

## TATSACHENURTEILE IM PROZESS RICHTERLICHER RECHTSSETZUNG\*

Von Gerd Winter, Konstanz

I. Fragestellung — II. Zur Methodologie des Wertens — 1. Logisches Schließen — 2. Semantische Gleichheit — 3. Methodische Maximen — III. Zur Soziologie des Wertens — 1. Personale Faktoren — 2. Strukturelle Bedingungen des Entscheidungsprozesses — IV. Folgen der prospektiven Begründung richterlicher Rechtsetzung — 1. Konservative oder innovative Tendenz — 2. „Judicial self-restraint“ oder „countervailing power“ — 3. Systemerhaltung oder Emanzipation — 4. Anfälligkeit für Irrtum — 5. Überinformation? — V. Ergebnisse.

I. Die neuere Kritik an der positivistischen Auffassung vom Prozeß der Rechtsgewinnung geht methodisch in zweierlei Weise vor: hermeneutisch durch sprachliche und inhaltliche Analyse von Urteilen und Rechtsätzen<sup>1</sup>, und empirisch durch Erforschung der psychischen und sozialen Faktoren des richterlichen Entscheidens<sup>2</sup>. Sie verzweigt sich — hierzu querlaufend — weiter in vorwiegend deskriptiv-erklärende und mehr präskriptive Studien. Sie hat einen je nach Umständen unterschiedlich breiten Handlungsspielraum des Richters gegenüber dem Gesetz aufgedeckt und ihn so zu strukturieren versucht, daß Dezisionismus einerseits, Berufung auf erfüllte materiale Werte andererseits vermieden werden. Dabei richtet sich die Aufmerksamkeit vor allem auf die Einbettung der Entscheidung in eine mehr oder weniger systematisch und flexibel gedachte Ordnung von Werten und Präferenzen<sup>3</sup>. Im Unterschied zu der Subtilität dieser Diskussion wird die Frage nach der Rolle von Tatsachenurteilen im Prozeß der Auswahl zwischen Normalalternativen häufig noch durch die grobschlächtige These, Sollen sei nicht aus Sein ab-

\* Meiner Frau und den Herren Gabriel, Grauhan, Kambartel, Mittelstraß, Scharpf, Stein und Walz danke ich (— mag das Folgende auch hinter ihr zurückbleiben —) für Kritik.

<sup>1</sup> Besonders detailliert *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1967; *Zippelius*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1967.

<sup>2</sup> s. hierzu die amerikanische Literatur zum judicial process, repräsentativ etwa die Reader von *Goldman, Jahnige*, The Federal Judicial System, New York 1968; *Grossmann, Tanenhaus*, Frontiers of Judicial Research, New York 1969; *Schubert*, Judicial Decision-Making, New York 1963; *Schubert, Danelski*, Comparative Judicial Behavior, New York 1969 sowie *Nagel*, The Legal Process from a Behavioral Perspective, Homewood (Ill.) 1969; beide Methoden ansatzweise verknüpfend *Kübler*, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 1963, S. 104 ff.

<sup>3</sup> Vor allem *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1964.

leitbar, abgeblockt<sup>4</sup> oder durch gedanklich schlichte Formeln („Beachtung der gesellschaftlichen Bezüge des Rechts“)<sup>5</sup> ins Unverbindliche verflüchtigt. Zwar finden sich Erörterungen darüber, wie die singularen Tatsachenurteile über den „Tatbestand“ die fallbezogene Entscheidung beeinflussen<sup>6</sup>, jedoch kaum solche, die nach der Einwirkung genereller Tatsachenurteile auf die richterliche Rechtssetzung fragen.

Daß solche Einwirkung in der Rechtspraxis vorkommt, mögen einige Beispiele zeigen:

a) BGH NJW 1970, 338: Für § 361 Nr. 6 c genügt nicht fahrlässige Begehung. „Verdient das Dirnenwesen auch wenig Rücksicht, so muß das Strafrecht nach allen seinen Erfahrungen in der Bekämpfung gerade dieses Übelstandes sich doch vor Überschärfung hüten. Zurückhaltung durch Begrenzung der inneren Tatseite auf vorsätzliches Handeln... kann sich wirksamer erweisen als eine kleinliche Handhabung der Vorschriften, die leicht zu ihrer Ausuferung führen kann“ (S. 340 r. Sp.).

b) BGH NJW 1970, 2061: Gegen eine Anrechnung des Unterhaltsanspruchs des Unfallwaisen gegen seine Adoptiveltern auf den Schadensersatzanspruch aus § 844 Abs. 2 BGB spricht u. a., daß andernfalls „die Adoption von Pflegekindern durch ihre Pflegeeltern in vielen Fällen erschwert und damit die rechtliche Festigung der Pflegekindverhältnisse verhindert werden würde“ (S. 2063 f.).

c) OLG Frankfurt NJW 1971, 666: Die generelle Verhängung kurzer Freiheitsstrafen wegen Trunkenheit am Steuer ist zur Verteidigung der Rechtsordnung i. S. d. § 14 Abs. 1 StGB nicht unerläßlich, da „umfangreiche kriminologische Untersuchungen im In- und Ausland darauf hindeuten, daß die Entziehung der Fahrerlaubnis, aber auch genügend hohe Geldstrafen in Verbindung hiermit, auf längere Sicht keine geringere generalpräventive Wirkung zu erzielen vermögen als kurze Freiheitsstrafen“. Auch würde „das Ziel der Strafrechtsreform, die Strafanstalten von kurzfristigen Verurteilten zu entlasten, um an den Längerfristigen einen wirksamen Resozialisierungsvollzug durchführen zu können, unerreichbar“. Schließlich hätten die kurzen Freiheitsstrafen bei den Verurteilten selbst schädliche Folgen.

d) HessVGH, NJW 1970, 1340: „Würde der Zugang zur Hochschule nicht auf die Zahl der vorhandenen Ausbildungsplätze beschränkt, so wäre ein ord-

<sup>4</sup> Jüngst noch *Achterberg*, Gedanken zur Einführung rechtssoziologischer Lehrveranstaltungen in den Rechtsunterricht, JZ 1970, 281 ff., 282. Aber auch *Esser*, a.a.O., S. 21: „So wichtig ‚the empirical investigation of the judicial process‘ für die Erforschung der effektiven Rechtsgrundsätze ist, so wenig vermag sie letztere zu begründen.“

<sup>5</sup> Vgl. nun auch den Entwurf einer Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung des Justizministeriums Baden-Württemberg von August 1970, § 4.

<sup>6</sup> Dazu s. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 197 ff. Zum Verständnis individueller Ereignisse und Zustände sind freilich allgemeine Theorien notwendig, andererseits können Rechtssätze generelle Tatsachen (z. B. Handelsbrauch, Bekanntheit einer Marke) voraussetzen. Das ist jedoch eine andere Allgemeinheit als die, die eine Rechtsprechungsänderung auslöst. Für sie kann der Sachverhalt des zu entscheidenden Falles lediglich *typisch* sein. In den USA unterscheidet man einleuchtend zwischen *adjudicative facts* und *legislative facts*, vgl. *Davis*, An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process, Harv. Law Rev. 1942, S. 402 ff.; *Baade*, Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany, Journal of Politics, 1961, S. 421 ff., 425.

nungsmäßiges Studium nicht gewährleistet“ (1341); von diesem Tatsachenurteil schließt das Gericht über die Norm, jedem Grundrecht sei stets die Einschränkung des Schutzes gemeinschaftsnotwendiger Rechtsgüter immanent, auf die Norm, ein Kultusministerium dürfe ohne Verstoß gegen Art. 12 GG Zulassungsbeschränkungen anordnen.

e) BGH NJW 1970, 944: „Die Erfahrung zeigt also, daß das Anschnallen im Kraftwagen anders als das Tragen eines Schutzhelmes beim Motorradfahren mit einem Risiko verbunden ist“ (946 li. Sp.). Folgerung: Das Anschnallen kann nicht zur Obliegenheit i. S. d. § 254 BGB gemacht werden<sup>7</sup>.

Diese Beispiele legen es nahe, einmal genauer zu fragen, ob Tatsachenurteile die Rationalität einer Auswahl zwischen verschiedenen Normvorschlägen erhöhen. *Tatsachenurteil* heiße dabei eine Behauptung beschreibender oder erklärender Art über Gegenstände der Natur, Gesellschaft oder Kultur, sowie über deren Ursachen oder Folgen. Steigerung der *Rationalität* nehme ich immer dann an, wenn eine Äußerung in einem Streit um Normvorschläge die Chance erhöht, daß die am Auswahlprozeß Beteiligten und die von der vorgeschlagenen Norm Betroffenen der Norm zustimmen. Der Grund für diesen Maßstab liegt zunächst in dem Interesse daran, das richterliche Orakel in einen für die Betroffenen durchsichtigen, kritisierbaren und deshalb letztlich konsensfähigen Entscheidungsprozeß umzugestalten; dahinter steht der Verzicht auf letzte Wahrheiten und die Hinwendung zur interpersonalen Einigung als überhaupt erreichbarer, aber auch hinreichender und deshalb die Bemühung lohnender Grundlage des Zusammenlebens. Sie ist der verbleibende gemeinsame Nenner, weil die reine, sprachlose Beobachtung nicht möglich ist<sup>8</sup>, weil selbst die „formale“ Wahrheit nicht „transzendental“, sondern nur als Vereinbarung gegeben ist<sup>9</sup>, und weil Entscheiden sich immer unter Unvollständigkeit und Unsicherheit der relevanten Informationen und Werte vollzieht, nie „optimal“ sein kann<sup>10</sup>.

Das Entscheidungsverfahren stilisiere ich um der Übersichtlichkeit willen<sup>11</sup> zu einem wertenden Dialog, die Beteiligten (Richter, Parteien, Rechtswissenschaftler, Öffentlichkeit) zu den Rollen des Proponenten eines Normvorschlags und des Opponenten<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Baade, a.a.O. (Anm. 6), S. 421 ff. analysiert in ähnlicher Weise die Entscheidungen des BVerfG zum Gesetz zu Art. 131 GG und das Homosexualitäts-, Apotheken- und Kassenarzturteil, E 3, 58 ff., 3, 288 ff., 6, 132 ff., 6, 389 ff., 7, 377 ff., 11, 30 ff.

<sup>8</sup> Vgl. nur Habermas, Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik, in: Topitsch (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften, Köln 1967, S. 291 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Lorenzen, Methodisches Denken, Frankfurt 1968, S. 81 ff., 87, 91.

<sup>10</sup> Simon, Models of Man, New York 1957, S. 241 ff.

<sup>11</sup> Es ist also nicht etwa der Aufbau einer strengen dialogischen Logik nach dem Muster Lorenzen, Formale Logik, Berlin 1967, S. 160 ff., bezweckt.

<sup>12</sup> Die beiden genannten Rollen kann natürlich auch eine Person im Selbstgespräch spielen, ferner sind die Rollen nicht bestimmten Personen reserviert und überdies in der Weise vertauschbar, daß der Proponent zum Opponenten eines Normvorschlags des früheren Opponenten werden kann.

In Kapitel II und III versuche ich zunächst eine Analyse und ansatzweise Bewertung solcher faktisch stattfindenden oder doch als faktisch denkbaren Dialoge, und zwar auf zwei Ebenen: auf der „*methodologischen*“, die unterstellt, die Beteiligten redeten nur „zur Sache“, und auf der „*soziologischen*“, die soziale und psychische Umstände des Kommunizierens in Betracht zieht. Die analytische Wissenschaftstheorie schließt (im Rahmen der Erkenntnistheorie) die zweite Ebene, den „context of discovery“, aus ihrem Blickwinkel aus und beschränkt sich auf die erste, den „context of justification“ (*Reichenbach*), die „rationale Nachkonstruktion“ (*Carnap*)<sup>13</sup>. Da aber Erfahrung und Entscheidung nicht nur im Alltag, sondern auch in der Wissenschaft von der sozialen Situation, z. B. von Herrschaftsverhältnissen (wer erhält Forschungsmittel, wer wird berufen, wer darf publizieren?) abhängen, so bemüht man sich nur um eine verkürzte Rationalität, wenn man diese zweite Ebene ignoriert. In Kapitel IV erwäge ich dann latente Nebenfolgen und Bedingungen einer ausgiebigeren Verwendung von Tatsachenurteilen im justiziellen Entscheidungsverfahren, als sie derzeit praktiziert wird.

II. 1. Der Opponent eines Normvorschlages pflegt die *Regeln der formalen Logik* anzuerkennen. Er muß deshalb einem Werturteil zustimmen, wenn der Proponent eine logische Figur nachweisen kann, nach der das vorgeschlagene Werturteil aus einem Tatsachenurteil geschlossen werden kann.

In Betracht kommt zunächst die Figur „A und nicht-A impliziert Q“ (ex falso quodlibet), die aus dem Axiom „A und Q impliziert A“, also auch „nicht-A und nicht-Q impliziert nicht-A“ mit Hilfe der Kontrapositionsregel abgeleitet wird<sup>14</sup>. Man könnte z. B. einsetzen: „alle Menschen sind sterblich“ und „kein Mensch ist sterblich“ impliziert „kein Mensch soll stehlen“. Varianten hierzu erörtert *E. v. Savigny*<sup>15</sup>: aus „es gibt keine F's“ sei ableitbar „alle F's sind G's“, von „p“ sei ableitbar<sup>16</sup> „wenn nicht-p, dann q“, aus „p“ sei ableitbar „nicht sowohl nicht-p als

<sup>13</sup> *Reichenbach*, *Experience and Prediction*, Chicago 1961, S. 3 - 7; *Popper*, *The Logic of Scientific Discovery*, New York 1965, S. 31; *Albert*, *Theorie und Prognose in den Sozialwissenschaften*, in: *Logik der Sozialwissenschaften*, hrsg. v. Topitsch, 1966, S. 129; durch die Auseinandersetzung mit der dialektischen Wissenschaftstheorie wird die Beschränkung schrittweise aufgegeben, vgl. *Albert*, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen 1968, der auf S. 39 konzediert, daß „innerhalb der Methodologie die relevanten Züge der menschlichen Erkenntnissituation . . . zumindest berücksichtigt werden müssen“.

<sup>14</sup> *Lorenzen*, *Formale Logik*, Berlin 1967, S. 37.

<sup>15</sup> *E. v. Savigny*, *Die Philosophie der normalen Sprache*, Frankfurt 1969, S. 207. Die Interpretationen v. Savigny's lauten: Aus „es gibt keine Marsmenschen“ ist ableitbar „alle Marsmenschen sind fleißig“, aus „die Party ist morgen“ ist ableitbar „wenn die Party heute ist, wird sie duften“, aus „die Party ist morgen“ ist ableitbar „heute ist keine duftende Party“.

<sup>16</sup> Mit „ableitbar“ ist offenbar die Möglichkeit des Schließens, auch Implikation genannt, gemeint.

auch  $q$ ". Setze man für  $F$  bzw.  $p$  ein Tatsachenurteil und für  $G$  bzw.  $q$  ein wertendes Urteil ein, so sei die Ableitbarkeit von Wert- aus Tatsachenurteilen bewiesen. Zum selben Ergebnis kommt Mavrodes<sup>17</sup> mit der Disjunktion „ $a$  impliziert  $a$  oder  $b$ “, wobei er für  $a$  ein deskriptives und für  $b$  ein normatives Urteil einsetzt.

Dem Opponenten bleiben hiergegen zwei Einwände: einmal, daß die Interpretation der Aussagevariablen ( $A$ ,  $F$ ,  $p$  usf.) als Werturteile nicht zulässig sei, weil Werturteile nicht wertdefinit (d. h. entweder wahr oder falsch) seien, was bei den Figuren der axiomatischen Logik vorausgesetzt ist; zum andern, daß die genannten Implikationen, sinnlos seien, weil sie bei der ersten Gruppe den Schluß auf ein beliebiges Werturteil (quodlibet) und im Fall der Disjunktion den Schluß eben nur auf eine Alternative zulassen, also in keinem Fall der Schluß von einem Tatsachenurteil gerade und nur auf das vorgeschlagene Werturteil ermöglicht wird.

2. Der Opponent wird weiterhin die umgangssprachlichen und (— sofern sie vernünftig sind —) eigens vereinbarten *Bedeutungsregeln* für Wörter und Sätze anerkennen und deshalb einem Werturteil zustimmen, wenn dem Proponenten eine Bedeutungsregel nachzuweisen gelingt, die ein Werturteil und ein Tatsachenurteil semantisch gleichsetzt.

Ein erster Versuch: „alle Mörder werden bestraft“ lautet als Rechtssatz und als Tatsachenurteil gleich. Ist in einer Gesellschaft ohne Dunkelziffer diese Tatsache also Grund für die Norm? Nein, weil die Sätze nur syntaktisch, aber nicht semantisch identisch sind.

Doch auch hinsichtlich der Bedeutung wird, und zwar von den Naturalisten unter den Metaethikern, behauptet, daß Tatsachen- und Werturteile nicht unterscheidbar seien. Normative Begriffe und Urteile seien lediglich Kurzfassungen für Deskriptionen und könnten in sie restlos aufgelöst werden<sup>18</sup>. „Das ist ein gutes Auto“ ist hiernach übersetzbar in: „das ist ein schnelles, sicheres, preiswertes, sparsames, bequemes, schönes Auto“.

Zwei Argumente werden hauptsächlich gegen diese Gleichsetzung vorgebracht: Moore<sup>19</sup> meint, jede derartige Übersetzung sei unvollständig, man könne noch so viele deskriptive Begriffe und Urteile aufreihen, immer bleibe es möglich zu fragen: „ $x$  ist  $a$ ,  $b$ ,  $c$  . . . , aber ist  $x$  gut?“ Werturteile seien also im strengen Sinn nicht definierbar<sup>20</sup>.

Hiergegen wird eingewandt, es gebe auch deskriptive Begriffe — namentlich die allgemeineren —, die nicht restlos in operationale Begriffe

<sup>17</sup> Dargestellt bei Hoerster, Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie, ARSP 1969, S. 11, 35 ff.

<sup>18</sup> Edwards, The Logic of Moral Discourse, New York 1965, S. 139, 150 f.

<sup>19</sup> Moore, Principia Ethica, Cambridge 1903; zum folgenden vgl. Hoerster, a.a.O. (Anm. 17), S. 11 ff.

<sup>20</sup> Ähnlich E. v. Savigny, a.a.O. (Anm. 15), S. 212.

übersetzt werden können<sup>21</sup>. Das überzeugt; dennoch sollte man das Moore'sche „Argument der offenen Frage“ (Hoerster) nicht vorschnell aufgeben, sondern näher fragen, welche Bedeutung denn eine Antwort auf die offene Frage hätte.

Die fragliche Bedeutung ist die zum Ausdruck gebrachte *praktische Intention* des Sprechers, sein Wille, zu einem Verhalten aufzufordern<sup>22</sup>. Diese Intention tritt zu den in Deskription auflösbaren Redeteilen hinzu<sup>23</sup>.

Doch gilt das gleiche nicht auch für deskriptive Sätze? Verfolgt z. B. ein Forscher mit einer Untersuchung nicht mindestens auch die Intention, die wissenschaftliche Öffentlichkeit zur Zustimmung zu veranlassen?

Dem Einwand ließe sich begegnen, indem man unter praktischer Intention nur solche Absicht versteht, die nach den Regeln des normalen Sprachgebrauchs zum Bedeutungsinhalt der verwendeten Wörter und Sätze gehören. Doch würde dann auf der Seite der Werturteile eine wichtige Gruppe herausdefiniert, die nämlich, bei denen die praktische Intention ohne sprachliche Vermittlung nur aus der sozialen Kommunikationssituation hervorgeht<sup>24</sup>. Deshalb verdient es den Vorzug, auf den Inhalt der Intention abzuheben: die „theoretische Intention“ fordert die Zustimmung nach dem Maßstab der Erkenntnislogik, die „praktische Intention“ verlangt darüber hinaus eine Handlung nach dem Maßstab des Inhalts des Werturteils selbst. Von hinten aufgepälm: die theoretische Intention wird erfüllt durch verbale Zustimmung, die praktische darüber hinaus durch Aktionen<sup>25</sup>.

Ein letzter Einwand gegen die Unterscheidbarkeit deskriptiver und präskriptiver Urteile ist der, jene führten häufig zu praktischen Aus-

<sup>21</sup> Frankena, *The Naturalistic Fallacy*, Mind, 1939, S. 464 ff., 471.

<sup>22</sup> Hare, *The Language of Morals*, Oxford 1952, S. 91; Nowell-Smith, *Ethics*, Oxford 1957, S. 64 f., 75 - 81.

<sup>23</sup> Vgl. Hoerster, ARSP 1969, S. 37; s. dort S. 24 ff. und bei E. v. Savigny, *Die Philosophie der normalen Sprache*, S. 208 ff., auch die Widerlegung des Versuchs von Searle, *How to Derive 'Ought' from 'Is'*, *Philosophical Review* 1964, S. 43 ff., das Urteil: „X hat gesagt: Hiermit verspreche ich Dir, Y, 5 Dollar zu zahlen“ über verschiedene Zwischenstufen, vor allem das Urteil, „X hat sich der Verpflichtung unterworfen, Y 5 Dollar zu zahlen“, in das Urteil „X hat Y 5 Dollar zu zahlen“ umzuformen: Searle stellt die „objektsprachliche“ Ebene, auf der sich X verpflichtet, unzulässig gleich mit der metasprachlichen Ebene des Sprechers, der einen Bericht erstattet. Die Wertung des Sprechers führt Searle über eine Zweideutigkeit neu in die Kette ein, und zwar, indem er dem Wort „Verpflichtung“ neben seiner objektsprachlichen Bedeutung als Kundgabe einer praktischen Intention durch X eine metasprachliche Bedeutung als Kundgabe einer praktischen Intention durch den Sprecher unterlegt.

<sup>24</sup> Zu dieser „pragmatischen“ Dimension der Kommunikation vgl. Horn, *Rechtswissenschaft und Kommunikationstheorie*, Berlin 1966.

<sup>25</sup> Hare, *Freedom and Reason*, New York 1965, S. 7 ff., macht zum Kriterium der Deskription die „universalisability“, d. h. die Eigenschaft, von jedem Hörer Zustimmung zu dem Urteil zu erhalten. Da dann aber falsche Urteile nicht deskriptiv sein können, halte ich es für angemessener, von der Absicht des Sprechers auszugehen.

wirkungen<sup>26</sup>, die auch vom Informanten vorausgesehen und beabsichtigt sein könnten. Doch tritt diese praktische Absicht eben zu der zunächst theoretischen hinzu und ist von ihr abtrennbar — als Werturteil<sup>27</sup>.

3. Nach dem bisherigen Ergebnis stehen weder logische noch semantische Regeln zur Verfügung, die die Rückführung eines Werturteils unmittelbar auf ein (bestimmtes, nicht nur willkürliches) Tatsachenurteil erlauben. Wenn dennoch Tatsachenurteile in wertende Dialoge eingeführt werden und auch offensichtlich Einigungschancen erhöhen, so dann und deshalb, wenn und weil die Partner sich über *Regeln vernünftigen Argumentierens* einig sind, Regeln derart, daß ein Normvorschlag angenommen ist, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, zu denen, neben Wertungen, Tatsachenurteile gehören<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Vgl. z. B. Merton, Die Eigendynamik gesellschaftlicher Voraussagen, in: Logik der Sozialwissenschaften, Hrsg. Topitsch, 1966, S. 144 ff.

<sup>27</sup> Keine Frage der Bedeutung, sondern einer *Eigenschaft* von Tatsachen- und Werturteilen ist es, ob sich Art und Weise ihrer Begründbarkeit eigentlich qualitativ unterscheidet (z. B. „Erfahrung“ gegenüber „Rechtfertigung“) oder vielmehr die transsubjektive Einigung der gemeinsame Maßstab ist, die nur in quantitativer Abstufung dort leichter, hier schwerer erreichbar ist. Vgl. dazu E. v. Savigny, Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze, Freiburg 1967.

<sup>28</sup> Der Reinen Rechtslehre kann man es nicht als Verstoß gegen die Logik oder Semantik vorwerfen, daß sie dieser Schritt nicht interessiert. Denn sie knüpft die Wahl ihres wissenschaftlichen Objekts an die — auch hier bejahte — formallogische und wohl auch die semantische Nichtableitbarkeit, leugnet aber nicht, daß in wertenden Argumentationen insbesondere der Rechtspraxis Tatsachenurteile verwendet werden (Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, hrsg. v. Klecatsky, Marcic und Schambeck, Wien 1968, S. 3 ff., 6 f.; Walter, Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, in: Rechtstheorie 1/1970, S. 69 ff., 76 f., 92 f.). Wohl aber kann man der Reinen Rechtslehre ankreiden, daß sie diese Beschränkung ihres Gegenstands nicht ausreichend begründet. Problematisch an ihr ist also nicht das, was sie erforscht, sondern, daß sie *nur* dieses erforscht. Die formallogische Kluft verbietet formallogische Ableitung, sie ist aber nicht auch Grund genug, um wissenschaftliche Arbeit abzugrenzen. Denn mit ihrer wissenschaftlichen Arbeitsteilung entzieht die Reine Rechtslehre die Arbeitskraft ihrer Adepten einem Feld, das wohl dringender der Bearbeitung bedarf als die Fragen nach der Grundnorm, nach möglichen Klassifizierungen der Rechtsnormen, nach dem Stufenbau der Rechtsordnung und reiner Dogmatik: nämlich der Analyse, Strukturierung und Reflektierung des Wertens in dem von Rechtsnormen offen gelassenen Entscheidungsspielraum der Rechtsprechungs- und Rechtspolitik.

Hinzu kommen Gefahren bei der Juristenausbildung: Hat das an der Reinen Rechtslehre orientierte juristische Denken das Übergewicht in der Ausbildung, so werden Juristen erzogen, die den Entscheidungsspielraum der Praxis nicht rational bewältigen können. Die Reaktionen, die auf solche Überforderung der Ich-Leistungen, durch solche Unfähigkeit zur selbständigen Orientierung in anomischen Situationen zu erwarten sind, sind genau die, die das Bild des „unbeliebten Juristen“ ausmachen: engagementlose Distanz (die Rolle des distanzlosen Beobachters, der sich seinen Zynismus leisten kann, weil er angeblich gar nicht engagiert ist), Thematisierungszwang (vorzeitige Fixierung und Normierung von Situationsthemen, die die befürchtete offene Interaktionssituation im Keim ersticken) und Originalitätzwang (Demonstration der Stärke der eigenen Ich-Leistungen, die die Erwartungen und Bedürfnisse des Partners

a) *Zweck und Mittel*. Eine gebräuchliche Maxime ist, daß ein Werturteil dann als richtig gilt, wenn seine Befolgung Mittel zur Erreichung eines anerkannten Zweckes ist. Dabei wird die vorgeschlagene Norm in einen empirisch wirkenden Faktor umgedacht und gefragt, ob das durch sie motivierte Verhalten wahrscheinlich ein anderes Verhalten oder einen Zustand herbeiführt, über deren Wünschbarkeit sich die Parteien einig sind<sup>29</sup>. Für den Nachweis dieses Zusammenhanges sind Tatsachenurteile notwendig, und zwar, da es sich um Prognosen handelt, solche über (sozial- oder naturwissenschaftliche) Gesetze, deren Geltungsbereich in die Zukunft verlängert werden kann.

Gelingt dem Proponenten der Nachweis, daß die vorgeschlagene Norm einen Zweck des Opponenten verwirklicht, oder kann umgekehrt dieser zeigen, daß die Norm den von jenem verfolgten Zweck nicht fördere, evtl. ihm zuwiderlaufe, bleibt dem jeweils Unterlegenen ein zweifacher Ausweg: daß er das Mittel trotz seiner Zweckgemäßheit (bzw. Zweckwidrigkeit) an sich selbst für schlecht<sup>30</sup> (bzw. gut) halte, und der andere, daß das Mittel Nebenfolgen nach sich ziehe, deren Unwert (bzw. Wert) den an sich anerkannten Wert (bzw. Unwert) der Zweckverfolgung überwiege<sup>31</sup>.

Beide Einwände, der selbständige Wert und die Nebenfolgen des Mittels, führen über die Zweck-Mittel-Maxime hinaus. Sie werden berücksichtigt in der

b) *Folgenanalyse und -bewertung*. Die entsprechende Maxime lautet, ein Normvorschlag sei einem anderen vorzuziehen, wenn die Gesamtheit seiner Folgen weniger Schaden oder mehr Nutzen bringt als es bei dem anderen Normvorschlag der Fall ist<sup>32</sup>.

rücksichtslos überspielt). Vgl. *Dreitzel*, Die gesellschaftlichen Leiden und das Leiden an der Gesellschaft, Stuttgart 1968, S. 358 - 361.

<sup>29</sup> In dieser Weise verfahren die oben S. 172 genannten Entscheidungen a) und b). *Lazari-Pawlowska*, Über die Arten des ethischen Argumentierens, in: ARSP 1970, S. 524 - 527, demonstriert dieses Argument am Beispiel der Diskussion über die Todesstrafe.

<sup>30</sup> z. B.: „zugegeben, daß die Todesstrafe die Mordrate reduziert, — ich bin gegen jede Tötung von Menschen“.

<sup>31</sup> Beide Einwände werden ausführlich von *Myrdal*, Das Zweck-Mittel-Denken in der Nationalökonomie, Zeitschrift für Nationalökonomie 1933, S. 305 ff., 310 f., 313 diskutiert. Vgl. auch *Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanz 1970, S. 11 ff.

<sup>32</sup> Beispielhaft, auch hinsichtlich der sonst seltenen Verwendung sozialwissenschaftlicher Literatur, ist der Fall c) (oben S. 172). Die Folgenanalyse wurde vor allem von Philipp Heck empfohlen, vgl. *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, Anhang, S. 473: „Die interessengemäße Normgewinnung ist . . . nur möglich, wenn sie . . . die Interessenwirkung der vorhandenen und der vorzuschlagenden Rechtsnormen ins Auge faßt.“ Freilich werden die latenten mittelbaren und Nebenfolgen vernachlässigt, denn „der Richter (hat) nicht die konkreten Interessen in der Gesamtheit des wirklichen Bestandes zu erfassen, sondern diejenigen Merkmale herauszuheben, welche in der Rechtsordnung gewertet sind!“ (*Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, redig. v. Dubischar, 1968, S. 35.) Auch

Man kann gegen die konsensbildende Kraft dieser Maxime einwenden, daß sie den Wertungskonflikt nur auf die Bewertung der Folgen verschiebe. Doch hat diese Verschiebung den Vorteil, daß eine zunächst pauschale, in sich aber mehrdimensionale Wertung auseinandergefaltet wird, und zwar in vier Phasen:

1. Beschreibung der mit den vorgeschlagenen Normalalternativen gewünschten zukünftigen Situationen und ihrer Bedingungen („wenn  $x_1 \dots x_n$  auftritt, dann darf oder soll  $y_1 \dots y_n$  geschehen“).
2. Beschreibung der Konsequenzen, die sich aus der Annahme der Normvorschläge ergeben<sup>33</sup>.
3. Offenlegen der einschlägigen Vorzugsregeln.
4. Bewertung der Konsequenzen mit den Vorzugsregeln.

Auf allen vier Stufen kann der Opponent Kritik anmelden:

ad 1.: er verstehe die Normbeschreibung nicht.

ad 2.: die Behauptungen über die Konsequenzen seien falsch<sup>34</sup>.

ad 3.: er lehne die Vorzugsregeln ab.

ad 4.: die Vorzugsregeln seien falsch angewendet worden.

Der Dialog auf den beiden ersten Stufen wird mit Tatsachenurteilen geführt. Die Verwendung von Tatsachenurteilen hat somit zwei Wirkungen: sie ermöglicht erst den Übergang auf die Stufen 3 und 4 und reduziert so einen scheinbaren Totaldissens auf den wirklich nur bestehenden Teildissens; liegt dieser auf den Stufen 1 oder 2, also darin, daß der Opponent den Normvorschlag nicht verstand oder von falschen Konsequenzen ausging, so dürfte er leichter zu lösen sein als ein Konflikt auf den Stufen 3 oder 4<sup>35</sup>.

unterschätzte Heck wohl die Schwierigkeit, den Einfluß der Norm auf Interessen empirisch nachzuweisen. In der neueren Literatur behandeln die Folgenanalyse u. a. *Adomeit*, Methodenlehre und Juristenausbildung, ZRP 1970, S. 179 Nr. 7; *Lautmann*, Die sogenannte Soziologisierung der Jurisprudenz, DRiZ 1970, S. 162 - 164; *Naucke*, Wissenschaftsbegriffe — Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Neuwied 1970, S. 95; *Podlech*, Wertungen und Werte im Recht, AÖR 1970, S. 197, der das Verfahren als „Reduktion“ bezeichnet; *Stein*, Lehrbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 1971, S. 92. Angewandt wird diese Methode allerdings seltener. Ansätze dazu finden sich z. B. bei *v. Hippel*, Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, Berlin 1968, S. 39, 56 ff. (Vergleich der Folgen privater oder öffentlicher Gestaltung der Versicherung für Betriebskosten, Anwalts- und Gerichtskosten in verschiedenen Ländern), umfassend bei *Kaiser*, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, Tübingen 1970 (besonders im dritten Teil über Verkehrsdelinquenz und Rechtspolitik) und bei *Weyers*, Unfallschäden, Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt 1971, S. 443 ff.

<sup>33</sup> Sie gliedert sich weiter auf in die Beschreibung der Situation, die als regelungsbedürftig angesehen wird, der Wirkungsweise der neuen Norm und der durch ihr Wirken veränderten Situation.

<sup>34</sup> Auf diese Weise ließe sich die Entscheidung b) (S. 172) angreifen: es gibt sehr viel mehr Adoptionsangebote als freigegebene Kinder.

<sup>35</sup> Ähnlich *Podlech*, a.a.O. (Anm. 32), S. 198 f., der eine weitere rationalisierende (und m. E. einigungsfördernde) Wirkung darin sieht, daß ein Werturteil

Zwei Umstände stellen den Nutzen der Tatsachenurteile freilich wieder in Frage: *Ungewißheit* und *Komplexität*. Entscheidung unter *Ungewißheit* liegt dann vor, wenn die Konsequenzen einer Normalalternative nur stochastisch (d. h. als Wahrscheinlichkeit unterschiedlichen Grades) angebar sind, und (oder) wenn, etwa mangels Forschung, noch nicht genügend Information über sie verfügbar ist<sup>36</sup>. Beides dürfte fast immer der Fall sein, nicht nur wegen des geringen Alters und der immanenten Schwierigkeiten insbesondere sozialwissenschaftlicher Forschung (Methodenproblem, Wandel des Objekts)<sup>37</sup>, sondern auch deshalb, weil Sozialwissenschaftler für juristische Tagesfragen schwer zu interessieren sind und ihre Problemmoden wohl bisher (noch) in anderen Zyklen verlaufen als die der Jurisprudenz.

Ungewißheit kommt anders als bei einer singularen Entscheidung bei einer Norm, die ja in der Zukunft immer neu angewandt werden soll und deshalb generell formuliert werden muß, auch dadurch hinzu, daß nicht alle Anwendungsfälle vorhersagbar sind.

Die letztgenannte Ungewißheit läßt sich speziell im Justizbereich durch eine enge Fassung der Norm vermindern, die dann in weiteren Entscheidungen nach Kenntnisnahme neuer Falltypen sukzessive erweitert werden kann. Und auch das Vorliegen stochastischer Unsicherheit oder nur partieller Information über die Normkonsequenzen zwingt nicht zum Verzicht auf jegliche Orientierung an Tatsachen. Trotz der Ungewißheit gibt es *Anhaltspunkte* für eine Bewertung der Normalalternativen, nämlich eine Abschätzung der Menge der *möglichen* Resultate einer Alternative und ihrer *Plausibilität*<sup>38</sup>.

Selbst bei Gewißheit der Information kann deren *Komplexität* jedoch die Fugen möglicher Verarbeitung sprengen<sup>39</sup>.

1. Die denkbare Anzahl der jeweils zur Wahl vorgeschlagenen (oder vom Opponenten eingebrachten) Alternativen ist sehr groß.

aus einem Wertungsbereich in einen anderen verlagert wird, in seinem Beispiel der Rechtsprechung des RG und BGH zur entgeltlichen Veräußerung einer Anwaltspraxis aus dem Bereich der Standespflichten in den Bereich der Ordnung der Rechtspflege.

<sup>36</sup> Gäfgen, *Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung*, 2. Aufl., Tübingen 1968, S. 133.

<sup>37</sup> Von der Ausbeute empirisch überprüfter Theorien geben einen Eindruck z. B. Berelson, Steiner, *Human Behavior, An Inventory of Scientific Finding*, New York 1964; Madge, *The Origins of Scientific Sociology*, New York 1966; Riley, *Sociological Research*, New York 1963; König (Hrsg.), *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Bd. 2, Stuttgart 1969. Manchmal hat man den Eindruck, daß die Meinungsverschiedenheiten sogar wachsen, je größer der Forschungsaufwand wird, so bei dem bekannten Problem der empirischen Pluralismusforschung, vgl. die zusammenfassende Erklärung von Walton, *Discipline, Method and Community Power*, *Am. Soc. Rev.* 1966, S. 648 ff.

<sup>38</sup> Gäfgen, a.a.O., S. 135; ein Beispiel ist Fall e) (oben S. 173), in dem eine bestimmte Wahrscheinlichkeitsgrenze angenommen wird.

<sup>39</sup> Zum folgenden Gäfgen, a.a.O., S. 199 ff.

2. Die Konsequenzen der Alternativen sind meist endlos, und zwar hinsichtlich ihrer zeitlichen Tiefe wie ihrer sachlichen Breite (der Anzahl berührter Personen oder Sachen).

Doch gibt es Vereinfachungsregeln, spezifisch juristische und allgemeine, die den Horizont der Diskussion beschränken:

Zu 2. Man kann den Horizont *verengen*, indem man durch die Entscheidung möglichst wenig festlegt, *liquide* bleibt. Spezifisch juristisch ist das möglich einmal, weil eine Rechtsprechungsänderung nicht als Rechtssetzung, sondern als bessere Erkenntnis gilt und deshalb nicht unter der Last des Schutzes wohlervorbener Rechte steht<sup>40</sup>, zum anderen dadurch, daß der neue Richterrechtssatz auf den zur Entscheidung stehenden Falltyp begrenzt und eine Erweiterung auf weitere Falltypen aufgeschoben wird.

Zu 1. Man kann im Horizont *Lücken* zulassen. Das ist bei richterlichen Entscheidungen dadurch der Fall, daß die in Betracht kommenden Alternativen durch vorhandenes Recht und vor allem durch die Anträge der Parteien beschränkt sind. Eine weitere Beschränkung innerhalb des verbleibenden, meist noch sehr großen Spielraums<sup>41</sup> wird faktisch meist vorgenommen durch Verzicht auf Optimalität und Reduktion des Anspruchsniveaus auf *Brauchbarkeitskriterien*: die Suche nach weiteren Alternativen wird eingestellt, wenn man eine mit „befriedigenden“ Konsequenzen gefunden hat<sup>42</sup>. In der juristischen Praxis sind noch einige weitere Maximen, die die Alternativenwahl beschränken, üblich. Sie heben sich von den Werten, die durch die Folgen berührt werden, dadurch ab, daß sie als in jedem Fall vorrangig gelten und deshalb die weitere Folgenanalyse überflüssig machen. Dem entspricht eine besondere Bedeutung der ihnen zugeordneten Tatsachenurteile.

aa) „*Sollen impliziert können*“. Diese Maxime<sup>43</sup> hat den Inhalt, daß ein Normvorschlag dann als falsch gelten soll, wenn nachgewiesen wer-

<sup>40</sup> BVerwGE 13, 28, 31: Ein auf Grund früherer höchstrichterlicher Rechtsprechung ergangener Verwaltungsakt ist rechtswidrig, wenn die Auslegung „sich nach geläuterter Rechtsanschauung als unrichtig erweist“. Das Verbot echter Rückwirkung (vgl. *Leibholz-Rinck*, GG, 3. Aufl., Köln 1968, Art. 20 Rnr. 40 f.) gilt also für die Rechtsprechung nicht. Allerdings gewährt das BVerwG je nach Lage des Falles Vertrauensschutz.

<sup>41</sup> Es wäre reizvoll, die Kapazität der Rechtsprechung zur innovativen Rechtssetzung einmal nicht nur als materiellrechtliches Problem zu sehen, sondern unter verfahrens- und gerichtsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten (Dispositionsmaxime und §§ 139 Abs. 1 Satz 1, 938 Abs. 1 ZPO, § 86 Abs. 3 VGO, §§ 78 Satz 2 und 82 Abs. 1 BVerfGG, Kostenrecht, Rechtsmittelbeschränkungen).

<sup>42</sup> *Simon*, a.a.O. (Anm. 10), S. 241 ff.; *Luhmann*, Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln? Verwaltungsarchiv, 1960, S. 97 ff.; *Scharpf*, a.a.O. (Anm. 31), S. 15; weitere Vereinfachungsregeln beschreibt *Gäffgen*, a.a.O., S. 199 ff.: Auflösung der Gesamtentscheidung in Teilentscheidungen, in Rahmen- und Detail-, langfristige und kurzfristige Entscheidungen.

<sup>43</sup> *Albert*, a.a.O. (Anm. 13), S. 76 nennt sie „Brückenprinzip“, „eine Maxime zur Überbrückung der Distanz zwischen Soll-Sätzen und Sachaussagen“.

den kann, daß das durch ihn vorgeschriebene oder erlaubte Verhalten nicht verwirklicht werden kann, oder, daß die Voraussetzungen der vorgeschlagenen Rechtsfolge nie eintreten werden<sup>44</sup>. Sie läßt sich noch präzisieren u. a. hinsichtlich der Art der Hindernisse, die einer Realisierung entgegenstehen.

Physisch nicht zu verwirklichen sind z. B. die aus dem Polizeirecht oder den Unterlassungsdelikten bekannten Fälle der tatsächlichen Unmöglichkeit<sup>45</sup>.

Sozial nicht zu verwirklichen sind z. B. Normbefehle, die die Adressaten wegen gegenläufiger Situationen<sup>46</sup>, Bedürfnisse<sup>47</sup>, Einstellungen<sup>48</sup> oder Rollenbindungen<sup>49</sup> nicht zu motivieren vermögen.

Finanziell nicht zu verwirklichen sind Normen, die dem Verpflichteten finanzielle Leistungen auferlegen, die er nicht aufbringen kann<sup>50</sup>.

Administrativ nicht zu verwirklichen sind Normen, deren Umsetzung die anwendenden Institutionen (Justiz und Verwaltung, bei Normsetzung durch deren Spitzen die jeweils unteren Ebenen) verweigern werden oder nicht leisten können<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Ein Beispiel ist die angeblich unerfüllbare Pflicht des Staates aus Art. 12 Abs. 1 GG, vgl. Fall d) (oben S. 172 f.).

<sup>45</sup> z. B. entfällt die Pflicht nach § 330 c StGB, einem Ertrinkenden Hilfe zu leisten, für den Nichtschwimmer.

<sup>46</sup> z. B. ist Unfallflucht nach vorsätzlicher Tat eine durch Poenalisation kaum ausräumbare Reaktion, vgl. *Roxin*, NJW 1969, S. 2038 ff.

<sup>47</sup> Ein Grundgedanke der Reform des Sexualstrafrechts ist, daß Einschränkung der sexuellen Freiheit Gewalttätigkeit der Triebbefriedigung bewirken kann, also das sogar fördert, was sie verhindern soll. Vgl. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Sexualdelikte, S. 9. Illustrativ in diesem Zusammenhang ist auch die kriminologische Theorie der relativen Deprivation, s. z. B. *Merton*, Sozialstruktur und Anomie, in: *Sack, König* (Hrsg.), Kriminologie, Frankfurt 1968.

<sup>48</sup> Vgl. z. B. *Berger*, Equality by Statute: Legal Controls over Group Discrimination, New York 1962.

<sup>49</sup> Vgl. z. B. die Theorien zur Kriminalität jugendlicher Banden, s. *Cohen*, Kriminelle Jugend, Hamburg 1961, einerseits, *Sutherland*, Die Theorie der differenziellen Kontakte, in: *Sack, König* (Hrsg.), Kriminologie, andererseits.

<sup>50</sup> Das Problem ist z. B. bedeutsam bei der Beschränkung von Subventionsansprüchen, vgl. *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, München 1966, S. 35 und 39; *Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, in: *VVdStL* 25 (1967), S. 257 ff., 282; *Winter*, Die Fondsverwaltung der europäischen Gemeinschaften, Göttingen 1969, S. 163 und 178.

<sup>51</sup> Dazu s. *Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Tübingen 1968: „Die Sanktionsgeltung... kann in der Regel nur einen kleinen Teil der Geltung (der Norm) tragen“ (S. 15). Wird der Anteil zu groß, größer etwa als der der „Verhaltensgeltung“ (wohl: Geltung auf Grund Einsicht in die Vernunft der Norm), so wird das Sanktionssystem überlastet (S. 15). Außerdem verliert die Sanktion ihr Gewicht und die Norm an Konformitätsbereitschaft. „Werden allzu viele an den Pranger gestellt, verliert nicht nur der Pranger seine Schrecken, sondern auch der Normbruch seinen Ausnahmecharakter und damit den Charakter einer Tat, in der etwas ‚gebrochen‘, ‚zerbrochen‘ wird“ (S. 17). Dieser zweite Aspekt ist zugleich ein „soziales Verwirklichungshindernis“.

Die Übersetzung des Realisierungsproblems in eine Dialogmaxime könnte auch die Frage nach der Natur der Sache aus ihrem etwas eingefrorenen Diskussionsstand lösen und der praktischen Verwertung öffnen. Abhandlungen über die Frage bewegen sich meist um die Feststellung, daß Normen unter gewissen Bedingungen nicht realisierbar sind<sup>52</sup>. Welche Folgerungen daraus für die Rechtsgewinnung zu ziehen sind, bleibt unbeantwortet oder doch in der weiteren Frage stecken, ob nicht-realisierbares, also faktisch obsoletes Recht noch als Recht zu bezeichnen ist, oder ob es zwar Recht ist, aber wegen Verstoßes gegen anderes Recht<sup>53</sup> rechtswidrig und deshalb ungültig ist. Der dialogische Ansatz stellt eine andere Kategorie bereit: die Unbegründetheit. Nicht realisierbares Recht ist unbegründet und deshalb abzulehnen. Erst an dieses Resultat des Dialogspiels knüpft sich die Frage an, ob man die Unbegründetheit juristisch so übersetzen will, daß wir es mit Nicht-Recht zu tun haben oder mit ungültigem Recht. Das hängt nicht nur davon ab, ob man die Realisierbarkeit als einen höherrangigen Rechtssatz ansehen kann oder will, sondern ist insbesondere unter dem Gesichtspunkt des gerichtlichen Rechtsschutzes zu entscheiden<sup>54</sup>.

Die dialogische Regel des „Sollen impliziert Können“ wird häufig mißbraucht, wenn der Opponent sich auf Sachzwänge beruft. Der Proponent wird ihn dann auffordern, die Randbedingungen anzugeben, unter denen wie jede auch die behauptete empirische Gesetzmäßigkeit gilt<sup>55</sup>. Diesen Randbedingungen kann er durch eine Abstützung seines Normvorschlags mit „flankierenden Maßnahmen“ Rechnung tragen.

bb) „Wo kämen wir da hin, wenn alle . . .“ oder „Da könnte doch jeder kommen.“ Diese Maxime ist in alltäglichen Disputen häufig anzutreffen; erfahrene Richter oder Verwaltungsbeamte mit selbstironischem Ein-

<sup>52</sup> z. B. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1967, S. 277 ff.

<sup>53</sup> z. B. gegen den Rechtssatz „ultra posse nemo obligatur“, gegen einen Rechtssatz von der „Opfergrenze“ oder der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ (vgl. Larenz, Schuldrecht, Bd. I, München 1970, S. 233 ff.), gegen einen Rechtssatz (eine immanente Grundrechtsschranke), daß ein Grundrecht sich nur entfalten kann, soweit dafür die notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind (vgl. Hess. VGH NJW 1970, 1341 li. Sp.).

<sup>54</sup> Im Urteil des Hess. VGH, NJW 1970, 1340 f., bleibt die Entscheidung unklar. Die Erschöpfung der Ausbildungskapazität der Fakultät wird einerseits als Grenze des (unterstellten) Rechts aus Art. 12 Abs. 1 GG angesehen, so daß durch den Numerus-clausus-Erlaß des Kultusministers nicht in Rechte eingegriffen wird; andererseits wird sie als Tatbestand für die Rechtsfolge der Einschränkung des Grundrechts wegen Beeinträchtigung fremder Rechte aufgefaßt, die jedoch nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes ausgesprochen werden dürfte (diese Konsequenz: die Nichtigkeit des Erlasses wegen fehlender Zuständigkeit, sieht das Gericht freilich nicht).

<sup>55</sup> Das Problem wird heute im Zusammenhang mit der Technokratiediskussion häufig behandelt, vgl. z. B. Narr, Systemzwang als neue Kategorie in Wissenschaft und Politik, in: Texte zur Technokratiediskussion, hrsg. v. Koch, Senghaas, Frankfurt 1970, S. 218 ff., 231.

schlag nennen sie neben der unter cc) aufgeführten als wichtige Regeln der Praxis. Doch steht hinter der Ironie ein sachlicher Gehalt: Normen, die gegenüber dem Status quo Freiheitsräume schaffen, die vom Fortfall von Sanktionsdrohungen bis zur Schaffung subjektiver Rechte reichen können, stehen häufig unter dem implizierten Vorbehalt, daß (mangels Kenntnis, aus Passivität, wegen anderer Bedürfnisse) nicht alle formal Begünstigten diese Freiheitsräume ausnutzen werden. Der Opponent wird sich das Tatsachenurteil zu eigen machen, daß die Prämisse unrichtig ist. Gelingt ihm der Nachweis — was selten der Fall sein wird — so bleibt dem Proponenten nur eine Modifikation seines Normvorschlages offen, die den Einwand berücksichtigt. Als Beispiele solcher Argumentationsabläufe kann man die Diskussionen um die Fortentwicklung der Scheidungsgründe auf das Zerrüttungsprinzip zu<sup>56</sup> oder die Reform des § 184 StGB (Verbreitung von Pornographie)<sup>57</sup> anführen.

Für die Schaffung von Rechtsreflexen oder subjektiven Rechten bietet die Sozialpolitik Beispiele: Vorschläge zur Einführung der Volksrente, zur Arbeitslosenunterstützung, zur Lohnfortzahlung und gegen die Selbstbeteiligung im Krankheitsfall waren und sind regelmäßig dem Einwand konfrontiert, nun werde niemand mehr arbeiten, jeder werde schwarz arbeiten oder alle würden nun krankfeiern<sup>58</sup>.

Den umgekehrten Fall bilden die Situationen, in denen ursprünglich liberale Positionen eingeengt werden müssen, dort, wo sich die Dichte der Bevölkerung und Industrialisierung potenziert. Dazu gehören das Verkehrs- und Straßenrecht, das Bodenverkehrs- und Bauplanungsrecht, das Wasserrecht, das Immissionsschutzrecht und die rechtlich noch kaum berührten Fragen der Luftverunreinigung und der Abfallbeseitigung<sup>59</sup>. Diesen Beispielen ist gemeinsam, daß zu viele Menschen die bestehenden Rechte nun nicht erst ausüben werden, sondern bereits jetzt von ihnen Gebrauch machen. Dementsprechend ist die Angriffstrategie des Opponenten nicht, die Redundanz der Rechtsausübung zu behaupten, sondern sie gerade zu widerlegen.

<sup>56</sup> Vgl. *Bosch*, Der Änderungsvorschlag zu § 48 Abs. 2 des Ehegesetzes, in: *FamRZ* 1961, 255 ff., der von der impliziten Prämisse ausgeht, die Einschränkung des Widerspruchsrechts bei Klage auf Grund verschuldeter Zerrüttung werde die Scheidungsrate erhöhen. Dagegen vgl. *Wolf-Lüke-Hax*, Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959.

<sup>57</sup> Einer der Diskussionspunkte geht darum, ob die Freigabe der Pornographie zu einer Zunahme des entsprechenden Literatur- und Filmkonsums führen wird oder gerade zu einer Abnahme, vgl. *Der Spiegel* Nr. 49/1970, S. 47 re. Sp. (Gutachten *Sigusch*).

<sup>58</sup> Vgl. *v. Bethusy-Huc*, Das Sozialleistungssystem der BRD, Tübingen 1965, S. 258; *Preller*, Sozialpolitik, Tübingen 1962, S. 198; *Horn*, Arm oder ehrlich?, in: *Politik ohne Vernunft*, Hamburg 1965, S. 98 ff., 100.

<sup>59</sup> Vgl. zur rechtlichen Bewältigung dieser Fragen *E. Rehbinder*, Grundfragen des Umweltrechts, *ZRP* 1970, S. 250 ff., 252 (Uminterpretation der Grundrechte über das Sozialstaatsprinzip).

cc) „Das ist schon immer so gewesen“. Dieser Satz hat zunächst Bedeutung als Regel über die Verteilung von Behauptungs- und Beweislast im Entscheidungsverfahren um Innovationen. Dazu deshalb unten mehr. Aber auch als Operationsmodus zur Einführung von Tatsachenurteilen in Wertungen ist er gebräuchlich. Seine hauptsächliche Spielform in justiziellen Entscheidungsverfahren ist das Argument mit der ständigen Rechtsprechung und mit der herrschenden Meinung. Hinzu kommen Rückgriffe auf ausländische Rechtsordnungen, die den Normvorschlag bereits verwirklicht haben. Beruft sich der Opponent des Normvorschlags hierauf, so wird der Proponent ihn auffordern zu belegen, daß die vorgewiesene Rechtsprechung die ständige bzw. die vorgewiesene Meinung die herrschende ist<sup>60</sup>. Gelingt der Nachweis, so muß der Proponent freilich die Vernunft der Maxime selbst in Frage stellen<sup>61</sup>.

III. Daß Tatsachenurteile über die methodischen Maximen auf die Konsensbildung einwirken, steht unter dem Vorbehalt des frei disponiblen Denkens der Dialogpartner. De facto werden jedoch häufig Umstände der psychischen Struktur einer beteiligten Person (unten 1.) oder der sozialen Struktur des Entscheidungsprozesses (unten 2.) die Einigung verhindern. Die Frage ist, ob Tatsachenurteile solche Hindernisse ausräumen können.

Der überall zugrundeliegende Mechanismus ist der, daß die Erweiterung des Wissens die Kenntnis neuer Möglichkeiten eröffnet, ein neues Stück Welt verfügbar macht und normative Verfestigungen durch Konfrontation mit möglichen anderen in Frage und damit in die Verpflichtung zur Begründung oder Reform stellt<sup>62</sup>.

1. Solche Verfestigungen, die zur Ablehnung eines neuen Normvorschlags führen können, sind vor allem Vorurteile, aber auch weniger tief verankerte Meinungen und bloße Gedankenlosigkeit.

a) Der Blick auf die zu regelnden Tatsachen befruchtet die *Phantasie* für neue Lösungen<sup>63</sup>. Ein Beispiel für die Befruchtung einer Diskussion durch Rekurs auf empirische Forschung hat kürzlich Th. Raiser<sup>64</sup> gegeben. Er setzt die soziologische und betriebswirtschaftliche Organisationstheorie für die Fortbildung der juristischen Unternehmenstheorie ein. Sein Vorgehen offenbart allerdings teilweise die typische Gefahr

<sup>60</sup> Vgl. zu den Möglichkeiten der Feststellung der h. M. Schnur, Der Begriff der „herrschenden Meinung“ in der Rechtsdogmatik, in: Festgabe für Ernst Forsthoff, München 1967, S. 43 ff., 52 f.

<sup>61</sup> Vgl. dazu Schnur, a.a.O., S. 53 ff., freilich ohne Bezug auf die grundsätzliche Frage der Beweislastverteilung bei Innovationen.

<sup>62</sup> Vgl. Luhmann, Soziologische Aufklärung, Köln 1970, S. 66 - 91.

<sup>63</sup> Das ist weniger selbstverständlich als es klingt. Der verbreitete Argumentationsstil juristischer Abhandlungen, zunächst Theorien zu sammeln und zu sichten und erst dann mit verbrauchter Kraft „die eigene Meinung“ anzureihen, verzehrt Kreativität.

<sup>64</sup> Raiser, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969.

der Verwendung sozialwissenschaftlicher Ergebnisse: das unbesehene Schließen von Tatsachen- auf Werturteile. Zwar ist es z. B. als Idee anregend, wenn Raiser auf die Möglichkeit hinweist, die Treuepflicht des Aktionärs und des Arbeitnehmers aus ihrer Persönlichkeitsbeziehung herauszunehmen und an Mitgliederrollen festzumachen<sup>65</sup>. Soziologisch ist es jedoch, wenn er aus funktionalen Bedingungen des Überlebens der Organisation die Norm gewinnt, „gefordert (sei) eine Moral des funktionsgerechten rationalen Verhaltens, der Identifikation mit den Aufgaben der Organisation und der Einsatzbereitschaft für sie“<sup>66</sup>. Bereits die funktionale Analyse wird hier mißverstanden<sup>67</sup>; Raiser hätte die von ihr eröffnete Chance ergreifen können, funktionale Äquivalente für die Loyalität der Arbeitnehmer oder der Kapitaleigner zu diskutieren. Auch hätte er nicht bei der Organisationssoziologie haltmachen dürfen, sondern andere Angebote der Problemrahmung: die konflikttheoretische Mitbestimmungs- und die industriesoziologische Herrschaftsdiskussion, aufnehmen müssen.

Tatsachenkenntnis kann weiterhin zu einer *Sensibilisierung des Rechtsgefühls*<sup>68</sup> führen: einmal dadurch, daß Beispiele zur Hand sind, die es ermöglichen, Termini des Normvorschlags exemplarisch einzuführen, statt sie steril aus fachsprachlich vereinbarten Begriffen zu definieren<sup>69</sup>; zum andern dadurch, daß sie die Operationalisierung der Normvorschläge ermöglicht. Naucke<sup>70</sup> hat dies am Beispiel des Betrugs vorgeführt: die extensive Auslegung des Betrugstatbestandes, insbesondere bei den Merkmalen „Täuschung“ (durch Unterlassen), „Tatsachen“ und „Vermögen“, macht Verhaltenstypen strafbar, die nach Meinung des Autors nicht strafwürdig sind, sondern zivilrechtlich ausreichend beglichen werden. Die Einsicht, daß dies so ist, wird dem Autor und dem Leser des Buches vermittelt durch ein genaueres Hinsehen auf die Erscheinungsformen und die Häufigkeiten der von den verschiedenen Auslegungsversionen poenalisierten Lebensvorgänge und Täter<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> a.a.O., S. 142 und 154.

<sup>66</sup> a.a.O., S. 144 f., ähnlich S. 154 f.

<sup>67</sup> Das Mißverständnis liegt allerdings nahe. Es ist ein lehrreiches Beispiel für die Berechtigung der Kritik am Funktionalismus als kryptonormativer Methode. Dazu s. Narr, Theoriebegriffe und Systemtheorie, Stuttgart 1969, S. 170 ff., 172; über seine „Reifizierung“ derselbe, a.a.O. (Anm. 55).

<sup>68</sup> In Riezlers Terminologie könnte man noch präzisieren: Das Gefühl für das, was Recht ist (*sensus iuridicus*), d. h. die vorwiegend intellektuelle Fähigkeit zur Erfassung und Anwendung des geltenden Rechts, wird aufgebrochen und neu in Frage gestellt durch das vorwiegend emotionale Gefühl für das, was Recht sein soll, das seinerseits mobiler, innovationsoffener wird (Riezler, Das Rechtsgefühl, München 1946, S. 7 ff.).

<sup>69</sup> Zur Unterscheidung von exemplarischer Einführung und Definition von Termini vgl. Kamlah, Lorenzen, Logische Propädeutik, Mannheim 1967, S. 77 ff.

<sup>70</sup> Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, Berlin 1964, S. 141 - 156.

<sup>71</sup> Schärfer als es Raiser, a.a.O., S. 116 ff., bei seiner Unterscheidung von Minder- und Vollkaufmann durch die zwischen *small group* und *rationaler*

Auf eine ähnliche Sensibilisierung des Rechtsgefühls zielt *Diederichsen*<sup>72</sup> in dem Kapitel über Absatzstruktur und Warenhaftung seines Buches über die Produzentenhaftung. Er weist als „Unstimmigkeit“ auf, daß die juristische Haftungskonstruktion nach Selbst- bzw. Kettenabsatz differenziert, obwohl Unternehmer die Organisation des Absatzes nur aus betriebswirtschaftlichen, nicht aus Haftungsgründen wählen, und er läßt den Leser selbst solche Unstimmigkeiten erleben, indem er ihn in Situationen des Käufers versetzt, dem die unterschiedliche Haftung je nach Absatzorganisation unverständlich bleibt, und indem er ihn ebenso die Überlegungen des Unternehmers nachvollziehen läßt, dem mit seiner Absatzgestaltung unversehens eine Haftungsbefreiung in den Schoß fällt.

Tatsachenurteile können schließlich den *Wandel eines* als „Einstellung“ in der Person fundierten *Vorurteils* hervorrufen. Man unterscheidet bei den Einstellungen — mit verschiedenen Bezeichnungen, aber inhaltlich gleich — u. a. zwei Komponenten: Wissen und (verhaltensbezogene) Wertungen<sup>73</sup>. Beide streben nach der heute wohl am weitesten anerkannten Dissonanztheorie<sup>74</sup> auf inhaltliche Übereinstimmung zu. Gelingt es nun, gegen alle Hemmnisse der Wahrnehmung und Erinnerung<sup>75</sup> das Wissen durch ein neues Tatsachenurteil dauerhaft zu verändern, so paßt sich die Wertung an.

Beispiele solcher Wandlungsprozesse unter natürlichen Bedingungen anzugeben, ist nicht mit Sicherheit möglich, da die Attitudenforschung meist mit Experimenten gearbeitet hat. In Betracht kommen etwa Attitüden gegenüber stigmatisierten sozialen Gruppen<sup>76</sup>. Sie sind meist mit Auffassungen über bestimmte erbliche und deshalb unveränderliche Eigenschaften gepaart. Eine Änderung des Vorurteils wird dann häufig

---

Organisation tun müßte, zieht *Naucke*, a.a.O., S. 141, dabei übrigens notwendige Konsequenzen aus den unterschiedlichen Zwecken (Erkenntnisinteressen) empirischer und normativer (bei *Naucke*: kriminalpolitischer und dogmatischer) Typisierung.

<sup>72</sup> *Diederichsen*, Die Haftung des Warenherstellers, München 1967, S. 273 - 281.

<sup>73</sup> *Rosenberg*, Attitude Organisation and Change, New Haven 1963, S. 1 (kognitive, verhaltensbezogene und weiterhin affektive Komponente); *Festinger*, A Theory of Cognitive Dissonance, Evanston 1967, S. 3 (Knowledge and opinion, belief).

<sup>74</sup> *Festinger*, a.a.O., S. 3.

<sup>75</sup> Sie werden von *Festinger*, a.a.O., S. 123 ff., ausführlich beschrieben und belegt. Bedingungen, die sie überbrücken, sind z. B. der Grad der Innen- bzw. Außenleitung des Informationsempfängers, die Vertrauenswürdigkeit, z. B. der Expertenruf des Senders, die kognitiven Muster der Bezugsgruppe und ihres Meinungsführers; vgl. *Hovland*, Reconciling Conflicting Results Derived from Experimental and Survey Studies on Attitude Change, in: American Psychologist, 1959, S. 8 ff.; *Katz*, The Two-Step Flow of Communication, in: Public Opinion Quarterly, 1957, S. 61 ff.

<sup>76</sup> z. B. Neger, Juden, uneheliche Kinder, Kommunisten, Frauen, Arbeiterkinder.

von der zunächst wissenschaftlichen, später populären Erkenntnis geleitet, daß die vermeintlichen Anlagen weitgehend Folgen zirkulärer Sozialisationsprozesse, also sozial verfügbar sind.

b) Einstellungen von Personen lassen sich nicht nur durch Wandlung ihrer kognitiven Basis ändern, sondern auch durch Aufklärung darüber, wie sie entstehen und welche Funktion sie in der Ökonomie der Person erfüllen. Selbstreflexion, die so ausgelöst wird, ist nach der Meinung mindestens der durch die Psychoanalyse beeinflussten Behandlungstheorien der erste Schritt zur Überwindung<sup>77</sup>. Zwar beziehen sich diese ursprünglich auf die Heilung von Neurosen, Psychosen und Geisteskrankheiten<sup>78</sup>, werden jedoch auch auf die allgemeine Lerntheorie<sup>79</sup> und spezielle Anwendungen, z. B. die Sozialpädagogik<sup>80</sup>, übertragen.

Reflexive Tatsachenurteile können auch in weniger persistenten Schichten der Persönlichkeit wie den sog. „beliefs“, den Ideologien im Geigerschen Sinn des „theoretisch gemeinten a-Theoretischen“, Wandlungen hervorrufen<sup>81</sup>, wenn sie die Faktoren sozialer Urteilsbildung bewußt machen, in diesem Sinne „Ideologiekritik“ üben<sup>82</sup>.

2. Nicht selten ist ein Opponent an der Zustimmung zu einem Normvorschlag trotz privater Bereitschaft deshalb gehindert, weil er an ein kollektives Wertesystem einer von ihm vertretenen Organisation gebunden ist, das den Normvorschlag ablehnt. So kann ein Richter nicht eine gewisse Bandbreite der justiziellen „policy“ übersteigen, will er nicht seine Karriere aufgeben oder eine andere Geschäftszuteilung riskieren.

Tatsachenurteile, seien sie wiederum transitiv oder reflexiv, können dieses Wertesystem verändern und damit mittelbar zu einer anderen, evtl. konsensträchtigen Politik seiner Funktionäre führen.

a) Die erste Wirkungskette können Informationen über den Objektbereich auslösen, den ein Handlungssystem seinem Zweck entsprechend normativ überformen will. Handelt es sich um neue oder bisher bloß unbekannte Erscheinungen<sup>83</sup>, die bei der Konzeption des Zweckes und

<sup>77</sup> Auf den Streit mit der sog. Verhaltenstherapie einzugehen, fehlt mir die Kenntnis. Der Streit scheint im übrigen nicht mehr prinzipiell geführt zu werden, sondern präziser darum zu gehen, bei welchen Syndromen sich welches Therapiekonzept am besten eignet.

<sup>78</sup> Ford, Urban, *Systems of Psychotherapy*, New York 1967, S. 109 - 178.

<sup>79</sup> Ford, Urban, a.a.O., S. 593 ff.

<sup>80</sup> Vgl. z. B. Thorne, Tharp, Wetzell, *Behavior Modification Techniques: New Tools for Probation Officers*, in: *Federal Probation*, 1967, S. 21 ff.

<sup>81</sup> Geiger, *Arbeiten zur Soziologie*, Neuwied, S. 420.

<sup>82</sup> Vgl. Geiger, *Demokratie ohne Dogma*, München a. J., S. 308 ff.; für den juristischen Bereich präzisierend Naucke, a.a.O. (Anm. 32), S. 100 ff.

<sup>83</sup> Auch hier stellt sich das Wahrnehmungsproblem. Von vielen denkbaren Bedingungen, die Perzeption voraussetzt, ist der Zweck sicher die wichtigste. Der Zweck hat, wenn er als Mechanismus zur Reduktion der Umweltkomplexität verstanden wird (vgl. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen 1968, S. 123), ja gerade den Sinn, das System von bestimmten Informationen zu entlasten.

der Entscheidungsstruktur noch nicht eingeplant wurden, so steigt die Wahrscheinlichkeit, daß das System sich umorganisiert und sein Wertesystem anpaßt<sup>84</sup>.

Häufig ist z. B. der Ausbau einer Abteilung oder Behörde (Ministerium für *Bildung* und Wissenschaft nach Aufdeckung des „Bildungsnotstands“), die dem neuen Zweck im Wertesystem der Gesamtorganisation mehr Gewicht verschaffen, oder die Ausgliederung eines Organisationsteils (Gründung von Fonds oder selbständigen Behörden), der dann relativ unabhängig vom kollektiven Wertesystem eigene Zwecke entwickelt (z. B. das projektierte Ministerium für Umweltschutz nach Aufdeckung der Umweltgefährdung).

b) Die zweite Wirkungskette können Tatsachenurteile auslösen, die die Struktur des Entscheidungsprozesses selbst zum Inhalt haben. Solche Reflexivität, sei sie zufällig oder eigens institutionalisiert, deckt latente Wirkungen der Struktur auf, ermöglicht Durchsichtigkeit der beteiligten Organisationen, motiviert deren Umstrukturierung und Zielrevision<sup>85</sup>. Derartige Wirkungen können im Justizbereich etwa Untersuchungen zu Herkunft und Attitüden der Richter<sup>86</sup>, zu den Folgen verschiedener forensischer Verfahrenstypen<sup>87</sup> und zu den faktischen organisatorischen Abhängigkeiten des Richters haben.

Allerdings ist es schwierig, den Gebrauch von Tatsachenurteilen über Faktoren und Wirkungen eines Entscheidungsprozesses diesseits des

<sup>84</sup> Informationen als Steuerungsfaktor in Entscheidungsprozessen hält die Kybernetik sogar für bedeutsamer als herkömmlich untersuchte Faktoren wie vor allem Macht, vgl. *Deutsch*, *Nerves of Government*, New York 1966, S. 124.

<sup>85</sup> Vgl. *Luhmann*, *Reflexive Mechanismen: Soziale Welt* 1966, S. 1 - 23, neu abgedruckt in: *Luhmann*, *Soziologische Aufklärung*, Köln 1970, S. 92 - 112. Ein Beispiel beschreibt *Sofer*, *The Organisation from Within, A Comparative Study of Social Institutions based on a Sociotherapeutic Approach*, London 1961, S. 3 ff., 97 - 110, 145 ff. In einem Industriebetrieb analysierte er Produktions- und Entscheidungsstrukturen und informierte die Leitung über die Ergebnisse, indem er deren eigene Meinungen über die Organisation explizit machte, sie mit seinen Ergebnissen konfrontierte, dabei insbesondere die Wirkung der sozialen und psychischen Kräfte hervorhob und personalisierte Konflikte als Rollen- und Kulturkonflikte aufdeckte. Dadurch erreichte er in dem bisher familiär geführten Betrieb eine objektivere Rekrutierungspolitik, eine andere Arbeitsteilung und die Einführung von Fortbildungsprogrammen. Dabei traten für Organisationen typische Verteidigungsstrategien gegen die Informationsaufnahme auf (a.a.O., S. 160 - 162), die den Perzeptionshürden bei Personen (vgl. Anm. 75) entsprechen.

<sup>86</sup> *Kaupen*, *Hüter von Recht und Ordnung*, Neuwied 1969; *Kaupen* und *Rasehorn*, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, Neuwied 1971, wozu letzteres freilich methodische Bedenken erregt und deshalb vielleicht Vorurteile nur zementiert; *Görlitz*, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Neuwied 1970.

<sup>87</sup> Das Beispiel der „Bender-Kammer“ am Stuttgarter Landgericht hat inzwischen auf Grund der schlicht faktischen Folgenschilderung durch ihren Vorsitzenden, nicht auf Grund interpretativer Herleitung aus der ZPO, Schule gemacht. Zum Strafprozeß vgl. *Winter*, *Schumann*, *Verzerrte Kommunikation*, ersch. i. Bd. 3 des Jahrbuchs für Rechtssoziologie im Frühjahr 1972.

Argumentierens ad hominem zu halten. Man kann die Frage exemplarisch studieren an Ramms Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>88</sup> und den hieran anschließenden Stellungnahmen von Gerhard Müller, Galperin und Gamillscheg<sup>89</sup>. Angegriffen wurden vor allem die Behauptungen Ramms über organisatorische und personelle Umstände des Gerichts. Seine Thesen über das Problem der Auswahl der Urteile für die amtliche Sammlung, die Rolle des ersten Präsidenten Nipperdey als Herausgeber einer nicht offiziellen Rechtsprechungssammlung mit Kommentaren („Arbeitsgerichtliche Praxis“), die Übung des BAG, gesetzesgleiche Leitsätze zu formulieren, und Gefahren der Überbesetzung der Senate wurden als persönlich verletzende Unterstellungen empfunden, m. E. im Ganzen zu Unrecht, da sie als verallgemeinerungsfähige Probleme jedes höheren Gerichts und hinsichtlich des Präsidenten nur notgedrungen personbezogen formuliert wurden<sup>90</sup>.

IV. Die Verwendung von Tatsachenurteilen im justiziellen Entscheidungsprozeß ist nicht logisch oder semantisch zwingend geboten, sondern selbst der wertenden Abwägung zugänglich. Die methodische Empfehlung, jeweils die Folgenanalyse durchzuführen, kann also selbst einer Folgenanalyse unterzogen werden. Im Vorhergehenden stand als zentraler Nutzen im Vordergrund, daß Tatsachenurteile Einigungschancen erhöhen. Jedoch gibt es Nebenfolgen, denen durch Einführung von Zusatzbedingungen Rechnung getragen werden muß. Ich kann sie hier nur in vergrößernder Kürze berühren<sup>91</sup>.

1. Es kann den Konservatismus der Justiz verstärken, wenn die Gerichte vermehrt die sozialen Folgen ihrer Rechtssetzung berücksichtigen. Denn der Wandel der Rechtsprechung würde so vom Stand der empirischen Forschung abhängig gemacht, der im allgemeinen, selbst unter Berücksichtigung der oben erwähnten Vereinfachungsregeln, hinter der Nachfrage zurückbleibt.

Andererseits erweitert sich mit der Zunahme des politischen Handlungsspielraums der Rechtsprechung (Ende der Kodifikationsepoche<sup>92</sup>, Tendenz zur Zweckprogrammierung) auch die Begründungsverpflichtung für neues Richterrecht über die Messung an geltendem Recht und das Einfühlen in den „Willen des Gesetzgebers“ hinaus.

<sup>88</sup> JZ 1964, S. 494, 546, 582; 1966, S. 240.

<sup>89</sup> JZ 1964, S. 711 und 1965, S. 47 ff.

<sup>90</sup> Vgl. Gamillscheg, JZ 1965, S. 48 f. Ein ähnlicher Fall ist die Behauptung von Dammann, Winter, JZ 1970, S. 679 gegen Achterberg, 1970, S. 281 - 283, dessen Votum zur Rechtssoziologie sei Reaktion auf Statusbedrohung, und die Antwort Achterbergs, JZ 1970, S. 682, durch solche „der Sache inadäquate Hypostasierung“ werde „die Diskussion belastet“.

<sup>91</sup> Dabei beschränke ich mich auf die Folgen einer Veränderung auf der methodologischen Ebene.

<sup>92</sup> Vgl. Kübler, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, S. 645 ff.

Das Dilemma läßt sich auf der Mitte lösen: so, daß der Proponent nicht auch die Erforschung der Folgen seines Vorschlags abwarten oder selbst durchführen muß, sondern unter Auswertung vorhandener Ergebnisse Hypothesen aufzustellen und plausibel zu machen hat.

2. Sind hinreichende Informationen über die Normkonsequenzen bekannt, so dürfte sich insbesondere für den Bereich der gerichtlichen Kontrolle staatlichen Handelns die Versuchung verstärken, selbst Politik zu treiben und den Ermessenspielraum der anderen Gewalten einzuzengen. Ob diese Folge negativ zu bewerten ist und deshalb der Einbau sie verhindernder Faktoren überlegt werden muß, hängt davon ab, welche Rolle man der Justiz im Gewaltenteilungsschema zuweist, eine Frage, die unter einem anderen Problemhorizont (demokratische Kontrolle, Kapazität der zuarbeitenden Bürokratie usw.) zu diskutieren ist und hier offenbleiben mag.

3. Eine weitere Frage ist, ob die Folgenberücksichtigung gleichbedeutend ist mit jenen „technisch interpretierten Vermeidungsimperativen“, die staatliches Handeln auf crisis management reduzieren, Utopien um ihren überschießenden Gehalt bringen und den Bürger entmündigen<sup>93</sup>. In der Tat haben gerade radikalere Vorschläge es schwer, bereits ihre Realisierbarkeit nachzuweisen, da sie sich auf keine oder nur partielle Erfahrungen stützen können<sup>94</sup>. Auch besitzt die sich in den Sozialwissenschaften etablierende funktionale Methode eine systemerhaltende Tendenz<sup>95</sup>.

Doch ist ein Ausweg möglich, wenn man das zum Bezugspunkt der Funktionen genommene System nicht mit den bestehenden Herrschaftsverhältnissen identifiziert, sondern heuristisch als Hilfe zur Zusammenschau und Vergleichung der Normkonsequenzen verwendet und die Kritik an jenen Verhältnissen als Vorzugsregel in die Folgenbewertung einstellt. Und auch hinsichtlich des Begründungsdefizits bei Utopien ist eine Faktendiskussion der Rechtsprechung mindestens negativ aus der Rolle des Opponenten möglich, so nämlich, daß sie Folgen des bestehenden Systems aufdeckt und den Minimalreformen der Rechtspolitik die Berufung auf den Sachzwang erschwert.

4. Möglicherweise schafft die stärkere Faktenberücksichtigung zusätzliche Fehlerquellen bei der justiziellen Rechtssetzung. Hiergegen müssen prozessuale und organisatorische Vorkehrungen getroffen werden. Zwei Modelle bieten sich an: die Informationsbeschaffung durch eigene Einrichtungen des Gerichts, etwa sozial- oder naturwissenschaftlich vorgebildete Hilfsarbeiter oder einen als Stab eingerichteten wissenschaftlichen

<sup>93</sup> Vgl. *Habermas*, Technik und Wissenschaft als Ideologie, Frankfurt 1970, S. 48 ff.

<sup>94</sup> Vgl. zum Demokratiepостulat *Narr*, in: *Narr, Naschold*, Theorie der Demokratie, Stuttgart 1971, S. 31 - 33.

<sup>95</sup> Vgl. oben Anm. 67.

Hilfsdienst, andererseits die heute praktizierte Informationsbeschaffung im kontroversen Verfahren unter Zuhilfenahme gerichtlich bestellter Gutachter<sup>96</sup>. Der zweite Weg verdient angesichts der Unmöglichkeit „reiner“ Erkenntnis sicherlich den Vorzug. Doch ist es zweifelhaft, ob er auch ausreichend gewährleistet, daß die erheblichen Fragen überhaupt erkannt werden, oder ob er nicht vielmehr nur geeignet ist, auf einem vorgeklärten Feld Wahrheit zu suchen. Diese Vorklärung des Relevanten mit Hilfe der oben (S. 181 ff.) beschriebenen Vereinfachungsregeln kann auch der einzelne Richter, zumal mit der heute üblichen Universitätsausbildung, schwerlich leisten. Das Kontrovers-Modell sollte zu diesem Zweck mindestens bei den Revisionsgerichten und dem Bundesverfassungsgericht um Einrichtungen des ersten Modells ergänzt werden.

5. Die Erschließung neuer Informationsquellen führt zu irrationalen Reaktionen, wenn die so erhöhte Komplexität nicht verarbeitet werden kann<sup>97</sup>. Wie die Bemühungen um juristische Datenverarbeitung zeigen, ist die Aufnahmefähigkeit der Justiz angesichts des rascheren Wandels im Rechtssystem und der stärkeren Präzedenzorientierung bereits stark in Anspruch genommen. Der Ausbau der Rezeptivität für Rechtstatsachen wird deshalb nicht bloße Addition sein können, sondern auf Kosten der Verarbeitung von Rechtsprechung und dogmatischer Literatur gehen müssen. Darüber hinaus aber organisatorische Vorkehrungen zu überlegen, die jenen Informationsfluß kanalisieren, ist angesichts des Standes der Rechtstatsachenforschung mindestens verfrüht: was Not tut, ist nicht, Komplexität zu reduzieren<sup>98</sup>, sondern, sie erst einmal zu entdecken.

V. Tatsachenurteile fördern die Einigungschancen in Entscheidungsprozessen um die Bildung von Richterrecht. Auf der methodologischen Ebene solcher Prozesse — der Ebene unterstellter reiner Sachlichkeit der Beteiligten —, geschieht dies nicht auf Grund von Regeln logischen Schließens oder semantischer Gleichheit, sondern auf Grund von Maximen praktischen Argumentierens, die — unter anderem, nämlich neben Wertungen — Tatsachenurteile zur Tatbestandsvoraussetzung haben. Wichtigste Maxime dieser Art ist die der Folgenanalyse und -bewertung.

Auf der soziologischen Ebene des Entscheidungsprozesses — der Ebene sozialer und psychischer Determinanten — wirken Tatsachenurteile, transitive und reflexive, aufklärend gegen personale und organisatorische Verfestigungen, die die Einigung hemmen.

Ausgiebigere Wahrnehmung der Rechtstatsachen, insbesondere die Berücksichtigung der Folgen der eigenen Rechtsetzung durch die Rechtsprechung, hat Folgen hinsichtlich des politischen Standorts der Justiz. Eine entsprechende Empfehlung erfordert deshalb eine praktische Diskussion jenes Standorts.

<sup>96</sup> Vgl. Baade, a.a.O. (Anm. 6), S. 428.

<sup>97</sup> Vgl. Deutsch, a.a.O. (Anm. 84), S. 161 („decision overload“).

<sup>98</sup> Vgl. dagegen Luhmann, a.a.O. (Anm. 62), S. 70 f.