

KLAUS F. RÖHL

Das Dilemma der  
Rechtstatsachenforschung

Mit einem Vorwort von

ROLF BENDER



1974

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

## IX. DIE RELEVANZ EMPIRISCHER WERTFORSCHUNG

### § 31: Das Programm des Wertempirismus

Wertungen können zwar nicht objektiv begründet, aber doch zum Objekt der Wissenschaft gemacht und als solches erforscht werden. Es liegt daher nahe, daß soziologische Jurisprudenz die rechtliche Verbindlichkeit empirisch ermittelter Werthaltungen postuliert. Zum Einstieg in das Problem sei hier an eine Kontroverse zwischen Philipp Heck und Hans Wüstendörfer erinnert.

Wüstendörfer verstand unter dem „Willen des Gesetzgebers“ nicht den historisch-psychologischen Willen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, sondern die „Normvorstellung der geistigen Führer des Gesetzgebungsaktes“, die ihm die „Wertvorstellungen der führenden Kulturschicht des Volkes“ repräsentierten<sup>1</sup>. Ebenso wollte er auch die Rechtsfindungstätigkeit des Richters nicht von individueller Willensbildung, sondern von gesellschaftlichen Kräften beherrscht wissen:

„Was dem Richter bei der Entscheidung zweifelhafter Auslegungsfragen letzten Endes als Maßstab dient, das ist bekanntlich ein Werturteil. Also hat die gesellschaftlich orientierte Auslegung sich, soweit das möglich ist, einem *gesellschaftlichen Werturteil* zu unterwerfen, statt nach dem Gutdünken eines bewußt individuellen Werturteils zu entscheiden.“<sup>2</sup>

Maßgebend für die Wertung des Richters sollte „das Werturteil der gegenwärtig führenden Kulturschicht des Volkes, bzw. bei Rechtsfragen von engerem gesellschaftlichem Gehalt das Werturteil der führenden Kulturschicht innerhalb der betroffenen Volksgruppe“ sein<sup>3</sup>. Wüstendörfer zögerte auch nicht, den Nachweis des „gegenwärtigen Kultururteils“ mit den Mitteln der empirischen Soziologie zuzulassen<sup>4</sup>.

Heck hatte ursprünglich selbst die Eigenwertung des Richters hinter die in der Gesellschaft herrschenden Werturteile gestellt, korrigierte sich dann aber in der Auseinandersetzung mit Wüstendörfer dahin, daß die Eigenwertung des Richters maßgebend sei, wo gesetzliche Werturteile fehlten. Die Autonomie der Rechtsgemeinschaft und die Unterwerfung unter den Willen

<sup>1</sup> Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie, ARSP 9 (1915/16), S. 170–180, 289–320, 422–455, hier S. 307.

<sup>2</sup> AaO. S. 311.

<sup>3</sup> AaO. S. 311 und 447.

<sup>4</sup> AaO. S. 448.

des Gesetzgebers fordere keine Unterordnung der Richter unter die jeweilige Tagesmeinung. Gewiß solle der Richter die bestehenden Anschauungen wie alle Lebensverhältnisse als Material verwerten, um die Wirkung seiner Entscheidung zu bemessen und um sein eigenes Werturteil zu prüfen und zu bilden. Aber daraus folge nicht, daß er diesen gesellschaftlichen Anschauungen seine Wertung ohne Kritik entnehme, sich sein Urteil durch „ungesetztes Recht“ diktieren lasse. Dummheit und Schlechtigkeit seien deshalb noch nicht verehrungswürdig oder unschädlich, weil sie als Massenerscheinung aufträten. Vielleicht seien die Nachteile für die Gleichförmigkeit der Rechtspflege, die aus der Gewissensentscheidung des Richters erwachsen könnten, doch noch leichter zu ertragen, als eine Unterwerfung der Gerichte unter herrschende Werturteile<sup>5</sup>.

Der Streit um die Verbindlichkeit der herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen schwelt bis heute fort. Er entzündet sich immer wieder neu besonders an den Generalklauseln des positiven Rechts, an den §§ 138 und 826 BGB, 1 UWG und 226 a 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 Schuld-erfüllung zum Maßstab erheben. Das Problem stellt sich jedoch viel grundsätzlicher nicht nur für die offen als solche ausgewiesenen Generalklauseln, sondern für alle wertausfüllungsbedürftigen Begriffe. Man braucht nur das BGB aufzuschlagen, um fast in jedem Regelungszusammenhang normative Tatbestandsmerkmale oder Rechtsfolgenanordnungen zu finden. Wann befördert eine Volljährigkeitserklärung das Beste des Minderjährigen (§ 5)? Wann vermag jemand seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen, was ist Verschwendung (§ 6)? Welcher Irrtum betrifft verkehrswesentliche Eigenschaften (§ 119 II), welche Täuschung ist arglistig (§ 123)? Welche Sorgfalt ist im Verkehr erforderlich (§ 276), wann kann von grober Fahrlässigkeit die Rede sein (§ 277)? Wann ist die Bestimmung einer Leistung unbillig (§ 315) oder offenbar unbillig (§ 319), wann eine Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch? Wann ist eine Kaufsache fehlerhaft, wann ihr Wert nur unerheblich gemindert (§ 459)? Wann vor allem ist ein wichtiger Grund zur fristlosen

---

<sup>5</sup> Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1 ff., 239. Gegen eine unmittelbare Bindung des Richters an die gesellschaftlichen Auffassungen haben sich geäußert u. a. *Paul Oertmann*, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Leipzig 1909, S. 22 f.; *Hermann Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, S. 115 f.; *Hans Eberhard Rotberg*, Zu einem Richtergesetz, Beiheft 12 zur Deutschen Rechtszeitschrift, Tübingen 1950, S. 13; *Eberhardt Schmidt*, Schlägermensusur und Strafrecht, JZ 1954, S. 367 (374); *Fritz Saw*, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, S. 193 (196); *O. A. Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl. Bern 1967, S. 169 und 332; *Ernst Heinitz*, Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 266 bis 289, 283 ff.

Kündigung gegeben (§ 626), welches Schmerzensgeld erscheint angemessen (§ 847)? Die Beispiele lassen sich fast beliebig vermehren. Dabei können die Zivilisten noch von Glück sagen, daß sie im BGB über ein begrifflich so gut durchgearbeitetes Gesetz verfügen. Im Wirtschaftsrecht geht es weniger „genau“ zu. Vollends das öffentliche Recht vom Grundrechtskatalog bis zum Ordnungsrecht ist durchsetzt mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensvorschriften und Verweisungen auf Gemeinwohlvorstellungen, die sämtlich das gleiche Problem der richterlichen Wertung aufwerfen.

Im Grunde ist die Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe das Problem der juristischen Methodenlehre schlechthin. In den Generalklauseln tritt es nur besonders augenfällig zutage. Daher hat auch der Lösungsvorschlag, der hier erörtert werden soll, der Vorschlag nämlich, subjektive Wertungen des Richters durch empirisch ermittelte Anschauungen des Publikums zu ersetzen, über die Generalklauseln hinaus allgemeine Bedeutung. Zur Demonstration eignet sich jedoch kaum ein Begriff so gut wie derjenige der „guten Sitten“.

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,

„hinterücks ein klein bißchen Klassenjustiz befördern zu wollen“ . . .<sup>6</sup> 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 Interessenstandpunkt 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.“<sup>7</sup> Den Sozialdemokraten sei in Sachsen und Preußen oft genug klargemacht worden, daß die „gute Sitte“ der Richter etwas anderes sei, als was sie für die gute Sitte bei den Arbeitern oder im Interesse des Gemeinwohls hielten.<sup>8</sup>

Um dem Richter einen objektivierbaren Maßstab an die Hand zu geben, hat das Reichsgericht, eine Formulierung aus den Motiven zum BGB aufgreifend, den Leitsatz geprägt:

<sup>6</sup> Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. und bearbeitet von B. Mugdan, Bd. I, Berlin 1899, S. 1009.

<sup>7</sup> AaO. S. 1008.

<sup>8</sup> AaO. S. 1019.

„Den Maßstab für den Begriff der ‚guten Sitten‘ hat der Richter dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.“<sup>9</sup>

Diese „Anstandsformel“ des Reichsgerichts bedeutet jedoch für die juristische Praxis kaum mehr als eine Tautologie. Aus soziologischer Sicht bringt sie dagegen eine nicht unwichtige Verlagerung von der „Sitte“ als den tatsächlich geübten Verhaltensmustern zu bloßen Bewertungsstandards oder Legitimitätsvorstellungen.

In den genannten Gesetzesbestimmungen 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 in den betroffenen Kreisen für maßgeblich erklärt. Die Einschränkung auf „gute“ Sitten, durch „Treu und Glauben“ oder auf die Ansicht der „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 sanktioniert 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 gegen die guten Sitten enthält, von Anfang an als revisible Rechtsfrage behandelt wird<sup>10</sup>, 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. Zwar beruft sich die Rechtsprechung bis heute auf die 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 des Richters bedeutet.

So ist diese Rechtsprechung denn auch von Anfang an heftig angegriffen worden. Die Kritik hat sich verstärkt, seitdem die Rechtssoziologie in vielen

<sup>9</sup> RGZ 48, S. 114 (128), seither st. Rspr.; vgl. z. B. RGZ 55, S. 367 (373); 80, S. 221; 120, S. 144 (148); 150, S. 5 (GrZS: „Gesundes Volksempfinden“); BGHZ 10, S. 228 (232); 19, S. 13 (17); dazu kritisch schon *Rudolf Joerges*, Das Verfahren des RG zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten, *Z. f. Rechtsphilosophie* 1 (1914), S. 208–224, und aus neuerer Zeit vor allem die Dissertation von *Gunther Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Tübingen 1962. Über die guten Sitten des Wettbewerbs neustens ausführlich *Gerhard Schrickler*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970.

<sup>10</sup> RGZ 48, S. 114; dazu *Arzt*, aaO. S. 12.

Untersuchungen zum Sozialprofil der Juristen nachgewiesen 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<sup>11</sup>. Damit hat die Befürchtung, der Begriff der „guten Sitten“ könne zum Einfallstor der 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 über die klassenmäßige Struktur und ebenso über das der Klassenlage entsprechende Bewußtsein. Die Eindeutigkeit im Hinblick darauf, was bestimmte Gruppen dachten, meinten oder wünschten, ist verlorengegangen<sup>12</sup>.

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 auch in den Dienst der Rechtsfindung zu stellen, konnte daher gar nicht ausbleiben. So wird in der Tat zunehmend die Ansicht vertreten, wo es an einer Wertung des Gesetzgebers fehle, dürfe der Richter nicht sein eigenes subjektives Urteil einsetzen, sondern er habe die gesellschaftlichen Wertungen zu erforschen und sich ihnen zu beugen. In diesem Sinne hatte schon Drost in betontem Gegensatz zum Gesetzespositivismus den Standpunkt bezogen, was Recht sei, werde allein durch das Rechtsbewußtsein der Gemeinschaft bestimmt, das auch dem Gesetz erst zur Geltung ver helfe, und daraus konsequent die Ansicht entwickelt, daß für die Ausfüllung gesetzlicher Wertbegriffe grundsätzlich die Wertungen der Gesellschaft und nicht diejenigen des Richters maßgebend seien. Er wollte dem Richter nur dort die eigene Wertung gestatten, wo der öffentlichen Meinung keine Entscheidung

<sup>11</sup> *Walther Richter*, Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft, Stuttgart 1968; *ders.*, Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik, in: *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 5 (1960), S. 241–259; *Ralf Dabrendorf*, Bemerkung zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten, *Hamburger Jahrbuch* 5 (1960), wieder abgedruckt unter dem Titel: *Deutsche Richter*, in: *Dabrendorf*, *Gesellschaft und Freiheit*, München 1961, S. 176 bis 196; *ders.*, Zur Soziologie der juristischen Berufe in Deutschland, *Anwaltsblatt* 14 (1964), S. 216–234; *Johannes Feest*, Die Bundesrichter: Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite, in: *Wolfgang Zapf*, Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht, 2. Aufl. 1965, S. 95–113; *Hans Thierfelder*, Zur Soziologie der juristischen Berufe in Deutschland, *DRiZ* 1965, S. 41–45; *Klaus Zwingmann*, Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik, Berlin 1966; *Wolfgang Kaupen*, Die Hüter von Recht und Ordnung, Berlin, Neuwied 1969; *ders.* und *Theo Rasehorn*, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, Berlin, Neuwied 1971.

<sup>12</sup> *Wilhelm Hennis*, Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, *Recht und Staat*, Heft 200/201, Tübingen 1957, S. 9.

zu entnehmen sei, wies allerdings auch darauf hin, daß die Anschauungen der Gesellschaft keineswegs immer sicher und klar und erst recht nicht immer eindeutig erkennbar seien<sup>13</sup>. In die aktuelle Diskussion führt ein Vortrag von Erich Streißler „Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen“<sup>14</sup>. Streißler beruft sich auf Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG, wonach „alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht“, und billigt nur dem gewählten Parlament die Wertsetzung anstelle des Volkes zu. Vom demokratisch nicht legitimierten Richter dagegen verlangt er die *Anwendung* der Wertvorstellungen des Volkes im Sinne einer „Summe“ der Gemeinwohlvorstellungen aller seiner Mitglieder<sup>15</sup>. Streißler klammert jedoch die Frage, wie die Anschauungen der einzelnen Gesellschaftsmitglieder festgestellt werden könnten, aus. Er verweist dazu zwar auf die Möglichkeiten der empirischen Sozialforschung, meint aber, ein kritischer, in der aktuellen Literatur und Publizistik belesener Geist, der sich zur Gewohnheit gemacht habe „à tâter le pouls de l'opinion publique“, werde sich auch ohne empirische Sozialforschung über die relevanten sozialen Werte klar werden können<sup>16</sup>. Statt dessen lenkt Streißler die Aufmerksamkeit auf die Schwierigkeit, die unterschiedlichen Anschauungen einer pluralistischen Gesellschaft auf einen Nenner zu bringen. Dagegen hat neuerdings Wolfgang Birke in einer Schrift über „Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen“ nachdrücklich den Einsatz empirischer Sozialforschung verlangt<sup>17</sup>. 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 objektiv-empirisch ermittelten Durchschnittswertung einen für den Richter unmittelbar verbindlichen Maßstab. Einen konsequenten Wertempirismus vertritt auch die in Yale von Myres S. Mc Dougal 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“). Dabei sollen allerdings die „kompetenten“ Erwartungen, nämlich die der Fachjuristen, besonders berücksichtigt werden. Sind die Erwartungen unbestimmt, vage oder widersprüchlich, so soll in Übereinstimmung mit den herrschenden Wertvorstellungen, den „community standards“, entschieden werden. Auf die Einzelheiten braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Hier interessiert nur der Versuch, in „shared expectations“ und „community standards“ Anhaltspunkte für die Rechtsgewinnung zu finden, die es entbehrlich machen, Normhypothesen unter dem Aspekt der Gerechtigkeit zu reflektieren und die erlauben sollen, statt dessen ohne Zwischenschaltung einer Wer-

<sup>13</sup> Heinrich Drost, *Das Ermessen des Strafrichters*, Berlin 1930, S. 26 ff.

<sup>14</sup> In: *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 27, Karlsruhe 1967, S. 1–47.

<sup>15</sup> AaO. S. 7.

<sup>16</sup> AaO. S. 36, Note 70.

<sup>17</sup> Köln 1968.

tung auf im Prinzip empirisch faßbare Fakten zurückzugreifen<sup>18</sup>. Obwohl ich keineswegs leugne, daß die faktisch vorhandenen gesellschaftlichen Anschauungen auch juristisch relevant sind, meine ich doch, daß es einen Wertempirismus, der gesellschaftliche Wertungen als rechtlich unmittelbar verbindlich aufweist, als juristische Methode nicht geben könne. Weder einer immanenten noch einer grundsätzlichen Kritik vermag der unbedingte Wertempirismus standzuhalten<sup>19</sup>.

### § 32: Zur immanenten Kritik des Wertempirismus

Die immanente Kritik des Wertempirismus kann sich auf die Arbeit von Gunther Arzt über die Anstandsformel des Reichsgerichts sowie auf die Auseinandersetzung Martin Krieles mit der „Law, Science and Policy“-Schule stützen. Sie zeigt, daß, ganz abgesehen von der Frage, ob und wie eine normative Korrektur empirisch ermittelter Wertungen zulässig sein soll, allein die Feststellung der maßgeblichen faktischen Komponente, der „herrschenden Anschauungen“, der „shared expectations“ und der „community standards“ bei fast jedem Schritt wertende Entscheidungen fordert und daß der Interpret „unzählige Gelegenheiten hat, die Weichen so zu stellen, daß am Ende – auf scheinbar ganz objektive Weise – das von ihm erwünschte Ergebnis herauskommt“<sup>1</sup>. Auch ein konsequenter Wertempirismus könnte sein Ziel, subjektive und darum willkürliche Wertungen des Richters überflüssig zu machen, nicht erreichen, weil mindestens an den folgenden zwölf Punkten rechtspolitische, also wertende Vorentscheidungen unausweichlich sind.

<sup>18</sup> Ich muß mich hier allein auf das Referat von *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 102–107, stützen, dem unveröffentlichte Manuskripte von *Mac Dougal* und *Laswell* zugrunde liegen. Einem Aufsatz von *Mc Dougal* und *Laswell*, „Über das juristische Studium und die öffentliche Politik“, in: *Laswell*, Politik und Moral, Düsseldorf 1957, S. 26, 121 ff., ist immerhin der Vorschlag zu entnehmen, daß den Jura-Studenten auch die Verfahren zur Erhebung sozialer Daten nahegebracht werden sollten. Über die politische Rechtstheorie von *Mc Dougal* und *Laswell* orientiert *Gerhard Casper*, Juristischer Realismus und politische Theorie im Rechtsdenken Amerikas, Berlin 1967.

<sup>19</sup> In jüngster Zeit hat vor allem eine Dissertation von *Gunther Teubner* (Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a. M. 1971) die Diskussion vorangebracht. *Teubner* vertritt keinen unkritischen Wertempirismus, sondern unterscheidet verschiedene Stufen der Relevanz gesellschaftlicher Normen für die Rechtsordnung und zeigt vor allem, wie es möglich ist, zu jeder Stufe den maßgebenden gesellschaftlichen Wirklichkeitszusammenhang in soziologisch fundierte und einer Operationalisierung zugängliche Begriffe zu fassen und dadurch die juristische in einer der empirischen Sozialforschung zugängliche Problematik zu übersetzen. Wegen der Einzelheiten vgl. meine Besprechung in AcP 172 (1972), S. 407–501. Beachtung verdient schließlich noch eine Äußerung des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts zum Thema: *Ernst Benda*, *Karl Kreuzer*, Demoskopie und Recht, JZ 1972, S. 497 bis 501.

<sup>1</sup> *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 108.

1. Zunächst muß man sich entscheiden, was maßgeblich sein soll: die tatsächlich geübten Verhaltensweisen, die Anschauungen darüber, was üblich ist, oder die herrschende Ansicht darüber, wie man sich richtigerweise verhalten sollte. Das sind drei ganz verschiedene Maßstäbe, von denen letztlich nur einer verbindlich sein kann. Nehmen wir das abgegriffene und hoffentlich überholte Beispiel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die den Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten als Unzucht verurteilte<sup>2</sup>. Folgende Situation hätte der Bundesgerichtshof antreffen können (die Zahlen sind frei erfunden und dienen nur zur Veranschaulichung des Problems): 90 % aller Verlobten, also die große Mehrzahl, verkehren vor der Ehe geschlechtlich miteinander. Diese Tatsache ist jedoch nicht bekannt. Es herrscht vielmehr die Vorstellung, daß zwar viele, aber doch höchstens etwa die Hälfte der Paare vor der Ehe miteinander intim wird. Gefragt, wie man sich denn richtig verhalten solle, könnte die Mehrheit gleichzeitig antworten, daß vor der Ehe Enthaltensamkeit zu fordern sei, obwohl mancher sich selbst nicht an seine eigene Forderung gehalten hat oder halten wird.

Das mögliche Auseinanderklaffen des als üblich Erwarteten und des als gut und richtig Seinsollenden<sup>3</sup> hat auch Kriele zur Kritik an der „Law, Science and Policy“-Schule veranlaßt: McDougal und Laswell sprächen von den shared expectations der Entscheidung, die „will be and ought to be“, die sein werde und sein solle, so als sei beides ohne weiteres identisch. Oft aber sei das nicht der Fall. Gerade der erfahrene Jurist, aber auch der Laie rechnen oft mit einer mißbilligenswerten Entscheidung des Gerichts. Solle sich das Gericht in einem solchen Fall wirklich nach dem richten, was von ihm erwartet werde, so dürfe es also diese Erwartung nicht enttäuschen. Es dürfe weder seine ständige Rechtsprechung noch übliche Fehler und Befangenheiten aufgeben<sup>4</sup>.

Obwohl das keineswegs selbstverständlich ist, vielmehr eine Entscheidung von erheblicher Tragweite voraussetzt, tendiert der Wertempirismus allgemein dahin, nicht die tatsächliche Übung und auch nicht die Erwartungen über das wahrscheinliche Verhalten, sondern die herrschenden Vorstellungen über das seinsollende Handeln zum Maßstab zu nehmen, also z. B. nicht verkehrübliche, sondern die im Verkehr für erforderlich gehaltene Sorgfalt. Ebenso steht die juristische Dogmatik auf dem Standpunkt, daß nach den §§ 138, 242, 826 BGB die Moralanschauungen und nicht die jeweils geübte

<sup>2</sup> BGHSt. 6, S. 46 ff., 17, S. 232.

<sup>3</sup> Diese Unterscheidung fehlt bei *Arzt*. Er verkennt deshalb, daß der Wertempirismus keineswegs zwingend die Verwechslung von Norm und empirischem Sein zur Folge hat, weil neben der faktischen Übung durchaus auch Werturteile als solche empirisch ermittelt werden können, ohne ihren Charakter als Sollsätze zu verlieren. *Arzt* wehrt sich daher in Wahrheit nicht gegen die Verwechslung von Norm und empirischem Sein, sondern gegen die Maßgeblichkeit der empirisch herrschenden Sollvorstellungen.

<sup>4</sup> Theorie der Rechtsgewinnung, S. 109.

Praxis maßgebend sei<sup>5</sup>. Sie entscheidet also gerade anders als bei Verkehrs-  
sitten und Handelsbrauch, wo nicht die Bewertungsstandards, sondern nur  
tatsächlich befolgte Verhaltensforderungen für relevant gehalten werden.  
Dieser Standpunkt mag durchaus konsensfähig sein. Man darf sich nur nicht  
darüber täuschen, daß er mit Empirie und Logik allein nicht zu beweisen ist,  
also eine wertende Vorentscheidung enthält, deren Konsequenzen gar nicht  
überschätzt werden können.

2. Auch hinsichtlich der Anschauungen über das Seinsollende sind noch  
Differenzierungen möglich und notwendig. Zunächst ist hier auf den Gegen-  
satz von privaten und politischen Meinungen hinzuweisen, wie ihn etwa  
Gunnar Myrdal im Zusammenhang mit der Erforschung des Negerproblems  
näher erläutert hat<sup>6</sup>.

Viele Menschen werden eine Frage verschieden beantworten, je nachdem,  
ob sie ihnen in ihrer Eigenschaft als Staatsbürger gestellt wird oder für den  
Bereich ihrer privaten Lebensführung. Myrdal bringt dazu folgende Beispiele:  
Über die wünschenswerte Größe der Normalfamilie befragt, wird mancher  
unter politischen Aspekten anders antworten, als wenn er sich der persön-  
lichen Frage der Familienplanung gegenüber sieht. Ähnliches gilt für die Ein-  
stellung zum Negerproblem. Viele Weiße wären bereit, ihre Beziehungen zu  
den Negern zu ändern, wenn solche Beziehungen zur herrschenden Norm in  
der Gesellschaft würden, während sie nicht bereit sind, sie als Ausnahme von  
der Norm zu praktizieren. Das zweite Beispiel zeigt schon, daß die bestehen-  
den Unterschiede zwischen privaten und politischen Meinungen durchaus  
rational sein können. Die politische Meinung ist konditional auf die Zukunft  
gerichtet. Sie artikuliert wünschenswerte Änderungen des gesamtgesellschaft-  
lichen Verhaltens, die nach ihrer Realisierung auch auf Privatmeinung und  
Verhalten zurückwirken können. Die wenigsten Menschen sind aber bereit,  
für einen an sich auch von ihnen erstrebten Zustand durch eigenes abweichen-  
des Verhalten („gutes Beispiel“) voranzugehen. Zu einem Teil ist die Diskre-  
panz zwischen politischer und privater Meinung freilich auch irrational. Myr-  
dal veranschaulicht das an der Bevölkerungsfrage: Für viele Länder lasse  
sich statistisch nachweisen, daß eine große Anzahl von Leuten, die öffentlich  
die Geburtenkontrolle verurteilten, diese privatim dennoch praktizieren müß-  
ten. Und auch in der Negerfrage gebe es ebenso flagrante Widersprüche zwi-  
schen den Meinungen der Leute, wie die Gesellschaft sein sollte, und den Mei-  
nungen, mit denen sie ihr Alltagsverhalten verteidigten<sup>7</sup>. Uns liegt ein an-

<sup>5</sup> *Staudinger-Coing*, 11. Aufl., § 138 Rz. 5 a. Daß auch der BGH diesen Stand-  
punkt teilt, wird deutlich, wenn er neuerdings nicht mehr von der „Ansicht“, sondern  
vom „Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ spricht (BGHZ 52, S. 17, 20).

<sup>6</sup> *An American Dilemma*, New York 1944, hier zitiert nach der auszugsweisen  
Übersetzung in *Myrdal*, Das Wertproblem in der Sozialwissenschaft, Hannover 1965,  
S. 111 ff.

<sup>7</sup> AaO. S. 113.

deres Beispiel näher: Manche Frau, die die Abtreibung grundsätzlich mißbilligt, dürfte doch, wenn sie selbst betroffen ist, nicht zögern, diesen Ausweg zu ergreifen.

Die Unterscheidung von privaten und politischen Meinungen kommt derjenigen von der individuellen und der kollektiven Ausprägung der Werturteile sehr nahe, wie sie von Victor Kraft angedeutet worden ist<sup>8</sup>. Jeder stellt an den anderen gewisse Forderungen für sich selbst: Schonung von Leib und Leben, Respektierung von Besitz und Eigentum, Ehrlichkeit, Hilfe in Notfällen. Sich selbst möchte aber mancher von diesen Forderungen ausgenommen wissen, obwohl er es sehr zu schätzen weiß, wenn ihre Erfüllung durch andere ihm zugute kommt. Es scheint selbstverständlich, daß empirische Wertforschung nur die Forderungen berücksichtigt, die der Befragte gleichermaßen an sich selbst wie an andere stellt, die vor allem losgelöst sind von dem unmittelbaren eigenen Interesse an der Entscheidung eines bestimmten Falles und darüber hinaus möglichst derart abstrakt und allgemein formuliert, daß der Einzelne nicht mehr abschätzen kann, wie weit er selbst von der Forderung betroffen wird. Aber diese Selbstverständlichkeit impliziert immerhin die Anerkennung der goldenen Regel oder des kategorischen Imperativs, wonach nur solche Forderungen verbindlich sein können, die als allgemeine Gesetze gedacht werden und dadurch die Interessen des Einzelnen mit den Interessen anderer zusammen bestehen lassen<sup>9</sup>.

Fragt man nach den Forderungen, die vom Publikum derart als allgemeine und politische erhoben werden, so trifft man in der Tat auf eine öffentliche Meinung, die höher steht, nicht nur als das tatsächliche Verhalten, sondern auch als die Alltagsmoral<sup>10</sup>. Man nähert sich damit dem Begriff der öffent-

<sup>8</sup> Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, Wien 1951, S. 232.

<sup>9</sup> Auch *Erich Streißler* empfiehlt die goldene Regel als Mittel zur Homogenisierung von Gemeinwohlvorstellungen, ohne sie allerdings beim Namen zu nennen (Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 27, 1967, S. 1 ff., 14). Allgemein zur *regula aurea* *Günter Spendel*, Die goldene Regel als Rechtsprinzip, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 491–516.

<sup>10</sup> Vgl. *Kraft*, aaO. (wie Anm. 8) und auch schon *Gustav Rümelin*, Reden und Aufsätze, Neue Folge, Freiburg und Tübingen 1881, S. 24, der aber diesen Effekt als „Massenwirkung“ der „Tadelsucht“ und „Selbsttäuschung“ erklärt. Soziologisch wird man dieses Phänomen aber besser mit dem Sachverhalt in Verbindung bringen, den *Alfred Vierkandt* (Gesellschaftslehre, 2. Aufl. Stuttgart 1928, S. 405 ff.) und *Theodor Geiger* (Vorstudien, S. 38 f.) als Begleiterscheinung des Rollen- und Standortwechsels beschrieben haben: Objektiv gleichgelagerte Fälle haben für den Handelnden und den Beobachtenden verschiedene Aspekte. Bei grundsätzlicher Anerkennung einer Norm neigt der Handelnde im allgemeinen dazu, im eigenen Fall besondere, ihn zur Ausnahme stempelnde Züge zu entdecken, während fremdes Verhalten eher schematisch beurteilt wird. *Vierkandt* schreibt deshalb dem „Zuschauer“ im Sozialleben eine wichtige moralisierende Funktion zu.

lichen Meinung, wie er, unter Hinzufügung eines elitären Elements, in der politischen Theorie des 19. Jahrhunderts ausgebildet worden ist.

Auf einer anderen Ebene liegt wieder der Unterschied von ausdrücklichen oder offenen und heimlichen Meinungen, auf den in unserem Zusammenhang Kriele hingewiesen hat. Die heimlichen Meinungen könnten zwar in Wahlen und – so ist hinzuzufügen – auch sonst im tatsächlichen Verhalten bestimmend werden<sup>11</sup>. Im offenen Gespräch mit Freunden und Bekannten, in Beruf und Politik werde aber mancher andere Ansichten äußern und auch nach ihnen handeln, als seiner inneren Überzeugung entsprechen. Das Motiv für solche Zwiespältigkeit, gewöhnlich doppelte Moral genannt, bildet dabei meistens der Wunsch, den Erwartungen der Mitmenschen gerecht zu werden. Dabei können die Vorstellungen über die Erwartungen der Umwelt ebenso unzutreffend sein wie die Vorstellungen von dem tatsächlichen Verhalten anderer. Sowohl die offen geäußerte als auch die nach außen verborgene Ansicht lassen sich mit den Testbatterien der Meinungsforschung feststellen. Die Demoskopie zielt gewöhnlich auf die „wahre“ Meinung, auch wenn sie zunächst verheimlicht wird. Es ist aber keineswegs selbstverständlich, daß diese innere Überzeugung auch die rechtlich maßgebende zu sein hat<sup>12</sup>. Denn oft handelt man gar nicht nach ihr, sondern nach der äußerlich zur Schau getragenen Haltung. Das Recht kümmert sich aber grundsätzlich nicht um bloße Gedanken, sondern um äußeres Verhalten. Es bleibt deshalb die nur wertend zu entscheidende Frage, ob man den offenen oder den verdeckten Anschauungen den Vorzug geben soll. Die Frage ist um so kritischer, als strenge Anonymität des Samples eines der Grundgesetze der Demoskopie darstellt<sup>13</sup>.

Es kommt hinzu, daß dieselbe Person oft gleichzeitig widersprüchliche Erwartungen haben kann<sup>14</sup>. Abstrakt formuliert geht es darum, daß die empirisch feststellbaren Wertattitüden eines Individuums oder einer sozialen Gruppe oft nur sehr partiell logisch koordiniert oder koordinierbar sind, während die Jurisprudenz das Transitivitätspostulat zugrundelegt, also die Forderung nach logisch geordneten und vor allem in sich widerspruchsfreien Normensystemen. Das Transitivitätspostulat ist aber nicht nur ein juristisches Dogma, sondern auch seinerseits eine empirisch verbreitete Werthaltung. Im Zeitalter der Wissenschaft und Technik möchten die Menschen auch in ihren Wertungen rational und objektiv sein. Sie versuchen daher ihren Mitbürgern

<sup>11</sup> Kriele, aaO. (wie Anm. 4), S. 111; auch Geiger, aaO. S. 103.

<sup>12</sup> So aber Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, S. 55.

<sup>13</sup> Darauf hat in diesem Zusammenhang Hennis (Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, S. 32) hingewiesen.

<sup>14</sup> Kriele (Theorie der Rechtsgewinnung, S. 110) führt als Beispiel an, es gebe in Amerika eine sehr starke Gruppe, die zwar entschieden gegen Rassentrennung sei, andererseits aber aus ihrer liberalistischen Tradition heraus eine staatliche Einmischung zur Durchsetzung der Rassenintegration fürchte. Der Verfassungsinterpret müsse entweder die eine oder die andere dieser Ansichten negieren.

und auch sich selbst eine wohlgeordnete und schlüssige Wertsphäre zu präsentieren, in der Ehrlichkeit, Logik und Konsistenz herrschen, unabhängig davon, daß tatsächlich erhebliche Widersprüche bestehen, die dann meistens durch schiefe Vorstellungen von der gesellschaftlichen Wirklichkeit überbrückt werden<sup>15</sup>. Der Wertempirismus steht daher vor der mit rein empirischen und logischen Mitteln unlösbaren Frage, ob und wie in sich widersprüchliche Meinungen berücksichtigt werden sollen.

3. Als „Meinung“ kommt nach Auffassung der politischen Theorie des 19. Jahrhunderts nur eine Stellungnahme in Betracht, die auf „Gründen“ beruht<sup>16</sup>. Aus noch so vielen und noch so guten Gründen läßt sich aber logisch keine Entscheidung ableiten. Der Wertempirismus will deshalb die Begründungsfrage umgehen und sozusagen im direkten Zugriff zu einer Entscheidung vorstoßen. Er sieht sich jedoch mit der viel erörterten Schwierigkeit konfrontiert, daß nicht jedermann zu jeder entscheidungsbedürftigen Frage schon eine Meinung parat hat, daß unter den Befragten durchschnittlich 10 bis 30 % Meinungslose gezählt werden. Was versteht etwa der Durchschnittsmensch von den komplizierten Problemen des Wettbewerbs<sup>17</sup>? An welchen Verfassungsproblemen nimmt denn das Publikum überhaupt Anteil? Die meisten juristischen Streitfragen scheinen den Bürgern von geringem persönlichen Interesse oder aber sie werfen so diffizile Fragen auf, daß man sie gern den Fachleuten überläßt. Ebensowenig wie das staatliche Gesetz vermag die Verkehrsanschauung in kasuistischer Vollständigkeit Entscheidungsnormen für alle möglichen vorkommenden Fälle bereitzuhalten. Rechtsprechung und Literatur weichen dieser Klippe praktisch dadurch aus, daß sie nur auf die Vorstellungen der betroffenen Sondergruppen abstellen, etwa auf die „Anschauungen des ehrbaren Kaufmanns“<sup>18</sup> oder auf das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Bankleute“<sup>19</sup>. Mc Dougal und Laswell wollen auf die Meinung der Kompetenten zurückgreifen. Auf die spezifische Problematik der Verbindlichkeit solcher Gruppenanschauungen ist gleich noch besonders einzugehen. Zunächst ist festzuhalten, daß die in der juristischen Literatur als selbstverständlich unterstellte Ansicht, die Meinungslosen brauchten nicht befragt zu werden<sup>20</sup>, eine schwerwiegende rechtspolitische Entsch-

<sup>15</sup> Myrdal, aaO. (wie Anm. 6), S. 99. Zum Transitivitätspostulat vgl. auch oben § 10.

<sup>16</sup> Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 439 f.; Hennis, aaO. (wie Anm. 13), S. 19 ff.; ausführlich ferner Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied, Berlin 1962.

<sup>17</sup> So fragt Ulrich Meyer-Cording, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 1964, S. 273–278 und 310–314, hier S. 275. Ähnlich jetzt auch Franz-Jürgen Säcker, Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, ZRP 1971, S. 145 ff., 150.

<sup>18</sup> RGZ 48, S. 114 (125).

<sup>19</sup> BGHZ 20, S. 43 (50).

<sup>20</sup> So z. B. Streißler, aaO. (wie Anm. 9), S. 18. Anders aber Walter Breithaupt, der eine Mehrheitsentscheidung überhaupt ablehnt, weil es stets einen Teil Meinungsloser gebe (Die Guten Sitten, JZ 1964, S. 283–285).

dung impliziert. Der Einwand liegt nahe, daß diejenigen, die schon eine Meinung haben, in der Regel irgendwie an dem Problem interessiert oder von ihm affiziert sind, daß also neutrale Stimmen gerade im Lager der Meinungslosen gesucht werden müßten. Auf die Frage hingewiesen, könnten auch sie sich sehr wohl ad hoc eine Meinung bilden. So geschieht es doch bei vielen demokratischen Willensbildungen, bei Parlamentsabstimmungen ebenso wie bei allgemeinen Wahlen und Volksentscheiden, daß viele Abgeordnete oder Wähler ihre persönliche Entscheidung erst treffen, wenn eine Frage an sie herangetragen wird. Man könnte allerdings geltend machen, daß allgemein politischen Abstimmungen regelmäßig eine öffentliche oder interne Diskussion vorausgeht, so daß jeder zur Entscheidung Berufene Gelegenheit hat, sich eine begründete Meinung zu bilden, während die für Rechtszwecke angestrebte empirische Wertforschung eine vorgängige Diskussion praktisch ausschliesse. Solche Wertforschung müßte sich mit vielen spontanen Antworten zufrieden geben, die die Vermutung gegen sich haben, sie bildeten keine begründete Meinung. Luhmann meint in anderem Zusammenhang sogar, es sei das durchgehende unvermeidliche Schicksal allen Miterlebens in hochdifferenzierten Zivilisationen, daß der Staatsbürger in keiner seiner Rollen und Funktionen als richtig urteilend vorausgesetzt werden könne<sup>21</sup>. Dieser Einwand bringt aber schon wieder die Gründe einer Wertmeinung ins Spiel, nach denen der Wertempirismus ja gerade nicht fragen will. Deshalb ist auch Birkes Plädoyer für die Bindung des Richters an die gesellschaftliche Durchschnittswertung nicht konsequent, weil er fordert, der Richter müsse von dem demokratischen Leitbild eines Staatsbürgers ausgehen, der sich in einer Situation befinde, in der die äußeren Voraussetzungen für eine distanzierte Abwägung des Für und Wider sowie der Auswirkung der Entscheidung vorlägen, und der deshalb in der Lage sei, sein Urteil nach bestem Wissen und Gewissen zu fällen<sup>22</sup>.

4. Will man dennoch die vom positiven Recht offengelassenen Fragen demokratisch aus der Volksanschauung entscheiden, so muß der Kreis der zu Befragenden irgendwie näher bestimmt werden. Soll es schlechthin auf alle Meinungsfähigen ankommen, oder sollen einzelne Personenkreise, insbesondere etwa die Jugendlichen, ausgenommen werden? Hier fällt eine sehr wichtige Vorentscheidung, denn es ist anzunehmen, daß hinsichtlich vieler Probleme die Anschauungen je nach dem Alter stark differieren. Diesem Einwand soll hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden, da anscheinend ein vollständiger Konsens darüber besteht, daß (nur) die Meinung der wahlberechtigten Bürger maßgeblich ist<sup>23</sup>. Dafür sei aber die Frage gestattet, wie denn, bei aller Zuverlässigkeit des Stichprobenverfahrens, der Verzicht auf eine Volksbefragung gerechtfertigt werden kann. Selbst aus dem Lager der Meinungsforscher wird bis heute noch nicht ernstlich vorgeschlagen, die allgemeinen

<sup>21</sup> Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, S. 126.

<sup>22</sup> AaO. S. 48.

<sup>23</sup> Vgl. *Streißler*, aaO. (wie Anm. 9), S. 11.

Wahlen durch demoskopische Stichproben zu ersetzen, obwohl dieser Vorschlag doch sehr naheliegt<sup>24</sup>.

Und dafür ist sicher nicht nur der technische Grund maßgebend, daß auch die verlässlichsten Stichprobenergebnisse die Stellungnahme der Bevölkerung immer nur im Rahmen einer Fehlerspanne repräsentieren und deshalb bei sehr knappen Mehrheiten, wie sie bei Wahlen gelegentlich vorkommen, einmal versagen könnten. Viel eher könnte der Grund in der Bedeutung des Wahlkampfes und der aktiven Wahlbeteiligung für den Prozeß der politischen Willensbildung liegen<sup>25</sup>. Wahlen und Volksabstimmungen geht eine öffentliche Diskussion voraus, die (u. a.) mit Gründen geführt wird und das Ergebnis beeinflussen kann. Mit solcher Diskussion der Abstimmungsgründe weiß jedoch der Wertempirismus nichts anzufangen.

5. In einem führenden Kommentar heißt es zu § 242 BGB, der Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben sei aus den im Bewußtsein der Gemeinschaft oder der beteiligten Verkehrskreise (z. B. Kaufleute, Landwirte) verankerten Anschauungen auszurichten<sup>26</sup>. Es ist symptomatisch, wie mit dieser Formulierung das in der Kopula „oder“ versteckte Problem unterschlagen wird. Auch die Rechtsprechung zur Anstandsformel stellt gerne auf die Anschauungen der von der Entscheidung betroffenen Sozialgruppen ab, die sie nicht selten sogar durch Gutachten der Ständesvertretung zu ermitteln versucht<sup>27</sup>. Die Einschränkung auf die Gruppenanschauung ist zwar sehr praktisch, weil zu der vorliegenden Frage oft nur in der betroffenen Gruppe schon bestimmte Auffassungen vorhanden sind. Darüber hinaus ist die Chance, auf homogene Auffassungen zu treffen, die die Ableitung einer eindeutigen Entscheidung außerordentlich erleichtern, bei abgrenzbaren sozialen Gruppen besonders hoch<sup>28</sup>. Diese Einschränkung ist indessen alles andere als einleuchtend, denn keine soziale Gruppe lebt so isoliert, daß ihr Treiben der größeren Gemeinschaft gleichgültig sein könnte. So bedeutete es für die Entwicklung des Wettbewerbsrechts eine folgenschwere Entscheidung, daß man, gestützt auf die Ansicht, das UWG bezwecke nicht den Schutz des Publikums, sondern vor allem den Schutz der redlichen Konkurrenten, für die Frage, wann unlauterer Wettbewerb vorliegt, auf die Auffassung der Gewerbetreibenden ab-

<sup>24</sup> Ludwig von Friedeburg, Zum politischen Potential der Umfrageforschung, KZfSS 13 (1961), S. 201–216 (S. 205).

<sup>25</sup> Zu den „legitimierenden“ Wirkungen der Wahlprozedur interessant Lubmann, Legitimation durch Verfahren, S. 139 ff.

<sup>26</sup> Palandt-Hinrichs, 29. Aufl. 1970, § 242 Anm. 1 c.

<sup>27</sup> Schon in RGZ 48, S. 114 (124 f.) heißt es, es sei nicht ausgeschlossen, „daß auf die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises, wenn sich in ihr die herrschende Sitte ausprägt, Rücksicht genommen wird, so . . . auf die Anschauung des ehrbaren Kaufmanns“. In aller Regel beschränken sich Beweisaufnahmen freilich auf Übungen und Bräuche und werden nicht auch auf die Anschauungen im Sinne von Sollvorstellungen erstreckt.

<sup>28</sup> Streifler, aaO. (wie Anm. 9), S. 12.

stellte<sup>29</sup>. Immerhin hat der Bundesgerichtshof den Maßstab des „verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“<sup>30</sup> durch die Anforderungen ersetzt, die die Allgemeinheit an Wettbewerber stellt, sofern dieser Maßstab der strengere ist<sup>31</sup>, und ist schließlich sogar ausdrücklich von der Auffassung des Reichsgerichts abgerückt<sup>32</sup>. Aber immer noch steht die Gruppenanschauung im Vordergrund. Es läßt sich nicht leugnen, daß die Bevorzugung der Gruppenanschauung ebenso wie die Abgrenzung der relevanten Gruppe Wertungen voraussetzt.

Umgekehrt ist aber auch das von Mc Dougal und Laswell aufgestellte „principle of the largest shared audience“ bedenklich<sup>33</sup>. Denn wenn man etwa im Verfassungsrecht der größeren Gemeinschaft des ganzen Landes den Vorzug vor denen einzelner Bundesländer oder Provinzen gibt, so ist der von der Verfassung beabsichtigte Schutz geographischer, volksmäßiger oder religiöser Minderheiten gefährdet. Ein unbedingter Wertempirismus muß an der Aufgabe scheitern, zwischen Gruppenegoismus und Vergewaltigung der Minderheit durch die Mehrheit zu balancieren. Es ist deshalb besonders bemerkenswert, daß etwa der Soziologe L. von Friedeburg das demokratische Potential der Umfrageforschung nicht in der Ermittlung von Mehrheitsvoten, sondern viel eher darin sieht, daß sie gerade auch den Ansichten und Wünschen der Minderheit Ausdruck verleihen kann<sup>34</sup>.

6. Der Wertempirismus geht wie selbstverständlich von der demokratischen Grundauffassung aus, daß jeder Stimme das gleiche Gewicht beigelegt werden müsse. Diese Prämisse impliziert ein entschiedenes Werturteil. Das wird deutlich, wenn man sich daran erinnert, daß gerade die Rechtssoziologie, die das Recht als gesellschaftliche Erscheinung begreift, den Richter für die Ausfüllung der Gesetzeslücken auf die „von ihm (aus eigener Kenntnis oder durch Beweis) festgestellten Tatsachen des Rechts“, also (die) „Übungen, Herrschafts- und Besitzverhältnisse“ und damit auf die Meinungsführer verweist<sup>35</sup>. Der naive Soziologismus führt hier zur Anerkennung der Macht der Tatsachen, zu einer Gleichsetzung von Recht und Macht.

Im Sinne der Rechtssoziologie ist eine Meinung die herrschende nicht schon, wenn sie von einer zahlenmäßigen Mehrheit geteilt wird, sondern erst dann, wenn sie sich auch faktisch durchzusetzen vermag, insbesondere wenn sie von Meinungsführern vertreten wird. Es wäre daher immerhin verständlich, wenn der Empirismus die faktische Ungleichheit der Stimmen auch bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen wollte. Tatsächlich will die „Law,

<sup>29</sup> Vgl. dazu etwa Meyer-Cording, JZ 1964, S. 274.

<sup>30</sup> Z. B. BGHZ 15, S. 356 (364); BGH U. v. 3. 11. 1959, GRUR 1960, S. 193 (195).

<sup>31</sup> Z. B. GRUR 1955, S. 541 (542); GRUR 1956, S. 223.

<sup>32</sup> BGHZ 22, S. 167 (180); 23, S. 184 (184).

<sup>33</sup> Kriele, aaO. (wie Anm. 4), S. 112.

<sup>34</sup> AaO. (wie Anm. 24), S. 208.

<sup>35</sup> Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1913, S. 139; dazu Arzt, aaO. (§ 31 Anm. 9), S. 44.

Science and Policy“-Schule die „kompetenten“ Meinungen besonders berücksichtigen. Aber Kompetenz wird von ihr nicht ohne weiteres mit sozialer Stärke, sondern eher mit Sachkunde gleichgesetzt. Daraus ergibt sich, wie Kriele gezeigt hat, ein Widerspruch, weil die Empiristen einerseits Gründe für scheinrational halten, andererseits aber dennoch „kompetenten“ Meinungen den Vorzug geben wollen<sup>36</sup>:

Wenn man weniger auf Erwartungen der „Meisten“ und statt dessen mehr auf die der „Kompetenten“ zurückgreife, so müsse man etwa bei der Verfassungsinterpretation die Meinungen der Verfassungsrechtler zählen. Das sei aber schon deshalb fast unmöglich, weil man nicht endgültig feststellen könne, wer Verfassungsrechtler sei. Man könne sich (in Verfassungsrechtsfragen) auf die Mitglieder der Staatsrechtslehrvereinigung nicht beschränken, denn kompetente Urteile seien auch außerhalb zu finden. Richter, Anwälte, Beamte, Journalisten, Politiker und auch Studenten und Referendare könnten in Rechtsfragen, denen sie sich speziell gewidmet hätten, ein kompetentes Urteil haben. Da man aber nicht das Urteil aller Juristen einschließlich der Studenten und Referendare berücksichtigen könne, müsse man ein Auswahlkriterium haben, und da es die guten Gründe, die einer vorbringe, nicht sein sollten, müsse es ein anderes sein. Man könne sich z. B. dafür entscheiden, nur die in gedruckter Form veröffentlichten Meinungen zu zählen. Damit sei dann aber nur die (verfassungs-)rechtliche Entscheidungsgewalt von den Gerichten auf die Redaktionen oder Verlage übergegangen, die darüber befänden, was sie zum Druck annähmen und was nicht. Wolle man aber die kompetenten Urteile in mehr oder weniger kompetente differenzieren, so müsse man, wenn man die Qualität der Gründe nicht beurteilen zu können vorgäbe, auf Autoritäten abstellen. Sicherlich lasse sich soziologisch empirisch manches darüber ausmachen, wer unter den Juristen Autorität genieße. Doch auch hier zeige sich wieder das Paradox des Empirismus: Eine Autorität in der Rechtswissenschaft sei in Wirklichkeit doch nur deshalb Autorität, weil sie mit ihren Argumenten zu beeindrucken verstanden habe. Halte man aber mit dem Empirismus ihre Argumente für notwendigerweise scheinrational, so habe die Berufung auf die Autorität eigentlich gar keinen Sinn.

7. Nicht selten sind die herrschenden Anschauungen erkennbar von hervorragenden Ereignissen beeinflusst, sei es durch eine wirtschaftliche Rezession oder einen Boom, sei es durch einen einschlägigen Fall, der in der Öffentlichkeit besondere Beachtung gefunden hat. Soll hier die Meinung maßgebend sein, wie sie sich kurzfristig darstellt, oder ist auf den langfristigen Trend der gesellschaftlichen Ansichten abzustellen, wie es das Reichsgericht getan hat, wenn es „die in der Kriegs- und Nachkriegszeit gesunkenen Begriffe mancher Kreise von Anstand, Billigkeit und Ehre“ unberücksichtigt ließ<sup>37</sup>? Zustimmend meint Coing, solche zeitbedingten Schwankungen seien noch nicht als Ausdruck einer wirklichen und echten Wandlung moralischer Anschauungen anzusehen und verdienten daher im Rahmen des § 138 BGB keine Beachtung. Im Gegenteil habe der Richter gegenüber solchen Schwan-

<sup>36</sup> Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, S. 112.

<sup>37</sup> RGZ 104, S. 330; 120, S. 148; 129, S. 357 (381).

kungen eine erzieherische Aufgabe<sup>38</sup>. Ganz ähnlich schreibt jetzt auch Birke, der den Richter prinzipiell an die durchschnittlichen gesellschaftlichen Auffassungen binden will, der Richter dürfe dabei nicht an erste gefühlsmäßige Reaktionen unter massenpsychologischen Einflüssen oder sonst verfälschte und unüberlegte Meinungen denken, wie sie der Nachbar in der Straßenbahn aufgrund der Lektüre einer Boulevard-Zeitung geäußert haben möge<sup>39</sup>.

Der Ruf nach empirischer Wertforschung entspringt dem Wunsch nach objektiven Entscheidungsmaßstäben. Es soll vermieden werden, daß aus dem Mund des Richters die Vorurteile seines Standes oder die Ansichten der herrschenden Klasse sprechen. Gerade die tatsächliche Übung und die Volksanschauung werden indessen nicht selten von den Mächtigen, von Obrigkeit und Kirche, von Pressekonzernen und Gewerkschaften geprägt. Durch verkürzte, affektiv gefärbte oder vorenthaltene Informationen ist die öffentliche Meinung mit Hilfe der Massenmedien leicht nachhaltig zu beeinflussen. Man gerät deshalb bei dem Versuch, mit empirischer Wertforschung einer Klassenjustiz der Gerichte auszuweichen, vom Regen in die Traufe. Soll man versuchen, solche (welche?) Einflüsse zu neutralisieren oder muß man sie hinnehmen? Es kommt hier nicht darauf an, sich für eine Antwort zu entscheiden. Es genügt die Feststellung, daß jede Antwort eine wertende Entscheidung einschließt.

8. In ein unlösbares Dilemma gerät der Wertempirismus durch den zeitlichen Wandel der Anschauungen<sup>40</sup>. Es geht um die Frage, ob dem, was die

<sup>38</sup> Im Kommentar von *Staudingers*, Rz. 6 zu 138 BGB.

<sup>39</sup> AaO. (wie Anm. 12), S. 47.

<sup>40</sup> Diesem Punkt gilt auch die folgende Kritik *Krieles* an der „Law, Science and Policy“-Schule: Gegenwärtige Erwartungen seien mitunter auf irriige Vorstellungen über das ursprüngliche Verständnis etwa eines Gesetzes gegründet. Es komme z. B. vor, daß man meine, ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung oder culpa in contrahendo ergebe sich deshalb aus dem BGB, weil dies dem ursprünglichen Gesetzesverständnis entspreche. Dann stelle sich die Frage, ob die Erwartungen trotz dieses Irrtums zugrunde gelegt werden sollten, oder ob man unterstellen wolle, bei Aufklärung über den Fehler würden auch die Erwartungen korrigiert. Den Problemen, die der Konflikt zwischen subjektiver und objektiver oder zwischen objektiv-entstehungszeitlicher und objektiv-geltungszeitlicher Interpretation aufwerfe, könne man mit Hilfe der soziologisch empirischen Methode nicht entrinnen. Zwar lasse sich auch die Entscheidung darüber ob die ursprünglichen oder die gegenwärtigen gemeinsamen Erwartungen ausschlaggebend sein sollten, davon abhängig machen, welche Entscheidung erwartet werde. Aber damit habe man das Problem nur verschoben. Denn auch in dieser Frage gebe es ursprüngliche und gegenwärtige Erwartungen: ursprünglich habe man nämlich gemeint, daß die ursprünglichen, gegenwärtig meine man meist, daß die zeitgenössischen Erwartungen maßgebend seien. Der Entscheidung darüber, welchen von beiden der Vorzug gebühre, entgehe man nicht. Es liege allerdings nahe, bei der Interpretation von privaten Rechtsgeschäften auf das ursprüngliche, bei Gesetzen auf das gegenwärtige Verständnis abzustellen. (*Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 108). So wird denn in der Tat allgemein die Ansicht vertreten, daß ein zur Zeit der Vornahme unbedenkliches Geschäft nicht nachträglich wegen Sittenwidrigkeit unwirksam werden könne (*Palandt-Danckelmann*,

Juristen Rechtssicherheit nennen, nicht auch eine unverzichtbare soziologische Funktion des Rechts entspricht, die Funktion nämlich, Verhalten und Erwartungen zu stabilisieren. Über das Maß der wünschenswerten Stabilität kann man streiten, nicht aber darüber, daß zur Erhaltung eines sozialen Systems eine relative Stabilität des Gebarens gehört, und ebensowenig darüber, daß in unserer konkreten Gesellschaft diese Stabilität zu einem Teil von der Rechtsordnung gewährleistet wird. Deshalb ist die Frage unausweichlich, ob und wie die durch empirische Wertforschung vermittelte Momentaufnahme für eine gewisse Zeit als verbindlich durchgehalten werden soll. Darauf gibt es keine rein empirische Antwort mehr. Denn zunächst muß man sich entscheiden, ob über die normative Bindung an eine bestimmte Publikumsauffassung vorgängig oder nachträglich entschieden werden soll. Muß man bei der Erfragung gegenwärtiger Durchschnittsanforderungen zugleich fragen, wie lange die Anforderungen verbindlich bleiben sollen? Oder darf man erst dann, wenn ein neuer Rechtspruch fällig wird, die Frage stellen, ob nicht die gegenwärtigen Auffassungen im Interesse der Stabilität zurückzutreten haben? Dazu müßte man aber die Befragten wohl auch darüber unterrichten, ob und welche abweichenden Auffassungen früher herrschend waren. Damit ist man jedoch schon wieder dabei, die Entscheidung mit Gründen zu beeinflussen, was ja gerade vermieden werden soll. Das gleiche Problem stellt sich auch schon bei jeder erstmaligen Befragung, denn stets hat die gerade vorherrschende Anschauung historische Vorläufer, deren Kenntnis für die Entscheidung des Einzelnen von Bedeutung sein könnte.

9. Wie sehr die Fragestellung das Ergebnis demoskopischer Untersuchungen beeinflussen kann, ist allgemein bekannt. Die Meinungsforscher haben deshalb Techniken entwickelt, um diese Fehlerquelle auszuschalten. Es macht einen Unterschied, ob Meinungsforschung rein deklativ getrieben wird oder ob eine Entscheidung gefällt werden soll. Je nachdem wird die Fragestellung und möglicherweise auch die Antwort sehr verschieden ausfallen. Der Einsatz der empirischen Wertforschung für die Rechtsgewinnung fordert daher eine grundsätzliche Stellungnahme, ob der Allgemeinheit die Frage nach der Übereinstimmung eines Verhaltens mit ihren Anschauungen abstrakt oder konkret für einen bestimmten Fall vorgelegt werden soll. Zu entscheiden ist ferner, ob lediglich nach Billigung oder Mißbilligung zu fragen ist oder ob die Publikumsmeinung im Hinblick auf die in Betracht kommenden Sanktionen zu erforschen wäre.

Allgemein herrscht im Lager der Wertempiristen unausgesprochen die Vor-

---

29. Aufl. 1970, § 138 BGB Anm. 1 c; sehr viel differenzierter *Staudinger-Coing*, 11. Aufl. 1961, § 138 BGB Rz. 6). Für die Gesetzesauslegung sind die Meinungen eher kontrovers (vgl. dazu unten § 49). Überwiegend neigt man mehr der objektiven Auslegung zu, worunter freilich keinesfalls eine Interpretation der Gesetze im Sinne der gegenwärtigen Erwartungen des Publikums, sondern vielmehr ein hermeneutisch zu konkretisierender, vermeintlich objektiver Sinn verstanden wird.

stellung, daß Meinungsumfragen, auch wenn sie aus Anlaß eines bestimmten Falles veranstaltet werden, doch abstrakt formuliert sein müßten. Diese Ansicht mag ganz schlicht in der Technik der Demoskopie ihren Grund haben, die jede Programm- oder Beweisfrage in zahlreiche Testfragen auflöst, die Befragten also nie unmittelbar mit dem konkreten Problem konfrontiert. Sie bleibt dennoch als Entscheidung nicht ohne Folgen. Vor allem bringt sie bei der Übersetzung des entscheidungsbedürftigen Falles in die abstrakte Programmfrage und bei der Operationalisierung der Programmfrage zu zahlreichen Testfragen in umgekehrter Richtung alle die Probleme mit sich, die den Juristen von der Anwendung des abstrakten Gesetzes auf den konkreten Fall vertraut sind. Hat man sich einmal zur abstrakten Fragestellung entschlossen, so stellt sich wegen der Abstraktheit auch der Antwort sofort das eben unter 8. behandelte Problem, ob die derart erforschten gesellschaftlichen Anschauungen nur für den auslösenden Fall gelten oder ob sie gleichsam mit präjudizieller Wirkung ausgestattet werden sollen.

Schwerwiegender ist die Entscheidung, ob die gesellschaftlichen Anschauungen im Hinblick auf bestimmte rechtliche Sanktionen erforscht werden sollen. Sicher werden viele, die etwa eine Sterilisation ohne medizinische Indikation als „sittenwidrig“ mißbilligen, doch keineswegs wünschen, daß der Arzt, der einen solchen Eingriff vornimmt, wegen Körperverletzung bestraft wird. Dagegen könnten sie möglicherweise standesrechtliche Maßnahmen noch für angebracht halten. Nun scheint es zwar auf den ersten Blick selbstverständlich, daß die Anschauungen der Allgemeinheit ausdrücklich unter Bezugnahme auf die in Frage stehenden Sanktionen ermittelt werden. Das entspricht aber kaum der gesetzlichen Konstruktion der Generalklauseln, deren faktische Komponente durchaus nur das Normale, Regelmäßige als solches meint und erst im Anschluß daran die Bewertung einer festgestellten Unregelmäßigkeit im Hinblick auf mögliche Sanktionen vorsieht. Aber davon ganz abgesehen: Wenn man die Billigung oder Mißbilligung eines Verhaltens nur im Hinblick auf mögliche Sanktionen erfragen zu können meint, dann besteht eigentlich kein Grund mehr, überhaupt noch zu abstrahieren und nicht sogleich den konkreten Fall dem Publikum zur Entscheidung vorzulegen. Da im übrigen regelmäßig mehrere Sanktionen zur Wahl stehen werden, ergeben sich zum Teil unüberwindliche Schwierigkeiten, um eine eindeutige Gruppenentscheidung zu finden. Von der Problematik der Gruppenentscheidung wird unter 11. näher die Rede sein. Zuvor soll noch ein Blick in die Kommentare zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) veranschaulichen, wie sehr die Fragestellung das Ergebnis beeinflussen kann.

Herausgegriffen sei aus den Erläuterungen zu § 194 GVG ein Problem, das durch eine Kontroverse zwischen Binding und Beling einige Berühmtheit erlangt hat. Es geht darum, welche Fragen im Strafprozeß dem Gericht im einzelnen zur Abstimmung vorzulegen sind und welches für mehrere Fragen die richtige Reihenfolge ist. Das Gesetz schweigt hierzu. In § 194 GVG ist

lediglich bestimmt, daß grundsätzlich der Vorsitzende die Beratung leitet und die Fragen stellt, daß aber bei Meinungsverschiedenheiten über den Gegenstand, die Fassung und die Reihenfolge der Fragen das Gericht entscheidet. Zur Debatte steht, ob über einzelne Entscheidungsgründe oder nur über das Ergebnis abgestimmt werden soll. Binding verfocht eine Abstimmung nach Gründen<sup>41</sup>. Beling dagegen verlangte die Abstimmung über das Ergebnis<sup>42</sup>. Ihm hat sich die heute herrschende Meinung angeschlossen, da nur die Totalabstimmung gewährleistet, daß eine Entscheidung zustande kommt, die von richterlichem Entscheidungswillen mit der gesetzlich geforderten Majorität (§ 263 StPO, § 196 GVG) gedeckt ist<sup>43</sup>. Eb. Schmidt bildet dazu folgendes Beispiel: Wenn im Schöffengericht Richter R<sub>1</sub> die Begehung der Tat durch den Angeklagten verneint, die Richter R<sub>2</sub> und R<sub>3</sub> sie bejahen, wobei aber R<sub>2</sub> dem Angeklagten Notwehr und R<sub>3</sub> Notstand zubilligen will, so würde jeder Richter aus einem von den beiden anderen abgelehnten Gründe die Freisprechung für notwendig erachten. Da aber bei einer Abstimmung nach Gründen jeder Richter mit seinem Freisprechungsgrund überstimmt werden würde, so könnte sich keiner durchsetzen. Der Angeklagte müßte verurteilt werden, obwohl jeder Richter an sich die Verurteilung für falsch hält. Ganz konsequent wird allerdings der Grundsatz der Totalabstimmung auch von der heute herrschenden Meinung nicht durchgehalten, vielmehr wird die Entscheidung in mindestens drei Teile aufgespalten, nämlich in die Frage nach Prozeßhindernissen, in die Schuldfrage und in die Straffrage. So kann sich am Ende dennoch eine Mehrheit für die Verurteilung ergeben, obwohl an sich ein Richter etwa wegen Verjährung hätte einstellen und ein anderer wegen Zweifeln an der Schuld freisprechen wollen.

Zwar besteht über Einzelheiten des Abstimmungsverfahrens noch immer Unsicherheit. Über die Hauptprobleme hat sich jedoch im Schrifttum eine weitgehend einheitliche Meinung gebildet. Das bedeutet aber nur, daß die Abstimmungsreihenfolge (mit mehr oder weniger überzeugenden Gründen) dogmatisch, nicht jedoch, daß sie logisch<sup>44</sup> festgelegt ist. Entsprechende Vorentscheidungen müßte man auch bei jeder demokratischen Abstimmung treffen.

<sup>41</sup> Karl Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. 2, München und Leipzig 1915, S. 141 ff. Binding wollte allerdings – anders als vorher in seinem „Grundriß“ – die dem Angeklagten vorteilhaften Stimmen verschiedener Richter aus mehreren Teilaestimmungen addieren, um das gleiche Ergebnis zu erreichen, wie bei einer Totalabstimmung.

<sup>42</sup> Ernst Beling, Bindings Lehre von der Abstimmung im Strafgericht, *Z. f. die ges. Strafrechtswissenschaft*, 37 (1916), S. 365–385.

<sup>43</sup> Vgl. Eberhardt Schmidt, *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, Teil III, Göttingen 1960, § 194 GVG Erl. 7 ff.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, *StPO*, 21. Aufl. 1965, § 194 GVG Anm. III; KMR, *Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 1966, hrsg. von Hermann Müller und Walter Sax, § 194 GVG Anm. 1 b.

<sup>44</sup> So aber Theodor Kleinknecht, *StPO*, 29. Aufl. 1970, § 194 GVG Anm. B.

10. Empirische Wertforschung kann nur Mehrheitsentscheidungen bringen. Es ist eine Frage der Übereinkunft, ob und ggf. welche qualifizierten Mehrheiten man fordert. Nicht immer wird man sich mit einer einfachen Mehrheit zufrieden geben können, besonders dann nicht, wenn ein Verstoß gegen die mehrheitlich gebilligte Norm außergewöhnliche Sanktionen nach sich zieht. So ist es wohl kaum gerechtfertigt, einen Vertrag für nichtig zu erklären, weil 51 0/0 der Befragten seinen Inhalt mißbilligen. Erst recht geht es nicht an, die Eltern, die das Zusammensein ihrer Kinder geduldet haben, wegen schwerer Kuppelei zu bestrafen, wenn eine knappe Mehrheit den Geschlechtsverkehr von Verlobten für unsittlich hält, oder den Arzt ins Gefängnis zu sperren, weil weniger als die Hälfte der Bevölkerung die Sterilisation durch eine irreversible Tubenligatur nicht gutzuheißen vermag<sup>45</sup>. Wollte man in solchen Fällen die Verurteilung auf die Volksanschauung stützen, so müßte eine „eindeutige“, eine irgendwie qualifizierte Mehrheit vorhanden sein<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Richtig gesehen wird die Problematik von *Norbert Hoerster* (Grundsätzliches zur Strafwürdigkeit der Gefälligkeitssterilisation, JZ 1971, S. 123–126), der ausführt, wer für die Strafbarkeit der Gefälligkeitssterilisation auf die positiv geltende Moral Bezug nehme, müsse präzisieren, genau wessen moralische Vorstellungen die Strafwürdigkeit ergeben sollten, die von allen oder doch den meisten Mitgliedern der Gesellschaft geteilt oder die einer bestimmten Klasse oder Gruppe der Gesellschaft, etwa der Ärzte. Es bleibe aber weiter die Kernfrage, ob die moralische Überzeugung einer Gruppe oder der Mehrheit ein ausreichender Grund sei, um ein bestimmtes Verhalten unter Strafe zu stellen. Mindestens diese Frage könne als normativ-ethische nicht durch Meinungsumfragen, sondern nur durch kritische Diskussion gelöst werden.

<sup>46</sup> Vgl. *Streißler*, aaO. (wie Anm. 9), S. 17, der aus *J. F. Stephen*, *Liberty, Equality, Fraternity*, London 1873, S. 174, zitiert: „To be able to punish a moral majority must be overwhelming“. Im Schlägermensur-Urteil des BGH (BGHZ 4, S. 24) klingt sogar die Forderung an, daß „alle billig und gerecht Denkenden über die Sittenwidrigkeit der Bestimmungsmensur einig seien“ müßten, um eine Verurteilung aussprechen zu können. In diesem Sinne ferner etwa *Walter Breithaupt*, *Die guten Sitten*, JZ 1964, S. 282–285 (284); dagegen aber *Eberhardt Schmidt*, *Schlägermensur und Strafrecht*, JZ 1957, S. 364 ff. Diese Frage hat auch in der Auseinandersetzung zwischen dem BGH und dem BVerwG über die Sittenwidrigkeit des Straßenverkaufs von Präservativen eine Rolle gespielt. Während der BGH (BGHSt. 13, S. 16) meinte, bei allen anständigen und gesitteten Menschen müsse Ärgernis erregen, wer solche Mittel auf öffentlichen Straßen ausstelle, feilhalte oder verkaufe, erwiderte das BVerwG (BVerwGE 10, S. 164), beim Bestehen abweichender Anschauungen könne man den Andersdenkenden nicht schlechthin die Verständigkeit oder billige und gerechte Denkungsart absprechen. Das Vorliegen zahlreicher von dem Urteil des BGH abweichender straf- und verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen lasse es nicht zu, davon zu sprechen, daß der Schutzmittelverkauf mit Außenautomaten bei „allen“ anständigen und gesitteten Menschen Anstoß erregen „müsse“, und so allen Berufs- und Laienrichtern, die zuvor anders entschieden hätten, Sitte und Anstand abzuerkennen. Die Gerichte streiten hier allerdings weniger über die tatsächlich zu erwartenden als vielmehr über die ihrer Ansicht nach wünschbaren Reaktionen „aller billig und gerecht Denkenden“.

Aber wo genügt die einfache Mehrheit, wo soll man eine qualifizierte fordern und welche?

In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage, wie man die bei demoskopischen Umfragen stets sehr erhebliche Zahl derjenigen zu berücksichtigen hat, die sich unentschieden äußert. Angenommen, es geht darum, ob es einem Konkurrenten als unlauterer Wettbewerb untersagt werden soll, seine Waren und Dienstleistungen durch den Fernsprecher ihm bisher unbekanntem Personen anzubieten<sup>47</sup>. Eine Befragung habe ergeben, daß 45 % der Bevölkerung dieses Verhalten mißbilligen, daß 35 % es für unbedenklich halten, während 20 % keine Meinung äußern. Soll denn das beantragte Verbot erlassen werden, weil eine relative Mehrheit sich in diesem Sinne ausgesprochen hat? Oder sind die 20 % der Indifferenten den 35 % der Andersdenkenden zuzuschlagen, so daß die Klage abzuweisen wäre? Im letzteren Sinne hat das Oberverwaltungsgericht Berlin zur Mensurfrage argumentiert<sup>48</sup>. Arzt dagegen meint, die Stimmenthaltungen dürften keiner Seite zugerechnet werden<sup>49</sup>.

11. Sind die Anschauungen unter den Befragten nicht sehr homogen, so kommen eindeutige Mehrheiten oft nur zustande, wenn lediglich zwischen isolierten Alternativen zu entscheiden ist. In aller Regel enthält aber die Rückführung eines Problems auf eine solche Computerfrage schon eine Vorauswahl. Nachdem das Dogma von der Nichtigkeit angefochtener oder sittenwidriger Geschäfte weitgehend zugunsten richterlicher Gestaltungsrechte zurückgedrängt ist, genügt es z. B. nicht mehr, bloß zu klären, ob eine Täuschung arglistig oder ein Vertrag sittenwidrig sei. Vielmehr ist in jedem Fall über Arglist und Sittenwidrigkeit im Hinblick auf die verschiedenen möglichen Konsequenzen zu entscheiden, nämlich im Hinblick darauf, ob das Geschäft wirksam oder nichtig sein oder unter modifizierten Bedingungen fortbestehen soll. Stellt man aber drei oder mehr Meinungsmöglichkeiten zur Wahl, dann kann es an einer absoluten Mehrheit fehlen. Dann muß man sich entscheiden, ob man der Ansicht der relativ größten Gruppe den Vorrang geben oder „Koalitionen“ zwischen zwei oder mehreren Gruppen bilden will<sup>50</sup>. Birke schlägt vor, die Mehrheitsauffassung in einem Reduktionsverfahren analog § 196 GVG zu gewinnen, indem man die für eine extreme Ansicht abgegebene

<sup>47</sup> Nach BGH, U. v. 19. 6. 1970, GRUR 1970, S. 523, verstößt solches Vorgehen gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs.

<sup>48</sup> U. v. 13. 10. 1954, JZ 1955, S. 272 (275).

<sup>49</sup> AaO. (wie § 31 Anm. 9), S. 54. In anderem Zusammenhang meint der Nationalökonom Gäfgen (aaO. – wie unten Anm. 57 – S. 25), man müsse die Indifferenten je zur Hälfte aufteilen, da eine Wahrscheinlichkeit von 1 : 1 bestehe, daß sie sich auf Befragen für die eine oder andere Lösung entschieden. Näher liegt aber doch wohl die Annahme, daß sich die Stimmen der Meinungslosen im gleichen Verhältnis verteilen würden wie die der Entschiedenen, so daß sie im Ergebnis gar nicht berücksichtigt zu werden brauchten.

<sup>50</sup> Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 110f.

Stimme der jeweils weniger extremen so lange zuzählt, bis sich eine Mehrheit ergibt<sup>51</sup>. Dieser Vorschlag setzt aber voraus, daß die Rangordnung der Entscheidungsmöglichkeit für alle Abstimmenden die gleiche ist. Denn nur dann läßt sich bestimmen, welche Ansicht die extreme ist. Bei übereinstimmender Rangordnung der Präferenzen entstehen die hier diskutierten Abstimmungsprobleme gar nicht erst. Tatsächlich fehlt es bei vielen Fragen an der sozialen Werteindeutigkeit, nach der sich bestimmen ließe, in welcher Reihenfolge die Ansichten als mehr oder weniger „extrem“ zu ordnen wären. Das zeigt sich teilweise schon bei der unmittelbaren Anwendung des § 196 III GVG. 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 zunächst minder nachteiligen so lange hinzugerechnet, bis sich die erforderliche Mehrheit ergibt. Nach § 263 I StPO ist eine  $\frac{2}{3}$  Mehrheit nicht nur bei der Entscheidung über die Schuldfrage, sondern auch bei der Bemessung der Strafe oder der Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung erforderlich. Angenommen, das Gericht hält den Angeklagten eines Verkehrsvergehens für schuldig. Zur Auswahl stehen eine Geldstrafe (mit oder ohne Fahrverbot), eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine Freiheitsstrafe mit Bewährung und schließlich noch zusätzlich zur Geld- oder Freiheitsstrafe die Entziehung der Fahrerlaubnis. Daraus ergeben sich insgesamt neun Entscheidungsmöglichkeiten, nämlich

- 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 Alternativen konzentriert, so bleibt doch die Notwendigkeit, die verschiedenen Möglichkeiten der Schwere nach zu ordnen. Zumindest das Verhältnis von Geldstrafe zu Freiheitsstrafe mit Bewährung sowie die Bewertung des Fahrverbots und der Entziehung der Fahrerlaubnis dürften, fragt man nach der Bedeutung für den Verurteilten, sehr zweifelhaft sein. Ohne dogmatische Krücken wie etwa den Grundsatz, daß eine Geldstrafe stets leichter anzusehen ist als jede Freiheitsstrafe, und sei sie auch zur Bewährung ausgesetzt<sup>52</sup>, wird man nicht

<sup>51</sup> Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, S. 50.

<sup>52</sup> Vgl. RGSt. 62, S. 82. Dieses Problem wird gewöhnlich im Zusammenhang mit dem Verschlechterungsverbot des § 331 StPO behandelt.

objektiv, auf keinen Fall verallgemeinernd, sagen können, welche Sanktion dem Angeklagten nachteiliger ist.

Die Schwierigkeit der Mehrheitsbildung bei drei oder mehr Entscheidungsmöglichkeiten sind in der sozialwissenschaftlichen Literatur als „Condorcet-Effekt“ oder „paradox of voting“ bekannt geworden. Diese Erscheinung soll hier kurz beschrieben werden, da sie vielen Juristen noch unbekannt ist.

Angenommen, die drei Richter einer Zivilkammer beim Landgericht 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<sup>53</sup>. Richter  $R_1$  möchte das Testament am liebsten 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 eheliche Kinder gesetzliche Erben zur anderen Hälfte würden (B). Er meint aber, keinesfalls dürfte das Testament in vollem Umfang als wirksam angesehen werden (C).  $R_1$  stellt also A über B und B über C (und folglich A über C). 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, er 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). Daraus ergibt sich folgende Matrix:

$R_1$	A – B – C
$R_2$	B – C – A
$R_3$	C – A – B

Es stellen also zwei Richter Wirksamkeit über Teilnichtigkeit und ebenfalls zwei Richter Teilnichtigkeit über volle Nichtigkeit. Man sollte annehmen, daß damit volle Nichtigkeit als Lösungsmöglichkeit ausschiede. Tatsächlich findet sich aber auch eine Mehrheit zusammen, die volle Nichtigkeit der Wirksamkeit vorzieht. Angenommen nun, dem Vorsitzenden gelingt es,

<sup>53</sup> Dieser Fall ist der Entscheidung BGHZ 52, S. 17 (= NJW 1969, S. 1343 mit abl. Anm. von *Dietrich Reinicke*) nachgebildet. Zu der rechtlichen Möglichkeit, eine einheitliche Verfügung von Todes wegen, die eine teilbare Zuwendung oder Belastung anordnete, in der Weise zu teilen, daß ein Teil für unwirksam erklärt wird, im übrigen die Verfügung aber wirksam bleibt. Vgl. auch schon BGH, U. v. 15. 6. 1955, FamRZ 1963, S. 287, mit ablehnender Anm. von *F. W. Bosch* und bestätigend noch einmal BGHZ 53, S. 369 (383). Diese Rspr. des BGH ist außerordentlich umstritten; vgl. dazu *Wolfram Müller-Freienfels*, Zur Rechtsprechung beim sog. „Mätressentestament“, JZ 1968, S. 441–449; *Thilo Ramm*, Abschied vom „Mätressentestament“, JZ 1970, S. 129–132; *Werner Speckmann*, Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung, JZ 1970, S. 401–403; *Wilhelm Simshäuser*, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, Bielefeld 1971.

zuerst die Frage zur Abstimmung zu stellen, ob das Testament nichtig sein 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 II 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 dem einfachen Beispiel des Abstimmungsparadoxons wird klar, wie schwierig es sein kann, auf rationale Weise aus den Wertungen mehrerer eine einheitliche Entscheidung zu gewinnen<sup>54</sup>. Es geht dabei um ein Grundproblem der Demokratie. Deshalb ist es erstaunlich, daß man ihm in Politologie und Jurisprudenz bisher wenig Beachtung geschenkt hat. Die Juristen haben sich bisher lediglich im Hinblick auf das Gewohnheitsrechtsproblem einige recht naive Gedanken über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit eines Kollektivwillens gemacht. Sehr intensiv hat man sich dagegen in der Wirtschaftswissenschaft mit der Frage befaßt, wie sich die Wünsche vieler Einzelner auf vernünftige Weise zu einer Gemeinwohlvorstellung kumulieren lassen.

Ausgangspunkt der Diskussion war das bahnbrechende Buch von Kenneth J. Arrow „Social Choice and Individual Value“<sup>55</sup>. Arrow wollte darin den Beweis führen, daß es eine „Sozialwahlfunktion“ nicht geben könne: Ist die Rangordnung, die jede der maßgeblichen Personen ihren Erwartungen beimißt, bekannt, und sucht man nun nach einer „fairen“ Methode, diese individuellen Randordnungen in einer Rangordnung der Gesellschaft zusammenzufassen, so zeigt sich, daß fünf anscheinend harmlose Bedingungen für Fairneß einander widersprechen, daß es keine Regel für die Transformation der individuellen in die Gruppenrangordnung gibt, die alle fünf Bedingungen erfüllt.

Werden die von Arrow gesetzten „Bedingungen“<sup>56</sup> akzeptiert, so ist sein

<sup>54</sup> Vgl. jetzt aber *Bernhardt Liebermann*, Resolving the Condorcet Paradox, *American Journal of Sociology* 77 (1971), S. 540–559, der mit Hilfe von Testpersonen die These zu belegen sucht, Konflikte nach dem Muster des Condorcet-Paradox lösten sich in der Praxis mehr oder weniger schnell auf, weil die einzelnen Gruppenmitglieder nicht darauf bestünden, die für sie maximale Entscheidung durchzusetzen.

<sup>55</sup> 1. Aufl. New York usw. 1951, hier zitiert nach der 2. Aufl. von 1963.

<sup>56</sup> AaO. S. 22 ff.

mit einigem mathematischen Aufwand bewiesenes Unmöglichkeitstheorem unausweichlich. Die Kritik setzt daher an den von Arrow „natürlich“ genannten „Bedingungen“ an<sup>57</sup>. Doch wer Arrows zwar plausible, aber keineswegs selbstverständliche Bedingungen nicht akzeptiert, muß andere Kriterien angeben, unter denen er die gesuchte Sozialwahlfunktion als „rational“ ansehen will. In der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion hat sich gezeigt, daß mit solchen Kriterien stets schon wertende Vorentscheidungen getroffen werden, so daß in der Tat keine voraussetzungslos gültige Sozialwahlfunktion existiert<sup>58</sup>. Es scheint daher ausgeschlossen, daß in einer pluralistischen Gesellschaft auf rein demokratischem Wege ein kollektiver Wertmaßstab gefunden werden kann<sup>59</sup>. Wenn ein hohes Maß an Übereinstimmung unter den Mitgliedern einer Gruppe besteht, dann kann die Gruppe ihre Entscheidungen mit einfacher Mehrheit treffen, ohne dabei auf Schwierigkeiten zu stoßen. Gehen die Meinungen der Mitglieder aber weit auseinander, so führt bei gleichem Stimmgewicht die Abstimmung allein zu keiner eindeutigen Entscheidung, solange nicht eine (objektive) Skalierung der Entscheidungsmöglichkeiten gelingt. Wie schon unter 9. am Beispiel des § 194 GVG erörtert worden ist, läßt sich objektiv aber nur die subjektive Skala der Präferenzen feststellen. Zur Homogenisierung pluralistischer Gemeinwohlvorstellungen sind daher letztlich Wertungen unabdingbar.

12. Schließlich steht der Wertempirismus vor dem Problem, daß entschieden werden muß, über welche Fragen mehrheitlich entschieden werden soll. Wo soll man mit Wertforschung anfangen, wo aufhören? Zwar ist der Rückgriff auf die Anschauungen der Allgemeinheit im Rechtsbereich bisher lediglich zur Ausfüllung der Generalklauseln gefordert worden. Aber diese Klauseln unterscheiden sich nur graduell von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen aller Art. Es gibt daher keinen Grund, Demoskopie nicht überall da zuzulassen, wo dem Richter Wertungsmöglichkeiten eröffnet sind. Das ist aber der Regelfall. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Forderung wegen des damit verbundenen Aufwands praktisch unerträglich wäre. Damit stellt sich die Frage nach einem Kriterium für die Auswahl der Probleme, bei denen es sich lohnt, die gesellschaftlichen Anschauungen systematisch zu erforschen. Man könnte sich vielleicht auf diejenigen Fälle einigen, in denen das Gesetz mit Ausdrücken wie „Sitte“ und „Verkehrssitte“ explizit auf die gesellschaftlichen Anschauungen verweist. Man darf dabei nur nicht übersehen, daß

<sup>57</sup> Vgl. vor allem R. Duncan Luce, Howard Raiffa, *Games and Decisions*, New York 1957, S. 327–370.

<sup>58</sup> Das kann man einem Aufsatz von Gérard Gäfgen entnehmen, der einen vorzüglichen Überblick über die hier angesprochenen Probleme bietet (Zur Theorie kollektiver Entscheidungen in der Wirtschaft, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 173 (1961), S. 1–49; zu diesem Themenkreis lesenswert ferner *Hubertus Hoernke*, Politische Entscheidung als Sozialwahl, *Z. f. die ges. Staatswissenschaft* 127 (1971), S. 529–546.

<sup>59</sup> Skeptisch auch *Streißler*, aaO. (wie Anm. 9), S. 1.

hier ein weiteres Mal eine wertende Vorentscheidung notwendig wird, die nicht durch einen Mehrheitsbeschluß ersetzt werden kann. Das plebiszitär-demokratische Verfahren der Meinungsbildung taugt nicht zum „reflexiven Mechanismus“<sup>60</sup>, es kann nicht auf sich selbst angewandt werden, sondern braucht zunächst eine Verfahrensordnung. Bei der gegenwärtigen Rechtslage müßte der Richter selbst die notwendigen Vorentscheidungen treffen. Sie sind von solcher Tragweite, daß der Wertempirismus im Ergebnis nur wenig zur Objektivierung richterlicher Urteile beitragen kann, solange er nicht durch materielles Recht und Prozeßordnungen institutionalisiert ist.

### § 33: Zur grundsätzlichen Kritik des Wertempirismus

Die Forderung nach empirischer Wertforschung als Grundlage rechtlicher Entscheidungen entspringt dem demokratischen Ideal einer Gesellschaft, in der die entscheidenden Instanzen nur den Willen ihrer Mitglieder vollziehen oder gar überflüssig sind. Hinter den Gemeinwillen, der hier als letzte Rechtfertigung der Entscheidung dient, soll nicht mehr zurückgefragt werden. An dieser Stelle muß die grundsätzliche Kritik des Wertempirismus ansetzen<sup>1</sup>. Denn die Willenskundgebungen der Individuen, aus denen die Entscheidung abgeleitet werden soll, sind von Interessen und Bedürfnissen, von Glauben und Wissen, von autoritären Einflüssen und sachlichen Überzeugungen geprägt und motiviert und deshalb grundsätzlich kritisierbar und revidierbar<sup>2</sup>.

Das Kardinalproblem des Wertempirismus liegt in der Frage, ob der Zusammenhang zwischen Wertung und Wissen völlig vernachlässigt werden darf. Die Wertungen der Menschen, also ihre Entscheidungen darüber, wie man sich verhalten und die Zukunft gestalten sollte, sind nämlich in aller Regel von den Vorstellungen darüber, was wirklich ist oder war, motiviert. Diese Vorstellungen können objektiv als falsch oder mehr oder weniger vollständig beurteilt werden. Es ist daher mindestens problematisch, ob auch solche Wertungen berücksichtigt werden sollen, die erkennbar auf falschem oder unvollständigem Wissen beruhen.

Der Gedanke der „Law, Science and Policy“-Schule, daß man weniger auf die Erwartungen der „Meisten“ und stattdessen mehr auf diejenigen der „Kompetenten“ zurückzugreifen habe, enthält einen richtigen Kern. Das gleiche gilt von der politischen Theorie, die seit jeher als öffentliche Meinung nicht einfach die Durchschnittsmeinung, sondern nur die begründete, überlegte und auch geäußerte Meinung anerkennen wollte. Die auf den ersten Blick

<sup>60</sup> Zu diesem Begriff *Niklas Luhmann*, *Reflexive Mechanismen*, *Soziale Welt* 17 (1966), S. 1–23.

<sup>1</sup> Aus der Sicht der Politologie hat diese Kritik *Wilhelm Hennis* besorgt (*Meinungsforschung und repräsentative Demokratie*, Tübingen 1957).

<sup>2</sup> *Hans Albert*, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen 1968, S. 169.

undemokratische Ansicht, daß nicht jedes Werturteil gleichwiege, beruht auf der Prämisse, daß Werturteile durch wissenschaftliche Diskussion mittelbar an Qualität gewinnen. Nicht nur die groben Verzerrungen der gesellschaftlichen Anschauungen, die schon Anlaß zur immanenten Kritik des Wertempirismus gegeben haben, also ihre massive und unmittelbare Beeinflussung durch Interessen und Autoritäten, durch Meinungspressen und ungewöhnliche Einzelfälle, können in wissenschaftlicher Diskussion eliminiert werden. Obwohl sich Werturteile mit noch so viel Logik und Tatsachenwissen direkt nicht begründen lassen, können die notwendigen Wertungen durch eine wissenschaftliche Aufbereitung der Entscheidungsgrundlagen doch erheblich verbessert werden. Die Qualität eines Werturteils hängt davon ab, wie weit der bewertete Sachverhalt richtig erkannt ist. Es läßt sich zwar darüber streiten, ob Menschen überhaupt fähig sind, unbeeinflußt vom sozialen Milieu und von der Situation selbständig zu urteilen. Aber es sollte keinen Zweifel darüber geben, daß Laien, insbesondere dann, wenn sie ständig unter Propagandaeinfluß stehen oder in Vorurteilen befangen sind, im allgemeinen weniger zur Objektivität fähig sind als der wissenschaftlich geschulte und unter der Maxime der Sachlichkeit handelnde Fachmann. Insbesondere die kollektiven Wertungen sind nicht selten schlechter als die Urteile von Sachkundigen. Oft läßt sich geradezu sagen, daß sie falsch sind, weil ein unzutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt ist oder weil nur der Spezialist die faktischen Zusammenhänge zu überschauen vermag<sup>3</sup>.

Letztlich dürfte sich die Subjektivität von Wertungen als eine Folge unterschiedlicher Informationen erklären lassen. Es ist daher anzunehmen, daß mit der Verbreiterung der gemeinsamen Informationsbasis, wie sie von wertfreier Wissenschaft besorgt werden kann, die Werturteile in Richtung auf einen Konsens konvergieren<sup>4</sup>. Totale Information könnte totalen Konsens zur Folge haben. Aber totale Information ist ein Ding der Unmöglichkeit, weil die Kausalreihen sich im Unendlichen verlieren. Informationen können nur selektiv aufgenommen und verarbeitet werden. Es ist daher hoffnungslos, das Wertproblem durch vollständige Information ausräumen zu wollen. Ohne Dezsionen geht es nicht. Aber die Gründe einer Entscheidung sind auch nicht irrelevant.

Eine begründete Entscheidung ist die bessere. Das ist leicht einzusehen, wenn man sich einmal die Möglichkeit vorstellt, den Entscheidungsbedarf einer Gruppe dadurch zu decken, daß man sich auf einen Zufallsmechanismus einigt. Zufallsentscheidungen wären sicher objektiv, aber sie wären qualitativ

<sup>3</sup> Victor Kraft, Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, 2. Aufl. Wien 1951, S. 242.

<sup>4</sup> „Richter wollen wir, die ... in voller Kenntnis der sozialen Funktion jedes Rechtssatzes und der sozialen Wirkung ihrer Entscheidung zu urteilen wissen. Alles verstehen, heißt alles gerecht bewerten“ (Gnaeus Flavius = Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, S. 37.)

indiskutabel. Die immerhin vorhandene Chance, die Mehrzahl der Beteiligten zufriedenzustellen, könnte nur zufällig wahrgenommen werden, und darüber hinaus würde den Zufallsentscheidungen jede Stetigkeit abgehen. Es bleibt daher nur der Ausweg, daß die Gruppe einzelne Mitglieder auswählt und sie mit der nötigen Macht ausstattet, um die strittigen Fragen zu entscheiden.

Ohne besondere Zuständigkeiten geht es nicht. Man kann den Staat in allen seinen historischen Erscheinungsformen geradezu als einen Apparat zur Anfertigung allgemeinverbindlicher Entscheidungen begreifen. Nur die Legitimationsgrundlage ist je nach der Staatsform verschieden. Die Besonderheit der repräsentativen Demokratie ist ihre jedenfalls mittelbar plebiszitäre Legitimation über die Wahl der für Entscheidungen zuständigen Personen.

Es ist jedoch nicht der klassische Gedanke der Repräsentation<sup>5</sup>, der die Unabhängigkeit der Richter von der im Publikum zahlenmäßig vorherrschenden Ansicht begründet<sup>6</sup>. Die Vorstellung eines über der Summe der Einzelmeinungen schwebenden Gemeingeistes, an dem der Richter kraft irgendeines Charisma teil hat, ist heute nur noch schwer nachzuvollziehen. Als Legitimationsgrundlage allgemeinverbindlicher Entscheidungen bleibt immer wieder nur die Alternative von Mehrheitsentscheidung oder Begründung. Die Begründung verdient den Vorzug. Aber zur Überbrückung des nie ganz auszuschaltenden Begründungsdefizits bleiben Mehrheitsentscheidungen unerlässlich.

Das Modell der mittelbaren Demokratie scheint der wissenschaftstheoretischen Situation des Entscheidens in besonderem Maße adäquat, weil es die eigentliche Sachentscheidung den mit Gründen argumentierenden Fachleuten überläßt, während es die Wertbasis der Argumentation durch Wahl unter Kontrolle hält. Die Parlamentarismuskritik setzt deshalb sicher richtig an, wenn sie geltend macht, das Parlament sei kein Forum der Sachdiskussion. Sie wird sich nur durch den Nachweis entkräften lassen, daß eine wissenschaftliche Beratung der Politik im vorparlamentarischen Raum institutionalisiert ist.

Bis zu einem gewissen Grad sind das demokratische und das rationale Moment des Entscheidens wechselseitig substituierbar. Je mehr sich die demokratische Legitimation verdünnt, um so stärker wird man dezisionsvorbereitende Rationalität zu fordern haben. Andererseits wächst die Eignung von Problemen zu unmittelbar demokratischer Entscheidung dort, wo es an einem

<sup>5</sup> Dazu *Gerhard Leibholz*, *Das Wesen der Repräsentation*, Berlin, Leipzig 1929; *Heinz Rausch* (Hrsg.), *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung*, Darmstadt 1968.

<sup>6</sup> Zurückhaltend insoweit auch *Arzt*, aaO. (wie § 31 Anm. 9), S. 63 ff., 74 f.; a. A. *Adolf Arndt*, *Strafgewalt der Finanzämter?*, NJW 1959, S. 605–608 (606); kritisch ferner *Säcker*, aaO. (wie § 32 Anm. 17), S. 149 mit weiteren Nachweisen pro und contra.

klar umrissenen Kreis von Sachverständigen mit gesteigertem Wissen fehlt. Das gilt zunächst für politische Grundsatzfragen, für die man auch ein allgemeines Verständnis der Problematik erwarten darf<sup>7</sup>. Das gilt aber auch für Alltagsprobleme, wie sie vor allem am Arbeitsplatz und in der Ausbildungsstätte zu entscheiden sind. Hier wird man voraussetzen können, daß alle Beteiligten mit den Problemen hinreichend vertraut sind und daß darüber hinaus ihre Interessen mindestens relativ gleichlaufen. Das heißt konkret, daß neben der großen Politik vor allem Betrieb und Hochschule für eine Demokratisierung in Betracht kommen. Gerade für die Hochschule scheint die Demokratisierung zum Ausgleich für die Subjektivität der Themenwahl unerlässlich. Die genannten Bereiche erfüllen aber auch eine weitere Voraussetzung für die Anwendung des Mehrheitsgedankens, nämlich die, daß eine klare Abgrenzung der zur Entscheidung berufenen Bezugsgruppe möglich ist. Für die große Politik sind es sämtliche Staatsbürger, im Betrieb die gesamte Belegschaft. In der Hochschule kommen neben der Gesamtheit aller Lehrenden, Lernenden und Verwaltenden allerdings auch Teilgruppen in Betracht, und es ist bezeichnend, daß man sich über die Bestimmung der entscheidungstragenden Gruppe nicht einigen kann.

Die den Gerichten übertragenen Entscheidungen eignen sich nicht für eine Erledigung im demokratischen Mehrheitsverfahren, weil es sich um singuläre Einzelfallentscheidungen handelt. Die Justiz beschäftigt sich prinzipiell mit der Bereinigung sozialer Konflikte, die über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinaus wenig Anteilnahme hervorrufen. Es geht um Fragen, die nicht nur von beschränktem Interesse, sondern auch sehr speziell sind. Es fehlt vor allem an einem abgrenzbaren Kreis von Abstimmungsberechtigten, die sich zunächst informieren und dann eine begründete Stellungnahme abgeben. Deshalb können kollektive Entscheidungen in diesem Bereich nicht den Anspruch erheben, die „wahren“ Werte zu geben.

Fragt man näher, wie die Ermächtigung gerade der Richter zu eigenen, unvermeidlich subjektiv gefärbten Wertungen gerechtfertigt werden könnte, so ist zunächst die an sich triviale Feststellung geboten, daß die Richtertätigkeit überwiegend durch den gesetzlichen Rahmen programmiert ist<sup>8</sup>. So sehr man heute den Entscheidungsspielraum des Richters innerhalb und unterhalb der Gesetze zu betonen und zu problematisieren pflegt, so wenig darf man übersehen, daß aus soziologischer Perspektive die Bindung des Richters die Regel und Entscheidung die Ausnahme ist<sup>9</sup>. Nur bei einer Gesamtschau ist die Aussage begründet, daß neben dem Gesetz auch die Rechtsprechung als (genetische) Rechtsquelle Bedeutung hat. Dagegen lenkt ein Gerüst von Gesetzen, Präjudizien und Dogmen das Urteilsverhalten des einzelnen Richters

<sup>7</sup> So auch *Arzt*, aaO. S. 65 ff.

<sup>8</sup> Dazu näher unten § 43.

<sup>9</sup> So z. B. *Henning Eikenberg*, Voraussetzungen und Schwierigkeiten der empirischen Erforschung richterlicher Entscheidungsgrundlagen, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970), S. 362 ff., 364.

weitaus sicherer als es die allermeisten sozialen Normen für andere Bereiche des Sozialverhaltens zustande bringen. Die Frage nach der Legitimation des Richters zu eigenen Wertungen ist deshalb nur ein Randproblem, das allerdings für das Selbstverständnis der Juristen und auch als Angriffspunkt der Justizkritik heute eine hervorragende Rolle spielt.

Richter könnten die Legitimation zur Ausfüllung ihres Entscheidungsspielraums mit eigenen Wertungen aus einer wissenschaftlichen Arbeitsweise gewinnen, daraus, daß ihre Entscheidungen besser begründet sind, als es die Durchschnittsmeinung wäre.

Jede Ausformung besonderer Zuständigkeiten bewirkt schon automatisch eine qualitative Verbesserung der Entscheidungen, und zwar auf doppelte Weise. Erstens hat sie eine Spezialisierung der zur Entscheidung berufenen Personen zur Folge. Sie kommen in die Lage, Erfahrungen zu sammeln und sich näher mit den Voraussetzungen und Folgen ihrer Entscheidungen zu befassen. Zweitens begründet die Sorge um die Erhaltung des sozialen Status, der mit der Übertragung von Zuständigkeiten verbunden ist, einen ständigen Druck, „erfolgreich“ zu entscheiden, d. h. im voraus zu berechnen, ob das Urteil tatsächlich durchführbar ist, ob die Parteien und alle mittelbar Betroffenen es akzeptieren, so daß nicht nur Rechtsmittel und Zwangsvollstreckung, sondern möglichst auch neue Konflikte vermieden werden<sup>10</sup>. Diese Tendenz zu akzeptablen Entscheidungen kann durch wissenschaftliche Beratung nachhaltig gestützt und gefördert werden. Zu eigenen Wertungen legitimiert sind Richter daher als Spezialisten für die Lösung begrenzter sozialer Konflikte. Die Frage ist natürlich, ob das Vertrauen in die wissenschaftliche Arbeitsweise der Richter begründet ist, das durch die Konstruktion des Rechtsstaats ebenso wie vom Selbstverständnis der Juristen gefordert wird.

Zweifel daran äußern sich vor allem in der Kritik der juristischen Ausbildung, deren Schwerpunkt in den letzten Jahren zu Recht bei der Forderung nach Vertiefung der psychologischen und soziologischen Kenntnisse und Fähigkeiten lag. Diese Kritik weist einen besseren Weg, um empirischen Werthaltungen zu juristischer Relevanz zu verhelfen als der Ruf nach Hilfe der Demoskopen bei der Bestimmung der „guten Sitten“. Allerdings wäre die Hoffnung trügerisch, durch stärkere Berücksichtigung der Soziologie in der juristischen Ausbildung den künftigen Juristen zu einem echten „Durchschnittsmenschen“ heranzubilden, der die Werthaltungen der Bevölkerung kennt oder gar teilt und auf dieser Basis zu einer vorurteilsfreien Entscheidung findet. Alle Soziologie bleibt eklektizistisch. Sie vermittelt immer nur ein bruchstückhaftes Bild von der Realität. Es ist daher nicht weniger gefährlich, einen exakt erforschten Ausschnitt für das Ganze zu nehmen, als das

<sup>10</sup> Vgl. Rüdiger Lautmann, Rolle und Entscheidung des Richters, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), S. 381 ff., 399.

Ganze mit naiver Lebenserfahrung zu betrachten. In einer pluralistischen Gesellschaft ist es ausgeschlossen, daß einzelne Menschen mit ihrem Wertkosmos die Gesamtheit gültig repräsentieren. Soziologie kann nicht mehr leisten, als den Juristen mit den Werthaltungen der Gesellschaft zu konfrontieren und ihn gegenüber seinen eigenen Attitüden kritisch zu stimmen.

In richterlichen Entscheidungen verbleibt daher unvermeidlich so viel an Subjektivität, daß auch Gerichte nicht völlig ohne demokratische Legitimation auskommen. Diese ist auch durch die neuen Formen der Richterwahl nur unzureichend gewährleistet<sup>11</sup>. Sie kann aber mittelbar durch Kritik so weit verstärkt werden, daß Eigenwertungen anstelle einer direkten Bindung an die Durchschnittswertung nicht als undemokratisch verworfen zu werden brauchen.

In einer Zeit, in der die Ausgangssituation immer komplexer und die verfügbaren Lösungstechniken immer zahlreicher werden, erhält das demokratische Element immer stärker seine Funktion in der Kritik der Entscheidungen und Vorschläge, die von den dazu eingesetzten Fachleuten ausgearbeitet werden. Richterliche Urteile setzen Fachkenntnisse und ein rationales Problemlösungsverhalten voraus, wie es auch einem politisch bewußten und aufgeklärten Laien nicht zur Verfügung steht. Eine gründliche Analyse des Problems durch den Richter vorausgesetzt, erweist sich das richterliche dem Laienurteil als überlegen. Eine sinnvolle Urteilskritik ist dagegen auch dem Laien möglich.

Schon um die fachmännische Urteilskritik ist es bei uns nicht gut bestellt<sup>12</sup>. Was aber völlig im Argen liegt, ist die öffentliche Gerichtskritik. Daran sind nicht zuletzt die Juristen selbst schuld, weil sie solche Kritik lange als inkompetente Einmischung abgewehrt haben. Erst sehr allmählich baut die Öffentlichkeit ein kritisches Bewußtsein gegenüber dem Urteilsverhalten der Justiz auf. Gleichzeitig beginnt die bisherige Kritikempfindlichkeit der Richter abzunehmen. Die Richter fangen an, sich die Kritik geradezu zu wünschen<sup>13</sup>, weil sie spüren, daß nur solche Rückmeldung ihnen zu einer Rechtsprechung verhelfen kann, die auch akzeptiert wird. Wäre eine öffentliche Urteilskritik erst vorhanden, so brauchte man sich um ihre Wirksamkeit keine Sorgen zu machen. Denn wenn nicht aus edleren Motiven, so werden die Richter doch mindestens aus Sorge um ihren sozialen Status für Kritik emp-

<sup>11</sup> Optimistischer aber jetzt *Säcker*, aaO. (wie § 32 Anm. 17).

<sup>12</sup> Einen Neubeginn verspricht *Hans Hattenbauer*, *Die Kritik des Zivilurteils*, Frankfurt 1970.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. *Hans G. Joachim*, *Kritik und Selbstkritik der Richter*, *Kritische Justiz* 1 (1968), S. 22, 27 f. Allerdings hat eine Befragung ergeben, daß noch immer  $\frac{2}{3}$  der Richter meinen, Pressekritik könne die ordnungsmäßige Rechtspflege stören (*Wolfram Zitscher*, *Die Beziehungen zwischen der Presse und dem deutschen Strafrichter*, Kiel 1968, S. 77); auf Kritikfurcht der Richter deuten auch die Beobachtungen von *Rüdiger Lautmann* (*Justiz – die stille Gewalt*, Frankfurt 1972, S. 189 ff.).

fänglich sein. Darüber hinaus könnte die Gesetzgebung die richterlichen Entscheidungen im Sinne einer nachhaltigen Kritik lenken.

Das Bedürfnis nach empirischer Wertforschung zeigt sich vor allem bei den Generalklauseln des materiellen Rechts, die vielfach zum Ausgangspunkt wichtiger Leitentscheidungen der Gerichte geworden sind. Es liegt, hier sei die Metapher gestattet, in der Natur der Sache, daß solche Entscheidungen im Mittelpunkt der Kritik stehen. Bei näherer Analyse zeigt sich, daß die Kritik in aller Regel mit der Feststellung einsetzt, das Gericht habe in seinem Urteil die in den beteiligten Kreisen tatsächlich befolgten Regeln des Handelns nicht beachtet oder die dort feststellbaren Wertvorstellungen ignoriert. Dabei übersehen die Kritiker gewöhnlich keineswegs, daß die tatsächlich verbreiteten Wertvorstellungen die Gerichte nicht unmittelbar binden können, sondern dem richterlichen Prüfungsrecht ausgesetzt sind. Die Kritiker verkennen nur, daß der von ihnen gerügte Mangel nicht immer einem den Richtern angeborenen Hang zum Moralisieren entspringt, sondern einem echten Dilemma: Aus eigener Erfahrung kann sich ein Richter kaum ein zutreffendes Bild von den Wertvorstellungen der Allgemeinheit machen. Auf den Beweis solcher Anschauungen durch empirische Sozialforschung ist der Prozeß aber nicht eingerichtet. Der ganze Aufwand, mit dem eine forschungsmäßige Feststellung der im Publikum vorhandenen Wertüberzeugungen verbunden wäre, ist für den einzelnen Prozeß in aller Regel unangemessen und unpraktikabel. Er scheint um so weniger gerechtfertigt, als alle Objektivität empirischer Forschung bei der Umsetzung ihrer Ergebnisse in das richterliche Werturteil verlorengeht, da eine exakte Regel für die Ableitung dieses Werturteils aus den Ergebnissen empirischer Wertforschung fehlt. Da schließlich auch die Kritiker gewöhnlich keine empirische Wertforschung betreiben, sondern gleichfalls nur mehr oder weniger subjektive Vorstellungen über die gesellschaftlich vorhandenen Wertvorstellungen mitbringen, nimmt es nicht wunder, wenn sie der Rechtsprechung immer wieder mangelnde Rücksicht auf die tatsächlich verbreiteten Anschauungen vorhalten.

Gibt es einen Ausweg aus diesem Dilemma? Man wird den Gerichten jedenfalls nicht anraten können, in allen in Betracht kommenden Fällen zunächst Meinungsumfragen zu veranstalten. Ein solcher Aufwand wäre im Interesse der betroffenen Parteien nicht zu verantworten. Allenfalls die Obergerichte könnten in geeigneten Fällen von ganz besonderer Bedeutung doch einmal einen soziologischen Sachverständigen mit einer Untersuchung beauftragen. Für den Normalfall muß es aber dabei bleiben, daß die Richter die Kenntnis der allgemein verbreiteten Wertanschauungen ihrer Lebens- und Berufserfahrung entnehmen. Es ist nur zu fordern, daß die Entscheidungsgründe eine klare Trennung der faktischen und der normativen Komponente erkennen lassen. Zu diesem Zweck sollte in jedem Falle ausdrücklich festgestellt werden, welche Anschauungen oder Sitten der Richter als herrschend zugrundelegt, bevor er sich entscheidet, ob diese rechtliche Anerkennung ver-

dienen. Damit dürfte allein schon im Ergebnis eine bessere Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit in der richterlichen Entscheidung gewährleistet sein. Denn wenn der Richter gehalten ist, sich seine Entscheidungsgrundlagen bewußt zu machen und sie in den Entscheidungsgründen mitzuteilen, wird er seine eigene Vorstellung von der sozialen Wirklichkeit selbstkritisch überprüfen und der sozialen Wirklichkeit zugleich mehr Gewicht bei seinem Werturteil geben. Dadurch gewinnt aber auch die Urteilkritik eine bessere Grundlage, weil sie angeben muß, ob sie das Wirklichkeitsbild des Richters oder sein Werturteil bekämpfen will. Hält sie das Wirklichkeitsbild des Richters für verfehlt, so mag nun die Urteilkritik dieses Bild durch Sozialforschung korrigieren, ohne die Parteien des Rechtsstreits zu belasten. Damit erfüllt sie die kritische Funktion der Rechtssoziologie.