

Rechtssoziologie

von

Manfred Rehbinder



1977

Walter de Gruyter · Berlin · New York

SAMMLUNG GÖSCHEN 2853

Dr. jur. *Manfred Rehbinder*,
o. Professor an der Universität Zürich und Honorarprofessor an der
Universität Freiburg im Breisgau

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Rehbinder, Manfred
Rechtssoziologie. – 1. Aufl. – Berlin, New York:
de Gruyter, 1977.
(Sammlung Göschen; Bd. 2853)
ISBN 3-11-003817-X

© Copyright 1977 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1000 Berlin 30 – Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden – Printed in Germany – Satz und Druck: Saladruck, 1 Berlin 36 – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe-GmbH, 1 Berlin 61

Vorbemerkung

Rechts-Soziologie ist eine Bindestrich-Wissenschaft. Sie hat das Recht zum Gegenstand und ist daher ein Spezialgebiet der Rechtswissenschaft. Und sie untersucht das Recht als Bestandteil des sozialen Ordnungsgefüges und ist daher ein Spezialgebiet der Soziologie. Dementsprechend ist Rechtssoziologie bisher mit verschiedener Akzentuierung betrieben worden, je nachdem ob die betreffenden Wissenschaftler vorwiegend juristisch oder ob sie vorwiegend soziologisch interessiert waren. Die juristisch orientierten Rechtssoziologen betreiben Rechtssoziologie in pragmatischer Absicht. Sie wollen ihre Ergebnisse für die Rechtsanwendung und Rechtspolitik nutzbar machen und versuchen daher, eine angewandte, d. h. auf die Rechtspraxis bezogene Rechtssoziologie zu bieten. Demgegenüber wollen es die soziologisch orientierten Rechtssoziologen mit dem Aufzeigen sozialer Gesetzmäßigkeiten, mit einem besseren Verständnis der sozialen Wirklichkeit oder des ideologischen Hintergrundes des Rechts bewenden lassen. Entscheidungshilfe zu geben, liegt nicht in ihrer Absicht.

Die vorliegende Darstellung ist eine Rechtssoziologie für den Juristen, obwohl sie auch über die soziologisch ausgerichtete Rechtssoziologie orientiert. Sie wendet sich an den Studenten der Rechtswissenschaft und den juristischen Praktiker. Die Studienreform der letzten Jahre hat der Rechtssoziologie die Anerkennung als ordentliches Lehrfach sowie als Wahlprüfungsfach im ersten juristischen Staatsexamen gebracht. Zwar ist sie als Prüfungsfach, da meist mit dem Fach Rechtsphilosophie kombiniert, wenig attraktiv, weil man sich auf diese Weise im Kampf um den Einstieg in praktische Berufe kaum qualifizieren kann. Aber die für alle Juristen geforderte „Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in die Rechtswissenschaft“ – viel beredet, wenn auch schwer zu bewerkstelligen – ist heute deutlich auf dem Vormarsch. Die Vermittlung rechtssoziologischer Kenntnisse erfolgt dabei auf zwei Ebenen. Einmal werden die Aspekte des Faktischen bei der Behandlung des Normativen,

also im Rahmen der einzelnen rechtsdogmatischen Lehrveranstaltungen zunehmend berücksichtigt. Zum anderen werden die allgemeinen Grundlagen – belegt durch ausgewählte Einzelprobleme – im Rahmen einer eigenständigen Lehrveranstaltung nach dem Beispiel der Rechtsphilosophie und der Rechtsgeschichte behandelt. Für einen Unterricht der letzteren Art möchte diese Darstellung ein literarisches Hilfsmittel sein. Das erklärt, warum auf Detailprobleme nur wenig eingegangen werden konnte und warum die Darstellung einiger klassischer Ansätze der Rechtssoziologie einen verhältnismäßig breiten Raum einnimmt.

Zürich, im Juni 1977

Manfred Rehbinder

Inhalt

Vorbemerkung	3
I. Gegenstand und Aufgabe der Rechtssoziologie	9
1. Erkenntnisziel und Abgrenzung des Forschungsbereichs	9
a) Forschungsgegenstand: Rechtssoziologie als Wirklichkeitswissenschaft vom Recht	9
b) Erkenntnisinteresse: Gesellschaftstheoretische und praktische Rechtssoziologie	11
c) Forschungstechnik: Theoretische und empirische Rechtssoziologie	12
d) Erkenntnisziel: Eigenständigkeit der Rechtssoziologie als Wissenschaft	14
2. Nutzen für die Rechtspraxis: Soziologische Jurisprudenz ...	14
a) Rechtssoziologie und Rechtsprechung	15
aa) Sachverhaltsermittlung	16
bb) Normfindung	17
(1) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe	18
(2) Rechtslücken	26
(3) Die teleologische Auslegung	26
cc) Grenzen der Sozialforschung bei der Rechtsanwendung	30
b) Rechtssoziologie und Rechtspolitik	33
aa) Effektivitätsprognosen	33
bb) Legitimationsargumente	34
c) Grenzen der Rechtssoziologie: Die Relevanz rechtssoziologischer Argumente	35
II. Geschichte und Literatur der Rechtssoziologie	36
1. Zur geschichtlichen Entwicklung der Rechtssoziologie	36
a) Vorläufer der Rechtssoziologie	36
b) Begründer der Rechtssoziologie	38
c) Bedeutende Rechtssoziologen der letzten 50 Jahre	39
2. Themen rechtssoziologischer Forschung und rechtssoziologische Studienliteratur	42
3. Drei Klassiker der Rechtssoziologie	46
a) Eugen Ehrlich	46
aa) Das Recht als selbsttätige Ordnung der Gesellschaft (gesellschaftliches Recht)	46

(1) Recht als Organisation menschlicher Verbände	46
(2) Die Entstehung des Rechts aus den Rechtsstatsachen	47
3) Das Verhältnis des Rechts zu den anderen gesellschaftlichen Ordnungssystemen	48
bb) Das Recht als Schöpfung der Juristen (Juristenrecht)	50
(1) Die Entscheidungsnorm	50
(2) Die Entwicklung der Entscheidungsnorm zum Rechtssatz	51
cc) Das Recht als staatliche Zwangsordnung (staatliches Recht)	52
dd) Das lebende Recht	53
(1) Die Interdependenz von gesellschaftlichem Recht, Juristenrecht und staatlichem Recht	53
(2) Das Recht als Hebel des Soziallebens	55
(3) Der soziologische Rechtsbegriff	55
ee) Ehrlich und die Freirechtslehre	57
b) Max Weber	59
aa) Der Begriff des Rechts	60
(1) Der soziologische Rechtsbegriff	60
(2) Die Abgrenzung des Rechts von anderen Sozialordnungen	60
bb) Die These von der zunehmenden Rationalität des Rechts	61
(1) Die Idealtypen der Rationalität des Rechts	62
(2) Die Entstehung neuen Rechts durch neuartiges Gemeinschaftshandeln	63
cc) Die Entstehung neuen Rechts durch Oktroy	65
(1) Offenbarung	65
(2) Satzung	67
dd) Der unaustragbare Gegensatz zwischen formalem und materielem Prinzip der Rechtspflege	69
c) Karl N. Llewellyn	71
aa) Recht als Institution	72
bb) Recht als Mittel sozialer Kontrolle	73
cc) Recht als Verhalten des Rechtsstabes	74
dd) Recht als normative Technik	76
ee) Recht als Interaktion von Rechtsstab und Rechtsunterworfenen	78
ff) Die Entstehung neuen Rechts aus dem Gruppenleben und aus dem Handeln des Rechtsstabes	79
gg) Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik	80

III. Rechtssoziologie als Gesellschaftswissenschaft	81
1. Grundbegriffe der Soziologie	82
2. Der soziologische Rechtsbegriff	95
3. Die Methoden der Rechtstatsachenforschung	100
a) Untersuchungsgegenstand	100
aa) Untersuchungsobjekt	101
bb) Fragestellung	104
b) Untersuchungsanordnung	106
aa) experimentell oder nicht-experimentell	107
bb) historisch oder komparativ	110
c) Untersuchungstechnik	114
aa) Dokumentenanalyse	115
bb) Befragung	117
cc) Beobachtung	120
IV. Rechtsstruktur und Gesellschaftsstruktur: Die Entwicklungstendenzen des Rechts in der Gegenwartsgesellschaft	122
1. Die Tendenz zur Vereinheitlichung des Rechts	123
2. Die Tendenz zur Sozialisierung des Rechts	128
3. Die Tendenz zum Anwachsen des Rechtsstoffes	133
4. Die Tendenz zur Spezialisierung und Bürokratisierung des Rechtswesens	135
5. Die Tendenz zur Verwissenschaftlichung des Rechts	137
6. Ergebnis	140
V. Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts	142
1. Die Bereinigung von Konflikten	145
2. Die Verhaltenssteuerung	148
3. Die Legitimierung und Organisation sozialer Herrschaft	153
4. Die Gestaltung der Lebensbedingungen	154
5. Die Rechtspflege	156
6. Zusammenfassung	157
VI. Recht und sozialer Wandel:	
Zur Effektivität des Rechts	158
1. Mängel der Sozialisation durch Rechtsentfremdung	158
2. Rechtsentfremdung und Sozialstruktur	160
3. Grundlagen für die Effektivität des Rechts	163
a) Rechtskenntnis	164
b) Rechtsbewußtsein	165
c) Rechtsethos	168
4. Mittel zur Gewährleistung der Effektivität des Rechts	169
a) Maßnahmen gegenüber dem Rechtsstab	169
b) Maßnahmen gegenüber der Öffentlichkeit	171

VII. Anfänge und Fortschritte einer Soziologie der Justiz	173
1. Die Anfänge der Justizsoziologie in Deutschland	174
2. Die Justizsoziologie in den USA	176
3. Das Wiedereinsetzen der Justizforschung in der Bundesrepublik	180
Personenregister	182
Sachregister	185

I. Gegenstand und Aufgabe der Rechtssoziologie

1. Erkenntnisziel und Abgrenzung des Forschungsbereichs

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Recht kann im Hinblick auf drei unterschiedliche Erkenntnisziele erfolgen. Man kann (1) nach der Gerechtigkeit des Rechts fragen, sich also mit den Wertvorstellungen beschäftigen, die hinter bestimmten rechtlichen Regelungen stehen, und diese Wertvorstellungen auf ihre Angemessenheit überprüfen. Untersuchungsgegenstand ist dann die *Idealität* des Rechts. Im Regelfall fragt der Jurist (2) danach, was in einer bestimmten Situation als Recht gilt. Er beschäftigt sich mit dem Sinngehalt bestimmter rechtlicher Regelungen. Untersuchungsgegenstand ist dann die *Normativität* des Rechts. Schließlich kann (3) nach der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Rechts gefragt werden, nach der Realität bestimmter rechtlicher Regelungen, nach dem Rechtsleben. Untersuchungsgegenstand ist dann die *Faktizität* des Rechts. Demgemäß unterteilt heute die internationale Rechtstheorie die Rechtswissenschaft erkenntnistheoretisch in drei getrennte Sphären: in *Wertwissenschaft*, in *Normwissenschaft* und in *Erfahrungswissenschaft* (Lehre von der Dreidimensionalität des Rechts). Das Nachdenken über das „richtige“ (gerechte) Recht ist Sache der Rechtsphilosophie. Sie fragt nach dem Wohin (rechtspolitische Zielsetzung) und dem Warum (Werte hierarchie). Die Bestimmung des normativen Sinngehalts des Rechts (die Entscheidung über das „Sollen“ im Recht) ist Sache der Rechtsdogmatik. Sie fragt nach dem Wie (also nach dem Inhalt des „Sollens“ und den Methoden und Techniken seiner Ermittlung). Die Erforschung der sozialen Wirklichkeit des Rechts (die Aussage über das „Sein“ des Rechts) ist Sache der Rechtssoziologie. Sie fragt nach dem Was (beschreibt und erklärt also das „Sein“ des Rechts).

a) Forschungsgegenstand: Rechtssoziologie als Wirklichkeitswissenschaft vom Recht

Rechtssoziologie ist also die Wirklichkeitswissenschaft vom Recht. Wir verstehen darunter abkürzend alle Zweige der Wirklichkeits-

wissenschaft, obwohl die Bezeichnung Soziologie (Lehre von der Gesellschaft) im heutigen Sprachgebrauch nicht mehr alle Sozialwissenschaften umfaßt. Denn auch die Wirtschaftswissenschaften wie Volkswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftslehre, auch Anthropologie und Ethnologie, Sozialpsychologie, Verhaltenswissenschaften und andere Teilgebiete der Sozialwissenschaften untersuchen Ausschnitte aus der sozialen Wirklichkeit, die rechtlich relevant sein können. Rechtssoziologie in diesem umfassenden Sinne untersucht die Entstehung des Rechts aus dem Sozialleben und begreift damit das Recht als Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse (*genetische* Rechtssoziologie). Sie untersucht ferner die Wirkung des Rechts im Sozialleben und begreift damit das Recht als Regulator gesellschaftlichen Handelns (*operationale* Rechtssoziologie). Während bei den Klassikern der Rechtssoziologie wie *Eugen Ehrlich* und *Max Weber* (vgl. u. II 3) noch der genetische Aspekt im Vordergrund stand, hat sich jetzt zunehmend das Interesse auf den mehr praktischen, operationalen Aspekt verlagert (Rechtswissenschaft als social engineering = Sozialtechnik oder – in der sozialistischen Terminologie – als Leitungswissenschaft, vgl. *M. Rehbinde/H. Schelsky*, Hrsg.: *Zur Effektivität des Rechts*, 1972). Beide Untersuchungsrichtungen gehören jedoch eng zusammen. Forschungsgegenstand der Rechtssoziologie ist demnach die wechselseitige Abhängigkeit (*Interdependenz*) vom Recht und Sozialleben.

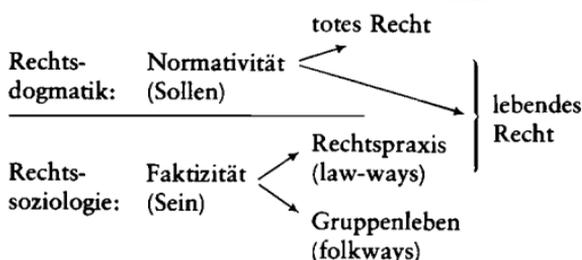
Rechtssoziologie untersucht also nicht das Recht als Summe der geltenden Rechtsnormen (*law in books*), sondern das lebende Recht (*law in action*). Lebendes Recht sind nur diejenigen Rechtsnormen, die in der Rechtspraxis durchgesetzt werden können. Normgefüge und Realordnung müssen identisch sein. Normativität und Faktizität des Rechts sind damit zwar erkenntnistheoretisch getrennte Sphären. Für eine Wirklichkeitswissenschaft vom Recht (*Rechtsrealismus*) gehören sie jedoch beide zum Rechtsbegriff: lebendes Recht ist geltendes Recht, das wirksam ist.

Eine Wirklichkeitswissenschaft beobachtet aber nicht nur das lebende Recht, wie es sich an der Rechtspraxis ablesen läßt, d. h. am Verhalten derjenigen, die sich speziell mit der Aufstellung, Anwendung und Durchsetzung von Rechtsnormen beschäftigen, des sog. *Rechtsstabes*. Auch das Verhalten der *Rechtsunterworfenen* muß beobachtet werden, d. h. das Verhalten derjenigen, auf die das

Recht Anwendung findet. Denn das Recht ist ein *Herrschaftsinstrument*, das dazu bestimmt ist, das Sozialleben zu steuern und zu korrigieren. Ob es diese Aufgabe tatsächlich erfüllt, kann nur durch Beobachtung des Soziallebens festgestellt werden. Gelingt es nicht, die in den Rechtsnormen zum Ausdruck kommenden Verhaltenserwartungen im Sozialleben zu realisieren, hat das Recht seine Aufgabe verfehlt. Es kommt daher im Sozialleben oft zu einem Kampf zwischen Rechtsstab und Rechtsunterworfenen, von dessen Ausgang der Erfolg des Rechts abhängt. Als Rechtswirklichkeit ist deshalb das Interaktionsfeld von Rechtsstab und Rechtsunterworfenen anzusehen oder – wie oben definiert – die Interdependenz von Recht und Sozialleben.

Schaubild zur Dreidimensionalität des Rechts

Rechts- Idealität
philosophie: (Gerechtigkeitsvorstellungen, Werte)



b) Erkenntnisinteresse: Gesellschaftstheoretische und praktische Rechtssoziologie

Der spezielle Blickwinkel, das Recht als Ergebnis und als bestimmenden Faktor des Soziallebens zu sehen, macht die Rechtssoziologie nicht nur zu einem von Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik deutlich abgegrenzten Spezialgebiet der Rechtswissenschaft, sondern zugleich zu einem Spezialgebiet der Soziologie, der Wissenschaft vom Zusammenleben der Menschen in Gesellschaft, vom menschlichen Sozialleben. Denn das Recht ist eines der vielen Ordnungsmuster, nach denen menschliches Verhalten in Gesellschaft abläuft; es gehört zum sozialen Ordnungsgefüge, das den einzelnen in die Gesellschaft integriert, und damit zum Sozialisationsprozeß, den die Soziologie mit dem Ausdruck „soziale Kontrolle“ kennzeichnet (vgl. u. III 1).

Rechtssoziologie, als Soziologie betrieben, kann aber ein anderes Erkenntnisziel haben als die Rechtssoziologie des Rechtswissenschaftlers. Die Entdeckung sozialer Gesetzmäßigkeiten bei der Entstehung und Wirkung von Recht in der Gesellschaft wird von Soziologen oft dazu benutzt, sie zu einer Theorie sozialen Handelns oder zu einer Theorie sozialer Systeme zu verallgemeinern und diese allgemeine Theorie dann – in historischer Perspektive – mit einer evolutionären Theorie der Gesellschaft zu verbinden. Diesem gesellschaftstheoretischen Erkenntnisinteresse, das in der Rechtssoziologie in erster Linie eine soziologische Theorie des Rechts (sociological theory of law) zu erarbeiten wünscht (*reine* Rechtssoziologie als Erklärungswissenschaft, z. B. *Max Weber: Rechtssoziologie*, hrsg. *J. Winckelmann*, 3. Aufl. 1973, oder *Niklas Luhmann: Rechtssoziologie*, 2 Bde. 1972), steht das Erkenntnisinteresse des Rechtswissenschaftlers gegenüber, der die Erforschung des Zusammenhanges von Recht und Sozialleben für die Rechtspraxis nutzbar machen will (*angewandte* Rechtssoziologie als Handlungswissenschaft, z. B. *J. Carbonnier: Rechtssoziologie*, 1974, *Ernst E. Hirsch: Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge*, 1966). Erkenntnisziel ist hier eine soziologische Rechtslehre (sociological jurisprudence), die die sociology of law zu einer sociology in law verwandelt, indem sie wissenschaftliche Erkenntnisse in praktische Rechtsanwendung und Rechtssetzung umsetzt und damit Entscheidungshilfe bietet (vgl. *F. K. Beutel: Die Experimentelle Rechtswissenschaft*, 1971).

Auch der soziologisch orientierte Rechtssoziologe mag zuweilen praktische Ziele verfolgen, doch fehlen ihm meist die erforderlichen Kenntnisse der Rechtstechnik, um praxisnahe Ergebnisse zu erzielen. Dies legt den Gedanken an interdisziplinäre Zusammenarbeit nahe, die gelegentlich auch versucht wurde, aber nur selten zu nennenswertem Erfolg geführt hat, so daß gegenwärtig gesellschaftstheoretische und praktische Rechtssoziologie oft recht beziehungslos nebeneinander stehen.

c) Forschungstechnik: Theoretische und empirische Rechtssoziologie

Der Gegensatz von reiner (gesellschaftstheoretischer) und angewandter (praxisbezogener) Rechtssoziologie fällt nicht mit dem Gegensatz von empirischer und theoretischer Rechtssoziologie zu-

sammen. Letzterem liegt die Unterscheidung der Forschungstechniken in Empirie und Theorie zugrunde. Theoretische Arbeit erfolgt im Wege der Verallgemeinerung durch Konstruktion von Fakten, sozialen Gesetzmäßigkeiten und Hypothesen (Forschungsannahmen) zu einem System, aus dem neue Hypothesen abgeleitet werden können (Beispiel einer solchen theoretischen Rechtssoziologie: *Th. Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, hrsg. von *Trappe*, 2. Aufl. 1970). Empirische Arbeit erfolgt im Wege der Verifizierung und Falsifizierung von Hypothesen durch systematisch, methodisch-kontrolliert erhobene Tatsachen (Beispiel einer solchen empirischen Rechtssoziologie: *Bundesrechtsanwaltskammer*, Hrsg., *Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, 2 Bde. 1974). Empirische Rechtssoziologie wird daher auch im Gegensatz zur theoretischen Rechtssoziologie als *Rechtstatsachenforschung* bezeichnet (vgl. *Arthur Nussbaum*: *Die Rechtstatsachenforschung*, hrsg. von *M. Rehbinder*, 1968, und dazu *M. Rehbinder*: *Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie* 1, 1970, S. 334–359). Rechtstatsachenforschung hat die Aufgabe festzustellen, ob bestimmte theoretische Aussagen über die Entstehung und Wirkung des Rechts in der Gesellschaft der Wirklichkeit entsprechen oder nicht. Sie entscheidet über die wissenschaftliche Wahrheit rechtssoziologischer Aussagen.

Allerdings besteht über den Stellenwert der Rechtstatsachenforschung, wie über den der empirischen Sozialforschung überhaupt, Streit. Die Vertreter einer erfahrungswissenschaftlichen (neopositivistischen oder analytischen) Soziologie sehen das Ziel und die Möglichkeit soziologischer Erkenntnis in der Beschreibung und Erklärung sozialer Phänomene. Sie lassen daher nur solche theoretischen Aussagen als wissenschaftlich zu, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit empirisch überprüfbar ist. Für sie steht daher die empirische Arbeit im Mittelpunkt des Erkenntnisprozesses. Anders die Vertreter einer dialektischen (neomarxistischen oder philosophisch-kritischen) Soziologie, die nicht nur beschreiben und erklären, sondern – als Wissenschaft – auch kritisch beurteilen will. Die von ihren Anhängern aus der Natur des Menschen und historischen Entwicklungsnotwendigkeiten abgeleiteten Wertmaßstäbe der Kritik sind empirisch nicht überprüfbar. Empirische Forschung ist für sie deshalb zwar notwendig, soweit sie den zu beurteilenden Sachverhalt

beschreibt und erklärt, aber nur sozusagen als erster Schritt für die entscheidende „kritische“ Beurteilung (zu diesem sog. Werturteilsstreit der beiden sich befehdenden soziologischen „Weltanschauungen“ vgl. den Sammelband *H. Albert/E. Topitsch: Werturteilsstreit*, 1971).

d) Erkenntnisziel: Eigenständigkeit der Rechtssoziologie als Wissenschaft

Die Rechtstatsachen, die die empirische Rechtssoziologie erhebt, können aus allen Bereichen des Soziallebens stammen. Denn es gibt kaum einen Sachverhalt, der nicht Gegenstand rechtlicher Regelungen sein könnte. So haben sich z. B. die mittelalterlichen Kleiderordnungen mit Fragen der Mode befaßt. Die Rechtstatsachen, die im Einzelfall benötigt werden, werden daher häufig soziale Daten sein, die in anderen Spezialgebieten der Soziologie erhoben werden. Eine rechtssoziologische Untersuchung bestimmter Vorschriften aus dem Familienrecht wird z. B. Daten aus der Familiensoziologie verwenden können. Diese Erkenntnis hat bei einigen Autoren zu der Folgerung geführt, es gäbe im Grunde keine eigenständige Rechtssoziologie, sondern nur soziologische Aspekte der Rechtswissenschaft (so *J. Stone: Lehrbuch der Rechtssoziologie*, Bd. 1, 1976, S. 48–56).

Hier wird jedoch Erkenntnisobjekt und Erkenntnisziel verwechselt. Sicher haben rechtssoziologische Untersuchungen zur Stellung des unehelichen Kindes dasselbe Untersuchungsobjekt wie entsprechende Untersuchungen der Familiensoziologie. Ihr Tatsachenmaterial ist jedenfalls in weiten Teilen dasselbe. Doch über die Eigenständigkeit einer wissenschaftlichen Disziplin entscheidet nicht ihr Erkenntnisobjekt, sondern ihr Erkenntnisziel. Sobald bestimmte soziale Sachverhalte Gegenstand von Rechtsnormen sind, können sie unter dem Erkenntnisziel „lebendes Recht“ untersucht werden, was andere (meist begrenztere, dafür aber spezifischere) Erkenntnisse vermittelt als zum Beispiel das Erkenntnisziel „lebende Familie“.

2. Nutzen für die Rechtspraxis: Soziologische Jurisprudenz

Die Rechtswissenschaft bedarf der Einbeziehung der Sozialwissenschaften; denn die Kenntnis der Rechtswirklichkeit ist für die

Rechtspraxis unabdingbar, soll das Recht seine sozialen Funktionen erfüllen. Die Umsetzung rechtssoziologischer Erkenntnisse in die Rechtspraxis geschieht durch die *soziologische Jurisprudenz*, eine angewandte Rechtssoziologie, nämlich die Lehre von der soziologisch orientierten Aufstellung, Anwendung und Durchsetzung der Rechtsnormen durch den Rechtsstab. Die Aufstellung von Rechtsnormen, d. h. die Rechtssetzung, erfolgt innerhalb des Rechtsstabes schwerpunktmäßig durch die Legislative. Doch kommt sie auch in der Verwaltung (Rechtsverordnungen) und in der Rechtsprechung vor (Richterrecht). Sie ist wissenschaftlich betrieben Gegenstand der Rechtspolitik (Gesetzgebungslehre, Planung). Die Anwendung und Durchsetzung von Rechtsnormen hingegen, d. h. die Rechtspflege, erfolgt schwerpunktmäßig in der Verwaltung und in der Rechtsprechung. Sie ist wissenschaftlich betrieben Gegenstand der Lehre von der Sachverhaltsermittlung (Beweiserhebung und Beweiswürdigung) und der Rechtsdogmatik. Wir behandeln im folgenden aus der Rechtspflege nur die Tätigkeit der Gerichte. Sie steht für die Frage nach dem Nutzen der Rechtssoziologie für die Rechtspraxis im Vordergrund der Betrachtung; denn im Konfliktsfall entscheidet über die Rechtmäßigkeit (Rechtsgültigkeit) der Rechtspflege durch die Verwaltung die Spruchtätigkeit der Gerichte.

a) Rechtssoziologie und Rechtsprechung

Die Rechtsverwirklichung durch Rechtsprechung geschieht auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung und auf der Ebene der Normfindung; denn Rechtsprechung bedeutet die Subsumtion eines Sachverhalts unter den Tatbestand einer bestimmten Rechtsnorm. Nicht immer bedarf eine derartige Rechtsverwirklichung der soziologischen Orientierung. In einer Vielzahl von Gerichtsfällen liegt der Sachverhalt klar zu Tage und sind die in Betracht kommenden Rechtsnormen hinreichend deutlich. Auch können viele Unklarheiten im Normengefüge ohne Hilfe sozialwissenschaftlicher Abklärungen durch grammatische oder systematische Auslegung sachentsprechend gelöst werden. Dennoch bleibt eine Fülle von Fällen, insbesondere solche von grundsätzlicher Bedeutung übrig, in denen die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse erforderlich ist, um Rechtsprechung auf wissenschaftlicher Grundlage zu betreiben.

aa) Sachverhaltsermittlung

Liegen die Probleme eines Falles bei der Sachverhaltsermittlung, so ist eine mehr oder weniger abstrakt gehaltene Norm, die generell für alle gleichliegenden Fälle gilt, an sich bekannt. Die Frage ist nur, ob im konkreten Streitfall rein tatsächlich eine Situation gegeben ist, die zur Anwendung dieser Norm führen muß. So ist z. B. darüber zu entscheiden, ob ein Kind aus geschiedener Ehe besser bei der Mutter oder bei dem Vater aufgehoben ist. Hier geht es um Beweiserhebung und Beweiswürdigung. Dabei werden meist Einzeltatsachen eine Rolle spielen, d. h. Tatsachen, die sich auf einen einzelnen Menschen oder eine einzelne Sache beziehen. So kann es darauf ankommen, ob – wie behauptet – die Mutter wegen Trunksucht den Haushalt vernachlässigt. Doch können auch generelle Tatsachen Gegenstand der Sachverhaltsermittlung sein. Das ist besonders der Fall, wenn eine Fallprognose Gegenstand der Beweiserhebung ist. Dann wird es z. B. darauf ankommen, ob bestimmte psychische oder soziale Gegebenheiten, etwa der Beruf als Kellnerin, typischerweise eine Frau daran hindern, ihren Mutterpflichten ausreichend nachzukommen. Auch die Beweiswürdigung wird recht häufig zu generellen Tatsachen Zuflucht nehmen müssen. So wenn man davon ausgeht, daß Zeugen unter bestimmten Voraussetzungen im allgemeinen glaubwürdig oder unglaubwürdig sind oder daß gewisse Verletzungen typischerweise bestimmte Folgeschäden nach sich ziehen.

Während nun bei Einzeltatsachen als Beweismittel Augenschein, Zeugenaussagen und Urkunden im Vordergrund stehen und nur in schwierigen Fällen auf Sachverständigengutachten zurückgegriffen wird, sind die Richter bei generellen Tatsachen allein auf Sachverständigengutachten angewiesen, wollen sie nicht aus eigener Sachkunde entscheiden. Soll nun die Rechtsfindung auf wissenschaftlicher Basis geschehen, müssen Sachverständigengutachten ebenso wie die Entscheidung aus eigener Sachkunde alle verfügbaren Erkenntnisse heranziehen und fachgerecht als Erkenntnisquelle ausschöpfen. Zwar fehlt es heute noch weitgehend an einem anerkannten Kanon psychologischer und soziologischer Techniken der Beweiserhebung und Beweiswürdigung. Die Praxis wird hier von Alltagstheorien beherrscht, die wissenschaftlicher Überprüfung nicht immer standhalten (vgl. *Karl-Dieter Opp*: Soziologie im Recht,

1974). Doch gibt es ein Gebiet der Sachverhaltsermittlung, wo Sozialforschung bereits häufig geübt wird und sich allem Anschein nach ausgezeichnet bewährt. Auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes nämlich werden heute die Verkehrsgeltung von Warenzeichen, Firmen- und Geschäftszeichen sowie die Verwechslungsgefahr von Warenzeichen, Ausstattungen oder Werbeslogans oft durch demoskopische Sachverständigengutachten ermittelt, die die Kenntnisse und Reaktionsweisen des Publikums untersuchen (*W. Sauberschwarz: Gutachten von Markt- und Meinungsforschungsinstituten als Beweismittel im Wettbewerbs- und Warenzeichenprozeß*, 1968).

Beweiserhebung und Beweiswürdigung können auch mittelbar die Rechtsfindung beeinflussen, wenn sie zu richterlichem Fallrecht führen. Das ist um so eher möglich, je mehr sie auf sozialwissenschaftlicher Grundlage erfolgen. Wenn z. B. im Regelfall bei jüngeren Kindern die Mutter für geeigneter gehalten wird, die elterliche Gewalt auszuüben, dann entsteht bald ein Richterrecht des Inhalts, daß jüngere Kinder der Mutter zuzusprechen sind, es sei denn, daß der Vater aus besonderen Gründen als geeigneter erscheint.

bb) Normfindung

Liegen die Probleme eines Falles weniger bei der Sachverhaltsermittlung als bei der Normfindung, so bedeutet Rechtsverwirklichung durch soziologische Orientierung die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in das System des geltenden Rechts. Mit dieser Art der Normfindung betreten wir den Kernbereich der soziologischen Jurisprudenz; denn nur die Normfindung, nicht die Ermittlung des im Einzelfall zu beurteilenden Sachverhalts gehört in den Bereich der Rechtsdogmatik, die ja mit der Bezeichnung Jurisprudenz, d. h. Rechtsgelehrsamkeit, gemeint ist. Rechtsdogmatik als Lehre vom Sinngehalt der Rechtsnormen (von griechisch: dogma = Lehrsatz; *dokei moi* = es leuchtet ein) bietet im Interesse der Rechtsfindung und des Rechtsunterrichts ein System aufeinander bezogener Rechtsnormen. Die Einbeziehung rechtssoziologischer Erkenntnisse in dieses System von Sollenssätzen geschieht schwerpunktmäßig an drei Stellen: Bei der Konkretisierung generalklauselartiger Verweisungsnormen und unbestimmter Rechtsbegriffe, bei

der Rechtsschöpfung im Falle von Rechtslücken und bei der teleologischen Auslegung.

(1) Die Konkretisierung generalklauselartiger Verweisungsnormen und unbestimmter Rechtsbegriffe

Eine Fülle von Rechtsnormen verweist den Rechtsanwender auf *außerrechtliche Verhaltensmuster* wie Treu und Glauben, Verkehrssitte, Handelsbräuche oder gute Sitten. Das Vorhandensein und die Geltung derartiger außerrechtlicher Sozialordnungen werden von der Rechtsordnung vorausgesetzt, weil diese das Sozialleben nur teilweise regeln kann und im Interesse größerer Flexibilität auch nur teilweise regeln will. Derartige Verweisungen, die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgenommen werden, ermächtigen die betroffenen Kreise, sich in den außerrechtlichen Sozialordnungen ihr Recht selbst zu schaffen. *Theodor Geiger* spricht deshalb in diesen Fällen von legislatorischer Autorisation. Hier ist der Bereich freier Rechtsbildungen, die sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in dem von ihm zugestandenen Rahmen zu bewegen haben, die aber gelegentlich diesen Rahmen sprengen und sich gegenüber entgegenstehenden Normen des gesetzten Rechts durchsetzen. Damit tritt eine Überlagerung des gesetzten Rechts durch neues „freies“ Recht ein, das dem gesetzten Recht seine Wirksamkeit und damit seine faktische Existenz nimmt (siehe unter (2)).

Das Bestehen derartigen untergesetzlichen Rechts, das seine Rechtsqualität aus der rechtlichen Verweisungsnorm bezieht, kann mit den Mitteln der empirischen Sozialforschung festgestellt werden. Dabei scheint es auf den ersten Blick, als ob es zwei prinzipiell verschiedene Arten von Verweisungen geben würde, nämlich die Verweisungen auf Faktisches mit zusätzlicher Bewertung und die Verweisungen auf Faktisches ohne zusätzliche Bewertung. Als Beispiele für diese beiden Arten seien hier die Verweisungen auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB, 346 HGB) und die Verweisungen auf die guten Sitten (§§ 138, 826 BGB, 1 UWG) gegenübergestellt. Verkehrssitten, insbesondere die Handelsbräuche und die Bräuche in der Arbeitswelt (die sog. Betriebsübung), scheinen sich auf faktisches Verhalten zu beschränken, während die guten Sitten nur solche Sitten sind, die mit dem Werturteil „gut“ versehen werden können. So einfach jedoch liegen die Dinge nicht. Auch die Verkehrssitte ist näm-

lich mehr als eine rein faktische Übung, mehr als bloße Regelmäßigkeit des Verhaltens. Sie liegt nur bei Regelmäßigkeit vor, d. h. bei Wertung durch die Betroffenen als verbindlich. Die Verkehrssitte ist also nicht nur Seinsgesetzlichkeit, sondern echte Sollensnorm. Es müssen deshalb zwei Dinge empirisch festgestellt werden: die tatsächliche Übung und die *opinio necessitatis*. Beide Untersuchungsgegenstände führen aber zu weiteren Problemen.

Tatsächliche Übungen lassen sich als Verkehrsgebräuche feststellen oder als typische Rechtsgeschäfte, wenn ein Vertrag im Wege sog. „Auslegung“ nach §§ 157, 242 BGB ergänzt werden muß. Neben den gesetzlichen Normaltypen bestimmter Rechtsgeschäfte, die im dispositiven Recht verankert sind, entstehen im Laufe der Zeit neue, im Wege der Vertragspraxis entwickelte Normaltypen. Es handelt sich hier um die typisch „atypischen“ oder gemischt-typischen Verträge, d. h. um neue Durchschnittstypen, die die gesetzlichen Normaltypen in der Rechtswirklichkeit ergänzen oder gar verdrängen. Die Normen dieser neuen typischen Rechtsgeschäfte wie Leasing, Factoring, der Reiseveranstaltungsvertrag oder der Tankstellenvertrag, müssen faktisch erst einmal ermittelt werden, um derartigen Erscheinungen bei der rechtlichen Beurteilung dieser Verhältnisse nach den §§ 157, 242 BGB gerecht werden zu können. Die Frage für das empirische Vorgehen ist hier nur: mit welcher Häufigkeit müssen derartige Übungen eigentlich festgestellt werden können, um berücksichtigt zu werden? Und was soll geschehen, wenn unterschiedliche, sich widersprechende Übungen festgestellt werden? Ferner: sollen nur regional feststellbare Übungen auch für die übrigen Regionen berücksichtigt werden? Oder: sollen auch kurzfristige Erscheinungen Beachtung finden?

Die letzteren beiden Fragen werden heute allgemein verneint. Auch in der Region, zu der die Beteiligten gehören, müssen die festgestellten Übungen, z. B. die Handhabung von Schönheitsreparaturen im Mietverhältnis, aufzuweisen sein. Auch bedarf es eines „gewissen“ Zeitraumes – wie der BGH (NJW 1952, S. 257) sagt – bis man von einer Verkehrssitte sprechen kann. Keine Klarheit herrscht jedoch darüber, welcher Häufigkeitsgrad festgestellt werden muß, damit die Übung als Verkehrssitte Beachtung finden kann. Typisch ist hier die Kommentierung im Großkommentar zum HGB: „Die Übung muß eine herrschende sein. Sie muß also über die Handlungsweise

einzelner, vielleicht auch vieler Personen hinausragen. Wenn neben der Übung derselbe Gegenstand in beachtlichem Umfange auch anders gehandhabt wird oder wenn der Handhabung von einem beachtenswerten Teil des betreffenden Verkehrskreises wiederholt widersprochen oder tatsächlich entgegengehandelt worden ist, ‚herrscht‘ die Übung nicht“ (Ratz in Komm. HGB, 3. Aufl. 1968, § 346 Anm. 29 c). Welchen Nutzen exakte Sozialforschung bei derart unbestimmten Entscheidungskriterien haben soll, kann man sich schwer vorstellen. Kein Wunder also, daß man hier in der Praxis auf die Hilfe der Sozialforschung weitgehend verzichtet. Die Gerichte urteilen entweder aufgrund ihrer sog. Lebenserfahrung oder sie verstecken sich hinter den Feststellungen von Industrie- und Handelskammern und ähnlichen Organisationen, deren Entscheidungskriterien im Einzelfall ebenfalls in wohltuendes Dunkel gehüllt sind. Wären die Voraussetzungen, die man an die Geltung von Übungen zu stellen hat, dagegen klar, könnten die Sozialwissenschaften viel zur Objektivierung des Rechtsfindungsvorganges beitragen.

Ähnliche Unklarheit wie über die Feststellung einer Übung herrscht hinsichtlich der Voraussetzungen für die Feststellung der erforderlichen *opinio necessitatis*, damit die Übung als Verkehrssitte anerkannt werden kann. Tatsächliches Verhalten muß in den betroffenen Kreisen als richtig, der Rechtsgeschäftstyp, wie er sich z. B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ablesen läßt, muß als gerecht empfunden werden. Dazu gehören bei Normen, die Pflichten und Rechte verteilen, natürlich immer zwei, so daß sowohl der Normadressat als auch Normbenifiziar befragt werden müssen. Doch weiß man nicht, wie hoch der Anteil der Gruppenmitglieder sein muß, der der Übung zustimmt und der ihre Einhaltung erwartet. Die sog. „subjektive“ Komponente der Verkehrssitte liegt also im juristischen Dunkel, zu dessen Aufhellung die Sozialwissenschaften nichts beizutragen vermögen, dessen Aufhellung aber notwendig wäre, um Sozialforschung im Recht hier als sinnvoll erscheinen zu lassen.

Wir treffen auf dieselbe Problematik, wenn wir jetzt zu denjenigen Verweisungen übergehen, die ausdrücklich außerrechtliche Wertvorstellungen zum Gegenstand haben. Der Hauptfall ist hier die Verweisung auf die guten Sitten. Art. 2 GG verweist auf das Sittengesetz, das AktG in den Rechnungslegungsvorschriften auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung. Strafrecht, aber auch