

Klaus F. Röhl

Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht

I. Einleitung

1. Bedeutung ist nicht Nützlichkeit

Rechtssoziologie scheint unter permanentem Rechtfertigungszwang zu stehen. Sie ist ständig bemüht, ihre Nützlichkeit oder gar Notwendigkeit zu begründen oder zu verteidigen¹. Auch das Thema, das mir aufgetragen worden ist, könnte den Eindruck erwecken, mir werde die Beweislast dafür zugeschoben, daß Rechtssoziologie für das Zivilrecht in dem Sinne bedeutsam sei, daß man konkret ihren Nutzen angeben könne. Wäre das so, würde ich diese Beweislastumkehr aber nicht akzeptieren. Dafür gibt es zwei Gründe. Der erste folgt aus einem Vergleich mit den anderen Grundlagenfächern der Rechtswissenschaft. Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsgeschichte werden selten oder nie mit der Frage nach ihrer Bedeutung für die dogmatischen Fächer oder für die Rechtspraxis konfrontiert, obwohl solche Bedeutung keineswegs einfach zu belegen wäre². Entweder wird diese Bedeutung für selbstverständlich gehalten, oder diese Fächer sind so selbstbewußt, daß sie sich selbst genug sind. Der zweite Grund dafür, daß ich mich nicht in eine Verteidigungsstellung drängen lasse, liegt in dem Anlaß dieses Symposiums. *Edgar Michael Wenz*, den wir heute ehren, war nicht von Zweifeln über die Bedeutung

¹ Z. B. *Thomas Raiser*, Was nützt die Soziologie dem Recht?, *Juristenzeitung* 1970, S. 665-671.

² Für die Rechtsgeschichte *Klaus F. Röhl*, Wozu Rechtsgeschichte?, *Jura* 1994, 173-178.

der Rechtssoziologie angekränkt. Er hat die Rechtssoziologie wie selbstverständlich für notwendig und interessant angesehen und sich eben deshalb mit ihr befaßt. Deshalb halte ich es auch für ausgeschlossen, daß der Veranstalter mir mit der Themenwahl eine Apologie der Rechtssoziologie zumuten wollte. Dennoch ist diese Vorbemerkung notwendig, denn der Grundtenor meines Vortrags besagt, daß es ausgeschlossen ist, eine Punkt-zu-Punkt-Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Zivilrecht herzustellen und auf diese Weise die Bedeutung der Rechtssoziologie im Sinne von Nützlichkeit für das Zivilrecht zu belegen. Das könnte leicht mißverstanden werden, wenn nicht zuvor klargestellt ist, daß ich mich nicht nur hier und heute weigere, das Thema apologetisch zu interpretieren, sondern eine solche Interpretation prinzipiell für verfehlt halte. Ich kann mich nicht daran erinnern, daß schon einmal jemand nach der Nützlichkeit des Zivilrechts für die Rechtssoziologie gefragt hätte. Auch die umgekehrte Frage sollten wir vergessen.

2. Abgrenzungen

Bevor ich zur Sache komme, sind einige Abgrenzungen erforderlich. Die erste betrifft den Begriff des Zivilrechts. Ich verstehe hier das Zivilrecht in einem sehr weiten Sinne, der sich nicht auf das klassische bürgerliche Recht beschränkt, sondern alle Rechtsgebiete einschließt, die sich nicht ohne weiteres als Strafrecht oder als öffentliches Recht zu erkennen geben. Das bedeutet unter anderem, daß auch das Arbeitsrecht dazugehört. Das bedeutet aber nicht, daß ich die ganze Breite des Zivilrechts gleichmäßig bedenken kann.

Eine Abgrenzung oder vielmehr Eingrenzung ist auch hinsichtlich des zugehörigen Verfahrens notwendig. Zwar haben es die Juristen im-

mer schon gewußt, aber die Rechtssoziologie hat es ihnen bestätigt und unterstrichen, daß das materielle Recht nur soviel Wert ist wie das zu seiner Durchsetzung verfügbare Verfahren. Auch insoweit folgt der Eingrenzung gleich wieder eine Einschränkung. Rechtstatsachenforschung zum Zivilprozeß und zum Arbeitsgerichtsverfahren sind so ertragreich gewesen, daß sich ihre Bedeutung in diesem Rahmen nur erwähnen, aber nicht angemessen würdigen läßt. Schließlich ist bei der Eingrenzung des Themenfeldes zu bedenken, daß das Zivilrecht sich auf drei Ebenen entfaltet, nämlich in Gesetzgebung, Rechtsprechung sowie in Wissenschaft und Lehre.

3. Annäherungsversuche

Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht läßt sich kaum direkt beobachten. Daher habe ich versucht, sie auf vier verschiedenen Wegen indirekt einzukreisen.

Zunächst habe ich rechtssoziologische Arbeiten, die den gleichen Objektbereich erfassen wie das Zivilrecht, bibliographiert und sie thematisch geordnet. Auch ohne das Bemühen um Vollständigkeit ist schnell eine beträchtliche Zahl von Arbeiten zusammen gekommen. Aber über die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht besagt diese Sammlung wenig. Viel eher spiegelt sich darin umgekehrt die Bedeutung des Zivilrechts und seines Normbereichs für die Rechtssoziologie.

Sodann habe ich zivilrechtliche Literatur daraufhin durchgesehen, ob und ggfs. wie sie an rechtssoziologische Arbeiten anknüpft. Konkret habe ich die seit 1974 erschienenen Hefte des Archivs für die civilistische Praxis (AcP) mit den Beiträgen der Zivilrechtslehrertagungen zur Hand genommen und im Fußnotenapparat nach Bezugnahmen auf

rechtssoziologische Arbeiten gefahndet. Sieht man von dem Referat *Andreas Heldrichs*³ ab, der 1986 vor den Zivilrechtslehrern das gleiche Thema behandelt hat, wie ich hier und heute, war die Ausbeute kümmerlich. Ich werde sie an geeigneten Stellen vorzeigen.

Drittens habe ich rechtssoziologische Autoren befragt, wie sie selbst die Bedeutung ihres Fachs für das Zivilrecht einschätzen. Dabei bin ich nicht bei *Lubmann* stehen geblieben, der bekanntlich apodiktisch meint, Rechtssoziologie und Jurisprudenz spielten sich in verschiedenen Welten ab. Ich habe vielmehr rekapituliert, was man gewöhnlich unter der Überschrift „Soziologische Jurisprudenz“ abhandelt, und bin zu dem Ergebnis gekommen, daß das Unternehmen Soziologische Jurisprudenz nicht nur de facto gescheitert ist, sondern notwendig scheitern mußte.

Den vierten Anlauf habe ich mit Hilfe der sogenannten Verwendungsforschung gemacht. Er hat mich dahin geführt, am Ende die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht als Resonanzphänomen zu beschreiben. Die Idee ist nicht neu. Aber etwas Besseres ist mir nicht eingefallen.

II. Themenschwerpunkte und Konjunktoren zivilrechtlich relevanter Rechtssoziologie

Es wäre langweilig, aufzuzählen, was an rechtssoziologischen Arbeiten zum Gegenstandsbereich des Zivilrechts zu finden war. Auch ein Inhaltsreferat wäre sinnlos. Ich begnüge mich damit anzudeuten, wo mir Schwerpunkte und Defizite aufgefallen sind.

Zur Auswahl ist anzumerken, daß in die im Anhang mitgeteilte Bibliographie nur solche Titel aufgenommen worden sind, die sich explizit

³ Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186, 1986, S. 74-114.

und zentral mit zivilrechtlich relevanten Themen befassen. Ausgeschlossen sind damit etwa Lehrbücher und Gesamtdarstellungen, die sich natürlich auch zu zivilrechtlichen Fragen äußern, oder Arbeiten, deren Schwerpunkt auf allgemeinen rechtssoziologischen Themen liegt, zum Beispiel Evolution des Rechts, Veränderungen des Rechtsbewußtseins, Verrechtlichung und Normenflut, Rechtsversagen, Verfahrensgerechtigkeit (procedural justice), Globalisierung, juristische Berufe oder Gerichtsorganisation, wiewohl auch unter solchen Überschriften einschlägige Gegenstände abgehandelt werden. Unabhängig davon finden sich in solchen Arbeiten vielleicht sogar Gesichtspunkte, die für das Zivilrecht interessanter sind, als zivilrechtsspezifische Ausführungen. Auch eher privatrechtstheoretisch orientierte Arbeiten sowie Arbeiten zur ökonomischen Analyse des Rechts - soweit sie nicht konkret werden - wurden ausgelassen. Die Auswahl wurde im Zweifel nach dem Motto getroffen, Kunst ist, was im Museum hängt, also danach, ob die Arbeit in einer Veröffentlichungsreihe erschienen ist, die sich explizit der Rechtssoziologie oder Rechtstatsachenforschung widmet oder ob der Autor als Rechtssoziologe bekannt ist oder sich als solcher deklariert. Ausländische Literatur konnte nur ganz am Rande berücksichtigt werden.

Interessant sind die Konjunkturen von Themen, die Schwerpunkte und die Lücken. Die Produktion rechtssoziologischer Arbeiten setzt Ende der 60er Jahre ein. Einen Höhepunkt erreicht sie in der ersten Hälfte der 80er Jahre. Sehr deutlich ist die Abhängigkeit von den Angeboten zur Wissenschaftsförderung zu beobachten. Seit Anfang der 80er Jahre war für mehr als ein Jahrzehnt das Referat Rechtstatsachenforschung des Bundesjustizministeriums der wichtigste Sponsor, der freilich, wie kein anderer, auch die Themen vorgab. Sie konzentrierten sich naturgemäß

auf das Gerichtsverfahren. Die Aktivitäten der 90er Jahre werden überwiegend von dem 1991 eingerichteten Förderschwerpunkt „Recht und Verhalten“ der Volkswagenstiftung bestimmt⁴. Zivilrechtliche Themen stehen dabei nicht im Vordergrund.

Die spezifisch zivilrechtsrelevanten Themen wurden zunächst von der marxistisch inspirierten Rechtskritik bestimmt. Es ging um Rechtsbedürfnisse, Zugangs- und Erfolgsbarrieren auf dem Weg zum Recht, um Verbraucherschutz und Verbraucherverschuldung. Während Untersuchungen zur Wohnungsmiete vereinzelt blieben, haben Kündigungsschutz und Arbeitsgerichtsverfahren größere Beachtung gefunden. Diese Themen sind inzwischen abgeflaut. Die Diskriminierung besonderer Personengruppen war kaum Thema. Es fehlt an Arbeiten zur Altersdiskriminierung und zur Diskriminierung von Behinderten. Auch von Ausländerdiskriminierung war im Zusammenhang mit dem Zivilrecht kaum die Rede. Langsam kommen die Untersuchungen zur Europäisierung, Internationalisierung und Globalisierung des Zivilrechts in Gang. Ich vermisse Untersuchungen zur Funktion des Eigentums und zur Verteilung des Reichtums. Auch die Realfolgen der zahlreichen (Verbraucher-, Arbeitnehmer-, Jugend-, Mieter-) Schutzgesetze sind kaum bedacht worden.

Eine erstaunliche Dauerkonjunktur gibt es zum Gesamtbereich Familie, Ehe, Unterhalt und Sorgerecht und für den Komplex der alternativen Streitregelungsverfahren. Auch die Frauenforschung hat Dauerkonjunktur. Allerdings können nicht alle Arbeiten für die Rechtssoziologie vereinnahmt werden. Insoweit ist die Situation ähnlich wie beim Themenkomplex Ehe und Familie.

4 Hagen Hof, Recht und Verhalten. Ein Förderschwerpunkt der Volkswagen-Stiftung, ZfRSoz 18, 1997, S. 247-305.

III. „Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft“

1. Der relative Erfolg der Aktionsforschung

Drei Programme stehen zur Auswahl,

- Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft
- Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft als autonome Disziplinen
- Sozialwissenschaft als Hilfswissenschaft des Rechts.

In ihrem Selbstverständnis ist Rechtssoziologie keine bloße Hilfswissenschaft der Jurisprudenz. Sie will sozusagen aus eigener Kraft relevant werden. In der Aufbruchzeit seit der Mitte der 60er Jahre haben viele Autoren immer wieder den möglichen Rationalitätsgewinn für Rechtsprechung und Gesetzgebung durch eine sozialwissenschaftlich gestützte Argumentation betont⁵. Dabei wurden ganz verschiedene Strategien verfolgt, um Rechtssoziologie in das Recht einzubringen.

Eine direkte Strategie baute darauf, durch kritische Sozialwissenschaft unmittelbar besseres Recht zu schaffen. Insoweit war *Rottleuthners* Titel „Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft“⁶ Programm. Das Motto lautete etwa: Soziologen sind die besseren Richter und Gesetzgeber. Jenseits aller wissenschaftstheoretischen Probleme, die in den 60er Jahren unter dem Titel „Positivismusstreit“ ausgetragen wurden, mußte diese Strategie an der Systemgrenze zwischen Soziologie und Recht scheitern. Ein Rollentausch zwischen Soziologen und Juristen ließ sich nun einmal nicht herbeireden. Gewisse Erfolge waren immerhin auf dem Wege der Aktionsforschung zu erzielen. Den Hebel dazu boten Rechtsberatung und

⁵ *Jutta Limbach*, Empirische Argumentation im zivilgerichtlichen Urteil, in: *Frank Rotter/Günter Dux/Rüdiger Lautmann* (Hrsg.), *Rechtssoziologie Examinatorium*, Heidelberg 1980; S. 68 ff.; *Karl-Dieter Opp*, *Soziologie im Recht*, Reinbek bei Hamburg, 1973; *Klaus F. Röhl*, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, Tübingen 1974.

⁶ Frankfurt a. M. 1973. Ähnlich *Rüdiger Lautmann*, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, Stuttgart 1971.

strategische Prozeßführung, vorbereitet und begleitet von entsprechenden wissenschaftlichen Arbeiten. Zeitweise wurden, besonders aus den Niederlanden⁷ und den USA, beachtliche Aktivitäten gemeldet. Für Deutschland ist hier exemplarisch auf die Tätigkeit von *Udo Reifner* hinzuweisen. Ursprünglich aus der Berliner Rechtssoziologie kommend, hat er später von Hamburg aus systematisch die Kreditnehmer unter den Verbrauchern mobilisiert und damit das Gesicht einer ganzen Branche verändert. Das ist nicht nur eine bewundernswerte persönliche Leistung. Hier kann man ausnahmsweise einmal eine direkte Spur verfolgen, die die Soziologie im Zivilrecht hinterlassen hat.

2. Juristen als Soziologen

Zeitweise gab es die Hoffnung, die Personalunion von Juristen und Rechtssoziologen könne den Transfer zwischen Recht und Sozialwissenschaft bewerkstelligen. Die Vorstellung, daß man die Juristenausbildung als trojanisches Pferd einsetzen könne, um die Juristen zu Soziologen zu machen, hat sich allerdings schnell als unrealistisch erwiesen. Das ändert aber nichts daran, daß die personell vermittelte Verwendung soziologischen Wissens relativ erfolgreich ist. Zwar ist das Modell der Personalunion zwischen Zivilrecht und Rechtssoziologie nicht so prominent wie die entsprechende Kombination zwischen Strafrecht und Kriminologie. Aber es gibt im akademischen Rechtsbetrieb doch eine stattliche Anzahl von Juristen, die sich zugleich als Rechtssoziologen verstehen. Auch das Bundesverfassungsgericht zählt immerhin drei bekennende Rechtssoziologen zu seinen Mitgliedern.

⁷ *Albert Klein*, Die soziale Advokatur in den Niederlanden, *ZfRSoz* 4, 1983, S. 65-83.

IV. Rechtssoziologie als Hilfswissenschaft: Soziologische Jurisprudenz

1. Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz

Auf die Frage, wie denn das Zivilrecht selbst die Bedeutung der Rechtssoziologie einschätzt, antworten verschiedene Schulen der soziologischen Jurisprudenz.

Soziologische Jurisprudenz hat im Zivilrecht Tradition. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts formierte sich zunächst im Zivilrecht der Widerstand gegen die Begriffsjurisprudenz und das mit ihr verbundene Dogma von der Geschlossenheit der Rechtsordnung. „Das Leben ist“, so schrieb *Rudolf von Ihering*, „nicht der Begriffe wegen, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da“. Anstöße für eine soziologische Betrachtung des Rechts setzte vor allem sein Werk über den „Zweck im Recht“. *Eugen Ehrlich*, gleichfalls Zivilrechtler, gab mit seinem 1903 erschienen Vortrag „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“ der Freirechtsschule den Namen. Auch die Freirechtsschule forderte eine stärkere Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit und berief sich dazu auf die in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg erstmals aufblühende Rechtssoziologie.

Der von *Ihering* ausgehende Anstoß wurde von *Philipp Heck* aufgenommen. Unter Zweck verstand *Ihering* nicht ein vom Gesetzgeber sich selbst gegebenes Ziel, sondern die in der Gesellschaft auftretenden Bedürfnisse und Wünsche. Die Bedürfnisse und Wünsche der Menschen bilden die von *Heck* sog. Interessen. In den Interessen sah *Heck* die treibende Kraft der Gesetzgebung. Die Gesetze waren für ihn nur die „Resultanten oder Kraftdiagonalen der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringenden Interessen“. Diese

konfliktsoziologische Vorstellung von der Genese des Gesetzes diente *Heck* als Modell für eine juristische Methode, um unterhalb des Gesetzes, also *de lege lata*, neue Entscheidungen zu produzieren. Wo das Gesetz Unklarheiten oder Lücken zeigt, soll der Richter bei seiner Entscheidung die im Gesetz erkennbare grundsätzliche Interessenwertung zugrunde legen und, wo eine solche Interessenabgrenzung durch den Gesetzgeber nicht erkennbar ist, selbst eine Abgrenzung der Interessen vornehmen.

Die Schulen der soziologischen Jurisprudenz haben es indessen alle bei einer Art Parallelsoziologie in Juristenköpfen belassen. Keine hat mit der Rezeption rechtssoziologischer Forschung ernst gemacht. Die Interessenjurisprudenz ist alsbald zur Wertungsjurisprudenz mutiert, die zwar durchaus mit sozialen Interessen jongliert, aber keine Anstrengungen unternimmt, die Interessen empirisch zu analysieren.

2. Die Jagd auf Alltagstheorien

Ohne Anschluß an die älteren Schulen der soziologischen Jurisprudenz entwickelte sich in der ersten Hälfte der 70er Jahre eine pragmatische Strategie zur Rezeption soziologischen Wissens. Sie gab sich nicht lange mit wissenschaftstheoretischen und methodischen Vorüberlegungen ab, sondern wollte die Jurisprudenz darauf festnageln, daß sie ja immer schon in ihren Argumentationen explizit oder implizit auf Deskriptionen, Kausalerklärungen oder Prognosen zurückgreift, wie sie von den Sozialwissenschaften beigebracht werden. Mit anderen Worten ging es darum, die Alltagstheorien der Juristen aufzudecken und sie nach Möglichkeit durch geprüfte Theorien zu ersetzen oder jedenfalls eine kritische Einstellung gegenüber den Alltagstheorien und ihren möglicherweise verzer-

renden Effekten zu wecken⁸. So plausibel dieser Ansatz auch sein mochte, in der Praxis ist er schlicht gescheitert.

Ein Beleg dafür ist *Limbachs* Analyse⁹ eines Urteils des LG Braunschweig vom 14. 6. 1976¹⁰, in dem ein Ladendieb zur Erstattung der vom Ladeninhaber ausgelobten Fangprämie verurteilt wird. In der Tat: Das Urteil steckt voller Annahmen über soziale Regelmäßigkeiten, über kausale Zusammenhänge und über Entscheidungsfolgen. Indessen betont *Limbach* selbst, daß *Naucke* und *Deutsch* in ihrem Gutachten für den 50. DJT gerade erst beschrieben hätten, wie wenig über die Motive, das Dunkelfeld und die wirtschaftliche Bedeutung des Ladendiebstahls bekannt sei und wie wenig eigentlich auch die Rechtssoziologie über die präventive Wirkung von Sanktionen zu sagen wisse. Wie hätte das LG Braunschweig argumentieren sollen? Die Ansprüche der soziologischen Jurisprudenz konnte es unmöglich einlösen. Man könnte dem Gericht allenfalls vorwerfen, daß es sich ganz überflüssigerweise überhaupt auf quasisoziologische Erörterungen eingelassen hat. Es hätte seine Entscheidung allein darauf stützen können, daß es eine adäquate Folge des Ladendiebstahls sei, daß der Inhaber eine Fangprämie zahlt, um dann sogleich an Hand der für die Auslegung des § 249 BGB entwickelten Grundsätze diese Praxis für zulässig oder unzulässig zu erklären. Auch eine solche Kausalitätszuschreibung beruht natürlich auf einem Erfahrungssatz. Doch dabei bewegt sich die Rechtsprechung auf gewohntem

8 *Karl-Dieter Opp*, Soziologie im Recht, Reinbek bei Hamburg 1973; *Jürgen Bürkle*, Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, Tübingen 1984; *Herbert Maisch*, Vorurteilsbildungen in der richterlichen Tätigkeit aus sozialpsychologischer und forensisch-psychologischer Sicht, NJW 1975, S. 566-570; vgl. auch *Rüdiger Lautmann*, Justiz - die Stille Gewalt, Frankfurt a. M. 1972, S. 21 ff.; *Friedrich Kübler*, Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, Karlsruhe 1975, S. 7 ff.; *Klaus F. Röhl*, Rechtssoziologie, Köln 1987, S. 90 ff.

9 Empirische Argumentation im zivilgerichtlichen Urteil, in: *Frank Rotter/Günter Dux/Rüdiger Lautmann* (Hrsg.), Rechtssoziologie. Examinatorium, Heidelberg 1980, S. 68-80.

10 NJW 1976, 1640-1642.

Terrain. Auch der BGH hat es in seinem bis heute maßgeblichen Urteil von 1979¹¹ nicht ganz vermieden, die Ersatzfähigkeit der Fangprämie auf allgemeine Erfahrungssätze zu stützen. Er stellt darauf ob, daß die Fangprämie ein geeignetes Mittel sei, um die Aufmerksamkeit des Verkaufspersonals und seine Bereitschaft zum Eingreifen zu erhöhen. Dafür bezieht sich der BGH sogar auf (nicht genannte) „empirische Untersuchungen“. Die Kritik an diesem Urteil stützt sich wiederum nicht auf sozialwissenschaftliche Argumente, sondern darauf, daß es sich bei der Fangprämie um eine Schadensverhütungsmaßnahme handle, die der BGH sonst nicht zum erstattungsfähigen Schaden rechne¹².

3. Forensischer Gebrauch von Sozialwissenschaften

Manche Beobachter schöpften Hoffnung, weil Gerichte gelegentlich Sozialwissenschaftler als Sachverständige heranziehen. Wenn immer das geschieht, handelt sich es jedoch nicht mehr um soziologische Jurisprudenz, sondern um konventionelle Beweisaufnahme bei der nur noch ein zuvor als relevant ermitteltes Tatbestandsmerkmal der Norm zu ermitteln ist. Hauptanwendungsgebiet ist die Verwechslungsfähigkeit einer Marke oder eines Zeichens im Wettbewerbsrecht. Diese Begegnung mit Sozialwissenschaft hat das Zivilrecht auch kaum indirekt sensibilisiert. Eine Ausnahme bildet allenfalls das Kindschaftsrecht. Indessen hat *Simitis* beschrieben, wie wenig die von den Kindeswissenschaften angebotenen Reflexionskriterien zu einer fallspezifischen Argumentation genutzt

¹¹ BGHZ 75, 230.

¹² Münchener Kommentar-*Grunsky*, Rn. 76 b vor § 249 BGB

worden sind. Unübersehbar sei vielmehr eine schnelle Trivialisierung und am Ende eine Redogmatisierung der Entscheidungskriterien¹³.

4. Standards, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe

Eine andere Strategie hatte Standards, Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe als Schnittstelle zwischen Recht und Soziologie entdeckt.

Teubners Vorschlag, die Generalklauseln in ihrer Unbestimmtheit ernst zu nehmen und sie als ein Metaprogramm der Zuordnung von gesellschaftlichen Konflikten und rechtlicher Entscheidung zu verstehen¹⁴, eignet sich als Ansatz soziologischer Analyse der Rechtsprechung, ist aber keine Methode soziologischer Jurisprudenz. Mit dieser Bemerkung ist *Teubners* Programm nicht angemessen gewürdigt. Aber dieses Programm war schon ausführlich Gegenstand des Vortrags von *Heldrich*, auf den ich insoweit verweisen kann¹⁵. Andere Vorschläge zielen von vornherein auf eine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, indem sie außerrechtliche Normalitäten als normativen Maßstab heranziehen wollen. Auch diese Idee hat sich in der Praxis nicht durchgesetzt. Dazu will ich wiederum nur ein Beispiel des Scheiterns nennen.

1982 erschien die Dissertation von *Doris Lucke* über „Die Angemessene Erwerbstätigkeit im neuen Scheidungsrecht“. Sie trug den Untertitel „Zur soziologischen Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe“. Darin forderte *Lucke* eine sozialwissenschaftlich abgesicherte Auslegung des § 1574 BGB. Zur Stärkung der Zusammenarbeit zwischen Juristen und

13 *Simitis* in ders. u. a., Kindeswohl, Frankfurt a. M 1979, S. 35 ff.

14 *Gunther Teubner*/AK-BGB, 1970, § 242

15 *Heldrich*, AcP 186, 1986, 74 ff., 101 ff.

Soziologen wollte *Lucke* die Rechtsanwender über sozialpolitische Zielvorstellungen hinter § 1574 BGB und Soziologen über rechtspraktische Anwendungsschwierigkeiten informieren und bot sodann ein analytisches Raster zur Feststellung unterschiedlicher Lebensverhältnisse und Berufsmilieus an. Sie verwies auf die Verwertbarkeit spezieller Soziologien wie Konsumforschung, Schichtungsforschung, Biographieforschung und Berufssoziologie und entwickelte sodann ein von ihr sogenanntes Grundthemen-Konzept zur Bestimmung von sozialen Lebensverhältnissen und angemessenen Erwerbstätigkeiten. Die Arbeit endet indessen nicht mit Ergebnissen, sondern mit Forderungen: Die juristische Methode sei von Verfassungs wegen so einzurichten, daß sie sozialwissenschaftliche Ergebnisse zu rezipieren habe. Der in der Soziologie vorhandene Wissensfundus sei so aufzubereiten, daß er für die Rechtspraktiker unmittelbar verwertbar werde. Noch offene Fragen seien so einzugrenzen, daß sie in absehbarer Zeit hinreichend spezifisch beantwortet werden könnten. Die Rechtsanwender seien dahin zu schulen, daß sie mit soziologischen Methoden und Erkenntnissen umgehen könnten.

Es handelt sich um eine sorgfältige und differenzierende Arbeit. Sie gibt Dogmatikern an keiner bestimmten Stelle Anlaß, Protest anzumelden. Und dennoch: Weder Soziologen noch Juristen sind ihr gefolgt. Einige Kommentare nennen den Titel der Arbeit pflichtschuldigst im Literaturtrailer. Dabei ist es geblieben. Ich habe bei meiner Nachsuche keine Gerichtsentscheidung gefunden, die die Arbeiten von *Lucke* auch nur erwähnt hätte.

5. Isolierte und integrierte Rechtstatsachenforschung

Noch am besten funktioniert die Rechtstatsachenforschung nach dem Programm von *Arthur Nußbaum*. *Nußbaum* betonte, daß die Rechtsdogmatik das Kernstück der Rechtswissenschaft sei, das nicht durch eine soziologische Jurisprudenz im Sinne von *Ehrlich* oder *Ernst Fuchs* ersetzt werden könne, aber durch eine Wissenschaft von denjenigen „Tatsachen, deren Kenntnis für ein volles Verständnis und eine sachgemäße Anwendung der Normen“ erforderlich sei, ergänzt werden müsse. Es solle sich dabei um Tatsachen wirtschaftlicher, politischer, gesellschaftlicher und psychologischer Natur handeln, die lediglich nach den Bedürfnissen der Rechtslehre selbst auszuwählen seien. Wegen ihrer spezifischen juristischen Färbung könne für sie der Ausdruck Rechtstatsachen gewählt werden. In erster Linie gelte es zu erforschen, wie das Gesetz von den Gerichten und dem Publikum tatsächlich angewendet werde, welche Zwecke tatsächlich mit den Normen verbunden würden und welche Wirkungen die Gesetze äußerten. Dabei hebt *Nußbaum* immer wieder hervor, daß die „typischen“ Erscheinungen des Rechtslebens erforscht werden müßten. Das alles sei aber nicht Selbstzweck, sondern für die Dogmatik ein unentbehrlicher Wegweiser, der sie zu fruchtbaren Problemen leite und gegenstandslose Probleme als solche erkennen lasse. *Nußbaum* verzichtete auf einen Einbau der Rechtstatsachenforschung in die juristische Methode und vertraute darauf, daß die bloße Kenntnis der Rechtstatsachen der schon in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg vielfach beklagte Praxisferne der Jurisprudenz abhelfen könne.

Niemand widerspricht der Forderung, Rechtswissenschaft müsse möglichst realistisch vorgehen, d.h. eben, in Kenntnis der Rechtstatsachen. Die Bedeutung der Rechtstatsachen für die Rechtsgewinnung ist

jedoch oft nur schwer zu erkennen, so wenn der Münchener Kommentar (*Rebmann*) in der Einleitung zum Band Familienrecht I auf 42 Seiten Zahlenreihen des Statistischen Bundesamtes als „Rechtstatsachen zum Familienrecht“ abdruckt.

Ein Postulat der Rechtstatsachenforschung ist die Darstellung moderner Vertragstypen. *Manfred Rebbinder* machte einen Anfang mit einer Darstellung des Tankstellenpachtvertrages. Ein Sammelband von *Chiotellis* und *Fikentscher*¹⁶. behandelte vor allem neue, durch Gesetz nicht geregelte Vertragstypen (Nachnahmegeschäft, Schrankfachvertrag u. a.), um damit eine bessere Grundlage für ihre rechtliche Beurteilung und auch für die geplante Reform des Schuldrecht zu liefern. Doch isoliert von der Dogmatik betriebene Rechtstatsachenforschung ist bedeutungslos geblieben. Moderne Rechtswissenschaft hat wie selbstverständlich die Ermittlung der Rechtstatsachen in ihre Arbeit integriert. Das kann man besonders bei den zivilrechtlichen Gutachten beobachten, die für den Deutschen Juristentag erstattet worden sind. Speziell zu neuen Vertragstypen sind *Peter Ulmers* Arbeiten über den Vertragshändler und die wegweisenden Arbeiten von *Michael Martinek*, vor allem über Franchising-Verträge, zu nennen¹⁷. Ein neues Beispiel ist die Habilitationsschrift von *Knut Werner Lange* über „Das Recht der Netzwerke“¹⁸. Wie selbstverständlich beschreibt *Lange* zunächst die Produktions- und Vertriebsnetzwerke der Automobilindustrie und die Funktionen von Lean Production, Lean Distribution und Just - in Time - Zulieferung. Ein Blick in das Literaturverzeichnis des Buches zeigt, daß dazu nicht nur juristische Literatur

¹⁶ *Chiotellis/Fikentscher* (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung, 1985.

¹⁷ München 1969.

¹⁸ Heidelberg 1998.

im engeren Sinne ausgewertet worden ist, sondern Informationsquellen sehr unterschiedlicher Art und Qualität. Etwas anders verfährt *Mathias Robe*. An den Anfang seiner Monographie setzt er eine „an den Rechtstatsachen orientierte Bestandsaufnahme“¹⁹. Dabei handelt es sich um eine Zusammenstellung des von der Rechtsprechung behandelten Fallmaterials. Man kann methodisch an solchen Juristenarbeiten mäkeln. Mir scheint indessen, das Ergebnis spricht für sich, so daß ich die Methode eher mit dem Label „qualitative Textanalyse“ adeln würde. Dazu noch einige Beispiel mehr: Von *Karsten Schmidt* erfahren wir, daß er für seinen Vortrag auf der Zivilrechtslehrertagung 1981 über „Den bürgerlich rechtlichen Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit“ „rechtstatsächliche Umfragen“ gemacht hat²⁰. *Leipold* hat gar für sein Referat über „Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts“ eine formidable Aktenuntersuchung angestellt²¹. Darüber hinaus konsultiert er die Ergebnisse aus zwei vom Bundesministerium der Justiz in den Jahren 1970 und 1971 veranlaßten Meinungsumfragen über den mutmaßlichen Erblasserwillen²². Ein Vergleich mit der Rechtsgeschichte drängt sich auf. Es besteht Konsens, daß man für das Verständnis eines Gesetzes historische Kenntnisse benötigt. Ich habe aber noch nicht gehört, daß für dieses Geschäft professionelle Historiker bemüht worden wären. Juristen betreiben Rechtsgeschichte im Do-It-Yourself-Verfahren. Genau so gehen sie mit der Rechtstatsachenforschung um. Aber Rechtstatsachenforschung ist keine Soziologie, denn sie ist atheoretisch.

19 Netzverträge, Tübingen 1998, S. 7.

20 AcP 182, 1982, S. 1-59, S. 8.

21 *Dieter Leipold*, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180, 1980, S. 160-237.

22 *Hans A. Stückel*, Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, S. 609-618.

6. Beratung von Institutionen im Wandel

Die Nachfrage nach sozialwissenschaftlicher Beratung hat sich heute auf die Institutionen verlagert. Die Gesellschaft als ganze und das ihr entsprechende Rechtssystem erscheinen zwar therapiebedürftig. Sie sind aber als Ganzes nicht greifbar und scheiden deshalb als Nachfrager aus. Anders liegt es bei Organisationen, privaten Unternehmen ebenso wie öffentlichen Einrichtungen, Universitäten etwa oder der Justiz. Überall spürt man wachsende Komplexität und in der Folge unbewältigte Kontingenz. Die Stichworte sind bekannt: Soziale Differenzierung, Globalisierung, Umwälzung der Informationstechnik, Risikopotential der Technik. Die Attitüde der Selbstbeobachtung hat ein gestiegenes Bewußtsein für Ungewißheit und die Notwendigkeit von Anstrengungen zur Bewältigung des sozialen Wandels und der Zukunft hervorgerufen. So wie Individuen professionelle Hilfe bei Psychologen und Psychiatern suchen, drängen sich Unternehmen und Organisationen nach professioneller Beratung. Hier ist ein großer Markt entstanden, in den etwa im Justizbereich *Kienbaum, Wibera und Prognos* eingedrungen sind. Was sie anbieten, ist eingekochte Rechtssoziologie ohne Quellenangabe.

7. Folgenberücksichtigung

Eine methodisch elaborierte Strategie soziologischer Jurisprudenz versteht Rechtsnormen prinzipiell als Mittel für soziale Zwecke und baut auf *Max Webers* Darstellung des Zweck-Mittel-Zusammenhangs und der darauf gründenden Verantwortungsethik oder auf dem kritischen Rationalismus von *Popper* und *Albert* auf. Spezifische Ausprägungen dieser Strategie sind das Postulat der Folgenberücksichtigung im Recht oder das Effizienzpostulat der ökonomischen Analyse. Folgt man diesen Vor-

stellungen, so stellt sich nicht länger die alte Frage soziologischer Jurisprudenz, ob denn soziologisches Wissen juristisch überhaupt relevant werden könne. Jetzt stellt sich das Problem, daß solches Wissen eigentlich ubiquitär Verwendung finden müßte; denn wo immer die Entscheidung offen ist, lassen sich verschiedene Normhypothesen unter dem Gesichtspunkt möglicher Realfolgen vergleichen. Jetzt sehen wir, was wir alles wissen müßten, um rational zu entscheiden, und wie wenig wir tatsächlich wissen. Zwar gibt es hier und da Wissensinseln. Aber sie sind unbedeutend im Verhältnis zu dem Meer des Nichtwissens und den Untiefen ungesicherter Annahmen. In dieser Situation verbietet es sich, der juristischen Methode die Suche nach sozialwissenschaftlich abgesicherten Entscheidungen zur Pflicht zu machen. Akzeptiert man die Folgenberücksichtigung als Element juristischer Methode, so liegt darin allenfalls die Erlaubnis, Argumente sozialwissenschaftlich abzustützen. Ob und in welchem Umfang das geschieht, kann die juristische Methode nicht mehr verantworten.

8. Das Dilemma soziologischer Jurisprudenz

Das Unternehmen einer soziologischen Jurisprudenz ist gescheitert, und es konnte gar nicht anders kommen. Gründe dafür habe ich vor nunmehr 25 Jahren als "Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung" beschrieben, und sie haben sich als stärker erwiesen, als ich es damals befürchtete. Heute unterscheide ich zwischen einem moralischen und einem epistemologischen Problem. Das moralische Problem des Konsequentialismus besteht allerdings in dieser Weise nur für die Rechtsprechung. Es liegt darin, daß es problematisch ist, über Handlungen, die sich in der Vergangenheit ereignet haben, nach der Maßgabe von Folgen

zu urteilen, die man für die Zukunft gut heißt. Das epistemologische Problem ist das Informationsparadox. Es geht kurz gesagt darum, daß man die Bedeutung einer Information erst dann beurteilen kann, wenn man die Information kennt. Das gilt jedenfalls dann, wenn nicht zuvor die Frage auf eine Ja-/Nein-Antwort zugespitzt ist. Deshalb ist es, jedenfalls im Gerichtsverfahren, nicht rational, sich auf die Suche nach Unbekanntem zu machen, wenn die Frage nicht als Beweisbeschluß formuliert werden kann mit der Folge, daß, ganz gleich wie die Antwort ausfällt, eine Entscheidung möglich ist.

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

chen und auf dieser Basis die Rechtspraxis kritisieren und ihr neue Lösungen vorschlagen. Viele anspruchsvollere rechtswissenschaftlichen Untersuchungen nutzen auch sozialwissenschaftliche Argumente. Für eine rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift gehörte es zeitweise zum Standard, die Folgendiskussion aufzunehmen und sozialwissenschaftliches Material zu verwerten²³. Zwar kann die Rechtswissenschaft nur ausgesuchte Themen auf soziologischer Grundlage behandeln. Die unvermeidliche Subjektivität der Themenwahl fällt aber nur wenig ins Gewicht, da die Entscheidungsvorschläge für die Praxis nicht unmittelbar verbindlich sind. Man wird einwenden, daß aus eben diesem Grunde eine Rechtswissenschaft auf soziologischer Grundlage zur Unwirksamkeit verurteilt sei. Aber es gibt keine Alternative.

Inzwischen hat die Rezeption soziologischen Wissens in der Rechtswissenschaft wieder nachgelassen. Bis zu einem gewissen Grade werden an Stelle soziologischer jetzt Argumente einer ökonomischen Analyse des Rechts aufgenommen. Bei der Durchsicht der Referate für die Zivilrechtslehrertagungen fanden sich etwa gleich viel oder vielmehr gleich wenig Bezugnahmen auf Literatur zur ökonomischen Analyse des Rechts wie auf rechtssoziologische Arbeiten.

9. Hat die Rechtssoziologie ein normatives Programm?

Es ist noch gut in Erinnerung, daß Rechtssoziologie von der Dogmatik, auch vom Zivilrecht, massiv abgewehrt wurde, weil man hinter der soziologischen Analyse des Zivilrechts - nicht ganz unberechtigt - ein poli-

²³ Vgl. z. B. *Klaus Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, Frankfurt a. M. 1972; *Johannes Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981; *Thomas Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969, *Udo Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied/Darmstadt 1979; *Gunther Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978; *Gisela Zenz*, Kindesmißhandlung und Kindesrechte, Frankfurt a. M. 1979.

tisches Programm vermutete. Indessen hat die Rechtssoziologie als Disziplin kein eigenes normatives Programm. Sie kann durchaus im Sinne *Max Webers* als wertfreie Wissenschaft betrieben werden. Ein normatives Programm hat aber in der Regel der einzelne Wissenschaftler, sei er Soziologe oder Dogmatiker. Das läßt sich gar nicht vermeiden. Problematisch war nur jene Aufbruchszeit, in der sich die politischen Vorstellungen der Rechtssoziologen so addierten, daß manche den Eindruck gewannen, dieses Programm sei der Disziplin inhärent. Auch wenn heute bei den meisten, die Rechtssoziologie betreiben, das normativ-politische Programm in den Hintergrund getreten ist, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß von der Rechtssoziologie eher solche Personen angezogen werden, die einem sozialen Wandel das Wort reden als andere, die man gewöhnlich als konservativ kennzeichnet.

IV. Die Bedeutung der Rechtssoziologie für die Gesetzgebung

1. Zur funktionellen Differenzierung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung

Die Rechtssoziologie hat dazu beigetragen, die Grenze zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung aufzulösen. Es ist heute eine Banalität, daß Rechtsprechung sich nicht auf die bloße Anwendung des Gesetzes beschränkt, sondern weit in den Bereich der Rechtsschöpfung eindringt. Rechtstheoretisch betrachtet ist die Aufgabe der Rechtsgewinnung für Gesetzgebung und Rechtsprechung sehr ähnlich. Die Gerichte sind durch Verfassung und Gesetze nur lückenhaft programmiert. Sie müssen daher Entscheidungen treffen, die, ungeachtet allen Streits um die Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts, präjudizielle Wirkung haben.

Wenn es jedoch um die Heranziehung soziologischen Wissens geht, dann baut sich die Grenze zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung wieder auf. Jetzt liegt der Unterschied nicht länger in Freiheit oder Bindung an Normtexte, sondern im Anlaß und in den organisatorischen Handlungsbedingungen des Entscheidens. Anlaß ist ein konkreter Fall, und die sozialen Bedingungen des Entscheidens sind durch die Prozeßordnungen vorgegeben. Sozialforschung verträgt sich nicht mit der Zeitperspektive konkreter Entscheidungsverfahren und paßt schon gar nicht in das Kostengefüge des Prozesses.

Die Gesetzgebung verfügt nicht nur über einen weiteren Zeithorizont, sondern auch über die Ressourcen für eine sozialwissenschaftliche Beratung. Sie nutzt solche Beratung nicht bloß für eine Verbesserung der Entscheidungsqualität, sondern strategisch zur Beschaffung von Legitimation. Das hat am Beispiel der Reform des Scheidungsrechts *Laucke* anschaulich und detailliert berichtet²⁴.

2. Rechtssoziologie und die Reform des Scheidungsrechts

Scheidung und eheliches Güterrecht, Steuerrecht, Unterhaltsrecht, Namensrecht, Sorgerecht oder die Stellung nichtehelicher Kinder haben sich in den 50 Jahren seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland grundlegend gewandelt. Hätte man Laien 1949 den heutigen Rechtszustand ausgemalt, so hätten sie sich diesen Wandel kaum anders als eine Revolution vorstellen können. Doch es war nur eine „stille Revolution“²⁵, die ohne den Schub von sozialen Bewegungen oder auch nur starker Interessengruppen vor sich ging. Die starke Beteiligung von

24 *Doris Laucke*, *Recht ohne Geschlecht? Zu einer Rechtssoziologie der Geschlechterverhältnisse*, Pfaffenweiler 1996.

25 Nach *Herbert Jacob*, *Silent Revolution. The Transformation of Divorce Law in the United States*, University of Chicago Press 1988.

Sachverständigen am Gesetzgebungsverfahren deutet darauf, daß die Reform relativ unpolitisch war. Der Boden war durch den sozialen Wandel vorbereitet. Die gestiegene Lebenserwartung führte trotz höheren Heiratsalters zu einer längeren Ehedauer. Veränderungen des Arbeitsmarktes und bessere Ausbildung ließen die Ehefrauen zum Haushaltseinkommen beitragen, machten sie finanziell unabhängiger und verschafften ihnen soziale Kontakte ohne Vermittlung des Mannes. Die Kinder verloren ihre Bedeutung als ökonomische Absicherung und wurden zur emotionalen Ressource. Soziologische Aufklärung in der Folge der *Kinsey*-Reports, wirksame Verhütungsmittel und eine gewisse Liberalisierung der Abtreibung untergruben das normative Monopol der Ehe für legitime sexuelle Beziehungen. Die Ehescheidung war nicht länger ein sozial stigmatisierendes Ereignis, sondern nur noch ein Problem der Kernfamilie. Mehr oder weniger im Gleichklang veränderte sich unter diesen Einflüssen etwa seit 1965 das Familienrecht in allen westlichen Industrienationen und darüber hinaus. Die Kirchen leisteten vergleichsweise - man denke an die Reform des § 218 StGB - milden Widerstand. Feministische Rhetorik half ein wenig nach. In Deutschland schob das Verfassungsgericht die Reform an manchen Stellen an. Rechtssoziologie spielte in diesem gewaltigen Veränderungsprozeß nur die Rolle eines Mauerblümchens, das in den Rissen der alten Gesetze blühte. Sie hinkte dem sozialen Wandel kaum weniger hinterher als das Recht selbst.

Bei der Eherechtsreform ging es um zwei Themen, die nur begrenzt miteinander zusammenhängen, nämlich um das Ob der Scheidung und um die Modalitäten der Scheidungsfolgen. Was das Ob der Scheidung betrifft, so hat der Gesetzgeber den Wandel von Ehe und Familie, den wir zwar heute sehr viel deutlicher sehen, der aber auch 1976 schon er-

kennbar war und von der Familiensoziologie beschrieben wurde, gar nicht ernsthaft zur Kenntnis genommen. Die Ehescheidung galt als pathologischer Befund; die Aufgabe des Rechts bestand zunächst darin, den Eintritt dieses Ereignisses zu verhindern. Das alte Recht ging vom Verschuldensprinzip aus und gestattete nur unter sehr engen Voraussetzungen die Scheidung auch wegen objektiver Zerrüttung der Ehe. Im Verfahren galt nicht nur der Untersuchungsgrundsatz. Vielmehr war auch die Staatsanwaltschaft beteiligt, und ein sogenannter Sühneversuch war obligatorisch. Rechtstatsachenforschung hätte beschreiben können, wie sich die Rechtspraxis immer weiter von dem offiziellen Recht entfernte. Es war nicht nur ein Anstieg der Scheidungsziffern zu beobachten. Vor allem die Praxis der verdeckten Konventionalscheidung war allgemein bekannt. Sie war abzulesen an der Konzentration des Scheidungsgrundes auf „andere Eheverfehlungen“ i. S. des alten § 43 EheG auf über 95 %. Um die Differenz zwischen dem law in action und dem law in the books zu erkennen, bedurfte es aber gar keiner Rechtstatsachenforschung. Forschung war auch nicht notwendig, um die rechtspolitische Diskussion voranzubringen. Das besorgten die Medien. Erstaunlicherweise kam die Scheidungsursachenforschung in Deutschland, aber auch in anderen Ländern, erst nach der Reform des Scheidungsrechts richtig in Gang²⁶.

Was die Scheidung selbst betrifft, so wurde der Präventionscharakter des Scheidungsrechts nicht in Frage gestellt. Im Gegenteil, aus heutiger Sicht kann man den Übergang vom Verschuldensprinzip zum Zerrüttungsprinzip als einen Versuch verstehen, der Justiz die Kontrolle der

26 Eine gute Zusammenfassung findet sich bei *Margret Rottliebner-Lutter*, Gründe von Ehescheidungen in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 1992, S. 51-97.

Ehescheidung, die unter dem Verschuldensregime verloren gegangen war, zurückzugewinnen. Schon damals war aus der Untersuchung Rheinsteins bekannt, daß die Ausgestaltung des Scheidungsrechts für die Frequenz der Ehescheidung keine große Bedeutung hat. Aber dieser Sachverhalt wurde schlicht ignoriert. Auch als das Zerrüttungsprinzip 1980 auf den Prüfstand der Verfassung geriet²⁷, gab sich das Gericht ohne weiteres mit der Präventionswirkung des Zerrüttungsprinzips zufrieden, ohne überhaupt die Frage aufzuwerfen, wieweit dieses Prinzip tatsächlich die ihm im Gesetzgebungsverfahren zugeschriebene Präventivwirkung entfaltet. An der soziologischen Beobachtung, daß die Stabilität von Ehe und Familie als Institution nicht von der Stabilität individueller Ehen abhängt, hatten weder der Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht irgendein Interesse. Daher ging die Scheidungsrechtsreform auch längst nicht soweit, wie es nach dem soziologischen Befund angezeigt gewesen wäre. Nach wie vor kommt die Praxis nicht ohne die verdeckte Konventionalscheidung aus.

Eigentlich ist es rätselhaft, warum ein so handfestes Ergebnis wie das von der fehlenden Präventionswirkung des Scheidungsrechts in der Reformdiskussion nicht akzeptiert wurde. Ich habe den Verdacht, daß die beteiligten Sozialwissenschaftler selbst die Ignorierung ihres Angebots provozierten, weil sie ihr Wissen nur im Paket mit einer Denunzierung der Wertvorstellungen von Juristen und Politikern präsentierten. In diesem Sinne heißt es etwa bei *Lucke*²⁸: „Am Grundsatz der auf lebenslange Dauer angelegten Ehe als Leitbildauffassung wurde gleichwohl auch im neuen Ehescheidungsrecht festgehalten. Hierbei handelt es sich offen-

27 BVerfG NJW 1980, 689.

28 A. a. O. S. 74.

sichtlich um einen Tribut an die Kirchen und rechtskonservative Traditionalisten, deren dogmatischen Positionen familiensoziologische Befunde zur empirisch vorfindbaren Scheidungsrealität untergeordnet wurden.“ Es gibt keinen soziologischen Grund, warum man nicht auch kontrafaktisch an einem Leitbild festhalten könnte. Davon abgesehen wäre doch zu fragen, ob sich das Eheleitbild an den gescheiterten oder an der Mehrheit der gelungenen Ehen ausrichten sollte. Und schließlich wäre zu bedenken, daß vermutlich auch diejenigen, deren Ehe später scheitert, mit dem Ziel einer lebenslänglichen Bindung in die Ehe gehen. Es wäre daher nicht die Aufgabe der Rechtssoziologie gewesen, den Kirchen ihr Eheleitbild zu vermiesen. Sie hätte sich vielmehr darauf konzentrieren sollen, die Ungeeignetheit des Rechts zur Zementierung von Ehen zu betonen und vielleicht noch auf die innere Widersprüchlichkeit eines Eheleitbilds hinweisen können, das den sakramentalen Charakter der Ehe durch äußeren Rechtszwang zu wahren sucht. Auf der anderen Seite waren die Sozialwissenschaftler nicht zynisch genug, um auf die latente Funktion einer objektiven Scheidungsfolgenregelung hinzuweisen. Auch bei der Frage der innerehelichen Funktionsteilung gab es einen merkwürdigen Bias auf Seiten der Sozialwissenschaften. Natürlich waren die geschlechtsspezifischen Regelungen der alten §§ 1356 und 1360 BGB unhaltbar geworden. Aber die Sozialwissenschaften, in diesem Fall die Frauenforschung, kämpfte ihrerseits dogmatisch auf der Leitbildebene, anstatt zu betonen, wie irrelevant sich rechtliche Regeln über das Binnenverhältnis der Ehegatten erwiesen hatten.

Für das aktuelle Familienrecht könnte die Rechtssoziologie zwei Akzente setzen. Zunächst zeigt sie, daß es nicht gerechtfertigt ist, kulturpessimistisch von einer Krise von Ehe und Familie zu reden, einer Krise,

der sich das Recht entgegenstemmen müßte²⁹. Das Phänomen, das beschrieben wird, ist vielmehr die erstaunliche Flexibilität der Institutionen von Ehe und Familie. Nach wie vor ist die Ehe die bestimmende Lebensform, wenn es um Privatheit und Kinder geht. Die relativ hohe Scheidungsrate wird durch eine bemerkenswerte Wiederverheiratungsquote ausgeglichen. Die Rechtsprobleme konzentrieren sich daher praktisch ganz auf die Bewältigung der Scheidungsfolgen. Daher ist die Scheidungsfolgenforschung für das Zivilrecht wichtiger geworden als die Scheidungsursachenforschung.

Auch die Scheidungsfolgenforschung erlebte ihre Konjunktur erst nach der Eherechtsreform von 1976³⁰. Immerhin blieb diese Forschung insofern nicht ganz irrelevant, als das die gesetzlichen Regelungen noch mehrfach nachgebessert wurden. Als Beispiel der Scheidungsfolgenforschung ist die Untersuchung von *Limbach* zur Praxis der gemeinsamen Sorge geschiedener Eltern zu nennen, die zwar die relative Seltenheit dieses Verfahrens betont, seine Wirkung jedoch verhalten positiv einschätzt³¹. Erwähnung verdient auch eine Untersuchung von *Lempp* u. a., die sich mit der Anhörung der Kinder gemäß § 50 b FGG befaßt³². Das eigentlich Bemerkenswerte an diesen Untersuchungen scheint mir aber zu sein, daß sie durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausgelöst wurden, die Untersuchung von *Limbach* durch ein Urteil vom 3. 11. 1982, daß § 167 1 IV 1 BGB wegen Verstoßes gegen das Elternrecht des Art. 6 II 1 GG für nichtig erklärte, weil die Bestimmung ein gemeinsames Sorgerecht geschiedener Ehegatten für ihre Kinder selbst für den

29 Neuer Art. in KZfRS]

30 *Lucke* S. 105.

31 *Jutta Limbach*, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, Köln 1989.

32 *Reinhard Lempp/Vera von Braunbehrens/Ernst Eichner/Doris Röcker*, Die Anhörung des Kindes gemäß § 50 b FGG, Köln 1987.

Fall ausschloß, daß die Eltern gemeinsam eine solche Regelung wünschten³³. Immerhin berief sich das Gericht auf kinderpsychiatrische und -psychologische Literatur und bemühte dazu auch zwei Sachverständige. Die Untersuchung von *Lempp* u. a. zur Anhörung von Kindern unter 14 Jahren wurde vom Bundesjustizministerium im Anschluß an einen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 5. 11. 1980³⁴ veranlaßt, der die Regelung des § 50 b FGG zwar bestätigte, dennoch aber zu einer Verunsicherung der Familien- und Vormundschaftsrichter geführt zu haben schien. Nimmt man die späteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Stellung des nichtehelichen Kindes³⁵ und schließlich das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. 12. 1997 hinzu, so scheint sich ein Befund zu bestätigen, den Gerd Winter bereits 1969 vortrug³⁶: Mindestens im Bereich des Eltern- und Kindschaftsrechts hinkt das offizielle Recht nicht unbedingt dem sozialen Wandel nach, sondern läuft mindestens auf der Bugwelle mit.

3. Ex-post-Analysen

Die Reform des Ehe-, Familien- und Kindschaftsrechts ist aus einem weiteren Grund interessant. Sie hat eine Gattung rechtssoziologischer Literatur produziert, die ich höher schätze als viele der kurzatmig um Nützlichkeit und Reform bemühten Arbeiten. Ich meine die Gattung der Ex-post-Analysen, die das, was geschehen ist, aus der Distanz einordnen und vielfach latente Zusammenhänge aufzeigen. Was konkret die Reform des Ehe- und Familienrechts betrifft, so ist mein Favorit die „Silent

³³ BVerfGE 61, 358 = NJW 1993, S. 101 f. = FamRZ 1982, 1182 ff.

³⁴ NJW 1981, 217.

³⁵ BVerfG U. v. 5. 11. 1991, BVerfGE 85,80 = FamRZ 1992, 157 = NJW 1992, 1747.

³⁶ *Gerd Winter, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen*, Berlin 1969.

Revolution“ von *Herbert Jacob*. Aber auch aus Deutschland gibt es Untersuchungen, die mir die Augen geöffnet haben für Vorgänge und Zusammenhänge, die ich bisher so nicht gesehen hatte. Dafür will ich drei Beispiele nennen, nämlich *Wolfgang Voegelis* Aufsatz über den „Funktionswandel des Scheidungsrechts“ in der *Kritischen Justiz* 1982³⁷. *Doris Luckes* „Abhandlung über die Verwendung soziologischen Wissens in der Familiengesetzgebung“ sowie den Artikel von *Margret Rottleuthner-Lutter* und *Hubert Rottleuthner* über den „Wandel von Ehe, Familie und Recht in der Bundesrepublik Deutschland“. Die zuletzt genannte Arbeit ist leider an etwas entlegener Stelle abgedruckt, in den *Oñati-Proceedings* Bd. 13, 1991, S. 131-155. Sie ist bestens geeignet zur Verwendung ebenso in der Rechtssoziologie wie in der Familienrechtsvorlesung.

4. Leistungsgrenzen der Rechtstatsachenforschung

Sozialwissenschaftliche Theorien bilden und bewähren sich erst in einem längeren Forschungs- und Diskussionsprozeß. Man kann daher nicht ad hoc Sozialforschung betreiben, um juristische Probleme zu lösen. So wenig, wie die Medizin für die Behandlung eines bestimmten Patienten ein neues Arzneimittel entwickelt und testet, kann die Rechtspraxis sich für die Entscheidung ihrer Fälle von den Sozialwissenschaften Lösungen erarbeiten lassen³⁸. Negativbeispiele für die kurzschlüssige Verwendung von Rechtstatsachenforschung in der rechtspolitischen Diskussion geben die Untersuchungen von *Blankenburg* und *Fiedler*, von *Raiser* und *Jagodzinski* zur Bedeutung der Rechtsschutzversicherungen sowie die Untersuchung von *Rottleuthner* zum Einsatz des Einzelrichters.

³⁷ S. 133-155.

³⁸ *Richard Lempert*, From the Editor, *LSR* 18, 1984, 505-513, 509 f.

Indessen bietet auch eine die über ein Jahrzehnt dauernde und mit großer Beteiligung betriebene Behandlung eines Themas noch keine Gewähr für brauchbare Ergebnisse. Beispiel dafür ist das gewaltige Corpus der Untersuchungen zu alternativen Streitschlichtungsverfahren. Hier wurden der Rechtspolitik Versprechungen gemacht, die schlechthin nicht einlösbar waren und sind.

V. Das Echo des Zivilrechts auf die Rechtssoziologie

1. Stichworte aus der Verwendungsforschung

In dem von *Max Weber* angezettelten Werturteilsstreit und in seiner Neuauflage in der Positivismusdebatte wurde um eine wissenschaftstheoretische Hürde für die Relevanz der Soziologie in Politik und Recht gestritten. Nachdem diese Hürde umgangen war, gab es für beide Seiten eine Enttäuschung: Die Sozialwissenschaften konnten die Hoffnung von Politik und Recht auf Hilfe nicht erfüllen. Dafür lassen sich zwei Gründe benennen. Der erste wäre, daß sich die Sozialwissenschaft auf grundlegende Wertorientierungen der politischen und juristischen Akteure einlassen müßte³⁹. Dazu ist sie in aller Regel nicht bereit. Im Gegenteil, in der Regel ist soziologische Forschung gerade durch einen Wertedissens zu den in den Institutionen tätigen Juristen motiviert. Soziologen wehren sich gegen eine Rolle als Gehilfen der Technokratie. Der zweite Grund liegt in der Qualität soziologischen Wissens. Die Aussagen sind oft nur tentativ, nicht selten innerhalb der Disziplin selbst umstritten, und ihre Reichweite ist begrenzt, oder ihre Daten sind veraltet. Umgekehrt schien

³⁹ *Carol Weiss*, Forschung zum Nutzen der Politik. Die Aufklärungsfunktion sozialwissenschaftlicher Forschung, in: *G.-M. Hellstern/H.Wollmann*, Handbuch zur Evaluierungsforschung Band 1, Opladen 1984, S. 554.

es den Sozialwissenschaften, daß Recht und Politik sich ihren Problemdefinitionen und Zielvorstellungen verschlossen. In dieser Situation nahm, was bis dahin als Theorie-Praxis-Problem behandelt worden war, unter der Bezeichnung „Verwendungsforschung“ einen neuen Anlauf. In Deutschland konzentrierten sich die Anstrengungen in dem seit 1981 bestehenden DFG-Schwerpunktprogramm „Verwendungszusammenhänge sozialwissenschaftlicher Ergebnisse“.

Ausgangspunkt der Diskussion heute ist in der Regel ein Aufsatz von *Ulrich Beck* und *Wolfgang Bonß* mit dem Titel „Soziologie und Modernisierung. Zur Ortsbestimmung der Verwendungsforschung“⁴⁰. Für die Rechtssoziologie wurde diese Diskussion 1988 mit einem von *Doris Lucke* verantworteten Schwerpunktheft der Zeitschrift für Rechtssoziologie rezipiert. Die Stichworte aus dieser Diskussion sind etwa folgende:

Die Vorstellung eines organisierten Wissenstransfers von den Sozialwissenschaften zu Recht und Politik gilt als gescheitert. Für obsolet erklären jedenfalls *Beck* und *Bonß* auch das Aufklärungsmodell, das von einem Rationalitätsgefälle zwischen der Soziologie und der sie umgebenden Gesellschaft ausgeht und darauf vertraut, daß soziologisches Wissen in die Gesellschaft diffundiert, mögen dabei auch Blockaden und Widerstände zu überwinden sein. Den Grund dafür sehen *Beck* und *Bonß* darin, daß längst keine einseitige Rationalitätslücke mehr zwischen Sozialwissenschaft und Praxis klafft, denn die gesellschaftliche Praxis sei längst so von sozialwissenschaftlichen Wissens-elementen durchdrungen, daß sie selbst über den soziologischen Blick verfüge. *Beck* und *Bonß* sprechen von der latenten Versozialwissenschaftlichung der Gesellschaft. Daß die „Versozialwissenschaftlichung“ - ich rede lieber von Soziologisierung -

latent bleibt, erklären *Beck* und *Bonß* unter Bezugnahme auf *Tenbruck* mit der Trivialisierung soziologischen Wissens. Die Grundbegriffe der Soziologie, etwa Handlung, Rolle, Institution, System, Klasse, soziale Schichtung usw., sind längst in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangen. Die Gesellschaft hat sich soziologisches Wissen in einer Weise angeeignet, daß es „verschwunden“ ist. Zur Soziologisierung gehört aber nicht nur die Veralltäglichsung soziologischer Konzepte, sondern auch die von *Beck* sog. „reflexive Modernisierung“. Gemeint ist die ständig mitlaufende Selbstbeobachtung. Diese Entwicklung hat nach Ansicht von *Beck* und *Bonß* eine doppelte Konsequenz. Sie führt erstens zur Autonomisierung der Nachfrage gegenüber dem Angebot. Die potentiellen Verwender von Sozialwissenschaft sind in der Lage, selbst zu steuern, ob, wann und wieviel an Sozialwissenschaft sie zur Kenntnis nehmen wollen. Die Soziologisierung der Gesellschaft führt zweitens zu Formen „gespaltener Verwendung“. Am Beispiel der Ranking-Umfragen über Universitäten: Nach innen wertet man die Ergebnisse und die in ihnen steckende Kritik aus. Nach außen wehrt man die Untersuchungen als prinzipiell verfehlt oder als „methodisch unzulänglich“ ab.

Die These von der Soziologisierung der Gesellschaft und der damit verbundenen Trivialisierung soziologischen Wissens erscheint plausibel. Ebenso einsichtig ist, was *Beck* und *Bonß* als Autonomisierung der Nachfrage und als „gespaltene Verwendung“ beschreiben. Dagegen kann ich ihnen nicht mehr folgen, wenn sie ein „Rationalitätsgefälle“ zwischen Sozialwissenschaft und soziologierter Gesellschaft verneinen. Wenn die Soziologisierung via Trivialisierung verläuft, so zeigt sich doch gerade darin der Rationalitätsvorsprung der Sozialwissenschaften. Problematisch

ist allerdings der Rationalitätsbegriff, denn es gibt nicht nur die eine sozialwissenschaftliche Rationalität, sondern konkurrierende Rationalitätsansprüche, und speziell im Verhältnis von Soziologie und Jurisprudenz kann daher nicht von einem Rationalitätsgefälle, sondern nur von konkurrierenden Rationalitäten die Rede sein.

Ulrich Beck und *Wolfgang Bonß* halten mit ihrer These vom Verschwinden der Soziologie in der Praxis⁴¹ einen Trost bereit. Erfolgreiche Verwendung bestehe in einem „Selbstverständlichwerden“ oder „Unsichtbarwerden“ der Soziologie in der Praxis, darin, daß soziologische Wissensbestände und Deutungsmuster den Relevanzstrukturen des Alltagshandelns folgend bis zur Unkenntlichkeit umformuliert würden. Gerade dies mache ihre spezifische Wirksamkeit aus. Aber mit der These des Verschwindens soziologischen Wissens ist wenig anzufangen, denn sie läßt sich nicht widerlegen. Ich ziehe es daher vor, im Anschluß an *Carol Weiss* zunächst an der Aufklärungswirkung der Soziologie festzuhalten. *Weiss* betont die allmähliche Ablagerung von Einsichten, Theorien, Konzepten, Perspektiven und Weltanschauungen⁴². Ich behaupte, daß sich darüber hinaus im Recht auch Resonanzen auf soziologisches Wissen feststellen lassen. Die Aufklärungswirkung läßt sich etwa an der Diskussion um das Sozialmodell des Zivilrecht festmachen, die Resonanzen an synchronen Themenkonjunkturen.

41 *Ulrich Beck/Waldemar Bonß*, Soziologie und Modernisierung. Zur Ortsbestimmung der Verwendungsforschung, *Soziale Welt* 35, 1984, S. 381-406.

42 *Carol Weiss*, Forschung zum Nutzen der Politik. Die Aufklärungsfunktion sozialwissenschaftlicher Forschung, in: G.-M. Hellstern/H. Wollmann, *Handbuch zur Evaluierungsforschung* Band 1, Opladen 1984, S. 541-556.

2. Themenkonjunkturen: Kritik der Privatautonomie

Man kann die Wirkungen von Rechtssoziologie auf das Recht nicht im strengen Sinne beweisen und erst recht nicht quantifizieren. Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Recht im Allgemeinen und für das Zivilrecht im Besonderen läßt sich eher mit dem Verhältnis von Medien und Politik vergleichen. Die Rechtssoziologie greift bestimmte Themen auf, definiert und interpretiert sie als soziale Probleme, für die das Recht eine Rolle spielt, sei es als Ursache des Problems, sei es als Mittel zu seiner Behandlung. Die soziologischen Relevanzzuweisungen und Problemdeutungen finden im Rechtssystem Resonanz, auch wenn gar nicht ausdrücklich auf sie Bezug genommen wird. Gelegentlich wird das Recht von der Soziologie sogar nur mittelbar auf dem Umweg über die allgemeinen Massenmedien angestoßen. Für eine Überprüfung dieser „Resonanztheorie“ könnte man nach dem Vorbild der Medienwirkungsforschung die Agenda der Rechtssoziologie mit derjenigen von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft vergleichen.

3. Faktische Ungleichheit als Grundkondition der Gesellschaft

Der Großangriff des Marxismus, der sich ja auch als soziologische Theorie verstand, ist allerdings gescheitert. Er hat jedoch viele Einzelangriffe inspiriert und vorbereitet, die durchaus nachhaltige Wirkung zeigen.

Für das Zivilrecht zentral war und ist die Feststellung, daß die Vertragsfreiheit nur als Axiom verstanden werden darf, während in der sozialen Wirklichkeit Zwangslagen vorherrschen, die die Freiheit zum Vertragsschluß erheblich einschränken. Solche Beschränkungen hat die Rechtssoziologie besonders für vier Rechtsgebiete aufgezeigt, nämlich für den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, für das Miet-

recht, das Arbeitsrecht sowie für Kredit und Bürgschaft. Insoweit lassen sich nun doch deutliche Resonanzphänomene beobachten. Seit den 60er Jahren häufte sich die rechtssoziologisch inspirierte Kritik der Privatautonomie. Alsbald bildete sich ein „fortschrittliches“ Lager heraus, das seine Argumente nicht nur aus marxistischer Kapitalismuskritik, sondern auch aus der Rechtssoziologie bezog. Interessant ist, wie das Thema von der traditionellen Dogmatik aufgenommen wurde.

1975 hielt *Hermann Weitnauer* vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe eine Vortrag über den „Schutz“ des Schwächeren im Zivilrecht. Er begann: „Ein böses Wort geht um in unserem Lande und in der ganzen westlichen Welt, das die Jungen verwirren und verführen, die Alten verunsichern soll; es lautet: ‚Das herrschende Recht ist das Recht der Herrschenden‘“⁴³. Was *Weitnauer* dann vortrug, war eine Verteidigung des geltenden und praktizierten Zivilrechts gegen den Vorwurf, es diene als Mittel der Repression. Man kann wohl sagen, daß der Stellungnahme *Weitnauers* jegliches Gespür für dasjenige abgeht, was die Amerikaner die „social science perspective“ nennen. *Max Webers* Rechtssoziologie wird nur für eine historische Reminiszenz zitiert, nämlich für die *constitutio „de actionibus ad potentes translatis“*⁴⁴. *Rudolf von Ihering* ist nur als Vorläufer *Schmidt-Rimplers* erwähnenswert⁴⁵. Über ein Schillerzitat - „Verbunden sind auch die Schwachen mächtig“ - findet *Weitnauer* den Übergang zum Lobpreis der Koalitionsfreiheit als Panier der Schwachen⁴⁶. *Karl Marx* muß nur herhalten, weil er „polemisch“ formuliert habe, die Ar-

43 *Hermann Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, Karlsruhe 1975, S. 7.

44 a. a. O. S. 14.

45 a. a. O. S. 18.

46 a. a. O. S. 18.

beitskraft werde in „Behältern von Fleisch und Blut“ gehandelt⁴⁷. Dann werden über Mitbestimmung, soziales Mietrecht, Minderjährigenrecht, § 138 BGB, Abzahlungsgesetz, § 74a HGB, die Kontrolle von AGB über § 242 BGB, Arbeitsrecht und Kündigungsschutz die Instrumente vorgeführt, mit denen das Recht die Schwachen schützt. Der Vortrag endet: „Fassen wir das Besprochene zusammen, so können wir - so glaube ich - mit gutem Gewissen sagen, daß unsere Rechtsordnung und unsere Gerichte die Hüter des Rechts des Schwächeren sind und daß sie sich dieser Frage mit Tatkraft und Erfolg angenommen haben“⁴⁸. Abschließend wird noch einmal der Stein des Anstoßes, der Satz vom Recht als Recht der Herrschenden als marxistische Verirrung dargestellt.

Eine gewisse Ironie liegt darin, daß *Weitnauers* Vortrag mehr durch seinen Titel als durch seinen Inhalt gewirkt hat. *Weitnauer* antwortete explizit nur auf die marxistische Rechtskritik. Aber marxistische und bürgerliche Rechtssoziologie ließen sich in den 60er und 70er Jahren nicht immer trennen. Im Verein haben sie das Verdienst, manchen Juristen das gute Gewissen ausgetrieben zu haben.

In der Folgezeit gab es auch in der Rechtsdogmatik eine extensive Kritik der Privatautonomie. Insgesamt spiegelt die dogmatische Diskussion durchaus die rechtssoziologischen Arbeiten zu Chancengleichheit und Diskriminierung, Zugangs- und Erfolgsbarrieren. Im Ergebnis wurde die Kritik allerdings weitgehend abgewehrt. Insbesondere wurde erhebliche Kraft darauf verwendet, ein Sonderprivatrecht für Verbraucher zu verhindern. Diesem Thema widmeten sich drei Vorträge auf der Zi-

47 a. a. O. S. 20.

48 a. a. O. S. 61

vilrechtslehrertagung 1977⁴⁹, einer davon, nämlich derjenige von *Harm Peter Westermann*, allerdings sehr zurückhaltend und erkennbar rezeptiv gegenüber der einschlägigen Rechtssoziologie. An der Spitze der Veränderung stand dann auch nicht die Dogmatik, sondern Richtlinien aus Brüssel. Durch spezielle Verbraucherschutzgesetze, allen voran das AGB-Gesetz, Produkthaftungs-, Verbraucherkredit- und Haustürwiderufsgesetz brachten sie schließlich doch das von der Dogmatik überwiegend abgelehnte Sonderprivatrecht für Verbraucher.

Im Kernbereich des Zivilrechts sorgte erst das Bundesverfassungsgericht für Konsequenzen. In einem Urteil vom 2. 7. 1990⁵⁰ hatte es sich zum Ausschluß einer Karenzentschädigung bei Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter zu äußern. Hier begründete das Gericht die Zulässigkeit und Notwendigkeit von Einschränkungen der Privatautonomie damit, daß „Ungleichgewichtslagen“ bestehen könnten, die die freie Selbstbestimmung der Vertragspartner und damit einen sachgerechten Interessenausgleich mit Mitteln des Vertragsrechts verhindern. Ihre Fortsetzung fand diese Rechtsprechung in dem Bürgschaftsurteil von 1993⁵¹, das den Zivilgerichten von Verfassungen wegen die Inhaltskontrolle von Verträgen aufgab, „die einen Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind“. Man geht nicht fehl in der Annahme, diese Entscheidungen als Echo der soziologisch inspirierten Kritik der Privatautonomie zu interpretieren, die ihren Höhepunkt in den 60er und 70er Jahren hatte. Verräterisch ist

49 *Harm Peter Westermann*, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178, 1978, S. 150-195; *Manfred Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178, 1978, 196-226; *Hans-Joachim Mertens*, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178, 1978, 227-262.

50 BVerfGE 81, 242-263 = NJW 1990, 1469-1472.

51 BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, S. 36.

die Wortwahl von der strukturell ungleichen Verhandlungsstärke⁵². Ich meine schon, daß man in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Resonanz der sozialwissenschaftlichen Rechtskritik sehen kann.

Seither haben wir immer wieder die gleiche bemerkenswerte Konstellation: Das Bundesverfassungsgericht schlägt unter Berufung auf das Grundgesetz dazwischen. Alle Zivilisten, mich eingeschlossen, sind empört, weil das Bundesverfassungsgericht sich soweit in das Zivilrecht eingemischt hat. Unisono erklären sie, im Ergebnis habe das Gericht ja zutreffend entschieden, aber das gleiche Ergebnis hätte sich auch mit den konventionellen Instrumenten des Zivilrechts erreichen lassen. Richtig, aber keiner hat es erreicht.

4. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen stammt vom 9. 12. 1976. Für den 50. DJT 1974 erstattete *Heinz Kötz* ein Gutachten zu der Frage „Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?“. Er meinte eingangs⁵³, über die rechtstatsächliche Dimension des Problems sei relativ wenig bekannt. Zwar verfüge jeder über Erfahrungen, die er als Richter, als Rechtsanwalt, als Wirtschaftsjurist oder auch als persönlich Betroffener mit AGB gemacht habe. Doch an systematisch erhobenen, intersub-

52 *Adomeit* hat sie über einen vom Gericht zitierten Aufsatz von *Limbach* zu *Norbert Reichs* Buch „Markt und Recht“ von 1977 zurückverfolgt und dessen Begriff der strukturellen Verhandlungsstärke in die Nähe des von *Herbert Marcuse* geprägten Begriff der „strukturellen Gewalt“ gerückt. (*Klaus Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, S. 2467-2469, S. 2468. Nur leider war das die falsche Fährte. *Reich* spricht nicht von struktureller Gewalt, und bezieht sich insoweit auch nicht auf *Marcuse*. Ich will nicht ausschließen, daß der Begriff durch *Marcuse* vorgedacht worden ist. Aber populär geworden ist er als Titel eines Buches von *Johann Galtung* aus dem Jahr 1975.

53 S. A 11.

ektiv übertragbaren Tatsachenwissen fehle es weithin. *Kötz* lieferte dann selbst eine Typisierung der AGB und meinte schließlich, die Vorstellung von Vertragsgestaltungsfreiheit des Verbrauchers müsse selbst dann illusorisch bleiben, wenn man unterstelle, daß der Unternehmer wegen der Wettbewerbslage Verhandlungen über den Vertragsinhalt durchaus zugänglich sei und der Verbraucher die dafür erforderlichen Rechts- und Geschäftskennntnisse besitze⁵⁴. In der Tat: Es geht hier zunächst um ein Transaktionskostenproblem. Der Aufwand für die Aushandlung individueller Verträge wäre für den Verbraucher insgesamt gesehen nicht lohnend. Es bedurfte daher gar nicht des Nachweises einer sozialen Unterlegenheit der Verbraucher oder eines verbreiteten Mißbrauchs, um das Eingreifen des Gesetzgebers zu rechtfertigen.

5. Frauengleichstellung im Zivilrecht

Ein zweiter für das Zivilrecht wichtiger Bereich ist das Problem der Diskriminierung der Frauen. Normativ war es zwar durch Art. 3 Abs. 2 GG a. F. gelöst, zumal das Bundesverfassungsgericht nach Ablauf der in Art. 117 I GG gesetzten Übergangsfrist am 31. März 1953⁵⁵ alsbald ohne soziologische Nachhilfe zentrale Vorschriften des BGB ausräumte, die der Gleichberechtigung der Frau im Wege standen⁵⁶. Aber die subtileren Benachteiligungen der Frauen und vor allem die Notwendigkeit einer aktiven Politik zu ihrer faktischen Gleichstellung wurden erst durch sozialwissenschaftliche Bemühungen aufgedeckt⁵⁷. Rechtlich greifbar waren sie

54 S. A 33,

55 BVerfGE 3, 225 = NJW 1954, 65.

56 Eine Aufzählung der einschlägigen Entscheidungen im Münchener Kommentar (*Rebmann*), Einleitung vor § 1297 BGB, Rn. 58 f.

57 *Uta Krautkrümer Wagner/Michael Meusel*, Juristische Schutzwälle gegen Frauengleichstellungspolitik. Zur Funktion sozialwissenschaftlichen Wissens in unterschiedlichen Relevanzsystemen, ZfRSoz 9, 1988, 229-246; *Doris Lucke*, Recht ohne Geschlecht? Zu einer Rechtssoziologie der Geschlechterverhältnisse, Pfaffenweiler 1996.

vor allem in der Arbeitswelt. Insoweit der Tat eine juristische Rezeption der sozialwissenschaftlichen Frauenforschung gegeben⁵⁸. Während der öffentliche Dienst sozusagen im Sinne voreilenden Gehorsams sein Verhalten gegenüber Frauen im Sinne einer affirmative action geändert hat, muß der marktorientierte private Bereich doch recht mühsam durch Recht in diese Richtung gedrängt werden. Natürlich sind nicht alle mit den Ergebnissen des rechtlichen Wandels zufrieden. Manche vermischen immer noch ein Antidiskriminierungsgesetz. Wenn man jedoch ein paar Schritte zurücktritt, dann stellt sich die Frage, was eigentlich soziologisch unwahrscheinlicher war, der Wandel in Richtung auf eine Gleichstellung der Frauen oder die Konservierung der bestehenden Verhältnisse.

6. Vom Sozialmodell zur Theorie des Privatrechts

Auf der Suche nach dem Umschlagplatz von Rechtssoziologie in Rechtsdogmatik landet man früher oder später bei der Vorstellung eines Sozialmodells⁵⁹. Eigentlich bietet dieses Modell nur eine Rekonstruktion des juristischen Vorverständnisses aus Gesetzen, Entscheidungen und juristischer Literatur. Nachdem es aber einmal ans Licht gezerrt worden ist, wird es nicht bloß fortgeschrieben, sondern es wird auch daran herumgemeißelt⁶⁰. An die Stelle eines vorgefundenen Modells tritt eine mehr oder weniger reflektierte Theorie des Privatrechts. Die Erörterungen spielen sich auf einer Abstraktionsebene ab, auf der sich kaum noch zwischen Rechtssoziologie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik unter-

58 Als Beleg mag dienen *Susan Emmenegger*, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Freiburg/Schweiz, 1999.

59 *Jürgen Habermas*, *Paradigmen des Rechts*, in: ders., *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 468 ff.; *Otto Kahn-Freund*, *Das Sozialmodell des Reichsarbeitsgerichts*, 1931; *Franz Wieacker*, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, in: ders., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 9 ff.

60 z. B. von *Friedrich Köhler*, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe 1975

scheiden läßt. Immerhin ist die Diskussion ein Indikator für Resonanzen der Dogmatik auf die Rechtssoziologie.

Inhaltlich hat sich die Diskussion um eine adäquate Privatrechtstheorie von der marxistisch inspirierten Kritik der Privatautonomie auf die Abgrenzung oder vielmehr Vermischung der Sphären des öffentlichen und des Privatrechts verlagert. Die neunziger Jahre sind zum Jahrzehnt der Privatisierungen geworden. Zugleich ist aber über immer weitere Bereiche des Privatrechts ein Netz öffentlich-rechtlicher Regulierung oder gerichtlicher Kontrolle gespannt worden. Die Tendenz geht dahin, das öffentliche Recht den Rechtstechniken des Privatrechts, also vor allem dem Vertrag, zu öffnen und umgekehrt die materiellen Standards des öffentlichen Rechts in das Privatrecht hineinzutragen. In dieser Situation hat *Teubner* vorgeschlagen, „nicht nur die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Sektor als viel zu grobe Vereinfachung der gegenwärtigen Gesellschaftsstruktur zu verwerfen, sondern ebenso alle Ideen einer Fusion privater und öffentlicher Aspekte aufzugeben“ und „statt dessen die einfache Dichotomie öffentlich/privat durch die anspruchsvollere Vorstellung der Polykontextualität“ zu ersetzen“⁶¹. Der Gegensatz politisch - ökonomisch, so *Teubner*, wird der modernen Zivilgesellschaft nicht gerecht. Sie hat sich in vielen Sektoren verselbständigt. Neben Politik und Wirtschaft stehen Erziehung und Wissenschaft, Gesundheitswesen und Sport, Medien und Kunst, Familie und Religion. Sie lassen sich nicht auf den Gegensatz öffentlich - privat reduzieren. Dieser Ausgangspunkt ist einleuchtend, und auch die Aufgabe ist klar. Es geht darum, die verschiedenen Sektoren der Zivilgesellschaft in ihrer jeweiligen Eigenheit vor dem Zugriff der Politik und vor den Marktkräften zu

schützen, ohne auf die Effizienzvorteile des Marktes zu verzichten. *Teubners* Rezept ist Fragmentierung und Hybridisierung. Unter Fragmentierung versteht er die Entwicklung von bereichsspezifischen Sonderprivatrechten. „Hybrid“ sind die jeweiligen Rechtsbeziehungen insofern, als sie zwei unterschiedlichen Systemen angehören, nämlich durch die Vertragsform dem Wirtschaftssystem und der Sache nach dem jeweiligen Sozialbereich. In der Folge könne sich das Privatrecht nicht länger auf bloße Randkorrekturen ökonomischer Transaktionen etwa nach den §§ 138, 242 BGB beschränken, andererseits könne es auch nicht auf die Politik warten, sondern es müsse unmittelbar auf die spontane Normproduktion des beteiligten Sektors reagieren.

VII. Ausblick

Obwohl ich mit der Weigerung begonnen hatte, apologetisch die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht herauszustellen, habe ich meinen Vortrag nun doch fast ganz aus der Sicht der Rechtssoziologie gehalten. Die Frage, worin denn aus der Sicht des Zivilrechts die Bedeutung der Rechtssoziologie bestehen könnte, habe ich vernachlässigt. Aber das geschah mit gutem Grund. Das Zivilrecht selbst kann gar nicht oder nur in sehr allgemeinen Formulierungen angeben, wozu es die Rechtssoziologie eigentlich braucht. Soziologische Jurisprudenz ist, wie gesagt, zum Scheitern verurteilt. Im Verhältnis von Rechtssoziologie und Zivilrecht gilt, was man in der Wirtschaft die Angebotstheorie nennt. Es hat keinen Sinn, die Nachfrage anzuheizen. Es käme nur ein Strohfeuer heraus. Entscheidend ist ein nachhaltiges Angebot der Rechtssoziologie. Es wird sich selbst seine Abnehmer suchen.

61 *Gunther Teubner*, Nach der Privatisierung? Diskussionskonflikte im Privatrecht, *ZfRSoz.* 19, 1988, 8-36, S. 10.

Ich halte es nicht für sinnvoll, daß sich die Rechtssoziologie Mut macht, indem sie eine Legitimationskrise des Rechts herbeiredet, um sich damit dann selbst als Retter anzubieten. Nicht weniger sinnvoll wäre es, sich anzubiedern und die Wertorientierung des Zivilrechts zu übernehmen, um Gehör zu finden. Ich möchte daher die von *Carol Weiss* ausgegebene Devise „think big“ aufgreifen. Frei übersetzt würde ich sagen: Die Rechtssoziologie soll sich ein Vorbild an Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte nehmen und sich wie selbstverständlich für wichtig halten.