

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 446

Wahrscheinlichkeitsurteile
in juristischen Entscheidungen

Von

Dr. Ernst Ludwig Nell



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ERNST LUDWIG NELL

Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 446

Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen

Von

Dr. Ernst Ludwig Nell



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Nell, Ernst Ludwig:

Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen
Entscheidungen / von Ernst Ludwig Nell. —
Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zum öffentlichen Recht; Bd. 446)

ISBN 3-428-05421-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05421 0

Vorwort

Die Arbeit hat der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Wintersemester 1982/83 als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im Juni 1982 fertiggestellt; spätere Änderungen sind nur noch an einzelnen Anmerkungen vorgenommen worden.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Peter Häberle, für seine ständige Gesprächsbereitschaft, für eine Fülle von Anregungen, mit denen er direkt und indirekt zum Zustandekommen der Arbeit beigetragen hat, und vor allem für die Betreuung, Ermutigung und geduldige Förderung, die er mir seit meiner Studienzzeit, während meiner Assistentenzeit an seinem Lehrstuhl und darüber hinaus gewährt hat. Herrn Prof. Dr. Walter Schmitt Glaeser danke ich für die Erstattung des Zweitgutachtens.

Zu Dank verpflichtet bin ich außerdem der Studienstiftung des Deutschen Volkes für die Gewährung eines Promotionsstipendiums und Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Ernst Ludwig Nell

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
1. Teil	
Wahrscheinlichkeitsurteile	
1. Abschnitt	
<i>Der Begriff der Wahrscheinlichkeit</i>	18
§ 1. Der klassische Wahrscheinlichkeitsbegriff	19
§ 2. Wahrscheinlichkeit als relative Häufigkeit: Objektive (statistische) Ereigniswahrscheinlichkeit	21
I. Der statistische Wahrscheinlichkeitsbegriff	21
II. Verwendbarkeit für juristische Entscheidungen	22
1. Rein empirischer Charakter des statistischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs	22
2. Keine Anwendung auf Einzelfälle	23
3. Der Einzelfall als Element eines „Kollektivs“	24
§ 3. „Logische Wahrscheinlichkeit“: Objektive Hypothesenwahrscheinlichkeit	27
I. Der Ansatz Carnaps: Wahrscheinlichkeit als Bestätigungsgrad	27
II. Besonderheiten und Konsequenzen	28
1. Logische Wahrscheinlichkeit als „bedingte“ Wahrscheinlichkeit	28
2. Der logische Charakter des Bestätigungsgrades	30
§ 4. Subjektive Wahrscheinlichkeit	32
I. Der absolute (nicht-bedingte) Charakter des alltagssprachlichen Wahrscheinlichkeitsbegriffs	32

II. Wahrscheinlichkeit und Wissen	33
III. Subjektive Wahrscheinlichkeit als subjektive Entsprechung zu objektiven Wahrscheinlichkeiten?	34
IV. Subjektive Wahrscheinlichkeit als „Glaubensgrad“	35
1. Meßbarkeit subjektiver Wahrscheinlichkeiten	36
a) Unsicherheit und Wahrscheinlichkeit	36
b) Wahrscheinlichkeit und „potentielle Überraschung“	39
2. Meßbarkeit der subjektiven Wahrscheinlichkeit anhand getroffener Entscheidungen	42
a) Entscheidungstheoretischer Ansatz	42
b) Quantifizierung der subjektiven Wahrscheinlichkeit aufgrund fiktiver Spiele und Wetten	44
V. Der normativ-subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff	47
1. Die Notwendigkeit der Normativierung des Wahrscheinlichkeitsbegriffs	47
2. Möglichkeiten der Normativierung des Wahrscheinlichkeitsbegriffs	47
a) Das Additivitätsaxiom	47
aa) Die Kohärenz von Wahrscheinlichkeitsurteilen	47
bb) Die Irrelevanz der „Unsicherheit zweiten Grades“ ..	50
b) Erfahrung und Wahrscheinlichkeit: Das Bayes-Theorem	50
3. Aspekte des normativ-subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs	54
a) Das subjektive Element: Die a-priori-Wahrscheinlichkeit	54
b) Das normativierende Element	56
c) Verbindungen zu anderen Wahrscheinlichkeitsbegriffen ..	57

2. Abschnitt

<i>Juristische Wahrscheinlichkeitsurteile</i>	61
§ 5. Einzelfallwahrscheinlichkeit und „generelle“ („abstrakte“) Wahrscheinlichkeit	61
I. Gefahrenabwehrrecht: Konkrete und abstrakte Gefahr	61
II. „Abstrakte“ (bzw. „generelle“) Gefahrenurteile im Straf- und Zivilrecht	65
1. Konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte im Strafrecht ..	65
2. Zurechnungslehre: „Generelle“ Eignung in der Adäquanztheorie	68
III. Anscheinsbeweis: Erfordernis des „typischen“ Falls und Individualanscheinsbeweis	70

§ 6. „Subjektive“ Wahrscheinlichkeiten in juristischen Entscheidungen?	74
I. Subjektiver Wahrscheinlichkeitsbegriff und „objektiver“ polizeirechtlicher Gefahrbegriff	75
1. „Objektive“ Gefahr und „Anscheinsgefahr“ — Die herrschende Meinung	76
2. Analyse und Kritik	79
a) Das doppelte Wahrscheinlichkeitsurteil	79
b) Diagnostisches und prognostisches Wahrscheinlichkeitsurteil	80
c) Die Prognostizierung menschlichen Verhaltens	82
d) Anscheinsgefahr und Irrtum	84
e) Anscheinsgefahr und subjektiver Gefahrbegriff	84
aa) Der maßgebliche Informationshorizont	84
bb) Differenzierung nach dem Grad der Verfügbarkeit von Informationen	85
3. Der Gefahrbegriff im besonderen Gefahrenabwehrrecht	86
a) Allgemeines Polizeirecht und besonderes Gefahrenabwehrrecht	86
b) Subjektivierungen und Objektivierungen des Gefahrbegriffs	88
c) Wissenschaftlich „abgesicherte“ Erfahrungssätze und „Gefahrenverdacht“	91
II. Wahrscheinlichkeit und richterliche Überzeugung	93
1. Gewißheit als Grenzfall subjektiver Wahrscheinlichkeit	93
a) „Voller“ Beweis und Wahrscheinlichkeit in der Rechtsprechung	94
b) Der Anscheinsbeweis	97
c) Beweismaßbestimmung und Beweismwürdigung	99
2. Wahrscheinlichkeit als Beweismaß — Einwände und Konsequenzen	100
a) Mißverständnisse aufgrund eines objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs	100
b) Wahrscheinlichkeit als Maß — nicht als Gegenstand — der Überzeugung	105
c) Das voluntative Element der Zweifelsüberwindung	107
d) Die Quantifizierung des Wahrscheinlichkeitsurteils	108
e) Verstärkung der Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen?	109
f) Verminderung des „Aufklärungseifers“?	114
§ 7. Die Bestimmung der „hinreichenden“ Wahrscheinlichkeit	116
I. „Wahrscheinlichkeit“ als graduierungsbedürftiger Begriff	116
II. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit	117

III. Zufallsabhängigkeit als Kriterium?	119
IV. Wahrscheinlichkeit und (bloße) Möglichkeit	119
1. Qualitative Unterscheidung zwischen Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit?	120
2. Graduelle Abgrenzung der Wahrscheinlichkeit von der blo- ßen Möglichkeit	121
V. Die relative Bestimmung der „hinreichenden“ Wahrscheinlich- keit	123

2. Teil

Die Verarbeitung von Wahrscheinlichkeitsurteilen

1. Abschnitt

<i>Die Abwägungsentscheidung unter Ungewißheit</i>	127
§ 8. Prinzipien der Entscheidung unter Ungewißheit	127
I. Entscheidungen aufgrund von Wahrscheinlichkeitsurteilen	128
1. Die „best-guess“-Regel	128
2. Die Maximierung der Nutzenerwartung	130
II. Entscheidungen ohne Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeits- urteilen	133
1. „Minimax“- und andere Prinzipien	133
2. Das Fehlen einer „Meta-Regel“	134
3. Verwendbarkeit für juristische Entscheidungen	135
III. Das Prinzip der Maximierung der Nutzenerwartung als Modell einer wahrscheinlichkeitsgewichteten juristischen Abwägungs- entscheidung	136
§ 9. Die wahrscheinlichkeitsgewichtete Abwägung: Möglichkeiten und Grenzen, Voraussetzungen und Vorbehalte	137
I. Der Gegenstand: Die abwägende Entscheidung	137
1. Kritik an der Güterabwägung	137
2. Verzicht auf Abwägung? Das Modell Schlinks	139
3. Die Notwendigkeit von Abwägungen	139
4. Die Entbehrlichkeit einer starren „Hierarchie der Werte“ ..	141
5. Alternativen zur Abwägung?	143
II. Die Eindimensionalität des Abwägungsmaßstabs	147

III. Der Inhalt des Nutzenbegriffs	149
1. Nutzen als ökonomische Größe?	149
2. Das Erfordernis eines sozialen Nutzenbegriffs	150
a) Der individualistische Ansatz von Entscheidungstheorie und Spieltheorie	150
b) Der wohlfahrtsökonomische Ansatz	150
c) Der normativ-juristische Ansatz	151
IV. Die Quantifizierbarkeit von Wertungen — „iudex non calculat“ 153	
1. Vorschläge zur Quantifizierung juristischer Größen	154
a) Hubmann	154
b) Podlech	154
2. Der Sinn von Quantifizierungen	155
a) Kritik an Podlech	155
b) Quantifizierungen in abwägenden Entscheidungen	156
3. Die Möglichkeit von Quantifizierungen	157
4. Zur Problematik ausdrücklicher Quantifizierungen	158
V. Vorgegebenheit der Problemstellung und Möglichkeitsdenken ..	160

2. Abschnitt

*Die wahrscheinlichkeitsgewichtete
Abwägung im einzelnen*

§ 10. Die umgekehrte Proportionalität von Schadensausmaß und -wahrscheinlichkeit	163
I. Die Einordnung des Gefahrbegriffs in die Abwägungsentscheidung	163
II. Anhaltspunkte in Normtexten	164
1. Grundgesetz	164
2. Gefahrenabwehrrecht	166
III. Umgekehrte Proportionalität von Schadensausmaß und -wahrscheinlichkeit als Gebot „praktischer Vernunft“	169
1. Verfassungs- und Verwaltungsrechtsprechung	169
2. Insbesondere: Wahrscheinlichkeit und „praktische Vernunft“ im Atomrecht	175
a) Einwände gegen die Quantifizierung des Restrisikos	175
b) Der „qualitative Sprung“ zur totalen Sicherheit?	176
c) Der „Standard der praktischen Vernunft“	179
3. Die Geltung des Prinzips der umgekehrten Proportionalität für „privates“ Risikoverhalten	181

§ 11. Die Einbettung des Wahrscheinlichkeitsurteils in die Abwägungsent- scheidung	183
I. Die Bedeutung der Abwägungsalternative für den Wahrschein- lichkeitsgrad	183
1. Gefahrenabwehrrecht	184
2. Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen	187
II. Die Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades aus der Abwä- gung	191
III. Insbesondere: Der Wahrscheinlichkeitsmaßstab bei der Über- prüfung gesetzgeberischer Prognosen	194
1. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts zu verhütender Nach- teile	194
2. Die Erfolgswahrscheinlichkeit der zu ergreifenden Maßnah- men	195
IV. Verfeinerungen des Abwägungsmodells	201
1. Der Wahrscheinlichkeitsgrad bei einem Kontinuum mög- licher Ereignisse	201
2. Gefahrerhöhung und -verminderung — „Grundrisiko“ und „Restrisiko“	203
3. Informationsbeschaffung als Handlungsalternative	205
a) „Unsicherheit zweiten Grades“ und Chance der Informa- tionsbeschaffung	205
b) Risikobereitschaft und Revidierbarkeit der Entscheidung	206
§ 12. Besondere Fragen	209
I. Das Beweismaßproblem	209
1. Das Beweismaß im Zivilprozeß	210
a) Das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit	210
b) Notwendige Differenzierungen	211
2. Das Beweismaßproblem im Verwaltungsprozeß	214
II. Prognosekontrolle und Beurteilungsspielraum	219
1. Die Kontrollierbarkeit von Wahrscheinlichkeitsurteilen	219
2. Prognosespielräume und ihre Begründung: Funktionell- rechtliche Einschätzungsprärogative und materiell-rechtliche Anforderungen an die Prognosewahrscheinlichkeit	221
a) „Einfache“ Voraussagen und prognostische Wahrschein- lichkeitsurteile	221
b) Ex-ante- und ex-post-Kontrolle	222
c) Zwei Ebenen der Prognosekontrolle	223
3. Die Priorität der materiell-rechtlichen Begründung von Pro- gnosespielräumen	226

III. Wahrscheinlichkeiten als „Rechtsfolge“ — Exkurs: Das leistungs-	
gesteuerte Losverfahren	228
1. Das Problem	228
2. Der Gesichtspunkt der Eignung der Studienplatzbewerber ..	230
a) Die Unsicherheit der Eignungsprognose	230
b) Chancen der Verbesserung des Auswahlergebnisses durch	
das leistungsgesteuerte Losverfahren	231
3. Der Gesichtspunkt der „Chancenoffenheit“	233
a) Die Sicht des BVerfG	234
b) Der Chancenbegriff	234
aa) Chance und Chancengleichheit in der Grundrechts-	
und Sozialstaatsdiskussion	234
bb) Die Zufalls-Chance in einer Verlosung	236
c) Chancenoffenheit und Chancen„verbreiterung“ im Null-	
summenspiel	237
d) Der Eigenwert einer Chance	239
4. Das Los als „sachgerechter“ Gesichtspunkt?	241
a) Flucht aus der Verantwortung?	241
b) Die ratio von Losentscheidungen im allgemeinen	241
c) Der innere Widerspruch des leistungsgesteuerten Losver-	
fahrens	243
 § 13. Die wahrscheinlichkeitsgewichtete Abwägung — Zusammenfassender	
Ausblick	244
 Literaturverzeichnis	248

Einleitung

Der Begriff der Wahrscheinlichkeit, der „Ungewißheit als notwendigen Bestandteil impliziert, muß dem Juristen, der sich vorwiegend mit der Eliminierung von Ungewißheit beschäftigt, von vornherein Mißbehagen bereiten“¹. In der Tat erscheint das Denken in Wahrscheinlichkeiten auf den ersten Blick als eine Art Fremdkörper in der juristischen Denk- und Entscheidungsweise. Wo etwas nur wahrscheinlich ist, ist immer auch das Unwahrscheinliche möglich. Wer eine Entscheidung auf eine Annahme stützt, die nur wahrscheinlich ist, macht sich das Risiko bewußt, daß sich seine Entscheidung später als „falsch“ erweist. Die Minimierung dieses Risikos ist ein legitimes Anliegen und die Pflicht eines jeden, der verantwortlich Entscheidungen zu treffen hat. Ob man das Risiko allerdings dadurch minimieren kann, daß man auf die Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeitsurteilen verzichtet und mit Hilfe von Beweislastregeln aus Ungewißheit eine Quasi-Gewißheit macht, ist fraglich.

Der erste Eindruck, die Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeitsurteilen sei der juristischen Entscheidungsweise fremd, kann ohnehin allenfalls dort richtig sein, wo das materielle Recht das sichere Vorliegen bestimmter tatsächlicher Voraussetzungen zur Bedingung für den Eintritt einer Rechtsfolge macht. Das ist keineswegs immer der Fall. Zahlreiche Rechtsbegriffe beziehen sich auf Situationen der Ungewißheit. Der bedeutsamste und auf allen Rechtsgebieten am häufigsten verwendete dürfte der der „Gefahr“ sein, der als „Wahrscheinlichkeit eines schädlichen Ereignisses“ definiert wird. Eine Reihe weiterer Begriffe wie „Besorgnis“, „Befürchtung“, „Verdacht“ etc. verweisen auf die Erforderlichkeit von Wahrscheinlichkeitsurteilen. Andere Begriffe wie „Zuverlässigkeit“, „Eignung“ tun dies zwar nicht in so deutlich erkennbarer Weise; sie erfordern aber Prognosen, die unter Unsicherheit abgegeben werden müssen und nur Wahrscheinlichkeitsurteile sein können. Die Rechtsprechung muß solche Prognosen kontrollieren. Deshalb muß die Rechtswissenschaft die Fragen aufwerfen, was mit dem (Rechts-)Begriff der Wahrscheinlichkeit gemeint ist und sinnvollerweise gemeint sein kann, mit und in welchen anderen Begriffen der der Wahrscheinlichkeit gemeint ist, ob es qualitativ oder nur quantitativ verschie-

¹ Kühne, NJW 1979, 617 (618 f.).

dene Wahrscheinlichkeitsurteile gibt und wie diese angemessen formuliert werden können. Die Probleme, die sich dabei stellen, komplizieren sich, wenn es sich nicht nur um ihrem Gegenstand nach leicht abgrenzbare Einzelfallprognosen handelt, die aufgrund der „allgemeinen Lebenserfahrung“ abgegeben werden können, sondern um hochdifferenzierte probalistische Risikoanalysen, wie sie im Recht der technischen Sicherheit und insbesondere im Atomrecht verwendet werden, oder um komplexe „Globalprognosen“², wie sie in Planungsentscheidungen der Verwaltung und in gesetzgeberische Entscheidungen, insbesondere bei „entwicklungssteuernden“ Gesetzen³, eingehen.

Prognosen spielen in der Rechtsprechung nicht nur dort eine Rolle, wo sie kontrolliert werden müssen; die Rechtsprechung muß auch eigene Prognoseentscheidungen treffen, z. B. wenn es bei der Anwendung des Gefahrbegriffs und verwandter Begriffe nicht auf eine ex-ante-Betrachtung im Zeitpunkt der zu kontrollierenden, sondern auf die Situation im Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung ankommt, ebenso bei der Abwägung im Rahmen der Entscheidung über den Erlaß einstweiliger Anordnungen bzw. Verfügungen und generell dort, wo Folgenabwägungen im Auslegungs- und Entscheidungsprozeß eine Rolle spielen.

Wahrscheinlichkeitsurteile müssen nicht nur im Zusammenhang mit Prognoseentscheidungen getroffen werden. Auch über Tatsachen, die in der Gegenwart oder der Vergangenheit liegen, besteht so häufig Ungewißheit, daß derjenige, der unter Entscheidungszwang steht, sich mit dem begnügen muß, was ihm „wahr scheint“. Das ergibt sich nicht etwa nur aus der prinzipiellen Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens, sondern daraus, daß in aller Regel die Informationsgrundlage für eine Entscheidung aus praktischen Gründen sehr viel begrenzter ist, als sie theoretisch sein könnte.

Die Situation der Entscheidung unter Ungewißheit wirft spezifische Probleme auf. Es ist nicht damit getan, das Für und Wider der zur Wahl stehenden Handlungsalternativen abzuwägen, wenn die Umstände, aus denen sich das Für und Wider ergibt, ungewiß sind und insbesondere, wenn sie in unterschiedlichem Maße wahrscheinlich sind. Dann stellt sich die Frage, wie Ungewißheit, Risiko und Wahrscheinlichkeitsurteile in einer Entscheidung verarbeitet werden. In der Entscheidungstheorie ist deshalb der Wahrscheinlichkeitsbegriff eine zentrale Kategorie. In der Rechtswissenschaft dagegen, die eine Art besonderer Entscheidungstheorie darstellt, werden der Begriff der Wahrscheinlichkeit und die spezifischen Probleme des Entscheidens aufgrund

² *Breuer*, Der Staat 16 (1977), S. 21 (32).

³ Zu diesem Gesetzestypus *P. Häberle*, AÖR 102 (1977), S. 27 (57 ff.); *Lerche*, Festgabe für Maunz, S. 285 (299).

von Wahrscheinlichkeitsurteilen bisher wenig thematisiert, obwohl sich gerade hier die Chance bietet, durch Herausarbeiten des gemeinsamen Kerns verschiedener Rechtsbegriffe Denkstrukturen zu finden, die die einzelnen Rechtsgebiete untereinander, aber auch juristisches Denken mit dem anderer Disziplinen verbinden.