

§ 44: Eintrittspunkte der Soziologie in die Rechtswissenschaft

Im Anschluß an die allgemeine Erörterung der Relevanz empirischer Forschung für die Rechtsfindung *de lege lata* in § 42 kann nun die weitere Frage gestellt werden, wo die juristische Methode den Rechtstatsachen Einlaß ge-

⁸ *Rehbinder*, aaO. (wie Anm. 1), S. 354.

⁹ Kritisch *Ernst E. Hirsch*, Experimentierklausel, JZ 1971, S. 286–288.

¹⁰ Auch hier sind schon Anfänge gemacht worden, z. B. in dem Sammelband „Wettbewerb als Aufgabe – Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968), der kritische Stellungnahmen einer Reihe von Wissenschaftlern zum GWB enthält, oder von *Gundolf Kliemt* in seiner Untersuchung über „Die Praxis des Betriebsverfassungsgesetzes im Dienstleistungsbereich“ (Tübingen 1971). Freilich sind diese Arbeiten noch ohne Kenntnis der Vorschläge Beutels entstanden. Das gilt anscheinend auch von der Untersuchung, die *Vilhelm Aubert*, *Torstein Eckhoff*, *Knut Sveri* und *Per Norseng* über die Wirksamkeit des norwegischen Hausangestelltengesetzes durchgeführt haben, das 1948 in Kraft trat mit der Maßgabe, daß es nach ein paar Jahren überprüft werden sollte. Vgl. dazu *V. Aubert*, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Studien und Materialien, Sonderheft 11 der KZfSS (1967), S. 284–309.

währt. Eigentlich wäre es notwendig, daraufhin die gesamte Methodenlehre durchzumustern. Ich will mich hier aber auf einige Ansätze beschränken, die prima facie die Argumentation mit Rechtstatsachen zu ermöglichen scheinen. Nach einem kurzen Blick auf eine Zusammenstellung „legitimer Eintrittspunkte der Soziologie in die Rechtswissenschaft“ von Paul Trappe und auf die Topiklehre Viehwegs soll nur die Interessenjurisprudenz im Hinblick auf die Brauchbarkeit der RTF etwas eingehender behandelt werden.

Trappe hat einen ganzen Katalog „legitimer Eintrittspunkte der Soziologie in die Rechtswissenschaft“ gesammelt¹. Er nennt:

1. die Natur der Sache
2. den Begriff der Sozialadäquanz
3. nachbarliche Gemeinschaftsverhältnisse
4. das Wesen der Ehe
5. die Rechtspflicht zum Handeln
6. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff
7. faktische Vertragsverhältnisse und sozialtypisches Verhalten
8. gute Sitten, sittliche Pflichten, Anstand, Usancen, Handelsbräuche, Courtoisie, Billigkeit, Sittengesetz, Treu und Glauben, im Verkehr erforderliche Sorgfalt
9. Betrieb, Arbeitsverhältnis, Angestellter, Arbeiter
10. Rollenbilder des „ordentlichen Kaufmanns“, des „leitenden Angestellten“, des „Vorsitzenden“ im Prozeß usw.

Diese Aufzählung, die sicher noch um ähnliche Punkte ergänzt werden könnte, wirkt auf den ersten Blick eindrucksvoll und einleuchtend. Aber darin unterscheidet sie sich nicht von anderen Ansätzen, RTF und Rechtssoziologie der Jurisprudenz dienstbar zu machen. Erst bei näherem Zusehen wird der Zusammenhang zum Problem. Der Eindruck der Evidenz wird dadurch hervorgerufen, daß der Katalog eine Reihe von Themen und Stichworten nennt, die sowohl in der Soziologie als auch in der Rechtsdogmatik einen Sinn ergeben. Problematisch wird der Katalog aber dadurch, daß die verwendeten Ausdrücke, je nach ihrem Kontext, durchaus mit verschiedenem Sinn verbunden werden können.

Die „Natur der Sache“ so erläutert Trappe, könne ein sozialer Sachverhalt sein, dann sei die sogenannte „Natur“ soziologisch analysierbar. Die Erklärung könne ganz allgemein lauten, wenn ein so gearteter Sachverhalt vorliege, müsse mit diesen oder jenen sozialen Prozessen, Reaktionen, spontanen oder normativen Verhaltensweisen gerechnet werden. Ähnlich nehmen die Juristen mit dem Begriff „Sozialadäquanz“ auf eine soziologisch aufklärbare Wirklichkeit Bezug². Mit der „Rechtspflicht zum Handeln“ ist die sogenannte

¹ Zur Situation der Rechtssoziologie, *Recht und Staat*, Heft 369 (1968), S. 12 f., ebenso schon in der Einleitung zu *Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied 1964, S. 24 ff.

² Vgl. dazu die skeptische Bemerkung von *Wolfgang Naucke*, *Wissenschaftsbegriff – Rechtssoziologie – Rechtspraxis*, in: *Naucke/Trappe*, *Rechtssoziologie und Rechts-*

Garantenstellung gemeint, die eine Unterlassung dem positiven Tun gleichwertig erscheinen läßt und die nicht nur durch Gesetz oder Vertrag, sondern auch aus besonderen Vertrauensverhältnissen oder den durch natürliche Verbundenheit oder die Stellung in einer Gemeinschaft begründeten sozial-ethischen Beziehungen abgeleitet werden kann³.

Für die anderen von Trappe genannten „Eintrittspunkte“ bedarf es weiter keiner Erläuterung, daß sie Gegenstand sowohl juristischer als auch soziologischer Betrachtungen sein können. Es wird dabei kaum jemand bezweifeln wollen, daß die soziologische Betrachtung die juristische „befruchten“ kann. Aber wie genau sich der Eintritt der Soziologie in die Rechtswissenschaft vollzieht, darauf findet man bei Trappe keine Antwort.

Am klarsten liegen die Verhältnisse noch bei der Ermessensbetätigung, wo eine zur Entscheidung ermächtigte Instanz zunächst unter Rücksicht auf dogmatische Regeln einen Zweck zu setzen hat, während die notwendigen Mittel nach den sozialen und technischen Zusammenhängen bestimmt werden müssen. In allen anderen Fällen bleibt aber gerade die entscheidende Frage offen, nämlich die, welchen sozialen Prozessen, spontanen Reaktionen oder institutionalisierten Rollenerwartungen Rechtsfolgen beigelegt werden sollen und welchen nicht. Wie leicht darüber Mißverständnisse möglich sind, zeigt besonders deutlich etwa das „faktische Vertragsverhältnis“. Juristisch enthält diese Begriffsbildung eine Kurzbezeichnung für einen von bestimmten Autoren propagierten Rechtssatz. Wenn dagegen der Soziologe ein „faktisches Vertragsverhältnis“ annimmt, meint er damit vielleicht denselben Lebenssachverhalt, jedoch nur in beschreibender und erklärender Absicht, nicht aber um den Tatbestand mit einer Rechtsfolge zu verknüpfen. Hier täuschen Synonyma allzu leicht einen identischen Begriffsinhalt vor und verdecken damit das eigentliche Problem. Ähnlich steht es mit Begriffen wie Betrieb, Arbeitsverhältnis, Konzern, Wettbewerb usw. Wenn der Jurist von einem Arbeitsverhältnis spricht, so geschieht das in der Absicht, bestimmte „Arbeitsverhältnisse“, die der Soziologe bei funktioneller Betrachtung einander gleichsetzen würde, wie die Tätigkeit im privaten und öffentlichen Dienst, gerade zu unterscheiden. Ähnlich liegt es in den Fällen, in denen der Katalog Trappes unmittelbar außerrechtliche Normen anführt, wie Verkehrssitten oder Handelsbräuche. Solche vorrechtlichen Normen werden rechtlich erst relevant, wenn und weil das Recht auf sie verweist. Sie werden damit zum Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm. Der empirischen Forschung bleibt nur noch die Aufgabe, im Einzelfall den Beweis zu führen, ob zum Beispiel ein bestimmter

praxis, Neuwied, Berlin 1970, S. 79 ff., 105. Naucke sieht in der hier gemeinten „Wirklichkeit“ normative Erwägungen, die in bestimmten, oft komplizierten juristischen Situationen als notwendig angesehen würden und aus schwer erhellbaren Gründen sprachlich als „Faktizitäten“ erschienen.

³ Vgl. die Darstellung bei Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 15. Aufl. München 1970, Randnr. 100 ff.

Handelsbrauch besteht oder nicht, nachdem – jedenfalls im Zivilprozeß – zuvor eine Partei die Existenz einer solchen inhaltlich näher präzisierten Gewohnheitsregel behauptet hat.

Besonders hervorgehoben zu werden verdient die Figur der sozialen Rolle. Sie ist zu einer Grundkategorie soziologischen Denkens geworden, auf die auch die Rechtssoziologie große Hoffnungen setzt⁴. Unter einer sozialen Rolle versteht man die Summe aller Verhaltensweisen, welche die Gesellschaft von dem Inhaber einer bestimmten sozialen Position erwartet. Die Rolle zeigt also ein Individuum als den Adressaten eines Inbegriffs sozialer Normen. Damit gilt für die rechtliche Relevanz der Rollenerwartungen das gleiche wie für alle vorrechtlichen Normen: Es bedarf stets einer Rezeption durch die Rechtsordnung. Daran ändert auch nichts die rechtssoziologisch feststellbare Tendenz des geltenden Rechts, rollengemäßes („sozialtypisches“) Verhalten zunehmend auch rechtlich zu sanktionieren, wie sie in der Zurückdrängung der Privatautonomie und ihrer rechtlichen Verwirklichung in Willenserklärung und Vertrag zugunsten des Vertrauensschutzes zum Ausdruck kommt⁵. Gegen diese Tendenz darf und kann sich das Recht insgesamt gesehen nicht wehren. Wenn überhaupt eine Ordnung sein soll, dann müssen Regelmäßigkeiten vorhanden sein, auf die man sich verlassen kann, dann muß es Rollenerwartungen geben, die auch rechtlich geschützt werden. Aber das Recht ist einer solchen Tendenz nicht einfach ausgeliefert. Da es nur die „gerechte“ Ordnung schützt, steht die rechtliche Anerkennung jeder sozialen Rolle mit den daraus folgenden Rechten und Pflichten unter dem Vorbehalt einer Wertung durch Gesetzgeber, Rechtswissenschaft und Gericht.

Ein Katalog, wie ihn Trappe aufgestellt hat, löst also die Frage nach der Bedeutung der RTF für die Rechtsdogmatik nicht. Sieht man von so allgemeinen Wendungen wie Natur der Sache und Sozialadäquanz ab, so ist er dennoch nützlich, weil er auf Problemkreise aufmerksam macht, in denen die Rechtsstatsachen vermutlich Bedeutung gewinnen und bei deren Behand-

⁴ Zur Bedeutung des Rollenbegriffs für die Soziologie im allgemeinen vgl. *Ralf Dahrendorf*, *Homo sociologicus*, 5. Aufl. Köln, Opladen 1965; *Heinrich Popitz*, *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, Tübingen 1967 (Recht und Staat, Heft 331/332), sowie für die Rechtssoziologie im besonderen *Ernst E. Hirsch*, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge*, Berlin 1966, S. 31 ff.; *Manfred Rehbinder*, *Status – Kontrakt – Rolle*, Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch (1968), S. 141–169; *Rüdiger Lautmann*, *Rolle und Entscheidung des Richters*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre 1 (1970), S. 381–416; *Ephard Wüstmann*, *Rolle und Rollenkonflikt im Recht*, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und RTF, Bd. 26, Berlin 1971.

⁵ Vgl. dazu *Rehbinder*, aaO. S. 163 ff. Diese Tendenz kommt zum Ausdruck u. a. in zwei neueren Monographien von *Götz von Crausbaar*, *Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, München 1969, sowie von *Claus-Wilhelm Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971. Aus soziologischer Sicht vgl. *Niklas Luhmann*, *Vertrauen, ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart 1968, S. 32 ff.

lung der Jurist daher gut daran tut, tatsachenbewußt vorzugehen, mag er auch über die Verwendbarkeit der Fakten in der dogmatischen Diskussion keine theoretisch klare Vorstellung haben.

Wie der Jurist bei der Erörterung rechtlicher Fragen auch ohne die Hilfe einer umfassenden Theorie mit Hilfe einer am Problem orientierten denkerischen Technik vorgehen und dabei die Rechtstatsachen einbeziehen kann, das beschreibt die Topiklehre Theodor Viehweg⁶. Von ihr erhofft sich Coing⁷ einen „Ausweg aus der undurchsichtigen Lage, in welche die Rechtswissenschaft durch die Auseinandersetzung zwischen systematischer und soziologischer Schule gekommen ist“. Viehweg spricht von einer Aufteilung des Rechts in Problemeite und Antwortseite, ausgerichtet auf die Frage nach der gerechten Ordnung. Eine oft sehr lange andauernde Gesamtlage erlaube es, gewisse Komplexe von Dauerfragen zu formulieren. Diese hätten in ihren Grundlinien und in ihrem Zusammenhang einen höheren Grad von Festigkeit als die Lösungen, und der Rechtssoziologie komme die bedeutende Aufgabe zu, die hier vorliegenden Bezüge näher zu untersuchen, ohne dabei in einen alles beherrschenden Soziologismus verfallen zu müssen. Es gelte, einzelne Probleme möglichst auf der Basis eines Konsenses über einzelne Punkte im Umkreis der Probleme mit Hilfe eines stets bereiten, aber durchaus flexiblen Repertoires von Gesichtspunkten zu erörtern. Als Topoi in diesem Sinne werden, wenn auch nicht von Viehweg selbst, ausdrücklich auch die Rechtstatsachen genannt⁸.

Indessen vermag auch die Topiklehre nur noch anzugeben, daß die Entscheidung in irgendeiner Weise von soziologischen Topoi beeinflusst werden kann, nicht aber welcher Art dieser Einfluß ist. Die Topik als Einfallstor der Rechtstatsachen in die juristische Argumentation ist nur eine vorläufige, unscharfe Methode. Ihre Unschärfe korrespondiert aber mit der „dialektischen“, d. h. hier nur, mit der in ihrer Gesetzmäßigkeit nicht zu fassenden Wechselwirkung von Sein und Sollen. Die Topiklehre bietet daher wohl eine adäquate Beschreibung des Rechtsfindungsprozesses, wie er tatsächlich abläuft. Eine konstruktive und exakte Anleitung zur Rechtsfindung ist sie dagegen nicht und will sie auch gar nicht sein. Dennoch leistet sie eine Hilfe, die kaum hoch genug eingeschätzt werden kann, denn sie macht den Juristen Mut, die Probleme, die nun einmal gelöst werden müssen, anzugehen, auch wenn es an einer perfekten Methode fehlt. Dazu gibt sie ihnen in einem Katalog der Topoi eine ganz praktische Anleitung. Darin hat aber die RTF bis heute noch keinen festen Platz gefunden.

⁶ Topik und Jurisprudenz, 3. Aufl. München 1965; dazu *Gerhard Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, *Z. f. Rechtslehre* 1 (1970), S. 183 bis 197.

⁷ In seiner Besprechung des Buches von *Viehweg*, *ARSP* 41 (1955), S. 436.

⁸ *Peter Schwerdtner*, Wie politisch ist das Recht, *ZRP* 1969, S. 136 ff., 139.