

... Heuristics

Entscheidungsregeln im Werkzeugkasten der Juristen

Oskar Bollinger

Auch ein unpassender Schraubenzieher ermöglicht es, eine Schraube anzuziehen. Aber ein passender beschleunigt den Vorgang und erlaubt dabei mehr Präzision. So verhalten sich herkömmliche Entscheidungsregeln zu Heuristiken. Letztere können in eng definierten Fragestellungen schneller präzisere Entscheidungen liefern.

In der Rechtswissenschaft werden Heuristiken meist nicht bewusst eingesetzt. Doch die systematische Erkundung dieser „Werkzeuge“ auf dem Gebiet der Rechtsfindung hat begonnen.

I. Heuristiken

Zur Entscheidungsfindung wird in den Wirtschaftswissenschaften der Ansatz vertreten: „Erst wägen, dann wagen“. Diese expected-utility-method¹ und ihre Varianten setzen grundsätzlich voraus, dass dem Entscheidungsträger sowohl alle notwendigen Informationen als auch genügend Zeit und Ressourcen zur Entscheidungsfindung verfügbar sind. In der Praxis sind diese Voraussetzungen jedoch regelmäßig nicht erfüllt. Im Zeitpunkt der Entscheidung herrscht dann Unsicherheit, wenn nicht alle Alternativen, Konsequenzen und Wahrscheinlichkeiten bekannt sind. Trotzdem müssen auch in unsicheren Situationen Entscheidungen getroffen werden. Derartige Szenarien werden durch die Disziplin der Heuristik analysiert.

Der Begriff Heuristik stammt vom griechischen *εὕρισκω*. Die genaue Bedeutung der „Kunst des Findens“ variiert heute je nach Fachgebiet.² Mathematik,³ Informatik⁴ und Psychologie⁵ verwenden den Begriff der Heuristiken zur Beschreibung derjenigen Strategien, die Fachleute und Laien nutzen, um bei begrenzter Zeit und begrenzter Information die effektivsten und effizientesten Entscheidungen zu treffen.⁶

Die Untersuchung dieser Strategien hat gezeigt, dass nicht alle verfügbaren Informationen entscheidungserheblich sind. Das Ergebnis einer Entscheidung wird also nicht zwangsläufig besser, je mehr Informationen berücksichtigt werden. Heuristiken versuchen daher, eine möglichst gute Entscheidung anhand möglichst weniger Informationen zu erzielen. Eine Stärke liegt also im bewussten Ignorieren von Informationen.

Vorwiegend werden Heuristiken unbewusst gebildet und genutzt; Intuitiv genutzt wird etwa die Blick-Heuristik:⁷ Um einen Ball zu fangen, berechnen Sportler nicht dessen Flugbahn anhand der Trajektionsformel⁸

$$z(x) = x \{ \tan \alpha_0 + mg / (\beta v_0 \cos \alpha_0) \} + \{ m^2 g / \beta^2 \} \ln \{ 1 - (\beta/m) (x / v_0 \cos \alpha_0) \}.$$

Vielmehr richten sie ihren Blick auf den hoch in der Luft befindlichen Ball und verändern ihre eigene Position auf dem Spielfeld. Kriterium für die Richtung und Geschwindigkeit ihres Laufs ist ihr Blickwinkel auf den Ball. Solange sie diesen konstant halten, nähern sie sich dem Landepunkt des Balls.⁹ Diese Heuristik erlaubt es, den Ball zu fangen und dabei lediglich auf eine Information, den

1 Benjamin Franklin per Brief an Joseph Priestley, in: Smyth, The writings of Benjamin Franklin, Vol. 10, 1907, S. 878.

2 Serres/Farouki, Thesaurus der Exakten Wissenschaften, 5. Aufl. 2007.

3 Grundlegend: Polya, How to solve it, 1948.

4 Gumm/Sommer, Einführung in die Informatik, 10. Aufl. 2012.

5 Gilovich/Griffin/Kahneman (Ed.), Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment, 2002.

6 Engel/Gigerenzer, Law and Heuristics – An interdisciplinary Venture, in: Gigerenzer, Engel (Ed.): Heuristics and the Law, 2006, 1.

7 Gigerenzer, Fast and frugal heuristics: The tools of bounded rationality, 2004, in: Koehler, Harvey (Eds.): Handbook of judgment and decision making.

8 Hier werden Wind und Momentum sogar noch außer Acht gelassen.

9 McLeod/Dienes, Do fielders know where to go to catch the ball or only how to get there?, 1996, in: Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 22, 531 ff.

eigenen Blickwinkel auf den Ball, einzugehen und den Rest zu ignorieren.

Bewusst gebildete und genutzte Heuristiken finden sich seit langem im medizinischen Bereich.¹⁰ Etwa die Versorgung vieler Verwundeter auf einem Schlachtfeld oder nach einem Unfall bei begrenzten medizinischen Ressourcen: Wer wird in welcher Reihenfolge behandelt? Rettet man einen Schwerstverletzten, können währenddessen zwei wartende Schwerverletzte sterben. In diesem Beispiel muss daher vor Behandlungsbeginn entschieden werden, ob der Schwerstverletzte nicht behandelt wird, um die zwei anderen retten zu können.

Ein weiteres Beispiel für eine bewusst generierte Heuristik findet sich bei der Aufnahme von Herzpatienten im Krankenhaus: Hier kann die Einteilung in Hoch- und Niedrigrisikopatienten durch eine Heuristik erfolgen.¹¹ Anstatt 19 medizinische Werte zu erheben und diese zu bewerten, können Patienten anhand von drei Faktoren eingeteilt werden. Fragen nach Blutdruck, Alter und einem weiteren Faktor erlaubten eine zuverlässigere Einteilung als die Einteilung durch Ärzte anhand von 19 Faktoren. Bei komplexer Faktenlage konnte hier also ein besseres Ergebnis basierend auf weniger Daten erzielt werden.

Die Resultate einer Heuristik können also effektiver und effizienter sein, als die Abwägung aller einzelnen Faktoren.¹² Dabei geben Heuristiken zwar vor, was zu tun ist, jedoch nicht, warum. Sie sollten daher im Wissen um ihre jeweilige Entstehung verwandt werden.

Weiß der Anwender, welche Heuristik er warum einsetzt, kann er sich dieses Wissen zu Nutze machen. Dann erfüllen Heuristiken ihr Potential als spezialisiertes „Werkzeug“ im „Werkzeugkasten“ des Entscheidungsfinders.

II. Heuristiken in der Rechtswissenschaft

Die über die Verwendung von Heuristiken gewonnenen Erkenntnisse können bei Setzung und Durchsetzung von Recht zur Anwendung kommen, denn sowohl Legislative als auch Exekutive und Judikative müssen Entscheidungen bei Unsicherheit treffen. Dies gibt die möglichen Anwendungsgebiete für Heuristiken in den Rechtswissenschaften vor: Zum Treffen einer Entscheidung (1.) und bei der Abwägung verschiedener Optionen vor einer Entscheidung (2.). Dabei ist für jede einzelne Frage zu klären, wozu genau das „Werkzeug“ Heuristik eingesetzt werden kann und darf.

1. Heuristiken zur Entscheidungsfindung

Zunächst ist an den Einsatz von Heuristiken als Ersatz herkömmlicher Entscheidungsfindung in Form der Abwägung aller in Betracht kommenden Aspekte zu denken.

In einer Studie, die mehrere hundert Kautionsentschei-

dungen an zwei Londoner Gerichten zum Gegenstand hatte,¹³ konnten die Entscheidungen der Gerichte mit einer Genauigkeit von 0,95 und 0,92 anhand eines heuristischen Entscheidungsbaums mit nur drei Kriterien vorhergesagt werden.¹⁴ Solche Vorhersagen können den Beteiligten (Parteien, Anwälten, Richtern und Presse) zwar eine wertvolle Orientierung geben. Doch schließen die besonderen Anforderungen an richterliche Entscheidungen die direkte Anwendung von Heuristiken zum Ersatz gerichtlicher Entscheidungen zwingend aus.

Grundsätzlich hat eine Sache vor Gericht zweifelsfrei bewiesen zu werden. Über den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. § 286 ZPO) wird diese eigentlich objektive Anforderung dem Ermessen des Richters unterworfen.¹⁵ Dieser hat zu entscheiden, ob im Einzelfall eine Tatsache hinreichend bewiesen ist. Dabei muss er die zur Entscheidungsfindung genutzten Informationen immer auf den Einzelfall eingrenzen. Er hat also zu entscheiden, was alles noch und was nicht mehr relevant ist. Gerade diese Entscheidung wird bei der Gestaltung einer Heuristik für alle zukünftigen Anwendungen getroffen. Die Anwendung einer Heuristik als Ersatz für eine richterliche Entscheidung liefe also einem wesentlichen Zweck der Gerichtsentscheidung zuwider.

Falls jedoch eine befriedigende Heuristik erstellt werden könnte, könnte sie nur mit Verzögerung auf Änderungen gesellschaftlicher Werte reagieren; Sie müsste stets vor ihrer Anwendung und vor den Ereignissen des zu entscheidenden Falls angepasst werden. Diese Verzögerung kann untragbar sein.

Ferner könnten Revisionsgerichte zwar als Kontrollinstanz für heuristische Urteile fungieren. Jedoch ist der Zweck eines Revisionsgerichts gerade die Kontrolle der erstinstanzlichen richterlichen Entscheidung. Diese soll durch die Kontrolle nicht abbedungen werden, was sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ergibt. Danach ist die Judikative bei der Entscheidung an die (selbstständige) Anwendung von Recht und Gesetz gebunden. Es bedürfte also des gesellschaftlichen Konsenses, Gerichtsentscheidungen nicht mehr unter der Prämisse der größtmöglichen Einzelfallgerechtigkeit zu treffen.

Mithin sind Heuristiken als Ersatz für richterlich zu treffende Entscheidungen auszuschließen.

Anwälte und Verwaltung könnten sich Heuristiken bedienen, um Entscheidungen zu ersetzen. Allerdings liegt ihr Arbeitsfeld – wie das der Richter – gerade in der Analyse *lege artis*. Daher werden auch sie sich nicht voll auf Heuristiken verlassen, sondern diese lediglich zur Orientierung nutzen.

Im Gegensatz dazu werden vom Gesetzgeber Heuristiken zur Entscheidungsfindung bereits eingesetzt, etwa als Vermutungsregeln, vgl. § 1006 I BGB. Sie stellen den Normalfall des Regel-Ausnahme-Systems dar und greifen im-

10 Neitzel/Bickelmayer, Taktische Medizin, 2012, 7 ff.

11 Breiman/Friedman/Olshen/Stone, Classification and Regression Trees, 1984.

12 Faigman/Monahan, Psychological Evidence at the Dawn of the Law's Scientific Age, in: Annual Review of Psychology 56, S. 631 ff.

13 Dhimi, Psychological modes of professional decision making, 2003, in: Psychological Society 14, 141 ff.

14 Gigerenzer, Heuristics, in: Gigerenzer, Engel (Ed.): Heuristics and the Law, 2006, 28 f.

15 Wagner, Heuristics in Procedural Law, in: Gigerenzer, Engel (Ed.): Heuristics and the Law, 2006, 283.

mer dann direkt in die Entscheidungsfindung ein, wenn im Einzelfall keine Ausnahme vorliegt. Wenn im Prozess etwa Beweislasten verteilt werden, kommt das Argument des Effizienzgewinns voll zum Tragen, vgl. § 427 ZPO. Ebenso beim *prima facie* Beweis als Entscheidungsfinder: Scheint der zu beweisende Geschehensablauf in gewissem Maß typisiert und sind keine Atypiken indiziert, wird ein durchschnittlicher Geschehensablauf angenommen. Für Heuristiken als Entscheidungsfinder liegt das Hauptanwendungsgebiet in solchen Rechtsregeln, die behauptete Fakten als (un-)wahr einzuordnen helfen.

2. Heuristiken als Analysemethode

Ferner können Heuristiken auch bei der Orientierung vor einer Entscheidung verwandt werden. Die eigentliche Entscheidung kann anschließend bewusster getroffen werden.

Der Gesetzgeber trifft mit der Formulierung von Gesetzen Entscheidungen, die implizite Wertvorstellungen enthalten.¹⁶ Darauf reagieren Individuen, wobei Heuristiken einen starken Einfluss haben.¹⁷ Soll etwa eine hohe Rate von Organspendern erzielt werden, sind OptOutRegelungen effektiv.¹⁸ Dabei wird die psychologische Heuristik der Aversion gegen Wandel genutzt: Typischerweise tut sich der Einzelne schwerer, eine anfängliche Position aufzugeben, als diese beizubehalten. Dies trifft auch dann zu, wenn die anfängliche Position vorgegeben wurde. Ein systematisches Verständnis von Heuristiken erweitert also den „Werkzeugkoffer“ des Gesetzgebers signifikant.

Anwälte müssen ihren Mandanten typischerweise beantworten, ob in einem bestimmten Lebenssachverhalt eine gewisse Rechtsfolge eintritt. Maßstab hierfür sind Recht und Gesetz, Art. 20 III GG. Während die Benennung des konkreten Maßstabs regelmäßig kein Problem darstellt, ist der Lebenssachverhalt nie ganz bekannt. Die zur Klärung notwendigen Informationen müssen häufig gesammelt, zumindest aber als solche erkannt werden. Hierbei werden (un-)bewusst Standardfragen und Intuition genutzt. Die Vorgehensweise *lege artis* basiert auf dem Prinzip der Identifikation des Normfalls und der Abgrenzung des tatsächlich vorliegenden Falles von diesem.¹⁹ Daher ist der Richterspruch über einen unzweifelhaften Sachverhalt auch Grundstein der Juristenausbildung in Deutschland.²⁰ Sind einzelne notwendige Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage nicht gegeben, ist diese nicht erfüllt und weiterer Aufwand nicht mehr erforderlich. Es handelt sich bei dem Arbeitsmittel der Normfälle also um Heuristiken. Auf jeden Lebenssachverhalt findet eine Mehrzahl von Normfällen

Anwendung.²¹ Eine Rechtsfrage lässt sich also vielleicht mit der ersten Heuristik ablehnen, jedoch nicht anhand nur einer einzelnen Heuristik positiv entscheiden.

Für Richter gilt die Fiktion der umfassenden Informiertheit beim Ergehen eines Urteils. Der Hauptbeweis muss allerdings nicht objektiv, sondern nach Überzeugung des Richters erbracht sein, § 300 I ZPO, § 86 I VwGO, § 244 II StPO. Ob der objektive Standard erfüllt wurde, wird also aus der subjektiven Sicht des Richters beurteilt.²² Dabei hat sich dieser pragmatisch zu verhalten.²³ Dies erlaubt Richtern allenfalls den Rückgriff auf die Normfallmethode zur Orientierung.²⁴

Werden Heuristiken bewusst zur Orientierung vor der Entscheidungsfindung genutzt, ändert sich die Art der zu treffenden Entscheidungen. Diese werden mehrstufig: Erst ist zu entscheiden, welche Heuristik anzuwenden ist und dann, ob (und warum) hiervon abgewichen wird. Falls eine gestaltende Entscheidung zu treffen ist, wird in einem dritten Schritt die Ausgestaltung notwendig.

III. Konsequenz

Grundsätzlich denkt der Mensch pragmatisch, heuristisch.²⁵ Dennoch existiert bisher kein umfassender Rahmen, welche Heuristiken bei der Rechtsetzung und Rechtsfindung wann einzusetzen sind. Die Auseinandersetzung mit ihnen im eigenen Arbeitsgebiet bietet mögliche Effizienzgewinne und somit Wettbewerbsvorteile für Institutionen wie für Personen.

Dabei ist stets zu bedenken: Heuristiken ignorieren Informationen und sind stark kontextspezifisch. Wird dies jedoch berücksichtigt, stellen sie ein nützliches „Werkzeug“ im juristischen Alltag dar.

16 Korobkin, The Problems with Heuristics for Law, in: Gigernezer/Engel (Ed.), *Heuristics and the Law*, 2006, 52.

17 Korobkin: The Problems with Heuristics for Law, in: Gigernezer/Engel (Ed.), *Heuristics and the Law*, 2006, 45.

18 Johnson/Goldstein, Do Defaults save Lives?, 2003, in: *Science* 302, 1338 ff.

19 Haft, *Juristische Lernschule*, 2010, 291 ff.

20 Fikentscher, The evolutionary and Cultural Origins of Heuristics that Influence Lawmaking, in: Gigernezer, Engel (Ed.): *Heuristics and the Law*, 2006, 216 ff.

21 Wagner, *Heuristics in Procedural Law*, in: Gigernezer, Engel (Ed.), *Heuristics and the Law*, 2006, 301.

22 Wagner, *Heuristics in Procedural Law*, in: Gigernezer, Engel (Ed.): *Heuristics and the Law*, 2006, 283.

23 BGH VI ZR 155/92, in: *VersR* 1994, 52 f.

24 Korobkin, The Problems with Heuristics for Law, in: Gigernezer, Engel (Ed.), *Heuristics and the Law*, 2006, 54.

25 Stanovich, West: Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?, 2000, in: *Behavioral Brain Sciences*, 23, 645 ff.