

Reflexion und Ausblick zu Ansätzen juristischer Informationssysteme unter Aspekten künstlicher Intelligenz

Jochen Schneider

Schneider Schiffer Weihermüller
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer
Beethovenstr. 6
80336 München
jochen.schneider@ssw-muc.de

Abstract: Die Ansätze für die sogenannten juristischen Expertensysteme bzw. für "künstliche Intelligenz im Bereich des Rechts" u.ä. sind zwar durchaus beachtlich. Die praktischen Erfolge waren dies allerdings weniger. Es gibt aber eine Vielzahl von "kleinen" praktischen Anwendungen, in denen faktisch doch eine Art automatische Subsumtion erfolgt. Allein schon die Techniken bei juristischen Informationssystemen zur Wiederauffindung von Dokumenten und ebenso bei Suchmaschinen enthalten Ansätze in diese Richtung. Diese Ansätze sollen zum einen dargelegt werden, zum anderen soll untersucht werden, inwieweit hiervon evtl. Nebenwirkungen ausgehen, die mit der klassischen Vorstellung der Gesetzesanwendung durch Gesetzesauslegung weniger oder nicht vereinbar sind. Es zeigt sich, dass die Ansätze zusätzliche Funktionen für juristische Informationssysteme bieten könnten, tatsächlich aber die neuen Internet-basierten Systeme die alten Forderungen an juristische Dokumentationssysteme (wieder) aktuell erscheinen lassen.

Manche Aussagen sind im Folgenden nicht näher belegt, werden nur ansatzweise ausgeführt. Zur Kennzeichnung wurde jeweils „These“ vermerkt.

1 Ansätze in Richtung künstliche Intelligenz im juristischen Bereich

These: Unterstellt man, dass es einen Wettbewerb nicht nur der Nationen, sondern auch der Rechtsordnungen gibt, so wäre es folgerichtig, die Rechtsinformation so zu effektuieren, dass sich Vorteile für die Entwicklung der eigenen Rechtsordnung im Wettbewerb mit den anderen ergeben. Ganz offensichtlich tun sich nicht weitgehend codifizierte Rechtsordnungen als case law mit Dokumentationssystemen vor allem bei Judikaten wesentlich leichter, als solche, die strikt codifiziert sind und insofern auch weitere Ebenen mit z.T. sehr divergierendem Sprachschatz (Gesetz neben Leitsätzen und

Sachverhalt) abzubilden, im Ansatz also zu „subsumieren, haben.“¹

Das Eigenartige ist, dass die alten Fragestellungen der „Rechtsinformatik“ und Probleme der Gestaltung juristischer Dokumentationssysteme sich immer noch oder wieder (bei neuen Systemen, z.B. Suchmaschinen und Portalen) stellen. Dies macht die Arbeiten des Jubilars umso aktueller.

Der zu Ehrende hat sich in manchen Publikationen mit den Fragen automatischer juristischer Entscheidungsfindung befasst (S. etwa [FI68], 273 ff.) Es scheint jedoch so zu sein, dass er eher den assistierenden, unterstützenden Systemen nachgegangen sei, als der Idee selbständiger, automatisierter Entscheidung („Subsumtionsautomat“ [OG86]) nachzuhängen, der auch im Gewand eines Korrektursystems für Hausarbeiten und Klausuren daherkommen kann. Der heutige Erfolg von JURIS und anderen Dokumentationssystemen geben *Fiedler* recht, dass es sich insoweit um die hinsichtlich der Realisierbarkeit aussichtsreicheren Systeme handelt – ungeachtet einiger Verfahren im Bereich der Verwaltungsautomation, die als Entscheidungsverfahren qualifiziert werden könnten. Es geht also zunächst um „*Subsumtionshilfesysteme*“.

Die Verwaltungsautomation konnte sich häufig auf ein Schema des Entscheidungsprozesses stützen, das der Programmierung Vorschub leistete, wie *Luhmann* herausgearbeitet hatte [LU66]: das „*Wenn-/Dann-Schema*“ der konditionalen Entscheidungsstruktur beim Verwaltungshandeln ist wesentlich leichter und authentischer für die Automation zu programmieren, als die „*Um-/zu*“ – schematisierte finale Struktur der nicht nur operationalen Entscheidungsprozesse. So wurde trotz langwieriger Verfahren bei der Verwaltungsautomation einschließlich der Automation z.B. des Grundbuch und des Mahnverfahrens daraus eine weitaus erfolgreichere Story (S. mit historischem Rückblick [GE08] S. 23 ff. m.w.N.) als aus den Bemühungen um Automation juristischer Entscheidungen.

Das aktuell Bemerkenswerte ist jedoch, dass echte Fortschritte über „semantische“ Netze in Richtung „*hermeneutischer*“ Systeme bzw. Systeme mit den Merkmalen verstehender (und lernender) Systeme nicht zu verzeichnen sind, jedoch auch und gerade neuere, internetbasierte Systeme wieder die alten Probleme syntaktischer Art (genaue Schreibweise, keine Synonymverknüpfung u. ä.) aufweisen.

Die - notwendige, teils auch technik-getriebene - „*Evolution des Rechts*“² verträgt sich aber schlecht mit allzu starren Systemen mit sub-optimalen Mechanismen und nicht belastbaren, u.a weil unvollständigen Ergebnissen.

¹ Zu den Anfängen „künstlicher Intelligenz“ allgemein bei der Computertechnologie s. [WE84], zur Kritik wiederum [WE77].

² Zu Ansätzen einer Evolutionstheorie des Rechts s. schon [JH72]; aktuelle Beispiele ohne IT-Bezug: [LE98], [ZE98], [OE90]

Fiedler hat sich auch in einer Vielzahl von Beiträgen v.a. in den 80er Jahren mit dem Ziel weiterentwickelt, sich an die Automatisierung der Entscheidungen heranzuhelfenden Systemen, den juristischen Expertensystemen i.S. von Systemen, die nicht **für** Experten, sondern zumindest teilweise Experten-vertretend sind, befasst (z.B. [FI86], [FIT86]).

Schon früh wurde eine weitgehende Trennung zwischen Entscheidungsautomation[KI74] und Automation juristischer Informationssysteme vorgenommen und etabliert. Es war aber schon klar, wenn es auch oft vernachlässigt wurde, dass offen und versteckt (Vor-) Entscheidungen in juristischen Informations-(Dokumentations-)Systemen auf einer meta-Ebene implementiert sind, die dem System als Eigenschaften anhaften, etwa grundlegend durch Vorauswahl des Materials (Relevanz, Dokumentarten, Darstellung wie etwa Volltext, Leitsatz, abstract, Fundstelle und sodann durch dessen Aufbereitung etwa im Thesaurus. Wichtig erschien, dass die „künstliche Intelligenz“ bzw. die echte Automation die juristische, richterliche Entscheidung umfasst, während die Dokumentation juristischer Information „nur“ ein Hilfsmittel zur Unterstützung des Entscheiders sein sollte (S. schon [FI62]).

These: So edel der Ansatz war – bessere Entscheidungen durch bessere Information³ –, so wurde doch massiv der Verfahrensaspekt vernachlässigt: „Legitimation durch Verfahren“ [LU69], „Justiz – die stille Gewalt“ [LA72] und ähnliche Erkenntnisse, etwa zur Bedeutung des „Rechtsgefühls“ ([RI69]; [BI79]; [LÜ72])⁴ und des Vorverständnisses [ES70] bzw. subjektiver Funktionen und Instanzen konnten schon vermitteln, dass auf den Entscheidungsprozess (auch) andere Faktoren massiv einwirken (können), als „nur“ Gesetz, Präjudizien, Literatur einerseits und Sachverhalt andererseits. Umso weniger verwundert es, dass die Ansätze zur Subsumtion bzw. Entscheidungsfindung allenfalls in eng begrenzten, gut definierbaren Bereichen aussichtsreich erschienen und selbst dort eher durch die auftretenden Probleme wichtige Erkenntnisse lieferten, als im praktischen Vollzug erfolgreich gewesen wären.

Angesichts der Fülle des auf manche Suchfragen nachgewiesenen Materials an Judikaten ist deren chronologische Auflistung die wohl häufigste Darstellungsform. Dies impliziert die Entscheidung, aktuelle Entscheidungen seien relevanter (was sicher oft, aber nicht immer richtig ist). *These:* Es darf angenommen werden, dass Medienbrüche dazu führen, dass nicht nachgewiesene bzw. in Sichtweite aufgeführte Ergebnisse je nach Zeitbudget nicht anderweitig gesucht werden, sodass die Priorisierung der Relevanz über die Trefferliste in der Wirkung stark der beim „googeln“ ähneln dürfte.

³ Bei Beurteilung der Risiken, Wahrscheinlichkeiten des Eintritts, Folgenbewertung usw. i.S. der Entscheidungstheorie bei Entscheidungen unter Unsicherheit; für die Juristen zur Bewältigung der Informationslawine, nicht zu deren Erzeugung: s.v.a. [SI70].

⁴ Zum Vorbehalt der **Objektivierbarkeit** s. schon *Fiedler*, *Mathematik und moderne Logik*, ARSP 1961, 553, zitiert nach [FI74], S. 167 ff, 168 Fn. 3; [FI70], S. 432 ff.

2 Entscheidungs-Hilfen im juristischen Bereich, insbesondere juristische Informationssysteme, aber auch Suchmaschinen

2.1 Alte Probleme bei neuen Systemen

Zu BGB-Fristenberechnung⁵, Prozesskostenhilfe⁶, Unterhaltsberechnung⁷ und Prozesskosten(-risiko) gab bzw. gibt es Softwareprodukte, die sich als Ansätze zu automatisierter juristischer Entscheidung verstehen lassen.

Der große praktische Erfolg war allerdings der Verwaltungsautomation einerseits und den juristischen Dokumentationssystemen andererseits, hier v.a. JURIS, beschieden. Ein Teil dessen Erfolgs beruht allerdings evtl. darauf, dass zum einen gar nicht erst versucht wurde, eine Theorie juristischen Informationssuch-, Verwendungs- und Entscheidungsverhaltens aufzubauen⁸ und dann zu folgen, zum anderen die technische Entwicklung manches erleichterte, darunter etwa Erfassung, Erschließung und Verwaltung großer Datenmengen.

Angesichts der Fülle der angebotenen Dokumente kann allerdings leicht aus dem Blickfeld geraten, dass implizite Prämissen die Ressourcen steuern: Welche Entscheidungen von Amts- und Landgerichten, ja auch von OLG aufgenommen werden, ist zufällig, hängt vom Spruchkörper, der Rechtsmaterie u.ä. ab. Literatur gibt's es nur als abstract, die Erschließung älterer Entscheidungen mit „veraltetem“ Sprachgebrauch wird offensichtlich nicht systematisch nachgeführt und aktualisiert⁹.

2.2 Beispiel 1

Traditionell wurden für Dokumentationssysteme Fragen wie Volltext, Rückwärts-Dokumentation bzw. Merkmale wie Vollständigkeit und insofern auch Qualität i.S. der Ballastquote diskutiert. Diese Fragen stellen sich nun noch über Medienbrüche: BGH Urteile lassen sich Online ab 2000 vollständig und kostenlos unter Bundesgerichtshof.de recherchieren. Allerdings ist die Such-Mechanik sehr einfach, der Zwang zu höchst genauer Wortwahl bei der Suchwortformulierung sehr stark.

⁵ S. Lapp, jur-pc 1991, 1056 und 1192 (Software-Produktbesprechungen).

⁶ Lapp, jur-pc 1991, 1334 (Software-Produktbesprechung).

⁷ Gutdeutsch, Familienrechtliche Berechnungen (bei Beck); s.a. Michel, jur-pc 1992, 1592 zur Besprechung von Softwareprodukten zu Versorgungsausgleich und Unterhalt..

⁸ S. aber zur Entscheidungstheorie aus der Zeit der Anfänge von JURIS: [KI70]; aus dem juristischen Bereich s. [FI68], 273; [FI73], S. 443 ff.;[RE74], 153 ff.;[SI74], 1 ff.; [SC80].

⁹ Z.T. löst sich das Problem über Synonymisierungen, die andererseits die Ballastquote erhöhen.

Z.B. führte die Suchabfrage mit Eingabe von „*Funktionsmangel*“ zu keinem, von „*Funktionsmängel*“ zu 1 Ergebnis, und zwar der Entscheidung v. 15.11.2006 zu ASP. Die „richtige“ Entscheidung wäre v. 8.11.2007¹⁰.

Die Entscheidung v. 8.11.2007 wurde bei Bundesgerichtshof.de zur Eingabe des Suchworts „*Funktionsmängel*“ nicht nachgewiesen, obwohl ihr zentraler Gegenstand ein Funktionsmangel ist, wozu die Rspr. zu § 633 BGB a.F. als unproblematisch auch nach der Schuldrechtsmodernisierung anwendbar behandelt wird. Der Begriff „*Funktionsmangel*“ als solcher taucht allerdings tatsächlich in der Entscheidung nicht auf, wohl aber die „*Funktionstauglichkeit*“. Fragt man nach „*Heizungsanlage*“, erhält man über 50 Fundstellen, darunter die gesuchte. Dies soll keine Kritik sein. Der Befund lautet schlicht: wenn man nicht genau die Entscheidung und deren nähere Daten kennt (Spruchkörper, Datum), hat man durchaus Probleme hinsichtlich *Trefferquote* und *Ballast* wie bei Dokumentationssystemen in den Anfängen.

Wieder anders stellt sich das Problem, wenn man „googelt“. Allerdings darf man nicht *Funktionsmangel*, sondern muss „*Heizungsanlage UND BGH*“ eingeben. Man stößt schnell auf eine Anwalts-Website, die die E. behandelt. Der richtige Begriff wäre insoweit „*Funktionstauglichkeit*“. Gibt man diesen bei BGH ein, werden nur 9 Urteile nachgewiesen, darunter zu Beginn das gesuchte¹¹, allerdings auch jede Menge Urteile und Besprechungen zu solchen, die sich mit Miete und den Heizkosten usw. befassen.

2.3 Beispiel 2

Die formale Rückwärtserschließung von Urteilen, etwa im Instanzenzug oder durch „Fortführung“ oder „Aufgabe“ seitens des BGH wird von JURIS gepflegt. Eine nachträgliche semantisch relevante Aufarbeitung der alten Urteile im Hinblick auf neuen Sprachgebrauch, aber auch im Hinblick auf neue Rechtsgebiete, die nicht identisch mit der weiter tradierten Spezialmaterie sind, ist naturgemäß äußerst schwierig. Dieses Phänomen zeigt sich wahrscheinlich in jedem Fachgebiet.

Im IT-Recht ist etwa ein Problem gegeben bei der Suche im Bereich des Datenschutzes. Dieser wird vom Anliegen her als Mindestvorgabe im BDSG geregelt. Jedoch ist das BDSG nachgiebig, soweit eine spezielle Norm den Datenschutz regelt, sodass diese dann Vorrang gegenüber dem BDSG hat. Dies gilt etwa für TMG und TKG, aber auch für eine Reihe Spezial-datenschutzrechtlicher Regelungen.

Die Haftungsproblematik kann sich nach BGB-Maßstäben beurteilen, etwa die Haftung

¹⁰ BGH v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511.

¹¹ Zuletzt abgefragt am 12.9.2008.

von Schufa und/oder Banken für Falschankünfte, was zugleich eine Querverbindung zum Persönlichkeitsrecht herstellt: nicht nur ist die Rechtsprechung zu allgemeinen Voraussetzungen und Folgen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen, sondern ist speziell eine *schwere* Verletzung des Persönlichkeitsrechts Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit immateriellen Schadens.

Eine Suche nach „Allgemeinem Persönlichkeitsrecht“ erschließt in einem Umfang Material, das weit über das Datenschutzrecht hinausgeht. Die Kombination mit dem Datenschutzrecht, also eine echte UND-Verknüpfung führt zu einer unverhältnismäßig starken Restriktion. *Persönlichkeitsrecht* allgemein und *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* ohne explizite Erwähnung des Datenschutzes sind ausgeklammert, die zwar nicht deckungsgleich sind, mit denen jedoch seitens des Datenschutzes erhebliche Überlagerungen und Verbindungen bestehen. Dies zeigt sich anhand einer entsprechenden Suche in Verbindung etwa mit einem Spruchkörper wie BGH oder BVerfG. Dies hängt auch mit dem Sprachgebrauch zusammen, der in der Regel dogmatisch orientiert erfolgt. Wenn nicht unmittelbar *Datenschutzrecht* tangiert ist, ist in den Urteilstexten vornehmlich von „*Informationen*“ die Rede (nicht zuletzt im Kontext des *Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*), während im Bereich des BDSG, des TMG und meist auch des TKG von „*Daten*“ die Rede ist. Synonym wären diese Begriffe nicht.

Würde man noch dazu in anderen Informationsquellen und über andere Dienste recherchieren, so etwa auch in Portalen u. ä., so würde man entdecken, dass unter dem Begriff „Datenschutz“ im Bereich der Wirtschaft etwas völlig anderes verstanden wird, als die juristische Auffassung ergibt. Im wirtschaftlichen Bereich ist weitgehend Datenschutz mit dem gleich gesetzt, was im juristischen Bereich die „*Datensicherheit*“ meint. Zwar ist die Datensicherheit indirekt auch ein Gegenstand des Datenschutzes (insbesondere über § 9 BDSG). Jedoch ist eine Gleichsetzung sicher falsch. Es gibt sogar eine Vielzahl von Büchern, die diesen Titel „Datenschutz“ bzw. den Begriff im Titel verwenden, aber den technischen Bereich meinen. Gibt man etwa bei Google „Datenschutz“ ein, wird man hinsichtlich der Werbung aufmerksam gemacht auf Seminare zum Datenschutzbeauftragten und gleichzeitig aber auch auf Spezialisten für Datenschutz und Datenträgerarchive. Bei Wikipedia wird zurecht darauf hingewiesen, dass der Begriff auch verwendet wird für „*Schutz wissenschaftlicher und technischer Daten gegen Verlust oder Veränderung und als Schutz gegen Diebstahl dieser Daten*“.

These: Intelligente „Systeme“ müssten zumindest transparent machen, wo die Übergänge zwischen den Rechtsinstituten zu ziehen sind, was evtl. ausgeblendet wird oder assoziativ darauf hinweisen, wonach man evtl. sonst noch suchen muss, vielleicht sogar unter Berücksichtigung der Erfahrung, dass andere Benutzer „intelligente“ Suchfragen gestellt haben, die erfolgreich waren. In der Kombination mit „*Recht auf*

*informationelle Selbstbestimmung*¹² und dem neuen „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“¹³ ist ein Informationssystem über eine gewisse Zeit hin, bis diese Redewendung als Standardbegriff berücksichtigt ist, überfordert.¹⁴

Mit diesen Beispielen ist das eigentliche Problem bei weitem nicht erschöpft: Mit der UWG-Novelle wurden Jahrzehnte einer Rechtsprechung zur Persönlichkeitsrechtsverletzung durch „unverlangte Werbung“ auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, die aber eine völlig andere Wortwahl vornahm, nicht zuletzt aufgrund der umzusetzenden EU-Richtlinie. Nunmehr ist von „*unzumutbaren Belästigungen*“ in der Kurz-Bezeichnung des § 7 UWG die Rede. Diese ist näher umschrieben in § 7 Abs. 2 UWG. Der Hauptterminus ist aber die „*Belästigung*“. Eine Suche mit diesem Begriff führt über längere Zeit hin, bevor eine genügende Anzahl von Urteilen zu finden ist, die wiederum auf die alten Urteile verweisen, zu keinem nennenswerten Erfolg, ganz anders als etwa bei einer Suche im Kommentar, wo zum Teil völlig ungebrochen die alten Urteile zum Persönlichkeitsrecht auf diesen neuen Tatbestand angewandt werden (ein ähnliches Phänomen wie bei der Verwendung der Rspr. zu BGB a. F. auf das Recht nach Schuldrechtsmodernisierung¹⁵).

Dazu ist dieses Ergebnis von erheblichem Belang auch für die unter Ziff. 4 angedeutete Vorstrukturierung bzw. Vorwegnahme der Ergebnisse durch Meta-Entscheidungen bzw. Restriktionen.

Als mögliche **Konsequenz** würde man daraus eine Forderung ableiten können, deren Erfüllung aber durchaus bedenkenswerten Folgen nach sich ziehen würde: Es könnte sich anbieten, statt dem Sprachgebrauch zu folgen, doch auf die uralte Idee zurückzugreifen, einen festen „Thesaurus“ zu bilden und die Neuerungen über Synonym-Verknüpfung. Hier sei nur angemerkt, dass die Feststellung, ob tatsächlich Synonymität besteht, keinesfalls ein triviales Problem ist. Z.B. werden zwar „Software“ und „Computerprogramm“ meist gleichbedeutend verwendet.

Das UrhG verwendet aber nur den Begriff „Computerprogramm“, der insoweit die Dokumentation **nicht** umfasst.¹⁶ „Software“ hingegen umfasst als Vertragsgegenstand auch die Dokumentation. Dass dies auch zu einer Zementierung der Rechtsentwicklung

¹² BVerfG v. 15.12.1983, NJW 1984, 419 („Volkszählungsurteil“).

¹³ S. BVerfG v. 27.2.2008 – 1 BVR 370/07, 1 BVR 595/07, CR 2008, 306 ff.

¹⁴ Beim *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* hatten sich viele Autoren und Dienste damit geholfen, die noch heute übliche Verkürzung *informationelles Selbstbestimmungsrecht* zu vergeben bzw. als Suchbegriff in den Thesaurus aufzunehmen.

¹⁵ Z.T. ausdrücklich gerechtfertigt durch die entsprechenden BGH-Urteile, s. z.B. oben zu 2.2 bei Funktionsmangel.

¹⁶ S. z.B. [SL06], Rz. 6 zu § 69a UrhG.

führen würde, darf angenommen werden, möglicherweise aber auch zu einer sehr schnellen Veraltung. Diese Phänomene wären gleichrangig zu beobachten bzw. zu bewerten wie die Zementierung durch die Orientierung an obergerichtlicher Rechtsprechung, die bevorzugt durch die Systeme vermittelt wird.

Wenn andererseits als Gegen-Position die Forderung erhoben wird, die natürliche Sprache obwalten zu lassen, ist nicht zu verkennen, dass der Autor des Urteils durch den Sprachgebrauch in seinem Text des Urteils dieses für solche Systeme, die sich am Sprachgebrauch orientieren, praktisch unsichtbar machen kann, indem er nämlich einen unüblichen Sprachgebrauch wählt. An die Stelle der Subjektivität und „Manipulation“ seitens der Autoren des Informationssystems tritt die evtl. bewusste Individualität des Autors des Urteils. Es bedarf umso mehr eines redaktionellen Überbaus, um solche Entwicklungen zu berücksichtigen. Vermeiden lassen sie sich nicht, da die richterliche Unabhängigkeit zu wahren und – im Gegenteil – auch die Rechtsfortbildung nicht nur abzubilden, sondern auch als Möglichkeit vorzusehen, wenn nicht zu fördern ist.

3 Ansätze und Entscheidungsanteile bei Informationssystemen im Hinblick auf die "automatische Subsumtion"

Etwas sehr vereinfachend lassen sich diese Ansätze danach einteilen, ob das Automatische System das menschliche Problemlöseverhalten und die eigentliche Entscheidungsfindung, **wie** diese beim Menschen erfolgt, übernimmt, ob es sich um ein Verfahren handelt, das als Entscheidung verwertbare Ergebnisse auf anderem Wege erzeugt, oder ob es sich um ein Verfahren zur Unterstützung bei der Entscheidungsfindung handelt.

Die große Frage der Rechtsinformatik war aber immer, ob es Systeme geben wird und geben kann, die die automatische Subsumtion i. S. richterlicher Entscheidung leisten, also **wie** ein Richter entscheiden ([SU70]; [PS75], S. 1ff). Ohne die Methodik des Richters würde dem Verfahren wohl auch dann die Legitimationsbasis fehlen, wenn es brauchbare Ergebnisse liefern würde. Bei der Verfolgung dieses Ansatzes wurde immer klarer, wie komplex, ungenau und wenig determiniert die juristische Entscheidungsfindung, in besonderem Maße die richterliche ist.

Das Scheitern der Systeme lehrte eigentlich mehr, was wir noch über das zu automatisierende Verfahren wissen müssten – ein im Bereich der Einsatzplanung von IT-Systemen normaler Vorgang.

Man hätte in der Praxis aus dem Scheitern der Ansätze zu automatischen Entscheidungssystemen lernen können, dass die Subsumtion, die ohnehin niemand

ernsthaft als Entscheidungs- oder gar Prozess-Modell vertritt, nicht geeignet ist, die Entscheidungstätigkeit abzubilden bzw. zu leisten.

Die Ansätze verfolgten mit der „Subsumtion“ eine vorgebliche Methodik juristischen Entscheidens, die weder als Sollkonzept dem Methodenansatz der Methodenlehre, der Rechtstheorie und der Rechtsphilosophie entspricht, noch empirisch als deskriptives Modell des Entscheidungsverhaltens belegt ist.

Besonders bekannt wurde z.B. das Projekt zur Subsumtion bei § 142 StGB, unerlaubtes Entfernen vom Unfallort ([LE90] S. 288 m.w.N.). Als eines der Hauptprobleme galt die Verwendung der natürlichen Sprache¹⁷. Ohne vorherige Zurichtung und Formalisierung ist der methodische Aufbau von Expertensystemen, ja schon das Aufbereiten des Expertenwissens im Sinne einer hermeneutisch verstehenden Vernetzung der Inhalte nicht machbar.¹⁸ Die Projekte versandeten.¹⁹

Nun aber scheint es, als ob Systeme im Ansatz entstehen würden, die zwar nicht den angedeuteten Anspruch automatisierter Entscheidung verfolgen, gleichwohl aber Ansätze dazu enthalten und – weil unbemerkt – sogar deren Probleme im Sinne der Folgen noch steigern. Intelligente Assistenten des Autofahrers bremsen, halten Abstand, wecken auf und merken sich die Eigenheiten des Fahrers, etwa wie er in Gefahrensituationen reagiert. Kontextsensitive Meldungen bei amazon²⁰, bei der Suche nach Fundstellen, im Minimalfall etwa als AdWord²¹.

4 Code is Law

Dieser erfolgreiche Slogan ([LE99] S. 3) dürfte auch für die strukturellen Eigenheiten der juristischen Informationssysteme gelten.

Die althergebrachten Grundsätze jeglicher Verwaltung – Da könnte jeder kommen, so haben wir das noch nie gemacht, wo kommen wir denn da hin – fanden in der Automation eine hervorragende Unterstützung und zugleich Manifestation: Andere als die vorgesehenen Formulare und deren Felder sind nicht berücksichtigungsfähig und führen zur Zurückweisung bzw. Nicht-Bearbeitung des Antrags – evtl. mit verheerenden

¹⁷ Fiedler sprach sogar vom „uneingeschränkten Gebrauch der natürlichen Sprache“, CR 1987, 325, 331.

¹⁸ Zur juristischen Hermeneutik s. [KA98]; [SC04] S. 270 ff., 278 m.w.N.

¹⁹ Trotz mehrfacher Versuche der Wiederbelebung, auch der Rechtsinformatik, etwa auf Tagungen, in Sammelbänden, und trotz des bis heute großen Engagements des Jubilars.

²⁰ „Kunden, die diesen Artikel gekauft haben, kauften auch ...“, oder: „Empfehlungen basierend auf Ihren besuchten Seiten...“.

²¹ Bisher v.a. unter Aspekten der Markenrechtsverletzung bzw. irreführender Werbung behandelt, s. etwa EuGH v. 3.6.2008, K&R, 2008, 431.

Folgen für die Verjährung, etwa beim Mahnverfahren. Die Systemeigenheiten sind strukturelle Entscheidungen der Architektur (s.a. [FI74] S. 167ff) und des Geschäftsprozesses, die derjenige beherrscht, der das System gestaltet, während der Nutzer mehr oder weniger bewusst damit umgeht²².

Rechtssicherheit ist ein ungeschriebenes, aber hochrangiges Gut und Ziel, um Gerechtigkeit herzustellen. Gleichrangig, wenn auch oft weniger beachtet, darf die **Rechtsfortbildung** eingestuft werden.²³ Die Frage für alle Informationssysteme mit historischem Material, also besonders für Entscheidungsdokumentationen ist, ob sich die entsprechende kreative, innovative Rechts**findung** mittels der alten Entscheidungen fördern lässt oder ob sich nicht vielmehr insoweit um (notwendigen, aber sehr aufwändig zu bearbeitenden) Ballast handelt. Von Michael *Lehmann* hatte ich erstmals gehört, Rechtsfindung sei wie Autofahren vorwärts mit Blick in den Rückspiegel. Das Hin- und Herwandern des Blicks ([EN97]; [KA82]; [SC04] S. 270 ff. und 278) erfährt eine Brechung, indem die Rechtsinformation nicht als solche vorliegt, sondern ihrerseits ein Spiegel der damals im Prozess der Rechts**fertigung** der damaligen E. abgebildeten Realität ist. Ersetzt man den Rückspiegel durch ein juristisches Informationssystem, kommt als weitere Brechung die Aufbereitung und Verwaltung des Materials in diesem hinzu.

Eine geraffte Würdigung der „Schuldrechtsmodernisierung“ dürfte ergeben, dass weitgehend die Auslegung der neuen Regelungen und Begriffe mittels der alten Regelungen (Entscheidungen zum BGB a.F.) und Begriffe erfolgte. Gelegentliche Ausreißer bestätigen diesen Befund als Ausnahmen: der EuGH hat den Regelungsintentionen der EU-RL dort zur Geltung verholfen²⁴, wo deren Umsetzung, die zu manchen Neuregelungen zwang, unzureichend oder überschießend erfolgt war. Dies bestätigt das enorme Beharrungsvermögen des Rechtssystems. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass die Suche mit den neuen Rechtsbegriffen (z.B. *Pflichtverletzung* oder *Schadensersatz statt der Leistung*) nicht direkt zu den Urteilen führt, die die Rspr. hierzu herangezogen hat.

Es kann hier nicht im Einzelnen genauer ausgeführt werden, darf aber wohl auch schon aufgrund der wenigen Andeutungen als naheliegend angenommen werden, dass die Dokumentations-Systeme, heute also Informationssysteme und „Portale“ über die technischen Möglichkeiten, aber auch Restriktionen, also insgesamt über die Architektur und die architektonischen Vorentscheidungen eine eigene „Welt“ bilden. Die Nutzer der neuen Medien sind dies in gewissem Sinne schon gewohnt, in solchen einzelnen Welten

²² Nicht zu vergessen die eingebauten „Gate keeper“,

²³ Zum Überblick über die Auffassungen zur rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters und dessen Berufung dazu s.[KA04] S. 26 ff, 114 ff. In § 132 GVG ist das Verfahren ausdrücklich geregelt, wenn ein Senat von der Rechtsauffassung eines anderen Senats abweichen will.

²⁴ BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 – quelle - zu EuGH v. 17.4.2008, C-404/06, NJW 2008, 1433.

zu denken bzw. sich in diese hineinzudenken. Im Detail setzt dies jedoch eine Art Vorkenntnis und sowie Mitdenken voraus, die außer bei den Spezialisten wohl kaum generell erwartet werden können.

Betrachtet man etwa die technische Entwicklung in den letzten fünf Jahren hinsichtlich der verschiedenen Formen der Gewinnung von „Hits“ auf Web-Seiten, so lässt sich wohl festhalten, dass die Rechtsprechung dieser Entwicklung jeweils gefolgt ist (notgedrungen), dass aber eine Art zeitliche Kluft von mehreren Jahren besteht, inwieweit die jeweiligen höchstrichterlichen Entscheidungen, die nicht so zahlreich sind, auch auf die danach erst entstandenen bzw. bekannt gewordenen Techniken anwendbar sind. Es sei in dem Zusammenhang nur auf die Sprach- und Begriffs-Entwicklung von *Links* auf Datenbankinhalte²⁵ zu *Domainnames*, *Metatags*²⁶, *Adwords* bzw. *Keywords*, *e-donkeys*, *Snippets* und *Thumb Nails* verwiesen. Die Problematik ist jeweils ähnlich, aber nicht gleich, die Techniken sehr unterschiedlich.

Die Forderung, solche Entwicklungen etwa anhand der Einarbeitung von Kommentar-ähnlichen Übersichtsartikeln als Überbau bzw. Ergänzung des Stichwortregisters vorzunehmen, ist schnell erhoben. Die Subjektivität, die dadurch allerdings in das System eingebaut würde, ist nicht so schnell erkennbar, aber von erheblicher Tragweite. Um sie zu balancieren müssten zahlreiche bzw. alle Kommentare von Bedeutung mit berücksichtigt werden, ein Verlangen, was abgesehen von den urheberrechtlichen Problemen Verlags-übergreifende Verwendung und Einbaus der Kommentare auch am Aufwand scheitern dürfte. Dies ist keine Kritik an den Dokumentations- bzw. Informationssystemen oder Portalen. Hier geht es darum, dass vielen Nutzern nicht bewusst ist, insbesondere in Kanzleien, dass sie zur nutzbringenden Verwendung solcher Systeme ihr eigenes Wissens-Management aufbauen müssen. Juristisch „intelligent“ wären solche Systeme also dann, wenn es gelingen würde, sie entweder Kanzlei-individuell oder (was wesentlich anspruchsvoller wäre) – generell um das Instrument der Wissens-Organisation und auch des Einbaus der „Erfahrung“ zu bereichern und ergänzen (siehe auch im Ansatz [HE06], S. 699 ff.; s. a. schon [DI03] S. 189; [ME07] S. 213; [SC05] S. 2049).

5 Skeptische Zusammenfassung

These: Es darf angenommen werden, dass der Aufwand für die Auffind- und die Lesbarkeit, kurz für den Zugang zum Inhalt einer Information maßgeblich für deren Rezeption ist. Erscheint eine Fundstelle einschlägig, wird sie übernommen (zitiert), ohne

²⁵ S. BGH v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, CR 2003, 329 – paperboy -.

²⁶ S. BGH v. 18.5.2006 – I ZR 183/03, CR 2007, 103 – impuls III -.

den Inhalt zu kontrollieren, wenn der Inhalt nur mit erheblichem zusätzlichen Aufwand zugänglich wird, evtl. mit mehreren Medienbrüchen. Empirische Untersuchungen über das tatsächliche Informationsverhalten von Juristen gibt es insoweit wohl nicht. Es sei deshalb erlaubt, dieses Verhalten als tendenziell ähnlich dem beim „googeln“ anzusehen. Das bedeutet etwa, dass schon die 4. oder 5. Fundstelle der Trefferliste erheblich geringere Chancen hat, wahrgenommen und weiter verfolgt zu werden, die 2. und 3. Seite erst recht fast schon wie unsichtbar behandelt wird und der Rest als verschwunden gelten kann. Dies erklärt den Aufwand und die Suche nach Tricks zu ersten Plätzen auf den Trefferlisten.²⁷ Professionelle Sucher werden bei Juris nicht derart sorglos auf das Ranking vertrauen. Die Gefahr falscher Repräsentation der Relevanz in der Sortierung besteht gleichwohl, wenn auch etwas abgemildert. So kommt es auch in Kommentaren vor, dass Urteile zitiert werden, die zwar einschlägig sind, deren Ergebnis aber eher das Gegenteil gegenüber der Textstelle besagt, die das Zitat belegen soll.

Eine Suchfrage „*In welchen/wie vielen Entscheidungen hat der BGH, haben Gerichte, die ... Eigenschaft für ... bejaht*“²⁸, ist nahezu aussichtslos. Der Nachweis umfasst Urteile, die die Eigenschaft bejahen, ebenso wie solche, die sie ablehnen, und auch solche, für die es auf die Beantwortung nicht ankommt. Natürlich wären hier aktuelle Aufsätze mit Bewertung der Urteile nützlich. Die kann Juris nur in engem Rahmen eigener Zeitschriften liefern. Verlage könnten dies für ihren jeweiligen Verlagsbereich. Es bleibt also evtl. die Beschränkung auf die Texte aus Anbieter-/verlagseigenen Zeitschriften. Dies wäre im Hinblick auf die anzustrebende Vollständigkeit des Ergebnisses unzureichend.

These: Der krassste²⁹ und zugleich kaum bekannte Fehler der Informationssysteme mit Judikaten ist, dass *Rechtsfindung* i.S. der eigentlichen juristischen Entscheidungstätigkeit (siehe v.a. [EN70], [EN97] [KA82], [SC04] S. 270 ff) mit *Begründung* gleichgesetzt wird [SC80]. Dokumentationssysteme enthalten mit den Urteilen Begründungen. Wie die jeweils zugrunde liegenden Entscheidungen zustande kamen, welche Information maßgeblich war, lässt sich daraus nur sehr bedingt entnehmen. Bei bloßen Nachweissystemen ist diese mangelnde Differenzierung unschädlich. Bei „Entscheidungsunterstützung“ wäre es fatal, die Mechanismen der Begründung zu effektuieren, während es um die eigentliche Entscheidungstätigkeit geht.

So gesehen erscheinen einfache Systeme „besser“, weil sie weniger präskriptiv für das Entscheidungsverhalten und insoweit offener für Rechtsfortbildung erscheinen, wenn sie

²⁷ Zu einigen z.T. schon wieder überholten Methoden s. aus juristischer Perspektive [HE04]; s.a. [RÖ03] 349.

²⁸ Die Suchfrage könnte etwa genau lauten: Software UND Sache ODER Sachqualität.

²⁹ Insoweit darf als Beleg für die Notwendigkeit der Differenzierung wohl immer noch verwiesen werden auf [LA72]; s. zudem [RO72]. Zu sozialwissenschaftlichen Ansätzen der Rechtswissenschaft s. [BÜ04].

nicht einen festen Thesaurus enthalten bzw. darauf aufbauen³⁰. Wir sind wieder bei den – inzwischen etwas intelligenteren – Dokumentationssystemen. Bereits – hypothetisch – „gefundene“, intuitive Ergebnisse lassen sich mittels Dokumentationssystemen leichter begründen.

Literaturhinweise

- [BE71] Berger, Die automatisierte Leitsatz-Dokumentation am italienischen Kassationsgerichtshof in Rom, in: JA 1971
- [BI79] Bihler, Rechtsgefühl, System und Wertung. Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung, 1979
- [BÜ04] Büllesbach, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft, in: [KHN04], S. 401 ff
- [DI03] Disterer, Ansätze zum Wissensmanagement bei Anwälten durch Klassifikation juristischen Wissens, Anwaltsblatt 2003, S. 189
- [EN97] Engisch, Einführung in das juristisch Denken, 9. Aufl. 1997.
- [ES70] Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.
- [FI62] Fiedler, Rechenautomaten als Hilfsmittel der Gesetzesanwendung, Deutsche Rentenversicherung 1962, 149.
- [FI68] Fiedler, Perspektiven juristischer Dokumentation, Forschung und Textverarbeitung mit Elektronenrechnern, in: NJW 1968, 273 ff.
- [FI70] Fiedler, Automatisierung im Recht und juristische Informatik, JuS 1970
- [FI73] *Fiedler*, Perspektiven juristischer Informationssystem, in: ÖVD 10/73
- [FI74] Fiedler, Rechtsinformatik und juristische Tradition, in: FS Hans Welzel, 1974, S. 167 ff.
- [FI86] Fiedler, Orientierung über juristische Expertensysteme, CR 1987, 325; Erdmann u.a. (Hrsg.), Computergestützte juristische Expertensysteme, 1986;

³⁰ So etwa Italgire, das Dokumentationssystem des Corte di Cassazione und dazu ([BE], 407 ff., 477 ff). (heute über italgiure.giustizia.it erreichbar, Registration erforderlich).

- [FIT86] Fiedler/Traummüller, Formalisierung im Recht und Ansätze juristischer Expertensysteme, 1986.
- [GE08] Geiger, Der Weg zur Rechtsinformatik – erste praktische Schritte in den Jahren 1969 bis 1972, in: Conrad (Hrsg.), *liber amicorum* für J. Schneider, 2008
- [GÜ89] Günther, Juristische „Expertensysteme“ – Gedanken zwischen Theorie und Praxis, *jur-pc* 1989, 309 (I), 364 (II), 428 (III).
- [HE04] Heim, Die Einflussnahme auf Trefferlisten von Internet-Suchdiensten aus marken- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, Münster 2004
- [HE06] Heussen, Das Management von Wissen und Erfahrung, *Anwaltsblatt* 2006, 699 ff.
- [JH72] Jhering, *Der Kampf ums Recht*, 1872
- [KA82] Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. Aufl. 1982
- [KA98] Arthur Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2. Aufl. 1998
- [KA04] Arthur Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in: [KHN04] 2004
- [KHN04] Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl. 2004.
- [KI74] Kilian, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, 1974.
- [KI70] Kirsch, *Entscheidungsprozesse*, I, II und III, 1970 f
- [KO87] Kowalski, *Lösungsansätze für juristische Expertensysteme*, 1987.
- [LA72] Lautmann, *Justiz – die stille Gewalt*, 1972
- [LE90] Lennartz, *Probleme der Automatisierung richterlicher Informationsverarbeitung – am Beispiel juristischer Expertensysteme (ES)*, DUD 1990
- [LE98] Leder, *Die sichtbare und die unsichtbare Hand in der Evolution des Rechts*, 1998

- [LE99] Lessig, Code and other laws of Cyberspace, 1999.
- [LU66] Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966
- [LU69] Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969.
- [LÜ72] Lüderssen, Erfahrung als Rechtsquelle, 1972
- [ME07] Mey-Glaser, Wissensmanagement in Anwaltskanzleien. Hintergründe und Umsetzungsstrategien, ITRB 2007, S. 213
- [OE90] Oeser, Evolution und Selbstrekonstruktion des Rechts, 1990
- [OG86] Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?: Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986
- [PH89] Philipps, Vom Nutzen heutiger Expertensysteme, in: Eberle (Hrsg.), Informationstechnik in der Juristenausbildung, 1989, S. 178 ff.
- [PS75] Popp/Schlink, Skizze eines intelligenten juristischen Informationssystems, in: DVR 4 (1975), S. 1 ff.
- [RE74] Reisinger, Probleme der Bewertung und des Vergleichs automatisierter juristischer Informationssysteme, in: DVR 3 (1974)
- [RI69] Riezler, Das Rechtsgefühl, 3. Aufl. 1969
- [RO72] Rottleuthner, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, 1972
- [RÖ03] Rössel, Der Wettlauf um Suchmaschinen. Wettbewerbswidrige Einflussnahme auf Trefferlisten, CR 2003, S. 349
- [SC80] Schneider, Information und Entscheidung des Richters. Zu einer juristischen Entscheidungs- und Kommunikationstheorie automatischer Informationssysteme im Recht, 1980.
- [SL06] Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006
- [SC04] U. Schroth, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: [KHN04], 2004
- [SC05] Schulz, Wissensmanagement – Herausforderung und Chance für Anwälte,

NJW 2005, S. 2049

- [SI70] Simitis, Informationskrise des Rechts und elektronische Datenverarbeitung, 1970.
- [SI74] Simitis, Gesellschaftspolitische Implikationen juristischer Informationssysteme, in: DVR 3 (1974)
- [SU70] Suhr, Der Computer als juristischer Gesprächspartner, 1970
- [WE84] Weizenbaum, Kurs auf den Eisberg, 1984;
- [WE77] Weizenbaum, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft, 1977
- [ZE98] Zemen, Evolution des Rechts, 1998;