbildung lässt sich aber jedenfalls nicht auf die Anwendung von Heuristiken reduzieren.

Das heißt aber nicht, dass Heuristiken für die Regelbildung ohne Bedeutung wären. Zunächst einmal hat der Gesetzgeber ein ähnliches Problem zu bewältigen wie die Regelanwender. Auch er muss auf Anlässe zur Regelbildung aufmerksam werden. Außerdem ist die Problemlösungskapazität des demokratischen Gesetzgebers relativ begrenzt. Auch ein so fleißiges Parlament wie das deutsche kann in einer Legislaturperiode nicht mehr als ein paar hundert neuer Gesetze beschließen. Der Gesetzgeber muss deshalb Prioritäten setzen¹⁰⁹. Dabei verwendet er in der Praxis auch Heuristiken. Ist eine vergleichbare Initiative vor kurzem gescheitert? Setzt die Lösung langwierige und riskante

109 Am Beispiel der Abfallpolitik näher *Christoph Engel*: Abfallrecht und Abfallpolitik [***].

Verhandlungen mit den Inhabern von Veto-Positionen voraus¹¹⁰? Zwingt die öffentliche Wahrnehmung eines Skandals den Gesetzgeber zum Handeln?

Das Verfassungsrecht ist bislang zur Wahl gesetzgeberischer Prioritäten ziemlich schweigsam. Dieser Zustand wird sich nur in Grenzen ändern lassen. Zu vielfältig sind die Gesichtspunkte, die auf die Wahl der Prioritäten legitimerweise Einfluss haben können, und sie liegen auf zu unterschiedlichen konzeptionellen Ebenen¹¹¹. Allenfalls könnte sich im Laufe der Zeit ein Katalog von Gesichtspunkten herausbilden, auf die der Gesetzgeber seine Entscheidung jedenfalls nicht stützen darf. Auch dabei ist aber Zurückhaltung geboten. So mag man in aufklärerischem Elan zu der Forderung neigen, die Politik solle nicht von Skandalen bestimmt sein. Aber sind die Wiederherstellung des sozialen Friedens, die Erhaltung von Systemvertrauen¹¹² und die Stärkung der Fähigkeit zur Bewältigung von Lebensrisiken keine legitimen Ziele eines demokratischen Staats?

Ähnlich liegt es bei der Bedeutung von Heuristiken für den Inhalt gesetzten Rechts. Wir hatten gesehen, dass der Gesetzgeber die Regelanwender nur selten zur strikten Entscheidung nach Maßgabe von Heuristiken verpflichten oder ermächtigen darf¹¹³. Das heißt aber nicht, dass der Gesetzgeber gegenüber der Macht von Heuristiken blind sein sollte oder dürfte. Entscheidungsqualität ist zwar meist nicht der einzige Maßstab für die Ausgestaltung allgemeiner Regeln. Eine Regel, die ihr Ziel regelmäßig verfehlt, ist aber verfassungsrechtlich erst recht unerträglich. Soweit die Regel in Grundrechte eingreift, gibt es dafür im deutschen Recht eine ganz einfache Begründung. Die wirkungslose Regel ist nicht geeignet im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dazu kann es kommen, wenn der Gesetzgeber ausschließlich auf rationaltheoretischer Grundlage entschieden hat. Regulierung durch Haftungsrecht passt hierher. Aus rationaltheoretischer Perspektive ist sie an sich ein attraktives Instrument. Denn sie veranlasst den Adressaten dazu, von sich aus nach Möglichkeiten zu suchen, den sozial unerwünschten Zustand zu vermeiden¹¹⁴. Die eigentliche Steuerungsfunktion wird dann vom Gesetzgeber auf die Zivilgerichte verlagert. Psychologische Untersuchungen machen deutlich, dass diese Entscheidungen systematisch zum Nachteil des haftenden Unternehmens verzerrt sind. Denn aus Steuerungsperspektive käme es ja darauf an, welche Handlungen ex ante besser unterblieben wären. Das Gericht entscheidet aber ex post, wenn tatsächlich ein Schaden eingetreten ist. Dieses Wissen

110 Das Konzept der Veto-Positionen stammt von *Ellen M. Immergut*: *Health Politics. Interests and Institutions in Western Europe*, Cambridge 1992.

111 Näher *Engel* Abfallrecht (FN 109)***.

112 Zu dieser Kategorie näher *Japp* *** in diesem Band.

113 Siehe oben 3.

114 Die Frage ist ein Klassiker der ökonomischen Analyse des Rechts. S. aus der reichhaltigen Literatur nur *Guido Calabresi*: *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven 1970; *Michael Adams*: *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg 1985.

veranlasst das Gericht, die Aktivität systematisch für riskanter zu halten, als sie tatsächlich war. Die Psychologen nennen das einen hindsight bias¹¹⁵.

Es wird dem Gesetzgeber jedoch nicht immer gelingen, eine alternative Lösung zu wählen, die weniger anfällig gegenüber dem Einfluss von Heuristiken ist. Aus einer reinen Steuerungsperspektive bräuchte ihn das nicht zu stören. Hat der Gesetzgeber dank guter psychologischer Forschung den Mechanismus verstanden, könnte er ihn in Steuerungsabsicht ausnutzen. Er könnte also dazu übergehen, das Verhalten der Regelanwender oder der Regelungsadressaten indirekt zu steuern. Er würde dann auf die Situation einwirken, in der sie entscheiden. Oder er würde versuchen, die Wahrnehmung dieser Situation zu beeinflussen. Das wird sich nicht gänzlich verhindern lassen. Der Gesetzgeber riskiert dann aber nicht nur die erwähnten Vorzüge der offenen Steuerung durch das Recht. Vielmehr setzt er sich überdies dem Vorwurf der Manipulation aus. Denn die Regelanwender und erst recht die Adressaten haben typischerweise nicht das Lenkungswissen, um den Mechanismus zu verstehen. Auch mit der Hilfe von Intermediären ist es schwer, wenn denn überhaupt, zu erwerben.

IV. Systemtheoretische Einsichten

1. Einleitung

Die Systemtheorie und das Recht haben sich ähnlich viel zu sagen wie die Ökonomie und das Recht. Der Vater der Systemtheorie, Niclas Luhmann, war von Haus aus Jurist. Viele Rechtssoziologen sind von ihm beeinflusst, oder jedenfalls von der Auseinandersetzung mit seinem Denken. Systemtheorie und Ökonomie sind beinahe schon antipodische sozialwissenschaftliche Zugänge zum Recht. Der eine kommt konsequent von der Gesellschaft, der andere ebenso konsequent vom Individuum her. Viele für den Juristen fruchtbare systemtheoretische Einsichten über den Umgang mit Unsicherheit passen allerdings schlecht zum Duktus dieses Beitrags¹¹⁶. Hier geht es gerade nicht um die Gründe für die verbreitete Flucht des Staats aus dem Recht hin zu nicht-rechtlichen oder hybriden Steuerungsformen. Ebenso wenig geht es um Risikomanagement als Staatsaufgabe und um die staatliche Risikokommunikation als ein Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe. Vielmehr sollen auch die systemtheoretischen Einsichten zum Umgang mit Unsicherheit im folgenden mit dem Kernbereich des Rechts konfrontiert werden. Es soll also darum gehen, was aus ihnen für die Regelanwendung folgt (2); ob das Recht die Plastizität der Tatbestandsmerkmale nutzen kann, um

115 Jeffrey J. Rachlinsky. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight, in: Cass R. Sunstein (ed.): Behavioral Law and Economics, Cambridge 2000, 95-115..

116 Siehe gerade zu diesen Überlegungen Schulte [***] und Scherzberg [***].

sich für diese Einsichten zu öffnen (3); wie sie ihm bei der Auswahl der Anlässe für die Regelanwendung helfen können (4); was daraus schließlich für die Regelbildung zu gewinnen ist (5).

2. Regelanwendung

Schon im Verhältnis zu Ökonomie und Psychologie hat sich der Wissensbegriff als Lackmustest erwiesen. So liegt es auch im Verhältnis zur Systemtheorie. Sie versteht Risiko als die soziale Konstruktion von Nichtwissen. Sie unterscheidet also nicht bloß zwischen dem Risiko und seiner Wahrnehmung. Vielmehr deutet sie perceived risk letztlich als perceived ignorance. Weiter betont sie die zentrale Rolle von öffentlicher Risikokommunikation. Um noch einmal die englischen Begriffe zu bemühen: Es geht hier also eigentlich auch nicht um perceived ignorance, sondern um communicated ignorance. Vorsorge deutet sie als Verantwortungsübernahme durch das Recht, die zugleich Systemvertrauen braucht und riskiert¹⁷.

Dem stellt die juristische Regelanwendung den Begriff der Tatsache gegenüber. Damit meint sie Elemente des Sachverhalts, die den Tatbestand der Eingriffs- oder Anspruchsgrundlage erfüllen. Der abweichende Wissensbegriff erklärt sich aus einer anderen Aufgabe der Regelanwendung. Die Regelanwendung ist textgebunden, hermeneutisch und dogmatisch. Sie ist deshalb durch die Risikowahrnehmung des Gesetzgebers und der Gemeinschaft der Rechtsinterpreten vorgeprägt. Allen Interpretationsspielräumen zum Trotz ist Regelanwendung in ihrem Kern positivistisch. Die regelanwendenden Gerichte und Behörden müssen die Risikowahrnehmung des Gesetzes deshalb nicht verantworten. Die Regeln des Rechts werden außerdem immer mit Bezug auf einen konkreten Lebenssachverhalt angewendet. Die Regelanwendung ist deshalb auch durch die Risikowahrnehmung der Parteien vorgeprägt. Rechtsanwendung ist immer auch Streitbeilegung.

Die Gerichte und Behörden wenden allgemeine Regeln an. Die Risikowahrnehmung im konkreten Fall steht deshalb in einem Spannungsverhältnis zur Wahrnehmung in vergleichbaren, dogmatisch aufgearbeiteten Fällen. Die Rechtskraft des Urteils und die Bestandskraft von Verwaltungsverfahren schließen den Prozess der autoritativen

Regelanwendung formal ab. Auch das entlastet die Regelanwendung. Letztlich braucht sie nicht Wissen, sondern nur die eigene Gewissheit. Schließlich binden die Prozess- und Verfahrensordnungen die regelanwendenden Institutionen in unterschiedlichem Ausmaß auch beim Prozess der Tatsachengewinnung. Vom Unterschied zwischen Streng- und Freibeweis und von der Entscheidung nach Beweislast war bereits die Rede. Diese Verfahrensregeln sind zunächst einmal

rechtsstaatlich gedacht. Sie sollen verhindern, dass der Staat im Prozess der Regelanwendung zu tief in die Freiheitssphäre von Parteien und Zeugen eingreift. Sie wollen die Institution vor dem Vorwurf der Willkür schützen. Sie wollen verhindern, dass ein Rechtsstreit schließlich unentschieden bleibt. Mit dem systemtheoretischen Besteck lässt sich diesen Verfahrensregeln aber eine weitere Funktion entlocken. Man kann sie als Instrumente zur autoritativen Konstruktion von Nichtwissen deuten. Was vorher grau war, wird für die Zwecke der staatlichen Entscheidung dann eindeutig schwarz¹¹⁸.

3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale

Wie schon im Verhältnis zur Ökonomie und zur Psychologie kann das Recht auch im Verhältnis zur Systemtheorie die Plastizität der Tatbestandsmerkmale für eine stärkere Öffnung nutzen. Ein klassisches Beispiel stammt aus dem Umweltrecht. Die umweltrechtlichen Gesetze definieren den materiellen Standard oft nicht selbst, sondern verlangen die Beachtung des „Standes von Wissenschaft und Technik“¹¹⁹. Die Systemtheorie zeigt, wie solche Klauseln das Recht von Verantwortung entlasten¹²⁰ - und dass die Wissenschaft diese Verantwortung eigentlich auch nicht tragen kann. Sie produziert bestenfalls Inseln von „spezifischem Nichtwissen“, die immer von einem Meer von „unspezifischem Nichtwissen“ umgeben sind¹²¹.

Eine zweite Leistung des positiven Rechts wird an einem bereits eingeführten Beispiel augenfällig. Wird eine Verurteilung aus dem Bundeszentralregister getilgt, soll mit den Mitteln des Rechts Nichtwissen konstruiert werden. Der Fall ist besonders drastisch, weil über die Tatsache der Verurteilung ja keinerlei Zweifel besteht. Die Rechtsregel verwandelt also nicht Unsicherheit in Nichtwissen, sondern sie macht auch aus positivem Wissen Nichtwissen. Aus weiss macht sie schwarz.

Das ebenfalls bereits erwähnte Vorsorgeprinzip hat eine andere Funktion. Es leugnet die Unsicherheit über Ursache-Wirkungs-Beziehungen nicht. Es stellt die Rechtsanwendung aber von der Bindung an die Tatsachen frei. Sie darf eingreifen, obwohl nicht sicher ist, dass dazu wirklich Anlass besteht. Sie darf handeln, obwohl nicht sicher ist, dass die Handlung dem Schutzgut dient.

117 Näher *Klaus P. Japp* [***].

118 Vergleiche *Japp* (FN 117) [*** 14]: „Operativ erzeugtes Nichtwissen“; vergleiche auch ebd. [*** 19]: „Besondere, an Sicherheit, nicht an Wahrheit orientierte Konstruktionen“.

119 Welche der für den Uneingeweihten ähnlich klingenden Formeln das Gesetz verwendet, entscheidet dabei maßgeblich über die Strenge der Anforderungen, ein Überblick findet sich bei *Kloepfer* Umweltrecht (FN 53) § 3, R 75 f.

120 *Japp* (FN 117) [*** 23 f] spricht von einer Verantwortungsübernahme durch symbolische Kommunikation.

Sie darf beides auch nicht bloß vorläufig. Erweist sich nachträglich, dass die Regelanwendung von falschen Prognosen ausgegangen ist, muss trotzdem nichts rückabgewickelt oder kompensiert werden. In systemtheoretischer Sprache hört sich der Unterschied so an: „Risikovorsorge setzt Kausalitäten kontingent und operiert in einem mehr oder minder offenen Horizont schädlicher Entscheidungsfolgen“¹²². „Gefahrenabwehr unterhält [dagegen] ein quasi ignoranten Verhältnis zu ökologischem Nichtwissen, sie wartet, bis ein Ereignis kausal aufgeklärt werden kann und vermeidet insofern die Risiken ungesicherter Festlegungen“¹²³. Daraus wird deutlich, worum es im Kern geht: Um gesellschaftliche Risikopräferenzen¹²⁴.

Diese systemtheoretische Präzisierung macht deutlich, dass sich hinter der Verwendung des Vorsorgeprinzips eine Entscheidung versteckt, die sich die Juristen für gewöhnlich nicht klar machen. Entscheidend ist nicht mehr, wie das Risiko nach welchem objektiven oder wissenschaftlichen Maßstab auch immer einzuschätzen ist. Vielmehr hängt die Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und Vorsorge jedenfalls auch daran, wie das Risiko öffentlich wahrgenommen wird. Empirische Untersuchungen belegen, wie weit die wissenschaftliche und die öffentliche Wahrnehmung auseinanderfallen können¹²⁵. Systemtheoretisch ist das konsequent. Aus ihrer Perspektive sind nicht größere Gefahren oder höhere Komplexität das Problem, sondern die größere öffentliche Aufmerksamkeit¹²⁶. Aber für den Verfassungsrechtler ist das ein ungemütlicher Befund. Denn die vorsorgenden Normen greifen fast immer in Freiheit oder Eigentum ein. Genügt zur Rechtfertigung, dass die Öffentlichkeit nervös geworden ist?

4. Auswahl der Anlässe für die Regelanwendung

Dieselbe Frage stellt sich auch bei der Auswahl der Anlässe für die Regelanwendung. Aus systemtheoretischer Perspektive ist der Befund einfach: Sie erwartet, dass die Regelanwender gerade die Fälle aufgreifen, die im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen. Haben die Medien einen BSE-Fall publik gemacht, schwärmen die Veterinärkontrolleure auf die Höfe der Rinderbauern. Von den Sorgen der Tierschützer um die Batteriehaltung von Hühnern ist erst einmal nicht mehr die Rede. Die Aufsichtsbehörden würden konsequent handeln, wenn sie dort Vollzugspersonal abziehen.

121 Japp (FN 117) [*** 13 f].

122 Japp (FN 117) [***4].

123 Ebd.

124 Japp vermeidet ebd. den individualistischen Begriff der Präferenzen und spricht stattdessen von „politischer Risikoaversion“.

125 Eindringlich *Richard H. Pildes/Cass R. Sunstein*. Reinventing the Regulatory State, in: *The University of Chicago Law Review* 62 (1995) 1-129.

An sich gibt die Rechtsordnung überall dort für solche Entscheidungen Raum, wo das Opportunitätsprinzip gilt. Dann steht es im Ermessen der Behörde, welche Gegenstände sie aufgreift. Aber der Begriff des Ermessens ist ernst zu nehmen. Die Behörde muss es pflichtgemäß ausüben. Der allgemeine Gleichheitssatz aus Artikel 3 I GG hindert sie daran, willkürlich vorzugehen. Damit stellt sich in anderer dogmatischer Einkleidung auch hier das schon bekannte verfassungsrechtliche Problem: Ist ein Medienspektakel eine ausreichende Rechtfertigung, um die ganze Wucht staatlicher Gewalt auf eine einzige Branche zu konzentrieren?

Die Frage wird noch drängender, wenn die Regelanwender die öffentliche Risikowahrnehmung erst selbst hergestellt oder jedenfalls verstärkt haben. Die Systemtheorie verweist darauf, dass Regelanwendung genau diese Wirkung haben kann. Sie kann der Öffentlichkeit signalisieren, dass ein Risiko ernst zu nehmen ist. Auch die Juristen sollte dieser Befund nicht erstaunen. Denn in den Augen der uninformierten Öffentlichkeit wirkt die staatliche Intervention wie eine implizite Warnung. Um die rechtsstaatlichen Grenzen für explizite Warnungen hat sich das Verwaltungsrecht ja lang genug bemüht¹²⁷.

5. Regelbildung

Wenn der Gesetzgeber im Angesicht von Unsicherheit entscheidet, steht er vor der gleichen Herausforderung wie der Regelanwender. Er muss sich fragen, ob er nur auf „objektiv“, besser mit wissenschaftlichen Methoden feststellbare Risiken reagieren will, oder auch auf die öffentliche Risikowahrnehmung. Und er muss sich bewusst sein, dass sein Handeln dem Risiko erst Aufmerksamkeit verschaffen kann. Seine Lage ist dabei nur viel weniger komfortabel als die des Rechtsanwenders. Ihm steht keine geltende Norm zu Gebote, hinter die er sich zurückziehen kann. Auch die Verfassung hilft ihm regelmäßig nicht. Sie enthält zwar auch materielle Vorgaben, nicht bloß Organisations- und Verfahrensregeln. Diese Vorgaben determinieren sein Handeln aber nicht, sondern ziehen ihm nur Grenzen. Die Verfassung ist also nur Rahmenordnung¹²⁸. Das materielle Verfassungsrecht besteht nicht aus Regeln, sondern aus Prinzipien¹²⁹. Die Verfassung steuert den Gesetzgeber also nicht konditional, sondern bloß final. Sie gibt ihm keine Ergebnisse auf. Sie verpflichtet ihn nur, durch eine genuin politische Entscheidung konkurrierende Belange in ein angemessenes Verhältnis zu setzen. Diese dogmatischen Figuren sichern dem Gesetzgeber einen

126 Japp (FN 117) [*** 2].

127 Siehe nur *Martin Schulte* Schlichtes Verwaltungshandeln. Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts (Jus Publicum 12) Tübingen 1995, 50-59 und passim.

128 Grundlegend *Ernst Wolfgang Böckenförde* Grundrechte als Grundsatznormen, in: *Der Staat* 29 (1990) 1-31.

129 Grundlegend *Robert Alexy*. Theorie der Grundrechte, Frankfurt² 1994, insbesondere 71-103.

großen Freiraum. Sie bewirken gleichzeitig aber auch, dass er sich der Verantwortung für seine Entscheidungen viel weniger entziehen kann.

Die Systemtheorie wirkt auch für die Entscheidung zwischen Gefahrenabwehr und Vorsorge erhellend. Beschränkt sich der Gesetzgeber auf die Gefahrenabwehr, dann mutet er den potentiellen Opfern die Schädigung zu. Die Rechtsordnung kann sie für die Beeinträchtigung ihrer Rechtsgüter dann bestenfalls noch nachträglich kompensieren¹³⁰. Das ist für die meisten Juristen vermutlich keine verblüffende Einsicht. Der systemtheoretische Blick macht aber deutlich, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für das Vorsorgeprinzip einen spiegelbildlichen Nachteil hat. Die Gesellschaft erfährt nie, ob die Aktivität wirklich so gefährlich war und ob es schonendere Lösungen zur Beherrschung der Gefahr gegeben hätte¹³¹. Die Gesellschaft macht keine Lernerfahrungen mehr¹³². Im Gegensatz zu der „selektionsscharfen“ Gefahrenabwehr ist die Vorsorge „selektionsarm“¹³³. Wie der Gesetzgeber es auch anstellt: Er muss also schuldig werden. Belässt er es bei der Gefahrenabwehr, gefährdet er gegenwärtige Rechtsgüter zum Wohle künftiger. Entscheidet er sich für die Vorsorge, ist es genau umgekehrt.

Schließlich vermehrt auch die Systemtheorie das Lenkungswissen des Rechts. Die zentrale Kategorie ist das Systemvertrauen¹³⁴. Es ist die Voraussetzung für jeden Vollzug von Recht, der nicht allein auf die Fähigkeit des Staats zur Anwendung von physischem Zwang setzt. Wir hatten gesehen, dass die Rechtsordnung nicht ohne die Bereitschaft der Adressaten existieren kann, Normen im Normalfall auch ohne Vollstreckung zu befolgen¹³⁵. Sägen Gefahrenabwehr und Vorsorge nun selbst an den Ast des Systemvertrauens, auf dem das Recht sitzt? Die Frage liegt deshalb nahe, weil die Systemtheorie öffentliche Risikokommunikation gerade als Enttrivialisierung begreift¹³⁶. Wenn sich die Rechtsordnung eines öffentlich wahrgenommenen Risikos annimmt, stabilisiert sie das Systemvertrauen zwar zunächst. Das Risiko erscheint nun wieder beherrschbar, weil die Rechtsordnung ja die Verantwortung dafür übernommen hat¹³⁷. Dieser Vorgang ist aber riskant. Was geschieht, wenn sich das Risiko doch realisiert? Delegitimiert sich die Rechtsordnung damit auch für andere Zwecke? Riskiert sie auch darüber hinaus das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Systems, in die das persönliche Leben eingebettet ist¹³⁸? Oder schon die Bearbeitung eines

130 Vergleiche *Japp* (FN 117) [*** 4]

131 *Japp* (FN 117) [***6].

132 Ebd. [***27 FN 34].

133 Ebd. [*** 29].

134 *Japp* (FN 117) [*** 1].

135 Siehe oben II 2 b.

136 *Japp* (FN 117) [*** 20].

137 Ebd. [*** 22 f].

138 Vgl. *Japp* (FN 117) [*** 21 f.].

Risikos gerade in den Formen des Rechts das Systemvertrauen in höherem Masse als (alle) anderen Formen gesellschaftlicher Risikoverarbeitung?

V. Kulturtheoretische Einsichten

1. Einleitung

Im täglichen Leben und in der politischen Auseinandersetzung argumentieren wir ständig normativ. Die Wissenschaften, die unser soziales oder politisches Leben zum Gegenstand haben, sind mit normativen Aussagen dagegen sehr viel vorsichtiger. Allenfalls setzen sie einen einzigen Ausgangspunkt und deduzieren von ihm aus eine normative Theorie. Das tut etwa die Wohlfahrtsökonomie mit dem utilitaristischen Kriterium der Effizienz¹³⁹. Diese Vorsicht ist nicht ohne Grund. Denn es ist nicht schwer zu zeigen, dass man normative Fragen von ganz unterschiedlichen Ausgangspunkten aus entscheiden kann. Statt Effizienz kann man etwa Freiheit, Fairness, Gleichheit oder Würde setzen. Man braucht auch nicht viel mehr Aufwand, um zu zeigen, dass diese normativen Ausgangspunkte kategorial unvereinbar sind. Für einen Juristen sind das ungemütliche Einsichten. Denn seine Aufgabe ist ja unvermeidlich eine normative. Er kann sich dabei auch nur in Grenzen auf die normativen Entscheidungen des Gesetzgebers zurückziehen. Wohin eine strikt positivistische Position führen würde, hat Hans Kelsen vorgeführt: Juristische Wissenschaft könnte dann nur noch alternative Lösungen durchspielen¹⁴⁰. Die Rechtswissenschaft müsste sich der eigentlichen Aufgabe des Rechts versagen. Sie wäre nicht mehr hermeneutisch und damit konstitutiv schöpferisch¹⁴¹. Vor diesem Hintergrund ist die Kulturtheorie für den Juristen attraktiv. Denn ihr Anliegen ist die organisierte Koexistenz unvereinbarer Konzeptionen¹⁴².

Auch dieser Ansatz lässt sich für die Regelanwendung fruchtbar machen (2). Er kann die Plastizität der Tatbestandsmerkmale nutzen (3) und auf die Auswahl der Anlässe für die Regelanwendung Einfluss nehmen (4). Schließlich lassen sich kulturtheoretische Einsichten für die Regelbildung fruchtbar machen (5).

139 Sieh dazu oben II 2 a.

140 *Hans Kelsen*: Was ist die Reine Rechtslehre?, in: FS Giacometti, Zürich 1953, 143-162.

141 *Arthur Kaufmann*: Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur Juristischen Hermeneutik, in: *ders.*: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, Köln 1984, 79-88; siehe zum Ganzen auch *Christoph Engel*, Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: *ders.* (Hrsg): Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter (Common Goods: Law, Politics and Economics 1) Baden Baden 1998, 11-40.

142 Grundlegend *Michael Thompson/Richard Ellis/Aaron Wildavsky*. Cultural Theory, Boulder 1990. Der kulturtheoretische Ansatz ist allerdings nicht der einzig denkbare. Zu weiteren Möglichkeiten siehe *Engel*. Offene Gemeinwohldefinition (FN 107) [*** V].

2. Regelanwendung

Das Erkenntnisinteresse der Kulturtheorie prägt ihren Wissensbegriff. Sie interessiert sich weniger für Unsicherheit als für widersprüchliche Sicherheiten. Sie haben eine kognitive und eine motivationale Seite. Beide haben ihren Grund in der fundamentalen Relativität der normativen Ausgangspunkte. Die Kulturtheorie nennt sie „ways of life“. Sie führen zu Problemwahrnehmungen und Problemdefinitionen, die im Wettbewerb zueinander stehen. Die Lösung der Kulturtheorie macht ein Bild deutlich. Für einen entfernten Betrachter wirkt es, als ob ein Mückenschwarm in der Luft stünde. Die Stabilität des Ganzen ist jedoch die Folge davon, dass alle Teile beständig in Bewegung sind. Dabei ziehen die einzelnen Mücken nicht abgezielte Bahnen. Vielmehr passen sie sich ständig neu an die Bewegung der andern Mitglieder des Schwarms an. Stabilität ist also das Ergebnis von permanenter Bewegung¹⁴³.

Auf die juristische Regelanwendung lässt sich diese Vorstellung jedenfalls nicht unmittelbar übertragen. Zunächst ist sie nur ein Element der Rechtsordnung. Die Forderungen der Kulturtheorie könnte sie deshalb auch gemeinsam mit der Regelbildung schultern. Außerdem ist der Prozess der Regelanwendung für das abstrakte Ausbalancieren widersprüchlicher normativer Grundorientierungen wenig geeignet. Der philosophische Diskurs und die politische Auseinandersetzung eignen sich dafür viel besser. Im wissenschaftlichen Diskurs können die widerstreitenden Ideen miteinander ringen, in der politischen Auseinandersetzung können die widerstreitenden Interessen miteinander kämpfen¹⁴⁴. Die praktische Regelanwendung ist gezwungen, in relativ kurzer Zeit zu einer bindenden Entscheidung zu finden. Dieses Element des institutionellen Rahmens gibt der hierarchischen Weltsicht einen leichten Vorrang. Stabilität ist für den regelanwendenden Juristen letztlich wichtiger als Beweglichkeit. Auch wenn die Regel das Ergebnis ihrer Anwendung nicht stets determiniert, bleibt der Regelanwender doch an den Text gebunden. Das hermeneutische Verhältnis zwischen allgemeiner Regel und Lebenssachverhalt prägt das Ergebnis zumindest vor. Die Problemdefinition des Gesetzgebers ist zumindest der Ausgangspunkt für die Entscheidung des Regelanwenders. Die Regel bindet das Gericht und die Parteien. Das Gericht trägt selbst deshalb keine Verantwortung für eine unausgewogene Problemdefinition des Gesetzes. Ebenso liegt es, wenn eine Verwaltungsbehörde die Norm anwendet.

143 *Thompson/Ellis/Wildavsky* (FN 142) 83-85 (dort ist es allerdings ein Starenschwarm), siehe auch ebd. 22/66/80/86.

144 Siehe erneut *Vanberg/Buchanan* (FN 10) und *Yee* (FN 10). Der Gegensatz ist natürlich nur idealtypisch. Auf den politischen Prozess haben auch Ideen Einfluss, in die wissenschaftliche Auseinandersetzung können auch Interessen einfließen, und sei es durch die persönliche Einstellung der beteiligten Wissenschaftler.

Die regelanwendenden Juristen entscheiden über das Leben anderer. Daraus ergibt sich das beschriebene doppelte Prinzipal-Agent-Problem¹⁴⁵. Deshalb kann die Freiheit der Juristen zur Änderung der Problemdefinition jedenfalls nicht unbegrenzt sein. Denn anders als die Parlamentarier sind sie ja nicht unmittelbar vom Volk kontrolliert. Außerdem sind die regelanwendenden Juristen ja nicht irgendwelche Agenten. Vielmehr üben sie die souveräne staatliche Gewalt aus. Ihr Handeln muss deshalb legitimiert sein, und es sollte auf Akzeptanz achten. Ist das leichter, wenn widersprüchliche Sicherheiten vertuscht werden? Oder sollten sie stattdessen gerade offen benannt werden? Eine stets gültige Antwort auf diese Fragen gibt es nicht. Wird die konzeptionelle Unauflöslichkeit des Konflikts offengelegt, fühlen sich die Verlierer ernst genommen. Andererseits müssen sie aber auch schwarz auf weiß lesen, dass sie ihre Vorstellungen nicht durchsetzen konnten. Das kann ihr Ansehen in der Öffentlichkeit beschädigen. Auch fällt es ihnen schwerer, den Verlust Mächten zuzuschreiben, auf die sie ohnehin keinen Einfluss gehabt hätten. Solche Zuschreibungen sind ein wichtiger Mechanismus zum Schutz des Selbstwertgefühls¹⁴⁶. All diese Überlegungen gelten auch für eine weitere Aufgabe der Rechtsanwendung, das Schlichten von Konflikten. In einem Fall mag es helfen, wenn die Parteien mit gerichtlicher Hilfe verstehen, dass ihr Konflikt auf dem Unterschied zwischen prinzipiell gleichwertigen konzeptionellen Ausgangspunkten beruht. Im anderen Fall mag die analytische Klärung das Zusammenleben mit dem Prozessgegner erst recht unerträglich machen.

Schließlich soll die Rechtsanwendung die normativen Erwartungen der Rechtsordnung aktualisieren¹⁴⁷. Das ist jedenfalls nicht leicht, wenn sich die Norm klar auf eine theoretische Seite geschlagen hat. Wer von einem anderen normativen Ausgangspunkt aus argumentiert, wird dann bestenfalls gehorchen. Einsehen kann er nur auf der abstrakten Ebene. Die Rechtsanwendung kann nur versuchen, für die Einsicht in die fundamentale normative Relativität zu werben. Wenn keine Regel das Schlimmste wäre, bleibt dann nur die verfahrensrechtlich abgesicherte Dezision¹⁴⁸.

145 Näher oben III 2 d; auf einer Meta-Ebene kann man sich sogar fragen, ob das Modell von Prinzipal und Agent dann überhaupt noch passt. Denn „das Wahlvolk“ ist in kulturtheoretischer Perspektive ja gar nicht im Stande, „den Politikern“ oder „dem Gesetzgeber“ als seinen Agenten einen vorab klar definierten Auftrag zu geben. Immerhin kann es sie aber damit betrauen, ad hoc einen gerechten Ausgleich zu finden. Auch bleiben das Problem asymmetrisch verteilter Information und der potentielle Interessengegensatz.

146 Anregend zum Ganzen *Guido Calabresi*: *Ideals, Beliefs Attitudes and the Law*. Private Law Perspectives on a Public Law Problem, Syracuse 1985. Den zuletzt genannten Mechanismus nennen die Psychologen Self-Serving Bias, näher *Babcock / Loewenstein* in *Sunstein* (FN 34).

147 Siehe oben III 2 d.

148 Zu Notwendigkeit und Grenzen von Dezision näher *Engel* Offene Gemeinwohldefinitionen (FN 107) [*** V 3].

3. Plastizität der Tatbestandsmerkmale

Das Ordnungsrecht ist für die Kulturtheorie ein attraktives Instrument. Sie verwendet dafür zwar die wenig schmeichelhafte Formulierung: „law is a clumsy institution“¹⁴⁹. Das ist aber nicht abwertend, sondern im Gegenteil lobend gemeint. Gerade weil der hermeneutische Prozess der Regelanwendung Spielräume lässt, ist dieses Steuerungsinstrument zu dem Spagat zwischen unvereinbaren normativen Ausgangspunkten fähig¹⁵⁰. Notfalls erlaubt die Plastizität der Tatbestandsmerkmale dem Regelanwender, die Problemdefinition zu verschieben. Die dogmatischen Spielräume kann er nutzen, eine Art konzeptionellen Waffenstillstand zu organisieren. Vor allem kann er die Notwendigkeit zum Abgleich widerstreitender normativer Konzeptionen aber auf den entscheidungsbedürftigen Fall beschränken.

Die allgemeine Regel determiniert ihre Anwendung im Einzelfall nicht vollständig. Die Regelanwender können diesen Freiraum zur versteckten Redefinition des Regelungsproblems nutzen. Der Spielraum ist die Folge des hermeneutischen Charakters der Regelanwendung. Er ist typischerweise umso größer, je komplexer der Sachverhalt ist. Weitere Freiräume ergeben sich aus der Rangordnung in der Rechtsordnung. So stehen im deutschen Recht die Rechtsverordnungen des Bundes über dem Recht der Länder, die Gesetze des Bundes über seinen Rechtsverordnungen, die Verfassung über den Gesetzen, und im Konfliktfall setzt sich das Recht der Europäischen Gemeinschaft gegen deutsches Recht durch. Die Aufgabe der Interpreten ist es, dieses Ergebnis nach Möglichkeit zu vermeiden. Das gelingt ihnen durch eine Interpretation der niederrangigen Norm im Lichte der höherrangigen. Diese Interpretationsspielräume sind aber durch formelle und informelle Regeln kontrolliert. Nur der Europäische Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht dürfen niederrangige Normen offen kassieren. Die übrigen Gerichte müssen sich bei der verfassungs- oder gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation in den methodischen Grenzen der Auslegung halten. Je weiter sie dabei von der Auslegungstradition abrücken, desto besser müssen ihre Argumente sein.

Auf dem Wege zur Lösung des Falls brauchen die Gerichte nicht unbedingt alle Rechtsfragen zu entscheiden. Oft hängt von einer dogmatischen Frage nämlich nur ein bestimmter Lösungsweg ab, nicht das Ergebnis. Dann kann das Gericht die Rechtsfrage dahinstehen lassen. Es entwickelt beide Lösungswege zum selben Ziel. Diese Technik ist hilfreich, wenn auf dem einen Weg gerade die eine

149 *Michael H. Shapiro*. Natural Selection an the Design of Clumsy Institutions, in: Southern California Law Review 61 (1988) 1555; *Michael Thompson*. Clumsiness. It's as Easy as Falling Off a Log, [***erscheint in] Governance 2001.

150 Siehe dazu auch näher *Engel* Grammatik des Rechts (FN 4) 27 und passim.

normative Grundauffassung zum Tragen kommt, auf dem zweiten aber eine konkurrierende¹⁵¹. Der Rechtsanwender ist zu dieser Lösung imstande, weil sich seine Aufgabe auf die Entscheidung des konkreten Falls beschränkt. Dass die beiden normativen Welten an vielen anderen Stellen unversöhnlich aufeinanderprallen, braucht ihn nicht zu kümmern. Ebenso wenig braucht ihn zu stören, dass die gleiche Rechtsfrage in anderen Fällen nicht offen bleiben kann.

4. Auswahl der Anlässe für die Regelanwendung

Soweit der Jurist einen Freiraum bei der Auswahl der Anlässe zur Regelanwendung hat, kann er auch ihn zur Bewältigung widerstreitender Gewissheiten nutzen. Das ist vor allem dann der Fall, wenn nicht das Legalitätsprinzip gilt, sondern das Opportunitätsprinzip¹⁵². Einen ähnlichen Freiraum genießen etwa die Revisionsgerichte, wenn sie die Revision nur zulassen müssen, wenn die Sache „grundsätzliche Bedeutung“ hat. Bei den Verfassungsbeschwerden führt die schiere Zahl zum selben Ergebnis. Die 16 Richter könnten mehrere Tausend Beschwerden im Jahr nie und nimmer mit sorgfältigen Entscheidungen erledigen. Ein offenes Annahmeverfahren sieht das Bundesverfassungsgerichtsgesetz zwar nach wie vor nicht vor. Die Maßstäbe des Gesetzes sind aber denkbar beweglich. Eine Pflicht zur Entscheidung besteht nur, wenn der Sache „grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt“ oder wenn dem Beschwerdeführer andernfalls „ein besonders schwerer Nachteil entsteht“¹⁵³. Das Gericht braucht die Ablehnung der Annahme zur Entscheidung nicht zu begründen, es kann der Beschwerde sogar ohne Begründung stattgeben¹⁵⁴.

Diese Spielräume kann ein Gericht nutzen, um Fällen ganz auszuweichen, in denen der fundamentale normative Konflikt unüberbrückbar scheint. Vor allem kann es diese Instrumente aber nutzen, um sich schrittweise, vielleicht auch auf Umwegen der Bewältigung des Konflikts zu nähern. So ist der Europäische Gerichtshof dafür bekannt, umstrittene Rechtsfragen zunächst einmal an beinahe trivialen Fällen zu entscheiden. Kommt später ein Fall, auf den das Gericht eigentlich abgezielt hatte, verweist es auf die bereits etablierte Doktrin. Auf diese Weise lässt sich ein Lernprozess bei den Adressaten gestalten.

151 *Cass R. Sunstein* nennt das ein „incompletely theorized agreement“, in: *ders.: Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996; *ders.: One Case at a Time*, Cambridge 1999.

152 Siehe oben II 2 b.

153 § 93 a BVerfGG.

154 § 93 d I BVerfGG.

5. Regelbildung

In einer Demokratie ist das Recht nicht von Gott gegeben, historisch gewachsen oder aus normativen Grundprinzipien abgeleitet. Recht wird vielmehr vom Parlament gesetzt¹⁵⁵. Recht wird also als das Ergebnis eines politischen Prozesses gebildet. Die Kulturtheorie benennt einen wichtigen Grund, warum das auch richtig so ist. Der politische Prozess ist das Forum, in dem die theoretisch unvereinbaren normativen Grundhaltungen miteinander ringen können. Der formale Gesetzesbeschluss erlaubt auch dann Entscheidungen, wenn dieses Ringen nicht zu einem Konsens geführt hat. Wahlen versorgen diese nur noch formal gesicherten Entscheidungen mit Legitimation. Der Gesetzesbeschluss setzt die Norm in Geltung. Dadurch erhält die Regelanwendung ein Datum, an das sie anknüpfen kann, ohne die eigene Legitimation zu riskieren.

Das ist ein eleganter Mechanismus. In den vergangenen Jahrzehnten ist aber immer offensichtlicher geworden, dass er nicht stets zu einem befriedigenden Ergebnis, also zu gerechten Regeln führt. Zu dieser Erkenntnis, mehr noch aber zu ihrer Wahrnehmung, hat die rationaltheoretische Analyse politischer Prozesse entscheidend beigetragen¹⁵⁶. Das hat den Blick für eine weitere Folge der Trennung von Regelbildung und Regelanwendung geschärft. Die mehrfach beschriebenen Freiräume der Regelanwendung zur Redefinition von Problem und Lösung sind nämlich auch ein Element der Gewaltenbalance. Dabei wird nicht einfach dem demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgeber eine zweite, demokratisch viel weniger legitimierte Instanz zur Seite gestellt. Die Eleganz dieses institutionellen Arrangements ergibt sich vielmehr gerade aus den dogmatischen und aus den verfahrensrechtlichen Grenzen richterlicher Gewalt. Eine Lösung, die den Text der Norm überschreitet, kann der Richter nicht etablieren, und sei sie noch so gerecht. Je weiter er sich vom Willen des Gesetzgebers entfernt, desto bessere Gründe und desto größere Autorität braucht er. Aus eigenem Antrieb kann er nicht tätig werden. Er muss warten, bis die Parteien einen geeigneten Fall vor seine Schranken tragen. Reine Interessenargumente zählen vor Gericht nicht. In den Formen des Rechts können nur Ideen miteinander streiten¹⁵⁷. Zu dem primären Prozess der Regelbildung durch die Politik tritt auf diese Weise ein subsidiärer Prozess der Regelkorrektur und Regelanpassung durch die Gerichte.

155 Genauer: Wenn die Rechtsordnung altes Recht übernommen hat oder Gewohnheitsrecht anerkennt, kann es vom Parlament jedenfalls geändert werden.

156 Näher *Christoph Engel/Martin Morlok* (Hrsg): *Öffentliches Recht als ein Gegenstand Ökonomischer Forschung. Die Begegnung der Deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie*, Tübingen 1998.

157 Näher *Christoph Engel*: *Delineating the Proper Scope of Government. A Proper Task for a Constitutional Court*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157 (2001) 187-219.

VI. Möglichkeiten und Grenzen der Interdisziplinarität

An zwei Stellen hat das Recht ein Wissensproblem: bei der Regelanwendung und bei der Regelbildung. Der Wissensbedarf des Regelanwenders ist durch die anwendbare Norm zwar nicht vollständig bestimmt, aber doch vorgeprägt. Er muss auf Anlässe zur Regelanwendung aufmerksam werden. Und er muss die Tatsachen ermitteln, von denen die anwendbare Norm das Eingreifen der Rechtsfolge abhängig gemacht hat. Die Regelanwendung ist aber kein mechanischer, sondern ein hermeneutischer Vorgang. Das Entscheidungsprogramm liegt deshalb im Normalfall nicht vollständig fest. Erst im Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Sachverhalt und Normenmaterial schält sich schrittweise das entscheidungsbedürftige Problem heraus. Regelmäßig wird auch erst in diesem Prozess die anwendbare Norm vollständig konkretisiert. Sind die danach erforderlichen Tatsachen nicht vollständig zu ermitteln, hält die Rechtsordnung Regeln über Beweiserleichterungen, notfalls für die Verteilung der Beweislast bereit.

Im Ausgangspunkt denkt das deutsche Recht positivistisch. Gesetz ist, was das Parlament als Gesetz beschlossen hat. Das Parlament macht deshalb aber nicht beliebige Willkürakte mit Mehrheitsentscheidung zum Gesetz. Es will im Prinzip wirklich soziale Probleme lösen. Dazu wird es auch von der nächsten Wahl und von den materiellen Vorgaben der Verfassung angehalten. Wer ein soziales Problem lösen will, hat ein sechsfaches Wissensproblem. Er muss naturwissenschaftlich-technisch beschreibbare Tatsachen kennen, naturwissenschaftlich erfassbare Zusammenhänge verstehen und die Wirkung menschlicher Interventionen auf solche naturwissenschaftlich erfassbaren Zusammenhänge erfassen. Meist muss er überdies das Handeln anderer Akteure kennen, sozialwissenschaftlich erfassbare Zusammenhänge verstehen und die Wirkung von Interventionen auf das Handeln solcher Akteure abschätzen.

Bei der Bewältigung des Wissensproblems können dem Recht seine Nachbarwissenschaften helfen. Sie erweitern und schärfen das Problemverständnis des Rechts, reichern den Lösungsvorrat an und machen auf die Begrenztheit vorhandener Lösungen aufmerksam. Das Recht kann die Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften jedoch nicht einfach übernehmen. Denn sie sind für andere Aufgaben entwickelt worden. Der Unterschied lässt sich jeweils am Wissensbegriff festmachen.

Der Wissensbegriff des Rechts ist die Tatsache. Er erfüllt für Regelanwendung und Regelbildung die gerade beschriebenen Aufgaben. Die Ökonomie spricht dagegen von Information. Der Bedarf nach Information steht fest, bevor das Individuum diese Information sucht. Wissen hat seine Plastizität also bereits eingebüßt. Information hat kein Theorie- oder Ideenelement. Information ist

kontextfrei. Die Informationsverteilung gilt als prinzipiell veränderbar. Information ist also explizit, oder sie kann jedenfalls explizit gemacht werden. Außerdem ist vorausgesetzt, dass der Adressat die Information auch korrekt verwerten kann, dass also keine kognitiven Probleme bestehen. Die Informationsverteilung reduziert sich dann auf ein Anreizproblem. Die Ökonomie sucht nach Mechanismen, die den Inhaber privater Information dazu bewegen, sein Wissen zu offenbaren. Dieses Problem hat das Recht auch. Es kann die Empfehlungen der Ökonomen aber nur dann übernehmen, wenn die Situation von der Natur oder mit Hilfe von Institutionen vorab in der gleichen Weise standardisiert ist, wie das ökonomische Modell das voraussetzt.

Recht und Psychologie teilen ein Erkenntnisinteresse. Beiden geht es im Kern um Entscheidungen. Der Erwerb von Wissen hat vor allem die Aufgabe, die Qualität der Entscheidung zu verbessern. Letztlich ist gutes Entscheiden wichtiger als richtiges Erkennen. Die Psychologie kann diesen gemeinsamen Ausgangspunkt aber stärker radikalieren als das Recht. Für die Psychologie genügt, dass einfache Heuristiken gute Entscheidungen zu niedrigen Entscheidungskosten liefern. Manchmal genügt das auch dem Recht, etwa wenn ein Polizeibeamter einer gegenwärtigen Gefahr entgegentritt. Der regelanwendende Jurist entscheidet jedoch für Dritte, und er übt dabei staatliche Macht aus. Er braucht deshalb Legitimation. Von ihm wird verlangt, dass er seine Entscheidung nachträglich in einer Weise begründet, die auch Außenstehende nachvollziehen können. Außerdem soll er auch atypische Einzelfälle gerecht behandeln, normative Erwartungen aktualisieren, Konflikte schlichten und das Recht fortbilden. Heuristiken können dem Regelanwender deshalb oft nur erste Näherungen an die Entscheidung bieten. Jedenfalls muss er nachträglich darlegen können, warum die Heuristik tatsächlich zu einer adäquaten Lösung des Problems geführt hat.

Die Systemtheorie versteht Nicht-Wissen als Kommunikationsproblem. Die Grenze zwischen Wissen und Nicht-Wissen ist nicht vorgegeben, sondern sozial konstruiert. Wissen deutet sie als eine Form der Verantwortungsübernahme, die zugleich Systemvertrauen braucht und riskiert. Der regelanwendende Jurist kann diese Einsichten nur in Grenzen verwerten. Denn die Regelanwendung ist textgebunden, hermeneutisch und dogmatisch. Sie ist durch die Risikowahrnehmung des Gesetzgebers und der Gemeinschaft der Interpreten vorgeprägt. Man kann den Gerichtsprozess zwar als eine Form der Konstruktion von Wirklichkeit begreifen. Sie ist aber durch Organisations- und Verfahrensregeln, vor allem durch das Beweisrecht, gelenkt. Der regelbildende Gesetzgeber ist deutlich freier gestellt. Auch er ist aber durch die Grundrechte gebunden. Nimmt man die Systemtheorie ernst, müssten dem Gesetzgeber Grundrechtseingriffe gestattet sein, die sich allein mit der gesellschaftlichen Risikowahrnehmung begründen lassen, nicht mit „realen“ Gefahren.

Die Kulturtheorie interessiert sich weniger für Unsicherheit als für widersprüchliche Sicherheiten. Sie insistiert also auf der fundamentalen Relativität normativer Ausgangspunkte. Sie führt zu Problemwahrnehmungen und Lösungsvorschlägen, die im Wettbewerb zueinander stehen. Das Anliegen der Kulturtheorie ist die Organisation der Koexistenz dieser widersprüchlichen Problemdeutungen. Wiederum kann der regelanwendende Jurist davon nur dosierten Gebrauch machen. Er muss trotzdem entscheiden, und er darf dafür nicht einmal sonderlich viel Zeit beanspruchen. Von der Problemdeutung des Gesetzgebers kann er sich bestenfalls in den Grenzen entfernen, die das hermeneutische Band an den Text der Norm zulässt. Das ist angemessen, weil der Regelanwender ja auch selbst nicht unmittelbar demokratisch legitimiert ist. Auch ist sein Verfahren für das Ausbalancieren widerstreitender Problemdefinitionen wenig geeignet. Dass der Gesetzgeber eine bindende Vorentscheidung getroffen hat, entlastet ihn von Verantwortung. Andererseits liefert die Kulturtheorie einen zusätzlichen Grund, warum die bloß lose Bindung des Regelanwenders an den Willen des regelbildenden Gesetzgebers sinnvoll ist. Denn dadurch bleibt begrenzter Raum, die Gewichte zwischen konkurrierenden Sichten der Welt nachträglich neu auszutarieren. Das macht die unvermeidlichen Entscheidungen des Gesetzgebers weniger scharf. Die begrenzte rechtspolitische Rolle der Regelanwendung gibt dem Gesetz eine kontrollierte Beweglichkeit.