

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 70

Die gesellschaftlichen Grundlagen
der juristischen Entscheidung

Von

Prof. Dr. jur. Erich Döhring



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ERICH DÖHRING

Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung

Schriften zur Rechtslehre

Heft 70

Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung

Von

Prof. Dr. jur. Erich Döhring



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04000 7

Vorwort

Die Arbeit ist einem Rechtsfindungsproblem gewidmet, mit dem sich der Jurist meist nicht genauer auseinandersetzt. Grundsätzliche Erwägungen über Eigenart und Bedeutung vorpositiver, der gesellschaftlichen Region entstammender Bezugspunkte liegen ihm in der Regel ziemlich fern. Infolgedessen hat er oftmals auch keine deutliche Vorstellung darüber, wo sie zum Zuge kommen und nach welchen Grundsätzen sie zu handhaben sind. Eine eingehendere Beschäftigung mit diesem speziellen Fragenkreis würde sowohl dem Rechtsstudenten als auch dem beruflich tätigen Juristen bei seiner Arbeit im gesetzesfreien Raum vielfach zustatten kommen. Sie könnte beiden größere Sicherheit beim Vorgehen auf diesem unübersichtlichen Terrain geben, auf dem es nicht selten an den notwendigen Orientierungszeichen fehlt und Ablenkungen sonstiger Art die Einhaltung des richtigen Weges erschweren.

Das Absehen war, was vielleicht noch der Hervorhebung bedarf, nicht allein auf die Vermittlung von theoretischem Wissen gerichtet, sondern auch darauf, diesem einen unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsfindung zu verschaffen. Eben deshalb wurde (in den durch das Thema gesetzten Grenzen) vor allem versucht, den Leser für eine kritische Betrachtung seines Umgangs mit vorjuristischen Richtmitteln zu gewinnen und ihn insoweit von der Notwendigkeit einer intensiven Selbstkontrolle zu überzeugen. Die Schwierigkeit dieser Aufgabe ist, zumal wenn ein einzelner sich ihrer annimmt, nicht zu verkennen; doch dürfte wenigstens eine Annäherung an das Ziel möglich sein.

Die genannte Zwecksetzung hat — wie es nicht anders sein kann — streckenweise den Stil der Erörterungen bestimmt. Um ihr gerecht zu werden, mußte im letzten Drittel der Darlegungen konkreter als es sonst wohl in vergleichbaren Fällen zu geschehen pflegt, auf die Widerstände eingegangen werden, die im Rechtsanwender einer skeptischen Überprüfung eigener Vorentscheidungen entgegenstehen.

Wo im folgenden Hinweise für die Handhabung der aus dem gesellschaftlichen Bereich entlehnten Materialien gegeben worden sind, ging das Bemühen dahin, den Fallbearbeiter möglichst auch auf die Bewältigung der im Detail steckenden Schwierigkeiten vorzubereiten. Es wäre bei einem eminent praktischen Sachgebiet wie der Jurisprudenz nicht zu rechtfertigen, wenn die Theorie ihn in dieser Hinsicht ganz ohne Beistand lassen wollte. Wenn trotz des Strebens nach konkreter Unter-

richtung mitunter keine genau passende Auskunft zu erhalten ist, so hängt dies nicht zuletzt mit der großen Mannigfaltigkeit der tatsächlichen Umstände und mit der Vielzahl der bei der Beurteilung mitsprechenden Faktoren zusammen. Doch wird der Rat und Hilfe Suchende durch das Gesagte dann immerhin einen gewissen Rahmen erhalten, der sein Aktionsfeld eingrenzt und ihm auf diese Weise die Auffindung des jeweils Zutreffenden erleichtert.

Kiel/Plön (Holst.), den 20. Juli 1977

Erich Döhring

Inhalt

Erster Teil

Allgemeine Grundlagen

| | |
|--|----|
| I. Hauptmerkmale der modernen Rechtsfindung | 9 |
| 1. Auffassung des Rechts als Teil der Gesamtentwicklung | 9 |
| 2. Streben nach materieller Gerechtigkeit | 15 |
| 3. Beachtung gegenwartswichtiger Momente | 17 |
| 4. Obacht auf die Besonderheiten des Falles | 20 |
| II. Einfluß einiger spezieller Tendenzen auf den Charakter der Rechtsgewinnung | 26 |
| 1. Allgemeiner Überblick | 26 |
| 2. Die Ergebnisbeurteilung als neuartiges Element | 28 |
| 3. Eigenverantwortliche Mitarbeit des Rechtsanwenders | 38 |
| Einführende Bemerkungen S. 38 — Häufigkeit des Rückgriffs auf außergesetzliche Materialien S. 40 — Die Einflußmöglich- keiten des Rechtsanwenders und ihre Grenzen S. 44 | |
| 4. Gefolgschaft gegenüber dem Gesetz | 48 |

Zweiter Teil

Der Gesamtbestand vorpositiver Materialien als Entscheidungshilfe

| | |
|--|----|
| 1. Die geistige Grundausrüstung des Rechtsanwenders als mitbestimmender Faktor | 59 |
| 2. Richtvorstellungen allgemeiner Art | 62 |
| 3. Gerechtigkeitsüberlegungen | 69 |
| 4. Ethische Grundsätze als Teil der Richtigkeitserwägung | 80 |
| 5. Die normative Kraft des sozialen Gesichtspunkts | 88 |

*Dritter Teil***Angemessener Umgang mit nichtpositivierten Entscheidungsgrundlagen**

| | |
|--|-----|
| 1. Einführung in die Problematik | 97 |
| 2. Auswahl und Prüfung vorpositiver Gesichtspunkte | 101 |
| Klarstellung, ob das Gesetz ihre Heranziehung zuläßt S.101 | |
| — Die Richtigkeitserwägung als Behelf zur Auffindung vor- | |
| rechtlicher Kriterien S.104 — Erster Kontakt mit außergesetz- | |
| lichen Richtmitteln S.109 — Gestalt und innerer Aufbau | |
| nichtpositivierter Materialien S.111 — Substantielle Anfor- | |
| derungen an externe Regelungsprinzipien S.114 — Konsens | |
| in bezug auf transpositive Maßstäbe S.117 — Verallgemeine- | |
| rungs- und Integrationsfähigkeit S.120 | |
| 3. Hilfsmittel zur korrekten Handhabung außergesetzlicher Be- | |
| stimmungsmomente | 127 |
| a) Selbstkritische Haltung des Rechtsanwenders | 127 |
| b) Aufgeschlossenheit gegenüber abweichenden Ansichten und | |
| Weite des Horizonts | 132 |
| c) Beschaffung verlässlicher Tatsachenkenntnisse und Erfahrungs- | |
| ergebnisse | 136 |
| d) Aufspüren verborgener Erwägungsgrundlagen | 149 |
| 4. Innere Schwächen der juristischen Lösung und ihre Korrektur | 153 |
| a) Objektivierung der Rechtsfindungsarbeit als Haupterfordernis | 153 |
| b) Formen rechtsfremder Einflüsse | 155 |
| c) Möglichkeiten zur Abwehr ideenmäßiger Mängel | 163 |
| Grundsätzliche Erwägungen S.163 — Kontrolle der eigenen | |
| Vorwegnahmen durch den Rechtsanwender S.164 — Analyse | |
| in sich geschlossener Auffassungszusammenhänge S.167 | |
| 5. Differenzierende Erörterung einzelner Problemkreise | 171 |
| Gegenwartsbezogenheit der Rechtsfindungsbemühungen S.171 | |
| — Einzelfallgerechtigkeit S.180 — Handhabung des sozialen | |
| Gesichtspunkts S.185 | |

Schlußbetrachtung

| | |
|---|-----|
| Wandlungen in der Haltung des Rechtsanwenders gegenüber dem | |
| gesellschaftlichen Bereich | 195 |

| | |
|---|------------|
| Abgekürzt zitiertes Schrifttum | 207 |
|---|------------|

| | |
|---------------------------|------------|
| Sachregister | 221 |
|---------------------------|------------|

Erster Teil

Allgemeine Grundlagen

I. HAUPTMERKMALE DER MODERNEN RECHTSFINDUNG

Die Behandlung des Themas geht von der Grundansicht aus, daß der Jurist sich bei seiner Arbeit vielfach nicht auf die Beachtung des Gesetzesinhalts beschränkt, sondern daneben auch auf gewisse außergesetzliche Erwägungsunterlagen zurückgreift. Wenn man dieser Annahme, die zunächst als Arbeitshypothese dienen mag, im einzelnen nachgehen will, dann liegt es nahe, sich vorweg einen Überblick über die charakteristischen Tendenzen der neuzeitlichen Rechtsfindungsmethode zu verschaffen. Dabei wird sich zeigen, daß diese fast sämtlich im außergesetzlichen Bereich beheimatet sind und mithin zu den allgemeinen gesellschaftlichen Grundlagen der Rechtsgewinnung gehören. Ihre Vergegenwärtigung dient demnach nicht nur dazu, die Bearbeitung des Themas vorzubereiten, sondern führt bereits unmittelbar in die Problematik hinein.

1. Das Recht als Teil der Gesamtentwicklung

In bezug auf die Haltung, die der rechanwendende Jurist bei seiner beruflichen Tätigkeit gegenüber dem ihn umgebenden universalen Zusammenhang, insbesondere gegenüber den wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Realitäten, einnimmt, sind in neuerer Zeit nachhaltige Veränderungen vor sich gegangen.

Im 18. Jahrhundert war das Verhältnis der Jurisprudenz zur gesellschaftlichen Umwelt ein eindeutig positives gewesen. Man hatte damals, ohne über diesen Punkt viel zu meditieren, keinen Zweifel an der engen Verflochtenheit des juristischen Denkens mit der allgemeinen Entwicklung. Selbst in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts war der Kontakt der rechtlichen Arbeit mit den übrigen Lebensbereichen trotz des Kampfes der historischen Rechtsschule gegen die ihn begünstigenden naturrechtlichen Tendenzen einigermaßen gewahrt geblieben. Bereits gegen die Jahrhundertmitte hin ging er jedoch mehr und mehr verloren.

Je umfassender die Gesetzeskodifikationen ausgestaltet wurden, desto stärker machte sich die Ansicht geltend, daß die zur Rechts-

gewinnung benötigten gedanklichen Elemente, wenn man das bedeutungslos gewordene Gewohnheitsrecht ausnimmt, allein im Gesetz enthalten seien. Während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gab es in der deutschen Jurisprudenz außer bei Einzelgängern wie L. v. Stein und O. v. Gierke sowie den frühen Vorläufern der Interessenjurisprudenz kaum noch ein echtes Verständnis dafür, daß wichtige Grundlagen der Rechtsgewinnung außerhalb des Gesetzes existieren könnten. Widerspruch auf breiterer Grundlage fand die Überzeugung von der Gesetzesallmacht damals lediglich im sozialistischen Lager und in der katholischen Kirche, die jedoch beide gegen die herrschende Strömung nicht aufkommen konnten.

Das Recht wurde nicht mehr als Teil eines umfassenden Zusammenhangs aufgefaßt, sondern als vom allgemeinen Geistesleben weitgehend unabhängig angesehen. Man umbaute die Jurisprudenz mit einer hohen Grenzmauer und meinte, sie gegen Einflüsse von außen her autark machen und eigenen Regeln unterstellen zu müssen. Ihre Selbständigkeit gegenüber den Nachbardisziplinen sowie gegenüber dem Universum wurde mit Nachdruck hervorgehoben. Das Bestehen vielfältiger Beziehungen zur Gesamtwirklichkeit, das lange Zeit stillschweigend anerkannt worden war, wurde teils regelrecht geleugnet, teils bagatellisiert. Die Jurisprudenz erschien sich selbst genug. Man war davon überzeugt, daß die Grundlagen der juristischen Erwägung ausschließlich in der rechtlichen Sphäre zu finden seien. Dabei lag u. a. die von starken idealistischen Strömungen gestützte Vorstellung zugrunde, daß die Rechtsnorm imstande sei, sich die Tatwelt völlig zu unterwerfen, daß es ihr (in Verbindung mit den von der Rechtslehre erarbeiteten allgemeinen Grundsätzen) gelingen werde, alles in concreto Wesentliche zu erfassen, und daß aus den dem Wechsel unterworfenen tatsächlichen Gegebenheiten kein Anlaß zur modifizierenden Bearbeitung der Gesetzesnorm hervorgehen könne.

Man meinte, daß die Jurisprudenz auf irgendwelche Entlehnungen aus der gesellschaftlichen Sphäre nicht angewiesen sei und stelle demgemäß die Zulässigkeit derartiger Anleihen in Abrede. Die im Gesamtbereich vor sich gehenden Veränderungen wurden, so wenig einleuchtend das heute vielen auch klingen mag, für die Rechtsgewinnung als unwesentlich oder doch als nebensächlich angesehen. Der Blick auf sie erschien als unnütz oder geradezu als gefährlich. Er führte nach damaliger Ansicht zu einer Ablenkung vom eigentlich Wichtigen. Rechtsfindungsarbeit und gesellschaftliche Praxis lagen für das Verständnis jener Zeit auf so verschiedenen Ebenen, daß — wie man meinte — aus dem gesellschaftlichen Geschehen keine brauchbaren Anregungen für die Rechtsgewinnung zu erwarten waren. Soweit sich angesichts dieser Entfremdung bei den Rechtsfindungsbemühungen kein

Zusammenklang zwischen dem juristischen Denken und der Gesamtwirklichkeit ergab, hatte nach der vorherrschenden Auffassung das Leben sich mit dem rechtlichen Ergebnis abzufinden.

Freilich ließ sich diese Anschauung nicht allenthalben durchhalten. In der Rechtsprechung jener Zeit wurde daher oftmals heimlich versucht, den Anschluß an die allgemeine Entwicklung aufrecht zu erhalten. Auch in der Rechtswissenschaft waren entsprechende Bestrebungen unverkennbar. Aber die Auffassung, daß die juristische Arbeit allein auf dem Gesetz beruhe, setzte sich gleichwohl so energisch durch, daß die zaghaften Bemühungen der Rechtspraxis um eine Berücksichtigung der im gesellschaftlichen Raum vor sich gehenden Wandlungen stark behindert wurden und entsprechend unzulänglich ausfielen.

Seit der Wende zum 20. Jahrhundert ist die Strenge, mit der die Juristen bis dahin an der Unabhängigkeit der rechtlichen Erwägung von Einflüssen aus der vorpositiven Region festgehalten hatten, allmählich dahingeschwunden. Dementsprechend wird das Recht heute meist mehr oder weniger klar als Ausschnitt aus dem Gesamtbereich menschlichen Wirkens begriffen. Der Jurist, der viele Generationen hindurch seine Arbeit in gedanklicher Abgeschlossenheit verrichtet hatte, fühlt sich bei der Berufsarbeit nunmehr zu einem engen Kontakt mit den übrigen Lebensgebieten gedrängt. Von der eifersüchtigen Obacht früherer Zeiten auf die Eigenständigkeit der Jurisprudenz und auf ihre Unabhängigkeit von variablen Faktoren der allgemeinen Entwicklung ist nur noch wenig übrig geblieben.

Man neigt ganz vorwiegend zu der Auffassung, daß die richtige Entscheidung nur unter aufmerksamer Beobachtung der im zwischenmenschlichen Bereich stattfindenden Veränderungen gefunden werden könne und daß diese in gewissen Grenzen Beachtung verdienen. Der praktizierende Jurist fühlt sich bei seinen rechtlichen Überlegungen mit dem breiten Strom des Lebens wieder verbunden und leistet infolgedessen seine Arbeit heute viel seltener als ehemals aus einer Position der Absonderung heraus¹. Auch in der Rechtslehre herrscht trotz mancher Bedenken und Vorbehalte im einzelnen die Ansicht vor, daß die Rechtsfindungsarbeit in die Gesamtentwicklung eingebettet sei und

¹ Vielleicht wäre es oftmals anschaulicher, statt vom praktizierenden Juristen einfach vom Richter zu sprechen, den man nun einmal als Prototyp des Rechtspraktikers anzusehen pflegt. Wenn hier trotzdem vorwiegend allgemeinere Bezeichnungen gewählt werden, so deshalb, um die Erinnerung daran wachzuhalten, daß das Gesagte nicht nur für den Richter, sondern vielfach in gleicher Weise auch für den Rechtsanwalt, den Rechtspfleger, den Verwaltungsrichter, den Wirtschaftsjuristen und nicht zuletzt für den Rechtsstudenten sowie das gesamte Lehrpersonal zu gelten hat und daß diese ständig mitgemeint sind.