

Aus Röhl, Rechtssoziologie, 1987

Kapitel 6 Norm und verhaltenstheoretische Erklärungsansätze

§ 25 Die soziale Norm

Literatur: *Adams*, Normen, Standards, Rechte, Juristenzeitung 1991, 941 ff.; *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964; *Popitz*, Die normative Struktur der Gesellschaft, 1980; *Spittler*, Norm und Sanktion, 1967

I. Die Einteilung der Verhaltensmuster

Eine zentrale Aufgabe der Soziologie besteht darin, die sozialen Verhaltensregelmäßigkeiten zu beschreiben und zu klassifizieren. Um den zu einem bestimmten Zeitpunkt in einer bestimmten Menge von Menschen vorhandenen Bestand an Verhaltensregelmäßigkeiten in den Griff zu bekommen, muß man das Problem des sozialen Wandels, die Frage, wie Verhaltensregelmäßigkeiten entstehen, wie sie sich verändern und wie sie vergehen, zunächst ausklammern. Das gleiche gilt für das Problem der Sozialisation, d. h. die Frage, wann und wie die einzelnen Menschen lernen, sich nach vorhandenen Verhaltensmustern zu richten. Es geht vorerst um eine rein statistische Betrachtung, sozusagen um eine Momentaufnahme von einer bestimmten Gesellschaft, um eine Beschreibung des Inhalts und der Verbreitung tatsächlich befolgter Verhaltensmuster. Das ist ersichtlich eine **empirische Aufgabe**. Man muß also durch Beobachtung, Umfrage, Interview, Aktenuntersuchung und Auswertung von Statistiken zu ermitteln versuchen, wie Menschen sich in typischen Situationen verhalten.

Ein anschauliches Beispiel bietet das 1967 erschienene Buch »Norm und Sanktion« von *Gerd Spittler*, in dem der Autor über zwei Untersuchungen berichtet, bei denen er sich der Methode der teilnehmenden Beobachtung bediente, um zu ermitteln, wie Normen und Sanktionen das Zusammenleben und Arbeiten einer Gruppe von Menschen regeln. Für die erste Untersuchung ließ sich der Autor für zwei Monate als Spüler in der Küche eines größeren Restaurants einstellen. So konnte er beobachten, nach welchen Mustern sich die Beziehungen zwischen dem Meister, dem Oberkoch und drei weiteren Köchen, drei Lehrlingen, drei Tellerwäschern und der Annonceuse gestalteten. Für die zweite Untersuchung verbrachte er drei Monate in einer psychosomatischen Klinik, um die Verhaltensregeln in einer Analysegruppe aus Patienten, Ärzten und Schwestern zu untersuchen. Bei der ersten Untersuchung trat der Autor als Werkstudent auf, beobachtete also verdeckt. Im zweiten Fall führte er das Protokoll der Analysegruppe. Den Beteiligten war seine wissenschaftliche Absicht, aber nicht die genaue Fragestellung bekannt.

Wir wenden uns zunächst der **theoretischen Frage** zu, wie die Unzahl der empirisch beobachtbaren Verhaltensmuster, angefangen von den Kontakt und Spielformen der Kinder über die Eß- oder Grußsitten der Erwachsenen bis hin zu rechtlich normierten Verhaltensweisen und politischen Attitüden sinnvoll geordnet werden kann. Es geht darum, sich auf einen bestimmten Sprachgebrauch, also auf bestimmte Begriffe festzulegen. Dabei helfen die »Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts« von *Theodor Geiger* (vgl. § 6).

Geigers Vorstudien sind nicht ganz einfach zu lesen, weil er, »um ein Höchstmaß begrifflicher Genauigkeit zu sichern, insbesondere um Begriffsverschiebungen auszuschließen, die wörtliche Darstellung durch Buchstaben Symbole und Formeln nach dem Vorbild der Logistik« ergänzt hat. Immerhin enthält die symbolische Darstellung keine neuen Informationen, so daß der Leser sich keine besondere Mühe zu geben braucht, sich die Symbole und ihre Anwendung einzuprägen, soweit sie nicht ohne weiteres bei der Lektüre verständlich sind. Das gilt um so mehr, als *Geiger* die Symbole teilweise in anderer Bedeutung verwendet, als sie sich in der modernen Logik durchgesetzt hat.

Als Oberbegriff für alle Regelmäßigkeiten sozialen Verhaltens wohl am weitesten verbreitet ist der Ausdruck **Verhaltensmuster** oder englisch **pattern**. Von Verhaltensmustern in diesem Sinne sprechen wir immer dann, wenn innerhalb einer näher definierten Menge von Menschen in gewissen typischen Situationen ein gleichartiges Verhalten zu beobachten ist, wenn gewisse Regeln existieren, die dem Handelnden vorgeben, was er tun oder lassen soll, und die beim Zuschauer die Erwartung eines bestimmten Verhaltens des Handelnden hervorrufen. *Geiger* benutzt für diesen Sachverhalt die Schreibweise: $s \rightarrow g$. Sie soll die Zusammengehörigkeit einer Situation (s) und eines Gebarens (g) ausdrücken, wobei der Pfeil besagen soll, daß auf s ein g folgt. Jede gesellige Ordnung so *Geiger* kann als ein Gefüge von Korrelationen nach dem Schema $s \rightarrow g$ verstanden werden (*Geiger*, S. 49).

Für die Vielfalt der Erscheinungen, die man unter dem Begriff des Verhaltensmusters zusammenfaßt, existieren die verschiedensten Bezeichnungen, ohne daß damit immer klare Trennungslinien verbunden werden: Übung, Gewohnheit, Brauch, Sitte, Konvention, Mode, Anstand, Moral, Recht. Besondere Bedeutung hat in der Soziologie der **Begriff der sozialen Norm** erlangt, auch wenn er nicht durchgehend einheitlich verwendet wird. Teilweise benutzt man ihn als Oberbegriff, so wie hier der Ausdruck Verhaltensmuster gebraucht wird. Heute ist jedoch ein anderer Sprachgebrauch im Vordringen, der den Ausdruck soziale Norm für einen speziellen Unterfall des Verhaltensmusters reserviert. Dem wollen wir uns anschließen. Für die Rechtssoziologie genügt es zunächst, die Verhaltensmuster in drei große Gruppen einzuteilen, von denen die ersten beiden die Muster äußeren Verhaltens erfassen, während die dritte die inneren (mental) Verhaltensmuster (§ 27) aufnimmt. Bei den äußeren unterscheiden wir zwischen bloßen Verhaltensgleichförmigkeiten und Verhaltensforderungen (Normen).

II. Verhaltensgleichförmigkeiten

Eine große Rolle im täglichen Leben spielen bloße Verhaltensgleichförmigkeiten, d. h. Verhaltensmuster, für die es **keine besonderen Kontrollmechanismen** gibt, die ihre Einhaltung gewährleisten. Sie werden im allgemeinen nicht Norm, sondern Gewohnheit, Sitte oder Brauch, englisch customs genannt. Daß solche Verhaltensmuster dennoch eine weite Verbreitung und einen hohen Grad der Beachtung finden, liegt daran, daß sie die Qual der Wahl erleichtern oder daß sie zweckmäßig sind, so daß eine Abweichung sich selbsttätig rächt. Wer bei Regen keinen Schirm benutzt, wird naß. Wer sich nicht an die üblichen Essenzeiten hält, wird schwer eine Mahlzeit finden. Wer sein Geschäftsjubiläum nicht anzeigt, verpaßt eine Chance der Werbung. Solche Verhaltensgleichförmigkeiten oder Bräuche sind sozusagen self-executing.

Überwiegend beherrschen sanktionslose Bräuche nur die weniger wichtigen Bereiche des Zusammenlebens. Das kann aber im Einzelfall anders sein. So gibt es z. B. in einfachen Stammesgesellschaften viele Verhaltensregelmäßigkeiten, die nicht den Charakter von Verhaltensforderungen haben. Obwohl eine Norm fehlt, die das Heiraten vorschreibt, sind fast alle verheiratet. Der Grund dafür liegt in den Nachteilen, die mit der Position des Ledigen verbunden sind. Er hat kein besonderes Ansehen in der Gesellschaft, er hat ökonomische Nachteile, weil ihm niemand bei der Arbeit hilft. Da er keine Kinder hat, ist er in Krankheit und Alter ohne Schutz. Diese negativen Konsequenzen, die von seiten der Umgebung nicht als Strafen gemeint sind, reichen für eine Verhaltensuniformität aus¹⁷⁴. In anderen Verhältnissen existieren die verschiedensten Formen sozialen Drucks, die sehr nachhaltig die Durchsetzung und Einhaltung solcher Gleichförmigkeiten fördern können. Wer nicht freundlich ist oder pünktlich, der muß auf manchen sozialen Kontakt verzichten. Wer sich entgegen der Mode oder nicht altersgemäß kleidet, muß damit rechnen, belächelt oder gemieden zu werden. Diese Formen sozialen Drucks sind so diffus, daß man sie im Einzelfall schwer beschreiben und abgrenzen kann. Deshalb ist es berechtigt, eine Grenze dort zu legen, wo der soziale Druck die spezifische Form von Sanktionen annimmt. Von den **Verhaltensgleichförmigkeiten** kann man sagen, sie **sind üblich**, von Normen dagegen, sie **sind verbindlich**.

III. Die soziale Norm als sanktionsbewehrte Verhaltensforderung

Ob mehr als eine bloße Verhaltensgleichförmigkeit, nämlich eine soziale Norm vorliegt, hängt davon ab, ob bei Abweichungen von dem Verhaltensmuster Sanktionen zu erwarten sind. Sanktionen sind Nachteile, die nicht, wie bei der Verletzungen ei-

¹⁷⁴ Siegfried S. Nadel, Social Control and Self-Regulation, Social Forces 31, 1953, 256273.

nes Brauchs, automatisch eintreten, sondern durch die dem Abweicher von seiner Umgebung bewußt demonstriert wird, daß man sein Verhalten nicht hinnehmen will.

Dieser engere Normbegriff geht wesentlich auf *Geiger* zurück, der sehr scharf den Unterschied zwischen bloß unreflektiert gewohnheitsmäßigem Gebaren und verbindlichen Normen herausgestellt hat. Dabei will er die Verbindlichkeit – das Normstigma – daran erkennen, daß die Gruppe oder einzelne ihrer Mitglieder gegen abweichendes Verhalten durch Sanktionen opponieren. Das Paradebeispiel von Normen in diesem engeren Sinne bilden immer wieder Rechtsvorschriften und hier wiederum bevorzugt Straftatbestände. Daher ist dieser Normbegriff für die Rechtssoziologie so wichtig geworden, daß man ihn geradezu als **Schlüsselbegriff der Rechtssoziologie** ansehen kann. Dieser Begriff zeigt nämlich, daß Rechtsregeln nur der Unterfall einer allgemeineren sozialen Erscheinung sind. Der Jurist darf sich nicht dadurch täuschen lassen, daß die Soziologen ihre Beispiele vielfach aus dem Rechtsbereich wählen, sondern muß sich nachdrücklich klar machen, daß auch außerhalb des Rechtsbereichs sanktionsbewehrte Normen in Hülle und Fülle existieren, mögen sie auch in ihrer großen Masse jeweils nur für kleinere Gruppen Geltung beanspruchen.

Damit dieser engere Normbegriff praktisch brauchbar wird, ist eine Reihe von Präzisierungen notwendig, die in der Mehrzahl ebenfalls schon auf *Geiger* zurückgehen. Dabei wird sich herausstellen, daß diese Präzisierungen weitgehend Parallelen in der allgemeinen Rechtstheorie haben, etwa in den Begriffen, die *Radbruch* in seiner »Rechtsphilosophie«¹⁷⁵ **apriorische Rechtsbegriffe** genannt hat.

(1) **Der Geltungsbereich der Norm die Gruppe:** Grundlegende Normen wie das Tötungsverbot gelten für die ganze Gesellschaft. Die große Masse der Normen betrifft aber nur einen umschriebenen Kreis von Personen, der sich mehr oder weniger nach ihnen richtet und ihre Einhaltung erwartet. Diesen Geltungsbereich der Norm nennt man eine Gruppe. Eine Gruppe besteht aus zwei oder mehr Personen, die bezüglich bestimmter Dinge und Fragen gemeinsame Anschauungen und Verhaltensregeln haben (§ 39).

(2) **Universelle und partielle Normen:** Einige Normen gelten gleichmäßig für alle Mitglieder der Gruppe. Sie werden universelle Normen genannt. Hierher zählen aus dem Rechtsbereich die meisten Verbote oder Gebote des Strafrechts. Andere Normen richten sich dagegen nur an einzelne Mitglieder der Gruppe, wie im Strafrecht etwa die Vorschriften über Amtsdelikte. *Geiger* hatte vorgeschlagen, diese Regeln partielle Normen zu nennen (S. 73). Heute ist teilweise von Rollennormen die Rede.

(3) **Normabsender und Adressaten:** Sind in einer Gruppe durch Rollennormen Rechte und Pflichten unterschiedlich verteilt, so müssen von den Normadressaten Normabsender unterschieden werden. Wenn in einer Familie gilt, daß Kinder den

¹⁷⁵ *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. Stuttgart 1956, 219 f.

Eltern zu gehorchen haben, so sind die Kinder die Adressaten und die Eltern die Absender dieser Norm. Im Hinblick auf die Existenz von bestimmbar Normabsendern kann man von den Normen als Verhaltensforderungen sprechen. Ja, die Verhaltensforderung steht sogar ganz im Vordergrund. Die Frage, inwieweit auch tatsächlich danach gehandelt wird, muß daneben noch gesondert gestellt und geprüft werden. Schon hier sei daher darauf hingewiesen, daß die Verbindlichkeit einer Norm eine meßbare Größe darstellt. Vor allem *Geiger* hat hervorgehoben, daß die beobachtbare Wirklichkeit einer Norm darin besteht, daß sie entweder befolgt oder daß eine Abweichung sanktioniert wird (§ 29).

(4) **Normbenefiziere:** Nicht immer, aber doch sehr häufig, sind Personen erkennbar, zu deren Gunsten sich die Erfüllung einer Norm auswirkt oder die jedenfalls subjektiv ein Interesse an der Einhaltung der Norm haben. Wir wollen sie mit *Geiger* Normbenefiziere nennen. Da sind diejenigen Personen, die bei Nichteinhaltung der Norm als Opfer oder Verletzte erscheinen.

(5) **Subsistente Norm und Normsatz:** Von der Tatsache, daß eine sanktionsbewehrte Regel für soziales Verhalten existiert, von *Geiger* subsistente Norm genannt, ist deren verbale Formulierung zu unterscheiden. Sie wird bei *Geiger* Normsatz genannt. Der Normsatz kann entweder schon von der Gruppe selbst formuliert sein, wie z. B. in einem Gesetz, einer Vereinsatzung oder einem Sprichwort. Nicht selten wird er aber auch erst von dem beobachtenden Soziologen in Worte gekleidet.

(6) **Deklarative und proklamative Normsätze:** Weiter lassen sich die Normsätze danach unterscheiden, ob lediglich eine gewohnheitsmäßig ausgebildete subsistente Norm nachträglich in Worte gekleidet oder ob ein neu erfundener Normsatz verkündet wird, der sich erst faktische Beachtung verschaffen muß, wie es bei Gesetzen der Fall ist, wenn sie nicht nur Gewohnheitsrecht rezipieren. Für den ersten Fall spricht *Geiger* von einem deklarativen, im zweiten Fall von einem proklamativen Normsatz. Hat die Proklamation eines Normsatzes Erfolg, wird er also von den Adressaten tatsächlich beachtet, so handelt es sich bei der nunmehr vorhandenen subsistenten Norm im Gegensatz zur **habituellen** um eine **statuierte** Norm.

IV. Die Sanktion

a) Der intentionale Charakter der Sanktion

Sanktionen können von sehr verschiedener Art sein. Sie reichen von verbalen Reaktionen, von bloßer Feststellung des Normbruchs über Tadel und Beschimpfung bis zu physischen Sanktionen, etwa Prügel und Rechtsstrafen, über den Entzug von Privilegien, die Störung der Kooperation, bis hin zum Abbruch der Beziehungen. Eine Reaktion ist aber nur dann als Sanktion ansehen, wenn der Normbrecher sie zu spü-

ren bekommt. Klatsch hinter seinem Rücken oder innere Mißbilligung sind noch keine Sanktionen. Zur Sanktion gehört also, daß der Betroffene sie nach Meinung der anderen Beteiligten auch als solche verstehen soll. Sanktionen haben einen intentionalen Charakter¹⁷⁶.

Spittler (S. 33) gibt ein Beispiel, um diese Eigenart von Sanktionen herauszustellen: Wenn ein Mann ungewöhnlich spät nach Hause kommt und seine Frau ihm keine warmes Essen mehr anbietet, kann das zwei Gründe haben. Entweder macht es ihr zu viele Umstände, noch ein warmes Essen zuzubereiten. Dann ist die Reaktion der Frau ganz einfach eine negative Konsequenz des Zuspätkommens, hat aber keinen Sanktionscharakter. Will sie ihn dagegen strafen, weil er zu spät gekommen ist, dann liegt eine Sanktion vor. In beiden Fällen wird der Mann den Nachteil zur Kenntnis nehmen und sich danach richten. Auf den ersten Blick besteht also kein Unterschied, jedenfalls wenn man nur auf das äußere Verhalten sieht und vernachlässigt, daß der Mann wahrscheinlich die Situation richtig deuten und den von der Frau ihrem Verhalten beigelegten Sinn verstehen wird. Aber auch im äußeren Verhalten zeigt sich der Unterschied, wenn man sich die weitere Entwicklung der Beziehungen vorstellt. Wenn der Mann auch künftig zu spät kommt, dann wird seine Frau, wenn hier eine Norm im Sinne einer Verhaltensforderung vorliegt, andere Maßnahmen ergreifen: Sie wird vielleicht die Sanktionen verschärfen, indem sie sich ihm auch in der Nacht entzieht oder sie wird vielleicht über seine lieblose Behandlung klagen. Hat der Mann aber nur gegen einen Brauch verstoßen, dann bleibt die einzige Konsequenz auch weiterhin das fehlende Essen, das aus technischen Gründen nicht mehr gekocht wird. Ein Unterschied zwischen Norm und Brauch besteht also darin, daß bei der Norm eine Verletzung nicht hingenommen wird, sondern daß man mit weiteren, wahrscheinlich schärferen Mitteln versucht, die Norm durchzusetzen.

b) Positive und negative Sanktionen

Eine Sanktion besteht in der Regel in der Zufügung von Nachteilen oder dem Entzug von Vorteilen, ist also negativ. Es kommen aber auch positive Sanktionen, also Belohnungen für normgemäßes Verhalten vor.

Positive und negative Sanktionen haben unterschiedliche **Voraussetzungen**. Negative Sanktionen kann man als Aggression aus Anlaß einer Enttäuschung verstehen. Als solche werden sie sich primär gegen den Normbrecher richten, der als die Ursache dieser Enttäuschung empfunden wird. Die Aggression kann sich aber auch ein Ersatzobjekt suchen. Das wird besonders dann der Fall sein, wenn der Normbrecher stärker ist als der Verletzte. So kommt es vor, daß ein Kind, das bestraft worden ist, seine Wut abreagiert, indem es irgendetwas Sachen beschädigt.

Für positive Sanktionen stellt sich das **Knappheitsproblem**. Positive Sanktionen kann nur austeilen, wer über positive Güter verfügt, die sich als Belohnung eignen. Zwar müssen diese nicht materieller Art sein. Auch gesellschaftliches Ansehen, Orden und Ehrenzeichen können wirkungsvoll als Belohnung wirken. Aber sie sind ebensowenig wie materieller Reichtum unbegrenzt vermehrbar. Negative Sanktionen

¹⁷⁶ BGHZ 18, 149 ff., 155 ff. Mühsam begründet der BGH hier die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes aus dem Ursprung dieses Rechtsinstituts im Strafrecht, anstatt auf den Präventionscharakter auch des Schadensersatzrechts abzustellen.

stehen dagegen fast beliebig zur Verfügung. Sie kosten wenig oder nichts und bringen im Gegenteil dem, der sie austeilt, oft noch Gewinn. Allerdings hat sich das Knappheitsproblem im Laufe der Zeit verschoben. Der gesellschaftliche Reichtum ist so stark gewachsen, daß größere Mittel zur Verteilung von Belohnungen vorhanden sind. Auf der anderen Seite sind negative Sanktionen längst nicht mehr immer umsonst. Allgemein akzeptierte Wertvorstellungen, hier der Gedanke der Humanität, verbieten die »billigen« Leibes und Lebensstrafen. Die moderne Freiheitsstrafe ist im Vollzug sehr teuer. Andererseits eröffnet das höhere Niveau gesellschaftlichen Reichtums auch neue, billige Sanktions-möglichkeiten, denn vielfach wirkt die **Versagung normaler Leistungen** wie z. B. Unterhalt, Arbeitslosengeld oder Sozialhilfe **als Sanktion**.

Unterschiedlich sind auch die **Wirkungen**. Hier zeigt die positive Sanktion erhebliche Vorteile. Sie vermeidet den Aufschaukelungseffekt, den eine Bestrafung oft nach sich zieht, wenn der Bestrafte seinerseits die Bestrafung als Aggression empfindet und mit Gegenaggression antwortet. Belohnungen sind auch lerntheoretisch effektiver als Strafen (§ 18, 2). Soweit die Funktion einer Sanktion darin besteht, den Betroffenen zu künftiger Normbefolgung anzuhalten, wirken positive Sanktionen besser.

Für das Recht sind negative Sanktionen wie Strafen, Bußen und Schadenersatz **kennzeichnend**¹⁷⁷. Es fällt schwer, außer dem Finderlohn des § 971 BGB eine positive rechtliche Sanktion zu nennen, denn ob die zahlreichen Subventionen, Steuerergünstigungen und staatlichen Transferleistungen als positive Sanktion eingeordnet werden können, ist mindestens zweifelhaft (unten 6). Diese Asymmetrie zwischen positiven und negativen Sanktionen ist aber nicht auf das Recht beschränkt. Auf ein bestimmtes normkonformes Verhalten geschieht regelmäßig gar nichts, jedenfalls nichts besonderes, das sich vom üblichen Interaktionsprozeß abhebt, wenn man einmal von der Ausnahme der Belohnung als Hilfsmittel im Erziehungsprozeß absieht. Unspezifische, positive Sanktionen, wie besonderes Vertrauen, Ansehen, starker Kontaktwert, knüpfen selten an einzelne Handlungen an, sondern ziehen eher eine Verhaltensbilanz. Wenn sich aber doch einmal eindeutig spezifische Sanktionen feststellen lassen, so beziehen sie sich nicht auf allgemeine Verhaltensforderungen, sondern bilden eine Prämie dafür, daß man mehr getan hat, als eigentlich erwartet werden konnte, etwa wie die Medaille für den Lebensretter. Die Masse der Normen, die man als Normal-erwartungen bezeichnen kann, ist nur mit negativen Sanktionen bewehrt. Der Grund dafür liegt möglicherweise in der Knappheit positiver Sanktionen, die sich potenziert auswirkt, wenn die Belohnung zum Regelfall wird, denn hier

¹⁷⁷ Zu Bedeutung positiver Sanktionen in der Regel vgl. jetzt *Arie Freiberg*, Reward, Law and Power: Toward a Jurisprudence of the Carrot, in: *Roman Tomasic/Pic Lucas* (Hrsg.), Power and Regulation and Resistance, Canberra/Australien 1986, S. 19-27.

wirkt das Gesetz vom abnehmenden Gratifikationswert (§ 18,1). Man muß sich daher bei der Frage der Existenz verbindlicher Normen in erster Linie auf das Vorhandensein von negativen Sanktionen verlassen.

c) Sanktionsverschärfung und Sanktionsverzicht

Da Sanktionen von der mehr oder weniger bewußten Absicht getragen werden, auf den Normbrecher einzuwirken, läßt sich vielfach beobachten, daß sie bei wiederholtem Normbruch verschärft werden. Ein Beispiel aus dem Rechtsbereich wäre die verschärfte Bestrafung des Rückfallverbrechens nach § 48 StGB. Ob allerdings die Verschärfung der Sanktion auch wirksam ist, steht auf einem anderen Blatt. Man kann sich z. B. vorstellen, daß der Ehemann, der seiner Frau immer heftigere Vorwürfe macht, sie schließlich aus dem Hause treibt. Es liegt auf der gleichen Ebene, wenn die verschärfte Bestrafung des Rückfallverbrechens den Täter nicht selten erst recht in eine kriminelle Karriere drängt.

Man kann auch eine genau entgegengesetzte Strategie des vorläufigen Sanktionsverzichts beobachten. Es dürfte oft vorkommen, daß eine Ehefrau, deren Mann sich verspätet oder der sich gar mit seiner Freundin erwischen läßt, diesen Normbruch nicht sofort ahndet, ihn aber bei einer späteren Abweichung wieder aufgreift. Der soziale Sinn dieses Vorganges geht dahin, den Mann zu erhöhter Regelmäßigkeit und Treue zu verpflichten. Es wird eine soziale Kreditbeziehung aufgebaut. Eine ganz analoge Strategie verfolgt offenbar die Strafaussetzung zur Bewährung.

d) Repressive und restitutive Sanktionen

Bei der Behandlung der Sanktion haben sich Soziologen bisher wenig Gedanken über eine Unterscheidung gemacht, die für den Rechtsbereich von besonderer Bedeutung ist, die Unterscheidung nämlich zwischen **repressiven** und **restitutiven** Sanktionen. Diese Unterscheidung begegnet nur im Zusammenhang mit Durkheims Theorie der Rechtsentwicklung (§ 4). Es besteht jedoch kein Zweifel, daß soziologisch betrachtet auch Restitution, also Wiedergutmachung oder Schadenersatz, Sanktionscharakter haben kann. Das muß besonders betont werden, weil von juristischer Seite vielfach der Sanktions und damit der **Präventionscharakter des Schadenersatzrechts** geleugnet wird. Zwar wird Schadenersatz im Recht nach der Grundregel des § 249 BGB nicht unter Präventionsgesichtspunkten zugemessen. Etwas anderes gilt nur ausnahmsweise für das Schmerzensgeld, dem man teilweise eine Genugtuungsfunktion beilegt¹⁷⁸. Auch wenn, anders als in den USA, bei uns keine punitive damages zuerkannt werden, wäre es wirklichkeitsfremd, nicht nur die DefactoPrä-

¹⁷⁸ BGHZ 18, 149 ff., 155 ff. Mühsam begründet der BGH hier die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes aus dem Ursprung dieses Rechtsinstituts im Strafrecht, anstatt auf den Präventionscharakter auch des Schadenersatzrechts abzustellen.

ventionswirkung, sondern auch eine entsprechende rechtspolitische Intention des Schadenersatzrechts zu leugnen. Sehr zu Unrecht ist die Berufung auf den Präventivcharakter auch des zivilrechtlichen Schadenersatzes bei Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung bisher die Ausnahme geblieben. Ausnahmebeispiel ist die Rechtsprechung zum Schadenersatz bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die ausdrücklich mit dem Präventionsbedürfnis begründet wird¹⁷⁹.

e) *Verfahren als Sanktion*

1979 erschien in den USA ein Buch von Malcolm Feeley mit dem Titel »The Process is the Punishment«. Darin beschreibt der Autor am Beispiel eines Strafgerichts im Neuenglandstaat New Jersey, wie praktisch während des gesamten Verfahrens, besonders aber während des gerichtlichen Vorverfahrens, Sanktionen gegen den Beschuldigten ausgeteilt werden. Festnahme, Untersuchungshaft oder Kaution sind nur die augenfälligsten. Jeder Blick in eine Justizstatistik zeigt die große Differenz zwischen der Zahl der Anzeigen oder Klagen und der der Verurteilungen. Natürlich sind Verfahren, und zwar gerade rechtliche Verfahren, nach der Rhetorik der Beteiligten nicht als Sanktion gedacht, sondern sollen die Sanktion nur vorbereiten. Aber tatsächlich sind Verfahren stets lästig, und oft beeinträchtigen sie die Betroffenen kaum weniger als die Verurteilung selbst. Dieser Zusammenhang ist zwar den Juristen nicht entgangen¹⁸⁰, verdient aber noch verstärkte Beachtung¹⁸¹.

V. Verhaltens und Sanktionsnormen

Im außerrechtlichen Bereich kommt es vielfach vor, daß nur der unmittelbar Geschädigte die Sanktion vollzieht. Eine solche **auf bloßer Gegenseitigkeit beruhende Regelung** ist immer gefährdet dadurch, daß sich der Normbrecher gegen eine Sanktion wehren kann. Sie ist daher nur stabil, solange der Geschädigte genügend Machtüberlegenheit besitzt, um seine Sanktion durchzusetzen.

¹⁷⁹ BGHZ 26, 349 ff. (Herrenreiter); BGHZ 35, 363 ff. (Ginsengwurzel); BGHZ 39, 134 ff. (Fernsehansagerin)

¹⁸⁰ Im Hinblick auf die beeinträchtigenden Wirkungen für den Angeklagten ist gegen den an sich als zwischenbescheid unanfechtbaren Eröffnungsbeschluß die Verfassungsbeschwerde zugelassen worden; BVerGE 11, 331 ff., 336; Bayer. Verfassungsgerichtshof Bd. 15, 41 ff. = NJW 1962, 1435.

¹⁸¹ Die Rufschädigung durch Strafverfahren untersuchen z. Zt. *Heinz Schöck*, und *HansLudwig Schreiber*, im Rahmen des DFGSchwerpunktprogramms "Reformmodelle für die Hauptverhandlung im Strafverfahren", vgl. den Bericht in ForschungsMitteilungen der DFG 34, 1985, S. 19 f.

Sobald **Dritte** eingreifen, um dem Geschädigten zu helfen oder um die Sanktionierung in eigene Hände zu übernehmen, lassen sich Normansprüche auch gegen gleiche und sogar gegenüber Machtüberlegenen durchsetzen. Die Norm erhält, da zu ihrer Aufrechterhaltung ein Geflecht sozialer Beziehungen entstanden ist, eine größere Stabilität.

Bei kleineren undifferenzierten Gruppen liegt es häufig so, daß die Sanktionen entweder von der ordnungstragenden Gruppe insgesamt oder jedenfalls von den Normabsendern ausgehen. Gelegentlich können auch größere Gruppen, z. B. mit einem Boykott, kollektiv reagieren. In der Regel aber haben größere und differenziertere Gruppen besondere Personen bestellt, die auf die Einhaltung der Normen achten und bei Abweichung Sanktionen verhängen. Es werden Unparteiische, Schiedsrichter, Gerichte oder Ombudsmänner eingesetzt, die die Sanktionen verwalten. Man kann solche Personen als **Sanktionssubjekte** bezeichnen. Damit geraten wir, wie die Beispiele zeigen, in die Nähe oder sogar mitten in den Bereich des Rechts.

Im Hinblick auf die Existenz besonderer Sanktionssubjekte kann man weiter zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen unterscheiden. Als primäre oder **Verhaltensnormen** bezeichnet man solche, die den Adressaten ein äußeres Verhalten vorschreiben. Daneben stehen sekundär andere Normen, die sich an dazu bestimmte Personen eben an die Sanktionssubjekte richten und ihnen aufgeben einzuschreiten, falls die primären Normen nicht eingehalten werden. Diese sekundären Normen werden auch als **Sanktionsnormen** bezeichnet.

Auch diese Unterscheidung läßt sich leicht auf Rechtsnormen anwenden. So ist es bemerkenswert, daß ein so grundlegendes Gesetz wie das Strafgesetzbuch unmittelbar keine Verhaltensnormen formuliert, die sich an das Publikum richten, sondern nur die Sanktionsnormen, die dem Rechtsstab vorgeben, wie er auf Normverletzungen zu reagieren hat. Die Verhaltensnormen sind daraus nur mittelbar zu erschließen. Es heißt also im Gesetz nicht: Du sollst nicht töten, stehlen oder betrügen!, sondern nur: Wer tötet, stiehlt oder betrügt, ist in bestimmter Weise zu bestrafen. Dieses Phänomen, daß das Strafgesetz die eigentlichen Verbotsnormen gar nicht ausspricht, sondern voraussetzt, galt einmal als große Entdeckung des Strafrechtlers *Binding*, der darauf seine Normentheorie aufbaute¹⁸².

Ein markantes Stadium der Rechtsentwicklung ist die regelmäßige und geordnete Beteiligung Dritter an der Regelung von Konflikten. An den Dritten richtet sich zunächst die Sanktionsnorm, die ihm aufgibt, unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Entscheidungen zu treffen oder eine Handlung zu vollziehen. Darum herum entwickelt sich jedoch eine Reihe von Regeln über das einzuhaltende Verfahren, über die Zuständigkeit und über das Zusammenwirken verschiedener Sanktionssubjekte. Auf das moderne Gerichtsverfahren bezogen, handelt es sich um die **Ver-**

¹⁸² *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, 1. Aufl. Leipzig 1872, Bd. I, 28 ff.

fahrensregeln des Prozeßrechts und die **Organisationsregeln der Gerichtsverfassung**. Alle diese Regeln kann man als Sanktionsnormen im weiteren Sinne bezeichnen.

Die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen ist freilich relativ. Für den Rechtsstab sind die aus der Sicht der Rechtsgenossen sekundären Sanktionsnormen zunächst wieder primärer Natur: Der Rechtsstab soll die vorgesehenen Sanktionen verhängen. Allerdings stehen dahinter erneut Sanktionsnormen zweiten Grades, z. B. Vorschriften über Rechtsbeugung und Teile des Disziplinarrechts. Sie richten sich gegen Glieder des Rechtsstabs, die ihre Verpflichtungen nicht erfüllen. Am Ende gelangt man möglicherweise zu Normen, die nicht noch einmal wieder mit einer eigenen Sanktionsdrohung versehen sind. Juristen und Philosophen stellen deshalb die Frage: **Quis custodiet custodes ipsos?** (Wer soll die Wächter bewachen?)¹⁸³. Praktisch ist das allerdings kaum ein Problem, weil die verschiedenen Sanktionsinstanzen keine Pyramide darstellen, deren Spitze nur den blauen Himmel über sich hätte. Vielmehr bilden sie ein Geflecht, das sich gegenseitig hält und stützt. Auch ein Landgericht könnte einen Verfassungsrichter wegen Rechtsbeugung nach § 336 StGB verurteilen.

VI. Die Grenzen des Normbegriffs für die Erfassung des Rechts

a) Das Befehlsmodell des Rechts

Das Selbstverständnis der Juristen ist vom Befehlsmodell des Rechts geprägt, das in der sog. **Imperativtheorie**¹⁸⁴ seinen Niederschlag gefunden hat. Grundbausteine des Rechts sind danach Verhaltensnormen und subjektive Rechte. Beispiele für Verhaltensnormen geben § 1602 Abs. 2 BGB: Du sollst für den Unterhalt deiner Kinder sorgen!, § 2 StVO: Du sollst auf der Straße rechts fahren! oder das durch § 303 StGB sanktionierte Verbot: Du sollst fremde Sachen nicht beschädigen! Für jede dieser Verhaltensnormen lassen sich mehr oder weniger deutlich abgegrenzte Gruppen von Adressaten und Normbenefiziären ermitteln. Für den Normbenefiziar stellt sich die Einhaltung der Norm durch den Adressaten zunächst rein faktisch als Vorteil dar. Das Kind erhält Unterhalt. In vielen Fällen ist dieser Vorteil zusätzlich durch sekundäre Normen abgesichert. Wer z. B. entgegen § 903 BGB, 303 StGB fremdes Eigentum verletzt, muß Schadenersatz leisten. Diese (sekundären) Verhaltensnormen wer-

¹⁸³ Dazu *Max Rheinstein*, Wer wacht über die Wächter?, JuS 1974, 409-418.

¹⁸⁴ Dazu grundlegend *August Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, 5 ff.; *Hans Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. Einsiedeln/Zürich/Köln 1948, 13 f.; kritisch z. B. *Larenz*, Methodenlehre, 133 ff.

den regelmäßig durch andere Normen ergänzt, die Polizei, Verwaltungsbehörden oder Gericht zu Adressaten haben, und diesen Sanktionssubjekten aufgeben, bei einer Normverletzung einzuschreiten. Sind diese Sanktionsnormen derart konstruiert, daß das Einschreiten auf Verlangen des Normbenefiziars erfolgen muß, so ergibt sich für den Normbenefiziar diejenige Position, die man juristisch ein **subjektives Recht** nennt. Damit deckt sich das Befehlsmodell des Rechts genau mit dem engeren Begriff der sozialen Norm als einer sanktionsbewehrten Verhaltensforderung.

b) Andere Rechtsformen

Das Recht kennt aber auch eine Vielzahl von Regelungen, die sich dem soziologischen Normbegriff nicht ohne weiteres fügen wollen.

(1) **Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe:** Kaum eine Norm ist so scharf gefaßt, daß sie sich immer eindeutig anwenden läßt. Es gibt stets Grenzfälle, in denen ihre Anwendbarkeit zweifelhaft ist. Das gilt für eine bloß mündlich oder nicht einmal ausdrücklich formulierte Übung noch viel stärker als für das moderne, schriftlich fixierte Recht. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe unterscheiden sich jedoch von dieser notwendigen Vagheit aller Normen dadurch, daß die Unbestimmtheit beabsichtigt ist und mehr oder weniger offen zutage liegt. Die klassischen Beispiele sind im Privatrecht der Verweis auf Treu und Glauben und die guten Sitten sowie im öffentlichen Recht die Generalklausel des Polizeirechts, die die Ordnungsbehörden ermächtigt, das zur Erhaltung von Sicherheit und Ordnung erforderliche zu tun (vgl. auch § 27).

(2) **Regelungsangebote:** Ein wesentlicher Teil insbesondere des Privatrechts besteht in bloßen Regelungsangeboten. Man muß keine Hypotheken bestellen und erst recht keinen Nießbrauch. Niemand ist rechtlich verpflichtet, ein Testament zu errichten, ja nicht einmal zu heiraten, wenn er mit einem Partner anderen Geschlechts dauerhaft zusammenlebt. Vielmehr handelt es sich um Rechtsformen, von denen man bei Bedarf Gebrauch machen kann (vgl. § 29, 3).ä

(3) **Verfahrens und Organisationsnormen:** Verfahrens und Organisationsregeln sind nicht auf die Justiz beschränkt, sondern begegnen überall da, wo planmäßige, auf Dauer angelegte Zusammenarbeit Organisationen entstehen läßt, also vom kleinen Verein bis hin zum Staat. Das moderne Recht kennt ferner Regeln darüber, was als Recht gelten soll und wie Normen geändert werden können. Ein Rechtstheoretiker wird in der Regel in der Lage sein, diese Normenkomplexe mit Hilfe der Imperativtheorie zu interpretieren, indem er die einzelnen Verfahrens und Organisationsregeln als unvollständige Normen begreift, die erst in ihrem Zusammenwirken Verhaltensnormen für bestimmte Personen abgeben. Eine solche Interpretation erscheint jedoch für die

empirische Betrachtung selten angemessen. Hier muß man diese Normen als neue, eigenartige Regelungszusammenhänge begreifen.

(4) **Zweckprogramme:** Ähnliches gilt für eine dritte Form rechtlicher Normierung, die Zweckprogramm, Aufgabennorm oder Direktive genannt wird. Dieser Normtyp beschreibt zu bewirkende Wirkungen, Verkehrssicherheit etwa, Reinhaltung der Luft, Stabilität der Währung oder Vollbeschäftigung. Es bleibt Sache des Anwenders, als Mittel zum Zweck geeignete Verhaltensweisen auszuwählen (näher § 47, 3d). Zweckprogramme sind von Generalklauseln verschieden, denn die Zweckvorgabe ist, jedenfalls im Prinzip durchaus operational gedacht. Zwecke müssen, um verhaltenswirksam zu werden, durch Auswahl geeigneter Verhaltensweisen in Verhaltensnormen umgesetzt werden. Zwischen die Programmvorgabe und den Vollzug schiebt sich der Vorgang der **Implementierung** (§ 36). Sie voll zieht sich in bürokratischen Planungs und Entscheidungsprozessen, bei denen vielfach mehrere Organisationen zusammenwirken und auch die letztlich betroffenen Bürger gelegentlich die Möglichkeit zur Partizipation erhalten. Hier ergeben sich vielfältige Probleme, die sich mit der soziologischen Normvorstellung nicht mehr hinreichend analysieren lassen.

(5) **Anreizprogramme:** Auch Subventionen, Steuervergünstigungen und andere Förder oder Anreizprogramme, die in Rechtsform gekleidet werden, lassen sich nicht mehr adäquat als Normen im engeren Sinne verstehen. Die gewährten Vergünstigungen können nicht als positive Sanktionen gelten, denn das gewünschte Verhalten wird nicht als Pflicht gefordert. Es genügt auch nicht, daß die gewährten Vergünstigungen notfalls einklagbar sind, daß also die Stellen, die die Vergünstigungen verteilen, unter Sanktionsdrohung stehen. Der Schwerpunkt solcher Regelungen liegt nicht bei diesen Sanktionen, sondern in dem durch die Belohnungen hergestellten Tauschcharakter. Manche Transferprogramme, z. B. die Sozialhilfe oder die Kindergeldgesetzgebung, haben nicht einmal Anreizcharakter. Steuer und Abgabengesetze lassen sich dagegen noch als negativ sanktionierte Verhaltensnormen begreifen.

(6) **Prozedurale Regelungen:** Immer größere Bedeutung erlangen im modernen Recht prozedurale Regelungen. Mit ihnen verzichtet der Normgeber auf eine unmittelbare Steuerung und schafft statt dessen Verfahren, in denen die beteiligten Gruppen selbst eine Lösung bestimmter Probleme finden müssen. In diesen Verfahren wird nicht über die Einhaltung von Normen und die Verhängung von Sanktionen entschieden, sondern es werden konkrete Verhaltensmaßstäbe erst festgelegt. Ein Beispiel dafür ist die Mitbestimmungsregelung der Betriebsverfassung, die vor allem einen verfahrensmäßigen Rahmen vorgibt, innerhalb dessen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Interessenausgleich finden müssen. Ein anderes Beispiel geben die sog. Planfeststellungsverfahren, wie sie vor größeren Bauvorhaben (Straßen und Eisenbahnen, Kraftwerke oder Atomanlagen) vorgeschrieben sind, und an denen eine gan-

ze Reihe von Behörden und Privaten beteiligt sind. In anderem Zusammenhang ist von Mediatisierung des Rechts oder von reflexivem Recht die Rede (§ 61).

(7) **Regeln über die Bereitstellung von Infrastruktur:** Auch Rechtsregeln über die Bereitstellung von Infrastruktur, z. B. von Straßen, Schulen oder von einer für den Zahlungsverkehr verfügbaren Währung werden in ihrer Funktion nicht hinreichend erfaßt, wenn man sie als Imperative an bestimmte Beamte versteht, die für die entsprechenden Vorkehrungen etwa bei Disziplinarstrafe oder Strafe des Verlustes ihrer Stellung zu sorgen haben. Hier geht es um komplexere Mittel zur Steuerung der Gesellschaft.

§ 26 Der soziologische Rechtsbegriff

Literatur: *Bechtler*, Der soziologische Rechtsbegriff, 1977; *Carbonnier*, Rechtssoziologie, 1974; *Cotterell*, The Sociological Concept of Law, Journal of Law and Society 10, 1983, 241 ff.; *Dreier*, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 ff.; *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl. 1967; *E-vans/Rueschemeyer/Skoepol* (Hrsg.), Bringing the State Back In, 1985; *Frey*, Der Rechtsbegriff der neueren Soziologie, 1962; *Galanter*, Justice in Many Rooms, Journal of Legal Pluralism 19, 1981, 1 ff.; *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964; *Hart*, Der Begriff des Rechts, 1973; *Hoebel*, Das Recht der Naturvölker, 1968; *Kantorowicz*, Der Begriff des Rechts, 1963; *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983; *Rehbinder*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 1967; *Thurnwald*, Werden, Wandel und Gestaltung des Rechts, 1934; *Weber*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1967.

I. Die Aufgabe des Rechtsbegriffs

Was meinen Soziologen, wenn sie von Recht sprechen? Wieweit reicht der **Objektbereich der Rechtssoziologie**? Bis hierher haben wir uns recht gut hindurchgeschlagen, ohne nach einer Definition des Rechts zu fragen. Es existiert anscheinend ein hinreichend genaues und allgemein verbreitetes Vorverständnis von dem, was unter Recht zu verstehen ist.

Fragt man Juristen nach ihrer Rechtsdefinition, so wissen sie recht gut, jedenfalls was als (positives) Recht in Betracht kommt, nämlich Gesetze, Verordnungen und Satzungen, Gewohnheitsrecht und mit Einschränkungen auch Präjudizien und juristische Lehrmeinungen. Die vielzitierte Fußnote *Kants* aus der »Kritik der reinen Vernunft«, noch immer suchten die Juristen nach ihrem Begriff des Rechts, ist nur zutreffend, wenn man unter Recht Gerechtigkeit versteht. Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie unterscheiden sich weniger im Objektbereich als vielmehr in ihren Methoden. Der soziologische Rechtsbegriff kann unbedenklich positivistisch gewählt werden, denn er kann und braucht keine Auskunft auf die Frage zu geben, was ein Richter als rechtmäßig anerkennen soll. Auch schlechtes oder ungerechtes Recht bleibt soziologisch Recht. Die Gerechtigkeit als Auswahlkriterium des Rechts ist soziologischen Methoden nicht zugänglich. Es bleibt danach als Aufgabe des soziologischen Rechtsbegriffes, das (positive) Recht gegen andere Erscheinungen wie Moral, Sitte, Konvention, Brauch, Gewohnheit, Mode, Marktgesetze oder Religion abzugrenzen. Diese Aufgabe ist zum großen Teil schon mit der Herausarbeitung des soziologischen Normbegriffs (§ 25) gelöst.

Eine Ursache manchen Streits liegt darin, daß man oft nach dem einzig wahren Rechtsbegriff sucht, den es nicht geben kann. Will man dagegen nur den Sprachgebrauch festlegen, so kann die erwartete Antwort nicht richtig oder falsch sein, sondern nur mehr oder weniger zweckmäßig. Gesucht wird eine **Nominaldefinition**. Sie ist zweckmäßig, wenn sie den Untersuchungsbereich der Rechtssoziologie klar von anderen Erscheinungen abgrenzt, wenn sie sich möglichst an die in der Soziolo-

gie sonst übliche Begriffsbildung anschließt und sich nicht weiter als notwendig von den zentralen Vorstellungen entfernt, die der Sprachgebrauch mit dem Wort Recht verknüpft (Geiger, S. 127). Es geht um die Ausgrenzung eines Objektbereichs, der interessante und relevante Fragestellungen ermöglicht. Dabei kann es nicht ausbleiben, daß der Rechtsbegriff auf eine Theorie über die Entstehung und/oder Funktion des Rechts ausgerichtet wird.

Ganz harmlos ist das Definitionsgeschäft jedoch aus zwei Gründen nicht. Auch wenn es nur terminologisch sein soll, kann es doch faktische Konsequenzen haben. Wenn man etwa definiert, unter Recht solle das staatliche Gesetz verstanden werden, so wird dadurch nicht nur der Blick auf einen bestimmten Problembereich eingengt, sondern die Definition kann trotz aller gegenteiligen Beteuerungen eine Eigendynamik im Sinne einer Wesensdefinition entfalten, indem sich folgende Gedankenreihe entwickelt: Recht ist Gesetz. Recht ist nur das Gesetz. Das Gesetz ist immer Recht. Als Recht ist das Gesetz gut und richtig. Das ist die **Gefahr der persuasive definition**.

Ein Überblick über die Möglichkeiten einer Rechtsdefinition läßt sich gewinnen, wenn die zahlreichen Vorschläge, die dazu gemacht worden sind, in vier Gruppen geordnet werden, die man als Zwangstheorien, Anerkennungstheorien, Rechtsstabs-theorien und Funktionstheorien bezeichnet.

II. Zwangstheorien

Als charakteristisches Merkmal des Rechts wird vielfach die Möglichkeit genannt, die Rechtsregeln zwangsweise durchzusetzen. Als Repräsentant einer solchen Zwangstheorie gilt *Max Weber*. Er definiert (S 76 f.):

»Wir wollen vielmehr überall da von »Rechtsordnung« sprechen, wo die Anwendung irgendwelcher, physischer oder psychischer, Zwangsmittel in Aussicht steht, die von einem Zwangsapparat, d. h. von einer oder mehreren Personen ausgeübt wird, welche sich zu diesem Beruf für den Fall des Eintritts des betreffenden Tatbestandes bereithalten, wo also eine spezifische Art der Vergesellschaftung zum Zweck des »Rechtswanges« existiert.«

Auch bedeutende Ethnologen wie *Thurnwald* und *Hoebel* stellen auf den Zwang ab. *Thurnwald* (S. 2) schreibt:

»Das Moment eines organisierten Zwanges hebt die Rechtsordnung heraus gegenüber Brauch und Sitte.«

Bei *Hoebel* (S. 41) heißt es:

»Eine gesellschaftliche Norm hat rechtlichen Charakter, wenn ihre Nichtbeachtung oder Verletzung regelmäßig physische Gewalt ob als Drohung oder tatsächliche Gewaltanwendung durch einzelne oder durch Gruppen nach sich zieht, die ein von der Gesellschaft anerkanntes Privileg dazu besitzen.«

Keine dieser Definitionen verläßt sich allein auf den Zwang. Sie alle heben ein zweites Merkmal hervor, das eine Regel als Rechtsregel auszeichnen soll. Wenn man zunächst dieses zweite Merkmal vernachlässigt und fragt, ob der Zwang als Unterscheidungsmerkmal taugt, so kann man darauf hinweisen, daß jedenfalls das moderne Recht die Selbsthilfe weitestgehend verboten und damit den physischen Zwang monopolisiert hat¹⁸⁵. Indessen findet sich nur bei *Hoebel* die ausdrückliche Einschränkung des Zwangs auf **physische Gewalt**. Schon das Monopol (legitimen) physischen Zwangs kennt Ausnahmen. In der Familie etwa ist er durchaus anzutreffen. Schließt man psychische Zwänge ein, so wird der Zwangsbegriff unscharf. **Psychische Zwänge** finden sich allenthalben. Jede negative Sanktion kann als Zwang erscheinen; die Zwangstheorie leistet dann nicht mehr als der engere Normbegriff der Soziologie. Sie kann lediglich bloße Verhaltensgleichförmigkeiten im Sinne eines sozialen Brauchs aus dem Rechtsbegriff ausscheiden. Das ist allerdings wohl nicht der Grund dafür, daß es überwiegend abgelehnt wird, das Kennzeichen des Rechts im Zwang zu suchen. Ganz besonders *Eugen Ehrlich* hat sich dagegen gewehrt, Rechtsnormen von anderen Normen durch ihre Erzwingbarkeit mit Hilfe von Straf- und Vollstreckungszwang zu unterscheiden. Er läßt ein Feuerwerk von Beispielen los, um zu zeigen, daß die von ihm so genannten Rechtsnormen auch ohne Rechtszwang in aller Regel erfüllt werden und daß im Übertretungsfalle ganz andere Sanktionen eingreifen als Strafe oder Zwangsvollstreckung (S. 50 ff.). Aber es ist nicht zu übersehen, daß bei dieser Ablehnung die Befürchtung mitschwingt, eine auf den Zwang abstellende Rechtsdefinition könne zur persuasive definition werden und dadurch zur Legitimation staatlichen Zwangs beitragen.

III. Anerkennungstheorien

Als Anerkennungstheorien werden solche bezeichnet, die den Rechtscharakter einer Norm letztlich von der Meinung (Anerkennung als Recht) des Publikums abhängig machen wollen. Als Test der Rechtsqualität kommt eine Meinungsumfrage in Betracht. **Auch die Rechtswissenschaft arbeitet mit einer Anerkennungstheorie**, allerdings nicht, um das Recht zu definieren, sondern um seine Geltung zu begründen¹⁸⁶. Diese Theorie besagt, daß das Recht deshalb gelten und befolgt werden solle, weil jedenfalls die Rechtsordnung insgesamt oder die Grundzüge der Verfassung allgemein als geltend anerkannt seien. Jedoch bleibt es insoweit bei einer Behauptung

¹⁸⁵ Zum staatlichen Gewaltmonopol aus juristischer Sicht *Detlef Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, Tübingen 1975.

¹⁸⁶ Als neuere Arbeit zu dem juristischen Aspekt der Rechtsgeltung vgl. *Ulfrid Neumann*, Theorien der Rechtsgeltung, in *Gessner/Hassemer* (Hrsg.), Gegenkultur und Recht, Baden-Baden 1985, 2141.

tung. Die empirische Frage nach Art und Umfang solcher Anerkennung oder gar nach ihren Motiven wird nicht ernsthaft gestellt.

Eine **soziologische Anerkennungstheorie** hat *Eugen Ehrlich* (vgl. § 4) formuliert. *Ehrlich* war ein sehr historisch denkender Wissenschaftler. Es ist daher verständlich, daß er sich strikt weigerte, einen staatlichen Rechtsbegriff zu benutzen. Recht habe so lange geschichtliche Zeiträume ohne den Staat bestehen müssen, daß die Ansicht als widerlegt gelten könne, daß das Recht begrifflich vom Staat gewährleistet sein müsse. Aber auch für seine Gegenwart meinte *Ehrlich*, die staatliche Rechtsauffassung ablehnen zu müssen:

»Es entstehen auch in unserer Zeit, gerade so wie in der grauen Vergangenheit, neue Gemeinschaften, Besitzverhältnisse, Verträge, Erbordnungen, den Gesetzen noch unbekannt. Sollen diese erst auf die Erwähnung in einem Gesetze warten müssen, um Rechtsverhältnisse zu werden, während die grundlegenden Einrichtungen der Gesellschaft Jahrtausende hindurch ohne diese Hilfe der Menschheit ihre Ordnung gaben? Und die Möglichkeit, die Ansprüche vor Gericht oder anderen Behörden geltend zu machen? Aber von der unübersehbaren Zahl der Lebensverhältnisse ziehen doch schließlich nur ausnahmsweise welche die Aufmerksamkeit der Gerichte und anderer Behörden auf sich. Es gibt Millionen von Menschen, die in zahllose Rechtsverhältnisse treten, und die so glücklich sind, nie eine Behörde anrufen zu müssen. Da das der Gesetzgebung und Rechtsprechung fern gebliebene Verhältnis immerhin das regelmäßige ist, so würde gerade in den Fällen, die die Regel bilden, alles fehlen, was nötig wäre, um festzustellen, ob man es mit einem Rechtsverhältnis zu tun habe« (S. 130)

Hier unterliefen *Ehrlich* zwei Mißverständnisse, die sich heute leicht vermeiden lassen. Erstens sah er auf das konkrete Rechtsverhältnis und nicht auf die aus einer Vielzahl gleichartiger Rechtsverhältnisse zu erschließende soziale Norm. Zweitens übersah er, daß zum Geltungsbereich einer Norm außer der Sanktionsgeltung auch die Verhaltensgeltung gehört. Auch wenn Millionen und Milliarden Kaufverträge ohne Mitwirkung des Staates abgewickelt werden, so handelt es sich doch um Rechtsverhältnisse im Sinne des staatlichen Rechtsbegriffs, weil die staatlichen Gerichte bereit wären, im Streitfall einzugreifen. Man darf deshalb aber nicht meinen, daß zwischen dem Rechtsbegriff *Ehrlichs* und dem staatlichen praktisch kein Unterschied bestehe. *Ehrlich* verstand nämlich unter Rechtsnormen durchaus auch solche, die keineswegs auf gerichtlichen Schutz rechnen können. Da er aber nicht nur auf die staatliche Garantie, sondern ebenso auch auf die Existenz besonderer Sanktionssubjekte als Kennzeichen des Rechts verzichtete, erhebt sich doch die Frage, woran er denn überhaupt noch das Recht von anderen sozialen Normen unterscheiden wollte. Er betonte nämlich ausdrücklich, daß das Recht, verstanden als die innere Ordnung der Verbände, keineswegs die einzige Organisationsform der Gesellschaft sei:

»Ein gesellschaftlicher Verband ist eine Mehrheit von Menschen, die im Verhältnisse zueinander gewisse Regeln als für ihr Handeln bestimmend anerkennen und wenigstens im Allgemeinen tatsächlich danach handeln. Diese Regeln sind von verschiedener Art und werden mit verschiedenen Namen bezeichnet: Regeln des Rechts, der Sittlichkeit, der Religion, der Sitte, der Ehre, des Anstandes, des Taktes, des guten Tones, der Mode. Dazu kommen wohl noch einige von geringerer Bedeutung, etwa

die Spielregeln, die Regeln der Reihe (beim Schalter oder im Wartezimmer eines beschäftigten Arztes)« (S. 31).

Ehrlich hielt eine Unterscheidung des Rechts von den übrigen Sozialnormen allerdings für unwichtig. Er meinte, im allgemeinen werde jeder ohne Zögern sofort von einer Norm sagen können, ob sie eine Rechtsnorm sei oder einem anderen Gebiet angehöre (S. 122). Die Rechtsnorm regle wenigstens nach der Empfindung der Gruppe, von der sie ausgehe, eine Sache von großer Wichtigkeit, sie bilde die kräftigste Stütze der Verbandsordnung (S. 32, 134). Eine Rechtsnorm, so meinte *Ehrlich* deshalb, könne man daran erkennen, welche Gefühle ihr entgegengebracht würden:

»Die Frage nach dem Gegensatz der Rechtsnorm und der außerrechtlichen Norm ist nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern der gesellschaftlichen Psychologie. Die verschiedenen Arten von Normen lösen verschiedene Gefühlstöne aus, und wir antworten auf Übertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen. Man vergleiche das Gefühl der Empörung, das einem Rechtsbruch folgt, mit der Entrüstung gegenüber einer Verletzung des Sittengebotes, mit dem Ärgernis aus Anlaß einer Unanständigkeit, mit der Mißbilligung der Taktlosigkeit, mit der Lächerlichkeit beim Verfehlen des guten Tones, und schließlich mit der kritischen Ablehnung, die die Modehelden denen angedeihen lassen, die sich nicht auf ihrer Höhe befinden. Der Rechtsnorm ist eigentümlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen *opinio necessitatis* gefunden haben. Danach muß man die Rechtsnorm erkennen« (S. 132).

Man ist sich heute darüber einig, daß eine solche Abgrenzung praktisch ganz unbrauchbar wäre (*Rehbinder*, 105 f.). Tatsächlich spielt sie in der Rechtssoziologie *Ehrlichs* auch nirgends eine Rolle. Man kann getrost sagen, daß *Ehrlich* praktisch alle sozialen Normen von einiger Tragweite für Recht gehalten und damit im Ergebnis einen **Panjurismus** vertreten hat. Das bedeutet aber, daß seine Kernthese, der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung sei nicht beim Staat, sondern in der Gesellschaft zu suchen, eine bloße Tautologie darstellt. Denn wenn man alles, was die Gesellschaft tut und läßt, als Recht bezeichnet, dann liegt selbstverständlich der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung in der Gesellschaft und nicht beim Staat. Gehaltvoll wird diese These erst dann, wenn man sie dahin versteht, daß gerade das staatliche Recht im wesentlichen nur Spiegel und Ausfluß gesellschaftlicher Normen sei, mag man diese nun als außerrechtlich oder als gesellschaftliches Recht bezeichnen. Und diese These hat *Ehrlich* in der Tat mit allem Nachdruck vertreten.

IV. Rechtsstabstheorien

Für keinen der als Vertreter der Zwangstheorie genannten Autoren bildet der Zwang das einzige Merkmal des Rechts. Alle stellen darauf ab, daß die Ausübung der Sanktionstätigkeit bei besonderen Personen konzentriert ist. Mit dem Übergang der Reaktionstätigkeit von der spontan handelnden Gruppenöffentlichkeit auf besondere Sanktionssubjekte gewinnt ein Normengefüge eine neue Qualität, die es deutlich aus anderen Formen sozialer Ordnung heraushebt. Nach *Webers* Vorschlag ist es üblich

geworden, diese Sanktionssubjekte (§ 25) Rechtsstab zu nennen. Insofern sie einen besonderen Zwangsapparat verlangen, sind daher die Zwangstheorien zugleich Rechtsstabtheorien. Allein auf den Rechtsstab stellt *Geiger* (S. 130) ab:

»Der Struktur des Ordnungsmechanismus nach unterscheidet sich die rechtliche von der vorrechtlichen dadurch, daß ein besonderer Apparat zur Handhabung der Ordnung besteht.«

Dieser Apparat oder Rechtsstab organisiert sich dadurch, daß er bei seiner Sanktionstätigkeit sekundären Normen folgt, die angeben, wer wann und wie als Sanktionssubjekt tätig zu werden hat (Sanktionsnormen im Gegensatz zu den primären Verhaltensnormen; vgl. § 25, 5). Diese Sanktionsnormen stellen sich juristisch als **Verfahrensregeln** dar.

Einige Autoren sehen im Verfahren das eigentliche Kennzeichen des Rechts. Diese **Verfahrenstheorie** kann man also als Kehrseite der Rechtsstabtheorie verstehen. Nichts anderes verbirgt sich hinter der **Gerichtstheorie** von *Kantorowicz*, der das Recht definiert als »eine Gesamtheit von Regeln, die äußeres Verhalten vorschreiben und als gerichtsfähig angesehen werden«. Als Gerichte in diesem Sinne kommen nicht nur staatliche Gerichte in Betracht, sondern jede irgendwie besonders geordnete Sanktionierungstätigkeit einer sozialen Gruppe. Recht in diesem Sinne haben daher etwa Gewerkschaften, Vereine oder Parteien und alle anderen Gruppierungen, die mit Hilfe besonders dazu bestellter Personen in einem besonderen Verfahren das Verhalten ihrer Funktionäre und Mitglieder reglementieren.

V. Funktionstheorien

Fragt man nach der Funktion des Rechts, so lautet eine verbreitete Antwort, die Funktion des Rechts sei **soziale Kontrolle** (social control). Darunter versteht man alle Prozesse, die dazu dienen, eine gewisse Gleichförmigkeit und Berechenbarkeit des menschlichen Verhaltens herzustellen. So zeichnen etwa Religion, Mode oder Konvention und ebenso auch das Recht bestimmte Handlungen für bestimmte Situationen vor. Das Recht ist aber nur eines von mehreren Mitteln der sozialen Kontrolle. Gemeinsam ist allen Kontrollmitteln, daß sie eine Einheitlichkeit oder Konformität des Verhaltens herzustellen vermögen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der einzelne weiß oder merkt, daß er sich unter dem Druck der Kontrolle konform verhält. Ebenso wenig ist entscheidend, ob derjenige, der das Kontrollmittel einsetzt, sich bewußt ist, welche Bedeutung sein Handeln hat. Zur social control rechnen also alle Mittel, die für die Stabilität der Erwartungen, für Konformität des Verhaltens, kurzum, wie Juristen sagen könnten, für Sicherheit und Ordnung sorgen. Andere Funktionsbestimmungen des Rechts nennen in unterschiedlichen Mischungen und verschiedener Betonung Konfliktregelung, Erwartungssicherung, Verhaltenssteuerung und die Legitimierung sozialer Herrschaft als Funktionen des Rechts. *Lubmann* schließlich findet die Funktion des Rechts in der Reduktion von Komplexität (§ 47).

Es bleibt die Frage, wodurch sich das Recht von anderen sozialen Erscheinungen abhebt, die die gleichen Funktionen erfüllen, wie sie dem Recht zugeschrieben werden. Teilweise verzichtet man einfach auf eine Unterscheidung und gelangt auch auf diesem Wege zu einem Panjurismus. Mehr oder weniger alle sozialen Ordnungen erscheinen dann als Recht. So bezeichnet z. B. *Luhmann* ausdrücklich jede soziale Norm im engeren Sinne (vgl. § 25) in seiner Sprache: jede kongruent generalisierte Verhaltenserwartung (vgl. § 46, 2) als das Recht eines Systems. Soweit jedoch eine Unterscheidung des Rechts von anderen Ordnungen versucht wird, deutet alles in Richtung auf den Staat. *Roucek* unterscheidet zwischen formaler und informaler Kontrolle, Kontrolle in kleinen und großen Gruppen. Darüber hinaus sieht er im Staat (government institutions) das höchste (ultimate) Organ der Sozialkontrolle¹⁸⁷. *E. A. Ross* bezeichnete das **Recht als das spezialisierteste und vollkommenste Kontrollmittel**¹⁸⁸. *Dabrendorf* ordnet jedem Mittel der sozialen Kontrolle eine Bezugsgruppe, z. B. die Familie, Kirche, Schule, Gewerkschaft oder einen Verein, und den Rechtsnormen als Bezugsgruppe die gesamte Gesellschaft zu¹⁸⁹. *Julius Stone* unterscheidet zwischen unmittelbarer und mittelbarer, bewußter und unbewußter Kontrolle. Er begnügt sich aber nicht damit, das Recht als in der Regel unmittelbar und bewußt zu kennzeichnen, sondern sieht im Recht die control of controls¹⁹⁰. *Donald Black* schließlich definiert das Recht als governmental social control¹⁹¹.

VI. Pluralistischer und monistischer Rechtsbegriff

Das eigentliche Problem eines soziologischen Rechtsbegriffs liegt darin, ob dieser pluralistisch oder monistisch gefaßt werden soll, d. h. letztlich, ob nur das staatliche Recht diesen Namen verdient, oder ob daneben auch andere Ordnungsgefüge als Recht bezeichnet werden sollen. Tatsächlich existierten nicht nur in historischer Zeit eine Vielzahl von Rechten, Rechtsquellen und Rechtsschichten. Soziale Gruppen jeder Größe haben ihre Ordnungen, die dieselben Funktionen erfüllen wie auf anderer Ebene das staatliche Recht. *Rehbinder* (S. 107, ähnlich *Carbonnier*, 135 ff.) betont daher, die Vorstellung eines **Rechtspluralismus** gehöre heute zur gesicherten Erkenntnis der Rechtssoziologie. Indessen kann von Erkenntnis keine Rede sein, da es sich nur um eine Definitionsfrage handelt. Sicher ist allerdings, daß viele – aber keineswegs alle – anderer Ansicht sind z. B. *Cotterell*, *Geiger* und *Black* – Rechtssoziolo-

¹⁸⁷ *Josef S. Roucek*, *Social Control*, 2. Aufl., New York 1956, 178.

¹⁸⁸ *Ross*, *Social Control*, 1901, 106 ff., 125.

¹⁸⁹ *Homo Sociologicus*, 10. Aufl. 1971, 51.

¹⁹⁰ *The Province and Function of Law*, Sydney 1946, 767 f.

¹⁹¹ *The Behavior of Law*, 1976, 2.

gen einen pluralistischen Rechtsbegriff verwenden. Die Frage ist allein, ob ein solcher zweckmäßig ist.

Die Aufgabe der Rechtssoziologie wird immer wieder dahin bestimmt, sie habe die wechselseitige Abhängigkeit (Interdependenz) von Recht und Sozialleben zu untersuchen, d. h. einerseits das Recht als Ergebnis außerrechtlicher, gesellschaftlicher Prozesse zu erklären und umgekehrt die Einwirkung des Rechts auf die Gesellschaft zu beschreiben¹⁹². Dazu ist es notwendig, einen möglichst engen, klar abgegrenzten Bereich des Rechts von der übrigen Gesellschaft zu unterscheiden. Das leistet, jedenfalls für die moderne Gesellschaft westlichen Typs¹⁹³, nur ein **etatistischer Rechtsbegriff**, d. h. ein solcher, der allein auf das staatliche Recht abstellt. Ein pluralistischer Rechtsbegriff läßt kaum etwas übrig, was man dem Recht als Gesellschaft gegenüberstellen könnte. Er mag für Ethnologen, Kleingruppenforscher oder Rechtshistoriker nützlich sein. Für die Rechtssoziologie der Gegenwart ist er verfehlt. Die Vertreter eines pluralistischen Rechtsbegriffs halten ihr Konzept auch gar nicht durch, denn wenn sie konkret werden, unterscheiden sie alsbald wieder zwischen staatlichem und außerstaatlichem Recht. Der Grund dafür, daß sie so beharrlich auch nicht staatlich kontrollierte Ordnungssysteme als Recht bezeichnen, ist zunächst in der Absicht begründet, darauf hinzuweisen, daß diese Ordnungen vielfach gleiche Funktionen erfüllen wie staatliches Recht. Aber es verbirgt sich dahinter auch eine seit *Ehrlich* in der Rechtssoziologie verbreitete Geringschätzung staatlichen Rechts zugunsten gesellschaftlicher Kräfte.

Ein zentrales Thema der Rechtssoziologie, auf das der staatliche Rechtsbegriff hinlenken kann, bilden die Grenzen der **Autonomie des Rechts**. Wieweit kann staatliches Recht sozialen Wandel einleiten oder anhalten, bremsen oder beschleunigen? Gibt es eine Legitimationskrise oder eine Krise des Sozialstaats, der die Autonomie des Rechts in Frage stellt? Fast alle Beobachter¹⁹⁴ stimmen darin überein, daß

¹⁹² *Bechtler*, S. 11; *Hirsch*, Das Recht als soziales Ordnungsgefüge, 1966, 44; *Rehbinder*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1971, 1.

¹⁹³ Anders liegt es bei den modernen arabischen Staaten, die islamischem Recht folgen. Dieses Recht wird relativ unabhängig vom Staat in den geistlichen Rechtsschulen verwaltet; vgl. dazu *Ernst Klingmüller*, Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen im islamischen Recht, in: *Fikentscher/Franke/Köbler*, Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, 1980, 375-414; *Albrecht Noth*, Die Schariá, das religiöse Gesetz des Islam, ebd. S. 415-438.

¹⁹⁴ Eine prominente Ausnahme macht *Lawrence Friedman*, in seinem neuen Buch "Total Justice", New York 1985, 27 ff. Er hält das Autonomieproblem für einen Streit um Worte, allerdings wiederum nur, weil er einen staatlichen Rechtsbegriff ablehnt. *Friedmans* Buch ist ein neuer Versuch, das Recht nur als einen Aspekt der Gesellschaft und ihrer Entwicklung zu beschreiben, und zwar nicht als Spiegelbild gesellschaftlicher Sitte und Moral wie bei *Sumner* und *Ehrlich*, sondern als Reflex auf die Anforderungen der modernen Gesellschaft nach total

ein entscheidendes Merkmal des modernen Staates westlicher Prägung in seiner Ablösung von der gesellschaftlichen Basis und der daraus gewonnenen Autonomie zu finden ist. Der Prozeß der Rationalisierung und Bürokratisierung, wie ihn *Max Weber* beschrieben hat, hat das Recht gegenüber Sitte und Moral verselbständigt. Der Territorialstaat hat sich dieses Rechts bemächtigt. Er nutzt es in einem noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts schwer vorstellbaren Ausmaß zur Planung und Kontrolle sozialer und wirtschaftlicher Beziehungen. Recht gründet nicht länger in der täglichen Erfahrung und im Bewußtsein des Publikums. Es wird von einer politischen Elite im Verein mit einer juristisch geschulten Bürokratie geschaffen und verwaltet. Die demokratische Anbindung über das gewählte Parlament unterliegt dem ehernen Gesetz der Oligarchie (§ 49, 1b). Das breite Publikum kennt und versteht das Recht nicht einmal in groben Zügen. Trotzdem sieht es im Staat die einzige legitime Quelle des Rechts. So wie in früheren Entwicklungsstufen das Recht nur ein Aspekt der Gesellschaft war, ist heute das **Recht ein Aspekt des Staates**.

Der staatliche Rechtsbegriff läßt sich auch funktional deuten, indem man das Recht als ein besonderes **Sozialsystem zur Anfertigung verbindlicher Entscheidungen** betrachtet, als einen Filterungsprozeß, der in das gesamtgesellschaftliche Geschehen der Rechtsbildung und umbildung eingeschaltet ist und den alle Rechtsgedanken durchlaufen müssen, um verbindlich zu werden. In diesem Prozeß wird über die Geltung von Normvorstellungen als Recht nicht nach Wahrheitskriterien, sondern aus Zuständigkeit entschieden. Den organisatorischen Einrichtungen des Staates, die solche Entscheidungen ermöglichen, kann die Rechtserzeugung daher auch nur formal zugerechnet werden. Entscheidungszuständigkeit und faktischer Einfluß können weit auseinanderfallen. Die formale Organisation des Rechtssystems spiegelt also nicht ohne weiteres die wirkliche Machtstruktur wider. Die Frage, welche Kausalfaktoren bewirken, daß bestimmte Parlamente, Beamte oder Richter tatsächlich in bestimmter Weise entscheiden und die Frage nach den Wirkungen solcher Entscheidungen lassen sich nicht definitorisch entscheiden, sondern bilden wiederum zentrale Sachprobleme der Rechtssoziologie.

VII. Präzisierung des Rechtsbegriffs

Das Interesse der Rechtssoziologie konzentriert sich heute auf den Staat und sein Recht als ein Medium politischen Handelns. Es hat deshalb wenig Zweck, auch andere Ordnungssysteme mit eigenem Entscheidungsstab mit dem Namen Recht zu bedenken. Für Sportverbände mit ihren Sportgerichten, Skatvereine mit ihrer Skatgerichtsbarkeit oder gar für Bierkomment und Biergericht wird das ohne weiteres ein-

justice, d. h. nach Kontrolle aller sozialen Beziehungen unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, den *Weber*, als Störung der Rationalität des Rechts gesehen hatte.

leuchten. *Kantorowicz* mußte konsequent auch diese Erscheinungen noch als Grenzfälle von Recht ansehen, da er den staatlichen Rechtsbegriff ablehnte. Es liegt aber in der Konsequenz eines monistischen Rechtsbegriffs, daß **alle** nichtstaatlichen Ordnungen, auch wenn sie zu einer justizähnlichen Institutionalisierung eines Sanktionsapparats gefunden haben, aus dem Rechtsbegriff herausfallen. Das gilt nicht nur für das Kirchenrecht, sondern ebenso auch für das **Völkerrecht**, soweit es nicht in innerstaatliches Recht transformiert ist. Diese Folge scheint erträglich, weil die genannten Ordnungen als rechtsähnliche und rechtsvertretende Einrichtungen im Blickfeld der Rechtssoziologie bleiben, ähnlich wie die Kriminologie außer dem Verbrechen im Rechtssinne auch nicht strafbares abweichendes Verhalten wie einfache Homosexualität, Prostitution und Selbstmord behandelt. Das Völkerrecht als Ordnung nicht nur mit dem Anspruch auf rechtliche Geltung, sondern vor allem auch mit Ansätzen einer überstaatlichen Zentralgewalt und Gerichtsbarkeit kann man mit *Geiger* (S. 225) als **Recht in statu nascendi** in den Objektbereich der Rechtssoziologie einordnen¹⁹⁵. Die Entscheidung gegen einen pluralistischen Rechtsbegriff bedeutet nicht, daß nur das staatliche Recht Gegenstand der Rechtssoziologie sein soll. Im Gegenteil, er bildet nur den Ausgangspunkt, um andere gesellschaftliche Normensysteme mit dem staatlichen Recht zu vergleichen, sie als (kausale) Quellen, als Stütze oder Rivale des staatlichen Rechts zu beschreiben. Über die Mafia, die PLO oder General Motors als Staat im Staate zu reden, wird überhaupt erst vor dem Hintergrund staatlichen Rechts und seines Monopolanspruchs interessant.

Das staatliche Recht ist in sich keine monolithische Erscheinung. Es hat je nach der konkreten Organisation des Staatswesens verschiedene Schichten (z. B. Bund, Länder, Gemeinden), und es kann sich auch unabhängig von solcher Organisation das Recht in der Praxis regional oder in verschiedenen Verkehrskreisen unterschiedlich entwickeln. Dennoch sorgt im modernen Staat eine **hierarchische Gerichtsorganisation** nicht nur der Idee nach, sondern auch weithin in der Rechtswirklichkeit für ein kohärentes Rechtssystem.

Den staatlichen Rechtsapparat kennzeichnet der Anspruch, innerhalb territorialer Grenzen für die gesamte Gesellschaft zu handeln. Er hält sich für kompetent, seine Regelungen auf alle Lebensbereiche auszudehnen und keine übergeordnete Kontrollinstanz mehr zu dulden (= **Kompetenz-Kompetenz**), und kann diesen Anspruch auch faktisch bis zu einem gewissen Grade durchsetzen. Dazu hat er nicht nur den physischen Zwang, sondern auch das Recht zur Besteuerung bei sich monopolisiert. Wie der staatliche Rechtsapparat die Anerkennung durch die Gesellschaft errungen

¹⁹⁵ Als Versuch zu einer Völkerrechtssoziologie vgl. *Edda BlenkKnokke*, Zu den soziologischen Bedingungen völkerrechtlicher Normbefolgung, Edelsbach 1979; vgl. auch *Karl Bertbold Baum*, Die soziologische Begründung des Völkerrechts als Problem der Rechtssoziologie, *JbRSoz* 1, 1970, 257/274.

hat, ob und wie er sie sich erhält, ist unter dem Stichwort Legitimation ein wichtiges Sachproblem der Rechtssoziologie, für die Definitionsfrage aber ohne Bedeutung.

Wenn man sich für den einen etatistischen Rechtsbegriff entscheidet, so kann man doch nicht einfach auf die Rechtsdefinition der Juristen zurückgreifen, wie sie in der sog. Rechtsquellenlehre behandelt wird. Im Mittelpunkt der juristischen Rechtsquellenlehre steht heute in der Regel der (parlamentarische) Gesetzgeber. Die Rechtssoziologie lenkt dagegen den Blick stärker auf die Gerichte. Die **Gerichte** nehmen im gesamten Mechanismus der Rechtsverwirklichung eine **Schlüsselstellung** ein. In ihren Urteilen zeigt sich, ob und wie die vom Gesetzgeber, von der Wissenschaft oder von gesellschaftlichen Kräften proklamierten Normen zur Geltung gelangen. Indem sie staatliche Gesetze anwenden, determinieren sie erst deren Geltungssubstanz. Wenn sie auf habituelle Standards wie Verkehrssitte oder Gewohnheitsrecht optieren oder wenn sie den Vorschlägen der Wissenschaft oder den Normzumutungen gesellschaftlicher Kräfte folgen, bestätigen sie als Rechtsnorm, was bisher vorrechtlich war. Indem sie nach richterlichem Ermessen, nach der Natur der Sache oder nach Billigkeitserwägungen entscheiden, schaffen sie geltendes Recht. Umgekehrt handeln alle Akteure im Rechtssystem im Hinblick darauf, ob ihre Rechtsschöpfungs oder Rechtsanwendungsakte vor Gericht Bestand haben oder wie sie den Gerichten ausweichen können. Damit soll nicht gesagt sein, daß die Gerichte nach Belieben Recht schaffen könnten oder gar sollten, sondern es wird rein äußerlich diejenige Stelle genannt, deren Entscheidungen definitionsgemäß als Recht bezeichnet werden sollen. Nicht zuletzt deshalb empfiehlt es sich, mit der Rechtsdefinition bei den staatlichen Gerichten anzuknüpfen, weil dabei ein weitgehend übereinstimmendes Vorverständnis vorausgesetzt werden darf, weil es sich hier um einen operationalen Begriff handelt, also um einen solchen, mit dem von allen Beobachtern im wesentlichen der gleiche soziale Sachverhalt identifiziert wird und der sich deshalb wie kein anderer zur Verständigung eignet und einen einheitlichen Rechtsbegriff sowohl für die kontinentalen, vom Gesetz geprägten Rechtssysteme wie auch für den vom Präjudiz beherrschten angloamerikanischen Rechtskreis ermöglicht.

Es bleibt die Frage, ob es genügt, in der Rechtsdefinition als Rechtsapparat oder Rechtsstab lediglich die Gerichte zu berücksichtigen, oder ob auch der Gesetzgeber einbezogen werden muß. Tatsächlich wird damit der übliche Rechtsbegriff der Juristen geradezu auf den Kopf gestellt. Nicht Gesetz und Recht, sondern Recht und Urteilsverhalten werden identifiziert. Treffend hat man insoweit von einer **Auswechslung des Gesetzespositivismus gegen einen Entscheidungspositivismus** gesprochen. Diese Auswechslung scheint durchaus zweckmäßig. Sie ist insofern unschädlich, als die Gerichte im großen und ganzen tatsächlich bereit sind, staatliche Gesetze anzuwenden, so daß mit dem Urteilsverhalten des Rechtsstabs praktisch auch das kodifizierte Gesetzesrecht eingeschlossen ist. Sie ist sogar besonders zweckmäßig, weil sie es gestattet, die Gesetzestreue der Richter zu problematisieren.

Die Anknüpfung bei den Gerichten führt damit zu einer anderen zentralen Frage der Rechtssoziologie: Wieweit ist das Recht autonom nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber dem politischen System?

Definition: Als Rechtsnormen können danach diejenigen Normen bezeichnet werden, die von einem speziellen Rechtsstab angewendet werden, der innerhalb territorialer Grenzen für sich die Kompetenz-Kompetenz in Anspruch nimmt und diese im wesentlichen auch faktisch durchzusetzen in der Lage ist.

Der **Objektbereich der Rechtssoziologie** erschöpft sich aber keineswegs in den so definierten Rechtsnormen und den daraus abgeleiteten Entscheidungen, sondern er **erstreckt sich auf alles, was im Licht oder Schatten dieser Rechtsnormen geschieht**. Jedes Verhalten, daß in irgendeiner Weise auf Rechtsnormen in diesem Sinne reagiert, ganz gleich ob es auf ihren Inhalt Einfluß nimmt, sie befolgt oder ihnen ausweicht, ist Bestandteil des Handlungszusammenhangs Recht (**Rechtssystem**). Zum Recht gehört das Handeln der öffentlichen Verwaltung, die ihre Kompetenzen aus Rechtsvorschriften ableitet und auf die Billigung ihrer Tätigkeit durch die Gerichte Bedacht nimmt, auch soweit sie Ermessens-freiheit hat. Zum Recht gehört das Handeln der Wirtschaftssubjekte, soweit sie auf Anerkennung durch die Rechtsordnung Wert legen oder aber sich dem Zugriff des Rechtsapparats zu entziehen versuchen. Zum Recht gehört das Handeln der einzelnen Bürger, die sich auf Rechtsnormen berufen oder auch nur danach oder dagegen handeln, was sie für Recht halten. Zum Recht gehören schließlich alle individuellen oder organisierten Bemühungen, auf das Handeln des staatlichen Rechtsapparats oder den Inhalt von Rechtsnormen Einfluß zu nehmen.

§ 27 Verkehrssitten, Handelsbräuche und gute Sitten aus soziologischer Perspektive

Literatur: *Arrow*, Social Choice and Individual Values, 2. Aufl. 1963; *Benda/Kreuzer*, Demoskopie und Recht, JZ 1972, 497 ff.; *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, 1968; *Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, 1977; *Lüderssen u. a.*, Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, 1978; *Noelle-Neumann*, Demoskopie und Rechtspraxis, in: *Lüderssen u. a.*, 37 ff.; *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1976, 186 ff.; *Streissler*, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: *Zur Einheit der Rechts und Staatswissenschaften*, 1967, 1 ff.; *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971.

I. Die Löcher im Emmentaler Käse und das lebende Recht

In den Anfangszeiten der Rechtssoziologie setzte man große Hoffnungen darauf, über Gesetzesbestimmungen, die auf vorrechtliche Standards oder Verhaltensmuster verweisen, dem »lebenden« Recht Eingang in das »tote« Juristenrecht zu verschaffen. Es wurden viele Pläne geschmiedet, im Wege der Rechtstatsachenforschung Verkehrssitten und Handelsbräuche zu erheben, aber nur wenige wurden ausgeführt. Anscheinend sind solche außerrechtlichen Normen doch nicht so verbreitet und praktisch nicht so wichtig, daß die Sammelarbeit sich lohnte. Die beinahe aktuellste Literatur ist der Nachdruck einer Arbeit aus dem Jahre 1918 über »Die Verkehrssitten im Handel mit Emmentaler Käse¹⁹⁶. Auf einer Tagung der Vereinigung für Rechtssoziologie im Jahre 1977, die sich mit Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften befaßte, berichtete *Noelle-Neumann* über Erfahrungen aus über 400 demoskopischen Untersuchungen zum gewerblichen Rechtsschutz. Aber diese Untersuchungen, die etwa die Verkehrsgeltung eines Warenzeichens oder die Verwechslungsgefahr bei Waren oder Firmenbezeichnungen, Ausstattungen usw. betreffen, gehören gar nicht hierher, denn sie behandeln weder Verkehrssitten oder Handelsbräuche noch unbestimmte Rechtsbegriffe, sondern gewöhnliche deskriptive Tatbestandsmerkmale mit der einzigen Besonderheit, daß der Beweis in der Regel nur durch Umfrageforschung erbracht werden kann (vgl. § 14, 1).

Das Problem liegt allerdings nicht allein darin, daß es weithin an einem inhaltlich ausgeformten »lebenden« Recht fehlt, das in die Bresche springen könnte. Viel wichtiger ist der Umstand, daß im Gesetz nicht verbindlich auf außerrechtliche Standards verwiesen wird, so daß auch eine sozialwissenschaftlichobjektive Erhebung solcher Verhaltens- oder Bewertungsmuster eine subjektiv wertende Stellungnahme des Entscheiders nicht erübrigt. Mindestens bleibt eine Kontrolle unter dem das ganze Recht

¹⁹⁶ *Richard König*, Die Verkehrssitten im Handel mit Emmentaler Käse, in: *Manfred Rehinder*, Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie, Berlin 1984, S. 95106.

beherrschenden Gesichtspunkt von Treu und Glauben vorbehalten. Juristischnormativ ist die **Rezeptionsfunktion** also nur sehr schwach ausgebildet. Verbindlich sind zwar die meisten Verweisungen auf technische Normen¹⁹⁷, und wegen dieser Verbindlichkeit wird die Einhaltung technischer Normen auch zur sozialen Norm. Doch hier liegt das Problem nicht darin, daß sie erst mit Hilfe empirischer Sozialforschung ermittelt werden müßten. **Technische Normen** sind in schriftlich fixierten Regelwerken ebenso positiviert wie das Recht selbst. Sie werden nur von anderen Stellen formuliert. Eine gesetzliche Verweisung auf solche Normen bedeutet also lediglich eine **Delegation der Normsetzungsbefugnis**.

Die relativ Starrste Verweisung auf außerrechtliche Normen enthält § 346 HGB, wonach »unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen« ist. Während im Zusammenhang mit den §§ 157, 242 BGB ernsthafte Anstrengungen zur Ermittlung der in der Gesellschaft herrschenden Verkehrssitte in der Praxis gar nicht erst unternommen werden, werden **Handelsbräuche** und Gewohnheiten, wenn sie von den Parteien behauptet werden, von den Gerichten auch festgestellt und der getroffenen Rechtsfolgenanordnung zugrundegelegt. Zum Beweis bedienen sich die Gerichte allerdings nicht der Methoden der empirischen Sozialforschung, sondern sie überlassen die Feststellung den Industrie und Handelskammern, die ihrerseits Umfragen unter der Kaufmannschaft veranstalten¹⁹⁸. Dieses Verfahrens entspricht zwar nicht den Standards sozialwissenschaftlicher Umfrageforschung und läßt sich daher kritisieren¹⁹⁹. Das ist aber nur ein Nebenschauplatz der Diskussion.

II. Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften

Die Diskussion entzündet sich immer wieder an den Generalklauseln des positiven Rechts, an den §§ 138 und 826 BGB, 1 UWG und 226a StGB, die darauf abstellen, ob ein Verhalten gegen die guten Sitten verstößt, oder den §§ 157 und 242 BGB, die Treu und Glauben und die Verkehrssitte für die Vertragsauslegung und die Schulderrfüllung zum Maßstab erheben. Das Problem stellt sich jedoch viel grundsätzlicher nicht nur für die offen als solche ausgewiesenen Generalklauseln, sondern für alle

¹⁹⁷ Jürgen Sonnenberger/Helmut Köbler/Peter Marburger, Rechtsfragen der technischen Normung, BetriebsBerater Beilage, 4/1985.

¹⁹⁸ Das Merkblatt des Deutschen Industrie und Handelstages (DIHT) für die Feststellung von Handelsbräuchen von 1957 ist abgedruckt bei Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Bd. IV, 5. Aufl. München 1976, § 346 Rn. 18.

¹⁹⁹ Jutta Limbach, Die Feststellung von Handelsbräuchen, in: Berliner FS Ernst E. Hirsch, 1968, 7798; Klaus Wagner, Zur Feststellung eines Handelsbrauchs, NJW 1969, 12821284.

wertausfüllungsbedürftigen Begriffe. Man braucht nur das BGB aufzuschlagen, um fast in jedem Regelungszusammenhang **normative Tatbestandsmerkmale** oder Rechtsfolgenanordnungen zu finden. Welcher Irrtum betrifft verkehrswesentliche Eigenschaften (§ 119 Abs. 2), welche Täuschung ist arglistig (§ 123)? Welche Sorgfalt ist im Verkehr erforderlich (§ 276), wann kann von grober Fahrlässigkeit die Rede sein (§ 277)? Welche Erwerbstätigkeit ist für einen geschiedenen Ehegatten angemessen (§ 1574), wann wäre die Inanspruchnahme des Unterhaltsverpflichteten grob unbillig (§ 1579)? Die Beispiele lassen sich fast beliebig vermehren. Erst recht das öffentliche Recht vom Grundrechtskatalog bis zum Ordnungsrecht ist durchsetzt mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensvorschriften und Verweisungen auf Gemeinwohlvorstellungen, die sämtlich das gleiche Problem der inhaltlichen Konkretisierung aufwerfen.

Aus drei Gründen sind die sogenannten Generalklauseln für die Rechtssoziologie von besonderem Interesse:

- (1) Generalklauseln bieten ein Ventil, über das der **soziale Wandel** in das relativ starre Gesetzesrecht einfließen kann.
- (2) Generalklauseln, so wie sie herkömmlich verstanden und gehandhabt werden, bieten dem Entscheider, insbesondere dem Richter, ein weites Feld zur Betätigung seines **Ermessens**. Sie provozieren damit die Frage, wie dieses Ermessen ausgefüllt wird, ob hier die Entscheider ihre subjektiven Wertungen einfließen lassen und wodurch diese Wertungen ihrerseits geprägt werden.
- (3) Generalklauseln könnten ein **Betätigungsfeld für die empirische Sozialforschung** bieten, da sie mehr oder weniger deutlich auf außerrechtliche Verhaltensmuster oder Standards verweisen, die sich mit dem Instrumentarium der empirischen Sozialforschung ermitteln ließen.

Zur Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten hat das Reichsgericht, eine Formulierung aus den Motiven zum BGB aufgreifend, den Leitsatz geprägt: »Den Maßstab für den Begriff der »guten Sitten« hat der Richter dem herrschenden Volksempfinden zu entnehmen, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.«²⁰⁰. Zwar beruft sich die Rechtsprechung bis heute auf diese **Anstandsformel** des Reichsgerichts. Indessen läßt sich nicht leugnen, daß die Rede von der »Ansicht aller billig und gerecht Denkenden« oft nur eine leere Phrase, eine Scheinbegründung oder eine Selbsttäuschung der Richter ist.

²⁰⁰ RGZ 48, 114 ff., 128, seither ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. RGZ 55, 367 ff., 373; 80, 221; 120, 144 ff., 148; 150, 5 (Großer Zivilsenat: Gesundes Volksempfinden); BGHZ 10, 228 ff., 232, 19, 13 ff., 17; dazu eingehend *Gunther Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Tübingen 1962; *Gerhard Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970, und neuestens *Rolf Sack*, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761-769.

Bei der Beratung des BGB wurde von sozialdemokratischer Seite die Befürchtung geäußert, die »guten Sitten« könnten zum Einfallstor für die Wertungen der durch den Richterstand repräsentierten herrschenden Klasse werden. Mit großer Erbitterung stellte vor allem der Abgeordnete *Stadthagen* im Reichstag die Frage, ob nicht der Gesetzgeber über den dehnbaren Begriff der guten Sitten die Absicht habe, »hinterrücks ein bißchen Klassenjustiz befördern zu wollen...«. Darüber könne kein Zweifel sein, »daß die Richter als solche mit ganz geringfügigen Ausnahmen die Interessen der besitzenden Kreise vertreten, werden vertreten müssen, und zwar nicht, als ob sie bewußt gegen das Recht ankämpfen davon kann keine Rede sein, sondern deshalb, weil sie unbewußt die Interessen des Kreises, in welchem sie aufgewachsen sind, notwendigerweise wahrnehmen müssen, weil sie vom Interessensstandpunkt der Besitzenden die Dinge und Gesetze ansehen, nur deren Interessenkreise verstehen. Das ist die stärkste Beeinflussung, die unbewußt dadurch eintritt, daß der Richter die einzelnen Verhältnisse, die er kaum kennt, soweit er sie kennt, nur vom Standpunkte der besitzenden Klasse aus zu beurteilen vermag.«²⁰¹

In den Generalklauseln der §§ 157, 242, 826 BGB, 1 UWG, 226a StGB, in denen von den guten Sitten und von Treu und Glauben die Rede ist und ebenso in der Anstandsformel läßt sich **zwischen einer normativen und einer faktischen Komponente unterscheiden**. Mit Sitte oder Verkehrssitte wird zunächst die faktische Anschauung und Übung für maßgeblich erklärt. Die Einschränkung auf »gute« Sitten, durch »Treu und Glauben« oder auf die Ansicht aller »billig und gerecht« Denkenden enthält sodann ein normatives Korrektiv: Die faktisch herrschende Übung oder Anschauung, wenn sie eine schlechte Sitte ist oder gegen Treu und Glauben verstößt, darf rechtlich nicht anerkannt werden. Es liegt auf der Hand, daß durch diesen Vorbehalt die objektive Komponente bis zur Bedeutungslosigkeit relativiert wird. Da ferner die Frage, ob eine bestimmte Handlung einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten enthält, von Anfang an als reversible Rechtsfrage behandelt wird, bedürfen nur die Umstände des konkreten Falles, den es zu beurteilen gilt, des Beweises, während das daran anknüpfende Urteil der Sittenwidrigkeit nicht von der Feststellung tatsächlich geübter Verhaltensweisen oder im Publikum herrschender Anschauungen abhängig ist. Die wirkungsgeschichtliche Konsequenz dieser vom Reichsgericht eingeleiteten Rechtsprechung geht dahin, daß schließlich die faktische Komponente vollständig vernachlässigt und statt dessen die Eigenwertung des Richters gefordert wird, der sich dabei auf das »Sittengesetz« stützen soll. Der Richter wird in der Tradition der historischen Rechtsschule als Repräsentant der »billig und gerecht Denkenden« angesehen. Er braucht das Publikum nicht um seine Meinung zu fragen.

Ganz analog verfährt heute das Bundesverfassungsgericht, das sich in vielen seiner Entscheidungen auf das »allgemeine Gerechtigkeitsempfinden«, »Gerechtigkeitsvorstellungen«, ein »Gerechtigkeitsgefühl« oder die »allgemeinen Gerechtigkeitserwartungen der Gemeinschaft« beruft. In einer Analyse der Verwendung des Begriffs der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfas-

²⁰¹ Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. und bearbeitet von *B. Mugdan*, Bd. I, Berlin 1899, 1008 f.

sungsgerichts hat *Robbers*²⁰² untersucht, welche Belege das Gericht jeweils für seine Behauptung vorweist, zu einem Konflikt seien bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen verbreitet. Er findet, daß vor allem die Rechtsprechung und das juristische Schrifttum, daneben aber auch rechtspolitische, philosophische und moraltheologische Schriften herangezogen werden. Diese Literatur verweist oft auf gesellschaftliche Vorstellungen, läßt es aber ihrerseits an Belegen fehlen. Ferner verwertet das Gericht Parlamentsdebatten, kirchliche Meinungen und in einem Einzelfall auch Äußerungen aus der betroffenen bäuerlichen Bevölkerung. Das Fazit der Untersuchung lautet: »Die Auswahl dieser Stimmen entbehrt nicht eines gewissen Zuges der Beliebigkeit, zumal in den untersuchten Zusammenhängen im allgemeinen auf den Rückgriff auf exakte empirischsoziologische Erhebungen verzichtet wurde.«

Diese Rechtsprechung ist von Anfang an heftig angegriffen worden. Die **Kritik** hat sich verstärkt, seit die Rechtssoziologie in vielen Untersuchungen zum Sozialprofil der Juristen bestätigt hat, daß die große Mehrzahl der Richter der Schicht der Beamten und des Bildungsbürgertums entstammt und damit auch den spezifischen Werthaltungen dieser Schicht verhaftet ist (§ 41). Damit hat die Befürchtung, der Begriff der »guten Sitten« und andere **unbestimmte Rechtsbegriffe könnten zum Einfallstor der Auffassungen einer durch den Richterstand repräsentierten Klasse** werden, neue Nahrung erhalten. Dieser Ideologieverdacht wird durch die Tendenz zur Einebnung überkommener gesellschaftlicher Strukturen keineswegs entkräftet, sondern erscheint eher noch gefährlicher, weil ideologische Gebundenheit schwerer zu durchschauen ist als zuvor. Wo früher klare soziale und weltanschauliche Fronten die Anschauungen bestimmten, herrscht heute Ungewißheit darüber, was bestimmte Gruppen denken, meinen oder wünschen.²⁰³

III. Wertempirismus als Programm

Durch die außerordentliche Entwicklung der Technik der empirischen Sozialforschung ist eine zuverlässige Ermittlung der herrschenden Übungen und Anschauungen in den Bereich des Möglichen gerückt. Die Forderung, dieses Instrumentarium in den Dienst der Rechtsfindung zu stellen, konnte daher gar nicht ausbleiben. Aus rechtssoziologischer Sicht liegt es nahe, in all diesen Fällen die juristischen Entscheidung stärker an soziale Handlungen und Wertungsmuster zu binden. Diese Position ist am pointiertesten von *Birke* in seinem Buch »Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen« vorgetragen worden. *Birke* will als Recht i. S. des Art. 20 Abs. 3 GG die gesellschaftlichen Auffassungen über das, was rechtens ist, verstehen, und findet deshalb **in der objektivempirisch ermittelten Durchschnittswertung einen für den Richter unmittelbar verbindlichen Maßstab**. Darum hält er den Richter stets für verpflichtet, nach den Anschauungen im Publikum zu forschen

²⁰² *Gerhard Robbers*, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, BadenBaden 1980.

²⁰³ *Wilhelm Hennis*, *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie*, Tübingen 1957 (Recht und Staat Heft 200/201), S. 9.

und danach zu urteilen, wenn das Gesetz ihm einen Spielraum dazu läßt. Einen noch konsequenteren Wertempirismus vertrat die in Yale von *Myres S. McDougal* und *Harold D. Laswell* geführte Law, Science and Policy Schule. Ihr Ziel ist eine möglichst enge Annäherung an die in der Rechtsgemeinschaft herrschenden gemeinsamen Erwartungen (shared expectations). Sind die Erwartungen unbestimmt, vage oder widersprüchlich, so soll in Übereinstimmung mit den herrschenden Wertvorstellungen, den community standards, entschieden werden. Auf die Einzelheiten kann hier nicht weiter eingegangen werden.²⁰⁴ Hier interessiert nur der Versuch, in shared expectations und community standards Anhaltspunkte für die Rechtsgewinnung zu finden, die es erlauben sollen, ohne Zwischenschaltung einer Wertung auf im Prinzip empirisch faßbare Fakten zurückzugreifen.

IV. Exkurs: Das Problem der Sozialwahlfunktion

Man kann das Programm des Wertempirismus, der wertende Entscheidungen, insbesondere solche von Gerichten, durch den Rückgriff auf die im Publikum herrschenden Auffassungen ersetzen will, damit abtun, daß es in der Bundesrepublik an den rechtlichen Grundlagen für plebiszitäre Verfahren dieser Art fehlt. Das Programm läßt sich aber auch in der Sache kritisieren. Seine Durchführung wäre weder wünschenswert noch praktisch. Ja, es kann nicht einmal die eigenen Ansprüche erfüllen, subjektive Wertungen bei Politikern oder Richtern überflüssig zu machen; denn die Hoffnung, durch Demoskopie zu objektiv begründeten Entscheidungen zu gelangen, beruht auf einer Täuschung. Allein die Feststellung der maßgeblichen faktischen Komponente, der herrschenden Anschauungen, der shared expectations oder der community standards fordert bei fast jedem Schritt wertende Entscheidungen, so daß »der Interpret unzählige Gelegenheiten hat, die Weichen so zu stellen, daß am Ende auf scheinbar ganz objektive Weise das von ihm gewünschte Ergebnis herauskommt« (*Kriele*). Danach stellt sich immer noch die Frage, ob und wie eine **normative Korrektur empirisch ermittelter Wertungen** zulässig sein soll. Die Kritik kann hier nicht im einzelnen ausgebreitet werden.²⁰⁵ Hier wird nur ein Gesichtspunkt herausgriffen, der angesichts der verbreiteten Forderung nach einer Ausweitung von Basisdemokratie und Mitbestimmung von allgemeinerer Bedeutung ist. Es geht um die Frage, wie aus den unterschiedlichen Anschauungen der verschiedenen Mitglieder

²⁰⁴ Näher *Gerhard Casper*, Juristischer Realismus und politische Theorie im Rechtsdenken Amerikas, Berlin 1967; *Harold D. Laswell*, Politik und Moral, Düsseldorf 1957; *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967, 102 ff.

²⁰⁵ Dazu ausführlich *Kriele*, a. a. O., und *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974, 186 ff.

einer Gesellschaft auf faire Weise eine einheitliche Entscheidung abgeleitet werden kann.

Das Problem wird in der sozialwissenschaftlichen, insbesondere aber in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, als **Problem der Sozialwahlfunktion** behandelt. Es ergibt sich daraus, daß in aller Regel nicht zwischen isolierten Alternativen zu entscheiden ist. Stehen aber mehr als zwei Möglichkeiten zur Wahl, so kommen oft keine eindeutigen Mehrheiten zustande. Dann muß man sich entscheiden, ob man der Ansicht der relativ größten Gruppe den Vorzug geben oder Koalitionen zwischen zwei oder mehreren Gruppen bilden will. Man könnte daran denken, die Mehrheitsauffassung in einem Reduktionsverfahren analog § 196 GVG zu gewinnen, indem man die für eine extreme Ansicht abgegebene Stimme der jeweils weniger extremen so lange zuzählt, bis sich eine Mehrheit ergibt. Dieses Verfahren setzt aber voraus, daß die Rangordnung der Entscheidungsmöglichkeiten für alle Abstimmenden die gleiche ist. Denn nur dann läßt sich bestimmen, welches der weitergehende Antrag ist. Tatsächlich fehlt es bei vielen Fragen an der sozialen Werteindeutigkeit.

Das kann sich schon bei der unmittelbaren Anwendung des § 196 Abs. 3 GVG ergeben. Bilden sich in einer Strafsache, von der Schuldfrage abgesehen, mehr als zwei Meinungen, deren keine die erforderliche Mehrheit für sich hat, so werden die dem Beschuldigten nachteiligsten Stimmen den minder nachteiligen solange zugerechnet, bis sich die erforderliche Mehrheit ergibt. Bilden sich in der Straffrage zwei Meinungen, ohne daß eine die erforderliche Mehrheit für sich hat, so gilt die mildere Meinung. Angenommen, das Gericht hält den Angeklagten eines Verkehrsvergehens für schuldig. Zur Auswahl stehen neun Entscheidungsmöglichkeiten:

- Geldstrafe allein
- Geldstrafe mit Fahrverbot
- Geldstrafe mit Entziehung der Fahrerlaubnis
- Freiheitsstrafe mit Bewährung
- Freiheitsstrafe mit Bewährung und Fahrverbot
- Freiheitsstrafe mit Bewährung und Entziehung der Fahrerlaubnis
- Freiheitsstrafe ohne Bewährung
- Freiheitsstrafe ohne Bewährung mit Fahrverbot
- Freiheitsstrafe ohne Bewährung mit Entziehung der Fahrerlaubnis.

Auch wenn sich die Auswahl in der Praxis nur auf wenige Möglichkeiten konzentriert, so bleibt doch die Notwendigkeit, jedenfalls diese der Schwere nach zu ordnen. Zumindest das Verhältnis von Geldstrafe und Freiheitsstrafe mit Bewährung sowie die Bewertung der Entziehung der Fahrerlaubnis und des Fahrverbots dürften, fragte man nach der Meinung des Angeklagten, sehr zweifelhaft sein. Ohne dogmatische Krücken wie hier den Grundsatz, daß eine Geldstrafe stets leichter anzusehen ist als eine Freiheitsstrafe, und sei sie auch zur Bewährung ausgesetzt, wird man nicht objektiv, auf keinen Fall verallgemeinernd, sagen können, welche Sanktion für den Angeklagten nachteiliger ist.

Die Schwierigkeiten der Mehrheitsbildung bei drei oder mehr Entscheidungsmöglichkeiten lassen sich nicht austräumen, wenn man zuläßt, daß die Entscheidenden individuell unterschiedliche Präferenzordnungen haben. Auch wenn die Individuen ihre Präferenzen jeweils transitiv ordnen, kann dann eine Mehrheitsentscheidung zu intransitiven Ergebnissen führen. Intransitive Präferenzordnungen werden

aber allgemein nicht als rational angesehen. Dieses sogenannte **Abstimmungsparadox** wurde bereits vom *Marquis de Condorcet* (1743-1794) beschrieben, geriet aber später fast vollständig in Vergessenheit, bis es von *Arrow* 1951 wiederentdeckt wurde.

Angenommen, die drei Richter einer Zivilkammer haben über die Gültigkeit eines Testaments zu befinden, in dem der Erblasser seine Geliebte zur Erbin bestimmt und seine Ehefrau und die ehelichen Kinder auf den Pflichtteil gesetzt hat.²⁰⁶ Richter R_1 möchte das Testament nach § 138 BGB als sittenwidrig für nichtig erklären (A). Notfalls könnte er sich damit abfinden, das Testament teilweise aufrechtzuerhalten derart, daß die Geliebte testamentarische Erbin zu einer Hälfte und Ehefrau sowie Kinder gesetzliche Erben zur anderen Hälfte würden. Er meint aber, keinesfalls dürfe das Testament in vollem Umfang als wirksam angesehen werden (C). Richter R_1 stellt also A über B und B über C (und folglich A über C). Er ordnet seine Präferenzen also transitiv. Richter R_2 möchte am liebsten das Testament teilweise bestehen lassen, es aber eher insgesamt für nichtig erklären als es insgesamt zu bestätigen. R_2 stellt also B über C und C über A (und folglich B über A). Richter R_3 hält das Testament für wirksam, hat aber dogmatische Bedenken gegen jede richterliche Gestaltung und zieht deshalb die Nichtigkeitserklärung einer modifizierten Aufrechterhaltung vor. R_3 stellt also C über A und A über B (und folglich C über B). Übersichtlicher sind die Präferenzen in einer Tabelle:

$R_1: A \rightarrow B \rightarrow C$

$R_2: B \rightarrow C \rightarrow A$

$R_3: C \rightarrow A \rightarrow B$

Es stellen also zwei Richter Wirksamkeit über Teilnichtigkeit und ebenfalls zwei Richter Teilnichtigkeit über volle Nichtigkeit. Man sollte annehmen, daß damit die volle Nichtigkeit als Lösung ausscheidet. Aber es findet sich auch eine Mehrheit zusammen, die volle Nichtigkeit der Wirksamkeit vorzieht. Angenommen nun, dem Vorsitzenden gelingt es, zuerst die Frage zur Abstimmung zu stellen, ob das Testament für nichtig erklärt werden soll. R_3 wird für Nichtigkeit stimmen, R_1 und R_2 dagegen. Wenn danach über volle oder Teilwirksamkeit abgestimmt wird, votieren R_1 und R_3 zusammen für volle Wirksamkeit. Wäre zuerst über volle Wirksamkeit abgestimmt worden, so käme im Ergebnis Teilwirksamkeit heraus, und hätte der Vorsitzende zu Beginn nach den Stimmen für Teilnichtigkeit gefragt, so wäre das Testament am Ende für nichtig erklärt worden. Das Ergebnis hängt also von der Reihenfolge der Fragen ab. Die Beisitzer dürfen es nicht dem Vorsitzenden überlassen, diese Reihenfolge zu bestimmen. Bei Meinungsverschiedenheiten über die Reihenfolge der Abstimmungsfragen entscheidet nach § 194 Abs. 2 GVG das Gericht. Wenn aber jedes Mitglied der Kammer die Konsequenzen der Abstimmungsreihenfolge voll übersieht, so wird keine Mehrheit für eine bestimmte Reihenfolge zu erreichen sein, solange man allen Stimmen gleiches Gewicht gibt.

Schon an diesem einfachen Beispiel des Abstimmungsparadoxons wird klar, wie schwierig es sein kann, auf rationale Weise aus den Wertungen mehrerer eine einheitliche Entscheidung zu gewinnen. In seinem bahnbrechenden Buch von 1951 hat *Kenneth J. Arrow* die Behauptung aufgestellt, daß es eine Sozialwahlfunktion, die gewissen **Fairnessbedingungen** erfüllt, logisch gar nicht geben könne.

²⁰⁶ Dieser Fall ist der Entscheidung BGHZ 52, 17 ff. (=NJW 1969, 1343 mit abl. Anmerkung von *Dietrich Reinicke*) nachgebildet. Zum Sachproblem zuletzt *Gerhard Otte*, Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes und Sittenwidrigkeit, Juristische Arbeitsblätter 17, 1984, 192-201.

Wenn mehrere Personen mit unterschiedlichen Interessen eine gemeinsame Entscheidung treffen wollen, brauchen sie dafür eine Verfassung, sie müssen sich zuvor auf eine Entscheidungsregel einigen. Diese Regel muß, um akzeptabel zu sein, gewisse Rationalitätsbedingungen erfüllen. *Arrow* nennt vier²⁰⁷ Bedingungen, denen die Entscheidungsregel genügen müßte, um demokratisch genannt werden zu können.

(1) Die erste Bedingung besagt, daß die gesuchte Entscheidungsregel **alle (logisch) möglichen individuellen Präferenzordnungen zu einer kollektiven verarbeiten** muß. Die Individuen dürfen also die verfügbaren Wahlmöglichkeiten in beliebiger Folge reihen, solange nur ihre Ordnung transitiv bleibt. Auch Indifferenzen sollen zugelassen werden, also die Gleichbewertung von zwei oder mehr Wahlmöglichkeiten. Die Methode der einfachen Mehrheit erfüllt diese Anforderung nicht. Das ist genau der Fall des Abstimmungsparadoxons.

(2) Die zweite von *Arrow* gestellte Bedingung bezieht sich auf den **Zusammenhang zwischen individuellen Präferenzen und der gesuchten kollektiven Präferenzordnung**. Zwischen beiden soll eine positive Beziehung bestehen. Deswegen wird gefordert, daß auch für das Kollektiv die Alternative A vor der Alternative B rangieren muß, wenn alle Mitglieder die Möglichkeit A der Möglichkeit B vorziehen. Diese Bedingung ist völlig plausibel. Liegt hinsichtlich zweier Alternativen Einstimmigkeit vor, so hat die Gruppenentscheidung dies auf jeden Fall zu berücksichtigen.

(3) Die dritte von *Arrow* vorgeschlagene Bedingung fordert die **Unabhängigkeit von irrelevanten Alternativen**. Eine kollektive Entscheidung bezüglich einer bestimmten Alternativenmenge soll allein davon abhängen, wie die Individuen diese Alternativen geordnet haben, nicht aber davon, wie sie ganz andere Wahlmöglichkeiten einander zuordnen.

(4) Die letzte Bedingung ist das **Diktatorverbot**: Sie schließt alle Regeln aus, die einer einzigen Person eines Kollektivs gestatten würden, ihre Präferenzordnung unabhängig von den Präferenzordnungen der anderen Mitglieder durchzusetzen. Ausgeschlossen wäre also eine Präferenzordnung, nach der jeweils die Präferenzordnung der ältesten Person auch für die Gruppe maßgebend sein soll.

Arrows Unmöglichkeitstheorem besagt nun, daß es keine Sozialwahlfunktion gibt, die den vier Bedingungen genügt, wenn das Kollektiv mindestens zwei Personen umfaßt und mindestens drei Möglichkeiten zur Wahl stehen. Der mathematische Beweis kann hier nicht dargestellt werden. Er ist in der Literatur vielfach überprüft

²⁰⁷ In der ersten Auflage seines Buches von 1951 nannte *Arrow*, noch fünf Bedingungen. Eine davon hat er unter dem Einfluß einer Kritik von *Julian H. Blau* (The Existence of Social Welfare Functions, *Econometrica* 25, 1957, 302313) fallen lassen.

und durch andere Beweiswege verbessert worden, so daß er heute als gesichert gilt²⁰⁸. Man kann daher nur die von *Arrow* gestellten Fairnessbedingungen kritisieren. Aber diese Bedingungen sind völlig plausibel, ja sie erscheinen eher zu milde als zu streng. Aus empirischer Sicht kann man allenfalls geltend machen, daß die erste Bedingung, die die Berücksichtigung aller logisch möglichen Präferenzordnungen verlangt, unrealistisch ist, weil die Palette der logisch möglichen Anordnungen praktisch nicht ausgeschöpft werden. Es müßte also die Menge der individuell vorkommenden Präferenzordnungen, z. B. durch eine polarisierende Moral, beschränkt sein, so daß die Mehrheitswahl möglich wird. Wo daß jedoch nicht der Fall ist, also in einer pluralistischen Gesellschaft, bleibt nur die Möglichkeit, Entscheidungsinstanzen einzusetzen, die nicht direkt an die Präferenzordnungen der Gruppenmitglieder gebunden sind. Solche Instanzen bilden das nicht an ein imperatives Mandat gebundene Parlament oder die Gerichte

²⁰⁸ Z. B. bei *Blau*, a. a. O.; *Peter C. Fishburn*, *The Theory of Social Choice*, Princeton 1973; *Luce/Raiffa*, *Games and Decisions*, 7. Aufl 1967, 339f.; *Bernd Schauenburg*, *Zur Logik kollektiver Entscheidungen*, Wiesbaden 1978; *Amartya K. Sen*, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco 1970.

§ 28 Innere Verhaltensmuster

Literatur: *Allport*, Die Natur des Vorurteils, 1971; *Bierbrauer*, Attitüden: Latente Strukturen oder Interaktionskonzepte?, *ZfSoziologie* 5, 1976, 4 ff.; *Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, 1978; *Frey*, Die Theorie der kognitiven Dissonanz, in: *ders.*, Kognitive Theorien der Sozialpsychologie, 1978, 243 ff.; *Heider*, The Psychology of Interpersonal Relations, 1958; *ders.*, Soziale Wahrnehmung und phänomenale Kausalität, in: *Irle*, Texte aus der experimentellen Sozialpsychologie, 1969, 26 ff.; *Irle*, Lehrbuch der Sozialpsychologie, 1975; *Karsten* (Hrsg.), Vorurteil. Ergebnisse psychologischer und sozialpsychologischer Forschung, 1978; *Luhmann*, Normen in soziologischer Perspektive, *Soziale Welt* 20, 1969, 28; *ders.*, Rechtssoziologie, 1983, 40 ff.; *Maisch*, Vorurteilsbildungen in der richterlichen Tätigkeit, *NJW* 1975, 566 ff.; *Meyer/ Schmalt*, Die Attributionstheorie, in: *Frey*, Kognitive Theorien der Sozialpsychologie, 1978, 98 ff.; *Spittler*, Norm und Sanktion, 1967; *Triandis*, Einstellungen und Einstellungsänderungen, 1975

I. Tatsachenvorstellungen

Soziales Verhalten wird stets von psychischen Erscheinungen begleitet. Menschen handeln nicht nur ähnlich, sie denken und fühlen auch konform. Man kann daher unterscheiden zwischen äußeren Verhaltensmustern auf der einen und inneren und mentalen Verhaltensmustern auf der anderen Seite. Die letzteren reichen von der Vorliebe für bestimmte Speisen oder Musik über Rechtskenntnisse bis hin zur Ideologie oder Religion. Im einzelnen ist auch hier wieder eine Reihe von Unterscheidungen zu treffen.

a) Urteile

Zu den inneren Verhaltensmustern gehören die Tatsachenvorstellungen (Kognitionen). Was die Menschen in einer bestimmten Gesellschaft an **Tatsachenwissen** haben, deckt sich keineswegs mit dem, was an Tatsachenwissen nach dem Stand der Wissenschaft vorhanden und möglich ist. So wurde zeitweise in der Bundesrepublik darüber geklagt, daß bei Akademikern im Gefolge eines humanistisch-mittelständischen Bildungsideals vor allem griechische und lateinische Sprachkenntnisse, Geschichte und Philosophiekenntnisse vorhanden seien, daß es dagegen an der Kenntnis moderner Sprachen und vor allem an naturwissenschaftlich-mathematischer Bildung fehle. Das ist in den USA wohl durchaus anders und erst recht etwa in der Sowjetunion. Noch viel stärker als von Land zu Land differieren die Tatsachenvorstellungen innerhalb eines Landes je nach der Herkunft aus bestimmten Schichten und Bevölkerungskreisen. Diese soziale Bedingtheit von Tatsachenvorstellungen gilt nicht nur für das sogenannte gehobene Wissen, sondern auch für sehr viel banalere Dinge, etwa für die sexuelle Aufklärung oder für Fußballereignisse. Zwar hat wohl jeder Mensch auch einen individuellen Wissensbestand. Aber die weit größere und

wichtigere Wissensmenge stellt eine Auswahl aus dem verfügbaren Wissen dar, deren Verteilung sozialen Gesetzmäßigkeiten gehorcht.

b) *Vorurteile*

Zu den Tatsachenvorstellungen gehören nicht nur die Urteile, sondern auch die Vorurteile. Ein Vorurteil ist nichts anderes als eine Tatsachenvorstellung, die unzutreffend ist, weil ihr keine kritische Prüfung der zugrundeliegenden Tatsachen vorausgegangen ist. (Beispiel: Verbrecher werden geboren). Eine von Vorurteilen geprägte, schablonenhafte Weise des Wahrnehmens von und Urteilens über Personen, Gruppen, Gegenstände oder Sachverhalte nennt man **Stereotype**. Eine Mischung von Urteilen und Vorurteilen bilden die sog. **Alltagstheorien** (§ 14, 2).

Zur Beschreibung und Erklärung von Alltagstheorien, mit denen Personen die Ursachen von eigenem und fremdem Verhalten ausmachen, kann man auf den sozialpsychologischen Ansatz der **Attributionstheorie** zurückgreifen. Er geht zurück auf das Konzept der »naiven Psychologie« von *Fritz Heider*, das sich mit Verhaltenserklärungen befaßt, wie sie der Mann auf der Straße vornimmt. *Heider* geht davon aus, daß Menschen ständig motiviert sind, beobachtete Ereignisse nicht einfach zu registrieren, sondern sie auf Ursachen in ihrer Umgebung zurückzuführen. Es wird ferner angenommen, daß Menschen als rationale Wesen bestrebt sind, realitätsangemessene Ursachenerklärungen zu finden. Dazu stellen sie Vermutungen über die Ursachen von Verhalten an, holen Informationen ein und prüfen ihre Vermutungen ähnlich wie ein Wissenschaftler seine Hypothesen. Trotzdem kommt es zu unzutreffenden Ursachenzuschreibungen (Attributionsfehlern), denn die Menschen verfügen oft nicht über ausreichende Informationen, sie verarbeiten ihre Informationen »naiv« und werden von zusätzlichen Motiven beeinflusst, etwa dem Wunsch, das Selbstwertgefühl zu schonen und möglichst gar zu stärken. Dieses Motiv erschwert es etwa, die Ursachen eines negativ bewerteten Verhaltens bei sich selbst zu suchen.

Für die Rechtssoziologie von besonderem Interesse sind Untersuchungen über die **Zuschreibung von Schuld und Verantwortlichkeit**. Lediglich als Beispiel soll hier eine Untersuchung von *Walster*²⁰⁹ erwähnt werden, bei der es um die Zuschreibung von Verantwortlichkeit für Unfälle ging. Versuchspersonen hatten über die Verantwortlichkeit eines Fahrers zu urteilen, dessen Wagen wegen versagender Bremsen eine abschüssige Straße hinuntergerollt war. Sie neigten dazu, den Fahrer für um so

²⁰⁹ *Elaine Walster*, Assignment of Responsibility for an Accident, *Journal of Personality and Social Psychology* 3, 1966, 73-79. Eine vergleichende Untersuchung über die Zuschreibung von Verantwortung und die Forderung nach Bestrafung in Japan und den USA, die erhebliche Übereinstimmung, aber auch Unterschiede gezeigt hat, bieten. *V. Lee Hamilton/Joseph Sanders*, Universals in Judging Wrongdoing: Japanese and Americans Compared, *ASR* 48, 1983, 199211. Allgemein zum Thema neuestens Manfred Effler, *Kausalerklärungen im Alltag*, Frankfurt a. M. 1986.

verantwortlicher zu halten, je schwerwiegender die Unfallfolgen waren. *Walster* erklärt dies mit der Tendenz eines Beobachters, dem unangenehmen Gedanken, er könne selbst in ein solches unkontrollierbares Geschehen verwickelt werden, zu entgehen. Ein solches unabwendbares Ereignis könnte jedem widerfahren, auch dem Beobachter. Bei einem leichteren Unfall ist diese Vorstellung wegen der geringen Konsequenzen kaum belastend. Bei schweren Folgen dagegen wirkt sie so bedrückend, daß der Beobachter sich entlastet. Er hält den Fahrer für verantwortlich, damit er von sich selbst glauben kann, ihm werde Vergleichbares nicht passieren. Ein ähnliches Konzept ist das **Just-World-Paradigma**²¹⁰. Auch hier geht es um die Verantwortlichkeitszuschreibung bei offensichtlich unschuldigen Opfern von Unglücksfällen oder Gewalttätigkeiten. Auch diesen Opfern wird Verantwortung für ihr Schicksal zugeschrieben nach dem Prinzip, daß Leute bekommen, was sie verdient haben, und, was sie verdient haben, auch bekommen. Hier scheint das gleiche Entlastungsmotiv wirksam zu werden. Würde man den Zufall verantwortlich machen, müßte man der unangenehmen Möglichkeit ins Auge sehen, daß man selbst Opfer eines solchen Unglücks werden könnte.

c) Normvorstellungen

Zu den Tatsachenvorstellungen gehört schließlich auch die Vorstellung von der Existenz und Verbreitung sozialer Verhaltensmuster, insbesondere sozialer Normen. Die Existenz etwa des Strafgesetzbuches, einer Straßenverkehrsordnung oder von Benimmregeln ist eine Tatsache. Das Wissen darum ist eine Tatsachenvorstellung. In rechtssoziologischem Zusammenhang ist die **Rechtskenntnis der Bevölkerung** von besonderer Bedeutung (dazu § 31).

II. Zweck und Wertvorstellungen

Von den Tatsachenvorstellungen kann man Zweck und Wertvorstellungen unterscheiden. Unter Zwecken sind in diesem Zusammenhang alle Zustände zu verstehen, die als Ziel oder Zweck menschlichen Handelns in Betracht kommen. Dabei kann die Auszeichnung positiv oder negativ sein. Wird ein Ziel positiv bewertet, so versucht man, es zu verwirklichen. **Werte sind** demgegenüber **abstrakter formulierte Zielvorstellungen** (Leben, Gesundheit, Freiheit usw.), die die möglichen konkreten Handlungszwecke tendenziell ordnen. Auch sehr abstrakte Zielvorstellungen können entscheidend das gesamte Verhalten bestimmen, wie etwa der in unserer Kultur verbreitete Wunsch nach materiellem Erfolg und Ansehen.

²¹⁰ *Melvin J. Lerner/ G. Matthews*, Reactions to Suffering of Others under Conditions of Indirect Responsibility, *Journal of Personality and Social Psychology* 5, 1967, 319-325.

a) *Verhaltensforderung oder Bewertungsstandard*

Mit einer Norm im Sinne einer Verhaltensforderung (§ 25) geht meistens eine Bewertung des geforderten Verhaltens als mehr oder weniger gut, sinnvoll oder zweckmäßig einher. Verhaltensforderung und Bewertung müssen unterschieden werden, da beide keineswegs immer verbunden sind. Es gibt Verhaltensforderungen, die moralisch indifferent sind und sogar solche, die als unmoralisch gelten. Viel häufiger noch sind Verhaltensforderungen, denen die Adressaten sehr distanziert gegenüberstehen, obwohl sie ihnen im großen und ganzen nachkommen. So ist beispielsweise bei Jugendlichen, am Arbeitsplatz oder in der Bundeswehr zu beobachten, daß die dort geforderten Verhaltensweisen für sinnlos gehalten werden, daß man ihnen aber doch mehr oder weniger gehorcht. Erst recht Bräuche und Gewohnheiten werden oft als schlecht verurteilt. Dennoch gibt man sie nicht auf, wie zum Beispiel Rauchen oder Trinken. Umgekehrt werden moralisch für wertvoll gehaltene Handlungen nicht immer auch gefordert. Wenn zum Beispiel ein Kraftfahrer anhält, um einem anderen bei einer Panne zu helfen, so gilt das als anständig, ohne daß es aber verbindlich erwartet, d. h. sein Ausbleiben mit Sanktionen bedacht würde. *Spittler* schlägt vor, bei solchen nicht bloß individuell verbreiteten Ansichten von Bewertungsstandards zu sprechen. Für die Rechtssoziologie verbirgt sich hinter der Frage nach den Bewertungsstandards die sog. **Legitimitätsfrage** (vgl. dazu §§ 22, 48).

b) *Zielbewertung*

Als nützlich erweist sich manchmal die Unterscheidung zwischen Verhaltensbewertungen und Zielbewertungen. Sehr häufig wird ein Verhalten geschätzt, weil es Selbstzweck ist, indem es durch sich selbst Befriedigung verschafft. Das gilt etwa für Essen und Trinken, sexuelle Betätigung, aber auch für viele Freizeitbeschäftigungen und dergleichen mehr. Ein solches Verhalten, das vor allem als Selbstzweck in Betracht kommt, nennt man auch **expressives Handeln** (§ 23,1b). Viele Tätigkeiten stehen aber im Dienste eines fernerer Zwecks, was nicht ausschließt, daß sie daneben auch noch als solche geschätzt werden. Eine Tätigkeit, die derart zielgerichtet ist, kann man als **instrumentelles Handeln** bezeichnen. In der Regel hat jede Handlung sowohl expressive wie instrumentelle Funktionen. Es gibt aber auch Handlungsweisen, bei denen der eine oder der andere Aspekt ganz im Vordergrund steht, so etwa beim Musizieren der expressive Aspekt, beim Anlegen von Sicherheitsgurten dagegen der instrumentelle.

c) *Das Verhältnis von Tatsachen und Wertvorstellungen als Zweck-Mittel-Relation*

Man kann weiter fragen, wie sich Tatsachenvorstellungen und Wertvorstellungen zueinander verhalten. Ganz grob läßt sich dazu sagen, daß der Handlungsantrieb aus der Wertvorstellung kommt. Sie zeigt das Ziel, einen in der Zukunft gelegenen Zustand, den der Handelnde erreichen will. Seine Tatsachenvorstellungen ermöglichen

ihm dagegen eine Prognose über die Wirkungen seines Handelns. Will er ein bestimmtes Ziel realisieren, so muß er diejenigen Handlungsweisen wählen, die nach seiner Tatsachenkenntnis geeignet sind, dieses Ziel zu realisieren. In diesem Sinne bildet die **Tatsachenkenntnis das Mittel zum Zweck**. Insbesondere auch Normen können derart als Mittel zu einem ferneren Zweck angesehen werden. So kann etwa der Normadressat sich normkonform verhalten, um nachteilige Sanktionen zu vermeiden. Er kann eine bestimmte Gesellschaftsform wählen, um Haftungskonsequenzen auszuschließen oder Steuervorteile zu erzielen. Aus der Sicht der Normabsender kann eine Norm, etwa die StVO, das Mittel sein, um einen gewünschten Zustand herbeizuführen, etwa einen flüssigen Verkehr mit wenig Sach oder Personenschäden.

III. Die Handlungswirksamkeit innerer Verhaltensmuster

a) Diskrepanz zwischen Handeln und Bewußtsein

Das bisher Gesagte könnte den Eindruck erwecken, als ob äußeres Verhalten stets von entsprechenden gedanklichen Verhaltensmustern gesteuert würde. Bis zu einem gewissen Grade ist das auch tatsächlich der Fall. Indessen decken sich Handeln und Bewußtsein nicht ohne weiteres. Zwischen beidem besteht oft ein erheblicher Abstand. Gerade diese Diskrepanz macht es überhaupt erst notwendig, zwischen äußeren und inneren Verhaltensmustern zu unterscheiden.

Die Lücke zwischen Verhalten und Bewußtsein ist durch die Verbreitung, die die Lehren *Sigmund Freuds* gefunden haben, heute allgemein bekannt geworden. Daher genügt hier eine Andeutung: Die ältere Psychologie grenzt den Begriff des Seelischen ganz auf das Gebiet des Bewußtseins ein. Dieser Bewußtseinspsychologie setzt *Freud* seine Lehre vom Unbewußten entgegen, nach der bedeutende Teile des seelischen Lebens sich unterhalb des Bewußtseins abspielen. In Bezug auf dieses unbewußte Leben besteht heute kein Zweifel mehr, daß hier unwillkürliche psychische Verarbeitungen erfolgen, bei denen das Bewußtsein nicht oder kaum beteiligt ist, daß also ein unbewußter und unwillkürlicher seelischer Mechanismus vorliegt. Im **Bereich des Unbewußten** werden Erlebnisse aufbewahrt, die normalerweise nicht zugänglich, gleichwohl aber wirksam sind. Diese nicht erinnerbaren Erlebnisse besitzen dynamische Qualitäten, durch die sie in den Bereich des bewußten psychischen Lebens hineinstrahlen, ohne daß dieser Vorgang dem Bewußtsein zugänglich ist. Es vollzieht sich also in der Tiefenschicht ein energetischtriebhaftes Geschehen, das maßgeblich gestaltende Kräfte enthält, dessen Herkunft und Richtung aber dem betreffenden Menschen nicht durchschaubar sind.

b) Einstellungen (Attitüden)

Eine Verbindung zwischen Handeln und Bewußtsein und dem Unbewußten erreicht man durch den Begriff der Attitüde, mit dem allerdings nicht mehr psychoanalytisch die im Bewußtsein ablaufenden psychischen Prozesse, sondern nur deren im Verhalten sich äußernde Wirkungen angesprochen werden. Teilweise spricht man auch von **Haltungen** oder **Einstellungen**. Aber manche Soziologen meinen, daß der englische Begriff attitudes nicht übersetzt werden sollte, da er sowohl eine geistige Einstellung wie auch eine motorische Reaktionsbereitschaft gegenüber einer bestimmten Situation zum Ausdruck bringen soll. Eine Attitüde ist eine Art affektive Bindung an eine Wertvorstellung oder noch viel allgemeiner an ein soziales Objekt. Üblicherweise wird die Attitüde definiert als ein »aus Erfahrung entstandener psychophysischer Zustand der Bereitschaft, der einen steuernden und dynamischen Einfluß auf die individuellen Reaktionen gegenüber allen Objekten und Situationen ausübt, mit denen er im Zusammenhang steht«²¹¹. Die Attitüde ist also eine Art generalisierte Bereitschaft, bestimmten Objekten, vor allem Menschen oder sozialen Forderungen, in bestimmter Weise, nämlich freundlich oder feindlich, aggressiv oder ausweichend, gegenüberzutreten. Mit Hilfe der Attitüde sortiert man die Welt in Freund und Feind. Der eine ist allergisch gegen Kinder, der andere gegen Polizisten, ein Dritter gegen Unordnung oder Schmutz. Attitüden sind per se nichts Pathologisches, sondern durchaus normal.

Attitüden können gelernt werden, vor allem durch Identifikation oder Nachahmung von geliebten Bezugspersonen. Einmal gelernt sind sie dann aber sehr dauerhaft, schwer zu beeinflussen und haben obendrein eine **Tendenz zur Generalisierung**. So lernen z. B. Söhne von ihren Vätern, wie man ungestraft aggressiv sein kann und wie man damit Erfolg hat. Die Kenntnis der Zusammenhänge hat in den letzten Jahren zu einer deutlichen Änderung der Justizpraxis bei der Behandlung einer spezifischen Erscheinungsform des Widerstandes gegen die Staatsgewalt geführt. Es gibt eine erhebliche Anzahl unter den Jugendlichen, die in einer für sie selbst weitgehend unbeherrschbaren Art explodieren, wenn etwa ein Polizist sie bei einer Festnahme berührt. Auf dem Weg in das Polizeiauto oder zur Polizeiwache kommt es dann häufig zu Widerstandshandlungen, die man früher sehr hart verurteilt hat, die jedoch heute in einem sehr viel milderen Licht erscheinen, weil die Situation für die Täter selbst kaum beherrschbar ist. Mit Hilfe solcher Attitüden läßt sich erklären, daß das Wissen um Werte und Normen und auch ihre bewußte Bejahung oft nicht mit dem realen Verhalten übereinstimmt, weil die affektiven Bezüge zum Wertkonzept fehlen oder zu schwach sind. Eine solche Diskrepanz zwischen Einstellungen und wirklichem Verhalten ist ein Beispiel für eine sog. kognitive Dissonanz.

²¹¹ So die Übersetzung der klassischen Definition von *Gordon W. Allport*, Attitudes, in: *C. Murchison* (Hrsg.), *A Handbook of Social Psychology*, Worcester, Mass., 1935, 798-884, 810.

An Hand einer Auswertung von Ergebnissen der regelmäßig durchgeführten Bevölkerungsumfrage und einem Vergleich mit der Zahl der registrierten Schwangerschaftsabbrüche kommen *Bora* und *Liebl* zu dem Ergebnis, daß kein Zusammenhang zwischen allgemeinen Wertmustern, hier der Einstellung zur Zulässigkeit der Abtreibung, und der konkreten Entscheidung für oder gegen eine Unterbrechung der Schwangerschaft bestünden. In der akuten Entscheidungssituation spielten vermutlich ganz andere Faktoren eine Rolle. Persönliche Interessen, materielle Bedürfnisse oder der Druck der Familie gewönnen dann ein Gewicht, daß die Entscheidung in eine der generellen Einstellung konträre Richtung drängen könne²¹².

IV. Die Theorie der kognitiven Dissonanz

Die Sozialpsychologie kennt ein ganzes Bündel von Theorien, denen die Annahme zugrunde liegt, daß sich ein Individuum darum bemüht, sein kognitives System in Ordnung zu halten, indem es versucht, seine Wahrnehmungen und Gefühle, seine Kenntnisse und Wertvorstellungen, frei von Widersprüchen zu halten. Die wohl bekannteste und wichtigste ist die Theorie der kognitiven Dissonanz, die mit dem Namen von *Leon Festinger* verbunden ist. Sie bietet eine der fruchtbarsten sozialpsychologischen Forschungshypothesen überhaupt. Binnen zehn Jahren hatte sie schon an die 1000 empirische Untersuchungen angeregt. Diese Theorie besagt etwa folgendes: Alle Menschen haben Tatsachenvorstellungen (Kognitionen). Dazu zählen Vorstellungen über Zustände und Ereignisse in der Umwelt, aber auch die Vorstellungen über die eigene Person, über ihre Fähigkeiten, Wünsche und Zielvorstellungen. Zu den Kognitionen gehören schließlich die Vorstellungen über die Verknüpfung verschiedener Tatsachen, also wissenschaftliche ebenso wie abergläubische Annahmen über ursächliche Zusammenhänge und, daraus abgeleitet, Erwartungen an die Zukunft. Zu einer kognitiven Dissonanz kommt es bei einem Menschen dann, wenn ein Ereignis eintritt, daß mit seinen Kenntnissen und Erwartungen nicht übereinstimmt. In kognitiver Dissonanz befindet sich das Mitglied einer Sekte, die an den bevorstehenden Weltuntergang glaubt, wenn die Katastrophe ausbleibt, ebenso wie der Raucher, der die Gefahren seiner Leidenschaft kennt.

Festinger nimmt an, daß eine kognitive Dissonanz im allgemeinen als unangenehm empfunden und daher nach Möglichkeit vermieden oder aber, wenn sie schon eingetreten ist, reduziert wird. Unter geeigneten Umständen kann man aus einer kognitiven Dissonanz lernen wie der Wissenschaftler, der seine Hypothese ändert oder aufgibt, wenn er auf unerwartete Beobachtungen stößt. Im Alltag greifen Menschen jedoch vielfach zu weniger rationalen Methoden der **Dissonanzreduktion**. Sie igno-

²¹² *Alfons Bora/Karlbans Liebl*, Einstellung zum Schwangerschaftsabbruch. Zur Bedeutung generalisierter Wertsysteme in Konfliktsituationen, Pfaffenweiler 1986.

rieren oder leugnen einfach die Ereignisse, die nicht zu ihren Kognitionen passen. Sie suchen nach neuen Informationen, die ihre bisherigen Vorstellungen bestätigen, nach Erklärungen etwa, die das Gewicht des unpassenden Ereignisses vermindern oder es als irreguläre Ausnahme erscheinen lassen. Sie lassen sich von ihrer Umgebung ihre Kognitionen bestätigen oder sie immunisieren ihre besonderen Erwartungen oder gar ein ganzes Weltbild durch nicht beweisbare und damit auch nicht widerlegbare Zusatzannahmen.

Welcher Weg zur Reduktion der kognitiven Dissonanz gewählt wird, hängt von deren Stärke und von dem zur Reduktion erforderlichen Aufwand ab. Die Dissonanz ist um so stärker, je mehr jemand von der Wahrheit seiner Annahme überzeugt oder je stärker die Annahme gefühlsmäßig besetzt ist. Der Aufwand wächst, je mehr eine Annahme, Meinung oder Erwartung in ein ganzes System von Kognitionen eingebettet ist. Besonderen Aufwand erfordert die Revision ganzer Weltbilder. Die Anhänger der Weltuntergangssekte werden daher kaum ihren ganzen Glauben aufgeben, wenn die Prophezeiung sich nicht erfüllt. Es ist eher wahrscheinlich, daß sie die Zeitangabe neu interpretieren oder sich in die Annahme flüchten, die Welt sei nur deshalb nicht untergegangen, weil sie so erfolgreich missioniert und so viele Leute gebessert hätten, daß der Welt ihr trauriges Ende erspart worden sei (*Festinger*, 246 ff.). Die kognitive Dissonanz kann vor oder nach Handlungsentschlüssen auftreten. Wird die in Aussicht genommene oder vollzogene Handlung durch starke Emotionen, Attitüden oder Wertvorstellungen in eine bestimmte Richtung gedrängt, so ist eine **selektive Informationsaufnahme** wahrscheinlich. Der Handelnde sucht nach Informationen, die seinen Wünschen und Vorstellungen entsprechen und negiert andere, die damit nicht in Einklang zu bringen sind. Dieser Aspekt kann in rechtssoziologischem Zusammenhang z. B. zur Erklärung der Selektivität der Strafverfolgung beitragen. Eine Vielzahl von Untersuchungen hat gezeigt, daß Angehörige sozial verachteter Gruppen wie Vorbestrafte²¹³ oder Gastarbeiter²¹⁴ bei Verfehlungen häufiger angezeigt und bestraft werden als der Durchschnitt der Bevölkerung, während sozial hochgestellte Personen eine gewisse Immunität gegen Verdächtigung und Sanktionierung genießen²¹⁵. Die Verfolgung von Personen, denen man abweichendes Verhalten zutraut, ist kognitiv konsonant und fällt daher leicht, während soziales Ansehen, daß man ja

²¹³ Zur höheren Chance von Vorbestraften, angeklagt zu werden, *Klaus Sessar*, Empirische Untersuchungen zu Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, Zf die gesamte Strafrechtswissenschaft 87, 1975, 1053; vgl. ferner § 34.

²¹⁴ Dazu *Rolf Stephani*, Die Wegnahme von Waren in Selbstbedienungsgeschäften durch Kunden, Bern 1968, 57; *Erhard Blankenburg*, Die Selektivität rechtlicher Sanktionen. Eine empirische Untersuchung von Ladendiebstählen, in: *Friedrichs*, Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens, 1973, 141 ff.

²¹⁵ *Peters*, Richter im Dienste der Macht, 1973, 110 ff.

gerade auch durch die Erfüllung und Übererfüllung normativer Erwartungen erwirbt, sich mit der Annahme normwidrigen Verhaltens nicht verträgt, so daß der Fall schon sehr krass liegen muß, soll er zur Kenntnis genommen werden.

V. Die soziale Norm als enttäuschungsfeste Erwartung

Auch die soziale Norm (§ 25) hat ihre Entsprechung in einem inneren Verhaltensmuster. Vor dem Hintergrund der Theorie der kognitiven Dissonanz hat *Lubmann* eine in der Rechtssoziologie inzwischen allgemein akzeptierte Theorie der sozialen Norm als enttäuschungsfester Erwartung entwickelt.

a) Kognitive und normative Erwartungen

Man kann sein Verhalten einfach an Vorbildern, an Verhaltensmustern, orientieren. Aber mindestens ebenso wichtig ist die Orientierung an Erwartungen über die Zukunft, über die Wirkung menschlicher Handlungen. Solche Erwartungen oder Prognosen ergeben sich zunächst aus Naturgesetzen. Immer wieder bestätigt sich die Erfahrung, daß in der Vergangenheit beobachtete Kausalabläufe, etwa der Wechsel von Tag und Nacht, Sommer und Winter, Gesetze der Schwerkraft oder chemische Reaktionen, eine Prognose erlauben, durch die sinnvolles Handeln erst möglich wird. So weiß der Bauer aus Erfahrung, daß es nur im Frühjahr sinnvoll ist zu säen, weil nur dann eine Ernte zu erwarten ist. Um nicht nur mit der Natur, sondern auch mit seinen Mitmenschen sinnvoll umgehen zu können, muß man wissen, wie sie in bestimmten Situationen reagieren werden. Da unreflektierte Beobachtung nicht zwischen Naturereignissen und menschlichen Handlungen unterscheidet, stellt sich die **Erwartung ein, daß sich die in bestimmten Situationen beobachteten Handlungen in ähnlicher Situation wiederholen**. An dieser Erwartung kann man das eigene Handeln genauso orientieren wie an Naturerscheinungen.

Erwartungen aller Art können enttäuscht werden. Es gibt dann im Prinzip zwei unterschiedliche Möglichkeiten, auf eine Enttäuschung zu reagieren. Man kann an der enttäuschten Erwartung festhalten, oder man kann sie fallen lassen. Man kann sich lernbereit oder lernunwillig verhalten. Handelt es sich um Erwartungen, die das Naturgeschehen betreffen, so ist man heute allgemein bereit, aus Enttäuschungen zu lernen. Ja, es ist das Prinzip der empirischen Wissenschaft, neue Beobachtungen, die sich mit ihren theoretischen Erklärungen nicht vertragen, zu verarbeiten, indem sie ihre Theorie umbaut. Insoweit spricht man von **kognitiven** Erwartungen.

Auch im sozialen Bereich kann man aus Enttäuschungen lernen. Auch dort sind kognitive Erwartungen nicht selten. So erwarten wir etwa, daß man sich nach der Mode kleidet. Wenn sich die Mode ändert, sind wir aber schnell bereit, umzulernen. Der Kaufmann erwartet, daß bestimmte Waren oder Werbemethoden Erfolg haben. Er wird aber umdisponieren, wenn diese Erwartungen enttäuscht werden. Wichtiger

und interessanter ist die Tatsache, daß es im sozialen Bereich Verhaltenserwartungen gibt, an denen man festhält, auch wenn sie enttäuscht worden sind. Man hält z. B. fest an der Erwartung, daß Kinder ihren Eltern gehorchen, daß Eheleute nicht fremdgehen, daß in Klausuren nicht abgeschrieben wird, obwohl sich diese Erwartungen immer wieder als unzuverlässig erweisen. Man kann daher die Verhaltensmuster danach einteilen, wie enttäuschte Erwartungen verarbeitet werden. Erwartungen, die auch im Enttäuschungsfall durchgehalten werden, heißen **normativ**. Soziale Normen sind nach *Luhmann* kontrafaktisch stabilisierte, also **lernunwillig festgehaltene Verhaltenserwartungen**.

b) Die Stabilisierung normativer Erwartungen

Der normative Stil des Erwartens ist stets gefährdet. Wer sich nicht lernbereit zeigt, erscheint leicht als unvernünftig, wenn er sein Verhalten nicht erklären oder sonst rechtfertigen kann. Verhaltensforderungen können daher enttäuschungsfest werden, wenn der Enttäuschte **Verhaltens und Deutungshilfen** bekommt, um an der Erwartung festzuhalten. Die enttäuschte Erwartung darf sich nicht als Fehler, Irrtum oder blamable Naivität herausstellen. Das Festhalten an der Erwartung muß seinerseits erwartbar sein. Die dafür benötigten Hilfen kann man mit Luhmann in zwei Gruppen teilen, in Enttäuschungserklärungen und in Verhaltensweisen, vor allem Sanktionen, die das Beibehalten der verletzten Erwartung zum Ausdruck bringen.

Jede Enttäuschung macht die Erwartung unsicher. Die Fortgeltung der Erwartung kann aber gestützt werden, wenn die Enttäuschung sich als ein Ereignis erklären läßt, das mit der Erwartung nichts zu tun hat, weil es auf einer anderen Ebene liegt. Eine Möglichkeit solcher Distanzierung besteht darin, die Enttäuschung auf Umstände zurückzuführen, die der Handelnde nicht beherrschen konnte, früher vielleicht auf Hexerei oder andere übernatürliche Kräfte, heute etwa auf Krankheit, höhere Gewalt oder soziale Zwänge. Eine andere **Erklärung** zielt auf die böse Absicht des erwartungswidrig Handelnden, also auf **Schuld**. Dabei kann ganz offen bleiben, ob Schuld überhaupt eine wissenschaftlich greifbare Angelegenheit ist. Für die soziologische Betrachtungsweise kommt es nicht auf den realen Hintergrund beim Täter, sondern darauf an, daß eine Schuldzuweisung dem Enttäuschten eine Erklärung für seine Enttäuschung liefert. Darin leistet Schuld dasselbe wie Krankheit. Bei einem Verstoß gegen ganz elementare Normen stempelt man den Abweicher eben zum Geisteskranken. Die entscheidende Leistung solcher Erklärungen besteht darin, daß man mit ihnen sich selbst und anderen plausibel machen kann, daß kein Anlaß zu einem Lernprozeß besteht, daß man also trotz der Enttäuschung an seiner Erwartung festhalten kann.

c) Reaktionen auf die Enttäuschung normativer Erwartungen

Die Verhaltensweisen, mit denen der Enttäuschte seine Lernunwilligkeit zum Ausdruck bringt, haben sozialpsychologisch betrachtet drei unterscheidbare Dimensionen:

(1) Sanktionen gehören zur **Selbstdarstellung des Handelnden**. Er will sich keinen Irrtum, keine Dummheit vorhalten lassen. Er will konsequent und verlässlich erscheinen. Deshalb muß er irgendwie, und sei es auch nur mimisch oder verbal, zum Ausdruck bringen, daß er sich durch seine Enttäuschung nicht von seinen Grundsätzen, seinen Erwartungen abbringen läßt. In dieser Selbstbestätigung der eigenen enttäuschten Erwartung sieht *Luhmann* die primäre Funktion allen Sanktionshandelns. Erst sekundär verbindet sich mit der Sanktion auch eine Enttäuschungserklärung etwa in Gestalt eines Schuldvorwurfs und die Intention einer präventiven Einwirkung auf den Abweicher oder andere.

(2) Es kommt dem Enttäuschten darauf an, für seine Erwartung **Unterstützung bei anderen** zu finden. Auch deshalb muß er zum Ausdruck bringen, daß er an seiner Erwartung festhalten will. Objektiv gesehen verhindert er damit, daß die Norm verblaßt.

(3) Es liegt besonders nahe, eine Enttäuschung und das Festhalten an der Erwartung durch ein **Handeln in Richtung auf den Abweicher**, den Normbrecher zum Ausdruck zu bringen. Solches Verhalten kann objektiv mit der **Aggressions-Frustrations-These** erklärt werden (vgl. § 18, 1). Sanktionen können auch damit motiviert werden, daß man weiteren Enttäuschungen vorbeugen, die Geltung der Norm für die Zukunft durchsetzen will. Das ist der Gedanke der Prävention. Der Normverletzter wird als derjenige hingestellt, der lernen muß.

(4) Soziale Normen werden praktisch stets als beschränkend empfunden. Man darf viele Dinge nicht tun, mit denen man auf direktem und schnellstem Wege zum Ziel käme. Man darf nicht stehlen, nicht betrügen, nicht Gewalt anwenden, auf der Landstraße nicht über 100 km/h fahren. Andererseits wird man durch Normen angehalten, Dinge zu tun, auf die man selbst keinen Wert legt und die deshalb unbequem sind. Man muß eine Einladung erwidern, Schnee fegen, Steuern zahlen usw. All diese Beschränkungen nimmt man in der Regel mehr oder weniger unreflektiert auf sich. Wenn sich aber einzelne über solche Normen hinwegsetzen und sich damit auf Kosten anderer einen Vorsprung verschaffen, so entsteht das Bedürfnis, diesen Vorsprung durch die Zufügung von Nachteilen auszugleichen (vgl. § 19, 1). Das ist das **Bestreben nach Rache oder Vergeltung**. Dieses Bedürfnis ist eine soziale Tatsache, die man als solche nicht wegdiskutieren kann.

d) Bedeutung der lerntheoretischen Fassung des Normbegriffs

Diese Analyse der sozialen Norm ist ein charakteristisches **Beispiel des** sog. **Äquivalenzfunktionalismus** (§ 46, 2). Betrachtet man nämlich das Sanktionshandeln in seiner Funktion für die Aufrechterhaltung enttäuschter Erwartungen, so kann man es mit anderen Arten der Enttäuschungsabwicklung vergleichen. Das gleiche wie Sanktionen leisten Erklärungen, die objektive Umstände wie Krankheit, Erziehungsdefizite oder soziale Zwänge für das abweichende Verhalten verantwortlich machen. Sie ermöglichen die Stabilisierung von Erwartungen für den Fall der Enttäuschung. Aus dieser Sicht bilden daher Sanktionen kein Wesensmerkmal sozialer Normen.

Die lerntheoretische Fassung des Normbegriffs hat darüber hinaus zwei interessante Vorteile. Einmal eröffnet sie **Einblicke in den Prozeß der Normbildung**. Ein Person wird normativ, also lernunwillig, erwarten, wenn Umlernen mit großem Aufwand verbunden ist. Das kann der Fall sein, wenn eine Erwartung gewohnheits- oder gefühlsmäßig sehr tief verankert ist oder wenn die Erwartung fundamentale Interessen des Erwartenden sichert, so daß er sich im Falle des Umlernens bedroht sieht. Zugleich macht die lerntheoretische Begründung den Blick auf die Gefahren normativen Erwartens frei. Normatives, also lernunwilliges Erwarten bedeutet fehlende Bereitschaft, sich wechselnden und neuen Situationen anzupassen. Es hat sozusagen eine **Verdummungswirkung**. Für die Rechtssoziologie ergibt sich daraus z. B. die Frage nach berufsspezifischen Persönlichkeitsdeformationen, die sich bei Angehörigen normanwendender Berufe einstellen könnten. Tatsächlich wird in der Berufssoziologie der Juristen (§ 40 f.) teilweise auf die rigide Charakterstruktur der Juristen hingewiesen.

§ 29 Die faktische Geltung der Norm und die Messung ihrer Wirksamkeit

Literatur: *Aubert*, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, KZfSS Sonderheft 11, 1967, 284 ff.; *Black*, The Mobilization of Law, Journal of Legal Studies 2, 1973, 125 ff.; Blankenburg, Über die Unwirksamkeit von Gesetzen, ARSP LXIII, 1977, 31 ff.; *ders.*, Mobilisierung von Recht, ZfRSoz 1, 1980, 33 ff.; *Cotterrell*, The Sociology of Law, 1984, S. 48 ff.; *Dror*, Law and Social Change, in: *Aubert*, Sociology of Law, 1969, 90 ff.; *Edelman*, Politik als Ritual, 1976; *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964

I. Rechtliche und faktische Geltung

Juristisch betrachtet ist eine Rechtsnorm in Geltung, wenn sie in einem verfassungsmäßigen Verfahren in Kraft gesetzt und seither durch jüngere Gesetze weder ausdrücklich noch stillschweigend aufgehoben worden ist.²¹⁶ **Die juristische Geltung kennt keine Ausnahme:** Eine Norm gilt entweder oder sie gilt nicht. Aber es ist eine Binsenwahrheit, daß ein geltendes Gesetz nicht immer befolgt wird. In der Realität entspricht der juristischen Geltung in der Regel weder hundertprozentige Befolgung noch absolute Nichtbeachtung. Vielmehr läßt sich **die faktische Geltung** zwischen diesen beiden Polen als **ein Kontinuum** darstellen. Davon bleibt die juristische Geltung jedenfalls grundsätzlich unberührt. Nur in dem extremen Fall, daß eine Rechtsnorm so gut wie gar nicht befolgt wird, steht auch ihre juristische Geltung in Frage,²¹⁷.

Wenn das Recht die Wirklichkeit gestalten soll, ist es ohne Wirkungschance sinnlos. Rechtssoziologie muß daher über die Wirksamkeit des geltenden Rechts informieren und darüber hinaus möglichst auch noch die Wirkungschance bestimmter Auslegungsmöglichkeiten oder gar erst zu erlassender Gesetze zu bestimmen versuchen, um dadurch der Rechtspolitik jeweils das wirksamste Mittel zur Verfolgung ihrer Ziele aufzuzeigen. An der Erforschung der Normwirksamkeit besteht aber

²¹⁶ Zu den verschiedenen Vorschlägen einer Begründung der rechtlichen Geltung von Normen durch die Machttheorie, die Anerkennungstheorie, die Theorie des geistigen Seins oder die Lehre *Kelsens* von der Grundnorm vgl. zuletzt *Ulfrid Neumann*, Theorien der Rechtsgeltung, in: *Hassemer/Gessner*, Gegenkultur und Recht, 1985, 2141.

²¹⁷ Näher *Röhl*, Rechtsgeltung und Rechtswirksamkeit, JZ 1971, 576-580. Zur Frage, ob eine hohe Dunkelziffer und selektive Strafverfolgung die Geltung einer Strafnorm berühren können vgl. einerseits *Klaus Lüderssen*, Strafrecht und »Dunkelziffer«, in: *Lüderssen/Sack*, Abweichendes Verhalten, Bd. I, 1975, 244 ff., 250 und andererseits *Lothar Kublen*, Normative Konsequenzen selektiver Strafverfolgung? in: *Lüderssen/Sack*, Seminar abweichendes Verhalten, Bd. IV, 1980, 84 ff., 87.

nicht nur ein technologisches, sondern ebenso ein kritisches Interesse, weil der Abstand zwischen Norm und Wirklichkeit, der bis zu einem gewissen Grade als normal zu erwarten ist, unter Umständen auch anzeigen kann, was als cultural lag, soziologische Differenz oder Phasenverschiebung bezeichnet wird, nämlich eine Verspätung der Rechtsentwicklung hinter der allgemeinen sozialen kulturellen Evolution, die dem Recht den Vorwurf einträgt, konservativ und statisch zu sein (§ 59, 1). Die Entgegensetzung von **law in the books** und **law in action**²¹⁸ zielt dabei sowohl auf die pathologischen Fälle einer vom offiziellen Recht abweichenden Praxis als auch auf die legitime judizielle Evolution, auf die Rechtsfortbildung durch die Rechtspraxis.

Als deutsches Beispiel eignet sich das Scheidungsrecht aus der Zeit vor dem 1. Eheformgesetz 1976. Der Sühnetermin, der in den §§ 608-610 ZPO zwingend vorgeschrieben war, kam bei manchen Landgerichten einfach nicht mehr vor. Obwohl § 43 des Ehegesetzes die Scheidung von der von Amts wegen zu prüfenden Voraussetzungen abhängig machte, daß die Ehe durch eine schwere schuldhaftige Eheverfehlung mindestens eines Gatten unheilbar (tief) zerrüttet worden war, begnügten sich die Gerichte praktisch schon seit Jahren damit, daß beide Ehegatten erklärten, sie wollten geschieden sein und mindestens einer die Schuld übernahm mit der (von Ort zu Ort leicht abgewandelten) Formel, er wolle die Ehe nicht fortsetzen und Gründe für sein Verhalten nicht angeben.

II. Die Effektivitätsquote der Norm

a) Das Konzept Theodor Geigers

Eine Norm erweist sich als wirksam nicht nur, wenn sie befolgt wird, sondern auch dann, wenn auf normwidriges Handeln eine Sanktion folgt. Die Wirkung einer Norm ist damit disjunktiv bestimmt. Sie besteht entweder in der Befolgung der Norm oder in abweichendem Verhalten mit sozialer Sanktion als Folge. In den Begriff der faktischen Geltung der Norm müssen ferner die Fälle eingehen, in denen eine Abweichung ohne Folgen bleibt, in denen sich die Norm also als wirkungslos erweist. Die Normwirksamkeit setzt sich demnach zusammen aus den Fällen, in denen eine Norm befolgt wird (**Verhaltens oder Verkehrsgeltung**), den Fällen, in denen abweichendes Verhalten sanktioniert wird (**Sanktionsgeltung**) und den Fällen der Nichtgeltung. Um diese drei Modalitäten der Normwirksamkeit auf einen Nenner zu bringen, hat Geiger den Begriff der **Effektivitätsquote** geprägt, den er definiert als die alternative Wirkungsschance, daß eine normtypische Situation entweder mit

²¹⁸ Dieses geflügelte Wort geht zurück auf einen Aufsatz von *Roscoe Pound*, in dem er darlegt, wie das von den Geschworenen im Schadenersatzprozeß nach common law gesprochene Recht von dem abweicht, das in den Rechtsschulen gelehrt wird (*Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44, 1910, 12 ff.). *Pound*, meint das Auseinanderklaffen von Theorie und Praxis des Rechts, nicht das »lebende Recht« im Sinne *Ehrlichs*, also nicht das plurale Nebeneinander mehrerer Rechtsschichten; vgl. *David Nelken*, *Pound and Ehrlich on the Living Law*, *Rechtstheorie*, Beiheft 9, 1986, 175-187.

§ 29 Die faktische Geltung der Norm und die Messung ihrer Wirksamkeit

normgemäßem Gebaren oder mit einer Sanktion beantwortet wird. Als Bruch oder Prozentzahl zeigt die Effektivitätsquote den Anteil aller normtypischen Situationen, in denen die Norm entweder befolgt oder die Abweichung sanktioniert wird. Ihr Gegenstück ist die Ineffektivitätsquote. Sie gibt den Anteil der normtypischen Situationen an, in denen die Norm unwirksam bleibt. Angenommen, es werden 200 Parkuhren beobachtet. Während der Beobachtungszeit halten dort 680 Fahrzeuge. 435 Fahrer bedienen vorschriftsmäßig die Parkuhr. 245 bedienen die Parkuhr gar nicht oder überschreiten die Zeit. Davon erhalten wiederum 75 eine Anzeige oder Verwarnung. Dann beträgt die Effektivitätsquote $e = (435 + 75) : 680 = 0,75$ oder 75 % bzw. die Ineffektivitätsquote $i = 25$ %. In dieser Relation zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit der Norm findet Geiger die entscheidende Meßzahl für ihre faktische Geltung. Die Meßzahl besagt nicht, die Norm sei in einigen Fällen gültig, in anderen dagegen nicht, sondern bringt zum Ausdruck, daß die Norm in jedem Fall in einem zahlenmäßig begrenzten Grad verbindlich ist, daß sie eine bestimmte Wirkungschance besitzt, die z. B. 20, 50 oder 80 % betragen mag.

b) Probleme der Meßbarkeit

»Die sogenannte »Gültigkeit« oder Verbindlichkeit einer Norm ist eine meßbare Größe. Eine Norm ist nicht schlechthin gültig oder geltungslos, sondern verbindlich in höherem oder geringerem Grad.« (Geiger, S. 71 f.). Das Konzept der Effektivitätsquote bedeutete einen Durchbruch durch alle juristischmetaphysischen Erklärungen der Rechtsgeltung ebenso wie durch den Rechtsnihilismus der Uppsala-Schule. Heute ist uns diese Vorstellung geläufig geworden, und wir sehen nun auch, daß es nicht genügt, die Normwirksamkeit mit dem groben Instrument der Effektivitätsquote zu beschreiben, sondern daß sich das Problem der faktischen Normgeltung viel umfassender und komplexer darstellt.

Die Grenzen aber zeigen sich schon darin, daß die Effektivitätsquote empirisch nur schwer greifbar ist. Relativ einfach läßt sich nur die Sanktionsgeltung von Rechtsnormen in Entscheidungssammlungen, Gerichtsakten und Justizstatistiken zählen. Sehr viel schwieriger dagegen sind die Fälle der Nichtgeltung zu erfassen. Nur teilweise ergeben sie sich aus der polizeilichen Kriminalstatistik oder anderen Aufzeichnungen über bekannt gewordene, aber nicht sanktionierte Normverletzungen. Der wohl größere und auch interessantere Teil verbirgt sich im sog. **Dunkelfeld**. Immerhin werden in der Kriminologie erhebliche Anstrengungen zur Erforschung der Dunkelziffer unternommen, die auch nicht ohne Erfolg geblieben sind.²¹⁹ Die Effektivitätsquote stellt aber den Fällen, in denen die Norm folgenlos übertreten wurde, nicht nur die Fälle mit Sanktionsgeltung gegenüber, sondern auch alle ande-

²¹⁹ Zusammenfassenden Darstellungen der Dunkelfeldforschung bei Göppinger, Kriminologie, 4. Aufl. 1980, 158 ff. und Kaiser, Kriminologie, 1980, § 16 (S. 233 ff.)

ren, in denen die Norm eingehalten wurde. Es genügt daher nicht, die Normbrüche zu zählen, sondern man muß ebenso die Fälle erfassen, in denen eine Norm befolgt worden ist. Das ist aber für viele Normen fast noch schwieriger als die Erforschung des Dunkelfeldes. Das Problem liegt darin, den Begriff der Normbefolgung oder Verhaltensgeltung hinreichend zu operationalisieren. Das ist nicht immer so einfach wie bei der Beobachtung einer Parkuhr. Man denke etwa an das Verbot des Diebstahls. Wie sollte man hier die normtypischen Situationen zählen? Im Grunde ist jedermann außerhalb seiner eigenen vier Wände fast ständig in einer Situation, in der er theoretisch zum Dieb werden könnte. Auf der anderen Seite gibt es auch Formen abweichenden Verhaltens, die nicht an eine singuläre Normverletzung anknüpfen (§ 34).

c) Zwischenstufen der Wirksamkeit

Geigers Effektivitätsquote ist aber auch zu grob, weil sie im Einzelfall zwischen (faktischer) Geltung und Nichtgeltung keine Zwischenstufen berücksichtigt. Man kann von einer Norm nicht sagen, sie sei ganz unwirksam, allein weil sie massenhaft übertreten wird und Übertretungen selten sanktioniert werden. So wäre z. B. die Geschwindigkeitsbegrenzung des § 3 Abs. 3 Nr. 1 StVO, die man oft als Beispiel einer ineffektiven Norm anführt, durchaus nicht wirkungslos, wenn sie jedenfalls allgemein das Geschwindigkeitsniveau innerhalb geschlossener Ortschaften von 80 auf 60 km/h gesenkt hätte, mag sich auch kaum jemand genau an die 50 km/h Grenze halten. Die Wirkung einer Norm kann sich auch bloß darin äußern, daß Übertretungen verborgen gehalten werden.

Für die Effektivitätsquote zählen Verhaltensgeltung und Sanktionsgeltung gleich. Problematisch ist aber, ob beide wirklich gleichwertig sind. Eine Norm, die selten oder nie befolgt, deren Übertretung aber regelmäßig sanktioniert wird, kann in ihrer Wirksamkeit kaum mit einer anderen verglichen werden, deren Effektivität in erster Linie in ihrer Verhaltensgeltung besteht.

Gegen die Wirksamkeit von Rechtsnormen wird vorgebracht, daß außerrechtliche Ordnungen bestünden, um die Übertretungsfälle zu bereinigen. So verweist man etwa darauf, daß beim Warenhausdiebstahl die Verurteilungsziffern nur gering seien, während viele Fälle durch private Sanktionen, wie Geldbuße, Hausverbot oder (beim Personal) Kündigung und Gehaltsabzug reguliert würden. Das ist aber kein Einwand gegen die Wirksamkeit der Diebstahlsparagrafen, denn es ist anzunehmen, daß nur die im Hintergrund ständig wirksame Drohung mit staatlicher Strafe den reibungslosen Ablauf privater Sanktionen gewährleistet. Außerrechtliche Sanktionen können vielfach nur im Schatten des Rechts ihre Wirkung entfalten. Solche Art der Rechtswirksamkeit läßt sich zwar kaum mehr quantifizieren, darf deshalb aber nicht einfach übergangen werden.

III. Regelungsangebote

Die Effektivitätsquote versagt als Meßinstrument bei anderen als schlichten Verhaltensnormen, wie sie vor allem aus dem Strafrecht bekannt sind. Sie versagt deshalb weithin für das Zivilrecht, das weniger Gebote und Verbote enthält als vielmehr dispositive Rechtsnormen, die sozusagen Regelungsangebote bereitstellen, von denen die Beteiligten Gebrauch machen können, nicht aber müssen.

Für die Anwendung von dispositivem Recht interessierte sich die frühe Rechtstatsachenforschung.

»Was wir in Lehrbüchern, Kommentaren, Monographien ... finden", so schrieb *Nußbaum*, »ist zu einem sehr beträchtlichen Teile gegenstandslos und überflüssig, während die für das Leben wirklich wichtigen Dinge durchweg zu kurz kommen... Nur die Erforschung der Rechtswirklichkeit kann dazu verhelfen, den ungeheuren Ballast, den die dogmatische Rechtslehre mit sich führt, endlich als solchen zu erkennen und seinem verdienten Schicksal zu überliefern²²⁰

So wies *Nußbaum* darauf hin, daß die Inhabergrundschuld des § 1195 BGB praktisch nicht vorkommt oder die Amtsrichter von der Möglichkeit, einen Gegenvormund zu bestellen, keinen Gebrauch machen. Besondere Mühe gab er sich auch mit dem Nachweis, daß einige güter und erbrechtliche Vorschriften des BGB wenig oder gar nicht zur Anwendung gelangten.²²¹ Sieht man davon ab, daß Gesetze, Lehrbücher und Kommentare hier einigen Ballast mitschleppen, so ist es allerdings meistens gleichgültig und langweilig, nach Vorschriften zu suchen, die keine Anwendung finden, weil das Publikum von den ihm angebotenen Formen keinen Gebrauch macht oder weil keine einschlägigen Fälle vorkommen. Das Ausweichen vor dispositiven Normen wird erst dort zum Problem, wo sich mit ihnen eine spezifische rechtspolitische Zielsetzung verbindet, wo es unter starkem Druck geschieht oder wo sich die vom Verkehr gewählte Ersatzlösung als unerwünscht erweist. Als Beispiel wäre das Adhäsionsverfahren nach den §§ 403 StPO zu nennen, das völlig brachliegt, weil es den Gebühreninteressen der Anwälte und der Bequemlichkeit der Strafrichter zuwiderläuft.²²² Die Folge ist eine unerfreuliche Doppelung der Prozesse, die nicht nur überflüssigen Aufwand an Zeit und Geld verschlingt, sondern auch bei den Parteien auf Unverständnis stößt. Offen ist die Frage, wie der heute bei vielen Paaren zu beobachtende Verzicht auf die Ehe einzuschätzen ist. Rechtlich ist eine Eheschließung nicht vorgeschrieben. Auf der anderen Seite stehen Ehe und Familie unter dem be-

²²⁰ Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung, Berlin 1919, Vorwort.

²²¹ Über die Anwendung gewisser familien- und erbrechtlicher Vorschriften, *Archiv für die civilistische Praxis* 128, 1928, 40-54.

²²² Vgl. dazu *Peter Rieß*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, München 1984, 35 ff.

sonderen Schutz des Art. 6 GG, und zahlreiche Einzelgesetze sehen Steuervorteile oder andere Prämien für die Eheschließung vor. Ein durchgehender Verzicht auf eine Eheschließung könnte Ehe und Familie als rechtliche Institution aushöhlen.

Die **Effektivität dispositiven Rechts** kann nur unter dem Gesichtspunkt behandelt werden, ob der Gesetzgeber bei seiner Absicht, für bestimmte Lebensbereiche angemessene Regelungsmodelle zur Verfügung zu stellen, von zutreffenden Vorstellungen ausgegangen ist oder ob sich die Verhältnisse zwischenzeitlich geändert haben. Unter diesem Gesichtspunkt waren und sind Untersuchungen über den typischen Gebrauch der Vertragsfreiheit, insbesondere über die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen²²³, über die Entstehung neuer Verkehrsformen wie Leasing und Factoring oder über neue technische Entwicklungen (z. B. Computersoftware)²²⁴ oder auch über die typischerweise gewählten Formen der Verfügung über den Nachlaß²²⁵ von Interesse.

IV. Effektivitätsquote und Wirksamkeit des Rechts

Die faktische Geltung einer Norm, wie sie mit Hilfe der Effektivitätsquote gemessen wird, zeigt nicht ohne weiteres an, daß die Norm auch wirksam ist. Zwar hat die Einhaltung einer Rechtsnorm insofern stets einen gewissen Eigenwert, als sie die Autorität der Rechtsordnung bekräftigt. Aber dieser Effekt ist nur marginal. Davon abgesehen ist das vorgeschriebene Verhalten in den wenigsten Fällen Selbstzweck. Die Wirksamkeit einer Rechtsnorm kann letztlich nur im Vergleich zu den mit ihr angestrebten Zielen beurteilt werden. Nach jüngsten Zeitungsberichten erreicht z. B. § 21 StVO, der das Anlegen von Sicherheitsgurten vorschreibt, eine außerordentliche hohe Verhaltensgeltung von über 95 %. Der eigentliche Zweck der Vorschrift ist aber nur erreicht, wenn dadurch Unfallverletzungen in erheblichem Umfang redu-

²²³ *Manfred Rehbinder/Klaus Gebrmann*, Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Berlin 1979.

²²⁴ Beispiele bei *Chiotellis/Fikentscher*, Rechtstatsachenforschung, 1984.

²²⁵ Dazu mit rechtstatsächlichen Hinweisen *Helmut Coing*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht zu ändern?, Verhandlungen des 49 Deutschen Juristentages, Gutachten A, München 1972; *Karl Kreuzer*, Vererbungsgewohnheiten landschaftlicher Betriebe in BadenWürttemberg, in: *Wolfgang Heinz*, Rechtstatsachenforschung heute, Konstanz 1986, 83-93; *Dieter Leipold*, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, Archiv für die civilistische Praxis 180, 1980, 161-137; *Paul Rotering*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, Frankfurt a. M. 1986; *Günther Schulte*, Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, Dissertation, Münster 1982; *Hans A. Stöcker*, Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, Zf das gesamte Familienrecht 1971, 609-618.

§ 29 Die faktische Geltung der Norm und die Messung ihrer Wirksamkeit

ziert werden. Nur wenn die Zweck-Mittel-Beziehung sehr kurz und eindeutig ist, läßt sich die faktische Geltung der Norm mit ihrer Wirksamkeit gleichsetzen.

Es ist ein **Kennzeichen des modernen Rechts**, daß sich mit ihm regelmäßig bestimmte Zwecke verbinden, also eine bewußte **Absicht, bestimmte Zustände in der Gesellschaft zu verändern oder gegen Veränderung zu schützen**. Allerdings ist es oft schwierig, bestimmte Subjekte zu ermitteln, deren Zwecksetzung maßgeblich sein soll. Ferner erscheint die Zwecksetzung selbst oft unklar oder widersprüchlich. Es handelt sich um ähnliche Probleme, wie sie sich in der juristischen Methodenlehre im Zusammenhang mit der subjektiven Auslegung stellen. Manche Gesetze kommen nur zustande, damit in ihnen die beteiligten Interessengruppen ihre Wertvorstellungen demonstrativ plakativieren können. Sie geben sich mit solchen symbolischen Wirkungen zufrieden und verzichten auf ernsthaftere Vorkehrungen, um mit Hilfe des neuen Gesetzes etwas an der Wirklichkeit zu ändern.

a) Symbolische Wirkungen

Als Beispiel wird dazu oft eine Untersuchung von *Aubert* über das norwegische Hausangestelltengesetz von 1948 angeführt. Dieses Gesetz begrenzte den Arbeitstag auf zehn Stunden, setzte einen Mindestlohn für Überstunden fest, gewährte einen freien Nachmittag in der Woche und einen freien Sonntag in 14 Tagen. Das Gesetz war unabdingbar und enthielt eine Strafbestimmung. Eine amtliche Überwachung war jedoch nicht vorgesehen. Das Gesetz erwies sich zunächst als weitgehend unwirksam. Als Grund stellt *Aubert* die unzulänglichen Vorkehrungen des Gesetzgebers zu ihrer Durchsetzung heraus. Das Gesetz stellte nur den wiederholten Verstoß unter Strafe, und auch das nur, wenn die Angestellte zuvor protestiert hatte, was im Hinblick auf die gegebenen Beschäftigungsbedingungen schlechthin unrealistisch erschien. *Aubert* fand eine Erklärung für diese offenbar unzureichende Sanktionierung in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im Parlament hatten die Konservativen geltend gemacht, das Gesetz werde lediglich festschreiben, was längst in Übung sei, so daß besondere Vorkehrungen zu seiner Durchsetzung überflüssig seien. Die Linke dagegen sah in dem Gesetz ein bedeutendes Reformwerk. Manche Abgeordnete verwendeten auch beide Argumente. *Aubert* hebt die Selbstverständlichkeit hervor, mit der solche offenbar unverträglichen Standpunkte in ein und dasselbe Gesetz eingegangen seien, das am Ende von allen politischen Parteien unterstützt wurde. **Politische Rhetorik** scheint hier wichtiger gewesen zu sein **als die realen Folgen der Gesetzgebung**. Das Gesetz konnte die widersprüchlichen Standpunkte vereinigen, indem es sich als Reformgesetz gab, das doch nichts verändern würde. Es erfüllte insofern eine symbolische Funktion, als hier die politischen Akteure ihre jeweiligen Wertvorstellungen zum Ausdruck bringen konnten. *Aubert* verweist dazu auf das 1935 erschienene Buch »The Symbols of Government« des Amerikaners *Thurman Arnold*, der die besondere Funktion des Rechts dahin beschrieben hatte, es schaffe

aus der Realität unvereinbarer Wertvorstellungen eine Illusion der Einheit: »And herein lies the greatness of the law. It preserves the appearance of unity while tolerating and enforcing ideals which run in opposite directions. ... It fulfils its functions best, when it represents the maximum of competing symbols« (S. 247, 249).

b) Unbeabsichtigte Nebenwirkungen

Sieht man nicht bloß auf die Einhaltung von Verhaltensnormen, sondern auf deren fernere Wirkung, so ist es oft sehr schwierig, die Effekte eines bestimmten Gesetzes von den vielen anderen Veränderungen zu isolieren, die gleichzeitig eingetreten sind, und hier kausale Verknüpfungen aufzufinden. Es kommt weiter hinzu, daß sich intendierte Zwecke selten oder nie ganz ohne unbeabsichtigte Nebenwirkungen einstellen. Auch diese müssen erfaßt und als positiv oder negativ bewertet und bilanziert werden, um zu einem Urteil über die Zielerreichung zu gelangen (dazu näher § 14, 3b).

c) Indirekte Wirkungen

Vielfach sind Rechtsnormen gar nicht darauf gerichtet, das Verhalten des Publikums unmittelbar zu ändern, sondern sozialer Wandel wird erst als mittelbare Folge neuer Gesetze erwartet. Der indirekte Weg scheint sogar wirksamer zu sein als die direkte Beeinflussung individuellen Verhaltens durch die Proklamation neuer Verhaltensnormen (*Dror*). Das Recht kann soziale Institutionen formen, die ihrerseits dem sozialen Wandel Tempo und Richtung geben. So ändert die Einführung der Schulpflicht das gesamte Erziehungssystem. Gesetzliche Schutzrechte können die technologische Innovation begünstigen. Auf derselben Ebene liegt die Einflußnahme auf die **opportunity structure** als Strategie gegen Kriminalität: Unabhängig von der Motivation möglicher Täter läßt sich Wahrscheinlichkeit von Normverletzungen dadurch verändern, daß der Zugang zu den erforderlichen Mitteln erschwert und technische Hindernisse errichtet werden. Wer keine alkoholischen Getränke findet, kann sich nicht betrinken. Wer keine Handfeuerwaffen besitzt, kann niemand erschießen. Ist eine gefährliche Straße durch ein Gitter abgesperrt, kann kein Fußgänger sie überqueren.

Das Recht kann aber auch den Rahmen für eine neue Einrichtung schaffen, die die Aufgabe erhält, den sozialen Wandel in einer bestimmten Richtung voranzutreiben. In der Bundesrepublik sind in jüngster Zeit **Frauenbeauftragte** oder Frauengleichstellungsstellen mit einer solchen Aufgabe eingerichtet worden. Der Erfolg ist freilich noch ungewiß²²⁶.

All das läßt sich nicht mehr mit einer einfachen Meßzahl wie der Effektivitätsquote i. S. *Geigers* einfangen, sondern fordert eine komplexe Analyse. Bemühungen

²²⁶ Dazu *Uta Krautkrämer-Wagner*, Die Rolle frauenpolitischer Einrichtungen als Rechtsdurchsetzungsinstanzen, ZRSoz 5,1984, 312-322.

§ 29 Die faktische Geltung der Norm und die Messung ihrer Wirksamkeit

um eine derartige Wirksamkeitskontrolle von Gesetzen und politischen Programmen werden heute unter der Bezeichnung **Evaluationsforschung** zusammengefaßt. Geht es noch spezieller darum, daß zwischen der Programmebene des Gesetzes und dem Bürger Behörden und Organisationen tätig sind, die das Programm zu konkretisieren und auszuführen haben, so ist von **Implementationsforschung** die Rede. Beides wird in § 36 behandelt.

V. Mobilisierung von Recht als Voraussetzung der Wirksamkeit

Zur Effektivität gehört nicht nur, daß möglichst viele Menschen sich nach dem Recht richten, sondern auch daß möglichst viele Menschen die Chancen, die ihnen das Recht bietet, ausschöpfen. Es ist klar, daß ein Autofahrer bestimmte Verkehrsregeln zu beachten hat, ohne daß er dazu besonders aufgefordert werden müßte. Er muß auf der rechten Straßenseite fahren, die Vorfahrt anderer beachten, eine vorgeschriebene Höchstgeschwindigkeit einhalten usw. Für den Juristen ist es kaum weniger klar, daß der Verkäufer, der eine mangelhafte Sache geliefert hat, zur Rücknahme verpflichtet ist, daß das Sozialamt Menschen, die sich in einer Notlage befinden, Hilfe zu leisten hat, daß Mieter in bestimmten Einkommensgruppen Anspruch auf Wohngeld haben oder auch, daß ein Schuldner, der einen Ratenkredit zu sittenwidrig überhöhten Zinsen in Anspruch genommen hat, zur Zinszahlung nicht verpflichtet ist. In diesen und vielen anderen Fällen besteht zwar eine mehr oder weniger deutliche Rechtslage, die bestimmte Personen begünstigt und andere verpflichtet. Aber diejenigen, die danach etwas zu leisten, zu tun oder zu unterlassen hätten, müssen dazu erst aufgefordert und manchmal sogar gezwungen werden. Der Begünstigte muß zu diesem Zweck das Recht mobilisieren. In den Rechtsbereichen, die dem Strafrecht und dem öffentlichen Recht zugerechnet werden, sind zwar in der Regel besondere Stellen (Staatsanwälte, Ordnungs- und Aufsichtsämter) von Amts wegen mit der Mobilisierung des Rechts befaßt. Aber auch sie werden vielfach erst auf eine private Anzeige hin tätig.

Die Mobilisierung des Rechts ist ein voraussetzungsvoller Vorgang, der sich in mehreren Schritten vollzieht. Zunächst muß ein Problembewußtsein entstehen. Sodann muß das Problem als rechtliches erkannt und thematisiert werden. Führt dieser Schritt nicht zum Erfolg, müssen in einem weiteren Schritt Dritte bemüht werden, Rechtsanwälte, Behörden oder Gerichte. Die Mobilisierung von Recht kann scheitern, weil die Parteien ihre Beziehungen nicht als Rechtsproblem wahrnehmen können oder wollen oder weil ihnen der Weg zu Rechtsberatung und Gerichten versperrt ist. Dieser Aspekt ist in den letzten Jahren in der Regel aus einer Konfliktperspektive unter der Überschrift **Zugang zum Recht** behandelt worden und soll daher auch hier erst in §§ 53 f. erörtert werden.

§ 30 Einige Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Gesetzen

Literatur: *Andenaes*, Punishment and Deterrence, 1974; *Blankenburg*, Über die Unwirksamkeit von Gesetzen, ARSP LXIII, 1977, 31 ff.; *Chambliss*, The Deterrent Influence of Punishment, Crime and Delinquency 12, 1966, 70 ff.; *ders.*, Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions, Wisconsin Law Review 1967, 703 ff.; *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980; *Karstedt-Henke*, Die Einschätzung von Strafen und ihren Wirkungen, ZfRSoz 6, 1985, 70 ff.; *Killias*, Die Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktionen für die Konformität des Verhaltens gegenüber neuen Normen, JbRSoz 10, 185, 257 ff.; *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, 192 ff.; *Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968; *Ross*, Detering the Drinking Driver, 1982; Zur Effektivität des Rechts, JbRSoz 3, 1972; *Schwartz/Orleans*, On Legal Sanctions, The University of Chicago Law Review 34, 1967, 274 ff.; *Vanberg*, Verbrechen, Strafe, Abschreckung, 1982

I. Das Grundmodell der Abschreckung

Das Grundmodell der Wirkung von Verhaltensnormen ist altbekannt und sehr einfach. Es besagt, daß Normen eingehalten werden, um die für den Übertretungsfall vorgesehene Sanktion zu vermeiden oder umgekehrt durch Normbefolgung positive Sanktionen auszulösen. Im Detail ist der Zusammenhang von Norm, Sanktion und Verhalten allerdings sehr vielschichtig.

Das konkrete Verhalten der Normadressaten wird zunächst unmittelbar durch ihre Kenntnisse und Einstellungen bestimmt. Sie lassen sich zu drei Variablen oder Variablengruppen zusammenfassen:

- (1) **Normkenntnis**
- (2) **Legitimitätsvorstellungen**
- (3) **Erwartung positiver oder negativer Sanktionen**

Zu 1: Information über das Vorhandensein und den Inhalt einer Norm ist zwar keine hinreichende, aber in aller Regel eine notwendige Voraussetzung der Normbefolgung. Nur ausnahmsweise kommt normkonformes Verhalten auch ohne solche Kenntnis zustande, etwa durch bloße Nachahmung von Vorbildern. Nicht erforderlich ist es, daß die Norm in ihrer Eigenschaft als Rechtsnorm bekannt ist, wenn andere, außerrechtliche Normen gleichartiges Verhalten vorschreiben.

Zu 2: Bei den Legitimitätsvorstellungen geht es darum, ob der Adressat das von der Norm geforderte Verhalten auch selbst für richtig hält. Daran kann es z. B. bei einer Rechtsvorschrift fehlen, wenn moralische oder subkulturelle Normen bestehen, die ihr zuwiderlaufen. So fehlt es z. B. für den Bereich der illegalen Schattenwirtschaft (Schwarzarbeit) weithin an einer moralischen Verurteilung durch das Publikum und an einem entsprechenden Unrechtsbewußtsein.

Zu 3: Die Erwartung negativer Sanktionen setzt sich zusammen aus der Vorstellung über die Art und Schwere der Sanktion sowie aus Annahmen über den Grad der Sicherheit, mit der die Sanktion eintreten wird. Dem entsprechen bei positiven Sanktionen Vorstellungen über Art und Wahrscheinlichkeit von Belohnungen für normkonformes Verhalten.

Der Problembereich der Rechtskenntnis der Bevölkerung und ihrer Einstellung zum Recht ist in der Rechtssoziologie zu einem speziellen Forschungsthema geworden und wird hier in §§ 31 f. besonders erörtert. An dieser Stelle folgen zunächst nur einige Hinweise auf die Bedeutung von Sanktionen für die Einhaltung von Normen.

II. Das Scheitern der Prohibition in den USA

Literatur: *Joseph R. Gusfield*, *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, 1963; *Andrew Sinclair*, *Prohibition: The Era of Excess*, 1962

Ein Lehrstück für die Grenzen des Rechts bei der unmittelbaren Einwirkung auf individuelles Verhalten bildet die Geschichte der Prohibition in den USA zwischen 1920 und 1932. Der 18. Zusatz zur amerikanischen Verfassung und drakonische Strafen erwiesen erwiesen sich als völliger Fehlschlag, so daß die Prohibition 1932 wieder aufgehoben wurde.

Für jeden Verstoß sahen die Gesetze Geldstrafen bis 10.000 \$ und Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren, beides auch nebeneinander, vor. Hinzu kam die Beschlagnahme des illegalen Alkohols, von Transportfahrzeugen und auch von Gebäuden, in denen der Alkohol gefunden wurde, und sei es auch ohne Kenntnis des Eigentümers. Zwischen 1920 und 1932 wurden über 750.000 Personen wegen Verletzung der Prohibitionsgesetze festgenommen. Strafen in Höhe von mehr als 75 Mill. \$ wurden verhängt und Eigentum im Wert von über 205 Mill. \$ eingezogen. 1930 wurden 282 122 illegale Destillieren ausgehoben und 120 Mill. Liter Alkohol und Vorprodukte gefunden. Doch der Alkoholkonsum, besonders unter Geschäftsleuten, konnte nicht gestoppt werden. Anfangs war man in Amerika enttäuscht über die lasche Handhabung der Gesetze. Als dann aber unter Präsident Hoover die Behörden Ernst zu machen begannen und »anständige Bürger« im Gefängnis landeten, begann ein Sturm der Entrüstung, der schließlich zur Aufhebung der Prohibitionsgesetze führte.

Für den Fehlschlag der Prohibitionsgesetzgebung werden zwei Gründe verantwortlich gemacht. Weder der Bund noch die Einzelstaaten sorgten für ausreichende Stellen zur Überwachung der Gesetzgebung und sie weigerten sich, die dafür geforderten Mittel zu bewilligen. Die Polizei verfolgte die Verstöße allenfalls halbherzig, und ihre Tätigkeit war auch nicht hinreichend koordiniert, um das ausgezeichnet organisierte illegale Geschäft mit dem Alkohol zu bekämpfen. Dieser eher technische Grund hatte jedoch seine tiefere Ursache darin, daß die Prohibition sich vor dem Hintergrund eines **Wertkonflikts** abspielte, der die USA in zwei Lager spaltete. Die

Prohibitionsbewegung war religiösen Ursprungs. Mit ihr wollte die ländliche und kleinstädtische Bevölkerung, die ihren Einfluß schwinden sah, den Menschen in den Großstädten, wo Klubs, Bars und Alkoholkonsum zum Alltag gehörten, ihren Lebensstil aufzwingen. Der Erlaß der Prohibitions Gesetze bedeutete zunächst einen Sieg, mit dem ein Teil der amerikanischen Gesellschaft seine Wertvorstellungen durchsetzen konnte. Doch am Ende erschien, was am Anfang weithin Beifall gefunden hatte, den meisten sektiererisch und willkürlich.

In der Bundesrepublik weist die Reform des § 218 StGB auf ähnliche Zusammenhänge hin. Auch bei der **Abtreibung** geht es primär um einen Wertkonflikt, der mit moralischen Kategorien ausgetragen wird. Weite Kreise billigen die Schwangerschaftsunterbrechung oder setzen ihr jedenfalls keinen Widerstand entgegen, so daß die in § 218a, b StGB eingebauten Sperren Notwendigkeit einer Indikation, deren Feststellung durch einen Arzt, das Beratungserfordernis und die Durchführung des Abbruchs durch einen Arzt nicht zu greifen scheinen, zumal die ganze Verantwortung den Ärzten zugeschoben worden ist, die sich nur schwer bereit finden, den Wünschen ihrer Patienten mit moralischen Argumenten entgegenzutreten. Es wäre aber nicht richtig anzunehmen, daß es den Befürwortern der Strafbarkeit der Abtreibung nur um eine symbolische Wirkung gehe, wie es *Blankenburg* behauptet. Sicher wissen die Befürworter, daß sich dieses Verbot nur unvollkommen durchsetzen läßt. Trotzdem hat die Strafvorschrift erheblich mehr als nur symbolische Bedeutung, unter anderem, weil sie Ärzten und Kliniken die Mitwirkung bei einer Abtreibung außerordentlich erschwert. In Rumänien wurde die Abtreibung 1957 freigegeben, aus Besorgnis über die negative Entwicklung des Bevölkerungswachstums aber 1966 wieder unter Strafe gestellt. *Andenaes* berichtet, die Geburtenrate sei von 24,2 auf 1.000 Einwohner im Jahre 1956 auf 14,3 im Jahre 1966 gefallen. Man schätzte die Zahl der Abtreibungen auf das Vierfache der Geburten. 1967 schnellte die Geburtenrate jedoch wieder auf 26,7 empor, und sie blieb bis 1969 bei 23. Diese Zahlen bleiben bemerkenswert, auch wenn man berücksichtigt, daß 1967 gleichzeitig das Kindergeld erhöht und der Import von Verhütungsmitteln verboten worden war.

III. Sanktionen haben Wirkung

Die Sanktionsforschung ist sehr umfangreich und hat viele Einzelergebnisse gebracht. Es ist jedoch bisher noch nicht gelungen, daraus eine allgemeine Theorie der Abschreckung abzuleiten. Grundsätzlich geht man zwar von der Annahme aus, daß Sanktionen eine abschreckende Wirkung haben und daß diese Wirkung von der Vorstellung abhängig ist, die sich der Adressat über die Art der Sanktion macht sowie über die Sicherheit und Schnelligkeit, mit der sie eintritt. Dieses schon von *Beccaria*

formulierte **Modell rationalen Verhaltens** wird auch heute kaum in Frage gestellt²²⁷. Es muß aber mit verschiedenen Einschränkungen versehen werden. Manche Lebensbereiche und Verhaltensweise sind rationalem Verhalten weniger zugänglich sind. Ein Beispiel ist der Umgang mit Alkohol und Rauschmitteln²²⁸. Ferner gibt es Personengruppen, die, aus welchen Gründen auch immer, sich im Sinne des Abschreckungsmodells irrational verhalten. Beides trifft etwa bei der Trunkenheit am Steuer zusammen. Die Mehrzahl der Verkehrsteilnehmer läßt sich abschrecken und ist erst recht bereit, aus negativen Erfahrungen zu lernen. Andererseits gibt es Menschen, die ständig gegen die Regeln verstoßen, dabei relativ selten gefaßt werden und daher die Sanktionswahrscheinlichkeit gering einschätzen. Von ihren Erfahrungen her handeln sie sogar rational. Schließlich gibt es Gewohnheitstrinker, die psychisch außerstande sind, sich überhaupt an die Vorschriften zu halten²²⁹. Es ist wiederholt beobachtet worden, daß neue, schärfere Gesetze gegen Alkohol im Straßenverkehr durchaus einen Abschreckungserfolg haben, der sich aber nach verhältnismäßig kurzer Zeit wieder verliert. Der Grund liegt nach eingehenden Untersuchungen von Ross in verschiedenen Ländern in erster Linie daran, daß die in dem neuen Gesetz ausgesprochene Drohung nicht in die Tat umgesetzt wird. Das schnelle Abklingen des Abschreckungseffekts hängt aber auch mit der besonderen Publizität neuer Gesetze zusammen, die alsbald von anderen Themen verdrängt wird. Das schließt aber einen Langzeiterfolg nicht aus, der nicht unmittelbar über die Abschreckung, sondern durch eine Veränderung der moralischen Einstellung eintritt.

Es besteht wohl auch eine **positive Beziehung zwischen der Höhe und der Wirksamkeit der angedrohten Sanktion**, die aber sehr schwach zu sein scheint. Dazu werden immer wieder historische und aktuelle Beispiele angeführt, die zeigen sollen, daß die Erhöhung einer Strafe wirkungslos geblieben ist oder besonders schwere Strafen bei der Abschreckung versagt haben. Hauptbeispiel ist natürlich die Todesstrafe. Ihre generalpräventive Wirkung wird weitgehend verneint²³⁰. Mindestens

²²⁷ Zweifel melden an *Raymond Paternoster/Linda E. Saltzman/Gordon P. Waldo/Theodore G. Chiricos*, Perceived Risk and Social Control: Do Sanctions Really Deter? LSR 17, 1983, 457479.

²²⁸ Zu Beginn der 70er Jahre nannte *John Kaplan* (*Marihuana: The New Prohibition*, New York 1971) die Vorschriften gegen den Besitz und Genuß von Marihuana eine neue Prohibition, um auszudrücken, daß das Recht hier wieder auf dem zur Erfolglosigkeit verurteilten Weg sei, ein Verhalten, dessen Schädlichkeit nicht klar erwiesen war und das von weiten Kreisen der Bevölkerung gebilligt oder gar praktiziert wurde, aus moralischen Gründen zu verbieten.

²²⁹ *Perry Shapiro/Harold L. Votey*, Deterrence and Subjective Probabilities of Arrest: Modeling Individual Decisions to Drink and Drive in Sweden, LSR 18, 1984, 588-604.

²³⁰ Näher *Kaiser*, Kriminologie, 1980, § 20 (S. 291 ff.).

fehlt ein positiver Beweis für ihre abschreckende Kraft. Aber die Todesstrafe ist ein schlechtes Beispiel. Voraussetzung für die abschreckende Wirkung ist zunächst, daß der Täter rational ansprechbar ist. Diese Voraussetzung ist nicht nur individuell und nach der Art der Tat in sehr unterschiedlichem Maße gegeben. Gerade die besonders schweren Sexual und Gewaltverbrechen, für die die Todesstrafe in erster Linie in Betracht kommt, sind einer utilitaristischen Abwägung von Vor und Nachteilen nur schwer zugänglich. Im übrigen behandeln alle Untersuchungen zur Todesstrafe gar nicht deren abschreckende Wirkung als solche, sondern nur die Verstärkung der Abschreckung gegenüber der alternativ in jedem Fall drohenden sehr langen Freiheitsstrafe.

IV. Die Sanktionswahrscheinlichkeit

Wichtiger als die Schwere der Sanktion scheint der Grad der Sicherheit zu sein, mit der Normbrüche entdeckt und Sanktionen verhängt werden. Er ist seinerseits von verschiedenen Umständen abhängig. Eine Sanktion kann ausbleiben, weil eine Tat gar nicht entdeckt wird, weil der Täter nicht greifbar ist, weil keine Anzeige erstattet oder keine Klage erhoben wird, weil Verfahrensregeln, etwa über die Beweisführung oder über die Verjährungsvorschriften eine Verurteilung verhindern, weil Staatsanwälte oder Richter Fehlleistungen erbringen, oder weil sich der Täter dem Verfahren oder der Vollstreckung zu entziehen weiß. Die **Sanktionierung kann am aktiven oder passiven Widerstand des Publikums** oder des Rechtsstabs scheitern. Das Publikum kann den Täter decken oder begünstigen und sich der Zeugnispflicht entziehen. Der Rechtsstab, hier im weitesten Sinne von der Anwaltschaft über Polizei und Behörden bis hin zur Staatsanwaltschaft und den Gerichten, kann die Verfolgung nachlässig und lustlos betreiben und auf mögliche Informationen verzichten oder seinen Spielraum bei der Auslegung und Beweiswürdigung nutzen, um die Norm (bewußt oder unbewußt) zu sabotieren.

Besonders wichtig ist die **Privatheit oder Sichtbarkeit der Normverletzung**. Viele Normverstöße geschehen unter Ausschluß der Öffentlichkeit. Das gilt etwa für eine Kindesmißhandlung oder eine Abtreibung. Die Privatheit der Übertretungssituation ist teilweise auch rechtlich abgesichert, beispielsweise durch die ärztliche Schweigepflicht oder Aussageverweigerungsrechte innerhalb der Familie. Andere Normverletzungen werden gezielt verheimlicht. Bedeutsam ist weiter, ob ein Normbenefiziar vorhanden ist, der als Opfer motiviert und in der Lage ist, den Sanktionsprozeß in Gang zu setzen, also insbesondere, Anzeige zu erstatten. Daneben ist die **Anzeigebereitschaft** von Opfern und Dritten von selbständiger Bedeutung. Diese hängt, ebenso wie die Normverletzung selbst, u. a. erneut von der Legitimität der Norm ab, ferner von dem Verhältnis zwischen Täter und Opfer sowie davon, ob der Aufwand einer Anzeige lohnend erscheint. Effektiv können Normen besonders

dadurch gestaltet werden, daß die Sanktionen den unmittelbar Beteiligten zugute kommen, die dadurch motiviert werden, die Sanktionen einzufordern. So liegt es, wenn bei Verletzung von Verhaltensnormen Schadenersatz vorgesehen ist. Es braucht sich aber nicht um Schadenersatz zu handeln. Ein Beispiel bietet die Heizkostenverordnung, die vorsieht, daß der Vermieter nach Verbrauch abzurechnen hat, der individuell zu messen ist; andernfalls kann der Mieter 15% der Heizkosten einbehalten. (Auf der anderen Seite scheint die Heizkostenverordnung insofern ein Schulbeispiel für ein ineffektives Gesetz zu sein, als ihre Verhaltensgeltung keineswegs den gesetzgeberischen Zweck der Energieeinsparung garantiert, mindestens aber unverhältnismäßige Transaktionskosten fordert.)

Für alle sanktionsbewehrten Rechtsnormen stehen letztlich die Gerichte als **Sanktionsinstanzen** zur Verfügung. Jedenfalls die Gerichte des modernen westlichen Typs verhalten sich jedoch bei Normverletzungen passiv, bis ihnen die Normverletzung unterbreitet wird. Es gibt viele Situationen, in denen die Betroffenen darauf verzichten, einen Verstoß aufzugreifen oder gar die Gerichte anzurufen. Das geschieht insbesondere in solchen Verhältnissen, in denen sie in fortdauernden Beziehungen zu dem Normbrecher stehen und andernfalls Vergeltungsmaßnahmen befürchten müssen. So wird z. B. kaum ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber wegen der Nichteinhaltung von Arbeitszeit oder Sicherheitsvorschriften anzeigen oder auch nur zur Rede stellen. In solchen Situationen kann eine Norm nur mit Hilfe von dritten Stellen durchgesetzt werden, die besonders mit der Überwachung der Norm beauftragt sind. Es macht deshalb einen erheblichen Unterschied, ob die von einer Normverletzung Betroffenen selbst das Gerichtsverfahren auslösen müssen oder ob **besondere Verfolgungsbehörden** vorhanden sind wie Staatsanwalt und Polizei, Gewerbeaufsicht oder Finanzämter. Nicht zuletzt hängt die Sanktionsgeltung an der Fähigkeit und Bereitschaft des Sanktionsapparats zur Aufklärung und Verfolgung von Normverletzungen.

V. Die Sanktionserwartung

Alle diese Faktoren bestimmen aber wiederum nur die **objektive Sanktionswahrscheinlichkeit**. Präventiv wirksam ist diese nur, soweit sie von den Normadressaten auch wahrgenommen wird. Keineswegs selbstverständlich ist die verbreitete Annahme, daß jedenfalls die durchschnittlichen Vorstellungen des Publikums über die Höhe der Sanktionen und die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts mehr oder weniger eng den gesetzlich angedrohten Sanktionen und den Statistiken über Anzeigen, Arreste und Verurteilungen folgen. Umfragen zeigen, daß das Entdeckungsrisiko in der Regel zu hoch eingeschätzt wird, die Strafhöhe dagegen eher zu niedrig. Dazu kommt ein »moralischer« Faktor: Die Sanktionserwartung wächst auch mit der moralischen Ver-

urteilung einer Tat. Das gilt besonders für die Einschätzung der Schwere der Sanktion (Karstedt-Henke).

Wird eine Norm von **Legitimationseinverständnis** getragen, so genügt anscheinend jede ernsthafte Sanktionsdrohung, um der Norm eine beträchtliche Wirksamkeit zu sichern. Das zeigt ein Vergleich der Gurtanlegequote in verschiedenen Ländern von Killias. Länder, in denen die Gurtanlegepflicht mit einer Sanktionsdrohung versehen war, zeigten eine signifikante Zunahme der Gurtanlegequote. Dagegen ließ sich, jedenfalls für die Schweiz, nicht feststellen, daß die von Kanton zu Kanton sehr unterschiedliche Verfolgungsintensität die Anlegequote beeinflusste. Killias interpretiert diese Beobachtungen als eine unmittelbar durch den Abschreckungsmechanismus nicht erklärbare, gleichsam spontane Normkonformität. Voraussetzung dafür sei aber die Glaubwürdigkeit der Verhaltensforderung. Ein Gesetzgeber, der eine Norm ohne Sanktionen, eine *lex imperfecta*, erlasse, gebe damit aus der Sicht der Adressaten wohl zu erkennen, daß es ihm mit seiner Vorschrift nicht ernst sei, und er werde auch nicht ernst genommen. Dagegen kommt es nicht darauf an, daß Sanktionen besonders häufig und rigoros verhängt werden. Gesetze lassen sich nicht durch den Dauereinsatz von Gewalt und Sanktionen aufrechterhalten. Nur die Ernsthaftigkeit der Sanktionsdrohung darf nicht in Frage gestellt werden. Davor bewahren »die verschiedenen Spielarten des Sanktionsverzichts, die es erlauben, die Zahl der Situationen drastisch zu verringern, in welchen die Ernsthaftigkeit der Sanktionsdrohung auf die Probe gestellt wird« (Killias, S. 267).

Die wohl wichtigste Spielart des Sanktionsverzichts hat Popitz als **Präventivwirkung des Nichtwissens** beschrieben. Sozialpsychologisch ist nicht die Effektivitätsquote einer Norm als objektives Datum, sondern die subjektive Vorstellung des Publikums über die Effektivität der Norm wirksam. Es gilt als ausgemacht, daß die Bevölkerung die Zahl der Straftaten in ihrer Mitte eher unterschätzt²³¹. Die Latenz der Straftaten verhindert natürlich eine Verfolgung. Dieser Nachteil für die Sanktionsgeltung hat aber auch eine positive Funktion. Straftaten und Straftäter erscheinen noch über ihre reale Seltenheit hinaus als Ausnahme. Damit bleiben sie erhöht tabuisiert. Popitz schreibt: kein System sozialer Normen könnte einer perfekten Verhaltenstransparenz ausgesetzt werden, ohne sich zu Tode zu blamieren.« Normen hätten etwas Starres und damit auch stets etwas Überforderndes, Illusionäres. Diese Starrheit entspreche dem Zweck jeder Normierung, Regelmäßigkeiten durchzusetzen, Verhalten zu binden und voraussehbar zu machen. Das Sanktionssystem müsse

²³¹ AnneEva Brauneck, Zur sozialpsychologischen Bedeutung des Kriminalitätsumfangs, in: Hilde Kaufmann u. a., Erinnerungsgabe für Max Grünhut, Marburg 1965, 2329. Auf der anderen Seite ist aber auch von einer steigenden Kriminalitätsfurcht die Rede; dazu Günther Arzt, Der Ruf nach Recht und Ordnung, Tübingen 1976.

§ 30 Einige Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Gesetzen

die Starrheit zumindest weitgehend übernehmen, könne und müsse sich aber auch gleichzeitig entlasten. Das geschehe zu einem höchst wesentlichen Teil durch eine Begrenzung der Verhaltensinformation. Sie öffne eine Sphäre, in der sich das Normen und Sanktionssystem nicht beim Wort nehmen müsse, ohne doch seinen Geltungsanspruch offenkundig aufzugeben. Normen könnten keine Tiefstrahler vertragen, sie brauchten etwas Dämmerung.

»Wenn auch der Nachbar zur Rechten und zur Linken bestraft wird, verliert die Strafe ihr moralisches Gewicht...Auch die Strafe kann sich verbrauchen. Wenn die Norm nicht mehr oder zu selten sanktioniert wird, verliert sie ihre Zähne, muß sie dauernd zubeißen, werden die Zähne stumpf.«
(Popitz, S. 17 f.)

§ 31 Rechtskenntnis und Gesetzesflut

Literatur: *Aubert*, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, KZfSS Sonderheft 11, 1967, 284 ff.; *Dieckershoff/Kliemt/Dieckershoff*, Jugendarbeitsschutzgesetz, 2. Aufl. 1972; *Lubmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983; *Krüger*, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969; *Mayer-Maly*, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, 1969; *Podgorecki/Kaupen/Van Houtte/Vinke/Kutbinsky*, Knowledge and Opinion about Law, 1973; *Rehbinder*, Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Probleme der Rechtspolitik, JbRSoz 3, 1972, 25 ff.; *Wollschläger*, Der Umfang der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, Datenverarbeitung im Recht 7, 1978, 1ff.

I. Die Gesetzesflut als Problem

Zu Beginn unseres Jahrhunderts schrieb *Anton Menger*, in seinem Buch »Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen«:

»Heute, wo die Gesetze jedes Kulturstaates ganze Bibliotheken füllen und wo kaum jemand gefunden wird, der das ganze Rechtssystem eines Landes auch nur oberflächlich kennt, ist die Voraussetzung, daß jeder Staatsbürger alle Gesetze kennt, die lächerlichste aller Fiktionen, und die Rechtsnachteile, welche der Gesetzgeber an die Unkenntnis knüpft, sind das offenbarste Unrecht, von welchem, wie leicht zu erweisen ist, vorzüglich die unteren Volksklassen getroffen werden.«

Seither hat sich die Situation noch erheblich verschärft. In der Bundesrepublik waren nach einer Zählung der Bundesregierung im Jahre 1977 1480 Bundesgesetze und 2280 Rechtsverordnungen des Bundes in Kraft. Hinzu kommen die Gesetze und Verordnungen der Länder und zunehmend auch das innerstaatlich verbindliche Recht der Europäischen Gemeinschaften. Verwaltungsvorschriften, Satzungen von Körperschaften und Kommunen und Urteile, die als Präjudizien in Betracht kommen, lassen sich nicht mehr zählen. Allein die Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte füllt seit 1951 etwa 400 Bände mit über 150 000 Seiten. Diese gewaltige Rechtsmasse ist dazu in laufender Änderung begriffen. Nicht einmal der Jurist kann sie mehr kennen. Die Möglichkeit und Wirklichkeit von Rechtskenntnissen ist zum Problem geworden. Aus dieser Situation werden jedoch ganz unterschiedliche Folgerungen gezogen.

a) *Mayer-Maly: Zurück zum Jus finitum*

Aus juristischer Sicht hat *Mayer-Maly* unter dem Titel »Rechtskenntnis und Gesetzesflut« die österreichische Rechtsprechung zum Problem des Rechtsirrtums analysiert. Sein Anknüpfungspunkt war dabei § 2 des österreichischen ABGB, der seit 1811 unverändert lautet:

»Sobald ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sei.«

Mayer-Maly kommt zu dem Ergebnis, daß Rechtsprechung und Lehre gegenüber der strengen Regel des Gesetzes zwar eine gewisse Milderung gebracht haben, daß es aber im Prinzip doch bei der alten Regel des **error juris nocet** geblieben ist. Zwar ist seit der Zeit des gemeinen Rechts insofern eine erhebliche Milderung eingetreten, als die Haftung für Rechtsirrtum sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht Verschulden voraussetzt. Aber man begnügt sich für das Verschulden schon mit dem geringsten Grad der Fahrlässigkeit. Der Vorwurf des Verschuldens wirkt daher oft nur fiktiv.

Der römisch-rechtliche Grundsatz des *error juris nocet* beruht auf der Vorstellung eines *jus finitum*, d. h. eines begrenzten und damit überschaubaren Bestandes von Rechtsnormen. Diesen Zustand haben wir längst verlassen. Da aber eine Rechtsordnung, die sich selbst noch ernst nehmen wolle, nicht auf den Anspruch verzichten könne, daß von ihr Kenntnis genommen werde, fordert *Mayer-Maly* die Rückkehr zu einem *jus finitum*. Er gibt sich keinen Illusionen hin, daß auf dem Wege über eine **technische Rechtsbereinigung**²³² eine entscheidende Verringerung des Rechtsstoffes zu erreichen sei. Daher verlangt er ein **Programm der strukturellen Vereinfachung des Rechts**, und zwar in erster Linie durch eine Stärkung der Vertragsfreiheit.

b) Lubmann: Funktionalität der Rechtskenntnis

Eine völlig konträre Einstellung zum Problem der Gesetzesflut findet man bei dem Soziologen *Lubmann*. In der Diagnose stimmt er mit *Mayer-Maly* überein:

»"Das Recht ist in Ansätzen schon in der Ära vorneuzeitlicher Hochkulturen, definitiv aber in der Neuzeit, so komplex geworden, daß der einzelne es nicht mehr kennen kann. Selbst juristischer Sachverstand muß sich auf enge Ausschnitte konzentrieren..."« (S. 254).

Lubmann fordert nun aber keineswegs, diese Entwicklung anzuhalten oder gar sie rückgängig zu machen. Er sieht im Gegenteil in der **Ausbreitung des Rechts** eine **evolutionäre Errungenschaft**, die den Vorzug besitzt, daß ein nahezu unbemerktes Auswechseln der Normen nach Maßgabe der jeweiligen politischen Bedürfnisse möglich wird. So betrachtet ist es

»für den einzelnen nicht einmal mehr rational, sich Rechtskenntnisse gleichsam auf Vorrat anzueignen und sie auf dem laufenden zu halten - es sei denn, er sei in Berufsrollen häufig mit bestimmten Rechtsfällen konfrontiert ... Unwissen in Rechtsfragen wird nicht nur unvermeidlich, sondern auch ratsam. Man kann dabei voraussetzen, daß alles Recht aufgeschrieben und irgendwie bei Bedarf feststellbar ist, und muß einer Art urbaner Versiertheit vertrauen, die einem sagt, in welchen Situationen es ausnahmsweise doch nötig ist, sich vor dem Handeln über rechtliche Möglichkeiten zu unterrichten« (S. 254).

²³² Vgl. dazu jetzt *Bundesministerium des Inneren*, Zweiter Bericht zur Rechts- und Verwaltungsvereinfachung, Bonn 1986.

Luhmann verkennt allerdings nicht, daß diese Situation bisher vom Recht nicht bewältigt worden ist, sondern auf dem Rücken des Individuums ausgetragen wird:

»...die notwendige und rationale Unkenntnis des Rechts (ist) ein Tatbestand, von dem das Recht selbst kaum Notiz nimmt. Die alte Regel, daß Unkenntnis des Rechts nicht entschuldigt, gilt immer noch unangefochten. Ein Verzicht darauf hätte in der Tat unausdenkbare Folgen. So wird das Problem voll und ganz auf den einzelnen überwältigt, der mit einem pauschal erteilten Vertrauen in Unbekanntes und einigen nach seinen besonderen Lebensumständen wichtigen Informationen auszukommen hat«. (S. 254)

c) Möglichkeiten für eine differenzierende Betrachtung der Gesetzesflut

Offenbar sind wir bei Mayer-Maly und bei Luhmann auf sehr gegensätzliche Auffassungen gestoßen. Der eine empfindet die Notwendigkeit von Rechtskenntnissen in der Bevölkerung als selbstverständlich. Der andere sieht in der wachsenden Gesetzesflut eine nicht umkehrbare Entwicklung und wagt sogar die Behauptung, daß Rechtskenntnisse unerwünscht sein könnten. Dieser Gegensatz läßt sich relativieren, wenn man je nach der Funktion verschiedene Arten von Rechtsnormen unterscheidet. Es gibt fraglos Rechtsnormen, die man einfach kennen muß, etwa die Verkehrsregeln oder die wichtigsten Strafgesetze. Es gibt im anderen Extrem aber auch **viele Vorschriften, die nur den Spezialisten interessieren**, der mit ihrer Anwendung befaßt ist. Zu denken ist etwa an das Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen oder an die meisten Paragraphen des Gerichtskostengesetzes, die praktisch nur der Rechtspfleger beherrschen muß. Und es gibt schließlich Vorschriften, die zwar für viele Menschen von großer praktischer Bedeutung sind, über die man sich aber bei Bedarf unterrichten kann. Wer z. B. eine Wohnung gemietet hat, braucht nicht mit den Kündigungsvorschriften vertraut zu sein. Wenn er selbst das Mietverhältnis kündigen will oder der Vermieter ihm eine Kündigung ins Haus schickt, dann kann er sich immer noch über die Rechtslage unterrichten.

Für das breite Publikum ist in der Regel nur die **Kenntnis von Verhaltensnormen** sinnvoll. Das bedeutet eine erhebliche Entlastung, denn die Verhaltensnormen machen nur den kleineren Teil der Rechtsmenge aus. Der größere und vor allem kompliziertere und technisiertere Teil besteht dagegen aus Sanktions- und Verfahrensnormen (vgl. § 25, 5). Eine weitergehende Differenzierung läßt sich erreichen, wenn man nach den Adressaten der jeweiligen Rechtsnormen fragt. Schon die Unterteilung der Normen nach Verhaltens- und Sanktionsnormen bedeutet, daß man zwischen dem Publikum und dem Rechtsstab als Zielgruppe unterscheidet. Aber diese Zweiteilung ist nur grob und vorläufig. Für viele Rechtsnormen läßt sich eine sehr viel speziellere Zielgruppe angeben. Neben allgemeinen Vorschriften, die sich praktisch an alle richten, wie die meisten Strafvorschriften, das Kaufrecht des BGB oder die Straßenverkehrsordnung, stehen speziellere **Normen, die an besondere Bezugsgruppen adressiert** sind, etwa nur an Kaufleute, Arbeitgeber, Apotheker, Importeure, Versicherer oder Betreiber von Atomkraftwerken. Solche Normen können

sowohl von der Sprache wie vom Inhalt her umfangreicher, technischer und komplizierter gehalten werden, als die allgemeinen, für alle bedeutsamen Vorschriften. Das gilt verstärkt für Vorschriften, die an spezielle Ausführungsbehörden adressiert sind, also an die Verwaltung, und erst recht natürlich für Anweisungen an die eigentlichen Rechtstechniker, an Richter und Anwälte. Dabei ist zu beachten, daß jede Regelung eines Lebensbereichs mehrere Schichten mit entsprechend unterschiedlichen Adressaten haben kann. So sollten etwa die Grundzüge der Gerichtsorganisation und des Verfahrens auch noch dem interessierten Laien ebenso zugänglich sein wie das Miet- und Kaufrecht. Dagegen können einzelne Rechtskraft- oder Vollstreckungsregeln Spezialistensache bleiben.

Es zeigt sich also, daß die Gesetzesflut den einzelnen nicht in voller Breite trifft. **Wirklich zu kennen braucht jeder Bürger nur einen verhältnismäßig kleinen Teil aus der Masse des Rechts.** Diese Kenntnis muß sich allerdings verbinden mit einem Gefühl für die Notwendigkeit, sich in bestimmten Situationen nicht auf die eigene Rechtskenntnis zu verlassen, sondern sich um Auskunft und Beratung zu bemühen. Hier liegt heute das Problem. Der Bürger braucht nicht so sehr Rechtskenntnis, sondern muß vor allem wissen, wann er zum Rechtsanwalt gehen muß. Die Neigung und Fähigkeit dazu ist allerdings in der Gesellschaft sehr unterschiedlich verteilt.

II. Die Verhaltenswirksamkeit von Rechtskenntnissen

In der Erhebung von *Aubert* über das norwegische Hausangestelltengesetz von 1948 (vgl. § 29, 3) findet sich die Feststellung, daß das Gesetz 1956 etwas besser befolgt wurde als 1950, zwei Jahre nach dem Inkrafttreten, wo nur 10 % der Haushalte annähernd die Bedingungen des Gesetzes einhielten. Interessant ist dabei, daß dieser Erfolg nicht auf eine Verbesserung der Gesetzeskenntnis zurückgeführt wird, sondern darauf, daß sich die Beziehung zwischen Gesetzeskenntnis und Verhalten geändert habe. *Aubert* meint, das auf die **größere Kraft des persönlichen Einflusses im Vergleich zur Massenkommunikation** zurückführen zu können. An sich wäre gerade zur Zeit der Verabschiedung eines neuen Gesetzes ein besonders hoher Grad der Informiertheit und damit der Wirksamkeit zu erwarten, weil sich um diese Zeit die Massenkommunikationsmittel des Themas annehmen. Wenn dennoch die Wirksamkeit des Gesetzes zunimmt, nachdem es in der Presse längst vergessen ist, so liegt das wahrscheinlich daran, daß die Normen des Gesetzes in zunehmendem Maße mündlich unter Freunden, Bekannten und Nachbarn weitergegeben werden. Dabei erhöht der bloße Zeitablauf die Zahl der Gelegenheiten für solche persönlichen Mitteilungen. So kann eine ursprünglich unpersönliche Nachricht ohne große motivierende Kraft nach und nach zu einer bedeutsamen persönlichen Mitteilung innerhalb der vom Gesetz betroffenen Kreise werden. Viele Menschen machen die Erfahrung,

daß nicht irgendwelche Notizen in der Zeitung und schon gar nicht Gesetzblätter oder juristische Fachliteratur, sondern der Hinweis von Freunden und Bekannten den Anstoß geben, etwa eine Haushaltshilfe zur Sozialversicherung anzumelden, bestimmte Steuervorteile wahrzunehmen oder beim Verkauf eines Gebrauchtwagens auf einen schriftlichen Vertrag zu achten. Man wird daraus für die Rechtspolitik die Lehre ziehen müssen, daß ein Urteil über den Erfolg neuer Gesetze, die sich mit allgemeinen Verhaltensnormen an das Publikum richten, erst nach geraumer Zeit möglich ist.

Im allgemeinen besteht zwischen Rechtskenntnis und Verhalten eine positive Beziehung. Je mehr das Gesetz bekannt wird, desto eher wird es befolgt. Dieser Zusammenhang gilt jedoch nicht ohne Einschränkung. Finnische Forscher konnten 1968 keine Beziehung zwischen dem Grad der Kenntnis des Strafrechts und der Straffälligkeit feststellen. Für Dänemark beobachtete *Kutschinsky* dagegen 1968 bei Straffälligen eine bemerkenswert geringere Rechtskenntnis als bei der Durchschnittsbevölkerung, und zwar auch dann, wenn die soziale Schichtung der Probanden konstant gehalten wurde. Dennoch meint er, daß die positive **Korrelation zwischen geringer Rechtskenntnis und Straffälligkeit** auf intervenierende Variablen zurückzuführen sei, und verweist dazu auf den Umstand, daß Frauen auch bei ähnlich geringer Rechtskenntnis seltener kriminell werden.

Anhaltspunkte dafür, daß bessere Rechtskenntnis im Einzelfall sogar vermehrt normwidriges Verhalten zur Folge haben kann, gibt eine Untersuchung von *Dickershoff u. a.* über das Jugendarbeitsschutzgesetz. Je besser die Jugendlichen über das Gesetz informiert waren, um so besser nahmen sie die in ihren Betrieben vorkommenden Verstöße wahr. Mit zunehmender **Perzeption von Verstößen** verstärkte sich aber auch bei den Jugendlichen der **Eindruck der Unwirksamkeit** des Gesetzes, was sie veranlaßte, gegenüber den Verstößen eine passive Haltung einzunehmen. Anscheinend tut sich eine Art Teufelskreis auf, wenn ein Gesetz eine gewisse Mindestwirksamkeit nicht erreicht. Bessere Gesetzeskenntnis kann darauf aufmerksam machen, wie wenig das Gesetz beachtet wird und dadurch das Vertrauen in das Gesetz schließlich ganz zerstören. Hier versagt die »Präventionswirkung des Nichtwissens« (§ 30, 5).

III. Möglichkeiten zur Verbesserung der individuellen Rechtskenntnis

a) Vier Prinzipien

Eine Verbesserung der individuellen Rechtskenntnis läßt sich durch die Beachtung von vier Prinzipien erreichen, die von Krüger formuliert worden sind. Es handelt sich um das Prinzip der Gesetzesökonomie, das Prinzip der verständlichen Geset-

zesprache, das Prinzip der systematischen Ordnung und das Prinzip der adäquaten Kundmachung.

(1) Das **Prinzip der Gesetzesökonomie** verlangt Rechtsbereinigung und eine möglichst weitgehende Generalisierung von Rechtsnormen, da Kasuistik das Normgefüge unübersichtlich macht. Allerdings sind für die Generalisierung Grenzen gesetzt, weil eine zu weit betriebene Generalisierung den Normeninhalt unklar werden läßt, so daß dann die abstrakte Norm sogleich wieder von Richterrecht überlagert wird²³³.

(2) Das **Prinzip der verständlichen sprachlichen Fassung** ist sicher noch längst nicht ausgeschöpft. Allerdings sind auch der Forderung nach Verständlichkeit der Rechtsnormen Grenzen gezogen, weil teilweise Präzision den Vorrang vor umgangssprachlicher Verständlichkeit haben muß²³⁴. Die Vordringlichkeit einer präzisen und damit teilweise künstlichen Sprache wird in Zukunft wegen der Erfordernisse der Datenverarbeitung noch wachsen.

(3) Auch bei dem **Prinzip der systematischen Ordnung** stehen die Bedürfnisse der Bevölkerung und juristisch-wissenschaftliche Forderungen teilweise in Widerstreit. Vom Adressaten her gesehen ist oft weniger der Systemzusammenhang - etwa Haftpflicht als Schadenersatzpflicht - als vielmehr der **Tatbestandszusammenhang** - etwa Haftung bei Verkehrsunfällen - entscheidend, da der Laie die Norm weniger im Blick auf eine systematische Einteilung des Rechts als vielmehr unter ihrem Tatbestandsbezug sucht. Der Gesetzgeber kann weitgehend dem Tatbestandszusammenhang den Vorzug geben, wenn er nur inhaltlich einen Systembruch vermeidet. Unter diesem Aspekt sind heute etwa die Bemühungen um eine Neukodifikation des

²³³ Probleme dieser Art werden von der Gesetzgebungslehre behandelt; vgl. dazu *Hermann Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982; *Werner Hugger*, Gesetze - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, Baden-Baden 1983; *Burkhardt Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, erörtert anhand neuer Gesetzgebungsvorhaben, insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts, Berlin 1979; *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973; *Heinz Schäffer/Otto Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, Baden-Baden 1984. *Hans Schneider*, Gesetzgebung, Heidelberg 1982; *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik und Prozeßrecht*, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, hrsg. von *Ulrich Klug u. a.*, Berlin/Heidelberg/ New York 1978. Seit 1986 erscheint auch eine »Zeitschrift für Gesetzgebung«.

²³⁴ Grundlegend *Inghard Langer/Friedemann Schulz von Thun/Reinhard Tausch*, Verständlichkeit in Schule, Verwaltung, Politik und Wissenschaft, München/Basel 1974. Zum Problem der juristischen Fachsprache vgl. den Sammelband »Der öffentliche Sprachgebrauch«, Bd. 2: Die Sprache des Rechts und der Verwaltung, bearbeitet von *Ingulf Radtke*, Stuttgart 1981; weitere umfangreiche Nachweise bei *Ulrich Reitemeier*, Studien zur juristischen Kommunikation. Eine kommentierte Bibliographie, Tübingen 1985.

Schuldrechts aktuell, bei der es darum geht, neuartige Vertragstypen in das BGB aufzunehmen²³⁵.

(4) Das **Prinzip der adäquaten Kundmachung** schließlich fordert, daß man sich nicht mit der Verkündung im Gesetzblatt begnügt, sondern für allgemein bedeutsame Vorschriften zusätzliche Publikationsmöglichkeiten nutzt, die das Publikum besser erreichen. An erster Stelle stehen die Massenmedien Zeitung, Radio und Fernsehen, die für eine Verbreitung neuer Vorschriften sorgen. Immer mehr wird auch der Weg über Sonderveröffentlichungen gewählt, wie etwa mit den vom Bundesjustizminister verteilten Broschüren »Unser neues Mietrecht« und »Verbrauchsabhängige Heizkostenabrechnung«. Besonders wichtig auf diesem Gebiet ist die Tätigkeit der Wirtschafts- und Interessenverbände, die ihren Mitgliedern neue Gesetze praxisgerecht aufbereiten. Nach der Mietrechtsnovelle von 1974 hatten sowohl der Verband der Haus- und Grundeigentümer als auch der Mieterbund je eine eigene Broschüre zur Unterrichtung über die Rechtsänderung herausgegeben. Aber nicht nur über neue Gesetze unterrichten die Verbände ihre Mitglieder. In der Regel sorgen sie auch durch Verbandszeitschriften oder Rundschreiben für eine kontinuierliche Rechtsbelehrung.

b) Das Lernen von Rechtskenntnissen

Die **Grundnormen des gesellschaftlichen Zusammenlebens** werden schon in der Familie, spätestens in der Schule, gelernt, und zwar nicht unmittelbar und direkt als Rechtsnormen, sondern als Normen der Sitte und Moral. Sehr früh lernt man auch die elementaren Straßenverkehrsregeln. Allerdings wird bei diesen sogleich der Rechtscharakter bewußt, weil die Polizei von Anfang an dabei ist. Gewisse Kenntnisse des Vertragsrechts und des Familienrechts stellen sich durch Beobachtung ein. Man sieht, wie Verträge geschlossen und erfüllt werden. Man beobachtet, wie Paare sich verloben und heiraten, wie Mann oder Frau den Namen wechseln, wie Kinder den Namen der Eltern tragen und von ihnen versorgt und vertreten werden. Das Publikum lernt Rechtsgrundsätze viel eher aus dem Verhalten des Rechtsstabs als aus Originalquellen wie dem Gesetz. Das geschieht, indem man aus dem Verhalten der Standesbeamten, Rechtsanwälte, Scheidungs- und Vormundschaftsrichter, Meldeämter und Steuerbehörden auf die Normen des Ehe- und Familienrechts zurückschließt. Die Grundzüge einer Regelung sind dadurch oft recht gut bekannt, während die Kenntnis einzelner Vorschriften sehr dürftig ist.

²³⁵ Vgl. *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 2 Bde., 1981; dazu etwa Harm Peter Westermann, Verabschiedung oder Überarbeitung des BGB? ZRP 16, 1983, 249-258.

c) Rechtskundeunterricht

Heute erfährt jeder Mensch teils in der Schule, teils in der Ausbildung und im Beruf und nicht zuletzt auch aus den Massenmedien allerhand ausdrückliche Rechtsbelehrung. Die Rechtsbelehrung durch Schule und vor allem durch Massenmedien, die sozusagen auf Vorrat erfolgt, scheint indessen wenig wirksam zu sein. Dennoch wird zur Verbesserung der individuellen Rechtskenntnisse immer wieder auch ein intensiverer Rechtskundeunterricht gefordert²³⁶. Rechtskunde ist in den Lehrplänen aller Bundesländer für die allgemeinbildenden Schulen vorgesehen. Über die curricularen Grundsatzfragen herrscht jedoch keine Klarheit. Die Praxis neigt mehr zu einem **affirmativen Rechtskundeunterricht**, der die Schüler zu Miniaturjuristen zu machen versucht in der Hoffnung, dadurch die sogenannte Rechtsfremdheit der Bevölkerung zu überwinden und sie zugleich mit Lebenshilfe zu versorgen. In der Theorie dagegen sieht man die Rechtskunde primär als einen **Bestandteil politischer Bildung** im Sinne von Emanzipation und Selbstverwirklichung der Schüler.

d) Situationsgebundene Rechtsbelehrung

Um Rechtskenntnis spezieller Art zu gewährleisten, sind von der Rechtsordnung selbst vielfach **Befähigungsnachweise** vorgesehen. So werden etwa Approbationen, Meisterprüfungen oder Führerscheine von speziellen Rechtskenntnissen abhängig gemacht, die im Rahmen einer Spezialausbildung vermittelt werden. Individuelle Kenntnisse können jedoch mit dem Anwachsen des Rechtsstoffes nicht Schritt halten. Notwendig sind **institutionelle Vorkehrungen**, welche die notwendige Rechtskenntnis zur rechten Zeit am rechten Ort bereitstellen. Schon längst ist eine Vielzahl solcher Einrichtungen vorhanden, die die Individuen von der Notwendigkeit aktueller Rechtskenntnis entlasten.

Zu denken ist hier zunächst an alle diejenigen Institutionen, bei denen man sich **Rechtsrat und Auskunft** holen kann, an die Anwaltschaft, an viele Behörden und [mter, Versicherungsträger, Verbände, Gewerkschaften und soziale Dienste (vgl. § 54, 10). Aber auch unpersönliche Einrichtungen wirken vielfach in gleicher Weise. Eine erstaunliche Erscheinung eigentlich erst der letzten zehn Jahre ist das Aufkommen einer umfangreichen populärwissenschaftlichen Rechtsliteratur. Mehrere Taschenbuchreihen haben eine ganze Serie solcher Titel in ihr Programm aufgenommen, die sich anscheinend nicht schlecht verkaufen.

Als gezielte Maßnahme des Gesetzgebers kennen wir neben der einmaligen Publikation eines Gesetzes die Dauerbekanntmachung am Ort der Anwendung, etwa

²³⁶ Vgl. etwa *Fritz Sandmann*, Rechtskunde und politische Bildung, Aus Politik und Zeitgeschichte Nr. 13/1979; *Otwin Wabnik*, 10 Jahre Abiturfach Rechtskunde, DRiZ 1982, 306-308 mit weiteren Nachweisen; ferner als eine ausländische Stellungnahme *Paul A. Freund*, Law in the Schools, in: *Tapp/ Levine*, Law and Justice in Society, 1977, 158-162.

durch Aushang, wie er im Jugendarbeitsschutzgesetz, im Mutterschutzgesetz oder für Unfallverhütungsvorschriften vorgesehen ist. Allerdings scheint diese spezielle Bekanntmachungsform nicht so sehr die erwünschte Wirkung zu zeigen als vielmehr eine Alibifunktion zu erfüllen. Wirksamer sind dagegen **Formvorschriften** und Formulare, die gleichfalls dazu dienen können, Rechtskenntnisse bereitzustellen. Bei Formvorschriften unterscheidet man zwischen einer Beweis- und einer Warnfunktion. Haben sie Warnfunktion, so soll durch das Formerfordernis der Rechtsunkundige dazu gebracht werden, sich über die möglichen rechtlichen Folgen des beabsichtigten Rechtsaktes zu informieren. Manche Rechtsgeschäfte bedürfen der Mitwirkung des Rechtsstabes wie z. B. der Grundstücksverkehr, der mit Hilfe der Notare abgewickelt werden muß. Auf diese Weise kann eine Aufklärung der Beteiligten über ihre Rechte und Pflichten erreicht werden. § 17 des Beurkundungsgesetzes verpflichtet den Notar ausdrücklich, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Auch **Formulare** können helfen, die Betroffenen über die Rechtslage zu unterrichten, indem sie die fallrelevanten Sachverhaltsmerkmale abfragen und erläutern. Das amtliche Formular für den Lohnsteuerjahresausgleich und die Einkommensteuererklärung, das jährlich über 20 Millionen Mal benutzt wird, läßt sich zusammen mit den Erläuterungen geradezu als programmierter Unterricht im Steuerrecht verwenden. Bei amtlichen Formularen wird allerdings viel über die Unverständlichkeit geklagt²³⁷.

Wohl die wirksamste Vorkehrung, um Rechtskenntnis zur rechten Zeit am rechten Ort bereitzustellen, ist eine **individuelle, situationsgebundene Rechtsbelehrung**. Zunehmend, wenn auch noch immer unzulänglich, wird es den Gerichten und Behörden zur Pflicht gemacht, bei Rechtsakten, die den Betroffenen belasten, diesen über seine Rechte und Pflichten aufzuklären. Solche Belehrungspflichten sind in erster Linie aus dem Verfahrensrecht bekannt. So gibt es in allen Prozeßarten, im Zivilprozeß allerdings nur beim Mahn- und Vollstreckungsbescheid, die Rechtsmittelbelehrung. Weiter kennen die Prozeßordnungen die Verpflichtung zum Hinweis auf Aussageverweigerungsrechte. Besonders weitgehend ist im Strafprozeß der Beschuldigte über die in Betracht kommenden Strafvorschriften und über seine verfahrensmäßigen Rechte zu belehren.

Auch das materielle Recht kennt vereinzelt private **Pflichten zur Rechtsbelehrung**. § 564 a BGB verpflichtet den Vermieter von Wohnraum, bei einer Kündigung den Mieter sogleich über die Möglichkeit sowie Form und Frist des Kündigungswiderspruchs zu belehren. Sonst kann der Mieter den Widerspruch noch im Räu-

²³⁷ Dazu ausführlich *Norbert Lüdenbach*, Formulare und Kommunikationsmaximen, Dissertation Utrecht 1984; ferner *ders./Wolfgang Herrlitz*, Zur Verständlichkeit von Formularen, in: *Der öffentliche Sprachgebrauch*, Bd. 2: Die Sprache des Rechts und der Verwaltung, bearbeitet von *Ingulf Radtke*, Stuttgart 1981, S. 305-321.

mungsprozeß nachholen. § 1b des AbzahlungsG räumt dem Käufer das Recht zum Widerruf binnen einer Woche ein. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Verkäufer den Käufer über das Widerrufsrecht hinreichend belehrt hat. Nach § 39 des VersicherungsvertragsG (VVG) muß der Versicherer den Versicherungsnehmer, dem er für die Folgeprämie eine Zahlungsfrist setzt, über die mit dem Ablauf dieser Frist verbundenen Rechtsfolgen belehren. Eine Fristbestimmung, die ohne solche Belehrung erfolgt, ist unwirksam. Ähnliches gilt für die Wirkung der Ausschlußfrist des § 12 Abs. 3 VVG. Es ist allgemein anerkannt, daß die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht die Haftung aus culpa in contrahendo begründet und daß sich diese Aufklärungspflicht bei risikvollen Geschäften mit unerfahrenen Partner zur Beratungspflicht verstärken kann²³⁸. In seiner Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, es sei eine Erfahrungstatsache, daß die Käufer zwar wüßten, daß sie nicht an den Verkäufer, sondern an die Bank zu zahlen hätten. Sie hielten es aber trotzdem für selbstverständlich, daß sie überhaupt nicht zu zahlen brauchten, wenn nicht geliefert werde. Wegen dieses weit verbreiteten Rechtsirrtums trifft daher nach Meinung des BGH die Teilzahlungsbank die vertragliche Pflicht, den Kunden über die besonderen Gefahren des Dreiecksgeschäfts wirksam aufzuklären²³⁹. Besonders sind solche Belehrungspflichten von Lehre und Rechtsprechung im Privatversicherungsrecht entwickelt worden. So gilt z. B. der Grundsatz, daß der einmal entstandene Versicherungsschutz auf Grund einer Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers nicht entfallen soll, bevor dieser gewarnt worden ist²⁴⁰. Dem rechtskundigen Rechtsanwalt mutet die Rechtsprechung sogar zu, seinem Mandanten, der ihn wegen eines Versehens auf Schadensersatz belangen könnte, auf den drohenden Eintritt der Verjährung hinzuweisen²⁴¹. Hier ergibt sich ein **Anknüpfungspunkt für die dogmatisch-juristische Arbeit** im Sinne soziologischer Jurisprudenz (§§ 8, 14). Wenn der Jurist auf Grund rechtssoziologischer Analyse zu dem Ergebnis kommt, daß situationsgebundene Rechtsbelehrung ein geeignetes Mittel zum Ersatz der oft notwendig fehlenden Rechtskenntnis ist, und wenn er daher rechtspolitisch eine Ausweitung solcher Belehrungspflichten für sinnvoll hält, so muß er nicht unbedingt auf den Gesetzgeber warten, sondern findet vielfach Gelegenheit zur Rechtsfortbildung. Die Aufklärungspflichten lassen sich weiter ausbauen. Die bisher vorliegenden Gerichtsentscheidungen sind noch verein-

²³⁸ RGZ 62, 149 f.; 111, 233 f.; BGH NJW 1970, 653 ff., 655.

²³⁹ BGHZ 33, 293 ff., 302; 47, 207 ff., 217; BGH NJW 1973, 452 ff.; BGH Wertpapier - Mitteilungen 1975, 1298 ff.

²⁴⁰ BGHZ 48, 7 ff., 10; BGH Versicherungsrecht 1960, 241 ff.; 1978, 121 f.; 1983, 674 f.

²⁴¹ BGHZ 83, 17 ff., 27; BGH Versicherungsrecht 1984, 162 f.; BGH NJW 1975, 1655 f.; 1984, 2204; zur Aufklärungs- und Belehrungspflicht des Steuerberaters LG Heidelberg, Deutsches Steuerrecht 1984, 728 f.

zelt und zusammenhanglos. Sie müßten unter dem Aspekt von Rechtskenntnis und Gesetzesflut dogmatisch aufgearbeitet werden. Ein anderer wichtiger Gesichtspunkt, der sich rechtssoziologisch untermauern läßt, ergibt sich dazu aus der strukturellen Differenz von Individuum und Organisation (§ 55); denn bei Organisationen ist die notwendige Rechtskenntnis durch Spezialisierung und Routine regelmäßig vorhanden, so daß man ihnen im Verkehr mit Einzelpersonen weitgehend zumuten könnte, für eine Rechtsbelehrung zu sorgen. Vielleicht gelingt es, Voraussetzungen und Grenzen einer allgemeineren Rechtsbelehrungspflicht für das Zivilrecht überzeugend zu begründen.

§ 32 Die Einstellung der Bevölkerung zum Recht

Literatur: *Erhard Blankenburg*, Die impliziten Theorien der KOL-Forschung, ZfRSoz 3, 1982, 291 ff.; *Das sogenannte Rechtsgefühl*, JbRSoz 10, 1985; *Manfred Rehbinder*, Fragen an die Nachbarwissenschaften zum sog. Rechtsgefühl, JZ 1982, 1 ff.; *Adam Podgorecki/Kaupen/Van Houtte /Vinke /Kutchinsky*, Knowledge and Opinion about Law, 1973; *Austin Sarat*, Support for the Legal System: An Analysis of Knowledge, Attitudes and Behavior, American Politics Quarterly 3, 1975, 1 ff.; *ders.*, Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence, LSR 11, 1977, 427 ff.; *Williams /Hall*, Knowledge of the Law in Texas: Socioeconomic and Ethnic Differences, LSR 7,1972, 99 ff.

I. Die Probleme der KOL-Forschung

KOL steht für Knowledge and Opinion about Law. Die sogenannte KOL-Forschung befaßt sich mit empirischen Untersuchungen über die Rechtskenntnisse der Bevölkerung und ihre Einstellung zum Recht. Dabei geht es um verschiedene Fragen, nämlich

- (1) um eine allgemeine - positive oder negative - Einstellung der Bevölkerung zum Recht insgesamt,
- (2) um die Kenntnisse bestimmter rechtlicher Verhaltensnormen und Sanktionsdrohungen,
- (3) um eine Meinung darüber, wie ein bestimmter Konflikt gelöst werden sollte oder ob die rechtliche vorgesehene Problemlösung gebilligt wird.

Hier wird nur noch die erste dieser drei Fragen behandelt. Die zweite ist soeben in § 31 erörtert worden. Die dritte Frage deckt sich etwa mit der Fragestellung der sozialpsychologischen Gerechtigkeitsforschung (§ 19). Sie wird daher hier nicht mehr weiter verfolgt. Auch die Frage nach der Einstellung zum Recht ist schon in § 21 f. als Legitimitätsproblem angesprochen worden. Dort ging es, ebenso wie in § 48, jedoch eher um eine **Gesamtperspektive**, während hier der Schwerpunkt auf dem **Mikroaspekt** liegen soll, d. h. bei der Reaktion von Einzelpersonen gegenüber dem Rechtssystem, wie sie konkret empirisch durch Meinungsumfrage oder Handlungsbeobachtung ermittelt werden kann.

Ähnliche Fragen werden im juristischen Schrifttum unter der Überschrift **Rechtsgefühl** behandelt. Sprachgebrauch und Problemstellung wechseln jedoch so sehr, daß hier auf diesen Begriff verzichtet wird. Eine gewisse Übereinstimmung mit der vorstehenden Einteilung der Fragen zeigt eine Einteilung *Riezlers*²⁴², der drei Arten des Rechtsgefühls unterscheidet, nämlich

²⁴² *Erwin Riezler*, Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen, 1921, 3. unveränderte Aufl. München 1969, 7. Als jüngste Stellungnahmen vgl. *Klaus Obermayer*, Über das Rechtsgefühl, JZ 1986, 1-5; *Christoph Meier*, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, Berlin 1986.

ein Verbindlichkeitsgefühl im Sinne einer Achtung vor der Rechtsordnung
eine durch die juristische Ausbildung und Erfahrung entwickelte Fähigkeit von Juristen zu intuitiver Lösung von Rechtsfragen
ein subjektives Rechtsideal.

Die Gemeinsamkeit mit der Fragestellung der KOL-Forschung besteht vor allem darin, daß auch *Riezlers* Fragen empirisch beantwortet werden können. Der wichtigste Unterschied liegt in der engeren Fassung des zweiten Gesichtspunkts, mit dem *Riezler* nicht allgemein nach den Rechtskenntnissen des Publikums, sondern spezieller nach der sedimentierten Berufserfahrung der Juristen fragt. Daneben gibt es in der juristischen Literatur aber auch die Vorstellung des Rechtsgefühls als einer moralischen Instanz, die im Sinne materialer Wertethik objektiv existierende Werte zu erkennen vermag oder ganz positivistisch den psychologischen Hintergrund nicht weiter begründbarer Entscheidungen kennzeichnen soll.

II. Allgemeines oder besonderes Rechtsbewußtsein?

Die Legitimitätstheorien (§§ 21, 48) legen die Annahme nahe, es könnte gegenüber dem Recht insgesamt eine einheitliche Einstellung geben, sei diese nun traditional oder rational oder einfach nur positiv oder negativ geprägt. Als Ergebnis der KOL-Forschung wird allgemein behauptet, eine solche generalisierte Attitüde gegenüber dem Recht (**general sense of justice**) sei nicht auszumachen (Kutchinsky, S. 101). Doch diese Schlußfolgerung ist voreilig.

Auf eine legalistische Grundeinstellung zum Recht kann man schließen, wenn jemand die Frage bejaht, ob man Gesetze auch befolgen soll, wenn man sie nicht für gerecht hält. So antworteten in den 60er Jahren in Polen 45 %, in den Niederlanden 47 % und in der Bundesrepublik 66 % der Bevölkerung. *Kaupen* (S. 46) interpretiert diesen Befund als Hinweis auf die besondere Autoritätsgläubigkeit in Deutschland. Das ist nicht dasselbe wie eine legalistische Einstellung. Hier müßte unterschieden werden, ob es sich um eher triviale Rechtsnormen handelt oder um solche, die wichtige Rechtsgrundsätze betreffen. Nur im letzteren Fall könnte man das Festhalten an der Vorschrift auch bei Mißbilligung ihres Inhalts für autoritätsgläubig halten.

Einer generalisierten Einstellung sehr nahe kommt eine Untersuchung von *William* und *Hall* aus dem Jahre 1972. Ihr lag eine Bevölkerungsumfrage in Austin/Texas zugrunde, in der nicht nur nach konkreten Rechtskenntnissen, sondern auch nach Sinn und Zweck rechtlicher Regelungen gefragt wurde. Dabei zeigte sich, daß das Recht in den Augen der Bürger hauptsächlich als eine Zwangsmacht erscheint, die durch die Bewahrung des status quo Schaden von der Gesellschaft abwenden soll, nicht dagegen als eine gestaltende Kraft, die eine Verbesserung der bestehenden Zustände bewirken könnte. Als Aufgaben des Rechts nannten die Probanden mit großer Mehrheit Social Order oder Regulation and Control, und nur eine Minderheit erwähnte auch Protection, Civil Rights and Liberties oder Welfare. Diese vornehmlich am Straf- und Ordnungsrecht orientierte Einstellung zum Recht hat zur Folge, daß viele Menschen im Recht nur eine Beschränkung sehen und nicht erkennen, daß das Recht in der Lage wäre, ihnen Schutz zu bieten und bei der Lösung ihrer Probleme zu helfen. Dieselbe amerikanische Untersuchung hat aber auch gezeigt, daß viele Menschen eine negative Einstellung zum Recht haben, weil sie es sich anders, und zwar viel ungünstiger, vorstellen als es tatsächlich ist. Oft nehmen Menschen aus Unkenntnis Ungerechtigkeiten hin, weil sie nicht erkennen, daß Gesetze vorhanden sind, die ihre Interessen wirksam schützen könnten, daß das Recht ganz anders ist als die Praxis.

In einer Untersuchung zur sozialpsychologischen Bedeutung sozialer Sicherungssysteme hat *F. X. Kaufmann*²⁴³ die Erfahrung gemacht, daß Antworten auf spezifische sozialpolitische Fragen, z. B. auf die Frage: Die Renten steigen mit der Zeit immer genauso wie die Löhne und Gehälter?, weniger vom tatsächlichen Informationsstand, als von generalisierten Einstellungen, hier einer Skala, »Vertrauen zum Staat« abhängig sind. Eine solche Vertrauensdisposition schien jedoch damals (1963) vergleichsweise wenig ausgeprägt zu sein. Mißtrauen und ein damit hoch korrelierendes Anspruchsdenken erwiesen sich als verbreiteter.

Solche Untersuchungen geben in der Tat nur punktuelle Befunde, aus denen sich kein allgemeines Rechtsbewußtsein mit greifbaren Inhalten erkennen läßt. Aber gerade darin besteht der »general sense of justice« der Gegenwartsgesellschaft, daß es ihr außerhalb der juristischen Profession an einem spezifischen Rechtsbewußtsein fehlt. Was Juristen oder Soziologen unter Recht verstehen, entspricht nicht der Erlebniswelt des Publikums. Diesem begegnet das Recht nicht als eine Einheit, sondern in vielen Erscheinungsformen, deren Zusammenhang ihm oft nicht bewußt wird. Eindeutig als Recht wird anscheinend immer und überall nur das Strafrecht identifiziert. Nähere Aussagen sind daher nur über die Einstellung bestimmter Bevölkerungsgruppen zu näher abgegrenzten Rechtskomplexen zu erwarten, etwa gegenüber dem Strafrecht, gegenüber der Justiz oder der Bürokratie. Die moderne Grundeinstellung gegenüber dem Recht scheint gerade durch ihre relative Unbestimmtheit gekennzeichnet zu sein²⁴⁴. Das Recht kann sich nicht auf einen weitreichenden Konsens über Ziele und Verfahren stützen. Es fehlt aber auch an dezidierter Ablehnung, allenfalls besteht ein diffuses Mißtrauen. Entschiedene Ablehnung betrifft immer nur Einzelregelungen. Diese **Unbestimmtheit des allgemeinen Rechtsbewußtseins** entspricht genau jener Einstellung, die als Voraussetzung legaler Herrschaft, zu erwarten ist, wie *Luhmann* sie als Legitimation durch Verfahren beschrieben hat (§ 48). In die gleiche Richtung geht die in der politischen Wissenschaft verbreitete und empirisch gestützte Annahme, daß politische Institutionen für ihr Funktionieren auf Apathie und Unkenntnis angewiesen sind, daß das Publikum um so kritischer wird, je besser es informiert ist (*Sarat*).

²⁴³ *Franz-Xaver Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften, 2. Aufl. Stuttgart 1973, 305 ff.

²⁴⁴ *Franz-Xaver Kaufmann*, Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts, *JbRSoz* 10, 1985, 185-199, 191.

III. Einige Beobachtungen zum besonderen Rechtsbewußtsein

a) Strafrecht

Greifbare inhaltliche Vorstellungen existieren im Publikum in erster Linie zum Strafrecht. Daher sind Kenntnisse und Einstellung der Bevölkerung zu Schuld, Strafe und Strafvollzug wiederholt untersucht worden, hauptsächlich mit Hilfe von Meinungsumfragen²⁴⁵. Sie zeigen, wie tief ein Kernbestand von Rechtsnormen als moralische Normen verankert ist, haben aber auch bemerkenswerte Unterschiede in der Einstellung zum Recht an den Tag gebracht. Je höher Bildung und Schicht, desto liberaler äußern sich die Befragten. Je niedriger sie in der sozialen Schichtung angesiedelt sind, um so härter beurteilen sie Verstöße gegen Strafrechtsnormen, obwohl sie selbst von strafrechtlichen Sanktionen am stärksten betroffen sind. Frauen fordern strengere Strafen für Verstöße gegen moralische Normen, während Männer eine strengere Bestrafung von Eigentumsdelikten verlangen²⁴⁶. *Miller, Rossi* und *Simpson* haben in Boston Schwarze und Weiße, Männer und Frauen, mit Hilfe fiktiver Fälle nach dem für angemessen gehaltenen Strafmaß befragt. Zwar fiel das Ergebnis je nach Art des Delikts unterschiedlich aus. Jedoch scheint insgesamt die bei Frauen, insbesondere bei schwarzen Frauen, höhere Kriminalitätsfurcht zur Befürwortung schärferer Strafen zu führen²⁴⁷. Ob Frauen insgesamt »konformistischer, moralischer und emotionaler« eingestellt sind als Männer, ist jedoch umstritten²⁴⁸.

²⁴⁵ *Richard Blath*, Einstellungen der westdeutschen Bevölkerung zur Strafe und zu abweichendem Verhalten, Hanover 1974; *Günter Engler*, Zum Bild des Strafrechts in der öffentlichen Meinung. Die weiblichen Befragten, Göttingen 1973; *Hans-Christoph von Oppeln-Bronikowski*, Zum Bild des Strafrechts in der öffentlichen Meinung, Göttingen 1970; *Hans-Dietrich Schwind/Ulrich Jany/Rüdiger Wohlgenuth*, Eine Meinungsumfrage in Bochum zu Problemen des Strafvollzugs, Bochum 1975; *Wolfgang Kaupen/Theo Rasehorn*, Die Einstellung der Bevölkerung der Bundesrepublik zum Strafrecht und Strafvollzug, ZRP 5, 1972, 21 f.; *Gerlinda Smaus*, Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung, Opladen 1985. Eine gute Zusammenfassung bei *Kaiser*, Kriminologie, 1980, § 12 (S. 168 ff.)

²⁴⁶ *Kutchinsky*, in: *Podgorecki* u.a., S. 112 ff; *Klaus Mäkelä*, Public Sense of Justice and Judicial Practice, Acta Sociologica 10, 1966, 42-67, 48; *Dieter Dölling*, Rechtsgefühl und Perzeption des Strafrechts bei delinquenten und nicht delinquenten Jugendlichen und Heranwachsenden, JbRSoz 10, 1985, 240-256.

²⁴⁷ *J.L. Miller, Peter H. Rossi, John E. Simpson*, Perceptions of Justice: Race and Gender Differences in Judgments of Appropriate Prison Sentences, LSR 20., 1986, 313-334.

²⁴⁸ Vgl. dazu einerseits *Gerlinda Smaus*, Einstellungen von Frauen zum Strafrecht: »Positives Rechtsbewußtsein«, ZfRSoz 5, 1984, 298-311, und andererseits *Susanne Karstedt-Henke*, Die Frau - das konservative Wesen, ZfRSoz 6, 1985, 299-304.

Vinke in Holland und *Podgorecki* in Polen haben gezeigt, daß Richter und Beamte im allgemeinen bei Verstößen gegen soziale Grundnormen toleranter sind als die Durchschnittsbevölkerung. Intellektuelle aus anderen Disziplinen gehen den Juristen wohl noch voran in ihrer wachsenden Abneigung gegen scharfe Sanktionen oder Sanktionen überhaupt sein, die einhergeht mit einer Aufweichung der scharfen Übertretungstatbestände und einer **soziologisch differenzierten Verschuldensfeststellung**. Diese interessante Erscheinung wird nicht dadurch erklärt, daß die Gesetzeshüter in dieser Beziehung weniger hohe Anforderungen stellen, sondern dadurch, daß sie mehr um die Illusion wissen, mit Strenge das Sozialleben steuern zu wollen, und genauer die Abstufungen begreifen, die für die Anwendung härterer Sanktionen und Verurteilungen gegeben sind. Die Normbrecher selber verurteilen den Verstoß gegen allgemein anerkannte soziale Normen sogar noch ein wenig schärfer als die Durchschnittsbevölkerung. In Verwaltungs- und Verfahrensangelegenheiten verurteilt der Rechtsstab Normverstöße dagegen immer strenger als die Durchschnittsbevölkerung. Letztere wiederum verurteilt sie strenger als die Rechtsbrecher selbst. Während die Durchschnittsbevölkerung hinsichtlich der Strafzwecke und der Höhe der Strafe sehr rigide ist, zeigt sie sich gegenüber dem Strafvollzug verhältnismäßig verständnisvoll. Der Gedanke der Resozialisierung hat in den letzten 20 Jahren erheblich an Boden gewonnen.

Um die Annahme zu prüfen, daß eine positive Einstellung zum Recht ein rechts-treues Verhalten zur Folge habe, hat man die Einstellung von Kriminellen mit der von Nichtkriminellen verglichen. Befragungen von Vergleichsgruppen haben jedoch mehr oder weniger bei Kriminellen wie bei Nichtkriminellen vergleichbarer sozialer Herkunft gleichartige Einstellungen gegenüber dem Recht gezeigt^{*8}. Jedenfalls Durchschnittskriminelle teilen die grundsätzlich positive Einstellung der Bevölkerung zu den Strafrechtsnormen. Für ihre Abweichung müssen andere Erklärungen gesucht werden.

b) Justiz

Das Ansehen der Justiz in der Öffentlichkeit gilt als schlecht²⁴⁹. Immerhin ist es, vermutlich auf Grund wachsender Erfahrungen mit den Gerichten, während der letzten 20 Jahre merklich gestiegen.

²⁴⁹ *Wolfgang Kaupen / Theo Raseborn*, Das Verhältnis der Bevölkerung der Bundesrepublik zur Rechtspflege - Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage, NJW 1971, 497-499; *Rolf Kniffka*, Das Ansehen der Justiz in der Öffentlichkeit, ZRSoz 2, 1981, 225-240; *Heinrich Reynold* (Hrsg.) Justiz und Öffentlichkeit, Köln 1966.

	Volles Vertrauen In die Justiz	kein Vertrauen in die Justiz
1964 (Allensbach)	26 %	28 %
1979 (Allensbach)	40 %	28 %
	Eher positive Erfahrungen mit der Justiz	eher negative
1977 (INFAS)	35 %	20 %
1979 (INFAS)	45 %	18 %
	Eher Vertrauen in die deutschen Gerichte	kein Vertrauen
1980 (Infratest)	60 %	17 % ²⁵⁰

Kaupen und *Rasehorn*²⁵¹ haben die aus solchen Umfragen ersichtliche »Distanz der Bevölkerung zur Rechtspflege als Ergebnis der Bevölkerungs- und Gesellschaftsfremdheit des Rechts« interpretiert. Es sei wenig sinnvoll, wie von juristischer Seite gefordert, die Bevölkerung durch Rechtskundeunterricht mit einem Recht vertraut machen zu wollen, das an den eigentlichen Interessen der Bevölkerung vorbeigehe. Doch so einfach liegen die Dinge nicht. Bei Zufriedenheitsmessungen ist der Grad der positiven Antworten gewöhnlich erstaunlich hoch. Das gilt z. B., wenn nach den Erfahrungen mit dem eigenen Auto gefragt wird. Der hohe Zufriedenheitsgrad ist hier jedoch auf einfache psychische Mechanismen zurückzuführen. Er steigt mit der Vertrautheit mit dem Gegenstand und mit der Wahrnehmung der eigenen Handlungskompetenz. Sein Auto hat sich jeder selbst ausgesucht. Es käme zu einer kognitive Dissonanz (§ 27, 4), wenn man sich selbst eine schlechte Wahl vorhalten müßte. Die Justiz dagegen ist, wie alle Behörden, fern, unbekannt und undurchsichtig. Man hat keine Wahl und fühlt sich ihr gegenüber machtlos. Daher sind von vornherein keine guten Noten zu erwarten. Insoweit teilt die Justiz das Schicksal der Verwaltungsbürokratie, deren Ansehen notorisch miserabel ist (§ 50, 2e). Bessere Vertrauenswerte als die Justiz erhielten 1980 der Bundestag, das Gesundheitswesen, die Bundeswehr Stadt- bzw. Gemeindeverwaltungen und vor allem das Bundesverfassungsgericht, das den Alltagsquerelen enthoben ist und so in der öffentlichen Meinung als Institution sui generis erscheint. Schlechter als die Justiz wurden aber die Kirchen, das Fernsehen, das Zeitungswesen sowie die Universitäten und Hochschulen bewertet²⁵²

Absolute Zahlen aus Meinungsumfragen sind nur schwer zu interpretieren. Unter Demoskopern kursiert die Scherzfrage: Wie geht es Ihnen? Antwort: Im Vergleich zu

²⁵⁰ Nach *Kniffka*, ZfRSoz 2, 1981, 231 f.

²⁵¹ ZRP 5, 1972, 21.

²⁵² Darauf verweist *Lutz Unterseher*, Der Zugang zur Ziviljustiz, ZfRSoz 2, 1981, 241-244.

wem? Um so bemerkenswerter ist daher die **ansteigende Tendenz** der Vertrauenswerte für die Justiz, die die Umfragen **seit 1969** zeigen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß das mangelnde Vertrauen in die Justiz die Bürger offenbar nicht hindert, die Gerichte in Anspruch zu nehmen. Sonst würde die Justiz nicht so sehr über Jberlastung klagen und die Angebote zu alternativer Streitschlichtung, z. B. der Schiedsmann (vgl. § 56) müßten größeren Zulauf finden. Das Problem, daß allerdings auch aus den Umfrageergebnissen erkennbar wird, liegt darin, daß der Zugang zur (Zivil-)Justiz durch die Barrieren von Unkenntnis, Mißtrauen und Ablehnung mit sinkendem Bildungsniveau höher wird, daß sich also auch hier das soziale Gefälle nachteilig auswirkt. Die Bereitschaft, die eigenen Interessen wahrzunehmen, hängt von der Einschätzung der eigenen Handlungsfähigkeit ab. Mit (der Selbsteinschätzung) der eigenen Fähigkeit zur Umweltkontrolle bessert sich das Verhältnis zu Behörden und anderen Großorganisationen, denen man sich beim Fehlen entsprechender Dispositionen tendenziell hilflos ausgeliefert fühlt.²⁵³

IV. Recht und Moral

Ein klassisches Thema der Rechtssoziologie ist der Zusammenhang von Recht und Moral, diese nicht im Sinne einer philosophischen oder persönlichen Ethik, sondern im Sinne von gelebten Gruppennormen (customs). Zu Beginn des Jahrhunderts betonte *Sumner*, daß die Wirkung von Gesetzen von den herrschenden »Sitten« abhängt, und *Eugen Ehrlich* fand in diesen Sitten das »lebende Recht«. Recht und Gesellschaft haben sich verändert. Der moderne Rechtsstaat westlicher Prägung beruht auf gesetztem Recht, dessen planmäßiger, verfahrensmäßig geordneter Änderung und Ergänzung. Es wird im Zusammenspiel mit einem nur indirekt gewählten Parlament von fachmännisch geschulten Behörden und Gerichten verwaltet und bietet so die Voraussetzung für eine zunehmend instrumentelle Handhabung. Die Folge ist eine enorme quantitative Erweiterung bei einer beschleunigten Änderungsrate. Dadurch hat sich das Recht so weit von Sitte und Gewohnheit abgekoppelt, daß nicht einmal die von Berufts wegen damit Befäßten ein übereinstimmendes Rechtsbewußtsein entwickeln können. Man sollte daher annehmen, daß das Recht stärker noch als zu Zeiten *Ehrlichs* und *Sumners* in Konkurrenz zu Sitte und Gewohnheit stünde. Das Gegenteil scheint der Fall zu sein.

a) Moderne Formen der normativen Abweichung

Parallel zur Entwicklung des Rechts hat sich auch die Gesellschaft verändert. Nicht zuletzt unter dem Einfluß des Rechts ist der »cake of customs« weitgehend abgebaut. Das bedeutet nicht, daß es keine normative Abweichung gäbe, im Gegenteil. Das

²⁵³ *Dieter Grunow/Friedhart Hegner/Franz-Xaver Kaufmann*, Steuerzahler und Finanzamt, Frankfurt/New York 1978, 71 f.

Spektrum der **Subkulturen** ist schillernd wie nie zuvor. Doch es fehlt weithin die gesellschaftsweite Gewohnheitsbildung. Es gibt sie nur auf dem Gebiet des Konsums und der Mode. Die vielfältigen Formen einer bewußt gewählten Gegenkultur von den verschiedensten Spielarten der Alternativenbewegung über Gay-Community und Jugendsekten bis hin zu Skinheads und Kraakern tummeln sich in den Nischen des pluralistischen Rechtsstaats und bilden dort vielleicht ein Reservoir für Innovationen, aber **keine normative Konkurrenz**. Das »lebende Recht« findet man dort nicht²⁵⁴.

Normative Abweichung besteht heute nur noch ausnahmsweise in ausgeprägten, inhaltlich vom Recht verschiedenen Normen. In der Regel beschränkt sie sich auf eine Abschwächung und Verschiebung der Präferenzen. Viele Normen, die das Publikum grundsätzlich billigt, werden an ihren Rändern von den Betroffenen umdefiniert. Das ist besonders bei Normen zum Schutz von Eigentum und Vermögen beobachtet worden. Der »kleine« Versicherungsbetrag, z.B. durch Erweiterung von Schadenspositionen, scheint weithin üblich zu sein²⁵⁵. *Hoekema* beobachtete Arbeiter im Hafen von Rotterdam, die sich ihre eigenen Vorstellung von dem gemacht hatten, was als Diebstahl anzusehen sei. Sie hielten sich für berechtigt, sich von beschädigten Gütern großzügig zu bedienen, von unbeschädigter Ware jedoch nur in kleinen Mengen für den persönlichen Bedarf. Sie verurteilten aber ganz überwiegend das Aufbrechen unbeschädigter Verpackung und die Entnahme größerer Mengen. Kameradendiebstahl wurde von allen scharf verurteilt²⁵⁶. *Noelle Neumann* berichtet über Umfrageergebnisse, nach denen Arbeitnehmer sich zunehmend für berechtigt halten, im kleineren Bürobedarf oder sonstiges Material vom Arbeitsplatz für den eigenen Gebrauch mitzunehmen²⁵⁷. Ähnliche Vorstellungen über ein »kleines Jägerrecht« scheinen auch in anderen Lebensbereichen verbreitet zu sein. Freiberufler und Unternehmer halten es anscheinend für selbstverständlich, Teile ihres privaten Lebensbedarfs aus betrieblichen Mitteln zu decken. Ebenso dürfte Computerfreaks das Unrechtsbewußtsein fehlen, wenn sie für den eigenen Gebrauch oder zum Tausch urheberrechtlich geschützte Programme kopieren.

Es geht also nicht darum, daß etwa, wie in Zeiten des Kulturkampfes, der rechtlich vorgesehene Zivilehe die kirchliche Form der Eheschließung entgegengehalten

²⁵⁴ Vgl. dazu den Band »Gegenkultur und Recht«, hrsg. von *Gessner* und *Hassemer*, der letztlich keine »Gegenkultur beschreiben kann«.

²⁵⁵ Zum Versicherungsbetrag allgemein *Detlev Fetchenbauer*, Möglichkeiten und Grenzen von Rational Choice Erklärungen am Beispiel des Versicherungsbetruges, *KZfSS* 51, 1999, S. 283-312

²⁵⁶ Confidence in Justice and the Law Among Port Workers, *Sociologica Neerlandia* 11, 1975, 128-143.

²⁵⁷ *Elisabeth Noelle-Neumann*, Demoskopie als Instrument zur Erforschung des Änderungsrisikos, *Zf die gesamte Versicherungswissenschaft* 1985, 583-610, 584.

wird, sondern allenfalls darum, daß man überhaupt auf die Ehe verzichtet. Jedermann akzeptiert prinzipiell das Verbot der Trunkenheit am Steuer. Er setzt sich aber darüber hinweg, nicht weil es eine Norm wäre, daß man in Gesellschaft trinken müßte, sondern weil er gerne die Gelegenheit wahrnimmt, in Gesellschaft zu trinken, oder weil er zu schwach ist, dem Alkohol zu widerstehen. Verhaltensnormen des Rechts enthalten regelmäßig Beschränkungen unmittelbar utilitaristischer Handlungsweisen. Sie setzen dem materiellen Erwerbsstreben, der sexuellen Betätigung, dem Genuß von Alkohol und Rauschmitteln, der Bewegungsfreiheit mit Fahrzeugen usw. Grenzen oder sie begründen lästige Pflichten zur Zahlung von Steuern und Abgaben, zum Wehrdienst u.a.m. Nur ausnahmsweise werden dem Recht andersartige Werte und Normen entgegengesetzt, wie beim Wehrdienst von den Zeugen Jehovas. Im Regelfall besteht aber die normative Abweichung einfach nur in dem Bestreben, sich den Beschränkungen zu entziehen, die das Recht dem Handeln auferlegt. Typisch dafür ist die Herausbildung einer gewaltigen Schattenwirtschaft.²⁵⁸

c) »Sittenbildende Kraft« des Rechts?

Die alte Streitfrage nach der »sittenbildenden Kraft« des Rechts hat daher viel an Bedeutung verloren. Es geht um die Frage, ob rechtliche Sanktionen auch die moralische Geltung einer Norm verstärken oder umgekehrt die Aufhebung eines gesetzlichen Verbots dessen moralische Geltung schwächt. Der englische Jurist Dicey entwickelte in einer 1905 veröffentlichten Studie über die öffentliche Meinung und das Recht in England im 19. Jahrhundert die These, man könne die öffentliche Meinung lenken, indem man ein neues Gesetz erlasse²⁵⁹. Auch wenn es sich zunächst gar nicht auf die öffentliche Meinung stützen könne, so werde solche Unterstützung schon nachfolgen. Genau das besagt die sogenannte **Deklarationstheorie**, die auch in der kriminologischen und strafrechtlichen Literatur verbreitet ist.

»Das Hauptverdienst der Strafe liegt in ihrer sittenbildenden Kraft. Sie ist das wirksamste Mittel, mit welchem der Gemeinschaftswille die soziale Wertwelt formt und festigt, neue Werte einprägt und alte im Gedächtnis erhält. Das Strafrecht predigt die sittlich-rechtlichen Grundsätze mit demjenigen Mittel, das zu allen Zeiten besonders eindrucksvoll war, mit Macht²⁶⁰«.

²⁵⁸ Dazu Enno Langfeldt, Die Schattenwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1984; Hannelore Weck/Werner W. Pommerehne/Brune S. Frey, Schattenwirtschaft, München 1984; Hans-Joachim Niessen/Rainer Ollmann, Schattenwirtschaft in der Bundesrepublik, Opladen 1986.

²⁵⁹ Albert V. Dicey, Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century, London, 1905.

²⁶⁰ Hellmuth Mayer, Strafrecht, Stuttgart/Köln 1953, S. 23.

Ob diese Theorie zutrifft, ist z. B. im Hinblick auf die Entkriminalisierung des Selbstmords, der Homosexualität, des Ehebruchs, der Pornographie oder der Abtreibung erörtert worden. Die vorliegenden empirischen Untersuchungen kommen jedoch übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß von einem rechtlichen Verbot nur ein sehr geringer Einfluß auf die Annahme bestimmter Normen ausgeht²⁶¹. Der Wert dieser Untersuchungen ist freilich beschränkt, da sie ganz überwiegend sog. opferlose Delikte betreffen. Deren Strafwürdigkeit läßt sich schwer aus einsichtigen Zweck-Mittel-Zusammenhängen begründen, sondern setzt eine zweckfreie moralische Verurteilung voraus. Wo einsichtige, für die Betroffenen relevante Zwecke zugrunde liegen, scheint die moralische Wirkung höher zu sein.

Colombotos berichtet über die Einstellung von amerikanischen Ärzten zu einem Gesetz, das eine Krankenversicherung für Personen über 65 Jahre einführt und aus Beiträgen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern finanziert werden sollte. Von seinem Erlass wurde das Gesetz von nur 38 % der Ärzte befürwortet. Als bald nach der Verabschiedung hatte sich die Zahl der Befürworter auf 70 % erhöht, und ein halbes Jahr später waren es sogar 81 %.²⁶²

Dem **Wertewandel** sind zunächst die »reinen« moralischen Überzeugungen zum Opfer gefallen. Vorübergehend schienen sie ganz von unmittelbar hedonistischen Wertvorstellungen, vor allem von Konsumorientierung, verdrängt worden zu sein (sog. Materialismusphase). Inzwischen zeigt sich jedoch auch das breitete Publikum der Einsicht in komplexere, indirekte Zweck-Mittel-Zusammenhänge zugänglich. Von manchen wird sogar die Umkehr zu einer Phase des **Postmaterialismus** behauptet²⁶³. Daher stößt die Verurteilung von Wirtschaftsdelikten und Umweltzerstö-

²⁶¹ *Nigel Walker/Michael Argyle*, Does the Law Affect Moral Judgements?, *British Journal of Criminology* 4, 1964, 570-581; *Leonard Berkowitz/Nigel Walkers*, Laws and Moral Judgements, *Sociometry* 30, 1967, 410-422. Für eine zusammenfassende Darstellung und Würdigung vgl. *Hubert Rottlenthner*, Recht, Moral und Politik - rechtssoziologisch betrachtet, *Philosophica* 23, 1979, 97-127.

²⁶² *John Colombotos*, Physicians and Medicare: A Before - After Study of the Effect of Legislation on Attitudes, *ASR* 34, 1969, 318-332.

²⁶³ *Roland Inglehart*, *The Silent Revolution*, 1977; *der.*, Wertewandel und politisches Verhalten, in: Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages 1979, Frankfurt a.M./New York 1979, 505-533; vgl. auch *Klages*, Wertorientierungen im Wandel, 1984. Mit der Bedeutung »postmaterieller« Einstellungsmuster für das Rechtsbewußtsein befaßt sich *Erhard Blankenburg* (Rechtsohnmacht und instrumenteller Gebrauch von Recht, Recht der Jugend und des Bildungswesens 32, 1984, 281-291). Er kommt zu dem Schluß, im Rechtsbewußtsein der jüngeren »postmaterialistischen« Generation werde zunächst die Anspruchsdeminesion von subjektiven Rechten deutlich. In erster Linie machten sie »materialistische« Ansprüche geltend. Der Grund liege darin, daß sich Geldforderungen oder Besitz leichter mit rechtlichen Mitteln einklagen oder verteidigen lasse, während es für »postmaterialistische« Werte wie

rung auch auf stärkere moralische Unterstützung. Das Recht kann solche epochemachenden Tendenzen des Wertewandels wohl nicht grundsätzlich einleiten, aufhalten oder gar umkehren. Aber es kann sie doch bremsen oder beschleunigen. So besteht z.B. der Eindruck, daß die strafrechtliche Verfolgung der Trunkenheit am Steuer auf längere Sicht dazu beiträgt, die immer wieder beklagte fehlende moralische Fundierung dieses Delikts (»Kavaliersdelikt«) langsam aufzubauen. Dagegen scheint im Bereich des Umweltrechts eine neue »ökologische Moral« dem Recht voranzugehen.

»eine interessante Arbeitstätigkeit« oder »sich selbst verwirklichen können« noch keine Rechtsgrundlage gebe.

§ 33 Stufen der Entwicklung von Moral und Recht

Literatur: *Eckensberger*, Das »Rechtsgefühl« aus entwicklungspsychologischer Perspektive, JbRSoz 10, 1985, 71 ff.; *Gilligan*, In anderer Stimme, 1982; *Karstedt-Henke*, Die Stützung von strafrechtlichen Normen und Sanktionen durch das Rechtsgefühl. Ein kognitionszentrierter Ansatz, JbRSoz 10, 1985, 210 ff.; *Kohlberg*, Development of Moral Character and Moral Ideology, in: Review of Child Development Research, Bd. I, New York 1964, 383-431; *ders.*, The Child as Moral Philosopher, Psychology Today 2, 1968, 24-31, *ders.*, Zur kognitiven Entwicklung des Kindes, 1974; *ders.*, Eine Neuinterpretation der Zusammenhänge zwischen der Moralentwicklung in der Kindheit und im Erwachsenenalter, in: Entwicklung des Ichs, hrsg. von *Döbert u. a.*, 1977, 225 ff.; *Piaget*, Das moralische Urteil beim Kinde, 1954 (1. Aufl. 1932); *Pohlmann*, Recht und Moral - kompetenztheoretisch betrachtet, ARSP Beiheft NF 13, 1980, 224 ff.; *Tapp*, A Child's Garden of Law and Order, Psychology Today 7, 1970, 29-31; 62 ff.; *Tapp/Kohlberg*, Developing Senses of Law and Legal Justice, The Journal of Social Issues 27, 1971, 65 ff.; *Tapp/Levine*, Persuasion to Virtue. A Preliminary Statement, LSR 4, 1970, 564 ff.; *ders.*, Legal Socialisation: Strategies for an Ethical Legality, Stanford Law Review 1974, 1 ff.

I. Kohlbergs Modell der moralischen Entwicklung des Individuums

In einem merkwürdigen Gegensatz zu den diffusen Befunden der KOL-Forschung stehen die sehr differenzierten individualpsychologischen Aussagen des Modells der moralischen Entwicklung des Kindes von *Piaget* und *Kohlberg*²⁶⁴.

Psychologen vergleichen gelegentlich die **Entwicklung des Menschen mit der Entwicklung der Menschheit**. Der Schweizer Psychologe *Jean Piaget* hat schon 1932 eine Theorie entwickelt, nach der sich die kognitive und moralische Entwicklung beim Kinde in bestimmten Stufen vollziehen. Er ließ sich dabei von der Vorstellung leiten, daß der Mensch in seiner Kindheit nicht nur in der körperlichen, sondern auch in seiner geistig - moralischen Entwicklung wie in einem Zeitraffer die Entwicklung durchläuft, die vor ihm in einem langen Evolutionsprozeß die Menschheit durchgemacht hat. Heute versuchen verschiedene Autoren diesen Gedanken umzukehren, indem sie die Stufen der moralischen Entwicklung des Kindes als Modell für die Interpretation der Geschichte des moralischen Denkens und damit auch des Rechtsdenkens benutzen (vgl. § 60, 6).

Angeregt durch *Piagets* Untersuchungen hat der Amerikaner *Lawrence Kohlberg* zwölf Jahre lang eine Gruppe von 75 Jungen in dreijährigen Intervallen befragt, um danach ein sehr viel genaueres Bild der Entwicklung des moralischen Urteils zu zeichnen. Er unterscheidet **drei Stufen**, die er die präkonventionelle, die konventio-

²⁶⁴ Zwei neue Bücher, die sich mit den Arbeiten *Kohlbergs* kritisch auseinandersetzen: *Detlef Garz*, Strukturgenese und Moral, Opladen 1984; *Ulf Peltzer*, Lawrence Kohlbergs Theorie des moralischen Urteilens, Opladen 1986.

nelle und die postkonventionelle Moral nennt. Jede dieser Stufen wird jedoch noch einmal unterteilt, so daß sich insgesamt sechs Entwicklungsstufen ergeben.

Auf der **Ebene der präkonventionellen Moral** bewegen sich die Kinder etwa im Alter zwischen vier und zehn Jahren. Auf dieser Ebene werden die Kinder dressiert. Sie reagieren auf das, was ihnen als gutes oder schlechtes Benehmen vorgeschrieben wird. Aber sie verstehen diese Forderungen nur im Hinblick auf deren äußere Konsequenzen: Sie lassen sich von Strafe und Belohnung als Ausfluß der physischen Macht derjenigen, die die Regeln guten Benehmens vertreten, ebenso lenken wie von Wärme und Kälte, Hunger und Durst. Die Fähigkeit der Kinder in diesem Stadium, sich grausam zu benehmen, wenn die Machtstruktur um sie herum lückenhaft ist, ist teilweise als tragisch (»Lord of the Flies«, »High Wind in Jamaica«), teilweise als komisch (Lucy van Pelt in »Peanuts«) bemerkt worden.

Auf der zweiten als **konventionell** bezeichneten Ebene verhält man sich konformistisch. Konventionell ist eine Moral, die durch Tradition gerechtfertigt ist. Man entspricht den Erwartungen in der eigenen Familie, Gruppe oder Nation. Solches Verhalten wird als in sich wertvoll verstanden. Dieses Stadium erschöpft sich allerdings nicht in bloßem Konformismus, sondern führt weiter zu aktiver Unterstützung und Rechtfertigung der geltenden Normen. Die dritte, **postkonventionelle Ebene** zeichnet sich durch das Vertrauen in eine autonome Moral aus. Sie bildet das Stadium der moralischen Emanzipation von Autoritäten aller Art.

Innerhalb jeder Ebene gibt es wiederum zwei Entwicklungsstufen. Die erste Stufe auf der präkonventionellen Ebene ist ganz behavioristisch geprägt. Das Verhalten orientiert sich an Belohnung, Strafe und überlegener Macht. Allein die unmittelbar physischen Konsequenzen eines Verhaltens geben den Ausschlag, nicht eine ihm beigelegte weitere Bedeutung oder ein Wert. Auch auf der zweiten Stufe bleibt die Orientierung naiv egoistisch, wobei die Kinder allerdings gelegentlich auch dem Egoismus des anderen Rechnung tragen. Die dabei wirksame Gleichheitsvorstellung bleibt aber naiv auf die Reziprozität des do-ut-des beschränkt. Es geht noch nicht um die abstrakte Vorstellung von Dankbarkeit, Fairness oder gar Gerechtigkeit.

Die dritte Stufe, die auf der konventionellen Ebene einsetzt, nennt Kohlberg **good boy, good girl orientation**. Gut ist, was anderen gefällt und ihren Beifall findet. Ein neuer Zug ist auch die Berücksichtigung des subjektiven Elements bei der Beurteilung von Verhalten. Verhalten wird danach beurteilt, ob jemand es gut gemeint hat. Symbolfigur für diese Stufe ist Charly Brown aus den »Peanuts«. Die vierte Stufe auf der konventionellen Ebene ist die **Law-and-Order-Stufe**. Man orientiert sich immer noch an Autoritäten, aber nicht mehr an physischen wie Eltern und Erziehern, sondern an moralischen wie dem Recht oder der Religion. Man tut seine Pflicht und nimmt auch Rücksicht auf die Erwartungen anderer.

Die fünfte Stufe, die erste postkonventionelle, beruht zunächst auf der Vorstellung, daß Normen und Erwartungen eine gewisse willkürliche Basis haben, also auf

einer relativistischen Einstellung. Daraus folgt eine **legalistische Vertragsorientierung**. Es gilt, im Rahmen der vereinbarten Spielregeln die Verletzung von Absichten und Rechten anderer zu vermeiden und Wille und Wohl der Mehrheit zu fördern.

Auf der sechsten Stufe schließlich wird das **Gewissen** zur entscheidenden Instanz, das sich an abstrakten, selbstgewählten Prinzipien orientiert, die als universal und logisch konsistent vorgestellt werden. *Kohlberg* nennt die goldene Regel und den kategorischen Imperativ sowie die abstrakte Idee von Gleichheit, Gerechtigkeit und Menschenwürde.

Tommy wird im Alter von zehn Jahren gefragt: Ist es besser, einen bedeutenden Menschen zu retten als zehn unbedeutende? Tommy antwortet: »Besser all die unwichtigen Menschen. Einer hat gerade ein Haus, vielleicht viele Möbel. Aber eine Menge Menschen hat ganz schrecklich viele Möbel. Und vielleicht hat einer sogar viel Geld, ohne daß man es weiß.« Tommy befindet sich ganz klar auf Stufe 1. Menschen und Sachen stehen für ihn auf einer Ebene.

Drei Jahre später - Tommy ist dreizehn- lautet die Frage: Sollte ein Arzt einer unheilbar kranken Frau, die wegen ihrer Schmerzen danach verlangt, den Tod geben? Er antwortet: »Besser wäre es vielleicht, wenn sie von ihren Schmerzen erlöst würde. Aber ihr Mann würde es nicht ertragen. Das ist nicht wie mit einem Tier. Wenn ein Haustier stirbt, damit kann man fertig werden. Das braucht man nicht. Man kann auch eine andere Frau heiraten. Aber das ist nicht dasselbe.« Diese Antwort bewegt sich auf Stufe 2. Der Wert des Lebens der Frau wird abhängig gesehen teilweise von ihrem eigenen Wohlbefinden - also ganz hedonistisch - zum Teil aber auch instrumentell in seinem Wert für den Ehemann, den man nicht so leicht wie ein Haustier ersetzen kann.

Noch drei Jahre später - Tommy ist 16 - antwortet er auf dieselbe Frage: »Für sie könnte es das beste sein. Aber ihr Mann - es ist eben ein Menschenleben, nicht ein Tier. Ein Tier hat nicht dieselbe Beziehung wie ein Mensch zu seiner Familie. Man kann auch einen Hund gern haben. Aber das ist nicht zu vergleichen mit einem Menschen.« Jetzt hat sich Tommy von der instrumentellen Betrachtungsweise gelöst. Er stellt ab auf die einzigartige Liebe und Zuneigung innerhalb der Familie. Aber er hat noch keine Vorstellung von dem Wert des Menschen an sich. Der Wert der Frau spiegelt sich nur in der Liebe der anderen.

Dieser Tommy, so meint *Kohlberg*, sei mit einem IQ von 120 zwar ein heller Junge, aber moralisch ein Spätentwickler. Ein anderer, Richard, erreicht schon mit 13 Jahren fast die gleiche Stufe wie Tommy mit 16. Auf die gleiche Frage zur Euthanasie antwortet er: »Wenn sie das verlangt, dann ist es ihre Sache. Wenn man so schreckliche Schmerzen hat, dann ist es wie bei Tieren, denen man den Gnadentod gibt.« Mit 16 antwortet Richard auf die Euthanasiefrage: »Ich weiß nicht. Einerseits ist es Mord. Menschen haben nicht das Recht, darüber zu entscheiden, ob jemand leben oder sterben soll. Gott hat das Leben gegeben. Es ist etwas Heiliges, gewissermassen ein Teil Gottes. Man zerstört beinahe ein Stück von Gott, wenn man einen Menschen tötet. In jedem Menschen steckt ein bißchen von Gott.« Das ist klar eine Antwort auf Stufe 4. Das Leben ist ihm nach klaren moralischen und religiösen Vorstellungen heilig. Der Wert des Lebens ist universell. Das gilt für alle Menschen. Aber der Wert des Lebens kommt letztlich doch nicht aus sich selbst, sondern aus der Autorität Gottes. *Kohlberg* meint, wenn Gott Richard den Befehl gäbe zu töten, dann würde Richard auch folgen.

Was antwortet nun Richard mit 20 auf die Euthanasiefrage? »Es gibt mehr und mehr Ärzte, die glauben, daß es Leiden sowohl für den Betroffenen wie für die Familie bedeutet, wenn jemand todkrank ist. Wenn jemand durch eine Herz-Lungen-Maschine oder künstliche Niere am Leben gehalten wird, dann ist es eher wie ein Pflanze oder wie ein Tier als wie ein Mensch. Jeder soll selbst bestimmen können. Es gibt bestimmte Rechte, die hat jeder Mensch. Ich bin ein Mensch und will leben, und ich denke, jeder andere auch. Man hat eine Welt, in der man Mittelpunkt ist, und ich denke, jeder

andere fühlt ebenso.« Hier interpretiert Richard das Leben im Rahmen eines gleichen und universellen Menschenrechts, aber doch in einem Kontext von Relativität. Jeder fühlt sich als Mittelpunkt der Welt.

Schließlich, als er 24 ist, sagt Richard: »Das Menschenleben steht über allen anderen moralischen oder rechtlichen Werten. Es hat auch dann einen Wert, wenn der Träger es nicht akzeptiert. Der Wert des Individuums ist entscheidend, wenn Gerechtigkeit und Liebe die Grundnormen menschlicher Beziehungen sein sollen.« (nach *Kohlberg*, 1968)

Kohlberg nimmt für dieses Entwicklungsschema in Anspruch, daß es **transkulturell** in den verschiedensten Gesellschaften **Geltung** habe. Dafür kann er auf eine Reihe empirischer Untersuchungen verweisen. Vor allem aber behauptet er, daß die Entwicklung keine Stufe überspringt und **nicht umkehrbar** ist. Sie kann beendet sein, bevor die letzte Stufe erreicht ist. Es wird jedoch keine Stufe ausgelassen. Ein Individuum, daß einmal eine bestimmte Stufe des moralischen Urteils erreicht hat, fällt im Laufe seiner weiteren Entwicklung nicht wieder auf frühere Entwicklungsstufen zurück. Eine Ausnahme konzidiert *Kohlberg* nur für die Stufen fünf und sechs. Hier ist ungeklärt, ob die Stufe 5 notwendiges Durchgangsstadium zur Stufe 6 ist. Diese Stufen scheinen noch nicht so gefestigt zu sein, daß man zwischen ihnen nicht hin- und herschwanken könnte.

II. Das Legal Reasoning - Modell

June L. Tapp und *Felice J. Levine* haben das Modell der moralischen Entwicklung zu einem **Modell der Entwicklung des Rechtsdenkens** (Legal-Reasoning-Modell) weiter entwickelt. Sie haben Schülern der Primar- und Sekundarstufe sowie College-Studenten in sechs Ländern (Dänemark, Griechenland, Italien, Indien, Japan, USA) nach ihrer Einstellung zu den Autoritätspersonen in ihrer Umgebung und zu den durch diese vermittelten Sozial- und Rechtsnormen befragt. Dabei hat sich gezeigt, daß die Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen der verschiedenen Kulturkreise in vergleichbarem Alter über erstaunlich deckungsgleiche Vorstellungen von Verantwortlichkeit, Gerechtigkeit und Recht verfügen, die im Verlauf des Sozialisationsprozesses weniger durch Strafe und Zwang gewonnen als vielmehr von Vertrauenspersonen wie Eltern und Erziehern gelernt werden. Auch hier ist, wie bei *Piaget* und *Kohlberg*, von einer präkonventionellen, einer konventionellen und einer postkonventionellen Einstellung zum Recht die Rede. Die präkonventionelle Einstellung zum Recht wird durch Orientierung an Strafe und Gehorsam bestimmt. Das Recht wirkt gleichsam naturgesetzlich wie ein einschränkender Befehl, wird als unveränderlich empfunden und hat keinen über sich hinausweisenden sozialen Zweck. Die konventionelle Einstellung zum Recht ist die Law- and Order-Haltung. Sie akzeptiert und unterstützt das bestehende Recht in der Vorstellung, daß dieses Recht vor Chaos schützt und das individuelle und das gemeinsame Wohl unterstützt. Nur in Notstandssituationen, etwa zur Lebensrettung, darf das Recht übertreten werden. Erst

die postkonventionelle Einstellung unterscheidet zwischen Recht und moralischen Prinzipien. Sie schreibt dem Recht soziale Aufgaben wie Herstellung von Gleichheit und Gerechtigkeit und Abbau von Not und Unrecht vor. Das Recht wird vertrags-theoretisch verstanden als Mittel zu sozialer Veränderung. Unmoralisches Recht braucht nicht befolgt zu werden.

Die **Rezeption dieses Modells für die Rechtssoziologie** hat erst begonnen. Noch läßt sich nicht einmal sagen, ob sich diese Stufen auch noch bei der erwachsenen Bevölkerung unterscheiden lassen, und welche Stufen von welchen Menschen erreicht werden. Erst recht ist noch offen, ob die verschiedenen Entwicklungsstufen auch handlungswirksam werden. *Kohlberg* und *Tapp* meinen wohl, daß die wenigsten Menschen die letzte Entwicklungsstufe erreichen.

Die wichtigste **Kritik** stammt von *Gilligan*. Sie hält den Untersuchungen von *Piaget*, und *Kohlberg* vor, sie wiesen, schon von der Auswahl der Probanden her, einen männlichen Bias auf und verdeckten die Tatsache, daß **Frauen ein anderes Moral- und Rechtsbewußtsein hätten als Männer**. Frauen dächten nicht wie Männer in Prinzipien sondern in Beziehungen; ihre Ethik sei keine Gerechtigkeithetik, sondern eine Ethik der Anteilnahme, Zuwendung und Fürsorge. Anstatt Rechtsansprüche gegeneinander abzuwägen, wollten sie vor allem vermeiden, andere zu verletzen und Bindungen zu zerstören. Schon die KOL-Forschung (§ 32) hatte darauf hingewiesen, daß Frauen über geringere Rechtskenntnisse als Männer verfügten und auch weniger Interesse für rechtliche Zusammenhänge zeigten²⁶⁵. Ob Frauen insgesamt »konformistischer, moralischer und emotionaler« eingestellt sind als Männer, ist umstritten²⁶⁶. Auf der Grundlage von Interviews hat *Lautmann* nunmehr die frauentypische Einstellung zum Recht als **negatives Rechtsbewußtsein** gekennzeichnet²⁶⁷. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Frage nach dem Recht bei vielen Frauen betonte Distanz auslöst. Sie geben unumwunden zu, daß sie sich im Recht nicht auskennen und daß sie deshalb auch kein Interesse am Recht haben. Den Sinngehalt des Rechts deuten Frauen weniger im Sinne der traditionellen Vorstellungen von Gewaltenteilung, Regelmäßigkeit und Legitimität als vielmehr im Sinne einer Sensibilisierung für soziale Mängel und Bedürfnisse. Ihnen fehlt jedoch die Bereitschaft, das Recht auch kämpferisch in Anspruch zu nehmen. Ihr Anspruchsbewußtsein scheint weniger ausgebildet zu sein als das der Männer. Das allgemein erwachte Interesse für Frauenthemen²⁶⁸ wird dafür sorgen, daß Fragen weiterverfolgt werden.

²⁶⁵ *Berl Kutschinsky*, Law and Education: Some Aspects of Scandinavian Studies into »The General Sense of Justice«, *Acta Sociologica* 10, 1966, 21-41, 37.

²⁶⁶ Vgl. § 32 bei Anmerkung 7.

²⁶⁷ *Rüdiger Lautmann*, Negatives Rechtsbewußtsein, *ZfRSoz* 1, 1980, 165-208.

²⁶⁸ Vgl. dazu das Themenheft »Frauen und Recht« der *ZfRSoz* (Heft 2/1984).

§ 34 Abweichendes Verhalten

Literatur: *Becker*, Außenseiter, 1973; *Cohen*, Abweichung und Kontrolle, 2. Aufl. 1970; *Lamnek*, Theorien abweichenden Verhaltens, 1980; *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, 4 Bände, 1975; *Ross* (Hrsg.), Law and Deviance, 1981; *Sack*, Selektion und Kriminalität, KJ 1971, 384 ff.; *Sack/König* (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 1968; *Scheff*, Being Mentally Ill: A Sociological Theory, 1966; *Schur*, Abweichendes Verhalten und soziale Kontrolle, 1974; *von Trotha*, Recht und Kriminalität, 1982; *Wiswede*, Soziologie abweichenden Verhaltens, 1973.

I. Die Reaktionsdefinition abweichenden Verhaltens

Soweit soziale Normen vorhanden sind, ist ein Verhalten in ihrem Geltungsbereich entweder normgemäß oder normabweichend. Abweichendes Verhalten wäre danach jedes Verhalten, daß einer Norm widerspricht. So wird abweichendes Verhalten allerdings nur von wenigen Autoren definiert, z. B. von *Cohen*. Vielfach wird abweichendes Verhalten dagegen mit Kriminalität gleichgesetzt, so daß die Soziologie abweichenden Verhaltens in den USA praktisch Kriminalsoziologie bedeutet. Auch die zur Erweiterung des Objektbereichs behandelten Formen sozialer Pathologie wie Alkoholismus und Rauschgiftsucht, sexuelle Abweichungen und Selbstmord bleiben alle noch im Dunstkreis des Strafrechts. In den letzten 20 Jahren hat sich der Begriff des abweichenden Verhaltens jedoch zunehmend von der Vorstellung gelöst, daß Anknüpfungspunkt eine Normverletzung sein müsse, auf die die Gesellschaft mit einer bestimmten Sanktion antwortet. Das Modell von Norm und Sanktion, wie es seit den Vorstudien *Geigers* vor uns steht, besticht zwar durch seine begriffliche Präzision, greift gerade darum aber oft an der Realität vorbei. In der sozialen Wirklichkeit fällt es schwer, Normen, ihre Übertretung und bestimmte Sanktionen operational zu bestimmen. Es geht um einen prozeßhaften Vorgang, dem die komplexere Vorstellung von sozialer Kontrolle des abweichenden Verhaltens eher gerecht wird. In drei Beziehungen ist dieser Ansatz komplexer als die Vorstellung von Norm und Sanktion.

- (1) An die Stelle isolierter Normen tritt eine Menge sich teils überdeckender, teils widersprechender rechtlicher und sozialer Verhaltensmuster und Erwartungen.
- (2) Statt punktueller Sanktionen gelangen verschiedene Instanzen der Sozialkontrolle in den Blick, die präventiv, restitutiv oder repressiv soziale Ordnung durchzusetzen versuchen.
- (3) An die Stelle eines singulären Normbruchs schließlich, der mit einer definierten Sanktion beantwortet wird, tritt ein Prozeß karrierehafter Verstrickung in eine Abweicherrolle, in dessen Verlauf nonkonforme Aktionen und Reaktionen der Sozialkontrolle sich gegenseitig aufschaukeln können.

II. Die Labeling-Theorie

Die Soziologie abweichenden Verhaltens hat durch die Labeling-Theorie, auch Etikettierungstheorie genannt, einen fruchtbaren theoretischen Ansatz gewonnen. Der erste Schritt zur Labeling-Theorie besteht in einer reaktionsorientierten Definition abweichenden Verhaltens. Abweichendes Verhalten wird nicht länger danach bestimmt, ob eine Normverletzung vorliegt, sondern soll immer dann gegeben sein, wenn eine Verhaltensweise Sanktionen oder andere negative Reaktionen der Gesellschaft zur Folge hat. Um die Bedeutung dieses **Blickwechsels von der Norm auf die Sanktionen** zu verstehen, muß man sich klar machen, daß die traditionelle Kriminalsoziologie sich hauptsächlich damit beschäftigt, die Ursachen abweichenden Verhaltens zu erforschen. Sie würde etwa sagen, daß Sozialisationsdefekte oder die Zugehörigkeit zu bestimmten sozialen Schichten geeignet seien, kriminelles Verhalten hervorzurufen oder zu verstärken. Die Labeling-Theorie hält eine solche ätiologische Betrachtung für veraltet und überflüssig und setzt an ihre Stelle eine Untersuchung von Interaktionen, Zuschreibungs- und Selektionsprozessen. Was als Folge abweichenden Verhaltens dargestellt werde, nämlich die Sanktionen, sei eigentlich dessen Ursache. Bei *Sack* (1968, 472 f.) kann man lesen:

»In diesem Sinne ist abweichendes Verhalten das, was andere als abweichend definieren. Es ist keine Eigenschaft oder ein Merkmal, das dem Verhalten als solchem zukommt, sondern das an das jeweilige Verhalten herangetragen wird Damit ist nicht gemeint, wie es die herkömmliche Soziologie sehen würde, daß die Schichtzugehörigkeit oder die Familiensituation im Individuum eine erhöhte Motivation abweichenden Verhaltens erzeugt, sondern damit soll ausgedrückt sein, daß jemand, der aus diesen sozialen Situationen entstammt, damit rechnen muß, daß sein Verhalten eine größere Wahrscheinlichkeit in sich trägt, von anderen, insbesondere aber von den Trägern der sozialen Kontrolle als abweichend bzw. kriminell definiert zu werden, als jemand, der sich in gleicher Weise verhält, jedoch einer anderen sozialen Schicht angehört oder aus einem intakten Familienmilieu kommt.«

Die Labeling-Theorie läßt sich am besten an dem extremen Beispiel der Geisteskrankheiten demonstrieren. Zur Entstehung von Geisteskrankheiten hat *Thomas J. Scheff* folgende Theorie vorgetragen: Stereotype Vorstellungen von Geisteskrankheit würden in frühester Kindheit erlernt. Diese Stereotypen würden durch soziale Interaktion ständig bestätigt. Gegenüber dem Anteil der behandelten Fälle von Geisteskrankheiten sei die Rate der nicht behandelten Fälle immens hoch. Wer aber einmal in Behandlung gerate und dadurch als geisteskrank abgestempelt (etikettiert) sei, von dem erwarte man, daß er die Rolle des Geisteskranken spiele. Er werde bestraft, wenn er versuche, in konventionelle Rollen zurückzufinden, und schließlich akzeptiere er auch selbst das Etikett der Geisteskrankheit. Daher sei die Etikettierung (labeling) die wichtigste, wenn nicht die einzige Ursache für Geisteskrankheiten im Besonderen und für abweichendes Verhalten im Allgemeinen.

So geht die Theorie sicher zu weit. Es gibt so massive Formen der Geisteskrankheit, daß es absurd wäre, sie mit irgendeiner Sanktionierung oder Zuschreibung in

Verbindung zu bringen. Für eine ganze Reihe von Psychosen, etwa solche nach Hirnverletzungen, ist die physische Genese hinreichend bewiesen. Dieser harte Kern von sanktionsunabhängigen psychischen Abweichungen rechtfertigt die Annahme, daß auch in minder klaren Fällen vor dem Eingreifen von Behandlungs-, Sanktionierungs- oder Zuschreibungsmechanismen neurologisch oder psychisch bedingte Abweichungen vorliegen können. [hnlich kann man auch im sozialen Bereich einfach nicht abstreiten, daß normabweichendes Verhalten vor aller Sanktionstätigkeit eine Realität für sich darstellt. Sonst müßte man annehmen, daß die umfangreiche Dunkelfeldforschung sich mit einem Hirngespinnst befaßt, und müßte Diebstahl oder Körperverletzung, Vergewaltigung oder Totschlag vor ihrer Entdeckung und Bestrafung für irrelevant halten. So sehr daher der Totalitätsanspruch der Labeling-Theorie verfehlt erscheint, so bedeutsam ist dieser Ansatz, soweit er als Ergänzung zu den herkömmlichen Erklärungsversuchen abweichenden Verhaltens verstanden wird, denn er lenkt die Aufmerksamkeit auf wichtige Probleme, die sonst leicht übersehen werden könnten.

a) *Selektivität des Sanktionsprozesses*

Das erste und zugleich wichtigste Problem liegt darin, daß nicht alle Abweichungen mit gleicher Wahrscheinlichkeit sanktioniert werden, sondern daß Sanktionierung selektiv erfolgt und dabei typische und auffällige Verzerrungen auftreten. Die Zugehörigkeit zu bestimmten sozialen Schichten oder Gruppen oder bestimmte persönliche Karrieren können die Chance, erwischt und bestraft zu werden, signifikant erhöhen, während umgekehrt die Zugehörigkeit zu höheren sozialen Schichten Schutz vor Strafe und Verdacht bewirken. Diese Zusammenhänge sind nicht nur zum Teil empirisch gut belegt²⁶⁹, sondern durch das starke Engagement, mit dem die Labeling-Theorie publiziert worden ist, auch allgemein bekannt geworden.

Bei einer genaueren Betrachtung – die hier nicht geleistet werden kann – zeigt sich allerdings, daß das ohnehin problematische Merkmal der **Schichtzugehörigkeit** (§ 40, 3) nur **von begrenztem Erklärungswert** ist. Sicher ist nur, daß überall in den Gefängnissen der westlichen Welt die Angehörigen der Unterschichten unverhältnismäßig zahlreich vertreten sind. Das ist aber nicht allein die Folge schichtenspezifischer Selektivität bei der Strafverfolgung. Sieht man zunächst auf die Verteilung der Kriminalität, so zeigt die Dunkelfeldforschung je nach Deliktsart ein unterschiedliches Bild. Nur die Klein- und Gelegenheitskriminalität streut, besonders bei Jugendlichen, gleichmäßig über alle Schichten, ferner die Verkehrskriminalität. Sieht man von bestimmten Bereichen wie Rauschgift- und Wirtschaftskriminalität ab, so schei-

²⁶⁹ Gute Zusammenfassung bei *Kaiser*, *Kriminologie*, 1980, §§ 13 f. (S. 179 ff.); kritisch zur empirischen Bewährung des Definitionsansatzes *Peter Boy*, *Definitionstheoretische Analyse der Strafjustiz*, in: *Albrecht/Brusten*, *Soziale Probleme und soziale Kontrolle*, 1982, 227-245.

nen sich jedoch schwerere Delikte bei den Unterschichten zu häufen. Dazu mag allerdings wiederum die normative Vorentscheidung zur Kriminalisierung besonders von Eigentumsdelikten beitragen, die die große Masse dieser Delikte ausmachen. Die quantitativ wichtigste Stufe in dem langen Selektionsprozeß bis zu einer eventuellen Verurteilung wird durch die **Handlungsmuster der Opfer und Anzeigerstatter** bestimmt. Über 90 % aller Strafverfahren werden durch eine private Strafanzeige ausgelöst. Es wird aber allenfalls die Hälfte aller strafrechtlich relevanten Opfersituationen der Polizei mitgeteilt. Bei Eigentumsdelikten streut die Anzeigefrequenz je nach der Höhe des Schadens zwischen 10 und 80 %. Die wichtigsten Gründe für den Verzicht auf eine Anzeige sind, der Größenordnung nach, die vermutete Erfolglosigkeit der Anzeige, die Einordnung als Privatangelegenheit oder der Wunsch nach Deckung des Täters, die Angst vor übermäßigem Zeitaufwand oder Schwierigkeiten mit der Polizei und schließlich der zu geringe Schaden. Die zahlreichen einschlägigen Untersuchungen, insbesondere Opferbefragungen im Rahmen der Dunkelfeldforschung, geben wenig Aufschluß über eine schichtenspezifische Selektion beim Anzeigeverhalten. Einzelstudien belegen aber, daß z. B. Gastarbeiter beim Ladendiebstahl häufiger angezeigt werden als andere²⁷⁰. Auch der weitere Sanktionierungsprozeß wird erheblich von der Person des Opfers beeinflusst. Dabei sind insbesondere sein gesellschaftlicher Status, seine Glaubwürdigkeit und eine Mitschuld von Bedeutung. Auch insoweit lassen sich die Zusammenhänge aber nicht auf den einfachen Nenner bringen, daß ein niedriger Status des Opfers auch mit geringerer Intensität der Strafverfolgung einhergeht.

In der Bundesrepublik müssen Polizei und Justiz jährlich etwa vier Millionen Strafanzeigen behandeln. Am Ende stehen fast 800 000 Verurteilungen. Allein die begrenzte Kapazität zwingt Polizei und Justiz dazu, die Mehrzahl der Anzeigen fallen zu lassen. Besonders im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität befinden sich die offiziellen Instanzen wegen des massenhaften Anfalls einem ständigen **Zwang zur selektiven Strafverfolgung** ausgesetzt. Zugleich haben sie hier rechtlich und faktisch die größten Ermessensspielräume, rechtlich, weil das Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO für diesen Bereich viele Ausnahmen hat, faktisch, weil sie hier weniger unter Beobachtung der Öffentlichkeit stehen. Ausgefiltert werden in erster Linie diejenigen Fälle, bei denen die Überführung eines Täters Schwierigkeiten bereitet. Aber dieser Maßstab läßt viel Spielraum, ebenso der Gesichtspunkt der Geringfügigkeit. In einer Reihe empirischer Untersuchungen ist eindrucksvoll beschrieben worden, wie die Polizei diesen Handlungsspielraum weitgehend nach rechtlich nicht

²⁷⁰ Rolf Stephani, Die Wegnahme von Waren in Selbstbedienungsgeschäften durch Kunden, Bern 1968; Erhard Blankenburg, Die Selektivität rechtlicher Sanktionen. Eine empirische Untersuchung von Ladendiebstählen, in: Friedrichs, Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens, 1973, 141 ff.

vorgesehenen Kriterien ausfüllt²⁷¹. Dabei spielen nicht zuletzt auch Verdachts- und Legitimitätsgesichtspunkte eine Rolle, die die Aktivitäten auf die unteren sozialen Schichten konzentrieren. Hinzu kommt, daß diese sich weniger wehren, häufiger gestehen und sich seltener mit Anwaltsunterstützung verteidigen. Das alles zusammen wirkt durchaus im Sinne einer selektiven Strafverfolgung. Dagegen hat eine Untersuchung von *Blankenburg/Sessar* und *Steffen*²⁷² beinahe wider Erwarten keinen Beleg dafür gebracht, daß auch die Staatsanwaltschaft ihre Verfolgungspraxis an rechtlich irrelevanten Persönlichkeitsmerkmalen ausrichtet. Die Erklärung liegt wohl darin, daß die Staatsanwaltschaft sich weitgehend auf die Ermittlungen der Polizei verläßt und nur an Hand der Akten arbeitet. Aus den Akten ergeben sich allerdings die Vorstrafen eines Beschuldigten. Daher haben die Vorbestraften auch eine höhere Chance, angeklagt zu werden. Bei den Gerichten wiederum scheint sich eine schichtenspezifische Strafverfolgung in erster Linie bei der Strafzumessung abzuspielen²⁷³.

b) Sekundäre Abweichung

Ein zweites Problem, auf das die Labeling-Theorie aufmerksam macht, ist die erst durch den Sanktionsprozeß induzierte sekundäre Abweichung. Der Sanktionsmechanismus kann nicht nur den Falschen, juristisch gesprochen, den Unschuldigen, treffen. Er kann auch vorhandene Abweichungen verstärken und im Extremfall sogar erst hervorrufen. So ist es fraglos möglich, daß ein gar nicht oder zunächst nur einmalig Krimineller in den Strafvollzug kommt und durch die damit verbundene **Stigmatisierung** als vorbestraft die Chance verliert, in ein konventionelles Leben zurückzukehren.

c) Abweichende Rollen

Ein drittes Problem, das mit dem Schema von Norm, Abweichung und Sanktion nicht mehr voll erfaßt werden kann, ergibt sich aus der Beobachtung abweichender Rollen, mit denen überhaupt keine vorgängigen, abweichenden Verhaltensweisen verbunden sind, sondern von deren Trägern lediglich vermutet wird, daß sie sich in irgendeiner diffusen Weise abweichend verhalten werden. Solche diskriminierenden Vermutungen waren oder sind besonders die Minderheiten ausgesetzt: Neger, Juden,

²⁷¹ *Feest/Blankenburg*, Die Definitionsmacht der Polizei, 1972.

²⁷² *Blankenburg/Sessar/Steffen*, Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1978.

²⁷³ Dazu *Leodolter*, Das Sprachverhalten von Angeklagten bei Gericht, 1975; *Opp/Peuckert*, Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung, 1971; vgl. auch *Peters*, Richter im Dienste der Macht, 1973; *Gerd Winter/Karl F. Schumann*, Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, zugleich ein Beitrag zur Frage des rechtlichen Gehörs, *JbRSoz3*, 1972, 529-553.

Aussätzige, Fremdarbeiter, Nichteheliche, Blinde, Rothaarige, Obdachlose, Alte usw.. Sie ziehen diskriminierende Vorstellungen auf sich, die sich zu hoher kommunikativer Prägnanz verfestigen und dadurch gegen Einwände immun werden: Rothaarige sind falsch, Juden sind gerissen, Zigeuner stehlen, alte Menschen sind verkalkt. Die Vorstellung einer Kommune löst bei manchen Menschen Assoziationen aus wie dreckig, Rauschgift, Promiskuität. In allen diesen Fällen liegt primär gar kein abweichendes Verhalten vor, auf das reagiert würde, sondern es bestehen lediglich Einstellungen zu Personen oder Rollen, die eine mehr oder weniger spezifische Erwartungshaltung in Richtung auf abweichendes Verhalten begründen. Teilweise, etwa im Beispiel der Kommune, liegt zwar abweichendes Verhalten vor, nämlich von den Normen des familiären Zusammenlebens. Es werden jedoch keine spezifisch gegen diese Abweichung gerichteten Sanktionen verhängt, sondern es findet ein Transfer derart statt, daß man mit der primären Abweichung die Erwartung weiteren, ganz anders gearteten abweichenden Verhaltens verbindet. Die Wirkung - hier hat die Labeling-Theorie ihr eigentliches Erklärungsgebiet - ist eine Überhäufung mit sanktionsgleich wirkenden Benachteiligungen ohne vorgängige Regelverletzung. Farbige finden keine Arbeit, Gastarbeiter keine Wohnung, Alte oder Behinderte keinen sozialen Kontakt. Aber auch als Reaktion auf vorgängige Abweichung gedachte Sanktionen ziehen derart **diskriminierte Minderheiten** in verstärktem Maße auf sich, weil sie sich sozusagen in einer permanenten Verdachtssituation befinden. Und schließlich kann die andauernde Stigmatisierung auch dazu führen, daß das betroffene Individuum oder die Gruppe in ihrem Selbstbild allmählich so deformiert wird, daß sie die ihnen zugemutete Rolle übernehmen und sich tatsächlich abweichend verhalten.

III. Die »harte« Labeling-Theorie

Es ist eigentlich überraschend, daß viele Vertreter der Labeling-Theorie ihr Interesse so sehr auf den Vorgang der Sanktionierung konzentrieren. Sie könnten nämlich viel tiefer ansetzen bei der Relativitätsthese abweichenden Verhaltens, die besagt, daß jedes Verhalten die gleiche Sanktionswahrscheinlichkeit habe, da es kaum irgendeine Art sozialen Verhaltens gibt, die nicht zu irgendeiner Zeit oder in irgendeiner Gesellschaft als abweichend bezeichnet wurde. Tatsächlich vertritt die sogenannte harte Labeling-Theorie die These, daß nicht erst die Sanktionen von den »Herrschenden« verteilt, sondern daß schon die Normen von ihnen formuliert und durchgesetzt werden. Normen wären dann nur Mittel zur Sicherung und Festigung von Herrschaft; als deviant würden von den Mächtigen alle Verhaltensweisen eingestuft, die ihre Stellung gefährden oder ihren Interessen zuwiderlaufen könnten.

Für die Rechtssoziologie handelt es sich um eine aufregende These, weil sich, anders als bei außerrechtlichen Normen, die rechtsnormsetzenden Stellen leicht identifizieren lassen und weil eine Affinität des Rechtssetzungsapparats zu den Machtzent-

ren der Gesellschaft nicht zu übersehen ist. Der Verdacht, daß die Herrschenden sich der Gesetzgebung, der Verwaltung und auch der Rechtsprechung bedienen, um die Setzung oder Auslegung von Normen in ihrem Interesse zu beeinflussen, war schon immer virulent, so, wenn im Reichstag bei der Beratung des § 826 BGB geltend gemacht wurde, die guten Sitten der Richter seien nur diejenigen der herrschenden Klasse. Es lassen sich in der Geschichte der Gesetzgebung auch unschwer Beispiele für solche Interessentenjurisprudenz ausmachen²⁷⁴. Das Problem liegt in der Radikalität, mit der die Anhänger der harten Labeling-Theorie ihre These vertreten, daß Normen schlechthin das Herrschaftsinstrument einer bestimmten Klasse seien. Einzelbeispiele beweisen hier wenig, selbst wenn man berücksichtigt, daß eine systematische **Verzerrung der Normsetzung im Interesse bestimmter Gruppen** empirisch schwerer greifbar ist als der entsprechende Vorgang im Bereich der Sanktionierung.

Die Bedingungen, den Mechanismus der Rechtssetzung zur Durchsetzung von Machtinteressen zu nutzen, haben sich im Laufe der Geschichte verändert. In den traditionell geprägten Frühzeiten menschlicher Gesellschaft waren sie vermutlich gering. Über fast zwei Jahrtausende vormoderner Staatlichkeit waren dagegen die Mächtigen und die Normgeber so sehr identisch, daß die Nutzung von Normgebung zur Befestigung von Herrschaft als wahrscheinlich anzunehmen ist. Der seit der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und der französischen Revolution einsetzende Demokratisierungsprozeß hat aber dazu geführt, daß die ungebrochene Durchsetzung bestimmter Interessen mit Hilfe von Rechtsnormen schwierig geworden ist. Schon die Identifizierung der Herrschenden bereitet in einer pluralistischen Gesellschaft westlicher Prägung erhebliche Probleme. Die normgebenden Stellen haben sich in Gestalt von Parlamenten, Ministerialbürokratien und Gerichten organisatorisch verselbständigt. Sie sind nicht unbedingt mit den Herrschenden identisch. Auch wenn hier Überschneidungen und Möglichkeiten der Einflußnahme bestehen, entwickeln diese Organisationen doch eine Eigendynamik oder **Autonomie**, die sich nicht einfach von außen steuern läßt. Normgebung muß nicht nur auf die öffentliche Meinung Rücksicht nehmen. Jedenfalls in den westlichen Demokratien kann sie auch von der Basis her beeinflußt werden. Daneben bewahren Normen in erheblichem Umfang **traditionelle Elemente**, z. B. religiöser Art, die den Interessen der Herrschenden dienen können, aber nicht müssen, andererseits aber auch nicht zur Disposition stehen. Ein Grundbestand von Normen scheint für die Integration einer bestimmten Gesellschaft unentbehrlich zu sein. Es ist nicht zu erkennen, warum die Herrschenden ein spezifisches Interesse daran haben sollten, etwa die große Zahl der Delikte im Straßenverkehr, aber auch Mord und Vergewaltigung, Heroingenuß oder

²⁷⁴ Den Versuch, auch eine so grundlegende Vorschrift wie das Diebstahlsverbot auf Herrschaftsinteressen zurückzuführen, unternimmt *Hans Haferkamp*, Politische Herrschaft und Diebstahlsverbot, in *Albrecht/Brusten*, Soziale Probleme und soziale Kontrolle, 1982, 210-226.

massive Geistesstörung als abweichend zu definieren. Die offene und gezielte Planung gesellschaftlicher Zustände scheitert immer wieder im Gestrüpp der unbeabsichtigten Nebenfolgen. Um so mehr ist anzunehmen, daß die latente Sicherung von Interessen durch Normsetzung allenfalls punktuell wirksam ist.

Unter diesen Umständen kann man nicht behaupten, daß alle Normsetzung und Sanktionstätigkeit einer Gesellschaft von den Interessen der Herrschenden geleitet werde, und annehmen, man brauche lediglich Herrschaftsstrukturen abzubauen, um das Phänomen abweichenden Verhaltens auszuräumen. Die harte Version des Labeling-Ansatzes ist letztlich nur eine **andere theoretische Verpackung des Klassenjustizarguments** (dazu §§ 2, 4; 42, 2). Das ändert nichts daran, daß interessengeleitete Normgebung und systematisch verzerrte Sanktionstätigkeit einen Problemkreis bezeichnen, dem empirisch nachzugehen sich immer wieder lohnt. Die Tätigkeit des Sanktionsapparates ist denn auch längst Gegenstand empirischer Untersuchungen gewesen, die den Verdacht einer systematisch gegen die Unterschichten gerichteten Verzerrung bis zu einem gewissen Grade bestätigt haben. Man darf diese Ergebnisse nur nicht im Sinne einer Art Verschwörungstheorie verstehen derart, daß die oberen Schichten der Gesellschaft intentional zum Nachteil der Unterschichten handeln. Vielmehr folgt aus der Struktur einer geschichteten Gesellschaft beinahe automatisch, daß sich die schlechter Gestellten eher im Getriebe des Sanktionsmechanismus verfangen, der hauptsächlich von den Mittelschichten in Gang gehalten wird, die selbst mit ihm umzugehen und ihm eher auszuweichen wissen. Der Vorgang der Normgebung ist dagegen so komplex, daß hier kaum mehr als Einzelfallstudien möglich sind, die von Fall zu Fall bestimmte Interessenten identifizieren und ihren Einfluß auf den Normierungsvorgang beschreiben. Studien der modernen Gesetzgebung werden allerdings in erster Linie enthüllen, wie vielfach Einflußnahme versucht wird, aber entweder gar nicht oder nur gebrochen zum Zuge kommt.

§ 35 Schuldbeitreibung als Kontrolle abweichenden Verhaltens

Literatur: *Adler/Wozniak*, The Origins and Consequences of Default, 1981; *Caplovitz*, Consumers in Trouble: A Study of Debtors in Default, 1974; *Hoene*, Präventiver Kreditschutz und Zwangsvollstreckung durch Private, 1971; *Holzschbeck/Hörmann/Daviter*, Die Praxis des Konsumentencredits in der Bundesrepublik Deutschland, 1982; *Jacob*, Debtors in Court, 1969; *Kagan*, The Routinization of Debt Collection, LSR 18, 1984, 323 ff.; *Ramsay* (Hrsg.), Debtors and Creditors, 1986; *Rock*, Making People Pay, 1973; *Röhl*, Schuldbeitreibung als Kontrolle abweichenden Verhaltens, ZfRSoz 4, 1983, 1 ff.

I. Umfang und Bedeutung der Schuldbeitreibung

Abweichendes Verhalten wird oft mit Kriminalität gleichgesetzt. Deshalb soll hier am Beispiel der Verschuldung gezeigt werden, wie sich ein Sachverhalt als abweichendes Verhalten analysieren läßt, der mit Kriminalität auf den ersten Blick wenig gemeinsam hat. Die Verschuldung ist eine eher **passive Abweichung**, und sie zeichnet sich durch eine geringe Sichtbarkeit aus. Das ist wohl der Grund dafür, daß sie bisher kaum als Form abweichenden Verhaltens in das Bewußtsein von Wissenschaft und Öffentlichkeit gedrungen ist, obwohl ihr massenhaftes Vorkommen und die große Eindringtiefe der Beitreibungsmaßnahmen Verschuldung und Schuldbeitreibung in ihrer sozialen Bedeutung in die Nähe der strafrechtlichen Sozialkontrolle rücken. Allein im gerichtlichen Mahnverfahren entstehen jährlich über 3,5 Mill. Vollstreckungstitel. Ein solcher Titel berechtigt den Gläubiger, durch den Gerichtsvollzieher die bewegliche Habe des Schuldners wegzunehmen und versteigern zu lassen, seinen Lohn oder andere Forderungen zu pfänden, etwa vorhandene Immobilien zu verwerten und den Schuldner nach erfolgloser Vollstreckung durch Androhung von Haft zu einer eidesstattlichen Versicherung über seine Vermögensverhältnisse (früher Offenbarungseid) zu zwingen.

Zwangseingriffe von solcher Intensität und mit ähnlich gravierenden Konsequenzen für die Betroffenen kommen sonst nur im Strafrecht vor. Etwa 3000 Gerichtsvollzieher erledigen **jährlich sechs Millionen Vollstreckungsaufträge**, mit denen sie weit über eine Milliarde Mark betreiben. Die Zahl der von den Amtsgerichten ausgebrachten Lohnpfändungen kann man an Hand einiger Eckdaten der Rechtspflegestatistik auf eine Million schätzen. Höher als eine Million liegt jedes Jahr die Zahl der Verfahren zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen, in denen fast eine Million Haftanordnungen ergehen, die freilich nur selten vollzogen werden. Daneben nimmt sich die Zahl der strafgerichtlichen Verurteilungen, die erheblich unter der Millionengrenze liegt, beinahe bescheiden aus. Erst wenn man die ungezählten Buß- und Ordnungsgeldverfahren hinzunimmt, stellt sich ein Gleichgewicht ein. Zwar sind Strafurteile, mindestens wenn sie auf Freiheitsstrafe lauten, weitaus schwerwiegender als Vollstreckungstitel über eine Geldschuld. Doch abgesehen da-

von, daß auch die Mehrzahl der Strafverfahren nur mit Geldstrafen, Bußzahlungen und Kosten endet, bleibt doch das Zahlenverhältnis so eindrucksvoll, daß man die **Schuldbeitreibung in ihrer sozialen Bedeutung mit der Strafverfolgung vergleichen** kann.

II. Die Instanzen der Schuldbeitreibung

Als **offizielle Instanzen** der Schuldbeitreibung kommen die Gerichte und die ausführenden Vollstreckungsorgane in Betracht. Die Gerichte haben dabei eine Doppelfunktion, die sich aus der Unterscheidung von Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren ergibt. Jede Beitreibungsmaßnahme setzt zunächst den juristisch so genannten Titel voraus, eine Urkunde, die das Bestehen der Schuld feststellt und den Gläubiger ermächtigt, die Hilfe staatlicher Instanzen bei der Durchsetzung seiner Forderung in Anspruch zu nehmen. Die große Mehrzahl der Schuldner wehrt sich jedoch nicht gegen die gerichtliche Feststellung der Forderung. Für sie tritt an die Stelle des normalen Prozesses das formularmäßig ablaufende Mahnverfahren. Zwar muß nach dem Vorliegen eines Titels nicht automatisch die Zwangsvollstreckung einsetzen. Der Schuldner kann auch jetzt noch zahlen oder sich mit dem Gläubiger einigen. Aber der Gläubiger hat nunmehr prinzipiell das Recht, die Hilfe staatlicher Vollstreckungsorgane in Anspruch zu nehmen.

Herr des Verfahrens auch der offiziellen Instanzen ist der Gläubiger. Er leitet durch seinen Antrag das Verfahren ein, und er allein kann es wieder anhalten. Darin liegt ein wichtiger Unterschied zur strafrechtlichen Sozialkontrolle, die den Normbenefiziar, das Opfer der Tat, in die unbedeutende Rolle des Anzeigerstatters oder des Zeugen verweist. Die Verfahrensherrschaft des Gläubigers ermöglicht eine Außenkontrolle der Instanzen. Da Gerichte und Vollstreckungsorgane nur über verhältnismäßig geringe Ermessensspielräume verfügen, können sie kaum nach eigenen, informellen Kriterien bei bestimmten Gläubiger- oder Schuldnergruppen oder Forderungsarten besonders intensiv oder besonders restriktiv vorgehen. Das alles hat zur Folge, daß die im Strafverfahren vielfach bemerkten und untersuchten Rekrutierungseffekte im offiziellen Schuldbeitreibungsverfahren kaum Bedeutung haben.

Als **nicht-offizielle Instanzen der Schuldbeitreibung** sind Kreditschutzorganisationen, Inkassobüros und die Rechtsanwaltschaft zu nennen. Zu denken ist auch daran, daß Großgläubiger (Versandhäuser, Teilzahlungsbanken, Versicherungen u.a.) eigene Rechts- oder Mahnabteilungen unterhalten, die so durchorganisiert sind, daß sie weitgehend selbständig agieren. Sie alle verfügen über erprobte Routinen zur Einwirkung auf den Schuldner. Es handelt sich in erster Linie um eine Serie von abgestuften Mahnungen, denen sich die Kündigung des Kredits und schließlich das gerichtliche Mahnverfahren anschließt. Heute wird das Bild der Schuldbeitreibung bei allen größeren Gläubigern weithin durch die Möglichkeiten der Datenverarbei-

tung bestimmt. Folge dieser Technisierung der Wirtschaftsbürokratie ist ein hohes Maß von Rechtsförmigkeit. Es bleibt kein Raum für harte, auf Drohung oder Gewalt zurückgreifende Beitreibungsversuche, wie sie auch in neuerer Zeit in den USA noch vorkamen. Eine große Rolle spielt dagegen die Verwertung von Sicherheiten, also z. B. die Offenlegung einer Lohnabtretung gegenüber dem Arbeitgeber oder die Einforderung eines zur Sicherheit übereigneten Kraftfahrzeugs. Solche Maßnahmen haben zwar rechtlich und wirtschaftlich betrachtet nur restitutive Funktion, haben auf den Schuldner aber doch eine darüber hinausgehende, sanktionsgleiche Wirkung, nicht zuletzt deshalb, weil sie Dritte auf seine Lage aufmerksam werden lassen.

III. Gläubiger und Schuldner

Wer sind die Gläubiger, die die Schuldbeitreibung so dominieren? Nach der Stuttgarter Untersuchung zur Vorbereitung der Automation des Mahnverfahrens aus dem Jahre 1974²⁷⁵ wurden 76 % aller Mahnbescheide von korporativen Akteuren beantragt, 20 % von kleineren Geschäftsleuten, Handwerkern oder Freiberuflern und nur 4 % von Privatleuten. 64 % aller Anträge stammten von Gläubigern, die jährlich mehr als 100 Mahnverfahren einleiteten. Man kann davon ausgehen, daß die Schuldbeitreibung, stärker noch als bisher schon vom streitigen Zivilprozeß bekannt (§ 55, 1), von korporativen Akteuren bestimmt wird. Sie formen eine Wirtschaftsbürokratie, die sich aus der Sicht der Schuldner von der staatlichen, mit der sie sich verbündet, wenig unterscheidet.

Diesen Gläubigern steht ein **Millionenheer von individuellen Schuldnern** gegenüber, dessen Gesamtzahl sich nicht einmal schätzen läßt. Etwa die Hälfte aller Haushalte ist verschuldet. Diejenigen, die in Verzug geraten, sind häufiger Hauptschüler, ungelernete oder angelernte Arbeiter, sind jünger und kommen häufiger aus der untersten Einkommensgruppe als der Durchschnittsschuldner. Für einen demographischen Vergleich mit Straffälligen fehlen hinreichende Daten. Es besteht der Eindruck, daß Schuldner älter sind als Straffällige und häufiger über einen eigenen Hausstand verfügen. Frauen scheinen unter ihnen ebenso unterrepräsentiert zu sein wie unter den Kriminellen. Rekrutierungseffekte sind weniger bei der Schuldbeitreibung als vielmehr schon bei der Kreditaufnahme zu beobachten. Dieser Vorgang wird freilich von gegenläufigen Tendenzen bestimmt. Einerseits werden besonders Personen aus den unteren Schichten, die für Verzug anfällig sind, von den Kreditangeboten angelockt. Andererseits versuchen Gläubiger bei der Kreditvergabe, gerade solche Personen als Schuldner abzulehnen. Sie gleichen ein wenig dem Bierbrauer, der den Alkoholismus bekämpfen möchte. Die Folge ist jedoch, daß unter der gro-

²⁷⁵ Soll-Konzept Automation des Mahnverfahrens, hrsg. vom Justizministerium Baden-Württemberg, Berlin 1974.

Ben Gruppe der verschuldeten Konsumenten die Angehörigen von Randgruppen fehlen, die einen erheblichen Teil der Kriminellen bilden.

IV. Verschuldung und Kriminalität

a) Die Entkriminalisierung des Schuldrechts

Grundsätzlich steht die bloße Nichtzahlung von Schulden im modernen Recht nicht unter Strafe. Ein Blick in die Rechtsgeschichte zeigt, daß dieser Zustand nicht selbstverständlich ist. Bei einem Delikt (Missetat) waren Ersatzleistung und Strafe in älterer Zeit ohnehin nicht voneinander zu trennen. Die Schadensersatzpflicht des Schädigers trug strafrechtlichen Charakter. Die Kriminalisierung von Darlehnsforderungen scheint geradezu eine Schlüsselrolle bei der Entstehung des Rechts gespielt zu haben. Bis in die fränkische Zeit bedeutete aber auch die Nichterfüllung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung eine rechtswidrige Handlung des Schuldners, die strafrechtliche Haftung zur Folge hatte, nämlich Friedloslegung und Schuldhaft. Mit der Zeit wurde die Schuldknechtschaft dahin abgemildert, daß der Schuldner seine Schuld bezahlen oder sogar abverdienen konnte. Mit dem Ausgang des Mittelalters war die Entkriminalisierung des Schuldrechts erreicht²⁷⁶.

Eine neue Entwicklung, die Verschuldung und Strafe wieder zusammenbringt, zeigt sich im **Wirtschaftsstrafrecht**. Eine ganze Reihe von Straftatbeständen ist dazu bestimmt, präventiv und repressiv die (Unternehmens-) Verschuldung zu bekämpfen. Es handelt sich vor allem um die sogenannten Insolvenzdelikte, für die als Täter regelmäßig nur die Agenten korporativer Akteure in Betracht kommen. Ein spezieller Bereich, in dem mit einer Fiktion praktisch doch die Strafbarkeit bloßer Nichtzahlung erreicht wird, ist die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuern durch den Arbeitgeber. Hier wird es so angesehen, als hätte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Bruttolohn zunächst auf den Tisch gelegt, dann aber die von ihm abzuführenden Abgaben zurückgenommen und unterschlagen. Tatsächlich haben die Mittel des Arbeitgebers nur noch zur Zahlung des Nettolohns gereicht, oder er hat die Abgaben aus anderen Gründen solange nicht bezahlt, bis es den zuständigen Stellen aufgefallen ist. Finanzämter und Krankenkassen zögern in diesen Fällen auch nicht mit Strafanzeigen. Man darf die Ausweitung der Insolvenzdelikte aber nicht einfach als Re-Kriminalisierung der Verschuldung verstehen. Es handelt sich hier um eine Konkretisierung von Betrugsdelikten und Vorbereitungshandlungen dazu, die auf das White Collar Crime zielen, und damit um eine durchaus neuartige Entwicklung.

²⁷⁶ Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, 44 f., 164 f.; Madeleine Löjmark, The Debtor as Criminal, Skandinavian Studies in Law 23, 1981, 109-129.

b) Schuldner und Kriminelle

Wenngleich Schuldnerverzug als solcher nicht strafbar ist, können in derselben Person doch Verschuldung und Kriminalität zusammentreffen. Für die Vermutung, daß Schuldner zugleich Kriminelle sein oder werden könnten, gibt es jedoch keine Bestätigung. Beim Konsumentenkredit geben Haft und Straffälligkeit nur in 5 % der Fälle den Grund für den Zahlungsverzug ab (Holzscheck u. a., S. 284). Auch als sekundäre Form der Devianz ist Kriminalität bei Schuldnern kaum anzutreffen. Es gibt also keine Anzeichen dafür, daß Schuldner sich verstärkt kriminell betätigen, um ihre Notlage aufzubessern. Umgekehrt ist dagegen eine kriminelle Karriere typisch auch mit einer **Schuldnerkarriere** verbunden. Fast alle Strafgefangenen sind schwer verschuldet²⁷⁷. Eine kriminelle Karriere beginnt oft in früher Jugend. Sie kann in eine Schuldnerkarriere münden, da sie die Chance zerstört, als funktionierendes Wirtschaftssubjekt akzeptiert zu werden. Eine Schuldnerkarriere beginnt aus rechtlichen Gründen in der Regel erst mit Eintritt der Volljährigkeit. Sie kann in eine kriminelle Karriere übergehen, wenn dem Schuldner der legale Zugang zu Einkommen und Kredit versperrt wird. Hier kommt der gesamte Bereich der Vermögensdelikte in Betracht. Das deutsche Strafrecht kennt auch eine Reihe von Delikten im Zusammenhang mit der Schuldbeitreibung, nämlich Verstrickungs- oder Siegelbruch (§ 136 StGB), die Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB) und die Pfandkehr (§ 289 StGB). Ferner ist im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung an Widerstandsdelikte zu denken. Schließlich kommt eine Bestrafung bei Abgabe einer falschen eidestattlichen Versicherung in Betracht. Solche Kriminalität ist indessen keine typische sekundäre Abweichung von Schuldnern. Ein gewisser Widerstand gegen Schuldbeitreibungsmaßnahmen ist eher bei Kriminellen anzutreffen, die sich nicht selten eher planmäßig der Beitreibung durch häufigen Wechsel der Wohnung und des Arbeitsplatzes zu entziehen versuchen²⁷⁸. Und noch ein Unterschied ist bemerkenswert. Die kriminelle Karriere beginnt und verläuft häufig in einer kriminellen Subkultur. Dagegen läßt sich ein ähnlicher Gruppenzusammenhang in der Schuldnerpopulation nicht ausmachen.

c) Die Austauschbarkeit von Strafverfolgung und Schuldbeitreibung

Mit dem Konzept der sozialen Kontrolle verbindet sich die Vorstellung einer breiten Austauschbarkeit der Träger, der Strategien und der Sanktionen. Obwohl die Nichtzahlung von Schulden als solche nicht unter Strafe steht, sind Schuldbeitreibung und Strafverfolgung doch bis zu einem gewissen Grade auswechselbar, wenn der Schuld-

²⁷⁷ *Adelheid Kühne*, Die Schuldensituation bei Strafgefangenen, in: *Hans-DieterSchwind/Gernot Steinbülper* (Hrsg.), Modelle zur Kriminalitätsvorbeugung und Resozialisierung, Heidelberg 1982, 203-217

²⁷⁸ *Göppinger*, Kriminologie, 4. Aufl. 1980, 307.

grund zugleich eine strafbare Handlung darstellt. Manche Gläubiger versuchen daher, ihre Forderungen durch Strafanzeigen beizutreiben, weil das von Amts wegen betriebene Strafverfahren ihnen die Last weiterer Prozeßführung abnimmt und weil sie erwarten, daß strafrechtliche Sanktionen wirksamer sein könnten als die im Zivilrecht verfügbaren Zwangsmittel. Im Zusammenhang mit der Verbraucherverschuldung kommt als Delikt praktisch nur der sogenannte Eingehungsbetrug in Betracht, d. h. eine Täuschung des Lieferanten oder Kreditgebers darüber, daß man in der Lage und Willens ist, die übernommenen Verpflichtungen künftig zu erfüllen. Die Täuschung kann in falschen Angaben über das Einkommen, vorhandene Sicherheiten oder anderweitige Schulden bestehen. Bei den professionellen Gläubigern spielt die Strafanzeige oder auch nur die Drohung damit praktisch keine große Rolle. Ihnen bereitet das zivilrechtliche Verfahren der Schuldbeitreibung keine Mühe, und sie kalkulieren wohl auch realistisch, daß eine Strafverfolgung erst recht die Chance zerstört, vom Schuldner Geld zu erhalten. Wahrscheinlich sind es viel eher private Gläubiger, die sich der Strafanzeige zur Schuldbeitreibung bedienen. Schuldgrund können pönalisierte unerlaubte Handlungen i. S. der §§ 823 ff. BGB sein, von Verkehrsunfällen über Sachbeschädigung und Körperverletzung bis hin zu Diebstahl und Betrug. Eine anscheinend häufiger genutzte Möglichkeit für private Gläubiger, den Staatsanwalt zur Schuldbeitreibung in Marsch zusetzen, bietet der Tatbestand des § 170 b StGB. Danach wird bestraft, wer sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht.

V. Die sanktionierten Normen

Es ist nicht einfach, die maßgeblichen Normen aufzufinden, auf deren Kontrolle Schuldbeitreibung abzielt, denn anders als regelmäßig bei der Strafverfolgung löst nicht ein punktueller äußerer Vorgang, sondern ein Zustand, die fortdauernde Nichtbezahlung von Schulden, Beitreibungsmaßnahmen aus. Die **Verbraucherverschuldung** selbst ist heute ein **gesellschaftlich akzeptiertes** und teilweise sogar gefordertes **Normalverhalten**. Die weitaus überwiegende Zahl der Haushalte passiert irgendwann einmal das Stadium der Verschuldung. Dennoch bleibt die Bewertung der Verbraucherverschuldung ambivalent: Es ist besser, keine Schulden zu haben; in jedem Fall ist Verschuldung riskant. Aber nicht mehr viele halten es mit *Benjamin Franklin*: »It is better to go in bed supperless than to run in debt for breakfast.«

Die rechtliche Bewertung der Verschuldung enthält sich eines moralischen Vorwurfs. Die Kehrseite besteht darin, daß das Recht in § 279 BGB von einer Art **Erfolgshaftung für die Erfüllung von Geldschulden** ausgeht²⁷⁹. Die verfügbaren Sanktionen sind ausschließlich restitutiv gedacht. Man kann immer noch zahlen und

²⁷⁹ Dazu kritisch *Udo Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied/Darmstadt 1979.

damit alle Rechtsfolgen der Verschuldung ausräumen. Selbst die Eintragung im Schuldnerverzeichnis wird nach Befriedigung der Gläubiger gelöscht. Die gesellschaftliche Bewertung der Verschuldung stimmt mit der rechtlichen allerdings nicht überein. Kreditaufnahme fordert vom Schuldner eine langfristige Prognose. Wer dabei nicht erfolgreich ist, begegnet nicht selten einem moralischen Vorwurf, der freilich typisch erst nachträglich formuliert wird und der damit eher Legitimationsfunktion für die Sanktionierung des Schuldners hat denn Bedeutung als Verhaltensnorm. Dabei schwankt das Publikum noch stärker als der Gesetzgeber hin und her, ob dem Schuldner oder dem Gläubiger die größere Verantwortung beizumessen ist.

Geht man davon aus, daß eine gesamtgesellschaftlich akzeptierte Norm die Bezahlung rechtlich anerkannter Schulden fordert, so handelt es sich bei Abweichungen doch nicht um eine Auflehnung gegen solche Zahlungsmoral. Alle Untersuchungen zeigen übereinstimmend, daß **der typische Schuldner kein vorsätzlicher Betrüger** ist, sondern die moralische Verpflichtung fühlt, seine Schulden zu bezahlen. Fast jeder vermag objektive Gründe für seinen Verzug zu nennen, insbesondere den Verlust des Arbeitsplatzes, Krankheit oder Unfall, Trennung oder Ehescheidung und die Erhöhung von Miet- oder Nebenkosten. Die Abweichung des Schuldner läßt sich nicht auf einen singulären Normverstoß zurückführen. Sie beginnt damit, daß er sich in seinem Konsumverhalten nicht seinem sozialen Status entsprechend einrichtet, und endet damit, daß er versäumt, die Kommunikation mit dem Gläubiger und der Justizbürokratie aufrechtzuerhalten.

Nach dem juristischen Selbstverständnis wären Schuldbeitreibungsmaßnahmen, wie das Zivilrecht überhaupt, als restitutives Recht im Sinne *Durkheims* (§ 4) zu verstehen. Aber ähnlich wie auch sonst im materiellen Zivilrecht, z. B. in der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes, ein **Repressionsüberschuß** auszumachen ist, läßt sich auch die Schuldbeitreibung teilweise nur als Repression verstehen. Während das Recht restitativ orientiert ist, legen Gläubiger und die Agenten der Schuldbeitreibung gegenüber den Schuldner eine repressive Einstellung an den Tag. Die gerichtlichen Maßnahmen zur Zwangsbeitreibung sind unter dem Aspekt der Restitution so erfolglos, daß nur der Präventionszweck die konsequente Einleitung der Zwangsvollstreckung erklären kann. Die Großgläubiger haben dabei wohl Prävention durch Repression im Sinn.

Einzelne Zwangsbeitreibungsmaßnahmen sind dagegen nicht so einfach in die Dreiteilung von Prävention, Restitution und Repression einzuordnen. Am besten läßt sich noch die Lohnpfändung nach Intention und Wirkung als Restitution charakterisieren, mag sie auch vom Schuldner als repressiv empfunden werden. Der Gerichtsvollzieher kann seine vom Gesetz ihm zugeordnete restitutive Aufgabe, den Gläubiger aus dem Erlös der zwangsweisen Verwertung der beweglichen Habe des Schuldners zu befriedigen, nur begrenzt erfüllen. Er findet überwiegend nur gebrauchten Hausrat vor, für den kein Markt existiert, so daß der erzielbare Erlös in keinem Verhältnis

zu den Anschaffungskosten des Schuldners steht. Die Pfändung wird dadurch zu einem Druckmittel, um den Schuldner bei Gefahr unverhältnismäßiger Verluste zur Bezahlung seiner Schuld zu bewegen. Die Offenbarungsversicherung, zu der der Gläubiger den Schuldner nach erfolglos versuchter Pfändung vor Gericht laden kann, soll ihm Kenntnis von etwa noch vorhandenen Vermögenswerten des Schuldners verschaffen und ist insoweit restitativ gedacht. Sie erfüllt diesen Zweck indessen kaum und erweist sich damit gleichfalls als ein repressives Druckmittel in der Hand des Gläubigers. Als solches eignet sich dieses Verfahren insbesondere deshalb, weil es durch Haft erzwungen werden kann und stets die Eintragung in dem beim Amtsgericht geführten Schuldnerverzeichnis nach sich zieht. Prävention ist auch der erklärte Zweck der Kreditschutzorganisationen. Sie führen Listen mit Positiv- und Negativmerkmalen der Schuldner. Man kann diesen Listen aber kaum Sanktionscharakter zusprechen, weil der Schuldner normalerweise von ihrer Existenz und den daraus eingeholten Auskünften nichts erfährt, sondern sie allenfalls erahnt und die Konsequenzen spürt. Dennoch bleiben solche Datensammlungen ein wirksames Instrument sozialer Kontrolle.

VI. Die Unauffälligkeit der Schuldbeitreibung

Das Verbrechen ist eine vergleichsweise dramatische, sozial auffällige Abweichung. Der Staat reagiert darauf mit massiver Intervention in einem förmlichen und symbolträchtigen Verfahren. Schuldnerverzug dagegen stellt sich allmählich und unauffällig ein. Die Schuldbeitreibung bleibt privater Initiative überlassen und vollzieht sich als ein bürokratischer Vorgang mit geradezu mechanischer Entscheidungsfindung. Das Strafverfahren wird vom Schuldprinzip gleitet, also von einer indeterministischen Philosophie, die alles Verhalten als von menschlicher Vernunft gesteuert ansieht und daher endogene und exogene Zwänge als Exkulpation akzeptiert. Schuldbeitreibung dagegen steht unter deterministischen Vorzeichen, denn Menschen werden für verpflichtet gehalten, Schulden zu bezahlen ohne Rücksicht auf die Gründe ihres Unvermögens (vgl. § 279 BGB). Freilich sind die **Sanktionen milder und weniger symbolisch beladen**. Der auffälligste Aspekt der Schuldbeitreibung ist die Kultivierung der geringen Sichtbarkeit dieses Prozesses. Es scheint, daß unter den Bedingungen der modernen Gesellschaft die Unsichtbarkeit eines bürokratischen Verfahrens ein funktionales Äquivalent zu den dramatischen und symbolhaltigen Zeremonien darstellt, durch die das traditionelle Strafrecht eine Person aus ihrer normalen Gesellschaftsposition heraus in eine abweichende Rolle und Identität drängt. Es ersetzt aber auch die Verstrickung in das Rollenspiel des Prozesses, die *Luhmann* als Legitimation durch Verfahren geschildert hat.

§ 36 Evaluations- und Implementationsforschung

Literatur: *Bardach*, The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes Law, 1977; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981; *Derlien*, Die Erfolgskontrolle staatlicher Planung, 1976; *ders.*, Implementationsprobleme, Verwaltungsarchiv 75, 1984, 256 ff.; *Hellstern/Wollmann*, Experimentelle Politik, 1983; *dies.*, Handbuch zur Evaluationsforschung, Bd. 1, 1984; Implementation von Gerichtsentscheidungen, JbRSoz 11, 1986; *Lange*, Zur Entwicklung und Methodik der Evaluationsforschung in der BRD, ZfSoziologie 12, 1983, 252 ff.; *Mayntz* (Hrsg.), Implementation politischer Programme, 1980; *dies.* (Hrsg.), Implementation II, 1983; Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzugs JbRSoz 7, 1980; *Steinberg*, Evaluation als neue Form der Kontrolle final programmierter Verwaltungshandeln, Der Staat 15, 1976, 185 ff.; *Wollmann* (Hrsg.), Politik im Dickicht der Bürokratie. Beiträge zur Implementationsforschung, 1980

I. Von der Effektivitätsquote zum Vollzugsdefizit

Die Messung der Effektivitätsquote i. S. *Geigers* (§ 29) ist trotz aller Verfeinerungen zu simpel, um den Gegebenheiten des modernen Rechts Rechnung zu tragen. Sie ist noch an dem Befehlsmodell des Rechts (§ 25, 6a) ausgerichtet, das sich, gezähmt durch den liberalen Rechtsstaat, mit isolierten Eingriffen in Gestalt von Verhaltensnormen begnügte, die unmittelbar an Einzelmenschen adressiert waren. Normen dieser Art finden sich in erster Linie im Strafrecht sowie als Ge- und Verbotsnormen ordnungs-, gewerbe- und wirtschaftsrechtlicher Art. **Der moderne Sozialstaat** gibt sich jedoch mit derart begrenzten Eingriffen nicht mehr zufrieden, sondern **versucht eine weitgehende Regulierung von Strukturen und Prozessen sozialer, ökonomischer und neuerdings auch ökologischer Art**. Er produziert »Kaskaden«²⁸⁰ von Normen und Programmen, die erst im Zusammenwirken von Verwaltungs- und Wirtschaftsbürokratie und individuellen Adressaten mit Leben erfüllt werden müssen. Instrumente staatlicher Regulierung sind neben der mittelbaren Lenkung durch Abgaben und Subventionen Planungs- und Genehmigungsverfahren.

Bis in die siebziger Jahre hinein waren Politik und Rechtswissenschaft voller Vertrauen in die Fähigkeit des Staates zur Regulierung der Gesellschaft. Kontrovers war allenfalls die Frage, ob und wie weit der Staat regulierend eingreifen sollte. Seither sind jedoch die Zweifel erwacht, ob und wie weit der Staat überhaupt zu effektiver Regulation in der Lage ist, und welche Instrumente dazu ggf. taugen. Solche Zweifel artikulierten sich zunächst in einer Diskussion unter Politikwissenschaftlern über die

²⁸⁰ *Erhard Blankenburg/Uta Krautkrämer*, Ein Verwaltungsprogramm als Kaskade von Rechtsvorschriften: das Arbeitsförderungsgesetz, in: *Mayntz* (Hrsg.), 1980, 138-153.

Grenzen der Autonomie des Staates gegenüber der Wirtschaft²⁸¹. Mit dem Ende der Regierung Brandt trat die Reformpolitik in eine Krise, die zu einer Blickwendung von der bis dahin bevorzugten Planung auf den Vollzug von Reformpolitik führte. Es erwies sich, daß das Rezept der sechziger Jahre, in immer neue staatliche Programme mehr öffentliche Mittel und Personal zu investieren, ebenso wie eine Steigerung zentraler Steuerung nicht oder jedenfalls anders als beabsichtigt wirkte. Allenthalben entdeckte man, besonders eindrucksvoll aber im Bereich des Umweltschutzes, **Vollzugsdefizite**. Sie wurden durch eine Reihe von Untersuchungen näher belegt²⁸². Daraus haben sich inzwischen nach amerikanischem Vorbild zwei neue sozialwissenschaftliche Forschungsschwerpunkte entwickelt, die in einer Gemengelage zwischen Rechtssoziologie, Politik- und Verwaltungswissenschaft angesiedelt sind. Die **Evaluationsforschung** fragt nach den (intendierten oder nicht intendierten) Wirkungen von Interventionsprogrammen. Sie versucht also die Programmeffektivität zu überprüfen. Dagegen konzentriert sich die **Implementationsforschung** auf den Prozess des Programmvollzugs und sucht hier nach den Bedingungen oder Störungen, die zu Vollzugsdefiziten führen können. Der Ausdruck Implementation geht auf eine amerikanische Studie gleichen Namens über ein Arbeitsbeschaffungsprogramm zurück²⁸³. Ihr Untertitel zeigt plastisch, worum es geht: »How great expectations in Washington are dashed in Oklahoma, or, why it's amazing that federal programs work at all.«

II. Gesetzesevaluierung

Lange Zeit hat sich die Gesetzgebung mit den verschiedenen amtlichen Statistiken und internen Erfahrungsberichten begnügt, um die Wirkung von Gesetzen abzuschätzen. In neuerer Zeit ist der Gesetzgeber jedoch dazu übergegangen, mit neuen Regelungen auch Berichtspflichten gesetzlich festzulegen. Beispiele bieten die Arbeitsmarktstrukturerhebungen nach dem Arbeitsförderungsgesetz, der Renten Anpassungsbericht nach der Reichsversicherungsordnung, Jahreswirtschaftsberichte und Subventionsberichte nach dem Stabilitätsgesetz, der Raumordnungsbericht nach dem Bundesraumordnungsgesetz, Berichte zur Ausbildungsförderung, zur Eingliederung Behinderter, zur Mietenentwicklung und andere mehr. Gesetzesevaluationen werden aber auch unabhängig von einem Auftrag des Parlaments von Regierung und Verwaltung und Auftrag gegeben oder von Wissenschaftlern ganz unabhängig in Angriff

²⁸¹ Vgl. dazu etwa *Wolf Dieter Narr* (Hrsg.), Politik und \konomie - Autonome Handlungsmöglichkeiten des politischen Systems, Sonderheft 6/1975 der PVS.

²⁸² *Renate Mayntz/Hans-Ulrich Derlien/Eberhard Bohne/Jochen Hucke/ A. Müller*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, Stuttgart 1978; *Gerd Winter*, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, Berlin 1975.

²⁸³ *Jeffrey L. Pressmann/Aron Wildansky*, Implementation, Berkeley 1973, 2. Aufl. 1979.

genommen. Dahinter steht die Vorstellung, daß ein Gesetz geändert werden könnte, falls die Evaluation ergibt, daß es sein Ziel verfehlt hat. Da sich der Erfolg gesetzgeberischer Maßnahmen nur schwer vorhersagen läßt, kann man jedes **Gesetz** mehr oder weniger **als Quasiexperiment** verstehen²⁸⁴. Gelegentlich wird ein Gesetz sogar ausdrücklich zum Experiment erklärt, indem es versuchsweise befristete Anordnungen tift wie z. B. das Deutsche Richtergesetz mit der Experimentierklausel des § 5b.

Einen relativ übersichtliches und einfaches Beispiel einer Gesetzesevaluation bietet der 1980 erschienene Bericht der Kommission zur Auswertung der **Erfahrungen mit dem reformierten § 218 des Strafgesetzbuchs**²⁸⁵. Hier ging es um die zwar sehr umstrittene, aber doch sachlich begrenzte Indikationenregelung für die Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung. Ob die Zahl der Abtreibungen absolut gesunken ist, ließ sich nicht genau ermitteln, da man auf eine grobe Schätzung der Dunkelziffer angewiesen war. Die Reform war aber mindestens insofern erfolgreich, als die Zahl der illegalen Schwangerschaftsabbrüche entscheidend abgenommen hat. Der Bericht zeigte besonders die Problematik der Pflichtberatung, der sich jede Frau vor einem Schwangerschaftsabbruch unterziehen muß. Die Träger der Beratung bieten sehr unterschiedliche, teils restriktive, teils liberale Beratungskonzepte. Oft handelt es sich nur um eine Scheinberatung. Bundesregierung und Bundestag haben diesem Bericht immerhin zum Anlaß genommen, als flankierende Maßnahme die Stiftung Mutter und Kind zu gründen.

Ein anderes Beispiel ist das (gescheiterte) Mammutunternehmen einer **Bundesevaluation aller einphasigen Jura-Studiengänge**. Es stand zunächst vor dem sachlichen Problem, daß § 5b des Deutschen Richtergesetzes selbst weder ein Modell noch auch nur ein Ziel vorgab, so daß sieben Bundesländer eigene Modelle mit unterschiedlichen, teils durchaus unklaren Zielvorstellungen entwickelten, die vergleichsweise zu beobachten und auszuwerten waren. Hinzu kam das forschungspraktische Problem einer Konkurrenz von länder- oder universitätseigenen Gruppen vor Ort, die jeweils die eigenen Modelle verfolgten, mit der Zentralen Forschungsgruppe zur Evaluation der einstufigen Juristenausbildung²⁸⁶. In diesem Fall konnte es wohl schon von der Sache her kein klares Ergebnis geben. Aber auch die immerhin vorhandenen Teilberichte haben die 1984 gefallene politische Entscheidung für die Beibehaltung der leicht veränderten Zweiphasenausbildung nur marginal beeinflußt. Hier hat der politische Konflikt zwischen den sog. A- und B-Ländern eine Wirkung der Wirkungsforschung verhindert.

²⁸⁴ Dazu *Bentel*, Experimentelle Rechtswissenschaft, 1971; *Karl Eckel*, Das Sozialexperiment - Finales Recht als Bindeglied zwischen Politik und Sozialwissenschaft, in: *Hellstern/Wollman*, 1983, 80-104; *Heinrich Bußhoff*, Kritische Anmerkungen zu einer experimentellen Politiktechnologie, ebd. S. 105-119.

²⁸⁵ Deutscher Bundestag, 8. Wahlperiode, Drucksache 8/3630 vom 31. 1. 1980. Dazu *Ulrich Stißel*, Evaluationsuntersuchung zum Beratungsangebot im Schwangerschaftskonflikt, in: *Hellstern/Wollmann*, Experimentelle Politik, 1983, 343-357.

²⁸⁶ Näher *Paul Enck*, Die »Bundesevaluation« aller einphasigen Jura-Studiengänge, in *Hellstern/Wollmann*, Experimentelle Politik, 1983, 358-370; *Wolf-Dietrich Webler*, Politikberatung durch Begleitforschung - Politische und forschungsmethodische Probleme am Beispiel der Juristenausbildung, ebd. S. 371-392; *Winfried Hassemer/Wolfgang Hoffmann Riem* Evaluation der Juristenausbildung, Baden-Baden 1986 (im Druck).

III. Probleme der Programmimplementation

Implementationsforschung sucht die Gründe für Vollzugsdefizite rechtsförmiger Programme auf verschiedenen Ebenen. Als eine ihrer Entdeckungen gilt, daß der von Juristen wegen seiner rechtlichen Programmierung eher als unproblematisch angesehene Verwaltungsvollzug von politischen Programmen sich geradezu zum Störfaktor entwickeln kann.

a) *Politikverflechtung*

Ein größerer Staat kann nur noch eingeschränkt zentralistisch gelenkt und verwaltet werden. In der Bundesrepublik ist die **Dezentralisierung der Verwaltung** allerdings besonders ausgeprägt. Vertikal gliedert sich die Bundesrepublik in Bund, Länder und Gemeinden. Eine horizontale Gliederung ergibt sich aus dem Nebeneinander der Länder und Kommunen sowie einer Vielzahl selbständiger Verwaltungseinheiten auf allen drei Ebenen, (Bundes- und Landes-) Ämter, Anstalten, Körperschaften, Zweckverbände usw. Hinsichtlich des Zusammen- oder auch Gegeneinanderwirkens all dieser Einheiten spricht man von Politikverflechtung²⁸⁷.

Dem Bund fehlt für die meisten Sachbereiche ohnehin der eigene Verwaltungsunterbau (Art. 83 GG), so daß er auf die Zusammenarbeit mit Ländern und Gemeinden angewiesen ist. In anderen Bereichen scheint die Konstruktion der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) dem Bund eine starke Stellung zu sichern. Doch die Erfahrung zeigt, daß tatsächlich der zentralstaatliche Einfluß auf die Verwaltung sehr begrenzt ist. Zwar verfügt der **Bund** über die **Machtmittel Hierarchie und Geld**. Aber sie werden durch den **Informations- und Handlungsvorsprung der Länder** neutralisiert. Da der Bund keine eigene Implementationsorganisation hat, ist er bei der Aufstellung und Durchführung seiner Programme auf das Zusammenwirken mit den Ländern angewiesen. Ihre strategische Stellung im Programmentwicklungs- und Implementationsprozeß läßt so auch hierarchisch organisierte Bereiche der Verwaltung ebenso zu einem multilateralen Verbund werden wie etwa nach Art. 95a GG die Gemeinschaftsaufgaben²⁸⁸.

Ein Beispiel: Bei der Realisierung der Bundesfernstraßenplanung durch die Länder mußte der Bund hinnehmen, nicht nur daß die Länder eine Gleichbehandlung hinsichtlich der auf sie entfallenden Finanzmittel durchsetzten, sondern auch, daß sie die Realisierung der einzelnen Projekte nach eigenen Prioritäten vornahmen, etwa

²⁸⁷ Scharpf, Fritz W./Reisert, Bernd/Schnabel, Fritz, Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Kronberg/Ts. 1976. Dietrich Garlichs, Grenzen zentralstaatlicher Planung in der Bundesrepublik, in: Wollmann, 1980, 98-102.

²⁸⁸ Dietrich Garlichs, Grenzen zentralstaatlicher Planung in der Bundesrepublik, in: Wollmann, 1980, 98-102.

um mittelständische Bauunternehmen oder die Straßenbauämter gleichmäßig auszulasten oder den Fernstraßenbau mit der Planung von Landes- und Kreisstraßen zu synchronisieren. Als Ursachen hierfür werden u. a. genannt die Abhängigkeit des Bundes von dem Apparat der Länderverwaltungen, deren Informationen und deren Monopol des Umweltkontaktes, der wegen der zunehmenden Einwände gegen Straßenbauprojekte für die Frage der Realisierbarkeit einer Planung immer wichtiger werde. Am Ende steht eine Scheinzentralisierung des Handlungs- und Entscheidungssystems, in dem der Bund trotz seiner rechtlichen und finanziellen Möglichkeiten kaum in der Lage ist, seine Machtposition bei der Setzung von Prioritäten, bei der Auswahl einzelner Projekte oder bei der Umverteilung von Mitteln über die Ländergrenzen zur Geltung zu bringen²⁸⁹.

Wo Bundes- und Landesbehörden auf die Zusammenarbeit mit kommunalen Einheiten angewiesen sind, um ein bestimmtes Programm zu realisieren, machen diese auch von ihrer (durch die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 GG rechtlich abgesicherten) Autonomie Gebrauch, um ihre lokalen Interessen durchzusetzen. So hat *Treiber* beschrieben, wie sich ein Programm zur Einführung des Resozialisierungsstrafvollzugs in Baden-Württemberg u. a. deshalb nicht durchsetzen ließ, weil die Gemeinden sich gegen die dafür vorgesehen offenen Anstalten wehrten, keine Grundstücke zur Verfügung stellten oder Bebauungspläne nicht entsprechend änderten²⁹⁰.

Scharpf hat darauf hingewiesen, daß die institutionellen Bedingungen der europäischen Gemeinschaft in überraschender Weise dem Föderalismus in der Bundesrepublik gleichen mit der Folge, daß auch die europäische Integration in die **Falle der Politikverflechtung** geraten ist. Grundlegende institutionelle Reformen sind nicht möglich, weil die Entscheidungen auf der höheren Ebene von der Zustimmung der Regierungen der unteren Entscheidungsebene abhängig sind und diese Zustimmung einstimmig oder fast einstimmig erteilt werden muß. Dieselben institutionellen Strukturen, die suboptimale Politikergebnisse systematisch begünstigen, verhindern jedoch zugleich das von Realisten schon in den sechziger Jahren vorausgesagte Auseinanderfallen der Gemeinschaft²⁹¹.

b) *Der Kontext der Vollzugsverwaltung*

Ein anderer Ansatzpunkt der Implementationsforschung ist der Kontext der Vollzugsverwaltung, der sich regelmäßig seinerseits aus relativ autonomen bürokrati-

²⁸⁹ *Ders.*, Politikformulierung und Implementierung im föderativen Staat, in: *Mayntz*, Implementation I, 20-35.

²⁹⁰ *Hubert Treiber*, Widerstand gegen Reformpolitik, Düsseldorf 1973, 41 ff.

²⁹¹ *Fritz W. Scharpf*, Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, PVS 26, 1985, 323-356.

schen Organisationen, aus kommunalen Einheiten und vor allem aus Wirtschaftsunternehmen und Verbänden zusammensetzt, die über Strategien und Ressourcen verfügen, um sich dem Programmvollzug zu widersetzen.

Als Folge ist vor allem das **Ausweichen vor rechtsförmigen Verfahren** in informale Verhandlungsprozesse aufgefallen. Am Beispiel der Planung einer Landesstraße zeigt *Bohnert*²⁹² wie Vorplanungen die Interessen aufeinander abzustimmen versuchen und dabei mögliche Konflikte antizipieren, um sie durch Verhandlungen und Kompromisse abzufangen, so daß sie gar nicht auf die Stufe des rechtsförmigen Entscheidungsverfahrens gelangen. Die Vorplanungen, die der eigentlichen Planfeststellung vorausgehen, dauern oft 10 bis 15 Jahre. In dieser Zeit wird zwischen den beteiligten Fachbehörden, Gemeinden und sonstigen Interessenten in vielfältigen Kontakten eine konsensfähige Lösung ausgehandelt. Durch eine Strategie der Geheimhaltung kann die Verwaltung das Spektrum der artikulierten Interessen begrenzen. Am Ende ist das förmliche Planfeststellungsverfahren zu einer bloßen Bestätigung vorgängiger Festlegungen verkümmert. Daher erweist sich eine Betrachtung der rechtlichen Kompetenz- und Entscheidungsstruktur für eine Analyse der Planungspraxis wenig hilfreich. Über ähnliche Beobachtungen berichten andere Untersuchungen zum Umweltschutz. Sie beschreiben etwa, wie bei der Errichtung neuer oder der Sanierung bestehender Industrieanlagen eine Abstimmung zwischen Behörde und Unternehmen stattfindet, an der betroffene Dritte nicht beteiligt sind. Diese Vorverhandlungen können länger dauern als das förmliche Verfahren, das überhaupt erst dann eröffnet wird, wenn Behörde und Unternehmen einen Konsens über das Projekt erzielt haben. Betroffene Dritte haben es danach schwer, mit ihren Einwendungen im eigentlichen Genehmigungsverfahren gegen den konzentrierten Sachverstand von Behörde und Unternehmen noch etwas zu erreichen. Die Gründe für eine solche Strategie der Behörde sind mannigfach: Angesichts der Fülle der technischen Details bestehen Informations- und Kontrollprobleme. Unbestimmte Rechtsbegriffe (Stand der Technik) verhindern eine einfache Entscheidung. Innerhalb des Staatsapparats fehlt(e) der Umweltschutzverwaltung die Unterstützung. Besonders die Arbeitsplatzfrage verhilft den Unternehmen zu großer Konfliktfähigkeit. Daher ziehen die Behörden eine einvernehmliche, wenngleich schwächere Regelung einem langjährigen Gerichtsverfahren vor²⁹³

²⁹² *Werner Bohnert*, Planung als Durchsetzungs- und Implementationsstrategie der Verwaltung. Konfliktverarbeitung und Interessenselektivität am Beispiel eines Fachplanungsprozesses, in: *Wollmann*, 1980, 198-221.

²⁹³ *Bohne*, 1981, sowie in: *Organisation und Recht*, S. 20 ff.; *Hucke/Ullmann*, Konfliktregelung zwischen Industriebetrieb und Vollzugsbehörde bei der Durchsetzung regulativer Politik, in: *Mayntz*, 1980, 105 ff.

c) *Programmfehler*

- Ein dritter Aspekt behandelt Programme, die fehlerhaft sind, weil
- die programmatischen Vorgaben von vornherein nicht ausreichen,
- die zur Verfügung gestellten Ressourcen zu gering sind,
- das organisatorische Design nicht stimmt,
- Zielkonflikte ungelöst bleiben,
- fehlerhafte sozio-ökonomische Theorien zugrunde gelegt werden.

Jedenfalls für die letzten drei Fehlertypen soll jeweils ein Beispiel genannt werden.

Einen **Design - Fehler** beschreibt *Derlien*: Bei der Überprüfung des Programms zur Existenzgründung mit ERP-Krediten für junge Unternehmer wurde festgestellt, daß die Zielgruppe systematisch verfehlt worden war. Die Ursache lag darin, daß die Kredite über Geschäftsbanken vergeben worden waren mit der Folge, daß diese ihre privatwirtschaftlichen Kriterien für die Bonität des Kunden anlegten und den als angehenden Unternehmern kaum kreditwürdigen Antragstellern nur zögernd Darlehen bewilligten.

Der zur Zeit prominenteste **Zielkonflikt** besteht zwischen Ökonomie und Ökologie. Er ist politisch ungelöst mit der Folge, daß er sich auch in den gesetzlichen Programmen zum Umweltschutz wiederfindet. Die Konsequenzen zeigt exemplarisch eine Untersuchung des Bundesimmissionsschutzgesetzes. Hier ergaben sich besondere Implementationsprobleme bei der Sanierung von emittierenden Altanlagen. Nachdem diese Anlagen früher einmal genehmigt worden sind, setzen nachträgliche Auflagen voraus, daß die Vollzugsbehörde die Sanierungsbedürftigkeit nachweist und außerdem belegt, daß eine Sanierung technisch und wirtschaftlich zumutbar ist. Die Behörden fürchten, dieser Beweispflicht vor Gericht nicht nachkommen zu können oder jedenfalls jahrelange Verzögerungen hinnehmen zu müssen, wenn ein Unternehmen Rechtsmittel einlegt. Sie verzichten daher weitgehend auf nachträgliche Auflagen sowie die Verhängung von Bußgeldern oder die Einleitung von Strafverfahren. Statt dessen versuchen sie, die Umweltschutzziele auf dem Verhandlungsweg durchzusetzen. Sie bieten den Verzicht auf Sanktionen, lange Anpassungsfristen oder Konzessionen bei der Interpretation des Standes der Technik, um überhaupt eine Verbesserung zu erreichen. Oder sie erzwingen die Sanierung alter Anlagen geradezu rechtswidrig, indem sie eine Neu- oder Änderungsgenehmigung für Anlagen desselben Unternehmens von der Befolgung von der Sanierung von Altanlagen abhängig machen (*Mayntz u. a.*, 1978, 46).

Wenn Unternehmen lieber Abwasserabgaben zahlen als in Kläranlagen investieren, wenn Lohnkostenangebote an Unternehmen nicht immer zur Erhaltung von Arbeitsplätzen führen oder wenn sich die Kinderzahl der Deutschen trotz Kindergeld rückläufig entwickelt, dann könnte dies an einem **Fehler der den Programmen implizit zugrundeliegenden sozio-ökonomischen Theorie** liegen (*Derlien*, S. 270).

Monetäre Anreize sind in vielen Situationen anscheinend keine hinreichende, sondern bestenfalls eine notwendige Bedingung des Programmerfolgs. Ein anderer häufig wiederkehrender Fehler dieser Art beruht auf der impliziten Annahme, daß ein Leistungsangebot der Verwaltung Nachfrage bei den Adressaten von selbst auslösen werde. Tatsächlich führt die passive Institutionalisierung der Verwaltung, ihr Tätigwerden nur auf Antrag, immer wieder dazu, daß der Vollzug von Leistungsprogrammen ineffektiv bleibt, ja durch selektive Inanspruchnahme zu paradoxen Effekten führt.

Die Implementationsforschung beschränkt sich nicht, wie es nach den vorstehenden Hinweisen scheinen könnte, auf die Untersuchung des Vollzugs fertiger Programme, sondern hat den Ehrgeiz, den Prozeß der Programmentwicklung selbst mit einzubeziehen und so zu einer **Theorie politischer Steuerung der Gesellschaft** vorzudringen (Mayntz, 1980, 15). Damit wird sie zur »public policy science«, die hier im Rahmen der Rechtssoziologie nicht weiter verfolgt werden kann²⁹⁴.

IV. Implementation von Gerichtsentscheidungen

Was kommt nach einem gerichtlichen Urteil? Folgt man ihm freiwillig? Wird es vollstreckt? Mit welchem Erfolg? Dient es als Ausgangspunkt für eine neue Verhandlungsrunde oder gar einen neuen Konflikt? Kann es zur Grundlage für die Fortsetzung sozialer Beziehungen werden? Solche Fragen werden neuerdings - im JbRSoz Bd. 11 - aufgeworfen. Antworten gibt es bisher nicht.

²⁹⁴ Dazu jetzt *Hans-Hermann Hartwich* (Hrsg.), *Policy-Forschung in der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen 1985; *Axel Görlitz/Rüdiger Voigt*, *Rechtspolitologie*, Opladen 1985; *Adrienne Windboff-Heritier*, *Policy-Analyse*, Frankfurt a. M./New York, 1987.