Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

Band 24

Die Realität der Rechtsnorm

Eine empirische Studie

Von

Dr. Ewald Kininger

Duncker & Humblot · Berlin

EWALD KININGER

Die Realität der Rechtsnorm

Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

Herausgegeben von Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder

Band 24

Die Realität der Rechtsnorm

Eine empirische Studie

Von

Dr. Ewald Kininger

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 02571 7

Vorwort des Herausgebers

Schon allein der Umstand, daß ein Fachsoziologe wie *Emerich K. Francis,* Inhaber des Lehrstuhls für Soziologie an der Universität München, einen in voller Berufspraxis „mit der Lebendigkeit des Rechts konfrontierten" (S. 25) Rechtsanwalt dazu anregt, *die Rechtsnorm und ihre Wirklichkeit* zum Gegenstand einer rechtssoziologischen Untersuchung zu machen, ist Grund genug, der aus dieser empirischen Untersuchung erwachsenen Studie besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Scheitert doch der Versuch eines wissenschaftlich fruchtbaren Gesprächs zwischen Soziologen und Juristen sehr oft an der wechselseitigen Verständnislosigkeit gegenüber der Fachproblematik des anderen Gesprächspartners, ganz abgesehen von den meist mangelnden oder mangelhaften Rechtskenntnissen des Soziologen und den meist mangelnden oder mangelhaften gesellschaftswissenschaftlichen Kenntnissen des Juristen. Da zudem das Problem der *Norm* sowohl für den Soziologen als auch für den Juristen — wenn auch jeweils unter verschiedenen Gesichtspunkten — eines der Kernprobleme ihres Faches bildet, erweist sich die Behandlung des Spannungs- oder Schwebezustands, der zwischen der Rechtsnorm und ihrer Verwirklichung besteht, als besonders fruchtbar, wenn ein soziologisch ausgebildeter Jurist auf Grund empirischer Daten die Wirklichkeit der sprachlich formulierten Rechtsnorm („Wortnorm" oder „Buchstabennorm") daran mißt, inwieweit eine letztinstanzliche Entscheidung des Rechtsstabs normadäquat oder norminadäquat ist.

Ob eine derartige Entscheidung in einer Rechtssache „gerecht" oder „ungerecht" im Sinne der Rechtsethik, „richtig" oder „falsch" im Sinne der Rechtsdogmatik, „sachgemäß" oder „unsachgemäß" im Sinne der

Rechtspolitik ist: diese Fragen sind vom Gesichtspunkt eines Soziologen insofern gleichgültig, als er lediglich untersuchen will, inwieweit der Wortnorm in der Wirklichkeit des Rechtslebens Genüge geschieht und welche Faktoren hierbei kausal notwendig und erheblich sind oder sein können.

Die Studie ist keine „Gesetzbuchbetrachtung" (S. 88), demnach auch keine zur Rechtsvergleichung einladende Darstellung eines Teilgebiets des heute geltenden österreichischen Rechts, obwohl der Verfasser in einer didaktisch hervorragenden Auswahl und Zusammenstellung 14 praktische Fälle (davon 5 aus dem Zivilrecht, 5 aus dem Strafrecht, 4 aus dem Verwaltungsrecht) auf der Grundlage seines heimischen, eben des österreichischen Rechts nach ihrem faktischen Ablauf durch die verschiedenen Instanzen verfolgt und analysiert. Für zwei Fälle wird im Anhang sogar der gesamte Akteninhalt reproduziert, um dem juristisch unerfahrenen Leser die Gelegenheit zur unmittelbaren Anschauung dafür zu geben, wie es im Rechtsgang schließlich zu einer konkreten letztinstanzlichen Entscheidung kommt. Der im deutschen Recht heimische Jurist stoße sich nicht an der von der deutschen abweichenden Rechtsterminologie und einigen vom deutschen Prozeßrecht verschiedenen Bestimmungen! Die ermittelten Ergebnisse der soziologischen Analyse wären unter Zugrundelegung des deutschen Rechts keine anderen.

Nicht nur um dieser Ergebnisse willen, sondern vor allem auch wegen des methodischen Wegs zu ihnen und wegen der Begründungen und Folgerungen sei diese rechtssoziologische Studie nicht nur Juristen und Soziologen, sondern auch allen denen zur Lektüre empfohlen, welche den Rechtsgang für einen mehr oder weniger gut arbeitenden Automaten mit annähernder Voraussehbarkeit des Ergebnisses, für einen allein vom „falschen" Bewußtsein gesteuerten und nur durch Ideologie verbrämten Unterdrückungsapparat zu Gunsten des „Establishment" oder für eine mehr oder weniger sichere Verbürgung von Gerechtigkeit

oder Rechtssicherheit halten. Der Abschnitt über „Transparenz", d. h. über das „im vorhinein"-Erkennen *aller* für den Ausgang eines Rechtsstreits relevanten Momente (S. 180 ff.), ist in seiner nüchternen Klarheit auch für theoretisierende Soziologen und Juristen eine Warnung.

Ernst E. Hirsch

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Soziologie und Recht 13

1. Die Bedeutung des Normativen in der Soziologie 14
2. Die rechtssoziologische Betrachtungsweise 21
3. Was ist Recht? 29
4. Die Aufgabe der Rechtssoziologie 40
5. Die Lücke 42
6. Die Methode 49

§ 2 Eine empirische Studie über die Realität der Rechtsnorm 55

Vorbemerkungen 55

1. Zivilrechtsfälle 60
   a) Rechtsfall 1: Der Schadenersatzanspruch 60
   b) Rechtsfall 2: Die Besitzstörung 65
   c) Rechtsfall 3: Die Räumungsklage 70
   d) Rechtsfall 4: Die irrtümliche Zahlung 74
   e) Rechtsfall 5: Der Herausgabeanspruch 80
   f) Zusammenfassende Betrachtung der Zivilrechtsfälle 88
2. Strafrechtsfälle 100
   a) Rechtsfall 6: Trunkenheit am Steuer 100
   b) Rechtsfall 7: Die Körperverletzung 107
   c) Rechtsfall 8: Die Haftung des Bauführers 113
   d) Rechtsfall 9: Der Gewohnheitsdiebstahl 118
   e) Rechtsfall 10: Die Brandlegung 122
   f) Zusammenfassende Betrachtung der Strafrechtsfälle 128
3. Verwaltungsrechtsfälle 133
   a) Rechtsfälle 11—13: Namensänderungen 133
   b) Rechtsfall 14: Die Tankstellenkonzession 139
   c) Zusammenfassende Betrachtung der Verwaltungsrechtsfälle 146
4. Ergebnis der Studie 152

§ 3 Rechtsideologie und Rechtswirklichkeit 168

1. Rechtsnorm als Buchstabe 169
2. Rechtsnorm als Wirklichkeit 171
3. Rechtsnorm als Ideologie 172
4. Kenntnis der Rechtsnorm 173
5. Der Weg zum Rechtsstab 175
6. Rechtsnorm und Macht 176
7. Die Voraussehbarkeit 178
8. Transparenz 180
   a) Transparenz und Erfassung des Tatbestandes 180
   b) Transparenz und Erfassung der Rechtsnorm 182
   c) Transparenz und Verhalten des Gegners 183
   d) Transparenz und Beweisbeschluß 185
   e) Transparenz und Beweisaufnahme 186
   f) Transparenz und Beweisergebnis 187
   g) Transparenz und Sachverhaltsdarstellung durch den Rechtsstab .. 188
   h) Transparenz und rechtliche Beurteilung durch den Rechtsstab 190
   i) Transparenz und das Wechselspiel der Rechtsmittel 192
9. Ideologie und Wirklichkeit 194
10. Rechtssicherheit — eine neue Ideologie? 196
11. Die Realität der Rechtsnorm und ihre Ordnungsfunktion 199

§ 4 Die soziale Norm und normatives Ordnungssystem 203

Anhang 211

Literaturverzeichnis 225

Abkürzungen

Gesetze

ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AVG	=	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
EKHG	=	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
GewO	=	Gewerbeordnung
MietG	=	Mietengesetz
StG	=	Strafgesetz
StPO	=	Strafprozeßordnung
StVO	=	Straßenverkehrsordnung
WWG	=	Wohnhauswiederaufbaugesetz
ZPO	=	Zivilprozeßordnung

Gerichte

BG	=	Bezirksgericht
LG	=	Landesgericht
OLG	=	Oberlandesgericht
OGH	=	Oberster Gerichtshof

Laws will not enforce themselves.
Roscoe Pound[1]

§ 1 Soziologie und Recht

Die Soziologie ist eine junge Wissenschaft, deren Anfang in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts liegt[2]. Gleichwohl übt sie bereits jetzt einen großen Einfluß auf andere Wissensgebiete aus. Ihre Bedeutung nimmt immer mehr zu. Ihre Fragestellungen greifen tief in andere Wissenszweige ein und zeigen Probleme auf, die bisher nicht erkannt waren.

Auch die Rechtswissenschaft wurde mit der Soziologie konfrontiert. Der Aufprall soziologischen Denkens auf diese konservativste Wissenschaft war besonders hart. Ist doch Soziologie aus rechtsfeindlicher Haltung entstanden[3] und war das Verhältnis zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft vor allem in der ersten Zeit ein denkbar ungünstiges.

Von einer Rechtssoziologie kann man erst seit der Jahrhundertwende sprechen. Es handelt sich um eine neue, vielfach selbst unter Juristen noch unbekannte, zumindest kaum bekannte Spezialwissenschaft.

Das Wirken der Soziologen auf rechtlichem Gebiet ist bei Juristen auf Widerstand gestoßen. Insbesondere wegen der unzureichenden

---

[1] *Roscoe Pound*, Social Control through Law, 1968, S. 61.

[2] Als die Begründer der Soziologie werden *Henri de Saint-Simon* und *Auguste Comte* angesehen (z. B. von *Emerich K. Francis*, Soziologie, in Staatslexikon, Recht-Wirtschaft-Gesellschaft, 1962, S. 415, und *Henri Levy-Bruhl*, Sociologie du Droit, 1967, S. 93).

Theodor Geiger sieht den Beginn der Soziologie als Erfahrungswissenschaft im vorigen Jahrhundert (Theodor Geiger, Arbeiten zur Soziologie, Methode — Moderne Großgesellschaft — Rechtssoziologie, Ideologiekritik, 1962, S. 49; ähnlich *René König*, Geschichts- und Sozialphilosophie, in *René König*, Soziologie, 1967, S. 100), während *Helmut Schelsky* als Entstehungsmoment die „Fachautonomisierung" hervorhebt (Ortsbestimmung der deutschen Soziologie, 1967, S. 14). Auch nach *Talcott Parsons* könne vor dem 19. Jahrhundert nicht von einer eigentlichen Soziologie gesprochen werden; vorher sei das soziologische Element in einer allgemeinen Theorie des Verhaltens in der Erscheinung des Utilitarismus verschmolzen gewesen (*Talcott Parsons*, An Outline of the Social System, in Parsons/Shils/Naegele/Pitts, Theories of Society, 1965, S. 35). Näheres über die Entstehung der Soziologie siehe *Heinz Maus*, Geschichte der Soziologie, in Ziegenfuß, Handbuch der Soziologie, 1956, S. 1—120.

[3] *Nicholas S. Timasheff*, An Introduction to the Sociology of Law, 1939, S. 309.

Rechtskenntnisse der Soziologen haben die juristischen Theoretiker und Praktiker diese Arbeiten negativ beurteilt und zurückgewiesen.

So sagt der führende deutsche Rechtssoziologe, *Ernst E. Hirsch,* es sei „dem Juristen mit soziologischen Modellanalysen nicht gedient, in denen ‚das Rechtliche' mit der Formel ‚ceteris paribus' aus dem Modell ausgeklammert wird. Die Ursachen dieser Einstellung dürften darin zu suchen sein, daß viele Soziologen mangels juristischer Grundkenntnisse sich weigern, das Normative als Faktizität anzuerkennen"[4].

Es ist bedenklich, wenn sich Soziologen im Bereich des Rechts berufen fühlen, das Entscheidende zu sagen. „Es wird (nämlich) der spezifische Einstieg des Soziologen durch eine *Distanz* zum Recht, um nicht zu sagen durch seine Rechtsfremdheit bestimmt. Er sieht das Recht von außen, ohne den Nöten der Rechtspraxis ausgesetzt zu sein[5]." So ist es für die soziologische Forschung sowie für die Rechtswissenschaft vorteilhaft, wenn in einem soziologischen Nachschlagewerk die rechtlichen Themen von Rechtssoziologen verfaßt werden, wie es fast zur Gänze in dem von Bernsdorf herausgegebenen „Wörterbuch der Soziologie"[6] der Fall ist.

1. Die Bedeutung des Normativen in der Soziologie

Das Normative spielt in der Soziologie eine bedeutende Rolle. Ich will vor allem auf zwei bekannte amerikanische Soziologen hinweisen, in deren Sozialsystemen die Norm als wesentliches Element eingebaut wurde.

George C. Homans sieht in der Norm neben der Aktivität, der Interaktion und der Empfindung eine analytische Komponente des Gruppenverhaltens[7]. Das Problem Normeinhaltung (Konformität) und

[4] *Ernst E. Hirsch,* Rechtssoziologie heute, in Hirsch/Rehbinder, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, 1967, S. 21.

[5] Ebd., S. 29 f. Zu *Ralf Dahrendorfs* Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten — Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht (in Heinz Dietrich Ortlieb, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 1960, S. 160—275) sagt *Hirsch* (ebd. S. 23): „Bei diesen Arbeiten handelt es sich im Grunde genommen um berufssoziologische Fragestellungen ..., während die rechtssoziologisch wesentliche Fragestellung ... nur am Rande gestreift und mangels ausreichender Kenntnis der Fakten des Rechtswesens wissenschaftlich unergiebig behandelt wird." So bemerkenswert die vom Maihofer-Schüler *Peter Frey* verfaßte Schrift „Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie" (Saarbrücken, 1962) ist, muß doch bemängelt werden, daß Frey in dieser *Dahrendorf* einen Rechtssoziologen nennt (S. 53), ihm auf dem Gebiet der Rechtssoziologie eine zentrale Bedeutung beimißt und auf dessen Ausführungen seine rechtssoziologischen Auffassungen aufbaut.

[6] *Wilhelm Bernsdorf,* Wörterbuch der Soziologie, 1969.

[7] *George Caspar Homans,* Theorie der sozialen Gruppe, 1968, S. 294.

Normverletzung (Nonkonformität)[8] durchzieht das Werk *Homans* wie ein roter Faden. Er nennt den „Prozeß, durch den das Verhalten eines Menschen, der von seinem bestehenden Ausmaß einer Norm abweicht, wieder auf dieses Maß zurückgebracht wird", soziale Kontrolle[9]. Die Situation, in der die Kontrolle wirksam ist, ist der Zustand des Gleichgewichts[10]. „Der Bruch einer Norm setzt Kontrollen in Gang, die — wenn sich die Gruppe im Gleichgewicht befindet — nicht nur die Tendenz haben, den Verletzer zur Einhaltung der Norm zurückzubringen, sondern auch im Bewußtsein der anderen Gruppenangehörigen die Norm lebendig zu erhalten. Der Verletzer wird gezüchtigt und die Norm behauptet. Soweit Normen ein Element des Gruppengleichgewichts sind, wie wir es geltend gemacht haben, tendiert die soziale Kontrolle auf diese weitere Weise, die Gruppe zu dem Punkt zurückzubringen, von welchem sie die Normübertretung entfernt hat... Einige kleine Abweichungen von den Gruppennormen der Erhaltung eines gegebenen Gleichgewichtes mehr nützen als schaden. Vergehen — allerdings nicht zu viele — sind erforderlich, um die Kontrollen im guten Arbeitszustand zu halten. Denn eine Kontrolle ist unwirksam, wenn sie nicht auf die Probe gestellt wird[11, 12]."

Das für die Soziologie bahnbrechende Werk von *Homans* ist zweifellos für den Juristen interessant und anregend. So großartig auch ihm die von *Homans* entworfene Schau erscheinen mag, muß der Jurist doch ernstliche Bedenken einwenden. Die Norm, mit der sich *Homans* befaßt, ist in erster Linie die Regel, die das Verhalten des einzelnen in der kleinen Gruppe ordnet und vor allem auf das informelle Verhalten einwirkt[13]. Zwar befaßt sich *Homans* ebenso mit der erweiterten, auch das Recht umfassenden Norm, insbesondere wenn er das formelle Verhalten untersucht und wenn er die Ergebnisse, die er bei den Untersuchungen der Kleingruppe gewonnen hat, auf die Gesellschaft übertragen will. Dazu wäre aber eine klare Abgrenzung zwischen recht-

[8] Über Konformität und Nonkonformität siehe insbesondere ebd., S. 271 bis 298, sowie *George C. Homans,* Elementarformen sozialen Verhaltens, 1968, 288—308, 322—326.

[9] *Homans,* (Anm. 7), S. 286; siehe auch S. 271 und 288.

[10] Siehe ebd., S. 287 ff., 297.

[11] Ebd., S. 295 f.

[12] Da wir uns im folgenden mit dem Werk *Talcott Parsons,* dem Hauptvertreter der strukturell-funktionalen Theorie, auseinandersetzen, ist es angebracht zu bemerken, daß *Homans* die Eigenständigkeit gegenüber dieser Schule betonte (siehe *Homans,* Soziales Verhalten als Austausch in *Heinz Hartmann,* Moderne amerikanische Soziologie, 1967, S. 178). In den neueren Arbeiten *Homans'* tritt die Möglichkeit kalkülhafter Selbststeuerung und bewußter Ausbildung zweckhafter Normen wieder mehr in den Vordergrund (siehe *Heinz Hartmann,* ebd., S. 172).

[13] *Homans* wählt hierfür die Ausdrücke „elementares soziales Verhalten" oder „subinstitutionelles Verhalten" (*Homans,* Elementarformen sozialen Verhaltens, S. 5).