

Schriften zur Rechtslehre

Heft 24

Die Rechtsfiguren einer
„Normativität des Faktischen“

Untersuchungen zum Verhältnis von Norm und Faktum
und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane

Von

Dr. Klaus Grimmer



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

KLAUS GRIMMER

Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen“

Schriften zur Rechtslehre

Heft 24

Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen“

Untersuchungen zum Verhältnis von Norm und Faktum
und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane

Von

Dr. Klaus Grimmer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 02376 5

Vorwort

Das Anliegen dieser Arbeit ist die kritische Diskussion von Gehalt und Funktion der Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen“, welche dem Juristen häufig zur Erklärung der Rechtsgeltung und zur Rechtfertigung der Rechtsfortbildung durch die Gerichte und als Entscheidungskriterien in gesetzlich nicht hinreichend geregelten Situationen dienen, d. h. in Konfliktsituationen menschlichen Handelns, für welche ein Gesetz nicht unmittelbar eine Entscheidung gibt. Die Diskussion dieser Rechtsfiguren wird in der Auseinandersetzung mit dem ihnen zugrunde liegenden Wissenschaftsverständnis und in der Analyse der logischen Struktur von Norm und Faktum sowie der Bedingungen effektiver Rechtsnormsetzungen entfaltet. Die sich anbietenden Folgerungen für das Verständnis der sozialen Funktion von Rechtsnormen und der verfassungsmäßigen Funktion des Rechtsgestaltungsapparates in gesetzlich nicht hinreichend geregelten Situationen werden aufgezeigt, sie wollen als ein Beitrag zur Lehre von der Rechtsetzungskompetenz und der Gewaltenteilung verstanden werden. Der Begriff Rechtsgestaltungsapparat dient hier zur zusammenfassenden Bezeichnung für die Organe der Rechtsanwendung, die Gerichte und die Exekutive, Verwaltungsbehörden, und damit zur Unterscheidung gegenüber den Rechtsetzungsinstitutionen und Gesetzgebungsorganen.

Das Thema unserer Untersuchung hat sich als so umfassend und vielschichtig erwiesen, daß Begrenzungen notwendig waren, welche nicht immer befriedigen können. Der Mangel an einschlägigen rechtswissenschaftlichen Vorarbeiten ließ es geboten erscheinen, auf entsprechende Überlegungen und Untersuchungen in anderen sozialwissenschaftlichen Disziplinen zu verweisen. Im Hinblick auf die nahezu unübersehbare Fülle sozialwissenschaftlichen Schrifttums wurden in der Literaturlauswahl Kompromisse vorgenommen, mußte auf eine Wiedergabe des Standes wissenschaftlicher Diskussion zu jedem einzelnen angesprochenen Problem verzichtet werden.

Versucht man den Standort der Abhandlung zu kennzeichnen, so hat diese ihre Grundlage in Arbeiten von Martin Drath zur Staats- und Rechtstheorie und von Gerhard Weisser zur normativen Sozialwissenschaft. Der Verfasser ist diesen, insbesondere aber Martin Drath, für viele Gespräche, Anregungen und manchen fördernden Zuspruch zu

Dank verpflichtet. Herrn Dietrich Schultz hat er für kritische Anregungen zu danken. Die Arbeit lag der Kultur- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Technischen Hochschule Darmstadt als Dissertation vor.

Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann verdanke ich die freundliche Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zur Rechtstheorie“.

Darmstadt, im März 1970

Klaus Grimmer

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Bedeutung und Funktion der Rechtsfiguren von der „Normativität des Faktischen“ 11

- § 1 Funktion der Rechtsfiguren 11
- § 2 Die „normative Kraft des Faktischen“ in der Lehre Georg Jellineks
und seiner Nachfolger 12
- § 3 Die Lehre von der Sachgesetzlichkeit und den rechtswissenschaftlichen
Interdependenztheorien als Formen der Lehre von der „normativen
Kraft des Faktischen“ 15
- § 4 Die Anerkennung einer „normativen Kraft des Faktischen“ in der
Rechtsprechung. Verfassungswirklichkeit als Rechtsquelle 17
- § 5 Die Lehre von der „Natur der Sache“, den sachlogischen Strukturen
und der Sachgerechtigkeit 20
- § 6 Inhalt und Funktion der Rechtsfigur von der „Natur der Sache“ in
der Rechtsprechung 24
- § 7 Problematik der Rechtsfiguren von der „Normativität des Fak-
tischen“ und ihrer Begründung 25

Zweites Kapitel

Methodologische Gründung und Rechtfertigung von Aussagen über eine „Normativität des Faktischen“ 29

- § 8 Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft 29
- § 9 Begründung und Rechtfertigung von rechtswissenschaftlichen Er-
kenntnissen 30
- § 10 Sein und Sollen — Werturteil und Tatsachenurteil 39
- § 11 Rechtswissenschaft als explikative und als normative Wissenschaft 46

Drittes Kapitel

Zur Logik von Norm und Fakten 49

- § 12 Abgrenzung des Begriffes Norm 49
- § 13 Fakten als Bedingungen effektiver Normsetzung 52

§ 14 Voraussetzungen für die Gewinnung von Rechtsnormen als abgeleitete Entscheidungen in gesetzlich nicht hinreichend geregelten Situationen	62
---	----

Viertes Kapitel

Die Relevanz von Fakten für effektive Rechtsnormen	70
§ 15 Bedingungen der Normzielsetzung	72
§ 16 Bedingungen der Normstatuierung	76
§ 17 Bedingungen der Effektivität von Rechtsnormen	80
I. Psychologische und soziologische Faktoren S. 81 — II. Organisation der Gesetzesanwendung S. 95 — III. Zusammenfassung S. 96	
§ 18 Bedingungen der Gesetzesnormqualität	99
I. Organisationsbedingungen des Gesetzgebungsverfahrens S. 100 — II. Bedingungen der Verfassungskompatibilität S. 105	

Fünftes Kapitel

Die Funktion von Rechtsnormen und die Entscheidung in gesetzlich nicht hinreichend geregelten Situationen durch den Rechtsgestaltungsapparat	113
§ 19 Funktion und Gehalt von Gesetzen und das Grundgesetz	114
I. Zur Funktion von Rechtsnormen S. 114 — II. Gesetz und Grundgesetz S. 119 — III. Exkurs zur Gültigkeit, Geltung und Verbindlichkeit von Rechtsnormen S. 123	
§ 20 Gesetzlich nicht hinreichend geregelte Situationen und die Funktion der Gerichte und der Verwaltung	125
I. Bedingungen und Formen gesetzlich nicht hinreichend geregelter Situationen S. 125 — II. Zur Funktion der rechtsprechenden Gewalt und der vollziehenden Gewalt S. 128	
§ 21 Gestaltungskriterien für die Organe der Rechtsprechung in gesetzlich nicht hinreichend geregelten Situationen	132

Literaturverzeichnis	148
-----------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

Arch.f.ö.u.fr.U.	= Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen
A.f.Ph.	= Archiv für Philosophie
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGHZE	= Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfGE	= Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichtes
BVerwGE	= Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichtes
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
H.J.f.W.u.G.	= Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik
H.d.Ps.	= Handbuch der Psychologie
H.d.S.	= Handbuch der Soziologie
H.d.S.W.	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
J.f.S.	= Jahrbuch für Sozialwissenschaften
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
K.Z.f.S.u.Sp.	= Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Mttbl.	= Mitteilungsblätter des Instituts für Gesellschaftspolitik und beratende Sozialwissenschaft, Göttingen—Köln
Ö.Z.f.öff.R.	= Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
Phil. Rdsch.	= Philosophische Rundschau
RAG, ARS	= Arbeitsrechtliche Sammlung, Reichsarbeitsgericht
St.G.	= Studium Generale
VVdStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
Z.f.öff.R.	= Zeitschrift für öffentliches Recht
Z.f.ph.F.	= Zeitschrift für philosophische Forschung

Abgekürzte Literaturangaben ohne Vermerk des Erscheinungsortes betreffen Veröffentlichungen in Sammelbänden, sie sind im Literaturverzeichnis vollständig zitiert.

Erstes Kapitel

Bedeutung und Funktion der Rechtsfiguren von der „Normativität des Faktischen“

§ 1 Funktion der Rechtsfiguren

Normen und Fakten stehen sich in der Auswirkung des Rechtspositivismus und der axiomatischen Wertungsjurisprudenz in Rechtstheorie und Rechtspraxis häufig unreflektiert und unvermittelt gegenüber¹, Normen im allgemeinen Sinne von Rechtsgeboten oder -verboten, Fakten im Sinne sozialer Prozesse, Gebilde und ihrer Strukturen, aber auch Naturtatsachen, verstanden. Die herkömmliche Rechtswissenschaft beschränkt sich nach dem vorherrschenden Selbstverständnis ihrer Vertreter auf Logik und Interpretation der Rechtsnormen und deren dogmatische Systematisierung². Überschreitungen dienen vor allem de lege ferenda der Auffindung und Darstellung von Rechtsprinzipien und Gerechtigkeitswerten³.

Das Bemühen, Rechtswissenschaft — mehr oder weniger konsequent in der Durchführung — als reine Rechtslehre zu betreiben⁴, läßt die Frage offen nach der Geltung von Normen, dem Zustandekommen ihres Inhaltes und nach Handlungskriterien für den Rechtsgestaltungsapparat⁵ in gesetzlich nicht genügend geregelten Situationen, verstanden

¹ Vgl. hierzu neuerdings *R. Lange*, Konstanz und die Rechtswissenschaft, in: JZ 1965, S. 737 ff. und ders. nochmals: Konstanz und die Rechtswissenschaft, in: JZ 1966, S. 344 ff. sowie *L. Raiser*, Die Rechtswissenschaften im Gründungsplan für Konstanz, in: JZ 1966, S. 96 ff.

² Vgl. *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin usw. 1969, S. 126 ff.; *R. Schreiber*, Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin usw. 1966; kritisch hierzu Verf., in: Die Mitarbeit, 1968, S. 280 ff.

³ Vgl. beispielsweise die Beiträge in den Sammelbänden *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, hrsg. von W. Maihofer, Darmstadt, 1962, *Die ontologische Begründung des Rechts*, hrsg. von A. Kaufmann, Darmstadt 1965, *J. Esser*, Grundsatz und Norm, Tübingen 1956, *R. Zippelius*, Das Wesen des Rechts, 2. Aufl., München 1969, S. 68 ff.

⁴ So *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, ders., Was ist juristischer Positivismus, in: JZ 1965, S. 465 ff.

⁵ Der Begriff Rechtsgestaltungsapparat dient zur zusammenfassenden Bezeichnung für die Organe der Rechtsanwendung, die Gerichte und die Exekutive, Verwaltungsbehörden und damit zur Unterscheidung gegenüber den Rechtsetzungsinstitutionen und -organen.

als Konfliktsituationen menschlichen Handelns, für welche ein Gesetz nicht unmittelbar eine Entscheidung gibt⁶. Eine Antwort auf diese Fragen wird häufig mit den dogmatisierten Rechtsfiguren von der „normativen Kraft des Faktischen“ und der „Natur der Sache“, den „sachlogischen Strukturen“ — kurz: mit den Rechtsfiguren der „Normativität des Faktischen“ versucht. Es ist jedoch dabei nicht so, daß der „Normativität des Faktischen“ eine und nur eine Bedeutung von Faktischem für die Norm-Geltung, den Norm-Inhalt und die Norm-Gewinnung oder -Konkretisierung zugeordnet wird. Dies zeigt sich bereits in der so unterschiedlichen Ausgestaltung dieser Rechtsfiguren. Der Satz von der „normativen Kraft des Faktischen“ dient zur Erklärung der Rechtsgeltung und ihrer Rechtfertigung, „Natur der Sache“, „Sachlogik“, „Sachgerechtigkeit“ oder „Sachgesetzlichkeit“ werden als Kriterien zur Bestimmung des angeblich gebotenen konkreten Inhaltes eines Gesetzes oder einer Einzelnorm, vor allem als Entscheidungsmaßstab in bezug auf gesetzlich nicht hinreichend geregelte Situationen in der Literatur und in der Praxis des Rechtsgestaltungsapparates herangezogen. Diese Rechtsfiguren dienen dabei nicht nur zur Ausfüllung angeblicher Gesetzeslücken, sondern auch zu ihrer Auffindung.

§ 2 Die „normative Kraft des Faktischen“ in der Lehre Georg Jellineks und seiner Nachfolger

I. Die Rechtsfigur von der „normativen Kraft des Faktischen“ geht auf Georg Jellinek zurück⁷ und seinen Versuch, Staat und Recht vermittels eines Methodensynkretismus aus soziologischen, historischen und juristischen Erkenntnisweisen zu erklären⁸.

Für Georg Jellinek und seine Nachfolger ist staatlicher Wille menschlicher Wille, verbindliche Normen bestehen, „wenn ihr Sein und Gelten sowohl von den Herrschenden als den Beherrschten bejaht werden muß“⁹. Diese Bejahung und damit die Geltung des Rechts erklärt Jellinek aus „den letzten psychologischen Quellen des Rechts“¹⁰. Diese letzten „psychologischen Quellen“ sind nach Jellinek die Eigenschaft des Menschen, das „ihn stets Umgebende, das von ihm fortwährend Wahrgenommene, das ununterbrochen von ihm Geübte nicht nur als Tatsache, son-

⁶ Vgl. kritisch hierzu neuerdings *M. Drath*, Über eine kohärente soziokulturelle Theorie des Staats und des Rechts, S. 68 ff.

⁷ *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 7. Neudruck, Darmstadt 1960, S. 337 ff.

⁸ *G. Jellinek*, a.a.O., S. 25 ff.; vgl. hierzu auch *R. Holubek*, Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft, Bonn 1961, S. 9 ff., S. 41 ff.

⁹ *G. Jellinek*, a.a.O., S. 337.

¹⁰ *G. Jellinek*, a.a.O., S. 337.

dern auch als Beurteilungsnorm“ anzusehen, „an der er Abweichendes prüft, mit der er Fremdes richtet“¹¹. Die Erkenntnis dieser „normativen Kraft des Faktischen“ ist „für die Einsicht in die Entwicklung von Recht und Sittlichkeit“¹² für Jellinek von der höchsten Bedeutung. „Alles Recht in einem Volke ist ursprünglich nichts als faktische Übung. Die fortdauernde Übung erzeugt die Vorstellung des Normmäßigen dieser Übung, und es erscheint damit die Norm selbst als autoritäres Gebot des Gemeinwesens, also als Rechtsnorm“¹³. Die Einsicht in die „normative Kraft des Faktischen“ gibt nach Jellinek nicht nur für die Entstehung, sondern auch für das Dasein, die Geltung einer Rechtsordnung, das rechte Verständnis. „Weil das Faktische überall die psychologische Tendenz hat, sich in Geltendes umzusetzen, so erzeugt es im ganzen Umfange des Rechtssystems die Voraussetzung, daß der gegebene soziale Zustand der zu Recht bestehende sei“¹⁴.

Diese These einer vorgegebenen psychologischen Gesetzmäßigkeit sieht Jellinek in jenen Vorschriften der positiven Rechtsordnung bestätigt, welche Ausdruck eines Bestands- und Vertrauensschutzes oder eines Schutzes der Rechtssicherheit sind. Jellinek verweist dabei auf den Besitzschutz als Schutz faktischer Besitzverhältnisse einschließlich der an den faktischen Besitz gekoppelten Eigentumsvermutung, auf die Annahme der Rechtmäßigkeit staatlicher Hoheitsakte bis zu ihrer Änderung durch richterliches Gebot, wie bei der Nichtigkeitserklärung einer Ehe, der Änderung einer Eintragung im Personenstandsregister oder der Ungültigerklärung einer Wahl¹⁵.

¹¹ G. Jellinek, a.a.O., S. 337.

¹² G. Jellinek, a.a.O., S. 338.

¹³ G. Jellinek, a.a.O., S. 339. Auf diese Weise erhält für Jellinek auch das Problem des Gewohnheitsrechtes seine Lösung, „es entsteht aus der allgemeinen psychischen Eigenschaft, welche das sich stets wiederholende Faktische als das Normative ansieht“ (S. 339). — Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie vgl. D. Nörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, S. 353 ff.

¹⁴ G. Jellinek, a.a.O., S. 339 ff. Diese These von der normativen Kraft des Faktischen ist in einem weiteren Erklärungsfeld auch Bestandteil mancher soziologischer Lehren, vgl. F. Tenbruck, Soziale Normen: „Das Faktische ist für den handelnden Menschen immer schon eingespannt in ein Netz des Verhaltens, das in die Zukunft hineingreift. Es ist von seinen Erwartungen nicht zu trennen, weil der Mensch auf das Faktische eingespielt ist. Deshalb besitzen auch statische Normen (faktische Regelmäßigkeiten) im Durchschnitt eine echte normative Tendenz und Kraft.“ (S. 276).

¹⁵ G. Jellinek, a.a.O., S. 340. — Eine so verstandene normative Kraft des Faktischen läßt sich überall dort feststellen, wo an die Innehabung einer Position oder einer tatsächlichen Verfügungsgewalt Rechtsfolgen geknüpft werden. Sie ist weiter dort aufzufinden, wo Handlungsakte einen besonderen Glauben der Rechtmäßigkeit genießen, wie die Diskussion über die Möglichkeit zur Rücknahme fehlerhafter, begünstigender Verwaltungsakte zeigt. Faktischen Situationen ist hierbei jedoch als Folge eines postulierten Vertrauensschutzprinzips von Gesetzes wegen oder durch die Rechtsprechung normativer Schutz zuerkannt (vgl. zuletzt K.-H. Lenz, Das Vertrauensschutz-Prinzip, Berlin 1968).