

Kapitel 2 Theorie der Rechtssoziologie

§ 11 Die Soziologie als empirische Wissenschaft

Literatur: *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 2. Aufl. 1969; *Esser/Klenovits/Zehnpfennig*, Wissenschaftstheorie, 2 Bde., 1977; *Habermas*, Zur Logik der Sozialwissenschaften, 5. Aufl. 1982; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980; *Popper*, Logik der Forschung, 8. Aufl. 1984; *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974; *Seiffert*, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 2 Bde., 7. Aufl. 1974; *Stegmüller*, Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Bd. I, 1974; ders., Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, 2 Bde., 1975; *Topitsch* (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften, 7. Aufl. 1971

I. Die Soziologie als empirische Wissenschaft

Für Soziologen ist es ein leidiges Thema. Aber wenn man sich der Rechtssoziologie nähern will, kommt man nicht darum herum, sich dem Werturteilsproblem zu stellen. Denn Rechtswissenschaft und Soziologie behandeln denselben Gegenstand. Sie befassen sich beide mit den zwischenmenschlichen Beziehungen, wie sie zu einem wesentlichen Teil vom Recht bestimmt werden. Daher stellt sich sofort die Frage, was Soziologen anders und besser leisten können als Juristen und umgekehrt. Es geht dabei offensichtlich um ein **wissenschaftstheoretisches Problem**, darum, daß beide Disziplinen den gleichen Stoff mit unterschiedlichen Methoden angehen. Um diesen Gegensatz zu kennzeichnen, spricht man von der Soziologie als einer empirischen und der Jurisprudenz als einer normativen Wissenschaft. Was soll damit gesagt werden?

Es ist nicht ausgemacht, sondern im Gegenteil heftig umstritten, daß die Soziologie (nur) eine empirische Wissenschaft zu sein hätte. Tatsächlich ist die Soziologie aber als empirische Wissenschaft angetreten und tatsächlich wird sie weitgehend als solche betrieben. Auch die Rechtssoziologie ist von *Eugen Ehrlich* als empirische Wis-

senschaft konzipiert worden. Wenn wir uns das Vorwort zu *Ebrlichs* Rechtssoziologie (§ 5) in Erinnerung rufen, so besagt es dreierlei:

- (6) *Ebrlich* bestreitet der Rechtswissenschaft die Wissenschaftlichkeit.
- (7) Er behauptet, daß nur die Rechtssoziologie wissenschaftlich sei.
- (8) Er gibt an, worin die Wissenschaftlichkeit der Rechtssoziologie bestehen soll, nämlich in der Beobachtung der Gesellschaft.

Was ist eigentlich Wissenschaft? Unter Wissenschaft versteht man gewöhnlich die Suche nach Wahrheit und Objektivität. Auf die Frage nach der Wahrheit gibt es anscheinend keine endgültige Antwort. Man ist sich daher heute weitgehend darüber einig, daß es auch für die Frage: Was ist Wissenschaft? keine verbindliche Lösung geben kann. Als wissenschaftlich läßt man entweder jede planmäßige, methodisch angeleitete Suche nach Erkenntnis gelten, oder man sieht auf die historische Entwicklung und rechnet zur Wissenschaft alles, was in Vergangenheit und Gegenwart als solche anerkannt worden ist, wenn man nicht sogar soweit geht, es jeder Disziplin selbst zu überlassen, ob sie sich als Wissenschaft ausgeben will oder nicht. Als Wissenschaft gelten daher heute so heterogene Disziplinen wie Mathematik und Theologie, Physik und Jurisprudenz, Soziologie und Philosophie, Ingenieurwissenschaften und Kunst. Wenn aber die Rechtssoziologie polemisch gegen die Jurisprudenz gestellt wird, ähnlich wie früher *Comte* die Soziologie gegen die Sozialphilosophie stellte, dann meint man offenbar einen engeren, nämlich den positivistischen Wissenschaftsbegriff. Dieser engere Wissenschaftsbegriff ist der **Wissenschaftsbegriff der Naturwissenschaften**. Er will nur Beobachtung und Logik als Elemente der Wissenschaft gelten lassen, die in ihrer Verknüpfung zu Theorien im Sinne von Kausalgesetzen führen sollen.

II. Grundannahmen des Positivismus

Die Hauptthese des **Positivismus** oder **Empirismus** besagt, daß echtes Wissen über die Welt nicht durch reines Nachdenken, durch die Vernunft, sondern nur durch Erfahrung gewonnen werden kann. Allein in der Erfahrung, also in dem, was uns unsere Sinnesorgane vermitteln, besitzen wir einen Zugang zur Welt. Daher ist nach empiristischer Auffassung nur ein solcher Satz sinnvoll, der unmittelbar Aussagen enthält oder sich auf Aussagen zurückführen läßt, die durch Beobachtung, durch Sehen, Fühlen, Hören, Schmecken oder Riechen nachprüfbar sind. Alle anderen Aussagen werden in den Bereich der Spekulation oder Metaphysik - gemeint ist damit: in den Bereich der Unwissenschaftlichkeit - verdammt.

Allerdings soll es für dieses **empiristische Sinnkriterium** nicht darauf ankommen, ob die Beobachtung schwierig oder aus praktischen Gründen überhaupt ausgeschlossen ist. Das Paradebeispiel für eine praktisch nicht prüfbare und dennoch sinnvolle Behauptung war früher etwa: Auf der Rückseite des Mondes befindet sich

ein Berg von 3000 Meter Höhe. Inzwischen ist auch diese Behauptung beobachtbar geworden. Wir müssen daher zu Beispielen Zuflucht nehmen wie diesem: Was hat Plato an seinem 50. Geburtstag zu Mittag gegessen? Sinnlos, weil nicht beobachtbar, wäre dagegen nach empiristischer Auffassung etwa die Behauptung: Plato ist ein großer Philosoph.

Der Empirismus steht und fällt mit der Annahme, daß unsere Sinnesbeobachtungen etwas Festes, Wahres, Reales sind, und vor allem, daß jeder Mensch die gleichen Beobachtungen macht, daß die Ergebnisse menschlicher Beobachtungen stets die gleichen sind. Diese Annahme wird auch als **Invarianzthese** bezeichnet, und hier setzt die Kritik am Empirismus ein.

Die zweite Grundannahme des Empirismus geht dahin, daß die **Natur voller Gesetzmäßigkeiten** steckt, die unabhängig sind von der Erkenntnistätigkeit des Menschen, daß also etwa das Kausalgesetz etwas Reales sei, das es nur zu erkennen gelte. Da es Naturgesetze gibt, wiederholen sich die beobachtbaren Naturerscheinungen. Und da man Naturerscheinungen objektiv beobachten kann, kann man auch deren Gleichartigkeit feststellen. Wenn man aber mehrere gleichartige Naturerscheinungen beobachtet hat, kann man daraus induktiv auf das zugrundeliegende Gesetz schließen. Also: *Galilei* ließ Steine verschiedener Größe vom Schiefen Turm zu Pisa fallen. Sie kamen unabhängig von Gewicht und Größe gleichzeitig unten an. Daraus erschloß er das Fallgesetz.

Verschiedene besondere Gesetze können dann zu allgemeineren Gesetzen zusammengefaßt werden. Als klassisches Beispiel für einen derartigen Vorgang wird immer wieder die Entwicklung der *Newtonschen* Gravitationstheorie angeführt. Man sagt von ihr, sie sei eine Synthese der Gesetze *Keplers* und *Galileis*. *Kepler* hat bekanntlich generelle Gesetze über die Umlaufbahnen der Planeten aufgestellt. Die Entdeckungen *Galileis* befassen sich dagegen mit den Bewegungen irdischer Körper. Beide Gesetze beziehen sich auf beobachtbare Vorgänge aus verschiedenen Realitätsbereichen, zwischen denen man zunächst keinen Zusammenhang sah. Dies änderte sich erst, als *Newton* die Idee der Anziehungskräfte einführte und mit diesem neuen theoretischen Prinzip eine gemeinsame Erklärungsgrundlage für die Anwendungsfälle der Gesetze *Keplers* und *Galileis* schuf. Er konnte nämlich zeigen, daß sowohl die Planetenbewegungen als auch die Bewegungen irdischer Körper aus der Wirksamkeit der gleichen Anziehungskräfte erklärbar sind. Auf diese Weise - so lautet die Ansicht vieler empiristischer Wissenschaftstheoretiker - wurde es möglich, die *Keplerschen* und *Galileischen* Gesetze in unveränderter Gestalt innerhalb eines umfassenden theoretischen Rahmens zu vereinigen. Trotz des neuen Erklärungsprinzips, das hierzu notwendig war, hat sich nichts an dem ursprünglichen Aussagesinn der Gesetze geändert. Die Bedeutung der beobachtungssprachlichen Begriffe und Aussagen ist dieselbe geblieben, wie sie ursprünglich war.

III. Deduktiv-nomologische Erklärungen

Wenn man induktiv einmal ein allgemeines Gesetz gewonnen hat, dann kann man den Vorgang auch umkehren und aus dem allgemeinen Gesetz deduzieren, was sich im besonderen Falle ereignet. Man kann - und das ist wohl das eigentliche Ziel der empirischen Wissenschaft - einzelne Beobachtungen mit Hilfe von Gesetzen erklären. Solche Erklärungen nennt man daher auch **deduktiv-nomologische** Erklärungen, kurz DN-Erklärungen. Sie werden gewöhnlich mit Hilfe des sogenannten *Hempel-Oppenheim*-Schemas dargestellt, kurz auch **HO-Schema** genannt. *Hempel* und *Oppenheim* waren die Autoren, die dieses Schema erstmals klar beschrieben haben⁵⁰.

Es geht also um die Erklärung von Beobachtungen, und zwar von Einzelbeobachtungen, wie sie in sogenannten **Protokoll- oder Basissätzen** beschrieben werden. Die Frage lautet etwa: Warum kann man an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte Erscheinung beobachten? Als Antwort wird ein Kausalgesetz angeboten, d. h. es werden eine oder mehrere Ursachen angegeben, mit deren Hilfe das beobachtete Ereignis erklärt werden soll.

Als erster hat Anfang der 30er Jahre *Karl R. Popper* die **logische Struktur kausaler Erklärungen** klar beschrieben. Er sagt nämlich, daß eine kausale Erklärung nichts anderes als eine logische Ableitung sei. Dazu folgendes Beispiel: Es soll erklärt werden, warum ein Mann, nachdem er Alkohol getrunken hat, gestorben ist. Die Erklärung lautet, daß eine Blutalkoholkonzentration von mehr als 5 ‰ regelmäßig tödlich ist, und daß im Blut des Toten mehr als 5 ‰ Alkohol ermittelt wurden. Eine genauere Analyse dieses Erklärungsvorschlags ergibt, daß darin zwei Typen von Komponenten stecken, nämlich (1) Gesetzmäßigkeiten und (2) gewisse Anfangsbedingungen, die wir durch singuläre Sätze beschreiben. Das benötigte Gesetz kann etwa so formuliert werden:

- (1) Für einen gesunden Menschen ist eine Blutalkoholkonzentration von über 5 ‰ tödlich.

Die Anfangsbedingungen werden durch folgende Aussagen beschrieben:

- (2) M1 war ein gesunder Mensch.
- (3) Die Blutalkoholkonzentration bei M1 betrug 5 ‰. Aus diesen Prämissen ist der Satz, der den zu erklärenden Vorgang beschreibt, deduzierbar, nämlich der Satz:
- (4) M1 ist gestorben.

Abstrakt läßt sich dieses Erklärungsschema so formulieren:

⁵⁰ *Carl Gustav Hempel/Paul Oppenheim*, Studies in the Logic of Explanation, in: Philosophy of Science 15, 1948, 135 - 175.

(1) $G_1 \dots G_1$ (Gesetzmäßigkeiten: Wenn X gegeben ist, dann tritt y auf).

(2) $A_1 \dots A_n$ (Antecedensbedingungen, Randbedingungen)

(1) und (2) bilden zusammen das Explanans = das Erklärende.

(3) E (explanandum = Beschreibung des zu erklärenden Ereignisses)

Will man ein bestimmtes Ereignis erklären, sucht man nach dem Gesetz, unter dessen Dann-Komponente das zu erklärende Ereignis fällt. Wenn die Bedingungen, die dieses Gesetz in seinem Wenn-Teil generell nennt, an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit vorliegen, dann ist eine Ursache für das Auftreten von E gefunden. Im Zusammenhang empirischer Untersuchungen bildet das Explanandum eine Ausprägung der **abhängigen Variablen**, während die Randbedingungen unabhängige Variablen genannt werden.

Unser Beispiel zeigt aber auch schon, daß solche Erklärungen immer nur sehr partiell sind. Tatsächlich erklärt eine Theorie niemals ein Ereignis in seiner Totalität, sondern stets nur gewisse Aspekte, die uns aus irgendeinem praktischen Grunde problematisch erscheinen. So erfahren wir z. B. nicht, warum M_1 getrunken hat, sondern nur, daß der Alkohol die unmittelbare Todesursache war.

IV. Induktion und Falsifizierung

Gültig sind Schlüsse nach dem HO-Schema natürlich nur, wenn die verwandte Theorie auch zutreffend und die Randbedingungen ebenso wie das Explanandum richtig beobachtet sind.

Gesetze oder Theorien werden zunächst aus der Beobachtung von Einzelfällen induktiv mehr oder weniger erraten. Solche vorläufigen Gesetze nennt man **Hypothesen**. Die Hypothesen werden dann geprüft, indem man möglichst viele Einzelfälle beobachtet. Als unwissenschaftlich gelten Gesetze oder Hypothesen, aus denen sich keine empirisch beobachtbaren Konsequenzen ableiten lassen, z. B. der Satz: Wer die zehn Gebote einhält, kommt in den Himmel! Auch in sich widersprüchliche Sätze sind natürlich unwissenschaftlich.

Empirische Gesetze haben in der Regel die **logische Form von Allsätzen**, d. h. sie behaupten, daß unter der Voraussetzung bestimmter Randbedingungen stets eine gewisse, beobachtbare Folge eintritt. Gelingt es, die vom Gesetz vorhergesagte Folge möglichst oft zu beobachten, so hat sich das Gesetz bewährt. Aber es können, da ja das Gesetz auf unendlich viele Fälle anwendbar ist, nie alle Fälle beobachtet, das Gesetz kann also nie als ausnahmslos bewiesen werden. Wichtiger ist daher, daß mit der Behauptung bestimmter Folgen andere Folgen ausgeschlossen werden. Wird auch nur ein einziges Mal zuverlässig beobachtet, daß eine ausgeschlossene Folge eintritt, daß das Gesetz also nicht zutrifft, so ist das Gesetz widerlegt. Die Verifizierungsmöglichkeiten von Allsätzen sind also asymmetrisch. Schon durch eine einzige, dem

Gesetz zuwiderlaufende Beobachtung kann ein Gesetz widerlegt werden. Aber noch so viele das Gesetz bestätigende Beobachtungen können es nicht beweisen, denn man kann nie alle Anwendungsfälle eines Gesetzes durchprüfen. Die positive Bewährung bleibt immer nur vorläufig. Die empirische Überprüfung eines Gesetzes muß daher besonderen Wert darauf legen, solche Beobachtungen zu finden, die dem Gesetz widersprechen. Die Bewährung eines empirischen Gesetzes kann nur darin bestehen, daß es sich nicht widerlegen läßt, es kann jedoch nie endgültig positiv bewiesen werden. Diese von *Popper* zuerst beschriebene Auffassung von der Struktur wissenschaftlicher Erklärungen und ihrer Konsequenz für den Fortschritt der Wissenschaft bezeichnet man als **Falsifikationismus**.

V. DN-Erklärungen in der Sozialwissenschaft

Das HO-Modell benutzt zunächst Gesetzesaussagen in der logischen Form von Allsätzen; z. B.: Alles Wasser kocht bei einem Luftdruck von 770 mmbar und einer Temperatur von 100° C. Grundsätzlich läßt es sich aber auch bei solchen Gesetzesaussagen anwenden, die nur statistischen oder stochastischen Charakter haben. Mit solchen Gesetzen haben wir es in der Psychologie, der Soziologie und der Volkswirtschaft hauptsächlich zu tun.

Statistische Gesetze bieten zwar, wenn man ins Detail geht, erhebliche wissenschaftstheoretische und mathematische Probleme. Aber im Prinzip kann man mit ihnen doch ebenso umgehen wie mit Allsätzen. Nehmen wir dazu folgendes Beispiel: Der Jugendliche J ist zum wiederholten Male straffällig geworden. Um diesen singulären Satz zu erklären, suchen wir nach einem Gesetz, das die wiederholte Straffälligkeit erklären kann. Ein solches Gesetz haben bereits in den 30er Jahren die Eheleute *Elenor* und *Sheldon Glueck* in den USA formuliert⁵¹. Es lautet sehr vereinfacht: Wenn

- (1) (1) die Erziehung des Jungen durch die Mutter überstreng, unzureichend oder wechselhaft ist und
- (2) (2) auch die Zuneigung der Mutter gleichgültig oder feindlich und schließlich
- (3) (3) in der Familie kein Zusammenhalt vorhanden ist, dann wird der Junge mit über 80 %iger Wahrscheinlichkeit kriminell.

Läßt sich im konkreten Fall feststellen, daß bei dem als kriminell beobachteten Jugendlichen diese Voraussetzungen gegeben sind, dann ist der Fall geklärt, und zwar mit einer speziellen deduktiv-nomologischen Erklärung, einem je-desto-Satz, also einem statistischen Gesetz.

⁵¹ *Five Hundred Criminal Careers*, New York 1930; *dies.*, *Unraveling Juvenile Delinquency*, Cambridge, Mass., 3. Aufl. 1957; *dies.*, *Predicting Delinquency and Crime*, 1959.

An diesem Beispiel lassen sich zwei wichtige Probleme der empirischen Sozialforschung demonstrieren. Das erste ist das der **Operationalisierung** (Meßbarmachung). Das *Glueck'sche* Gesetz benutzt Ausdrücke wie

- überstrenge oder wechselhafte Erziehung
- wechselhafte Aufsicht
- gleichgültige oder feindliche Einstellung
- Zuneigung
- Zusammenhalt in der Familie.

Wer diese Ausdrücke hört, hat wahrscheinlich eine gewisse Vorstellung, was damit gemeint sein könnte. Aber innerhalb einer sozialwissenschaftlichen Theorie bedeuten solche Begriffe nur theoretische Konstrukte. Sie müssen durch die Suche nach geeigneten Indikatoren operationalisiert werden. Ein **Indikator** ist dann geeignet, wenn er einerseits unmittelbar durch empirische Beobachtung leicht festgestellt werden kann und wenn er andererseits das theoretische Konstrukt gültig wiedergibt. In unserem Beispiel kämen als Indikatoren für Zuneigung etwa in Betracht: Die Häufigkeit des Kontaktes zwischen Mutter und Kind, die Häufigkeit körperlicher Berührung oder die Selbsteinschätzung der Beteiligten. Entsprechend könnte man für Zusammenhalt als Indikatoren eine gemeinsame Wohnung und gemeinsame Mahlzeiten annehmen.

Erneut zeigt das Beispiel, daß die Gesetzesannahmen, die zur Erklärung eines singulären Satzes herangezogen werden, in der Regel sehr partiell sind. Dabei ist das *Glueck'sche* Prognoseschema schon ein **Mehrfaktorenansatz**. Er läßt aber immer noch die Wirkungsstärke jedes einzelnen Faktors offen und ebenso die Frage, ob und wie die Faktoren zusammenwirken, ob sie sich addieren oder im Gegenteil teilweise in ihrer Wirkung aufheben.

Bei jeder Variablen kann man wieder nach den Ursachen zurückfragen. Selbst wenn man annimmt, daß nicht jede soziale Bewegung in den Gesamtprozeß eingebettet ist, so ist die Integrationsstufe doch so hoch, daß eine Totalanalyse aller relevanten Zusammenhänge die menschliche Forschungskapazität regelmäßig überfordert. Die Betrachtung von Teilprozessen enthält jedoch stets schon eine willkürliche, aber notwendige Beschränkung des Blickfeldes. Diese beiden zuletzt genannten Gesichtspunkte stellen also eine gewisse Kritik an der empirisch-analytischen Sozialforschung dar. Viele Feinheiten gehen bei ihr verloren. Verloren geht aber auch der Gesamtzusammenhang, die Totalität der Ereignisse. Dennoch ist die Ansicht weit verbreitet, daß Soziologie sich darauf zu beschränken habe, nach deduktiv-nomologischen Erklärungen zu suchen. Man spricht insoweit von der positivistischen oder genauer von der **neo-positivistischen Richtung der Soziologie**.

VI. Soziologie als Geisteswissenschaft?

Es gibt aber auch, und zwar gerade in Deutschland, eine lange geisteswissenschaftliche Tradition, die es nicht für sinnvoll hält, Soziologie nur mit empirisch-analytischen Mitteln zu betreiben. Die von *Windelband*⁵² begründete Ansicht, nach der am Geist als Gegenstand der Geschichte nicht das Allgemeine, sondern nur das Individuelle von Bedeutung sei, bestreitet, daß historische und damit auch soziologische Erklärungen ebenso wie naturwissenschaftliche auf deterministischen oder statistischen Gesetzen oder Theorien beruhen. In dieser Diskussion wurde das »ideographische« Verfahren der Geisteswissenschaften dem »nomothetischen« Verfahren der Naturwissenschaften gegenübergestellt. Als die den Geisteswissenschaften adäquate Methode wurde die **Methode des Verstehens** vorgeschlagen. Von *Wilhelm Dilthey* (1894) stammt der Satz: Die Natur erklären wir, das Seelenleben verstehen wir.⁵³

Dieser Satz ist Ausgangspunkt einer langen Methodendebatte geworden. In dieser Debatte haben sich die geisteswissenschaftlichen Methoden mit durchaus unterschiedlichen Akzenten dargestellt, als Methode des Verstehens, **Hermeneutik**, **Phänomenologie** oder **Dialektik**. Während die ersten drei Spielarten vor allem auf die individuellen Feinheiten Wert legen, die bei empirisch-analytischem Vorgehen zu kurz kommen, fordert die Dialektik die Berücksichtigung des Gesamtzusammenhanges der Gesellschaft, der gesellschaftlichen Totalität. In den Sozialwissenschaften wird die Tradition der Phänomenologie vom symbolischen Interaktionismus (§ 23, 2) fortgesetzt, der in Rollentheorie und Ethnomethodologie unterschiedliche Ausprägungen gefunden hat. Dabei handelt es sich allerdings durchaus um empirische Beobachtungsverfahren, die aber darauf verzichten, zu messen und zu zählen und ihre Ergebnisse in Theorien und Hypothesen nach dem HO-Schema zu zwängen (vgl. auch § 15, 9).

Um Rechtssoziologie zu betreiben, muß man in dieser Methodendebatte nur soweit Stellung beziehen, daß man den empirischen Weg auch für die Gesellschaftswissenschaften akzeptiert. Man braucht anderen, geisteswissenschaftlichen Methoden ihr Recht nicht zu bestreiten. Das ist auch die Auffassung, die dieser Darstellung zugrundeliegt und die wir **Als-ob-Positivismus** nennen: Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es andere, geisteswissenschaftliche Methoden gibt, die zur Erkenntnis der Gesellschaft und ihres Rechts beitragen können. Wir verweisen jedoch die geisteswissenschaftlichen Methoden ganz allgemein in die Rechtswissenschaft,

⁵² *Wilhelm Windelband*, Geschichte und Naturwissenschaft, 1894, abgedr. in *ders.*, Präludien, 3. Aufl. Tübingen 1907, S. 359.

⁵³ *Wilhelm Dilthey*, Gesammelte Schriften Bd. I, Stuttgart 1957 (1921), S. 4.

§ 11 Die Soziologie als empirische Wissenschaft

und hier besonders in die Rechtsphilosophie. Rechtssoziologie wird dagegen hier als Versuch verstanden, allein mit empirischen Methoden dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft auf den Grund zu gehen.

§ 12 Die Methode der Jurisprudenz

Literatur: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, 3 Bde, 1975/6; *Gysin*, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, 1968, 5 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, 2. Aufl. 1960; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983; *Weinberger*, Rechtslogik, 1970

I. Empirische Erklärungsprobleme in der Jurisprudenz

Auch im Bereich des Rechts gibt es Beschreibungs- und Erklärungsprobleme, die im Prinzip nach einer empirischen Antwort verlangen. Sie stellen sich auf ganz verschiedenen Ebenen.

Am übersichtlichsten ist die **Ebene des Beweises im Prozeß**. Wird z. B. der Beklagte als nichtehelicher Vater des klagenden Kindes in Anspruch genommen, so läßt sich mit Hilfe von Gesetzen über die Verteilung von Blutgruppenmerkmalen bei Eltern und Kindern regelmäßig eine Klärung der Vaterschaft herbeiführen. Soll ein Strafgefangener auf Bewährung entlassen werden, dann ist eine Prognose erforderlich, ob der Gefangene sich künftig straffrei führen wird. Prognosen ergeben sich durch eine bloße (tautologische) Umformung des HO-Schemas. In diesem Falle könnte man also wieder das *Glueck'sche* Gesetz über die Entstehung der Straffälligkeit heranziehen, das in besonderem Maße zur Erklärung von Rückfallkriminalität geeignet erscheint (wenn es als solches - was die moderne Kriminologie bezweifelt - auch gültig ist).

Auch der **Rechtsanwalt** steht regelmäßig vor einem **Prognoseproblem**. Er muß für seinen Mandanten eine Aussage darüber machen, wie das Gericht voraussichtlich entscheiden wird. In der Regel wird der Anwalt, jedenfalls in unserem Rechtssystem, die Theorie zugrunde legen, daß das Gericht nach vorhandenen Rechtsgesetzen und Präjudizien entscheiden werde. Gelegentlich wird er auch andere Annahmen machen, etwa die, daß ein Richter in einem sonst schwierigen und langwierigen Prozeß geneigt sein könnte auf einen Vergleich zu drängen oder die zweifelhafte Frage der Verjährung zu bejahen, weil er sich damit Arbeit ersparen kann. Vor gleichartigen Fragen steht der **Gesetzgeber**. Er muß nach Theorien suchen, die ihm erklären, worauf die lange Dauer der Zivilprozesse beruht oder wodurch Straßenverkehrsunfälle zustande kommen, um mit Hilfe dieser (sozialen oder technischen) Gesetzmäßigkeiten Mittel zur Änderung des unerwünschten Zustandes durch (Rechts-)Gesetze zu finden.

Aber solche Fragen stehen nicht eigentlich im Mittelpunkt der Rechtswissenschaft. Im Vordergrund steht die Frage: Was ist zu tun? Wie soll (vom Richter) dieser Fall oder (vom Gesetzgeber) diese Gruppe von Fällen behandelt werden? Antwort auf solche Fragen geben Werte und Normen des Rechts und der Moral.

II. Werte und Normen als Tatsachen

Werte und Normen lassen sich wie alle anderen Dinge der Umwelt beobachten, beschreiben, erklären. Ein Rechtsgesetz wird von einer Parlamentsmehrheit beschlossen und im Bundesgesetzblatt abgedruckt. Es ist dann eine Tatsache, daß ein Gesetz mit diesem Wortlaut existiert und daß es im Bundesgesetzblatt verkündet worden ist. Die Beobachtung dieser Tatsache ist in der Regel unproblematisch, man schlägt einfach das Gesetzblatt auf. Auch in Lehre und Rechtsprechung kann man oft eine **herrschende Meinung** zu bestimmten Fragen **als Tatsache** feststellen⁵⁴.

»Herrschende Meinung« ist eine in der juristischen Literatur und Rechtsprechung überwiegend vertretene Auffassung zu einem Rechtsproblem, die durch ihre Verbreitung zum eigenständigen Entscheidungsgrund wird. Wann eine Meinung in diesem Sinne »herrschend« ist, wird dabei nur intuitiv festgestellt. Auf wessen Meinung es also ankommt und welche Mehrheiten erforderlich sind, bleibt offen und wird schon gar nicht gezählt. Die Frage, wie »herrschende« Meinungen entstehen, welche Autoren zur Kenntnis genommen werden, welche Rolle Verlage und Zeitschriften spielen, welche personellen und wirtschaftlichen Verflechtungen dabei mitwirken, liegt auf der Hand. Antworten gibt es bisher kaum. Immerhin haben verschiedene Untersuchungen für einige Bereiche, die entweder besonders ideologiefähig sind oder die es mit starken organisierten Interessengruppen zu tun haben, mächtige Meinungs- und Zitierkartelle aufgezeigt⁵⁵.

Normen und Wertvorstellungen lassen sich nicht nur beschreiben, sondern, jedenfalls im Prinzip, auch **kausal erklären**. Wenn ein Gesetz im Parlament verabschiedet worden ist, kann man fragen, warum es zustande kam, und erhält vielleicht die Antwort, daß bestimmte Parteien und hinter ihnen stehende Interessengruppen das Gesetz gewünscht haben. Diese Wünsche kann man noch weiter auf ökonomische und soziale Bedingungen zurückzuführen versuchen. Wenn ein Gericht entschieden hat, läßt sich das Urteil vielleicht mit der sozialen Herkunft oder der politischen Einstellung der Richter erklären (vgl. § 41).

Tatsache ist zunächst, daß ein bestimmter Normabsender, der parlamentarische Gesetzgeber, eine Erklärung abgegeben hat. Sieht man auf den Inhalt dieser Erklä-

⁵⁴ *Josef Esser*, Herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung in Dogma und Kritik in den Wissenschaften, Mainz 1961; *Uwe Wesel*, hM, Kursbuch 56, 1979, 88-109; *Rita Zimmermann*, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Berlin 1983; *Gerhard Müller*, Die »ganz herrschende Meinung« als Entscheidungsgrund, NJW 1984, 1798-1802.

⁵⁵ Sog. Kartellforschung; zum Arbeitsrecht vgl. *Wolfgang Däubler*, Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, Demokratie und Recht, Beiheft, Köln 1974 *Roderich Wabsner*, Das Arbeitsrechtskartell, Kritische Justiz 1974, 369-386; zum Privatversicherungsrecht *Rudolf Gärtner* Privatversicherungsrecht, Darmstadt 1977, S. 113 ff.; dazu unter dem Aspekt einer Wissenschaftssoziologie der Jurisprudenz *Klaus*, Deutsche und amerikanische Hochschullehrer, 1981, S. 25 ff.

zung, so scheint sie eine ganz **ähnliche Struktur** zu haben **wie die Allsätze der empirischen Wissenschaft**. Nicht ohne Grund bezeichnet man Aussagen der empirischen Wissenschaft ebenso wie Aussagen des Gesetzgebers als Gesetz. Ähnlich wie ein empirisches Gesetz sagt ein Rechtsgesetz: Immer wenn bestimmte Randbedingungen gegeben sind, oder, juristisch gesprochen, wenn ein bestimmter Tatbestand T erfüllt ist, soll die Rechtsfolge R eintreten. Die Rechtsfolge nimmt die Stelle des Explanandums im HO-Schema ein. Der Unterschied liegt im Grunde nur in der Kopula soll, wie sie in Rechtsgesetzen implizit oder ausdrücklich verwendet und hinter der sich ein Imperativ des Gesetzgebers zu verbergen scheint.

III. Normenlogik

Wenn eine Norm vorhanden ist, dann läßt sich daraus auch, jedenfalls im Prinzip, logisch eine Entscheidung ableiten. Gewöhnlich wird diese Gedankenoperation **Justizsyllogismus** genannt und folgendermaßen dargestellt.

$$\begin{array}{l} T \rightarrow R \\ \underline{S = T} \\ S \rightarrow R \end{array}$$

Ein Beispiel:

- (1) Ein lediger Bürger mit einem Jahreseinkommen von 100 000 DM soll 56 000 DM Steuern zahlen.
- (2a) B hat ein Jahreseinkommen von 100 000 DM
- (2b) B ist ein lediger Bürger.
- (3) B soll 56 000 DM Steuern zahlen.

Man kann also **mit Normen empirisch und logisch umgehen**: Man kann feststellen, daß es Normen gibt, d. h. man kann das positive Recht ermitteln, und mit gegebenen oder gedachten Normen logisch operieren. Wenn etwa die Frage zu beantworten ist, wie schnell man in einer geschlossenen Ortschaft mit dem Auto fahren darf, blickt man in die StVO. Dort läßt sich § 3 Abs. 1 entnehmen, daß die vorgeschriebene Höchstgeschwindigkeit 50 km/h beträgt. Natürlich kann man dann weiter fragen: Warum gilt die StVO? Die StVO verweist auf § 6 StVG. Dort findet sich eine Ermächtigung für den Bundesverkehrsminister mit Zustimmung des Bundesrats eine Verordnung zu erlassen. Die weitere Frage ist dann: Warum ist das Straßenverkehrsgesetz maßgeblich: Die Antwort findet sich in Art. 74 Nr. 22 GG, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für den Straßenverkehr einräumt. Man kann noch einmal weiter fragen: Warum sollen wir überhaupt einem Gesetz gehorchen? In Art. 2 Abs. 2 GG finden wir: »Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden«.

Letztlich gelangt man so zu der Frage: Warum gilt die Verfassung? Darauf läßt sich nicht mehr ohne weiteres mit einem Regreß auf eine höherrangige Norm antworten, es sei denn, man bedient sich der von dem Rechtsphilosophen *Hans Kelsen* eingeführten sogenannten **Grundnorm**. Diese Grundnorm ist aber nicht etwas, das tatsächlich existiert, sondern lediglich ein Kunstgriff, um das Gesamtsystem des Rechts durchgehend als ein normatives Gebilde deuten zu können. Wir werden statt dessen an dieser Stelle ganz bewußt den zwar logisch nicht begründbaren, aber praktisch sinnvollen Schluß vom Sein auf das Sollen ziehen, indem wir im Sinne der sog. **Anerkennungstheorie** sagen: Die Verfassung gilt, weil sie allgemein anerkannt ist.

IV. Grenzen von Empirie und Normenlogik

Die angeführten Beispiele, das Steuerbeispiel und das Beispiel mit der Höchstgeschwindigkeit, sind unproblematisch. Aber so einfach liegen Rechtsfragen in der Regel nicht. Es gibt Fälle, für die es überhaupt an einer Norm für die Entscheidung fehlt, z. B. bei der Frage, ob und unter welchen Bedingungen es zulässig ist, Verstorbenen Organe für eine Transplantation zu entnehmen. Es gibt andere Fälle, in denen Normen einander widersprechen. Hier ist es allerdings nicht ganz einfach, Beispiele zu finden. Denn es ist gerade der Ehrgeiz der Juristen, **einander widersprechende Normen** gar nicht erst entstehen zu lassen oder, wo sie doch entstanden sind, den Widerspruch auszumerzen. Es kommt allerdings vor, daß zwischen verschiedenen Normschichten Widersprüche bestehen, etwa im Fall des verfassungswidrigen Gesetzes. Dann geht das höherrangige Gesetz vor. Ferner geschieht es, daß Gerichte einander widersprechende Entscheidungen treffen, oder genauer: Bei ihren Entscheidungen von einander widersprechenden Normvorstellungen ausgehen. Das ist ein Fall, der eigentlich gar nicht vorkommen dürfte, also ein juristischer »Unfall«. Ferner können rechtliche und außerrechtliche Normen sich widersprechen. Rechtlich ist es z. B. verboten, nach Alkoholgenuß Auto zu fahren. Im gesellschaftlichen Bereich kann es jedoch geschehen, daß man genötigt wird, Alkohol zu trinken, auch wenn man auf sein Auto angewiesen ist. Auch hier gibt es eine Regel für die Beseitigung der Widersprüche, nämlich den Vorrang des Rechts. Problematisch sind eigentlich nur solche Fälle, wo auf derselben Normebene Widersprüche auftauchen. Als Beispiel könnte die Behandlung von Unfallfahrzeugen im Schadenersatzrecht und im Kaufrecht dienen. Im Schadenersatzrecht gibt es nur sehr eingeschränkt einen merkantilen Minderwert. Man geht davon aus, daß eine ordnungsgemäß durchgeführte Reparatur grundsätzlich keinen technischen und dementsprechend auch keinen merkantilen Minderwert zurückläßt. Im Kaufrecht hält die Rechtsprechung jedoch den Verkäufer für verpflichtet, den Käufer auf jeden, auch den kleinsten Unfallschaden hinzuweisen. Falls das nicht geschieht, liegt ein Fall des arglistigen Verschweigens

vor, der den Käufer zur Anfechtung des Kaufvertrages berechtigt. In dieser unterschiedlichen Behandlung liegt wohl ein Widerspruch.

Normen können unscharf sein. Sprachliche Eindeutigkeit ist kaum zu erreichen. Selbst im Alltagssprachgebrauch so unproblematische Wörter wie z. B. Fenster oder Haus können im Streitfall problematisch werden. Im Nachbarrecht etwa ist vorgesehen, daß man nur bei Einhaltung bestimmter Grenzabstände Fenster auf der Seite zum Nachbarn einbauen darf. Dann entsteht etwa die Frage, ob auch eine Wand aus Glasbausteinen als Fenster in diesem Sinne anzusehen ist. Viel wichtiger sind aber die Fälle, in denen die Normen planmäßig oder unplanmäßig Lücken aufweisen oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Das berühmteste Beispiel ist die Verweisung auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte in § 242 BGB.

Vor allem aber: Wir können der Meinung sein, eine **Norm sei schlecht, falsch oder unbeachtlich**. Darin unterscheiden sich Rechtsgesetze und soziale Normen von Naturgesetzen. Von Naturgesetzen, von denen wir annehmen müssen, daß sie gültig sind, ist es sinnlos zu sagen, sie seien schlecht oder falsch oder unbeachtlich. Dagegen kann eine Rechtsnorm und ebenso eine Moralnorm in dem Sinne vorhanden sein, daß es Normabsender gibt und daß diese Norm auch praktisch befolgt und durchgesetzt wird. Dennoch kann ich der Ansicht sein, diese Norm sei nicht maßgeblich. Hier zeigt sich, daß normative Sätze eine andere Geltungsqualität haben. Ihre Geltung beruht zunächst auf der Autorität und Durchsetzungsfähigkeit des Normabsenders. Ob und wie weit sie darüber hinaus auch von der inneren Richtigkeit abhängt, ist ein Problem. Es handelt sich geradezu um das Problem der Rechtsphilosophie schlechthin.

Mindestens an zwei Stellen versagen also Empirie und Normenlogik: Wenn sich kein positives Recht ermitteln läßt, das den zu entscheidenden Fall regelt, oder wenn die Richtigkeit des positiven Rechts in Frage steht. Dann ist eine wertende Entscheidung notwendig, von der die Rechtsphilosophie sagt, daß sie an der **Gerechtigkeit** orientiert werden müsse, ohne freilich genau angeben zu können, was dieser Gesichtspunkt meint. Aber selbst die scheinbar selbstverständliche Anwendung unproblematischen positiven Rechts impliziert noch die Feststellung dieses Rechts als herrschend und seine Annahme als gerecht oder jedenfalls nicht ungerecht, und damit letztlich ein **Werturteil**. Werturteile machen damit das Wesen der Jurisprudenz aus. Werturteile stehen im Gegensatz zu Logik und Empirie. Dieser Gegensatz bestimmt auch den Unterschied zwischen (dogmatischer) Rechtswissenschaft und (empirischer) Rechtssoziologie.

§ 13 Das Werturteilsproblem

Literatur: *Adorno u. a.*, Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, 1969; *Albert/Topitsch* (Hrsg.), Werturteilsstreit, 2. Aufl. 1979; *Habermas*, Zur Logik der Sozialwissenschaften, 1970; *Merton*, Die Eigendynamik gesellschaftlicher Voraussagen, in: *Topitsch*, Logik der Sozialwissenschaften, 7. Aufl. 1971, 144 ff.; *Klaus F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974; *Max Weber*, Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3. Aufl. 1968, 146 ff.; *ders.*, Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, ebd. 489 ff.; *ders.*, Wissenschaft als Beruf, ebd. 582 ff.

I. Die mangelnde Objektivierbarkeit von Werturteilen

Das Ideal der Wissenschaft ist **Wahrheit und Objektivität**. Man ist allerdings heute gegenüber der Möglichkeit von Wahrheit sehr skeptisch geworden und begnügt sich bescheidener mit der Forderung nach intersubjektiver Transmissibilität (Übertragbarkeit) wissenschaftlicher Aussagen, d. h. damit, daß die Aussagen derart nachprüfbar gehalten werden, daß prinzipiell jedermann sich von ihrer Triftigkeit überzeugen oder sie widerlegen kann. Nur der Abkürzung halber soll hier weiter von Objektivität die Rede sein.

Objektiv in diesem Sinne ist zunächst die **Logik** und damit insbesondere auch die Mathematik. Sie ist unbestritten Voraussetzung aller Wissenschaft, und in unserem Zusammenhang wäre es sinnlos, ihre Objektivität noch philosophisch hinterfragen zu wollen. Wir können uns mit der bloßen Evidenz zufrieden geben. Logik ist aber ein formales Verfahren, das auf beliebige Inhalte angewandt werden kann, jedoch aus sich heraus keine Inhalte produziert. Die Regeln der Addition lassen sich auf Geld ebenso anwenden wie auf Menschen oder Himmelskörper.

Inhaltserfüllte Aussagen können von verschiedener Art sein. Den Unterschied zwischen **normativen und deskriptiven Aussagen** möge das folgende Beispiel zeigen:

- (1) Am 13. 12. 1985 haben in Bochum die Studenten S1, 2..., n Marihuana geraucht.
- (2) Marihuana zu rauchen ist von Übel.

Es ist zwecklos, über die Richtigkeit von (1) lange zu diskutieren. Dieser Satz beschreibt einen in Raum und Zeit realisierten Vorgang. Anscheinend kommt alles darauf an, ob wir ihn selbst beobachtet haben, oder daß wir zuverlässige Auskunftspersonen oder sächliche Beweismittel auffinden, die seine Richtigkeit bestätigen oder widerlegen. (1) enthält also eine Beschreibung von Vorgängen in der erfahrbaren Welt, eine deskriptive Aussage, ein Seins- oder Tatsachenurteil. Dagegen fällt es schwer, sich von der Richtigkeit von (2) zu überzeugen. Es läßt sich anscheinend keine eindeutige Probe nennen, durch die (2) bewiesen oder widerlegt werden könn-

te. In (2) wird nicht über die Existenz oder Nichtexistenz einer Tatsache befunden, sondern einer Tatsache eine - in diesem Falle negative - Auszeichnung hinzugefügt. Diese Auszeichnung existiert nicht an sich, sondern nur als Meinung bestimmter Menschen. Sätze dieser Art heißen Werturteile. Auch wenn das Urteil wie hier attributiv gefaßt ist, drängt sich doch sofort ein Praxisbezug auf. Wenn Hasch zu rauchen von Übel ist, dann folgt daraus, daß man es unterlassen soll. Werturteile enthalten der Sache nach Sollensaussagen, Richtlinien für menschliches Handeln. Das gilt selbst dann noch, wenn sich die Wertung auf einen Sachverhalt in der Vergangenheit bezieht, wenn etwa Hitlers Befehl zum Einmarsch in Polen verwerflich genannt wird. Damit will der Sprecher zum Ausdruck bringen, daß Hitler so nicht hätte handeln sollen.

Implizit oder explizit hat ein **Werturteil** den **Charakter eines Imperativs**. Als Imperative lassen sich letztlich auch alle Rechtssätze verstehen⁵⁶[1], auch wenn sie nicht immer so deutlich als solche formuliert sind wie die zehn Gebote. Wenn etwa § 223 StGB lautet: »Wer einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft«, so fällt es nicht schwer, in dieser scheinbar als Aussage formulierten Bestimmung gleich zwei Imperative zu entdecken, nämlich (1) gegenüber jedermann das Verbot der Körperverletzung (Verhaltensnorm) und (2) an den Rechtsstab gerichtet die Aufforderung, jeden, der die Verhaltensnorm (1) übertritt, einer Bestrafung zuzuführen (Sanktionsnorm).

II. Sein und Sollen

Der Unterschied zwischen Beschreibungen und Wertungen ist in die Philosophiegeschichte eingegangen als die logische Differenz, als der **Gegensatz von Sein und Sollen**. Er ist zum ersten Mal von *David Hume* formuliert worden. Seine Entdeckung ist so grundlegend, daß ein ausführliches Zitat hier angemessen erscheint:

»Ich kann nicht umhin, diesen Betrachtungen eine Bemerkung hinzuzufügen, der man vielleicht einige Wichtigkeit nicht absprechen wird. In jedem Moralsystem, das mir bisher vorkam, habe ich immer bemerkt, daß der Verfasser eine Zeitlang in der gewöhnlichen Betrachtungsweise vorgeht, das Dasein Gottes feststellt oder Beobachtungen über menschliche Dinge vorbringt. Plötzlich werde ich damit überrascht, daß mir anstatt der üblichen Verbindungen von Worten mit »ist« und »ist nicht«

⁵⁶ Grundlegend *August Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878; *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1 Freiburg u. Leipzig 1894, S. 71 ff.; ferner *James Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925, S. 227 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 73 ff.; *Engisch*«MDNM», Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl. Stuttgart 1964, S. 22 ff.; *Ilmar Tammelo*, Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law: A Survey and Appraisal, ARSP 49, 1963, 255 - 277.

kein Satz mehr begegnet, in dem nicht ein »sollte« oder »sollte nicht« sich fände. Dieser Wechsel vollzieht sich unmerklich; aber er ist von größter Wichtigkeit. Dies »sollte« oder »sollte nicht« drückt eine neue Beziehung oder Behauptung aus, muß also notwendigerweise beachtet und erklärt werden. Gleichzeitig muß ein Grund angegeben werden für etwas, das sonst ganz unbegreiflich scheint, nämlich dafür, wie diese neue Beziehung zurückgeführt werden kann auf eine andere, die von ihr ganz verschieden ist. Da die Schriftsteller diese Vorsicht meistens nicht gebrauchen, so erlaube ich mir, sie meinen Lesern zu empfehlen; ich bin überzeugt, daß dieser kleine Akt der Aufmerksamkeit alle gewöhnlichen Moralsysteme umwerfen und zeigen würde, daß die Unterscheidung von Laster und Tugend nicht in der bloßen Beziehung der Gegenstände begründet ist, und nicht durch die Vernunft erkannt wird.⁵⁷

Der Gegensatz von Sein und Sollen besagt nicht mehr und nicht weniger, als daß es keinen logischen (unmittelbaren, direkten) Übergang von deskriptiven zu normativen Aussagen gibt. Aus dem, was ist, etwa daraus, wie sich viele oder fast alle verhalten, läßt sich nicht ohne weiteres schließen, wie man sich verhalten soll. In der Philosophiegeschichte ist der Gegensatz von Sein und Sollen zur Grundlage des Kantischen Systems geworden, wo Logik und Empirie der reinen Vernunft und Werturteile der praktischen Vernunft zugeordnet werden. Aus dem Werk *Kants* ist er dann von den Südwestdeutschen Neukantianern rezipiert worden und hat bei ihnen zum **Methodendualismus** und teils auch zum **Relativismus** geführt. Auf das Rechtsdenken unseres Jahrhunderts hat die Dichotomie von Sein und Sollen vor allem durch die Vermittlung *Radbruchs*⁵⁸ und *Kelsens*⁵⁹ einen tiefen Einfluß ausgeübt.

III. Der Werturteilsstreit

Dem Philosophen ist auch die Wahrheit oder Richtigkeit von Tatsachenaussagen noch ein Problem. Praktisch ist die Gültigkeit solcher Aussagen jedoch unproblematisch. Die unübersehbaren Erfolge von Naturwissenschaft und Technik zeigen uns jeden Tag neu, wie sehr man sich auf die Aussagen der empirischen Wissenschaften verlassen kann und muß. Über die Frage, wie man richtigerweise handeln sollte, läßt sich dagegen oft erheblich streiten. Diese unterschiedliche Gewißheit von Tatsachenaussagen und Werturteilen hat zu der Auffassung geführt, Werturteile seien nicht wahrheitsfähig, sie seien mehr oder weniger subjektiv und daher unwissenschaftlich. Daraus folgt die Forderung, Wissenschaft müsse sich aller Werturteile enthalten.

⁵⁷ *David Hume*, Ein Traktat über die menschliche Natur (A Treatise of Human Nature) hier zitiert nach dem Nachdruck der deutschen Übersetzung von *Theodor Lipp* von 1906 = Philosophische Bibliothek Bd. 283 (Meiner Verlag) S. II/211 (Original 1739/40).

⁵⁸ Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 1914, 5. Aufl. 1956.

⁵⁹ Reine Rechtslehre (1934), 2. Aufl. 1960.

Diese Forderung ist bekannt geworden als das Postulat der **Wertfreiheit der Wissenschaft**. Sie ist für die Soziologie vor allem von *Max Weber* mit größtem Nachdruck und unter Inkaufnahme heftiger Feindschaften verfochten worden.

Weber hat seine Gedanken ausführlich erstmals 1904 vorgetragen. In seinem berühmten Aufsatz über »Die ›Objektivität‹ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis« zog er die methodologischen Konsequenzen aus der »strengen Scheidung von Erfahrungswissen und Werturteil«. Anlaß war der Umstand, daß *Weber* zusammen mit *Werner Sombart* und *Edgar Jaffé* die Redaktion des »Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik« übernommen hatte und den Lesern nun die Konzeption der neuen Herausgeber darlegen wollte. Ausgesprochener Zweck des Archivs, so schrieb er, sei seit seinem Bestehen neben der Erweiterung des Wissens über die gesellschaftlichen Zustände aller Länder, also über Tatsachen des sozialen Lebens, auch die Schulung des Urteils über praktische Probleme, und damit die Kritik an der sozialpolitischen Praxis, bis hinauf zu derjenigen des Gesetzgebers. Das Archiv habe nun aber von Anfang an daran festgehalten, ausschließlich mit den Mitteln wissenschaftlicher Forschung arbeiten zu wollen, deren Merkmal in der objektiven Geltung ihrer Ergebnisse gefunden werden müsse. Die Herausgeber seien der Meinung, daß es niemals Aufgabe einer Erfahrungswissenschaft sein könne, bindende Normen und Ideale zu ermitteln und daraus für die Praxis Rezepte abzuleiten. Daraus folge aber keineswegs, daß Werturteile überhaupt der wissenschaftlichen Diskussion entzogen seien:

»Die Kritik macht vor Werturteilen nicht halt. Die Frage ist vielmehr: Was bedeutet und bezweckt wissenschaftliche Kritik von Werturteilen.«

Webers Antwort lautet:

»Eine empirische Wissenschaft vermag niemand zu lehren, was er soll, sondern nur, was er kann und - unter Umständen - was er will... Jede denkende Besinnung auf die letzten Elemente sinnvollen menschlichen Handelns ist zunächst gebunden an die Kategorien ›Zweck‹ und ›Mittel‹. Wir wollen etwas in concreto entweder »um seines eigenen Wertes willen« oder als Mittel im Dienste des in letzter Linie Gewollten. Der wissenschaftlichen Betrachtung zugänglich ist zunächst unbedingt die Frage der Geeignetheit der Mittel bei gegebenem Zwecke. Da wir (innerhalb der jeweiligen Grenzen unseres Wissens) gültig festzustellen vermögen, welche Mittel zu einem vorgestellten Zwecke zu führen geeignet sind, so können wir auf diesem Wege die Chancen, mit bestimmten zur Verfügung stehenden Mitteln einen bestimmten Zweck überhaupt zu erreichen, abwägen und mithin indirekt die Zwecksetzung selbst, auf Grund der jeweiligen historischen Situation, als praktisch sinnvoll oder aber nach Lage der gegebenen Verhältnisse sinnlos kritisieren. Wir können weiter, wenn die Möglichkeit der Erreichung eines vorgestellten Zweckes gegeben erscheint, natürlich immer innerhalb der Grenzen unseres jeweiligen Wissens, die Folgen feststellen, welche die Anwendung der erforderlichen Mittel neben der eventuellen Erreichung des beabsichtigten Zweckes, in Folge des Allzusammenhangs alles Geschehens, haben würde. Wir bieten alsdann dem Handelnden die Möglichkeit der Abwägung dieser ungewollten gegen die gewollten Folgen seines Handelns und damit die Antwort auf die Frage: was kostet die Erreichung des gewollten Zweckes in Gestalt der voraussichtlich eintretenden Verletzung anderer Werte? Da in der großen Überzahl aller Fälle jeder erstrebte Zweck in diesem Sinne etwas »kostet« oder doch kosten kann, so kann an der Abwägung von Zweck und Folgen des Handelns ge-

geneinander keine Selbstbesinnung verantwortlicher handelnder Menschen vorbeigehen, und sie zu ermöglichen ist eine der wesentlichsten Funktionen der technischen Kritik, welche wir bisher betrachtet haben. Jene Abwägung selbst nun aber zur Entscheidung zu bringen, ist freilich nicht mehr eine mögliche Aufgabe der Wissenschaft, sondern des wollenden Menschen: er wägt und wählt nach seinem eigenen Gewissen und seiner persönlichen Weltanschauung zwischen den Werten, um die es sich handelt. Die Wissenschaft kann ihm zu dem Bewußtsein verhelfen, daß alles Handeln, und natürlich auch, je nach den Umständen, daß Nicht-Handeln, in seinen Konsequenzen eine Parteinahme zugunsten bestimmter Werte bedeutet, und damit - was heute so besonders gern verkannt wird - regelmäßig gegen andere. Die Wahl zu treffen ist eine Sache. Was wir ihm für diesen Entschluß nun noch weiter bieten können ist: Kenntnis der Bedeutung des Gewollten selbst. Wir können ihn die Zwecke nach Zusammenhang und Bedeutung kennen lehren, die er will, und zwischen denen er wählt, zunächst durch Aufzeigung und logisch zusammenhängende Entwicklung der »Ideen«, die dem konkreten Zweck zugrunde liegen oder liegen können ... die wissenschaftliche Behandlung der Werturteile möchte nun weiter die gewollten Zwecke und die ihnen zugrunde liegenden Ideale ... auch kritisch »beurteilen« lehren. Diese Kritik freilich kann ... nur eine formallogische Beurteilung des in den geschichtlich gegebenen Werturteilen und Ideen vorliegenden Materials, eine Prüfung der Ideale an dem Postulat der inneren Widerspruchslosigkeit des Gewollten sein. Sie kann ... dem Wollenden verhelfen zur Selbstbesinnung auf diejenigen letzten Axiome, welche dem Inhalt seines Wollens zugrunde liegen, auf die letzten Wertmaßstäbe, von denen er unbewußt ausgeht oder - um konsequent zu sein - ausgehen müßte.« (Weber, 1968, 146 ff.)

Im Anschluß an Webers Veröffentlichung wurde der Werturteilsstreit in den Jahren vor dem ersten Weltkrieg im *Verein für Socialpolitik* ausgetragen, wo Weber, unterstützt von Sombart, vor allem gegen die Nationalökonom *Schumpeter* und von *Schmoller* dieses Postulat zur satzungsmäßigen Grundlage der Arbeit machen wollte.

Seit 1961 erlebte der Werturteilsstreit eine Neuauflage in dem sogenannten **Positivismusstreit der neueren deutschen Soziologie**. Er wurde ausgelöst durch Referate von *Karl R. Popper* und *Theodor W. Adorno* auf einer Arbeitstagung der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Tübingen im Jahre 1961. Auf der einen Seite steht nunmehr die Position des sogenannten kritischen Rationalismus (*Popper, Hans Albert*), die in einer sehr differenzierten und abgeschwächten Weise Webers Position der Trennung von wissenschaftlicher Aussage und Handlungsanleitung übernommen hat, und auf der anderen Seite die sogenannte Frankfurter Schule (*Adorno, Habermas*), die von einer dialektisch-hermeneutischen Position aus den Unterschied zwischen Theorie und Praxis überwinden will⁶⁰.

IV. Die immanente Kritik am Postulat der Werturteilsfreiheit

Die Kritik an der Forderung nach Freihaltung der Wissenschaft von Werturteilen setzt entweder immanent oder grundsätzlich an. Die immanente Kritik antwortet auf diese Forderung mit einem »ja, aber«. Sie macht geltend, daß sich auch in der empirischen Wissenschaft Wertfreiheit nur beschränkt durchhalten läßt.

⁶⁰ Die wichtigsten Diskussionsbeiträge sind abgedruckt in *Adorno u. a., 1969*.

(1) Schon die Auswahl eines Forschungsthemas hängt von einer Wertung ab. Forschungskapazitäten sind knapp. Es kann nicht alles zugleich erforscht werden. Man muß also über die unterschiedliche Relevanz unterschiedlicher Forschungsthemen entscheiden. Das erfordert ein Werturteil. Um die Subjektivität dieses Werturteils zu kennzeichnen, spricht man vom **erkenntnisleitenden Interesse** des Forschers (oder seines Geldgebers).

(2) In der Wissenschaftstheorie wird weiter geltend gemacht, daß selbst die Basisätze oder Protokollsätze, also das eigentlich empirische Element, durch das die Theorien sich auf die Wirklichkeit beziehen, letztlich nur durch einen Beschluß diskutierender Forscher akzeptiert werden. In den Naturwissenschaften folgt daraus kaum ein praktisches Problem. Nicht unproblematisch ist dieser Sachverhalt jedoch in den Sozialwissenschaften. Dort setzt die Meßbarmachung (Operationalisierung) theoretischer Begriffe (Norm, Rolle, Institution, Familie, abweichendes Verhalten usw.) ein **Vorverständnis** voraus, das solchen Termini beobachtbares Verhalten zuordnet. Das Vorverständnis ist aber intersubjektiv sehr verschieden.

(3) Ergebnisse empirischer Forschung entwickeln eine Eigendynamik. Nachdem die Möglichkeit der Atomspaltung entdeckt worden war, lag es nicht mehr in der Hand der Entdecker, ob sie für Atombomben oder friedlich oder gar nicht genutzt wurde. Was man mit Forschungsergebnissen anfängt, hängt wiederum von Werturteilen ab. Insoweit ist vom **Verwendungszusammenhang** die Rede.

Wenn man diese Kritik einmal verstanden hat, kann man sich auch an der Formulierung erfreuen, in der *Habermas* sie dahin zusammengefaßt hat, »daß der von Subjekten veranstaltete Forschungsprozeß dem objektiven Zusammenhang, der erkannt werden soll, durch die Akte des Erkennens hindurch selber zugehört« (in: *Adorno* u. a. S. 156).

Die immanente Kritik bestreitet danach zwar, daß eine völlig wertfreie empirische Wissenschaft überhaupt möglich sei. Sie stellt indessen nicht in Abrede, daß es zwischen der Wahl des Forschungsthemas und der Verwendung der Ergebnisse einen großen Raum für empirische Forschung gibt, die - in den Naturwissenschaften erfolgreicher als in den Sozialwissenschaften - praktisch objektive Ergebnisse zutage fördert. Vor allem aber nimmt diese Kritik nicht für sich in Anspruch, sie könne ein Verfahren angeben, wie sich aus empirischen Sätzen oder auf andere Weise »objektiv« Werturteile gewinnen ließen. Genau das behauptet aber die grundsätzliche Kritik am Postulat der Wertfreiheit der Wissenschaft.

V. Grundsätzliche Kritik am Postulat der Werturteilsfreiheit

Vorbereitet wird solche Kritik durch die Beteuerung, daß der Verzicht auf die wissenschaftliche Behandlung von Werturteilen unannehmbar sei. Erneut hat *Habermas* (in: *Adorno* u. a. S. 235) eine einprägsame Formulierung gefunden, wenn er der Ge-

genposition einen halbierten Rationalismus vorhält. Doch welches sind positiv die Möglichkeiten, die vorgeschlagen werden, um sich »objektiv« bestimmter Wertungen zu versichern?

(1) *Platons* Schüler *Aristoteles* holte die Werte aus der **Transzendenz**, in der *Plato* sie angesiedelt hatte, zurück und versuchte im Wege der organischen Analogie mit der **Vorstellung objektiver Zwecke** zu Wertungen zu kommen. Als besondere Ausprägung einer dieser beiden Vorstellungen des platonischen Idealismus und des aristotelischen Realismus, oder als eine Mischung von beiden, lassen sich mehr oder weniger alle Naturrechtslehren interpretieren.

(2) Mit *Hegel* entwickelte sich die **Dialektik** zur Methode. *Marx* und *Engels* haben sie zu einem machtvollen Instrument entwickelt, um objektive gesellschaftliche Widersprüche zu entdecken, die zur Auflösung drängen.

(3) *Habermas* hat ein **Konsensprinzip der Wahrheit** formuliert: Legitime soziale Normen sind argumentativ begründbar, indem das je zugrundeliegende Interesse in zwangloser Kommunikation als allgemeines nachgewiesen wird. Wir leben jedoch in einer ideologisch verzerrten Gesellschaft und sind dadurch zur Dialektik gezwungen. Das heißt hier, daß wir die Situation zwangsfreier Kommunikation, von *Habermas* auch ideale **Sprechsituation** oder **Diskurs** genannt, nur »kontrafaktisch« vorwegnehmen können.

VI. Indirekte Beziehungen zwischen Wissen und Werten

Natürlich kann man mit solchen Stichworten das, was die **Geschichte der praktischen Philosophie** von Plato bis in die Gegenwart ausmacht, nicht einmal andeuten, sondern allenfalls die Richtung angeben, in der zu suchen wäre. Auch die Kritik der Kritik kann hier nicht geleistet werden⁶¹. Wir gehen hier mit *Max Weber* davon aus, daß empirische Wissenschaft und als solche auch die Rechtssoziologie in betontem Gegensatz zu allen Naturrechtslehren steht, weil sie selbst über keinen unmittelbaren Zugang zur Gewinnung von Werturteilen verfügt. Das bedeutet keine Resignation. Auch wenn man *Max Weber* darin folgt, daß Werturteile durch Empirie und Logik (die zusammen nach positivistischer Vorstellung die Wissenschaft ausmachen) nicht direkt begründet werden können, so hat doch derselbe *Weber* schon gezeigt, wie Werturteile sich indirekt sehr wirkungsvoll verbessern lassen. Er nannte dieses Verfahren **technische Kritik**:

(1) Solche Kritik kann schon bei der **Beschreibung der Ausgangssituation** ansetzen, in der gehandelt und damit gewertet wird. Es ist kein Zweifel, daß ein Wert-

⁶¹ Dazu näher *Ernst Topitsch*, Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft, 3. Aufl. 1971.

urteil nur dann einwandfrei sein kann, wenn es eine wahre Beschreibung der Ausgangssituation zugrundelegt. Eine Verurteilung wegen Diebstahls kann nur dann richtig sein, wenn der Angeklagte wirklich gestohlen hat; ein Gesetz, das die Impfung gegen Pocken vorschreibt, wird sinnlos, wenn keine Pocken mehr vorkommen. Die Beschreibung der Situation ist ersichtlich eine empirische Aufgabe.

(2) Empirie kann weiter die Frage der Geeignetheit der Mittel bei gegebenen Zwecken zu beantworten versuchen. Insoweit spricht man von einer **instrumentalen Verwendung** der (Sozial-)Wissenschaft. Zwar läßt sich keineswegs sagen, daß eine Wertung immer schon richtig ist, wenn sie den Einsatz geeigneter Mittel vorsieht. Das wäre der sog. instrumentalistische Trugschluß. Aber umgekehrt erscheint doch jede Wertung unangemessen, die den Einsatz ungeeigneter Mittel fordert.

(3) Empirisch können die **Kosten** eines Mitteleinsatzes untersucht werden. Jedes Handeln bedeutet den Verzicht auf andere Möglichkeiten und verursacht insofern Kosten. Es ist vorstellbar, daß ein Werturteil dadurch beeinflußt wird, daß man sich die Kosten seiner Realisierung bewußt macht.

(4) Schließlich läßt sich selten oder nie ein Ziel sozusagen in Reinkultur verwirklichen. Regelmäßig treten auch **unbeabsichtigte Nebenfolgen** ein. Die Kenntnis solcher Nebenfolgen kann davon abhalten, ein Ziel weiter zu verfolgen oder jedenfalls den Einsatz eines anderen Mittels zu wählen. Die Suche nach den unbeabsichtigten Nebenfolgen planmäßiger Handlungen ist eine der wichtigsten und schwierigsten Aufgaben der Sozialwissenschaft (§ 14, 3b).

(5) Empirische Sozialwissenschaft macht auch vor Werturteilen selbst nicht halt. Sie kann die historisch vorgefundenen Werturteile sammeln und zu klären versuchen, durch welche **Kausalfaktoren** sie begründet sind und was als kausale Wirkung ihres faktischen Bestehens in Betracht kommt, sowie den **Konsequenzen** nachgehen, die aus ihrer weiteren Verfolgung zu erwarten sind. Ein geäußertes oder praktisch vollzogenes Werturteil ist selbst eine Tatsache. Gerade die Rechtssoziologie befaßt sich vielfach mit der Erklärung des Zustandekommens solcher Werturteile, etwa mit der Erklärung von Gesetzen oder richterlichen Entscheidungen, mit der Erklärung von rechtstreuem oder kriminellem Verhalten.

(6) Wenn eine Erklärung möglich ist, kann auch eine **Prognose** gestellt werden. Tatsächlich kann der Soziologe, ähnlich wie der Anwalt, nur mit verfeinerten Methoden versuchen vorherzusagen, wie beispielsweise ein Gericht eine bestimmte Frage entscheiden wird.

(7) Eine weitere Möglichkeit der mittelbaren Beeinflussung von Werturteilen durch empirische Forschung kann man als **Eigendynamik** oder als **Aufklärungswirkung** soziologischer Aussagen kennzeichnen. Gemeint ist das Phänomen, daß die wertfreie Beschreibung sozialer Zustände kritisch wertende Reaktionen hervorrufen kann. Der einen Hälfte der Gesellschaft zu zeigen, wie die andere lebe, war das Leitmotiv für die verschiedenen Erhebungen über die Armut in England im ausgehen-

den 19. und beginnenden 20. Jahrhundert. Die gleiche Art der Sozialforschung in den USA ist als »muckraking« in die Geschichte der Soziologie eingegangen, seit *Theodore Roosevelt* die »Erforscher des Elends und der Korruption« als »Schmutzaufwirbler« denunzieren wollte. Die Rechtssoziologie hat in den letzten zehn Jahren durch die Beschreibung der Zugangs- und Erfolgsbarrieren im Recht erhebliche reformerische Anstrengungen ausgelöst. Eine engagierte Soziologie, die gezielt mit Hilfe des Selbstaufhebungseffekts ihrer Aussagen auf die gesellschaftlichen Verhältnisse Einfluß zu nehmen versucht, hält sich in den Grenzen, die ihr durch das (relativierte) Wertfreiheitsprinzip gezogen sind. Ihre Aussagen bleiben objektivierbar, sie werden durch die Reaktion der Betroffenen nur scheinbar widerlegt.

(8) Nur eine spezielle Form solcher Eigendynamik entwickelt die selbstzerstörerische Prognose (suiciding oder **self-destroying prophecy**), wenn der angekündigte Mißstand, etwa eine Verkehrsstauung an einem Ferienwochenende, Handlungen zu seiner Vermeidung auslöst.

Als Gegenstück der self-destroying prophecy muß auch die **self-fulfilling prophecy** erwähnt werden, bei der es sich, mindestens wenn sie bewußt auf diesen Effekt angelegt ist, allerdings um einen Roßtäuschertrick handelt. Den Juristen ist ein geradezu klassisches Beispiel einer sich selbst erfüllenden Voraussage geläufig: Wird von einem Unternehmen gesagt, es stehe vor dem Zusammenbruch - eine solche Behauptung ist mit jedem Konkursantrag impliziert -, so mag diese Prognose in dem Sinne falsch sein, daß der Konkurs ohne ein entsprechendes Gerücht ausgeblieben wäre. Aber weil diese Behauptung in Umlauf gesetzt wird, verlieren Gläubiger und Kunden das Vertrauen, sperren Kredite und brechen die Geschäftsverbindung ab und treiben das Unternehmen damit tatsächlich in Konkurs. Der Mechanismus der self-fulfilling prophecy erklärt z. B. weitgehend die Wirkung rassistischer, ethnischer und sozialer Vorurteile. Man denke an die verbreitete Auffassung, daß Arbeiterkinder minderbegabt seien. Sie hatte zur Folge, daß diese Kinder auch geringere Bildungsmöglichkeiten erhielten und daß sie darüber hinaus entmutigt wurden, so daß sie tatsächlich auf einem niedrigeren Intelligenzniveau verharren mußten. Der Glaube vermag bekanntlich Berge zu versetzen. Auch das Orakel tat daher seine Wirkung. Heute werden Vorhersagen, die einer sachlichen Grundlage entbehren, sich nicht selten nur dadurch erfüllen, daß sie im Namen der Wissenschaft ergehen und an deren Kredit teilhaben. Sie erzielen lediglich eine Scheinbewährung, indem sie, das Ansehen der Wissenschaft mißbrauchend, erfolgreich auf die Gunst des Publikums spekulieren.

Diese kurzen Hinweise müssen hier genügen, um zu zeigen, daß Sozialwissenschaft auch unter Verzicht auf unmittelbare Wertungen die Praxis sehr wirkungsvoll beeinflussen kann. Anscheinend gibt es eine **Rückkopplung zwischen Erkenntnis und Entscheidung**, zwischen Information über Mittel, Folgen und Nebenfolgen und dem praktischen Werturteil. Nach welchem Gesetz sie funktioniert, ist uns aller-

dings verborgen. Wäre es anders, so gäbe es keine Kluft zwischen Sein und Sollen. Aber diese Kluft ist da, und sie muß durch eine Entscheidung, durch ein praktisches Werturteil, übersprungen werden⁶². Daran ändert auch der Umstand nichts, daß Psychologen und Soziologen eine Entscheidung nachträglich erklären oder sogar prognostizieren können. Es kommt auf die Sicht des Entscheidenden an. Er fühlt sich in seiner Entscheidung frei oder jedenfalls unsicher, und muß diese Situation bewältigen.

Eine Entscheidung ist in dem Maße rational, wie der Entscheidende sich bemüht hat, ihren Umkreis mit empirisch-analytisch fundiertem Wissen aufzuhellen. Solches Wissen ist, wie allgemein anerkannt wird, weitgehend konsensfähig. Unsere Hypothese lautet nun: In dem Maße, wie die Wissensgrundlagen der beteiligten Akteure übereinstimmen, werden ihre Entscheidungen konvergieren. **Aus einer wertfreien Diskussion der Entscheidungsgrundlagen** -- und nur daraus -- ist daher auch ein **Konsens über Wertfragen** zu erhoffen. Praktisch müssen wir auf diesen Konsens weitgehend verzichten, nicht nur weil die wissenschaftliche Diskussion nie abgeschlossen ist, sondern vor allem auch, weil sich nicht alle Menschen an dieser Diskussion beteiligen können und jeder Beteiligte stets nur Ausschnitte übersieht. Wer daher praktisch genötigt ist oder für sich in Anspruch nimmt, für andere verbindlich zu entscheiden, der ist verpflichtet, sich zuvor einen Reflexionsüberschuß zu erwerben, indem er seinen Wissenshorizont nach seinen Möglichkeiten und Kräften erweitert. Die Entscheidungsgewalt des Richters läßt sich heute nicht mehr mit staatlicher Macht und daraus abgeleiteter Autorität rechtfertigen, und auch die demokratische Legitimation der Richter ist schmal. Sie bedarf der Ergänzung durch wissenschaftliche Ausbildung und Arbeitsweise der Juristen.

Max Weber (1968, 513) sah in der Frage, welche praktischen Schlußfolgerungen aus den Tatsachen zu ziehen seien, nicht nur keine Frage einer empirischen, sondern überhaupt keiner wie immer gearteten Wissenschaft. Er hielt es für die Aufgabe des praktisch, insbesondere des politisch Handelnden, durch ein bewußtes Werturteil die Verantwortung für die Folgen seines Tuns zu übernehmen (**Verantwortungsethik**).

Ob die im Prozeß der Rechtsfindung notwendigen Werturteile wissenschaftlich genannt zu werden verdienen oder nicht, ist aber ein unfruchtbarer Streit um Worte⁶³. Jedenfalls die Tradition gestattet uns, von der Jurisprudenz insgesamt als

⁶² Insoweit können wir heute nicht mehr hinter Einsichten von *Isay* und *Kelsen* zurückstehen, die von verschiedenen Standpunkten aus bereits frühzeitig auf das volitive Element praktischer Rechtsentscheidungen aufmerksam gemacht haben; vgl. *Hermann Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, sowie *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, 36 ff.

⁶³ Diese terminologische Frage hat allerdings insofern doch praktische Bedeutung, als auch die Jurisprudenz gerne am Prestige der (empirischen) Wissenschaften teil hätte; vgl. dazu *Hans Albert*, Wissenschaft und Politik, FS Victor Kraft, Wien 1960, 201-232, 209; *Arnold*

Rechtswissenschaft zu sprechen, mag sie diesen Namen, gemessen am Wissenschaftsbegriff *Max Webers*, auch nicht verdient haben. Entscheidend ist, und darüber läßt sich heute wohl Einigkeit erzielen, daß die Rechtswissenschaft ohne Werturteile nicht auskommt, daß ihre Werturteile zwar verbessert werden können, aber letztlich empirisch und logisch nicht voll begründbar sind. Sollen die durch den wissenschaftlichen Wertrelativismus gesetzten Schranken überwunden und der Rechtssoziologie nützliche Funktionen bei der Auswahl rechtspolitischer Ziele eingeräumt werden, so bleibt nur der Weg, die rechtssoziologische Methode auszuschöpfen, um die Konsequenzen rechtlicher Entscheidungen, die mit ihnen verbundenen Gefahren oder ihr notwendiges Scheitern vorherzusagen und eine möglichst große Auswahl von Alternativen aufzuweisen. Es ist das Erstaunlichste an *Webers* Programm einer wertfreien Wissenschaft, daß in ihm, abgesehen von dem Verbot unmittelbar wertender Stellungnahme, nur noch davon die Rede ist, wie die Wissenschaft durch die Analyse logischer Implikationen und tatsächlicher Konsequenzen zur Wahl zwischen widerstreitenden Grundwerten und zur Entscheidung praktischer Wertungsfragen beitragen kann. Dabei wird die volle ethische und praktische Relevanz einer wertfreien Wissenschaft im Sinne *Max Webers* erst sichtbar, wenn man ihre Aufklärungswirkung hinzunimmt. Die verbreitete Ablehnung der *Weberschen* Konzeption ist wohl nicht zuletzt als eine Folge der unglückseligen Benennung als wertfreie Wissenschaft zu erklären. Sie hätte es verdient, **wertbewußte Wissenschaft** genannt zu werden.

Brecht, Politische Theorie, 2. Aufl. Tübingen 1976, 328, und *Wilhelm Henke*, Sozialtechnologie und Rechtswissenschaft, *Der Staat* 8 (1969), 1 ff.; *Wolfgang Naucke*, Wissenschaftsbegriff - Rechtssoziologie - Rechtspraxis, in : *Naucke/Trappe* (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Neuwied, Berlin 1970, 79 ff., 87.

§ 14 Möglichkeiten und Grenzen soziologischer Jurisprudenz

Literatur: *Collins*, The Use of Social Research in the Courts, in: *Evan*, The Sociology of Law, 1980, 563 ff.; *Hassemer* (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Strafrecht, 1984; *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983; *Heldrich*, Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, Archiv für die civilistische Praxis 186, 1986, 74 ff.; *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht, 1983; *Hopt*, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten? JZ 1973, 346 ff.; *Horn/Tietz*, Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, 1977; *Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1979; *Kißler*, Rechtssoziologie und Rechtspraxis, 1984; *Naucke*, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, 1972; *Opp*, Soziologie im Recht, 1973; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971; *Raiser*, Was nützt die Soziologie dem Recht? JZ 1970, 665 ff.; Klaus F. Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974; *Schünemann*, Sozialwissenschaften und Jurisprudenz, 1976; *Walz* (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Zivilrecht, 1983

I. Die forensische Ebene

Die Rechtssoziologie ist nicht als juristische Hilfsdisziplin angetreten, sondern als eine Wissenschaft mit eigenen Erkenntniszielen. Wenn und soweit jedoch Juristen die Rechtssoziologie um Hilfe für die Rechtsgewinnung bemühen, sprechen wir von soziologischer Jurisprudenz (§ 8). Rechtssoziologie als empirische Wissenschaft verfügt über keine spezifischen Methoden, um die von den Juristen verlangten Werturteile zu gewinnen. Das schließt nicht aus, daß sie der Jurisprudenz wertvolle Hilfe leisten kann, auch wenn solche Hilfe wegen der logischen Kluft zwischen Sein und Sollen nur mittelbar gegeben werden kann (§ 13). Nunmehr soll aus der Sicht der Jurisprudenz erörtert werden, wo die praktischen Möglichkeiten, aber auch die Grenzen sozialwissenschaftlicher Hilfe bei der Rechtsfindung zu suchen sind.

a) *Beweiserhebung*

Noch im Vorfeld soziologischer Jurisprudenz liegt die Hilfe der Sozialwissenschaft auf der forensischen Ebene, d. h. bei der **Beweiserhebung im Gerichtsverfahren**. Schon die bloße Beobachtung der Wirklichkeit ist ein schwieriger und komplexer Vorgang. Wissenschaftler verfügen dazu oft über bessere Instrumente und Methoden als der Laie. Beweiserhebung ist eine der Hauptaufgaben des Richters. Bei naturwissenschaftlichen und technischen Fragen ist es längst eine Selbstverständlichkeit, daß Gerichte Sachverständige hinzuziehen. Die Relevanz empirischer Feststellungen ist auf dieser forensischen Ebene ganz unproblematisch. Nicht so selbstverständlich ist die Bemühung von Sachverständigen, wenn Feststellungen im sozialen Bereich zu treffen sind. Immerhin, im Wettbewerbsrecht haben wir uns daran gewöhnt. Wenn es darum geht, ob die gelb-rote Verpackung des neuen Hundefutters Knaggi mit

§ 14 Möglichkeiten und Grenzen soziologischer Jurisprudenz

Packung und Warenzeichen eines bekannten Herstellers von Suppenwürfeln verwechselt werden kann, dann ist der Auftrag an *Emnid* oder *Allensbach* schon Routine. Dazu braucht man sich nur im ZPO-Kommentar von *Baumbach-Lauterbach* die Übersicht vor § 402 ZPO anzusehen. Daß es aber auch ganz andere Fälle gibt, in denen man einen sozialwissenschaftlichen Sachverständigen - nichts anderes sind prozeßrechtlich betrachtet die Meinungsforscher - zur Hilfe holen könnte, läßt sich am besten an einem Beispiel demonstrieren, das einer unveröffentlichten Entscheidung des Amtsgerichts Gelsenkirchen entnommen ist.

b) Beispiel: Meinungsumfrage im Haftpflichtprozeß

Literatur: *Knaak*, Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, 1986; *Noelle-Neumann/Schramm*, Umfrageforschung in der Rechtspraxis, 1961; *Schweizer*, Repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, in: *Chiotellis/Fikentscher*, Rechtstatsachenforschung, 1985, 9 ff.

Ein 13 Monate altes Kind hatte an den Handflächen Verbrennungen zweiten Grades erlitten, als es in der Küche seiner Eltern auf den Elektroherd zulief und sich mit beiden Händen an der Glasscheibe der geschlossenen Backofentür abstützte. Der Backofen war auf 200 Grad eingestellt und innen erleuchtet. Das Kind als Kläger machte nun geltend, es entspreche nicht dem Stand der Technik, daß eine Backofentür mit solchem Sicherheitsrisiko konstruiert worden sei, notfalls hätte die Gefahr durch Anbringung eines Schutzgitters beseitigt werden müssen. Tatsächlich liegen die Außentemperaturen an solchen Glasscheiben erheblich über 100 Grad, so daß man sich daran leicht verbrennen kann. Aber das Amtsgericht mußte feststellen, daß diese Konstruktion allgemein üblich war. Eine Produzentenhaftung kommt allerdings auch dann in Betracht, wenn der Produzent eine Instruktionspflicht verletzt. Sowohl nach allgemeinen Gesichtspunkten wie nach § 3 Abs. 3 des Maschinenschutzgesetzes ist der Produzent verpflichtet, eine entsprechende Gebrauchsanweisung mitzuliefern, wenn zur Verhütung von Gefahren bestimmte Regeln bei der Verwendung von Haushaltsgeräten beachtet werden müssen. Eine solche Warnung lag hier nicht vor. Für den Richter stellte sich die Frage nun folgendermaßen: Der Hersteller braucht nicht davor zu warnen, daß auf dem Herd die Kochplatten heiß werden, denn das weiß jedermann. Aber ist es auch allgemein bekannt, daß die Glasscheibe in der Tür des Backofens so heiß werden kann, daß man sich daran verbrennen kann? Um diese Frage zu beantworten, bot sich die Möglichkeit einer Meinungsbefragung an. Das Amtsgericht beschloß, Beweis darüber zu erheben, ob bei potentiellen Käufern und Benutzern von Elektroherden die Vorstellung besteht, daß man sich an der vorderen Glasscheibe eines in Betrieb befindlichen Backofens verbrennen kann.

Mit der Ausführung des Beweisbeschlusses beauftragte das Gericht das Bielefelder Markt- und Meinungsforschungsinstitut *Emnid* und vereinbarte mit diesem, daß einer Auswahl von Testpersonen folgende Fragen gestellt werden sollten:

Frage 1:

Wie Sie wissen, gibt es Elektroherde, die vorne eine Glas- oder Klarsichtscheibe haben, durch die man in den Backofen hineinsehen kann. Drei Frauen unterhalten sich nun über das Problem, ob solche Scheiben bei voll eingeschaltetem Backofen für kleine Kinder eine Gefahr darstellen oder nicht und worin eine solche Gefahr möglicherweise bestehen könnte. Was meinen Sie zu dieser Frage?

Frage 2:

Auf diesen Kärtchen haben wir noch einmal die Meinung der drei Frauen aufgeschrieben. Lesen Sie sie bitte einmal alle durch und sagen Sie mir dann, welcher Sie persönlich am ehesten zustimmen würden.

Frau R: Die Scheiben werden außen so heiß, daß kleine Kinder Brandblasen an den Händen bekommen, wenn sie sie anfassen.

Frau M: Die Scheiben werden wohl außen sehr warm, aber doch nicht so heiß, daß kleine Kinder Brandblasen bekommen, wenn sie sie anfassen.

Frau P: Die Scheiben werden außen nur ein bißchen warm, so daß kleine Kinder auf keinen Fall Brandblasen bekommen, wenn sie sie anfassen.

Frage 3:

Haben Sie selbst einen Elektroherd, der vorn eine Glas- oder Klarsichtscheibe hat - oder benutzen Sie einen anderen Herd? - benutze Herd mit Glas- bzw. Klarsichtscheibe - benutze anderen Herd.

-- benutze Herd mit Glas- bzw. Klarsichtscheibe

-- benutze anderen Herd.

Der Fragenansatz arbeitet also zunächst mit einer offenen Frage (Frage 1), um ohne jede Beeinflussung die spontanen Meinungen der Befragungspersonen zu erfassen. Da davon ausgegangen werden muß, daß sich nicht jedermann mit dem hier zur Debatte stehenden Problem bereits beschäftigt hat und da aus Erfahrung bekannt ist, daß bei weiten Bevölkerungskreisen Verbalisierungsschwierigkeiten bestehen, wurde in der 2. Frage mit Hilfe einer projektiven Fragestellung die Meinung zu vorgegebenen Antwortmöglichkeiten erfaßt. Die 3. Frage dient lediglich der Differenzierung zwischen Benutzern und Nichtbenutzern von Elektroherden mit Glas- bzw. Klarsichtscheiben, so daß die Ergebnisse zu den Fragen 1 und 2 für Benutzer und Nichtbenutzer nach Frage 3 getrennt werden können.

Die Antwort der insgesamt 2.080 Befragten wurden zu fünf Antwortkategorien zusammengefaßt:

- 13 % der Befragten sehen spontan eine Verbrennungsgefahr beim Berühren der Glas- bzw. Klarsichtscheibe eines in Betrieb befindlichen Elektroherdes
- 4 % sehen eine Verbrennungsgefahr insofern, als die durchsichtige Scheibe zum Öffnen des Elektroherdes reizt
- 8 % sehen eine Gefahr, ohne diese allerdings näher zu erläutern
- 5 % sehen keine Gefahr mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß die Scheibe nicht heiß wird und
- 40 % sehen keine Gefahr, ohne dazu allerdings eine nähere Begründung oder Erläuterung zu geben.

Faßt man diese Einzelergebnisse weiter zusammen, so ergibt sich, daß

- 25 % der Befragten eine Gefahr sehen
- 45 % keine Gefahr sehen
- 30 % spontan eine Meinung äußern.

Die Differenzierung der Ergebnisse nach Benutzern und Nichtbenutzern zeigte, daß Benutzer zu etwas geringerem Teil als Nichtbenutzer eine Verbrennungsgefahr beim Berühren der Scheibe sahen. Gleichzeitig war der Anteil derjenigen die keine Gefahr sahen, mit 59 % bei den Benutzern wesentlich größer als bei den Nichtbenutzern, was u. a. darauf zurückgeführt wurde, daß in der Gruppe der Benutzer der Anteil der Nichtantwortenden mit nur 16 % relativ gering war. Die mit der zweiten Frage durch Vorlage der Kärtchen gegebene Hilfe führte nur zu einer geringfügigen Erhöhung des Anteils derjenigen, die von einer Verbrennungsgefahr ausgingen.

Das Amtsgericht schloß aus diesen Ergebnissen, daß dem Hersteller des Herdes eine Verletzung seiner Instruktionspflicht vorzuwerfen sei, und verurteilte ihn zur Zahlung von Schadensersatz und

Schmerzensgeld. Der überwiegenden Mehrheit der Verbraucher sei nämlich die Tatsache unbekannt, daß die Glasscheibe eines Backofens so heiß werden kann, daß bei Berührungen die Gefahr schwerer Verbrennungen besteht.

c) *Erklärungen und Prognoseprobleme*

In dem Beispielsfall hatte der Richter den anzuwendenden Rechtssatz schon soweit entfaltet, daß es nur noch darauf ankam, ein **Tatbestandsmerkmal** festzustellen, nämlich das Merkmal unbekannte Gefahr. Hier gerät das Werturteilsproblem noch gar nicht in den Blick. Aber auch die empirische Sozialwissenschaft kann nur einen kleinen Teil ihrer Fähigkeiten einsetzen. Denn ihr Ehrgeiz ist nicht die **bloße Beschreibung** der Wirklichkeit, sondern die Erklärung von Einzelbeobachtungen mit Hilfe allgemeiner Gesetzmäßigkeiten.

Erklärungs- und Prognoseprobleme stellen sich auch schon auf der Beweisebene. Neben den in § 13, 1 genannten Beispielen ist etwa an die Prognose über das Kindeswohl zu denken, die bei Entscheidungen nach den §§ 1666, 1671, 1741 BGB erforderlich wird⁶⁴. In solchen Fällen ist es kein Problem, daß der Richter alle Beweisangebote ausschöpfen darf und vielleicht sogar ausschöpfen muß, darunter auch solche der Sozialwissenschaft. Je nachdem, wie der Beweis ausfällt, ist die Entscheidung vorgezeichnet. Beweisbedürftig ist allerdings in den meisten Fällen die Erklärung oder Prognose individuellen Verhaltens. Dafür werden regelmäßig nur Psychologen als Sachverständige eingesetzt. Das ist wohl der Grund dafür, daß es, abgesehen von der Meinungsumfrage im Wettbewerbsrecht, bisher sozialwissenschaftliche Beweisgutachten im Gerichtsprozeß keine Verwendung finden.

II. Alltagstheorien

Literatur: *Bürkle*, Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, 1984; *Maisch*, Vorurteilsbildungen in der richterlichen Tätigkeit aus sozialpsychologischer und forensischer Sicht, NJW 1975, 566 ff.

Empirische Sozialforschung ist sehr **aufwendig** und bringt oft Ergebnisse, die jedem, der mit den Verhältnissen vertraut ist, ohnehin schon bekannt waren. Das bisher wohl umfangreichste Projekt empirischer Sozialforschung war eine Untersuchung in den amerikanischen Streitkräften, die unter dem Titel »The American Soldier« bekannt geworden ist. Sie beruhte auf der Auswertung von über 600 000 Fragebögen. In einer langen und lobenden Rezension schrieb *Paul Lazarsfeld*⁶⁵, nie zu-

⁶⁴ Vgl. dazu *Spiros Simitis u. a.*, Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis, Frankfurt a. M. 1979.

⁶⁵ Hier zitiert nach *Johan Goudsblom*, Soziologie auf der Waagschale, Frankfurt a. M. 1979, S. 64 f.

vor seien so viele Aspekte des menschlichen Lebens so umfassend und systematisch erforscht worden. Als Beispiel führte er sechs Ergebnisse an:

- (1) Gebildete Männer zeigten mehr psychoneurotische Symptome als solche mit geringer Schulbildung.
- (2) Männer ländlicher Herkunft waren im allgemeinen während ihrer Militärzeit in besserer psychischer Verfassung als Soldaten aus der Stadt.
- (3) Soldaten aus den Südstaaten ertrugen das Klima auf den heißen Südseeinseln besser als Soldaten aus den Nordstaaten.
- (4) Weiße Mannschaftsdienstgrade bemühten sich stärker als Schwarze, Unteroffiziere zu werden.
- (5) Schwarze aus den Südstaaten zogen weiße Südstaatenoffiziere weißen Nordstaatenoffizieren vor.
- (6) Solange die Kämpfe dauerten, war der Wunsch, in die Heimat zurückzukehren, stärker als nach der deutschen Kapitulation.

Lazarsfeld hob hervor, wie völlig plausibel und offensichtlich diese Ergebnisse seien, um dann zu schließen: Jede dieser Behauptungen steht in direktem Gegensatz zu dem, was tatsächlich gefunden wurde. Der gesunde Menschenverstand ist vage und unzuverlässig. Die soziale Welt können wir nur durch sorgfältige Forschung kennenlernen.

Im Alltag arbeitet jedermann, ganz gleich ob privat oder beruflich, laufend **intuitiv mit kausalen Erklärungen** nach dem Muster des HO-Schemas. Wer Schnupfen hat, denkt vielleicht: Ich habe mich da oder dort angesteckt oder erkältet. Wenn wir mit dem Auto fahren, sind wir beim Überholen besonders vorsichtig, wenn vor uns ein Wagen einer bestimmten Marke fährt, weil wir die Vorstellung im Kopf haben: Wer dieses Auto fährt, ist unberechenbar. Oder wir erfahren, daß ein verheirateter Mann in seinem Testament eine Frau bedacht hat, und sagen vielleicht, hier habe der Mann seine Geliebte für den gewährten Geschlechtsverkehr belohnen wollen. So sagte jedenfalls lange Zeit die Rechtsprechung zum sog. Geliebtentestament, bis der BGH⁶⁶ schließlich einräumte, es fehle an einem Erfahrungssatz, der den Schluß auf nur im Sexuellen liegende Gründe zur Testamentserrichtung zuließe.

Es handelt sich um Beispiele für **Theorien**, die aus der Alltagserfahrung stammen und **wissenschaftlich nicht geprüft** sind. An sich wäre gegen Alltagstheorien nichts einzuwenden. Sie sind ubiquitär, wir können gar nicht ohne sie auskommen. Oft haben sie nicht nur einen richtigen Kern; sie sind sogar durch Erfahrung und Überlieferung recht gut erprobt. Das Problem ist nur, daß es eine ganze Reihe solcher Alltagstheorien gibt, die vielleicht einen wahren Kern haben, aber insgesamt doch die Wirklichkeit verfehlen. Sehr **oft** sind es **diskriminierende Vorurteile**, die

⁶⁶ BGHZ 53, 369 ff., 379.

in der Form solcher Alltagstheorien auftreten. Die Erklärung »Frau am Steuer« für eine auffallende Fahrweise ist noch ein harmloses Beispiel. Es ist eine wichtige Aufgabe der Soziologie, Alltagstheorien in ihre Grenzen zu verweisen und dadurch auch den Juristen vor Fehlentscheidungen zu bewahren.

Alltagstheorien können **in vielen Bereichen relevant** werden. So spielen bei der **Beweiswürdigung** oft Annahmen über die Glaubwürdigkeit bestimmter Personengruppen als Zeugen eine Rolle. Noch wichtiger werden Alltagstheorien aber für die **Einschätzung der allgemeinen Folgen rechtlicher Regelungen**.

Lange Jahre hindurch war umstritten, ob ein Fernsehgerät pfändbar sei. Unpfändbar sind nach § 811 Nr. 1 ZPO Haushaltsgegenstände, soweit sie der Schuldner zu einer seiner Verschuldung angemessenen, bescheidenen Lebensführung bedarf. Das Landgericht Essen hat 1969⁶⁷ die Unpfändbarkeit eines Fernsehers mit folgendem Argument begründet: »Es ist aber eine Erfahrungstatsache, daß zumindest erwachsene Mitglieder der - immer weniger werdenden - Familien ohne Fernsehgerät die sie interessierenden Sendungen in Gaststätten oder in Wohnungen ihrer Bekannten anzusehen pflegen. Ein Fernsehgerät im Haushalt fördert daher nicht zuletzt den Zusammenhalt der erwachsenen Familienmitglieder, von den umstrittenen – aber keineswegs nur negativ zu beurteilenden – Nebenwirkungen auf die Kinder abgesehen.«

Das Gericht meinte also, wenn der Fernsehhempfänger gepfändet würde, litte der familiäre Zusammenhalt. Ganz anders argumentierte etwa zur gleichen Zeit das Amtsgericht Hannover⁶⁸: »Jedoch dürfte kaum zweifelhaft sein, daß in vielen fernsehenden Familien die zwischenmenschlichen Beziehungen, das Gespräch zwischen den Ehegatten und mit den Kindern, durch intensives Fernsehen erheblich leiden. Die meisten Fernsehsendungen sind für kleinere, oft auch für größere Kinder ungeeignet oder sogar schädlich; vielfach kommen die Kinder wegen eifrigen Fernsehens ihrer Eltern zu kurz, da sie sich vielfach nicht genügend mit ihnen abgeben.

Dieses Beispiel zeigt zunächst, wie unzuverlässig die Alltagstheorien sind. Dabei wäre es ein Leichtes gewesen, sich aus der in großem Umfang vorhandenen Literatur über die Wirkungen des Fernsehens näher zu unterrichten. Zu dem Umgang mit dem Fernseher und den Wirkungen des Fernsehens auf die Familie gibt es umfangreiche Forschungen⁶⁹. Daraus kann man u. a. entnehmen, daß weder das Landgericht Essen noch das Amtsgericht Hannover mit ihren Annahmen richtig liegen. Die

⁶⁷ Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung 1969, 127.

⁶⁸ NJW 1970, 764.

⁶⁹ *Begler, Reinhold/Six, Ulrike*, Psychologie des Fernsehens, Bern 1979; Medienforschung, Familie und Fernsehen. Neueste Ergebnisse der Fernsehforschung und deren Konsequenzen für die Programmarbeit, Mainz 1978 (ZDF-Schriftenreihe Heft 21); *Michael Förster/Josef Schenk*, Der Einfluß massenmedialer Verbrechensdarstellungen auf Verbrechensfurcht und Einstellungen zu Straftätern, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1974, 90-104; *Helga Theunert*, Gewalt in den Medien - Gewalt in der Realität, Opladen 1986; *Internationales Zentralinstitut für das Jugend- und Bildungsfernsehen* (Hrsg.), Wirkungen und Funktionen des Fernsehens: Kinder und Jugendliche. Bibliographie, München 1977; jährlich gibt der Westdeutsche Rundfunk Köln - Bibliothek - einen Aufsatznachweis »Hörfunk und Fernsehen« heraus. Vgl. auch Fn. 11 sowie die Beiträge über Medienwirkung und Inanspruchnahme der Justiz in DRiZ Heft 11/1984 (S. 421-426 u. 444 ff.).

Wirkungen des Fernsehens sind nämlich sehr verschieden je nach Bildung und Schichtzugehörigkeit der Familie. Es gibt Familien, bei denen der kontrollierte gemeinsame Gebrauch des Fernsehers durchaus die positiven Wirkungen hat, die das Landgericht Essen herausstellt; und es gibt auch Familien, in denen es so liegt, wie das Amtsgericht Hannover befürchtet. Wenn sich Gerichte aber überhaupt auf solche Argumente einlassen, dann wäre es besser, wenn sie sich von den Sozialwissenschaftlern informieren ließen.

Davon abgesehen drängt sich der Einwand auf, daß es auf die Wirkungen des Fernsehens für die Familie vielleicht gar nicht ankommt. Die entscheidenden Umstände trifft wohl eher eine Entscheidung des Landgericht Nürnberg-Fürth aus dem Jahre 1978⁷⁰, die darauf abstellt, daß 90 % aller Haushalte über einen Fernseher verfügen. Daraus folgert das Gericht, daß der Fernseher auch bei bescheidener Lebensführung zum Standard gehört. Eine Quelle für diese Zahl wird in dem Beschluß nicht genannt. Sie läßt sich aber dem Statistischen Jahrbuch der Bundesrepublik entnehmen.«

Doch selbst dann, wenn soziale Sachverhalte aus dem Problemfeld noch so genau erhoben werden, läßt sich daraus keine rechtliche Entscheidung ableiten. Der Wert solcher Argumente für die Entscheidung bleibt vielmehr unklar. Der Grund dafür ist, daß es keinen logischen Übergang vom Sein zum Sollen gibt. Was man auf empirisch-analytische Weise gewinnen kann, ist

- (1) die Beschreibung von Tatsachen
- (2) die Erklärung von Tatsachen
- (3) die Vorhersage von Tatsachen.

Was sich nicht gewinnen läßt, sind Werturteile, nämlich Entscheidungen darüber, wie wir uns verhalten sollen und welches Verhalten wir von anderen zu fordern haben. Solche Entscheidungen oder Werturteile sind aber gerade das, was Richter und Gesetzgeber täglich produzieren müssen.

III. Folgendiskussion

Literatur: Böhlke/*Unterseher*, Die Folgen der Folgenorientierung, JuS 1980, 323 ff.; *Boudon*, The Unintended Consequences of Social Action, 1982; *Luhmann*, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, Archiv des öffentlichen Rechts 94, 1969, 1 ff. = *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, 273 ff.; *ders.*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974; *Wälde*, Juristische Folgenorientierung, 1979

Der Dualismus von Tatsachen und Entscheidungen nötigt weder zu einer kurzschlüssigen, dialektischen oder sonst wie immer gearteten Überwindung des Gegensatzes von Sein und Sollen noch zur Resignation. Die allgemeine Aufklärungswirkung empirischen Wissens und die von *Weber* sogenannte technische Kritik von Werturteilen mit Hilfe der Zweck-Mittel-Relation lassen Raum genug für eine sozialwissenschaftliche Beratung der Rechtswissenschaft (§ 13).

Die Diskussion der Mittel-Zweck-Beziehung bezeichnet man heute als Folgendiskussion. Die **Folgenorientierung juristischer Entscheidung** ist in der Rechtswissenschaft nichts Neues. Vor der Herrschaft der Begriffsjurisprudenz im 19. Jahr-

⁷⁰ NJW 1978, 113.

hundert war den Juristen die Berufung auf Zweckgesichtspunkte, also auf die beabsichtigten Folgen rechtlicher Entscheidungen, durchaus vertraut. Bereits der Staat des aufgeklärten Absolutismus nutzte das Gesetz als Instrument zur Gestaltung seiner inneren Verhältnisse. Der gelehrte Jurist jener Zeit hatte sich wiederum dem Dienste dieses Staates verschrieben und versuchte deshalb, die Anwendung des Gesetzes im Sinne der *ratio legis* zu steuern.

Erst **Savigny** und die historische Rechtsschule wandten gegen die *ratio legis* ein, daß die Auswahl eines Zwecks aus der Vielzahl möglicher Gesetzeszwecke willkürlich sei. *Savigny* verlangte, daß die Jurisprudenz selbst die **Richtigkeitskriterien** für ihre Entscheidung liefern müsse, und von ihm stammen auch die im Anschluß an den Sprachgebrauch des Philosophen *Schleiermacher* die sogenannten *Canones* der Auslegung, die seither den Kern der **juristischen Methodenlehre** bilden.

Heute zeigt sich jedoch, daß diese Auslegungsmethoden oft nicht helfen, oder genauer gesagt, daß sie nicht mehr helfen, denn sie setzen ein **einheitliches Vorverständnis** unter den Juristen voraus, das **abhanden gekommen** ist. Das Spektrum der vertretbaren Lösung ist so weit geworden, daß Hermeneutik nicht mehr zu einer klaren Entscheidung führt. Noch vor etwa 20 Jahren konnte man z. B. mit Sicherheit angeben, daß die Abwehraussperrung zulässig und jede gegenteilige Ansicht abwegig sei⁷¹. In den letzten Jahren mußte man gespannt auf jedes einschlägige Gerichtsurteil warten. Noch vor zehn Jahren hätte jeder Jurist das Eindringen in ein leerstehendes Haus als Hausfriedensbruch verurteilt. Inzwischen ist dieses Urteil längst nicht mehr sicher⁷².

Die heute wohl herrschende Methode der **Auslegung** kann man **dualistisch** nennen. In einem ersten Schritt wird versucht, mit den herkömmlichen Methoden, also mit Wortlautargumenten, Systemargumenten und mit der Berufung auf die Absichten des Gesetzgebers das Spektrum der vertretbaren Lösungen zu erarbeiten. In einem zweiten Schritt folgt dann eine teleologische oder interessenjuristische Bewertung der möglichen Folgen der Entscheidung, und zwar nicht nur der Folgen im Nahbereich unter den unmittelbar von der Entscheidung Betroffenen, sondern eine Folgendiskussion, wie sie der Gesetzgeber anstellt. Diese Folgendiskussion bietet Anknüpfungspunkte für die empirische Sozialforschung.

⁷¹ Dazu drei Urteile des Bundesarbeitsgerichts - Großer Senat - NJW 1980, 1642 ff; *Klaus Adomeit*, Streik und Aussperrung - neu geordnet, NJW 1984, 773-774.

⁷² *Reinhard Schön*, Besetzung leerstehender Häuser - Hausfriedensbruch, NJW 1982, 1126-1129.

a) Mikro- und Makrofolgen

Die Frage nach den Folgen bestimmter rechtlicher Lösungen kann sich einmal auf die Mikrofolgen beziehen, d. h. auf die Folgen für die Beteiligten eines konkreten Rechtsverhältnisses. Oder sie kann sich auf die Makrofolgen richten, d. h. auf die Folgen, die die gedachte Lösung für alle gleich gelagerten Fälle hätte. In der Rechtsphilosophie unterscheidet man diese unterschiedliche Fragestellung mit den Begriffen **Handlungsutilitarismus** und **Regelutilitarismus**. Der Autofahrer, der sich entschließt, ein Parkverbot zu übertreten, weil er überzeugt ist, durch sein konkretes Handeln werde kein Schaden angerichtet, denkt handlungsutilitaristisch. Ein anderer, der sich den Zustand vorstellt, der einträte, wenn alle sich über das Verbot hinwegsetzten, rät regelutilitaristisch.

Handlungsutilitaristische Überlegungen sind der Rechtspraxis allgemein vertraut, auch wenn sie oft nicht in den Urteilsgründen erscheinen, sondern nur in der Beratung geäußert werden. Man beruft sich darauf, es dürfe kein ganz untragbares Ergebnis herauskommen. Was aber mit dem Stichwort **Folgendiskussion** gefordert wird, sind **regelutilitaristische Überlegungen**. So ging es in dem Beispiel zur Pfändbarkeit des Fernsehgeräts nicht um die Folgen der Entscheidung für die Familie gerade des am Verfahren beteiligten Schuldners, sondern darum, welchen Einfluß ganz allgemein das Vorhandensein eines Fernsehers auf das Familienleben hat.

Während man die konkreten Folgen einer Entscheidung für die Beteiligten aus der praktischen Erfahrung oft noch überblicken kann, reicht für eine **generalisierte Folgebetrachtung** die Lebenserfahrung nicht mehr aus. Das ist die Stelle, an der Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung dazu beitragen können, die Probleme durchsichtiger zu machen, indem sie Konsequenzen der unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit diskutierten Normhypothesen aufzeigen. Darin liegt eine bemerkenswerte Analogie zwischen Recht und Wirklichkeit, zwischen empirischer Sozialforschung und juristischer Wertung: Ähnlich wie die empirische Forschung auf die Erkenntnis des Allgemeinen und Regelmäßigen gerichtet ist, erhebt jede Rechtsentscheidung, mag sie noch so sehr durch die Umstände des Einzelfalles bestimmt werden, den Anspruch auf **Verallgemeinerung für alle gleichgelagerten Fälle**.

b) Die nicht intendierten Folgen intentionalen Handelns

Aus der Sicht der Sozialwissenschaften besteht das Problem darin, daß die sich nicht einfach durch eine Verallgemeinerung von Einzelfällen erschließen lassen, weil auf Systemebene ganz andere, oft geradezu **gegenläufige** (paradoxe) **Effekte** eintreten können. Am einfachsten liegen die Dinge im ökonomischen Bereich: Wenn ein Bauer fleißig ist und viel Milch erzeugt, wird sein Einkommen steigen. Wenn aber alle Bauern mehr Milch produzieren, wird das Einkommen jedes einzelnen von ihnen

sinken. Der Grund liegt hier, laienhaft formuliert, im Gesetz von Angebot und Nachfrage, oder, mit einem Ausdruck der Volkswirtschaftslehre, in der unelastischen Nachfrage nach Milchprodukten.

Ein **paradoxe Effekt** läßt sich teilweise **bei sozialen Schutzgesetzen** beobachten. Sie können zwar einzelnen Begünstigten helfen, zugleich aber den Begünstigten insgesamt schaden. Das soziale Mietrecht etwa, das die Miethöhe begrenzt und Kündigungsmöglichkeiten beschränkt, kann dem Bau neuer Wohnungen entgegenwirken, so daß am Ende die Wohnungsversorgung schlechter ist als, sie ohne solche Gesetze gewesen wäre. Tatsächlich scheint die Anwendung des § 613a BGB auch im Konkurs die Sanierung manchen Betriebes zu verhindern, weil die Vorschrift den Erwerber eines Betriebes zwingt, in alle Arbeitsverhältnisse einzutreten⁷³

Das Phänomen ist altbekannt. *Adam Smith* sprach von der **invisible hand**. *Goethe* ließ Mephisto von sich sagen, er sei »ein Teil von jener Kraft, die stets das Böse will und stets das Gute schafft«, und *Hegel* verdanken wir die Vorstellung von der List der Vernunft. Zu seiner Analyse bietet sich in den letzten Jahren eine neue Forschungsrichtung an, die **ökonomische Analyse des Rechts**⁷⁴. Die ökonomischen Folgen rechtlicher Regelungen sind fraglos sehr wichtig. Sie sind aber nicht die einzigen, und nicht einmal diese Folgen lassen sich durch eine ökonomische Analyse hinreichend bestimmen, sondern können, wenn überhaupt, nur soziologisch hinreichend erfaßt werden. Die ökonomische Analyse ist deshalb nicht ausreichend, weil nicht vorausgesetzt werden kann, daß Einzelmenschen oder Organisationen ökonomisch rational handeln, ja weil selbst der Beobachter nicht mehr angeben kann, welches Handeln ökonomisch rational wäre. Als Beispiel mag der Zusammenhang von Rechtsschutzversicherung und Prozeßverhalten dienen. Nach ökonomischer Analyse müßte eine Rechtsschutzversicherung den Versicherten zur Prozeßführung motivieren und dem Abschluß von Vergleichen entgegenwirken. Tatsächlich ist die prozeßfördernde Wirkung der Rechtsschutzversicherung nicht nur nicht belegt⁷⁵; vielmehr scheint die

⁷³ Vgl. dazu jetzt *Elisabeth Keller-Stoltenhoff*, Die rechtstatsächlichen Auswirkungen des § 613a BGB im Konkurs, Köln 1986.

⁷⁴ *Michael Adams*, Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft? Jura 1984, 337-349; *ders.*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980; *ders.*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Abhandlungen des Vereins für Socialpolitik 1984; *ders.*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1984; *Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Frankfurt a. M. 1978; *Werner Z. Hirsch*, Law and Economics, New York 1979; *Richard Posner*, Economic Analysis of Law, 1977.

⁷⁵ Dazu einerseits *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981; *ders.*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses und der Rechtsschutzversicherungen, Zeitschrift für

durch die Versicherung bewirkte Befreiung von den Prozeßkosten den Abschluß von Vergleichen sogar zu fördern.

Paradoxe oder perverse Effekte - die nicht immer negativ ausfallen müssen, sondern manchmal auch erfreulich sind - bilden nicht nur ein Thema der \konomie, sondern sind ebenso ein zentrales Problem der Soziologie. *Merton* hat in einem klassischen Text darauf hingewiesen, daß die Beschreibung dessen, was wir heute **die nicht intendierten Folgen intentionalen Handelns** nennen, zurückgeht auf *Mandeville*, *Adam Smith*, *Rousseau* und andere, die man heute zu den bedeutendsten Vorläufern der Soziologie rechnet⁷⁶. Theoretisch spielt das Konzept der unbeabsichtigten Folgen sozialen Handelns eine Schlüsselrolle bei der Erklärung des Übergangs von individuellen Handlungen zu sozialen Tatbeständen und Strukturen (§ 24, 2). Praktisch ist die Bewältigung der unbeabsichtigten Handlungsfolgen ein Zentralproblem staatlichen planenden Handelns und damit der Rechtssoziologie. Nicht zufällig hat «MDRV»Max Weber«MDNM» im Werturteilsstreit immer wieder darauf hingewiesen, daß die Nebenfolgen sozialen Handelns wissenschaftlich erforscht werden könnten und müßten (§ 13). Zwar gibt es für dieses Problem keine generelle Lösung. Nicht immer lassen sich side effects vorhersehen. Oft kann man sie aber jedenfalls nachträglich beschreiben und erklären, so daß neue Maßnahmen geplant werden können⁷⁷.

c) Zweckbestimmung als Voraussetzung der Folgediskussion

Diese Überlegungen gehen zunächst davon aus, daß das Handlungsziel, die ratio legis also, bestimmbar und instruktiv ist. Das ist längst nicht immer der Fall. Es gibt Rechtslücken von unterschiedlicher Tiefe. Teilweise ist jedenfalls ein **Gesetzeszweck** ersichtlich, an den der Richter sich halten kann. Dann geht es nur noch darum, geeignete Mittel zum Zweck zu finden. So liegt es z. B. häufig im Straßenverkehrsrecht, wo die Sicherheit oberstes Ziel ist, und deshalb Entscheidungen im Zweifel nach ihrer Eignung zur Förderung der Verkehrssicherheit getroffen werden können. In anderen Fällen fehlt es an einer hinreichend klaren Zielvorgabe. Dann kann man für die verschiedenen möglichen Ziele die verfügbaren Mittel Kosten, Folgen

Schweizerisches Recht 1983, 183 ff., und andererseits *Blankenburg/Fiedler*, Die Rechtsschutzversicherung und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte, 1981; vgl. § 54 Anm. 19.

⁷⁶ *Robert K. Merton*, The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action, ASR 1936, 894-904.

⁷⁷ Das war ein Schwerpunktthema des 20. Deutschen Soziologentages 1980; vgl. dazu Verhandlungen des 20. Deutschen Soziologentages Bremen 1980, 237 ff.; ferner *Hans Joachim Hoffmann-Nowotny* (Hrsg.), Unbeabsichtigte Folgen sozialen Handelns, Frankfurt a. M./New York 1982.

und Nebenfolgen vergleichen und sich danach für eines der Ziele entscheiden. Damit wird die Folgendiskussion allerdings schon recht unübersichtlich und unhandlich.

Ähnlich liegt es bei der **Gesetzgebung**. Heute werden bei allen wichtigen Gesetzgebungsvorhaben Sachverständige befragt oder Kommissionen bestellt, die die vorhandenen Forschungsergebnisse auswerten oder ad hoc neue Untersuchungen anstellen. Dabei spielen die Sozialwissenschaften im Vergleich zur Medizin und zu den Naturwissenschaften, aber auch zur Nationalökonomie bisher nur eine untergeordnete Rolle. In Wirtschaft, Technik und Hygiene lassen sich planerisch vergleichsweise bessere Erfolge erzielen als auf dem Gebiet der Rechtspolitik. Das liegt zunächst daran, daß die quantitativen Daten der allgemeinen Statistik in Verbindung mit den verhältnismäßig exakten ökonomischen, naturwissenschaftlichen und medizinischen Gesetzmäßigkeiten und Kunstregeln viel genauer zu einer zweckmäßigen Mittelwahl verhelfen können, als die unvollkommene Kenntnis der Wirkungsweise von Rechtsnormen und Sanktionen. Vor allem aber hängt die vergleichsweise geringe Effektivität der Sozialwissenschaften davon ab, daß auf medizinischem, technischem und wirtschaftlichem Gebiet die Ziele der Politik weniger umstritten sind als in der Rechts- und Sozialpolitik, so daß sich in jenen Gebieten die Bemühungen weitgehend auf eine zweckmäßige Mittelwahl konzentrieren können, während in der Rechtspolitik die Zieldiskussion ganz im Vordergrund steht. Für die Gesundheitspolitik etwa existieren konkrete Zwecke: Krebsbekämpfung, Senkung der Säuglingssterblichkeit, Erfassung und Betreuung der Diabetiker, aus denen sich das richtige Mittel ableiten läßt. Ziel der Rechtspolitik ist eine Ordnung der Gesellschaft, deren Qualitäten in Stichworten wie Gerechtigkeit, Gleichheit, freie Entfaltung der Persönlichkeit, Risikoausgleich und Rechtssicherheit nur sehr vage benannt sind. Es handelt sich um vieldeutige Rechtfertigungsvorstellungen, die dem Handelnden im einzelnen große Freiheit lassen. Es fehlen der Rechtspolitik die instruktiven Ziele, die eine Mitteldiskussion erst fruchtbar machen. Die Folge ist, daß die Sozialwissenschaften in erster Linie bei solchen Materien zur Hilfe gerufen werden, die technisch-organisatorischen Charakter haben, wie etwa das Prozeßrecht. Es ist daher kein Zufall, daß das erste große deutsche Projekt der Rechtstatsachenforschung, das durch Bedürfnisse der Gesetzgebung initiiert worden ist, den Zivilprozeß betraf, nämlich die große Untersuchung von *Baumgärtel* und *Mes*⁷⁸ über die Dauer der Zivilprozesse. Von solchen Spezialmaterien abgesehen, in denen ein Konsens über relativ enge und darum instruktive Ziele besteht, darf man sich auch von einer weiter fortgeschritte-

⁷⁸ Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz) 1972, (zweite Instanz) 1972; ferner *Bundesrechtsanwaltskammer* (Hrsg.), *Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, 2 Bde, 1974; *Harry Rohner-Kablmann*, *Rechtstatsachen zur Dauer des Sozialprozesses*, Berlin 1979; *Carl Hermann Ule*, *Rechtstatsachen zur Dauer des Verwaltungs-(Finanz-)Prozesses*, Berlin 1977.

nen Gesetzgebungswissenschaft nur geringe Entscheidungshilfe versprechen, was nicht bedeutet, daß man auf das immerhin Erreichbare verzichten sollte.

Die Gesetzgebung vollzieht sich unter so hoher Komplexität, daß sozialwissenschaftlich abgesicherte Entscheidungen kaum möglich sind. Weder ist der Gesetzgeber in der Lage, alle notwendigen Fragen zu formulieren, noch kann die Sozialwissenschaft sie alle hinreichend beantworten. Günstiger scheint die Situation für die Lücken schließende und rechtsfortbildende Tätigkeit der Rechtspraxis zu sein. Für die **Rechtsgewinnung de lege lata** konzentrieren sich die entscheidungsbedürftigen Probleme nicht selten auf so enge Lebensbereiche, daß viel eher konkrete Themen ausgewiesen werden können, die einer empirischen Untersuchung zugänglich sind. Aber nun stellen sich die Probleme in anderer Richtung. Es zeigt sich, daß empirische Sozialforschung im Vergleich zur Schreibtischarbeit der Juristen langwierig und teuer ist. Man muß sich ernsthaft die Frage stellen, ob der Gewinn an Entscheidungsqualität, den eine soziologische Jurisprudenz erzielen könnte, den notwendigen Aufwand rechtfertigt. De lege lata sind die zweifelhaftesten Rechtsfragen oft von so geringer Tragweite, daß die Antwort nicht selten negativ ausfallen wird.

IV. Brown gegen Board of Education von Topeka

Das berühmte Vorbild für die Einführung sozialwissenschaftlicher Untersuchungen in einen Prozeß zur Gewinnung eines neuen Rechtssatzes ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der USA (Federal Supreme Court) im Fall Brown gegen Board of Education of Topeka⁷⁹.

Nach dem amerikanischen Bürgerkrieg wurde in den USA nicht nur die Sklaverei abgeschafft, sondern durch Verfassungszusätze und Bürgerrechtsgesetze auch die **rechtliche Gleichstellung der schwarzen Bevölkerung** herbeigeführt. Die Praxis sah aber anders aus. In Schulen, Verkehrsmitteln, Theatern, Hotels und Restaurants herrschte nach wie vor Rassentrennung. Ihr Wahlrecht konnten die Schwarzen auf Grund komplizierter Einschreibungsverfahren kaum wahrnehmen. 1890 erging in Louisiana ein Gesetz, nach dem alle Eisenbahngesellschaften innerhalb des Staates equal but separate accomodation for the white and colored races, also getrennte Abteile für Weiße und Farbige bereitzustellen hatten. Plessey, ein Mann, der zu 1/8 schwarzer Abstammung war, wurde auf Grund dieses Gesetzes bestraft, weil er ein Abteil benutzt hatte, das nur für Weiße bestimmt war. Seine Verfassungsbeschwerde wurde jedoch vom Supreme Court zurückgewiesen. Seither galt in den USA der Grundsatz **equal, but separate**.

⁷⁹ 347 U. S. 483 (1954). Dazu ausführlich *Andreas Heldrich*, Höchstrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels, JbRSoz 3, 1972, 305-343.

In einer aufsehenerregenden Wende hatte der Supreme Court schon vor dem zweiten Weltkrieg begonnen, die Rassentrennung an den Hochschulen einzuschränken. Ihren Höhepunkt erreicht diese Rechtsprechung bald nach dem Amtsantritt des Chief Justice *Earl Warren* in einem **Musterprozeß**, der von der National Association for the Advancement of colored People (NAACP) **gegen die Rassentrennung in den Schulen** geführt wurde. In der Entscheidung *Brown gegen Board of Education* wurde die Separate-but-Equal-Doktrin aufgegeben und die Rassentrennung in den Schulen für verfassungswidrig erklärt. Ein Jahr später, in einer zweiten Entscheidung zwischen den gleichen Parteien, erhielten die Gerichte der Bundesstaaten Richtlinien für die allmähliche Aufhebung der Rassendiskriminierung in den Schulen. Die Gerichte nutzten den darin enthaltenen Spielraum jedoch zu einer Obstruktionspolitik, so daß der Supreme Court 1969 noch einmal ein Machtwort sprechen mußte, um sich durchzusetzen. Schließlich verlangte der Supreme Court in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1971 von den Behörden, die negativen Folgen ihrer Diskriminierungspolitik durch positive Maßnahmen zu beseitigen, in diesem Fall durch die Einrichtung von Schulbussen, die Schüler aus Stadtteilen mit überwiegend schwarzer Bevölkerung in Schulen bringen sollten, in denen auch Weiße unterrichtet wurden, und umgekehrt. Seither ist in den USA die positive Diskriminierung, affirmative action genannt, zu einem Bestandteil der Rechtspolitik geworden, der in neuerer Zeit durch den Equal Employment Opportunity Act nicht zuletzt auch zugunsten der Frauen Bedeutung erlangt hat.

Die Entscheidung in Sachen *Brown gegen Board of Education* war nicht nur als Absage an die Rassendiskriminierung so herausragend. Sie gilt zugleich als Markstein für die **Einführung sozialwissenschaftlicher Untersuchungen in ein Gerichtsverfahren**. In einer sprichwörtlich gewordenen Fußnote 11 bezog sich das Gericht u. a. auf ein Gutachten des Psychologen *Kenneth Clark*, der die schädlichen Wirkungen der Rassendiskriminierung auf die Persönlichkeitsentwicklung schwarzer Kinder aufgezeigt hatte. Er hatte schwarzen Kindern zwei Puppen gezeigt, die bis auf die Hautfarbe identisch waren, und sie gefragt, welche sie bevorzugten. Zwei Drittel der Kinder wählten die weiße Puppe und wiesen die schwarze als Spielzeug zurück. Spontan erklärten sie ihre Wahl, indem sie verbreitete Stereotypen reproduzierten: Neger sind schmutzig, gewalttätig oder einfach schlecht. Schließlich fragte *Clark* die Kinder, welcher Puppe sie selbst ähnlich sähen. Viele zeigten auf die weiße. Manche waren über die Frage regelrecht verstört und brachen in Tränen aus, offenbar weil sie sich in ihrem Selbstwertgefühl, ihrer Identität (§ 23, 2), verunsichert fühlten. *Clark* interpretierte diese Beobachtungen als Anzeichen für die persönlichkeitsbeeinträchtigende Wirkung von sozialen Vorurteilen, Diskriminierung und Rassentrennung.

Streng genommen waren diese Ergebnisse für die Entscheidung des Supreme Court gar nicht relevant, denn sie betrafen nicht die Wirkung der Rassentrennung in der Schule, sondern die Effekte frühkindlicher Erziehung in der Situation der

schwarzen Minderheit. Wahrscheinlich hätte das Gericht sich auch ohne solche Untersuchungen von der simplen Tatsache überzeugen können, daß Trennung auch Diskriminierung bedeutet. Wichtiger ist aber, daß dieses Urteil auch eine immense **Aufwertung der Sozialforschung** bedeutete. Sie konnte in der Folgezeit in den USA ganz erheblichen Einfluß auf die Rechts- und Sozialpolitik gewinnen.

V. Grenzen soziologischer Jurisprudenz

Längst macht auch unser Bundesverfassungsgericht, wenn auch nicht systematisch, zur Folgendiskussion von sozialwissenschaftlichen Untersuchungen Gebrauch. Ein Beispiel ist das Verfahren im Lebach-Fall, in dem sozialwissenschaftliche Sachverständige bemüht wurden, um die Möglichkeit der Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten eines Mittäters durch eine Fernsehsendung über den Tathergang zu untersuchen⁸⁰. Inzwischen vertreten einige Anhänger einer soziologischen Jurisprudenz die Auffassung, daß nicht nur das Bundesverfassungsgericht, sondern alle Gerichte über die sogenannten **Normtatsachen** Beweis erheben dürften und sogar müßten, und zwar soll solche Beweisaufnahme auf Kosten der Staatskasse erfolgen⁸¹. Hier finden wir also zunächst eine neue Begriffsbildung: Die Sachverhalte, die bei einer Zweck-Mittel-Folgendiskussion in den Blick kommen, werden Normtatsachen genannt, im Gegensatz zu den **Falltatsachen**, die gewöhnlich Gegenstand der Beweisaufnahme sind. Während diese Unterscheidung nützlich ist, ist der Vorschlag, die Gerichte zur Beweiserhebung über Normtatsachen anzuhalten, verfehlt.

Der Vorschlag hat einen rechtspolitischen und einen verfahrensrechtlichen Gehalt. **Rechtspolitisch** gilt es, den möglichen Gewinn, den der Einsatz empirischer Sozialwissenschaft für die Entscheidungsqualität bringen könnte, gegen den notwendigen Aufwand abzuwägen. Der **Aufwand** an Zeit und Kosten, den empirische Sozialforschung mit sich bringt, ist erheblich. Er ist für den einzelnen Prozeß in aller Regel unangemessen und unpraktikabel. Er würde die Prozesse unerträglich verlängern, verteuern und verkomplizieren und ist um so weniger gerechtfertigt, als die Objektivität empirischer Forschung bei der Umsetzung ihrer Ergebnisse in das richterliche Urteil weitgehend verloren geht, da eine exakte Regel für die Ableitung dieses Werturteils aus den Ergebnissen empirischer Sozialforschung fehlt. **Verfahrensrechtlich** gesehen ist der heutige **Prozeß auf den Beweis durch empirische Sozi-**

⁸⁰ Hoffmann-Riem, Medienwirkung und Medienverantwortung, 1975, 21 ff.

⁸¹ Eike Schmidt, Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozeß, in: FS Rudolf Wassermann, Neuwied 1984, 807-818; zurückhaltender Rolf Bender, Die entscheidungsleitende Funktion genereller Rechtstatsachen, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, Köln 1986, 603-615.

alforschung nicht eingerichtet. Darüber kann auch das Beispiel des Wettbewerbsrechts, wo empirische Umfrageforschung durch Sachverständige längst in größerem Umfang praktiziert wird, nicht hinwegtäuschen. Sie ist dort nur erträglich, wenn und weil sich das Beweisthema auf eng umschriebene Tatbestandsmerkmale beschränkt.

Das Problem soziologischer Jurisprudenz ist nicht der Beweis von Tatsachen, die unter eine präexistente Rechtsnorm subsumiert werden können. Vielmehr dienen die durch empirische Sozialforschung beizubringenden Fakten erst der **Rechtsgewinnung**. Es geht, in den Begriffen des Revisionsrechts gesprochen, nicht mehr um die Tatfrage, sondern um die Rechtsfrage. Damit entfällt die Anwendbarkeit des Beweisrechts und es eröffnen sich Fragen über Fragen: Wo soll man mit empirischer Sozialforschung anfangen, wo aufhören? Geschieht sie nach dem Opportunitätsprinzip oder ist sie obligatorisch? Ist sie abhängig von einem Parteiantrag oder wird sie von Amts wegen angeordnet? Haben die Parteien jedenfalls subsidiär ein Antragsrecht? Wer trägt die Kosten? Welche Forschungsmethoden sollen zugelassen werden? Erhalten die Parteien eine Möglichkeit, die Erstellung des Gutachtens zu kontrollieren? Diese Fragen sind von solchem Gewicht, daß empirische Sozialforschung zur Rechtsgewinnung *de lege lata* nicht in Betracht kommt, solange sie nicht durch die Prozeßordnungen institutionalisiert ist. Damit stellt sich die rechtspolitische Frage, ob man solche Institutionalisierung wünschen sollte. Sie käme allenfalls für die oberen Bundesgerichte, und auch dort nur in sehr engem Rahmen, in Betracht. Nur beim Bundesverfassungsgericht gibt es insoweit keine Probleme, da jedes einzelne Verfahren große präjudizielle Bedeutung hat und die technische Frage der Kosten dadurch geregelt ist, daß nach § 36 BVerfGG keine Kosten erhoben werden.

Diese eher technischen Probleme ließen sich vielleicht durch eine Änderung der Prozeßordnungen noch ausräumen. Es bleibt jedoch ein grundsätzlicheres Bedenken. **Sozialwissenschaftliche Theorien bilden und bewähren sich erst in einem längeren Forschungs- und Diskussionsprozeß.** Man kann daher nicht *ad hoc* Sozialforschung betreiben, um juristische Probleme zu lösen. So wenig, wie die Medizin für die Behandlung eines bestimmten Patienten ein neues Arzneimittel entwickelt und testet, kann die Rechtspraxis sich für die Entscheidung ihrer Fälle von den Sozialwissenschaften Lösungen erarbeiten lassen.

Im April 1984 veröffentlichten *Sherman* und *Berk* in der *American Sociological Review* die Ergebnisse eines Praxisexperiments, über den Erfolg von unterschiedlichen Maßnahmen der Polizei gegen Männer, die gegenüber ihrer Familie gewalttätig geworden waren⁸². Die Polizei reagierte entweder

⁸² *Lawrence W. Sherman/Richard A. Berk*, The Specific Deterrent Effects of Arrest for Domestic Assault, ASR 49, 1984, 261-272. Eine weitgehende Bestätigung der Ergebnisse bei *Richard A. Berk/Phyllis J. Newton*, Does Arrest Really Deter Wife Battery? An Effort to Replicate the Findings of the Minneapolis Spouse Abuse Experiment, ASR 50, 1985, 253-262. Die Autoren weisen darauf hin, daß es sehr schwierig sei, kriminalpolitische Empfehlungen zu

durch vorläufige Festnahme, durch eine Beratung der Beteiligten, teilweise verbunden mit einem Vermittlungsversuch, oder durch ein Gebot an den Täter, sich von der Familie vorläufig fernzuhalten. Dabei zeigte sich, daß die Festgenommenen entschieden weniger rückfällig wurden als die anderen beiden Gruppen. Die Autoren schlossen daraus auf die abschreckende oder Denkwort-Wirkung der Festnahme. Dieser Artikel fand in den USA eine ungewöhnlich breite Aufmerksamkeit. Tageszeitungen und Fernsehstationen berichteten darüber, und alsbald begann in vielen Städten die Zahl der Festnahmen in vergleichbaren Fällen dramatisch anzusteigen. Das große Echo dieser Untersuchung erklärt sich vielleicht daraus, daß die nahegelegte Nutzenanwendung sowohl den Vorstellungen der auf Recht und Ordnung erpichteten Konservativen als auch den Forderungen der Liberalen entsprach, die sich für den Schutz der Frauen engagieren. Bemerkenswert ist an diesem Vorgang, daß es eine einzelne Untersuchung war, die hier so viel Wirkung zeigte. Eine solche Untersuchung ist jedoch selten ausreichend, um zuverlässige sozialwissenschaftliche Theorien zu entwickeln. Es läßt sich zwar kaum angeben, wieviel Forschung notwendig ist, damit eine Theorie als gut bewährt der Praxis angeboten werden kann, um daraus Nutzen zu ziehen. Die Untersuchung von *Sherman/Berk* ist methodisch anspruchsvoll und ihre Ergebnisse sind plausibel. Möglicherweise sind durch ihre schnelle Nutzenanwendung etliche Frauen von Gewalttätigkeiten verschont worden. Dennoch, so meint *Lempert*, solle sich die Sozialforschung ein Beispiel daran nehmen, wie sorgfältig neue Arzneimittel getestet würden, bevor sie auf den Markt kämen, obwohl einige Menschen leiden müßten, wenn ein erfolgversprechendes neues Medikament nicht sogleich verfügbar sei. Nur so könne verhindert werden, daß Nebenwirkungen, die schwerer wiegen als der unmittelbare Erfolg, weitgehend ausgeschlossen werden, und nur dadurch sei langfristig der Glaubwürdigkeit der Medizin gedient⁸³

Die Möglichkeiten, die sich zur Verbesserung juristischer Urteile mit Hilfe der empirischen Sozialforschung auftun, müssen dennoch nicht ungenutzt bleiben. Ein Ausweg besteht darin, daß die Gerichte auf einen von der Wissenschaft erarbeiteten und in der Literatur verfügbaren Bestand zurückgreifen, ähnlich wie man den Revisionsgerichten die Verwertung von Erfahrungssätzen zubilligt. In der Praxis werden sich nur wenige die Mühe machen, auf diese Weise nach soziologisch fundierten Argumenten zu suchen. Man kann die Praxis zu soziologischer Jurisprudenz ebensowenig verpflichten, wie man sie ihr untersagen könnte. Daher wird **soziologische Jurisprudenz** zwar **kaum** zu einer **Alltagsmethode** » werden. Als Methode der Rechtsgewinnung hat sie ihren Platz in der Rechtswissenschaft, wie sie vor allem in den Universitäten institutionalisiert ist. Der Wissenschaftler verfügt noch am ehesten über die notwendige Distanz zu den Entscheidungszwängen der Praxis, um mit soziologischer Jurisprudenz ernst zu machen. Er ist insbesondere in der Lage, drängende und lohnende Probleme auszuwählen. Er kann sich aus dem vorhandenen Wissensbestand, durch Zusammenarbeit mit Fachsoziologen und aus eigenen Untersuchungen, ein Bild von den relevanten Tatsachen machen und auf dieser Basis die Rechtspraxis kritisieren und ihr neue Lösungen vorschlagen. Tatsächlich nutzen

geben. So könne der Abschreckungseffekt verloren gehen, wenn der Arrest zur Regel werde, weil er dann, insbesondere auch von der Polizei, nicht mehr ernst genommen werden, was sie auch den Verhafteten merken lasse.

⁸³ *Richard Lempert*, From the Editor, LSR 18, 1984, 505-513, 509 f.

§ 14 Möglichkeiten und Grenzen soziologischer Jurisprudenz

längst anspruchsvollere rechtswissenschaftliche Untersuchungen sozialwissenschaftliche Argumente. Für eine rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift gehört es inzwischen zum Standard, die Folgendiskussion aufzunehmen und sozialwissenschaftliches Material zu verwerten⁸⁴ Bei manchen ist das nur eine lästige Pflichtübung. Andere nehmen die Sache dafür um so ernster und arbeiten sehr erfolgreich. Zwar kann auch die Rechtswissenschaft nur ausgesuchte Themen auf soziologischer Grundlage behandeln. Die unvermeidliche Subjektivität der Themenwahl fällt aber nur wenig ins Gewicht, da die Entscheidungsvorschläge für die Praxis nicht unmittelbar verbindlich sind. Man wird einwenden, daß aus eben diesem Grunde eine Rechtswissenschaft auf soziologischer Grundlage zur Unwirksamkeit verurteilt sei. Aber es gibt keine Alternative.

⁸⁴ Vgl. z. B. *Klaus Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, Frankfurt a. M. 1972; *Johannes Köndge*, Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981; *Thomas Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969, *Udo Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied/Darmstadt 1979; *Gunther Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978; *Gisela Zenz*, Kindesmißhandlung und Kindesrechte, Frankfurt a. M. 1979.

