Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 93 (1974)

Artikel: Norm und Wirklichkeit

Autor: Fleiner, Thomas

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896376

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 17.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

THOMAS FLEINER

Norm und Wirklichkeit

1. Einleitung

Die Übereinstimmung von Norm und Wirklichkeit ist nicht nur ein Problem, das den Juristen beschäftigt; jeder Politiker, jeder Bürger, jeder Fachmann, der mit den Gesetzen in Berührung kommt, stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit mit gesetzlichen Normen überhaupt Wirklichkeit verändert werden kann. In seinem soeben erschienenen Buch «Bauen als Umweltzerstörung» stellt ROLF KELLER die bange Frage[1], inwieweit denn die Autorität der Ordnung, Planung und der Gesetze für eine wirklich menschenwürdige Gestaltung der Umwelt ausreiche. «Ermessensfragen der Architektur, der Qualität, von Gestaltung und Ästhetik werden als sogenannte Ermessensfragen abgetan, als Gummiparagraphen mit einem Verlegenheitslächeln übergangen.»[2]

Diesem Pessimismus steht ein ungeheurer Optimismus bezüglich der Möglichkeiten der Gesetzgebung gegenüber. Demzufolge sollten die Gesetze gleichsam alle Probleme der heutigen Zeit lösen: Verfassungen und Institutionen sollen das gesellschaftliche Chaos ordnen oder die Zukunft vorwegnehmen, Konjunkturgesetze haben die Inflation zu verhindern, die Preiskontrolle soll den Benzinpreis retten, Hochschulgesetze sollen gar die Professoren zu intensiverer Arbeit veranlassen. Demgegenüber läßt sich feststellen, daß die Flut der Gesetzgebung des Bundes zu einer eigentlichen Vollzugskrise der Kantone geführt hat. Auch wenn diese alle ihre Kräfte einsetzen würden, wären die kleinen und mittleren unter ihnen gar nicht mehr in der Lage, alle Bundesgesetze getreu und gewissenhaft zu vollziehen. Es fehlen Personal, Mittel und die notwendigen Kenntnisse.

[1] ROLF KELLER, Bauen als Umweltzerstörung, Zürich 1973, S. 171.
[2] ROLF KELLER, a.a.O., S. 171.

Parlament und Exekutive müssen sich aber auch fragen, inwieweit sie mit den Gesetzen heutige Probleme überhaupt noch lösen können. Ist zu erwarten, daß beispielsweise ein Gesetz über die Schwangerschaftsunterbrechung – wie immer es aussehen wird – das Verhalten der Menschen tatsächlich in der vom Gesetzgeber gewünschten Weise zu ändern vermag? Dürfen wir annehmen, daß ein neues Raumplanungsgesetz die Bauentwicklung in der Schweiz nach einem politischen Leitbild und nicht nach dem gewöhnlichen Trend beeinflussen wird? Können Industrie und Wirtschaft über das Mittel der Gesetzgebung gezwungen werden, sich zu dezentralisieren? Vermögen Normen die Bauern dazu zu veranlassen, die landwirtschaftlichen Nutzungsflächen auch landwirtschaftlich zu bebauen?

Dasselbe Problem stellt sich auf dem Gebiete des Umweltschutzes: Kann der Mensch durch ein neues Umweltschutzrecht zu einem besseren, umweltgerechteren Verhalten geführt werden?[3] Gerade auf diesem Gebiete sind die Erwartungen des Bürgers sehr hoch, die Möglichkeiten der Gesetzgebung aber beschränkt und der gute Wille des Gesetzgebers nicht unbedingt ersichtlich. Neben dem Umweltschutzrecht sind es vor allem das Presserecht, das zu schaffende Radio- und Fernsehrecht, die Gesetzgebung über die Hochschulförderung und die Förderung der Entwicklungsregionen der Schweiz, welche die Frage nach dem Verhältnis von Norm und Wirklichkeit geradezu herausfordern. Botschaften und Gesetzesentwürfe lassen in der Regel allerdings diese Frage unbeantwortet.

Aber nicht nur auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, vorab der Maßnahmegesetze, auch in den klassischen Bereichen der Gesetzgebung, etwa dem Privatrecht, muss man sich fragen, inwieweit Gesetz und Wirklichkeit übereinstimmen. Schon vor sechzig Jahren mußte ARTHUR NUSSBAUM feststellen: «Dem Beobachter der Praxis muß sich der Eindruck aufdrängen, daß ein großer Teil der familienrechtlichen und in geringerem Grade auch der erbrechtlichen Bestimmungen des BGB in der Wirklichkeit wenig oder gar nicht zur Anwendung gelangt, und daß z. B. die vertraglichen Gü-

[3] THOMAS FLEINER, Die Aufgaben des Rechts auf dem Gebiete des Umweltschutzes, Verwaltungsrechtliches Kolloquium, Sigriswil 1973, S. 53–143.

terstände die beschränkte Bedeutung, die ihnen unmittelbar nach dem Inkrafttreten des BGB zunächst zugefallen war, mit den Jahren immer weiter einbüßen.»[4] Dieser Trend wird sich in der Schweiz heute kaum wesentlich von jenem des deutschen BGB unterscheiden. Leider fehlen uns eingehende Untersuchungen, mit denen allenfalls festgestellt werden könnte, wieweit die privatrechtlichen Bestimmungen, z. B. auf dem Gebiete des Erbrechtes, in den schweizerischen Familien auch tatsächlich angewendet werden.

Schuld an diesen Entwicklungen ist allerdings nicht nur das materielle, sondern auch das formelle Recht. Die Schwierigkeiten einer Prozeßführung, die möglichen finanziellen Belastungen und die Unannehmlichkeiten, welche die Verfechtung eines Rechtsstreites mit sich bringt, veranlassen den einzelnen Bürger sehr oft, auf die Durchsetzung seiner Rechte zu verzichten. Auch die Angst vor den Folgen einer Auseinandersetzung mit dem mächtigeren Partner ist vielfach der Grund, weshalb Mieter, Arbeitnehmer oder gar Fremdarbeiter, die sich stets vor der Ausweisung bzw. Nichterneuerung ihrer Aufenthaltsbewilligung fürchten, darauf verzichten, einen Prozeß anzustrengen. Sie nehmen mögliches Unrecht auf sich, um größeres Unheil zu verhindern.

Daß Gesetz und Wirklichkeit auf weiten Gebieten auseinanderklaffen, hat viele und unterschiedlich gelagerte Gründe. Verantwortlich für dieses Spannungsverhältnis sind die starken Eigeninteressen, denen ein Gesetz möglicherweise entgegensteht, die mangelnde Macht des Staates oder auch der fehlende Wille staatlicher Organe zur Durchsetzung gewisser Normen, die öffentliche Meinung, die einer Gesetzesnorm entgegensteht, die Veränderung der sittlichen Anschauungen, die wirtschaftlichen Ungleichheiten zwischen möglichen Konfliktsparteien, die hohen Anwalts- und Prozeßkosten usw.

Es kann nicht Aufgabe dieses Aufsatzes sein, die angeführten Ursachen auszuloten bzw. durch Umfragen und andere Unter-

[4] ARTHUR NUSSBAUM, Über die Anwendung gewisser familien- und erbrechtlicher Vorschriften des BGB, ein Beitrag zur Rechtstatsachenforschung, AcP 128, 1928, S. 40–54, und 130, 1929, S. 332–340, jetzt in: ARTHUR NUSSBAUM, Die Rechtstatsachenforschung, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, hg. von Prof. Ernst E. Hirsch, Bd. 12, Berlin 1968, S. 134ff.

suchungen festzustellen, wie weit bei einzelnen Gesetzen ein Spannungsverhältnis zur Wirklichkeit überhaupt besteht. Es geht vielmehr um die Darlegung des generellen Spannungsverhältnisses von Norm und Wirklichkeit und um die Untersuchung der Frage nach dem Abhängigkeitsverhältnis der Norm von der Wirklichkeit.

Die Ausgangsfrage ist philosophischer Natur. Kann die Norm, kann das Sollen überhaupt von der Wirklichkeit losgelöst gedacht werden? Besteht also eine Beziehung zwischen der Norm, d. h. dem Sollen, und der Wirklichkeit? Worin drückt sich diese aus? Ergeben sich daraus für das Wesen der Normativität Konsequenzen und welche? Welche Wirkung hat die Sprache auf die Norm? Wie wirkt sich die Norm auf die Wirklichkeit aus und umgekehrt? Die Beantwortung dieser Fragen wird uns die enge Verzahnung von Norm und Wirklichkeit aufzeigen. Wir werden uns weiter fragen müssen, ob überhaupt eine Norm denkbar ist, welche zukünftige Wirklichkeiten herbeiführen kann, m.a.W., inwieweit sich die Normen des Rechts von den Gesetzen der Natur unterscheiden, also etwas anderes sind als bloße Abschriften, als statistische Wahrheiten über die Verhaltensweisen der Menschen. Dabei wird sich zudem die Frage stellen, ob die anthropologischen Voraussetzungen des Menschen es ihm ermöglichen, über seine unmittelbare Interessenverwirklichung hinaus sich Normen zu unterziehen, die beispielsweise einer gemeinsamen Interessenverwirklichung dienen. Können Normen den Menschen überhaupt beeinflussen oder ist sein Verhalten nichts anderes als unmittelbare Interessenverwirklichung? Sind gegebenenfalls die Normen etwas anderes, als – im Sinne der utilitaristischen Theorie – das kompossible Maximum der herrschenden Interessen der Gesellschaft?

Sollten wir zum Ergebnis kommen, daß der Mensch nach einem seiner unmittelbaren Interessenverwirklichung nicht unmittelbar dienenden Sollen ausgerichtet werden kann, stellt sich die erkenntnistheoretische Frage, ob er denn überhaupt die Fähigkeit hat, eine von seinen unmittelbaren Interessen unabhängige Sollensnorm zu finden und zu erkennen.

Wenn diese Voraussetzungen untersucht sind, wird die Frage nach den Voraussetzungen für den Erlaß guter bzw. relativ richtiger Normen gestellt werden müssen.

2. Die Kausalität von Norm und Wirklichkeit, faktische und rechtliche Geltung der Norm

Es ist vor allem das Verdienst der rechtsphilosophischen Schulen unseres Jahrhunderts – im Anschluß an AUSTINS Befehlstheorie –, das Wesen der Normen, der Sollensvorschriften untersucht zu haben. Dabei lassen sich drei große Hauptrichtungen voneinander unterscheiden:

- Die Uppsala-Schule, die vor allem durch OLIVECRONA, LUNDSTEDT und ROSS bekannt geworden ist und *den Verpflichtungsgehalt der Norm weitgehend leugnet*[5].
- Die auf AUSTIN und KELSEN zurückführende *Reduktion des Rechtsbegriffes auf die von jeglicher Wirklichkeit losgelöste Normativität*[6].
- Schließlich der auf IHERING, JELLINEK, RÜMELIN, KANTOROWICZ, EUGEN HUBER, EUGEN EHRLICH und THEODOR GEIGER zurückführende *juristische Realismus,* der in pragmatischer Weise zwischen dem juristischen Idealismus und dem Soziologismus zu vermitteln versucht[7].

2.1. Identität von Norm und Wirklichkeit

Zur besseren Darstellung dieser Problematik sei von einem utopischen Beispiel ausgegangen: Einigen Wissenschaftern wird der Auftrag erteilt, die Verhaltensweisen von außerirdischen, menschenähnlichen Wesen zu untersuchen. Sie sollen insbesondere herausfinden, wodurch ihr Verhalten bestimmt wird und ob es ge-

[5] KARL OLIVECRONA, Law as Fact, Copenhagen/London 1939; ANDERS V. LUNDSTEDT, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Bd. I und II, Berlin 1932, 1936; ALF ROSS, On Law and Justice, London 1958.

[6] Vgl. RUDOLF STAMMLER, Der Begriff des Rechts (1911), in: Begriff und Wesen des Rechts, hg. von Werner Maihofer, Darmstadt 1973, S. 309ff.; ebenda JULIUS BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsgeschichte (1932), S. 396ff.

[7] RUDOLPH VON IHERING, Begriff des Rechts (1865), in: Begriff und Wesen des Rechts (oben Anm. 6), S. 164ff.; ebenda: GEORG JELLINEK, Das Recht (1878), S. 208; GUSTAV RÜMELIN, Eine Definition des Rechts (1881), S. 222ff.; HERMANN U. KANTOROWICZ, Die neue Auffassung vom Recht (1906), S. 268ff.; EUGEN EHRLICH, Der praktische Rechtsbegriff (1913), S. 276; EUGEN HUBER, Das Wesen des Rechts (1922), S. 292ff.

wisse Gesetzmäßigkeiten gibt, bei deren Kenntnis die Verhaltensweisen der Anthropoiden vorausgesagt werden können.

Zuerst werden diese Wissenschafter, die mit den Anthropoiden sprachlich nicht verkehren können, die Verhaltensweisen dieser Wesen untersuchen. Sie werden gewisse statistische Wiederholungen feststellen: Beispielsweise halten die Autos an, wenn das Rotlicht aufleuchtet. Derartige Feststellungen können nun zu ganz verschiedenen Ergebnissen führen. *Die Empiriker* werden versuchen, Gesetzmäßigkeiten ähnlich den Naturgesetzen herauszufinden: Wie ein Stein herunterfällt, wenn man ihn losläßt, hält der Verkehr an, wenn rotes Licht aufleuchtet.

Sind die Gesetzmäßigkeiten erkannt, wird man nach den Ursachen forschen und diese Ursachen in den besonderen Eigenschaften dieser Anthropoiden zu finden hoffen. Manche werden behaupten, daß sich aus diesen oder jenen Eigenschaften der Anthropoiden notwendigerweise diese oder jene Verhaltensweisen ergeben. Dies ist der Weg, den die alte *Naturrechtslehre* eingeschlagen hat. Sie hat folgerichtig das «naturrechtswidrige» Verhalten als verwerfliches Verhalten qualifiziert und war in keiner Weise bereit, allenfalls die Gesetze zu überprüfen oder anzunehmen, daß auf Grund von besonderen Eigenschaften und Umständen sich auch andere Verhaltensweisen ergeben könnten[8]. Die *Naturwissenschafter* haben – im Gegensatz zur Naturrechtslehre – aus der Tatsache, daß gewisse Menschen sich nicht gesetzmäßig verhalten, ganz andere Schlüsse gezogen: Das anormale Verhalten eines Naturelements hat den Naturwissenschafter gezwungen, entweder seine Gesetze zu überprüfen oder gewisse Bedingungen und Voraussetzungen einzuschränken.

Die Sozialwissenschafter, die sich dieser Gruppe von Wissenschaftern beigesellen, werden davon ausgehen, daß die Komplexität der einzelnen Wesen so ungeheuer vielfältig ist, daß von einer eigenen Subjektivität und Individualität gesprochen werden muß oder doch wenigstens anzuerkennen ist, daß die Komplexität dieser Wesen unmöglich auf objektive, für alle geltende monokausale Gesetzmäßigkeiten oder Eigenschaften zurückgeführt werden

[8] H. L. A. HART, The Concept of Law, Oxford 1961, S. 181 ff.

kann. Sie werden daher vor allem umfassende empirische Untersuchungen über die Verhaltensweisen dieser Anthropoiden anstellen. Dabei stoßen sie vielleicht auf geschriebene allgemeine Gesetze, mit denen die Verhaltensweisen dieser Wesen teilweise übereinstimmen. *Diesen Gesetzen werden sie aber nur insoweit Beachtung schenken, als sie sich tatsächlich in der Wirklichkeit der Verhaltensweise dieser Anthropoiden bestätigen.* Gesetze, werden sie sagen, gelten auf diesem Planeten nur insoweit, als sie tatsächlich verwirklicht werden.

Zu dieser Richtung gehören vor allem die Vertreter der sogenannten Uppsala-Schule[9]. «In reality, the law of a country consists of an immense mass of ideas concerning human behaviour, accumulated during centuries through the contributions of innumerable collaborators. These ideas have been expressed in the imperative form by their originators, especially through formal legislation, and are being preserved in the same form in books of law. The ideas are again and again revived in human minds, accompanied by the imperative expression: ‹This line of conduct shall be taken› or something else to the same effect.»[10] Diese Betrachtungsweise führt zu einer Reduktion des Rechts: Recht ist nur, was in Wirklichkeit als Recht anerkannt und befolgt wird[11].

Die Wissenschafter, die die sozialen Phänomene der Anthropoiden untersuchen sollten, könnten ihrem Auftrag aber kaum gerecht werden, wenn sie ihre Untersuchungen nur auf der Reduktionsmethode aufbauen würden. Zu welchen Schlußfolgerungen müßten sie kommen, wenn sie beispielsweise feststellen würden, daß gewisse Verhaltensweisen nur von einem Teil der Anthropoiden befolgt werden, vom anderen Teil aber nicht? Sie könnten auch kaum Unterschiede feststellen zwischen den Tatsachen, daß die meisten Wesen am Morgen ihre Zeitung lesen und jährlich einmal die Steuern bezahlen. Zwischen dem gewohnheitsmäßigen Verhalten und jenem, zu dem man sich kraft einer Rechtspflicht verpflichtet fühlt, könnte hier nicht unterschieden werden. Die Empiriker wären auch kaum imstande, eine Antwort auf die Frage

[9] Karl Olivecrona, Law as Fact, Copenhagen/London 1939.

[10] Karl Olivecrona, a.a.O., S. 48.

[11] Karl Olivecrona, a.a.O., S. 50ff.

zu geben, inwieweit das Verhalten dieser Wesen gesteuert werden kann.

Natürlich könnten sie feststellen, daß Imperative und Normen von einem Machthaber und Souverän formuliert werden; aber diesen Normen käme wiederum nur insoweit eine Bedeutung zu, als sie von der Bevölkerung befolgt werden. Wesentlich für diese Betrachtungsweise ist nicht die rechtliche Inkraftsetzung und Promulgation eines Gesetzes, sondern seine Anerkennung. Diese Anerkennung kann dadurch gesteuert werden, daß die Verfassung, die diesen Verfahrensweg für den Erlaß der Gesetze vorsieht, ebenfalls anerkannt ist. Allein, zuletzt bleibt doch die Frage offen, weshalb dem Automobilisten, der das Rotlicht nicht beachtet, eine Buße auferlegt werden kann, während jemand ohne weiteres auf das Zeitungslesen am Morgen verzichten kann.

Diese «Anerkennungstheorien» verzichten somit auf die Untersuchung der Kausalität des menschlichen Verhaltens. Vom Verhalten, von der Wirklichkeit schließen sie auf die Anerkennung und prüfen kaum, wie diese Anerkennung allenfalls gesteuert werden könnte. Würden sie naturwissenschaftliche Untersuchungen vornehmen, so müßten sie sich auf reine statistische Untersuchungen beschränken. Sie würden feststellen, daß Steine zu Boden fallen, wenn man sie losläßt, wären jedoch nicht bereit zu untersuchen, welche Kraft diese Steine bei ihrem Verhalten beeinflußt. Wer aber die Kausalität nicht kennt, kann kaum Aussagen über die Steuerungsmöglichkeit und die Voraussehbarkeit des Verhaltens irgendeines Menschen machen. Ob diese Anerkennung durch den Richter oder durch die Bevölkerung erfolgt, ändert am Ergebnis letztlich nichts.

ALF ROSS definiert das Recht folgendermaßen: «A national law system, considered as a valid system of norms, can accordingly be defined as the norms which actually are operative in the mind of the judge, because they are felt by him to be socially binding and therefore obeyed. The test of the validity is that on this hypothesis – that is, accepting the system of norms as a scheme of interpretation – we can comprehend the actions of the judge (the decisions of the courts) as meaningful responses to given conditions and within certain limits predict them – in the same way as the norms of

chess enable us to understand the moves of the players as meaningful responses and predict them.»[12] «The point from which we set out is the hypothesis that a system of norms is ‹valid› if it is able to serve as a scheme of interpretation for a corresponding set of social actions in such a way that it becomes possible for us to comprehend this set of actions as a coherent whole of meaning and motivation, and within certain limits to predict them. *This capacity within the system is based on the fact that the norms are effectively complied with, because they are felt to be socially binding.*»[13]

Der Schluß von der wirklichen Anwendung der Norm auf ihre Gültigkeit führt zu jeglicher Negation der Spannung von Norm und Wirklichkeit. Konsequent weitergedacht führt er zur Aufhebung des Sollensgehaltes einer Norm. Eine geschriebene Norm, die nicht befolgt und anerkannt wird, ist nicht gültig. Also kann daraus kein Sollensgehalt abgeleitet werden. Die Norm löst sich in der Wirklichkeit auf. Diese naturwissenschaftliche Betrachtungsweise kann aber nicht ohne weiteres von der Rechtsphilosophie übernommen werden. Während naturwissenschaftliche Gesetze in der Regel aus der Extrapolation von Verhaltensbeobachtungen entstanden sind, können wir von den menschlichen Gesetzen nicht das gleiche sagen. Dort wird nämlich übersehen, daß sich auch derjenige, der sich nicht an das Recht gehalten hat, als Rechtsbrecher fühlt und nicht etwa der Auffassung ist, er habe deswegen rechtmäßig gehandelt, weil ihm gegenüber das Recht nicht durchgesetzt worden sei. Im Gegensatz zum naturwissenschaftlichen Bereich zwingt uns die Tatsache des abnormen Verhaltens nicht zu einer Überprüfung der Gesetze, sondern führt uns vorläufig zur Annahme, es sei willentlich und wissentlich ein Gesetz übertreten worden. Solche Überlegungen sind aber nur dann zulässig, wenn davon ausgegangen werden kann, daß die Norm unabhängig von der Verhaltenswirklichkeit existiert.

[12] Alf Ross, a.a.O., S. 35.
[13] Alf Ross, a.a.O., S. 34.

2.2. Der juristische Idealismus

Eine ganz andere Richtung schlagen die Vertreter des juristischen Idealismus ein. Sie werden, um beim Beispiel der Anthropoiden zu bleiben, nicht das Verhalten solcher Wesen eines fremden Planeten untersuchen, um die Gesetzmäßigkeiten herauszufinden. Für sie ist nicht das Verhalten der Anthropoiden maßgebend, sondern der Wille, der das Verhalten nicht tatsächlich, sondern eben ideell bestimmt. «Es ist diese unverbrüchliche Einheit in dem Gedanken des Rechtes, die für alle besondere Rechtsbetrachtung die notwendige Bedingung bildet, und die in ihrer formal bestimmenden Bedeutung als letzte Voraussetzung alles rechtlichen Denkens und Urteilens *den Begriff des Rechtes* dahin wiedergibt: *das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen.*»[14]

Der juristische Idealismus findet seine Wurzeln einerseits in der angelsächsischen, auf HOBBES und AUSTIN zurückgehenden Rechtsphilosophie und andererseits in dem durch HEGEL beeinflußten Neukantianismus. KELSENS Beschränkung der Rechtswissenschaft auf die reine Untersuchung der Normativität kann sicher für sich in Anspruch nehmen, logisch und konsequent zu sein. Das Hauptproblem des Idealismus liegt nicht in der fehlenden Logik, sondern vielmehr in der mageren Aussage, in ihrer Wirkungslosigkeit für die Gesellschaft überhaupt. Was haben denn Normen für eine Bedeutung, wenn sie keine Wirkung zeitigen? Ist das Recht nicht in erster Linie und vor allem auf die Wirklichkeit angelegt? Darf sich der Gesetzgeber damit begnügen, stahlklare, logische, sich in das Rechtssystem einfügende Normen zu erlassen? Muß er sich nicht immer wieder fragen, welche Wirkung seine gesetzgeberische Tätigkeit hervorbringt? Die Rechtswissenschaft von ihrem Wirklichkeitsgehalt zu entleeren, heißt sich in den Elfenbeinturm zurückziehen und sich dem l'art pour l'art hingeben.

Wie läßt sich das Sollen überhaupt beurteilen, wenn nicht klar ist, was es für eine Wirkung auf den Adressaten hat? Das Sollen ist nicht bloß eine besondere Form sprachlicher Artikulation; es hat nur eine Bedeutung, wenn es Wirkung erzeugt. Was wäre KELSENS reine Rechtslehre, wenn die beiden Sätze: «Du bist nicht tot» und

[14] RUDOLF STAMMLER, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Halle 1923, S. 69.

«Du sollst nicht töten» keine oder die gleiche Wirkung erzeugen würden? Über das Sollen und die Norm kann also überhaupt keine Aussage gemacht werden, wenn nicht ihre Spannung zur Wirklichkeit mit in Betracht gezogen wird. Wenn das Sollen für gewisse Verhaltensweisen nicht mehr kausal ist, kann es auch nicht mehr als Sollen gewertet werden. Eine Wissenschaft, die ihre eigene Grundlage nicht untersuchen will, ist letztlich wertlos.

Ein besonderer Zweig des juristischen Idealismus ist wohl die Begriffsjurisprudenz. Würden Vertreter der Begriffsjurisprudenz den Auftrag erhalten, die Normativität und das Verhalten von Anthropoiden auf fremden Planeten zu erforschen, könnten sie sich darauf beschränken, in einer abgeschiedenen Bibliothek auf unserem Planeten nach den Begriffen zu forschen, um daraus die entscheidenden normativen Inhalte für das Verhalten fremder Anthropoiden abzuleiten. Für sie ist nicht der Rechtssatz, sondern der Begriff das Maßgebende. «Auch der eigentliche Gedanke des Rechtssatzes stellt sich noch dar in Begriffen, d.h. in Zusammenfassungen von Denkelementen; es kommt darauf an, die Begriffe in ihre Bestandtheile aufzulösen, die in ihnen enthaltenen Denkelemente aufzuweisen... Es liegt zugleich auf der Hand, daß erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System der Rechte, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze, ergeben kann.»[15]

Der Gesetzgeber im Staate der Begriffsjuristen hat ein armseliges Werk zu vollbringen. Er kann Gesetze machen wie er will, die Begriffe, die er verwendet, haben eine von ihm vollständig unabhängige und autonome Bedeutung. Eigentum, Vertrag, Besitz, Kauf usw. existieren ganz unabhängig davon, ob und wie der Gesetzgeber sie verwenden will. Weder die Normen noch das Verhalten der Menschen, sondern vielmehr die leblose Wissenschaft ist für die Bestimmung des Inhaltes der Normativität maßgebend[16].

[15] BERNHARD WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Bd. 1, Stuttgart 1879, S. 64.

[16] PHILIPP HECK, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 72ff.

2.3. Norm als Chance der Durchsetzbarkeit – Interessenjurisprudenz und pragmatischer Realismus

Der weltfremden Begriffsjurisprudenz widmete IHERING in seinem Buch «Scherz und Ernst in der Jurisprudenz» einige unvergeßliche, immer wieder ins Gedächtnis zu rufende Zeilen: «Da Du Romanist bist, so kommst Du in den juristischen Begriffshimmel. In ihm findest Du alle die juristischen Begriffe, mit denen Du Dich auf Erden so viel beschäftigt hast, wieder. Aber nicht in ihrer unvollkommenenen Gestalt, in ihrer Verunstaltung, die sie auf Erden durch die Gesetzgeber und Praktiker erfahren haben, sondern in ihrer vollendeten, fleckenlosen Reinheit und idealen Schönheit. ... Die Sonne ist die Quelle alles Lebens, aber die Begriffe vertragen sich nicht mit dem Leben, sie haben eine Welt für sich nötig, in der sie ganz für sich allein existieren, fern von jeglicher Berührung mit dem Leben. – Aber wie können denn die Theoretiker, die dorthin kommen, in dieser Dunkelheit sehen? – Die Augen des Theoretikers sind schon auf Erden daran gewöhnt ins Dunkle zu sehen.»[17]

Diese kurzen Zeilen IHERINGs eröffnen dem Recht eine neue Welt. Das Recht gehört nicht in die Dunkelheit der reinen Theorie. Es hat wirkliche Zusammenhänge und Ursachen aufzudecken. Die Vertreter des pragmatischen Realismus, der in IHERING und SAVIGNY seine Wurzeln findet und wohl auf die großen Staatstheoretiker wie LOCKE und MONTESQUIEU, PUFENDORF und ALTHUSIUS zurückgeführt werden kann, können für sich vielleicht nicht die reine Logik und Konsequenz, dafür aber die Wirklichkeitsnähe in Anspruch nehmen. Ihre Aussagen haben eine Bedeutung für die Rechtswelt und den Gesetzgeber. Sie decken die engen Zusammenhänge und Beziehungen auf, die zwischen Methode und Rechtsquellenlehren bestehen.

Am Anfang dieser Richtung steht die Interessenjurisprudenz von RUDOLF VON IHERING. Seine Lehren haben vor allem in der Praxis auch heute noch einen beherrschenden Einfluß. «Die neuere Richtung hat erkannt, daß für die Rechtsnormen die Interessen kausal

[17] RUDOLPH VON IHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 13. Aufl., Leipzig 1924, unveränderter Nachdruck Darmstadt 1964, S. 249ff.

sind, indem sie Sollvorstellungen zur Folge haben.»[18] Das Interesse ist somit die Grundlage der Rechtsentstehung. Das Interesse will aber verwirklicht werden, es drängt zur Verwirklichung. «Denn das Wesen des Rechts, was immerhin auch seine Aufgabe, sein Ziel, sein Inhalt sein möge, besteht in der *Verwirklichung,* die Voraussetzung dazu aber ist die Macht, das Organ und der Träger der Macht aber der Wille.»[19] Indem IHERING auf diese Weise Macht und Wille verbindet, findet er die Brücke zwischen der faktischen und der rechtlichen Geltung der Norm. Allerdings sieht auch IHERING, daß es innerhalb der Rechtsordnung Punkte gibt, wo der Zwang, die Macht, versagt. «Der Monarch, welcher die Verfassung verletzt, der Geschworne, welcher gegen besseres Wissen den Angeklagten verurteilt oder freispricht, vergeht sich gegen das *Recht,* nicht gegen die *Moral,* das Recht kann beide nur nicht erreichen.»[20]

Die Verwandtschaft IHERINGS mit den Verfechtern der utilitaristischen Rechtsphilosophie, mit dem amerikanischen Realismus, sein Einfluß auf EUGEN HUBER und auf den größten Teil der schweizerischen rechtsphilosophischen Literatur, sein Einfluß auf die Rechtssoziologie, auf die liberale und die marxistische Rechtswelt zeigen die ungeheure Spannweite seiner Denkenskraft, die noch heute kaum ausgeschöpft ist.

Für GUSTAV RÜMELIN, der die Gedanken IHERINGS weitergeführt hat, ist allerdings die Verwirklichung des Rechts nicht von zentraler Bedeutung. «Man sollte schon nicht erwarten: Das Recht ist Sicherung, sondern nur etwa, der Zweck, das Princip des Rechtes ist Sicherung. Denn die Sicherung selbst ist ein Erfolg, den das Recht erstreben, aber nicht verbürgen kann.»[21] Demgegenüber ist für IHERING das Recht nicht nur mit der Chance zur Verwirklichung, sondern mit der tatsächlichen Lebensverwirklichung selbst

[18] PHILIPP HECK, a.a.O., S. 73.

[19] RUDOLPH VON IHERING, Begriff des Rechts, in: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 8. Aufl., Basel 1954, S. 327–339, zit. aus: Begriff und Wesen des Rechts (oben Anm. 6), S. 165.

[20] RUDOLPH VON IHERING, a.a.O., S. 182.

[21] GUSTAV RÜMELIN, Eine Definition des Rechts, in: Begriff und Wesen des Rechts (oben Anm. 6), S. 237.

verbunden. «Ils (les gouvernants) doivent donc donner des règles qui soient désirées et seront respectées. Leur volonté est déterminée par des milliers de volontés individuelles qui s'accordent ou s'opposent.»[22] Diese Gedanken von GEORGES RIPERT entsprechen der IHERINGschen Betrachtungsweise wohl mehr als jene von GUSTAV RÜMELIN.

Der Unterschied zwischen RÜMELIN und RIPERT ist allerdings erheblich. Ob dem Recht lediglich die *Zweckrichtung* oder auch die *Zweckverwirklichung* zugeschrieben wird, ist von entscheidender Bedeutung. Von RÜMELINS Gedankenführung bis zum reinen Voluntarismus ist ein kleiner Schritt. Andererseits steht RIPERTS Realismus in engem Zusammenhang mit der Uppsala-Schule und der totalen Auflösung des Rechts in der Wirklichkeit. Die IHERINGsche Gratwanderung zwischen dem reinen Voluntarismus und der Auflösung des Rechts in der Wirklichkeit ist nur wenigen gelungen. Das Problem kann mit einem Satz von THEODOR GEIGER folgendermaßen umschrieben werden: «Daß eine Norm verbindlich ist, bedeutet: Es besteht eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß entweder ihr gemäß gehandelt wird, oder eine Reaktion auf Zuwiderhandlung folgt.»[23] Das Recht ist nicht einfach Wirklichkeit, es ist nicht einfach wirklichkeitsfremder Wille, es ist vielmehr *Chance* zur Verwirklichung. Diese Chance ist sowohl auf die faktischen Verhältnisse wie auch auf die Rechtsgeltung und ihre Autorität zurückzuführen, die beide das Verhalten des Menschen beeinflussen.

Mit anderen Worten: Wenn unsere Wissenschafter vom fremden Planeten zurückkommen, wollen wir von ihnen nicht nur wissen, was für positive Imperative dort bestehen, noch wie sich diese Menschen in Tat und Wahrheit verhalten. Wir wollen vielmehr erfahren, welches Verhältnis zwischen den positiven Imperativen und dem Verhalten der Anthropoiden besteht. Nur so können wir wissen, inwieweit bei der Änderung eines Imperativs die Chance zu einer Veränderung des Verhaltens gegeben ist bzw. wie ein Imperativ ausgestaltet und mit welchen Sanktionen er versehen werden muß, damit die menschenähnlichen Wesen ihn befolgen.

[22] GEORGES RIPERT, Les Forces créatrices du droit, Paris 1955, S. 72.

[23] THEODOR GEIGER, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Berlin 1964, S. 214.

Die reinen Empiriker unter den Juristen und Soziologen verkennen, daß – anders als im naturwissenschaftlichen Bereich – das Verhalten des Menschen durch die Änderung der Gesetze tatsächlich verändert werden kann. Der Stein fällt immer zu Boden, auch wenn man dafür ein anderes Gesetz formuliert. Nur wenn andere Ursachen, andere Bedingungen gesetzt werden, läßt sich das Verhalten lebloser Objekte verändern. Beim Menschen ist dies anders: Sein Verhalten ist zumindest teilweise durch die Normen bestimmt.

Der Fehler des Voluntarismus besteht darin, daß er lediglich die Normen untersucht ohne sich zu fragen, ob sie auch tatsächlich Ursache für ein besonderes Verhalten sind. Wer sich diesem Problem nicht stellt, muß sich letztlich auch nicht fragen, inwieweit eine Norm überhaupt eine für das Verhalten des Menschen mögliche Ursache *sein kann*. Mit anderen Worten: Es ist nicht zu prüfen, ob eine Norm der Natur des Menschen so angepaßt ist, daß sich dieser ihr entsprechend verhalten kann.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich ganz deutlich, *daß Normen nur dann als Rechtsnormen qualifizierbar sind, wenn sie Ursache für ein bestimmtes menschliches Verhalten sein können*. Die Frage nach der Verbindlichkeit, nach der Geltung der Rechtsnorm ist nichts anderes als die Frage nach deren Ursache. Die Geltung beruht somit einerseits auf der faktischen Anerkennung der Normen durch die Adressaten, die dadurch die Macht der Herrschenden begründen, und andererseits in der rechtlichen Legitimation, die den rechtmäßigen Behörden die größeren Macht- und Anerkennungschancen verleiht.

Wenn aber die Rechtsnorm Ursache für das menschliche Verhalten ist, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Ursache und Wirklichkeit. Inwieweit kann die Norm tatsächlich Ursache für die Wirklichkeit sein? Inwieweit beeinflußt die Wirklichkeit die Ursache? Wie ist dieses Verhältnis ausgestaltet? Diesen Fragen werden wir im nächsten Abschnitt nachzugehen versuchen.

3. Das Verhältnis von Norm und Wirklichkeit

3.1. Norm – Sprache – Wirklichkeit

Das Verhältnis von Norm und Wirklichkeit wird bereits von der Tatsache her beeinflußt, daß sich die Norm lediglich mit dem Mittel der Sprache ausdrücken läßt, d.h. daß aus der sprachlichen Ursache eine Verhaltenswirklichkeit werden muß. Deshalb ist es notwendig, das Verhältnis von Sprache, Norm und Wirklichkeit vorgängig zu untersuchen, bevor die Wirkungen der Ursache im einzelnen dargelegt werden können.

Worte und Begriffe zerschneiden die Wirklichkeit. Mit ihnen bezeichnen wir Gegenstände wie zum Beispiel das Pferd, die Presse, das Ortsbild, die Freiheit usw. Der wirkliche Inhalt dieser Begriffe kann auf zwei verschiedene Arten bestimmt sein. Es ist möglich, daß zum voraus genau festgelegt wird, was der Inhalt eines zu schaffenden Wortes sein soll. Solche Begriffe finden wir vor allem in der Wissenschaftssprache. Dort können wir schon vorher vereinbaren, was unter diesem oder jenem Begriff (z.B. Atom) zu verstehen ist[24].

Die Alltagssprache dagegen entwickelt sich ganz anders. Sie läßt sich nicht fesseln wie die Wissenschaftssprache. Der Inhalt ihrer Worte und Begriffe verändert sich mit der Veränderung der gesellschaftlichen Anschauungen. Wir wissen zwar, was ein Buch, was ein Haus, was Freiheit, was Presse ist, aber wir können diese Ausdrücke nicht leichthin definieren. Wir erahnen den Kern der Bedeutung eines Wortes, aber wir können nicht ohne weiteres die klaren und eindeutigen Grenzen des Umfanges der Bedeutung finden und feststellen.

Ganz eindeutig ist die Sprache des Rechts der Alltagssprache zuzuordnen[25]. Maßgebend für die Interpretation von rechtlichen Begriffen ist der allgemeine Sprachgebrauch. Dies kommt im folgen-

[24] Dazu HELMUT SEIFFERT, Einführung in die Wissenschaftstheorie 1, München 1971, S. 30ff. und THOMAS FLEINER, Recht – Sprache – Wirklichkeit, Zeitschrift für Philosophie und Theologie, Bd. 19, 1972, S. 170.

[25] KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. neu bearbeitete Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969, S. 301ff.

den Zitat des Urteils eines kantonalen Gerichtes deutlich zum Ausdruck: «Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Wille des historischen Gesetzgebers bei der Interpretation des Gesetzes nur soweit zu beachten, als er für den vernünftigen und korrekten Gesetzesadressaten erkennbar im Gesetz verankert ist. Gerade das muß hier beachtet werden. Wohl scheint streng wissenschaftlich der Ausdruck ‹Funktion› oder ‹funktionell› eine eher etwas einschränkende Bedeutung zu haben. Innerhalb der Sprachwissenschaft kommt es auf die Bedeutung der Wort- und Satzteile in einem größeren Ganzen an. Im allgemeinen Sprachgebrauch aber haben die Wörter ‹Funktion› oder ‹funktionell› eine weitere Bedeutung, nämlich so wie sie eben *spontan und ohne lange sprachwissenschaftliche Untersuchung* vom Finanzdirektor gegeben wurde.... Gerade ein Steuergesetz, das den Stimmbürger viel unmittelbarer trifft und interessiert als manch andere Gesetzesvorlage, muß so interpretiert werden, wie es der gewöhnliche Stimmbürger versteht und auf Grund von Äußerungen einer zuständigen Person verstehen durfte und darf.»[26] «A word has a meaning, more or less vague; but the meaning is only to be discovered by observing its use; the use comes first, and the meaning is distilled out of it.»[27]

Wenn aber die Imperative der Rechtssprache im Sinne der Alltagssprache verstanden werden müssen, so muß bedacht werden, daß die Wortbedeutung der Alltagssprache drei verschiedene Konstituanten hat. Jedes Wort hat einmal einen *begrifflichen* Inhalt von größerer oder geringerer Bestimmtheit. Es hat aber auch einen *Nebensinn,* unter dem alle Assoziationen zu verstehen sind, die ein Wort gewohnheitsmäßig und unwillkürlich in uns hervorruft. Schließlich hat das Wort auch einen Gefühlswert oder *Stimmungsgehalt*[28]. Wenn somit die geschriebene oder gesprochene Norm Ursache für ein bestimmtes Verhalten sein soll, müssen bereits von der sprachlichen Bedeutung her diese drei verschiedenen Konstituanten mitberücksichtigt werden. Sie machen verständlich, wie

[26] Entscheid der aargauischen Steuerrekurskommission, ZBl 1971, S. 389f.

[27] BERTRAND RUSSEL, zit. in: HORST GECKELER, Strukturelle Semantik und Wortfeldtheorie, München 1971, S. 65.

[28] K.O.ERDMANN, Die Bedeutung des Wortes, zit. in: HORST GECKELER, a.a.O. (Anm. 27), S. 70.

schwierig es ist, durch abstrakte gesprochene oder geschriebene Normen ein eindeutig klares Verhalten hervorzurufen und Imperative zu formulieren, deren Nebenwirkungen nicht größer sind als die Hauptwirkung.

Rechtsnormen entstehen nicht von heute auf morgen. Jeder Rechtsverwirklichung geht vielmehr ein langsamer und stufenweiser Prozeß voraus[29]. Der Gesetzgeber, der die Normen erläßt, befindet sich in einer bestimmten gesellschaftlichen und geschichtlichen Situation. Er sieht eine Wirklichkeit vor sich, die er bereits selber interpretiert. Mit den Normen will er entweder diese Wirklichkeit verändern oder stabilisieren. Der Gesetzgeber muß also die Wirklichkeit in sein Verständnis umsetzen. Aber schon an die Wirklichkeit selbst wird er mit einem bestimmten Vorverständnis herantreten. Dieses Vorverständnis wird von der politischen und gesellschaftlichen Struktur, vom Milieu, von der geschichtlichen Tradition, in der er aufgewachsen ist, sowie von den persönlichen Motivationen derjenigen beeinflußt sein, die in erster Linie an der entsprechenden Gesetzgebung mitgearbeitet haben.

Plötzlich sich ereignende soziale Unruhen werden den einzelnen Parlamentariern in verschiedenem Licht erscheinen. Nicht alle Abgeordneten werden die gleichen Prioritäten setzen; sie werden die Ereignisse und ihre weiteren Auswirkungen unterschiedlich werten und für die Qualifizierung der Tatbestände unter Umständen verschiedene sprachliche Ausdrücke verwenden. Die einen werden von Rebellen sprechen, die anderen von Unruhestiftern, die dritten von Halbstarken, die vierten von Studenten und andere von Jugendlichen. Vom Ausdruck Krawall bis zum Ausdruck Revolution und Bürgerkrieg, vom studentischen Bubenstreich bis zur Revolte wird man die verschiedensten Schattierungen von Begriffen verwenden. Für die einen wird die Tatsache im Vordergrund stehen, daß Jugendliche von Polizisten geschlagen wurden, andere hingegen werden darauf hinweisen, daß die Rebellen mit Steinen geworfen haben. Hier wird bereits deutlich, wie verschiedenartig Wirklichkeit interpretiert wird, wenn der einzelne diese Wirklichkeit mit seinem

[29] Vgl. dazu H. HART/A. SACKS, The Legal Process, Tentative Edition, Cambridge (Mass.) 1958.

bestehenden Vorverständnis oder mit seinem eigenen Wertfilter betrachtet.

Eine ähnliche Bedeutung kommt der Bewertung der Mittel zu, mit denen der Gesetzgeber der Wirklichkeit begegnen will. Genügt das Mittel der Mahnung und Drohung, bedarf es der Strafen und Maßnahmen, genügt eine repressive polizeiliche Kontrolle oder bedarf es präventiver Mittel? Je nachdem wie die Mittel gewertet werden, wird der Gesetzgeber anders entscheiden[30].

Geht es dann schließlich darum, aus den einzelnen, konkreten Tatbeständen, die sich kasuistisch aneinanderreihen, abstrakte Tatbestände zu formulieren, so werden die verschiedensten Vorstellungen über die Konkretisierung der abstrakten Begriffe geäußert werden. Der Begriff des Landschafts- und Ortsbildes wird bei den Abgeordneten ganz verschiedene Vorstellungen hervorrufen. Auch über die sprachlich geäußerte Idealvorstellung einer Wirklichkeit werden die Mitglieder des gesetzgebenden Organs unterschiedliche Vorstellungen haben.

Noch komplexer ist die Umsetzung der sprachlichen abstrakten Imperative auf die konkrete Wirklichkeit durch den Richter oder durch den Verwaltungsbeamten. Der Richter selbst hat ja eine Wertskala, einen Wertfilter, mit dem er die Wirklichkeit betrachtet. Dieser Filter ist geprägt von seinen eigenen Erfahrungen, von seinem Milieu, von seinen Normvorstellungen und von seinen Kenntnissen. Mit diesem Wertverständnis betrachtet der Richter einen bereits geschehenen, ihm gegenüber sprachlich geschilderten Tatbestand. Er sieht den Angeklagten oder die Prozeßparteien, die in ihm bestimmte Eindrücke hervorrufen. Diese Wirklichkeit, die er sieht, muß er mit derjenigen, die er sich auf Grund der Norm vorstellt, in Übereinstimmung bringen. Die Bewertung beider Wirklichkeiten wird weitgehend von seiner subjektiven Wertskala abhängig sein. Je nachdem, ob diese Wirklichkeiten in seinem Verständnis in Einklang gebracht werden können oder nicht, wird er zu einem positiven oder negativen Urteil kommen.

Die Sprache ist die Brücke, die das Recht mit der Wirklichkeit

[30] Vgl. dazu HANS G. HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, Bern 1971, S. 14ff.; THOMAS FLEINER, a.a.O. (oben Anm. 24), S. 179ff.

verbindet. Sowohl die Norm wie auch die Wirklichkeit lassen sich ohne Sprache nicht denken. Recht wird erst durch Sprache. Wirklichkeit aber läßt sich nur durch Sprache mitteilen und verstehen. Sein und Sollen wachsen in der Sprache zu einer Einheit zusammen. Sie werden geprägt durch die Sprache. Die Norm ist entstanden aus einer gesellschaftlichen Wirklichkeit, und sie zielt darauf ab, eine neue Wirklichkeit zu formen. Aus alter Welt soll neue Welt werden. Dies ist das Wesen des Sollens, das zwischen zwei Seinsbereichen steht. Der Inhalt dieses Sollens, d.h. der Norminhalt, wird aber von der Wirklichkeit her bestimmt, während die Vorstellung der Wirklichkeit, die zu beurteilen ist, ihrerseits von den Sollensnormen bereits gefiltert wird. Der Übergang zwischen Norm und Wirklichkeit findet in unserer Vorstellungswelt statt und wird weitgehend vom Vorverständnis der jeweiligen Wirklichkeit her bestimmt. Es ist ein fließender Übergang.

3.2. Wirkung der Norm auf die Wirklichkeit

Nach den Ausführungen über das Verhältnis von Norm, Sprache und Wirklichkeit soll nun dargelegt werden, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Norm einen Einfluß auf die Wirklichkeit ausüben kann. FRANKFURTER, der berühmte Richter am Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten, soll einmal gesagt haben, er würde lieber unter sowjetischem Recht leben, das von amerikanischen Richtern angewendet werde, als unter amerikanischem Recht, das von sowjetischen Richtern angewendet werde. Bekannt sind auch die folgenden Aussprüche: Als es im Staate Massachusetts einmal drunter und drüber ging, soll ein bekannter politischer Führer gesagt haben: «Was wir brauchen, ist eine neue Verfassung.» Sein Gegner soll ihm dann geantwortet haben: «Nein, was wir brauchen, sind Persönlichkeiten, nicht Institutionen.»

Dieser Streit ist bis heute nicht verebbt und zeichnet sich übrigens auch bei den Auseinandersetzungen für oder gegen eine Totalrevision der Bundesverfassung ab. «Da haben wir aber auch diejenigen Gegner, welche vor allem den Glauben an bloße Worte und

Formulierungen verloren haben und ‹den Narren überlassen wollen, über die besten Staatsformen und Verfassungen zu streiten›; ...»[31]

Daß diese Fragen Probleme von durchaus praktischer Bedeutung aufwerfen, zeigt etwa die Diskussion um das neue Gesetz über die Schwangerschaftsunterbrechung. Je nachdem, welchen Effektivitätsgehalt man einer strafrechtlichen Norm über die Schwangerschaftsunterbrechung zuweist, wird man sich für oder gegen die Fristenlösung zu entscheiden haben. Jedenfalls werden jene, die für das «Recht auf Leben» eintreten, nur dann die Strafbarkeit der Schwangerschaftsunterbrechung verlangen können, wenn auf Grund empirischer Untersuchungen anzunehmen ist, daß dadurch mehr ungeborenes Leben gerettet werden kann.

Diese Fragen sind denn durchaus nicht neu und wurden insbesondere im Zusammenhang mit der Kodifikation neuer Rechtsnormen immer wieder gestellt. ARTHUR NUSSBAUM[32] hat bereits darauf hingewiesen, wie wenig beispielsweise die erb- und familienrechtlichen Bestimmungen des BGB überhaupt zur Anwendung gelangen. Bekannt ist auch, daß dem Vater des schweizerischen Zivilgesetzbuches, EUGEN HUBER, diese Gedanken mehr als vertraut waren[32a].

Die Frage nach der Beziehung von Norm und Wirklichkeit stellt sich aber nur, wenn vorausgesetzt wird, daß zwischen der Norm und der Wirklichkeit, zwischen dem Sein und dem Sollen ein Unterschied besteht. «Insofern enthält die These, wonach Sollensnormen nicht auf Seinstatsachen induktiv gegründet werden, eine unumstößliche Wahrheit, aber auch eine unvollständige Erkenntnis, in der die Einsicht fehlt, daß in den Erscheinungen der Wirklichkeit *Ordnungszusammenhänge* enthalten sind, die den Inhalt einer rechtlichen Sollensnorm durchaus mitbegründen können, allerdings nur als rechtliche *Vorformen, Bauelemente, Strukturen* oder wie immer man sie nennen mag. ‹Vorgegeben› sind sie für das Recht in dem Sinne, daß sie Berücksichtigung in der Gestaltung

[31] Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973, S. 16.

[32] ARTHUR NUSSBAUM, Die Rechtstatsachenforschung (oben Anm. 4), S. 134ff.

[32a] EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921, insbes. S. 245ff.

des rechtlichen Sollensinhaltes erfordern.»[33] Norm und Wirklichkeit stehen somit in einem engen Wechselverhältnis zueinander. Die Norm wird von der Wirklichkeit bestimmt und sie bestimmt die Wirklichkeit etwa im Sinne von JOHN RAWLS als «coercive order of public rules addressed to rational persons for the purpose of regulating their conduct...»[34].

3.2.1. Die Trendveränderung oder Trendstabilisierung

Allgemeine Verhaltensvorschriften

Ein Beispiel, wieviel Mühe und Arbeit es kostet, gewohnheitsmäßiges Verhalten selbst dort zu verändern, wo der Mensch schon um seiner eigenen Sicherheit willen ein Interesse zur Änderung hat, zeigt der Wechsel vom Linksverkehr auf den Rechtsverkehr in Schweden[35]. Am 3. September 1967, einem Sonntag, wurde in Schweden vom Links- auf den Rechtsverkehr umgestellt. Bereits im Frühjahr 1966 hatte man mit einer allgemeinen Aufklärungskampagne für diese Verkehrsumstellung begonnen. «Ziel dieser Kampagne war es, Interesse zu wecken und den Grundstein dafür zu legen, daß der folgende zwangsläufige Ablauf selbstverständlich als richtig anerkannt werde.»[36] In einer zweiten Phase der Aufklärungsarbeit ging es dann darum, das Bewußtsein der Verkehrsteilnehmer für das Wie und Warum des Verkehrs und die einzelnen Verkehrsvorgänge zu schulen. Wer nämlich den Verkehr bewußt miterlebt, kann viel leichter vom Links- auf den Rechtsverkehr umstellen, als wer die Verkehrsvorgänge unbewußt mitvollzieht. Erst in der dritten Phase wurde mit der eigentlichen Unterrichtung für die neuen Verkehrszeichen begonnen. Man machte die Bevöl-

[33] HEINRICH HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, Berlin 1964, S. 163.

[34] JOHN RAWLS, A Theory of Justice, Cambridge (Mass.) 1972, S. 235.

[35] Vgl. dazu die allerdings kaum tiefgreifende Fallstudie von BRITT-MARI PERRSON BLEVGAD und JETTE MØLLER-NIELSEN, Recht als Mittel des sozialen Wandels – Eine Fallstudie, in: Zur Effektivität des Rechts, hg. von Manfred Rehbinder und Helmut Schelsky, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. III, Düsseldorf 1972, S. 427.

[36] R. LINDE, ADAC München, Straßenverkehrstechnik, Heft 9/10, 1967, S. 128.

kerung auf die Maßnahmen aufmerksam, die mit der Umstellung in unmittelbarem Zusammenhang standen.

Am 19. August 1967 setzte die eigentliche Umstellungskampagne ein. Radio und Fernsehen berichteten den ganzen Tag in ihren Programmen über die Umstellung. Broschüren an Haushaltungen, Schulunterricht usw. ergänzten die Aufklärungsarbeiten der Massenmedien. 15000 Jugendliche wurden überdies besonders ausgebildet, damit sie der Bevölkerung am Tage X helfend zur Verfügung stehen konnten [37]. Neben der Aufklärungskampagne mußten noch weitere, zusätzliche verkehrstechnische Maßnahmen getroffen werden, mit denen die praktische Durchführung und deren Überwachung sichergestellt werden konnte.

Das Ergebnis all dieser Vorbereitungsmaßnahmen ist verblüffend: Es war ohne größere Unfallquote möglich, von einem Tag auf den anderen vom Links- auf den Rechtsverkehr umzustellen. Mit genügend Vorarbeit und mit einer hinreichend umfassenden Aufklärungskampagne ist es also ohne weiteres möglich, durch Normen die Wirklichkeit zu verändern. Allerdings fallen bei diesem Beispiel besondere Gesichtspunkte sehr stark ins Gewicht:

1. Es handelt sich um ein Gesetz, das für alle gleichermaßen gilt und einigermaßen die gleichen Konsequenzen hat.
2. Das Interesse an der Befolgung des neuen Gesetzes ist für jeden gleich stark, da er sonst mit einem großen Unfallrisiko zu rechnen hat. Der einzelne Bürger ist also aus eigenem Interesse gewillt, die neuen Normen zu befolgen.
3. Das Gesetz läßt sich leicht kontrollieren und durchsetzen.

Das Beispiel Schweden zeigt demnach, daß mit Gesetzen lediglich dann ein gewohnheitsmäßiges Verhalten verändert werden kann, wenn die Norm jeden trifft, leicht kontrollierbar ist und von jedem aus eigenem Antrieb befolgt werden will. Ähnliches ließe sich auch vom Sonntagsfahrverbot sagen, das in den meisten europäischen Staaten wegen der Ölkrise im Herbst 1973 eingeführt und von der Bevölkerung zum großen Teil befolgt worden ist. Ob dieser Erfolg allerdings auch für längere Zeit hätte sichergestellt werden können, muß offen bleiben. Ein befristetes Sonntagsfahrver-

[37] R. LINDE, a.a.O., S. 128.

bot traf ja die wesentlichen Interessen der Bevölkerung kaum, was bei einem unbefristeten Fahrverbot allerdings der Fall gewesen wäre.

Eine weitere Gruppe von Gesetzen enthält Vorschriften, die ebenfalls die Interessen eines großen Bevölkerungsteils gleichmäßig treffen und tatsächlich freiwillig befolgt werden, die aber in ihrer Durchsetzung nur schwer zu kontrollieren sind. Es handelt sich hier vor allem um Normen auf dem Gebiete des Strafrechts. Die Nebenwirkungen von strafrechtlichen Normen, die kaum oder nur selten durchgesetzt werden, schildert HERBERT L. PACKER [38] folgendermaßen:

"(1) Rarity of enforcement creates a problem of arbitrary police and prosecutorial discretion.
(2) The extreme difficulty of detecting such conduct leads to undesirable police practices.
(3) The existence of the proscription tends to create a deviant subculture.
(4) Widespread knowledge that the law is violated with impunity by thousands every day creates disrespect for law generally.
(5) No secular harm can be shown to result from such conduct.
(6) The theoretical availability of criminal sanctions creates a situation in which extortion and, on occasion, police corruption may take place.
(7) There is substantial evidence that the moral sense of the community no longer exerts strong pressure for the use of criminal sanctions.
(8) No utilitarian goal of criminal punishment is substantially advanced by proscribing private adult consensual sexual conduct."

Es stellt sich die Frage, wann mit einer großen Dunkelziffer zu rechnen ist [38a]. Sicher dann, wenn eine Norm weder von der Moral unterstützt noch ihre Befolgung kontrolliert werden kann und wenn sie wesentliche Interessen beschränkt.

Dies gilt insbesondere auch für Normen auf dem Gebiete des Steuerrechts. In einer interessanten Untersuchung über die Wirkung von Strafen auf dem Gebiete des Steuerrechts stellen RI-

[38] HERBERT L. PACKER, The Limits of the Criminal Sanction, Stanford (Calif.) 1969, S. 304.

[38a] Vgl. dazu GERD WINTER, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, Berlin 1969; GERD SPITTLER, Norm und Sanktion, Olten/Freiburg i. Br. 1967, sowie PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973, S. 146ff. und dort aufgeführte Literatur.

CHARD D. SCHWARTZ und SONYA ORLEANS folgendes fest: «It has been established that at least one-fourth of all taxpayers evade taxes to some degree»[39]. Die Untersuchungen von SCHWARTZ sind derart interessant, daß wir die Ergebnisse kurz festhalten wollen. SCHWARTZ stellt fest, daß sich Leute aus der Arbeiterklasse, die wenig gebildet sind, sehr stark durch moralische, an das Gewissen appellierende Normen beeinflussen lassen. Besser ausgebildete Personen der oberen Schichten reagieren auf derartige Appelle weit weniger[40]. Umgekehrt wirken Strafandrohungen auf weniger gebildete Leute weniger stark als auf gebildete. Auch die Religion beeinflußt die Einstellung gegenüber Verhaltensvorschriften. Katholiken zeigen die stärkste Abhängigkeit von Normen, unabhängig von irgendwelchen Strafandrohungen, gefolgt von Protestanten und Juden. «Catholics showed little normative reaction to sanction threat (2%) and actually declined slightly (3%) in these responses upon being confronted with considerations of conscience. Perhaps their normative orientation is so well set by initial training or so exclusively related to an authoritative church that they do not respond to appeals or threats from other sources. By contrast, Protestants and Jews increased their normative statements to a point exceeding the Catholics under conscience appeals. Protestants showed an increase of 31% in normative content under conscience appeals and Jews were almost equally responsive to the conscience appeal (28%). Jews showed a slightly greater normative reaction (19%) than Protestants (15%) to sanction threat, the effects of which brought Jews and Protestants virtually up to the positions of the Catholics.»[41] Aus diesen Untersuchungen lassen sich folgende Schlußfolgerungen ziehen:

1. Die Verhaltensweise gegenüber Normen wird stark von kulturellen und sozialen Faktoren beeinflußt.
2. Der Appell an das Gewissen zeitigt für gewöhnlich eine größere Wirkung auf Gruppen mit anfänglich geringer innerer normati-

[39] RICHARD D. SCHWARTZ/SONYA ORLEANS, On Legal Sanctions, 34 University of Chicago Law Review 1967, S. 282–300, in: Lawrence M. Friedman/Stewart Macaulay, Law and Behavioral Sciences, New York 1969, S. 249ff.

[40] RICHARD D. SCHWARTZ, a.a.O., S. 254.

[41] RICHARD D. SCHWARTZ, a.a.O., S. 256.

ver Bereitschaft als auf Gruppen, die eine hohe normative Bereitschaft aufweisen.

3. Strafandrohungen haben in der Regel eine gemischte Wirkung auf die genannten Gruppen; sie erhöhen jedenfalls das moralische Bewußtsein.

«Sanction Threat increases normative orientation most markedly among the upper class, the better educated, and non-Catholics. Appeals to conscience change attitudes towards tax compliance most among the best and least well-educated, those employed by others, and Protestants and Jews. As to actual changes in tax compliance, returns currently available for the gross treatment groups suggest that conscience appeals are more effective than sanction threats, though both have some effect. The conscience appeal appears, moreover, to produce less loss through resistance, an effect implied by the increase in aggregate deductions noted in the sanction-treated group.»[42]

Obschon diese und andere, ähnliche Untersuchungen[43] deutlich zeigen, daß diese Fragen äußerst differenziert anzugehen und die Schlußfolgerungen mit besonderer Vorsicht zu ziehen sind, führen sie uns doch klar vor Augen, wie mangelhaft die Kenntnisse auf diesem Gebiete sind, bzw. was alles noch zu tun wäre, um dem Gesetzgeber die notwendigen Informationen zu liefern, die er beim Erlaß beispielsweise von Strafgesetzen haben müßte. Man denke nur an die Problematik, die der Erlaß eines Gesetzes über die Bestrafung der Unterbrechung der Schwangerschaft mit sich bringt[44]. Das Justiz- und Polizeidepartement schreibt dazu, die Expertenkommission habe in einem Grundsatzentscheid einhellig festge-

[42] RICHARD D. SCHWARTZ, a.a.O., S. 261.

[43] J. T. ROMANS, Moral Suasion as an Instrument of Economic Policy, 56 American Economic Review 1966, S. 1220; WILLIAM J. CHAMBLISS, Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions, Wisconsin Law Review 1967, S. 703; ERNEST VAN DEN HAAG, On Deterrence and the Death Penalty, 78 Ethics 1968, S. 280; HARRY V. BALL/LAWRENCE M. FRIEDMAN, The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View, 17 Stanford Law Review 197, 1965, S. 216–17, in: L. Friedman/St. Macaulay, Law and the Behavioral Science (oben Anm. 39).

[44] Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Straflose Unterbrechung der Schwangerschaft, Einladung zur Vernehmlassung, Bern 1973.

stellt, daß das keimende Leben ebensosehr wie das Leben nach der Geburt strafrechtlich zu schützen sei. Expertenkommission und Departement ziehen aber offenbar aus dieser Zielsetzung verschiedene Schlüsse. In ihrer Mehrheit gelangt die Expertenkommission zur Anerkennung der Fristenlösung, während das Departement der Auffassung ist, mit der Fristenlösung könne das Leben des ungeborenen Kindes in den ersten drei Monaten nicht geschützt werden. Es bedürfe eines strafrechtlichen Schutzes.

Dieses Dilemma kann der Gesetzgeber ehrlicherweise nur dann lösen, wenn er über die Wirkung von strafrechtlichen Normen einigermaßen Klarheit hat. Auseinandersetzungen über die Glaubhaftigkeit oder Unglaubwürdigkeit von Dunkelziffern nützen wenig.

In diesem Zusammenhang ist auch auf das Argument hinzuweisen, daß strafrechtliche Normen einen Einfluß auf die moralischen Auffassungen der Bevölkerung haben können. Auch dazu gibt es leider nur wenige Untersuchungen[45], die überdies noch zu wenig erhärtet sind und in ihren Ergebnissen zu widersprüchlichen Schlußfolgerungen führen. Sie zeigen aber deutlich, daß manche klassischen Vorstellungen über die Wirkung des Rechts auf die Moral möglicherweise überprüft werden müssen. So ergab beispielsweise ein Test, daß sich Personen in ihren moralischen Auffassungen kaum beeinflussen ließen, wenn man ihnen bekanntgab, eine Handlung sei gesetzlich verboten. Viel größer als der Einfluß von Normen war hingegen der Einfluß der öffentlichen Meinung. Die meisten Testpersonen änderten nämlich ihre vorhergehende Meinung über die Verwerflichkeit einer Handlung, nachdem ihnen mitgeteilt wurde, eine Umfrage hätte ergeben, daß 80–90% der Personen ihres Standes diese Handlung als verwerflich ansehen würden[46]. Einer späteren Untersuchung ist dann allerdings zu entnehmen, daß dieses Ergebnis differenzierter zu betrach-

[45] LEONARD BERKOWITZ/NIGEL WALKER, Laws and Moral Judgments, 30 Sociometry 1967, S. 410ff.; JEROME H. SKOLNICK, Coercion to Virtue – The Enforcement of Morals, 41 Southern California Law Review 1968, S. 588ff., in: L. Friedman/St. Macaulay (oben Anm. 39).

[46] LEONARD BERKOWITZ/NIGEL WALKER, Laws and Moral Judgments, a.a.O., in: L. Friedman/St. Macaulay (oben Anm. 39).

ten ist: «The legal structure did appear to exert more pressure on some persons than on others to engage in non-conformist rather than conformist behavior.»[47] Immerhin läßt sich daraus der Schluß ziehen, daß sich Non-Konformisten und autoritäre Persönlichkeiten durch Rechtsnormen weniger beeinflussen lassen als Personen mit sozialem Verantwortungsgefühl.

Verteilende Normen

Gegenüber den Normen, die die Interessen der Betroffenen gleichermaßen schützen und beschränken, müssen vor allem auch jene Gesetze in Betracht gezogen werden, die sich auf die bestehende Interessenlage verteilend auswirken. Dazu zählen insbesondere Gesetze auf den Gebieten des Wirtschaftsrechts, des Konjunkturmaßnahmerechts, des Steuerrechts und des Umweltschutzrechtes. Eine Untersuchung über die normativen Wirkungen der Einführung der Mehrwertsteuer in Holland kommt zum Schluß, daß diejenigen Unternehmungen, deren Interessen stärker belastet werden, eine negativere Einstellung gegenüber verteilenden Gesetzen haben als die anderen[48]. Obschon das Ergebnis dieser Untersuchung kaum überrascht, erscheint es doch sinnvoll, die Konsequenzen etwas näher zu überprüfen. «Nach üblicher Auffassung wird die Durchsetzung des gesetzten Rechts von zwei Faktoren getragen, die sich wechselseitig ergänzen: von Konsens und von Zwangsgewalt.»[49] Folglich kann ein Gesetz nur soviel Widerstand ertragen, als Zwangsgewalt zur Durchsetzung des Gesetzes zur Verfügung steht. Diese Aussage kann allerdings auch umgekehrt werden: Ein Gesetz, das einen großen Widerstand erzeugt, muß gleichzeitig soviele Zwangsmittel und Gewalt zur Verfügung stellen, daß es durchgesetzt werden kann. Mit anderen Worten: Unbeliebte Gesetze setzen ein Terrorregime voraus, demokratische Staaten hingegen

[47] HARRY V. BALL, Social Structure and Rent-Control Violations, 65 American Journal of Sociology 1960, S. 598, in: L. Friedman/St. Macaulay, a.a.O., S. 225.

[48] CEES J. M. SCHNYT/JOOP C. M. RUYS, Die Einstellung gegenüber neuen sozialökonomischen Gesetzen, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (oben Anm. 35), S. 565ff.

[49] NIKLAS LUHMANN, Rechtssoziologie, Bd. 2, Hamburg 1972, S. 268.

können sich nur Gesetze leisten, die auf den Konsens der großen Mehrheit abgestützt sind.

Es stellt sich somit die Frage, inwieweit durch ein neues Gesetz der Konsens der Bevölkerung allenfalls verbessert werden kann. Dieser Konsens ist bekanntlich von ganz verschiedenen Faktoren abhängig: Von der Interessenlage des Adressaten, von seiner Persönlichkeit, von seinem Bildungsniveau, von seinen moralischen Auffassungen, von seinen Rechtskenntnissen, von seiner Autoritätsgläubigkeit, von der Information über die Normen durch die Behörden, von allfälligen Strafandrohungen und Durchsetzungschancen der Norm, vom Verfahren, in dem die Norm entstanden ist und durch das die Norm auf den konkreten Einzelfall angewendet wird, von der allgemeinen Einstellung der Bevölkerung zu den Normen und Gesetzen, von der politischen Atmosphäre, von der Fähigkeit und Legitimität der politischen Führungsspitze, von den Nebenwirkungen der Normen, von der Wirtschaftslage usw. Ein Gesetz, das sich auf die Interessenlage der Bevölkerung verteilend auswirkt, muß deshalb mit besonderer Sorgfalt vorbereitet werden. Der Gesetzgeber muß alles dafür verwenden, um den Konsens auch jener Bevölkerungsschicht zu erlangen, deren Interessenlage durch das Gesetz besonders stark betroffen ist, will er nicht zu Zwangs- und Terrormaßnahmen greifen.

Institutionen

Neben den Gesetzen, die sich unmittelbar an das Verhalten der Adressaten richten oder die für die Adressaten eine verteilende Funktion ausüben, gibt es eine ganze Fülle von Normen, die das Verfahren und die Institutionen für den Erlaß von Verhaltensvorschriften regeln und einsetzen. Was für Auswirkungen haben derartige Normen? Zu dieser Frage hält der Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Totalrevision folgende Antworten fest: «Eine Verfassung ist immerhin berufen, ‹Mechaniken› oder ‹Techniken› für die zu treffenden Entscheidungen bereitzuhalten und sie eben unter der Idee der Freiheit (...) auszugestalten. ... Schon heute, schon vorher, zeigt sich indessen, daß der Gang der wirklichen Entscheidungen teils aus den verfassungsmäßigen Bahnen

herausgetreten ist und sich eigengesetzliche tatsächliche Wege geebnet hat. Mit einer Totalrevision muß beides getan werden: Es muß erstens auf das Ansinnen verzichtet werden, daß die Verfassung im wesentlichen nur einen und einen einheitlichen ‹Mechanismus› für die Bildung eines ebenfalls einzigen und einheitlichen Staatswillens vorzuschreiben habe. Zum Beispiel wird man froh sein müssen, wenn ein gewisses Gleichgewicht zwischen Parlament und Regierung die frühere Vorherrschaft des Parlaments ablöst und nicht die jetzige Vorherrschaft der Regierung sich noch mehr ausprägt. Zweitens muß gleichwohl darnach getrachtet werden, wild gewachsene Praktiken der Beeinflussung oder Fällung staatlicher Entscheidung dort zu unterbinden oder in die Bahnen der Verfassung zurückzuführen, wo selbst in einer pluralistischen Demokratie Verfassungsmäßigkeit unverzichtbar ist und der Verfassung eine Funktion fortwährender Staatseinheitsbildung zufällt.»[50] Die weiteren normativen Möglichkeiten der Verfassung sieht die Arbeitsgruppe vor allem in der Fähigkeit der Verfassung, eine dauerhafte Ordnung zu verbürgen und im Volke eine integrierende Funktion auszuüben. Demgegenüber ist sich aber die Arbeitsgruppe durchaus im klaren über die beschränkten Möglichkeiten einer Verfassungsrevision[51].

Inwieweit läßt sich die Gesellschaft durch normierte Institutionen verändern oder auch stabilisieren? Die Untersuchungen von RICHARD SCHWARTZ über zwei israelische Kibbuz können uns bei der Beantwortung dieser Frage vielleicht einen kleinen Schritt weiterhelfen[52]. Das eine Kibbuz, das von SCHWARTZ untersucht wurde, war eine total kollektivistische Gemeinschaft ohne irgendwelche rechtlichen Institutionen. Im anderen Kibbuz kannte man gewisse rechtliche Grundlagen wie ein teilweises Eigentumsrecht, ein gesetzgebendes und ein richterliches Organ. Das Kibbuz ohne rechtliche Institutionen existierte nur, solange die Personen total in das Kibbuz integriert waren. Sobald ein Mitglied des Kibbuz sich in

[50] Schlußbericht der Arbeitsgruppe für die Totalrevision der BV, 1973, S. 16/17.

[51] Ebenda, S. 33 und S. 43.

[52] RICHARD D. SCHWARTZ, Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements, 63 Yale Law Journal, 1954, S. 471, in: L. Friedman/St. Macaulay (oben Anm. 39), S. 509ff.

irgendeiner Weise unsozial verhielt, mußte es aus dem Kibbuz ausgestoßen werden, da es keine differenzierten Straf- und Sanktionsmöglichkeiten gab. Die Konsequenz dieses Kibbuz war denn auch ein Leben ohne Privatsphäre, ein Leben unter ständiger Kontrolle aller Nachbarn. Arbeitsteilungen gab es keine, da niemand in der Lage war, solche für alle vorzuschreiben. Ausgesprochene Privilegien gab es für niemanden. Allerdings kannte das kollektivistische Kibbuz dennoch gewisse Klassenunterschiede, die aber nicht bewußt, sondern unbewußt akzeptiert wurden.

Dieser Untersuchung kann denn auch entnommen werden, daß eine Gesellschaft mit Arbeitsteilung, Privatsphäre, Toleranz und der Akzeptierung von nicht-konformen Gesellschaftsmitgliedern, mit Leistungsprinzip usw. erst möglich ist, wenn rechtliche Institutionen vorliegen, die ein gewisses Eigentumsrecht vorsehen, ein Vertragsrecht ausgestalten, gesetzgeberische Körperschaften anerkennen und eine Institution haben, die autoritativ die Gesetze und Normen anwenden kann.

Dabei bleibt allerdings die grundlegende Frage offen, ob es jeweils die Stärkeren sind, die gegenüber den Schwächeren solche rechtlichen Institutionen einführen, um ihre Privilegien sicherzustellen, oder ob sich derartige Entwicklungen erst auf Grund von rechtlichen Normen ergeben. Sicher besteht auch auf dem Gebiete der Institutionen eine intensive Wechselwirkung zwischen Norm und Wirklichkeit. Verschiedene Gründe lassen aber durchaus die Annahme zu, daß Institutionen zumindest in ihren Nebenwirkungen langfristig einen Einfluß auf den gesellschaftlichen Wandel haben können, der sehr bedeutend ist[53]. Dies beweist schon die Tatsache, daß Auseinandersetzungen über neue Institutionen in der Regel viel härter geführt werden als über allgemeine Verhaltensvorschriften. Der Einfluß einer umfassenden Mitbestimmungsregelung geht bedeutend weiter als eine Preis- und Lohnkontrolle. Institutionen lassen sich weniger leicht umgehen als andere Verhaltensvorschriften. Ein Beispiel für die Wirksamkeit der Institutionen

[53] Vgl. dazu die überaus interessanten Ausführungen von THOMAS RAISER, Sozialer Wandel durch Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (oben Anm. 35), S. 305 ff.; ebenda: HANS RYFFEL, Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts, S. 225 ff.

ist die Einführung der Volksrechte, insbesondere des fakultativen Referendums, in der Schweiz. Der Einfluß privater Wirtschaftsverbände auf die Gesetzgebung und der Wandel der Stellung des Parlamentes im gesamten Regierungsprozeß wären niemals so stark gewesen, wenn das Referendum nicht im Hintergrund dem einen als Waffe, den anderen als Entschuldigung für mangelnde Führung gedient hätte[54].

Der Grund, weshalb institutionelle Veränderungen möglicherweise einen größeren Einfluß auf die gesellschaftliche Wirklichkeit ausüben können als reine Verhaltensvorschriften, liegt wohl darin, daß durch diese neuen Institutionen Entscheidungszentren geschaffen werden, die die einflußreichen Gruppen der Gesellschaft zwingen, ihre Kanäle zu benützen, um mit ihrer Macht die gesellschaftliche Entwicklung zu beeinflussen. Durch die Einführung neuer Institutionen oder durch die Veränderung bestehender Einrichtungen der Gesellschaft werden somit nicht neue Machtzentren, sondern neue Kanäle geschaffen, die die Machtzentren für ihren Einfluß benützen müssen[55].

Zusammenfassung

Eingangs dieses Abschnittes haben wir uns die Frage gestellt, inwieweit durch Normen ein gesellschaftlicher Trend verändert werden kann. Unsere Ausführungen haben gezeigt, daß kaum genügend empirische Untersuchungen vorhanden sind, die eine eindeutige Antwort auf diese Frage geben, geschweige denn aufzeigen könnten, mit welchen Chancen irgendeine Norm in einer gesellschaftlichen Situation verwirklicht werden kann. Man kann zwar feststellen, daß die Probleme je nachdem, ob es sich um Verhaltensvorschriften, verteilende Gesetze oder Institutionen handelt, an-

[54] Dazu ROGER GIROD, L'électeur genevois, Centre de sociologie, Université de Genève 1971; LEONHARDT NEIDHART, Determinanten des politischen Verhaltens bei Sachentscheidungen, Schweizer Jahrbuch für politische Wissenschaften 1971, S. 61 ff.; HANS HUBER, Das Gesetzesreferendum, Recht und Staat, Heft 383, Tübingen 1969.

[55] FRIEDER NASCHOLD, Systemsteuerung, in: NARR/NASCHOLD, Einführung in die moderne politische Theorie, Teil II, 2. Aufl., Stuttgart 1971.

ders liegen. Wollte man der Komplexität dieser Problematik in ihrem ganzen Umfange nachgehen, so müßte eine Untersuchung über die Voraussetzungen der Normwirkung beim Adressaten und bei seiner Umwelt einsetzen. Je nach der Stellung, der Persönlichkeit, dem Charakter, der moralischen Auffassung und den Interessen des Adressaten wird eine neue Norm eine bessere oder schlechtere Chance auf Veränderung seiner Einstellung haben. Auch die Umwelt, das Milieu, in dem sich der Adressat befindet, beeinflußt ihn. Es kommt darauf an, ob das Volk grundsätzlich der Regierung, der Gesetzgebung und der richterlichen Gewalt vertraut, wie stark der Durchsetzungswille ist, wie der Vollzugsapparat funktioniert, was für ein Rang den Gesetzen in ihrer allgemeinen Bedeutung gegenüber den moralischen Auffassungen des Volkes zukommt, wie es mit der intersubjektiv ausweisbaren Richtigkeit der Norm steht und schließlich, ob die Norm durch das Verfahren, durch das sie entstanden ist, genügend legitimiert ist.

Diese stichwortartigen Hinweise deuten an, welches Feld noch abzustecken wäre, bis eine einigermaßen haltbare Untersuchung über die Beantwortung dieser Fragen vorliegen könnte. Allerdings deuten alle bisherigen empirischen Untersuchungen darauf hin, daß die These von der reinen Abhängigkeit der Norm von den faktischen gesellschaftlichen Gegebenheiten, die von MARX über AUGUSTE COMTE bis zu den modernen Soziologen immer wieder vertreten wird, in dieser allgemeinen Form nicht haltbar ist. In einem beschränkten Rahmen sind Trendveränderungen durch die Schaffung neuer Normen möglich. Mit einem Sonntagsfahrverbot kann verhindert werden, daß Autos am Sonntag fahren, mit Subventionen und Anbauprämien kann ein beschränkter Einfluß auf die landwirtschaftliche Nutzung des Bodens ausgeübt werden, institutionelle Veränderungen können langfristig den Entscheidungsprozeß und damit das Entscheidungsergebnis und dadurch die Entscheidungsträger und ihre Machtabhängigkeit verändern. Diese Trendveränderungen sind allerdings nur in einem sehr beschränkten, engen gesellschaftlichen Rahmen möglich. Stößt die Norm auf starken Widerstand, wird sie entweder nicht vollzogen, sie wird umgangen oder es werden alle politischen Machtmöglichkeiten eingesetzt, um sie zu verändern. Als klassische Beispiele dazu

sind die Anwendung der Konjunkturartikel in den Entwicklungskantonen, jene der «Lex Furgler» in den Berggebieten und der dringliche Bundesbeschluß über die Raumplanung zu nennen. Der Gesetzgeber wird dieser Tatsache vor allem dann Rechnung tragen müssen, wenn er in seinen Gesetzen generelle Ausnahmen vorsieht[56], um zu verhindern, daß ein politischer Druck auf die schwachen Anwendungsorgane ausgeübt und dadurch das Gesetz ausgehöhlt wird.

3.2.2. Die Trendverstärkung

Viel besser als Trendveränderung läßt sich die bekannte These der Trendverstärkung durch die Normen nachweisen, die von MARX, AUGUSTE COMTE, IHERING und den modernen Soziologen aufgestellt wird. Beispielsweise führen die zu engherzige Behandlung eines Rechtsinstitutes, der gesellschaftliche Zwang und die besonderen sozialen Notwendigkeiten dazu, daß der Gesetzgeber das Recht den neuen gesellschaftlichen Verhältnissen anpassen muß. So finden wir in der Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Zivilgesetzbuches betreffend die Adoption und den Art. 321 ZGB folgende aufschlußreiche Bemerkungen[57]: Die Adoption «entspricht echten Bedürfnissen auf Seiten des angenommenen Kindes wie der annehmenden Eltern und leistet einen wesentlichen Beitrag zum Aufbau und Gedeihen der Familie. Es kann aber nicht verkannt werden, daß die geltende Regelung des Instituts Mängel aufweist, die eine Verwirklichung seines Sinnes in verschiedener Hinsicht ernstlich beeinträchtigen.... *Der entscheidende Anstoß zur Revision geht vom Funktionswandel der Adoption aus...*».

Das Privatrecht läßt der Gesellschaft allerdings noch einen weiten Raum freier Gestaltung. Aus der Nichtanwendung eines privatrechtlichen Institutes darf deshalb noch nicht ohne weiteres auf eine Rechtsverwilderung oder auf einen gesellschaftlichen Zwang zur Rechtsveränderung geschlossen werden. «Wenn man dem Familienvater in früheren Perioden ein ius vitae ac necis zugeschrie-

[56] Wie etwa in dem vom Nationalrat gutgeheißenen Art. 35 des BG über die Raumplanung.

[57] BBl 1971 I, S. 1212.

ben hat, so darf das in keinem Falle so verstanden werden, als ob der Vater das Kind in jenen Zeiten mit ausgesuchter Brutalität behandelt und von Zeit zu Zeit ein Kind abgeschlachtet habe, sondern jene alte strenge Regel gibt nur Zeugnis von der Mangelhaftigkeit, in der zu damaliger Zeit die tatsächliche Stellung des Kindes in der Gemeinschaft erfaßt worden ist.»[58]

Bedeutend problematischer wird es, wenn Zwangsnormen den gesellschaftlichen Anforderungen, Bedürfnissen oder Entscheidungen nicht mehr Rechnung tragen. Dies führt zum Verfall der Norm, zum Scheingesetz[59]. Jede Norm strebt schließlich zur Allgemeingültigkeit; wenn sie ungestraft gebrochen werden kann, verliert sie ihren Verpflichtungscharakter und verletzt ihr eigenes rechtliches Fundament: die Rechtsgleichheit[60]. Das Recht ist nicht abstrakte, von der konkreten Wirklichkeit losgelöste Normenordnung[61]. Der juristische Formalismus bedarf eben methodischer Erarbeitung «der materialen – um nicht zu sagen soziologischen und teleologischen – Gehalte, die Voraussetzung und Gegenstand seiner Normen sind»[62]. Die Normen stehen also in einem dialektischen Spannungsverhältnis zur Wirklichkeit, die Norm kann von der Normverwirklichung nicht losgelöst betrachtet werden[63]. Sie wird bereits bei ihrer Entstehung von der Wirklichkeit her bestimmt und ist in ihrer Anwendung auf die Wirklichkeit ausgerichtet[64], soweit diese das Vorverständnis der rechtsanwendenden Behörde prägt[65]. «Ich sprach aber von den innerlich bildenden Kräften, nicht von der äußeren Verfassung unserer Staaten, wollte also nicht behaupten, der Senat der Juristen und die Comitien des Volkes müßten das Recht eigentlich beschließen, und die Gesetzgebung der Monarchen sei ein Eingriff in jenes der wahren Verfassung gemäße Recht.

[58] EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung (oben Anm. 32a), S. 246f.

[59] WILHELM HARRIS, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, Recht und Staat, Heft 373/74, 1968, S. 23 und insbesondere JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung, ZSR 92 II, 1973, S. 726f.

[60] HERMANN HELLER, Allgemeine Staatslehre, Leiden 1934, S. 254.

[61] REINHOLD ZIPPELIUS, Das Wesen des Rechts, 2. Aufl., München 1969, S. 27.

[62] RUDOLF SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, München/Leipzig 1928, S. 5.

[63] ZIPPELIUS, a.a.O., S. 27f.

[64] Schlußbericht der Arbeitsgruppen für die Totalrevision der BV, 1973, S. 43.

[65] HANS G. HINDERLING, a.a.O. (oben Anm. 30), S. 143ff.

Vielmehr, wenn ein solcher Senat und solche Comitien existierten, würde ich von ihnen Dasselbe behaupten, was von den Monarchen gilt, daß ihr Beruf sei, das unabhängig von ihnen seiende Recht zu erkennen und auszusprechen, und daß sie diesen Beruf verkennen, wenn sie (obgleich in guter Absicht) ihre Willkür an dessen Stelle setzen. ... In demselben Sinn und in keinem andern habe ich behauptet, es sei unrechter Gebrauch der Gesetzgebung, wenn durch dieselbe das Recht mit Willkür gemacht, und nicht vielmehr das im Volk ohne Zutun irgend einer Willkür (es sei des Volkes oder des Regenten) lebende Recht anerkannt und ausgesprochen werden solle, indem eben dieses in jedem Volke lebende Recht das allein vernunftmäßige ist.»[66]

Seit den Anfängen der Auseinandersetzung um das Naturrecht und den Rechtspositivismus haben sich die Vertreter des dritten Weges, die Realisten und Pragmatiker unter den Juristen, einen Weg gebahnt, der ständig an Bedeutung zunimmt. «Fragen wir zuerst nach dem Inhalt des Gesetzes, so ist derselbe schon durch diese Herleitung der gesetzgebenden Gewalt bestimmt: das schon vorhandene Volksrecht ist dieser Inhalt, oder, was dasselbe sagt, das Gesetz ist das Organ des Volksrechts.»[67] Ähnliche Gedanken finden wir bei einem weiteren Vertreter des juristischen Historismus. «Nicht der Gesetzgeber hat erstmals die Ordnung geschaffen. Er hat schon eine vorgefunden, der er sein eigenes Dasein, d.h. seine Zuständigkeit, verdankt. Die Normen, die er ausspricht, können darum, ihrer Menge ungeachtet, wie man auch schon bemerkt hat, nur ‹sekundär› sein.»[68] Nach WILLIAM SUMNER hat das Recht lediglich die Aufgabe, dafür zu sorgen, daß alle «have equal chances so far as chances are provided or limited by the action of society»[69]. Das positive Gesetz wird damit auf eine Feuerwehr-

[66] FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Recension von N. Th. v. Gönner, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, Erlangen bei Palm 1815, in: Vermischte Schriften, Berlin 1850, Bd. 5, S. 128ff.

[67] F.C. VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 39.

[68] KARL VON AMIRA, Vom Wesen des Rechts, Beilage zur Allgemeinen Zeitung, München, vom 7. Dez. 1906, Nr. 284, S. 457ff., in: Begriff und Wesen des Rechts (oben Anm. 6), S. 79.

[69] Zit. aus HARRY V. BALL/GEORGE EATON SIMPSON/KIYOSHI IKEDA, A Re-Exami-

aufgabe zurückgedrängt. Natürlich gibt es auch nach SUMNER Gesetze, die über diese Aufgabe hinausgehen, aber diese Gesetze sind nichts anderes als Kodifikationen bestehender Sitten und Gebräuche, sie sind Kristallisationspunkte der «mores» und der «collective power». Solange die Gesellschaft aber nicht «the stage of verification, reflection and criticism» erreicht hat, ist positives Recht unmöglich[70].

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber nicht mehr in der Lage ist, mit seinen Normen einen Trend aufzuhalten oder gar zu steuern, wird von DAVID POTTER als grundlegende Krise unseres Rechts angesehen[71]. Nach ihm besteht dieses Regierungssystem, das «government by consent», erst seit zweihundert Jahren. In den früheren Jahrhunderten seien die Machtverhältnisse mehr oder weniger klar gewesen; man habe sie allenfalls mit dem Mittel der Gewalt zu verändern versucht. Ein System könne eben nur Bestand haben, wenn die Gesellschaft einen gewissen Homogenitäts- und Integrationsgrad erreicht habe. Das Problem der heutigen Krise des Rechts bestehe nun aber gerade darin, daß die gesellschaftlichen Gruppen in der Massengesellschaft sich viel unkontrollierter entfalten und damit Auffangbecken für radikale Elemente werden könnten. Auf dieser Basis könnte – immer nach POTTER – ein System mit einer zurückhaltend («self-restraint») ausgeübten Macht und zurückhaltend ausgeübter Freiheit durch die Bürger nicht mehr funktionieren.

So bestechend diese kritische Analyse auch sein mag, zur Lösung der Probleme hilft sie nicht weiter. POTTER zeigt denn auch keine Alternativen auf, die als notwendige Grundlage für ein eigentliches Führungssystem dienen könnten.

An gewichtigen Argumenten, die dafür sprechen, daß sich mit Normen der gesellschaftliche Trend höchstens verstärken, aber niemals verändern läßt, sind demnach die folgenden anzuführen:

nation of William Graham Sumner on Law and Social Change, 14 Journal of Legal Education, 3, S. 307.

[70] Ebenda, S. 308.

[71] DAVID M. POTTER, Changing Patterns of Social Cohesion and the Crisis of Law under a System of Government by Consent, hg. von Eugene V. Rostow, Is Law Dead? New York 1971, S. 260ff.

Rechtsnormen sind das Ergebnis und die Kodifikation des bestehenden *Volksgeistes* (SAVIGNY). Normen sind die Verwirklichung der *Interessen* (IHERING) oder der *wirtschaftlichen Machtverhältnisse* (MARX). Diese Ohnmacht des Rechts ergibt sich aber auch aus der Tatsache, daß die *rechtsanwendenden Organe,* wie Richter und Beamte, selber aus der gleichen herrschenden gesellschaftlichen Struktur stammen und deshalb das Recht so auslegen und anwenden, wie es der bestehenden gesellschaftlichen Interessenlage entspricht[72].

Wären alle diese Argumente richtig und zutreffend, hätten die Gesetze letztlich überhaupt keine Bedeutung mehr. Normen könnten ja nur noch so weit gelten, als sie mit den wirklichen Interessen und Machtverhältnissen übereinstimmen würden. Normen wären dann im Sinne von JEROME FRANK ein reines Ferment, das neben vielen anderen Einflußbereichen die richterliche Entscheidung auch noch etwas zu beeinflussen vermöchte[73]. Aufgabe des Gesetzgebers wäre es dann, wirklichkeitsgetreue Normen zu schaffen, die möglichst wenig Sollensinhalte begründen.

Den genannten Argumenten stehen meines Erachtens aber auch bedeutende Gegenargumente gegenüber: *Einmal zeigt die Praxis, daß eine Trendveränderung tatsächlich möglich ist.* So war es mittels Normen möglich, in Schweden vom Links- auf den Rechtsverkehr umzustellen; das Steuerrecht kann tatsächlich eine – allerdings sehr beschränkte – verteilende Funktion ausüben. In Zukunft könnte auch die Einführung einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer für viele Unternehmen von einschneidender Bedeutung sein.

Des weitern ist in Betracht zu ziehen, daß auch der berühmte Volksgeist selber von den Normen beeinflußt ist. Die bestehende Rechtsstruktur hat ja ihrerseits einen Einfluß auf den Volksgeist, den sie durchaus in der einen oder anderen Richtung verändern kann.

Die Leugnung der Trendveränderung durch die Normen kommt

[72] Vgl. dazu die Untersuchungen von RÜDIGER LAUTMANN, Justiz – die stille Gewalt, Frankfurt 1972; WALTER O. WEYRAUCH, Zum Gesellschaftsbild des Juristen, Berlin/Neuwied 1970.

[73] JEROME FRANK, Law and the Modern Mind, New York 1963, S. 284, sowie der Begründer des «Legal Realism» KARL LLEWELLYN, Some Realism about Realism, Harvard Law Review 1931, S. 1221.

einer einseitigen Betrachtungsweise von Norm und Wirklichkeit gleich. Sie bestreitet das Vorhandensein der Wechselwirkung von Norm und Wirklichkeit und ist einseitig auf die Betrachtung der Wirklichkeit bedacht. Unsere Darlegungen ließen aber sehr deutlich erkennen, daß eine solche Wechselwirkung vorhanden sein muß. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, daß ja jede Wirklichkeit vom Gesetzgeber mit seinem eigenen Erkenntnisfilter, mit seinem Vorverständnis und damit etwas verändert betrachtet wird. Allerdings wird es sehr schwierig sein, mittels empirischer Untersuchungen festzustellen, wie stark der Trend durch Normen verändert werden kann. Denn derartige Untersuchungen können immer nur die Ergebnisse der Normwirkung festhalten, sie können jedoch nicht empirisch erfassen, inwieweit beim Nichtvorhandensein der Norm bzw. bei anderen gesellschaftlichen Verhältnissen sich ein anderer Trend entwickelt hätte.

Schließlich stoßen wir bei verschiedenen Gesetzen auf das interessante Phänomen, daß sich der Gesetzgeber beim Erlaß der Gesetze selber nicht über die Konsequenzen seiner Tätigkeit bewußt ist. Er erläßt also Normen, deren Bedeutung ihm zum Zeitpunkt der Gesetzgebung noch nicht vollumfänglich klar ist. Hätte der Gesetzgeber beispielsweise beim Erlaß des neuen Gewässerschutzgesetzes bereits die Konsequenzen des generellen Bauverbotes außerhalb des generellen Kanalisationsprojektes erkannt, hätte er wohl kaum eine so strikte Norm angenommen. Ähnliches kann über den dringlichen Bundesbeschluß über die Maßnahmen des Bundes auf dem Gebiete der Raumplanung gesagt werden. Hätte man die Konsequenzen, welche der letztgenannte Bundesbeschluß in den Kantonen zeitigt, vorausgesehen, wäre diesem Beschluß ohne eingehendere Vollzugsregelung kaum zugestimmt worden. Sowohl der Bundesbeschluß über die Raumplanung wie auch das Gewässerschutzgesetz wurden aber mit aller Härte durchgeführt. Dies zeigt doch deutlich, daß eine Trendveränderung – allerdings nur mit mühsamer Mitarbeit der Vollzugsorgane – in gewissen Fällen tatsächlich möglich ist.

4. Anthropologische und erkenntnistheoretische Voraussetzungen für die Annahme eines Spannungsverhältnisses von Norm und Wirklichkeit

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß ein Spannungsverhältnis zwischen Norm und Wirklichkeit möglich ist, daß also die gesellschaftliche Wirklichkeit mit Normen in einem – wenn auch nur beschränkten – Rahmen verändert werden kann. Eine derartige Veränderung ist aber nur dann möglich, wenn die Norm den bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen, der bestehenden gesellschaftlichen Wirklichkeit voraus ist. Wenn wir nun davon ausgehen, daß die gesellschaftliche Wirklichkeit ein Spiegelbild der bestehenden Macht- und Interessenverhältnisse ist, dann wird eine Norm jeweils nur solche Verhältnisse verändern können, wenn diejenigen, die auf die Normbildung der Gesellschaft einen Einfluß haben, in der Lage sind, über ihre unmittelbare und eigene Interessenverwirklichung hinaus zu denken. Sie dürfen nicht Normen schaffen, die allein ihren unmittelbaren Interessen dienen, da sonst diese Normen lediglich der Trendverstärkung dienen.

Mit anderen Worten: Wenn der Normschöpfer mehr sein soll als ein Interpret der Geschichte oder des Volksgeistes im Sinne von MARX und SAVIGNY, wenn er – im Sinne des bürgerlichen oder IHERINGschen Voluntarismus oder des marxistischen Voluntarismus – die Fähigkeit haben soll, die Geschichte zu gestalten, also gleichsam dem rechtlichen Sollen ein neues Sollen voranzustellen, dann muß er sich an Werten orientieren können, die über seine eigene unmittelbare und subjektive Interessenverwirklichung hinausgehen, intersubjektiv ausweisbar und insbesondere für die nicht herrschenden Interessen gültig sind.

4.1. Die Theorie von Sumner

Der erste, der sich mit diesen Fragen eingehend auseinandergesetzt hat, ist WILLIAM SUMNER[74]. Er hat vor allem anhand der Entwick-

[74] WILLIAM GRAHAM SUMNER, Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals (1907), zit. in: Journal of Legal Education (oben Anm. 69).

lung des Gewohnheitsrechtes untersucht, inwieweit gesellschaftliche Veränderungen mittels Rechtsnormen überhaupt herbeigeführt werden können. Seine Thesen sind im wesentlichen folgende: Gewohnheit und Volksbräuche sind Verhaltensweisen, die von einem großen Teil der Bevölkerung regelmäßig befolgt werden, um die unmittelbaren Bedürfnisse zu befriedigen. Das Motiv des Handelns dieser Menschen ist die Verwirklichung ihrer Interessen[75]. Wenn diese Interessen während längerer Zeit durch gleiche Verhaltensweisen befriedigt werden, beginnt der Mensch dieses Verhalten als richtig und gut zu bewerten. So wird aus dem Sein ein Sollen, aus der Gewohnheit eine Norm. Die Sitten und Gebräuche eines Volkes, die auf diese Weise entstehen, sind somit nichts anderes als die Rechtfertigung der Verhaltensweise jenes Teils der Bevölkerung, der in diesem Volke die Macht hat, seine Interessen und Bedürfnisse zu befriedigen. Diese Auffassung führt SUMNER zu der Behauptung, Philosophie und Ethik seien nichts anderes als das Produkt der «folkways»[76]. Die Tatsache, daß solche Sitten und Gebräuche in sich widersprüchlich und damit schädlich und falsch sein können, verwirrt ihn keineswegs. Wie allerdings diese Widersprüchlichkeit der Normen erkannt werden kann, führt er nicht aus[77].

Damit stellt sich die interessante Frage, inwieweit nach SUMNERS Auffassung Veränderungen in der Gesellschaft überhaupt möglich sind. Sitten und Gebräuche sind nur schwer zu ändern. Wenn allerdings infolge einer Änderung der Lebensbedingungen neue Bedürfnisse und Interessen geschaffen werden, ändern sich auch die Sitten und Gebräuche. Bleiben diese Gebräuche und Sitten dennoch erhalten, werden sie zum Dogma erhoben und damit zur rituellen, inhaltsleeren Verpflichtung[78]. «A little prosperity and some ideas ... are the ferment which sets the masses in ebullition. This offers an opportunity. A beginning is made. The further de-

[75] Wir stützen uns bei dieser Darlegung vor allem auf H. V. BALL, G. E. SIMPSON und K. IKEDA (oben Anm. 69), S. 299 ff.

[76] WILLIAM GRAHAM SUMNER, a.a.O. (Anm. 74), § 44.

[77] W. G. SUMNER, a.a.O., S. 302.

[78] Ebenda, S. 304.

velopment is unavoidable.»[79] Veränderungen können also nur durch diese äußeren Lebensbedingungen herbeigeführt werden. Lassen sich aber auch willkürlich, z. B. durch neue Gesetze, Veränderungen der gesellschaftlichen Normen herbeiführen? SUMNER ist hier offensichtlich zurückhaltend. Er anerkennt aber dennoch zwei Möglichkeiten: Die Revolution und die Reform. Revolutionen sind getragen von großen Prinzipien. Sie zerbrechen die alten Sitten und Gebräuche, ohne sie durch neue zu ersetzen. «The history of every (revolution) shows that dogmas do not make mores.»[80] Mit der Revolution läßt sich also, wie immer sie auch gestaltet ist, letztlich keine eigentliche gesellschaftliche Veränderung herbeiführen. «Dogmas do not make mores.»

Durch Reformen werden die Sitten und Gebräuche willentlich geändert. Konsequenterweise müßte SUMNER auch Reformen grundsätzlich ablehnen. Sie entsprechen zumindest nicht den Grundzügen seines Menschenbildes. Dennoch scheint eine derartige Interpretation von SUMNERS Auffassungen nicht richtig zu sein. Er anerkennt nämlich durchaus die Möglichkeit von Reformen, die sich allerdings nur durch eine ständige Kritik und Selbstreflexion sowie durch die Erziehung herbeiführen lassen. Durch rationale Selbstreflexion und kritische Betrachtungsweise der Normen lassen sich meines Erachtens neue, intersubjektiv ausweisbare Normen finden und erkennen. Diese können aber nicht einfach durch die Veränderungen der Gesetze, sondern nur langfristig durch die Erziehung und Bildung in der Gesellschaft ihren Niederschlag finden.

Gleich wie SAVIGNY steht also SUMNER jeglicher Kodifikation sehr skeptisch gegenüber. Wenn der Gesetzgeber positive Gesetze erläßt, muß er sich im klaren darüber sein, daß seine Gesetze nur dann effizient sein werden, wenn sie mit den Gebräuchen übereinstimmen. Tun sie das nicht, muß er einen entsprechenden starken Apparat zur Durchsetzung vorsehen und unter Umständen sogar mit Revolutionen rechnen. Die Gesetzgebung ist also nichts anderes als «legislation by clamor»[81], d.h. nur ein schlechtes Mittel

[79] Ebenda, S. 304.

[80] Ebenda, S. 305, Folkways, § 90.

[81] W. G. SUMNER, Legislation by Clamor (1887), Speculative Legislation (1887) in:

zur Erreichung vager, unbestimmter Zwecke, wobei obendrein ein genügendes Instrument zur Durchsetzung fehlt. Gesetze rufen – immer nach SUMNER – die Illusion hervor, es werde etwas gemacht, während sie vielfach die Probleme nur verschlimmern. Allein, zu den totalen Gegnern gesetzgeberischer Tätigkeit kann SUMNER nicht gezählt werden. Er unterzieht seine eigene Auffassung zumindest einer gewissen Kritik. Wenn die Macht zur Verwirklichung und Befriedigung der Bedürfnisse korrekt genutzt wird, dann kann seiner Ansicht nach doch wesentliches erreicht werden. Dies setzt allerdings den Glauben an die menschliche Intelligenz voraus. Aber auch in diesem Rahmen muß man stets bescheiden bleiben, da Irrtümer sehr oft vorkommen werden[82].

Wenn wir die Ausführungen SUMNERS, die spätere Studien auf diesem Gebiet wesentlich beeinflußt haben[83], zusammenfassend bewerten wollen, können wir die folgenden Schlüsse ziehen: Die Frage, inwieweit gesellschaftliche Veränderungen durch Gesetze und Normen herbeigeführt werden können, ist abhängig von der Frage, wie Normen und Werte einer Gesellschaft entstehen. Diese Frage ist wiederum anthropologischer Natur. Entweder handelt es sich hierbei um *subjektive,* die Interessen des Menschen befriedigende Werte, die zur Durchsetzung ihrer persönlichen Bedürfnisse verallgemeinert werden, oder es handelt sich um *intersubjektiv* ausweisbare und deshalb das einzelne Subjekt bindende Werte.

4.2. Die marxistische Rechtstheorie

Die moderne Auseinandersetzung zwischen Voluntarismus, Idealismus und empirischem Positivismus wurde in ihrer ganzen Tragweite von MARX zwar noch nicht erkannt, aber durchaus vorweg-

The Challenge of Facts (1914), S. 183, 190, 213, 219, zit. in BALL/SIMPSON/IKEDA, a.a.O., S. 310.

82 W. G. SUMNER, Folkways, § 102 und 103.

83 Vgl. GEOFFREY SAWER, Law in Society, Oxford 1965, der allerdings den legalistischen Pessimismus von SUMNER nicht teilt, siehe S. 170ff.; insbesondere aber auch EUGEN EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl., Berlin 1967; kritische Ausführungen zu SUMNER finden sich bei GEORGES GURVITCH, Sociology of Law, London 1947, Neudruck 1973, S. 16ff.; sowie F. H. GIDDINGS, The Scientific Study of Human Society, 1924, S. 69ff., 74ff. und 143ff.

genommen [84]. Interessanterweise befindet sich auch die marxistische Rechtstheorie im Dilemma zwischen Voluntarismus und Empirismus, da bei MARX sowohl voluntaristische wie rein empirisch-realistische Ansatzpunkte vorhanden sind. Das Pendant zum Historismus von SAVIGNY finden wir bei STUČKA und PAŠUKANIS. «Aber, meine Herren, was verstehen Sie denn unter Behauptung des Rechtsbodens? Die Behauptung von Gesetzen, die einer vergangenen Gesellschaftsepoche angehören, die von Vertretern untergegangener oder untergehender gesellschaftlicher Interessen gemacht sind, also auch nur diese im Widerspruch mit den allgemeinen Bedürfnissen befindlichen Interessen zum Gesetz erheben. Die Gesellschaft beruht aber nicht auf dem Gesetz. Es ist das eine juristische Einbildung. Das Gesetz muß vielmehr auf der Gesellschaft beruhn, es muß Ausdruck ihrer gemeinschaftlichen, aus der jedesmaligen materiellen Produktionsweise hervorgehenden Interessen und Bedürfnisse gegen die Willkür des einzelnen Individuums sein.» [85]

Bereits eine bedeutende Weiterführung von STUČKA finden wir bei PAŠUKANIS. Für PAŠUKANIS ist allerdings das Recht auch nichts anderes als ein Überbau der bestehenden gesellschaftlichen Ordnung, ein Recht der jeweils herrschenden kapitalistischen Verhältnisse. Aber PAŠUKANIS versucht zwischen Überbau und gesellschaftlicher Basis eine Verbindung herzustellen und glaubt an die verändernde Wirkung des Rechtes. Das Wechselverhältnis Überbau und Gesellschaft, Recht und Wirklichkeit wird somit in einem dynamischen Prozess gesehen, in dem der Überbau auf den Unterbau einwirken kann und umgekehrt. Dies geschieht aber offensichtlich nicht durch willkürliche Rechtsänderungen, sondern durch faktische Entwicklung der Gesellschaft. «Wir geraten daher in Schwierigkeiten, wenn wir fragen, auf welche Weise der rechtliche Überbau auf die Basis einwirken kann oder wie man objektive Verhältnisse in rechtliche und nichtrechtliche unterscheiden soll, sofern wir vom subjektiven Moment, von der Funktion der

[84] Vgl. dazu N. POULANTZAS, Aus Anlaß der marxistischen Rechtstheorie, in: Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, hg. von Norbert Reich, Frankfurt 1972, S. 181.

[85] P. J. STUČKA, Proletarisches Recht (1919), in: Norbert Reich, a.a.O., S. 82.

Gewalt, von der Setzung von Gewohnheiten oder Gesetzen sowie von der Verwaltungs- oder Gerichtspraxis absehen. Die Einteilung des Rechtes bei STUČKA ... verhindert ein Verständnis der Tatsache, daß das Recht die Form der Politik der herrschenden Klasse ist, die durch den Apparat der Staatsgewalt verwirklicht wird. Dies darf man besonders bei der Analyse von Problemen des sowjetischen Rechtes nicht vergessen, denn in der Periode der Diktatur des Proletariates hat die aktiv-bewußte Einwirkung von seiten des Staates eine entscheidende Bedeutung. Ein normativ-ideologisches Verständnis des Rechtes ist für uns ebenso unakzeptabel wie ein ökonomischer Materialismus, der die aktive Einwirkung des Überbaus auf die Basis leugnet.»[86]

Die Gegenrichtung von PAŠUKANIS vertritt VYŠINSKIJ. Er ist ein klarer Vertreter der voluntaristischen Schule und hat sich vor allem in seinen früheren Werken die Aufgabe gestellt, die Rechtstheorie PAŠUKANIS, der in Stalins Ungnaden gefallen war, zu zerstören. «Im Arsenal des Kampfes und der Siege der Werktätigen unseres großen Landes gebührt dem Sowjetrecht ein Ehrenplatz. Es ist eine mächtige Waffe des revolutionären Kampfes für den Sozialismus. Im Verlauf der zwanzig Jahre ihrer Existenz dienten und dienen die sowjetischen Gesetze der Niederhaltung der Feinde des arbeitenden Volkes, der Erziehung ungehorsamer Mitglieder der Gesellschaft, der Festigung der Staats- und Gesellschaftsdisziplin.»[87]

Die marxistische Rechtstheorie kennt zwei Richtungen: *Einerseits die Rechtsphilosophen, die im Sinne von* MARX *dem Recht keine selbständige geschichtliche Existenz zumessen,* für die also das Recht so fest in das Leben, in die Gesellschaft als einer geschichtlichen Realität integriert ist, daß es davon nicht abgelöst und zu einem juristischen autonomen Phänomen erhoben werden kann[88]; *andererseits die Vertreter vom Recht der Herrschaft,* die

[86] E. B. PAŠUKANIS, Für eine marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie, Moskau 1931, in: Norbert Reich, a.a.O., S. 110.

[87] A. JA. VYŠINSKIJ, Zur Lage an der theoretischen Rechtsfront, Moskau 1937, in: Norbert Reich, a.a.O., S. 113.

[88] WOLF PAUL, Das Programm marxistischer Rechtslehre – ein kritischer Rekonstruktionsversuch, in: Norbert Reich, a.a.O., S. 213.

mit dem Mittel des Rechts und der Gesetze die Entwicklung zur *Herrschaft des Rechtes* beschleunigen wollen, das Recht in den Dienst der allgemeinen menschlichen Emanzipation stellen und behaupten, der marxistische Zukunftsentwurf sei nicht einfach eine Interpretation der unausweichlichen gesellschaftlichen Entwicklung, sondern ein Entwurf, der voluntaristisch und damit auch mit dem Mittel des Rechts zu verwirklichen sei. Der Entwurf ist ein Sollen, auf das die Rechtsordnung hinzustreben hat[89]. Dieses Dilemma ist bereits in den marxistischen Schriften, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch andeutungsweise vorgezeichnet.

HABERMAS hat im Anschluß an HOLBACH[90] den beachtlichen Versuch unternommen, dieses Dilemma zu überbrücken. «Einsicht in die Gesetze der Natur sollte zugleich Anweisungen für das richtige Leben vermitteln können. ... Wie schon bei HOBBES scheint aus dem Studium der Natur beides hervorzugehen: Die Erkenntnis dessen, wie es sich mit der Natur verhält, und die Belehrung darüber, wie die Menschen der Natur entsprechend sich verhalten sollen. Sobald hingegen Natur erfahrungswissenschaftlich objektiviert wird, muß man die Hoffnung, aus der Erkenntnis kausaler Gesetze zugleich die Gewißheit über normative Gesetze zu gewinnen, preisgeben. Die positivistische Aufklärung, die sich darum eine radikale nennt, hat die Äquivokationen im Begriff der Natur durchschaut, die Konvergenz von Wahrheit und Glück, von Irrtum und Leid gelöst, und Vernunft auf eine Potenz von Erkennen reduziert, das mit dem kritischen Stachel seine Entschiedenheit eingebüßt, sich von Entscheidung als einem ihm fremden Moment getrennt hat.»[91] ... «Die Irrationalität der Geschichte ist darin begründet, daß wir sie ‹machen›, ohne sie bisher mit Bewußtsein machen zu können. Eine Rationalisierung der Geschichte kann darum nicht durch eine erweiterte Kontrollgewalt hantierender Menschen, sondern nur durch eine höhere Reflexionsstufe, ein in

[89] WOLF PAUL, a.a.O., S. 230.

[90] P. TH. D'HOLBACH, System der Natur, Berlin 1960.

[91] JÜRGEN HABERMAS, Theorie und Praxis, in: Politica, Bd. 11, 3. Aufl., Berlin 1969, S. 235.

der Emanzipation fortschreitendes Bewußtsein handelnder Menschen befördert werden.»[92]

Diese Darlegungen haben in der Folge bekanntlich zu den großen Auseinandersetzungen zweier soziologischer Schulen geführt[92a]. Uns interessiert in diesem Zusammenhang aber das folgende: Im Gegensatz zu SUMNER, für den der Mensch lediglich seine Bedürfnisse zu befriedigen trachtet, sieht MARX in der Befriedigung dieser Bedürfnisse eine Grundtatsache für die Entfremdung des Menschen, für dessen Abhängigkeit[93]. Aus dieser Abhängigkeit muß sich der Mensch befreien. Die Emanzipation wird somit zu einem Sollen. Dieses Sollen ist aber nicht lediglich die Befriedigung persönlicher Bedürfnisse, sondern ein objektiv gültiges, intersubjektiv ausweisbares, alle Menschen gleich berücksichtigendes.

Wer also den Weg von der reinen empirischen Darstellung zur kritischen Bewertung der Wirklichkeit und damit zur Anerkennung einer bestimmten Normativität gehen will, muß anerkennen, daß seine Erkenntnis die Fähigkeit hat, die Wirklichkeit kritisch zu reflektieren und aus dieser Reflexion intersubjektiv ausweisbare Normen abzuleiten. Ausgangspunkt dieser Reflexion wird immer das Menschenbild sein müssen[94].

4.3. Interessenjurisprudenz

Dem marxistischen Menschenbild ist die Interessenjurisprudenz, deren Menschenbild sich auf den Sozialdarwinismus des 19. Jahrhunderts wie auf Gedanken des Utilitarismus abstützt, diametral entgegengesetzt. Auch die Interessenjurisprudenz ist nichts anderes

[92] JÜRGEN HABERMAS, a.a.O., S. 251.

[92a] Vgl. dazu JÜRGEN HABERMAS/NIKLAS LOHMANN, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt a.M. 1971.

[93] Vgl. dazu kritisch den aufschlußreichen Aufsatz von WOLF LEPENIES und HELMUT WALKE, Experimentelle Anthropologie und emanzipatorische Praxis, Überlegungen zu Marx und Freud, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1970, S. 61 ff., sowie FRIEDRICH MÜLLER, Staatslehre und Anthropologie bei Karl Marx, Archiv für öffentliches Recht, 1970, S. 513 ff.

[94] ERNST BLOCH, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt a.M. 1961; LEO KOFLER, Perspektiven des revolutionären Humanismus, Hamburg 1968.

als gleichsam der bürgerliche Gegenpart zum reinen Voluntarismus Hegelscher Prägung.

Die spitzen und sarkastischen Bemerkungen, mit denen IHERING[95] der Begriffsjurisprudenz begegnete, zeigen deutlich, mit welcher Schärfe – sowohl in der östlichen als in der westlichen Welt – der Juristenstreit bereits im 19. Jahrhundert seinen Anfang genommen hat. Die Interessenjurisprudenz deckt die engen Zusammenhänge und Beziehungen auf, die zwischen der juristischen Methode und den Lehren über die Rechtsquellen bestehen[96]. Diese Richtung ist aber nicht nur für die Methodenlehre, sie ist vor allem auch für die Frage nach der Kausalität, nach der Rechtsquelle von Bedeutung.

Für die Interessenjurisprudenz ist die Interessenwirkung die normale Grundlage der Rechtsentstehung: Das Interesse will verwirklicht werden, es drängt zur Verwirklichung[97]. Nach IHERING müssen aber die Interessen, die mit dem Recht zu verwirklichen sind – im Gegensatz zu SUMNER –, nicht nur egoistisch sein. Der Mensch ist durchaus der altruistischen Einstellung fähig. IHERING wendet sich aber auch gegen den Pflichtbegriff KANTS, nach dem der Mensch die Pflicht ohne alle Beziehung auf sich selber erfüllen soll[98]. KANT stellt seinen kategorischen Imperativ «Handle nach einer Maxime, welche zugleich als ein allgemeines Gesetz gelten kann»[99] allerdings bewußt über die Anthropologie und versteht ihn als einen ethischen Grundsatz, wohl im Gegensatz zu IHERING. Für IHERING ist ein Handeln ohne Interesse nicht denkbar. «Was bei dem Act der Selbstverleugnung auf den Handelnden selber kommt, ist lediglich das Gefühl, einem Andern in der Noth geholfen, ihm eine Freude gemacht zu haben, es ist der Reflex des

[95] RUDOLPH VON IHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (oben Anm. 17), S. 249, 251.

[96] PHILIPP HECK, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 73.

[97] RUDOLPH VON IHERING, Begriff des Rechts, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 8. Aufl., Basel 1954, S. 327–339, zit. aus: Begriff und Wesen des Rechts (oben Anm. 6), S. 165.

[98] RUDOLPH VON IHERING, Der Zweck im Recht, 2. Aufl., Bd. 1, Leipzig 1884, S. 47 ff.

[99] IMMANUEL KANT, Metaphysik der Sitten, Leipzig 1838, S. 25.

fremden Glückes, der fremden Freude in der eigenen Seele.»[100] Diese Sätze mögen verdeutlichen, wie sehr die rechtsphilosophischen Betrachtungen über das Problem der Normen – ähnlich wie bei SUMNER – an die Anthropologie gebunden sind. Dies darf jedoch nicht etwa im Sinne einer vereinfachenden Naturrechtslehre verstanden werden[101]. Aus dem Wesen des Menschen kann sich nicht einfach ein Sollen ableiten. Die bestehende menschliche Wirklichkeit soll vielmehr empirisch untersucht werden und Aufschluß geben über die Grenzen und Möglichkeiten der Normgebung, die keineswegs an der Realität Mensch mit all seinen psychologischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Anlagen vorbeisehen darf, will man sich nicht in die Wolken eines irrealen Idealismus verziehen. Solche anthropologischen Grundtatsachen sind für HART[102] die menschliche Verletzbarkeit[103], die annähernde Gleichheit[104], die beschränkten Mittel, die dem Menschen zur Verfügung stehen und deshalb eine Eigentumsordnung voraussetzen[105], sowie die beschränkte Einsicht und Willensfähigkeit des Menschen. «Most men are capable of seeing them (the rules) and of sacrificing the immediate short-term interests which conformity to such rules demands. They may indeed obey, from a variety of motives: some from prudential calculation that the sacrifices are worth the gains, some from a disinterested interest in the welfare of others, and some because they look upon the rules as worthy of respect in themselves and find their ideals in devotion to them.»[106]

Schließlich verfügt der Mensch in einem beschränkten Maße über einen Altruismus, den jedes Recht und jede Gesetzgebung notwendigerweise voraussetzen müssen. «Men are not devils domi-

[100] RUDOLPH VON IHERING, Der Zweck im Recht, S. 54.

[101] Etwa im Sinne von VICTOR CATHREIN, Moralphilosophie, Freiburg i. Br. 1890, S. 210, oder GIORGIO DEL VECCHIO, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Basel 1951, S. 588ff.; dazu kritisch WERNER MAIHOFER, Ideologie und Naturrecht, in: Ideologie und Recht, Frankfurt a. M. 1969, S. 133f.

[102] H. L. A. HART, The Concept of Law (oben Anm. 8), S. 189ff.

[103] Ebenda, S. 190.

[104] Ebenda, S. 190.

[105] Ebenda, S. 192.

[106] Ebenda, S. 193.

nated by a wish to exterminate each other, and the demonstration that, given only the modest aim of survival, the basic rules of law and morals are necessities, must not be identified with the false view that men are predominantly selfish and have no disinterested interest in the survival and welfare of their fellows. But if men are not devils, neither are they angels; and the fact that they are a mean between these two extremes is something which makes a system of mutual forbearances both necessary and possible. With angels, never tempted to harm others, rules requiring forbearances would not be necessary. With devils prepared to destroy, reckless of the cost to themselves, they would be impossible.»[107]

Zusammenfassung

Die anthropologische Fragestellung läßt sich auf folgende Thesen zurückführen:

1. Die marxistische These:

Die marxistische These geht von der Entfremdung des Menschen aus. Aus ihr lassen sich zwei Konsequenzen ableiten: Aufgabe jeglicher Sozialwissenschaft ist es, die Entwicklungsgeschichte zu *interpretieren*. Das Recht ist nichts anderes als das Ergebnis der bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse. Möglich ist aber auch die voluntaristische These, wonach das Recht die Aufgabe hat, die *Emanzipation weiterzuführen,* vom Recht auf Herrschaft zur Herrschaft des Rechts zu kommen.

2. Die Thesen der Interessenjurisprudenz:

Auch für die Interessenjurisprudenz ist das Recht das Ergebnis der herrschenden Interessen der Gesellschaft. Der Sozialdarwinismus erlaubt es aber, dieses Ergebnis als richtig zu bewerten, soweit am Anfang des gegenseitigen Wettkampfes eine Chancengleichheit bestand und der Wettbewerb geordnet verlaufen konnte.

[107] H.L.A. HART, a.a.O., S. 191.

Die Interessenjurisprudenz führt letztlich zur Auffassung, Aufgabe des Staates sei lediglich, das «kompossible Maximum der im Gemeinschaftsleben zu erzielenden Interessenbefriedigung» erreichen zu lassen[108]. Damit kommt aber der Norm – von der Wirklichkeit her betrachtet – keine autonome Funktion zu. Sie ist vielmehr das Ergebnis, die Summe der in einer Gesellschaft bestehenden pluralistischen Interessen. Im Sinne von ROUSSEAU ist sie wohl die *«volonté de tous»* im Gegensatz zur *«volonté générale»*.

Wohl läßt die Interessentheorie eine gewisse Objektivierung der Interessen im Sinne eines Altruismus zu, soweit dadurch das Glücksgefühl des Betroffenen befriedigt werden kann. Dies führt aber doch lediglich dazu, daß die Interessen derjenigen, die sich nicht durchsetzen können, nur solange berücksichtigt werden, als dies den Interessen der Mehrheit der Bürger entspricht. Es ist das Mitleid der Bevorzugten, das die Benachteiligten leben läßt.

Die Interessentheorie des klassischen Utilitarismus wird vollends problematisch, wenn man in Betracht zieht, daß im Zeichen des Umweltschutzes nicht nur die Interessen der heutigen Gesellschaft, sondern auch zukünftige Interessen zu berücksichtigen sind[109].

3. Die traditionalistisch-naturrechtliche These:

Nach der traditionalistisch-naturrechtlichen These läßt sich die Normativität aus dem Wesen des Menschen ableiten. Der Fehler dieser Theorie liegt darin, daß sie unbesehen Phänomene aus dem Gebiete der Natur auf das Rechtsgebiet übertragen hat. Diese These gibt denn für die weitere Erarbeitung der Problematik kaum Wesentliches her. Die Natur des Menschen vermittelt keinen Anhaltspunkt dafür, wie dieser Mensch sein soll, wir können aus ihr aber – im Sinne KANTS – gewisse Schlüsse hinsichtlich der Grenzen der Möglichkeiten der normativen Veränderung der Wirklichkeit des Menschen ableiten.

[108] E. FRAENKEL, zit. in: ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., München 1971, S. 80.

[109] THOMAS FLEINER, Die Aufgaben des Rechts auf dem Gebiete des Umweltschutzes (oben Anm. 3), S. 92ff.

4.4. Erkenntnistheoretische Grundlagen oder Voraussetzungen für die Annahme der Autonomie von Rechtsnormen

Unsere bisherigen Darlegungen haben folgendes ergeben: Wenn die Normen mehr sein sollen als bloß Ergebnis einer bestehenden Wirklichkeit der herrschenden Interessen, also lediglich Trendverstärkung oder Trendstabilisierung, dann müssen diese Normen als von der bestehenden Wirklichkeit und damit der bestehenden Interessenlage sich unterscheidende autonome Normen erkannt und anerkannt werden können. Es bedarf also erkenntnistheoretischer Voraussetzungen, damit diejenigen, die die Macht im Staate haben, auch die Fähigkeit besitzen, Normen zu schaffen, die nicht nur ihren, sondern den Interessen der Allgemeinheit dienen. Wer von der «volonté de tous» zur «volonté générale» kommen will, muß in der Lage sein, diese «volonté générale» unabhängig von der «volonté de tous» zu erkennen.

«Nur jene, die das Dasein überblicken und seine Wesensstrukturen erkennen, sind im Stande, den Plan einer andern Daseinsordnung vorauszudenken. Das sind die Philosophen. Sie entwikkeln ihre Ideen nicht unabhängig vom jeweiligen menschlichen Dasein. Im Gegenteil, indem sie dieses in ihr Bewußtsein aufnehmen, reifen in ihnen die Ideen über die menschliche Gesellschaft.»[110] Die Intuition wird nicht nur von der Phänomenologie, sondern auch von einer ganzen Reihe anderer Wissenschaften als Grundlage unserer Wertordnung und Werterkenntnis angesehen. KARL W. DEUTSCH[111] hat in seinem klassischen Werk über den Entscheidungsprozeß der Regierung die Bedeutung der Intuition als Grundlage für menschliche Entscheidungen – im Gegensatz zu mechanischen Computer-Entscheidungen – sehr deutlich unterstrichen. Die Vertreter dieser Richtung widerlegen allerdings den grundlegenden Einwand, den schon SUMNER vorgebracht hat, nicht, daß nämlich solche intuitiven Werterkenntnisse nichts anderes sind

[110] ALOIS TROLLER, Die Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Darmstadt 1971, S. 172f.

[111] KARL W. DEUTSCH, The Nerves of Government, New York 1966, S. 138ff.

als unbewußte Zielsetzungen menschlicher Bedürfnisse[112] mit einer neurotischen Basis, etwa im Sinne von FREUD[113].

In seinem Werk «Insight» geht LONERGAN der Frage nach, wie und inwieweit sich die menschlichen Interessen und Bedürfnisse in eine einsichtige, objektive Ordnung eingliedern lassen. Bedürfnisse können rational überprüft werden. Der Mensch wird aber zu dieser rationalen Überprüfung nicht etwa durch ein weiteres Bedürfnis einer Interessenbefriedigung veranlaßt, sondern vielmehr vom urmenschlichen Wunsch geleitet, unabhängig von irgendwelchen Interessen mehr oder Genaueres zu wissen; «but the penetrating, honest, complete consistency that alone meets the requirements of the detached, disinterested, unrestricted desire to know. ... Finally, intelligible orders include concrete objects of desire and exclude concrete objects of aversion, and so from the dynamic exigence of rational self-consciousness, by the simple process of asking what in fact that exigence concretely is, there can be determined a body of ethical principles.»[114] Daß der Mensch die Fähigkeit besitzt, seine eigenen Werturteile rational zu überprüfen, mit anderen Bedürfnissen und Werturteilen zu vergleichen, allfällige Widersprüche festzustellen, die Werturteile in einen Gesamtzusammenhang zu setzen, wird neuerdings auch von JOHN RAWLS sehr deutlich vertreten[115].

Einen einfacheren Weg versuchen wohl HANS RYFFEL und REINHOLD ZIPPELIUS, wenn sie sich auf die in der Gesellschaft bestehenden allgemeinen Anschauungen über sozialethische Werte stützen und verlangen, daß jeweilige Normen und Gemeinwohlvorstellungen rational mit diesen Wertvorstellungen verglichen und gegebenenfalls überprüft werden. So läßt sich das praktisch Richtige,

[112] HANS ALBERT, Ethik und Metaethik, Archiv für Philosophie, Bd. 11, 1961, S. 59f.; JÜRGEN HABERMAS, Theorie und Praxis (oben Anm. 91), S. 248ff.

[113] BERNARD J. F. LONERGAN, Insight – A Study of Human Understanding, New York 1968, S. 601.

[114] BERNARD J. F. LONERGAN, a.a.O., S. 602.

[115] JOHN RAWLS, A Theory of Justice (oben Anm. 34), insbes. S. 11 und 46ff.; vgl. auch WILHELM KORFF, Norm und Sittlichkeit, März 1973, und LEO KOFLER, Perspektiven des revolutionären Humanismus (oben Anm. 94).

das dem einzelnen Menschen dient, durch das relativ Richtige, das der herrschenden Anschauung entspricht, korrigieren[116].

Zu den Anhängern der Theorie der Anerkennung intersubjektiv ausweisbarer, rationaler und autonomer Wertentscheidungen werden auch die auf NOAM CHOMSKY[117] aufbauenden Vertreter der modernen Linguistik zu zählen sein. CHOMSKY kommt auf Grund seiner linguistischen Forschungen bekanntlich zum Schluß, daß alle Menschen eine genetische Sprachfähigkeit besitzen müssen, die es ihnen erlaubt, die Wirklichkeit in ähnlichen Sprachstrukturen zu erfassen. Das Vorhandensein eines derartigen vorgegebenen «Sprachprogramms», das sehr an PLATONS Ideenhimmel erinnert, läßt den Schluß zu, daß der Mensch letztlich auch die Fähigkeit besitzt, unabhängig von seinen Interessen Werte kritisch und rational zu analysieren, zu vergleichen und damit zu objektivieren. Denn wenn allen Menschen durch die Gene ein gleiches Sprachprogramm mitgegeben wurde, das ihnen die Fähigkeit zur sprachlichen Kommunikation verleiht, müssen die Menschen auch in der Lage sein, ihre eigenen Interessen mit intersubjektiv ausweisbaren Erkenntnissen und Werten kritisch zu überprüfen. Das gemeinsame Sprachprogramm muß ja zu gemeinsamen Werturteilen führen, da das Denken der Menschen von ihrer Sprachfähigkeit her vorgeprägt ist. Diese in der empirischen und behavioristischen[118] Schule gewachsene Theorie wird auch für zukünftige rechtsphilosophische Betrachtungen nicht mehr übergangen werden können.

Normen und Wertentscheidungen lassen sich aber nicht im Sinne der alten Naturrechtslehre aus dem Wesen des Menschen ableiten. Der kategorische Imperativ von KANT führt uns ebensowenig weiter wie die Analysen von FREUD. Für die Erkenntnis von Werturteilen ist vielmehr von den unmittelbaren Interessen und Bedürfnissen des Menschen auszugehen. Diese Interessen und Bedürfnisse

[116] REINHOLD ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre (oben Anm. 108), S. 80 und 103f.; HANS RYFFEL, Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin/Neuwied 1969, S. 236ff. und 289ff.

[117] NOAM CHOMSKY, Language and Mind, New York 1968, sowie JOHN LYONS, Noam Chomsky, New York 1970, S. 117f.

[118] Zum Behaviorismus vgl. u.a. B. F. SKINNER, Beyond Freedom and Dignity, New York 1972.

sind aber rational überprüfbar. Sie lassen sich mit herrschenden Werturteilen, mit übernommenen Werturteilen und mit gemachten Erfahrungen vergleichen. Durch diesen ständigen Prozeß des Vergleichs, der Abwägung und der Überprüfung lassen sich die unmittelbaren Interessen rechtfertigen, mit den Wertanschauungen in Übereinstimmung bringen und zu einem widerspruchsfreien System zusammenfügen. Die Autonomie der Norm ist also nicht absolut zu verstehen, sondern vielmehr im Vergleich zur bestehenden Interessenwirklichkeit. Es ist eine relative Autonomie, die auf Grund der bestehenden Erkenntnisse rational überprüft werden kann.

5. Voraussetzungen für den Erlaß «richtiger Normen»

Die bisherigen Darstellungen haben gezeigt, welch enge Verbindung zwischen Norm und Wirklichkeit besteht. Sowohl die empirischen wie auch die sprachwissenschaftlichen, die rechtsphilosophischen, die anthropologischen und die erkenntnistheoretischen Untersuchungen haben gezeigt, daß mit den Normen ein bestehender gesellschaftlicher Trend nur in einem sehr beschränkten Rahmen verändert werden kann. Dies entspricht schließlich auch der landläufigen Überzeugung, daß Gesetze realitätsbezogen sein müssen. Immer wieder betonen die Mitglieder der gesetzgebenden Organe, sie müßten sich an die Realitäten halten und seien gezwungen, pragmatische Politik zu betreiben. Zu den Tugenden der Behörden gehören ja seit eh und je Sachlichkeit, Kompromißbereitschaft, Vernunft und Sinn für Angemessenheit und Zweckmäßigkeit.

Das Recht ist nicht abstrakte, von der konkreten Wirklichkeit losgelöste Normenordnung. Die Norm ist, wie eingangs betont wurde, im Sinne von MAX WEBER[119] ein Sollen, das die Chance hat, in Wirklichkeit umgesetzt zu werden. Der Rechtsnorm entspricht die Regelmäßigkeit des Handelns[120]. Allerdings ist sie nur

[119] MAX WEBER, Rechtssoziologie, hg. von Heinz Maus und Friedrich Fürstenberg, 2. Aufl., München 1967, S. 88ff.

[120] Vgl. MANFRED REHBINDER, Einführung in die Rechtssoziologie, Frankfurt a.M. 1971, S. 48.

Chance zur Regelmäßigkeit. Sie setzt die Möglichkeit regelwidrigen Verhaltens voraus. Ein Gesetz, das absolut sicher befolgt wird, ist keine Rechtsnorm, sondern ein Naturgesetz. Andererseits läßt die Tatsache, daß es Personen gibt, die sich nicht an ein Gesetz halten, nicht ohne weiteres den Schluß zu, das Gesetz selbst müsse revidiert werden. Wenn allerdings die Übertretungen häufiger werden, beginnen wir uns zu fragen, ob eine Revision der Bestimmungen nicht am Platze wäre[121].

Normen müssen die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse berücksichtigen, sie dürfen von ihren Adressaten nicht losgelöst betrachtet werden. Die Norm wird nicht nur vom Regierenden, sondern auch von den Gehorchenden bestimmt. Die Gegenmeinung von HERBERT KRÜGER[122], wonach sich die Verbindlichkeit des Befehls nicht auf den Gehorsam der Adressaten stützt, kann nicht überzeugen. Das Gesetz ist nicht, wie HEGEL meint, deshalb Gesetz, weil ihm Gehorsam geleistet werden muß. Eine Norm wird erst zur Norm, wenn ihr gehorcht werden kann und im allgemeinen auch gehorcht wird. In diesem Sinne gewinnt der Satz «oboedientia facit imperantem» seine richtige Bedeutung. «Gesellschaftliche Macht hat der Machthaber nur, wenn er nicht bloß den Willen anderer Menschen motivieren, sondern wenn er ihn zu von ihm bestimmten, gesellschaftlich wirksamen Leistungen zu motivieren vermag. ‹Seine›, des Machthabers gesellschaftliche Macht besteht in den Leistungen der Gehorchenden: oboedientia facit imperantem.»[123]

Damit stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber unternehmen muß, um Gesetze zu erlassen, die tatsächlich die Chance haben, verwirklicht zu werden. ZITELMANN[124] versucht zu unterscheiden

[121] Vgl. ROBERT PFUND, Verwaltungsrecht – Strafrecht, ZSR 90 II, 1971, S. 205ff. und 239ff., sowie das Votum von PETER SALADIN, ebenda, S. 461: «Zunächst müssen wir den Referenten dankbar sein, daß sie in ihren Referaten ... festgestellt haben, primäres Anliegen der Verwaltung müsse die Vermeidung eines strafwürdigen Tatbestandes sein, d.h. die eigentliche Rechtsverwirklichung ...».

[122] HERBERT KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1966, S. 839.

[123] HERMANN HELLER, Allgemeine Staatslehre (oben Anm. 60), S. 244; vgl. auch GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914 (Neudruck 1960), S. 426 und REINHOLD ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre (oben Anm. 108), S. 40.

[124] ERNST ZITELMANN, Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904, S. 5ff.

zwischen dem Zweck, den der Gesetzgeber mit seinen Normen erreichen will, und den Mitteln, mit denen dieser Zweck erreicht werden kann. Die Zweckbestimmung ist nach ZITELMANN eine rein politische Aufgabe, die von der Weltanschauung oder Ideologie des Gesetzgebers abhängig ist. Hat der Gesetzgeber aber einmal seinen Zweck formuliert, so ist er bei der Verwendung seiner Mittel nicht mehr frei. Je mehr der Gesetzgeber von dem abweicht, was ohnehin geschehen würde, je mehr er also den Trend verändern will, um so größere Mühe muß er sich bei der Wahl der Mittel geben, um tatsächlich diese Trendabweichung zu gewährleisten. Sind die Ziele, die er sich steckt, mit den bestehenden Verhältnissen der Gesellschaft überhaupt nicht vereinbar, so wird er sein Ziel, langfristig gesehen, auch nicht mit dem Mittel des Terrorismus erreichen[125]. Eine im Jahre 1958 in den Vereinigten Staaten durchgeführte Untersuchung hat aufgezeigt, daß selbst in einem Gefängnis, dem alle Machtmittel zur Gewährleistung der eigenen Sicherheit zur Verfügung stehen, das Verhalten der Menschen mit Macht und Gewalt nicht verändert werden kann, wenn es sich nicht anders motivieren läßt[126]. «Indeed, the glaring conclusion is that despite the guns and the surveillance, the searches and the precautions of the custodians, the actual behavior of the inmate population differs markedly from that which is called for by official commands and decrees. Violence, fraud, theft, aberrant sexual behavior – all are commonplace occurrences in the daily round of institutional existence in spite of the fact that the maximum security prison is conceived of by society as the ultimate weapon for the control of the criminal and his deviant actions. Far from being omnipotent rulers who have crushed all signs of rebellion against their regime, the custodians are engaged in a continuous struggle to maintain order – and it is a struggle in which the custodians frequently fail. Offenses committed by one inmate against another occur often, as do offenses committed by inmates against the officials and their rules. And the number of undetected

[125] Dazu PETER NOLL, Gesetzgebungslehre (oben Anm. 38a), S. 99.

[126] GRESHAM SYKES, The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison, Princeton Press 1958, in: L. M. Friedman/St. Macaulay (oben Anm. 39), S. 443.

offenses is, by universal agreement of both officials and inmates, far larger than the number of offenses which are discovered.» Die gesellschaftliche Wirklichkeit läßt sich eben nicht nach Belieben manipulieren. Aus diesem Grunde – im Gegensatz zu ZITELmann – ist der Gesetzgeber selbst bei der Wahl des Zweckes nicht vollständig frei. Auch der Zweck, den er verfolgen will, muß mit der bestehenden Wirklichkeit in Einklang sein. Allerdings hat der Gesetzgeber bei der Wahl der Ziele eine viel größere Entscheidungsfreiheit als bei der Wahl der für die Erreichung dieser Ziele notwendigen Mittel.

Verhaltensvorschriften müssen auch die Motivation der Adressaten mitberücksichtigen; bis zu einem gewissen, sehr beschränkten Maße läßt sich der Adressat durch Drohung und Gewalt in seiner Motivation umstimmen. Wenn aber eine bestimmte Grenze überschritten ist, wird sich der Adressat mit keinem Mittel in seiner Motivation ändern lassen. Er wird zwar sein äußeres Verhalten darauf einstellen, daß er der Gewalt und der Sanktion entgehen kann; dieses Verhalten wird aber nur solange befolgt werden, als es tatsächlich kontrolliert wird. Das Recht findet hier seine klare und meines Erachtens letzte Grenze.

Damit stellt sich nun die Frage, welche empirischen und theoretischen Unterlagen dem Gesetzgeber zur Verfügung gestellt werden müssen, damit sich dieser ein Bild machen kann über die Chance der Verwirklichung der Normen, die er erläßt. Zuerst wird sich der Gesetzgeber Rechenschaft über die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse geben müssen. Mit anderen Worten: *Die Realien, die Rechtstatsachen* sind erste Grundlage für eine gute Gesetzgebung. Die nächste Frage wird sich auf die mögliche *Wirkung* der Gesetze zu richten haben, d.h. welche Wirkungen und Nebenwirkungen der Gesetze auf Grund der bisherigen Erfahrungen zu erwarten sind. Die dritte, wohl heikelste Frage richtet sich nach der *Spannung zwischen Sein und Sollen.* Wie groß darf diese Spannung sein? Hat es überhaupt einen Sinn, Normen zu erlassen, die mit der faktischen Wirklichkeit vollständig übereinstimmen und demnach keine Sollenswirkung haben? Diesen verschiedenen Fragen wollen wir abschließend kurz nachgehen.

5.1. Die Realien und Rechtstatsachen

Einen beispielhaften Weg für die Untersuchung der Realien beim Erlaß neuer Gesetze ist EUGEN HUBER gegangen[127]. Er zählte zu den Realien die rechtliche, kulturelle, soziologische, politische und gesellschaftliche Entwicklung. Die Frage nach der Rechtstatsache sei am Beispiel der Gesetzgebung über eine neue Raumplanung erläutert. Ein neues Raumplanungsrecht muß sich harmonisch in die bestehende Rechtsordnung einfügen und gleichzeitig die Grundlage für eine Trendabweichung sein, nämlich die weitere Zersiedelung des Landes zu verhindern.

Diese Zielsetzung wird sich nur erreichen lassen, wenn jedermann von Gesetzes wegen verpflichtet wird, den Boden entsprechend der Planung zu nutzen[128]. Wenn der Gesetzgeber nun wissen will, inwieweit dieses Ziel, d.h. die Durchsetzung der Nutzungspflicht überhaupt erreichbar ist, muß er sich mit dem bereits bestehenden bisherigen Recht auseinandersetzen. Dabei wird er zum Beispiel feststellen, daß es schon jetzt ein Institut der Nutzungspflicht auf dem Gebiete der Forstwirtschaft gibt. Mit anderen Worten: Er muß sich ein Bild über das bestehende Recht und die einschlägige Rechtsordnung machen. Er wird aber auch zu untersuchen haben, inwieweit sich die bisherigen Normen auf dem Gebiete der Planung überhaupt haben durchsetzen lassen und inwieweit von ihnen abgewichen worden ist. Dabei wird er feststellen, daß vielerorts die Pläne auf dem Papier geblieben sind. Diese Erkenntnis wird den Gesetzgeber zwingen, den Ursachen der mangelhaften Verwirklichung nachzugehen. Bodenspekulation, bestehende Eigentumsverhältnisse und die bestehende Eigentumsordnung, die mangelhafte Rechtswirkung der Pläne, wirtschaftliche Bedürfnisse, mangelhafte Voraussehbarkeit, Wohnungsnot, hohe Erschließungskosten der Gemeinden, mangelhafte Ausgestaltung des Institutes der Erschließungsbeiträge, Hortung des Bodens und schlechte Planung durch Gemeinde und Kantone: alle diese Ur-

[127] EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921, S. 282f.

[128] Art. 35, Entwurf zu einem Raumplanungsgesetz: «Die Nutzungspläne enthalten die für jedermann verbindlichen Anordnungen über die zulässige Nutzung des Bodens.»

sachen werden dazu beigetragen haben, daß sich die Pläne in den Kantonen nicht haben verwirklichen lassen[129].

Solche Untersuchungen werden bereits wesentlich Aufschluß geben können über die Mittel, die zur Durchsetzung bestimmter Ziele notwendig sind. Da auch die Mittel in die bestehende Rechtsordnung harmonisch einzufügen sind, werden sich dabei Zielkonflikte ergeben. Die Durchsetzung der Nutzungspflicht ließe sich beispielsweise mit der totalen Aufhebung des Eigentums an Boden erreichen. Dieses Mittel würde aber in Konflikt mit der bestehenden Eigentumsordnung geraten. Solche Zielmittelkonflikte werden den Gesetzgeber entweder zwingen, andere Institute abzuändern oder gar auf die Verfassungsgrundlage zurückzukommen bzw. nach anderen Mitteln zu suchen, die mit der bestehenden Rechtsordnung übereinstimmen. Sollten diese Mittel aber nicht zum Ziele führen, und will der Gesetzgeber die übrigen Rechtsinstitute beibehalten, wird er sich fragen müssen, ob er nicht auch auf das von ihm vorgezeichnete Ziel verzichten will.

Schließlich muß der Gesetzgeber Aufschluß über die bestehenden Bedürfnisse der Adressaten haben. Er muß untersuchen, wo die Wurzeln für die Probleme auf dem Gebiete der Raumplanung liegen und beispielsweise wissen, weshalb der heutige Mensch ein Bedürfnis nach größerem und besserem Wohnraum hat. Er sollte sich auch über die politische, gesellschaftliche Bedeutung und Wirkung des Eigentums im klaren sein. Ebenso muß er Kenntnis haben über Gewohnheit und Gebräuche, über die Moralauffassungen der Bevölkerung, die Verhaltensweisen von Gruppen und Personen und über die politischen und wirtschaftlichen Machtverhältnisse.

Die Zweckbestimmungen und die Mittel des Gesetzes sind nun aber auch vom Adressaten, d.h. vom Menschen selber wesentlich eingeschränkt. Der Gesetzgeber kann ja nicht Unmögliches verlangen. Er kann nicht vorschreiben, daß die Fußgänger zu ihrer Sicherheit über die Straße zu fliegen hätten, er kann nicht den 24-Stunden-Arbeitstag einführen oder ein Verbot auf jegliche Nahrungsaufnahme erlassen. Daß die gesetzgeberische Zwecksetzung

[129] Vgl. dazu den aufschlußreichen Bericht der Kommission des Kantons Zürich für die Reform des zürcherischen Bodenrechts vom 28. März 1972.

somit an die physische Natur des Menschen gebunden ist, dürfte allgemein anerkannt sein. Dies sind aber nicht die einzigen Schranken der Normsetzung, die dem Gesetzgeber von der Natur des Menschen her gegeben sind. Er muß von gewissen weiteren Grundbedingungen der Menschennatur ausgehen[130]. «A system of rules addressed to rational persons to organize their conduct concerns itself with what they can and cannot do. It must not impose a duty to do what cannot be done. Secondly, the notion that ought implies can conveys the idea that those who enact laws and give orders do so in good faith. Legislators and judges, and other officials of the system, must believe that the laws can be obeyed; and they are to assume that any orders given can be carried out. ... Laws and commands are accepted as laws and commands only if it is generally believed that they can be obeyed and executed. ... Finally, this precept expresses the requirement that a legal system should recognize impossibility of performance as a defense, or at least as a mitigating circumstance. In enforcing rules a legal system cannot regard the inability to perform as irrelevant. It would be an intolerable burden on liberty if the liability to penalties was not normally limited to actions within our power to do or not to do.»[131]

Normen müssen also so gestaltet sein, daß sie überhaupt befolgt werden können[132]. Schließlich beruht ja das Recht auch auf der im Menschen wirksamen Kraft des Rechtsbewußtseins. Aus dieser Kraft wird das Bewußtsein um die Verbindlichkeit der bestehenden und der zu schaffenden Normen schließlich hergeleitet[133]. Dieses Rechtsbewußtsein beruht allerdings nicht nur auf der Tatsache, daß der Mensch sich vollkommen freiwillig den Imperativen einer Norm unterwirft. Der Imperativ der Norm wirkt nur

[130] Etwa im Sinne des «Minimum Content of Natural Law» von H.L.A. HART, The Concept of Law (oben Anm. 8), S. 189ff.

[131] JOHN RAWLS, A Theory of Justice (oben Anm. 34), S. 237.

[132] Anderer Meinung: WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, S. 248ff.

[133] HUGO KRABBE, L'idée moderne de l'Etat, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, III, 1926, S. 573ff., und DIETRICH SCHINDLER, Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre, Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1928, S. 9.

deshalb, weil der Adressat weiß, daß er gegenüber jedermann durchgesetzt wird. Ein Sonntagsfahrverbot wird sich nicht auf der Basis der Freiwilligkeit durchsetzen lassen. Jeder wird annehmen, der andere werde sich ohnehin der Norm nicht unterziehen. Er will nicht der Benachteiligte sein. Sobald aber die Gewährleistung dafür besteht, daß Normbrecher bestraft werden, wird der Adressat bereit sein, aus Solidaritätsgründen freiwillig seinen Beitrag zu leisten. Das Rechtsbewußtsein und die Freiwilligkeit der Unterwerfung wirken also nur, wenn der Staat dafür Gewähr bietet, daß die Normen rechtsgleich angewendet werden. «By enforcing a public system of penalties government removes the grounds for thinking that others are not complying with the rules. For this reason alone, a coercive sovereign is presumably always necessary, even though in a well-ordered society sanctions are not severe and may never need to be imposed. Rather, the existence of effective penal machinery serves as men's security to one another.»[134]

Der moderne freiheitliche Rechtsstaat muß somit seine Gesetze darauf abstützen können, daß sie von einem Großteil der Bevölkerung freiwillig befolgt werden. Diese Freiwilligkeit läßt sich aber nur herbeiführen, wenn Gewähr dafür besteht, daß die Nichtbeachtung der Norm bestraft wird. Nur so wird sich derjenige, der die Norm freiwillig befolgt, nicht übertölpelt vorkommen. Unser heutiger Staat wäre gar nicht in der Lage, Normen zu erlassen, die von einem Großteil der Bevölkerung nicht freiwillig befolgt werden. Stellen wir uns beispielsweise vor, die Verkehrsteilnehmer eines Landes würden sich für einen Tag nicht an die Verkehrsvorschriften halten. Das Chaos wäre perfekt; der Staat hätte keine genügenden Mittel, mit denen er den Verkehrsgesetzen Nachachtung verschaffen könnte. Diese Freiwilligkeit besteht eben nur solange, als der Staat gewillt ist, die Verkehrsordnung durchzusetzen. Sobald das Bewußtsein aufkommt, die Geschwindigkeit werde nicht mehr überprüft, wird sich auch derjenige, der sich der Beschränkung bisher freiwillig unterzogen hat, überlegen, ob es überhaupt noch sinnvoll sei, diese Vorschrift zu befolgen.

Die Durchsetzungsordnung gewährleistet somit, daß Normen

[134] JOHN RAWLS, a.a.O. (oben Anm. 34), S. 240.

tatsächlich Sollensinhalte schaffen können, daß sie auf Grund des bestehenden Rechtsbewußtseins und der Durchsetzungsgewährleistung befolgt werden. So ist das Recht, das Sollen, dazu bestimmt, in ein Sein umgesetzt zu werden. Der Dualismus von Wert und Wirklichkeit wird somit nicht nur durch die Norm, sondern auch durch die tatsächliche Beachtung der Norm überwunden[135].

Normen müssen also effizient sein. Diese Effizienz beruht einerseits auf der Anerkennung der Normen als gerechte und andererseits auf der Gewährleistung der Durchsetzungsordnung. Die Normeffizienz war beispielsweise beim dringlichen Bundesbeschluß über die Maßnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung nicht gewährleistet, weil die kantonalen Planungsinstrumente noch nicht überall vorbereitet waren. Der Gesetzgeber muß sich über die Gewährleistung der Durchsetzung im klaren sein, bevor er Normen erläßt. Es sei an die von TOPITSCH zitierte Unterredung erinnert, die zwischen dem physiokratischen Projektenmacher Le Mercier und der Kaiserin Katharina II. von Rußland stattgefunden haben soll: «Können Sie mir sagen», fragte die Kaiserin, «welches die besten Wege sind, den Staat gut zu regieren?» – «Es gibt nur einen, Madame, nämlich gerecht zu sein, d.h. den ordre aufrechtzuerhalten und den Gesetzen Achtung zu verschaffen.» – «Aber auf welcher Grundlage sollen die Gesetze eines Reiches beruhen?» – «Auf einer allein, Madame, auf der Natur der Dinge und der Menschen.»[136] Diese Aussage muß nicht unbedingt im Sinne des alten Naturrechtes verstanden werden; sie läßt sich auch so interpretieren, daß nur diejenigen Gesetze, die die Adressaten mitberücksichtigen, eine Chance auf Verwirklichung haben. Nur wenn der Gesetzgeber die normative Kraft des Faktischen – im Sinne einer Rückkoppelung – mitberücksichtigt, wird er richtiges Recht schaffen können.

[135] Dazu DIETRICH SCHINDLER, a.a.O., S. 17; HERMANN U. KANTOROWICZ, Rechtswissenschaft und Soziologie, Tübingen 1911, S. 7; ERICH FECHNER, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Tübingen 1962, S. 266, ähnlich auch FRIEDRICH MÜLLER, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966, S. 188ff.

[136] ERNST TOPITSCH, Restauration des Naturrechts? Sachgehalte und Normsetzung in der Rechtstheorie, in: Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft, Neuwied/Berlin, 3. Aufl., 1971, S. 64.

5.2. Die Wirkung der Gesetze

Das Problem der Wirkung von Normen wurde bereits eingehend behandelt. In diesem Zusammenhang stellt sich lediglich die Frage, wie der Gesetzgeber beim Erlaß der Normen ihre Wirksamkeit zu berücksichtigen hat und inwieweit allenfalls von dieser Wirksamkeit her Schlüsse auf den Inhalt der Normen zu ziehen sind. Es geht also nicht etwa im Sinne von NOLL um die Nachkontrolle der Effektivität der Gesetze, die schon verschiedentlich gefordert wurde, sondern um eine aus den bisherigen Erfahrungen zu schließende Vorkontrolle oder Voraussehbarkeit der Wirkung der Gesetze[137].

Natürlich erfordert eine derartige Voraussehbarkeit genügendes statistisches Erfahrungsmaterial. Allein, bereits mit den heute uns zur Verfügung stehenden Möglichkeiten lassen sich gewisse Rückschlüsse auf die Wirkung von Gesetzen ziehen. Wenn beispielsweise gemäß Art. 35a Abs. 3 und 3bis des Vorschlages des Nationalrates zu einem Raumplanungsgesetz eine generelle Ausnahmebewilligung für Bauten außerhalb der Bauzone vorgesehen ist und diese Ausnahmebewilligung gemäß Abs. 4 von den Kantonen der Gemeindezuständigkeit überantwortet wird, läßt sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit voraussagen, daß diese Norm Grundlage für die Aushöhlung des gesamten Raumplanungsgesetzes sein wird. Sobald nämlich in der Gemeinde eine Ausnahmebewilligung erteilt worden ist, werden mit der Begründung der Rechtsgleichheit weitere folgen; die anderen Gemeinden werden schon aus Konkurrenzgründen nicht nachstehen, und bald wird die Zersiedelung des Landes munter weitergehen wie vor dem Raumplanungsgesetz.

Als weiteres Beispiel sei Art. 5 des Bundesgesetzes über die Nationalstrassen zitiert:

«Die Nationalstraßen haben hohen verkehrstechnischen Anforderungen zu genügen; sie sollen insbesondere eine sichere und wirtschaftliche Abwicklung des Verkehrs gewährleisten.

Stehen diesen Anforderungen andere schutzwürdige Interessen entgegen, wie

[137] Zur Nachkontrolle vgl. PETER NOLL, Gesetzgebungslehre (oben Anm. 38a), S. 146ff. und dort angeführte Literatur, sowie DERSELBE, Gründe für die soziale

insbesondere die Erfordernisse der militärischen Landesverteidigung und der wirtschaftlichen Nutzung des Grundeigentums, die Anliegen der Landesplanung oder des Gewässer-, Natur- und Heimatschutzes, so sind die Interessen gegeneinander abzuwägen.»

Auch hier ließ sich voraussehen, daß eine derartige Norm dem Richter oder Verwaltungsbeamten kaum eine einigermaßen vernünftige Anleitung zur eigentlichen Interessenabwägung gibt. Ähnliches ließe sich bereits beim alten Gewässerschutzgesetz oder beim alten Bundesbeschluß über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland sagen. Beide Gesetze mußten aus den gleichen Gründen, nämlich wegen ihrer Unwirksamkeit, revidiert werden[138].

Es handelt sich hier in der Regel «um sozial unwirksame Gesetze, die ihren Zweck verfehlen, weil schon der Gesetzgeber selbst, meist aufgrund von politischen Motivationen, nur vorgibt, den Gesetzeszweck erreichen zu wollen, oder ihn nur mit halbem Herzen verfolgt...»[139]. Dazu gehören beispielsweise Gesetze auf dem Gebiete der Wirtschaftsverwaltung, Umweltschutzgesetze, Preiskontrollgesetze und solche, die in die kantonale Hoheit eingreifen, für deren Durchsetzung aber ein besonderer Entscheid des Bundesrates über das Eintreten des Sanktionsmechanismus notwendig ist.

Die Erfahrung zeigt, daß Gesetze, die wesentliche Interessen und Bedürfnisse des Menschen beschneiden, bedeutend schwieriger durchzusetzen sind als solche, die den menschlichen Bedürfnissen entgegenkommen. So wird der Gesetzgeber beispielsweise auf dem Gebiete des Umweltschutzrechtes, das zum Teil wesentliche Interessen beeinträchtigen kann, gerade dieser Tatsache besonders Rechnung tragen müssen und den Kontroll- und Sanktionsapparat entsprechend auszugestalten haben. Der Vollzugsapparat, der den Kantonen und Gemeinden zur Verfügung steht, darf personell und materiell nicht überfordert werden. Gerade derartige Überlegun-

Unwirksamkeit von Gesetzen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. III, Düsseldorf 1972.

138 Zum Gewässerschutzgesetz: vgl. Botschaft des Bundesrates BBl 1970 II, S. 425ff., zum Bundesbeschluß über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland: vgl. Botschaft des Bundesrates BBl 1972 II, S. 1241.

139 PETER NOLL, Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen (oben Anm. 137), S. 262.

gen fehlen aber zumeist bei der Ausarbeitung der Gesetze in den Expertenkommissionen und noch mehr bei der Beratung der Gesetze im Parlament. Vielfach ist man der Auffassung, mit dem Erlaß sorgfältig ausformulierter Normen und Vorschriften habe der Gesetzgeber seine Pflicht getan.

Überdies müssen die weiteren Mittel in Betracht gezogen werden, mit denen die Motivationen der Bevölkerung verändert werden können. Was in Schweden für die Umstellung vom Links- auf den Rechtsverkehr an Erziehungs-, Informations- und anderen Maßnahmen getroffen worden ist, könnte möglicherweise auch für andere Gesetze wegleitend sein.

Überaus wichtig ist auch die Frage der Nebenwirkung von Rechtsnormen, d.h. danach, inwieweit sich aus Gesetzesnormen erwünschte oder unerwünschte Nebenwirkungen ergeben werden. Auch über diese Nebenwirkungen wurden bereits Erfahrungen gemacht, die heute schon der Gesetzgebung dienlich sind. Auf dem Gebiet des Steuerrechts ist das Phänomen der Nebenwirkung längst bekannt. Wir wissen, daß mit Hilfe des Steuerrechts die Wirtschaft kaum gesteuert werden kann. Selbst die Umverteilung des Eigentums läßt sich über das Steuerrecht nur schlecht bewerkstelligen, da die inflationäre Wirkung der Steuern, die Lohn- und Preiserhöhungen und die damit verbundenen Überwälzungen auf den Konsumenten mit in Betracht gezogen werden müssen. Es ist allgemein bekannt, daß sich ein Reklame-Verbot am Fernsehen auf den Inseratenteil in den Zeitungen auswirkt, daß die Mehrwertabschöpfung im Raumplanungsrecht zur Überwälzung auf den Mieter führt, daß ein allgemeines Drogenverbot Subkulturen nach sich zieht, daß drastische Geschwindigkeitsbeschränkungen auf den Autobahnen den Eisenbahnverkehr fördern und daß wirtschaftspolizeiliche Maßnahmen in der Regel auch wirtschaftspolitische Nebenwirkungen erzeugen. Natürlich lassen sich nicht alle möglichen Nebenwirkungen eines Gesetzes voraussehen. Der Gesetzgeber sollte aber doch versuchen, den bekannten Nebenwirkungen von Gesetzen soweit als möglich Rechnung zu tragen.

5.3. Die Spannung von Sein und Sollen

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß der Gesetzgeber von der Wirkungsmöglichkeit der Norm Schlüsse zu ziehen hat, sei es auf die Vollzugsinstrumente, sei es auf den Inhalt von Normen[140]. Damit wird aber die grundsätzliche und schwierige Frage nach dem zulässigen Spannungsfeld zwischen Sein und Sollen aufgeworfen. Wie weit darf dieses Spannungsfeld von Sein und Sollen sein? Was kann der Gesetzgeber seinen Bürgern zumuten? Wann muß er von der bestehenden rechtlichen Wirklichkeit Rückschlüsse auf den Inhalt seiner Norm ziehen? Wann soll er sich lediglich damit begnügen, den Vollzugsapparat zu verbessern? Welcher Grad von Normabweichungen, z.B. auf dem Gebiete der Schwangerschaftsunterbrechung, ist notwendig, damit der Gesetzgeber eine Revision seines Gesetzes in Betracht zieht? Natürlich handelt es sich hier weitgehend um Fragen politischer Natur. Aus der Fragestellung «Norm – Wirklichkeit» ergeben sich aber gleichwohl gewisse Gesichtspunkte, gewisse Kriterien, die bei der Beantwortung dieser Fragen berücksichtigt werden sollten.

Die folgenden Ausführungen über die beiden Extremseiten des Problems finden sicher allgemeine Zustimmung. Es ist unsinnig, mittels Gesetzen Verhaltensweisen vorzuschreiben, die ohnehin befolgt werden. Eine Norm, die dem Menschen das regelmäßige Atmen vorschreibt, ist keine Sollensvorschrift. Unsinnig sind aber auch Normen, die vom Menschen Unmögliches verlangen. Der Gesetzgeber kann nicht vorschreiben, daß für die juristische Ausbildung eine Reise hinter den Mond notwendig sei.

Gibt es aber – neben den angeführten Extremen – gewisse Gesichtspunkte, die uns auch im Mittelfeld dieser Problemstellung Richtlinien für die Entscheidung des Gesetzgebers mitgeben können? Der Gesetzgeber muß sich hier unseres Erachtens auf Grund folgender Kriterien schlüssig werden:

1. Rechtsgleichheit
2. Rechtsbewußtsein
3. Rechtssicherheit
4. Freiwilligkeit und Solidarität
5. Zweck der Norm.

[140] Solche Schlußfolgerungen zieht beispielsweise JÖRG PAUL MÜLLER für die Frage

Eine Norm muß dann überprüft bzw. sollte dann nicht erlassen werden, wenn die *Rechtsgleichheit* bei der Durchsetzung nicht gewährleistet ist. Diese Rechtsgleichheit ist in Frage gestellt, wenn die Norm allgemeine Blankettvorschriften enthält, wenn infolge mangelhafter Kontroll- und Durchsetzungsmöglichkeiten derjenige sich betrogen fühlen muß, der die Norm befolgt, bzw. wenn auf Grund verschiedener Gegebenheiten anzunehmen ist, daß die Vollziehungsorgane die Norm diskriminatorisch anwenden werden.

Beim Erlaß von Normen ist auch das *Rechtsbewußtsein* der Bevölkerung in Betracht zu ziehen. Normen, die kaum angewendet werden oder wesentliche Interessen der Bevölkerung beeinträchtigen, zerstören allmählich das allgemeine Vertrauen in die Rechtsordnung bzw. das Rechtsbewußtsein. Dies ist insofern gefährlich, als die rechtsstaatliche Normenordnung insbesondere darauf aufzubauen hat, daß sich möglichst viele möglichst freiwillig den Gesetzen unterziehen.

Der Gedanke der *Rechtssicherheit* verlangt, daß unklare Vorschriften oder solche, bei denen Mittel und Zweck auseinanderfallen, oder Normen, die Unsicherheit über den Vollzug aufkommen lassen, verhindert werden.

Von besonderer Bedeutung im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Abstützung der Normen auf die freiwillige Befolgung ist der *Solidaritätsgedanke*. Normen, welche die Solidarität unter der Bevölkerung fördern, lassen eher eine freiwillige Befolgung erwarten als diejenigen, welche von allem Anfang an zu einer Desintegration der Bevölkerung führen. Wenn sie zu rechtlichen oder faktischen Privilegien einiger Bevorzugter führt, welche letztlich nicht dem Wohle aller zugute kommen, wird die Norm ihren Integrationswert verlieren und muß überprüft werden.

Darüber hinaus ist auf den *Zweck* der Norm abzustellen. Kann der Zweck der Norm mit den vom Gesetzgeber bereitgestellten Mitteln nicht erreicht werden, so muß der Zweck selbst fallengelassen oder den Mitteln entsprechend angepaßt werden. Wenn beispielsweise die auf der partnerschaftlichen Zusammenarbeit aufbauende Privatrechtsordnung die freie gesellschaftliche Gestaltung

der Sozialrechte, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 92 II 1973, S. 715ff.

durch die verschiedenen Gruppen nicht mehr möglich macht, fällt ihr Zweck dahin, und die Normen sind entsprechend abzuändern, um diesen Erfordernissen wiederum Rechnung zu tragen.

Damit der Gesetzgeber alle diese Fragen sorgfältig und umfassend prüfen kann, müssen ihm *die notwendigen Untersuchungsunterlagen* zur Verfügung stehen. Ihm ist eine wissenschaftliche Infrastruktur bereitzustellen. In der Schweiz sind Rechtstatsachenforschung und Untersuchungen über Effektivität und mögliche Auswirkung von Gesetzen bisher noch kaum systematisch betrieben und im Ausland erst in jüngster Zeit an die Hand genommen worden. Die Zusammensetzung von Expertenkommissionen, in denen sich meist nur Juristen oder allenfalls Nationalökonomen befinden, läßt darauf schließen, daß wir in der Schweiz auch nur von der Fragestellung noch weit entfernt sind. Es ist daher kaum verwunderlich, daß in unserem Land vornehmlich mit Notrecht gearbeitet wird und daß alle paar Jahre wichtige Gesetze umzuarbeiten sind, um sie den neuen Erfordernissen anzupassen.

6. Schlußthesen

Wir wollen versuchen, die Ergebnisse dieser Darlegungen in einigen Thesen zusammenzufassen:

1. Der Dualismus zwischen der faktischen und der rechtlichen Rechtsgeltung muß überwunden werden. Auch die rechtliche Legitimation ist ein Teil der Geltung, d.h. der Chance der Norm, durchgesetzt zu werden.
2. Die Sprache, mit der sich Rechtsnormen ausdrücken lassen, ist die Brücke zwischen Norm und Wirklichkeit. Sie zeigt deren enge Verzahnung.
3. Die Möglichkeit, mittels Normen den gesellschaftlichen Trend zu beeinflussen, ist sehr beschränkt. Je nach Erlaß von Verhaltensvorschriften, die die Interessen der Betroffenen wenig berühren, oder solchen, die ihre wesentlichen Interessen beschneiden, je nach verteilenden Normen oder institutionellen Vorschriften, hat der Gesetzgeber eine größere oder kleinere Chance, den gesellschaftlichen Trend zu verändern.

4. Sowohl die Vertreter der Interessenjurisprudenz wie einige Vertreter der marxistischen Rechtsphilosophie sind der Auffassung, das Recht sei nur Ergebnis der herrschenden Interessen der Gesellschaft.

   Normen können somit nur dann den gesellschaftlichen Trend beeinflussen, wenn diejenigen, die die Macht haben, Normen zu erlassen, über ihre egoistischen Interessen hinaus intersubjektiv ausweisbare Interessen erkennen und verfechten können, wenn Gesetze nicht nur der «volonté de tous», sondern auch der «volonté générale» entsprechen.
5. Erkenntnisse auf dem Gebiet der Linguistik wie auch der Intuitionslehren lassen die Annahme als berechtigt erscheinen, daß der Mensch in der Lage ist, seine Interessen im Lichte gemachter Erfahrungen zu beurteilen, mit anderen Interessen zu vergleichen, sie zu systematisieren und dadurch in einem beschränkten Rahmen zu objektivieren.
6. Voraussetzung für die Steuerung der gesellschaftlichen Verhältnisse mit Rechtsnormen sind aber empirische Untersuchungen über die Realien, über die Wirkung und Nebenwirkung von Gesetzen sowie über das mögliche und ideale Spannungsfeld von Sein und Sollen.
7. Um die Befolgung der Gesetze durch die Bevölkerung zu gewährleisten, haben die Verwaltungsbehörden nicht nur einen entsprechenden Vollzugs- und Vollstreckungsapparat bereitzustellen, sie müssen vor allem für eine breite Information der Bevölkerung über die geltenden Rechtsnormen besorgt sein.