

Schriften zur Rechtslehre

Heft 84

Soziologische Feststellungen in der  
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs  
in Zivilsachen

Von

Dr. Fritz Jost



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**FRITZ JOST**

**Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung  
des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen**

**Schriften zur Rechtslehre**

**Heft 84**

**Soziologische Feststellungen in der  
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs  
in Zivilsachen**

**Von**

**Dr. Fritz Jost**



**DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN**



**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 04412 6**

***Meinen Eltern***



# Inhaltsverzeichnis

## Teil I

### Vorstellung des Problems und der theoretischen Grundlagen der Untersuchung

1. Einleitende Bemerkung zum Problemkreis .....	11
2. Vorgehensweise .....	12
3. These .....	13
4. Begriffserläuterungen und Nützlichkeitsbegründung für die Untersuchung .....	13
4.1.1 Sozialwissenschaften .....	14
4.1.2 Soziologie im Mittelpunkt .....	16
4.2.1 Eigentümlichkeit der Jurisprudenz .....	17
4.2.2 Sein und Sollen .....	19
4.2.1.1 Normkonkretisierung und Sachverhalt .....	20
4.2.2.2 Die Struktur von Wertungen .....	21
4.2.3 Werturteil und Praxis .....	24
4.3 Zur Fruchtbarkeit der Untersuchung .....	25
4.3.1 Differenz von Entdeckungs- und Begründungszusammenhang ..	25
4.3.2 Die literarische Diskussion um das Verhältnis von Rechts- und Sozialwissenschaften .....	29
4.3.2.1 Die allgemeine Debatte .....	29
4.3.3 Ansätze zur Begründung einer soziologisch gestützten Rechtsfindung .....	39
4.3.3.1 Theodor Geiger .....	42
4.3.3.2 Klaus F. Röhl .....	44
4.3.3.3 Klaus Lüderssen .....	46
4.3.3.4 Niklas Luhmann .....	47
4.3.3.5 Karl-Dieter Opp .....	49
4.3.3.6 Paul Trappe .....	52
4.3.4 Zum Untersuchungsmaterial .....	53

*Teil II***Argumentationsmuster in der Rechtsprechung  
des Bundesgerichtshofs**

5. Analysemuster .....	56
5.1 Toulmins Argumentationsmodell .....	56
5.2 Erfordernisse unserer Untersuchung .....	57
6. Erklärungsproblem .....	57
6.1 Das Warum des Geliebtentestaments .....	58
6.2 Einzelne Beispielfälle .....	63
6.2.1 Verschiedene Rechtsgebiete .....	64
6.2.2 Ehescheidungsrecht .....	65
6.2.3 Zum Standort des Erklärungsproblems .....	68
6.3 Kausalität .....	70
6.3.1 Zur Möglichkeit kausaler Erklärung .....	71
6.3.2 Kausalität in juristischer Sicht anhand von Beispielfällen ....	72
7. Prognoseproblem .....	77
7.1 Zwei Sichtweisen beim Prognostizieren .....	77
7.1.1 Prognose und Normprogramm .....	79
7.1.2 Die Alternativprognose .....	83
7.1.3 Singuläre und theoretische Prognose .....	88
7.2 Zum Einsatz soziologischer Information .....	91
7.2.1 Gesellschaftlicher status quo und Schadensrecht .....	97
7.2.2 Soziologische Differenzierung und Normgewinnung .....	103
7.3 Zwischenbilanz — Zur Folgenorientierung der Rechtsanwendung	109
7.3.1 Rationalität und richterliche Aufgabe .....	110
7.3.2 Zur Problematik von Prognosen im Bereich des Sozialen .....	114
7.3.3 Folgenselektion .....	116
8. Maßnahmeproblem .....	118
8.1 Beispiele aus der Rechtsprechung .....	118
8.2 Die Maßnahme im Theorieanwendungsschema .....	119
8.3 Theorieanwendung in der Praxis — 6 Regeln .....	120
8.3.1 Zu Regel 1, 3 und 4 — Das Problem der Operationalisierung ....	121
8.3.2 Zu Regel 2, 5 und 6 .....	129
8.4 Die juristische Verarbeitung des Maßnahmeproblems — Teleologie	130

9. Deskriptionsproblem .....	140
9.1 Beweisaufnahme und Deskriptionsproblem .....	141
9.1.1 Zum Beweis des ersten Anscheins .....	144
9.2 Rechtsprechungsbeispiele .....	146
9.2.1 Echte Deskriptionen, Beispiel (a) und (d) .....	147
9.2.2 Deskription und Begriffsbildung, (b) und (c) .....	150
9.2.1.1 Zum Einsatz von Demoskopie im Recht .....	152
9.2.3 Deskription des Normbereichs, Beispiel (e) .....	154

### *Teil III*

#### **Ergebnisse und Konsequenzen**

10. Ergebnisse und Einwände .....	160
10.1 Zur These der Untersuchung .....	160
10.2 Dogmatik gleich Rationalität? .....	160
10.3 Moralische Tatsachen? .....	161
10.4 Eigendynamik und Legitimation .....	162
10.5 Grenzen der fallbezogenen Arbeitsweise .....	163
10.6 Integrationsprobleme .....	164
10.7 Ergebnis .....	165
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	166
<b>Register der zitierten Entscheidungen</b> .....	181





## Erster Teil

# Vorstellung des Problems und der theoretischen Grundlagen der Untersuchung

### 1. Einleitende Bemerkung zum Problembereich

Seit Mitte der Sechziger Jahre ist das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften kontinuierlich in der Diskussion. Diese war mit den Bestrebungen zur Reform des juristischen Studiums in Gang gekommen und fand anfänglich besonders in der Juristenzeitung ihr Forum<sup>1</sup>.

Im Laufe der Auseinandersetzung, die zum Teil im Stil von Streit-schriften<sup>2</sup> und überwiegend auf einem mehr theoretischen Niveau geführt wurde<sup>3</sup>, reifte die Erkenntnis, daß das Problem nicht abstrakt über die Ausdehnung oder Abschirmung des jeweiligen wissenschaftlichen Objektsbereichs gelöst werden könne, und der Ruf nach Detailuntersuchungen wurde laut<sup>4</sup>.

Dafür bietet sich die Analyse richterlicher Entscheidungen an<sup>5</sup>, weil gleichzeitig mit der Klärung der Frage, inwieweit soziologische Erkenntnis hier Eingang gefunden hat oder finden könnte, über die prak-

---

<sup>1</sup> Zum Beginn der Diskussion s. *Hirsch*, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, S. 16 ff.; *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 245 ff.

<sup>2</sup> Vgl. einerseits *Naucke*, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, andererseits *Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz.

<sup>3</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung bzw. Hinweise auf Eintrittspunkte für die Sozialwissenschaften ins Recht wurden meist nur als Illustrationen oder Forschungsvorschläge angeboten. Das gilt allerdings nicht für die an konkreten Fällen orientierte Abhandlung von *Wulfhorst*, Soziologische Erkenntnisse in der Rechtsprechung aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb.) 1971, 293 - 297 und besonders S. 336 - 340.

<sup>4</sup> Vgl. *Naucke*, (Fn. 2), S. 21 f. und S. 53: „Es wird Zeit, daß man mit den großen Worten aufhört und zur Detailarbeit zurückkehrt.“

*Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, S. 18, meint, daß „die Nahtstellen zwischen Faktischem und Normativem“ nicht „generalisierend-typisierend“, sondern „kasuistisch-individualisierend“ behandelt werden müßten. Die Liste ähnlicher Äußerungen ließe sich beliebig verlängern.

<sup>5</sup> Eine stärkere Ausrichtung daran fordert für die Methodenlehre *F. Müller*, Besprechung von *Krieles* „Theorie der Rechtsgewinnung“, JZ 1969, 308; zu Urteilsanalysen in diesem Sinne s. a. ders., Normstruktur und Normativität, S. 114 ff.

tische Relevanz interdisziplinärer Arbeit mitentschieden würde. Man kann daher bei einem solchen Vorgehen auch mit der Aufnahmebereitschaft des praktischen Juristen rechnen<sup>6</sup>.

Röhl wollte demgemäß mit der Untersuchung von 300 Akten eines Landgerichts Konflikttypen bilden, in die sich die Masse der vor das ordentliche Gericht kommenden Zivilsachen einordnen ließe<sup>7</sup>. Dieses empirische Forschungsvorhaben stellte er dann aber zugunsten einer breiten theoretischen Untersuchung der Bedeutung rechtstatsächlicher Aussagen für die Rechtsgewinnung zurück<sup>8</sup>.

Auch *Ryffel*<sup>9</sup> hält in seinem 1974 erschienen Werk eine systematische Klärung der Grundlagen soziologischen Bemühens um das Recht für immer noch vordringlich.

Auf den beiden angeführten Arbeiten wird man, was die theoretische Anweisung betrifft, aufbauen können. Die Phase, in der das allgemeine Problembewußtsein vorherrschte, muß als abgeschlossen betrachtet werden. Detailliert ist nun „nach Objekt, Ziel und Methode der Rechtssoziologie innerhalb der juristischen Entscheidungsfindung“<sup>10</sup> zu fragen.

## 2. Vorgehensweise

In diese Richtung will die vorliegende Untersuchung gehen, wobei sie sich durchaus noch als Erforschung von interdisziplinären Ansatzpunkten versteht.

Im folgenden soll eine Arbeitshypothese aufgestellt werden. Im zweiten Teil der Arbeit werden wir dann ihre Überprüfung angehen. Als Material dazu wird überwiegend die amtliche Sammlung der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ) dienen, welche entsprechend unserer Forschungsrichtung durchzumustern ist. Mit Hilfe der so gewonnenen Ergebnisse sollen dann Aussagen über den Bestand der Hypothese und damit über das Gewicht des Beitrags gemacht werden, den die Soziologie für die zivilistische Rechtsanwendung leisten kann<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> *Hopt*, JZ 1975, 341, 342, Fn. 15; *Naucke*, Wissenschaftsbegriff — Rechtssoziologie — Rechtspraxis, S. 96: Man solle die „fachjuristische Problemstellung übernehmen, sonst wird man von Juristen nicht gehört“.

<sup>7</sup> Erläutert wird diese *pilot-study* als Projekt für Rechtstatsachenforschung in den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen 1971, 45 - 47.

<sup>8</sup> Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, s. S. 2.

<sup>9</sup> Rechtssoziologie, S. 2/3; vgl. auch *Carbonnier*, Rechtssoziologie, S. 46, speziell zum bürgerlichen Recht.

<sup>10</sup> *Berkemann*, bei der Besprechung von Röhl's Arbeit (Fn. 8), JZ 1975, 188.

<sup>11</sup> Zum Vorgehen vgl. *Scheuch*, in: Fischer-Lexikon „Soziologie“, Stichwort „Methoden“, S. 203/204; *Wallner*, Soziologie, S. 47; *Atteslander*, Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 73 f.

### 3. These

Den Bemühungen, Rechtswissenschaft und Praxis den Sozialwissenschaften zu öffnen, wird häufig die gegenseitige Unableitbarkeit von Sein und Sollen entgegengehalten<sup>12</sup>. *Carbonnier* meint jedoch, die berufliche Erfahrung habe die Juristen daran gewöhnt, „ohne metaphysische Besorgnis eine gewisse gegenseitige Durchdringung des rein Faktischen und des Rechtlichen zu erleben“<sup>13</sup>. Ohne es zu bemerken, würden die Gerichte manchmal „soziologische Interpretationen“<sup>14</sup> betreiben. *Gurvitch*<sup>15</sup> behauptet gar, der Jurist könne heute<sup>16</sup> „keinen Schritt mehr tun, ohne als Soziologe vorzugehen, ohne sich auf die Rechtssoziologie zu berufen“.

In diese Richtung zielt unsere *These*:

Die Rechtsprechung verwendete bisher schon unbeschadet des Streitens um die Bedeutung der Sozialwissenschaften für die Jurisprudenz Aussagen, die das Einbringen sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse nötig oder jedenfalls möglich gemacht hätten, und zwar auch gerade in der „typisch rechtlichen“ Argumentation.

### 4. Begriffserläuterungen und Nützlichkeitsbegründung für die Untersuchung

Daß es nützlich sei, diese These<sup>17</sup> zu überprüfen, bedarf der Begründung. Nach näherer Erläuterung der in ihr verwendeten Begriffe (4.1 u. 2) soll das versucht werden, indem die Reichweite der Schlußfolgerungen, die aus ihrer Bestätigung gezogen werden könnten, beleuchtet wird (4.3). Zu diesem Zweck wird auf die bisherige literarische Diskussion (4.3.2 u. 3) sowie auf die Aussagekraft des Untersuchungsmaterials einzugehen sein.

---

<sup>12</sup> s. z. B. *Bärmann*, Besprechung von *Carbonnier* (Fn. 9), NJW 1975, 1311: „Aber der Taschenspielertrick, aus dem Sein das Sollen zu definieren oder sogar zu diktieren, wird wohl auf die Dauer nicht gelingen.“

<sup>13</sup> (Fn. 9), S. 280.

<sup>14</sup> *Ders.*, (Fn. 9), S. 266.

<sup>15</sup> Grundzüge der Soziologie des Rechts, S. 29.

<sup>16</sup> Die Abhandlung „*Eléments de Sociologie Juridique*“, die der deutschen Übersetzung (Fn. 15) zugrunde liegt, erschien 1940 (s. daselbst S. 13); zu den Tendenzen, die *Gurvitch* in der Entwicklung des zeitgenössischen Rechtssystems sieht, S. 207 ff.; er lehnt allerdings eine „soziologische Theorie des Rechts“ ab (S. 45) und hält sowohl ihr wie der herkömmlichen Jurisprudenz eine „Theorie der Rechtserfahrung“ entgegen, die der Rechtssoziologie, der Rechtsphilosophie und ebenso der „Dogmatisch-normativen Rechtswissenschaft“ eine gemeinsame Basis geben soll (S. 219); vgl. a. *Ryffel*, (Fn. 9), S. 61 - 64 und *König*, Fischer-Lexikon „Soziologie“, Stichwort „Recht“, S. 261.

<sup>17</sup> Mit einer ähnlichen Behauptung leitet auch *Wulffhorst* (Fn. 3) seinen Beitrag ein.